

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 TPhat* 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 gesetzesunmittelbaren 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 Verbindungsebene von der Teilnehmernetzebene aus Nachfragersicht<sup>10</sup> wurde eine wesentliche Voraussetzung für den Wettbewerb im Verbindungsnetzbereich geschaffen.<sup>11</sup> Prima vista unterscheidet sich die Situation im Mobilfunkbereich jedoch von der vom Gesetzgeber vorgefundenen 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 Verbindungsnetzbereich 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 Verbindungsnetzbereich,<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 Verbindungsnetzbereich 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) *Paull/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/ Merkt*, 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 FTEG, 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; *Schadow*, 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 im 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 Entfernungen“ 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 Ortsnetzkennzahl 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 bestimmbar) 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 Verbindungsebene 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 Teilnehmernetz 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 zusammengeschaltet 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 Verbindungsebene 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 TP* MMR 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 den 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. 12 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 regulierungsökonomischen 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) Paull/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) BVerfGE 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, Marktsegmentierung 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

**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; *Etling-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/Wörlen*, 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 *Lea/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.

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 hilfswise 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-

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 entbehrlich 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 anklagen 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 marktächtigen 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 TEntgV 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) Deegenhart, 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 Gemeinschaftsrechtsverstoßes 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) *Royla/Lackhoff*, DVBl 1998, 1116, 1117 f.

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

191) *Royla/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.; *Royla/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-

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

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

207) 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.

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

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

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

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

212) *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-Bouyssiére*, in: *Schwarze* (o. Fußn. 19), S. 69, 77; *Veljanovski*, *Wireless Technology 2001*, 101, 102.

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

214) *Osborne*, *Wireless Technology 2001*, 112.

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

216) 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.

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

218) *Reg TP* (o. Fußn. 205), S. 9.

219) 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 Altlicenzen 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 Altlicenzen 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 Verfassungs 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; *Riehmer* (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 *Oftel* 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 *Oftel* (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) *Etlings-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) *Etlings-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 *Etlings-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 hervorzubringen 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 Bestandsschutz 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 berechtigte 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 Indienahme des Netzbetreibers. Das unter erheblichen Investitionen geschaffene Eigentum wird dabei quasi als Produktionsmittel dem Wettbewerber zur Verfügung gestellt. Bei einer solchen ge-

238) Vgl. dazu bereits oben, I. 3.

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

240) BVerwGE 50, 49, 57; BVerwG NJW 1977, 1932, 1933; BVerwG NJW 1981, 1224.

241) BVerwGE 47, 126, 128.

242) 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.

243) BVerfGE 31, 275, 285.

244) Sieckmann, NVwZ 1997, 853, 854.

245) Bryde (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 30.

246) Bryde (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 30.

247) 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 Sektorisierung 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 Altlicenznehmer 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 Wettbewerbserstarrung

und damit zur Schaffung eines nachhaltigen Netzwettbewerbs. Des Weiteren hatten die Altlicenzinhaber, 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 Altlicenzinhaber 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 berechnete 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 Altlicenznehmern 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 originierendem 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).