

CHRISTIAN KOENIG / KAY E. WINKLER

Die Regulierung alternativer Festnetzbetreiber im neuen TKG

Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Reg TP) hat kürzlich einen Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich der Verbindungsleistungen im Festnetz bezogen auf die Märkte Nr. 8 bis 10 der Kommissionsempfehlung veröffentlicht. Damit wird eine Problematik wieder aktuell, die zu Beginn dieses Jahres bei einem Verfahren vor dem VG Köln für das alte TKG rele-

vant war. Es geht um die Frage, ob und wie alternative Festnetzbetreiber zu regulieren sind. Insbesondere bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten hat sich das Stichwort der „Reziprozität“ etabliert. Dieser Aufsatz untersucht, inwieweit der Reziprozitätsgrundsatz nach dem neuen Rechtsrahmen Bedeutung behalten kann.

I. Regulatorische Ausgangslage

Bislang bestehen für die Zusammenschaltung zwischen alternativen Festnetzbetreibern mit der Deutschen Telekom AG (DTAG) reziproke, also wechselseitig gleich hohe Zuführungs- und Terminierungsentgelte. Die Zusammenschaltungsentgelte der alternativen Festnetzbetreiber entsprechen auf Grund des seit der Marktöffnung Anfang 1998 praktizierten „Reziprozitätsgrundsatzes“ dem Entgelt der DTAG.¹ Die alternativen Festnetzbetreiber haben jüngst versucht, höhere Entgelte durchzusetzen und so die Reziprozität zu durchbrechen. Eine entsprechende Genehmigung der Reg TP² hat das VG Köln jedoch nach dem alten TKG als rechtswidrig angesehen.³ Dabei beanstandete das VG Köln nicht die fehlende Reziprozität der Entgelte der nicht-marktbeherrschenden alternativen Festnetzbetreiber, sondern ihre fehlende Kostenorientierung. Dieser Aufsatz untersucht, wie alternative Festnetzbetreiber nach dem neuen TKG reguliert werden und ob die Reziprozität der Zusammenschaltungsentgelte im Festnetz beibehalten werden muss.

1. Zugangsregulierung nicht-marktmächtiger Netzbetreiber

Grundsätzlich werden in der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nur marktbeherrschende Unternehmen reguliert. Nur wenn ein Unternehmen in der Lage ist, sich von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern unabhängig zu verhalten, besteht

auch ein Anlass, sein Handeln einer kartellrechtlichen Aufsicht zu unterwerfen.⁴ Lediglich dann kann nach der kartellrechtlichen Ratio ein Unternehmen seine Marktstellung missbräuchlich ausnutzen und Wettbewerber verdrängen oder zum Nachteil der Verbraucher etwa überhöhte Preise verlangen.

Dieses Prinzip gilt zunächst auch für das Sonderkartellrecht im TK-Sektor. Soweit die Marktregulierung auf die Schaffung von Wettbewerb abzielt, richtet sie sich grundsätzlich gegen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (also Marktbeherrscher).⁵ Bei der Zugangsregulierung wird jedoch von diesem Grundsatz abgewichen. Nach § 18 Abs. 1 TKG können ausdrücklich auch nicht-marktmächtige Betreiber öffentlicher TK-Netze, soweit sie den Zugang zu Endkunden kontrollieren, zur Gewährung eines Netzzugangs verpflichtet werden.⁶ Eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung kommt in Betracht, wenn entweder die Zusammenschaltung mit anderen Netzen für die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität notwendig ist (§ 18 Abs. 1 Satz 1 TKG) oder wenn weitere Zugangsverpflichtungen zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erforderlich sind (§ 18 Abs. 1 Satz 2 TKG).⁷

Die Logik dieser Regelung erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Ein nicht-marktmächtiger Netzbetreiber ist ja gerade nicht ohne weiteres in der Lage, den Zugang anderer Netzbetreiber zu verweigern, weil dies den Wert seines Netzes für die Endkunden erheblich verringern würde. Es liegt im eigenen Interesse des nicht-marktmächtigen Netzbetreibers, sein Netz durch die Zusammenschaltung mit anderen Netzen oder das Angebot von Diensten anderer Anbieter einem höheren Nutzwert und damit einer höheren Attraktivität für Endkunden zuzuführen. Der Nutzwert eines Netzes steigt ja mit der Zahl der Anschlüsse, die über das Netz erreichbar sind. Endkunden würden auch von einem kleinen Netzbetreiber verlangen, zumindest die überwiegende Zahl aller Telefonanschlüsse erreichen zu können.

2. Aufrechterhaltung reziproker Zugangsentgelte

Das Problem der Zugangsverpflichtung nicht-marktmächtiger Netzbetreiber stellt sich daher weniger beim „Ob“ des Zugangs als beim „Wie“, d.h. vor allem bei der Höhe der für den Zugang zu entrichtenden Entgelte. Besonders

1) Vgl. Reg TP MMR 2004, 270, 271.

2) Reg TP MMR 2004, 270.

3) VG Köln MMR 2004, 279, bestätigt durch OVG Münster, B. v. 3.6.2004 – 13 B 351/04, abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>.

4) Vgl. zur Definition der Marktbeherrschung, EuGH, U. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 63, 66; EuGH, U. v. 1.10.1998 – Rs. C-38/97 – *Librandi*, Slg. 1998, I-5955, Rdnr. 27.

5) Vgl. § 9 Abs. 2 TKG.

6) Dies galt auch schon für den alten Rechtsrahmen, s. §§ 36, 37 TKG a.F.

7) Darüber hinaus kann nach § 18 Abs. 2 TKG sowohl marktmächtigen als auch nicht-marktmächtigen Netzbetreibern, die den Zugang zu Endkunden kontrollieren, ein Diskriminierungsverbot auferlegt werden, das letzten Endes auch einen Zugang begründen kann. Das Diskriminierungsverbot wird zu Gunsten der Übersichtlichkeit in der nachfolgenden Betrachtung ausgeblendet, die sich auf die eigentliche Zugangsverpflichtung beschränkt.

© Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Kay E. Winkler LL.M. (Hull) ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

relevant wird dies bei der Zusammenschaltung im Festnetzbereich. Die alternativen Festnetzbetreiber erreichen gegenüber dem etablierten Festnetzbetreiber DTAG derzeit gerade mal einen Anteil bei den Festnetzanschlüssen von 5,7%.⁸ Daher wird die DTAG unabhängig von der vorzunehmenden Marktdefinition⁹ als marktmächtig einzustufen sein¹⁰ und eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung mit anderen Festnetzbetreibern nach § 21 TKG ist äußerst nahe liegend. Sollte die bisherige Praxis beibehalten werden, wird für die Zusammenschaltungen jeweils ein Standardangebot bestehen, das sich auch auf einzelne Leistungen erstreckt,¹¹ wie etwa die Zuführung von Anrufen in das Netz der DTAG (sog. Terminierungsleistung).

a) Abnahmezwang des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht

Die alternativen Festnetzbetreiber können also die Terminierungsleistung der DTAG zu einem festen Entgelt nachfragen und in die Verbindungsleistung ihrer Endkunden konkurrenzfähig und gewinnbringend einstellen. Die DTAG kann weder die Bereitstellung der Zusammenschaltungsleistungen sowie der einzelnen Terminierungen verweigern noch einen höheren Preis von einzelnen Festnetzbetreibern verlangen. Umgekehrt ist die DTAG auf Grund einer Zusammenschaltungsverpflichtung zudem gezwungen, die von den alternativen Festnetzbetreibern angebotenen Terminierungsleistungen abzunehmen.¹² Wenn ein Kunde der DTAG die Verbindung zu einem Anschluss eines alternativen Festnetzbetreibers wählt, muss die DTAG die Zuführung des Gesprächs bei dem alternativen Festnetzbetreiber nachfragen. Theoretisch könnte der alternative Festnetzbetreiber für diese Terminierungsleistung einen beliebig hohen Preis verlangen. Da die DTAG zur Abnahme gezwungen ist, müsste sie diesen Preis bezahlen, selbst wenn dieser den von der DTAG für eigene Terminierungsleistungen berechneten übersteigt. Nach der augenblicklichen tatsächlichen Situation könnte die DTAG das erhöhte Entgelt nicht einmal an ihre Kunden weitergeben, da für eine individuelle Preisfestlegung, die nach den einzelnen Festnetzbetreibern unterscheidet, deutlich komplexere als die implementierten Abrechnungsverfahren notwendig wären.¹³

b) Bisherige Kostenorientierung

In der Rechtspraxis zum alten TKG befasste sich jüngst das VG Köln mit dieser Sachlage in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.¹⁴ Das VG Köln hat darin eine Zusammenschaltungsentscheidung der Reg TP¹⁵ außer Vollzug gesetzt, wonach alternative Festnetzbetreiber höhere Terminierungsentgelte verlangen durften als die DTAG für ihre eigenen Terminierungen. Solche höheren Entgelte lassen sich ggf. mit tatsächlich höheren Netzkosten begründen. Bei gleicher regionaler Ausdehnung eines Netzes sinken die Kosten für die einzelnen Transaktionen mit der Zahl der genutzten Anschlüsse. Auf Grund dieser Größenvorteile sind die Kosten für die einzelnen Verbindungen bei Netzen mit vielen Teilnehmern geringer als bei den Netzen mit deutlich weniger Teilnehmern.¹⁶

Nach Ansicht des VG Köln gilt der Kostenmaßstab des § 24 TKG a.F. entgegen der verbreitet in der Literatur anzutreffenden Lesart¹⁷ auch für nicht-marktbeherrschende Netzbetreiber. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG¹⁸ sieht das VG Köln § 39 TKG a.F. als Rechtsfolgenverweisung an, sodass auch der in § 24 Abs. 1 TKG a.F. festgelegte Kostenmaßstab auf nicht-marktbeherrschende Netzbetreiber anzuwenden sei. Damit seien für die Zu-

sammenschaltungsentgelte der alternativen Festnetzbetreiber die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu Grunde zu legen. Die Regelungen des neuen EG-Rechtsrahmens hat das VG Köln nicht für ein gegenteiliges Ergebnis herangezogen, vor allem weil sie zum Zeitpunkt der Entscheidung als noch nicht umgesetzte Normen für sich genommen zu unbestimmt seien, um dem marktbeherrschenden Netzbetreiber DTAG nachteilige Maßnahmen aufzuerlegen.¹⁹

Das VG Köln stellte also für den alten Rechtsrahmen fest, dass nicht-reziproke Terminierungsentgelte bei der Zusammenschaltung von Festnetzen nur auf Grund entsprechender Kostennachweise rechtmäßig sein können, weil sonst das marktbeherrschende Unternehmen in seinen Rechten verletzt würde. Mangels Kostenermittlung der Fachbehörde seien die beantragten höheren Terminierungsentgelte nicht genehmigungsfähig.²⁰ Mit dieser Entscheidung bleiben faktisch gesehen reziproke Terminierungsentgelte zwischen der DTAG und alternativen Festnetzbetreibern auf lange Zeit bestehen.²¹ Im Folgenden wird untersucht, ob reziproke Entgelte nach dem neuen TKG aufrechterhalten werden können. Dazu ist vorab zu überlegen, inwieweit die alternativen Festnetzbetreiber nach dem neuen Rechtsrahmen als marktmächtig einzustufen sind oder nicht.

II. Begründet jedes Netz ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht?

Der für die Terminierungsentgelte anzuwendende Maßstab hängt vom Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht der alternativen Netzbetreiber ab. Diese Frage würde sich freilich gar nicht erst stellen, wenn jeder Netzbetreiber per definitionem über beträchtliche Marktmacht verfügt.

1. Marktdefinition

Für die angesprochenen Terminierungen alternativer Festnetzbetreiber legt es die Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte²² nahe, dass jedes Netz einen eigenen Markt darstellt.²³ Nach Nr. 9 des Anhangs der Empfehlung sind Märkte für die „Anrufzustel-

8) Anteil an der Gesamtzahl der Telefonkanäle, s. Reg TP, Jahresbericht 2003, S. 20; es gibt einzelne Ortsnetze, in denen der Wettbewerberanteil über 20% beträgt.

9) Dazu unten II.

10) Vgl. zur Marktbeherrschung im TAL-Markt, Reg TP, Mitt. v. 11.8.2004, ABl. Reg TP 16/2004, S. 874, 906.

11) Bislang Telekom-B.1 für Terminierungsleistungen und B.2 für Zuführungsleistungen, sowie Telekom-O.2 für Transitleistungen, s. Reg TP, B. v. 28.11.2003 – BK 4c-03-123, ABl. Reg TP 25/2003, S. 1345.

12) Vgl. OVG Münster, B. v. 3.6.2004 – 13 B 351/04, a.E., abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>

13) Reg TP MMR 2004, 270, 276.

14) VG Köln MMR 2004, 279.

15) Reg TP MMR 2004, 270.

16) Vgl. Vogelsang, K&R 2004, 18, 22; Geppert/Ruhle, CR 2004, 424, 427.

17) Lübben, in: Immenga/Lübben/Schwintowski, Telekommunikation: Vom Monopol zum Wettbewerb, 1998, S. 47, 59 f.; Koenig, MMR-Beilage 1/2002, 11, 17 f.; Koenig/Neumann, RTKom 2000, 27, 31; Schuster/Stürmer, in: Beck'scher TKG-Komm., 2000, § 24 Rdnr. 4; Witte, in: Scheurle/Mayen, TKG-Komm., 2002, § 24 Rdnr. 1.

18) BVerwG MMR 2003, 734, 738.

19) VG Köln MMR 2004, 279, 280.

20) VG Köln MMR 2004, 279, 280.

21) Geppert/Ruhle, CR 2004, 424, 426.

22) Kommission, Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABl. EG Nr. L 114/2003, S. 45.

23) So auch Reg TP, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse, ABl. Reg TP 18/2004, S. 1171, 1231; danach bestehen 55 Einzelmärkte.

lung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ zu prüfen. Eine solche enge Marktangrenzung ergibt sich aus dem Bedarfsmarkt-konzept, das danach fragt, ob ein Produkt bzw. eine Leistung aus Sicht der Nachfrager mit anderen Produkten austauschbar ist.²⁴ Für die in einem Netz nachgefragten Terminierungen gibt es auf Grund dieser Sichtweise jedoch regelmäßig kein Substitut, weil die nachgefragte Verbindung nur zu einem Teilnehmer hergestellt werden kann, der nun mal an das betreffende Netz angebunden ist. Gleichfalls kann auch kein anderer Netzbetreiber die Verbindung zu dem angerufenen Teilnehmer herstellen.

a) Monopolstellung jedes Festnetzbetreibers

Somit wäre jeder Festnetzbetreiber ein Monopolist in dem Markt für Terminierungen in seinem Netz. Der hundertprozentige Marktanteil begründet prima facie beträchtliche Marktmacht. Der neue Rechtsrahmen lässt jedoch ausdrücklich zu, dass auch die auf einen Netzbetreiber bezogene Marktangrenzung nicht automatisch eine beträchtliche Marktmacht konstituiert. Anderenfalls ergäbe § 18 Abs. 1 TKG, der Art. 5 Zugangsrichtlinie umsetzt, keinen Sinn, in dem die Existenz auch nicht-marktmächtiger Netzbetreiber für Zusammenschaltungsleistungen vorausgesetzt wird.

b) Konzeptionelle Schwächen des neuen Rechtsrahmens

Die Annahme des neuen Rechtsrahmens, dass selbst ein Monopolist nicht marktmächtig sein muss, offenbart eine konzeptionelle Schiefelage. Der Rechtsrahmen verlangt die Trennung von Marktdefinition und -analyse. Im allgemeinen EG-Kartellrecht, das ja für die beiden Schritte heranzuziehen ist,²⁵ wird die Frage der Marktbeherrschung danach erörtert, ob das betreffende Unternehmen sich unabhängig von Wettbewerbern, seinen Nachfragern und letztlich den Verbrauchern verhalten kann.²⁶ Das Unternehmen muss – anders ausgedrückt – in der Lage sein, die Be-

dingungen, unter denen sich Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder zumindest nachhaltig zu beeinflussen, ohne dadurch finanzielle Risiken einzugehen.²⁷ Die Marktangrenzung ist nur ein erster Gedankenschritt, um sich dieser Fragestellung anzunähern.²⁸ Dadurch werden die Konkurrenzkräfte ermittelt, denen das fragliche Unternehmen ausgesetzt ist. Marktangrenzung und -beherrschung lassen sich also praktisch nicht trennscharf auseinander halten.²⁹ Die Isolierung von Marktdefinition und -analyse im neuen Rechtsrahmen ist daher ein misslungenes Konzept. Gerade im TK-Bereich bestehen selbst für Anbieter nicht austauschbarer Leistungen, wie der Terminierung, u.U. Wettbewerbskräfte, die eine beträchtliche Marktmacht ausschließen können.³⁰ Zu denken ist etwa an die ausgleichende Nachfragemacht anderer, gleichstarker Netzbetreiber, die bei Zusammenschaltungsverhandlungen ebenfalls ihre Interessen durchsetzen können. Die Trennung von Marktdefinition und -analyse hat also zur Folge, dass monopolistische Netzbetreiber existieren können, die angesichts der ausgleichenden Nachfragemacht der Marktgegenseite keine beträchtliche Marktmacht haben.

2. Marktanalyse

Im Folgenden soll die umstrittene Marktdefinition der Empfehlung als Arbeitsprämisse zu Grunde gelegt werden, wonach jeder Festnetzbetreiber ein Monopolist in dem Markt für seine eigenen Terminierungen ist. Da eine eigene Marktdefinition an dieser Stelle kaum durchzuführen wäre, wird – sozusagen zu Ungunsten der alternativen Festnetzbetreiber – unterstellt, dass die *Reg TP* der Empfehlung folgt und der entsprechende Markt für Terminierungen in das Netz des jeweiligen alternativen Festnetzbetreibers auch regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG ist.³¹ Die Frage, ob die alternativen Netzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügen, hängt nun davon ab, inwieweit sie sich unabhängig bei der Preissetzung für ihre Terminierungen verhalten können.

a) Fehlende Nachfragemacht auf Grund Regulierung

Für die alternativen Festnetzbetreiber wird die Unabhängigkeit ihrer Preissetzung bei den Terminierungsentgelten vor allem von den Möglichkeiten der *DTAG* abhängen, auf die Preisgestaltung einzuwirken. Dies hängt nun von einer mit der vorherrschenden Position der *DTAG* bei den Teilnehmeranschlüssen und zum anderen damit zusammen, dass die Verbindungen mit anderen Fest- und Mobilfunknetzbetreibern häufig nicht unmittelbar, sondern über das Netz der *DTAG* als Transitverbindung zu Stande kommen.

Wie eingangs dargestellt, kann die *DTAG* auf Grund der Regulierung jedoch kaum Marktgegenmacht ausüben.³² Ihre Preissetzung ist durch die Kostenorientierung vorgegeben und gleichzeitig ist sie zur Zusammenschaltung und zur Abnahme der Terminierungsleistungen der alternativen Festnetzanbieter gezwungen. Die regulierte *DTAG* kann also ihre Marktmacht hinsichtlich der Preissetzung der alternativen Festnetzanbieter nicht ausüben.³³

b) Einflüsse der Endnutzer

Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, daraus eine beträchtliche Marktmacht der alternativen Festnetzbetreiber in ihren jeweiligen Terminierungsmärkten abzuleiten.³⁴ Schließlich können noch Wettbewerbskräfte von den Verbrauchern ausgehen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Verbraucher unmittelbar mit den Terminierungspreisen konfrontiert werden. Die im Vorleistungsmarkt regulierte *DTAG* müss-

24) *EuGH*, U. v. 21.2.1973 – Rs. 6/72 – *Continental Can*, Slg. 1973, 215, Rdnr. 32.

25) *Kommission*, Leitlinien, ABl. EG Nr. C 165/2002, S. 6, Rdnr. 4.

26) *St. Rspr.*, *EuGH*, U. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 63, 66; *EuGH*, U. v. 1.10.1998 – Rs. C-38/97 – *Librandi*, Slg. 1998, I-5955, Rdnr. 27.

27) *EuGH*, U. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Rdnr. 39.

28) Vgl. zu § 19 GWB *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Komm. zum Kartellrecht, 2001, § 19 Rdnr. 8.

29) Vgl. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Art. 86 Rdnr. 40.

30) Als geeignetes Instrument zur Marktangrenzung wird daher der Hypothetische Monopolistentest angesehen, s. *Kommission*, Leitlinien, ABl. EG Nr. C 165/2002, S. 6, Rdnr. 40 ff.; *Plum/Schwarz-Schilling*, Marktangrenzung im Telekommunikations- und Postsektor, 2000, S. 16 ff.; *Vogelsang*, Die Zukunft der Entgeltregulierung, 2002, S. 29.

31) Zu dieser Marktdefinition gelangten die Regulierungsbehörden der Länder Finnland, Portugal, Schweden und des Vereinigten Königreichs, s. *Kommission*, Stellungnahmen in den Sachen FI/2003/0029, PT/2004/0061, SE/2004/0050 u. UK/2003/0003, abrufbar unter: <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/ecctf/library>. S. *Reg TP*, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse, ABl. RegTP 18/2004, S. 1171, 1253 ff.

32) Zum Kriterium der ausgleichenden Nachfragemacht s. *Kommission*, Leitlinien, ABl. EG Nr. C 165/2002, S. 6, Rdnr. 78; *EuGH*, U. v. 15.12.1994 – Rs. C-250/92 – *Gøttrup-Klim*, Slg. 1994, I-5641, Rdnr. 32; *Vogel*, E.C.L.R. 1998, 4 ff.

33) Die Argumentation der *Reg TP*, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse, ABl. Reg TP 18/2004, S. 1171, 1273 ff. beinhaltet diesbezüglich einen Zirkelschluss: Das Szenario der vollständigen Regulierung geht bereits von der (indirekten) Regulierung der alternativen Festnetzbetreiber aus, deren Voraussetzung (Marktmacht) nach dem neuen Rechtsrahmen gerade noch geklärt werden muss.

34) Vgl. *Kommission*, Stellungnahme v. 22.9.2003, Sache UK/2003/0003, Tz. III (2).

te also die Terminierungsentgelte der alternativen Festnetzbetreiber an die Verbraucher weitergeben können. Der Endkundenpreis würde sich aus einem für die eigene Zuführungsleistung erhobenen (kostenorientierten) Entgelt zzgl. dem von dem jeweiligen Netzbetreiber verlangten Terminierungsentgelt zusammensetzen. Da sich das Endkundenentgelt von Netzbetreiber zu Netzbetreiber unterscheiden kann, müsste dem Anrufer das Verbindungsentgelt vor einem Anruf (durch automatische Ansagen) mitgeteilt werden.³⁵ Das Verhalten der Anrufer wird damit von der Höhe des verlangten Terminierungspreises abhängen. Ist dieser zu hoch, werden die Anschlüsse des alternativen Festnetzbetreibers seltener angerufen, was sich letztlich auf die Entscheidung seiner Kunden über die Netzauswahl auswirken kann. Für einen Einfluss der Endkundenebene auf die Marktmacht ist maßgebend, ob die Erreichbarkeit ein für die Netzauswahl der Endkunden entscheidendes Kriterium ist. Bejahendenfalls könnte also trotz Regulierung der DTAG die Unabhängigkeit der alternativen Netzbetreiber von den Verbrauchern und damit deren beträchtliche Marktmacht ausscheiden.

Im Ergebnis kann also bei einer engen Marktabgrenzung die beträchtliche Marktmacht der alternativen Festnetzbetreiber nur dadurch ausgeschlossen werden, dass bereits regulatorische Vorgaben bis hin zur Endnutzerebene in die Betrachtung einbezogen werden. Der Einschätzung der Reg TP über die Wirksamkeit ihrer Regulierungsmaßnahmen und dem Zusammenspiel der verschiedenen Wettbewerbskräfte kommt künftig im neuen Rechtsrahmen also eine starke Stellung zu.

III. Preisregulierung alternativer Festnetzbetreiber

Ob und in welcher Weise alternative Festnetzbetreiber bei ihren Zusammenschaltungsentgelten zu regulieren sind, hängt von der Marktanalyse ab, also davon, ob sie als Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingeschätzt werden.

1. Bei Annahme beträchtlicher Marktmacht

Sollte auf Grund einer Marktanalyse der Reg TP ein alternativer Festnetzbetreiber als marktmächtig eingestuft worden sein, so ergibt sich daraus zunächst eine Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, sofern die Reg TP nach § 21 TKG Zugangsleistungen auferlegt hat. In diesem Fall sind nach § 31 Abs. 1 TKG die Entgelte nur genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Das würde aber nicht zwangsläufig reziproke Entgelte bedeuten, da die Netzkosten der alternativen Netzbetreiber sich wahrscheinlich auch unter Effizienz Gesichtspunkten erheblich von denen der DTAG unterscheiden.³⁶

Darüber hinaus ist § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG zu beachten, der eine Ausnahme der Genehmigungspflicht für Zugangsleistungen marktmächtiger Netzbetreiber begründet. Diese Regel greift, wenn der Netzbetreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, erst nach In-Kraft-Treten des TKG n.F. als marktmächtig identifiziert worden ist und die nachträgliche Entgeltkontrolle zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ausreicht. Ungeachtet der fraglichen Europarechtskonformität dieser Ausnahmeregelung³⁷ liegt die Erfüllung dieser Kriterien für die alternativen Festnetzbetreiber nahe.³⁸ Dann bliebe es bei einer

nachträglichen Entgeltkontrolle gem. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. Gleiches gilt auf Grund § 30 Abs. 3 TKG, wenn die Reg TP von der Anordnung einer Zusammenschaltung nach § 21 TKG abgesehen hat. Die Auswirkung der nachträglichen Entgeltkontrolle auf die Reziprozität wird so gleich im Zusammenhang mit nicht-marktmächtigen Netzbetreibern erörtert.

2. Bei Fehlen beträchtlicher Marktmacht

Für Netzbetreiber, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, hängt die Möglichkeit einer Einwirkung auf deren Preisgestaltung durch die Reg TP davon ab, ob eine Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 18 TKG ergangen ist. Nur dann kann gem. § 25 Abs. 1 TKG eine Anordnung durch die Reg TP eventuell auch hinsichtlich der Entgelte ergehen.

a) Ohne Zusammenschaltungsverpflichtung

Eine Überprüfung der Entgelte ohne vorherigen Ausspruch der Zusammenschaltungsverpflichtung bei nicht-marktmächtigen Netzbetreibern ist nach dem neuen TKG nicht vorgesehen. Die Zusammenschaltungsverpflichtung ist bezüglich alternativer Festnetzbetreiber durchaus nicht zwingend, da sie nur in begründeten Fällen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 TKG), also ausnahmsweise, statthaft sein soll und alternative Festnetzbetreiber regelmäßig ein eigenes Interesse an der Zusammenschaltung mit dem etablierten Festnetzbetreiber haben.³⁹

b) Mit Zusammenschaltungsverpflichtung

Besteht eine Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 18 TKG, so folgt daraus gem. § 30 Abs. 4 TKG zwingend die nachträgliche Entgeltregulierung. Die Aufsicht der Reg TP wird dabei auf die reine ex-post-Kontrolle nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG beschränkt. Das in § 38 Abs. 1 TKG vorgesehene ex-ante-Element der vorhergehenden Überprüfung der Entgelte auf einen offenkundigen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot findet dabei keine Anwendung.

c) Im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung

Schließlich ist die Situation zu betrachten, in der die Reg TP eine Zusammenschaltungsanordnung auf Grund § 25 TKG erlässt, weil sich die zur Zusammenschaltung verpflichteten Netzbetreiber etwa nicht über das Entgelt einigen konnten. Hier verweist § 25 Abs. 5 Satz 3 TKG pauschal auf die Entgeltvorschriften in den §§ 27 bis 38 TKG. Für die nicht-marktmächtigen alternativen Festnetzbetreiber gilt wiederum § 30 Abs. 4 TKG und damit nur die nachträgliche Kontrolle des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.⁴⁰ Da aber bei einem Streit über die Höhe der Entgelte der alternativen Festnetzbetreiber auch dieses nach § 25 Abs. 5 Satz 1 TKG Gegenstand der Anordnung der Reg TP sein kann, liegt die Interpretation des pauschalen Verweises in § 25 Abs. 5 Satz 3 TKG dahingehend nahe, dass zumindest die Offenkundigkeitsprüfung der Zusammenschaltungs-

35) Dadurch kann die von der Reg TP MMR 2004, 270, 276 befürchtete Intransparenz auf Grund eines „Tarifdschungels“ vermieden werden.

36) Zur Kostenermittlung vgl. Geppert/Ruhle, CR 2004, 424, 427 ff.

37) Vgl. zu den Entwurfsfassungen Kommission, 9. Umsetzungsbericht, 2003, S. 35; Heun, CR 2003, 485, 492; Klotz, TKMR-Tagungsband 2004, S. 5, 6; Möschel/Haug, MMR 2003, 505, 508; Zwach, TKMR-Tagungsband 2004, S. 9, 12; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 40, 2004, S. 44.

38) Vgl. zum TKG Ref-E Heun, CR 2003, 485, 492.

39) Für die Übergangsphase zum neuen Rechtsrahmen wird nach Art. 7 Zugangsrichtlinie und Art. 27 Rahmenrichtlinie die Zusammenschaltungsverpflichtung jedoch bestehen bleiben, Heun, CR 2003, 485, 491.

40) Gleiches gilt bei Anwendung der Ausnahmeklausel des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG.

entgelte nach § 38 Abs. 1 TKG durch die *Reg TP* vor der Anordnung stattfinden soll. Aber auch dann besteht kein Raum für eine Genehmigung der Entgelte. Die in der eingangs erwähnten Entscheidung der *Reg TP*⁴¹ vorgenommene Genehmigung der Entgelte der alternativen Festnetzbetreiber unter Berücksichtigung eines Angemessenheitsmaßstabs ist nach dem neuen TKG folglich nicht mehr statthaft. Gleichwohl kann die *Reg TP* nach § 25 Abs. 5 das Entgelt auch des nicht-marktmächtigen Netzbetreibers festlegen.⁴² Rechtstechnisch ist die Festlegung des Entgelts von einer Genehmigung zu unterscheiden. Die Festlegung beinhaltet eine wesentlich reduzierte Kontrolldichte als die Genehmigung, die eine eingehende ex-ante-Überprüfung der Entgelte verlangt.⁴³

d) Entgeltmaßstab der Missbrauchsaufsicht

Zu überlegen bleibt, welcher Maßstab der Entgeltregulierung auf Grund der Missbrauchsaufsicht über nicht-marktmächtige Netzbetreiber anzuwenden ist. § 30 Abs. 4 TKG verweist auf § 38 Abs. 2 TKG, der insoweit den Maßstab des § 28 TKG zu Grunde legt. Es besteht jetzt nicht mehr wie in § 37 TKG a.F. die Kernfrage, ob dadurch eine Rechtsfolgen- oder eine Rechtsgrundverweisung begründet wird. Im Gegensatz zum alten TKG ist keinesfalls der Kostenmaßstab für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entgelte anzuwenden.⁴⁴ Vielmehr können auch über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegende Preise mit den Vorgaben des § 28 TKG vereinbar sein, solange die Grenze des Ausbeutungsmissbrauchs nicht erreicht wird. Hier finden die Maßstäbe des Preishöhenmissbrauchs aus dem allgemeinen Kartellrecht Einzug in die sektorspezifische ex-post-Regulierung. Ein Ausbeutungsmissbrauch liegt noch nicht bei einer weit über den Kosten liegenden Preissetzung vor, sondern erst wenn jegliche Relation zu dem wirtschaftlichen Wert der Leistung fehlt.⁴⁵ Die Terminierungsentgelte alternativer Festnetzbetreiber können ferner missbräuchlich sein, wenn zwischen verschiedenen Nachfragern ungerechtfertigt differenziert wird (Diskriminierungsverbot, § 28 Abs. 1 Nr. 3 TKG).

Damit existiert keine Möglichkeit zur Überprüfung der Entgelte nicht-marktmächtiger Netzbetreiber etwa am Maßstab der Angemessenheit.⁴⁶ Die nicht-marktmächtigen Netzbetreiber können auch weit über den Kosten liegende Terminierungsentgelte verlangen. Auch für das Modell einer „verzögerten Reziprozität“ oder einer sonstigen zeitlichen Anpassung auf wechselseitig gleich hohe Entgelte besteht im TKG keine Grundlage.⁴⁷ Die Entschei-

dung über die Höhe der eigenen Entgelte obliegt grundsätzlich dem nicht-marktmächtigen Netzbetreiber, der insoweit mangels Ermächtigungsgrundlage nicht reguliert werden kann. Die *Reg TP* legt also die von dem nicht-marktmächtigen Netzbetreiber gesetzten Entgelte fest, soweit sie nicht offenkundig missbräuchlich sind.

e) Verhältnismäßigkeit bei Abnahmeverpflichtung

Es stellt sich allerdings umgekehrt die Frage, ob der marktmächtige Netzbetreiber zur Abnahme der Terminierungsleistung i.R.e. Zusammenschaltungsanordnung verpflichtet werden kann. Dies ist wohlgerne Bestandteil der Regulierung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als Nachfrager einer Leistung, aber keine Regulierung des nicht-marktmächtigen Netzbetreibers. I.R.d. Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Zusammenschaltungsmaßnahme kann das Entgelt für die Leistung, zu deren Abnahme der marktmächtige Netzbetreiber gezwungen ist, eine Rolle spielen. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen, wenn dadurch der marktmächtige Netzbetreiber gezwungen wäre, dauerhaft Verluste in Kauf zu nehmen. Gleichfalls ist das Konsistenzgebot nach § 27 Abs. 2 TKG zu beachten. Vorleistungs- und Endnutzerentgelte müssen aufeinander abgestimmt sein.⁴⁸ Auf Grund dieser Gesichtspunkte muss also dem marktmächtigen Netzbetreiber die Möglichkeit belassen bleiben, ein erhöhtes Terminierungsentgelt an die Endkunden weiterzugeben. Damit obliegt es der unternehmerischen Freiheit des alternativen Festnetzbetreibers, sich bei nicht-reziproken Zusammenschaltungsentgelten zwischen höheren Einnahmen und der Attraktivität seines Netzes bezogen auf die Erreichbarkeit zu entscheiden.⁴⁹

V. Fazit

Sollten die alternativen Festnetzbetreiber wie bisher als nicht-marktmächtig eingestuft werden,⁵⁰ so ergibt sich eine erhebliche Änderung der Rechtslage im Vergleich von neuem und altem TKG. Eine Kostenorientierung der Terminierungsentgelte ist nicht mehr vorgesehen und auch das Erfordernis einer Genehmigung ist entfallen. Vielmehr sind die nicht-marktmächtigen Netzbetreiber bis zur Grenze der Missbräuchlichkeit frei, ihre Entgelte festzusetzen. Ein Missbrauch liegt erst vor, wenn jegliche Relation zum wirtschaftlichen Wert der Leistung i.S.e. Preishöhenmissbrauchs fehlt oder gleichartige Nachfrager ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden.

Das Kriterium der Angemessenheit der Entgelte wird hingegen nur bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.R.d. Zusammenschaltungsverpflichtung des marktmächtigen Netzbetreibers berücksichtigt werden können. Die Verhältnismäßigkeit ist gewahrt, wenn keine übermäßige Belastung des marktmächtigen Netzbetreibers zu erwarten ist, etwa indem dieser erhöhte Terminierungsentgelte an die Endkunden weitergeben kann und die für die Umstellung der Abrechnungsverfahren notwendige Übergangsfrist gewahrt ist.⁵¹ Hier schließt sich der Kreis: Wenn die Entgelte an die Endkunden weitergegeben werden können, ist es denkbar, einen Einfluss der Endkunden auf die Terminierungsentgelte auszumachen, was wiederum einer beträchtlichen Marktmacht der alternativen Festnetzbetreiber entgegenstehen kann. Das Beispiel der Zusammenschaltung im Festnetz zeigt, wie komplex und weitreichend die Beurteilungen der *Reg TP* i.R.d. Marktdefinition und -analyse künftig sein müssen, um zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen und überflüssige Regulierung zu vermeiden.

41) *Reg TP* MMR 2004, 270.

42) Die *Reg TP* kann über das Entgelt nach § 25 Abs. 6 TKG auch gesondert entscheiden.

43) Zur reduzierten Kontrollintensität vgl. bereits *Koenig/Neumann*, RTKom 2000, 27, 34.

44) Für § 39 2. Alt. i.V.m. § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG a.F. s. *VG Köln* MMR 2004, 279, 280; vgl. dagegen *Koenig/Neumann*, RTKom 2000, 27, 33 f.

45) Grndl. *EuGH*, U. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248 ff.; s.a. *EuGH*, U. v. 5.10.1994 – Rs. C-323/93 – *Centre d'insémination de la Crespelle*, Slg. 1994, I-5077, Rdnr. 25.

46) So jedoch *Reg TP* MMR 2004, 270, 275 f.; vgl. *Geppert/Ruhle*, CR 2004, 424, 430.

47) *Schütz*, MMR 2/2004, S. XII, XIII; vgl. dazu aber *Reg TP* MMR 2004, 270, 276.

48) Vgl. bereits *Koenig/Winkler*, TKMR 2003, 171, 178.

49) Vgl. *Schütz*, MMR 2/2004, S. XII.

50) *Reg TP* MMR 2004, 270, 272, jedoch unter anderer Marktabgrenzung; gegen eine Einordnung der alternativen Festnetzanbieter als nicht-marktbeherrschend sprechen die in o. Fußn. 31 genannten Notifizierungen anderer Mitgliedstaaten; mit fragwürdiger Argumentation auch *Reg TP*, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse, ABl. *Reg TP* 18/2004, S. 1171, 1280.

51) Vgl. *Reg TP* MMR 2004, 270, 276.