



Von Professor  
Dr. iur. Christian  
Koenig, LL.M., und  
Jens-Daniel Braun,  
Bonn

Univ.-Prof. Dr. *Christian Koenig*, LL. M. (London) ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. *Jens-Daniel Braun* ist ebendort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. – Der Beitrag geht auf ein von den Autoren im Auftrag von AOL Deutschland angefertigtes Gutachten zurück.

## Defizite des deutschen Telekommunikationsrechts mit Blick auf die Internet-Märkte und Abhilfemöglichkeiten

### Das deutsche Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen des Internet-Zeitalters

Der Beitrag untersucht de lege lata und de lege ferenda unter maßgeblicher Einbeziehung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des neuen EG-Rechtsrahmens, inwieweit das deutsche Telekommunikationsrecht Internetspezifika regulatorisch angemessen behandelt. Ausgeleuchtet werden dabei die Eignung und die regulatorischen Potenziale der telekommunikations- und kartellrechtlichen Instrumente, um den Herausforderungen der vertikalen Integration marktbeherrschender Telekommunikationsunternehmen zu begegnen. Besonders in den Blick genommen werden die Themen Bündelung, Flatrate, Resale, Line Sharing und Billing.

#### Inhaltsübersicht

A. Einleitung .....	2	D. Telekommunikations- und wettbewerbsrechtliche Probleme der faktischen Abhängigkeit von Internet Service Providern von Vorleistungen der DTAG .....	17
B. Telekommunikations- und kartellrechtliche Kriterien zur Behandlung von Bündelprodukten marktbeherrschender Unternehmen .....	2	I. Flatrate .....	17
I. Einführung .....	2	II. Resale .....	24
II. Überblick über die wettbewerbstheoretischen Gefahren von Bündelprodukten .....	2	III. Billing .....	27
III. Die Behandlung von Bündelangeboten durch das EG-Wettbewerbsrecht .....	4	IV. Line Sharing .....	43
IV. Die Behandlung von Bündelangeboten durch das GWB .....	5	E. Vollzugsdefizite des deutschen Telekommunikationsrechts .....	47
V. Die Behandlung von Bündelangeboten durch das deutsche Telekommunikationsrecht .....	6	I. Einführung .....	47
VI. Rechtsdogmatische Maßstäbe zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Bündelangeboten .....	8	II. Die Vollzugsdefizite des TKG .....	47
VII. Regulatorische Instrumente zur Behandlung von Bündelprodukten auf den Telekommunikationsmärkten .....	9	F. Executive Summary .....	50
C. Entgeltregulierung von Internet- und Datendienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen .....	10	I. Telekommunikations- und kartellrechtliche Kriterien zur Behandlung von Bündelprodukten von marktbeherrschenden Unternehmen .....	50
I. Derzeitige Rechtslage unter Einbeziehung der Praxis der RegTP und der Verwaltungsgerichte .....	10	II. Entgeltregulierung von Internet- und Datendienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen .....	51
II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben des neuen Rechtsrahmens .....	13	III. Telekommunikations- und wettbewerbsrechtliche Probleme der faktischen Abhängigkeit von Internet Service Providern von Vorleistungen der DTAG .....	51
III. Rechtliche Maßstäbe des deutschen Rechts für die Entgeltregulierung von Internet- und Datendiensten .....	14	IV. Vollzugsdefizite des deutschen Telekommunikationsrechts .....	53

## A. Einleitung

Das deutsche Telekommunikationsrecht steht im Zeitalter des Internets vor gewaltigen Herausforderungen. Viele Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und der übrigen einschlägigen Gesetze sind vornehmlich oder ausschließlich auf „klassische“ Telekommunikationsvorgänge zugeschnitten oder werden zumindest in diese Richtung durch die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (RegTP) und die Gerichte verstanden. Eine regulierungspolitische Einbeziehung und rechtsdogmatische Verarbeitung der Besonderheiten von internetgestützter Kommunikation unterbleibt dagegen allzu oft. Die folgenden Ausführungen weisen anhand einer Reihe scheinbar nur lose zusammenhängender Problemkomplexe dieses Versäumnis nach und entwerfen rechtsdogmatische und – wo es die rechtswissenschaftliche Zurückhaltung nicht verbietet – ausnahmsweise auch rechtspolitische Alternativen. Letzteres kann hier nur sehr sparsam in wenigen Skizzenstrichen geschehen; vielmehr soll eine rechtswissenschaftliche Grundlage aufbereitet werden, auf welche die berufenen Institutionen ihre rechts- und regulierungspolitischen Konsequenzen bauen können. Die folgende Abhandlung will sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* einen Grundlagenbeitrag zur integralen Betrachtung einer angemessenen Regulierung der für die Internet Service Provider relevanten Märkte bieten: Grundlage jeder Regulierungspolitik muss neben der wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtung auch eine rechtsdogmatische Durchdringung der Materie sein. Die Verfasser loten daher – *de lege lata* und *de lege ferenda* klar unterscheidend – angemessene und weniger angemessene Regulierungsmechanismen von ihrer rechtswissenschaftlichen Perspektive aus („Schuster bleib bei Deinen Leisten“), berücksichtigen dabei aber stets mit hohem Respekt die Erkenntnisse der Nachbardisziplinen, insbesondere der Netzökonomie oder der Wettbewerbstheorie. Rechtsdogmatisch behandelt und auf die für die Internet Service Provider relevanten Märkte zugeschnitten werden unter anderem telekommunikations- und kartellrechtliche Kriterien zur Beurteilung von Bündelprodukten, die telekommunikations- und wettbewerbsrechtlichen Probleme der faktischen Abhängigkeit von Internet Service Providern von Vorleistungen der Deutschen Telekom AG (insb. mit Blick auf Flatrate, Billing, Resale und Line Sharing) und die Entgeltregulierung von Internet- und Datendienstleistungen von marktbeherrschenden Unternehmen.

## B. Telekommunikations- und kartellrechtliche Kriterien zur Behandlung von Bündelprodukten marktbeherrschender Unternehmen

### I. Einführung

In ihrem jüngsten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG hat sich die Monopolkommission intensiv mit dem Problemkomplex „Bündelangebote und Regulierung“ auseinandergesetzt<sup>1</sup> und dabei zu Recht die wachsende wirtschaftliche Bedeutung von Bündelangeboten betont<sup>2</sup>. Die Bündelproblematik ist dabei vor allem auf den Märkten von Bedeutung, auf denen Internet Service Provider mit großen Telekommunikationsunternehmen im Wettbewerb stehen, die Internetdienste und Telekommunikationsdienstleistungen aus einer Hand anbieten können<sup>3</sup>.

Dabei steigt die Fähigkeit des Unternehmens zu bündeln grundsätzlich mit dessen vertikalem Integrationsgrad. Bedauerlicherweise entspricht der *rechtswissenschaftliche* Erkenntnisstand bisher keineswegs der ökonomischen Bedeutung des Themas<sup>4</sup>. Eine juristische Analyse dieses Gebietes ist mit dem In-Kraft-Treten des neuen Rechtsrahmens jedoch nötiger denn je, operiert das Gemeinschaftsrecht doch nunmehr an einigen Stellen mit dem *Rechtsbegriff* der „ungerechtfertigten Bündelung“.

So heißt es etwa in Art. 17 Abs. 2 S. 2 der neuen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie)<sup>5</sup>:

**Art. 17. (2) [...]** Zu den auferlegten Verpflichtungen können auch die Anforderungen gehören, dass die Unternehmen keine überhöhten Preise berechnen, den Markteintritt nicht behindern, keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anwenden, bestimmte Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen oder Dienste nicht *ungerechtfertigt bündeln*.<sup>6</sup>

Im Folgenden sollen daher auf Telekommunikationsmärkte bezogene rechtsdogmatische Maßstäbe zur Feststellung von Bündelprodukten entwickelt werden, um damit dem *Rechtsbegriff* der „ungerechtfertigten Bündelung“ klare Konturen zu verleihen. Gewonnen werden die Maßstäbe dabei aus einem kurzen Abriss über die wettbewerbstheoretischen Gefahren von Bündelprodukten (B.II.) sowie einer vergleichenden Analyse der bisherigen Behandlung von Bündelangeboten im allgemeinen EG-Wettbewerbsrecht (B.III.) und im deutschen Telekommunikationsrecht (B.IV.). In diesem Zusammenhang ist in terminologischer Hinsicht darauf hinzuweisen, dass die Begriffe „Bündelung“ und „Kopplung“ im Folgenden synonym verwendet werden<sup>7</sup>.

### II. Überblick über die wettbewerbstheoretischen Gefahren von Bündelprodukten

Zu unterscheiden sind phänomenologisch zunächst zwei Formen von Kopplungs- oder Bündelungsangeboten: Von

1 Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand (Sondergutachten), im WWW abrufbar unter der URL: [www.monopolkommission.de](http://www.monopolkommission.de), Tz. 201 ff. Alle URLs wurden zuletzt am 16. 4. 2002 geprüft.

2 Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 201.

3 Vgl. *Bunte/Welfens*, Wettbewerbsdynamik und Marktabgrenzung auf Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 28.

4 *Whinston*, Journal of Economic Perspectives 15 (2001), 63 (79), betont, dass auch aus der Perspektive der Wirtschaftswissenschaften zumindest in Teilbereichen dieser Problematik noch ein erheblicher Forschungsbedarf besteht.

5 Die Richtlinie ist verabschiedet aber bisher noch nicht im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlicht. Eine aktuelle Fassung findet sich im WWW unter der URL: [http://europa.eu.int/informations\\_society/topics/telecoms/regulatory/new\\_rf/documents/03673d1.pfd](http://europa.eu.int/informations_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/03673d1.pfd). Ein knapper Überblick über den Inhalt dieser Richtlinie findet sich bei *Bartosch*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), EC competition and telecommunications law, 2002 (im Erscheinen), Chapter 3, B. II. 2.2; *Ladewig*, K&R 2002, 110 (116 f.); *Koenig/Neumann*, in: *Koenig/Bartosch/Braun*, ebenda, Chapter 11, D. II. 2.

6 Hervorhebung hinzugefügt.

7 In der anglo-amerikanischen Literatur werden dagegen zum Teil „bundling“ und „tying“ unterschieden. Der Erkenntnisgewinn dieser Unterscheidung ist jedoch eher gering. Zudem ergeben sich insoweit schwierige Abgrenzungsfragen, siehe *Vogelsang*, Neue Probleme der Preisregulierung von Endkundenleistungen, Vortrag für WIK-Workshop 14. 9. 2001, S. 5.

einer reinen Bündelung spricht man, wenn der Kunde von dem jeweiligen Anbieter das nachgefragte Produkt nicht einzeln (entbündelt) erwerben kann<sup>8</sup>. Daneben existieren Bündelprodukte, deren Einzelleistungen zwar separat erhältlich sind, die Aufspaltung in Einzelprodukte für den Verbraucher jedoch mit erheblichen Preisnachteilen verbunden ist (gemischte Bündelung)<sup>9</sup>.

Aus wettbewerbstheoretischer Sicht sind Modelle entwickelt worden, die sich mit den ökonomischen Implikationen dieser beiden Formen von Kopplungsprodukten und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb beschäftigen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei die Einsicht, dass das Anbieten von Bündelungsprodukten keine Marktmacht voraussetzt<sup>10</sup>. Zudem ist diese Angebotsstrategie keineswegs auf monopolistische Märkte oder auf Märkte beschränkt, in denen marktmächtige Anbieter tätig sind<sup>11</sup>. Wettbewerbstheoretische Probleme ergeben sich durch Bündelungsangebote erst dann, wenn die verschiedenen Anbieter in unterschiedlichem Maße in der Lage sind, selbst Bündelungen durchzusetzen<sup>12</sup>. Die potenziell wettbewerbswidrigen Eigenschaften von Kopplungsprodukten werden daher vornehmlich darin gesehen, dass solche Produkte tendenziell marktmachterhöhend wirken<sup>13</sup>. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Produkte von dem beherrschten Markt mit solchen Produkten bündelt, bei denen es dem Wettbewerb ausgesetzt ist.

Die Verdrängung der anderen Wettbewerber vom Markt wird dabei maßgeblich auf zwei Effekte zurückgeführt: Zum einen verringert sich durch die Kopplung die Nachfrage nach dem gekoppelten Einzelprodukt, da dieses Produkt als *Bestandteil des Bündels* für viele Verbraucher attraktiver ist als ein einzeln erhältliches Produkt. Zum anderen hat das koppelnde Unternehmen einen Anreiz und durch den Quersubventionierungsmechanismus auch die Fähigkeit, den Preis des gesamten Kopplungsprodukts niedriger zu halten als die Summe der Einzelpreise des Kopplungsprodukts. Dadurch wird der Marktzutritt für andere Anbieter weniger attraktiv. Dabei ermöglichen es Bündelprodukte marktbeherrschenden Unternehmen in einer Vielzahl von Fällen, Kosten von dem gebündelten Produkt A auf das Produkt B abzuwälzen (*Gefahr der Quersubventionierung*)<sup>14</sup>.

Je mehr Produkte zu einem einheitlichen Kopplungsprodukt zusammengefasst werden, umso größer werden die Bedenken gegenüber dieser Kopplung. Die entscheidende Gefahr ist damit die der Verdrängung von Wettbewerbern aus den jeweils für die Einzelprodukte von Internet Service Providern relevanten Märkten.

Diese Gefahr ist im Übrigen nicht – wie zum Teil angenommen wird – bei gemischter Bündelung per se kleiner als bei reiner Bündelung. Ein marktmächtiger Anbieter kann nämlich durch eine geänderte Preispolitik faktisch die Situation einer gemischten Bündelung in die einer reinen Bündelung überführen<sup>15</sup>. Er muss dazu nur die Preisdifferenz zwischen dem Preis des Bündels und der Summe der Einzelpreise des Bündels hinreichend groß werden lassen<sup>16</sup>.

Auch die Monopolkommission betont die wettbewerbsrechtliche Problematik von Bündelprodukten, soweit das anbietende Unternehmen auf einem oder mehreren

Märkten marktbeherrschend ist<sup>17</sup>. Die Gefahr der Bündelprodukte wird ebenfalls darin erblickt, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht durch diese Vorgehensweise zusätzlich absichert. Auch die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf einen nicht beherrschten Markt wird als realistisch angesehen, da Kunden wegen der allenfalls geringen Preisdifferenzen den Anreiz verlor, zu Anbietern zu wechseln, die das im Wettbewerb stehende Produkt separat anbieten<sup>18</sup>. Die Monopolkommission hebt zudem einen Gedanken hervor, der gerade auf den Telekommunikationsmärkten von besonderer Bedeutung ist: Die Bündelung von Produkten führt vor allem dann zu Wettbewerbsbehinderungen, wenn der marktbeherrschende Anbieter die dazu notwendigen Vorprodukte kontrolliert. Dabei ist aus wettbewerbstheoretischer Sicht insbesondere eine Preis-Kosten-Schere kritisch, d. h. gleiche oder sogar höhere Preise für Vorleistungen als für die Endkundenleistung<sup>19</sup>.

Speziell für die sektorspezifisch regulierten Telekommunikationsmärkte von überragender Bedeutung ist die Gefahr, dass durch den Einsatz von Bündelprodukten die Preisregulierung umgangen wird<sup>20</sup>. Dies geschieht dadurch, dass Bündelung in der Regel die tatsächlichen Kosten der Herstellung verschleiert<sup>21</sup>. Auch insoweit ergeben sich Überschneidungen zwischen den problemkomplexen Quersubventionierungen und Bündelungsprodukten.

Zu ergänzen ist noch, dass Bündelung auch die Marktzutrittsschranken erhöhen kann: Werden gebündelte Produktpakete im Markt stark angenommen, wird es für spezialisierte Anbieter schwieriger, sich auf dem Markt zu behaupten<sup>22</sup>. Um im Wettbewerb zu bestehen, müssen sie eine breitere Produktpalette anbieten und eine Markteintrittsstrategie wählen, die unter den Produktionsbedingungen der Telekommunikationsmärkte mit höheren Sunk Costs<sup>23</sup> verbunden ist<sup>24</sup>.

8 Vogelsang (Fn. 7), S. 4; Alkas, Preisbündelung auf Telekommunikationsmärkten aus regulierungsökonomischer Sicht, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 219, 2001, S. 2 f.; Neumann, Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 230, 2002, 4.4.1, S. 47; vgl. auch Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 86 Rdnr. 198.

9 Vogelsang (Fn. 7), S. 4; Neumann (Fn. 8), 4.4.1, S. 47.

10 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 48.

11 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 48; Vogelsang (Fn. 7), S. 4.

12 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 48.

13 Vogelsang (Fn. 7), S. 5. Vgl. auch Aron/Wildman, in: Gillette/Vogelsang (Hrsg.), Competition, Regulation and Convergence, 1998, S. 1 (7 ff.).

14 Vgl. dazu Woessler, MMR 2001, 455 (457), und unten ausführlich unter D.III.3. f.

15 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 49. Vgl. auch die differenzierende Argumentation von Vogelsang (Fn. 7), S. 11.

16 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 49.

17 Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 202.

18 Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 202. Vgl. auch Vogelsang (Fn. 7), S. 9, und Alkas (Fn. 8), S. 39 ff.; Jones/Sufrin, EC Competition Law, 2001, S. 368.

19 Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 202; Alkas (Fn. 8), S. 45 f.

20 Siehe dazu Vogelsang (Fn. 7), S. 7; Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 202. Besondere Probleme stellen sich in diesem Zusammenhang vor allem dann, wenn Sprachtelefonien und Internet-Dienste gebündelt werden.

21 Ähnlich Vogelsang (Fn. 7), S. 7.

22 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 48 f.; Vogelsang (Fn. 7), S. 10. Vgl. ferner Alkas (Fn. 8), S. 26 ff. und 34 ff.

23 Zum Begriff siehe Koenig/Kühling, WuW 2000, 596 (605); Wichert-Nick, MMR 1999, 711 (721).

24 Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 48 f.

### III. Die Behandlung von Bündelangeboten durch das EG-Wettbewerbsrecht

Bündelangebote können nach allgemeinem EG-Wettbewerbsrecht unter den Missbrauchstatbestand des Art. 82 EG fallen<sup>25</sup>. Zunächst ist dabei an Art. 82 Abs. 2 lit. d EG zu denken. Nach dieser Vorschrift kann ein Missbrauch insbesondere in „der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung [bestehen], dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“. Exemplarisch soll dies an drei Fällen<sup>26</sup> aus der Rechtsprechungspraxis des EuGH bzw. der Entscheidungspraxis der EG-Kommission aufgezeigt werden:

In der Entscheidung Tetra Pak II<sup>27</sup> hatte der Gerichtshof unter anderem über die Zulässigkeit einer Verknüpfung des Verkaufs von Verpackungsmaschinen mit dem Verkauf dazugehöriger Kartons zu entscheiden. Der EuGH entschied (wie zuvor bereits das EuG), dass die von Tetra Pak beim Verkauf der Verpackungsmaschinen gleichzeitig verlangte Verpflichtung zur Abnahme der dazugehörigen Kartons gegen Art. 82 S. 2 lit. d EG verstieß<sup>28</sup>. In der Entscheidung Hilti<sup>29</sup> wurde ein Verstoß gegen Art. 82 S. 2 lit. d EG bejaht, da Hilti die Abnehmer von Bolzen für Bolzenschussgeräte dazu verpflichtete, so genannte Kartuschenstreifen ebenfalls abzunehmen. Der Gerichtshof führte zur Begründung aus, dass die von Hilti verfolgte Politik dazu geeignet sei, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, weil sie andere Unternehmen davon abhalte, sich auf dem Markt zu etablieren. Im Fall Olioifiat<sup>30</sup> ging es um die Verpflichtung von Fiat-Vertragswerkstätten, ausschließlich die Schmierstoffe von Fiat zu verkaufen und zu verwenden. Die Kopplung wurde von der Kommission als nicht gerechtfertigt angesehen, auch nicht unter dem Aspekt einer betriebswirtschaftlich notwendigen Abnahme eines Warensortiments in Alleinvertriebsverhältnissen. Das Sortiment war hier zu weit: Vertrieb und Wartung sind nicht zwingend mit der Verwendung von Schmierstoffen des Herstellers verknüpft<sup>31</sup>.

Einen Katalog mit abstrakten Kriterien zur Feststellung einer unzulässigen Kopplung, der – wie ein Prüfungsschema – auf eine unbestimmte Vielzahl von Fällen angewandt werden könnte, haben weder der Gerichtshof noch die Kommission aufgestellt. Gleichwohl können den genannten und anderen Entscheidungen des EuGH sowie der Normstruktur des Art. 82 EG eine ganze Reihe verallgemeinerungsfähiger Grundlinien entnommen werden: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Aufzählung der missbräuchlichen Verhaltensweisen in Art. 82 S. 2 EG nach dessen Wortlaut („insbesondere“) nicht abschließend ist<sup>32</sup>. Folglich kann die Kopplung von zwei Erzeugnissen auch dann einen Missbrauch i. S. d. Art. 82 EG darstellen, wenn die Kopplung einem Handelsbrauch entspricht oder wenn zwischen diesen beiden Erzeugnissen sachlich eine Beziehung besteht, es sei denn, dass die Kopplung objektiv gerechtfertigt ist<sup>33</sup>. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine bestimmte Technik und Gesundheitsschutzaspekte vom EuGH *nicht* als ausreichende Rechtfertigung für eine Kopplung erachtet werden. Es steht einem Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung also nicht frei, aus eigener Initiative (Kopplungs-)Maßnahmen zu ergreifen, um Produkte der Wettbewerber zu eliminieren, die es – zu Recht oder zu Unrecht – für im Vergleich zu den eigenen Erzeugnissen

als qualitativ minderwertig und damit unter Umständen für den Verbraucher als gefährlich erachtet<sup>34</sup>.

Für eine Kopplung i. S. d. Art. 82 Abs. 2 lit. d EG ist es überdies nicht erforderlich, dass die Kunden verpflichtet werden; es genügt, dass von der Kopplung – etwa durch eine entsprechende Ausgestaltung des Rabattsystems – ein so starker Anreiz zum ausschließlichen Bezug vom beherrschenden Unternehmen ausgeht, dass die Konkurrenten chancenlos sind<sup>35</sup>. Daher werden Treuerabatte als versteckte Kopplungen ebenfalls vom Verbot des Art. 82 Abs. 2 lit. d EG erfasst<sup>36</sup>.

Damit eng verbunden ist die vom EuGH bisher nicht ausdrücklich entschiedene Frage, ob bereits der bloße Versuch, solche Verträge ausschließlich mit einer Kopplung abzuschließen, gegen Art. 82 Abs. 2 lit. d EG verstößt. Für eine bejahende Antwort<sup>37</sup> spricht die systematische Überlegung, dass in den Fällen des Art. 82 Abs. 2 lit. a–c EG bereits der Versuch genügt<sup>38</sup>. Zudem liegt der „normative Vorwurf“ nach der Tatbestandsfassung nicht in der Verweigerung, sondern in dem Bestehen auf der Kopplung<sup>39</sup>.

Die Bündelungsproblematik wird überdies in einigen Fusionskontrollentscheidungen der Kommission angeschnitten, wobei dieser Punkt nicht selten nur oberflächlich gestreift wird. Ein interessantes Beispiel ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung Enel/Wind/Infrostrada: In diesem Fall ging es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des geplanten Erwerbs der italienischen Festnetzgesellschaft Infostrada durch die Telekommunikationsgesellschaft Wind, die vom ehemaligen Strommonopolisten Enel beherrscht wird. Die italienischen Wettbewerbsbehörden hatten die Kommission davon in Kenntnis gesetzt, dass durch den geplanten Zusammenschluss Enel die Möglichkeit erhalten würde, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Strommarkt in Italien zu verstärken.

25 Zudem kann unter Umständen auch ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 lit. e EG vorliegen.

26 Eine Vielzahl weiterer Fälle findet sich etwa bei *Whish*, *Competition Law*, 4. Aufl. 2001, S. 606 ff., und *Jones/Sufrin* (Fn. 18), S. 368 ff.; *Dirksen*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, 9. Aufl. 2001, Art. 82 Rdnrn. 159 ff.

27 EuGH, Slg. 1996, I-5951 – Tetra Pak II.

28 EuGH, Slg. 1996, I-5951 (5969), Tz. 34 ff. – Tetra Pak II.

29 EuG, Rs. T-30/89, Slg. 1991, II-1439 – Hilti, Tz. 100 ff.; EuGH, Rs. C-53/94, Slg. 1994, I-667 – Hilti.

30 Kommission, XVII. Wettbewerbsbericht, Tz. 84 – Olioifiat. Siehe dazu etwa *Dirksen*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 26), Art. 82 Rdnr. 162.

31 *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Art. 86 Rdnr. 211.

32 EuGH, Slg. 1996, I-5951 (6011), Tz. 37 – Tetra Pak II.

33 EuGH, Slg. 1996, I-5951 (6011), Tz. 37 – Tetra Pak II; *Ross*, in: *Arnulf et al.* (Hrsg.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 4. Aufl. 2000, S. 615; *Jones/Sufrin* (Fn. 18), S. 374.

34 EuG, Slg. 1994, 755 (822), Tz. 138 – Tetra Pak II; bestätigt durch EuGH, Slg. 1996, I-5951 (6010 f.), Tz. 36 f. – Tetra Pak II. In diesem Sinne auch *Brinker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2000, Art. 82 EGV Rdnr. 33. Die Kommission ist zumindest in einer Entscheidung in diesem Punkt – aus Sicht des marktbeherrschenden Unternehmens – großzügiger verfahren, siehe Kommission, XIX. Wettbewerbsbericht, 1989, Tz. 62.

35 *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999 Art. 82 EGV Rdnr. 63; *Grill*, in: *Lenz* (Hrsg.), *EG-Kommentar*, 2. Aufl. 1999 Rdnr. 35.

36 EuGH, Slg. 1979, 461 (547), Tz. 111 – Hoffmann-LaRoche; *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 35), Art. 82 EGV Rdnr. 63; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Art. 86 Rdnr. 190.

37 A. A. aber *Schröter*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Art. 85–87 EG, 5. Aufl. 1999, Art. 86 Rdnr. 193.; *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Art. 86 Rdnr. 199 f.

38 *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 35), Art. 82 EGV Rdnr. 64.

39 *Weiß*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 35), Art. 82 EGV Rdnr. 64.

Die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung sollte dadurch möglich sein, dass Enel in die Lage versetzt würde, seine Angebote auf dem Strommarkt mit günstigen Telekommunikationsdienstleistungen zu bündeln<sup>40</sup>.

Dieses Beispiel zeigt sehr anschaulich, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die Bündelung von Produkten in die Lage versetzt werden kann, seine Stellung auf dem beherrschten Markt weiter auszubauen. Umgekehrt ist es jedoch auch denkbar, dass ein Marktbeherrscher durch die Bündelung in einen anderen Markt eintritt, um dort eine beherrschende Stellung aufzubauen. Dies wäre in dem genannten Fall dann gegeben, wenn Enel Telekommunikationsangebote mit günstigen Stromangeboten verknüpft hätte. Eine besondere Relevanz könnte dieser Aspekt der Bündelproblematik mit Blick auf eine mögliche marktreife Entwicklung von Powerline<sup>41</sup> zur (breitbandigen) Übertragung von Online-Produkten entfalten<sup>42</sup>. Generell räumt eine solche Kopplung von Produkten dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit ein, in einen anderen Markt einzudringen. Die normalerweise mit dem Eintritt in ein neues Marktsegment verbundenen Kosten können durch die Gewinne des Unternehmens auf dem beherrschten Markt ausgeglichen werden. Eine solche Kopplungsmöglichkeit birgt also die Gefahr der Quersubventionierung.

Ein Grund, warum die Bündelung von Produkten marktbeherrschender Unternehmen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stets rechtfertigungsbedürftig ist, liegt in dem Umstand, dass es Marktbeherrschern durch die Bündelung von Produkten ermöglicht wird, diese Produkte zu Preisen anzubieten, die den üblichen Marktpreis für die Einzelprodukte unterbieten. Die Nachteile entstehen hier nicht unmittelbar für den Verbraucher, sondern zuvörderst für die anderen Wettbewerber. Dies hat auch die Kommission in der Entscheidung *Telia/Telenor*<sup>43</sup> erkannt, im Ergebnis eine Bewertung der Bündelung jedoch offen gelassen. Die Entscheidung betraf die geplante Fusion von Telia, dem größten Telekommunikationsunternehmen in Schweden, das sich im Eigentum des Staates befand, und Telenor, dem größten, damals ebenfalls komplett im Staatsbesitz befindlichen Telekommunikationsunternehmen in Norwegen. Die Kommission führte aus, dass die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss die Möglichkeit hätten, Produktbündel wie z.B. Pakete aus Mobilfunk- und Festnetztelefonie sowie Daten-, Sprach- und Internetpakete anzubieten. Diese Produktbündel würden den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, Preise zu verlangen, die von Konkurrenzunternehmen nicht mehr unterboten werden könnten<sup>44</sup>.

#### IV. Die Behandlung von Bündelangeboten durch das GWB

Bündelangebote können nach deutschem Recht unter den Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1 GWB fallen. Nach dieser Vorschrift liegt ein verbotener Missbrauch insbesondere vor, wenn „ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt“.

In der bisherigen Entscheidungspraxis zu § 19 Abs. 4 GWB<sup>45</sup> hatten sich die Gerichte bereits mehrfach mit Kopplungsgeschäften auseinander zu setzen<sup>46</sup>.

In einem grundlegenden Urteil hierzu („Handpreisauszeichner“<sup>47</sup>) entschied das KG, dass Kopplungsgeschäfte, bei denen die Abgabe einer stark gefragten Ware von dem Bezug eines für die Benutzung erforderlichen Hilfsstoffes abhängig gemacht werde, regelmäßig einen Marktmissbrauch im Sinne der Vorschrift darstellten<sup>48</sup>.

Der Entscheidung lag der Fall eines Lieferanten zu Grunde, der über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Handpreisauszeichnungsgeräte verfügte und den Verkauf dieser Geräte von der Verpflichtung zur langjährigen Abnahme von Etiketten abhängig machte. Das KG entschied, der Lieferant nutze durch diese Kopplung seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich i. S. d. § 19 Abs. 4 GWB aus. Derartige langfristige Bezugsbindungen gehe der verständige Durchschnittsverbraucher im Allgemeinen nur ungern ein. Im vorliegenden Falle nehme er sie nur auf sich, um die besonders zweckmäßigen, das Konkurrenzangebot als überragend angesehenen Preisauszeichnungsgeräte erwerben zu können. Der Lieferant sichere sich damit steigende Einnahmen aus dem Absatz von Haftetiketten, obwohl diese teurer als die von der Konkurrenz angebotenen Produkte seien. Kopplungsgeschäfte dieser Art seien „typische Fälle von Marktmissbrauch i. S. d. § 19 Abs. 4 GWB“<sup>49</sup>, weil sie eine marktbeherrschende Stellung – anders als durch bessere Leistung – zementier[t]en und den Wettbewerb von morgen abwürg[t]en<sup>50</sup>.

Weitere Beispiele aus der Entscheidungspraxis sind die obligatorische gleichzeitige Inserierung in mehreren Presseorganen eines Verlags<sup>51</sup>, das Abhängigmachen des Sendens eines Werbespots davon, dass der Werbende auch bei der Herstellung die Dienste des Sendeunternehmens in Anspruch nimmt<sup>52</sup>, oder die Kopplung verbilligter Flüge für das Personal anderer Luftverkehrsgesellschaften mit dem Abschluss eines Catering-Vertrags durch die Lufthansa AG<sup>53</sup>.

Einen Katalog mit abstrakten Kriterien zur Feststellung einer unzulässigen Kopplung haben die deutschen Gerichte in ihrer Rechtsprechung zu § 19 Abs. 4 GWB nicht

40 Siehe dazu F. A. Z. vom 13. 3. 2001, S. 25; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745 (746). Zum Fortgang des Verfahrens siehe *Siragusa/Scasselati-Sforzolini*, WuW 2002, 257 (257).

41 Die Powerline Communication-Technologie (PLC) nutzt das Stromnetz als Übertragungsmedium für Sprache und Daten. PLC erlaubt Bandbreiten von 2 Mbit/s. Näher dazu *Dietrich/Longo*, KJ 2001, 175 (177 f.); *Woesler*, MMR 2001, 455 (456).

42 Vgl. dazu ausführlich *Dietrich/Longo*, KJ 2001, 175 (177 ff.).

43 Kommission, *Telia/Telenor*, Case Comp/M.1439 vom 13. 10. 1999, Tz. 160 f.

44 Kommission (Fn. 43), Tz. 160.

45 § 19 GWB n. F. entspricht (mit kleineren Änderungen) nach der 6. GWB-Novellen 1998 dem alten § 22 GWB.

46 KG, WuW/E OLG 995 – „Handpreisauszeichner“; WuW/E OLG 1767 – „Kombinationstarif“; OLG Stuttgart, WuW/E OLG 2126 – „Zwangskombinationstarif II“; BGH, WuW/E BGH 1965 – „Gemeinsamer Anzeigenteil“; KG, WuW/E OLG 2148 – „Sonntag aktuell I“.

47 KG, WuW/E OLG 995 – „Handpreisauszeichner“.

48 Vgl. KG, WuW/E OLG 995 – „Handpreisauszeichner“.

49 KG, WuW/E OLG 995 (1000) – „Handpreisauszeichner“.

50 So auch *Gabriel*, WuW 1968, 581 (598); *Raisch*, JZ 1967, 404 (405).

51 OLG Stuttgart, WuW/E OLG 2126 (2128 f.) – „Kombinationstarif I“.

52 OLG Stuttgart, WRP 1990, 780 (782).

53 Vgl. *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), § 19 Rdnr. 101. Vgl. aus neuerer Zeit ferner OLG Düsseldorf, MMR 2001, 453 ff.

aufgestellt. Den genannten Entscheidungen sind jedoch ebenfalls Grundlinien zu entnehmen, die in ihrer Tendenz den oben<sup>54</sup> zu Art. 82 EG dargestellten Linien sehr nahe kommen.

Wenn auf dem Sekundärmarkt günstigere Konkurrenzangebote vorhanden sind, ist das Faktum Kopplung selbst ein starkes Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens auf dem Primärmarkt. Fehlt es an einer sachlichen Rechtfertigung für die Kopplung, reicht für die Bejahung eines Missbrauchs i. S. d. § 19 Abs. 4 GWB bereits eine „spürbare Beeinflussung der Wettbewerbslage“ auf dem Sekundärmarkt<sup>55</sup>.

Überdies ist die Aufzählung der missbräuchlichen Verhaltensweisen in § 19 Abs. 4 GWB nach dessen Wortlaut („insbesondere“) – ebenso wie in Art. 82 EG – nicht abschließend.

Für eine Kopplung i. S. d. § 19 Abs. 1 und 4 GWB ist es schließlich auch nicht erforderlich, dass die Kunden verpflichtet werden. Es ist ausreichend, dass ein Anreiz geschaffen wird, beispielsweise indem für beide Angebote ein Gesamtpreis gefordert wird, der unter der Summe der Einzelpreise liegt. Bei einem solchen Verfahren wirkt nicht jede der beiden Leistungen für sich, sondern die eine zieht die andere mit; sie wird ihr vorgespannt<sup>56</sup>.

Als Anreize kommen darüber hinaus auch Rabattsysteme in Betracht. Entsprechend ausgestaltet können diese unter Umständen dieselben Wirkungen entfalten wie ausschließliche Bezugsbindungen<sup>57</sup> und demnach ebenfalls unter den Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 4 GWB fallen. Dies gilt insbesondere für Treuerabatte sowie Rabatte, die nach den getätigten Umsätzen gestaffelt sind, da bei ihnen eine Sogwirkung zu Lasten der Konkurrenten entsteht<sup>58</sup>. Bei Treuerabatten wird der Preisnachlass davon abhängig gemacht, dass der Abnehmer seinen gesamten Bedarf oder zumindest einen erheblichen Teil hiervon beim Anbieter deckt. Gesamtumsatzrabatte veranlassen den Kunden, die bestehende Geschäftsverbindung auf andere Produkte auszuweiten. Werden so Produkte aus einem beherrschten Markt mit solchen aus einem noch nicht beherrschten Markt in einem einheitlichen Rabattsystem verbunden, indem etwa das System an den Gesamtumsatz mit allen Produkten anknüpft, kann das Unternehmen seine marktbeherrschende Position zu meist auf diesen anderen Markt ausdehnen<sup>59</sup>.

## V. Die Behandlung von Bündelangeboten durch das deutsche Telekommunikationsrecht

### 1. Der „Talk2Friends“-Fall

Das deutsche Telekommunikationsrecht kennt keine Vorschrift, die sich explizit mit der Bündelungsproblematik auseinandersetzt. Besondere Bedeutung in der bisherigen Entscheidungspraxis der RegTP hat das Angebot von Bündelprodukten aber im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Entgeltregulierung (§§ 24 ff. TKG) erlangt.

Im Vordergrund stand die Problematik der Bündelungsprodukte im RegTP-Beschluss über den von der Deutschen Telekom AG (DTAG) geplanten „Talk2Friends“-

Tarif<sup>60</sup>. Dabei sollte im Rahmen dieses Angebots der Kunde mit einem ISDN-Mehrgeräteanschluss gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts von 4,99 DM in der Zeit von 12–20 Uhr täglich von einer für diesen Tarif freigeschalteten Mehrfachrufnummer zu anderen „Talk2Friends“-Rufnummern, die innerhalb der Tarifzone City des anrufenden Anschlusses gelegen sein müssen, ohne zusätzliches Nutzungsentgelt telefonieren können. In der übrigen Zeit und zu allen anderen Anschlüssen sollte der Standardtarif gelten. Weiterhin sollte der „Talk2Friends“-Tarif nur für solche Anschlüsse überlassen werden, bei denen die DTAG selbst als Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt ist. In dem Beschluss führte die RegTP aus, die Kopplung von City-Verbindungen mit der Verpflichtung zur Abnahme des zu koppelnden Gutes, also des ISDN-Anschlusses, sei aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bedenklich. Die RegTP betonte jedoch ausdrücklich, die Verknüpfung spezieller Verbindungsentgelte mit der Verpflichtung zur Abnahme bestimmter Anschlussarten sei nicht *per se* unzulässig. Vielmehr müsse die Kopplung zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt dieser oder anderer Güter führen<sup>61</sup>. In dem konkreten Fall bejahte die RegTP das Vorliegen einer solchen Beeinträchtigung. Dabei stützte sich die RegTP auf das Argument, dass neben der DTAG kein anderer Anbieter in der Lage wäre, ihren Kunden einen vergleichbaren Tarif anzubieten, da sich die Teilnehmeranschlüsse zum weit überwiegenden Teil in der Hand der DTAG befänden und nur in seltenen Fällen der Anrufer und der Angerufene einen Teilnehmeranschluss beim gleichen Wettbewerber der DTAG hätten. Wenn auch die Begründung der RegTP an einigen Stellen etwas oberflächlich bleibt, ist der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen<sup>62</sup>. Die Kopplung der Flatrate an die Eigenschaft der möglichen Ansprechpartner, ebenfalls Kunden von „Talk2Friends“ sein zu müssen, erweist sich nämlich bei genauer Betrachtung als eine sehr subtile Form der *Diskriminierung* der Wettbewerber der DTAG. Diese ergibt sich daraus, dass ein Anbieter von der Größe der DTAG geschickt die Netzexternalität ausnutzt, die dadurch entsteht, dass der Rabatt umso günstiger ist, je mehr daran teilnehmen<sup>63</sup>. Wenn also die Wettbewerber der DTAG ihren Kunden dasselbe Angebot unterbreiten, ist dies aus der Sicht der Kunden durchschnittlich nicht so günstig wie das „Talk2Friends“-Angebot der DTAG<sup>64</sup>.

Darüber hinaus bietet der „Talk2Friends“-Fall geradezu ein Paradebeispiel für das Bestreben marktbeherrschender Unternehmen, ihre Marktmacht auf einen anderen Markt zu übertragen und Wettbewerber durch günstigere Tarife von diesem Markt zu verdrängen. Eine solche Möglichkeit strebte die DTAG hier durch die im Zusam-

54 B.III.

55 KG, WuW/E OLG 995 (999) – „Handpreisauszeichner“.

56 KG, WuW/E OLG 1767 (1773) – „Kombinationstarif“.

57 Lange, WuW 2002, 220 (223).

58 KG, WuW/E OLG 2403 – „Fertigfutter“.

59 Lange, WuW 2002, 220 (223).

60 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 10. 11. 2000 – BK 2c-00/026, MMR 2001, 197 ff.

61 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 10. 11. 2000 – BK 2c-00/026, MMR 2001, 197 (199).

62 So auch Schuster, MMR 2001, 200 (200). Aus ökonomischer Sicht ebenfalls zustimmend Vogelsang (o. Fn. 7), S. 21, der die interessante Frage stellt, „wie die DTAG solch einen offensichtlich wettbewerbswidrigen Tarif beantragen konnte“.

63 Vogelsang (Fn. 7), S. 20.

64 Vogelsang (Fn. 7), S. 20.



menhang mit dem Tarif verlangte Verpflichtung an, die DTAG dauerhaft als Verbindungsnetzbetreiber voreinzustellen<sup>65</sup>. Durch eine solche Vorgehensweise hätte die DTAG ihre Stellung auf dem Markt für Fernverbindungen weiter ausbauen können, ohne dass irgendein nachvollziehbarer (z. B. technischer) Zusammenhang zwischen dem Tarif und dem Ausschluss von Preselection bei den Wettbewerbern bestanden hätte<sup>66</sup>.

## 2. Die „XXL“-Fälle

Die RegTP musste sich mit der Bündelproblematik auch in den „XXL“-Fällen auseinandersetzen, zum ersten Mal in der Entscheidung zum T-ISDN-XXL-Tarif<sup>67</sup>. Bei diesem Tarif handelt es sich um ein auf ISDN-Anschlüsse beschränktes Optionsangebot, bei dem gegen eine monatliche Zahlung von 14,89 DM der Kunde bestimmte Inlands- und Auslandsverbindungen zu einem besonderen Tarif und insbesondere an Sonn- und Feiertagen ohne nutzungsabhängiges Entgelt City-, Regional- und Deutschlandverbindungen sowie Verbindungen zu Online-Diensten nutzen kann<sup>68</sup>. Die RegTP genehmigte das Optionsangebot als „Testbetrieb“<sup>69</sup>. Ein Online-Anbieter erhob gegen diesen Beschluss Klage vor dem VG Köln. Das VG Köln ordnete die aufschiebende Wirkung der Klage teilweise an, weil die Genehmigung Bestimmtheitsmängel aufweise<sup>70</sup>. Diese Entscheidung hob das OVG Münster wieder auf<sup>71</sup>, ohne sich mit der Kopplungsproblematik auseinander zu setzen. Mit Beschluss vom 2. 4. 2001 genehmigte die RegTP den Tarif befristet bis zum 31. 10. 2001. Dabei verneinte sie das Vorliegen eines unzulässigen Kopplungsprodukts mit dem fragwürdigen Hinweis, die Verbundleistungen seien auch einzeln erhältlich.

Weiterhin führt die RegTP aus, der in dem Tarif enthaltene Ausschluss von Preselection sei keine wettbewerbswidrige Kopplung, da diese Maßnahme eine für die Implementierung des XXL-Tarifs notwendige Maßnahme darstelle. In dem „Talk2Friends“-Fall war die Verknüpfung des Tarifs mit dem Ausschluss von Preselection dagegen als unzulässiges Kopplungsprodukt identifiziert worden und demzufolge eine Genehmigung des Tarifs abgelehnt worden<sup>71a</sup>. Das Abstellen der RegTP auf eine für die Implementierung „notwendige Maßnahme“ vermag nicht zu überzeugen: Mit diesem Argument müsste ausnahmslos jeder Tarif genehmigt werden, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die Kautelen für diesen Tarif nur raffiniert genug entwirft, so dass der Ausschluss von Preselection als für den Tarif unabdingbar erscheint.

Diese Zusammenhänge wurden von der RegTP in ihrer Entscheidung vom 20. 9. 2001 zumindest teilweise berücksichtigt, in der die Behörde über einen Verlängerungsantrag der DTAG zu entscheiden hatte<sup>72</sup>. Abweichend von ihrer bisherigen Beschlusspraxis beanstandete die RegTP, dass der Optionstarif „AktivPlus xxl“ nur für Anschlüsse überlassen wurde, bei denen die DTAG als Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt wird. Für ihre nunmehr veränderte Einschätzung stützte sich die RegTP auf verschiedene Angaben von beigeladenen Unternehmen, aus denen hervorgehe, dass sich der Preselection-Ausschluss in der Praxis nicht durch die verbleibende Call-by-Call-Möglichkeit kompensieren lasse<sup>73</sup>. Dies habe zur Folge gehabt, dass eine Vielzahl von Kunden der Wettbewerber auf den Tarif „AktivPlus xxl“ ge-

wechselt sei und von der Call-by-Call-Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht habe. Daher sei davon auszugehen, dass der vertragliche Ausschluss der Preselection-Möglichkeit die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter von Fernverbindungsleistungen erheblich beeinträchtigt. Die Ausschlussklausel komme daher in ihrer Wirkung einem Kopplungsgeschäft gleich<sup>74</sup>. Es liege daher ein „offenkundiger Verstoß“ gegen § 19 Abs. 4 Nrn. 1 und 2 GWB vor<sup>75</sup>.

## 3. Der „T-DSL“-Fall

Von der RegTP unzureichend behandelt wurde die Bündelungsproblematik im „T-DSL“-Fall<sup>76</sup>. Das Bundeskartellamt hatte in seiner Stellungnahme nach § 82 S. 3 TKG darauf hingewiesen, dass eine Prüfung des Kopplungsaspektes angebracht sei, der nach § 27 Abs. 3 i. V.m. § 33 TKG auch Bestandteil einer Entgeltprüfung sein könne. Trotz dieses Hinweises ging die RegTP auf die Bündelungsproblematik nur oberflächlich ein. Dabei ist die Bündelung in diesem Fall nicht zu übersehen: T-DSL wird nur in Verbindung mit einem DTAG-Teilnehmeranschluss angeboten<sup>77</sup>. Daher erweist sich die Marktpenetrationsstrategie der DTAG als erfolgreicher Versuch, ihre Marktmacht aus dem Markt für Teilnehmeranschlussleitungen in den Markt für ADSL-Anschlüsse zu übertragen<sup>78</sup>.

## 4. Der „bild.t-online.de“-Fall

In letzter Zeit verstärken sich die Anzeichen, dass es in Zukunft vermehrt zu einer besonders problematischen Form von Bündelung kommen wird. Dabei werden der Internetzugang und das Angebot von – aus Sicht eines

65 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 27. 4. 2000 – BK 2c-00/004, MMR 2000, 572 f.

66 Siehe dazu sogleich die Ausführungen zu dem Tarif T-ISDN-XXL.

67 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 10. 11. 2000 – BK 2c-00/026, MMR 2001, 197 (200).

68 Besonders interessant wird der Fall dadurch, dass sich bald herausstellte, dass viele Nutzer an Sonn- und Feiertagen vor allem die Verbindungen zu Online-Diensten nutzten.

69 Schuster, MMR 2001, 200 (200); ders., MMR 2001, 298 (304), weist zu Recht darauf hin, dass es sich bei dieser „testweisen“ Genehmigung um ein Instrument handelt, welches das TKG nicht kennt. Siehe dazu unten unter E.II. (S. 49).

70 VG Köln, Beschluss vom 5. 6. 2000 – 1 L 1295/00 (unveröffentlicht).

71 OVG Münster, CR 2000, 597 f.

71a Bei einer Gegenüberstellung dieser beiden Fälle sollten jedoch die Unterschiede in tatsächlicher Hinsicht nicht verkannt werden.

72 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134 ff. Darüber hinaus beantragte die DTAG, Verbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan in den Optionstarif miteinbeziehen zu dürfen. Insoweit entschied sich die RegTP, diese Frage im Rahmen eines separaten Feststellungsverfahrens zu behandeln. Vgl. zur Entscheidung der RegTP auch die zustimmende Anmerkung von Neumann/Peya, MMR 2002, 185 f.

73 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134 (136).

74 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134 (136).

75 Das höhere Überlassungsentgelt für analoge Telefonanschlüsse im Vergleich zu ISDN-Anschlüssen beanstandete die RegTP nicht. Dieser Unterschied könne durch ein unterschiedliches Nutzungsverhalten gerechtfertigt sein (RegTP, MMR 2002, 134 [136]).

76 RegTP, Beschluss der Beschlusskammer 3 vom 30. 3. 2001 – BK 3b-00/032, MMR 2001, 472 ff. Dieser Fall wirft – neben der Bündelungsproblematik – noch eine Reihe weiterer Fragen auf, die hier aus Platzgründen nicht ausführlich diskutiert werden können. So stellt sich etwa in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen kostenunterdeckende Markteinführungsangebote machen kann. Vgl. dazu etwa Schuster, MMR 2001, 298 (303 f.); Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 139 ff.

77 Vogelsang (o. Fn. 7), S. 24.

78 Weitere RegTP-Fallbeispiele finden sich bei Vogelsang (Fn. 7), S. 18 ff.

Großteils der Kunden – besonders attraktiven Inhalten gebündelt. Diese Form der Bündelung weist eine Reihe von Besonderheiten auf. Großes Aufsehen hat diese Form der Bündelung durch das Joint Venture von T-Online und dem Axel Springer Verlag auf sich gezogen, das die Entwicklung eines gemeinsamen „bild.t-online.de“-Portals zum Gegenstand hat. In diesem Internet-Portal sollen unter anderem kostenpflichtige Inhalte von Bild abgerufen und heruntergeladen werden können.

Das Bundeskartellamt hat in seinem Beschluss vom 8. 3. 2002 die Beteiligung der T-Online International AG in Höhe von 37% an der Bild.de AG freigegeben, nachdem die beteiligten Unternehmen eine Reihe von Voraussetzungen für die Freigabe rechtsverbindlich klargestellt haben<sup>79</sup>. Ursprünglich hatte das Bundeskartellamt dargelegt, dass das Vorhaben zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von T-Online als Internet-Zugangsanbieter führen würde. Durch den Zusammenschluss von T-Online mit Bild im Bereich der kostenpflichtigen Inhaltevermarktung sei eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von T-Online auf dem Markt der Internet Service Provider zu befürchten. T-Online könne als Tochterunternehmen der DTAG deren Abrechnungssystem auch für die Abrechnung kostenpflichtiger Inhalte des neuen Angebots „bild.t-online.de“ nutzen und habe daher gegenüber allen anderen Zugangsanbietern einen erheblichen Wettbewerbsvorteil.

Die Unternehmen haben nunmehr rechtsverbindlich zugesichert, dass das Gemeinschaftsunternehmen von T-Online und Bild.de – anders als ursprünglich vorgesehen – selbst keinen Internet-Zugang vermarktet, so dass es zu keiner Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von T-Online komme. Weiterhin können nunmehr Internetnutzer auch über andere Zugangsanbieter als T-Online auf das Bild.de-Portal gelangen und über diesen Weg kostenpflichtige Inhalte ansehen bzw. herunterladen. Damit entfällt eine exklusive Verbindung zwischen dem Inhalteangebot von Bild.de und der Nutzung von T-Online. Schließlich wird die Abrechnung der kostenpflichtigen Inhalte auch über ein anderes Abrechnungssystem als das von T-Online möglich sein, das allen Nutzern zur Verfügung steht. Damit entfällt der Zwang für Nicht-T-Online-Kunden, allein wegen der Attraktivität der Inhalte Kunde von T-Online zu werden.

Dieser Fall kann in diesem Rahmen nicht in allen Einzelheiten gewürdigt werden. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass die geplante Beteiligung von T-Online bei Bild.de wettbewerbsrechtlich – auch vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots des Art. 81 Abs. 1 EG – nicht unproblematisch ist. Skizzenhaft lassen sich die wettbewerbsrechtlich nach wie vor bestehenden Bedenken wie folgt formulieren:

Wettbewerbseinschränkende oder -verhindernde Auswirkungen kann die geplante Beteiligung von T-Online bei Bild.de vor allem deshalb haben, weil auch nach den Zusagen der beteiligten Unternehmen weiterhin die Möglichkeit besteht, die kostenpflichtigen Inhalte über die Rechnung von T-Online abzurechnen. Dies könnte einen Anreiz für Internetnutzer darstellen, Kunde bei T-Online zu werden, um so von der einfachen Abrechnungsart zu profitieren. Es ist fraglich, ob das Bereitstellen eines alternativen Abrechnungssystems diese Bedenken vollständig auszuräumen vermag, denn die Nutzung dieses Ab-

rechnungssystems bereitet dem Endkunden einen größeren Aufwand als die einfache einheitliche Rechnungslegung durch T-Online. T-Online hat hierdurch die Möglichkeit, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Internet Service Provider zu verstärken. Die Wettbewerber von T-Online werden damit benachteiligt und die Marktzutrittsmöglichkeiten für neue Anbieter sinken.

## VI. Rechtsdogmatische Maßstäbe zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Bündelangeboten

Aus den vorstehenden Ausführungen kann ein Prüfungsschema zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Bündelangeboten entwickelt werden. Die Prüfung der Zulässigkeit von Kopplungen hat dabei in drei Prüfungsschritten zu erfolgen:

- In einem *ersten Schritt* muss geprüft werden, ob es sich bei den zu bewertenden Produkten tatsächlich um zwei verschiedene, hinreichend voneinander abgrenzbare Produkte unterschiedlicher sachlich relevanter Märkte<sup>80</sup> handelt<sup>81</sup>.
- In einem *zweiten Schritt* ist dann die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Kopplung vorzunehmen. Dabei ist bei einem marktbeherrschenden Unternehmen auf dieser Prüfungsebene unwiderleglich zu vermuten, dass eine Verbindung zwischen einem koppelnden und einem gekoppelten Gut zu einem einheitlichen Geschäft als wettbewerbswidrig einzustufen ist.
- Der *dritte Prüfungsschritt* fragt dann nach einer ausnahmsweisen Rechtfertigung der Kopplung, welche die auf der zweiten Prüfungsebene konstatierte Wettbewerbswidrigkeit entfallen lässt. Dabei sind die Rechtfertigungsgründe ähnlich restriktiv wie in der dargelegten Rechtsprechung des EuGH zu Art. 82 Abs. 2 lit. d EG zu handhaben, insbesondere ist darauf zu achten, dass die vorgegebenen Ziele durch das Unternehmen *wirklich*<sup>82</sup> – und nicht nur als Vorwand – verfolgt werden.

Dieses Prüfungsschema ist beispielsweise zu verwenden, um den Begriff der „ungerechtfertigten Bündelung“ in Art. 17 Abs. 2 S. 2 Nutzerrechte- und Universalienrichtlinie auszulegen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts diese Bestimmung auch dadurch umgesetzt werden kann, dass an verschiedenen Stellen des TKG der Zusatz aufgenommen wird, bei der Anwendung der entsprechenden Vorschriften – etwa der über die Entgeltregulierung – sei sicherzustellen, dass keine „ungerechtfertigte Bündelung“ vorliegt.

<sup>79</sup> Vgl. die Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 8. 3. 2002 und F.A.Z. vom 1. 3. 2002, S. 24.

<sup>80</sup> Zu den mit der Marktabgrenzung in diesem Zusammenhang verbundenen Schwierigkeiten siehe *Bunte/Welfens* (Fn. 3), S. 69 f.

<sup>81</sup> In der Praxis liegt ein argumentativer Schwerpunkt des betroffenen Unternehmens regelmäßig in der Behauptung, den betreffenden Produkten seien nicht zwei getrennte relevante Märkte im Sinne des Bedarfsmarkt-konzepts zuzuordnen; es handele sich vielmehr um ein einheitliches Produkt und damit in keinem Fall um ein Kopplungsprodukt; siehe z. B. die Argumentation von Hilti in der Entscheidung EuGH, Slg. 1994, I-667 (674), Tz. 11 ff. – Hilti.

<sup>82</sup> Dieses Abstellen auf eine tatsächliche oder wirkliche Verfolgung von Zielen hat ein Vorbild in der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtfertigung von Eingriffen in die EG-Grundfreiheiten, siehe dazu näher *Koenig/Braun*, SächsVBl. 2002 (im Erscheinen). Vgl. ferner den Wortlaut von Art. 30 S. 2 EG.



lung“ i.S.d. Art. 17 Abs. 2 S. 2 Nutzerrechte- und Universalienrichtlinie vorliege. Auch bei der Auslegung dieser (neuen) Vorschriften kann dann auf das Prüfungsschema zurückgegriffen werden.

### VII. Regulatorische Instrumente zur Behandlung von Bündelprodukten auf den Telekommunikationsmärkten

Einen ersten Ansatz zur Behandlung von Bündelfällen bietet für den Anwendungsbereich der elektronischen Kommunikation Art. 14 Abs. 3 der neuen Rahmenrichtlinie<sup>83</sup>.

Diese Vorschrift lässt sich in fünf Tatbestandsmerkmale aufgliedern. Sie lautet:

**Art. 14. (3)** Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht [1], so kann davon ausgegangen werden, dass es auch auf einem benachbarten Markt [2] beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten [3] es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen [4] und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken [5].

Nach der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht auf einem „Ausgangsmarkt“ (1) ist demnach das Tatbestandsmerkmal „benachbarter Markt“ (2) als Zielmarkt zu untersuchen.

Die Analyse benachbarter Märkte ist im Rahmen des Art. 14 Rahmenrichtlinie vor allem von Interesse, wenn die Zielmärkte nicht von dem Unternehmen beherrscht werden. Der Begriff „benachbarter Markt“ umfasst nicht nur vor- und nachgelagerte Märkte. Vielmehr kommen sämtliche Zielmärkte in Betracht, die von dem beherrschten Ausgangsmarkt beeinflusst werden können<sup>84</sup>.

Das weitere Tatbestandsmerkmal der Verbindung der beiden Märkte (3) erschöpft sich darin, einen Übergang zwischen dem Merkmal „benachbarter Markt“ und dem tatbestandseinschränkenden Konditionalsatz herzustellen<sup>85</sup>. Als weitere Voraussetzung (4) müssen diese Verbindungen „es gestatten“, die beträchtliche Marktmacht „von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen“. Somit Tatbestandsfassung („gestatten“) macht deutlich, dass eine solche „Übertragung von Marktmacht“ noch nicht erfolgt sein muss. Ferner reicht die *bloße objektive Möglichkeit einer Übertragung von Marktmacht*<sup>86</sup>. Typisches Beispiel für den Übertragungstatbestand ist insoweit der Fall der Quersubventionierung<sup>87</sup>. Auf die Zusammenhänge zwischen den Themenkomplexen „Quersubventionierung“ und „Bündelprodukte“ wurde oben<sup>88</sup> bereits hingewiesen. Es besteht daher dann, wenn ein Unternehmen ein Produkt auf einem Markt, auf dem das Unternehmen nicht marktbeherrschend ist, mit einem Produkt auf einen von ihm beherrschten Markt bündelt, objektiv zumindest die *Möglichkeit einer Übertragung von Marktmacht* von dem beherrschten auf den nichtbeherrschten Markt. Somit ist in diesen Fällen regelmäßig auch die Tatbestandsvoraussetzung (4) erfüllt. Für das fünfte Tatbestandsmerkmal genügt ebenfalls die *objektiv zu bestimmende Möglichkeit einer Verstärkung der gesamten Marktmacht* des Unternehmens (5). Bezugspunkt für die *Möglichkeit einer Verstärkung der Marktmacht* ist dabei die *Marktmacht auf dem relevanten Markt im weiteren Sinne*<sup>89</sup>. Fer-

ner ist zu beachten, dass die Rahmenrichtlinie hinsichtlich der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden über das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie) eine Entscheidung mit Beurteilungsspielraum vorsieht.

Bereits diese knappe Darstellung des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie deutet das Potenzial dieser Vorschrift bei der regulatorischen Bewältigung von Bündelprodukten an.

Ein weiterer Ansatz liegt *de lege ferenda* in der Einführung einer so genannten „adding up“-Regel. Nach dieser Regel ist auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Bündelung seiner Produkte grundsätzlich erlaubt. Das marktbeherrschende Unternehmen wird aber gleichzeitig verpflichtet, die einzelnen Bündelkomponenten auch isoliert den Verbrauchern anzubieten und zwar zu Preisen, die in der Summe den für das Bündel nicht übersteigen<sup>90</sup>. Zudem ist das marktbeherrschende Unternehmen dazu zu verpflichten, die einzelnen Komponenten den Wettbewerbern zu Großhandelsbedingungen zur Verfügung zu stellen<sup>91</sup>.

Allerdings hat das marktbeherrschende Unternehmen im Endkundenmarkt auch unter Geltung dieser Regel dann noch signifikante Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Konkurrenten, wenn der Preis für das Bündel der Summe der Preise für die einzelnen Bündelkomponenten genau entspricht. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die meisten Nachfrager weiterhin zu dem gebündelten Produkt greifen werden, da ihre Transaktionskosten bei dem Kauf dieses Produkts geringer sind. Ferner vermag diese Regel die wettbewerbstheoretischen Bedenken gegen Bündelprodukte marktbeherrschender Unternehmen dann nicht auszuschließen, wenn eine Bündelkomponente auf der anderen Komponente aufbaut, wie etwa fast alle Telefondienstleistungen auf der Teilnehmeranschlussleitung<sup>92</sup>.

83 Ausführlich zu dieser Vorschrift Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 ff.; dies., CR 2001, 825 ff.; Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 7, E. Die Rahmenrichtlinie ist verabschiedet, aber bisher noch nicht im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlicht. Eine aktuelle Fassung findet sich im WWW unter der URL: [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/new\\_rf/documents/03672d1.pdf](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/03672d1.pdf).

84 Siehe zu den insoweit zu beachtenden Kriterien wie auch zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen ausführlich Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 (747 ff.).

85 Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 (750).

86 Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 (750); Beese/Merkt, MMR 2000, 532 (534); Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 7, E.

87 Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 (751); Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 7, E.

88 Unter B.II.

89 Insoweit ist in begrifflicher Hinsicht darauf hinzuweisen, dass der im ersten Schritt bestimmte *relevante Markt im engeren Sinne* – der in der üblichen Terminologie schlicht als *relevanter Markt* bezeichnet wird – und der im zweiten Schritt ermittelte *„benachbarte Markt“* unter dem Begriff des *relevanten Marktes im weiteren Sinne* zusammengefasst wird, siehe dazu näher Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745 (747 ff.).

90 Vgl. Aron/Wildman, in: Gillette/Vogelsang (Fn. 13), S. 1 (13 ff.); Vogel-sang (o. Fn. 7), S. 9 f. und 31; Neumann (Fn. 8), 4.4.2, S. 48 f.

91 Neumann (Fn. 8), 4.4.3, S. 49. Allerdings funktioniert diese Regel nicht bei allen Bündelprodukten, wie der T-ISDN-XXL-Tarif beweist.

92 Siehe dazu näher Aron/Wildman, in: Gillette/Vogelsang (Fn. 13), S. 1 (14 ff.); Vogel-sang (o. Fn. 7), S. 10. Dieses Problem wiederum könnte man dadurch in den Griff bekommen, dass regulatorisch sichergestellt wird, dass die Wettbewerber de iure und de facto diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Teilleistungen haben.

Gleichwohl würde die Einfügung einer „adding up“-Regel im Zuge der Novellierung des TKG der Regulierungsbehörde und dem Bundeskartellamt ein effektives Instrument zur Prävention und Abwehr der – einen funktionsfähigen Wettbewerb in Frage stellenden – Gefahren von Bündelprodukten marktbeherrschender Unternehmen in die Hand geben. Rechtstechnisch könnte die „adding up“-Regel etwa durch einen dahin gehenden Zusatz in den §§ 24 ff. TKG eingeführt werden, dass bei einem Bündelprodukt die Entgeltgenehmigung verweigert wird, solange nicht die beschriebenen Voraussetzungen dieser Regel erfüllt sind. In diesem Zusammenhang ist rechtsvergleichend darauf hinzuweisen, dass die französische Wettbewerbsbehörde „ART“<sup>93</sup> seit längerem dazu übergegangen ist, die durch Bündelungsangebote erreichbare Marktmachtübertragung dadurch zu unterbinden, dass sie France Télécom verpflichtet<sup>94</sup>, Ermäßigungstarife entkoppelt für Ortsgespräche, Ferngespräche und Auslandsgespräche anzubieten<sup>95</sup>. Darüber hinaus ist als weiteres Regulierungsinstrument *de lege ferenda* sicherzustellen, dass durch Bündelung nicht die (Preis-)Regulierung einzelner Bündelungskomponenten teilweise umgangen wird. Dies ist dadurch zu bewerkstelligen, dass die Regulierungsmaßstäbe für den am striktesten regulierten Dienst aus dem Bündel auf das gesamte Bündel angewandt werden<sup>96</sup>.

Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen: Im oben<sup>97</sup> angesprochenen T-DSL-Fall würde nach diesem Mechanismus auch das Bündel bestehend aus der Teilnehmeranschlussleitung und ADSL der ex ante-Regulierung unterliegen. Ähnliches gilt auch für das zweite Beispiel: Die RegTP nahm in ihrer Entscheidung vom 20. 2. 2001 den – äußerst problematischen Standpunkt<sup>98</sup> – ein, dass es einen eigenständigen relevanten Markt für Sprachtelefondienstverbindungen von Deutschland in die Türkei gibt und entließ die DTAG aus der Regulierung für Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der AGB für das Angebot von Sprachtelefondienstverbindungen auf diesem „Markt“<sup>99</sup>. Die Anträge der DTAG auf Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung in den Märkten für Sprachtelefondienstverbindungen in die USA und im Segment Geschäftskunden nach Dänemark wurden hingegen negativ beschieden<sup>100</sup>.

Nach der vorgeschlagenen Regelung würde ein Bündelangebot der DTAG, das einerseits Auslandsverbindungen in die Türkei und andererseits Auslandsverbindungen in andere Staaten umfasst, der für die Auslandsverbindungen in andere Staaten geltenden Price-Cap-Regulierung unterliegen, obwohl die Auslandsgespräche in die Türkei durch die RegTP – bei isolierter Betrachtung – nicht mehr in den Anwendungsbereich der Entgeltregulierung fallen<sup>101</sup>.

## C. Entgeltregulierung von Internet- und Datendienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen

### I. Derzeitige Rechtslage unter Einbeziehung der Praxis der RegTP und der Verwaltungsgerichte

Die einschlägigen Vorschriften für die Entgeltregulierung von Internet- und Datendienstleistungen marktbeherr-

schender Unternehmen finden sich vor allem in den §§ 3 Nr. 18, 24 ff., 39 TKG und in § 2 TDG.

In ihrem Beschluss vom 16. 6. 1999 legte die RegTP diese Vorschriften dahin gehend aus, dass die Entgelte für den Datentransport zwischen den Teilnehmeranschlüssen der Endkunden und den Internet-Plattformen (Backbone-Netzen) von Internet Service Providern (ISP) im Rahmen zweier Angebote der T-Online *nicht* der Genehmigungspflicht nach den §§ 35, 39 i. V. m. § 25 Abs. 1 TKG unterlägen. Ferner sei das Entgelt für die Nutzung des Online-Dienstes T-Online *nicht* von der Entgeltregulierung nach den §§ 24 ff. TKG erfasst, da der Schwerpunkt der Nutzung im Bereich der Teledienste liege, so dass es sich insgesamt nicht um eine Telekommunikationsdienstleistung handele<sup>102</sup>.

Gegenstand dieses nachträglichen Entgeltregulierungsverfahrens waren zwei Angebote der DTAG: das Angebot „Anschluss für Online-Diansteanbieter“ (AfOD) und das Angebot „T-InterConnect OnlineConnect“ (TICOC). Mit AfOD bietet die DTAG isoliert die Zuführung des Verkehrs an einen Internet Service Provider (ISP) an, der über eine eigene oder eine von Dritten bereitgestellte Internet-Plattform verfügt. Im Rahmen der AfOD-Leistung führt die DTAG den vom Kunden an den ISP adressierten Verkehr vom Endkunden-Anschluss über ihr eigenes Telefonnetz dem nächsten Anwahlnoten der ISP-Plattform (Point of Presence – PoP) zu<sup>103</sup>. Nach dem von der DTAG vorgelegten AfOD-Vertrag ist das Entgelt für diese Verbindungsleistung entfernungsabhängig ausgestaltet<sup>104</sup>. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die Vertragspartner der DTAG bezüglich des AfOD-Angebots eine eigene Internet-Plattform betreiben, die von Internet Service Providern ohne eigene Plattform genutzt wird. Die DTAG führt den Verkehr ihrer eigenen Teilnehmer an ihren (AfOD-)Vertragspartner weiter, der wiederum einen eigenständigen Vertrag über die Weiterführung

93 Zu den Aufgaben dieser Behörde und zum Zusammenspiel mit den anderen regulierungsrelevanten Behörden siehe *Koenig/Kühling*, in: *Koenig/Kühling/ifo* (Hrsg.), *Liberalisierung der Telekommunikationsordnungen – ein Rechtsvergleich*, 2000, S. 49 (50 ff.); *Kühling/Pfromm*, K&R 2000, 541 (542 ff.).

94 Genau genommen gibt die ART nur eine öffentliche Stellungnahme („Avis“) ab, auf deren Grundlage der Minister eine Entscheidung im Verfahren der homologation (Genehmigung) trifft. Ein Abweichen von der Beurteilung der ART ist dabei nur in Ausnahmefällen zu beobachten, siehe dazu näher *Kühling/Pfromm*, K&R 2000, 541 (546).

95 Siehe ART, Avis n°00-1026 vom 4. 10. 2000. Vgl. auch *Conseil de la concurrence*, Avis n°00-A-26 vom 15. 2. 2001. Die Entscheidungen können im WWW unter der URL: <http://www.art-telecom.fr/> abgerufen werden. Den Hinweis auf diese Entscheidungen verdanken wir Herrn Rechtsanwalt *Dr. Kleinlein*, dem wir dafür an dieser Stelle herzlich danken möchten.

96 Dafür auch *Vogelsang* (o. Fn. 7), S. 27.

97 B.VIII.

98 Zur Kritik siehe *Beese/Müller*, RTkom 2001, 83 ff.; *Braun/Capito*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 5), Chapter 7, B. III. 1.

99 RegTP, Beschluss vom 20. 2. 2001 – BK 2c 00/018 = MMR 2001, 414 ff. Die Begründung zu Eckpunkt 4 der Eckpunkte der RegTP zur Marktabgrenzung/Marktbeherrschung (im WWW abrufbar unter der URL: <http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>) steht zu dieser Entscheidung in einem gewissen Spannungsverhältnis; ähnlich auch die Begründung zu Eckpunkt 5.

100 RegTP, Beschluss vom 20. 2. 2001 – BK 2c 00/019; Beschluss vom 20. 2. 2001 – BK 2b 00/014 = MMR 2001, 413 f.

101 Vgl. *Vogelsang* (o. Fn. 7), S. 27. Nicht behandelt werden kann hier die Frage, ob dieses Ergebnis nicht auch schon *de lege lata* erzielt werden könnte.

102 RegTP, MMR 1999, 557 (565).

103 Vgl. *Mayen*, MMR 2000, 782 (783); *Esser-Wellié*, CR 1999, 571 (572).

104 Vgl. *Esser-Wellié*, CR 1999, 571 (572); *Schütz*, MMR 1999, 566 (566).

dieses Verkehrs mit dem Internet Service Provider hat<sup>105</sup>. AfOD ist ein *Vorprodukt*, das ein Internet Service Provider mit eigener Internet-Plattform benötigt, um seinerseits Online-Diensten wie T-Online oder AOL Endkundenzugang zu gewähren<sup>106</sup>.

Das zweite Angebot, T-InterConnect OnlineConnect, richtet sich an Internet Service Provider ohne eigene Internet-Plattform<sup>107</sup>. Es umfasst neben der Zuführung des Verkehrs vom jeweiligen Nutzer (Verbindungsteil) die Mitbenutzung der Internet-Plattform der DTAG<sup>108</sup>. Es enthält also den Leistungsbestandteil des AfOD-Vertrags (Zuführung des Verkehrs zu einer Plattform) und darüber hinaus noch die Mitbenutzung der Internet-Plattform der DTAG.

Die RegTP differenzierte in ihrem Beschluss in diesem Zusammenhang zwischen reinen Access Providern und Online Providern<sup>109</sup>. In Bezug auf reine Access Provider begriff die RegTP Verbindungen, die für Kunden im Festnetz über deren Telefonanschluss mit der Zugangsnummer eines ISPs hergestellt werden, als Telekommunikation i.S.d. § 3 Nr. 16 TKG. Allerdings würden die dieser Telekommunikation zu Grunde liegenden Entgelte und die entgeltrelevanten AGB-Bestandteile nur der ex post-Regulierung (§ 25 Abs. 2 TKG) unterliegen, die ex ante-Regulierung des § 25 Abs. 1 TKG sei mangels Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen nicht einschlägig. Die RegTP begründet diese Einschätzung mit dem Hinweis, es handele sich beim Zugang zum Internet nicht um ein Angebot von Sprachtelefondienst i.S.d. §§ 25 Abs. 1, 6 Abs. 2, 3 Nr. 15 TKG, da hauptsächlich Daten und keine Sprache transportiert würden und selbst bei Internet-Telefonie zumindest das Echtzeit-Kriterium nicht erfüllt sei<sup>110</sup>. Ferner handele es sich nicht um das Angebot von Übertragungswegen i.S.v. §§ 25 Abs. 1, 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c TKG, da die Verbindung über das Festnetz nicht mit einem bestimmten Informationsdurchsatzvermögen erfolgt. Daher lägen lediglich Wahlverbindungen vor<sup>111</sup>. Nach Auffassung der RegTP kann eine ex ante-Regulierung des § 25 Abs. 1 TKG auch nicht über die Verweiskette der §§ 35, 39, 24 TKG begründet werden<sup>112</sup>. Dabei stützte sich die RegTP auf die Prämisse, dass der Verweis auf die Entgeltregulierungsvorschriften in § 39 TKG entgegen seines Wortlautes nur für Formen des besonderen Netzzugangs gelte. Können aber die Endnutzer sich für die Nutzung des Access-Dienstes selbst über die Zielrufnummer des Diensteanbieters einwählen, so stelle dies eine Form des allgemeinen Netzzugangs dar (siehe §§ 35 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 3 Nr. 9 TKG)<sup>113</sup>. Konsequenz der Auffassung der RegTP ist, dass Access-Dienstleistungen lediglich von § 25 Abs. 2 TKG erfasst sind, es sei denn, es liegt (ausnahmsweise) die Gewährung eines besonderen Netzzugangs vor.

In Bezug auf *Online-Provider mit eigenen Inhalten* erklärte die RegTP sich für nicht zuständig, da es sich in diesem Fall bei dem Nutzungsentgelt nicht um ein Entgelt für eine Telekommunikationsdienstleistung i.S.d. § 3 Nr. 18 TKG handele. Zur Begründung erläuterte die RegTP kurz den technischen Hintergrund<sup>114</sup>: Bei einer Nutzung des Internets durch einen Endkunden sei die Dienstleistung vom Endkunden bis zum gewünschten Angebot im Internet in *drei Bereiche* aufzuteilen. Zunächst werde der Kunde über seinen Telefonanschluss mittels Festnetz mit der Zugangsnummer eines ISP ver-

bunden. Im Gateway des ISP würden die Datenströme aus dem Festnetz in das Internet-Protokoll transferiert<sup>114a</sup>. Der Datenstrom aus dem Festnetz werde dort in einzelne Datenpakete umgewandelt und mit einem Adressierungscode versehen. Die Datenpakete würden dann zu den vom Endkunden festgelegten Adressen im Internet weitergeleitet. Diese Adresse könne innerhalb des Netzwerkes des ISP selbst lokalisiert oder aber ein fremder, mit dem Internet verbundener Rechner sein. Der Provider ermögliche schließlich den Zugriff auf die gewünschten Daten oder das gewünschte Angebot und transportiere diese Datenpakete zu seinem Gateway, von wo aus sie über das „herkömmliche“ Festnetz zum Endkunden gelangen.

Hinsichtlich des *ersten Bereichs* (Festnetzbereich) nahm die RegTP eine Telekommunikationsdienstleistung i.S.d. § 3 Nr. 18 TKG an, da hier lediglich der Transport der Daten angeboten werde<sup>115</sup>. Dieser Verbindungsteil sei jedoch bei der Einordnung der Nutzungsentgelte nicht relevant, da Entgelte hierfür beim Produkt T-Online eco gesondert ausgewiesen würden bzw. beim Produkt T-Online pur und T-Online 1.x nicht von der DTAG erhoben würden. Im *zweiten Bereich* (Übergang vom „herkömmlichen“ Festnetz zum Internet und Weitertransport sowie umgekehrt beim Rücktransport von Daten) handele es sich regelmäßig um eine Telekommunikationsdienstleistung i.S.d. § 3 Nr. 18 TKG. Eine Ausnahme von dieser Regel gelte nur dann, wenn lediglich der Zugang zu Daten ermöglicht wird, die sich auf dem Rechner des ISP befinden. Hier finde kein Übergang vom Festnetz zum Internet statt, da keine Transportfunktion ins Internet erforderlich sei, um dem Nutzer den Zugang zur Dienstleistung zu ermöglichen<sup>116</sup>. Demgegenüber differenzierte die RegTP für den *dritten Bereich* (Angebote im Bereich des Internets): Je nach Inhalt des Dienstangebots liege ein Teledienst nach § 2 TDG oder aber eine Telekommunikationsdienstleistung i.S.d. § 3 Nr. 18 TKG vor<sup>117</sup>. Die

105 Vgl. *Esser-Wellié*, CR 1999, 571 (572). *Kurth*, in: Kubicek/Klumpff/Fuchs/Robnagel (Hrsg.), *Internet@Future – Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft*, 2001, S. 382 (385), zählt das Produkt AfOD zur Wertschöpfungsstufe 1, auf der die Zuführungsleistung über das Anschlussnetz zum Internet-Backbone stattfindet.

106 *Schütz*, MMR 1999, 566 (566).

107 Siehe *Mayen*, MMR 2000, 782 (783); *Esser-Wellié*, CR 1999, 571 (572).

108 *Esser-Wellié*, CR 1999, 571 (572).

109 RegTP, MMR 1999, 557 (565 f.). Ausführlich zur Begrifflichkeit *Mayer*, *Das Internet im öffentlichen Recht*, 1999, S. 49 ff.; *Smith*, in: *Smith* (Hrsg.), *Internet Law and Regulation*, 3. Aufl. 2002, 1-011 ff.; vgl. auch *Wischmann*, MMR 2000, 461 (461); *Summa* in: *Holz-nagel/Nelles/Sokol*, *Die neue TKÜV*, 2002, S. 323 (23 ff.).

110 RegTP, MMR 1999, 557 (559). Nach der ITU-Recommendation G.114 ist das Echtzeit-Kriterium nur erfüllt, wenn eine Verzögerung von nicht mehr als 400 Millisekunden vorliegt. Zur Rechtswirkung von ITU-Recommendations siehe *Koenig/Braun*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 5), Chapter 1, E. IV.

111 RegTP, MMR 1999, 557 (559).

112 RegTP, MMR 1999, 557 (559).

113 RegTP, MMR 1999, 557 (559). Die Auffassung, dass es sich bei dem AfOD-Produkt um einen allgemeinen Netzzugang handelt, vertrat die RegTP auch in ihrer Entscheidung vom 15. 11. 2000 – BK 3b-00/033, *Entscheidungsumdruck*, S. 21.

114 RegTP, MMR 1999, 557 (565).

114a Die Richtigkeit dieser Aussage ist mehr als zweifelhaft, vgl. dazu etwa *Sieber*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Handbuch Multimedia Recht*, 2. Ergänzungslieferung Dez. 2000, Kap. 1 Rdnr. 42 ff.

115 RegTP, MMR 1999, 557 (565). Ebenso RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (302).

116 RegTP, MMR 1999, 557 (565). Ebenso RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (302).

117 Diese Differenzierung findet sich auch in RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (302).

RegTP vertrat die Auffassung, dass es sich bei der Mehrzahl der zum damaligen Zeitpunkt im Internet angebotenen Dienste um Teledienste im Sinne des TDG handeln dürfte<sup>118</sup>. Beim Angebot von Faxdiensten oder bei der Internet-Telefonie hingegen liege „nach der gesetzgeberischen Wertung des TDG“ der Schwerpunkt im Bereich der Zurverfügungstellung einer telekommunikationsrechtlichen Leistung<sup>119</sup>. Bei diesen Dienstleistungen stünde nicht die „Vermittlung von Inhalten“<sup>120</sup> im Vordergrund, sondern die Erbringung einer dem „herkömmlichen“ Festnetz vergleichbaren Sprach- oder Datenvermittlung via Internet (Transportfunktion).

Die RegTP stellte fest, dass T-Online eine Aufteilung des Nutzungsentgelts in Anteile für Telekommunikationsdienstleistungen und Teledienste nicht vornahm und stattdessen als Nutzungsentgelt ein Mischentgelt verlangte<sup>121</sup>. Nach Auffassung der RegTP kann eine Einordnung als Entgelt für eine Telekommunikationsdienstleistung weder auf Grund einer normativen Betrachtung noch auf Grund einer rechnerischen Unterteilung erfolgen. Gleichwohl gelangte die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, der Schwerpunkt der Nutzung liege „derzeit im Bereich der Teledienste, die auf diese Weise für den Dienst [von T-Online] insgesamt prägend“ seien<sup>122</sup>. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Angebot von T-Online nicht um einen reinen Internet-Dienst, sondern partiell auch um einen Online-Dienst handle, bei dem neben dem Zugriff auf fremde auch eigene Inhalte angeboten werden. So könne etwa Telebanking über T-Online vorgenommen werden. Diese Nutzungsmöglichkeit werde durch § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG jedoch als Teledienst qualifiziert<sup>123</sup>.

Gegen die Entscheidung der RegTP wendeten sich zwei Telekommunikationsunternehmen an das VG Köln mit dem Antrag, die RegTP nach § 123 VwGO zu verpflichten, die DTAG zur Stellung eines Genehmigungsantrags nach § 25 Abs. 1 TKG aufzufordern. Hilfsweise wurde die Verpflichtung der RegTP zur Durchführung eines erneuten ex post-Entgeltregulierungsverfahrens beantragt, in dem die RegTP das Entgelt erneut auf der Grundlage von durch die DTAG beizubringenden Kostennachweisen überprüfen sollte. Äußerst Hilfsweise war die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Hauptsacheklage gegen den Beschluss nach § 80 Abs. 5 VwGO beantragt worden<sup>124</sup>. Das VG Köln gab in seinem Beschluss vom 27. 10. 1999 nur dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statt, da die RegTP ihrer Entscheidung fehlerhaft eine isolierte Vergleichsmarktbetrachtung zu Grunde gelegt habe; im Übrigen wies es die Anträge zurück<sup>125</sup>.

Das VG Köln begründete seine Entscheidung bezüglich der hier einschlägigen Fragen wie folgt: Die Durchführung eines ex ante-Genehmigungsverfahrens scheidet bereits deshalb aus, weil das AfOD-Entgelt nicht der Genehmigungspflicht unterliege<sup>126</sup>. Eine unmittelbar aus § 25 Abs. 1 TKG folgende Genehmigungspflicht liege deshalb nicht vor, weil es bei der AfOD-Leistung weder um das Angebot von Übertragungswegen noch um Sprachtelefoniedienst gehe. Das Entgelt sei aber auch nicht nach §§ 39, 25 Abs. 1 TKG genehmigungspflichtig. Zwar setze die Inanspruchnahme der AfOD-Leistung einen Netzzugang i. S. d. §§ 35, 3 Nr. 9 TKG voraus. Zudem sei der im Rahmen von AfOD gewährte Netzzugang ein all-

gemeiner Netzzugang. Nach Auffassung des VG Köln unterliegen die Entgelte für den allgemeinen Netzzugang i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG dennoch keiner Genehmigungspflicht. Dass sich die Verweisung in § 39 TKG – entgegen ihres unbeschränkten Wortlautes – nicht auf § 35 TKG beziehe, ergebe sich sowohl aus einer historischen Auslegung wie auch aus systematischen und teleologischen Erwägungen<sup>127</sup>. Hervorzuheben ist dabei der Hinweis des Gerichts auf § 25 Abs. 2 TKG: Verstehe man den Verweis in § 39 TKG als einen Verweis auf den allgemeinen wie den besonderen Netzzugang, sei die ex post-Regulierung nach § 25 Abs. 2 TKG weitgehend bedeutungslos, da sich kaum ein Entgelt für Telekommunikationsdienstleistungen denken lasse, das nicht zugleich die Gewährung eines – allgemeinen oder besonderen – Netzzugangs voraussetze und damit über die Verweisung des § 39 TKG der Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen würde.

Das VG Köln begründete seine Auffassung, dass es sich bei dem im Rahmen von AfOD gewährten Netzzugang um einen allgemeinen Netzzugang handelt, mit einer systematischen Auslegung und einem Hinweis auf Vorgaben des Gemeinschaftsrechts<sup>128</sup>. Aus dem Zusammenspiel von § 35 Abs. 1 und 3 TKG mit § 1 Abs. 2 NZV folge, dass der besondere Netzzugang nur von Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen und Betreibern von Telekommunikationsnetzen nachgefragt und in Anspruch genommen werden könne. Daraus lasse sich jedoch nicht der Umkehrschluss ziehen, dass schon immer dann ein besonderer Netzzugang vorliege, wenn er nur von einem derartigen Anbieter oder Betreiber nachgefragt werde. Erforderlich sei vielmehr, dass dieser über *besondere*, nicht für sämtliche Nutzer bereit gestellte Anschlüsse gewährt werde<sup>129</sup>. Das VG Köln schließt aus § 35 Abs. 1 S. 2, § 3 Nr. 9 TKG, dass als Anschluss i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG die Einrichtung anzusehen sei, welche die physische und logische Verbindung zu einem Telekommunikationsnetz herstelle. Soweit es den allgemeinen Netzzugang betreffe, handle es sich dabei um die in § 13 Abs. 1 TKV genannten europäischen Normen und Spezifikationen entsprechenden Schnittstellen, die im Teil 1 des Anhangs II der Richtlinie 98/10/EG aufgelistet sind. Dies rechtfertige den Umkehrschluss, dass von einem besonderen Netzzugang i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG nur dann gesprochen werden könne, wenn dieser über *andere* Schnittstellen erfolge. Nur dieses Verständnis lasse sich auch mit Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 98/10/EG vereinbaren. In dieser Vorschrift sei der „Sonderzugang zum Netz“ dadurch gekennzeichnet, dass er an anderen als den im Anhang II Teil 1 dieser Richtlinie genannten, allgemein zu-

118 RegTP, MMR 1999, 557 (565). Ebenso RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (302).

119 RegTP, MMR 1999, 557 (565).

120 Diese Begriffsbildung durch die RegTP ist unglücklich, da eine Wechselungsgefahr mit den Begriffen der Sprach- und Datenvermittlung besteht.

121 RegTP, MMR 1999, 557 (566).

122 RegTP, MMR 1999, 557 (566); Kurth, in: Kubicek/Klump/Fuchs/Roßnagel (Fn. 105), S. 382 (384). In diesem Sinne wohl auch Hefekäuser, MMR aktuell 11/2001, V (V).

123 RegTP, MMR 1999, 557 (566).

124 Mayen, MMR 2000, 782 (783).

125 VG Köln, MMR 2000, 227 ff.

126 VG Köln, MMR 2000, 227 (229 f.).

127 VG Köln, MMR 2000, 227 (230).

128 VG Köln, MMR 2000, 227 (230).

129 Hervorhebung hinzugefügt.

gänglichen Netzabschlusspunkten erfolgt. Einen derartigen, von den üblichen Schnittstellen abweichenden, besonderen Anschluss setze AfOD aber nicht voraus, vielmehr werde diese Leistung über einen teilnehmergleichen ISDN-Primärmultiplexanschluss in Anspruch genommen, der allen Nutzern bereit gestellt wird.

Gegen den Beschluss des VG Köln wurde Beschwerde nach §§ 124 Abs. 2, 146 Abs. 4 VwGO zum OVG Münster eingelegt. Das OVG Münster ließ die Beschwerde bezüglich des Begehrens, die RegTP zu verpflichten, die DTAG zur Vorlage eines Entgeltgenehmigungsantrags nebst Kostennachweisen für AfOD aufzufordern, nicht zu<sup>130</sup>. Das Zulassungsverfahren bezüglich des Begehrens, die RegTP zu verpflichten, im Wege der nachträglichen Entgeltregulierung über die Vereinbarkeit des Entgelts für AfOD mit den Maßstäben des § 24 TKG auf der Grundlage der Kostennachweise neu zu entscheiden, wurde nach einer beiderseitigen Erledigungserklärung eingestellt.

Das OVG Münster ließ dabei die Frage offen, ob das TKG der RegTP eine Ermächtigungsgrundlage dafür bietet, einen marktbeherrschenden Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen zur Abgabe eines Antrags auf Entgeltgenehmigung für die ex ante-Regulierung unterliegenden Telekommunikationsdienstleistungen aufzufordern. Das Gericht teilte jedoch die Meinung des VG Köln, dass die Entgelte für den AfOD und den TICOC nicht einer ex ante-Genehmigung unterliegen. Dabei schloss sich auch das OVG Münster der Auffassung an, dass der Verweis in § 39 TKG – entgegen dem unbeschränkten Wortlaut – nur für den besonderen Netzzugang gilt<sup>131</sup>. Darüber hinaus vertrat das Gericht die Ansicht, dass der AfOD in Form eines allgemeinen Netzzugangs gewährt werde<sup>132</sup>. Ausgangspunkt der Ausführungen des Gerichts war dabei die Überlegung, dass sich das Vorliegen eines besonderen Netzzugangs nicht allein nach subjektiven Merkmalen des den Netzzugang beanspruchenden Nutzers beantworte. Einen Rückgriff auf die Netzzugangsverordnung zur näheren Bestimmung des Begriffs „besonderer Netzzugang“ lehnte das OVG Münster in diesem Zusammenhang mit dem Hinweis ab, einem gesetzlichen Begriff könne durch eine untergesetzliche Norm nicht eine andere inhaltliche Bedeutung gegeben werden.

Parallel zu dem Verfahren vor der Regulierungsbehörde und den sich anschließenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte waren mit der vorliegenden Problematik auch die Zivilgerichte befasst. AOL Deutschland beanstandete vor den Zivilgerichten den Standardtarif von T-Online für ihren „T-Online-Dienst“ als nach § 1 UWG wettbewerbswidrigen Verstoß gegen § 3 TKV und als kartellrechtswidrig (§§ 19, 20, 33 GWB). Nach dem Angebot von T-Online betrug das Nutzungsentgelt 0,06 DM pro Minute (inkl. Netzzugang über die DTAG) bei einem monatlichen Grundentgelt von 8 DM einschließlich zwei Freistunden (inkl. Netzzugang über die DTAG), zuzüglich eines Einwahlentgelts von 0,06 DM für jede Verbindung in den Onlinedienst. Das von T-Online geforderte Nutzungsentgelt war dabei „gebündelt“, denn in ihm war das Verbindungsentgelt mit enthalten<sup>133</sup>. Das LG Hamburg gab dem Antrag von AOL Deutschland auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statt<sup>134</sup>, auf die Berufung

von T-Online hin wurde der Antrag jedoch vom OLG Hamburg zurückgewiesen<sup>135</sup>.

Für die zu behandelnde Frage sind vor allem die folgenden Aspekte der Entscheidungsgründe des OLG Hamburg von Interesse: Zum einen vertrat das Gericht die Auffassung, auch beim Angebot von Texten, Daten und grafischen Darstellungen innerhalb der eigenen Netze von T-Online bzw. der DTAG handele es sich um Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG, „vor allem auch bei ihrer Vermittlung des Zugangs zum Internet“. Weiter heißt es in der Entscheidung wörtlich: „Der Begriff TK-Dienstleistungen umfasst nach zutreffender Ansicht nicht etwa nur Sprachdienste, sondern auch die Onlinedienste und die Internet-Provider<sup>136</sup>“. Entsprechendes gelte auch für den E-Mail-Service von T-Online, mit dem Texte, Bilder und Daten von Computer zu Computer übermittelt werden, sowie für das Online-Banking und das Online-Shopping von T-Online unter Herstellung technischer Verbindungen zu Banken und Versicherungen<sup>137</sup>. Die Vorschriften des TDG stünden einer solchen Einordnung dieser Dienste als Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG nicht entgegen<sup>138</sup>.

## II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben des neuen Rechtsrahmens

Die von der RegTP vertretene „Schwerpunktthese“ ist auf Grund des im Gemeinschaftsrecht verankerten *Trennungsprinzips*<sup>139</sup> hinsichtlich der Regulierung der Übertragung einerseits und der Regulierung des Inhalts andererseits als gemeinschaftsrechtswidrig abzulehnen.

Nach Art. 1 Abs. 3 Rahmenrichtlinie bleiben die „von der Gemeinschaft oder den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht getroffenen Maßnahmen zur Verfolgung von Zielen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, insbesondere in Bezug auf die *Regulierung von Inhalten*<sup>140</sup> und die audiovisuelle Politik, von der Rahmenrichtlinie und den Einzelrichtlinien<sup>141</sup> unberührt. Näher konturiert wird das in dieser Vorschrift angesprochene Trennungsprinzip durch Erwägungsgrund 5 S. 3: „Es ist notwendig, die Regulierung der Übertragung von der Regulierung von Inhalten zu trennen.“ Eine weitere Bestätigung findet das Trennungsprinzip durch Erwägungsgrund 5 S. 6 der Rahmenrichtlinie: „Bei der Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten sind dennoch die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen [...]“. Hier spielt der Erwägungsgrund 5 unter anderem auf das Konzept interdependenter, benach-

130 OVG Münster, MMR 2000, 779 ff.

131 OVG Münster, MMR 2000, 779 (781).

132 OVG Münster, MMR 2000, 779 (781).

133 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (612).

134 LG Hamburg, Urteil vom 12. 3. 1999 – 416 O 46/99 (unveröffentlicht).

135 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 ff.

136 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613). Zur Begründung verweist das Gericht auf den Umstand, dass der Verbindungsaufbau zum Internet über die technische Infrastruktur erfolge, die T-Online ihren Kunden zur Verfügung stelle.

137 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613).

138 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613).

139 Vgl. zu diesem Prinzip den knappen Überblick von *Braun/Capito*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 5), Chapter 7, A. Siehe jetzt auch *Schütz/Attendorff*, MMR Beilage 4/2002, 1 (5 f.).

140 Hervorhebung durch die Verf.

141 Zum Begriff siehe Art. 2 lit. k Rahmenrichtlinie.



barter Märkte (Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie) an<sup>142</sup>, bekräftigt aber im Grundsatz das Trennungsprinzip<sup>143</sup>.

Dieses Prinzip dient mehreren gemeinschaftsrechtlichen Zwecken: zum einen wird damit das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung in seiner verbandsrechtlichen Ausprägung<sup>144</sup>, also die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaften, sekundärrechtlich bekräftigt; zum anderen verhindert das *Trennungsprinzip*, dass die jeweils auf den betreffenden Bereich zugeschnittenen und daher unterschiedlichen Regulierungsmechanismen für Inhalte und Übertragung ihrer Wirksamkeit beraubt werden. Die Unterschiedlichkeit dieser Regulierungsmechanismen ist dabei nicht nur das Ergebnis von bestimmten Regulierungstraditionen, sondern wird auch durch die Besonderheiten der beiden Bereiche bedingt: Bei den Märkten der Telekommunikation handelt es sich um Märkte, die in vielen Fällen nach wie vor durch die Nachwehen der – in den meisten Mitgliedstaaten bis 1998 – bestehenden Monopolsituation geprägt sind. Auf vielen dieser Telekommunikationsmärkte ist der Wettbewerb nach wie vor vornehmlich regulierungsbedingt, ein funktionsfähiger Wettbewerb<sup>145</sup> existiert bislang nicht oder nur in ersten Ansätzen<sup>146</sup>. Auf den Inhaltsmärkten hingegen gibt es keine vergleichbaren Strukturen. Werden nun Transport und Inhalte nicht auseinandergehalten, sondern – wie etwa durch die „Schwerpunktthese“ der RegTP – miteinander vermengt, wird die funktionale Abgrenzung und das Nebeneinander der beiden Bereiche empfindlich gestört: Wird nach der „Schwerpunktthese“ der Schwerpunkt eines Angebots mit einer Telekommunikations- und einer Teledienstekomponente im Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts gesehen, wird die Teledienstekomponente den telekommunikationsrechtlichen Regulierungsmechanismen unterworfen, die für diesen Bereich bestenfalls untauglich, zumeist aber gar dysfunktional sind<sup>147</sup>. Wird mit Hilfe einer „Schwerpunktthese“ im umgekehrten Fall der Schwerpunkt eines solchen kombinierten Angebots im Bereich der Teledienste gesehen, so laufen die Regulierungsmechanismen des Telekommunikationsrechts – etwa die Vorschriften der Entgeltregulierung – leer; der Zweck des Telekommunikationsrechts, „durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb zu fördern“ (so beispielhaft § 1 TKG für das deutsche Telekommunikationsrecht), wird verfehlt. Bereits aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des neuen Rechtsrahmens ergibt sich daher, dass die „Schwerpunktthese“ der RegTP zu verwerfen ist.

### III. Rechtliche Maßstäbe des deutschen Rechts für die Entgeltregulierung von Internet- und Datendiensten

#### 1. Einführung

Der Beschluss der RegTP vom 16. 6. 1999 ist dogmatisch fragwürdig, wie die folgenden Erwägungen aufzeigen werden. Wie oben dargestellt<sup>148</sup>, ist Ausgangspunkt der Argumentation der RegTP die These, der Verweis in § 39 TKG beziehe sich – entgegen dem Wortlaut – nur auf den besonderen Netzzugang.

Dieser – auch von den Gerichten geteilte – Ausgangspunkt erweist sich als durchaus zutreffend: Es mag dabei dahinstehen, ob sich dies bereits aus der Gesetzesbegrün-

dung ergibt und der pauschale Verweis auf § 35 TKG daher ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers darstellt<sup>149</sup>. Jedenfalls sprechen aber Sinn und Zweck der Vorschrift für eine solche teleologische Reduktion des § 39 TKG: Eine teleologische Reduktion setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unterlassene Differenzierung entweder durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst oder durch den vorrangigen Zweck anderer Normen angezeigt ist, der sonst nicht erreicht würde<sup>150</sup>. Im Rahmen des § 39 TKG hat es der Gesetzgeber unterlassen, zwischen dem allgemeinen und besonderen Netzzugang zu differenzieren. Die Notwendigkeit einer solchen Differenzierung ergibt sich jedoch aus dem Zweck der Norm. Während eine Marktöffnung ohne eine grundsätzliche Verpflichtung zum Einräumen eines besonderen Netzzugangs nicht denkbar ist, gibt es kein praktisches Bedürfnis für die Einbeziehung von allgemeinen Netzzugängen<sup>151</sup>, denn soweit ein allgemeiner Netzzugang vom marktbeherrschenden Unternehmen im ehemaligen Monopolbereich gewährt wird, greift bereits die ex ante-Regulierung nach § 25 Abs. 1 TKG<sup>152</sup>. § 39 TKG ist folglich dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass sich der Verweis in § 39 TKG nur auf besondere Netzzugänge bezieht<sup>153</sup>.

#### 2. Grundsätze zum Anwendungsbereich des TKG

Nicht gefolgt werden kann der RegTP jedoch bezüglich ihrer Abgrenzung der Anwendungsbereiche von TKG und TDG und den in diesem Zusammenhang gezogenen Schlussfolgerungen:

- 142 Ferner erläutert dieser Satz Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 3 Rahmenrichtlinie.
- 143 Vgl. auch noch Erwägungsgrund 10 S. 4 Rahmenrichtlinie: „Dasselbe Unternehmen, beispielsweise ein Internet-Diensteanbieter, kann sowohl elektronische Kommunikationsdienste, wie den Zugang zum Internet, als auch nicht unter diese Richtlinie fallende Dienste, wie die Bereitstellung von Internet gestützten Inhalten, anbieten“.
- 144 Siehe dazu näher *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 3. Aufl. 2000 Rdnr. 55.
- 145 Zum Begriff siehe *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596 ff.
- 146 So auch die Einschätzung der Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 224 ff.
- 147 Zudem wäre ein solches Vorgehen verfassungsrechtlich höchst bedenklich, da dem Bund dann zumeist – etwa im Falle eines Mediendienstes im Sinne des MDSStV – keine Gesetzgebungskompetenz zukommt.
- 148 C.I.
- 149 In diesem Sinne etwa OVG Münster, MMR 2000, 779 (781); VG Köln, MMR 2000, 227 (230); RegTP, Entscheidung vom 28. 8. 1998 – BK 4e-98-008/E, MMR 1998, 114 (116); RegTP, Entscheidung vom 23. 12. 1999 – BK 4e-99-042/E, MMR 2000, 233 (236); *Piepenbrock*, in: Büchner et al. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 39 Rdnr. 2; *Manssen*, in: Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, § 39 TKG Rdnr. 2 (Stand: August 1999). Gegen diese Argumentation etwa *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 2001, § 39 Rdnr. 7.
- 150 BGH, NJW 1998, 1857 (1858); *Rösler*, NJW 1999, 1150 (1151).
- 151 Im Ergebnis so auch OVG Münster, MMR 2000, 779 (781); *Manssen*, in: Manssen (Fn. 149), § 39 TKG Rdnr. 2; *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Fn. 149), § 39 Rdnr. 7; *Kleinlein*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 673 (674). Wenn *Schuster*, MMR 2000, 241 (242), postuliert, es bedürfe „strenger historischer, systematischer oder teleologischer Argumente“, um vom Wortlaut des § 39 TKG abzuweichen, ist ihm im Ansatz durchaus zuzustimmen. Auch ein (fehlendes) praktisches Bedürfnis nach der Einbeziehung des allgemeinen Netzzugangs kann jedoch im Rahmen einer teleologischen und systematischen Auslegung herangezogen werden.
- 152 OVG Münster, MMR 2000, 779 (781).
- 153 A. A. *Wolff*, Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht, 2002, S. 183 f.; *Tschentscher*, CR 2000, 302 (302); *Esser-Wellié*, CR 1999, 571 (572); *Fuhr/Kerkhoff*, NJW 1997, 3209 (3209 f.), die allerdings alle keine über den Wortlaut hinaus gehenden Argumente benennen und sich insbesondere nicht mit der Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion auseinandersetzen. Wie hier im Ergebnis dagegen die in Fn. 151 Genannten.



In Praxis und Literatur besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass sich die Regelungen des TKG auf die *technischen Grundlagen* der Kommunikation beziehen<sup>154</sup>, während das TDG Regelungen bezüglich bestimmter *Kommunikationsinhalte* trifft<sup>155</sup>. Das TKG ist demnach inhaltsneutral. Auf einen Sachverhalt kann also sowohl das TDG als auch das TKG anwendbar sein<sup>156</sup>. Dies zeigt auch § 5 Abs. 4 TDG, der mit seinem Verweis auf § 85 TKG eine parallele Anwendbarkeit voraussetzt<sup>157</sup>. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche muss funktionsbezogen erfolgen<sup>158</sup>. Nicht vom TKG umfasst wird der Inhalt der zugehörigen Dienste. Eine systematische Auslegung des TDG – insbesondere von § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG – zwingt umgekehrt zu dem Schluss, dass das TDG „Telekommunikation“ im Sinne des TKG zwar voraussetzt, nicht aber auf diesen technischen Vorgang anwendbar ist<sup>159</sup>. Eine derartige Auslegung, die vom Primat des Telekommunikationsrechts ausgeht und nur den verbleibenden Rest eines einheitlichen Angebots der Regulierung durch das TDG zuweist, ergibt sich nicht nur aus § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG. Vielmehr verweist schon die Definition der Teledienste auf den Begriff der „Telekommunikation“. Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird die technische Grundlage der Kommunikation umschrieben, um den Begriff „Teledienst“ von andersartig verbreiteten Informations- und Kommunikationsdiensten (Printmedien, Datenträgern) abzugrenzen. Telekommunikation ist demnach Grundlage der Teledienste, also diesen vorausgesetzt<sup>160</sup>.

Der Begriff der Telekommunikation ist danach für die Anwendung des TKG von zentraler Bedeutung, da er die Reichweite des Gesetzes wesentlich determiniert. Eine wichtige Vorentscheidung über die Reichweite etwa der Vorschriften der Entgeltregulierung (§§ 24 ff. TKG) wird daher *außerhalb* dieser Vorschriften, nämlich im Rahmen der Auslegung von § 3 Nr. 16 TKG getroffen<sup>161</sup>. Die Bestimmung des Begriffs der Telekommunikation bedarf daher besonderer Sorgfalt<sup>162</sup>.

Nur unscharf vermag die Auffassung, die in Telekommunikation den Austausch von Informationen durch Transport über gewisse Entfernungen mit Hilfe von technischen Mitteln verstehen will<sup>163</sup>, den Sinngehalt des Begriffs zu erfassen. Telekommunikation bezeichnet vielmehr eine Form der Informationsübertragung. Ob dabei ein Austausch von Informationen stattfindet, ist genauso unerheblich wie die Entfernung, über welche die Information übertragen wird. Wichtig ist insoweit nur, dass überhaupt eine Übertragung stattfindet, was lediglich voraussetzt, dass Datenquelle und Datensenke nicht identisch sind.

Gegenstand der Übertragung sind nach § 3 Nr. 16 TKG *Nachrichten jeglicher Art*. Dies erfordert nicht, wie der Wortlaut nahe legen könnte, die Übertragung von Nachrichten tatsächlich verschiedenartiger Gestalt<sup>164</sup>. Vielmehr sollen alle Formen von Nachrichten erfasst werden<sup>165</sup>. Unter einer Nachricht ist dabei eine Kombination von zwischen den am Kommunikationsvorgang Beteiligten verabredeten Zeichen zu verstehen, welche bei der Übertragung durch physikalische Zustände (Signale)<sup>166</sup> repräsentiert werden<sup>167</sup>.

Es muss sich weiterhin um Nachrichten in der Form von *Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen* handeln. Dass sich

dieser Zusatz auf das Substantiv „Nachricht“ und nicht auf den Übertragungsvorgang bezieht<sup>168</sup>, ist sprachlich nicht zwingend. Dieser Zusammenhang ergibt sich aber aus der ratio, nach welcher der Begriff der Telekommunikation technologieneutral zu verstehen ist<sup>168a</sup>. In welcher Form die Informationen schließlich übertragen werden, ist damit unerheblich – die in der Legaldefinition angebotenen Alternativen würden schließlich die tatsächlichen physikalischen Zustände, in welchen die Nachrichten bei der Übertragung repräsentiert würden, nicht einmal entfernt abbilden.

Telekommunikation ist nach § 3 Nr. 16 TKG nur der technische Vorgang des *Aussendens, Übermittels* und *Empfangens* der Nachricht. Die drei Varianten des Aussendens, Übermittels und Empfangens beschreiben einen Telekommunikationsvorgang von der Datenquelle zur Datensenke, sind aus dieser Perspektive somit zwingend kumulativ zu sehen. Betrachtet man jedoch einen konkreten Lebenssachverhalt, stellt also beispielsweise die Frage, ob eine Tätigkeit als Angebot von Telekommunikation zu verstehen ist oder ob es sich bei einem Gerät um eine Telekommunikationsanlage handelt, so sind die Begriffe alternativ zu verstehen<sup>169</sup>. Insoweit reicht es damit aus, dass lediglich eine dieser Varianten vorliegt, solange nur das Gesamtsystem, in welchem der Lebenssachverhalt zu sehen ist, einen Übertragungsvorgang enthält, wenn also die Varianten in Kumulation vorliegen.

Die Technik der Nachrichtenübertragung erweist sich als Grenze der Anwendbarkeit des TKG<sup>170</sup>, wofür nicht zuletzt auch kompetenzrechtliche Gründe sprechen<sup>171</sup>. Problematisch ist dabei die Frage nach der Reichweite dieses technischen Vorgangs und vor allem auch seine

154 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613); Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4); Fechner, Medienrecht, 2. Aufl. 2001 Rdnr. 848; Tettenborn, in: Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn (Hrsg.), Beck'scher IuKDG-Kommentar, 2001, § 2 Rdnr. 88.

155 Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4); Tettenborn, in: Beck'scher IuKDG-Kommentar (Fn. 154), § 2 Rdnr. 88. Siehe auch die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 13/7385 Teil A.

156 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613); Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4).

157 Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4, Fn. 20).

158 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613); Hoffmann-Riem/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung, 2000, S. 56; Tettenborn, in: Beck'scher IuKDG-Kommentar (Fn. 154), § 2 Rdnr. 88; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), Einführung V Rdnr. 6; Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 TKG Rdnr. 37 (Stand: September 2000); Schmitz, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediale Recht, 1. Ergänzungslieferung Februar 2000, Kap. 16.4 Rdnrn. 9ff.; Rieher/Hessler, in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, 2000, Teil II Rdnr. 97.

159 So auch die Begründung zu § 2 Abs. 4 TDG, BT-Drucks. 13/7385.

160 Tettenborn, in: Beck'scher IuKDG-Kommentar (Fn. 154), § 2 Rdnr. 88; Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4); Hoffmann-Riem/Schulz/Held (Fn. 158), S. 56.

161 So auch – freilich in Bezug auf § 3 Nr. 18 TKG – Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), 3 Rdnr. 21.

162 A. A. wohl Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 3 Rdnr. 19.

163 Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 3 Rdnr. 16.

164 Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 4.

165 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 4; Hoeren, MMR 1998, 1 (5).

166 Hagenauer, in: Jung/Warnecke (Hrsg.), Handbuch für die Telekommunikation, 1998, S. 1–4.

167 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 4; Köbele, Fernmeldewesen und Telematik in ihrer rechtlichen Wechselwirkung, 1991, S. 77.

168 Unklar allerdings noch Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 4.

168a Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 3, Rdnr. 6.

169 Manssen, in: Manssen (Fn. 149), C § 3 TKG Rdnr. 29.

170 Ähnlich auch Manssen, in: Manssen (Fn. 149), C § 3 TKG Rdnr. 29.

171 Scherer, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, 1985, S. 663.

funktionale Abgrenzung<sup>172</sup> zu Sachverhalten, bei denen es sich nicht um den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens einer Nachricht handelt. In der Nachrichtentechnik wurde zur funktionendifferenzierenden abstrakten Beschreibung von Kommunikationsvorgängen das so genannte ISO/OSI-Referenzmodell<sup>173</sup> entwickelt<sup>174</sup>, welches auf einer normativen Ebene eine schlüssige Abgrenzung von Telekommunikations- und Multimediarecht ermöglicht<sup>175</sup> und auch im vorliegenden Kontext fruchtbar gemacht werden kann.

Die Schichten 1–3 des ISO/OSI-Modells, die für den reinen Telekommunikationsvorgang zuständig sind, können problemlos der Telekommunikation zugeordnet werden<sup>176</sup>. Unproblematisch ist weiterhin, dass die Schichten 6 und 7 lediglich anwendungsorientierten Charakter haben und damit dem technischen Vorgang der Informationsübertragung nur vor- bzw. nachgelagert sind<sup>177</sup>. Relativ leicht lässt sich auch noch die Einordnung der Schicht 5 vornehmen: einerseits finden hier lediglich die Konfiguration und Strukturierung des Datenaustausches statt, mithin der eigentlichen Informationsübertragung vorgelagerte Prozesse<sup>178</sup>; andererseits ist Voraussetzung für den Übertragungsvorgang (einschließlich des Sendens und Empfangens) der Verbindungsaufbau und -unterhalt, da eine Übertragung zwingend einen (logischen) Übertragungsweg, die Verbindung zwischen Datenquelle und Datensinke, voraussetzt<sup>179</sup>. Der Verbindungsaufbau erfolgt aber erst auf Schicht 4, so dass Schicht 5 des ISO/OSI-Referenzmodells schon aus diesem Grunde außerhalb des der Telekommunikation zuzuordnenden Bereichs liegt. Schwieriger ist jedoch die Zuordnung der Schicht 4 selbst. Aufgaben der Schicht 4 des ISO/OSI-Referenzmodells sind Aufbau und Unterhalt der Verbindung, Multiplexing, Fehlerbehandlung und das Ordnen der Daten. Eine „saubere“, d. h. ausschließliche, Zuordnung der Schicht 4 zu den netzwerkorientierten Schichten scheitert jedoch daran, dass neben dem Übermittlungsvorgang auch inhaltliche Aspekte geregelt werden<sup>180</sup>. Angesichts der auf den technischen Vorgang abstellenden Definition des § 3 Nr. 16 TKG ist es jedoch nicht entscheidend, ab wann inhaltliche Aspekte geregelt werden, sondern nur, wie weit dieser technische Vorgang reicht<sup>181</sup>. Damit stellen Vorgänge, die den untersten vier Schichten des ISO/OSI-Referenzmodells zugeordnet werden können, „Telekommunikation“ i. S. v. § 3 Nr. 16 TKG dar<sup>182</sup>.

### 3. Die Anwendbarkeit des TKG auf Access Provider und Content Provider

Vor diesem Hintergrund ist über die Anwendbarkeit des TKG auf Internet Service Provider zu entscheiden. Die im Internet angebotenen Dienste sind den Schichten 3–7 nach dem OSI-Modell zuzuordnen<sup>183</sup>. Bei der Übertragung von Daten auf den Ebenen 3 und 4 werden vorhandene physikalische Netze zur Erbringung bestimmter, spezieller Datentransportleistungen genutzt, also typische Leistungen der Telekommunikation<sup>184</sup>. Daher fällt etwa die Tätigkeit eines Access Providers in den Regelungsbereich des TKG<sup>185</sup>. Vom Anwendungsbereich des TKG umfasst sind mithin alle Internet-Dienste, die den Schichten 3 und 4 zuzuordnen sind<sup>186</sup>. Dies betrifft die Vermittlung von Internet-Datenübertragungen durch einen Network Provider und die Herstellung des Internet-Zugangs im engeren Sinne durch einen Access Provider mittels der TCP/IP-Protokolle<sup>187</sup>.

Einem Content Provider kommt es hingegen auf die Erarbeitung, Aufbereitung und Gestaltung der Daten und Informationen und nicht primär auf deren Übermittlung an<sup>188</sup>. Das Angebot von Diensten, welche die Datenübertragung voraussetzen und dazu auf höheren Netzwerk- bzw. Kommunikationsschichten aufsetzen, sind daher nicht dem technischen Bereich des Telekommunikationsrechts, sondern vielmehr dem der Anwendungsschicht (application layer) zuzuordnen<sup>189</sup>. Solche höherschichtigen Dienstangebote auf der Ebene 7 des OSI-Modells, also die Inhalte im Internet selbst und die zu ihrer Darstellung erforderliche Software, stellen keine Telekommunikationsdienstleistungen dar<sup>190</sup>. Bei der Regulierung dieser Kommunikationsinhalte handelt es sich somit um Fragen, die weder in den Anwendungsbereich des TKG noch – verfassungsrechtlich gewendet – in das Gebiet der Telekommunikationskompetenz des Bundes nach Art. 73 Nr. 7 GG fallen<sup>191</sup>.

Selbstverständlich bedient sich aber auch ein Content Provider eines Access Providers, um seine Inhalte zu übertragen<sup>192</sup>. Beide Funktionen können dabei auch von derselben Person erbracht werden, die dann jeweils tätigkeitsbezogen den entsprechenden Vorschriften bzw. den jeweils weitergehenden Vorschriften (etwa des Daten-

172 Vgl. dazu Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 27 f.

173 Open System Interconnection-Basic Reference Model ISO/IEC 7498-1:1994. Ausführlich zu diesem Referenzmodell: Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 30 ff.; Eberspächer, in: Jung/Warnecke (Fn. 166), S. 1–71 f.; Mayer (Fn. 109), S. 159 ff.; Bleisteiner, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, 1999, S. 22 ff.; Sieber, CR 1997, 581 (590 ff.); Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 3 Rdnrn. 7 ff.

174 Teilweise wird bezüglich Anwendungen auf Basis von IP ein sog. „Internet-Modell/DoD Protocol Stack“ verwendet, welches aber lediglich die OSI-Schichten 5, 6 und 7 zu einer Schicht vereint, vgl. auch Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Fn. 62.

175 Koch, K&R 2002, 120 (121). Vgl. auch Koenig/Neumann, K&R 1999, 145 (149).

176 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 39; Mayer (Fn. 109), S. 161 f.

177 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 39; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 3 Rdnr. 12.

178 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 40.

179 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 40.

180 Scherer, Nachrichtenübertragung und Datenverarbeitung im Telekommunikationsrecht, 1987, S. 23.

181 Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 42.

182 Koenig/Neumann, K&R 1999, 145 (149); Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 44; Mayer (Fn. 109), S. 162. Dies entspricht auch der Einteilung durch die Nachrichtentechnik, die davon ausgeht, dass die Schichten 1–4 Transportfunktionen erfüllen und die oberen drei Schichten (5–7) anwendungsorientiert sind, vgl. Eberspächer, in: Jung/Warnecke (Fn. 166), S. 1–71.

183 Mayer (Fn. 109), S. 161.

184 Mayer (Fn. 109), S. 162.

185 Koenig/Loetz, CR 1999, 438 (441 f.); Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 Rdnr. 37; Mayer (Fn. 109), S. 162; Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2002 (im Erscheinen), § 13 Rdnr. 149; Determann, RTkom 2000, 11 (15).

186 Mayer (Fn. 109), S. 162.

187 Mayer (Fn. 109), S. 162; Röger, ZRP 1997, 203 (205).

188 Smith, in: Smith (Fn. 109), 1–011 ff.; Mayer (Fn. 109), S. 162; vgl. auch Bender, Cross-Media-Ownership, 1999, S. 67.

189 Mayer (Fn. 109), S. 162.

190 Mayer (Fn. 109), S. 162; Helmke/Müller/Neumann (Fn. 164), Abs. 39.

191 Vgl. Mayer (Fn. 109), S. 162 f.; Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 Rdnr. 37; Schaar, RDV 2002, 4 (5). Zur Reichweite der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 7 GG siehe ferner etwa Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 1996, Art. 73 Rdnr. 31. Eine Bundeskompetenz für die Regulierung des Inhalts besteht allenfalls nach anderen Vorschriften, etwa Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG. Eine Bundeskompetenz im Telekommunikationsbereich selbst nach dieser Vorschrift wird verneint von Reinwald, ZUM 2002, 119 ff. Zum gemeinschaftsrechtlichen Trennungsprinzip siehe oben unter C.II.

192 Mayer (Fn. 109), S. 163.

schutzes) unterliegt<sup>193</sup>. In diesem Falle erbringt auch ein Content Provider – für den Teilbereich des Zugangsanbieters – Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des TKG, so dass er insoweit in dessen Regelungsbereich fällt<sup>194</sup>.

Aus diesen Zusammenhängen ergibt sich zwanglos, wie es sich mit denjenigen Internet Providern verhält, die als eine Mischform<sup>195</sup> aus Content und Access Provider (wie etwa T-Online) auftreten, also sowohl eigene Inhalte im Netz anbieten als auch den Zugang zur Nutzung fremder Inhalte vermitteln. Soweit diese Anbieter den Zugriff auf fremde Inhalte im Internet ermöglichen, erbringen sie Telekommunikationsdienstleistungen und unterliegen somit den Regelungen des TKG<sup>196</sup>. Soweit sie dagegen eigene Inhalte im Internet zur Verfügung stellen, gelten für sie die Regelungen des TDG bzw. des MDStV<sup>197</sup>. Wie oben bereits näher begründet<sup>198</sup>, kommen in einem solchen Fall das TKG und das TDG (bzw. der MDStV) *funktionsbezogen nebeneinander* zur Anwendung<sup>199</sup>. Für eine Einordnung anhand einer diffusen Schwerpunkttheorie – wie sie die RegTP contra legem erfunden hat – ist daneben kein Platz; es besteht dafür auch kein Bedürfnis. Sie widerspricht zudem klar den gesetzlichen Vorgaben, die wie § 2 Abs. 4 TDG anstreben, eine möglichst eindeutige Abgrenzung zwischen TDG und TKG herbeizuführen<sup>200</sup>.

#### 4. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

Trotz der relativ klaren Formulierungen der § 3 Nr. 16 TKG und § 2 Nr. 4 TDG haben es die RegTP und die Gerichte nicht vermocht, die verfassungsrechtlich gebotene und gemeinschaftsrechtlich vorausgesetzte Trennung zwischen der Regulierung des Inhalts und der Regulierung der Übertragung nachzuvollziehen. Daher erscheint es erwägenswert, das Stufenverhältnis zwischen technischer Plattform (Telekommunikation) und Inhaltsebene (Teledienste) de lege ferenda klarzustellen. Dies könnte etwa durch die Einfügung der Worte „die den Telediensten zu Grunde liegenden“ in § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG erfolgen<sup>201</sup>, so dass die Vorschrift insoweit lauten würde:

„Dieses Gesetz gilt nicht für: (1.) die den Telediensten zu Grunde liegenden Telekommunikationsdienstleistungen [...]“<sup>202</sup>.

Die vorgeschlagene neue Formulierung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG stellt die Zusammenhänge zwischen Telediensten und Telekommunikationsdiensten klar<sup>203</sup>. Teledienste bauen auf der übertragungstechnischen Telekommunikationsplattform auf, verfügen darüber hinaus aber über weitere Merkmale, die einer inhaltlichen Regulierung zugänglich sind. Nur diese Kommunikationsinhalte kann das TDG betreffen<sup>204</sup>.

#### D. Telekommunikations- und wettbewerbsrechtliche Probleme der faktischen Abhängigkeit von Internet Service Providern von Vorleistungen der DTAG

Um es gleich vorab zu betonen: Allen aus der Abhängigkeit von Internet Service Providern von Vorleistungen der DTAG resultierenden regulatorischen Herausforderungen (insb. Preis-Kosten-Schere) – gleichgültig, ob es um die Flatrate, Billing, Resale oder Line Sharing geht – sollte

sich der Gesetzgeber mit Aufnahme einer Grundsatznorm in der TKG-Novelle stellen:

Mit Blick auf das Ziel, funktionsfähigen Wettbewerb auch auf den für die Internet Service Provider relevanten Märkten herzustellen, ist eine gesetzliche Verpflichtung der RegTP zu empfehlen, wonach die Behörde bei jeder Regulierungsentscheidung die Auswirkungen auf benachbarte, insbesondere vor- und nachgelagerte Märkte zu prüfen und in ihre Entscheidung einzubeziehen hat. Wie schon im Rahmen der regulatorischen Behandlung von Bündelfällen erörtert, könnte der deutsche Gesetzgeber mit einer solchen Einbeziehungspflicht in vorbildlicher Weise die gemeinschaftsrechtlich gebotene praktische Wirksamkeit des Konzepts benachbarter Märkte nach Art. 14 Abs. 3 der neuen Rahmenrichtlinie gewährleisten.

#### I. Flatrate

##### 1. Derzeitige Rechtslage

Die einschlägigen Rechtsvorschriften finden sich in den §§ 24 ff., 33 TKG. Ausgelöst durch die Beschwerde eines Internet Service Providers eröffnete die RegTP von Amts wegen im September 2000 ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 73 Abs. 1 TKG i. V. m. §§ 30 Abs. 2 und 25 Abs. 2 TKG<sup>205</sup>. Gegenstand des Verfahrens war der Verdacht unzulässiger Preisabschläge und diskriminierendes Verhalten gemäß § 24 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 bei den zeitabhängig abgerechneten Verbindungsentgelten zum Internet, die von der DTAG unter der Produktbezeichnung AfOD und TICOC angeboten werden<sup>206</sup>. Zudem bestand der Verdacht der ungerechtfertigt-

193 Mayer (Fn. 109), S. 163.

194 Mayer (Fn. 109), S. 163.

195 So die Formulierung von Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 Rdnr. 38.

196 Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 Rdnr. 38; Schuster, MMR 2001, 298 (301).

197 Dies wird vom OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613), nicht hinreichend beachtet. Das Gericht hätte bei den „Onlineangeboten“ deutlicher zwischen dem Angebot von Inhalten und der Übertragung von Nachrichten im Netz unterscheiden müssen, siehe dazu Schmitz, MMR 2000, 615 (617).

198 C.III. (S. 15).

199 OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613); Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 Rdnr. 38; Sieber, in: Hoeren/Sieber (Fn. 158), Kap. 19 Rdnr. 245. In diesem Sinne auch die in Fn. 158 Genannten.

200 Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 3 Rdnr. 38. Ähnlich auch Scherer, NJW 2000, 772 (775).

201 Siehe bereits den Vorschlag von Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4). Vgl. ferner Schütz/Attendorn, Beilage MMR 4/2002, 1 (25).

202 Kursiv gedruckte Teile zeigen die hier und im Folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an.

203 Koenig, Beilage zu MMR 12/1998, 1 (4f.).

204 Vgl. auch Manssen, in: Manssen (Fn. 149), § 2 TDG Rdnr. 9 (Stand: April 1999).

205 Siehe dazu Schmidt, K&R 2001, 131 (134).

206 Schmidt, K&R 2001, 131 (134). TICOC war allerdings nur hinsichtlich der hierin enthaltenen Verbindungsentgelte Gegenstand des Verfahrens, also nur bezüglich des AfOD-Anteils im TICOC. Die Online-Angebote der T-Online International AG, die Entgelte für die Nutzung der TICOC-Plattformen, Zusammenschaltungsentgelte sowie Entgelte für breitbandige Angebote wie T-DSL waren nicht Gegenstand dieses auf bestimmte Vorleistungsprodukte im Bereich schmalbandiger Wahlverbindungen begrenzten Verfahrens, siehe S. 5 des Entscheidungsumdrucks. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die RegTP die Auffassung vertritt, es handele sich bei der von der DTAG angebotenen Leistung Online-Vorleistungsflatrate (OVF-N) um einen besonderen Netzzugang i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG i. V. m. § 1 Abs. 2 S. 1 NZV und damit um eine gemäß § 39 Fall 1 TKG genehmigungspflichtige Leistung. Gegen einen entsprechenden Bescheid der RegTP vom 6. 9. 2001 hat das VG Köln (Beschluss vom 4. 12. 2001 – 1 L

ten Diskriminierung durch Verweigerung einer pauschalen Abrechnung dieser Verbindungsleistungen<sup>207</sup>. Für das Verständnis der Entscheidung ist zweierlei wichtig: zum einen war die Zuführung von Internetverkehr im Rahmen einer Netzzusammenschaltung und damit über Interconnection-Anschlüsse nicht Gegenstand des Verfahrens<sup>208</sup>; zum anderen ist zu betonen, dass es den Internet Service Providern prinzipiell freisteht, ihren Internetkunden (das sind regelmäßig die Telefonkunden der DTAG) eine Internetverbindung zu Minutenpreisen (mit oder ohne Grundgebühr) oder aber eine Flatrate<sup>209</sup> anzubieten<sup>210</sup>. Die RegTP bezeichnet den Umstand, dass die Internet Service Provider die Verkehrszuführung bzw. -terminierung bei der DTAG einkaufen und als Bestandteil ihrer eigenen Internetzugangprodukte ihren Endkunden zur Verfügung stellen, ohne dass diese der DTAG ein gesondertes Verbindungsentgelt entrichten müssen, als „Prinzip der Entgeltumkehr“<sup>211</sup>.

Im Mittelpunkt der RegTP-Entscheidung vom 15. 11. 2000 stehen die folgenden drei Kernthesen<sup>212</sup>:

- (1) Die Unterscheidung der Entgelte in Haupt- und Nebenzeiten bei den Produkten AfOD und TICOC verstoße gegen § 24 Abs. 1 TKG.
- (2) Die Gewährung von Rabatten auf die Basisentgelte beim AfOD-Produkt verstoße gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.
- (3) Die DTAG sei nach § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG verpflichtet, den Nachfragern des AfOD-Produkts eine Flatrate anzubieten, wobei eine Beschränkung auf Verbindungsleistungen im Entfernungsbereich City zulässig sei.

Die RegTP griff für die erste Kernthese auf ihre – oben<sup>213</sup> bereits ausführlich gewürdigte – Entscheidung vom 16. 6. 1999 zurück. Hatte die RegTP in jener Entscheidung lediglich inzidenter festgestellt, dass es sich bei der DTAG bezüglich der bei AfOD und TICOC erbrachten Verbindungsleistungen um ein marktbeherrschendes Unternehmen i. S. d. § 25 Abs. 2 TKG, § 19 Abs. 2 GWB handelt, so wiederholte die RegTP diese Feststellung nunmehr ausdrücklich<sup>214</sup>. Vor diesem Hintergrund verpflichtete die RegTP die DTAG, eine Flatrate für Online-Verbindungen auf der Vorleistungsebene anzubieten. Darüber hinaus forderte die RegTP die DTAG auf, ihre zeitabhängig gestalteten Verbindungsentgelte den Maßstäben des § 24 TKG anzupassen. Dazu seien – um die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation nicht länger zu beeinträchtigen – die Differenzierung der Grundentgelte nach Haupt- und Nebenzeit aufzuheben und die seit dem 1. 3. 2000 gewährten Rabatte nicht mehr einzuräumen. Die RegTP stellte fest, dass die tageszeitliche Differenzierung der Verbindungsentgelte gegen § 24 Abs. 1 TKG verstoße und daher unzulässig sei<sup>215</sup>. Es bestehe angesichts der gegebenen Verkehrsverteilung kein Erfordernis, Anreize für eine Verlagerung weg von der Spitzenlast zu setzen, nach der sich die Kosten des Netzes sowie angemessene Preise hauptsächlich bestimmten<sup>216</sup>. Einschlägige Rechtsgrundlage für die Verpflichtung der DTAG, eine Vorleistungs-Flatrate für das AfOD-Produkt einzuführen, seien die §§ 25 Abs. 2, 30 Abs. 2 und 4 i. V. m. § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Des Weiteren entschied die RegTP, dass Rabatte nach dem Modell vom 1. 3. 2000 einen Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG darstellten und daher zu untersagen sei-

en<sup>217</sup>. Damit wich die RegTP von der Beurteilung in ihrer Entscheidung vom 16. 6. 1999 ab, in der sie noch davon ausgegangen war, dass das Rabattsystem in Ermangelung übermäßiger Sprünge zwischen den Rabattstufen und ungerechtfertigter Bevorzugung einzelner Nachfrager unbedenklich sei.

Die DTAG habe – so die RegTP weiter – die Nachfrager des AfOD i. S. d. § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG diskriminiert, indem sie das Produkt nicht optional als pauschal abzugeladene Leistung angeboten habe. Die DTAG sei zur Abgabe eines Flatrate-Angebots verpflichtet, denn durch die nutzungsdauerabhängig zu vergütende Zuführungsleistung zwingt sie Online-Diensteanbieter in eine *Preis-Kosten-Schere*. Wenn ein Service Provider für die Zuführung des schmalbandigen Verkehrs nutzungszeitabhängige Entgelte zahlen, seinen Endkunden aber aus Wettbewerbsgründen eine Flatrate anbieten muss, trage er einseitig das Risiko einer Übernutzung<sup>218</sup>. Soweit die tatsächliche durchschnittliche Nutzung nämlich den erwarteten Wert überschreite, überstiegen seine linear mit der Nutzung steigenden Kosten die vom Kunden erhobenen konstanten Erlöse. Die hieraus für den Service Provider resultierende Preis-Kosten-Schere wirke in besonderem Maße wettbewerbsverzerrend<sup>219</sup>, da sie von der DTAG zu Lasten anderer Service Provider und Online-Diensteanbieter erzeugt werde, indem die DTAG von der eigenen Tochtergesellschaft T-Online eine Endkundenflatrate anbieten lasse. Die Preispolitik von T-Online sei als Benchmark im Markt für Online-Dienste zu werten, da T-Online zugleich die Position des größten deutschen Online-Diensteanbieters innehatte.

Die wettbewerbliche Verwerfung verstärkte sich noch dadurch, dass die DTAG und T-Online ungleich geringeren Risiken ausgesetzt seien als außerhalb dieses vertikal integrierten Konzernverbundes stehende Internet Service Provider. Selbst im Falle einer Übernutzung erziele der Konzern im Verbund Gewinne, da Verlusten der Tochtergesellschaft spiegelbildlich Gewinne der Muttergesellschaft durch die nutzungszeitabhängigen Vorleistungs-

2082/01, unveröffentlicht) wegen eines formalen Mangels die aufschiebende Wirkung der Klage der DTAG angeordnet. Die RegTP wiederholte daraufhin mit Bescheid vom 19. 12. 2001 die Aufforderung an die DTAG, die Entgeltgenehmigung für die Leistung OVF-N zu beantragen. Mit Beschluss vom 21. 1. 2002 ordnete wiederum das VG Köln (1 K 9722/01, unveröffentlicht) die aufschiebende Wirkung der Klage der DTAG gegen diesen Bescheid bis zur Entscheidung der Kammer über den Aussetzungsantrag an.

207 Schmidt, K&R 2001, 131 (134).

208 Vgl. RegTP, Az: BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 5; sowie Rädler, CR 2001, 310 (310).

209 Die RegTP verwendet in ihrem Beschluss in der Regel den Begriff „nutzungszeitunabhängige Entgeltvariante“ (siehe aber S. 34 des Entscheidungsumdrucks). Der Einfachheit halber wird im Folgenden der Terminus „Flatrate“ gebraucht. Zur Herkunft des Begriffs siehe Nolte/Junghanns, K&R 2001, 139 (140); Neu, Kapazitätsbasierte Interconnection-Entgelte, WIK-Newsletter Nr. 39, 2000, S. 1 (im WWW abrufbar unter der URL: <http://www.wik.org/content/newsletter/nl39-1.htm>).

210 Nolte/Junghanns, K&R 2001, 139 (140).

211 Nolte/Junghanns, K&R 2001, 139 (140).

212 Vgl. die redaktionellen Leitsätze in der (allerdings leicht gekürzten) Wiedergabe der Entscheidung in der MMR 2001, 121 (121).

213 C.I.

214 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 21.

215 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 29.

216 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 29 f.

217 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 31 f.

218 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 39.

219 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 39 f.

entgelte gegenüberständen<sup>220</sup>. Zudem seien vor allem große Internet Service Provider und Online-Diensteanbieter wie T-Online in der Lage, gegebenenfalls anfallende Verluste aus Flatrate-Geschäften mit Werbeerlösen oder durch Überschüsse bei Kunden mit anderen Preispaketen aufzufangen. Die RegTP vertritt die Auffassung, dass der Preis-Kosten-Schere und der damit verknüpften ungleichen Risikoverteilung nur durch die *Wiederherstellung strukturell vergleichbar aufgebauter Entgelte auf Vorleistungs- und Endverbraucher-Ebene* begegnet werden könne<sup>221</sup>. Werde eine Endkunden-Flatrate einem kapazitätsbasierten Vorleistungsentgelt gegenübergestellt, so verschiebe sich das Risiko eines unzureichend ausgelasteten Netzes von der DTAG auf den Internet Service Provider, da er fortan für die Dimensionierung des Netzes aufkommen müsse. Sein Risiko werde jedoch durch planbare Erlöse aus einer Endkunden-Flatrate beherrschbar<sup>222</sup>.

Nach Auffassung der RegTP werden diese Erwägungen auch durch eine Vergleichsmarktbetrachtung unterstrichen<sup>223</sup>. Die Regulierungsbehörde nahm dabei Bezug auf die Entscheidung von OFTEL<sup>224</sup> und der niederländischen Regulierungsbehörde OPTA.

Als Reaktion auf diesen Beschluss reichte die DTAG beim VG Köln dagegen Klage ein. Das Unternehmen hielt dabei insbesondere die Fristsetzungen, die Aufforderung zur Einführung einer Vorleistungsflatrate sowie die Veröffentlichung im Amtsblatt für rechtswidrig. Die DTAG beantragte zugleich die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Mit Beschluss vom 30. 1. 2001 wies das VG Köln den zuletzt genannten Antrag der DTAG zurück<sup>225</sup>. Das VG Köln vertrat dabei die Auffassung, es spreche bei summarischer Überprüfung der Sach- und Rechtslage einiges dafür, dass die RegTP dazu befugt war, der DTAG gemäß § 30 Abs. 4 TKG aufzugeben, die in ihren Produkten AfOD und TICOC enthaltenen Entgelte für Verbindungsleistungen um eine Flatrate zu ergänzen<sup>226</sup>. Ausgangspunkt der Überlegungen des VG Köln war zunächst die in dem – oben<sup>227</sup> bereits ausführlich gewürdigten – Beschluss vom 27. 10. 1999 aufgestellte These, die Entgelte für das AfOD-Produkt und den AfOD-Anteil im TICOC-Produkt seien keine nach § 25 Abs. 1 TKG genehmigungsbedürftigen Entgelte. Damit unterlägen sie der ex post-Regulierung nach § 25 Abs. 2 TKG, da die Anbieterin dieser Produkte, die DTAG, auf dem sachlich relevanten Markt für Telekommunikationsdienstleistungen – dem Markt für Verbindungsleistungen über Festnetze zu Online-Diensten und zum Internet – über eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 19 GWB verfüge<sup>228</sup>. Weiterhin spreche einiges dafür, dass die bis dato erhobenen, ausschließlich minutenorientierten Entgelte für das AfOD-Produkt und den AfOD-Anteil im TICOC-Produkt nicht dem Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG genügten. Das in dieser Vorschrift enthaltene Diskriminierungsverbot sah das VG Köln bei summarischer Prüfung vor allem durch den Umstand verletzt, dass die ausschließlich zeitabhängigen Entgelte allein die DTAG-Tochter T-Online wirtschaftlich in die Lage versetze, eine Flatrate anzubieten<sup>229</sup>. Dies beruhe darauf, dass die minutenorientierte Tarifstruktur der DTAG nicht hinreichend den Wettbewerbsvorteilen Rechnung trage, die sich aus dem Konzernverbund von T-Online mit der DTAG ergäben. Diese Wettbewerbsvorteile lägen darin begründet, dass T-Online bei Einführung einer Endkundenflatrate

nicht wie andere außerhalb des Konzernverbundes stehende Internet Service Provider dem Risiko einer Kostenunterdeckung ausgesetzt sei, da sie wegen des Konzernverbundes mit der DTAG eher in der Lage sei, mögliche Verluste auszugleichen: Denn selbst wenn T-Online dadurch Verluste erziele, dass die tatsächliche Nutzung durch die Internetkunden die bei der Kalkulation der Endkundenflatrate erwartete Nutzungsdauer übersteige, könnten diese Verluste durch Gewinne des Gesamtkonzerns ausgeglichen werden, weil den Verlusten von T-Online spiegelbildlich Gewinne der DTAG durch die nutzungszeitabhängigen Vorleistungsentgelte gegenüberständen<sup>230</sup>. Die Tarifstruktur der DTAG behandle daher unterschiedliche Sachverhalte ohne Rechtfertigung gleich und verstoße mithin gegen das Diskriminierungsverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Es komme somit nicht entscheidend darauf an, ob das Angebot der Endkundenflatrate durch T-Online der DTAG zuzurechnen sei, weil sie maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik habe.

Ferner spricht nach Ansicht des VG Köln auch einiges dafür, dass die Aufforderung zur Einführung einer Flatrate von der Ermächtigungsgrundlage des § 30 Abs. 4 TKG gedeckt ist. Dass diese Vorschrift auch die Anordnung einer neuen Tarifoption umfasse, folge schon aus dem Wortlaut. Nach diesem sei die RegTP im Falle eines Verstoßes gegen die Maßstäbe des § 24 Abs. 2 TKG berechtigt, das betroffene Unternehmen aufzufordern, „die Entgelte oder entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unverzüglich entsprechend den Maßstäben anzupassen“. Inhaltliche Vorgaben zu der Frage, auf welche Weise diese Anpassung vorzunehmen sei, ließen sich dem § 30 Abs. 4 TKG nicht entnehmen<sup>231</sup>. Die Bestimmung ermächtige daher die RegTP, die diskriminierende Wirkung von Entgelten dadurch zu beseitigen, dass sie es dem betroffenen Unternehmen aufgabe, die gleichheitswidrig nur einzelnen Nachfragern gewährten Vorteile ebenfalls den übrigen Nachfragern einzuräumen. So liege der Fall hier: Durch das angeordnete Angebot der Vorleistungsflatrate werde allen Internet Service Providern, die das AfOD-Produkt nachfragten, die Möglichkeit zum Angebot kostendeckender Endkundenflatrates eingeräumt, die bis dato wegen der zeitabhängigen Vorleistungsentgelte der DTAG und wegen ihres Konzernverbundes mit T-Online wirtschaftlich nur für letztere bestanden habe.

In diesem Zusammenhang wies das VG Köln auch den Einwand der DTAG zurück, mit der Anordnung einer Vorleistungsflatrate werde unverhältnismäßig in ihre unternehmerische Gestaltungsfreiheit eingegriffen. Andere Anpassungsmaßnahmen seien entweder nicht in gleicher

220 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 40.

221 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 40.

222 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 40.

223 RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 42.

224 Die RegTP bezeichnet in diesem Zusammenhang OFTEL als „britische Regulierungsbehörde“. Nach dem Telecommunications Act 1984 ist jedoch der Director General of Telecommunications (DGT) Träger diesbezüglicher Rechte und Pflichten, siehe Koenig/Kühling, in: Koenig/Kühling/ifo (Fn. 93), S. 21 (23); Huppert, K&R 1999, 457 (457); Bender, K&R 2001, 506 (510).

225 VG Köln, CR 2001, 235 ff.

226 VG Köln, CR 2001, 235 (236).

227 C.I.

228 VG Köln, CR 2001, 235 (236).

229 VG Köln, CR 2001, 235 (236).

230 VG Köln, CR 2001, 235 (236).

231 VG Köln, CR 2001, 235 (237).



Weise geeignet, den möglichen Verstoß gegen den Kostenmaßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu beseitigen oder hätten „unzumutbare Folgen für den Markt der Online-Dienste und das Internet“, die schwerer wögen als die Gestaltungsfreiheit der DTAG<sup>232</sup>. Auch sei eine Untersagung der von der DTAG erhobenen nutzungszeitabhängigen AfOD-Entgelte nicht in Betracht zu ziehen<sup>233</sup>. In diesem Fall wäre nämlich zu befürchten, dass die DTAG ihre Verbindungsleistungen zu Online-Diensten und zum Internet einstellt. Vor diesem Hintergrund erscheine die Anordnung der Vorleistungsflatrate als nicht unverhältnismäßig. In diesem Zusammenhang führte das VG Köln ferner wörtlich aus:

„Schließlich ist die Anordnung der Vorleistungsflatrate entgegen der Auffassung der Antragstellerin [also der DTAG]<sup>234</sup> auch deshalb nicht unverhältnismäßig, weil sie nicht mit der einschränkenden Voraussetzung versehen ist, dass die *T-Online*<sup>235</sup> die von ihr eingeführte Endkundenflatrate beibehält. Denn die diskriminierende Wirkung der bisherigen ausschließlich zeitorientierten AfOD-Entgelte hängt nicht entscheidend davon ab, dass die *T-Online*<sup>236</sup> tatsächlich eine Endkundenflatrate anbietet. Die ausschließlich minutenabhängigen AfOD-Entgelte sind möglicherweise nämlich schon deshalb diskriminierend, weil sie allein die *T-Online*<sup>237</sup> in die Lage versetzen, das Angebot einer Endkundenflatrate wirtschaftlich auf Dauer durchzuhalten. Bereits diese Möglichkeit zum Angebot einer dauerhaften Endkundenflatrate beinhaltet vor dem Hintergrund, dass Endkundenflatrates in anderen Ländern (z.B. USA, Großbritannien) bereits üblich sind und dass angesichts entsprechender Nachfrage – dies stellt auch das von der Antragstellerin vorgelegte Gutachten fest – auch in Deutschland der Marktdruck in Richtung auf die Einführung zeitunabhängiger Endkundentarife zunimmt, für die *T-Online*<sup>238</sup> gegenüber anderen ISP einen erheblichen Wettbewerbsvorteil, der die uneingeschränkte Aufforderung zum Angebot einer Vorleistungsflatrate rechtfertigt.“<sup>239</sup>

Gegen den Beschluss des VG Köln legte die DTAG Beschwerde nach §§ 124 Abs. 2 Nr. 1, 146 Abs. 4 VwGO zum OVG Münster ein. Das OVG Münster vertrat in seinem Beschluss vom 15. 3. 2001 die Auffassung, es bestehe kein Bedürfnis für eine sofortige Vollziehung des Teils der RegTP-Entscheidung, der die Anordnung zum Angebot einer Flatrate enthielt<sup>240</sup>. Insofern habe nämlich die Sachlage eine wesentliche Änderung erfahren, da *T-Online* ihre Endkundenflatrate vom Markt genommen und stattdessen mengen- und tageszeitunabhängig gestaffelte Entgelte eingeführt habe. Damit fehle es an einer Diskriminierung sowie an einer Preis-Kosten-Schere.

Betont wurde vom OVG Münster, dass die Notwendigkeit einer Vollziehung der insoweit einschlägigen Passagen des RegTP-Beschlusses sich nicht damit begründen lasse, dass allein schon die weiter bestehende *Möglichkeit* für einen Nachfrager (hier: *T-Online*), eine Endkundenflatrate einzuführen, einen nicht zu duldenen Wettbewerbsvorteil i. S. d. § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG darstelle<sup>241</sup>. Die bloße Möglichkeit zur Entwicklung eines die Konkurrenz in Schwierigkeiten versetzenden Entgeltes sei noch kein Wettbewerbsvorteil von Wert, sondern erst – und allenfalls – ihre konkrete Ausnutzung<sup>242</sup>. Die nicht umgesetzte Vorteilsmöglichkeit beeinträchtigt den Wettbewerber

noch nicht und beinhalte noch nicht dessen Diskriminierung. Allein durch die vom Nachfrager nicht wahrgenommene oder aufgegebene Möglichkeit zum Angebot einer Endkundenflatrate entstehe keine Preis-Kosten-Schere.

In einem obiter dictum nahm das OVG Münster noch Stellung zu der Frage, ob das Fehlen eines bestimmten Entgelts als diskriminierend betrachtet werden kann. Werde ein unter dem Gesichtspunkt von § 24 Abs. 1 und 2 Nrn. 1 und 2 TKG nicht beanstandetes Entgelt für alle Nachfrager in gleicher Weise erhoben, dürfte allein der Umstand, dass sich in vergleichbaren ausländischen Märkten eine Vorleistungsflatrate und eine Endkundenflatrate durchgesetzt haben, jedenfalls noch keine Rechtspflicht des Verbindungsnetzbetreibers zur Einführung einer Vorleistungsflatrate auf dem deutschen Markt begründen, selbst wenn Derartiges wirtschafts- oder wettbewerbspolitisch und aus verständlicher Sicht der Endkunden wünschenswert sein möge<sup>243</sup>. Offen ließ das OVG Münster die Frage, ob das von der RegTP zur Beseitigung der Preis-Kosten-Schere vorgeschlagene Mittel verhältnismäßig ist<sup>244</sup>.

Von diesem Verfahren ist ein anderes Verfahren zu unterscheiden, in dem sich die RegTP derzeit mit einer ähnlichen Problematik befasst. *Außerhalb des Zusammenschaltungsregimes* bietet die DTAG derzeit die Führung von Internetverkehr (zu sog. Primär-Multiplex-Anschlüssen) zu einem Pauschaltarif an<sup>245</sup>. Dieses Produkt trägt den Namen *Online-Vorleistungs-Flatrate (OVF)*. In den Genuss dieses Produkts kommt aber nur derjenige Internetdiensteanbieter oder Internet-Plattformbetreiber, der den Verkehr an den seinen Kunden zugeordneten Teilnehmervermittlungsstellen des DTAG-Netzes „abholt“<sup>246</sup>. Für den flächendeckenden Bezug dieses Produkts müsste also ein Internet-Plattformbetreiber sein Netz so ausbauen, dass er jede der 1622 Teilnehmervermittlungsstellen der DTAG in Deutschland anschließen könnte<sup>247</sup>. Genau dies wird von den Wettbewerbern heftig kritisiert, da so einseitig die DTAG-eigene Plattform TICOC, die allein Zugang zu allen DTAG-Teilnehmervermittlungsstellen habe und *T-Online* versorge, gegenüber den Plattformen konkurrierender Netzbetreiber begünstigt werde<sup>248</sup>. Gegenstand des im Herbst 2001 eröffneten Missbrauchsverfahrens gegen die DTAG ist neben der Höhe des OVF-Entgelts die Frage, ob die Bereitstellung dieses Produkts auf der Netzebene der 1622 Teilnehmervermittlungsstellen effiziente Netzstrukturen widerspiegeln<sup>249</sup>. Kurz vor Ablauf der gesetzlichen Entscheidungsfrist setzte die Beschlusskammer 3 der RegTP das Verfahren überraschen-

232 VG Köln, CR 2001, 235 (237).

233 VG Köln, CR 2001, 235 (237).

234 Hinzufügung der Verf.

235 Hervorhebung im Original.

236 Hervorhebung im Original.

237 Hervorhebung im Original.

238 Hervorhebung im Original.

239 VG Köln, CR 2001, 235 (237).

240 OVG Münster, K&R 2001, 373 ff.

241 OVG Münster, K&R 2001, 373 (374 f.). Hervorhebung hinzugefügt.

242 OVG Münster, K&R 2001, 373 (374 f.).

243 OVG Münster, K&R 2001, 373 (375).

244 OVG Münster, K&R 2001, 373 (375).

245 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI); Rädler, CR 2001, 310 (311).

246 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI).

247 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI); Opitz, c'1 2001, Heft 26, 30 (30).

248 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI).

249 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI).



derweise aus<sup>250</sup>. Gutachter sollen nun die mit der Bereitstellung einer Vorleistungs-Flatrate verbundenen ökonomischen und technischen Fragen – wie etwa die Auswirkungen auf das Verkehrsaufkommen im Internet – klären<sup>251</sup>.

## 2. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben des neuen Rechtsrahmens unter besonderer Berücksichtigung der Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie

Eine explizite Regelung erfährt die Flatrate-Problematik auch im neuen Rechtsrahmen *nicht*. Art. 4 Abs. 2 der Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie<sup>252</sup> erwähnt im Zusammenhang der Universaldienstregulierung zwar den Zugang zum Internet<sup>253</sup>. In dieser Bestimmung heißt es:

„Der bereitgestellte Anschluss muss es den Endnutzern ermöglichen, Orts-, Inlands- und Auslandsgespräche zu führen sowie Telefax- und Datenkommunikation mit Übertragungsraten, die für einen *funktionalen Internetzugang* ausreichen, durchzuführen; zu berücksichtigen sind dabei die von der Mehrzahl der Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien und die technische Durchführbarkeit.“<sup>254</sup>

Der Begriff „funktionaler Internetzugang“ kann jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass nur eine ganz bestimmte Entgeltvariante – etwa eine nutzungszeitunabhängige Entgeltvariante – hinreichend ist: Dies zeigt sich bereits darin, dass Art. 4 Abs. 2 Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie nicht auf die Kosten für den Endkunden, sondern auf die Kommunikationsgeschwindigkeit („[...] mit Übertragungsraten, die [...] ausreichen [...]“) abstellt<sup>255</sup>. Dieses Ergebnis wird ferner gestützt durch Erwägungsgrund 8 der Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie<sup>256</sup>. Darin wird zunächst ausdrücklich klargestellt, dass die Universaldienstverpflichtung „sich nicht auf das diensteintegrierende digitale Netz (ISDN) erstreckt“ (S. 2). In S. 10 heißt es dann weiter: „In bestimmten Fällen, in denen der Anschluss an das öffentliche Telefonnetz an einem festen Standort für einen zufrieden stellenden Internetzugang eindeutig nicht ausreicht, sollten die Mitgliedsstaaten in der Lage sein, eine Aufrüstung des Anschlusses entsprechend dem Niveau vorzuschreiben, das der Mehrzahl der Teilnehmer zur Verfügung steht, so dass *Übertragungsraten* unterstützt werden, die für den Internetzugang ausreichen.“<sup>257</sup> Die *Erschwinglichkeit* der von der Universaldienstverpflichtung umfassten Dienste wird vielmehr von Art. 3 Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie geregelt. Nach dieser Vorschrift müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass „die in diesem Kapitel beschriebenen Dienste mit der angegebenen Qualität allen Endnutzern in ihrem Hoheitsgebiet, unabhängig von ihrem geografischen Standort und, unter Berücksichtigung der landesspezifischen Gegebenheiten, zu einem *erschwinglichen Preis* zur Verfügung gestellt werden“<sup>258</sup>.

Auch dieser Bestimmung kann jedoch mit verschiedenen Abrechnungsmodellen Genüge getan werden; eine Vorgabe zu Gunsten einer Flatrate kann Art. 3 Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie daher nicht entnommen werden. Gleiches gilt für die anderen EG-Richtlinien des neuen Rechtsrahmens. Um Missverständnissen vorzubeugen: Die Feststellung, dass es keine gemeinschaftsrechtliche Vorgabe zu Gunsten einer Flatrate gibt, ist nicht gleichbedeutend mit der Aussage, dass das Gemein-

schaftsrecht der Anordnung eines bestimmten Tarifsystems durch eine nationale Regulierungsbehörde oder durch den Gesetzgeber entgegenstehe. Letzteres ist im Übrigen nicht der Fall: So wird etwa in Art. 13 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (im Folgenden: Zugangs-Richtlinie)<sup>259</sup> vorausgesetzt, dass die nationalen Regulierungsbehörden und die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bestimmte Tarifsysteme vorschreiben können („alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme“).

## 3. Defizite der derzeitigen Rechtslage in Deutschland und Abhilfemöglichkeiten de lege lata

Die Defizite der derzeitigen Rechtslage in Deutschland liegen auf der Hand: Nach dem Beschluss des OVG Münster und der Aussetzungsentscheidung der RegTP im OVF-Missbrauchsverfahren besteht derzeit keine Aussicht, effektiven Wettbewerb<sup>260</sup> im Internetvorleistungsbereich kurz- oder mittelfristig zu erreichen<sup>261</sup>.

Dessen ungeachtet erweist sich der Beschluss des OVG Münster vor dem Hintergrund des derzeit geltenden Rechts als insoweit richtig, als das Gericht eine Diskriminierung i. S. d. § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG verneinte<sup>262</sup>. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es nach dem Rückzug der Endkundenflatrate von T-Online bereits an einer bei jeder Gleichbehandlungsprüfung erforderlichen Vergleichsgruppe als Referenzmaßstab<sup>263</sup> fehlt: Lag die Diskriminierung anderer Internet Service Provider ursprünglich darin, dass T-Online bei seinem Angebot einer Endkundenflatrate zwar *formal* gleichbehandelt wurde, *materiell* aber wegen des Konzernverbundes mit der DTAG bevorzugt wurde<sup>264</sup>, so fällt dieses Argument in dem Moment weg, in dem T-Online das eigene Angebot einer Endkundenflatrate einstellt.

250 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI); Opitz, c't 2001, Heft 26, 30 (30).

251 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI); Opitz, c't 2001, Heft 26, 30 (30).

252 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 5.

253 Siehe zu einer – dem jetzigen Art. 4 Abs. 2 der Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie sehr ähnlichen – Entwurfsfassung dieser Vorschrift Slot/Skudder, CMLRev. 38 (2001), 87 (123 f.).

254 Hervorhebung hinzugefügt.

255 Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 8 der Richtlinie.

256 Zur dogmatischen Bedeutung von Erwägungsgründen für die Auslegung einer Vorschrift siehe näher EuGH, Slg. 1989, 2789 (2808), Tz. 31 – Casa Fleischhandels-GmbH; Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 7, B.III.4.; Kopp, DuD 1995, 356 (356 f.); Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 35), Art. 220 EG Rdnr. 10; Plender, YEL 2 (1982) 57 (100); Koenig/Neumann, K&R 2001, 281 (288).

257 Hervorhebung hinzugefügt.

258 Hervorhebung hinzugefügt.

259 Die Richtlinie ist verabschiedet, aber bisher noch nicht im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlicht. Eine aktuelle Fassung findet sich im WWW unter: [http://www.europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/new\\_rf/documents/03670d1.pdf](http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/03670d1.pdf). Eine umfassende Darstellung und Analyse dieser Richtlinie findet sich bei Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 8, sub H. Vgl. auch die Zusammenfassung des Inhalts dieser Richtlinie bei Ladeur, K&R 2002, 110 (115 f.).

260 Siehe zu diesem Rechtsbegriff ausführlich Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 7, B.III.

261 Schütz, MMR 1/2002, XVI (XVI); Rädler, CR 2001, 310 (311).

262 Zur Kritik an anderen Passagen der Entscheidung des OVG Münster siehe Rädler, CR 2001, 310 (310 f.).

263 Siehe dazu Koenig, JuS 1995, 313 (314); Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 17. Aufl. 2001 Rdnr. 431 ff.

264 § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist nicht nur ein formales, sondern auch ein materielles Gleichbehandlungsgebot zu entnehmen, siehe dazu nur Schmidt, K&R 2001, 131 (137).

Anders hatte dies allerdings das VG Köln gesehen. Wie oben bereits dargelegt<sup>265</sup>, hatte das Gericht die Überlegung angestellt, die ausschließlich minutenabhängigen AfOD-Entgelte seien möglicherweise schon deshalb diskriminierend, weil sie allein T-Online in die Lage versetzten, das Angebot einer Endkundenflatrate wirtschaftlich auf Dauer durchzuhalten. Eine solche Argumentation setzt jedoch voraus, dass es ein Angebot einer Endkundenflatrate geben muss. Woher das VG Köln diese Prämisse nimmt, bleibt offen. Das OVG Münster hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine nicht umgesetzte *Vorteilsmöglichkeit* noch nicht die Diskriminierung von Wettbewerbern beinhaltet. Von einer ökonomischen Warte aus betrachtet, ist diese Position nicht ganz zweifelsfrei: Auch das Innehaben einer bloßen Vorteilsmöglichkeit kann im Wettbewerb bereits einen – vielleicht *den* entscheidenden – Vorsprung bedeuten. Gleichwohl ist dem OVG Münster zuzugeben, dass das Gericht sich mit seinem Argument in den gesicherten Bahnen der allgemeinen Gleichbehandlungsdogmatik bewegt: Eine Ungleichbehandlung muss danach aktuell vorliegen, eine nur potenzielle Ungleichbehandlung ist insoweit nicht hinreichend.

Dies macht deutlich, dass die Vorschriften des TKG über die Entgeltregulierung für die Flatrate-Problematik nur von begrenzter Bedeutung sind. Bietet der Incumbent oder eine von ihm kontrollierte Tochterfirma – aus welchen Gründen auch immer – keine Endkundenflatrate an, kommen die unter anderem auf die Verhinderung von Preis-Kosten-Scheren zugeschnittenen Vorschriften der §§ 24 ff. TKG<sup>266</sup> nicht zur Anwendung<sup>267</sup>.

Bisher weitgehend vernachlässigt wurde jedoch die Frage, ob die Einführung einer Flatrate *de lege lata* auf § 33 TKG gestützt werden könnte<sup>268</sup>. Zuerst soll dabei die AfOD- bzw. TICOC-Konstellation behandelt werden. In einem zweiten Schritt ist dann auf die Anwendung von § 33 TKG im Zusammenhang mit dem derzeit von der RegTP ausgesetzten OVF-Produkt einzugehen.

Fraglich ist, ob im Zusammenhang mit dem DTAG-Produkt AfOD von einer wesentlichen Leistung i. S. d. § 33 TKG gesprochen werden kann. Wesentliche Leistungen sind all jene vom Marktbeherrscher intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen, die für die vom Wettbewerber angebotene Dienstleistung telekommunikationsspezifisch sind, die also bei objektiver Betrachtungsweise benötigt werden, um das konkurrierende Telekommunikationsprodukt anzubieten<sup>269</sup>. Denkbar wäre, insoweit allein auf das Produkt AfOD abzustellen. Das Produkt AfOD wird von der DTAG am Markt jedem Nachfrager angeboten<sup>270</sup>. In diesem Zusammenhang wird daher das Vorliegen einer wesentlichen Leistung i. S. d. § 33 TKG mit dem Argument verneint, es gehe bei der Flatrate nur um die Einführung eines neuen *Tarifschemas* für ein *Produkt*, das von der DTAG bereits angeboten werde<sup>271</sup>. Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine solche isolierte Betrachtung von *Produkt* und *Tarifierung* zutreffend ist. Gerade aus Sicht des Verbrauchers (Substituierungstest) ist eine auf Basis des AfOD-Produkts angebotene Flatrate ein ganz anderer Dienst als ein auf Basis des AfOD-Produkts angebotene *nutzungszeitabhängige* Zuführungsleistung zum Internet. Begreift man daher die Tarifierung des Produkts als *elementaren Bestandteil* des Produkts<sup>272</sup>, sind die Merkmale der Definition der wesentlichen Leistung

ohne weiteres erfüllt. Dies entspricht auch dem mittlerweile anerkannten Umstand, dass § 33 TKG grundsätzlich weit auszulegen ist<sup>273</sup>.

Fraglich ist dann allein, ob das Produkt auch *intern genutzt* wird. Die DTAG hatte in allen Verfahren vor der RegTP stets behauptet, auch T-Online erhalte das Produkt AfOD nur auf Grund des minutenbasierten Tarifs<sup>274</sup>. Leistungen, die das marktbeherrschende Unternehmen nicht vorhält, oder aber nicht zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen auf dem angegriffenen Markt nutzt, sind nicht Gegenstand des Anspruchs<sup>275</sup>. Solange also nicht der Nachweis erbracht werden kann, dass die DTAG T-Online intern tatsächlich das AfOD-Produkt im Zusammenhang mit einer Flatrate anbietet, kann ein Anspruch aus § 33 TKG nicht hergeleitet werden.

Die Anwendung von § 33 TKG ist weiterhin im Rahmen des OVF-Verfahrens umstritten. Die Problematik dieses Verfahrens weist eine große Ähnlichkeit zur EBC-Problematik auf<sup>276</sup>: Hier wie dort ist die Strategie der DTAG darauf ausgerichtet, durch eine entsprechende technische Konfiguration Druck auf die Wettbewerber auszuüben, ihr Netz dem der DTAG „nachzubauen“ oder aber auf die Inanspruchnahme der Leistung zu verzichten<sup>277</sup>. Schon vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob § 33 TKG in seiner derzeitigen Tatbestandsfassung die richtige Norm ist, um dieser volkswirtschaftlich nachteilhaften Strategie zu begegnen.

#### 4. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

##### a) Rechtsvergleichender Blick auf die FRIACO-Entscheidung von OFTEL

Im Folgenden soll ein kurzer rechtsvergleichender Blick auf den Umgang mit der Flatrate-Problematik im Vereinigten Königreich geworfen werden. Bereits eingangs ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Ergebnis eines solchen Rechtsvergleichs stets vor dem Hintergrund der signifikant unterschiedlichen Regulierungstraditionen in Deutschland und im Vereinigten Königreich gesehen werden muss<sup>278</sup>. Dieser Umstand ist stets auch zu beden-

265 D.I. (S. 19).

266 Siehe zu einem derartigen Verständnis der §§ 24 ff. TKG nur *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 24 Rdnrn. 26 ff.; *Nolte/Junghanns*, K&R 2001, 139 (142). Der neue Rechtsrahmen hat das Problem von Preis-Kosten-Scheren ebenfalls erkannt, vgl. nur Erwägungsgrund 20 S. 3 Zugangs-Richtlinie (s. Fn. 259).

267 So wohl auch *Nolte/Junghanns*, K&R 2001, 139 (142).

268 Vgl. die knappen Bemerkungen von *Nolte/Junghanns*, K&R 2001, 139 (141). Die RegTP ließ diese Frage in ihrem Beschluss vom 15. 11. 2000 ausdrücklich offen, siehe RegTP – BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 20 f.

269 *Holznagel/Koenig*, Der Begriff der wesentlichen Leistung nach § 33 TKG, 2001, S. 84, 128, mit ausführlicher Herleitung der Definition und ihrer Bestandteile. Vgl. die sehr ähnliche Definition des VG Köln, CR 2002, 111 (112). Ähnlich auch BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1404).

270 *Nolte/Junghanns*, K&R 2001, 139 (141).

271 *Nolte/Junghanns*, K&R 2001, 139 (141).

272 Ähnlich *Vögelsang* (Fn. 7), S. 22.

273 Siehe nur *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Fn. 149), § 33 Rdnr. 32 m. w. N.

274 Siehe den Hinweis bei *Nolte/Junghanns*, K&R 2001, 139 (141).

275 *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Fn. 149), § 33 Rdnr. 34.

276 Siehe dazu etwa *Koenig/Braun*, MMR 2001, 563 ff.; *Kleinlein/Binder*, MMR 2001, 569 ff. „EBC“ steht für Element Based Charging.

277 Vgl. für die OVF-Problematik *Opitz*, c't 2001, Heft 26, 30 (30).

278 Zu den insoweit bestehenden Unterschieden siehe etwa *Koenig/Kühling*, in: *Koenig/Kühling/ifo* (Fn. 93), S. 235 (237 ff.). Vgl. allgemein zu den Besonderheiten der Regulierung der Telekommunikation im Vereinigten Königreich *Koenig/Kühling*, ebenda, S. 21–48; *Schulz*, Der Zugang zum „blanken Draht“ im Telekommunikationsrecht: Wettbe-

ken, wenn – etwa im Rahmen einer Vergleichsmarktbeurteilung nach § 3 Abs. 3 Telekommunikationsentgeltregulierungsverordnung – Märkte anderer Rechtsordnungen subsidiär<sup>279</sup> als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.

In der FRIACO-Entscheidung von OFTEL vom 26. 5. 2000 wurde British Telecom (BT) dazu verpflichtet, seinen Wettbewerbern eine so genannte Vorleistungsflatrate (Flat Rate Internet Access Call Origination product – FRIACO) anzubieten. Im Herbst 1999 war MCI Worldcom mit BT in Verhandlungen über die Einrichtung einer so genannten Vorleistungsflatrate getreten, um wiederum den Kunden von MCI Worldcom eine Flatrate anbieten zu können. Die Verhandlungen mit BT scheiterten jedoch, so dass MCI Worldcom beim Director General of Telecommunications beantragte, BT dazu zu verpflichten, eine solche Vorleistungsflatrate den Wettbewerbern anzubieten.

Die Entscheidung von OFTEL ging unter anderem auf die zwischenzeitliche Ankündigung von BT zurück, im Rahmen des Tarifs „SurfTime“ eine Endkundenflatrate zum Internet Service-Provider anzubieten<sup>280</sup>. OFTEL stütze seine Entscheidung, BT zu einem Angebot einer Vorleistungsflatrate zu verpflichten, vor allem auf folgendes Argument: Ohne die Bereitstellung von FRIACO für die Wettbewerber würde es auf dem Markt für solche Flatrates zu einer Beschränkung oder Verhinderung des Wettbewerbs kommen<sup>281</sup>. Die Wettbewerber, die mit dem Tarif „SurfTime“ von BT konkurrieren wollten, müssten ohne ein solches Angebot auf der Vorleistungsebene gegenüber BT auf ihr bisheriges, getaktetes Abrechnungssystem zurückgreifen. Das bedeute jedoch eine Wettbewerbsgefährdung durch die Auswirkungen einer Preiskosten-Schere, die sich daraus ergebe, dass einerseits Vorleistungen minutenabhängig abgerechnet würden, während andererseits aus Wettbewerbsgründen dem Endkunden gegenüber pauschal abgerechnet werde<sup>282</sup>. Diese Argumentation basierte also auf der Annahme, dass BT selbst ein solches Angebot den Endkunden unterbreitet und die Wettbewerber ihren Kunden ein ähnliches Angebot machen wollen, um mit BT auf diesem Markt zu konkurrieren<sup>283</sup>. Zwar hatte MCI Worldcom in dem Verfahren angeführt, ein solches Produkt müsse auch von den Wettbewerbern angeboten werden können, bevor BT selbst den Flatrate-Tarif einführe. OFTEL ging auf dieses Argument jedoch nicht ein, sondern stützte die Anordnung des Angebots auf die Beschränkungen oder Verhinderungen des Wettbewerbs, die sich daraus ergeben würden, dass die Wettbewerber andernfalls gegenüber BT kein konkurrenzfähiges Angebot machen könnten.

In einer zweiten Entscheidung vom 15. 2. 2001<sup>284</sup>, in der die Verpflichtung von BT zum Angebot einer Vorleistungsflatrate für die Verbindung mit so genannten „tandem switches“ ausgesprochen wurde, wird diese Argumentation nicht mehr grundsätzlich angezweifelt.

OFTEL betrachtete die FRIACO-Entscheidung als ein Instrument, um die Wettbewerber von BT in eine Lage zu versetzen, in der sie mit dem von BT angebotenen Produkt konkurrieren können<sup>285</sup>. Diese Erwartung hat sich nicht ganz erfüllt; die praktischen Auswirkungen der FRIACO-Entscheidung sind bislang eher gering geblieben<sup>286</sup>.

Nach den am 18. 7. 2001 von OFTEL veröffentlichten Richtlinien<sup>287</sup> ist BT dazu verpflichtet, zusätzliche Kapazitäten für die Bereitstellung von Single Tandem FRIACO bereitzustellen, sollten sich die bisherigen Kapazitäten als unzureichend erweisen. Diese Verpflichtung trifft BT jedoch nur unter der Voraussetzung, dass auch ohne die Bereitstellung von FRIACO – also bei getakteter Abrechnung – eine Kapazitätserweiterung erforderlich gewesen wäre. Eine Verpflichtung zum Ausbau der Netze allein wegen FRIACO ist den Richtlinien nicht zu entnehmen.

#### b) Gesetzliche Verpflichtung der DTAG zum Angebot einer Flatrate?

Der Referenzmaßstab in §§ 24 und 33 TKG („intern genutzt“) erweist sich als gravierendstes Problem. Es ist daher zu überlegen, ob dieser Referenzmaßstab nicht vorsichtig aufgeweicht werden sollte. Damit würde marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit aus der Hand genommen, durch einen Verzicht auf ein eigenes Angebot Wettbewerber, die auf dieses Vorprodukt angewiesen sind, auszustechen. In diese Richtung zielt – bewusst oder unbewusst – das BVerwG in seiner Entscheidung zur Teilnehmeranschlussleitung, wenn das Gericht abweichend vom Wortlaut ausführt, dass es für die Anwendung des § 33 Abs. 1 TKG allein entscheidend sei, ob die wesentliche Leistung als technisch und ökonomisch funktionell eigenständige und abgrenzbare Leistung intern nutzbar und bewertbar ist<sup>288</sup>.

werb im Netz oder Wettbewerb zwischen Netzen?, 2001, S. 135–150; *Libertus*, MMR 2001, 292 ff.; *Michalis*, Telecommunications Policy 2001, 759 (767 ff.). Allgemein zum Rechtsvergleich im Bereich des öffentlichen Rechts siehe *Starck*, JZ 1997, 1021 ff.; *Oertel*, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, S. 285 f.; *Krüger*, in: FS Kriele, 1997, S. 1393 ff.; *Groß*, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, 1993, S. 26–35.

279 Zum subsidiären Charakter der Vergleichsmarktbeurteilung („zusätzlich“) siehe etwa *Schütz*, MMR 2001, 552 (555); *Moritz*, RTKom 2000, 102 (110).

280 OFTEL, Direction under Condition 45.2 of the Public Telecommunications Licence granted to British Telecommunications plc and under Regulation 6(6) of the Telecommunications (interconnection) Regulations 1997, Tz. 14. (im WWW abrufbar unter der URL: <http://www.oftel.co.uk/publications/internet/fria0500.htm>).

281 OFTEL (Fn. 280), Tz. 18.

282 Vgl. *Schmidt*, K&R 2001, 131 (136).

283 Diese Annahme findet sich an einigen Stellen in der Entscheidung, siehe etwa OFTEL (Fn. 280), Tz. 19, Explanatory Document to the Direction concerning FRIACO Tz. 27, 40. Eine Argumentation dahin gehend, dass aus Gründen eines wirksamen Wettbewerbs BT verpflichtet gewesen wäre, dieses Produkt seinen Konkurrenten anzubieten, ohne selbst ein solches Angebot an seine Endkunden zu machen, findet sich in den Entscheidungsgründen nicht.

284 OFTEL, „Determination relating to a dispute between British Telecommunications and Worldcom concerning the provision of a Flat Rate Internet Access Call Origination product („FRIACO“), published on 15. 2. 2001“ (im Internet abrufbar unter: <http://www.oftel.co.uk/publications/internet/fria0201.htm>); siehe auch *DGT*, „Consultation by the Director General of Telecommunications on amendments to the FRIACO Direction“ vom 28. 1. 2002, die sich mit geplanten Änderungen und Ergänzungen der Entscheidung befasst (im WWW abrufbar unter der URL: <http://www.oftel.co.uk/publications/internet/fria0102.htm>).

285 Vgl. *Lee*, in: Long (Hrsg.), Global Telecommunications Law and Practice, 2. Lieferung Juli 2001, U.K.–569, 1801 (1810).

286 *Lee*, in Long (Fn. 285), U.K.–569, 1801 (1810).

287 Director General of Telecommunications, „Guidance as to how the Director General will consider whether British Telecommunications has acted reasonably in the provision of Single Tandem FRIACO“, 18. 7. 2001 (im WWW abrufbar unter der URL: <http://www.oftel.gov.uk/publications/internet/fria0701.htm#guidance>).

288 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1405).

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass eine entsprechende Änderung der §§ 24, 33 TKG grundrechtliche Fragen aufwirft; schließlich wird ein marktbeherrschendes Unternehmen gesetzlich verpflichtet, ein Großhandelsangebot zu machen, obwohl es das entsprechende Vorprodukt selbst nicht nutzt.

In diesem Zusammenhang ist auf die prima facie vergleichbare Konstellation des Streits um den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung hinzuweisen. Dieser Streit wurde letztendlich am 25. 4. 2001 durch das BVerwG entschieden. Das BVerwG vertrat dabei die Auffassung, dass die DTAG durch die angegriffenen Bescheide des BMPT nicht in ihren Grundrechten verletzt werde<sup>289</sup>. Zwar sei die Verpflichtung der DTAG, ein nachfragegerechtes Angebot abzugeben, ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Durch die Bescheide werde die DTAG in ihrer Vertragsabschlussfreiheit beschränkt<sup>290</sup>. Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit und der Freiheit zu wirtschaftlicher Betätigung berührten dabei insoweit den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, als dass eine berufliche Tätigkeit nicht in der gewünschten Weise ausgeübt werden könne. Auch die Aufbürdung von Belastungen mit dem Ziel, die Normadressaten vom Abschluss bestimmter ökonomisch relevanter Verträge abzuhalten oder zum Abschluss bzw. zur Aufrechterhaltung solcher Verträge zu bewegen, sei als ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit anzusehen<sup>291</sup>. Dieser Eingriff in den Schutzbereich sei in diesem Fall jedoch verfassungskonform. Beschränkungen der Berufsfreiheit durch ein verfassungsgemäß erlassenes Gesetz seien mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhen und die berufliche Betätigung nicht unverhältnismäßig einschränken<sup>292</sup>. Zielsetzung des TKG sei es, in einem monopolistisch strukturierten Markt chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb herzustellen und eine missbräuchliche Ausübung wirtschaftlicher Machtstellungen zu verhindern<sup>293</sup>. Die Zielsetzung des TKG gehöre damit ohne weiteres zu den Belangen des Allgemeinwohls, die geeignet sind, Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen. Auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werde entsprochen, da ein Netzzugang nur in den Fällen zu gewähren ist, in denen keine sachliche Rechtfertigung für eine Verweigerung besteht<sup>294</sup>.

Die berufliche Betätigung der DTAG werde auch insofern nicht unverhältnismäßig eingeschränkt, als sie dem Wettbewerber die volle, auf der TAL physikalisch mögliche Übertragungskapazität zu dessen eigener Nutzung zur Verfügung stellen müsse, obwohl diese von dem Wettbewerber für die Versorgung der Endkunden nicht benötigt werde<sup>295</sup>. Denn gerade dies gestatte den Wettbewerbern das eigenständige Anbieten von Telekommunikationsdienstleistungen unter Verwendung neuer Techniken, insbesondere im Bereich der breitbandigen Nutzung. Auf diese Weise werde ein Leistungs- und Innovationswettbewerb im Ortsnetz ermöglicht<sup>296</sup>. Dabei ergäben sich Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung des Zugangs aus den oben genannten sachlichen Gründen<sup>297</sup>.

Auch eine Verletzung von Eigentumsrechten der DTAG komme nicht in Betracht, da sie die grundrechtlich geschützten vermögenswerten Positionen an ihren öffentlichen Telekommunikationsnetzen von vornherein nur mit

den der Herkunft ihres Eigentums entsprechenden Pflichten aus den §§ 33, 35 TKG belastet erworben habe<sup>298</sup>.

## II. Resale

### 1. Volkswirtschaftliche Vorüberlegungen

Der Behandlung der Resale-Problematik soll ein kurzer Abriss über die volkswirtschaftlichen Hintergründe dieser Stufe der Wertschöpfungskette<sup>299</sup> vorangestellt werden. Die Notwendigkeit eines solchen Überblickes folgt schon daraus, dass in der politischen wie in der wissenschaftlichen Diskussion bisweilen von interessierter Seite der Eindruck erweckt wird, Resale sei eine minderwertige Form von wirtschaftlicher Tätigkeit<sup>300</sup>, und die Tätigkeit eines Resellers sei im Grunde genommen „parasitär“.

Demgegenüber gilt es zu betonen, dass Resale eine Reihe von volkswirtschaftlichen Vorteilen aufweist. Davon seien an dieser Stelle nur ein paar kurz umrissen: Resale fördert die Kosteneffizienz und nimmt Anbietern auf nachgelagerten Märkten Anreize zur Preisdiskriminierung<sup>301</sup>. Darüber hinaus erleichtert Resale den Markteintritt auf nachgelagerten Märkten durch Verminderung der Effekte von Sunk Costs<sup>302</sup>: Investitionen in den Aufbau einer Netzinfrastruktur sind stets mit Kosten verbunden, die im Falle eines Marktaustritts nicht rückholbar sind<sup>303</sup>. Im Vergleich zu Investitionen in Verbindungsnetze weisen dabei Investitionen in Teilnehmernetze ein signifikant höheres Marktzutrittsrisiko auf, da die aufzuwendenden Investitionen für einen flächendeckenden Aufbau eines Teilnehmernetzes ungleich höher sind<sup>304</sup>. Allgemein gesprochen ist ein Marktzutritt auf Basis eines Netzmodells im Vergleich zu einer flächendeckenden Investition auf der Netzebene mit einem zunächst geringeren wirtschaftlichen Risiko verbunden<sup>305</sup>.

Ferner wird aus wettbewerbstheoretischer Sicht Resale auch eine Rolle als Beschleuniger des Wettbewerbs zuerkannt<sup>306</sup>. Reseller können sofort flächendeckend mit ihrer Tätigkeit beginnen, während ein Netzbetreiber gerade im Ortsnetzbereich immer punktuell in Ballungsgebieten mit dem Netzaufbau beginnen wird, um dann sein Netz

289 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1406 f.), m. Anm. *Tschentscher/Bosch*, K&R 2001, 515 ff.

290 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407).

291 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407), unter Berufung auf BVerfGE 81, 156 (188 f.); 99, 202 (211); BVerfG, GRUR 2001, 266.

292 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407), unter Berufung auf BVerfGE 94, 372 (389 f.); 95, 173 (183); 97, 228 (255); 98, 265 (298); 99, 202 (211).

293 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407).

294 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407).

295 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407).

296 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407).

297 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407).

298 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1407). Siehe zu diesem Aspekt ausführlich *Koenig/Braun*, NVwZ 1999, 1056 (1058 f.); *dies.*, MMR 2001, 563 (568).

299 Auch die Einzelhandelsstufe generiert Wertschöpfung (Produktmix, Marketing, Kundendienst etc.), siehe dazu näher *Neumann* (Fn. 8), 1.2, S. 4; *Kurth*, MMR 2001, 653 (656).

300 *Kurth*, MMR 2001, 653 (657), weist darauf hin, dass Reseller oft dem Vorwurf ausgesetzt sind, reine „Trittbrettfahrer“ zu sein. Vgl. *dens.*, ebenda, zur Widerlegung dieses Vorurteils.

301 Siehe dazu näher *Neumann* (Fn. 8), 2.1 und 2.2, S. 8 f.

302 *Neumann* (Fn. 8), 2.3, S. 10; *Kurth*, MMR 2001, 653 (655 f.); *Beard/Kaserman/Mayo*, Telecommunications Policy 1998, 315 (317, 319 ff.).

303 *Kurth*, MMR 2001, 653 (656).

304 *Kurth*, MMR 2001, 653 (656).

305 *Kurth*, MMR 2001, 653 (656).

306 *Kurth*, MMR 2001, 653 (656 f.).

schrittweise weiter auszubauen<sup>307</sup>. Resale ermöglicht also das Entstehen von Wettbewerbsprozessen auch in der Fläche; der Wettbewerb setzt somit früher ein<sup>308</sup>.

## 2. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben des neuen Rechtsrahmens

Der neue Rechtsrahmen behandelt die Resale-Problematik vor allem im Rahmen der Zugangs-Richtlinie. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 Zugangs-Richtlinie dürfen den Betreibern – das sind nach der Legaldefinition in Art. 2 S. 2 lit. c Zugangs-Richtlinie „Unternehmen, [die] ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung [bereitstellen], oder zur Bereitstellung hiervon befugt [sind]“ – eine Reihe von Verpflichtungen auferlegt werden. Dabei ist die in Art. 12 Abs. 1 S. 2 Zugangs-Richtlinie angeführte Liste mit ihren zehn Beispielen für eine auferlegte Pflicht keineswegs abschließend, wie sich eindeutig aus der Wendung „unter anderem“ ergibt<sup>309</sup>. In Art. 12 Abs. 1 S. 2 lit. d Zugangs-Richtlinie ist die Verpflichtung erwähnt, „bestimmte Dienste zu Großkundenbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten“. In der englischen Fassung der Richtlinie findet sich anstelle des Wortes „Weitervertrieb“ der Begriff „resale“, der hier im Folgenden gebraucht werden soll. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 8 Zugangs-Richtlinie die Mitgliedstaaten sicher stellen müssen, „dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artikeln 9 bis 13 [Zugangs-Richtlinie] genannten Verpflichtungen aufzuerlegen“. Diese in ihrem Duktus einzigartige Vorschrift des neuen Rechtsrahmens verpflichtet also die Mitgliedstaaten, alle erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen für die nationalen Regulierungsbehörden zu schaffen, um in jedem Einzelfall die in den Art. 9 bis 13 Zugangs-Richtlinie genannten Verpflichtungen den Betreibern aufzuerlegen.

Daher spricht vieles dafür, dass nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts jeder Mitgliedstaat eine Resale-Verpflichtung i. S. d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 lit. d Zugangs-Richtlinie gesetzlich vorsehen muss, von der die nationalen Regulierungsbehörden dann Gebrauch zu machen haben, wenn die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 8 Zugangs-Richtlinie erfüllt sind.

Hervorzuheben ist ferner, dass das Gemeinschaftsrecht sich nicht einseitig für einen *Dienste-* oder für einen *Infrastrukturwettbewerb* entscheidet<sup>310</sup>. Zwar weisen die in Art. 12 Abs. 2 Zugangs-Richtlinie genannten Kriterien eine leichte Neigung zu Gunsten des Infrastrukturwettbewerbs auf<sup>311</sup>. Doch Erwägungsgrund 7 Zugangs-Richtlinie ist diesbezüglich ein *Gleichbehandlungsgrundsatz* zu entnehmen: „Einzelstaatliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, in denen die Zugangs- oder Zusammenschaltungsbedingungen von den Tätigkeiten der Partei, die eine Zusammenschaltung wünscht, und insbesondere von der Höhe ihrer Investition in die Netzinfrastruktur – und nicht von den erbrachten Zusammenschaltungs- oder Zugangsdiensten – abhängig gemacht werden, können unter Umständen zu Wettbewerbsverzerrungen führen und daher mit den Wettbewerbsregeln unvereinbar sein.“

Damit folgt das Gemeinschaftsrecht den US-amerikanischen Erfahrungen: In den USA galten Resale und Infrastrukturwettbewerb nie als sich behindernde oder gar ein-

ander ausschließende regulatorische Prinzipien, sondern vielmehr als komplementäre Instrumente<sup>312</sup>. Die jüngere Vergangenheit lehrt überdies, dass viele Unternehmen sich in neu geöffnete Märkte hineinwagen, indem sie sich (zunächst) als Reseller der Dienste des Altsassen betätigen. Viele dieser Unternehmen steigern nach einiger Zeit ihre Wertschöpfungstiefe und investieren mehr und mehr in Netzelemente und in ihre eigene Netzinfrastruktur<sup>313</sup>. Prominente Beispiele für ein solches Vorgehen sind etwa die Anbieter MCI in den USA<sup>314</sup> und Mobilcom in Deutschland. Es ist daher verfehlt, von einer Dichotomie zwischen dem Markteintritt als Reseller und dem als infrastrukturbasierter Anbieter auszugehen<sup>315</sup>. Unter Umständen tragen Reseller durch ihre Aktivitäten auch dazu bei, dass der Gesamtmarkt stärker wächst als ohne sie. Dann steigern ihre Tätigkeiten sogar den Anreiz zu Infrastruktur-Investitionen, da die Netzauslastung verbessert wird und damit die Profitabilität der Netzinvestitionen steigt<sup>316</sup>.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der neue Rechtsrahmen Resale als wichtiges Glied der Wertschöpfungskette anerkennt. Das zum Teil in Deutschland vertretene Ausschlussverhältnis zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb ist nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht mehr vertretbar<sup>317</sup>.

## 3. Resale im deutschen Telekommunikationsrecht

Einschlägige Rechtsvorschriften sind derzeit vornehmlich § 4 TKV sowie § 33 TKG<sup>318</sup>.

In Bezug auf § 33 Abs. 2 TKG setzte sich das VG Köln in einem Beschluss vom 19. 11. 2001 mit der Resale-Problematik auseinander. Einige Wettbewerber der DTAG hatten von dieser ein Angebot über den Bezug von Endkundenanschlüssen sowie Orts- und Cityverbindungen zum Zwecke des Wiederverkaufs verlangt. Die DTAG verweigerte die Unterbreitung eines solchen Angebots. Die RegTP forderte die DTAG daraufhin mit Bescheid vom 16. 8. 2001 gemäß § 33 Abs. 2 S. 2 TKG auf, „den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der darin besteht, dass [die DTAG ihren Mitbewerbern] das Angebot von Leistungen im Teilnehmernetzbereich, die diese zum Zwecke des Wiederverkaufs nachgefragt

307 *Beard/Kaserman/Mayo*, Telecommunications Policy 1998, 315 (317); *Kurth*, MMR 2001, 653 (657).

308 *Kurth*, MMR 2001, 653 (657).

309 Vgl. *Koenig/Loetz*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 5), sub H. IV. 1.

310 Vgl. bereits *Koenig/Loetz*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 5), S. 77.

311 *Koenig/Loetz*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 5), S. 77.

312 *Neumann* (Fn. 8), 1.3, S. 4. Ausführlich zum US-amerikanischen Resale-Ansatz *Beard/Kaserman/Mayo*, Telecommunications Policy 1998, 315 ff.; *Kurth*, MMR 2001, 653 (658). Ein ähnlicher Regulierungsansatz wird auch in den Niederlanden verfolgt, siehe näher *Christodoulou/Vlahos*, Telecommunications Policy 2001, 743 (748). Auch das Vereinigte Königreich, das ursprünglich stark auf Infrastrukturwettbewerb setzte, verfolgt mittlerweile einen Regulierungskurs, der sowohl Infrastruktur- als auch Dienstewettbewerb fördert, siehe dazu *Michalis*, Telecommunications Policy 2001, 759 (768 ff.).

313 *Neumann* (Fn. 8), 3.1, S. 13; *Beard/Kaserman/Mayo*, Telecommunications Policy 1998, 315 (319).

314 Vgl. *Beard/Kaserman/Mayo*, Telecommunications Policy 1998, 315 (317 ff.); *Kurth*, MMR 2001, 653 (657).

315 *Neumann* (Fn. 8), 3.1, S. 13; *Kurth*, MMR 2001, 653 (657).

316 *Neumann* (Fn. 8), 3.3, S. 18.

317 Dem geltenden TKG kann ein solches Ausschlussverhältnis im Übrigen ebenfalls nicht entnommen werden, vgl. den zutreffenden Hinweis von *Kurth*, MMR 2001, 653 (657): „Das TKG kennt kein Primat einer dieser Wettbewerbsvarianten“. Siehe ferner *Schmidt*, K&R 2001, 377 (385).

318 Vgl. die Darstellung von *Kurth*, MMR 2001, 653 (653 ff.).



haben, verweigert<sup>319</sup>. Mit Bescheid vom 17. 9. 2001 setzte die RegTP diese Beanstandung in eine Verpflichtung gemäß § 33 Abs. 2 S. 1 TKG um, den Missbrauch durch Abgabe eines Angebots gegenüber den betroffenen Wettbewerbern abzustellen. Die DTAG erhob gegen beide Bescheide Klage vor dem VG Köln und begehrte darüber hinaus die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Dieser Antrag blieb im Wesentlichen ohne Erfolg<sup>320</sup>. Das VG Köln betonte in diesem Zusammenhang zunächst noch einmal seine ständige Rechtsprechung. Danach erfülle eine Leistung dann das Wesentlichkeitskriterium des § 33 Abs. 2 TKG, wenn der Wettbewerber des marktbeherrschenden Anbieters ohne die begehrte Leistung faktisch an dem Erbringen der Telekommunikationsdienstleistungen gehindert sei, die er anbieten möchte<sup>321</sup>. Das VG Köln ließ im Ergebnis offen, ob auch die Konstellation, bei der das identische Vorleistungsprodukt lediglich zu einem anderen Preis weitergereicht wird, unter § 33 Abs. 2 TKG falle oder ob eine Leistung nur „wesentlich“ i. S. d. § 33 TKG sein könne, wenn sie dem Erbringen einer Telekommunikationsleistung durch den Nachfrager diene, die einer höheren Wertschöpfungsebene zuzuordnen ist.

Jedenfalls sei eine Leistung „wesentlich“ i. S. d. § 33 Abs. 2 TKG, wenn – wie in diesem Falle – die Absicht der Wettbewerber erkennbar sei, sich nicht auf den bloßen Wiederverkauf der nachgefragten Leistungen zu beschränken, sondern ein Angebot verlangt werde, das es den Wettbewerbern ermögliche, selbst gestaltete Produkte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung anbieten zu können<sup>322</sup>. Im Übrigen lässt das Gericht auf Grund „des weiten Wortlauts des § 33 TKG, insbesondere des offenen Begriffs des Dienstleistungsangebots in § 33 Abs. 2 S. 3 TKG und (...) des auf aktive Wettbewerbsförderung ausgerichteten regulatorischen Zwecks dieser Vorschrift“<sup>323</sup> eine Tendenz zu einer weiten Auslegung der Vorschrift auch im Bereich der Resale-Problematik erkennen.

In einem anderen Verfahren lehnten sowohl das VG Köln<sup>324</sup> als auch das OVG Münster<sup>325</sup> einen Antrag der DTAG auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen einen Beanstandungsbescheid der RegTP vom 30. 3. 2001 ab.

Das OVG Münster führte dabei in seinem Beschluss vom 1. 10. 2001 aus, dass als Leistung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG ein von dem Marktbeherrscher durch Einsatz eigener Ressourcen geschaffenes oder erworbenes Vorprodukt auf niedriger betrieblicher Wertschöpfungsebene zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen auf anderer, gegebenenfalls höherer Ebene zu verstehen sei<sup>326</sup>. Die Wesentlichkeit der Leistung sei anhand der vom Wettbewerber beabsichtigten Telekommunikationsdienstleistung zu bestimmen<sup>327</sup>. Eine andere Telekommunikationsdienstleistung liege dabei schon dann vor, wenn das Produkt des Wettbewerbers sich erkennbar von dem Vorleistungsprodukt – etwa durch inhaltliche Ergänzung oder Verarbeitung – abhebe<sup>328</sup>. Im konkreten Fall bejahte das Gericht das Vorliegen dieses Kriteriums.

#### 4. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

Es stellt sich die Frage, ob § 4 TKV in seiner derzeit geltenden Fassung mit den Vorgaben des neuen Rechtsrahmens in Einklang steht. Art. 12 Abs. 2 lit. d Zugangs-

Richtlinie sieht ausdrücklich „die Verpflichtung [vor], bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten“. Allerdings nimmt Abs. 1 der Vorschrift Bezug auf Art. 8 Zugangs-Richtlinie. Dieser wiederum knüpft die Auferlegung entsprechender Pflichten in Abs. 2 an das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht. Unterhalb dieser Schwelle zwingt das Gemeinschaftsrecht jedenfalls nicht dazu, entsprechende Verpflichtungen im nationalen Recht vorzusehen.

Ein Verbot, unterhalb der Schwelle der beträchtlichen Marktmacht regulatorisch tätig zu werden, kann sich aber aus Art. 8 Abs. 3 Zugangs-Richtlinie ergeben. Hiernach „erlegen die nationalen Regulierungsbehörden Betreibern, die nicht gemäß Absatz 2 [als solche mit beträchtlicher Marktmacht] eingestuft wurden, die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen nicht auf“.

Bei einem rein am Wortlaut orientierten Verständnis verbietet Art. 8 Abs. 3 Zugangs-Richtlinie also lediglich den nationalen *Regulierungsbehörden*, entsprechende Verpflichtungen aufzuerlegen. Es könnte somit durchaus denkbar sein, dass es mit der Zugangs-Richtlinie vereinbar ist, wenn der nationale *Gesetzgeber* eine Resale-Verpflichtung – etwa entsprechend § 4 TKV – vorsehe.

Einen Ansatz für eine solche Sichtweise könnte eine Auslegung der Richtlinie liefern, die das „Wie“ der Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht allein in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden stellt und gleichzeitig das „Ob“ der Regulierung fest an das Kriterium der beträchtlichen Marktmacht knüpft. Diesem Ansatz würde entsprechen, dass der Gesetzgeber eine alle Unternehmen treffende Pflicht zum Resale vorsehe. Bereits bei einer systematischen Betrachtung ergeben sich jedoch Zweifel. Die Zugangs-Richtlinie ist auf Grundlage des Art. 95 EG erlassen worden. Es handelt sich folglich um eine Harmonisierungsrichtlinie, die darauf abzielt, einen Gemeinsamen Markt i. S. d. Art. 2 EG zu errichten<sup>329</sup>. Hierfür ist es nötig, die innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzugleichen<sup>330</sup>. Art. 1 Abs. 1 Zugangs-Richtlinie definiert als Ziel:

**Art. 1. (1) [...]** wird mit der vorliegenden Richtlinie die Regulierung des Zugangs zu elektronischen Kommunikationsnetzen [...] durch die Mitgliedstaaten harmonisiert. Ziel ist es, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Binnenmarkts einen Rechtsrahmen für die Beziehungen zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern zu schaffen [...].

319 VG Köln, CR 2002, 111 (112)

320 VG Köln, CR 2002, 111 ff.

321 Siehe bereits oben unter D.I.3. (S. 22).

322 VG Köln, CR 2002, 111 (113).

323 VG Köln, CR 2002, 111 (112).

324 VG Köln – 1 L 1099/01 (unveröffentlicht).

325 OVG Münster, WuW 2001, 1073 ff. Siehe dazu *Hefekäuser*, MMR aktuell 12/2001, XX f.

326 OVG Münster, WuW 2001, 1073 (1077).

327 OVG Münster, WuW 2001, 1073 (1077 f.).

328 OVG Münster, WuW 2001, 1073 (1078). In einem obiter dictum äußerte das Gericht, dass dies allerdings noch nicht der Fall sein dürfte, wenn „der Reseller das identische Vorleistungsprodukt im eigenen Namen lediglich unter anderem Preis und eigener Rechnungslegung [weiterreiche], weil die Bepreisung und Rechnungslegung nicht Inhalt der Telekommunikationsdienstleistung“ sei.

329 Zur Funktion von Harmonisierungsrichtlinien *Koenig/Haratsch* (Fn. 144) Rdnr. 692.

330 Siehe nur *Koenig/Haratsch* (Fn. 144) Rdnr. 692.



Es ist also zu klären, ob es mit diesem Ziel vereinbar ist, wenn in den einzelnen Mitgliedstaaten zwar ein harmonisiertes Regulierungsregime in Bezug auf die nationalen *Regulierungsbehörden* existierte, parallel hierzu aber weitere Regulierungsmaßnahmen durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen *Gesetzgeber* geschaffen werden.

Eine solche Doppelregulierung würde letztlich dazu führen, dass in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation existierten, weil etwa in dem einen Mitgliedstaat eine generelle Resale-Verpflichtung bestünde, während in einem anderen Mitgliedstaat eine solche Pflicht nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden dürfte. Eine solche Zersplitterung der Rechtsrahmen widerspricht jedoch dem Anliegen, einen harmonisierten europäischen Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation zu schaffen<sup>331</sup>.

Mithin ist ein Verständnis, welches ein Nebeneinander von Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden und Gesetzgeber zuließe, nicht mit dem Charakter der Zugangs-Richtlinie als Harmonisierungsrichtlinie in Einklang zu bringen.

Eine generelle Resale-Verpflichtung aller Telekommunikationsnetzbetreiber unabhängig vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht ist folglich nicht mit Art. 12 Abs. 2 lit. d i. V. m. Art. 8 Zugangs-Richtlinie vereinbar.

Somit kann § 4 TKV in seiner jetzigen Fassung unter dem neuen Rechtsrahmen keinen Bestand haben. Folglich ist *de lege ferenda* auch in dieser Vorschrift an das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ i. S. d. Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie anzuknüpfen<sup>332</sup>.

### III. Billing

#### 1. Derzeitige Rechtslage

##### a) Einführung

Einschlägige Rechtsgrundlagen bezüglich Fakturierung und Inkasso sind im TKG die §§ 33, 37. Eine *explizite* Regelung zur Durchführung von Fakturierung und Inkasso findet sich allerdings weder in diesen noch in anderen Normen des TKG<sup>333</sup>. Dafür ist in § 15 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) ein Anspruch des Kunden normiert, eine Rechnung zu erhalten, die alle von ihm in Anspruch genommenen Verbindungen ausweist („[...] aus einer Hand [...]“)<sup>334</sup>. Entsprechende Fakturierungsdienstleistungen werden auf vertraglicher Basis von der DTAG für die Anbieter von offenem Call-by-Call erbracht (vgl. wiederum § 15 TKV)<sup>335</sup>. Zu diesem Zweck weist die DTAG auf der von ihr gestellten Rechnung in gesonderten Abschnitten die bei Fremdanbietern angefallenen Entgelte aus. Die von den Verbindungsnetzbetreibern erbrachten Dienstleistungen werden dabei als Vorleistungen für die DTAG behandelt, so dass eine Gesamtumsatzsteuer für den Rechnungsbetrag (Entgelte DTAG zzgl. Entgelte Dritter) gebildet werden kann.

Mit Wirkung zum 1. 4. 2000 hatte die DTAG die bis zu diesem Zeitpunkt geltende Vereinbarung mit den Verbindungsnetzbetreibern gekündigt<sup>336</sup>. Dies hätte zur Folge gehabt, dass von diesem Zeitpunkt an kein Inkasso von Entgelten Dritter mehr durch die DTAG erfolgt wäre. Die DTAG wollte zukünftig nur noch dem nach § 15 TKV erforderlichen gesetzlichen Minimum genügen und eine

Gesamtrechnung erstellen. Die Entgelte von Fremdanbietern wären dann nicht mehr nach Produktgruppen oder Verbindungen aufgeschlüsselt worden. Die Erstellung eines Einzelverbindungs nachweises für Fremdanbieter war ebenfalls nicht mehr vorgesehen. Schließlich wollte die DTAG die Entgelte von Fremdanbietern nicht mehr einziehen und keine Kundenbetreuung für Fremdleistungen zur Verfügung stellen<sup>337</sup>. Stattdessen sollte für jeden Fremdanbieter auf der DTAG-Rechnung eine separate Zahlstelle ausgewiesen werden sowie eine gesonderte Kundenservicenummer des jeweiligen Verbindungsbetreibers für Rückfragen und Reklamationen. Dieses „Grundangebot“ war nur noch für Sprachtelefonverbindungen vorgesehen, Mehrwertdienste u. Ä. sollten ausgeschlossen werden.

Wettbewerber sahen eine Verpflichtung der DTAG, zumindest die bisherigen Inkasso- und Fakturierungsdienstleistungen weiterhin anzubieten. Auf Antrag der Wettbewerber leitete die RegTP ein Missbrauchsverfahren nach § 33 Abs. 2 TKG gegen die DTAG ein. Gegenstand des Verfahrens waren Inkasso- und Fakturierungsdienstleistungen für Sprachtelefondienstleistungen, Auskunftsdienstleistungen, Mehrwertdienste (Premium-Rate-Dienste und Shared-Cost-Dienste) sowie Internet-by-Call-Dienstleistungen, die im Wege des offenen Call-by-Call über das Teilnehmernetz der DTAG abgewickelt werden.

##### b) Entscheidung der RegTP

Durch die Entscheidung der Beschlusskammer 3 vom 21. 2. 2000<sup>338</sup> wurde die DTAG als Antragsgegnerin nach § 33 Abs. 2 S. 2 TKG aufgefordert, die bisherige Fakturierungs- und Inkassopraxis bis zum 31. 12. 2000 fortzuführen und ab dem 1. 1. 2001 ein Mindestangebot an Fakturierungsdienstleistungen aufrechtzuerhalten. Die entsprechende Verpflichtung, eine nach Produkten aufgeschlüsselte Gesamtrechnung zu erstellen, Zahlungen für

331 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass unter dem noch geltenden Rechtsrahmen auch Unternehmen unterhalb der Schwelle „beträchtlicher Marktmacht“ grundsätzlich einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden konnten, siehe VG Köln, CR 2001; 515 (518); *Koenig*, MMR-Beilage 1/2002, 11 (16 und 21); *ders./Neumann*, RTKom 2000, 27 (30); *Möschel*, MMR-Beilage 1/2002, 28 (31); *Schuster*, CR 2001, 521 (522). Zweifelnd hingegen *Nacimiento*, K&R 2001, 486 (488). A. A. wohl *Scherer/Eltinghaus*, MMR 2000, 201 (205).

332 Darüber hinaus erscheint es vorzugswürdig, die Vorschrift in das TKG einzustellen, um den gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 4 TKV (mangelnde Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage des § 41 TKG, mangelnde Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitstheorie) Rechnung zu tragen; vgl. zu diesen Bedenken etwa *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), Anh. § 41 § 4 TKV Rdnrn. 5 ff. Für die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift OVG Münster, WuW 2001, 1073 (1077). Bei dieser Gelegenheit ist zudem eine entsprechende Eingriffsermächtigung für die RegTP zu schaffen, die bisher fehlt, siehe *Kurth*, MMR 2001, 653 (654).

333 *Piepenbrock/Müller*, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (7).

334 *Piepenbrock/Müller*, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (7).

335 Dies gilt nicht mehr uneingeschränkt für Inkassodienstleistungen, siehe dazu sogleich im Text.

336 Siehe zu dieser Vereinbarung näher *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 111 ff.; *Piepenbrock/Müller*, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (3). Die DTAG führte gleichwohl auf Grund einer neuerlichen Zusage sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt vereinbarten Leistungen zunächst unverändert fort.

337 Näher dazu VG Köln, RTKom 2001, 256 (256); *Piepenbrock/Müller*, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (5); *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 113; *Penning*, CR 2002, 22 (24).

338 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 ff.

die Verbindungsnetzbetreiber entgegenzunehmen und an diese weiterzuleiten, erstreckt sich auf Sprachtelefoniedienstleistungen, Auskunft- und Mehrwertdienste sowie Internet-by-Call<sup>339</sup>. Mit Ausnahme der letztgenannten Produktgruppe wird die DTAG auch aufgefordert, die Verbindungen in einen Einzelverbindungs nachweis nach § 14 TKV aufzunehmen.

Nicht als wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG wurden hingegen das gerichtliche und außergerichtliche Mahnverfahren sowie die Kundenbetreuung durch die DTAG eingestuft. Demzufolge sieht die RegTP keine gesetzliche Verpflichtung der DTAG, diese Dienstleistungen über den 31. 12. 2000 hinaus den Verbindungsnetzbetreibern anzubieten<sup>340</sup>.

Entsprechend den Tatbestandsvoraussetzungen des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG stützt sich die Entscheidung der RegTP auf die Erwägung, dass die genannten Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen als wesentliche Leistungen im Sinne der Norm anzusehen sind. Der DTAG wird auf dem vorgelagerten Markt für Zusammenschaltungsdienstleistungen und auf nachgelagerten Dienstleistungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung bescheinigt, so dass auch diese Tatbestandsvoraussetzung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG für die jeweiligen Fakturierungsdienstleistungen erfüllt ist<sup>341</sup>.

Von größerem Interesse war aber, ob und inwieweit die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen der DTAG von der RegTP als Leistungen eingestuft werden, die nach § 33 Abs. 1 S. 1 TKG „wesentlich“ sind. Die RegTP führt aus, dass für die Verbindungsnetzbetreiber weder tatsächliche noch potenzielle Alternativen zu den Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen der DTAG bestehen. Weder die Verbindungsnetzbetreiber selbst noch Dritte könnten diese Dienstleistungen erbringen, da technische, rechtliche und wirtschaftliche Gründe entgegenstünden<sup>342</sup>. Die entsprechenden Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen seien mithin wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG.

Die Beschlusskammer 3 der RegTP stellt in ihrer Entscheidung fest, dass die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen, die von der DTAG derzeit für Dritte erbracht werden, als Vorprodukte für die jeweils nachgelagerten Märkte für Sprachtelefoniedienstleistungen, Auskunftsdienstleistungen, Mehrwertdienste und Internet-by-Call-Angebote zu verstehen sind<sup>343</sup>. Für diese Märkte wird in der Entscheidung eine marktbeherrschende Stellung der DTAG angenommen<sup>344</sup>.

Die RegTP wirft darüber hinaus die Frage auf, ob sich die Marktbeherrschung im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG auf einen Markt für Vorprodukte oder einen nachgelagerten Markt bezieht. Da es sich bei den Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen nicht um Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG handelt, könnte § 33 Abs. 1 S. 1 TKG in diesem Fall nicht tatbestandsmäßig sein. Die RegTP rechnet die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen in diesem Zusammenhang allerdings dem Zusammenschaltungsmarkt für Zuführungsdienstleistungen zu, auf dem die DTAG ebenfalls marktbeherrschend sei<sup>345</sup>. Aus Sicht der RegTP kann damit die Frage, auf welchem Markt die Marktbeherrschung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG vorliegen müsse, dahingestellt bleiben, da die DTAG auf allen in Frage kommenden Märkten marktbeherrschend sei.

aa) Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG

Bei der Fakturierung und dem Inkasso der Verbindungsentgelte handelt es sich nach der Entscheidung der RegTP nicht um Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG<sup>346</sup>. Allerdings seien diese Leistungen sachlich mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im offenen Call-by-Call so eng verknüpft, dass sie dem Tatbestand des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG unterfielen<sup>347</sup>.

Nach der gesetzlichen Definition des § 3 Nr. 18 TKG sind „Telekommunikationsdienstleistungen“ das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte“. Offensichtlich werden die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen von dieser Definition nicht erfasst. Dies ist jedoch auch keine notwendige Bedingung, um die Anwendbarkeit des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG zu begründen<sup>348</sup>. Entscheidend ist vielmehr, dass die DTAG diese Leistungen zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit nutzt, für die sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt<sup>349</sup>.

bb) Wesentlichkeit der Leistung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG

Von Bedeutung für die Entscheidung der RegTP war die Einordnung der Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen als „wesentlich“ i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG. Im Verfahren wurden Erwägungen zu einer Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG anhand einer Essential Facilities-Doktrin vorgetragen. Die RegTP hat sich zur rechtlichen Bedeutung der Essential Facilities-Doktrin für § 33 Abs. 1 S. 1 TKG nicht näher geäußert. Die Beschlusskammer geht nämlich davon aus, dass die Voraussetzungen der Wesentlichkeit auch dann gegeben wären, wenn man einem restriktiven Essential Facilities-Ansatz folgen würde<sup>350</sup>.

Eine einschränkende Auslegung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG als spezialgesetzliche Ausprägung des § 19 GWB lehnt die RegTP auf Grund der unterschiedlichen gesetzlichen Prämissen ab, da das GWB grundsätzlich funktionsfähigen Wettbewerb voraussetze, während das TKG der Regulierung monopolistisch geprägter Märkte diene<sup>351</sup>. Ähn-

339 Hinsichtlich der Mehrwertdienste und der Internet-by-Call-Dienste sind allerdings nach Ziff. 2 des Bescheides solche Dienstleistungen von der Fakturierungs- und Inkassierungspflicht ausgenommen, „für die über das Verbindungsentgelt hinaus gesonderte Zahlungen anfallen oder für die – mit Ausnahme von Shared-Cost-Diensten – ein einheitliches Verbindungsentgelt erhoben wird, das sich nicht in Abhängigkeit von der Dauer der Verbindung bestimmen lässt“.

340 Die Anbieter von Internet-Zugängen sind keine Adressaten des § 14 TKV, siehe nur *Leo*, K&R 1998, 381 (383).

341 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (300).

342 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (303).

343 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (300 ff.).

344 Ebenda.

345 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (300).

346 Ebenda.

347 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (302).

348 *Holzner/Koenig* (Fn. 269), S. 18.

349 Dazu im Folgenden. Siehe zu diesen Fragen bereits die Ausführungen von *Holzner/Koenig* (Fn. 269), S. 116.

350 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (302 f.).

351 Ebenda.

liches gilt aus Sicht der RegTP auch für eine restriktive Interpretation des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG im Hinblick auf das EG-Kartellrecht (insb. die Art. 81, 82 EG), das auf Grund der Verschiedenartigkeit der wettbewerbsrechtlichen Ansätze und des ONP-Konzepts nicht geeignet sei, entscheidend zur Auslegung der Norm beizutragen<sup>352</sup>.

Die RegTP geht in ihrer Entscheidung davon aus, dass technische, wirtschaftliche und rechtliche Hindernisse einer Duplizierbarkeit des Inkasso- und Fakturierungssystems der DTAG durch ihre Wettbewerber entgegenstehen. Damit fällt die RegTP in die Kategorien der Essential Facilities-Doktrin zurück, die sie an einer anderen Stelle der Entscheidung selbst ablehnt<sup>353</sup>.

#### c) Die Entscheidungen des VG Köln und des OVG Münster

Die DTAG akzeptierte die Beanstandung der RegTP zunächst nicht. Als Reaktion darauf ordnete die RegTP mit Entscheidung vom 14. 3. 2000 die oben angeführten Leistungen in einer Gebotsverfügung nach § 33 Abs. 2 S. 1 TKG an<sup>354</sup>. Die DTAG erhob gegen diesen Bescheid und gegen den vom 21. 2. 2000 Klage vor dem VG Köln. Darüber hinaus begehrte sie in Bezug auf den Bescheid vom 14. 3. 2000 die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Dieser Antrag blieb ohne Erfolg<sup>355</sup>. Das VG Köln argumentierte, es spreche vieles dafür, dass die mit dem Bescheid vom 14. 3. 2000 angeordneten Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen für die Anbieter des offenen Call-by-Call im Sprachtelefondienst, sowie für Anbieter von Auskunft- und Mehrwertdiensten und von Internet-by-Call wesentlich seien<sup>356</sup>. Diese Einschätzung begründete das Gericht unter anderem mit dem Hinweis, es spreche Überwiegendes dafür, dass das offene Call-by-Call ohne eine einheitliche Rechnungsstellung und ohne eine einheitliche Abwicklung freiwilliger Kundenzahlungen nicht marktfähig sei<sup>357</sup>.

Des Weiteren vertrat das VG Köln die Auffassung, es lasse sich im Eilverfahren nicht klären, ob die einheitliche Abwicklung freiwilliger Zahlungen zu Recht auch für Mehrwert- und Auskunftsdienste sowie für Internet-by-Call angeordnet werden könnte<sup>358</sup>. An deren Rechtmäßigkeit beständen insoweit Zweifel, als sich die Anordnung auch auf solche Verbindungen außerhalb des Sprachtelefondienstes erstreckte, bei denen für den Endkunden neben dem Verbindungsentgelt weitere Entgelte für über die Verbindungsleistung hinausgehende Dienstleistungen anfallen. Denn vor dem Hintergrund, dass der Endkunde bei diesen Verbindungen die über das Verbindungsentgelt hinausgehenden Dienstleistungsentgelte ohnehin gesondert gegenüber dem Diensteanbieter zu entrichten habe, sei es zweifelhaft, ob für die Marktfähigkeit dieser Dienstleistungen eine einheitliche Rechnungsstellung und Zahlungsabwicklung wesentlich sei. Auf der anderen Seite dürfe aber auch nicht übersehen werden, dass für den Kunden ein berechtigtes Interesse daran bestehe, im Hinblick auf alle kostenpflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen, die über seinen Netzzugang abgewickelt werden, einen Überblick durch eine Gesamtrechnung zu erhalten. Ohne eine Ausweisung der auf Mehrwert- und Auskunftsdienste sowie Internet-by-Call entfallenden Verbindungsentgelte in einer vom Teilnehmernetzbetreiber auszustellenden Gesamtrechnung und einer einheitlichen Zahlung der Gesamtrechnungssumme

sei deshalb nicht ausgeschlossen, dass die Kunden zu der für sie transparenteren Lösung tendierten und die genannten Dienste über ihren Teilnehmernetzbetreiber in Anspruch nehmen würden. Ob das genannte Kundeninteresse an einer Gesamtrechnung und an einer einheitlichen Zahlung aller über den Teilnehmeranschluss abgewickelten Verbindungen entscheidenden Einfluss auf die Marktfähigkeit der Mehrwert- und Auskunftsdienste sowie des Internet-by-Call habe, vermöge das Gericht im Eilverfahren nicht zu entscheiden<sup>359</sup>.

Gegen die Entscheidung des VG Köln stellte die DTAG beim OVG Münster einen Antrag auf Zulassung der Beschwerde nach §§ 124 Abs. 2 Nr. 1, 146 Abs. 4 VwGO. Auch dieser Antrag blieb ohne Erfolg<sup>360</sup>. Das OVG Münster schloss sich dabei im Wesentlichen den Rechtsauffassungen des VG Köln an, ohne zu den einzelnen Problemerkomen des Verfahrens weiterführende Aussagen zu treffen.

#### d) Neuere Entwicklungen

Im März 2001 schlossen sich schließlich die DTAG und ihre Wettbewerber einem Vermittlungsvorschlag der RegTP über die Fakturierungs- und Inkassoentgelte an. Die bis dahin geltende Regelung von 4,5% des abgerechneten Umsatzes plus 0,7 Pfennig pro Geschäftsvorfall wurde ab März 2001 ersetzt durch die Vereinbarung von 28 DM für die Rechnungsstellung pro 1000 Leistungsdaten plus 0,09 DM Zahlungsbearbeitung je Rechnung<sup>361</sup>. Im Durchschnitt führt dies zu einer Verteuerung von Fakturierung und Inkasso in einer Größenordnung von etwa 10%<sup>362</sup>. Diese Entwicklung wird von den Wettbewerbern der DTAG als äußerst problematisch angesehen; die steti- ge Entwicklung innovativer Dienste werde so verhindert. Zum 1. 7. 2001 gab die DTAG das Reklamations- und Mahnwesen an die Wettbewerber ab; einige der Wettbewerber haben diese Aufgaben mittlerweile an eine Clearingstelle delegiert<sup>363</sup>. Zwei Telekommunikationsunternehmen haben jedoch am 10. 7. 2001 unabhängig voneinander einstweilige Verfügungen gegen die DTAG erwirkt, um sie zu zwingen, wieder das komplette Mahn- und Rechnungswesen zu übernehmen<sup>364</sup>. Sie begründen diesen Schritt mit massiven praktischen Problemen bei der Umstellung auf die neue Vorgehensweise<sup>365</sup>.

Die DTAG lehnt es im Übrigen seit geraumer Zeit ab, die Fakturierung und das Inkasso von Entgelten für so ge-

352 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (303).

353 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (303).

354 RegTP, Entscheidung vom 14. 3. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 312 f.

355 VG Köln, MMR 2000, 634 ff.

356 VG Köln, MMR 2000, 634 (636).

357 VG Köln, MMR 2000, 634 (636).

358 VG Köln, MMR 2000, 634 (637).

359 VG Köln, MMR 2000, 634 (637).

360 OVG Münster, MMR 2000, 631 ff.

361 Vgl. *Hufnagel/Nolte*, AfP 2001, 112 (114); *Schütz*, MMR 4/2001, XI (XI).

362 RegTP, Vermittlungsvorschlag für Fakturierungs- und Inkassoentgelte, Pressemitteilung vom 1. 3. 2001; siehe ferner *Monopolkommission* (Fn. 1), Tz. 87.

363 *Penning*, CR 2002, 22 (28). Dies wirft eine Reihe von telekommunikationsdatenschutzrechtlichen Problemen auf, siehe dazu ausführlich *Koenig/Neumann*, RTKom 2001, 226 ff.

364 *Penning*, CR 2002, 22 (28).

365 *Penning*, CR 2002, 22 (28).

nannte „Content-Dienste“ zu übernehmen, für die über das Verbindungsentgelt hinaus gesonderte Zahlungen anfallen oder für die ein einheitliches Verbindungsentgelt erhoben wird, das sich nicht in Abhängigkeit von der Verbindung bestimmen lässt<sup>366</sup>. Unter derartigen „Content-Diensten“ sind Fernabsatzangebote von Waren und Dienstleistungen zu verstehen, bei denen das Entgelt für die betreffende Dienstleistung oder Ware über die Telefonrechnung desjenigen Netzbetreibers abgerechnet wird, bei dem der bestellende Kunde seinen Telefonanschluss hat<sup>367</sup>. Am 21. 3. 2000 erhob einer der Wettbewerber der DTAG Klage, mit der er verlangte, dass die von der RegTP angeordneten Fakturierungs- und Inkassoleistungen auch zeittaktunabhängige Entgelte für so genannte „Content-Dienste“ umfassen sollten. Darüber hinaus verlangte der Wettbewerber von der RegTP, die DTAG dazu zu verpflichten, für diese Entgelte auch die so genannte erste Mahnung zu übernehmen. Im Juni 2001 stellte der Wettbewerber einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes, mit dem er die vorläufige Erstreckung der von der RegTP angeordneten Fakturierungs- und Inkassoleistungen auch auf zeittaktunabhängige Entgelte für so genannte „Content-Dienste“ begehrte.

Das VG Köln wies mit Beschluss vom 3. 8. 2001 den Antrag als zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zurück<sup>368</sup>. Das Gericht vertrat dabei die Auffassung, der Wettbewerber der DTAG erstrebe mit seinem Antrag eine teilweise Vorwegnahme der Hauptsache. Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, dass die begehrte Anordnung lediglich auf vorläufige Wahrung des Status quo gerichtet sei, weil die DTAG bislang Fakturierungs- und Inkassoleistungen auch für die streitigen „Content-Dienste“ erbracht habe: Es dürfe nämlich nicht übersehen werden, dass die bisherige Erbringung der Fakturierung und des Inkassos durch die DTAG auf *vertraglicher* Grundlage erfolgt sei, während die geltend gemachte Verpflichtung auf eine *neue*, nämlich eine *gesetzliche* Grundlage (§ 33 TKG) gestützt werde<sup>369</sup>.

Das VG Köln vertrat ferner die Auffassung, es spreche alles dafür, dass die DTAG nicht im Wege der Missbrauchsaufsicht nach § 33 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 33 Abs. 1 TKG zur Erbringung der Fakturierung und des Inkassos für „Content-Dienste“ verpflichtet werden könne<sup>370</sup>. Es sei nämlich bereits zweifelhaft, ob Fakturierung und Inkasso von zeittaktunabhängigen Mehrwertdiensten intern genutzte Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG seien. Aus dem Wortlaut von § 33 Abs. 1 TKG ergebe sich, dass nur solche vom marktbeherrschenden Unternehmen intern genutzten Bestandteile seiner Infrastruktur intern genutzte Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG seien, die für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG genutzt werden. Dass das marktbeherrschende Unternehmen Zugang zu seiner Infrastruktur nur insoweit einräumen müsse, als diese für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen notwendig seien, folge zudem aus dem Zweck des TKG, der nach § 1 TKG darin bestehe, nur für den spezifischen Bereich der Telekommunikation Wettbewerb zu schaffen und zu fördern<sup>371</sup>. Ferner werde dieses Auslegungsergebnis auch durch eine historische Auslegung gestützt<sup>372</sup>. Bei zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ jedoch handele es sich – so das VG Köln weiter – „aller Voraussicht nach“ – nicht um Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3

Nr. 18 TKG. Das Gericht begründete diese Einschätzung mit dem Hinweis, Entgelte für „Content-Dienste“ orientierten sich nicht an Art und Dauer der in Anspruch genommenen Telekommunikationsdienstleistung, sondern dienten ausschließlich der Bezahlung von sonstigen Dienstleistungen und Waren, die mit der Telekommunikationsdienstleistung als solcher nichts zu tun hätten<sup>373</sup>. In diesem Zusammenhang vertrat das VG Köln die Auffassung, es spreche einiges dafür, dass Mehrwertdienste insgesamt – und zwar unabhängig von der Art ihrer Tarifierung – nicht als Telekommunikationsdienstleistungen zu qualifizieren seien.

Darüber hinaus seien – so das VG Köln – auch die Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 33 Abs. 1 TKG nicht gegeben<sup>374</sup>. Bereits im nächsten Satz relativierte das Gericht diese Aussage dahingehend, dass es *nicht offensichtlich* sei, ob das Inkasso für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ wesentlich sei. Diese Frage könne „ohne weitere Prüfungen“ nicht beantwortet werden<sup>375</sup>. Gleichwohl deutet das VG Köln an, dass die Frage nach der Wesentlichkeit dieser Leistungen „aller Voraussicht nach“ zu verneinen sei<sup>376</sup>. Diese Einschätzung versucht das VG Köln mit dem Hinweis zu rechtfertigen, die dem Wettbewerber für den Aufbau eines eigenen Abrechnungssystems fehlenden Bestandsdaten würden den Wettbewerber nur dann am Aufbau eines eigenen Abrechnungssystems hindern, wenn er die „Content-Dienste“ im offenen Call-by-Call anbiete. Es stehe dem Wettbewerber aber offen, die zeittaktunabhängigen „Content-Dienste“ im geschlossenen Call-by-Call anzubieten. In diesem Verfahren sei es nämlich nach Angaben der RegTP bereits jetzt möglich, dass Verbindungsdauerunabhängige Entgelte für „Content-Dienste“ abgerechnet und inkassiert werden können, ohne dass es auf die Bestandsdaten der Anschlusskunden ankomme. Dem Aufbau eines eigenen Abrechnungssystems ständen „aller Voraussicht nach“ auch keine rechtlichen Hindernisse entgegen. Es spreche nämlich alles dafür, dass die Entgelte für „Content-Dienste“ von der durch § 15 Abs. 1 TKV vorgeschriebenen einheitlichen Rechnungsstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber nicht erfasst seien<sup>377</sup>. Dies folge zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift („Entgelte für Verbindungen“) und zum anderen aus dem beschränkten Anwendungsbereich der TKV, die sich nach § 1 Abs. 1 TKV nur auf die „Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen“ erstrecke. Unter diesen Begriff fielen „Content-Dienste aus den zuvor genannten Gründen“ nicht.

## 2. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben des neuen Rechtsrahmens

Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben des neuen Rechtsrahmens bezüglich der Fakturierungs- und Inkassoproblema-

366 Vgl. die Darstellung des VG Köln, RTkom 2001, 256 (257).

367 VG Köln, RTkom 2001, 256 (257).

368 VG Köln, RTkom 2001, 256 (258 ff.).

369 VG Köln, RTkom 2001, 256 (258).

370 VG Köln, RTkom 2001, 256 (259).

371 VG Köln, RTkom 2001, 256 (259).

372 Siehe dazu näher VG Köln, RTkom 2001, 256 (259).

373 VG Köln, RTkom 2001, 256 (259).

374 VG Köln, RTkom 2001, 256 (259).

375 VG Köln, RTkom 2001, 256 (259).

376 VG Köln, RTkom 2001, 256 (260).

377 VG Köln, RTkom 2001, 256 (260).

tik finden sich vor allem in der Zugangs-Richtlinie<sup>378</sup>. Art. 12 Abs. 1 S. 1 dieser Richtlinie lautet wie folgt:

**Art. 12.** (1) Die nationalen Regulierungsbehörden können gemäß Artikel 8 Betreiber dazu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden.<sup>379</sup>

Ausgangspunkt einer Auslegung dieser Vorschrift muss Art. 2 S. 2 lit. a S. 1 Zugangs-Richtlinie sein. Darin wird der Begriff des Zugangs als „die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen, zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“ definiert<sup>380</sup>. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass – bei Vorliegen der anderen Tatbestandsmerkmale – nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie Zugang sowohl zu bestimmten Netzkomponenten als auch zu „zugehörigen Einrichtungen“ zu gewähren ist<sup>381</sup>. Der Zugangsanspruch erstreckt sich mithin auch auf Einrichtungen, die nicht zu einem elektronischen Kommunikationsnetz im engeren Sinne gehören<sup>382</sup>.

Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 Zugangs-Richtlinie dürfen den Betreibern – das sind nach der Legaldefinition in Art. 2 S. 2 lit. c Zugangs-Richtlinie „Unternehmen, [die] ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung [bereitstellen], oder zur Bereitstellung hiervon befugt [sind]“ – in diesem Zusammenhang eine ganze Reihe von Verpflichtungen auferlegt werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen<sup>383</sup>, dass die in Art. 12 Abs. 1 S. 2 Zugangs-Richtlinie angeführte Liste mit ihren zehn Punkten keineswegs abschließend ist, wie sich eindeutig aus der Wendung „unter anderem“ ergibt<sup>384</sup>. Als Beispiel aus dieser nicht abschließenden Aufzählung sei genannt die Verpflichtung, den bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern [lit. c].

In dieser Liste findet weder eine Verpflichtung eines marktmächtigen Unternehmens<sup>385</sup> i. S. v. Art. 14 Abs. 2 und 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie zum Erbringen von Fakturierungsdienstleistungen noch eine Verpflichtung zum Erbringen von Inkassodienstleistungen ausdrückliche Erwähnung. Gleichwohl könnten beide Dienstleistungen von der Verpflichtung erfasst sein, die Nutzung einer „zugehörigen Einrichtung“ i. S. v. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie zu gestatten. Gerade das Angebot von Verbindungen im Wege des Call-by-Call-Verfahrens oder des Internet-by-Call-Verfahrens kann betriebswirtschaftlich sinnvoll nur erfolgen, wenn die Fakturierung und das Inkasso der zahlreichen Einzelverbindungen gewährleistet ist. Bereits aus diesem Grunde sind Fakturierung und Inkasso als eine „zugehörige Einrichtung“ i. S. v. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie zu verstehen. Dass der Begriff „Einrichtungen“ – in der englischen Fassung ist die Rede von „facilities“ – nicht nur gegenständliche Einrichtungen, sondern auch Dienstleistungen umfassen kann, ergibt sich dabei bereits aus dem Wortlaut<sup>386</sup>.

Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob es sich bei einem Antrag auf Nutzung der „zugehörigen Einrichtungen“ Fakturierung und Inkasso um einen i. S. d. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie „berechtigten“ Antrag handelt. Dieses Tatbestandsmerkmal stellt das Korrektiv dar, mit dem verhindert wird, dass Wettbewerber alle möglichen Netzkomponenten und „zugehörigen Einrichtungen“ des marktmächtigen Unternehmens i. S. v. Art. 14 Abs. 2 und 3 Rahmenrichtlinie – gewissermaßen als „Trittbrettfahrer“ – in Anspruch nehmen können. Insofern weist das Merkmal eine strukturelle Ähnlichkeit zum Merkmal der „Wesentlichkeit“ auf, das den Zugangsanspruch aus § 33 TKG zu Leistungen des marktherrschenden Unternehmens begrenzt<sup>387</sup>. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „berechtigt“ sind vornehmlich die Abwägungsfaktoren des Art. 12 Abs. 2 Zugangs-Richtlinie<sup>388</sup> zu berücksichtigen. Zumindest insofern sind diese Abwägungsfaktoren nicht nur auf der Rechtsfolgenseite, sondern auch auf der Tatbestandsseite zu beachten. Zwei Abwägungsfaktoren des Katalogs sind dabei für die vorliegende Problematik von besonderem Interesse: Nach Art. 12 Abs. 2 lit. a Zugangs-Richtlinie ist als Abwägungsfaktor zu beachten die „technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden“. Art. 12 Abs. 2 lit. d Zugangs-Richtlinie betont hingegen die „Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs“<sup>389</sup>. In der englischen Fassung wird der damit angesprochene Gedanke durch die Formulierung „the need to safeguard competition in the long term“ etwas klarer.

378 Vgl. zu dieser Richtlinie die Nachweise in Fn. 259.

379 Art. 8 der Zugangs-Richtlinie regelt die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen.

380 In Art. 2 S. 2 lit. a S. 2 heißt es weiter: „Darunter [also unter den Zugangsbegriff] fallen unter anderem: Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, wozu auch der feste oder nicht feste Anschluss von Einrichtungen gehören kann (dies beinhaltet insbesondere den Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie zu Einrichtungen und Diensten, die erforderlich sind, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen); Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungen und Masten; Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen, einschließlich Systemen für die Betriebsunterstützung; Zugang zur Nummernumsetzung oder zu Systemen, die eine gleichwertige Funktion bieten; Zugang zu Fest- und Mobilfunknetzen, insbesondere um Roaming zu ermöglichen; Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für Digitalfernsehdienste und Zugang zu Diensten für virtuelle Netze.“

381 Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), sub H. IV. 1.

382 Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), sub H. IV. 1.

383 Oben unter D.II.2.

384 Vgl. Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), sub H. IV. 1.

385 Art. 12 Abs. 1 Zugangs-Richtlinie spricht zwar allgemein von „Betreibern“, über den Verweis auf Art. 8 Zugangs-Richtlinie wird jedoch klargestellt, dass nur marktmächtigen Unternehmen i. S. v. Art. 14 Abs. 2 und 3 Rahmenrichtlinie Verpflichtungen nach Art. 12 Zugangs-Richtlinie auferlegt werden können.

386 Siehe auch Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), sub H. IV. 1. Vgl. ferner Schütz/Attendorn, Beilage MMR 4/2002, 1 (35).

387 Siehe dazu ausführlich Holzmagel/Koenig (Fn. 269), S. 14 ff.

388 Diese Vorschrift beginnt mit den Worten: „Wenn die nationalen Regulierungsbehörden prüfen, ob die Verpflichtungen nach Absatz 1 aufzuerlegen sind, insbesondere bei der Beurteilung der Frage, ob derartige Verpflichtungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen gemäß Artikel 8 der Richtlinie 2001/.../EG (Rahmenrichtlinie) stehen, tragen sie insbesondere den folgenden Faktoren Rechnung: [...]“ Anschließend folgt eine Aufzählung von sechs Abwägungsfaktoren.

389 Über den Verweis in Art. 12 Abs. 2 Zugangs-Richtlinie sind überdies die allgemeinen Regulierungsziele nach Art. 8 Rahmenrichtlinie zu beachten.



Vor diesem Hintergrund ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht eine Differenzierung zwischen Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen angezeigt: Der Rückgriff auf Fakturierungsdienstleistungen des Teilnehmernetzbetreibers für Entgeltforderungen, die im Wege des offenen Call-by-Call-Verfahrens oder im Wege des Internet-by-Call-Verfahrens erwirtschaftet werden, ist durch die Nutzung eines *unternehmensfremden Teilnehmernetzes* bedingt<sup>390</sup>. Dies stellt mithin eine spezifische Eigenschaft dieser besonderen Formen der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen dar. Mit dem Problem der Durchsetzung von Forderungen im Wege des Inkasso sieht sich demgegenüber jedes Unternehmen unabhängig von der Struktur des jeweiligen Marktes konfrontiert. Das Inkasso, verstanden als die außergerichtliche und gerichtliche Beitreibung von Forderungen, stellt sich daher als eine Notwendigkeit jeder gewinnorientierten Leistungserbringung dar<sup>391</sup>. Daraus ergeben sich für Fakturierungsdienstleistungen einerseits und Inkassodienstleistungen andererseits ganz unterschiedliche Ausgangslagen bezüglich der „Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs“ i. S. d. Art. 12 Abs. 2 lit. d Zugangs-Richtlinie: Diese Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs ist vor allem da gegeben, wo *telekommunikationsspezifische Besonderheiten* auftreten. Regelmäßig handelt es sich dabei um ganz unterschiedliche Probleme, die zumeist aus dem Umstand resultieren, dass es sich bei der Telekommunikation um einen Wirtschaftszweig handelt, der aus einem Monopolzustand (allmählich) in den Wettbewerb überführt wird. Das Gleiche gilt auch für *internetspezifische Besonderheiten*, wenn und soweit diese ihrerseits auf *telekommunikations-spezifischen Besonderheiten* beruhen. Wegen der technischen Ähnlichkeit des offenen Call-by-Call-Verfahrens im Sprachtelefondienst mit dem Internet-by-Call-Verfahren<sup>392</sup> ist das vorliegend der Fall. Die Nutzung des unternehmensfremden Teilnehmernetzes stellt – sowohl im Fall von Call-by-Call als auch bei Internet-by-Call – eine solche Besonderheit dar. Ist durch diese Besonderheit die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs gegeben, kann von einem „berechtigten Antrag“ i. S. d. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie gesprochen werden. Beim Inkasso fehlt es hingegen – wie gezeigt – an einer solchen telekommunikations- oder internetspezifischen Besonderheit; daher wäre ein entsprechender Antrag nicht i. S. d. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie „berechtigt“<sup>393</sup>.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Fakturierungsproblematik noch in Anhang II der Zugangs-Richtlinie kurz angesprochen wird. Dieser Anhang legt die „Mindestbestandteile des von gemeldeten Betreibern zu veröffentlichenden Standardangebots für den entbündelten Zugang zur Doppelader-Metallleitung des Teilnehmeranschlusses“ fest. In Punkt C findet sich unter der Überschrift „Informationstechnische Systeme“ die Aufzählung: „Bedingungen für den Zugang zu Betriebsunterstützungssystemen, informationstechnischen Systemen oder Datenbanken des gemeldeten Betreibers für Vorbestellung, Bereitstellung, Auftragserteilung, Anforderung von Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten sowie *Abrechnung*“<sup>394</sup>. Für den entbündelten Zugang zur Doppelader-Metallleitung des Teilnehmeranschlusses bestätigt der Richtlinienentwurf damit die Bedeutung der Fakturierungsdienstleistungen, indem er die Bedingungen für die

Abrechnung zu einem Mindestbestandteil des von gemeldeten Betreibern zu veröffentlichenden Standardangebots macht.

### 3. Defizite der derzeitigen Rechtslage

#### a) Einführung

Von Seiten der Wettbewerber werden zum Teil die zusätzlichen Kosten durch die auf den Vermittlungsvorschlag der RegTP zurückgehende Einigung bezüglich Inkasso und Fakturierung mit der DTAG beklagt. Auch fehle es in diesem so wichtigen Bereich der Regulierung der Telekommunikationsmärkte nach wie vor an Rechtssicherheit. Verschiedentlich wird darüber hinaus moniert, dass das derzeitige Billing-System einen Vorteil für T-Online gegenüber allen anderen Internet Service Providern biete. T-Online kämen Synergieeffekte zugute, die sich daraus ergäben, dass die T-Online-Abrechnungen und die Telefonrechnungen der DTAG in einem Vorgang verknüpft seien<sup>395</sup>.

Vorteile aus der Konzernverbundstruktur der DTAG und T-Online können dabei im vorliegenden Kontext vor allem in zwei Bereichen auftreten: gemeinsame Nutzung von Kundendaten und gemeinsame Nutzung von Abrechnungssoftware. Insofern ergeben sich aus der vertikalen Integration dieser Unternehmen „vertikale Synergien“.

Vor dem Hintergrund dieser Kritik versuchen die folgenden Ausführungen, einzelne Fragen rechtsdogmatisch aufzuarbeiten, um so aufzuzeigen, ob in diesem Bereich ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich ist. Die Darstellung beginnt dabei mit rechtsdogmatischen Maßstäben zur Einordnung von Fakturierung und Inkasso (D.III. 3. b), wendet sich dann dem Problem zu, ob Online-Verbindungen von der Verpflichtung des § 15 TKV erfasst sind (D.III. 3. c), untersucht das Sonderproblem der Anwendbarkeit des § 33 TKG auf „Content-Dienste“ (D.III. 3. d) und behandelt abschließend die Frage, ob der Gesetzgeber hinsichtlich der erwähnten „vertikalen Synergien“ gefordert ist (D.III. 3. e).

390 Für die Parallelproblematik im deutschen Telekommunikationsrecht so bereits *Holznel/Koenig* (Fn. 269), S. 125.

391 In diesem Sinne für das Parallelproblematik im deutschen Telekommunikationsrecht *Holznel/Koenig* (Fn. 269), S. 125; insoweit zustimmend auch *Säcker/Callies*, K&R 1999, 337 (344).

392 Siehe zu dieser Ähnlichkeit etwa RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (301 f.).

393 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der zweite Halbsatz von Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangs-Richtlinie keine zusätzlichen Tatbestandsmerkmale enthält, sondern Ermessensleitlinien für die nationalen Regulierungsbehörden vorgibt. Der dort genannte Fall („wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingung mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden“) ist allerdings lediglich beispielhaft aufgeführt, wie sich aus dem Wortlaut eindeutig ergibt („unter anderem“). Interessanterweise sind diese Ermessensleitlinien subjektiv gewendet, d.h., eine Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene muss nicht tatsächlich vorliegen. Es reicht vielmehr der *Glaube der nationalen Regulierungsbehörde an das Vorliegen einer derartigen Situation* aus.

394 Hervorhebung hinzugefügt. In der englischen Fassung wird an Stelle des Ausdrucks „Abrechnung“ der Begriff „billing“ verwandt.

395 Vgl. etwa *Pelzel*, *Deregulierte Telekommunikationsmärkte*, 2001, S. 163 f.



b) Rechtsdogmatische Maßstäbe zur Einordnung von Fakturierung und Inkasso als wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 TKG

aa) Einführung

Die oben<sup>396</sup> ausführlich dargestellte Entscheidung der RegTP vom 21. 2. 2000 widerspricht Stellungnahmen im Schrifttum<sup>397</sup> und ist auf Kritik gestoßen<sup>398</sup>. So wird einerseits die Einordnung von Inkassodienstleistungen und der Erstellung eines Einzelbindungsnachweises als wesentliche Leistung gänzlich abgelehnt<sup>399</sup>. Andererseits bezieht sich die Kritik hauptsächlich auf die Entscheidungsbegründung und insbesondere die Feststellung der RegTP, dass es Anbietern von Call-by-Call-Dienstleistungen aus rechtlichen Gründen verwehrt sei, die eigenen Leistungen selbst abzurechnen und beizutreiben<sup>400</sup>.

bb) Verhältnis zu den §§ 36, 37 TKG

Im Rahmen ihrer Erwägungen zur Bestimmung des Marktes, auf dem die marktbeherrschende Stellung nach § 33 Abs. 1 S. 1 TKG bestehen muss, ordnet die Beschlusskammer 3 die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen dem Markt für Zuführungsdienstleistungen zu<sup>401</sup>, um zu belegen, dass der Tatbestand der Norm auch dann erfüllt sei, wenn sich die Marktbeherrschung auf einen Markt für Vorprodukte beziehen würde. Der Zusammenhang ist evident, denn nur dann, wenn Verbindungen über ein unternehmensfremdes Teilnehmernetz zugeführt werden, entsteht eine für das Call-by-Call-Verfahren typische Konstellation, in der ein Dritter in die Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung eingeschaltet wird<sup>402</sup>.

(1) Unterschiedliche Beurteilungen durch die Beschlusskammern 3 und 4

Diese Zuordnung zu einem Markt für Zusammenschaltungsdienstleistungen wirft allerdings die Frage auf, ob Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen nicht vielmehr der Zusammenschaltung nach §§ 36, 37 TKG unterfallen und dementsprechend von der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG erfasst werden<sup>403</sup>. Die Beschlusskammer 3 setzt sich mit ihrer Entscheidung zu Fakturierung und Inkasso damit in Widerspruch zur Praxis der für Zusammenschaltungen zuständigen Beschlusskammer 4. Letztere hatte es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 abgelehnt, Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen als „netzferne“ Leistungen in eine Anordnung nach § 37 TKG einzubeziehen<sup>404</sup>.

(2) Begründung der Beschlusskammer 4

Für die Beschlusskammer 4 ist weder aus den Vorschriften der NZV noch aus der Richtlinie 97/33/EG eine Einbeziehung von Fakturierung und Inkasso in Zusammenschaltungsvereinbarungen herzuleiten<sup>405</sup>. Ein Rückgriff auf die Regelung des § 5 NZV und die zugehörige Anlage hält die Beschlusskammer für nicht tragfähig, da diese Vorschrift wiederum anhand der §§ 36, 37 TKG auszulegen sei<sup>406</sup>, die eben keine Ausweitung auf „netzferne“ Dienstleistungen gestatten. Insbesondere werde das Unternehmen, bei dem Fakturierung und Inkasso als Zusammenschaltungsleistung nachgefragt werden, nicht als Netzbetreiber i. S. d. § 37 Abs. 1 TKG in Anspruch genommen, sondern als Vermarkter des Endkundennetzzu-

gangs<sup>407</sup>. Der daraus folgende Ausschluss der Inkasso- und Fakturierungsdienstleistungen aus der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG sei darüber hinaus auch mit den Regulierungszielen des TKG zu vereinbaren, da lediglich marktbeherrschende Unternehmen motiviert sein könnten, Konkurrenten von diesen Leistungen auszuschließen; diese würden aber explizit von § 33 TKG erfasst<sup>408</sup>.

(3) Fakturierung und Inkasso als möglicher Gegenstand von Zusammenschaltungsvereinbarungen

Diese Begründungen vermögen nicht zu überzeugen<sup>409</sup>. So wird zwar unzweifelhaft die Ermächtigung zur Ausgestaltung des Zusammenschaltungsverfahrens im Verordnungswege durch die begriffliche Reichweite der „Zusammenschaltung“ sachlich begrenzt. Soweit damit aber mehr ausgesagt sein soll, als dass eine Verordnung die jeweilige Ermächtigungsgrundlage nicht überschreiten darf, droht die Argumentation der RegTP zirkelschlüssig zu werden. Denn der Rückgriff auf die Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV soll ja gerade belegen, dass Inkasso- und Fakturierungsdienstleistungen Teil der Zusammenschaltung sein können. Ohne dass dies sicher ausgeschlossen werden kann, führt also auch die Auslegung von § 5 NZV im Hinblick auf den Begriff der Zusammenschaltung nicht weiter<sup>410</sup>.

Die Anlage zu § 5 NZV ist in den einschlägigen Punkten wie folgt formuliert:

*Anlage (zu § 5 Abs. 2).* Bestandteile einer Vereinbarung über besondere Netzzugänge einschließlich der Zusammenschaltung [...]

- b) Zugang zu zusätzlichen Dienstleistungen (Hilfs-, Zusatz- und fortgeschrittene Dienstleistungen); [...]
- j) Festlegung der Entgelte und deren Laufzeit für die bereitzustellenden Leistungen und den Zugang zu zusätzlichen Dienstleistungen; [...]
- k) Zahlungsbedingungen einschließlich Abrechnungsverfahren.

396 D.III.1. b.

397 Gersdorf/Witte, RTKom 2000, 22 ff.; Säcker/Callies, K&R 1999, 289 ff.; Säcker/Callies, K&R 1999, 337 ff.

398 Koenig/Loetz, K&R 2000, 153 ff.; vgl. aber auch die grundsätzlich positive Besprechung durch Rickert, K&R 2000, 206 ff.

399 So Gersdorf/Witte, RTKom 2000, 22 (27), und Säcker/Callies, K&R 1999, 337 (345), schon im Vorfeld der Entscheidung.

400 Koenig/Loetz, K&R 2000, 153 (156 ff.).

401 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (300).

402 Hier bilden auch Premium-Rate-Dienste (siehe zu diesen Diensten näher unten unter D.III.3. d aa) keine Ausnahme. Zwar entstehen hier Ansprüche Dritter auch dann, wenn die Nutzung über das Teilnehmer- und Verbindungsnetz desselben Unternehmens erfolgt. Diese sind allerdings keine Entgelte für Telekommunikationsdienstleistungen, sondern beruhen auf einem gesonderten Vertrag zwischen dem Anbieter des Contents und dem Teilnehmer.

403 Vgl. hierzu auch Schütz, MMR 2000, 313 (315); Holznagel/Koenig (Fn. 269), S. 117.

404 RegTP, Beschluss vom 14. 10. 1999 – BK 4c-99-036/Z 4. 8. 99 – „Kiel-Net“, teilweise abgedruckt in: MMR 2000, 383 f.

405 RegTP, Beschluss vom 14. 10. 1999 – BK 4c-99-036/Z 4. 8. 99 – „Kiel-Net“, MMR 2000, 383 (384).

406 Ebenda.

407 Ebenda.

408 Ebenda.

409 Siehe zum Folgenden bereits Holznagel/Koenig (Fn. 269), S. 118 f. Auf der Linie der Beschlusskammer 4 dagegen wohl Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 28 Rdnr. 18.

410 Holznagel/Koenig (Fn. 269), S. 118.

Diese Aufstellung weist evidente Übereinstimmungen mit dem Abschnitt 2 des Anhangs VII zur Richtlinie 97/33/EG auf:

*Anhang VII Abschnitt 2.* Weitere Punkte, deren Regelung in Zusammenschaltungsvereinbarungen gefördert werden soll [...]

- b) Zahlungsbedingungen einschließlich Abrechnungsverfahren; [...]
- o) Zugang zu Hilfs-, Zusatz- und innovativen Dienstleistungen; [...]

Die Richtlinie 97/33/EG war zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der NZV zwar noch nicht verabschiedet, der deutsche Gesetzgeber hat allerdings schon bei Schaffung des TKG versucht, diese zukünftigen Regelungen zu berücksichtigen<sup>411</sup>.

Sowohl die Richtlinie 97/33/EG als auch die Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV nennen Zahlungsbedingungen und Abrechnungsverfahren sowie den Zugang zu Hilfs- und Zusatzdienstleistungen als mögliche Bestandteile einer Zusammenschaltungsvereinbarung. Selbst wenn man die unter lit.k der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV und in Abschnitt 2 lit.b des Anhang VII der Richtlinie 97/33/EG genannten Abrechnungsverfahren – wie die Beschlusskammer 4 – nur auf das Verhältnis der Zusammenschaltungsparteien untereinander beziehen möchte, so verbleiben jedenfalls die Hilfs- und Zusatzdienstleistungen als möglicher Anknüpfungspunkt für eine Einbeziehung von Fakturierung und Inkasso in das gesetzliche Bild der Zusammenschaltungsvereinbarung<sup>412</sup>.

Die Richtlinie 97/33/EG erwähnt diese Dienstleistungen auch im Anhang IV

*Liste mit Beispielen von Elementen für Zusammenschaltungsentgelte (nach Art. 7 Abs. 3). [...]*

– variable Entgelte für Hilfs- und zusätzliche Dienstleistungen (z.B. Zugang zu Teilnehmerverzeichnisdiensten, Unterstützung durch Vermittlungskräfte, Datenerfassung, Entgeltberechnung, Fakturierung, vermittlungsgestützte und fortgeschrittene Dienste usw.); [...]

Entgeltberechnung und Fakturierung werden hier als mögliche Hilfs- oder Zusatzdienstleistung genannt und beziehen sich damit eindeutig nicht auf die Durchführung der Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen den beteiligten Netzbetreibern. Auch wenn damit noch nicht belegt ist, dass Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen zur „eigentlichen“<sup>413</sup> Zusammenschaltung – im Sinne des Begriffsverständnisses der Beschlusskammer 4 – gehören, verdeutlicht eine Auslegung im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des alten Rechtsrahmens, dass eine restriktive Interpretation der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV keinesfalls zwingend aus einem Rückgriff auf die §§ 36, 37 TKG folgen muss. Nichts anderes gilt – wie oben dargelegt – für die Vorgaben des neuen Rechtsrahmens.

Auch der Hinweis der Beschlusskammer 4, dass Fakturierung und Inkasso den Zusammenschaltungspartner nicht als „Netzbetreiber“, sondern als Vermarkter des Endkundenetz Zugangs betreffen würden, geht fehl. Auch die Nachfrage nach „eigentlichen“ Zusammenschaltungsdienstleistungen im engeren Sinne, wie Zuführung und Terminierung, richtet sich nicht bloß an den „Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes“, sondern

an den Betreiber eines Teilnehmernetzes. Mit gleichem Recht könnten also auch diese Leistungen aus der Anordnung nach § 37 Abs. 1 TKG als „uneigentlich“ ausgeklammert werden.

Entscheidend ist aber, dass das enge Begriffsverständnis der Beschlusskammer 4 der Funktionsweise der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG nicht gerecht wird. Durch die Zusammenschaltungsanordnung vermag der Regulierer auf ein Privatrechtsverhältnis einzuwirken bzw. ein solches zu schaffen<sup>414</sup>. Eine solche Anordnung hat allerdings nur ergänzende Funktion – soweit die Parteien sich einigen, ist eine Regelung durch Anordnung unmöglich. Der so geschaffene Vorrang der privat-autonomen Regelung bedeutet aber zugleich, dass die Parteien durch die Herausbildung von Marktüblichkeiten wiederum zur Konkretisierung des Begriffs der Zusammenschaltungsleistungen beitragen. Ein anderer Regelungsansatz, der eine präzisere und damit engere Umschreibung des Begriffs der Zusammenschaltungsvereinbarung hätte treffen können, war dem Gesetzgeber ohnehin auf Grund des Mangels an Informationen über die Erscheinungsformen von Zusammenschaltungsvereinbarungen in einem vollständig liberalisierten Umfeld damals unmöglich.

Die beteiligten Marktteilnehmer tragen also dazu bei, den „eigentlichen“ Bereich der Zusammenschaltungsdienstleistungen durch die Ausgestaltung ihrer Zusammenschaltungsvereinbarungen zu konkretisieren. Alle Verbindungsbetreiber, die als Beigeladene an dem Missbrauchsverfahren wegen der Änderung der Fakturierungs- und Inkasso-Bedingungen gegen die DTAG beteiligt waren, haben mit der DTAG eine Zusammenschaltungsvereinbarung abgeschlossen<sup>415</sup>. Die durch die Beschlusskammer 3 vorgenommene Zuordnung der Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen zum Zuführungsmarkt beruht also nicht nur allein auf rechtlichen Erwägungen, sondern deckt sich mit der Praxis. Die zwischen der DTAG und den Verbindungsbetreibern geschlossene Vereinbarung zu Fakturierung und Inkasso nennt in Punkt 1. 2. 1 das Bestehen einer Zusammenschaltungsvereinbarung auch explizit als Voraussetzung für die Erbringung dieser Dienstleistungen. Hieraus kann nur gefolgert werden, dass sich Fakturierung und Inkasso als Nebendienstleistungen der Zusammenschaltung auch der Regelung der §§ 36, 37 TKG zuordnen lassen. Gleiches ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass die Zusammenschaltungsanordnung gegenüber dem Parteiwillen subsidiär ist.

#### (4) Zwischenergebnis

Die Erbringung von Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen ist dem Zuführungsmarkt und damit der Zusammenschaltung zuzuordnen. Die Anwendbarkeit des § 37 Abs. 1 TKG versperrt allerdings nicht den Rückgriff auf § 33 Abs. 1 S. 1 TKG. Zu diesem Punkt führt die Beschlusskammer 4 zu Recht aus, dass die RegTP neben dem Verfahren nach § 37 TKG auch § 33 TKG anwenden

411 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 119.

412 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 119.

413 So wörtlich RegTP, Beschluss vom 14. 10. 1999 – BK 4c-99-036/Z 4. 8. 99 – „KielNet“, MMR 2000, 383 (384).

414 Vgl. hierzu Koenig/Loetz, K&R 1999, 298 ff.

415 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 121.

kann<sup>416</sup>. Auf Grund des Anordnungsanspruchs, der dem anrufenden Unternehmen im Rahmen eines Antrags nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG zusteht, besteht allerdings keine Wahlmöglichkeit der RegTP zwischen den beiden Rechtsgrundlagen.

Im Folgenden soll die Nachfrage von Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen daher auch am Maßstab des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG überprüft werden.

cc) Beurteilung im Hinblick auf den Begriff der wesentlichen Leistungen

#### (1) Marktabgrenzung durch die RegTP

Die von der Beschlusskammer 3 vorgenommenen Abgrenzungen der relevanten Märkte<sup>417</sup> für Sprachtelefon- und Auskunftsdienstleistungen, die im offenen Call-by-Call erbracht werden, für Mehrwertdienste und für Internet-by-Call sind zutreffend. Im Rahmen der Auslegung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG kommt es allein auf die Märkte an, auf denen die Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Unternehmen konkurrieren<sup>418</sup>. Die von der Beschlusskammer 3 vorgenommene Zuordnung der Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen zum Zuführungsmarkt ist – wie soeben gezeigt werden konnte – zutreffend, im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG aber irrelevant, da die Norm nicht auf einen irgendwie gearteten Markt für Vorprodukte abstellt, sondern allein an die Marktbeherrschung auf jenem Markt anknüpft, auf dem der nachfragende Wettbewerber konkurriert. Entscheidend ist, dass die Nachfrager auf diesen Märkten mit Dienstleistungen des Marktbeherrschers in Wettbewerb treten (wollen)<sup>419</sup>. Die im offenen Call-by-Call erbrachten Sprachtelefoniedienstleistungen konkurrieren mit den Fern- und Auslandsgesprächsprodukten der DTAG. Hier kann es natürlich nicht darauf ankommen, dass eine weitest gehende Produktidentität erforderlich wäre. Mittels des (offenen) Call-by-Call substituieren die Wettbewerber der DTAG gerade das Fehlen einer flächendeckenden eigenen Netzinfrastruktur. Gleiches gilt auch für die Erbringung von Mehrwertdiensten und für Internet-by-Call-Angebote, bei denen die Wettbewerber ebenfalls auf Zuführungsdienstleistungen durch die DTAG angewiesen sind.

#### (2) Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG

Der Begriff der „Leistung“ i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG ist nach allgemeiner Meinung weiter auszulegen als jener der Telekommunikationsdienstleistung nach § 3 Nr. 18 TKG<sup>420</sup>. Die Fakturierung und das Inkasso von Telekommunikationsdienstleistungen können demnach grundsätzlich unter den Begriff der Leistung nach § 33 Abs. 1 TKG gefasst werden.

Die DTAG greift intern auf diese Leistungen zurück, um ihre Telekommunikationsdienstleistungen zu vermarkten und bietet sie gleichzeitig am Markt für Wettbewerber an. Die interne Nutzung erfolgt teilweise für einzelne Komponenten der Fakturierung und des Inkasso, da beispielsweise ein Einzelverbindungs nachweis den gesetzlichen Vorgaben entsprechend nur auf Kundenwunsch erstellt werden darf (§ 14 S. 1 TKV, § 8 Abs. 1 S. 1 TDSV). Für Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen ergibt sich die Abgrenzbarkeit und Isolierbarkeit, die diese zu „entbündelt“ nachfragbaren Vorleistungen macht, zunächst

und unmittelbar aus der geltenden Vereinbarung zwischen den Verbindungsnetzbetreibern und der DTAG. Darüber hinaus ist offensichtlich, dass die Dienstleistungen im Rahmen des Inkasso zwar auf einer vorhergehenden Fakturierung aufbauen, aber nicht notwendigerweise zusammen erbracht werden müssen. Auch in dieser Hinsicht handelt es sich also bei Fakturierung und Inkasso um zwei getrennt nachfragbare, weil isolierbare, Vorleistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG<sup>421</sup>.

Sowohl die Fakturierung von Telekommunikationsdienstleistungen als auch das Inkasso unterfallen daher dem Begriff der Leistung i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG und sind auch als isolierbare Komponenten der unternehmensinternen Leistungsbereitstellung zu identifizieren. Dasselbe gilt für die Erstellung des Einzelverbindungs nachweises.

#### (3) Wesentlichkeit der Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG

Die Beschlusskammer 3 kommt zu dem Ergebnis, dass für die Wettbewerber weder tatsächliche noch potenzielle Alternativen zu den Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen der DTAG bestehen. Diese Dienstleistungen seien aus rechtlichen, tatsächlichen und wirtschaftlichen Gründen weder durch die Verbindungsnetzbetreiber noch durch Dritte zu erbringen<sup>422</sup>. Die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen sind daher aus Sicht der Beschlusskammer 3 als wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG zu betrachten.

Die Beschlusskammer ist in ihrer Bestimmung der Wesentlichkeit der Leistungen noch dem überkommenen Verständnis des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG<sup>423</sup> verhaftet und versucht die Wesentlichkeit der Leistung anhand der (unzumutbaren bzw. unmöglichen) Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit durch die Wettbewerber zu bestimmen. Damit fällt sie in die von ihr selbst abgelehnten Kategorien der Essential Facilities-Doktrin zurück.

Die hierzu vorgetragenen Erwägungen der Beschlusskammer sind angreifbar und vermögen letztlich nicht zu überzeugen<sup>424</sup>. Als geradezu schädlich erweist sich die Annahme, dass selbst rechtliche Gründe – nämlich Vorschriften des Daten- und Verbraucherschutzes – einer Duplizierung dieser Dienstleistungen durch die Wettbewerber oder Dritte entgegenstünden<sup>425</sup>. In der Hauptsache stützt sich die Beschlusskammer 3 auf Vorschriften, die dem Daten- und Verbraucherschutz dienen, also eine an-

416 Beschluss vom 14. 10. 1999 – BK 4c-99-036/Z 4. 8. 99= „KielNet“, MMR 2000, 383 (384), wengleich die daran im konkreten Fall anknüpfenden Folgerungen einer Differenzierung zwischen § 37 TKG und § 33 TKG anhand der Marktmacht des betreffenden Unternehmens nicht zu überzeugen vermögen.

417 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (300 ff.).

418 *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 10f. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Schulz* (Fn. 278), S. 208 ff.

419 *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 10f.

420 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1404); OVG Münster, MMR 1998, 493 (494); VG Köln, MMR 1998, 238 (241); MMR 2000, 634 (636); RTKom 2001, 256 (259); *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 18f.; *Säcker/Calliess*, K&R 1999, 337 (342); *Kurth*, MMR 2001, 653 (655); *Manssen*, in: *Manssen* (Fn. 149), § 3 TKG Rdnr. 32.

421 *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 123.

422 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (303 ff.).

423 Siehe dazu näher *Koenig/Loetz*, K&R 2000, 153 (155 f.); *Holznapel/Koenig* (Fn. 269), S. 53 ff.

424 Hierzu ausführlicher *Koenig/Loetz*, K&R 2000, 153 ff.

425 Vgl. *Koenig/Loetz*, K&R 2000, 153 (157 ff.).

dere Schutzrichtung aufweisen als § 33 Abs. 1 S. 1 TKG, um das Ergebnis zu begründen, dass Inkasso und Fakturierung (mit Ausnahme des Mahnwesens) als wesentliche Leistungen i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG zu behandeln sind.

Wie bereits dargelegt, ist eine nachgefragte Leistung dann wesentlich i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG, wenn diese telekommunikationsspezifisch für das vom Nachfrager erstellte Produkt ist, das auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit mit Angeboten des Marktbeherrschers konkurriert<sup>426</sup>. Die so bestimmte Wesentlichkeit der Leistung ist objektiv und für den Einzelfall im Hinblick auf den „Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ zu bestimmen. Wesentlich sind demnach sämtliche intern genutzten und am Markt angebotenen Leistungen des Marktbeherrschers, ohne die ein Tätigwerden des Wettbewerbers mit seinem konkreten Produkt auf diesem Markt praktisch nicht möglich ist. Wird ein Vorprodukt für jene Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit nachgefragt, für die das Unternehmen i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG marktbeherrschend ist, so ist dieser Anspruch zweifelsfrei begründet, da die Eigennutzung durch den Marktbeherrscher zweifelsfrei belegt, dass es sich um eine Leistung handelt, die für das relevante Produkt spezifisch ist<sup>427</sup>.

Handelt es sich demgegenüber bei der nachgefragten Leistung nicht um ein Vorprodukt im eigentlichen Sinne, welches in der Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit aufgeht, so muss darüber hinaus geprüft werden, ob die nachgefragte Leistung für die Erstellung des konkurrierenden Produkts des Wettbewerbers eine spezifische Voraussetzung ist, das vom Wettbewerber geplante Produkt also ohne eine solche Leistung nicht denkbar wäre<sup>428</sup>.

Ist eine nachgefragte Leistung telekommunikationsspezifisch, um ein Produkt anzubieten, das auf diesem Markt mit Angeboten des Marktbeherrschers konkurriert, so ist diese Leistung wesentlich<sup>429</sup>. Für die technische Erbringung der einschlägigen Dienstleistungen ist der Rückgriff auf Inkasso- und Fakturierungsdienstleistungen nicht erforderlich. Inkasso und Fakturierung stellen sich also nicht als Vorprodukt im engeren Sinne dar, welches auf einer niedrigeren Wertschöpfungsstufe anzusiedeln wäre und im Endprodukt (der Telekommunikationsdienstleistung) aufginge. Dies ist jedoch auch nicht erforderlich<sup>430</sup>. Der Begriff der „Leistung“ i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG beschränkt sich gerade nicht auf das Verhältnis Vorprodukt – Endprodukt, sondern vermag differenzierter alle diejenigen Produktionsfaktoren zu erfassen, auf die das marktbeherrschende Unternehmen intern zurückgreifen kann<sup>431</sup>.

Wirtschaftlich betrachtet ist demgegenüber jede Entgeltforderung, die nicht in Rechnung gestellt und begetrieben werden kann, wertlos<sup>432</sup>. Jedes auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG konkurrierende Produkt ist ohne entsprechende Fakturierung und Inkasso also wirtschaftlich undenkbar.

Einzig die Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen den Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen sowie der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit könnte vorliegend zweifelhaft sein.

Denn ein Unternehmen muss für jedes Produkt, das auf einem beliebigen Markt angeboten wird, die Möglichkeit haben, den Entgeltanspruch gegenüber dem Abnehmer geltend zu machen. Diese *allgemein* für Marktteilnehmer bestehende Notwendigkeit, Fakturierungs- und gegebenenfalls Inkassodienstleistungen zu nutzen, könnte zu der Annahme führen, dass die entsprechenden Dienstleistungen nicht für den jeweiligen Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, also für die Produkte der Wettbewerber, spezifisch und damit auch nicht wesentlich i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG sind.

Der Rückgriff auf Fakturierungsdienstleistungen des Teilnehmernetzbetreibers für Entgeltforderungen, die im (offenen) Call-by-Call erwirtschaftet werden, ist jedoch durch die Nutzung eines unternehmensfremden Teilnehmernetzes bedingt<sup>433</sup>. Dies stellt eine spezifische Eigenschaft dieser Märkte für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit dar. Die nachgefragten Fakturierungsdienstleistungen sind mithin spezifisch und stellen sich somit als Wesensmerkmal der in Frage stehenden Telekommunikationsprodukte dar. Die Fakturierung ist demnach als wesentliche Leistung i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG zu betrachten.

Mit dem Problem der Durchsetzung von Forderungen im Wege des Inkasso wird demgegenüber jedes Unternehmen unabhängig von der Struktur des jeweiligen Marktes konfrontiert. Das Inkasso, verstanden als die außgerichtliche und gerichtliche Beitreibung von Forderungen, ist damit grundsätzlich kein wesentlicher Bestandteil der fraglichen Telekommunikationsprodukte, sondern stellt sich zunächst als eine Notwendigkeit *jeder* gewinnorientierten Leistungserbringung dar<sup>434</sup>.

Allerdings sind auch hier die telekommunikationsrechtlich bedingten Besonderheiten der Märkte für Call-by-Call-Produkte zu berücksichtigen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die §§ 14, 15 TKV auf Grund ihrer verbraucherrechtlichen Schutzrichtung nicht geeignet sind, eine Verpflichtung des Teilnehmernetzbetreibers zur Durchführung der Fakturierung und des Inkassos zu begründen<sup>435</sup>. Faktisch haben die Regelungen des § 15 Abs. 1 TKV und das Inkasso durch die DTAG jedoch dazu geführt, dass eine einheitliche Rechnung und damit verbunden auch die Möglichkeit zur Begleichung derselben durch einen einzigen Zahlvorgang zum konstitutiven Element von Produkten geworden ist, die im offenen Call-by-Call erbracht werden. Selbst wenn die gegenüber dem Kunden aus § 15 Abs. 1 S. 3 TKV bestehende Verpflichtung zur schuldbefreienden Entgegennahme von Zahlungen im Verhältnis zu Verbindungsnetzbetreibern keine normative Wirksamkeit entfaltet, so sind deren tatsächliche Auswirkungen auf die Marktgängigkeit von Call-by-Call-Angeboten jedoch zu berücksichtigen. Die

426 Siehe oben unter D.I.3.

427 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 124.

428 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 124.

429 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 84.

430 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 60.

431 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 124. Zum selben Ergebnis gelangt auch das OVG Münster, MMR 2000, 631 f.

432 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 125.

433 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 125. Siehe auch die obigen (D.III.2.) Erwägungen zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

434 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 125. Siehe auch die obigen (D.III.2.) Erwägungen zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

435 Vgl. D.III.3. b cc (3).

Bereitstellung einer einheitlichen Zahlstelle, über die der Kunde auch die Forderungen von Verbindungsnetzbetreibern durch einen einzigen Zahlvorgang begleichen kann, ist demnach solange als Besonderheit dieser Märkte zu betrachten, wie konkurrierende Produkte, die auf andere Weise abgerechnet werden, nicht eine vergleichbare Marktgängigkeit besitzen. Unter dieser Bedingung folgt aus § 33 Abs. 1 S. 1 TKG ebenfalls ein Anspruch des Verbindungsnetzbetreibers gegen den Teilnehmernetzbetreiber auf Bereitstellung einer einheitlichen Zahlstellung, über die Kunden mit schuldbefreiender Wirkung durch einen Zahlvorgang ihre Verbindlichkeiten aus der Inanspruchnahme von offenen Call-by-Call-Diensten tilgen können<sup>436</sup>.

#### dd) Ergebnis

Die Nachfrage nach Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen gegenüber einem anderen Netzbetreiber ist sachlogisch durch dessen Funktion als Teilnehmernetzbetreiber bedingt. Diese Dienstleistungen sind daher richtigerweise dem Zuführungsmarkt zuzuordnen und unterfallen – entgegen der Spruchpraxis der Beschlusskammer 4 der RegTP – der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG. Soweit die Vertragsparteien einer Zusammenschaltungsvereinbarung in diesem Punkt keine Einigung erzielen können und die Regulierungsbehörde nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG angerufen wird, ist diese demnach verpflichtet, diese Leistungen in eine Zusammenschaltungsanordnung einzubeziehen. Demnach kann die RegTP die Zusammenschaltungsanordnung auf all jene Punkte erstrecken, die Gegenstand einer Zusammenschaltungsvereinbarung sein können und über welche die Parteien keine Einigung erzielen konnten<sup>437</sup>.

Bei einer Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG sind Fakturierungsdienstleistungen als wesentliche Leistungen im Sinne der Norm zu betrachten. Für das Inkasso der so berechneten Entgeltforderungen gilt hingegen, dass dieses nicht zu den objektiv bestimmten Wesensmerkmalen der Telekommunikationsdienstleistung zu zählen ist, soweit die einzelnen Teilleistungen unspezifisch sind, also auch zur Durchsetzung von Forderungen auf anderen Waren- oder Dienstleistungsmärkten benötigt werden. Inkassodienstleistungen stellen daher, mit Ausnahme der Bereitstellung einer einheitlichen Zahlstelle für den Rechnungsbetrag, keine wesentliche Leistung i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG dar. Dieser Auslegung entsprechen auch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

#### c) Anwendung von § 15 Abs. 1 S. 1 TKV auch auf Online-Verbindungen und „Content-Dienste“?

Zu klären ist in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob die implizite Einschätzung der RegTP zutreffend ist, dass auch das Entgelt anderer Verbindungsnetzbetreiber für Internet-by-Call-Verbindungen nach § 15 TKV durch den Teilnehmernetzbetreiber auf der Kundenrechnung mit aufzuführen ist<sup>438</sup>. Die Bedeutung dieser Frage erhellt sich vor dem Hintergrund, dass die RegTP in ihrer Entscheidung vom 21. 2. 2000 die Auffassung vertreten hat, dass bei der Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG die §§ 14, 15 TKV zu berücksichtigen seien<sup>439</sup>. Die Rechte der Kunden aus §§ 14 f. TKV seien als „Reflex auf die Zugangsrechte der Wettbewerber“ nach § 33 Abs. 1 TKG zu berücksichtigen<sup>440</sup>. Es wurde oben<sup>441</sup> bereits nachgewiesen,

dass dieser Ansatz der RegTP unzutreffend ist. Gleichwohl soll – auf der Basis der Prämisse der RegTP – der angesprochenen Frage zur Auslegung des § 15 TKV hier nachgegangen werden, da nicht auszuschließen ist, dass die RegTP bei weiteren Entscheidungen im Rahmen des § 33 TKG wiederum auf diesen Argumentationsstrang zurückgreift.

In der Regierungsbegründung zu § 15 TKV wird von der Aufnahme aller kostenpflichtigen „Sprachkommunikationsdienstleistungen“ in die Rechnung gesprochen<sup>442</sup>. Dieser Terminus wird weder im TKG noch in der TKV definiert<sup>443</sup>. Allerdings verwendet der Gesetzgeber den Begriff auch in § 12 TKG. Dort wird der Ausdruck dahingehend verstanden, dass neben den in § 3 Nr. 15 TKG definierten Sprachtelefondiensten auch die Vermittlung und der Transport von Sprache in Echtzeit über Mobilfunknetze erfasst ist<sup>444</sup>. Im Wortlaut von § 15 Abs. 1 S. 1 TKV findet sich eine solche Einschränkung auf Sprachtelefondienstleistungen jedoch nicht, vielmehr werden alle von einem Anschluss geführten Verbindungen erfasst<sup>445</sup>. Doch nicht nur die Wortlautauslegung von § 15 Abs. 1 S. 1 TKV spricht gegen das Ausklammern von Online-Verbindungen und anderen Telefondienstleistungen, die keine Sprachtelefondienste sind, aus der Verpflichtung des § 15 TKV. Auch aus einer teleologischen Auslegung von § 15 TKV ergibt sich, dass Online-Verbindungen ebenfalls der Verpflichtung aus dieser Vorschrift unterfallen: Ziel der Bestimmung ist es, den Kunden so klar und übersichtlich wie möglich über seine Telekommunikationskosten zu informieren<sup>446</sup>. Dieser Gesetzeszweck beansprucht nicht nur für Telefongespräche Geltung, sondern auch für Faxe und insbesondere für Verbindungen zum Internet, da bei der Inanspruchnahme von Internet-by-Call-Angeboten nicht selten Dutzende von kurzen Verbindungen an nur einem Tag anfallen<sup>447</sup>. Es würde dem angesprochenen Gesetzeszweck zuwiderlaufen, wenn ein Kunde eine Rechnung für seine Telefongespräche, eine für seine Faxe und eine weitere Rechnung für seine Verbindungen zum Internet erhalten würde<sup>448</sup>.

Dieser Auslegung entspricht auch die Rechtsprechung des BGH. Dieser äußerte sich in einer Entscheidung vom 22. 11. 2001, die vornehmlich die Frage betraf, ob eine etwaige Sittenwidrigkeit eines Telefonsexvertrags auch

436 Holznapel/Koenig (Fn. 269), S. 126.

437 Dazu bereits Koenig/Loetz, K&R 1999, 298 (303).

438 Vgl. RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (308).

439 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (304).

440 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (304).

441 Unter D.III.3. b cc (3).

442 BR-Drucks. 551/97.

443 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (308); Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (9).

444 Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149) § 12 Rdnm. 12 f.; Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (9); Büchner, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 12 Rdnr. 4; Penning, CR 2002, 22 (25).

445 Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (9).

446 Vgl. auch Leo, K&R 1998, 381 (383); Nießen, in: Manssen (Fn. 149), § 41/§ 15 TKV Rdnr. 2 (Stand: November 2001). Siehe ferner VG Köln, MMR 2000, 634 (637).

447 Ähnlich Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (9); Leo, K&R 1998, 381 (383); Nießen, in: Manssen (Fn. 149), § 41/§ 15 TKV Rdnm. 7–9 (Stand: November 2001).

448 Vgl. Penning, CR 2002, 22 (25); Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (9); Nießen, in: Manssen (Fn. 149), § 41/§ 15 TKV Rdnm. 8 f. (Stand: November 2001).



auf den Telefondienstvertrag durchschlägt<sup>449</sup>, auch zur Reichweite des § 15 TKV. Der BGH führte dazu aus: „Im Interesse der Erhaltung der ‚Marktgängigkeit‘ kostenpflichtiger (und zum größten Teil rechtlich unbedenklicher) Sprachkommunikationsdienstleistungen, die nicht zuletzt im Interesse der Kunden liegt, sind nach § 15 Abs. 1 der TKV bei der Inanspruchnahme von TKV-Dienstleistungen anderer Unternehmen alle kostenpflichtigen Dienstleistungen [...] in einer Rechnung zusammenzufassen, ohne dass es erforderlich ist, die auf die verschiedenen Dienstleistungen entfallenden Entgeltanteile gesondert auszuweisen. Es genügt die Angabe des Gesamtentgelts. Zwar erfasst der Wortlaut der Bestimmung nicht ausdrücklich (auch) Telefonmehrwertdienste. Eine dahingehende Auslegung ist jedoch naheliegend und steht im Einklang mit den vorläufigen Regeln der RegTP sowie der Rechtsauffassung der BK 3 der RegTP [...]“<sup>450</sup>

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass neben Sprachkommunikationsleistungen auch Verbindungen zum Internet von der Rechnungsstellungspflicht des Teilnehmeranschlusssbetreibers aus § 15 TKV erfasst sind<sup>451</sup>.

Fraglich ist, ob § 15 TKV sich darüber hinaus auch auf Entgelte für „Content-Dienste“ erstreckt. Wie oben erwähnt<sup>452</sup>, hatte das VG Köln in seiner Entscheidung vom 3. 8. 2001 die Anwendbarkeit von § 33 Abs. 1 TKG auf Fakturierungs- und Inkassoleistungen für „Content-Dienste“ unter anderem deshalb verneint, weil die Entgelte für „Content-Dienste“ von der nach § 15 Abs. 1 TKV vorgeschriebenen einheitlichen Rechnungsstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber nicht erfasst seien. Der oben zitierten Passage aus dem Urteil des BGH lässt sich hingegen entnehmen, dass das Gericht – das diese Frage freilich nicht zu entscheiden hatte – der Auffassung zuneigt, auch „Content-Dienste“ seien von der Verpflichtung aus § 15 TKV erfasst<sup>453</sup>. Die Gegenüberstellung der beiden Auffassungen des VG Köln einerseits und des BGH andererseits deutet bereits an, wie die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang lautet: Ist die Wendung „Entgelte für Verbindungen“ in § 15 TKV lediglich auf Entgelte für reine Telekommunikationsdienstleistungen beschränkt oder kann § 15 TKV vielmehr in einem umfassenderen Sinne verstanden werden? Zu Gunsten der zweiten Auslegungsmöglichkeit spricht zunächst der verbraucher-schützende Charakter des § 15 TKV, der für einen weiten Anwendungsbereich der Vorschrift streitet. Aus der Sicht des Kunden, zu dessen Gunsten die TKV geschaffen wurde, zerfällt der Begriff „Verbindung“ zudem dann nicht in einen Anteil für die technische und einen für die inhaltliche Dienstleistung<sup>454</sup>. Insofern führt in diesem Zusammenhang der kunden- bzw. verbraucher-schützende Charakter der TKV dazu, dass die ansonsten geltende Trennung von Inhalt und Übertragung hier ausnahmsweise durchbrochen wird. Diese Durchbrechung lässt sich vor dem Hintergrund der Bedeutung des Verbraucherschutzes rechtfertigen, der im deutschen Recht – als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips<sup>455</sup> – und im Gemeinschaftsrecht (vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 lit. t, 95 Abs. 3, 153 EG) einen besonders hohen Rang genießt.

Für diese weite Auslegung des § 15 TKV spricht zudem der Sprachgebrauch des sekundären Gemeinschaftsrechts: So werden in Anhang I der Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie<sup>456</sup> diejenigen Einrichtungen und

Dienste beschrieben, bezüglich derer die Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 2 Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie sicherstellen müssen, dass bestimmte benannte Unternehmen diese bereitstellen, damit die Teilnehmer ihre Ausgaben überwachen und steuern können. Zu diesen Einrichtungen und Diensten zählt nach Anhang I Teil A lit. b Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie auch eine Einrichtung, mit welcher der Teilnehmer auf Antrag beim Telefondienstanbieter abgehende *Verbindungen*<sup>457</sup> bestimmter Arten oder bestimmte Arten von Nummern kostenlos sperren kann. Nach dem Zweck dieser Regelung – dem Teilnehmer zu ermöglichen, seine Ausgaben überwachen und steuern zu können (siehe Art. 10 Abs. 2 Nutzerrechte- und Universaldienst-Richtlinie) – muss diese Sperrmöglichkeit unabhängig davon gegeben sein, ob der Teilnehmer eine *Verbindung* etwa zu einer „normalen“ Telefonnummer, zu einem Premium-Rate-Dienst oder aber einem „Content-Dienst“ herstellt. Mithin spricht auch der Sprachgebrauch des sekundären Gemeinschaftsrechts für eine weite Auslegung von § 15 TKV.

#### d) Anwendbarkeit des § 33 TKG auf „Content-Dienste“

Die oben<sup>458</sup> in ihren Kernaussagen vorgestellte Entscheidung des VG Köln vom 3. 8. 2001 wirft eine Reihe von Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung von § 33 TKG und § 3 Nr. 18 TKG auf. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob es sich bei zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ um Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG handelt (D.III. 3. d aa). In einem zweiten Schritt bleibt zu erörtern, ob Fakturierung und Inkasso für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 TKG sind (D.III. 3. d bb).

449 BGH, MMR 2002, 91 ff.

450 BGH, MMR 2002, 91 (93); insoweit der Entscheidung im Ergebnis und in der Begründung zustimmend Müller, MMR 2002, 93 (94); Draznin, MDR 2002, 265 (267). Trotz Bedenken hinsichtlich des Wortlauts im Ergebnis wohl ebenfalls zustimmend Hahn, TMR 2002, 43 (45).

451 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (308); Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 4/2000, 1 (9); Penning, CR 2002, 22 (25); Leo, K&R 1998, 381 (383); Säcker/Callies, K&R 1999, 289 (295). Zuzugestehen ist allerdings, dass § 15 TKV insofern systematisch unzutreffend eingeordnet ist, vgl. die Überschrift des zweiten Teils („Sprachkommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“). Darauf stellt Grote, Telekommunikations-Kundenschutzverordnung – Kommentar, 2000, § 15 Rdnr. 3, ab, die daher wohl Online-Verbindung aus der Verpflichtung des § 15 TKG ausklammern will, ohne dies jedoch näher argumentativ zu stützen. Gleiches gilt für die Ansicht von Graf von Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 71 f.

452 D.III.1. d.

453 Darauf deutet insbesondere die Formulierung „alle kostenpflichtigen Dienstleistungen“ in der oben zitierten Passage hin.

454 Penning, CR 2002, 22 (26). In diese Richtung auch Draznin, MDR 2002, 265 (267). Für Auskunftsdienste ähnlich Graf von Westphalen/Grote/Pohle (Fn. 451), S. 35. Fraglich ist allerdings, ob dies auch dann noch gilt, wenn Zugang und Inhalt – für den Kunden deutlich erkennbar – nicht aus einer Hand angeboten werden. Als Beispiel für diese Konstellation möge ein kostenpflichtiger Abruf etwa des Leitartikels einer Zeitschrift über das Internet dienen. In diesem Fall dürfte dem durchschnittlichen Kunden klar sein, dass der Aufbau und das Halten einer Verbindung einerseits und der Inhalt andererseits nicht aus einer Hand stammen.

455 Siehe zu diesen Zusammenhängen nur Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band 1, 1996, Art. 20 (Sozialstaat) Rdnr. 40; Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 229.

456 Vgl. zu dieser Richtlinie die Nachweise in Fn. 5.

457 Hervorhebung hinzugefügt.

458 D.III.1. d.

aa) „Content-Dienste“ als Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG?

Wie oben dargestellt, gelangte das VG Köln zu der Einschätzung, es spreche einiges dafür, dass *Mehrwertdienste* insgesamt – und zwar unabhängig von der Art ihrer Tarifierung – nicht als Telekommunikationsdienstleistungen zu qualifizieren seien<sup>459</sup>.

Die Entscheidung des VG Köln vom 3. 8. 2001 krankt bereits daran, dass darin alle Mehrwertdienste ohne nähere Betrachtung etwaiger Unterschiede über einen Kamm geschert werden. Grundsätzlich zeichnen sich Mehrwertdienste dadurch aus, dass in der Regel von den Netzbetreibern unabhängige Unternehmen die Telefondienste der Netzbetreiber als Transportmittel oder Medium nutzen, um ihre Dienste zu erbringen<sup>460</sup>. Eine genauere Bestimmung des Begriffs erweist sich jedoch als schwierig, da dieser Begriff – der im TKG nicht benutzt wird<sup>461</sup> – sehr unterschiedlich gebraucht wird.

So fasst etwa die RegTP in ihrer Entscheidung vom 21. 2. 2000 unter diesen Begriff nur so genannte Premium-Rate- und Shared-Cost-Dienste<sup>462</sup>. Charakteristischem der Premium-Rate-Dienste ist die bundeseinheitliche Dienstekennzahl 0190 (zukünftig 0900)<sup>463</sup>. Bei diesen Diensten wird über das Aufbauen und Halten einer Verbindung hinaus eine davon unabhängige Dienstleistung (Inhalt) erbracht, für die ein gesondertes Entgelt zu zahlen ist<sup>464</sup>. Shared-Cost-Dienste hingegen zeichnen sich dadurch aus, dass das zu zahlende Verbindungsentgelt grundsätzlich zwischen Anrufer und Angerufenem geteilt wird<sup>465</sup>. Nicht zu den Mehrwertdiensten zählte die RegTP dabei so genannte Free-Phone-Serviceummern (0130 und 0800), bei denen der Anrufer für die Verbindung zum Angerufenen kein Entgelt bezahlt<sup>466</sup>. Systematisierungsversuche in der Literatur erfassen hingegen zusätzlich auch Free-Phone-Dienste als Mehrwertdienste<sup>467</sup>. Im Gegensatz zu dem engen Verständnis der RegTP wird der Begriff der Mehrwertdienste zum Teil jedoch erheblich weiter verstanden. Nach diesem weiten Verständnis sind auch Online-Dienste immer vom Begriff der Mehrwertdienste umfasst<sup>468</sup>.

Vor dem Hintergrund dieses Begriffswirrwarrs<sup>469</sup> bietet es sich an, auf den Begriff des Mehrwertdienstes in diesem Kontext<sup>470</sup> ganz zu verzichten und stattdessen die Frage nach der Anwendbarkeit von § 3 Nr. 18 TKG für die einzelnen Dienste separat zu untersuchen.

Nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 18 TKG versteht man unter Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des TKG das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Telekommunikation wiederum ist nach § 3 Nr. 16 TKG der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen<sup>471</sup>. Aus dem Nebeneinander von Anzeige- und Lizenzpflicht im TKG ergibt sich, dass das TKG nicht nur den Bereich „Netzbetrieb“ regelt, sondern auch den Bereich „Dienste“<sup>472</sup>. Wäre unter Telekommunikationsdienstleistungen allein die Bereitstellung von Telekommunikationsleistungen zu verstehen, wäre die Unterscheidung der Bereiche „Telekommunikationsdienstleistung“ und „Betreiben von Übertragungswegen“ sinnlos, weil dann die Lizenzpflicht des § 6 TKG alle Ar-

ten von Telekommunikationsdienstleistungen erfassen würde<sup>473</sup>. Es werden vielmehr auch Dienstleistungen erfasst, die nicht (allein) aus dem Bereitstellen von Übertragungswegen bestehen<sup>474</sup>. Dies ergibt sich auch aus § 3 Nr. 19 TKG, wonach das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit neben anderen Diensten auch das Angebot von Übertragungswegen an Dritte umfasst.

Danach sind sowohl Shared-Cost-Dienste als auch Free-Phone-Dienste als Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG einzustufen<sup>475</sup>. Der einzige Unterschied dieser Dienste im Vergleich zu „normalen“ Telefongesprächen besteht hier in einer Veränderung der Regelungen über den Schuldner des Verbindungsentgelts: Das für das Gespräch zu entrichtende Entgelt wird ganz (Free-Phone) oder teilweise (Shared-Cost) dem Angerufenen auferlegt.

Etwas komplizierter ist die Rechtslage hingegen bei den Premium-Rate-Diensten: Bezüglich des Aufbaus und des Haltens der Verbindung handelt es sich unzweifelhaft um

459 VG Köln, RTKom 2001, 256 (259).

460 Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 12/1999, 1 (1); vgl. auch Pawlita, in: Jung/Warnecke (Fn. 166), S. 3–80. Zur Verwendung dieses Begriffs bzw. seiner englischen Entsprechung „value-added service“ (oder „enhanced services“) im Telekommunikationsvölkerrecht siehe Koenig/Braun, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 1, D. II.

461 Graf von Westphalen/Grote/Pohle (Fn. 451), S. 33.

462 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (301).

463 Penning, CR 2002, 22 (25). Vgl. auch Paul/Mellewig, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 43 Rdnrn. 116 ff.

464 Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 12/1999, 1 (2); Paul/Mellewig, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 43 Rdnr. 117; Penning, CR 2002, 22 (25).

465 Paul/Mellewig, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 43 Rdnr. 104; Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 12/1999, 1 (2).

466 RegTP, Entscheidung vom 21. 2. 2000 – BK 3a-99/032, MMR 2000, 298 (301); siehe auch Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 12/1999, 1 (2).

467 Piepenbrock/Müller, Beilage zu MMR 12/1999, 1 (2); Grote (Fn. 451), § 15 Rdnr. 4. Vgl. auch Paul/Mellewig, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 43 Rdnr. 131, die u.a. auf die VfG. 138/1997 des BMPT (ABl. BMPT Nr. 17 vom 18. 6. 1997) verweisen. Zum Teil werden auch Auskunftsdienste als Mehrwertdienste eingestuft, so etwa Graf von Westphalen/Grote/Pohle (Fn. 451), S. 33 ff. Vgl. auch die Hinweise zum Gemeinschaftsrecht in der folgenden Fußnote.

468 Ein solches Begriffsverständnis findet sich etwa bei Pawlita, in: Jung/Warnecke (Fn. 166), S. 3–81. In diesem Sinne wohl auch Mayer, Das Internet im öffentlichen Recht, 1999, S. 158. Sehr umfassend jetzt auch Art. 2 lit. g der neuesten Fassung des Datenschutzrichtlinien-Entwurfs (Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation vom 29. 1. 2002; im WWW abrufbar unter der URL: [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/new\\_rf/documents/cs%20compo%20data%20protec%20de.pdf](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/cs%20compo%20data%20protec%20de.pdf)). Die Richtlinie verwendet dabei den Begriff „Dienst mit Zusatznutzen“, der jedoch mit dem deutschen Begriff „Mehrwertdienst“ synonym gebraucht werden kann, wie sich etwa aus der englischen Fassung („value added service“) ergibt. Siehe zu diesem Begriff erläuternd Erwägungsgrund 18.

469 Insoweit unklar auch BGH, MMR 2002, 91 (92): „Die 0190-Sondernummern betreffen sog. Telefon- oder Sprachmehrdienste, auch ‚Premium Rate‘-Dienste genannt [...]“

470 Anderes gilt selbstverständlich dann, wenn der Begriff „Mehrwertdienste“ als Rechtsbegriff benutzt wird. Dies ist – anders als im deutschen Telekommunikationsrecht – im sekundären Gemeinschaftsrecht der Fall, siehe Erwägungsgrund 16 S. 1 der Nutzerrechte-richtlinie. Zum Synonym „Dienst mit Zusatznutzen“ (siehe Fn. 468).

471 Siehe näher zum Telekommunikationsbegriff oben unter C.III.2.

472 Mayer (Fn. 468), S. 158; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 3 Rdnr. 79.

473 Mayer (Fn. 468), S. 158.

474 Mayer (Fn. 468), S. 158. Vgl. auch Kaufmann, CR 1998, 728 (730).

475 So auch Paul/Mellewig, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 43 Rdnrn. 104 und 131.

eine Telekommunikationsdienstleistung. Die zusätzlich erbrachte Dienstleistung (Inhalt) wird zwar mittels Telekommunikation erbracht, stellt aber selbst keine Telekommunikation dar und unterfällt daher nicht dem TKG<sup>476</sup>. Vielmehr gelten für den Inhalt andere Vorschriften, wie etwa die des TDG und MDStV. Insofern ist auch hier eine – wie oben bereits erläutert<sup>477</sup> – funktionale Abgrenzung des TKG und des TDG vorzunehmen.

Gleiches gilt für „Content-Dienste“: Nach einer funktionalen Abgrenzung von TKG und TDG bildet der Übertragungsvorgang eine Telekommunikationsdienstleistung i. S. d. § 3 Nr. 18 TKG<sup>478</sup>. Die Verarbeitung und Aufbereitung der Inhalte auf Ebene der Anwendungsprotokolle sind hingegen als Teledienst zu qualifizieren<sup>479</sup>. Teledienste sind danach inhaltsbezogene Angebote wie Startportale, Suchmaschinen oder Online-Banking<sup>480</sup>. Die Frage, ob die „Content-Dienste“ zeittaktabhängig oder -unabhängig sind, ist insofern rechtlich irrelevant.

bb) Fakturierung und Inkasso für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ als wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 TKG

Vor dem Hintergrund dieses Auslegungsergebnisses zu § 3 Nr. 18 TKG stellt sich die Frage, ob Fakturierung und Inkasso für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ eine wesentliche Leistung i. S. d. § 33 TKG darstellen. Einführend ist zu bemerken, dass die obige Differenzierung im Hinblick auf § 33 TKG zwischen Fakturierung und Inkasso im vorliegenden Kontext ebenfalls Geltung beansprucht. Anzeichen dafür, dass in diesem Zusammenhang das Inkasso nunmehr telekommunikationsspezifisch ist, sind nicht ersichtlich. Mithin ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass auch das Inkasso für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ keine wesentliche Leistung i. S. d. § 33 TKG darstellt.

Fraglich ist, ob hingegen die Fakturierung für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ eine wesentliche Leistung i. S. d. § 33 TKG ist<sup>481</sup>. Wie oben ausführlich dargestellt, hatte das VG Köln diese Frage unter anderem mit dem Hinweis verneint, die fehlenden Bestandsdaten würden Wettbewerber nur dann am Aufbau eines eigenen Abrechnungssystems hindern, wenn sie die „Content-Dienste“ im *offenen Call-by-Call* anbieten. Dem Wettbewerber stehe es aber offen, diese Dienste im *geschlossenen Call-by-Call* anzubieten, bei dem sich die Problematik der Bestandsdaten nicht stelle<sup>482</sup>. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Sie läuft auf eine Diskriminierung von auf der Basis von offenem *Call-by-Call* operierenden Geschäftsmodellen hinaus. Es obliegt der freien Entscheidung des Unternehmers, ob er seine „Content-Dienste“ mittels offenem *Call-by-Call*, geschlossenem *Call-by-Call* oder aber einer wie auch immer gearteten Mischform aus beiden Systemen anbietet.

Die Argumentation des VG Köln sieht sich jedoch noch einem viel grundlegenden Einwand ausgesetzt: Sie ist unverkennbar dem überkommenen Verständnis des § 33 TKG verhaftet und versucht, anhand von Kriterien wie Duplizierbarkeit der nachgefragten Leistung oder Substituierbarkeit derselben für den Nachfrager die Wesentlichkeit der Leistung zu bestimmen. Die Wesentlichkeit einer nachgefragten Leistung ist aber – wie oben bereits ausgeführt<sup>483</sup> – gerade *nicht* im Hinblick auf die Fähigkeiten

des Nachfragers zur anderweitigen Beschaffung von notwendigen Vorleistungen zu bestimmen<sup>484</sup>. Wesentliche Leistungen sind nicht nur solche, die der (durchschnittliche) *Nachfrager* unbedingt benötigt und nur beim Marktbeherrscher beschaffen kann<sup>485</sup>. Vielmehr umfasst der Begriff der wesentlichen Leistungen all jene Leistungen, die für das *Produkt* des Nachfragers, in dessen Eigenschaft als Telekommunikationsdienstleistung, *spezifisch* sind<sup>486</sup> und auf die der Marktbeherrscher selbst bei seiner Leistungserbringung intern zurückgreifen kann. Diese Auslegung entspricht dem Normtext des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG, der die Wesentlichkeit der Leistung in Beziehung zum Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit setzt. Die Unmöglichkeit der Duplizierbarkeit einer Einrichtung und das daraus folgende Fehlen von Substitutionsmöglichkeiten für einzelne Vorleistungen stellt einen Auslegungsansatz dar, dessen Aufkommen einzig durch den Rückgriff auf Essential Facilities-Modelle zu erklären ist<sup>487</sup>. Die Anwendung einer Essential Facilities-Doktrin auf § 33 Abs. 1 S. 1 TKG ist allerdings weder mit dem Wortlaut der Norm zu vereinbaren noch trägt sie zur Erreichung des Normzwecks bei<sup>488</sup>. Vielmehr führt sie hinsichtlich der Marktöffnung eher zu einer bedenklichen Einschränkung von Zugangsrechten<sup>489</sup>. Richtigerweise sind als wesentliche Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG demgegenüber – wie bereits erwähnt<sup>490</sup> – alle Leistungen anzusehen, die telekommunikationsspezifisch für das vom Nachfrager erstellte Produkt sind, das auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit mit Angeboten des Marktbeherrschers konkurriert. Die so bestimmte Wesentlichkeit der Leistung ist objektiv und für den Einzelfall im Hinblick auf den „Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ zu bestimmen. Handelt es sich aber – wie hier – bei der nachgefragten Leistung nicht um ein Vorprodukt, welches in der Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit aufgeht, so muss darüber hinaus geprüft werden, ob die nachgefragte Leistung für die Erstellung des Produkts des Wettbewerbers eine spezifische Voraussetzung ist, das

476 In diesem Sinne wohl auch *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 3 Rdnr. 21 b. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch dann anzunehmen sein, wenn die 0190-Gasse benutzt wird, um „normale“ Sprachtelefonie (Orts-, Fern- und Auslandsgespräche) anzubieten, wie etwa durch die Anbieter „fonfux“ (0190037) und „telestunt“ (0190076). In diesen Fällen unterliegt der gesamte Dienst der Regulierung durch das TKG.

477 Sub C.III.2.

478 Siehe etwa *Schmitz*, MMR 2000, 615 (617); *Determann*, RTKom 2000, 11 (14).

479 *Schmitz*, MMR 2000, 615 (617); *ders.*, in: Hoeren/Sieber (Fn. 158), Kap. 16. 4 Rdnr. 12. A. A. – ohne überzeugende Begründung – OLG Hamburg, MMR 2000, 611 (613).

480 *Koenig/Loetz*, CR 1999, 438 (440); *Determann*, RTKom 2000, 11 (15); *Schmitz*, MMR 2000, 615 (617); vgl. auch *Koch*, K&R 2002, 120 (121).

481 Nicht diskutiert werden kann in diesem Rahmen die komplexe Frage, ob § 33 TKG voraussetzt, dass der Markt, auf dem der Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Unternehmen konkurriert, notwendigerweise ein Telekommunikationsmarkt sein muss. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit nicht eindeutig.

482 VG Köln, RTKom 2001, 256 (260).

483 D.III.3. b cc.

484 BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1404); ausführlich dazu *Holznel/Koenig* (Fn. 269), S. 53 ff.

485 *Holznel/Koenig* (Fn. 269), S. 53.

486 So auch OVG Münster, MMR 1998, 98 (99); VG Köln, MMR 1999, 238 (241).

487 Näher dazu *Holznel/Koenig* (Fn. 269), S. 36 ff.

488 In diesem Sinne auch BVerwG, NVwZ 2001, 1399 (1404).

489 Ausführlich dazu *Holznel/Koenig* (Fn. 269), S. 36 ff.

490 Siehe oben unter D.I.3.

vom Wettbewerber geplante Produkt also ohne eine solche Leistung nicht denkbar wäre<sup>491</sup>.

Nachgefragte Leistung ist hier die Fakturierung für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“. Der wirtschaftliche Erfolg des Produkts eines Anbieters von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ beruht – bei objektiver Betrachtungsweise – auch und gerade auf der Inanspruchnahme von offenem Call-by-Call. Ohne die Fakturierung durch die DTAG ist daher das Angebot eines solchen Produkts wirtschaftlich nicht möglich. Mit hin handelt es sich bei der Fakturierung für das Angebot von zeittaktunabhängigen „Content-Diensten“ um eine spezifische Voraussetzung und damit um eine wesentliche Leistung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG.

e) Durchsetzung von Fakturierung und Inkasso auf dem Zivilrechtsweg?

In diesem Sachzusammenhang ist noch kurz auf ein Verfahren vor dem OLG Düsseldorf einzugehen. Darin wendet sich die DTAG mit der Berufung gegen das Urteil des LG Köln, in dem sie im Rahmen einer einstweiligen Verfügung verpflichtet wird, Fakturierungs- und Inkassoverfahren für die Talkline GmbH & Co. KG bereitzustellen, die über solche Leistungen hinausgehen, die von der RegTP im Rahmen ihres Beschlusses vom 21. 2. und 14. 3. 2000 angeordnet wurden. Dabei handelt es sich unter anderem um die bereits zuvor begehrte Durchführung der ersten Mahnung der Kunden und Fakturierungs- und Inkassodienste für zeittaktunabhängige Entgelte für Mehrwertdienste.

Das OLG Düsseldorf hält die Berufung für begründet, da die Zivilgerichte für die von der Talkline GmbH & Co. KG erwirkte einstweilige Verfügung nicht zuständig gewesen seien. Vielmehr hätten die Verwaltungsgerichte über einen solchen Antrag zu entscheiden<sup>492</sup>. Eine Duplizierung der Möglichkeiten, einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen und zu erlangen, ergäbe sich nicht aus § 2 Abs. 3 TKG. Ein Zivilgericht könne sich nicht über die rechtskräftige Beurteilung des Verwaltungsgerichts hinwegsetzen, sondern sei an diese gebunden<sup>493</sup>. Auch die von der Talkline GmbH & Co. KG geltend gemachten Normen der §§ 19 Abs. 4 Nr. 4, 19 Abs. 1, 20 Abs. 2 und 1 GWB, § 1 UWG und Art. 82 EG können nach Ansicht des OLG Düsseldorf die Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht begründen, da die von der RegTP getroffene Entscheidung und das noch anhängige Verfahren vor dem Verwaltungsgericht auf § 33 Abs. 1 TKG gestützt seien. Selbst wenn § 33 TKG die vorgenannten Vorschriften des GWB nicht als Spezialvorschrift verdränge, besage das noch nichts über die weitere prozessuale Behandlung, wobei es stets gelte, sich widersprechende Gerichtsentscheidungen zu vermeiden<sup>494</sup>. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass die vorgenannte Vorschrift des GWB, § 1 UWG und Art. 82 EG im Hinblick auf den Streitgegenstand über die Regelung des § 33 TKG hinausgingen<sup>495</sup>.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf kann in diesem Rahmen nicht umfassend gewürdigt werden. Hervorzuheben ist jedoch, dass die Entscheidung zwei Problemkreise betrifft, die strikt auseinander zu halten sind.

Zum einen geht es um die Frage, ob *materiell-rechtlich* die Vorschriften des GWB neben denen des TKG Anwendung finden können. Insoweit herrscht Unsicherheit über

die Bedeutung der „Unberührtheitsklausel“ in § 2 Abs. 3 TKG („Die Vorschriften des GWB bleiben unberührt“). Teilweise wird hierin die Anordnung einer Spezialität des TKG gegenüber dem GWB gesehen und dies mit der Entstehungsgeschichte des TKG begründet<sup>496</sup>. Auch die Anwendungspraxis von Bundeskartellamt und RegTP ging schnell von diesem Grundsatz aus<sup>497</sup>. Eine solche Praxis findet indes keinerlei Stütze im Gesetzestext. Sie widerspricht damit dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz, wonach Äußerungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, die – wie hier – im Wortlaut der Vorschrift keinen Niederschlag gefunden haben, einer systematischen und teleologischen Auslegung der Vorschrift nicht entgegengehalten werden können<sup>498</sup>. Es spricht vielmehr einiges für eine parallele Anwendbarkeit von TKG und GWB: Nicht nur ist der Wortlaut des § 2 Abs. 3 TKG („Die Vorschriften des GWB bleiben unberührt“) die Standardformulierung, wenn der Anwendungsbereich eines anderen Gesetzes nicht eingeschränkt werden soll. Auch hat das Bundeskartellamt nahezu unstrittig seine Zuständigkeit nach § 50 GWB i. V. m. Art. 81 und 82 EG behalten. Dies aber ist mit der Konzeption einer Spezialität des TKG gegenüber dem GWB nur schwerlich in Einklang zu bringen<sup>499</sup>. Ferner streitet gerade die (intendierte) Entwicklung von der sektorspezifischen Regulierung hin zur verstärkten Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts für eine Parallelität beider Materien<sup>500</sup>. Dieses Ergebnis zum ersten Problemkreis sagt aber nichts über die zweite (verfahrensrechtliche) Frage aus<sup>501</sup>.

Von der ersten (materiell-rechtlichen) Frage streng zu unterscheiden ist die *verfahrensrechtliche* Frage, ob der zivilrechtliche Rechtsweg den Parteien noch offen steht, wenn in der Sache die Regulierungsbehörde bereits eine Entscheidung gegenüber den Parteien getroffen hat. Diese Frage hat das OLG Düsseldorf – im vorliegenden Fall zu Recht – verneint. Die Unzuständigkeit der Zivilgerichte folgt aus der Notwendigkeit, widersprechende Urteile verschiedener Gerichtsbarkeiten zu verhindern<sup>502</sup>. Hielten nämlich die Verwaltungsgerichte eine Entscheidung der RegTP für rechtmäßig, würde die Feststellung der RegTP bestandskräftig werden. Hierzu stünde aber

491 Holznel/Koenig (Fn. 269), S. 124. Siehe bereits oben unter D.III.3. b. cc. (3).

492 OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19. 12. 2001 – U (Kart) 48/01, S. 14. Vgl. auch OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19. 12. 2001 – U (Kart) 47/01, S. 18.

493 OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19. 12. 2001 – U (Kart) 48/01, S. 16.

494 OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19. 12. 2001 – U (Kart) 48/01, S. 18.

495 OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19. 12. 2001 – U (Kart) 48/01, S. 23.

496 Monopolkommission, 12. Hauptgutachten, Tz. 22; so noch Möschel, Beil. MMR 3/1999, 3 (3); vgl. im Übrigen die Nachweise bei Paulwber, Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, 1999, S. 50, Fn. 133.

497 Vgl. ebenda.

498 Vgl. BVerfGE 10 234 (244); BGH, WuW/E BGH 2967, 2974 – „Weiterverteiler“; Kiesel, NJW 2001, 108 (110).

499 Möschel, K&R 2001, 619 (620).

500 Piepenbrock/Schuster, CR 2002, 98 (101).

501 Erwähnt sei noch, dass das OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19. 12. 2001 – U (Kart) 48/01, S. 23, diese *materiell-rechtliche* Frage ausdrücklich offen gelassen hat.

502 A. A. im Ergebnis Piepenbrock/Schuster, CR 2002, 98 (106), die – mit hohem Begründungsaufwand – darlegen, dass es zu gegensätzlichen Urteilen praktisch kaum kommen könne. Eine unterschiedlich weitgehende Anerkennung von Ansprüchen durch Verwaltungs- und Zivilgerichte sei zwar in Ausnahmefällen möglich, dann aber hinzunehmen.

eine gleichzeitige Entscheidung eines Zivilgerichts, das etwa eine gegenläufige Leistungspflicht anordnet, in eklatantem Widerspruch. Die Vorrangigkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges reicht dabei aber nur so weit wie die Bindungswirkung der RegTP-Entscheidung. *Nur so weit* besteht auch die Gefahr sich widersprechender Gerichtsentscheidungen.

Soweit ein bestimmter Sachverhalt durch die RegTP entschieden wird, haben die Beteiligten daher nach geltendem Recht nur die Möglichkeit, gegen diese Entscheidung Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten nachzusuchen. Unternehmen, die am RegTP-Verfahren nicht förmlich beteiligt waren, sind dagegen frei, die Zivilgerichte anzurufen. Die „Bindungswirkung des Verwaltungsverfahrens“<sup>503</sup> erstreckt sich nicht auf diese Unternehmen<sup>504</sup>.

Ob sich die skizzierte bisherige deutsche Rechtslage im Hinblick auf Art. 20 Abs. 5 Rahmenrichtlinie weiter aufrecht erhalten lässt, ist noch offen. Diese Vorschrift bestimmt, dass ein bei einer nationalen Regulierungsbehörde geführtes Streitentscheidungsverfahren die Klage einer Partei bei einem Gericht nicht ausschließt. Der Wortlaut dieser Vorschrift könnte dahin gehend verstanden werden, dass der Rechtsschutz durch die nationale Regulierungsbehörde einer Partei nicht das Recht nehmen soll, einen in derselben Streitigkeit bestehenden zivilrechtlichen Anspruch vor den Zivilgerichten geltend zu machen<sup>504a</sup>. Sehr fraglich ist indes, ob mit dieser Vorschrift das im nationalen Recht verankerte und aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit gebotene Institut der Vermeidung von gerichtlichen Doppelzuständigkeiten tatsächlich durchbrochen werden sollte.

#### f) „Vertikale Synergien“ als wettbewerbsrechtliches Problem

Fraglich ist, ob die eingangs<sup>505</sup> erwähnten „vertikalen Synergien“, die aus dem Konzernverbund der DTAG und T-Online resultieren, *wettbewerbsrechtlicher* Reaktion bedürfen. In diesem Zusammenhang könnte man zunächst daran denken, die „vertikalen Synergien“ als eine besondere Form der „vertikalen Quersubventionierung“ mittels Sachmitteln einzustufen. Dass Quersubventionierungen grundsätzlich wettbewerbsrechtlich bedenklich sind, braucht im vorliegenden Rahmen nicht noch einmal dargelegt zu werden<sup>506</sup>. Nach einer Definition der Kommission liegt eine Quersubventionierung dann vor, wenn „ein Unternehmen die in einem räumlichen oder sachlichen Markt anfallenden Kosten ganz oder teilweise auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt abwälzt“<sup>507</sup>. Lässt man zunächst einmal die Frage nach der Marktabgrenzung beiseite, so stellt sich die Frage, ob auch im Rahmen der „vertikalen Synergien“ ein Abwälzen im Sinne der obigen Definition stattfindet. Zumindest nach den öffentlich bekannten Details der Beziehungen zwischen DTAG und T-Online ist nicht ersichtlich, dass die DTAG die Fakturierungskosten sowohl für sich selbst als auch für T-Online übernimmt<sup>508</sup>. Schon nach dem natürlichen Wortsinn setzt eine (Quer-)Subvention jedoch einen Mittelfluss oder eine Kostenverschönerung im Sinne der oben genannten Definition voraus, der bzw. die sich dadurch auszeichnet, dass eine Summe  $x$  aus dem Vermögen des Unternehmens A – in welcher Form auch immer – abfließt und dem Vermögen des Unternehmens

B zufließt oder das Unternehmen A für das Unternehmen B Kosten übernimmt. Daran fehlt es jedoch nach den öffentlich bekannten Umständen im Verhältnis von DTAG und T-Online. Die vertikalen Synergien zwischen der DTAG und T-Online sind damit – nach den öffentlich bekannten Fakten – keine Form der Quersubventionierung. Es kann ihnen daher auch nicht mit dem für Quersubventionierungen zur Verfügung stehenden wettbewerbsrechtlichen Instrumentarien begegnet werden.

Vielmehr handelt es sich bei den vertikalen Synergien um einen Ausfluss der *vertikalen Integration*<sup>509</sup> der DTAG. Der neue Rechtsrahmen hat die wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen durch das Phänomen der vertikalen Integration klar erkannt<sup>510</sup>. So heißt es in Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 Zugangs-Richtlinie, dass die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere von einem vertikal integrierten Unternehmen verlangen können, „seine Großkundenpreise und internen Kostentransfers transparent zu gestalten, unter anderem, um sicherzustellen, dass eine etwaige Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß Artikel 10 [Zugangs-Richtlinie] befolgt wird, oder um gegebenenfalls eine unlautere Quersubventionierung zu verhindern“. Diese Vorschrift stellt die Zusammenhänge zwischen vertikaler Integration und Quersubventionierung klar: Die Gefahr der Quersubventionierung besteht besonders bei vertikal integrierten Unternehmen<sup>511</sup>. Gleichzeitig weist Art. 11 Abs. 1 Zugangs-Richtlinie den Lösungsweg: Insbesondere einem vertikal integrierten Unternehmen kann eine getrennte Buchführung vorgeschrieben werden, so dass die internen Kostentransfers transparent gemacht werden. Den nationalen Regulierungsbehörden wiederum wird dadurch ermöglicht, Verstöße gegen Gleichbehandlungsgebote oder aber Quersubventionierungstatbestände aufzudecken.

Darüber hinaus macht Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 Zugangs-Richtlinie eines klar: Es gibt auch im Geltungsbereich der Rahmenrichtlinie und der Einzelrichtlinien<sup>512</sup> kein Verbot der vertikalen Integration. Allerdings knüpft Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 Zugangs-Richtlinie an das Vorliegen eines vertikal integrierten Unternehmens eine bestimmte – nämlich die soeben geschilderte – Rechtsfolge. Klarstellend sei bemerkt, dass auch die Verpflichtung aus Art. 11 Zugangs-Richtlinie – wie schon der Wortlaut über den Verweis auf Art. 8 Zugangs-Richtlinie zeigt – nur marktmächtige Unternehmen i.S.d. Art. 14 Abs. 2 und 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie treffen kann. Dies wird

503 Schütz, MMR aktuell 2/2002, V (VI).

504 Vgl. Schütz, MMR aktuell 2/2002, V (VI).

504a In diesem Sinne Schütz/Attendorp, Beilage MMR 4/2002, 1 (26 f.).

505 Sub D.III.3. a.

506 Siehe dazu etwa Hancher/Buendia Sierra, CMLRev. 35 (1998), 901 ff.; Schnelle/Bartosch, EWS 2001, 411 ff.; Bartosch, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 5, C.II.3; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 23 f., 73, 75 f.; Eilmansberger, RIW 2001, 902 (910); Abbamonte, ELRev. 1998, 414 ff.

507 Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, ABIEG 1998 Nr. C 39, S. 2, Tz. 3.1.; ähnlich bereits die Leitlinien zur Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABIEG 1991 Nr. C 233, S. 20, Tz. 103; vgl. in einem ähnlichen Zusammenhang auch Quaas, NVwZ 2002, 144 (150).

508 Vgl. in diesem Zusammenhang aber Schmidt, K&R 2001, 131 (134 ff.).

509 Einführend zum Begriff der vertikalen Integration Bartosch, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 6, C. I.1.2.

510 Vgl. zum Folgenden bereits Koenig/Braun, TMR 2002, 91.

511 Vgl. dazu näher Koenig, EuZW 2002, Heft 9.

512 Zum Begriff siehe Art. 2 lit. k Rahmenrichtlinie.



auch durch Erwägungsgrund 17 Zugangs-Richtlinie klar gestellt.

Nach alledem ist der bezüglich der vertikalen Synergien einzig gangbare Weg nach dem neuen Rechtsrahmen der Weg über Art. 11 Zugangs-Richtlinie. In diesem Zusammenhang ist noch auf Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangs-Richtlinie hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift „können“ die nationalen Regulierungsbehörden „Informationen“ (gemeint sind Buchungsunterlagen einschließlich Daten über die von Dritten erhaltenen Beträge, siehe Art. 11 Abs. 2 S. 1 Zugangs-Richtlinie) „veröffentlichen, soweit dies zu einem offenen, wettbewerbsorientierten Markt beiträgt“; dabei sind die Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen einzuhalten. Diese Vorschrift ist in Zusammenschau mit Art. 8 Abs. 1 Zugangs-Richtlinie zu lesen, nach dem die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Art. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Daraus folgt, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber eine Ermächtigungsgrundlage für die jeweilige nationale Regulierungsbehörde schaffen muss, die Informationen i. S. v. Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangs-Richtlinie zu veröffentlichen. Im Rahmen dieser Ermächtigungsgrundlage kann jedoch der nationalen Regulierungsbehörde ein Ermessensspielraum über das Ob und das Wie der Veröffentlichung eingeräumt werden. Die derzeitige Regelung des § 14 Abs. 2 TKG genügt diesen Anforderungen nicht. Nach dieser Vorschrift erfolgt die Rechnungslegung lediglich gegenüber der RegTP<sup>513</sup>.

#### 4. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

Das gesetzliche Instrumentarium des TKG und der TKV hat sich für den Bereich von Inkasso und Fakturierung grundsätzlich bewährt. Allerdings gilt das uneingeschränkt nur für das Instrumentarium an sich, nicht aber für dessen Auslegung durch die RegTP und die Gerichte. So haben diese immer wieder Schwierigkeiten mit einer zutreffenden Bestimmung der Reichweite des § 33 TKG und – in dessen Rahmen – des § 3 Nr. 18 TKG gehabt. In diesem Zusammenhang ist auf den obigen Reformvorschlag zu § 2 Nr. 4 TDG zu verweisen, von dem positive Auswirkungen auch auf eine präzisere Auslegung von § 3 Nr. 18 TKG und damit auch von § 33 TKG zu erwarten sind.

Ein neuer § 3 Nr. 18a TKG könnte die Auslegung von § 33 Abs. 1 TKG flankieren: „Als Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes gelten auch telekommunikationsakzessorische Nebenleistungen, soweit sie von den Nutzern<sup>514</sup> benötigt werden, um auf Telekommunikation gründende Produkte oder Dienstleistungen herzustellen oder zu vermarkten“.

Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass die bisherigen und neuen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein Herausnehmen der Fakturierungsdienstleistungen aus dem Anspruchsumfang des § 33 TKG nicht gestatten.

Eine Änderung des deutschen Rechts ist jedenfalls in Bezug auf § 14 TKG erforderlich, der an die Anforderungen nach Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangs-Richtlinie anzupassen ist<sup>515</sup>. In diesem Bereich besteht jedoch über eine bloße Umsetzung der Rechtslage in

Deutschland in Bezug auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus erheblicher Reformbedarf. Insbesondere die aus der vertikalen Integration der DTAG<sup>516</sup> und des dazugehörigen Konzernverbundes für einen funktionsfähigen Wettbewerb erwachsenden Gefahren bedürfen eines Eingreifens des Gesetzgebers. Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Damit soll nicht einer Entflechtung dieser Konzernstrukturen das Wort geredet werden. Gegen einen solchen Vorschlag sprechen gewichtige verfassungsrechtliche Einwände. Ein demgegenüber milderes, aber gleichwohl ebenso effektives Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt darin, wirksame regulatorische Vorkehrungen gegen Quersubventionierungen innerhalb des DTAG-Konzerns und gegen Dumping zu treffen. Dabei ist insbesondere an eine *Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast* zu denken. Dies könnte etwa so aussehen, dass auf einen substantiiert zu begründenden Verdacht der RegTP oder eines der an einem Verfahren vor der RegTP Beteiligten hin die DTAG bzw. das mit ihr gesellschaftsrechtlich verbundene Unternehmen darlegen und im Streitfall beweisen muss, dass zwischen der DTAG und dem in Rede stehenden verbundenen Unternehmen keine Quersubventionierungen in Form von Mittelzuflüssen oder Kostenabwälzungen stattgefunden haben. Dazu wären dann etwa Rechnungs- und Buchungsunterlagen<sup>517</sup> über tatsächlich erfolgte Zahlungen vorzulegen.

#### IV. Line Sharing

##### 1. Technische Grundlagen und ökonomische Überlegungen

Unter Line Sharing wird die gemeinsame und gleichzeitige Nutzung des Teilnehmeranschlusses (im Festnetzbereich) durch zwei<sup>518</sup> Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen verstanden<sup>519</sup>. Dabei wird das im Kabel verwendete Frequenzband mittels eines so genannten Splitters in zwei Frequenzbereiche unterteilt, die von unterschiedlichen Anbietern genutzt werden können<sup>520</sup>. So wird es dem Endkunden beispielsweise ermöglicht, das Angebot von Sprachtelefondienst des Altsassen und zugleich breitbandige Internet-Dienstleistungen eines anderen Anbieters zu nutzen<sup>521</sup>. Beim Line Sharing kommt

513 Siehe *Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 14 Rdnr. 18, und *Manssen*, in: Manssen (Fn. 149), § 14 TKG Rdnr. 13 (Stand: April 1999), die zu Recht darauf hinweisen, dass dies bereits den Anforderungen des alten Rechtsrahmens (siehe Art. 8 Abs. 3 und Art. 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG) nicht genüge.

514 Der Nutzer ist in § 3 Nr. 11 TKG als „Nachfrager nach Telekommunikationsdienstleistungen“ definiert.

515 Bei der Neufassung des § 14 TKG sollte überdies die Anknüpfung an die Lizenzpflichtigkeit geändert werden, da dieses Differenzierungskriterium nach Art. 3 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) nunmehr unzulässig ist. So jetzt auch *Schütz/Attendorp*, Beilage MMR 4/2002, 1 (36).

516 Klarstellend sei hinzugefügt, dass dieses Problem selbstverständlich auch hinsichtlich aller anderen Unternehmen auftritt, die in Zukunft eine der DTAG entsprechende Stellung auf den Telekommunikationsmärkten erlangen.

517 Vgl. in diesem Zusammenhang wiederum Art. 11 Abs. 2 S. 1 Zugangs-Richtlinie.

518 Theoretisch denkbar wäre auch die Nutzung durch mehr als nur zwei Anbieter. In der Praxis spielt dieser Fall jedoch, soweit ersichtlich, zumindest bislang keine Rolle. Die *Verf.* möchten an dieser Stelle *Andreas Neumann* danken, auf dessen Gedanken dieses Kapitel ganz wesentlich beruht.

519 *Schmidt*, K&R 2001, 377 (377 f.).

520 *Schmidt*, K&R 2001, 377 (378).

521 *Schmidt*, K&R 2001, 377 (378).

hierfür ein Splitter auf Endkundenseite und ein weiterer Splitter hinter dem in der Regel vom Altsassen betriebenen Hauptverteiler zum Einsatz<sup>522</sup>. Der Splitter hinter dem Hauptverteiler trennt den schmalbandigen Sprachtelefonieverkehr von dem breitbandigen Datenverkehr<sup>523</sup>. Während ersterer in das Netz des Sprachtelefonieanbieters geführt wird, wird der breitbandige Datenverkehr zu einer Multiplexeinrichtung des Wettbewerbers geführt, dort gebündelt und in das Netz des Wettbewerbers geleitet<sup>524</sup>.

Wirtschaftlich stellt sich Line Sharing für den Wettbewerber als eine Entbündelung auf Vorleistungsebene dar<sup>525</sup>. Er kann nachfragegenauer auf Elemente der Teilnehmeranschlussleitung zugreifen, ohne Leistungen bezahlen zu müssen, die er für sein Dienstangebot nicht benötigt<sup>526</sup>. Gerade für Internet-Zugangsanbieter, die lediglich breitbandigen Datenverkehr anbieten möchten, stellt das eine wesentliche Verbesserung ihrer wettbewerblichen Position dar. Da sie dennoch nach wie vor auf Vorleistungen des Altsassen zurückgreifen, stellt sich aber auch für diesen Line Sharing als weniger intensiver Eingriff in seine wettbewerbliche Position dar als die vollständige Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung an den Wettbewerber. Angesichts der technischen Fortschritte im Bereich der Internet-Telefonie und der damit eröffneten Möglichkeiten kann Line Sharing schließlich die Konvergenz der Märkte für Internet-Telefonie einerseits und der Märkte für herkömmliche Sprachtelefonie andererseits fördern und somit den Wettbewerbsdruck im letztgenannten Segment signifikant erhöhen<sup>527</sup>. Das gilt auf Grund der durch das Line Sharing ermöglichten direkten Konnektierung des Endkunden gerade auch für den bislang wenig wettbewerbsintensiven Ortsnetzbereich.

Eine wesentliche technische Begrenzung des Line Sharing besteht allerdings darin, dass die gemeinsame Nutzung des leitungsgelassenen Frequenzbandes eine metallene Anschlussleitung – wie insbesondere die bis Anfang der 90er-Jahre in Deutschland praktisch ausschließlich verwendeten doppeladrigen Kupferdrähte – voraussetzt. Line Sharing im hier verstandenen Sinne scheidet daher bei auf Glasfasertechnik basierenden Teilnehmeranschlussleitungen, wie sie insbesondere in den ostdeutschen Bundesländern verbreitet sind, aus technischen Gründen aus<sup>528</sup>.

## 2. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben – Verordnung 2887/2000/EG

Das Line Sharing ist Bestandteil einer breiter angelegten Strategie der EG-Kommission zur Intensivierung des Wettbewerbs auf Ebene des Teilnehmeranschlusses. Dieser wurde von der Kommission als der Engpass lokalisiert, der die Entwicklung von Wettbewerb im Ortsnetzbereich behindert und insbesondere einen flächendeckenden Ausbau der über die kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitung zu realisierenden Bandbreite verhindert. Letzteres ist aber eine unabdingbare Voraussetzung für den Aufbau einer Infrastruktur, welche im Stande ist, die rapide Entwicklung des Internets zu tragen. Die Entwicklung des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung wurde von der Kommission insgesamt als unzureichend betrachtet, was zur Ausarbeitung einer Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss führte,

die am 18. 12. 2000 vom Rat beschlossen wurde und zum 2. 1. 2001 in Kraft trat<sup>529</sup>.

Art. 3 Verordnung 2887/2000/EG sieht vor, dass Festnetzbetreiber, die als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet sind, den Zugang zum Teilnehmeranschluss, in Form von Doppelader-Metallleitungen (Art. 2 lit. c), unter transparenten, fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu gewährleisten haben. Abs. 2 S. 4 der Norm konkretisiert die Verpflichtung noch dahin gehend, dass dies zu denselben Bedingungen und im selben Zeitrahmen zu geschehen hat, die für die eigenen Dienste des Betreibers oder solche von Tochtergesellschaften oder Partnerunternehmen gelten. Die Verpflichtung zur Gewährung von entbündeltem Zugang umfasst dabei nach Art. 2 lit. e Verordnung 2887/2000/EG den „vollständig entbündelten Zugang“ (Art. 2 lit. f) und den „gemeinsamen Zugang“ (Art. 2 lit. g). Letztere Leistung stellt die Grundlage für auf Line Sharing gerichtete Zugangsansprüche dar. Dieser Zugangsanspruch besteht unabhängig von der Art der eigenen Nutzung des Teilnehmeranschlusses durch den Betreiber und auch ohne Rücksicht auf die Duplizierbarkeit oder Substituierbarkeit der Leistung<sup>530</sup>.

## 3. Line Sharing in der Praxis des deutschen Telekommunikationsrechts

Die RegTP hat am 30. 3. 2001 über den auf Line Sharing gerichteten Zugangsanspruch zweier Internet-Zugangsanbieter gegenüber der DTAG entschieden und einen solchen Anspruch bejaht<sup>531</sup>. Sie stützte die Entscheidung auf die Verordnung 2887/2000/EG und hier insbesondere auf Art. 3 Abs. 2 S. 1, 2 und 4<sup>532</sup>. Die RegTP forderte die DTAG auf, innerhalb von zwei Monaten nach Zugang des Beschlusses den Internet-Zugangsanbietern ein Angebot zu unterbreiten, das vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarungen unter anderem folgenden Maßgaben zu genügen hatte<sup>533</sup>:

- Den Internet-Zugangsanbietern muss die Realisierung eigener ADSL-Anwendungen ermöglicht werden. Die DTAG hat alle hierzu erforderlichen Schnittstellenspezifikationen offen zu legen.

522 EG-Kommission, KOM(2000)237, S. 17; OVG Münster, MMR 2001, 772; RegTP, MMR 2001, 775 (777); Schmidt, K&R 2001, 377 (378).

523 OVG Münster, MMR 2001, 772; RegTP, MMR 2001, 775 (777); Schmidt, K&R 2001, 377 (378).

524 OVG Münster, MMR 2001, 772; RegTP, MMR 2001, 775 (777); Schmidt, K&R 2001, 377 (378).

525 Schmidt, K&R 2001, 377 (379).

526 Schmidt, K&R 2001, 377 (379).

527 Dieser Aspekt spielt in der Diskussion, die sich ausschließlich auf Datendienste beschränkt, bislang eine nur untergeordnete Rolle, vgl. Schmidt, K&R 2001, 377 (381, 383 und 384).

528 Schmidt, K&R 2001, 377 (378 Fn. 7).

529 Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. 12. 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABIEG Nr. L 336 vom 30. 12. 2000, S. 4, im Folgenden „Verordnung 2887/2000/EG“ genannt. Vgl. zu alternativen durch das sektorspezifische Gemeinschaftsrecht gewährten Zugangsansprüchen: EG-Kommission, KOM(2000)237, S. 11 ff. Zum einschlägigen Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft siehe EG-Kommission, KOM(2000)237, S. 9 ff.

530 Vgl. dazu auch Holznaegel/Koenig (Fn. 269), S. 97.

531 RegTP, MMR 2001, 775. Vgl. zu dieser Entscheidung Mayer, MMR 2001, 782; Schmidt, K&R 2001, 377 (380).

532 RegTP, MMR 2001, 775 (777).

533 RegTP, MMR 2001, 775 (776). Vgl. hierzu auch Schmidt, K&R 2001, 377 (382).

- Der netzseitige Splitter, also der Splitter auf Ebene des Hauptverteilers, ist von der DTAG zu errichten und zu betreiben. Die Errichtung und der Betrieb der Multiplexeinrichtung ist den Internet-Zugangsanbietern vorbehalten. Die Errichtung und der Betrieb kundenseitiger Splitter und anderer Einrichtungen (z.B. Endkundenmodem) steht den Internet-Zugangsanbietern frei.
- Der gemeinsame Zugang kann mit der Kündigung des mit dem Altsassen bestehenden Telefondienstvertrags durch den Endkunden beendet werden.

Die DTAG ist der Aufforderung zur Abgabe eines solchen Angebots in der gesetzten Frist nicht nachgekommen, so dass die RegTP im Mai 2001 eine der Aufforderung inhaltlich entsprechende Anordnung erlassen hat<sup>534</sup>. Gegen die Anordnung wandte sich die DTAG im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, was zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Falle (nur) eines der begünstigten Internet-Zugangsanbieter durch das VG Köln mit Beschluss vom 21. 6. 2001 führte<sup>535</sup>. Insoweit die Beschlüsse des VG Köln dem Rechtsschutzbegehren der DTAG nicht entsprochen haben und die Entscheidung der RegTP bestätigt, hat die DTAG vor dem OVG Münster Beschwerde eingelegt<sup>536</sup>. Dieses hat den angegriffenen Beschluss des VG Köln jedoch mit Beschluss vom 23. 8. 2001 im Wesentlichen bestätigt<sup>537</sup>. Nach Auffassung der Gerichte hat die RegTP Art. 3 Abs. 2 Verordnung 2887/2000/EG zu Recht als Rechtsgrundlage für die geltend gemachten Zugangsansprüche bemüht<sup>538</sup>.

Am 18. 3. 2002 legte die RegTP schließlich die Entgelte für das Line Sharing fest<sup>539</sup>. Für den Zugang zum hochbitratigen Teil der Teilnehmeranschlussleitung ist ein monatlicher Überlassungspreis von 4,77 Euro festgelegt worden. Die DTAG hatte hierfür ursprünglich einen Preis in Höhe von 14,65 Euro monatlich beantragt. Das monatliche Überlassungsentgelt ist bis zum 30. 6. 2003 genehmigt.

#### 4. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

Ausdrückliche Zugangsansprüche zu Zwecken des Line Sharings werden bislang vor allem durch die Verordnung 2887/2000/EG gewährt. Als Verordnung ist diese nach Art. 249 Abs. 2 EG auch in Deutschland allgemein, verbindlich und unmittelbar geltendes Recht<sup>540</sup>. Ihr Regelungsansatz und Sprachgebrauch weichen jedoch zumindest partiell von dem des deutschen Telekommunikationsrechts ab. Hierdurch werden dem Altsassen Interpretationsspielräume und Verzögerungspotenziale eingeräumt<sup>541</sup>, die gerade in den hier in Rede stehenden dynamischen Märkten erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die auf solche Zugangsansprüche angewiesenen Telekommunikationsdienstleister, insbesondere also für die Anbieter breitbandiger Internet-Zugänge mit sich bringen können<sup>542</sup>. Akzentuiert wird das Problem dadurch, dass der Verordnung 2887/2000/EG nach Vorstellung des Gemeinschaftsgesetzgebers nur transitorischer Charakter zukommt. Die EG-Kommission ist ausdrücklich dazu angehalten, zu gegebener Zeit die Aufhebung der Verordnung vorzusehen<sup>543</sup>.

Die sich aus der Verordnung 2887/2000/EG ergebenden Zugangsansprüche, insbesondere also auch Ansprüche von Internet-Zugangsanbietern auf die Ermöglichung von Line Sharing, sind durch entsprechende Zugangsansprüche nach nationalem Recht zu ergänzen. Hierbei können auch geeignete Sanktionen für den Fall der nicht rechtzeitigen oder nicht ausreichenden Ermöglichung des Zugangs durch den Altsassen vorgesehen werden.

Sollte von der Verankerung ausdrücklicher Line-Sharing-Zugangsansprüche im deutschen Telekommunikationsrecht abgesehen werden, bleibt für die Geltendmachung solcher Ansprüche nach deutschem Recht im Wesentlichen nur der Rückgriff auf die allgemeine Norm des § 33 TKG<sup>544</sup>. Dies erweist sich insoweit als partiell dysfunktional, als § 33 TKG Zugangsansprüche nach herrschender Diktion<sup>545</sup> an die Marktbeherrschung auf dem Sekundärmarkt knüpft. Wird durch die Gewährung von Ansprüchen auf Zugang zu den Leistungen auf dem Primärmarkt, hier also zur Nutzung des breitbandigen Frequenzspektrums der Teilnehmeranschlussleitung, gewährt, wird der Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt, hier also dem Markt für breitbandige Internet-Dienstleistungen, intensiviert. Das kann – bei entsprechender Marktabgrenzung – bis zum Wegfall der marktbeherrschenden Stellung des Altsassen auf dem Sekundärmarkt, hier also dem Markt für breitbandige Internet-Dienstleistungen, führen. Obwohl der Altsasse auf dem Primärmarkt unverändert marktbeherrschend wäre, entfielen damit der Zugangsanspruch, so dass der Altsasse seine marktbeherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt reetablieren könnte. Ein solcher „Jojo-Effekt“ wäre nicht nur regulatorisch fragwürdig, er könnte in concreto die von dem Anspruch auf Zugang abhängigen Wettbewerber auf dem Sekundärmarkt nachhaltig wirtschaftlich schädigen, wenn sie sich plötzlich auf Grund des weggefallenen Zugangsanspruchs nicht mehr in der Lage sehen, ihre Leistung gegenüber dem Endkunden erbringen zu können.

534 Vgl. dazu Mayer, MMR 2001, 782; Schmidt, K&R 2001, 377 (384). Zur Problematik der korrekten Fristbestimmung unter gemeinschaftsrechtlichen Aspekten vgl. Nolte/Junghanns, MMR 2001, 774.

535 VG Köln, CR 2001, 601. Vgl. dazu Mayer, MMR 2001, 782; Schmidt, K&R 2001, 377 (384). Dieser Beschluss hat die Frage aufgeworfen, ob der um Zugang nachsuchende Diensteanbieter seine Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde nachzuweisen hat, oder ob ein solches Erfordernis mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist, vgl. VG Köln, CR 2001, 601 (603 f.); Mayer, MMR 2001, 782 (783).

536 Vgl. Schmidt, K&R 2001, 377 (384).

537 OVG Münster, MMR 2001, 772. Vgl. dazu Mayer, MMR 2001, 782; Nolte/Junghanns, MMR 2001, 774.

538 OVG Münster, MMR 2001, 772 (773); VG Köln, CR 2001, 601 (602).

539 Vgl. die Pressemitteilung der RegTP unter [http://www.regtp.de/aktuelles/start/fs\\_03.html](http://www.regtp.de/aktuelles/start/fs_03.html).

540 Siehe dazu Koenig/Haratsch (Fn. 144) Rdnr. 255. Vgl. auch RegTP, MMR 2001, 775 (777); Mayer, MMR 2001, 782. Diese unmittelbare Wirkung einer EG-Verordnung wird übersehen in Punkt 5 der „Kleinen Anfrage“ der MdB Rainer Brüderle, Rainer Funke, Gudrun Kopp, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP zu den „Konsequenzen aus der Entscheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zum Line-Sharing“ (BT-Drucks. 14/6487 vom 22. 6. 2001), in der die Frage gestellt wird, wie die Bundesregierung gedenkt, die „EU-Verordnung“ (gemeint ist die EG-Verordnung 2887/2000/EG) „umzusetzen“. Richtig insoweit die Bundesregierung in ihrer Antwort zu diesem Punkt; auch dort ist allerdings fälschlicherweise von einer „EU-Verordnung“ die Rede.

541 Vgl. dazu nur das in den Gerichtsentscheidungen wiedergegebene Vorbringen der Beschwerdeführerin bei VG Köln, CR 2001, 601 (602).

542 Kritisch zur Verzögerungstaktik der DTAG auch Nolte/Junghanns, MMR 2001, 774.

543 Erwägungsgrund 43 der Rahmenrichtlinie.

544 So auch der Ansatz der RegTP, MMR 2001, 775, und von Schmidt, K&R 2001, 377 (381 f.). Für möglicherweise ebenfalls in Betracht kommende Ansprüche nach § 35 TKG gelten die nachfolgenden Ausführungen entsprechend.

545 Vgl. etwa Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 33 Rdnr. 24.

Zumindest mittelfristig bedeutet diese Unsicherheit eine erhebliche Schwächung der Möglichkeit der Wettbewerber, eine Endkundenbindung herbeizuführen. Allgemein wird das Vertrauen der Nachfrageseite in die Zuverlässigkeit der Wettbewerber des Altsassen geschwächt. Dem damit skizzierten Problem könnte de lege ferenda dadurch zu begegnen sein, dass man den Zugangsanspruch nach § 33 TKG nicht mehr – oder jedenfalls nicht mehr nur – an die marktbeherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt knüpft, sondern auf die Beherrschung des Vorleistungsmarktes abstellt.

§ 33 TKG, der für Line Sharing erforderliche Zugangsansprüche nach nationalem Recht gewähren könnte, knüpft nach herrschender Diktion an den Sekundärmarkt an. Dies kann sich als dysfunktional erweisen, wenn sich der Wettbewerb auf dem Markt für breitbandige Internet-Dienstleistungen gerade auch auf Grund eines solchen Zugangsanspruchs intensiviert, die Marktbeherrschung auf dem Vorleistungsmarkt jedoch nicht abgebaut wird. Um hier die Gefahr eines regulatorischen „Jojo-Effekts“ zu vermeiden, der faktisch insbesondere die Wettbewerber des auf den Vorleistungsmärkten marktbeherrschenden Unternehmens und damit gerade auch die auf Line Sharing angewiesenen Internet-Zugangsanbieter träge, ist de lege ferenda über eine Novellierung des § 33 TKG nachzudenken, als deren Ergebnis Ansprüche auf Vorleistungen auch gegenüber dem auf diesem Vorleistungsmarkt marktbeherrschenden Unternehmen geltend gemacht werden können.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der durch das Line Sharing vermittelten Verknüpfung der Inanspruchnahme von Sprachtelefondienstleistungen mit der Inanspruchnahme der Dienstleistungen des Internet-Zugangsanbieters. Kündigt der Endkunde seinen Sprachtelefondienstvertrag, so fällt aus Sicht des Internet-Zugangsanbieters die für sein Dienstangebot unverzichtbare Vorleistung weg<sup>546</sup>. Eine Lösung des Problems ist bislang nicht in Sicht. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass der Internet-Zugangsanbieter in einem solchen Fall die gesamte Teilnehmeranschlussleitung übernehmen muss<sup>547</sup>. Damit wird der Entbündelungsvorteil im Teilnehmeranschlussbereich aber wieder zunichte gemacht, was praktisch zu höheren Kosten auf Seiten des Internet-Zugangsanbieters und deren Weitergabe an den Kunden führt<sup>548</sup>. Unklar sind auch noch die Konsequenzen eines Wechsels des Kunden zu einem alternativen Ortsnetzanbieter. Sofern dieser keine marktbeherrschende Stellung inne hat und auch nicht willens ist, dem Internet-Zugangsanbieter das Line Sharing zu ermöglichen, würde dem Internet-Zugangsanbieter die Leistungserbringung mit dem Wechsel des Ortsnetzanbieters unmöglich. Daraus können sich zwei Konsequenzen ergeben: Auf der einen Seite kann der Kunde auf Grund der Inanspruchnahme von im Line Sharing erbrachten Internet-Dienstleistungen an einem Wechsel des Ortsnetzanbieters faktisch bzw. sogar (vertrags-)rechtlich gehindert sein. Auf der anderen Seite kann die Ungewissheit über die Entscheidung des Kunden für einen Ortsnetzanbieter für den Internet-Zugangsanbieter ein nicht hinnehmbares Geschäftsrisiko darstellen, das ihn jedenfalls zur Erfassung der Risiken in seiner Preiskalkulation zwingt oder ihn sogar davon abhält, überhaupt auf Line Sharing als Geschäftsstrategie zu setzen. Beides mindert den wettbewerblichen Nutzen des

Line-Sharing-Modells erheblich. Hier sind rechtliche Vorkehrungen geboten, welche diese Schwächen minimieren. Zu denken wäre daran, den Altsassen ausdrücklich auch nach nationalem Recht auch dann zur Ermöglichung des Line „Sharing“ zu unveränderten Konditionen zu verpflichten, wenn über die in seinem Eigentum stehende Teilnehmeranschlussleitung – insbesondere auf Grund einer Kündigung durch den Endkunden – keine schmalbandigen Sprachtelefondienste mehr erbracht werden, der schmalbandige Bereich also „brach“ liegt<sup>549</sup>. Um bei der Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung des Altsassen an einen Wettbewerber im Ortsnetzbereich die Kontinuität der Leistungserbringung im breitbandigen Internetbereich sicherzustellen und damit das oben geschilderte Investitionsrisiko des Internet-Zugangsanbieters abzusichern, empfiehlt sich überdies eine explizite Verpflichtung des Altsassen auch nach nationalem Recht, bei Überlassungsverträgen die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung auf den Bereich zu beschränken, für den der Altsasse selbst keine Zugangsverpflichtung eingegangen ist. Nutzt also ein Internet-Zugangsanbieter die Teilnehmeranschlussleitung im Wege des Line Sharing mit, so müsste diese Nutzungsmöglichkeit zu Gunsten des Internet-Zugangsanbieters im Überlassungsvertrag zwischen dem Altsassen und seinem Wettbewerber im Ortsnetzbereich in genau dem Umfang festgeschrieben werden, in dem ein entsprechender Nutzungsanspruch des Internet-Zugangsanbieters gegenüber dem Altsassen besteht. Dies wäre de lege ferenda durch ausdrückliche gesetzliche Verpflichtungen des Altsassen abzusichern.

Der Altsasse ist gesetzlich auch nach nationalem Recht ausdrücklich dazu zu verpflichten, die Nutzung des im Wege des Line Sharing zur Verfügung gestellten Frequenzbereichs durch einen Internet-Zugangsanbieter auch dann zu ermöglichen, wenn der Endkunde den Telefondienstvertrag mit dem Altsassen kündigt. Insbesondere darf eine solche Kündigung auch nicht zur Erhöhung der Kosten des Vorleistungsprodukts für den Internet-Zugangsanbieter führen. Darüber hinaus bedarf es auch einer expliziten Verpflichtung des Altsassen, gegenüber Internet-Zugangsanbietern bestehende Line-Sharing-Ansprüche bei der Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung an einen Wettbewerber im Ortsnetzbereich festzuschreiben. Zur effizienten Durchsetzung dieser Verpflichtungen ist die Existenz entsprechender Schadenersatzansprüche gegen den Altsassen und gegebenenfalls wirksamer verwaltungsrechtlicher Pönalen für den Fall der Zuwiderhandlung sicherzustellen.

Ein in Zukunft zunehmend an Bedeutung gewinnender Aspekt des Line Sharing und des dadurch ermöglichten Bezugs hochwertiger Internet-Dienstleistungen durch Wettbewerber des Altsassen stellt schließlich auch die Möglichkeit der Intensivierung des Wettbewerbs für Sprachtelefonie im Ortsnetz dar. Um hier die erforderlichen regulatorischen Rahmenbedingungen zu schaffen, bedarf es einer Klärung des unklaren und umstrittenen<sup>550</sup>

546 Vgl. auch Schmidt, K&R 2001, 377 (380).

547 Schmidt, K&R 2001, 377 (380 und 384).

548 Schmidt, K&R 2001, 377 (380).

549 Die Regulierungspraxis verfährt derzeit anders, vgl. Schmidt, K&R 2001, 377 (382).

550 Vgl. dazu nur Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 6 Rdnr. 41 und 67; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch (Fn. 149), § 25 Rdnr. 20.

Begriffs der Sprachtelefonie. Insbesondere muss verhindert werden, dass innovative Angebote zur Internet-Telefonie einerseits einem eigenen sachlich relevanten Markt zugeordnet und andererseits als Sprachtelefonie i. S. v. § 3 Nr. 15 TKG eingestuft werden – mit der möglichen Folge einer ex ante-Entgeltregulierung nach §§ 24, 25 Abs. 1 TKG. Denkbar wäre insoweit, zukünftig auf die gesonderte Regulierung von Sprachtelefoniedienstleistungen gänzlich zu verzichten – für den Bereich der Lizenzierung wird dies durch die neue Genehmigungsrichtlinie ohnehin vorgeschrieben. Vielmehr ist bei der Entgeltregulierung auf einzelne Endkundenmärkte abzustellen, die so zu definieren sind, dass innovative wettbewerbsfördernde Technologien nicht unnötig der zur Überführung ehemaliger Monopolbereiche in den Wettbewerb dienenden Regulierung unterfallen. Dies entspricht auch dem Verständnis des neuen Rechtsrahmens, wenn es dort in Erwägungsgrund 27 S. 5 der Rahmenrichtlinie heißt, dass bei der Feststellung wirksamen Wettbewerbs und beträchtlicher Marktmacht insbesondere das Sonderproblem neu entstehender Märkte zu berücksichtigen ist, „auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, ohne dass ihm jedoch unangemessene Verpflichtungen auferlegt werden sollten“<sup>551</sup>.

Die missverständliche Definition des Begriffs „Sprachtelefoniedienst“ birgt angesichts der von ihr abhängigen erheblichen regulatorischen Konsequenzen die Gefahr, die Entwicklung innovativer internetbasierter Sprachkommunikation als Alternative zur herkömmlichen Festnetzsprachtelefonie zu behindern. De lege ferenda sollte daher über seine Abschaffung und die Ausrichtung der Entgeltregulierung an bestimmten nach allgemeinen Grundsätzen definierten Telekommunikationsmärkten auf Endkundenebene nachgedacht werden. Dabei ist dafür Sorge zu tragen, dass die mit Innovationen stets einhergehenden temporären marktbeherrschenden Stellungen im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht zu einer ungerechtfertigten Regulierung des innovativen Unternehmens führen dürfen. Eine solche Rücksichtnahme auf innovative Produkte entspricht auch den Vorgaben des neuen Rechtsrahmens der Europäischen Gemeinschaft.

Eine zentrale Rolle für die praktische Umsetzung von Line-Sharing-Ansprüchen spielt schließlich die Frage der Entgeltfestsetzung. Hier ist noch vieles ungeklärt<sup>552</sup>. Auf Grund der gemeinsamen Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung ist zu besorgen, dass der Altsasse versucht wird, die Gemeinkosten seines ineffizienten Netzes auf die Anschlussebene mitnutzender Internet-Zugangsanbieter abzuwälzen. Hier ist bei der Entgeltregulierung auf die Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu achten. Angesichts der jüngsten Rechtsprechung des VG Köln<sup>553</sup> und des OVG Münster<sup>554</sup> zur EBC-Problematik<sup>555</sup>, die diesem Gesichtspunkt nur untergeordnete Bedeutung beimisst und den Schwerpunkt auf die tatsächlichen Gegebenheiten des Netzes zu legen scheint<sup>556</sup>, sind gegebenenfalls auch entsprechende Optimierungen der gesetzlichen Vorgaben in Betracht zu ziehen.

Um eine Belastung der auf Line Sharing angewiesenen Internet-Zugangsanbieter mit den Gemeinkosten des in-

effizienten Netzes des Altsassen zu vermeiden, ist bei der Regulierung der Entgelte für Line Sharing strikt auf die Ausrichtung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu achten. Gegebenenfalls ist die Bedeutung der Ausrichtung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gegenüber den tatsächlich anfallenden Kosten durch entsprechende Optimierungen der gesetzlichen Vorgaben deutlicher hervorzuheben.

## E. Vollzugsdefizite des deutschen Telekommunikationsrechts

### I. Einführung

Bereits ein flüchtiger Blick in die einschlägigen Fachzeitschriften zeigt die Unzufriedenheit vieler Wettbewerber und ihrer Interessenvertreter mit dem derzeitigen Zustand des deutschen Telekommunikationsrechts<sup>557</sup>. Der Schwerpunkt vieler dieser kritischen Äußerungen liegt dabei häufig nicht – wie man vielleicht erwarten könnte – auf dem materiellen Recht, sondern vielmehr auf „systemimmanenten Vollzugsdefiziten“<sup>558</sup>. Dieser Abschnitt soll diesen Vollzugsdefiziten gewidmet sein. Dabei werden die Vollzugsdefizite des TKG herausgearbeitet und diskutiert, welche Mittel *de lege ferenda* ergriffen werden könnten, um die identifizierten Schwachstellen zu beseitigen. In diese Überlegungen werden auch verfassungsrechtliche Gesichtspunkte miteinbezogen, um eine Verfassungskonformität der vorgeschlagenen Neuerungen sicherzustellen. Darüber hinaus wird an geeigneter Stelle auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des neuen Rechtsrahmens eingegangen.

### II. Die Vollzugsdefizite des TKG

#### 1. Interessenkonflikte durch die Beteiligung des Bundes an der DTAG?

Als Quell vieler Vollzugsprobleme wird der Umstand betrachtet, dass der Bund nach wie vor mit insgesamt 43% der Anteile der DTAG deren größter Aktionär ist<sup>559</sup>. Die dem Bund zustehenden Aktionärsrechte werden dabei durch die Bundesanstalt für Post und Telekommunikation wahrgenommen<sup>560</sup>. Nun ist eine solche Beteiligung des Staates an einem privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland weder ungewöhnlich noch *per se* verfassungs- oder wettbewerbsrechtlich bedenklich. Auch gemeinschaftsrechtlich bestehen insoweit keine Bedenken: Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie setzt vielmehr gerade voraus, dass Mitgliedstaaten an Unternehmen beteiligt sein dürfen, „die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen“ oder solche Unternehmen kontrollieren.

551 Vgl. aber auch Erwägungsgrund 13 S. 3 Zugangs-Richtlinie.

552 Vgl. nur Schmidt, K&R 2001, 377 (380).

553 VG Köln, MMR 2001, 410.

554 OVG Münster, MMR 2001, 548.

555 Siehe dazu etwa Koenig/Braun, MMR 2001, 563 ff.; Kleinlein/Binder, MMR 2001, 569 ff.

556 Zur Kritik an dieser Position siehe etwa Koenig/Braun, MMR 2001, 563 (568); Kleinlein/Binder, MMR 2001, 569 (574 f.).

557 Vgl. nur die Beiträge von Schuster, MMR 2001, 298 ff.; Bender, K&R 2001, 506 ff.

558 So die Begriffsbildung durch Bender, K&R 2001, 506 (507).

559 Vgl. Bender, K&R 2001, 506 (509); Schütz/Attendorn, Beilage MMR 4/2002, 1 (25). Der Bund selbst hält 30,9% der Anteile. 12,1% der Anteile stehen im Eigentum der Kreditanstalt für Wiederaufbau, die ihrerseits zu 100% im Eigentum des Bundes steht.

560 Bender, K&R 2001, 506 (509).



Allerdings begründet – hier wie in anderen Bereichen – der hohe Eigentumsanteil des Bundes an der DTAG einen erhöhten Regelungsbedarf. So muss gewährleistet werden, dass die DTAG ihren Wettbewerbern auf den Telekommunikations- und Internetmärkten nicht deswegen bevorzugt wird, weil der Bund tatsächlich oder vermeintlich ein finanzielles Interesse an einem möglichst hohen Aktienkurs der DTAG hat. Mit anderen Worten: Es ist regulatorisch sicherzustellen, dass alle Entscheidungen der RegTP abschließend nach Recht und Gesetz erfolgen. Die Kurspflege für die Aktie der DTAG hat der Gesetzgeber nicht in den Zielekatalog des § 2 Abs. 2 TKG aufgenommen<sup>561</sup>. Dem entsprechen auch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben: Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten, wenn sie „weiterhin an Unternehmen beteiligt sind, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereit stellen oder diese kontrollieren“, eine „wirksame strukturelle Trennung“<sup>562</sup> der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen“. Art. 3 Abs. 3 Rahmenrichtlinie verpflichtet – über den Umweg der Mitgliedstaaten – die Regulierungsbehörden zu einer unparteiischen und transparenten Ausübung ihrer Befugnisse.

Allerdings finden sich in der Literatur viele Darstellungen, die eine Einflussnahme etwa des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie oder des Bundesministeriums für Finanzen auf Entscheidungen der RegTP zu belegen versuchen oder zumindest vermuten<sup>563</sup>. Es kann für die Zwecke der vorliegenden Darstellung auf sich beruhen, ob diese Berichte über eine Einflussnahme zutreffen oder nicht. Behandelt werden soll hier vielmehr allein die Frage, welche Vorkehrungen der Gesetzgeber gegen tatsächliche und potenzielle Einflussnahme auf Entscheidungen der RegTP treffen kann.

Als beliebtes Remedium wird in diesem Zusammenhang immer wieder die Idee ins Spiel gebracht, das Weisungsrecht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie abzuschaffen und die RegTP so zu einer weisungs- und damit ministerialfreien Zone zu machen<sup>564</sup>. Die Befürworter eines solchen Vorschlags erhoffen sich davon eine größere Unabhängigkeit der RegTP von Versuchen der politischen Einflussnahme. Mit diesem Vorschlag wird eine Diskussion wiederaufgegriffen, die bereits während des Gesetzgebungsprozesses zum TKG in den Jahren 1994/95 intensiv geführt wurde. Die verfassungsrechtlichen Einwände, die den Gesetzgeber damals davon abhielten, sich diesen Vorschlag zu eigen zu machen, bestehen jedoch nach wie vor<sup>565</sup>. An dieser Stelle kann nur ein kurzer Abriss über die Problematik gegeben werden: Ministerialfreie Räume sind – so die herrschende Meinung – nur ausnahmsweise zulässig. Es gelte also ein Grundsatz der Weisungsbindung<sup>566</sup>. Äußerst umstritten ist freilich die Reichweite dieses Grundsatzes<sup>567</sup>. Den einen gilt die Weisungsbindung als verfassungsrechtlicher Regelfall<sup>568</sup>. Ausnahmen werden dabei nur in engen Grenzen anerkannt, die Sachnatur oder Bestrebungen zur Objektivierung von Verwaltungshandeln könnten eine Ausnahme für sich genommen nicht begründen<sup>569</sup>. Andere hingegen nehmen die Verwaltungspraxis in den Blick und öffnen den Grundsatz für verfassungsgewichtige<sup>570</sup> oder aufgabengerechte Ausnahmen<sup>571</sup>. Wieder andere vertreten die Auffassung, das Parlament könne sich grundsätzlich per Gesetz seiner Kontrollrechte begeben

und die ministerielle Verantwortung beschränken (sog. Verzichtstheorie)<sup>572</sup>. Angesichts dieser Meinungsvielfalt über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Weisungsfreiheit der RegTP erscheint es ratsam, die erwünschte Unabhängigkeit der RegTP von Versuchen der politischen Einflussnahme zunächst auf anderen, verfassungsrechtlich unumstrittenen Wegen zu erreichen. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob das Herstellen von Unabhängigkeit der RegTP nicht eher dem politischen Diskurs zu überantworten ist. So demonstriert das Beispiel des Bundeskartellamtes, dass eine Oberbehörde eine Tradition politischer Unabhängigkeit<sup>573</sup> derart ausbilden kann, dass eine de iure existierende Weisungsbefugnis de facto weitgehend bedeutungslos wird<sup>574</sup>. Das Ausbilden einer dahingehenden Tradition braucht jedoch Zeit und muss sich über Personal-, Regierungs- und Politikwechsel hinweg bewähren<sup>575</sup>. Vor diesem Hintergrund ist daher zum derzeitigen Zeitpunkt von einem Tätigwerden des Gesetzgebers in dieser Frage abzuraten.

- 561 Vgl. in diesem Zusammenhang *Döhler*, Die Verwaltung 2001, 59 (79).  
 562 Hervorhebung hinzugefügt.  
 563 Siehe etwa die als „beispielhaft“ gekennzeichneten Fälle bei *Bender*, K&R 2001, 506 (509).  
 564 So zuletzt *Bender*, K&R 2001, 506 (509).  
 565 Siehe nur *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 3: Art. 79–146, 4. Aufl. 2001, Art. 87 f Abs. 2 Rdnr. 103: „Hiermit [= mit dem geltenden Recht] sind auch die Grenzen der Unabhängigkeit erreicht. Die Einräumung einer weitergehenden Unabhängigkeit, insbesondere ihre Weisungsfreiheit, wäre mit dem Prinzip demokratischer Legitimation unvereinbar.“  
 566 BVerfGE 9, 268 (282); 83, 60 (72); 91, 228 (244); 93, 37 (66); *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 455), Art. 20 (Demokratie), Art. 20 Rdnr. 114.  
 567 Vgl. die vorzügliche Aufbereitung des Streitstandes bei *Oertel* (Fn. 278), S. 246 ff.  
 568 Siehe etwa *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 603, These 11; *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997, S. 88 ff.; *Scherer/Hölscher*, Gestaltungsspielräume für eine Reform der Organisation der Telekommunikations- und Medienaufsicht unter dem Grundgesetz, 1999, S. 67 ff. (im WWW abrufbar unter der URL: <http://www.ko2010.de/deutsch/download/reguta.pdf>).  
 569 Vgl. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 568), S. 178 ff.; *Broß*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3 (Art. 70 bis Art. 146), 3. Aufl. 1996, Art. 86 Rdnr. 16; *Weber/Rommersbach*, in: Manssen (Fn. 149), § 66 TKG, Rn. 2. So wohl auch *Scherer/Hölscher* (Fn. 568), S. 68 f.  
 570 In diesem Sinne *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, S. 66.  
 571 *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rdnr. 24; *Bull*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 86 Rdnr. 27 f.; ähnlich auch *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 455), Art. 20 (Demokratie) Rdnr. 116; *Müller*, JuS 1985, 497 (508). Im Ergebnis so wohl auch *Oertel* (Fn. 278), S. 261 ff., der die Auffassung vertritt, das „Privatisierungsprogramm des Art. 87 f GG“ gestatte es, die RegTP weisungsfrei zu stellen. Zudem halte das TKG mit den justizähnlichen Beschlusskammern, der Präsidentenkammer und dem Beirat verschiedene Institute vor, die eine Auflösung der Weisungsbindung legitimatorisch auffangen könnten (ebenda, S. 317 ff.).  
 572 *Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974, S. 190 ff.; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, Art. 65 Rdnr. 100 f. (Stand: 23. Ergänzungslieferung Oktober 1984).  
 573 Zu diesem Begriff und zu seiner Abgrenzung zum Begriff der funktionellen Unabhängigkeit siehe *Oertel* (Fn. 278), S. 187 f. Zur Unterscheidung von organisatorischer, finanzieller, sachlicher und personeller Unabhängigkeit siehe *Koenig/Kühling*, WuW 2001, 810 (815 f.).  
 574 *Oertel* (Fn. 278), S. 244; *Geberth*, AG 1991, 295 (296). In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die literarische Gegenwehr gegen die rechtliche Weisungsunterworfenheit des Bundeskartellamtes mit zunehmender Dauer der faktischen Weisungsfreiheit abnahm, siehe *Oertel*, ebenda, S. 244 Fn. 324.  
 575 Vgl. *Oertel* (Fn. 278), S. 244.

## 2. Die Problematik vorläufiger Entgeltgenehmigungen

### a) Die derzeitige Rechtslage

Eines der gravierendsten Vollzugsprobleme des deutschen Telekommunikationsrechts beruht auf dem Umstand, dass die RegTP in einer Vielzahl von Fällen Entgeltanträge der DTAG „testweise“ bzw. vorläufig genehmigt<sup>576</sup>. Diese Praxis der RegTP hat auf Seiten der Wettbewerber zu erheblichen Unsicherheiten bezüglich der Höhe der letztendlich an die DTAG zu entrichtenden Entgelte geführt. Da auch für „ungewisse Verbindlichkeiten“ i. S. d. § 249 HGB Rückstellungen zu bilden sind, führen diese Unsicherheiten zu einer Mittelbindung, die Investitionen behindert und im Extremfall sogar in einer bilanziellen Schiefelage von Anbietern mit geringer Kapitalstärke (etwa kleinen Internet Service Providern) resultieren kann. Im TKG findet die Praxis der RegTP keine Stütze; sowohl „testweise“ als auch vorläufige Entgeltgenehmigungen sind de lege lata rechtswidrig<sup>577</sup>. Dies folgt bereits daraus, dass der Gesetzgeber das *Risiko unzureichender Kostennachweise* dem zur Antragstellung verpflichteten Unternehmen auferlegt hat<sup>578</sup>. Dies wird unter anderem daran deutlich, dass die Bestimmungen der Entgeltregulierung nur die Institute der (in der Regel befristeten) Genehmigung und der Ablehnung kennen<sup>579</sup>. Ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsrecht, welches das Institut des vorläufigen Verwaltungsaktes kennt (dazu gehört auch die vorläufige Genehmigung<sup>580</sup>), hat vor dem Hintergrund der gesetzlichen Risikozuweisung zu unterbleiben<sup>581</sup>. Auch § 78 TKG kann eine „vorläufige Genehmigung“ im Rahmen des TKG nicht rechtfertigen. Wenn die im Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung nach § 78 TKG als genehmigungsfähig erscheinenden Entgelte für eine bestimmte Leistung nach Struktur oder Höhe so von den beantragten Entgelten abweichen, dass eine Entscheidung nur auf Grund eines neuen Antrags in einem neuen Hauptsacheverfahren (und damit über einen neuen Verfahrensgegenstand) ergehen kann, fehlt es an der von § 78 TKG vorausgesetzten formellen und materiellen Akzessorietät von einstweiliger Anordnung und Entscheidung im Hauptsacheverfahren<sup>582</sup>. Dass die untergesetzliche Vorschrift des § 30 TKV von „vorläufiger Anordnung“ spricht, vermag daran ebenfalls nichts zu ändern. Die im TKG vorgegebenen Entscheidungsalternativen (Genehmigung und Ablehnung) können durch eine verordnungsrechtliche Bestimmung weder verkürzt noch erweitert werden<sup>583</sup>.

### b) Rechtspolitische Schlussfolgerungen

Das VG Köln hat mit seiner Entscheidung vom 9. 11. 2000 dem Institut der „vorläufigen Genehmigung“ eine Absage erteilt<sup>584</sup>. Gleichwohl ist unklar, ob sich diese Rechtsauffassung nunmehr durchsetzt. Daher bietet es sich de lege ferenda an, ein Verbot einer testweisen oder vorläufigen Entgeltgenehmigung im TKG festzuschreiben.

## 3. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Wettbewerber der DTAG werden nach geltendem Recht vor allem im Bereich der Entgeltregulierung faktisch dadurch verkürzt, dass eine gerichtliche Überprüfung von Entgeltgenehmigungen zum Teil nur eingeschränkt möglich ist: In vielen Entscheidungen der RegTP sind ganze Passagen oder gar

Seiten geschwärzt<sup>585</sup>, weil die RegTP den Begriff der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse weit auslegt und überdies das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie als – nach bisherigem Recht – zuständige Aufsichtsbehörde i. S. d. § 99 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO a. F. regelmäßig keine oder aber eine negative Entscheidung über die Berechtigung zur Vorlage traf<sup>586</sup>.

Zu begrüßen ist daher die derzeitige legislative Entwicklung zu Gunsten eines etwas eingeschränkteren Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen<sup>587</sup>. Art. 18 Nr. 3 des Entwurfes eines post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes<sup>588</sup> sieht in diesem Zusammenhang die Schaffung eines § 75 a TKG vor, der bereits in § 19 Abs. 1 Nr. 2 FTG-Entwurf<sup>589</sup> einmal vorgesehen war<sup>590</sup>. Nach dieser Vorschrift hat jeder Beteiligte unverzüglich nach der Vorlage von Unterlagen im Rahmen des Verfahrens nach den §§ 73–79 TKG diejenigen Teile zu kennzeichnen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten. In diesem Fall muss er zusätzlich eine Fassung vorlegen, die aus seiner Sicht ohne Preisgabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen eingesehen werden kann. Erfolgt dies nicht, kann die Regulierungsbehörde von seiner Zustimmung zur Einsicht ausgehen, es sei denn, ihr sind besondere Umstände bekannt, die eine solche Vermutung nicht rechtfertigen. Hält die Regulierungsbehörde die Kennzeichnung der Unterlagen für unberechtigt, so muss sie vor der Entscheidung über die Gewährung von Einsichtnahme an Dritte die vorliegenden Personen hören. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift ist zudem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren § 99 VwGO (sog. „in camera-Verfahren“) mit der Maßgabe anwendbar, dass an die Stelle der obersten Aufsichtsbehörde die Regulierungsbehörde tritt<sup>591</sup>.

576 Vgl. etwa RegTP – BK 4e-024/E21. 9. 98, MMR 1999, 183 (183 f.).

577 In diesem Sinne etwa VG Köln, CR 2001, 523 (524 ff.); *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 27 Rdnr. 36 ff.; *Schütz/Müller*, MMR 1999, 128 (136); a. A. *Hummel*, CR 2000, 291 (292 ff.); *Kleinlein*, in: FS Bezenberger (Fn. 151), S. 673 (678 f.).

578 *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 27 Rdnr. 37; *Schütz/Müller*, MMR 1999, 128 (136).

579 *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 27 Rdnr. 37; *Schütz/Müller*, MMR 1999, 128 (136). Abgesehen werden soll hier vom Sonderfall der Netzzusammenschaltung.

580 *Kleinlein*, in: FS Bezenberger (Fn. 151), S. 673 (679). Ausführlich *Schimmelpfennig*, Vorläufige Verwaltungsakte, 1989, S. 34 ff. Vgl. auch § 165 AO.

581 Dies verkennen *Hummel*, CR 2000, 291 (292 ff.), und *Kleinlein*, in: FS Bezenberger (Fn. 151), S. 673 (679).

582 *Schütz/Müller*, MMR 1999, 128 (136); *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 27 Rdnr. 40.

583 *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 149), § 27 Rdnr. 41; a. A. wohl *Kleinlein*, in: FS Bezenberger (Fn. 151), S. 673 (679).

584 VG Köln, CR 2001, 523 (524 ff.).

585 Siehe als Beispiel RegTP – Az: BK 3b-00/033, Entscheidungsumdruck, S. 33.

586 Vgl. die Darstellung der Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 207.

587 Ähnlich auch die Reaktion der Monopolkommission (Fn. 1), Tz. 209, auf den entsprechenden Gesetzesentwurf.

588 BT-Drucks. 14/7921 in der Form von BT-Drucks. 14/8342.

589 BT-Drucks. 14/4063, S. 11.

590 Die Regelung wurde jedoch kurz vor der Verabschiedung des Gesetzes ohne Angaben von Gründen wieder gestrichen, siehe *Schuster*, MMR 2001, 298 (300); *Bender*, K&R 2001, 506 (514).

591 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Änderung des § 99 VwGO im Rahmen der 7. VwGO-Novelle zum 1. 1. 2002. Mit Beschluss vom 27. 10. 1999 hatte das BVerfG den Gesetzgeber aufgefordert, die bisherige Regelung über die Aktenvorlage durch die Behörden bis zum 31. 12. 2001 anzupassen und so eine unverhältnismäßige Einschränkung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG zu beheben, siehe BVerfGE 101, 106 ff. Die neue Regelung erschwert entsprechend die Verhinderung der Vorlage von Akten durch eine Behörde und erleichtert damit auch deren Einsicht durch andere

Der Bundestag hat diesen Gesetzentwurf mit dem neuen § 75 a TKG in seiner Sitzung vom 28. 2. 2002 in zweiter und dritter Lesung angenommen<sup>592</sup>. Der Bundesrat hat dem Gesetzentwurf am 22. 3. 2002 zugestimmt. Mit dem neuen § 75 a TKG bewegt sich der deutsche Gesetzgeber im Übrigen auf den durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Pfaden (vgl. Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangs-Richtlinie<sup>593</sup>).

#### 4. Transparenzdefizite

Das TKG enthält bereits nach bisherigem Recht einige wenige Vorschriften, die sich auf die Transparenz der Entscheidungsprozesse der RegTP beziehen<sup>594</sup>. So sind etwa Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch eine Entscheidung der RegTP tangiert werden und die auf Antrag beigeladen werden, automatisch Verfahrensbeteiligte. Unter den Voraussetzungen der §§ 29, 30 VwVfG besteht auch grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht der Beigeladenen. Darüber hinaus hat auch die RegTP einige (zu) vorsichtige Schritte in Richtung erhöhter Transparenz unternommen, etwa durch die von ihr veröffentlichten Eckpunkte zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung<sup>595</sup>. Allerdings ist gerade dieses Beispiel bezeichnend dafür, wie gering die RegTP die Bedeutung von transparenten Entscheidungsverfahren einschätzt: Das mit der Veröffentlichung der Eckpunkte verfolgte Ziel von Rechtssicherheit für alle Beteiligten durch Entwicklung einer konsistenten und eindeutigen Linie in Fragen der Marktabgrenzung wurde plötzlich aufgegeben. Die Marktabgrenzung soll jetzt wieder fallweise erfolgen. Ferner trägt die bereits erwähnte Betonung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die RegTP und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wegen der dadurch erforderlichen Schwärzungen ebenfalls dazu bei, dass die Beweggründe der RegTP für den Erlass einer Entscheidung bisweilen im Unklaren bleiben.

In der neuen Rahmenrichtlinie wird nunmehr ausdrücklich die Notwendigkeit betont, alle interessierten Parteien zu vorgeschlagenen Beschlüssen zu konsultieren und ihre Stellungnahmen zu berücksichtigen, ehe ein endgültiger Beschluss gefasst wird (siehe Art. 6 Rahmenrichtlinie<sup>596</sup>). Die Mitgliedstaaten müssen auch für die Einrichtung einer einheitlichen Informationsstelle, bei der eine Liste aller laufenden Anhörungen aufliegt, Sorge tragen (Art. 6 S. 3 Rahmenrichtlinie). Die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens sind schließlich von der nationalen Regulierungsbehörde der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (Art. 6 S. 4 Rahmenrichtlinie<sup>597</sup>). Zumindest mittelbar werden im Übrigen die Vorschriften des Art. 7 Rahmenrichtlinie zu einer erhöhten Transparenz der Entscheidungsprozesse der nationalen Regulierungsbehörden führen, da diese Vorschrift den Regulierungsbehörden ein dichtes Netz von Verpflichtungen zur Zusammenarbeit untereinander und vor allem auch mit der Kommission auferlegt<sup>598</sup>. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der Gesetzgeber und die RegTP ihre bisherige Transparenzpolitik ganz erheblich verbessern müssen<sup>599</sup>, wollen sie nicht Gefahr laufen, hinter den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zurückzubleiben.

Gemeinschaftsrechtlich nicht unbedingt erforderlich, rechtspolitisch aber gleichwohl wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang, dass die RegTP ihre Entschei-

dungen unmittelbar nach Veröffentlichung ins Internet einstellt<sup>600</sup>. Es ist nicht einzusehen, warum diese Praxis von einer Vielzahl von Gerichten auf internationaler und nationaler Ebene, aber auch von ausländischen Behörden wie etwa OFTEL, nicht aber von der RegTP geübt wird.

## F. Executive Summary

### I. Telekommunikations- und kartellrechtliche Kriterien zur Behandlung von Bündelprodukten von marktbeherrschenden Unternehmen

Die Bündelproblematik ist vor allem auf den Märkten von Bedeutung, auf denen Internet Service Provider mit vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen im Wettbewerb stehen, die Internetdienste, Telekommunikationsdienstleistungen und Infrastruktur aus einer Hand anbieten können. Dabei steigt die Fähigkeit des Unternehmens zu bündeln grundsätzlich mit dessen vertikaler Integration von Telekommunikationsdiensten, Internetdiensten und Infrastrukturen. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann durch die Bündelung von Produkten in die Lage versetzt werden, seine Stellung auf dem beherrschten Markt weiter auszubauen. Umgekehrt ist es jedoch auch denkbar, dass ein Marktbeherrscher durch die Bündelung in einen anderen Markt eintritt, um dort eine beherrschende Stellung aufzubauen. Generell räumt eine Kopplung von Produkten dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit ein, in einen anderen Markt einzudringen. Die normalerweise mit dem Eintritt in ein neues Marktsegment verbundenen Kosten, wie etwa Sunk Costs, können durch die Gewinne des Unternehmens auf dem beherrschten Markt ausgeglichen werden. Eine solche Kopplungsmöglichkeit birgt also die Gefahr der Quersubventionierung.

#### Reformvorschlag

Den Gefahren von Bündelprodukten marktbeherrschender Unternehmen ist regulatorisch durch ein ganzes „Bündel“ von Maßnahmen zu begegnen:

An erster Stelle ist eine dem Gebot praktischer Wirksamkeit hinreichend Rechnung tragende Umsetzung von Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie zu nennen. Diese Vorschrift fingiert das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf einem (bisher) nicht beherrschten benachbarten Markt, wenn die Möglichkeit einer Übertragung von Marktmacht von dem beherrschten auf den (bisher) nicht beherrschten Markt besteht. Der Begriff „benachbarter Markt“ umfasst dabei nicht nur vor- und nachgela-

Verfahrensbeteiligte, indem sie den Anwendungsbereich des „in camera-Verfahrens“ auf sämtliche Fälle der auf § 99 Abs. 1 VwGO gestützten Aktenverweigerung ausdehnt; vgl. hierzu ausführlich Golembiewski, NordÖR 2001, 421 ff.; Seibert, NVwZ 2002, 265 (269 f); Redeker/Kothe, NVwZ 2002, 313 ff.

592 Plenarprotokoll 14/221 vom 28. 2. 2002, S. 21907B.

593 Siehe zu dieser Vorschrift oben unter D.III. 3. f.

594 Vgl. dazu Bender, K&R 2001, 506 (511).

595 Eckpunkte der RegTP zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung (im Internet abrufbar unter: <http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>).

596 Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 15 Rahmenrichtlinie.

597 Eine Ausnahme existiert insoweit für „vertrauliche Informationen“.

598 Siehe dazu näher Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 5), Chapter 7 C.

599 Einzelne Verbesserungsvorschläge finden sich bereits bei Koenig/Kühling, in: Koenig/Kühling/ifo (Fn. 93), 2000, S. 235 (240 ff.).

600 Bisher sind die Entscheidungen nur gegen üppige Schreibgebühren bei der RegTP erhältlich bzw. werden – oft mit monatelanger Verzögerung – in den einschlägigen Fachzeitschriften veröffentlicht.

gerte Märkte. Vielmehr kommen sämtliche Zielmärkte in Betracht, die vom beherrschten Ausgangsmarkt beeinflusst werden können.

Ein weiterer Ansatz liegt *de lege ferenda* in der Einführung einer so genannten „adding up“-Regel. Nach dieser Regel ist auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Bündelung seiner Produkte grundsätzlich erlaubt. Das marktbeherrschende Unternehmen wird aber gleichzeitig verpflichtet, die einzelnen Bündelkomponenten auch isoliert den Verbrauchern anzubieten und zwar zu einem Preis, der in der Summe den für das Bündel nicht übersteigt. Zudem ist das marktbeherrschende Unternehmen dazu zu verpflichten, die einzelnen Komponenten den Wettbewerbern zu Großhandelsbedingungen zur Verfügung zu stellen.

Trotz gewisser Unzulänglichkeiten würde die Einfügung einer „adding up“-Regel im Zuge der Novellierung des TKG der Regulierungsbehörde und dem Bundeskartellamt ein effektives Instrument zur Prävention und Abwehr der Gefahren von Bündelprodukten marktbeherrschender Unternehmen an die Hand geben. Rechtstechnisch könnte die „adding up“-Regel etwa durch einen dahin gehenden Zusatz in den §§ 24 ff. TKG eingeführt werden, dass bei einem Bündelprodukt die Entgeltgenehmigung verweigert wird, solange nicht die beschriebenen Voraussetzungen dieser Regel erfüllt sind. In diesem Zusammenhang ist rechtsvergleichend darauf hinzuweisen, dass die französische Wettbewerbsbehörde „ART“ seit längerem dazu übergegangen ist, die durch Bündelungsangebote erreichbare Marktmachtübertragung dadurch zu unterbinden, dass sie von France Télécom verlangt, Ermäßigungstarife entkoppelt für Ortsgespräche, Ferngespräche und Auslandsgespräche anzubieten. Darüber hinaus ist als weiteres Regulierungsinstrument *de lege ferenda* sicherzustellen, dass durch Bündelung nicht die (Preis-)Regulierung einzelner Bündelungskomponenten umgangen wird. Dies ist dadurch zu bewerkstelligen, dass die Regulierungsmaßstäbe für den am striktesten regulierten Dienst aus dem Bündel auf das gesamte Bündel angewandt werden.

## II. Entgeltregulierung von Internet- und Datendienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen

In ihrem Beschluss vom 16. 6. 1999 legte die RegTP §§ 3 Nr. 18, 24 ff. TKG dahin gehend aus, dass die Entgelte für den Datentransport zwischen den Teilnehmeranschlüssen der Endkunden und den Internet-Plattformen (Backbone-Netzen) von Internet Service Providern (ISP) im Rahmen zweier Angebote der T-Online *nicht* der Genehmigungspflicht nach den §§ 35, 39 i. V.m. § 25 Abs. 1 TKG unterliegen. Ferner sei das Entgelt für die Nutzung des Online-Dienstes T-Online *nicht* von der Entgeltregulierung nach den §§ 24 ff. TKG erfasst, da der *Schwerpunkt der Nutzung* im Bereich der Teledienste liege, so dass es sich insgesamt nicht um eine Telekommunikationsdienstleistung handele.

Diese von der RegTP vertretene „Schwerpunktthese“ ist auf Grund des im sekundären Gemeinschaftsrecht verankerten *Trennungsprinzips* hinsichtlich der Regulierung der Übertragung einerseits und der Regulierung des Inhalts andererseits als gemeinschaftsrechtswidrig abzulehnen.

### Reformvorschlag

Bei Internet Service Providern, die als eine Mischform aus Content und Access Providern auftreten (wie etwa T-Online), also sowohl eigene Inhalte im Netz anbieten als auch den Zugang zur Nutzung fremder Inhalte vermitteln, ergeben sich grundsätzlich keine regulatorischen Besonderheiten. *Soweit* diese Anbieter den Zugriff auf fremde Inhalte im Internet ermöglichen, erbringen sie Telekommunikationsdienstleistungen und unterliegen somit den Regelungen des TKG. *Soweit* sie dagegen eigene Inhalte im Internet zur Verfügung stellen, gelten für sie die Regelungen des TDG bzw. des MDStV. In einem solchen Fall kommen das TKG und das TDG (bzw. der MDStV) *funktionsbezogen nebeneinander* zur Anwendung. Für eine Einordnung anhand einer diffusen Schwerpunkttheorie – wie sie die RegTP *contra legem* erfunden hat – ist daneben kein Platz; es besteht dafür auch kein Bedürfnis. Sie widerspricht auch klar den gesetzlichen Vorgaben, die wie § 2 Abs. 4 TDG anstreben, eine möglichst eindeutige Abgrenzung zwischen TDG und TKG herbeizuführen. Trotz der relativ klaren Formulierungen des § 3 Nr. 16 TKG und des § 2 Nr. 4 TDG haben es die RegTP und die Gerichte nicht vermocht, die verfassungsrechtlich gebotene und gemeinschaftsrechtlich vorausgesetzte Trennung zwischen der Regulierung des Inhalts und der Regulierung der Übertragung nachzuvollziehen. Daher erscheint es erwägenswert, das Stufenverhältnis zwischen technischer Plattform (Telekommunikation) und Inhaltsebene (Teledienste) *de lege ferenda* klarzustellen. Dies könnte etwa durch die Einfügung der Worte „die den Telediensten zu Grunde liegenden“ in § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG erfolgen, so dass die Vorschrift insoweit lauten würde:

„Dieses Gesetz gilt nicht für:

1. die *den Telediensten zu Grunde liegenden* Telekommunikationsdienstleistungen [...]“.

## III. Telekommunikations- und wettbewerbsrechtliche Probleme der faktischen Abhängigkeit von Internet Service Providern von Vorleistungen der DTAG

Gerade Internet Service Provider spüren in vielen Bereichen die Abhängigkeit von Vorleistungen der DTAG. Die bisherigen Antworten des deutschen Telekommunikationsrechts auf diese Abhängigkeiten sind unzureichend. In einzelnen Bereichen erweist sich dabei gerade für Internet Service Provider die Existenz einer Preis-Kosten-Schere als größtes Problem.

### Reformvorschlag

Mit Blick auf das Ziel, einen funktionsfähigen Wettbewerb auch auf den für die Internet Service Provider relevanten Märkten herzustellen, ist eine gesetzliche Verpflichtung der RegTP zu empfehlen, wonach die Behörde bei jeder Regulierungsentscheidung die Auswirkungen auf benachbarte, insbesondere vor- und nachgelagerte Märkte zu prüfen und in ihre Entscheidung einzubeziehen hat. Wie schon im Rahmen der regulatorischen Behandlung von Bündelfällen erörtert, könnte der deutsche Gesetzgeber mit einer solchen Einbeziehungspflicht in vorbildlicher Weise die gemeinschaftsrechtlich gebotene praktische Wirksamkeit des Konzepts benachbarter Märkte nach Art. 14 Abs. 3 der neuen Rahmenrichtlinie gewährleisten.

### 1. Flatrate

De lege lata ist eine Verpflichtung der DTAG zum Angebot einer *Vorleistungsflatrate* zumindest im Rahmen der Vorschriften über die Entgeltregulierung (§§ 24 ff. TKG) kaum begründbar, sofern die mit der DTAG im Konzernverbund stehende T-Online keine *Endkundenflatrate* anbietet.

#### Reformvorschlag

Der Referenzmaßstab in §§ 24 und 33 TKG („intern genutzt“) erweist sich als gravierendstes Problem. Es ist daher zu überlegen, ob dieser Referenzmaßstab nicht modifiziert werden sollte. Damit würde marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit aus der Hand genommen, durch einen Verzicht auf ein eigenes Angebot Wettbewerber, die auf dieses Vorprodukt angewiesen sind, auszustechen. In diese Richtung zielt das BVerwG in seiner Entscheidung zur Teilnehmeranschlussleitung, wenn das Gericht – bewusst oder unbewusst – abweichend vom Wortlaut ausführt, dass es für die Anwendung des § 33 Abs. 1 TKG allein entscheidend sei, ob die wesentliche Leistung als technisch und ökonomisch funktionell eigenständige und abgrenzbare Leistung intern nutzbar und bewertbar ist.

### 2. Resale

Resale wird in der deutschen Diskussion zum Teil immer noch als eine minderwertige Form wirtschaftlicher Tätigkeit angesehen. Der neue EG-Rechtsrahmen hingegen erkennt Resale als wichtiges Glied der Wertschöpfungskette an. Das zum Teil in Deutschland vertretene Anschlussverhältnis zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb ist nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht mehr vertretbar.

Es spricht vieles dafür, dass nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts jeder Mitgliedstaat eine Resale-Verpflichtung i. S. d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 lit. d Zugangs-Richtlinie gesetzlich vorsehen muss, von der die nationalen Regulierungsbehörden dann Gebrauch zu machen haben, wenn die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 8 Zugangs-Richtlinie erfüllt sind.

#### Reformvorschlag

Diesen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ist bei der Novellierung des TKG hinreichend Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass eine generelle Resale-Verpflichtung aller Telekommunikationsnetzbetreiber unabhängig vom Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht nicht mit Art. 12 Abs. 2 lit. d i. V. m. Art. 8 Zugangs-Richtlinie vereinbar ist. Somit kann § 4 TKV in seiner jetzigen Fassung unter dem neuen Rechtsrahmen keinen Bestand haben. Folglich ist *de lege ferenda* auch in dieser Vorschrift an das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ i. S. d. Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie anzuknüpfen.

### 3. Billing

Die Nachfrage nach Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen gegenüber einem anderen Netzbetreiber ist sachlogisch durch dessen Funktion als Teilnehmernetzbetreiber bedingt. Diese Dienstleistungen sind daher richtigerweise dem Zuführungsmarkt zuzuordnen und unterfallen – entgegen der Spruchpraxis der Beschlusskam-

mer 4 der RegTP – der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG. Soweit die Vertragsparteien einer Zusammenschaltungsvereinbarung in diesem Punkt keine Einigung erzielen können und die Regulierungsbehörde nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG angerufen wird, ist diese demnach verpflichtet, diese Leistungen in eine Zusammenschaltungsanordnung einzubeziehen. Demnach kann die RegTP die Zusammenschaltungsanordnung auf all jene Punkte erstrecken, die Gegenstand einer Zusammenschaltungsvereinbarung sein können und über welche die Parteien keine Einigung erzielen konnten.

Bei einer Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG sind Fakturierungsdienstleistungen als wesentliche Leistungen im Sinne der Norm zu betrachten. Für das Inkasso der so berechneten Entgeltforderungen gilt hingegen, dass dieses nicht zu den objektiv bestimmten Wesensmerkmalen der Telekommunikationsdienstleistung zu zählen ist, soweit die einzelnen Teilleistungen unspezifisch sind, also auch zur Durchsetzung von Forderungen auf anderen Waren- oder Dienstleistungsmärkten benötigt werden. Inkassodienstleistungen stellen daher, mit Ausnahme der Bereitstellung einer einheitlichen Zahlstelle für den Rechnungsbetrag, keine wesentliche Leistung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG dar. Dieser Auslegung entsprechen auch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Vorteile aus der Konzernverbundstruktur der DTAG und T-Online können im Billing-Kontext vor allem in zwei Bereichen auftreten: gemeinsame Nutzung von Kundendaten und gemeinsame Nutzung von Abrechnungssoftware. Insofern ergeben sich aus der vertikalen Integration dieser Unternehmen „vertikale Synergien“.

#### Reformvorschlag

Ein neuer § 3 Nr. 18a TKG könnte die Auslegung von § 33 Abs. 1 TKG flankieren: „Als Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne dieses Gesetzes gelten auch telekommunikationsakzessorische Nebenleistungen, soweit sie von den Nutzern benötigt werden, um auf Telekommunikation gründende Produkte oder Dienstleistungen herzustellen oder zu vermarkten.“

Eine Änderung des deutschen Rechts ist in Bezug auf § 14 TKG erforderlich, der an die Anforderungen nach Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangs-Richtlinie anzupassen ist. In diesem Bereich besteht jedoch über eine bloße Umsetzung der Rechtslage in Deutschland in Bezug auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus erheblicher Reformbedarf. Insbesondere die aus der vertikalen Integration der DTAG und des dazugehörigen Konzernverbundes für einen funktionsfähigen Wettbewerb erwachsenden Gefahren bedürfen eines Eingreifens des Gesetzgebers. Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Damit soll nicht einer Entflechtung dieser Konzernstrukturen das Wort geredet werden. Gegen einen solchen Vorschlag sprechen gewichtige verfassungsrechtliche Einwände. Ein demgegenüber milderer, aber gleichwohl ebenso effektives Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegt darin, wirksame regulatorische Vorkehrungen gegen Quersubventionierungen innerhalb des DTAG-Konzerns und gegen Dumping zu treffen. Dabei ist insbesondere an eine *Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast* zu denken. Dies könnte etwa so aussehen, dass auf einen substantiiert zu begründenden Verdacht der RegTP oder eines der an einem Verfahren vor der RegTP Beteiligten hin die



DTAG bzw. das mit ihr gesellschaftsrechtlich verbundene Unternehmen darlegen und im Streitfall beweisen muss, dass zwischen der DTAG und dem in Rede stehenden verbundenen Unternehmen keine Quersubventionierungen in Form von Mittelzuflüssen oder Kostenabwälzungen stattgefunden haben. Dazu wären dann etwa Rechnungs- und Buchungsunterlagen über tatsächlich erfolgte Zahlungen vorzulegen.

#### 4. Line Sharing

Die sich aus der Verordnung 2887/2000/EG ergebenden Zugangsansprüche, insbesondere also auch Ansprüche von Internet-Zugangsanbietern auf die Ermöglichung von Line Sharing, sind durch entsprechende Zugangsansprüche nach nationalem Recht zu ergänzen. Hierbei können auch geeignete Sanktionen für den Fall der nicht rechtzeitigen oder nicht ausreichenden Ermöglichung des Zugangs durch den Altsassen vorgesehen werden.

§ 33 TKG, der für Line Sharing erforderliche Zugangsansprüche nach nationalem Recht gewähren könnte, knüpft nach herrschender Diktion an den Sekundärmarkt an. Dies kann sich als dysfunktional erweisen, wenn sich der Wettbewerb auf dem Markt für breitbandige Internet-Dienstleistungen gerade auch auf Grund eines solchen Zugangsanspruchs intensiviert, die Marktbeherrschung auf dem Vorleistungsmarkt jedoch nicht abgebaut wird.

#### Reformvorschlag

Um hier die Gefahr eines regulatorischen „Jojo-Effekts“ zu vermeiden, der faktisch insbesondere die Wettbewerber des auf den Vorleistungsmärkten marktbeherrschenden Unternehmens und damit gerade auch die auf Line Sharing angewiesenen Internet-Zugangsanbieter trafe, ist de lege ferenda über eine Novellierung des § 33 TKG nachzudenken, als deren Ergebnis Ansprüche auf Vorleistungen auch gegenüber dem auf diesem Vorleistungsmarkt marktbeherrschenden Unternehmen geltend gemacht werden können.

Der Altsasse ist ferner gesetzlich auch nach nationalem Recht ausdrücklich dazu zu verpflichten, die Nutzung des im Wege des Line Sharing zur Verfügung gestellten Frequenzbereichs durch einen Internet-Zugangsanbieter auch dann zu ermöglichen, wenn der Endkunde den Telefondienstvertrag mit dem Altsassen kündigt. Insbesondere darf eine solche Kündigung auch nicht zur Erhöhung der Kosten des Vorleistungsprodukts für den Internet-Zugangsanbieter führen. Darüber hinaus bedarf es auch einer expliziten Verpflichtung des Altsassen, gegenüber Internet-Zugangsanbietern bestehende Line Sharing-Ansprüche bei der Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung an einen Wettbewerber im Ortsnetzbereich festzuschreiben. Zur effizienten Durchsetzung dieser Verpflichtungen ist die Existenz entsprechender Schadenersatzansprüche gegen den Altsassen und gegebenenfalls wirksamer verwaltungsrechtlicher Pönalen für den Fall der Zuwiderhandlung sicherzustellen.

Die missverständliche Definition des Begriffs „Sprachtelefondienst“ birgt angesichts der von ihr abhängigen

erheblichen regulatorischen Konsequenzen die Gefahr, die Entwicklung innovativer Internet-basierter Sprachkommunikation als Alternative zur herkömmlichen Festnetzsprachtelefonie zu behindern. De lege ferenda sollte daher über seine Abschaffung und die Ausrichtung der Entgeltregulierung an bestimmte nach allgemeinen Grundsätzen definierte Telekommunikationsmärkte auf Endkundenebene nachgedacht werden.

Um eine Belastung der auf Line Sharing angewiesenen Internet-Zugangsanbieter mit den Gemeinkosten des ineffizienten Netzes des Altsassen zu vermeiden, ist bei der Regulierung der Entgelte für Line Sharing strikt auf die Ausrichtung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu achten. Gegebenenfalls ist die Bedeutung der Ausrichtung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gegenüber den tatsächlich anfallenden Kosten durch entsprechende Optimierungen der gesetzlichen Vorgaben deutlicher hervorzuheben.

#### IV. Vollzugsdefizite des deutschen Telekommunikationsrechts

Eines der gravierendsten Vollzugsprobleme des deutschen Telekommunikationsrechts beruht auf dem Umstand, dass die RegTP in einer Vielzahl von Fällen Entgeltanträge der DTAG „testweise“ bzw. vorläufig genehmigt. Diese Praxis der RegTP hat auf Seiten der Wettbewerber zu erheblichen Unsicherheiten bezüglich der Höhe der letztendlich an die DTAG zu entrichtenden Entgelte geführt. Da auch für „ungewisse Verbindlichkeiten“ i. S. d. § 249 HGB Rückstellungen zu bilden sind, führen diese Unsicherheiten zu einer Mittelbindung, die Investitionen behindert und im Extremfall sogar in einer bilanziellen Schieflage von Anbietern mit geringer Kapitalstärke (etwa kleinen Internet Service Providern) resultieren kann. Im TKG findet die Praxis der RegTP keine Stütze; sowohl „testweise“ als auch vorläufige Entgeltgenehmigungen sind de lege lata rechtswidrig. Ferner ist die unzureichende Transparenz der Entscheidungsprozesse der RegTP insbesondere für die Wettbewerber der DTAG problematisch.

#### Reformvorschlag

De lege ferenda ist ein Verbot einer testweisen oder vorläufigen Entgeltgenehmigung im TKG festzuschreiben. Vor dem Hintergrund insbesondere von Art. 6 Rahmenrichtlinie werden der Gesetzgeber und die RegTP ferner ihre bisherige Transparenzpolitik ganz erheblich verbessern müssen, wollen sie nicht Gefahr laufen, hinter den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zurückzubleiben. Gemeinschaftsrechtlich nicht unbedingt erforderlich, rechtspolitisch aber gleichwohl wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang, dass die RegTP ihre Entscheidungen unmittelbar nach Veröffentlichung ins Internet einstellt. Es ist nicht einzusehen, warum diese Praxis von einer Vielzahl von Gerichten auf internationaler und nationaler Ebene, aber auch von ausländischen Behörden wie etwa OFTEL, nicht aber von der RegTP geübt wird.



### Jens-Daniel Braun

Jahrgang 1974. Studium der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg und der University of Kent at Canterbury. Erstens Juristisches Staatsexamen 2001. Seit 1. 6. 2001 wissenschaftlicher Mitarbeiter in der juristischen

Abteilung des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn. Publikationen zu verfassungs-, gemeinschafts- und telekommunikationsrechtlichen Fragestellungen. Mitherausgeber eines demnächst bei Kluwer Law erscheinenden Buches zum EG-Telekommunikationsrecht.



### Professor Dr. Christian Koenig, LL.M.

Jahrgang 1961. Der Autor ist seit dem 1. 4. 1999 Direktor am ZEI der Universität Bonn. LL.M.-Abschluss an der London School of Economics (1986), Promotion (1988), Habilitation (1993).

*Christian Koenig* war Professor an den Universitäten Mainz und Marburg, bevor er die Leitung der Abteilung „Politische, rechtliche und institutionelle Fragen“ am ZEI übernommen hat, die sich unter anderem mit der Regulierung der Telekommunikation und der Neuen Medien durch europäisches Gemeinschaftsrecht befasst. *Koenig* ist ständiger Mitarbeiter der EWS und der K&R sowie Buchautor im Verlag Recht und Wirtschaft.

## Kommunikation und Recht

Zitierweise: K&R

ISSN 1434-6354

Chefredakteur: Rechtsanwalt Dr. Thomas Wegerich, Redaktion: Rechtsanwältin Jutta Weil und Rechtsanwältin Dr. Martina Koster, Häusserstr. 14, 69115 Heidelberg, Tel. 06221/90 62 16, Telefax 90 62 59, e-mail: kur@betriebs-berater.de

Verlag: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 69115 Heidelberg, Häusserstraße 14, Postanschrift: 69049 Heidelberg, Postfach 10 59 60; Geschäftsführung: Norbert Konda, Dr. Thomas Wegerich; Verlagsleitung: Norbert Konda; Telefon (0 62 21) 906-1, Telefax 90 62 59; Internet: www.ruw.de; E-Mail: verlag@ruw.de; Postbank Karlsruhe Kto.-Nr. 137 300-750, BLZ 660 100 75; H + G Bank Heidelberg Kurpfalz eG, Kto.-Nr. 40 19 33 08, BLZ 672 901 00.

Anzeigen: Verantwortlich Rolf Graßhoff. Es gilt Preisliste 4.

Erscheinungsweise: monatlich.

Bezugspreis: vierteljährlich (3 Ausgaben) € 60,- incl. Versandkosten und Mehrwertsteuer. Studenten-Vorzugspreis vj. € 28,-. Beorderungsgebühr jährlich € 2,20. Auslandspreise auf Anfrage. Rechnungslegung erfolgt jährlich. Preis des Einzelheftes € 21,-.

Der Abonnementvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist erstmals zum 15. November auf das Ende des Kalenderjahres möglich. Das Abonnement verlängert sich jeweils um 1 Jahr, wenn bis zum 15. November keine Abbestellung vorliegt.

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschl. der Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank.

© 2002 Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg.

Satz: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, Auf den Besenäckern 15, 69502 Hemsbach

Druck: Wilhelm & Adam, Werbe- und Verlagsdruck GmbH, 63150 Heusenstamm

Postverlagsort: Heidelberg.