

CHRISTIAN KOENIG/JENS-DANIEL BRAUN

Element Based Charging Ante Portas: Die Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte am Scheideweg

Mit Beschluss v. 3.5.2001 bestätigte das OVG Münster in einer Eilentscheidung einen Beschluss des VG Köln v. 18.12.2000, mit dem dieses die Element Based Charging (EBC)-Entscheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Reg TP) vorläufig ausgesetzt hatte. In dieser Entscheidung vom 8.9.2000 hatte die Beschlusskammer 4 (BK) der Reg TP die Eckpunkte für das neue Zusammenschaltungsregime dargelegt und dabei deutlich gemacht, dass Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage des EBC-Ansatzes Zusammenschaltungsleistungen direkt abbilden und daher dem Maßstab

der Kostenorientierung am besten entsprechen. Der EBC-Ansatz sieht vor, dass Zusammenschaltungsentgelte nicht mehr entfernungsabhängig, sondern nach der Anzahl der jeweils in Anspruch genommenen Netzelemente (Vermittlungsdurchläufe) abzurechnen sind. Die folgende Abhandlung unternimmt eine kursorische Bewertung der EBC-Problematik anhand des Gemeinschaftsrechts und des deutschen Rechts und unterzieht dabei die Entscheidungen des VG Köln und des OVG Münster einer Kritik. Dabei werden sowohl verfahrensrechtliche als auch materiell-rechtliche Fragen erörtert.

I. Bewertung der EBC-Problematik am Maßstab des Gemeinschaftsrechts

1. Verfahrensrechtliche Fragen

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu untersuchen, inwieweit gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bzgl. der Frage existieren, ob die Anordnung der Zusammenschaltung einerseits und die Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte andererseits in einer oder aber in mehreren Entscheidungen von der zuständigen Regulierungsbehörde zu treffen sind.¹

Das VG Köln² hat in seinem Beschluss v. 18.12.2000 in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass Art. 3 Abs. 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie³ keine diesbezügliche Aussage entnommen werden könne.⁴ Das OVG Münster⁵ führte zu dieser Frage aus, dass nach Art. 7 Abs. 3

i.V.m. Anhang IV Gedankenstrich 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie zu den Zusammenschaltungsentgelten zwar auch die Verbindungsentgelte zählen. Diese Bestimmung begreift das OVG Münster aber lediglich als einen Hinweis darauf, dass „erst die Möglichkeit der Erbringung der Verbindungsleistung über den hergestellten Anschluss die Zusammenschaltung realisieren“.⁶ Darüber hinaus nahm das OVG Münster Stellung zu Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 90/388/EG.⁷ Diese Vorschrift sieht für den Fall gescheiterter kommerzieller Verhandlungen vor, dass der betreffende Mitgliedstaat auf Ersuchen einer Partei „eine mit Gründen versehene Entscheidung erlässt, die die notwendigen betrieblichen und finanziellen Bedingungen und Anforderungen für eine solche Zusammenschaltung festlegt“. Nach Auffassung des OVG Münster zwingt diese Vorschrift nicht zu einer „einzigen, die Anordnung der Zusammenschaltung und die Festsetzung der Entgelte beinhaltenden Entscheidung“.⁸ Eine i.S.d. Richtlinie die betrieblichen und finanziellen Bedingungen umfassende Entscheidung könne durch das nationale Recht vielmehr auch in zwei jeweils durch selbstständige Regelungen abgeschlossenen Stufen erfolgen.⁹

Dem VG Köln und dem OVG Münster ist darin zuzustimmen, dass die Zusammenschaltungsrichtlinie selbst keine ausdrücklichen Vorgaben bzgl. der Frage bereit hält, ob i.R.e. Zusammenschaltungsanordnung auch Entgelte festgesetzt werden dürfen: Zwar müssen nach Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie die nationalen Regulierungsbehörden eingreifen, wenn sie von einer Partei dazu aufgefordert werden, um vorzugeben, welche Punkte in einer Zusammenschaltungsvereinbarung abgedeckt werden müssen. Zu diesen vorzuziehenden Bedingungen können nach Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 auch Tarife gehören.¹⁰ Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass Anordnung der Zusammenschaltung und Entgeltfestsetzung in einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde erfolgen müssen. Allerdings ist zu beachten, dass Art. 3 Abs. 1 Satz 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie Zusammenschaltungsvereinbarungen auf technische und kommerzielle Aspekte erstreckt. Dies spricht eher für eine einheitliche Entscheidung;¹¹ zwingend ist aber auch dieser Schluss nicht.

1) Reg TP, B. v. 8.9.2000 – BK 4a-00-018/Z 30.6.00, MMR 2001, 262 m. Anm. Schuster; s. dazu Huinagel/Rädler, AfP 2000, 432, 434.

2) VG Köln, B. v. 18.12.2000 – 1 L 2484/00, MMR 2001, 410; vgl. dazu Spoerr, K&R 2001, 213, 213 ff.; Huinagel/Rädler, AfP 2001, 36, 37 f.; Schuster, MMR 2001, 298, 302 f.; Schütz, MMR 2/2001, S. X.

3) Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rats 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, ABl. EG Nr. L 199/32.

4) VG Köln (o. Fußn. 2).

5) OVG Münster, B. v. 3.5.2001 – 13 B 69/01, MMR 2001, 548 m. Anm. Schütz.

6) OVG Münster (o. Fußn. 5).

7) ABl. EG Nr. L 192/10; geändert durch die Richtlinie 96/19/EG der Kommission v. 13.3.1996, ABl. EG Nr. L 74/13.

8) OVG Münster (o. Fußn. 5).

9) OVG Münster (o. Fußn. 5). Das Gericht schließt seine diesbzgl. Ausführungen mit dem Satz: „Hätte der Richtliniengeber eine Entscheidung uno actu sicherstellen wollen, hätte er dies angesichts der aufgezeigten Umstände durch eine zwingende Formulierung durchsetzen können und müssen“.

10) S. auch Spoerr, K&R 2001, 213, 214 f.

11) Koenig/Loetz, K&R 1999, 298, 302.

■ Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (London) ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Jens-Daniel Braun ist ebendort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Abhandlung beruht zum Teil auf einem von den Verfassern dem VATM erstatteten Kurzgutachten.

Weiterführend für die vorliegende Fragestellung ist hingegen – wie vom *OVG Münster* zu Recht betont – Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 90/388/EWG. Der Wortlaut¹² der deutschen, aber auch der anderen Sprachfassungen der Vorschrift spricht klar dafür, dass die Anordnung der Zusammenschaltung und die Entgeltfestsetzung als Festlegung der „finanziellen Bedingung“ in einer Entscheidung (uno actu) zu erfolgen haben [„(...) eine (...) Entscheidung, die die notwendigen betrieblichen und finanziellen Bedingungen und Anforderungen für eine solche Zusammenschaltung festlegt“]. Allerdings ist dem *OVG Münster* zuzugeben, dass – mangels einer ausdrücklichen Regelung dieser Frage in der Richtlinie – eine andere Auslegung mit dem Wortlaut von Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 der Richtlinie 90/388/EG noch zu vereinbaren ist.

Doch auch Sinn und Zweck des Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 90/388/EWG sowie der systematische Zusammenhang mit den Vorschriften der Zusammenschaltungsrichtlinie sprechen für die uno-actu-Auslegung: Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gehen – wie i.Ü. auch § 37 TKG – davon aus, dass der Zusammenschaltungsanordnung eine Substitutionsfunktion für defizitäre vertragliche Regelungen zukommt.¹³ Eine von den beteiligten Parteien einvernehmlich geschlossene Zusammenschaltungsvereinbarung enthält notwendigerweise auch Festsetzungen bzgl. der Entgelthöhe. Ergeht nun im Falle einer fehlenden Einigung der Parteien etwa über die Entgelthöhe eine Zusammenschaltungsanordnung der nationalen Regulierungsbehörde, so ersetzt dieser hoheitliche Akt die fehlende Einigung im jeweils erforderlichen Umfang. Der hoheitliche Akt ist also sowohl privatrechtsbegründend als auch privatrechtsgestaltend; er betrifft sowohl das Zustandekommen als auch den Inhalt der Vereinbarung. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen mit dieser materiell-rechtlichen Doppelnatur einer Zusammenschaltungsanordnung in formeller Hinsicht gleich zwei Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde korrespondieren sollten. Vielmehr entspricht der materiell-rechtlichen Doppelnatur einer Zusammenschaltungsanordnung in formeller Hinsicht eine Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde uno actu über die Anordnung der Zusammenschaltung und die Entgeltfestsetzung.

Mithin bestätigt eine teleologische Auslegung von Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 90/388/EWG sowie der systematische Zusammenhang mit den Vorschriften der Zusammenschaltungsrichtlinie die Tendenz der Wortlautauslegung: Anordnung der Zusammenschaltung und Entgeltfestsetzung müssen nach Gemeinschaftsrecht in einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde erfolgen.

2. Materiell-rechtliche Fragen des EBC-Regimes

In materiell-rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob dem Gemeinschaftsrecht Vorgaben bzgl. eines Maßstabs zur Bestimmung der Kosten, an den sich die Zusammenschaltungsrichtlinie orientieren müssen, entnommen werden können und wie diese ggf. aussehen. Das *VG Köln* und das *OVG Münster* gehen davon aus, dass das EG-TK-Recht diesbezüglich keine entscheidungsrelevanten Vorgaben enthält.

Ausgangspunkt einer Betrachtung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtslage muss Art. 7 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie sein. Diese Vorschrift verpflichtet die nationalen Regulierungsbehörden sicherzustellen, dass „die von den betreffenden Organisationen zu

Grunde gelegten Kostenrechnungssysteme zur Umsetzung der Anforderungen dieses Artikels geeignet und entsprechend Anhang V hinreichend genau dokumentiert sind“. Durch Art. 7 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie wird die *Kommission* verpflichtet, nach einem näher bezeichneten Verfahren Empfehlungen für die Kostenrechnungssysteme und die Transparenz der Kostenrechnung im Bereich der Zusammenschaltung zu erstellen. Dieser Verpflichtung ist die *Kommission* mit der Empfehlung 98/195/EG und zwei weiteren Änderungsempfehlungen nachgekommen.¹⁴ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Empfehlungen nach Art. 249 Abs. 5 Fall 1 EG zwar nicht rechtsverbindlich sind. Die Mitgliedstaaten sind aber gleichwohl wegen der sich aus Art. 10 EG ergebenden Pflicht zur Gemeinschaftstreue verpflichtet, Empfehlungen zu berücksichtigen.¹⁵ So sind etwa die Gerichte der Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Empfehlung zu berücksichtigen, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften gibt oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften (Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen) ergänzen soll.¹⁶

Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass die Bedeutung der Kommissionsempfehlung 98/195/EG für die in Rede stehende Problematik von den Gerichten nicht hinreichend ausgelotet wurde: Im ersten Satz des Erwägungsgrunds 7 der Empfehlung 98/195/EG wird zunächst betont, dass die Zusammenschaltungsrichtlinie kein bestimmtes Kostenrechnungssystem vorschreibt. In Satz 2 des Erwägungsgrunds 7 heißt es dann weiter: „Die Ermittlung von Zusammenschaltungsentgelten auf der Grundlage zukunftsrelevanter langfristiger durchschnittlicher zusätzlicher Kosten setzt ein Kostenrechnungssystem voraus, das auf Wiederbeschaffungskosten statt auf Anschaffungs-/Herstellungskosten beruht“. Dementsprechend heißt es dann in Punkt 6 Satz 1 der Empfehlung: „Die Zugrundelegung von zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten setzt ein Kostenrechnungssystem voraus, bei dem die aktivitätsorientierte Zurechnung der Kosten auf der Basis der Wiederbeschaffungskosten statt der Anschaffungs- und Herstellungskosten erfolgt“. Punkt 6 Satz 3 der Empfehlung folgert, dass „[a]ktivitätsorientierte Kostenrechnungssysteme, bei denen die Kosten

12) Zur Bedeutung dieses Auslegungskriteriums im Gemeinschaftsrecht s. statt vieler nur *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529.

13) Vgl. etwa Art. 4a Abs. 3 UAbs. 1 und 2 der Richtlinie 90/388/EG sowie Art. 9 Abs. 3 UAbs. 3 Satz 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie. S. ferner Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 96/19/EG v. 13.3.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den TK-Märkten.

14) Empfehlung der *Kommission* v. 8.1.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten TK-Markt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte) 98/195/EG, ABl. EG Nr. L 73/42; geändert durch die Empfehlung der *Kommission* v. 29.7.1998 zur Änderung der Empfehlung der *Kommission* 98/195/EG zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten TK-Markt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte) 98/511/EG, ABl. EG Nr. L 228/30 sowie durch die Empfehlung der *Kommission* v. 20.3.2000 zur Änderung der Empfehlung der *Kommission* 98/511/EG zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten TK-Markt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte) 2000/263/EG, ABl. EG Nr. L 83/30.

15) *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 268.

16) *EuGH*, Sig. 1989, 4407, 4421, Tz. 18 – Grimaldi.

17) Ganz in diesem Sinne *Reg TP* (o. Fußn. 1): „In der Zukunftsbezogenheit kommt zum Ausdruck, dass die Entscheidung heute getroffen wird, d.h. es ist vom heutigen Stand der Technik zu aktuellen Preisen (Wiederbeschaffungswerten) auszugehen, während früher getroffene Entscheidungen und mit ihnen verbundene „historische“ Kosten keinen Einfluss haben“. Satz 3 des Erwägungsgrunds 7 der Empfehlung führt weiter aus: „Die aktivitätsorientierte Kostenerfassung kann für „Top-down“-Modellrechnungen der langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten der Zusammenschaltung herangezogen werden“.

jedem Produkt und/oder jeder Dienstleistung auf der Basis der zu Grunde liegenden Kostenträger und Aktivitäten eines effizienten Betreibers zugerechnet werden“, empfohlen werden, „damit möglichst wenige nicht direkt zurechenbare Gemeinkosten verbleiben“.¹⁸

In der Lit. werden diese Passagen der Kommissionsempfehlung zu Recht dahingehend verstanden, dass die *Kommission* das Heranziehen von sog. „Bottom-up“-Modellrechnungen zur Ermittlung der Zusammenschaltungskosten empfiehlt.¹⁹ Vereinfacht ausgedrückt versuchen „Bottom-up“-Modelle die Netzwerkelemente zu identifizieren, die erforderlich sind, um eine bestimmte Nachfrage effizient zu befriedigen. Die Kosten werden damit „von unten“, von der Nachfragerseite kommend, berechnet.²⁰ Beim sog. „Top-down“-Ansatz werden dagegen die gesamten Kosten für das Netzwerk erfasst und – von oben – immer weiter aufgeschlüsselt, damit sie schließlich einzelnen Diensten zugerechnet werden können.²¹ Bei dem vom *WIK* vorgeschlagenen Modell, das die *Reg TP* ihrer Entscheidung v. 8.9.2000 zumindest im Grundsatz zu Grunde legte, handelt es sich um ein „Bottom-up“-Modell.²²

Diese Auslegung wird zudem bestärkt durch Art. 13 Abs. 2 der z.Zt. im Gesetzgebungsverfahren befindlichen neuen EG-Zugangs- und Zusammenschaltungsrichtlinie. Die Vorschrift hat in der Fassung des Ratsbeschlusses v. 4.4.2001 folgenden Wortlaut: „Die nationalen Regulierungsbehörden stellen sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind. In diesem Zusammenhang können die nationalen Regulierungsbehörden auch Preise berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“. Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass die Auswahl des Tarifsystems sich zuallererst an dem Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz messen lassen muss.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Kommissionsempfehlung 98/195/EG und den dazugehörigen Änderungsempfehlungen eine Präferenz für die Verwendung von „Bottom-up“-Modellen als Maßstab zur Bestimmung der Kosten entnommen werden kann. Die Gerichte der Mitgliedstaaten sind verpflichtet, diese Empfehlungen zu berücksichtigen, die Art. 7 Abs. 2 sowie Art. 7 Abs. 5

UAbs. 1 Satz 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie ergänzen.

II. Bewertung der EBC-Problematik am Maßstab des deutschen Rechts

1. Verfahrensrechtliche Fragen

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu untersuchen, ob nach deutschem Recht – unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben – die Anordnung der Zusammenschaltung einerseits und die Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte andererseits *uno actu* in einer Entscheidung von der *Reg TP* getroffen werden können. Das *VG Köln* vertrat in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass die *Reg TP* nicht befugt war, auf der Grundlage der §§ 37, 39 TKG auch die Entgelte nach §§ 24, 25 Abs. 1 TKG anzuordnen. Das *Gericht* verwies zur Begründung auf den Wortlaut von § 39 2. Alt. TKG, nach dem „für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung“ nach § 37 TKG „die Bestimmungen über die Entgeltregulierung nach §§ 24, 25 Abs. 1 TKG“ entsprechend gelten. Dies setze begrifflich eine Trennung zwischen der Zusammenschaltungsanordnung und der – erst ihre anschließende Durchführung betreffende – Entgeltfestsetzung voraus.

Das *OVG Münster* begriff § 39 TKG als Spezialregelung im Verhältnis zu § 37 TKG, mit der Folge, dass eine Entgeltfestsetzung *uno actu* mit der Festsetzung der eigentlichen Zusammenschaltung ausscheidet. § 39 TKG enthält nach Ansicht des *OVG Münster* keine bloße Rechtsgrundverweisung, da ansonsten die Einbeziehung des § 28 TKG keinen Sinn ergebe.

Die Argumente der *Gerichte* vermögen jedoch bei näherer Betrachtung kaum zu überzeugen,²³ wie die folgenden Ausführungen zeigen werden. Der umfassend formulierte Wortlaut des § 37 TKG lässt es zu, i.R.d. Zusammenschaltungsanordnung neben den technischen auch die vertraglichen Bedingungen zu regeln.²⁴ In systematischer Perspektive zeigt nicht zuletzt der Umkehrschluss aus § 37 Abs. 2 TKG,²⁵ dass von dieser Regelungsbefugnis all jene vertraglichen Bedingungen erfasst sind, hinsichtlich derer eine Einigung zwischen den Parteien nicht vorliegt – ggf. also auch die Höhe der Entgelte.

Die Wortlautauslegung wird bestätigt durch eine historische Auslegung. Nach der Gesetzesbegründung zu § 38 TKGE – dem Entwurf des heutigen § 37 TKG – soll diese Vorschrift klarstellen, dass „die Regulierungsbehörde Anordnungen erlassen kann, die Einzelheiten der technischen, betrieblichen und wirtschaftlichen Bedingungen für Zusammenschaltungen regeln“.²⁶ Dass zu den wirtschaftlichen Bedingungen für Zusammenschaltungen auch die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte gehören, bedarf keiner näheren Erläuterung. Wäre der historische Gesetzgeber davon ausgegangen, dass für die Anordnung der Zusammenschaltung einerseits und die Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte andererseits zwei voneinander getrennte Entscheidungen erforderlich seien, hätte die Gesetzesbegründung zu § 38 TKGE (= dem heutigen § 37 TKG) einen anderen Inhalt gehabt.

Auch eine systematisch-teleologische Auslegung der §§ 37, 39 TKG führt zu dem Ergebnis, dass die Zusammenschaltungsanordnung und die Festsetzung der Entgelte *uno actu* ergehen können. Nach deutschem Telekommunikationsrecht besitzt die Zusammenschaltungsanordnung eine Substitutionsfunktion für defizitäre vertragliche

18) Erwägungsgrund 2 der Empfehlung der *Kommission* v. 20.3.2000 zur Änderung der Empfehlung der *Kommission* 98/511/EG zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten TK-Markt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte) 2000/263/EG, ABl. EG Nr. L 83/30, verweist auf die Feststellung des fünften Berichts über die Umsetzung des Reformpakets für den TK-Sektor, dass viele Mitgliedstaaten noch keine geeigneten Kostenrechnungssysteme eingeführt haben. Vgl. auch Erwägungsgrund 3.

19) Scherer, NJW 2000, 772, 775; vgl. auch *Tschentscher*, CR 2000, 301, 303.

20) Schütz/Müller, MMR 1999, 128, 132; *Vogelsang*, MMR 1998, 594, 597; vgl. ferner *Mellewig/Theissen*, MMR 1998, 589, 589 ff.; *Knieps*, MMR 1998, 598, 598 ff.; *Gerpott/Winzer*, K&R 2000, 521, 523; *Doll/Wieck*, MMR 1998, 280, 281 ff.; *dies.*, MMR 1998, 659, 660 ff.; *Moritz*, RTKom 2000, 102, 108 ff.

21) Schütz/Müller (o. Fußn. 20); *Vogelsang* (o. Fußn. 20).

22) *WIK*, Analytisches Kostenmodell Nationales Verbindungsnetz, Referenzdokument 2.0, 30.6.2000, S. 4.

23) Die diesbzgl. Argumentation des *VG Köln* ist denn auch in der Lit. – soweit ersichtlich – auf einhellige Ablehnung gestoßen; vgl. *Spoerr* (o. Fußn. 2); *Schuster* (o. Fußn. 2); *Schütz* (o. Fußn. 2); *Hummel*, CR 2001, 440, 443 f. Ablehnend ggü. der Argumentation des *OVG Münster* jetzt auch *Hummel*, a.a.O. und *Rädler*, CR 2001, 451 ff.

24) *Spoerr* (o. Fußn. 2). Dies konzediert auch das *OVG Münster* (o. Fußn. 5).

25) Darauf weist zutreffend auch das *OVG Münster* (o. Fußn. 5) hin.

26) BT-Drs. 13/3609, 47; vgl. auch *Schütz/Müller* (o. Fußn. 20).

Regelungen.²⁷ Eine Auslegung der §§ 37, 39 TKG, welche die Entgelte aus der Zusammenschaltungsanordnung ausklammern will, ist mit dieser Substitutionsfunktion nicht in Einklang zu bringen.²⁸ Eine Ausklammerung der Entgelte aus der Zusammenschaltungsanordnung führt nämlich dazu, dass einzelne Fragen, die Gegenstand einer Zusammenschaltungsvereinbarung sind (s. die Anl. zu § 5 Abs. 2 NZV²⁹), nicht in der Zusammenschaltungsanordnung geregelt werden können.³⁰

Einer Auslegung, die eine Entscheidung *uno actu* über die Zusammenschaltungsanordnung und die Festsetzung der Entgelte ermöglicht, steht auch nicht der Wortlaut von § 39 TKG entgegen. § 39 TKG ordnet lediglich eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Vorab-Entgeltregulierung an, lässt also Raum für eventuell erforderliche Modifizierungen.³¹ Eine sachgerechte Modifizierung besteht für die angeordnete Zusammenschaltung darin, dass mit der „entsprechenden“ Anwendung nur die materiellen Entgeltregulierungsmaßstäbe, nicht aber die verfahrensrechtlichen Vorschriften qua Verweisung gelten. Damit hat die Verweisung des § 39 TKG bei einer angeordneten Zusammenschaltung (§ 39 TKG 2. Alt.) einen kleineren Umfang als im Fall eines besonderen Netzzugangs (§ 39 TKG 1. Alt.). Mithin ergänzt § 39 Fall 2 TKG den § 37 TKG über den Verweis auf die Vorschriften zur *ex-ante*-Entgeltregulierung um die materiellen Maßstäbe.³²

Folglich spricht neben der Wortlautauslegung und der historischen Auslegung auch eine systematisch-teleologische Auslegung für eine Entscheidung *uno actu* über die Anordnung der Zusammenschaltung und die Entgelthöhe. Daher verwundert es nicht, dass eine derartige Position nicht nur der ganz h.M. in der Lit. entspricht,³³ sondern auch der (bisherigen) Regulierungspraxis der *Reg TP*.³⁴

Doch selbst wer dieser – anhand der Maßstäbe des deutschen TK-Rechts gewonnenen – Auslegung nicht folgen möchte, muss deren Ergebnis zumindest vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts akzeptieren: Nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung müssen sich die Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Auslegung nationalen Rechts stets soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie orientieren, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und um auf diese Art und Weise Art. 249 Abs. 3 EGV nachzukommen.³⁵ Anordnung der Zusammenschaltung und Entgeltfestsetzung müssen nach Gemeinschaftsrecht in einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde erfolgen. Über das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung muss diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe auch im deutschen TK-Recht hinreichende Beachtung finden.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die §§ 37, 39 TKG nach Wortlaut, Historie und einer systematisch-teleologischen Auslegung für eine *Reg-TP*-Entscheidung *uno actu* über die Anordnung der Zusammenschaltung und die Entgelthöhe sprechen. Dieses Ergebnis folgt zudem auch zwingend aus den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, die im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen sind.

2. Materiell-rechtliche Fragen des EBC-Regimes

Im Folgenden ist die Frage zu erörtern, ob das TKG und die TEntgV es zulassen oder es gar erforderlich machen, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und damit die Entgelte anhand eines analytischen Kostenmodells – wie dem von der *Reg TP* angewandten – zu bestimmen.

Damit eng verwoben ist die Frage, ob der Begriff der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 24 Abs. 1 Satz 1 TKG) der *Reg TP* einen richterlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffnet.

Die Kosten für die Bereitstellung einer TK-Dienstleistung haben sich nach § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG am Prinzip der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren.³⁶ Der Begriff der „effizienten Leistungsbereitstellung“ wird in § 3 Abs. 2 TEntgV näher konkretisiert, indem angegeben wird, welche Kostenkategorien im vorliegenden Zusammenhang relevant und in welchem Umfang diese anzusetzen sind.³⁷ Die Vorschrift beschränkt dabei die Berücksichtigung der einzelnen Kostenkategorien für die Bestimmung der „effizienten Leistungsbereitstellung“ durch die Wendung „soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind“. Dieser Maßstab bezieht sich sowohl auf den Umfang als auch auf die Höhe der anzusetzenden Kosten.³⁸ Die Bestimmung jeder der in § 3 Abs. 2 TEntgV genannten Größen verlangt eine auf ökonomischen Sachverstand gegründete Entscheidung wertender Art.³⁹ Nach verbreiteter Auffassung in der Lit. steht der *Reg TP* daher wegen der Komplexität dieser Entscheidung insoweit ein Beurteilungsspielraum zu.⁴⁰ Die Annahme eines solchen Beurteilungsspielraums hat zur Folge, dass eine (verwaltungs-)gerichtliche Überprüfung nur insoweit stattfindet, als zu untersuchen ist, ob die Behörde von einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt ausgegangen ist, die Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten und die richtigen Wertmaßstäbe angelegt hat.⁴¹

Es ist daher zu untersuchen, ob hinsichtlich des Begriffs der „effizienten Leistungsbereitstellung“ tatsächlich von einem Beurteilungsspielraum der *Reg TP* ausgegangen werden kann. Eine ausdrückliche Einräumung eines Beur-

27) Allg. M., s. nur Koenig/Loetz (o. Fußn. 11); Koenig/Neumann, RTKom 2000, 27, 31; Spoerr (o. Fußn. 2); ebenso OVG Münster (o. Fußn. 5). Zur insoweit identischen Rechtslage im Gemeinschaftsrecht s.o. unter I.1.

28) So auch Spoerr (o. Fußn. 2); Schütz (o. Fußn. 2).

29) Verordnung über besondere Netzzugänge (NZV), BGBl I 1996 S. 1568.

30) Spoerr (o. Fußn. 2); vgl. auch Schütz (o. Fußn. 2). Die Auslegung des VG Köln und des OVG Münster, nach der die Zusammenschaltungsanordnung und die Festsetzung der Entgelte auf zwei verschiedene Entscheidungen zu verteilen sind, geht überdies von der Annahme aus, die Wettbewerbs- und Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG) seien durch den dadurch entstehenden Schwebeszustand nicht ernsthaft gefährdet, weil das entgeltregulierte Unternehmen die Leistung (vorläufig) ohne Vergütung erbringen müsse. Wie Schuster (o. Fußn. 2) und Spoerr (o. Fußn. 2) im Einzelnen nachgewiesen haben, ist diese Annahme jedoch nicht frei von Bedenken.

31) Spoerr (o. Fußn. 2), S. 215.

32) Spoerr (o. Fußn. 2), S. 215.

33) Für eine Entscheidung *uno actu* ausdrücklich etwa Manssen, in: ders., TKG, Loseblatt (Stand: August 1999), § 39, Rdnr. 1; Schütz/Müller (o. Fußn. 20), S. 135; Koenig/Loetz (o. Fußn. 11); Koenig/Neumann (o. Fußn. 27); Spoerr (o. Fußn. 2), S. 215; wohl auch Schuster (o. Fußn. 2).

34) Zudem hatte bereits das Bundesministerium für Post und Telekommunikation in der Anfangsphase der Liberalisierung die ersten Zusammenschaltungsentgelte zusammen mit den Zusammenschaltungsanordnungen festgesetzt, s. nur Hufnagel/Rädler (o. Fußn. 2), S. 38.

35) EuGH, Slg. 1984, 1891, 1909, Tz. 26 – von Colson / J. Kamann; EuGH, Slg. 1990, 4135, 4159, Tz. 8 – Marleasing; s. dazu auch Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, § 5 Rdnr. 405.

36) S. zum Begriff der „Orientierung“ etwa Schuster/Stürmer, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, § 24 Rdnr. 13; Manssen, in: ders. (o. Fußn. 33), § 24, Rdnr. 16.

37) Schuster/Stürmer (o. Fußn. 36), § 3 TEntgV Rdnr. 5.

38) Schuster/Stürmer (o. Fußn. 36), § 3 TEntgV Rdnr. 20.

39) Scherer, (o. Fußn. 19), S. 775; s. auch Schütz/Müller (o. Fußn. 20).

40) Manssen (o. Fußn. 33), § 24 Rdnr. 8 ff.; Lammich, TKG-Kommentar, § 24 Rdnr. 2 (Stand: Oktober 2000); Scherer, (o. Fußn. 19), S. 775; Spoerr (o. Fußn. 2), S. 215. Ebenso die *Reg TP* selbst in dem angefochtenen Beschluss: *Reg TP* (o. Fußn. 1). Ausdrücklich offen gelassen von OVG Münster (o. Fußn. 5).

41) OVG Münster (o. Fußn. 5); Liebetanz, in: Obermayer (Begr.), Kommentar zum VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 40 Rdnr. 64; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 40 Rdnr. 86.

teilungsspielraums – wie sie sich für das Kartellrecht in § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB findet – enthält das TKG nicht. Rspr. und Wissenschaft haben jedoch eine Reihe von Fallgruppen herausgearbeitet, bei denen ein Beurteilungsspielraum auch ohne ausdrückliche normative Ermächtigung anerkannt ist.⁴² Es fällt allerdings schwer, die vorliegende Problematik einer dieser anerkannten Fallgruppen zuzuordnen. Doch dies hindert die Annahme eines Beurteilungsspielraums nicht: Die in Rspr. und Wissenschaft entwickelten Fallgruppen haben keinen abschließenden Charakter; gerade beim Erlass neuer Gesetze wie dem TKG bedürfen sie ggf. der Ergänzung.⁴³ Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ist die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle durch die Eröffnung von Beurteilungsspielräumen verfassungsrechtlich allerdings nur begrenzt zulässig.⁴⁴ Folgende Überlegung spricht im vorliegenden Zusammenhang dennoch für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der *Reg TP*: Das *BVerfG* hat in seinem grundlegenden Beschluss bzgl. der Zulässigkeit eines Beurteilungsspielraums bei Prüfungsentscheidungen ausgeführt, dass unbestimmte Rechtsbegriffe „wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein [können], dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rspr. stößt“.⁴⁵ Dieser „Argumentationsbaustein zum Gewaltenteilungsgrundsatz“⁴⁶ vermag gerade vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG nicht bei jedem unbestimmten Rechtsbegriff zu greifen. Die Betrachtung von verschiedenen betriebswirtschaftlichen Kostenbegriffen und damit verbundenen ökonomisch-technischen Modellannahmen, die sich dem Verständnis eines Nicht-Fachmanns weitestgehend entziehen und auch durch das Hinzuziehen von Sachverständigen in einem Verwaltungsprozess dem Verwaltungsgericht nur unzulänglich aufbereitet werden können, erweist sich jedoch geradezu als ein Paradebeispiel für die allgemein gehaltene Aussage des *BVerfG*. Einen ähnlichen Akzent setzte das *BVerfG* auch in seiner Entscheidung zu den Maßstäben einer fachgerichtlichen Überprüfung der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses i.S.d. Art. 7 Abs. 5 1. Alt. GG. Das *BVerfG* stellte – bezogen auf die Entscheidung nach Art. 7 Abs. 5 1. Alt. GG – fest, dass eine gerichtliche Kontrolle nicht stattfinden könne, „soweit das materielle (Gesetzes- oder Richter-)Recht der Verwaltung in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Vorgaben (Entscheidungsprogramme) zu enthalten“. Die Verwaltung handele in einer solchen Lage kraft eigener Kompetenz;

42) Vgl. etwa die Kategorisierungsvorschläge von Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 7 Rdnr. 37 ff.; Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2000, § 7 Rdnr. 383 ff.; Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 75 f.

43) Manssen (o. Fußn. 33), § 24 Rdnr. 8.

44) *BVerfGE* 64, 261, 279; *Liebetanz* (o. Fußn. 41); s. auch *Redeker*, NVwZ 1996, 126, 129.

45) *BVerfGE* 84, 34, 50. S. zur Bedeutung dieser Entscheidung statt vieler nur *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772, 775 ff.; *Koenig*, VerwArch 83/1992, 351, 355 ff.

46) Dazu näher *Koenig* (o. Fußn. 45), S. 364.

47) *BVerfGE* 88, 40, 61; so auch *BVerfG* NJW 2001, 1121, 1123.

48) S. dazu etwa *BVerwGE* 67, 206, 209; *Degenhart*, DVBl. 1982, 872, 873 f.

49) *OVG Münster* (o. Fußn. 5).

50) S. zu diesen Zusammenhängen näher *Koenig* (o. Fußn. 45), S. 356 ff. sowie die Ausführungen oben im Text.

51) *OVG Münster* (o. Fußn. 5).

52) *WIK* (o. Fußn. 22), S. 6.

53) Kritisch dazu *Huifnagel/Rädler* (o. Fußn. 1).

54) *Reg TP* (o. Fußn. 1) „(...) [D]er auizuerlegende Effizienzgrad ist in Bezug zu den Veränderungsmöglichkeiten zu beurteilen“.

die Gerichte hätten daher insofern die vom GG vorgegebene Kompetenzverteilung zu respektieren. Eine Kontrolle der Verwaltung erfolge insoweit nicht über die Gerichte, sondern über das Parlament.⁴⁷ Diese Grundsätze sind auf die vorliegende Problematik übertragbar: Weder dem TKG noch der *TEntV* lässt sich ein präzises Entscheidungsprogramm bzgl. der Maßstäbe für die Bestimmung der in § 3 Abs. 2 *TEntV* genannten Größen entnehmen. Kann mithin insoweit den einschlägigen Normen grds. ein Beurteilungsspielraum der *Reg TP* entnommen werden, ist dieser vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG und des verfassungsrechtlichen Effizienzgebots⁴⁸ jedoch auf die Fälle zu begrenzen, in denen das Verfahren, das zu der behördlichen Festsetzung der Beurteilungsmaßstäbe führt, transparent ist und allen Beteiligten die Möglichkeit zur Einbringung der eigenen Position bietet. Der offene und transparente Diskussionsprozess zum *WIK*-Gutachten „Analytisches Kostenmodell für das nationale Verbindungsnetz“ erfüllt diese Voraussetzungen. Es kann daher für die vorliegende Problematik ein Beurteilungsspielraum der *Reg TP* bzgl. der näheren Bestimmung des Begriffs der „effizienten Leistungsbereitstellung“ angenommen werden.

Fraglich ist, ob die *Reg TP* sich mit der Heranziehung des *WIK*-Gutachtens noch i.R.d. so verstandenen Beurteilungsspielraums bewegt hat. Die diesbezüglichen Ausführungen des *OVG Münster* geben Anlass zur Verwunderung, scheint das *Gericht* doch davon auszugehen, der *DTAG* (sic!) stehe ein Beurteilungsspielraum zu, wenn es – bezogen auf das Netz der *DTAG* – ausführt: „Ist ein TK-Netz unter Verzicht auf größtmögliche Kostengünstigkeit – auch zu Lasten des Unternehmers gehend – etwa auf Sicherheitsmargen für Spitzenbelastungen oder zur Aufnahme erwarteter, nicht quantifizierbarer Verkehre ausgelegt oder aus sonstigen vertretbaren Geschäftsgründen kurzfristig nicht rationeller zu gestalten, dürfte ein solches Netzkonzept nicht zu verwerfen und im Rahmen eines Beurteilungsspielraums grds. zu akzeptieren sein“.⁴⁹ Das *OVG Münster* kehrt mit diesen Ausführungen die Anwendungsrichtung des Beurteilungsspielraums kurzerhand um: Nutznießer des Beurteilungsspielraums ist nach dem *OVG Münster* plötzlich nicht mehr die Verwaltung, sondern ein zu regulierendes Rechtssubjekt. Mit den die Annahme von Beurteilungsspielräumen tragenden und ggü. Art. 19 Abs. 4 GG rechtfertigenden verfassungsrechtlichen Hintergründen – wie etwa dem Gewaltenteilungsgrundsatz⁵⁰ – hat dies nichts mehr zu tun.

Begreift man dagegen richtigerweise die *Reg TP* als Begünstigten des Beurteilungsspielraums, so stellt sich die Frage, ob diese die Grenzen des Beurteilungsspielraums dadurch überschritten hat, dass sie die Konfiguration des Netzes der *DTAG* nicht als alleinigen Maßstab angenommen hat. Einige Ausführungen des *OVG Münster* scheinen genau dies anzudeuten, etwa wenn von einem „wirklichkeitsfernen Netzmodell“ oder von einem „weitgehend hypothetischen, kostenidealen TK-Netz“⁵¹ gesprochen wird. Insoweit muss sich das *OVG Münster* jedoch fragen lassen, ob es von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist. Bereits das *WIK*-Gutachten „Analytisches Kostenmodell für das nationale Verbindungsnetz“ berücksichtigt Elemente der vorgefundenen Netzarchitektur der *DTAG*.⁵² Darüber hinaus hat die *Reg TP* in ihrer E. v. 8.9.2000 die EBC-Tarife nicht auf der von ihr als effizient angesehenen Netzstruktur ermittelt,⁵³ sondern vertrat vielmehr die Auffassung, der *DTAG* müsse zur Anpassung an ein effizientes Netz eine Übergangszeit eingeräumt werden.⁵⁴ Anstelle von 475 Teilnehmer-Vermittlungsstellen legte die *BK* da-

her 977 solcher Vermittlungsstellen (von derzeit etwa 1600 im DTAG-Netz existierenden Teilnehmer-Vermittlungsstellen) zu Grunde. Von der Heranziehung eines „wirklichkeitsfernen Netzmodells“ oder eines „hypothetischen, kostenidealen Telekommunikationsnetzes“ kann daher keine Rede sein.⁵⁵ Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Reg TP durch das teilweise Heranziehen eines analytischen Kostenmodells den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten hat.

Gegen die Argumentation des OVG Münster spricht ferner, dass diese auf eine bloße Übernahme der vorgefundenen oder behaupteten Produktionskosten der DTAG hinausläuft. Dass es für die Entgeltregulierung damit nicht sein Bewenden haben kann, ergibt sich jedoch aus § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG. Danach haben sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren. Das OVG Münster verkürzt diesen Ausgangsmaßstab zu einem nachrangigen Faktor, der gegenüber den realen Produktionsgegebenheiten weitgehend zurückstünde. Will der Regulierer aber von dem Kostenmaßstab einer effizienten Leistungsbereitstellung abweichen, so muss er dies anhand des gesetzlich aufgestellten Rahmens darlegen. Die TEntgV bestimmt ausdrücklich, um welche Kriterien (u.a. Vergleichsmarktbetrachtung) der Effizienzmaßstab bei der Einzelfallprüfung ergänzt werden kann. Dabei erlaubt es § 27 Abs. 4 TKG als Ermächtigungsgrundlage für die TEntgV jedoch nicht, die materiellen Entgeltregulierungsmaßstäbe aus § 24 TKG verordnungsrechtlich zu verändern.⁵⁶ Das OVG Münster hat die Schranken dieses normativen Begründungsmusters nicht ausreichend beachtet, wenn es eine ineffiziente Netzkonfiguration des Zusammenschaltungspflichtigen als Regulierungsgrundlage unkritisch hinnimmt.

Wie bereits erörtert,⁵⁷ sind die Gerichte der Mitgliedstaaten zudem verpflichtet, die Kommissionsempfehlung 98/195/EG und die dazugehörigen Änderungsempfehlungen mit ihrer Präferenz für die Verwendung von „Bottom-up“-Modellen als Maßstab zur Bestimmung der Kosten zu berücksichtigen. Auch dies spricht für die bisher praktizierte Herangehensweise der Reg TP.

In diesem Zusammenhang vertritt das OVG Münster schließlich die Auffassung, das ausschließliche oder weitgehende Heranziehen „eines in wesentlichen Teilen hypothetischen Kostenmodells“ als Grundlage der Entgeltfestsetzung greife unverhältnismäßig schwer in grundrechtlich geschützte Positionen des betroffenen Unternehmens ein.⁵⁸ Diese Argumentation ist jedoch bereits in ihrem Ansatzpunkt verfehlt. Unterstellt man die Grundrechtsfähigkeit der DTAG,⁵⁹ so gilt es doch immerhin zu beachten, dass der Eigentumsschutz zu Gunsten der DTAG – nicht zuletzt auf Grund ihrer vormaligen Monopolstellung – einer höheren Sozialbindung unterliegt als bei den Wettbewerbern. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Reichweite der Eigentumsgarantie danach differenziert wird, wie weit die betroffene Eigentumsposition auf eigene Leistungen zurückgeht: Je höher der einem Anspruch zu Grunde liegende Anteil eigener Leistungen ist, desto stärker tritt der verfassungsrechtlich wesentliche personale Bezug und mit ihm ein tragender Grund des Eigentumsschutzes hervor.⁶⁰ Das VG Köln hat in einer früheren Entscheidung in diesem Zusammenhang zu Recht angeführt, dass für die TK-Infrastruktur, die mit erheblichen öffentlichen Mitteln aufgebaut und i.R.d. Privatisierung an die DTAG übertragen wurde, niedrigere Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung zu stellen sind.⁶¹ Die von der Deutschen

Bundespost übernommene Infrastruktur ist kein Ergebnis eigener Leistungen, sondern wurde mittels staatlicher Tarifierung von Monopolrenten und aus Steuermitteln ausgebaut.⁶² Dies führt zu einem abgeschwächten Schutz des Eigentums an solcher Infrastruktur, die sich in einer gesteigerten Sozialpflichtigkeit niederschlägt.⁶³ Zum anderen führt der Umstand, dass die terrestrische Festnetzinfrastruktur unter Geltung des EG-Beihilfenrechts auch aus Steuermitteln sowie auf Grund der staatlichen Tarifierung von Monopolrenten ausgebaut wurde, zu einer EG-beihilfenrechtlichen „Kontrolllastigkeit“ (Art. 88 Abs. 1 Satz 1 EG), die auch durch den Übergang des Eigentums an der Netzinfrastruktur auf die DTAG (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Post-UmwG) nicht beseitigt wurde.⁶⁴ Diese Kontrolllastigkeit ist vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts⁶⁵ bei der Auslegung der deutschen Grundrechte zu berücksichtigen.⁶⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Beurteilungsspielraum der Reg TP bzgl. der näheren Bestimmung des Begriffs der „effizienten Leistungsbereitstellung“ angenommen werden kann, wenn das Verfahren, das zu der behördlichen Festsetzung der Beurteilungsmaßstäbe führt, transparent ist und allen Beteiligten die Möglichkeit zur Einbringung der eigenen Position bietet. Der offene und transparente Diskussionsprozess zum WIK-Gutachten „Analytisches Kostenmodell für das nationale Verbindungsnetz“ erfüllt diese Voraussetzungen. Grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der DTAG werden durch die Verwendung eines analytischen Kostenmodells nicht verletzt.

3. Rechtliche Bedenken gegen ein mögliches Umschwenken der Reg TP auf das Kostenmodell der DTAG

Vor dem Hintergrund der durch die Entscheidung des OVG Münster ausgelösten Verunsicherung der Reg TP und aller Marktteilnehmer stellt sich die Frage, wie ein etwaiges Umschwenken der Reg TP auf das Kostenmodell der DTAG zu bewerten wäre, für welches die Reg TP noch im EBC-Verfahren eine ineffiziente Netzgestaltung festgestellt hatte. Eine solche Neuorientierung der Reg TP hätte zur Folge, dass die Wettbewerber die in Zeiten des Monopols errichtete ineffiziente Netzstruktur nachbilden müssten. Dies bewirkte für den Marktbeherrscher einen Anreiz, seine Netzkonfiguration nicht an Effizienz Gesichtspunkten

55) So aber das OVG Münster (o. Fußn. 5). Treffender hingegen ist in diesem Zusammenhang der Begriff „Kompromissvorschlag“, den die Reg TP als Bezeichnung für ihren überarbeiteten Vorschlag v. 10.4.2000 wählt. S. Reg TP (o. Fußn. 1); s. dazu jetzt auch Rädler (o. Fußn. 23).

56) Spoerr (o. Fußn. 2), S. 216.

57) Oben unter I. 2.

58) OVG Münster (o. Fußn. 5).

59) S. dazu nur Arnould, DÖV 1998, 437, 448 ff.; Koenig/Braun, NVwZ 1999, 1056, 1057.

60) BVerfGE 53, 257, 292; s. ferner BVerfGE 22, 241, 253; 45, 142, 170; 50, 290, 340; 58, 81, 112; 69, 272, 301; 76, 220, 237. Grds. dieser Rspr. zustimmend etwa Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rdnr. 32 b; Thormann, Abstufungen in der Sozialbindung des Eigentums, 1996, S. 223 et passim.

61) VG Köln MMR 1999, 238, 243.

62) S. dazu näher Koenig/Braun, NVwZ 1999, 1056, 1057 ff.

63) Koenig/Braun (o. Fußn. 62), S. 1058; Fuhr/Kerkhoff, MMR 1998, 6, 11. Vgl. auch die – im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht – ähnliche Argumentation von Vinje/Kalimo, World Competition 23 (2000) (3), 49, 52.

64) Näher dazu Koenig/Braun (o. Fußn. 62).

65) S. dazu nur EuGH, Sig. 1964, 1251, 1269 – Costa / J. E.N.E.L.; Koenig/Haratsch (o. Fußn. 15), Rdnr. 113 ff.; Streinz (o. Fußn. 35), Rdnr. 200.

66) S. dazu ausführlich Koenig/Braun (o. Fußn. 62). Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH NVwZ-RR 2000, 744, 745, wonach „Positionen, die nur durch Verstoß gegen materielles EG-Recht realisiert werden konnten“, den Schutz des GG nicht verdienen.

auszurichten, um auf diesem Wege höhere Entgelte durchsetzen zu können. Hier scheint auch der vom *OVG Münster* bemühte Verweis auf den sich schnell wandelnden Stand der Netztechnik und die damit verbundene Relativität der „Effizienz“ einer Netzstruktur zweifelhaft. Eine Tradierung der Ineffizienzen entspricht nicht dem auf Wettbewerbsschaffung und -förderung sowie kontinuierliche Effizienzsteigerung („efficiency forcing“⁶⁷) angelegten Ansatz

67) *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1999, 125, 133.

68) Vgl. *Schütz/Müller* (o. Fußn. 20); *Moritz*, RTKom 2000, 102, 109. Vgl. demgü. den skurrilen Vortrag der *DTAG* im Verfahren vor der *Reg TP*: „Der Begriff der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ dürfe nicht umgangssprachlich in dem Sinne verstanden werden, dass die bereitzustellende Leistung effizient sein müsse“, *Reg TP* (o. Fußn. 1).

69) Nicht behandelt werden kann im vorliegenden Rahmen die Frage, ob insoweit auch ein Verstoß gegen Art. 82 i.V.m. Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen könnte.

des deutschen und europäischen TK-Rechts.⁶⁸ Daher würde sich in diesem Fall die Frage stellen, ob die *Reg TP* mit einer solchen folgenschweren Kehrtwendung die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde. Mit Blick auf die von § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG geforderte Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wäre diese Frage angesichts der sich im Kostenmodell der *DTAG* widerspiegelnden Ineffizienzen des *DTAG*-Netzes – welche die *Reg TP* im EBC-Verfahren mehrfach betont hat – eindeutig zu bejahen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein etwaiges Umschwenken der *Reg TP* auf das Kostenmodell der *DTAG* angesichts der Ineffizienzen des *DTAG*-Netzes einen offenkundigen Verstoß gegen § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG darstellen und die Grenzen des Beurteilungsspielraums der *Reg TP* überschreiten würde.⁶⁹