

Gesetzliche Ausgestaltung des regulierungsbehördlichen Ermessens im Telekommunikationsrecht

Nach Auffassung der EU-Kommission hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinien zur elektronischen Kommunikation das Ermessen der Regulierungsbehörde unzulässig beschränkt. Träfe diese Rechtsauffassung zu, stünden die gesetzlichen Grundlagen der Zugangs- und Entgeltregulierung in weiten Teilen

zur Disposition. Planungs- und Rechtssicherheit wären dem deutschen TK-Markt für kaum absehbare Zeit genommen. Der nachfolgende Beitrag zeigt, dass die Ansicht der Kommission schon dem Grunde nach unzutreffend und insbesondere auch im konkreten Fall unbegründet ist.

I. Einleitung

Mit einer Stellungnahme gem. Art. 226 EG v. 12.4.2005 (C [2005] 1196) hat die *Kommission* i.R.d. Vertragsverlet-

1) Hierzu auch *Ditscheid*, MMR 10/2005, S. V; *Schütz*, MMR 7/2005, S. XIII; sowie aktuell *Kommission*, Stellungnahme v. 13.3.2006, SG-Greffe (2005) D/201097, S. 3.

■ Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Andreas Neumann und Marion Senger, LL.M., sind dort wissenschaftliche Referenten. Der Beitrag geht auf ein von den Verfassern erstattetes Rechtsgutachten zurück.

zungsverfahrens Nr. 2004/2221 gemeinschaftsrechtliche Bedenken vor allem gegen die Umsetzung von Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 sowie von Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG (ZRL) durch die Bundesrepublik Deutschland geltend gemacht.¹ Sie ist der Auffassung, dass nach Art. 8 Abs. 1 ZRL allein die nationale Regulierungsbehörde darüber zu entscheiden habe, welche der in Art. 9–13 ZRL genannten regulatorischen Vorabverpflichtungen sie Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht nach einer Marktanalyse auferlegt. Die *Kommission* bezweifelt, dass die Vor-

schriften des TKG, mit denen Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 ZRL umgesetzt werden sollten, dieser Vorgabe und Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (RRL) entsprechen, da das Gesetz selbst Anweisungen an die nationale Regulierungsbehörde enthalte, welche Maßnahmen in bestimmten Fällen zu treffen sind. Diese Kritik richtet sich namentlich gegen die Vorschrift zum Standardangebot (§ 23 TKG) und gegen die Vorschrift des § 30 TKG. Gegenstand dieses Beitrags ist nur die gegen § 30 TKG gerichtete Kritik der *Kommission*. Diese Vorschrift ist die gesetzliche Grundlage für die Entscheidung, welche Zugangsentgelte eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht einer vorherigen Genehmigungspflicht unterliegen und bei welchen Zugangsentgelten nur eine nachträgliche Kontrolle zur Anwendung gelangt.

Die Bedeutung dieses Vertragsverletzungsverfahrens geht weit über seinen konkreten Anlass hinaus. Ungeachtet gesetzlicher Ermessensvorstrukturierungen an anderen Stellen des TKG stünde vor allem das gesamte System der Entgeltregulierung zur Disposition, träge die Auffassung der *Kommission* zu. Insbesondere der nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG zentrale Maßstab der ex ante-Entgeltregulierung wäre hinfällig. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, wie sie in § 31 Abs. 2 TKG definiert werden, sind nämlich nicht der gemeinschaftsrechtlich zwingend vorgesehene Maßstab für Maßnahmen der Kontrolle von Zugangsentgelten. Vielmehr enthält der einschlägige Art. 13 ZRL keinen abschließenden Katalog der möglichen Instrumente der Entgeltkontrolle und auch keine Aussagen über den Kostenmaßstab selbst.² Dies verdeutlicht, dass es um eine grundsätzliche Frage geht, deren Beantwortung im Kommissionssinne ganz erhebliche Konsequenzen für die gesamte TK-Branche hätte.

II. Möglichkeit der Vorstrukturierung

Im Kern geht es um die grundsätzliche Frage, ob der deutsche Gesetzgeber verpflichtet war, die Entscheidung über die Auswahl aus den von Art. 9–13 ZRL erfassten regulatorischen Vorabverpflichtungen allein der nationalen Regulierungsbehörde vorzubehalten (administrative Lösung).³ Diesen Weg hat er mit dem TKG nicht beschritten, was gemeinschaftsrechtlich nur dann nicht zu beanstanden ist, wenn das Richtlinienrecht die Möglichkeit eröffnet, den Entscheidungsspielraum der Behörde gesetzlich vorzustrukturieren (administrative Lösung mit legislativer Entscheidungsvorstrukturierung).⁴

1. Grammatikalische Auslegung

Nach Art. 8 Abs. 1 ZRL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, „dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen“. Unter Einbeziehung von Art. 13 ZRL sind die Mitgliedstaaten also nur verpflichtet, der Regulierungsbehörde die Befugnis zur Auferlegung von Verpflichtungen im Bereich der Entgeltregulierung einzuräumen. Der Wortlaut erfordert somit keine so weit gefasste Befugnis, auf deren Grundlage die Regulierungsbehörde alle nur denkbaren entgeltregulatorischen Verpflichtungen auferlegen kann. Vielmehr sind auch gesetzlich konkretisierte Verpflichtungen „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle“. Dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 ZRL entspricht somit unter Einbeziehung von Art. 8 Abs. 2–4 ZRL jede Umsetzung, als deren Ergebnis die Regulierungsbehörde befugt und verpflichtet ist, Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht der Art des

aufgetretenen Problems entsprechende, im Hinblick auf die Ziele von Art. 8 RRL angemessene und gerechtfertigte sektorspezifische Zugangsverpflichtungen im erforderlichen Umfang aufzuerlegen. Angesichts dieser Finalität der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, denen es ausschließlich um die Auferlegung der regulierungsökonomisch gebotenen Vorabverpflichtungen geht, wird sogar die (so sicherlich zu weitgehende) Auffassung vertreten, dass regulierungsbehördliches Ermessen mit Art. 8 Abs. 4 Satz 1 ZRL nur schwer vereinbar sei.⁶ In jedem Fall treffen weder Art. 8 ZRL noch Art. 16 Abs. 4 RRL ihrem Wortlaut nach eine Aussage über die Zuständigkeit für die Auswahl der angemessenen Verpflichtungen.

2. Genetische und historische Auslegung

Die genetische Auslegung enthält hier sowohl Indizien dafür, dass eine gesetzliche Vorstrukturierung nur in bestimmten Grenzen möglich sein könnte (Ziel der Flexibilität⁷), als auch Hinweise darauf, dass mit der Zugangsrichtlinie nicht die Notwendigkeit einer vollumfänglichen Verlagerung der Entscheidungsbefugnis auf die nationalen Regulierungsbehörden begründet werden sollte (Ziel der Rechtssicherheit⁸). Die historische Auslegung, namentlich der Grundsatz der Kontinuität der Rechtsstrukturen,⁹ spricht im Zweifel für die Möglichkeit einer gewissen gesetzlichen Vorstrukturierung bei der Auswahl der konkret anzuwendenden Regulierungsinstrumente. Dies ergibt sich daraus, dass der frühere Rechtsrahmen zur Telekommunikation, auf den der jetzige Rechtsrahmen zurückzuführen ist¹⁰ und den er konsolidiert und vereinfacht,¹¹ die Auswahl bestimmter Regulierungsinstrumente durch den Gesetzgeber in weitem Umfang zuließ und lediglich die laufende Anwendung der Regulierung auf die nationalen Regulierungsbehörden übertragen hatte.¹²

3. Systematische Auslegung

I.R.d. systematischen Auslegung spielen vor allem zwei Aspekte eine Rolle, die auch grundlegende Strukturen des Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation betreffen.¹³

a) Konsolidierungsverfahren

Das stärkste systematische Argument für die Rechtsauffassung der *Kommission* ergibt sich aus der Existenz des Konsolidierungsverfahrens nach Art. 7 RRL. Die Annahme, der

2) Klotz, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, Einl. II Rdnr. 151.

3) Zur Begriffsbildung Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 45.

4) Zum Begriff Koenig/Loetz/Neumann (o. Fußn. 3), S. 49.

5) Anders wohl (ohne Begründung) Britz, EuR 2006, 46, 56.

6) H. Jochum, MMR 2005, 161, 163; dies., in: Wilms/Masing/G. Jochum, TKG, Loseblattsammlung, Stand: Juli 2005, § 21 Rdnr. 33.

7) Vgl. etwa *Kommission*, Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999) 539 endg., S. 13.

8) Vgl. etwa *Kommission*, Kommunikationsbericht 1999 (o. Fußn. 7), S. 16.

9) S. hierzu *EuGH*, Rs. 23/68, Slg. 1969, 43, 51, Rdnr. 13; *Bleckmann*, NJW 1982, 1177, 1179.

10) *Braun/Capito*, in: Koenig/Bartosch/Braun, EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 51, 59 Fußn. 47; vgl. z.B. Art. 23 der Richtlinie 97/13/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 117, 15, und Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 97/33/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 199, 32.

11) S. hierzu etwa *Kommission*, Kommunikationsbericht 1999 (o. Fußn. 7), S. 21 f.

12) Klotz (o. Fußn. 2), Einl. II Rdnr. 62.

13) *Trute*, in: FS Selmer, 2004, S. 565, 578, stellt daneben vor allem auf das Marktanalyseverfahren ab, übersieht dabei jedoch, dass die diesbezüglichen Vorgaben in Art. 16 RRL hinsichtlich der aufzuerlegenden Maßnahmen ausdrücklich auf die Einzelrichtlinien, hier also Art. 8 ZRL, verweisen, die ihrerseits bereits die von *Trute* primär dem Marktanalyseverfahren zugeordnete Problemangemessenheit inkludieren (vgl. Art. 8 Abs. 4 ZRL).

Gesetzgeber könne das regulierungsbehördliche Ermessen vorstrukturieren, scheint nämlich zunächst nicht damit in Einklang zu bringen zu sein, dass die Regulierungsbehörde nach Art. 7 Abs. 5 RRL Stellungnahmen anderer Regulierungsbehörden und der *Kommission* weitgehend zu berücksichtigen hat.

Bei näherer Betrachtung folgt aus Art. 7 Abs. 5 RRL jedoch nicht, dass die Regulierungsbehörde in der Lage sein müsste, den vorgesehenen Maßnahmenentwurf so anzupassen, dass er qualitativ verändert würde.¹⁴ Anderenfalls würde nämlich bei einer qualitativen Änderung nicht nur das nationale Konsultationsverfahren nach Art. 6 RRL, sondern vor allem auch das Konsolidierungsverfahren selbst potenziell entwertet, da die geänderte Maßnahme ihrerseits ausweislich Art. 7 Abs. 5 RRL angenommen werden kann, ohne dass die beiden Verfahren noch einmal durchlaufen werden müssten. Auch die Beschränkung des Vetoverfahrens auf die in Art. 7 Abs. 4 RRL genannten Fälle zeigt, dass außerhalb dieser Konstellationen ein Vorrang der mitgliedstaatlichen Entscheidungskompetenz besteht und eine mögliche gemeinschaftsrechtliche Kontrolle auf ein Vertragsverletzungsverfahren anlässlich der konkreten Regulierungsentscheidung beschränkt ist.¹⁵

Art. 7 Abs. 5 RRL setzt somit nur voraus, dass es der nationalen Regulierungsbehörde nach mitgliedstaatlichem Recht möglich sein muss, unter Beibehaltung der grundsätzlichen Gestalt der beabsichtigten Maßnahme die eingegangenen Stellungnahmen zur Kenntnis zu nehmen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und ihnen dabei mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der beabsichtigten Maßnahme ein besonderes Gewicht beizumessen.¹⁶ Das nationale Recht muss also nur eine Ausgestaltung des notifizierten Maßnahmenentwurfs ermöglichen, nicht jedoch seine vollständige Umgestaltung.¹⁷ Solche Ausgestaltungsspielräume bestehen jedoch grundsätzlich auch bei einer gesetzlichen Vorstrukturierung des regulierungsbehördlichen Ermessens, insbesondere bei der Ausfüllung behördlicher Entscheidungsspielräume auf Tatbestands- und Rechtsfolenseite.

b) Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs gegen Regulierungsmaßnahmen

Nach Art. 4 Abs. 1 RRL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass gegenüber einer Entscheidung der Regulie-

rungsbehörde dem Betroffenen ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung steht. Damit soll in erster Linie ein Anspruch des Betroffenen auf eine materielle Kontrolle von Regulierungsentscheidungen festgeschrieben werden, bei dessen Ausgestaltung die Erfordernisse einer effizienten Regulierung mit den Rechtsschutzbelangen der Betroffenen in Ausgleich gebracht werden müssen.¹⁸ Eine administrative Lösung wäre jedenfalls im deutschen System des Verwaltungsrechtsschutzes aber nicht geeignet, einen solchen Ausgleich herzustellen. Die Rechtmäßigkeit einer regulierungsbehördlichen Entscheidung ließe sich dann nämlich im Wesentlichen nur daran messen, ob die auferlegte Verpflichtung der Art des aufgetretenen Problems entspricht, im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 RRL angemessen, gerechtfertigt ist und im erforderlichen Umfang auferlegt wurde.¹⁹ Dabei handelt es sich um Kriterien, deren Einhaltung nach deutschem Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Sache nach ohnehin als Bestandteile des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft werden.²⁰ In ihrer Wirkung würde eine solche Kontrolle noch weit hinter der eingeschränkten Kontrolle üblicher Ermessensentscheidungen zurückbleiben, da diese zum einen regelmäßig an gesetzlich ausgeformte tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft sind und zum anderen der Behörde oftmals auch ein klar abgegrenzter Kreis möglicher Rechtsfolgen zur Verfügung steht. Beides wäre unter Zugrundelegung einer administrativen Lösung aber gerade nicht der Fall. Der deutsche Gesetzgeber wäre daher bei einer administrativen Lösung daran gehindert, den von Art. 4 Abs. 1 RRL intendierten effektiven Rechtsschutz entsprechend dem im deutschen Recht ansonsten üblichen Standard auszugestalten, obwohl die Richtlinie selbst mit der Vorgabe, „wirksame Verfahren“ auf „nationaler Ebene“ zu schaffen, gerade einen derartigen Bezug zu den mitgliedstaatlichen Besonderheiten herstellt. Demzufolge spricht auch Art. 4 Abs. 1 RRL – jedenfalls soweit er sich an die Bundesrepublik Deutschland richtet – zumindest für eine gesetzliche Vorstrukturierung der Ermessensentscheidung, um einerseits der Beschwerdestelle einen Überprüfungsmaßstab an die Hand zu geben und andererseits die Entscheidungsfreiheit der Regulierungsbehörde innerhalb des gesetzlich vorstrukturierten Entscheidungsprogramms vor einem weitergehenden Zugriff durch die Beschwerdestelle zu schützen.²¹

4. Teleologische Auslegung („effet utile“)

Die Ziele eines Rechtsakts sind nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* besonders wichtige Auslegungsmittel,²² insbesondere zur Wahrung der praktischen Wirksamkeit („effet utile“) des jeweiligen Rechtsakts.²³ Das Regelungsziel einer Vorschrift kann indes nicht postuliert werden, sondern muss seinerseits im Wege methodischer Begründung gewonnen werden.²⁴ Dass Sinn und Zweck von Art. 8 ZRL – oder einer anderen Vorschrift des Rechtsrahmens – nur mit einer administrativen Lösung Genüge getan werden könnte, ist unter Anlegung dieses Maßstabs nicht ersichtlich. Insbesondere hat bereits die wortlautinterpretatorische Analyse von Art. 8 ZRL ergeben, dass diese Vorschrift nur auf das richtige Ergebnis, den regulierungsökonomisch gebotenen Regulierungseingriff abstellt, nicht aber auf eine Kompetenzzuweisung auf mitgliedstaatlicher Ebene. Vielmehr spricht insbesondere die in Erwägungsgrund 14 ZRL genannte Zielsetzung der Festschreibung einer „Obergrenze der Auflagen für Unternehmen“ für die Möglichkeit einer gesetzlichen Vorstrukturierung. Bei einer rein administrativen Lösung wäre der Kreis der im konkreten Fall in Betracht kommenden Verpflichtun-

14) Eine solche qualitative Veränderung läge etwa vor, wenn auf Grund einer entsprechenden Stellungnahme statt der geplanten Gewährung von Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung eine Entgeltgenehmigungspflicht für Verkehrszuführungsleistungen angeordnet würde.

15) Vgl. auch *Klotz* (o. Fußn. 2), Einl. II Rdnr. 140.

16) Unklar *Trute* (o. Fußn. 13), S. 575, der die Annahme einer bloßen (richtigerweise in der Tat: besonderen) Berücksichtigungspflicht als zu wenig weitgehend ablehnt, selbst aber noch nicht einmal eine Berücksichtigung für erforderlich zu halten scheint, sondern nur das äußerste Bemühen hierzu.

17) I.E. ganz ähnlich *Trute* (o. Fußn. 13), S. 575, dem zufolge das mitgliedstaatliche Recht der Berücksichtigungspflicht Grenzen setzen kann. Weitergehend *Britz*, *EuR* 2006, 46, 66 f., die offensichtlich von einer Bindungswirkung ausgeht.

18) *Koenig/Loetz/Neumann* (o. Fußn. 3), S. 126.

19) In diese Richtung denn auch konsequenterweise *Trute* (o. Fußn. 13), S. 582.

20) Vgl. nur *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Bd. I, 1996, Vorb. Rdnr. 91.

21) In den Überlegungen von *Trute* (o. Fußn. 13), der allerdings auch eine partielle Neuausrichtung des deutschen Verwaltungsprozessrechts fordert (S. 579 ff.), spielt Art. 4 Abs. 1 RRL demgegenüber keine Rolle.

22) S. nur *EuGH*, Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161, 1174, Rdnr. 16; Rs. C-36/98, Slg. 2001, I-779, 827, Rdnr. 49.

23) *EuGH*, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, 1348, Rdnr. 12; Rs. 190/87, Slg. 1988, 4689, 4723, Rdnr. 27.

24) *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. II: Europarecht, 2002, S. 76.

gen demgegenüber völlig unbegrenzt. Dies folgt daraus, dass Art. 9–13 ZRL ausdrücklich nur Beispiele („insbesondere“,²⁵ „unter anderem“,²⁶ „einschließlich“²⁷) enthalten. Gemeinschaftsrechtlich wird der Kreis der konkreten Vorabverpflichtungen deshalb letztlich nur durch die abstrakten Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 und 4 ZRL begrenzt.²⁸ Grundsätzlich käme dann auch die Auferlegung bislang völlig unbekannter, unerwarteter und weitreichender Vorabverpflichtungen in Betracht. Einer Festsetzung der Obergrenze möglicher Auflagen käme bei einer rein administrativen Lösung daher für die betroffenen Unternehmen kein eigenständiger Wert zu.

5. Auslegung im Lichte des Primärrechts

Auch die gebotene Auslegung des Sekundärrechts im Lichte des Primärrechts²⁹ führt dazu, dass eine gesetzliche Vorstrukturierung des regulierungsbehördlichen Ermessens im Einklang mit Art. 8 ZRL und Art. 16 RRL steht bzw. sogar gemeinschaftsrechtlich geboten sein dürfte. Hierfür spricht bereits der Grundsatz der Rechtssicherheit: Bei einer administrativen Lösung wäre es sowohl den regulierten Unternehmen als auch den Zugangspetenten weitgehend unmöglich, ihre Rechte und Pflichten in vollem Umfang zu erkennen und sich vor den nationalen Gerichten auf sie zu berufen.³⁰

Für die Möglichkeit gesetzlicher Vorstrukturierung spricht primärrechtlich aber auch die in Art. 249 Abs. 3 EG vorgesehene Umsetzungsbedürftigkeit von Richtlinien. Insofern ist u.a. zu berücksichtigen, dass danach den Mitgliedstaaten die Freiheit belassen wird, die Umsetzungsaufgabe und die Kompetenzen zu ihrer Erfüllung so zu verteilen, wie sie es für zweckmäßig erachten.³¹ Stünde nur eine administrative Lösung im Einklang mit Art. 8 ZRL und Art. 16 RRL, würde dem Prinzip der Umsetzungsbedürftigkeit lediglich formal Rechnung getragen und materiell die primärrechtlich geschützte Kompetenzabgrenzung missachtet.³² Diese Auswirkung auf die kompetenzielle Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten unterscheidet die vorliegende Konstellation maßgeblich von der in der Rechtsprechung des *EuGH* anerkannten Möglichkeit, dem Mitgliedstaat durch die Vorgabe detaillierter Richtlinienbestimmungen einen Umsetzungsspielraum bei der materiellen Ausgestaltung des nationalen Rechts zu nehmen.³³

III. Gemeinschaftsrechtskonformität von § 30 Abs. 1 und 3 TKG

Nachdem somit gezeigt werden konnte, dass es gemeinschaftsrechtlich nicht ausgeschlossen ist, das regulierungsbehördliche Ermessen gesetzlich vorzustrukturieren, soll nachfolgend kurz die Gemeinschaftsrechtskonformität der konkreten Vorstrukturierungen aufgezeigt werden, die der deutsche Gesetzgeber in § 30 Abs. 1 und 3 TKG vorgenommen hat.³⁴ Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Finalität der richtlinienrechtlichen Vorgaben der Notwendigkeit entgegensteht, regulierungsbehördliche Befugnisse für rein hypothetische Regulierungssituationen vorzuhalten. Durch die in § 121 TKG vorgesehene laufende Evaluierung der gesetzlichen Vorschriften wird der Möglichkeit hinreichend Rechnung getragen, dass sich die regulierungsökonomischen Rahmenbedingungen der hierin enthaltenen Vorstrukturierungen erheblich ändern.

Vor diesem Hintergrund erweist sich zunächst § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG als gemeinschaftsrechtskonform. Diese Vor-

schrift ermöglicht es der Regulierungsbehörde, von der Auferlegung einer Genehmigungspflicht für Zugangsentgelte zu Gunsten einer nachträglichen Kontrolle abzusehen. Eine Genehmigungspflicht kann nämlich nicht mehr angemessen und gerechtfertigt sein, wenn der wettbewerbliche Nutzen einer möglichst wirksamen Beseitigung des (entgeltlichen) Behinderungspotenzials in keinem vertretbaren Verhältnis zu der damit einhergehenden Belastung des betroffenen Betreibers steht und der potenzielle Schaden für den Wettbewerb gering bleibt. Zur Identifizierung derartiger Fälle dienen die regulierungsökonomisch fundierten Kriterien, die in § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–3 TKG normiert sind und die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht in Betracht kommt. Sie konkretisieren somit nur den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 8 Abs. 2 und 4 ZRL. Das auch mit Blick auf Art. 16 RRL unbedenkliche³⁵ Kriterium der (fehlenden) Doppelmarktbeherrschung (Nr. 1) greift dabei ausdrücklich Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ZRL auf, dem zufolge eine mögliche Benachteiligung der Endnutzer eine der beiden Voraussetzungen für Maßnahmen im Bereich der Preiskontrolle ist. Diese Möglichkeit liegt ferner, wenn der Betreiber auf dem Endnutzermarkt nicht auch über beträchtliche Marktmacht verfügt. Mit dem Kriterium der fehlenden früheren Marktbeherrschung (Nr. 2) trägt das Gesetz dem historischen Geltungsgrund der sektorspezifischen Regulierung, der zeitlichen Stabilität einer solchen ursprünglichen Marktmacht, die der Entwicklung eines nachhaltigen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1, Art. 13 Abs. 2 Satz 1 ZRL) entgegensteht, und der wettbewerblich besonders risikobehafteten Sonderstellung des vertikal integrierten Altsassen Rechnung. Die Bezugnahme auf die Sicherstellung der Regulierungsziele (Nr. 3) schließlich sorgt dafür, dass es trotz Erfüllung der beiden anderen Kriterien bei einer Genehmigungspflicht bleibt, wenn dies regulierungsökonomisch geboten ist. Darüber hinaus eröffnet § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG der Regulierungsbehörde aber noch eine grundsätzliche Wahlmöglichkeit zwischen beiden Entgeltregulierungsarten, indem die Vorschrift ein Dispensermessen („soll“) vorsieht.

Aber auch § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG ist bereits nach geltender Rechtslage, jedenfalls aber unter Berücksichtigung der geplanten Gesetzesänderung³⁶ richtlinienkonform. Die nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG regelmäßig vorgesehene Ge-

25) Vgl. Art. 9 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 ZRL.

26) Vgl. Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 2 ZRL.

27) Vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ZRL.

28) So der Sache nach auch *Klotz* (o. Fußn. 2), Einl. II Rdnr. 142 und 151 (mit Blick auf Art. 12 und 13 ZRL).

29) *EuGH*, Rs. 1/67, Slg. 1967, 239, 250; *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 249 EG-Vertrag Rdnr. 10.

30) Vgl. hierzu etwa *EuGH*, Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661, 1673, Rdnr. 23; Slg. 2001, I-541, 566, Rdnr. 22.

31) S. etwa *EuGH*, Rs. 96/81, Slg. 1982, 1791, 1804, Rdnr. 12; Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, 881, Rdnr. 71.

32) Zumindest hätte der Richtliniengesetzgeber einen solchen Eingriff – seine primärrechtliche Zulässigkeit unterstellt – hinreichend deutlich ausdrücken müssen, vgl. zu einer solchen Zweifelsfallregelung in Bezug auf die Grundfreiheiten auch *GA Jacobs*, Rs. C-6/98, Slg. 1999, I-7599, 7613 f., Rdnr. 52.

33) Vgl. etwa *Ruffert* (o. Fußn. 29), Art. 249 EG-Vertrag Rdnr. 45.

34) I.E. für die Gemeinschaftsrechtskonformität *BNetzA*, ABI. *BNetzA* 2006, 1018, 1035; wohl auch *Groebel/Seifert*, in: *Berliner Kommentar zum TKG* (o. Fußn. 2), § 30 Rdnr. 15; a. A. wohl *Köhler*, CR 2006, 92, 98.

35) S. hierzu ausf. *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 493, auch m. Nw. zur a. A.

36) Vgl. Art. 3 Nr. 4 des Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestages zu einem Gesetz zur Änderung tk-rechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 438/05, entspricht § 30 Abs. 3 TKG i. d. F. des nunmehr vorliegenden Referentenentwurfs v. 31.1.2006.

nehmigungspflicht von Entgelten kann nämlich nicht von der vorhergehenden Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG getrennt betrachtet werden. Zum einen ist schon davon auszugehen, dass ein Betreiber, der essenzielle Zugangsleistungen erst nach hoheitlicher Verpflichtung in wettbewerbskonformer Ausgestaltung erbringt, versuchen wird, diese Verpflichtung durch Gestaltung der Entgelte zu unterlaufen, sodass deren vorherige Kontrolle per se regulierungsökonomisch geboten ist. Zum anderen kann und muss die Regulierungsbehörde den Zusammenhang zwischen § 21 TKG und § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung berücksichtigen, sodass sie auf dieser Ebene möglicherweise nicht mehr angemessene Konsequenzen im Bereich der Preiskontrolle verhindern oder kompensieren kann. Nur ergänzend ist auf die weitere Möglichkeit eines Genehmigungsverzichts nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG hinzuweisen. Selbst wenn man gleichwohl Bedenken gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG im Hinblick auf Art. 8 ZRL haben sollte, wird diesen durch die geplante Gesetzesänderung hinreichend Rechnung getragen. Denn mit der jetzt vorgesehenen Änderung von § 30 Abs. 3 TKG wird der Regulierungsbehörde die weiterreichende Flexibilität eingeräumt, lediglich eine nachträgliche Entgeltkontrolle vorzusehen, falls sich nur eine solche weniger eingriffsintensive Verpflichtung als problemsprechend bzw. angemessen und gerechtfertigt erweisen sollte.

Schließlich verstößt auch die Anordnung der nachträglichen Entgeltkontrolle bei freiwillig erbrachten Zugangsleistungen nach § 30 Abs. 3 TKG nicht gegen das Gemeinschaftsrecht. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der auf Vorabverpflichtungen gerichtete Rechtsrahmen überhaupt Aussagen zur nachträglichen Missbrauchsaufsicht im entgeltlichen Bereich nach § 38 TKG macht,³⁷ wäre ihre Anordnung doch stets regulierungsökonomisch geboten. Dies folgt einerseits aus der geringen Eingriffsintensität

37) So implizit *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 525; *Wegmann*, K&R-Beil. 1/2004, 25, 28; *Zwach*, TKMR 2004, Tagungsbd., S. 9, 12; a.A. *Klotz*, MMR 2003, 495, 498; s.a. *Kühling/Neumann*, in: Berliner Kommentar zum TKG (o. Fußn. 2), § 39 Rdnr. 70 Fußn. 84.

38) Die Existenz eines freiwilligen Angebots steht ausweislich § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG einer entsprechenden Verpflichtung nicht zwingend entgegen, s. *Thomaschki*, in: Berliner Kommentar zum TKG (o. Fußn. 2), § 21 Rdnr. 71.

39) Vgl. dazu die Nw. in Fußn. 36.

40) S. hierzu die Nw. in Fußn. 36.

41) Grundlegend zur Vorläufigkeit gesetzlicher Regelungen *Heber*, in: FS Celsen, 2001, S. 69, 70.

einer solchen Maßnahme, die jedenfalls nur geringfügig über die Intensität der Missbrauchsaufsicht nach allgemeinem Wettbewerbsrecht hinausgeht, und andererseits aus dem regulatorischen Anfangsverdacht, der bei der Erbringung von Leistungen auf einem vermachteten Markt für potenzielle Wettbewerber gegenüber einem Betreiber besteht, der sich auf diesem Markt in weitem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. In umgekehrter Stoßrichtung steht § 30 Abs. 3 TKG aber auch einer weitergehenden Unterwerfung der Entgelte für freiwillig erbrachte Leistungen unter eine Genehmigungspflicht nicht entgegen, da die Regulierungsbehörde diese durch eine Verpflichtung des Betreibers zur Erbringung der bislang freiwillig angebotenen Zugangsleistung nach § 21 TKG erreichen kann (§ 30 Abs. 1 Satz 1 TKG).³⁸ Dies gilt bereits nach bisheriger Rechtslage; zudem wird der Regulierungsbehörde durch die geplante Änderung des § 30 Abs. 3 TKG³⁹ nunmehr auch die Möglichkeit eingeräumt, trotz Verzichts auf eine Verpflichtung zur Erbringung von Zugangsleistungen die hierfür verlangten Entgelte einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Die ohnehin den Richtlinienvorgaben entsprechende Flexibilität der gesetzlichen Vorstrukturierung des Ermessens wird auf diese Weise noch sinnvoll erweitert.

IV. Fazit

Der deutsche Gesetzgeber ist gemeinschaftsrechtlich nicht verpflichtet, die Entscheidung über die Auswahl aus den von Art. 9–13 ZRL erfassten regulatorischen Vorabverpflichtungen allein der nationalen Regulierungsbehörde zu überlassen. Es spricht sogar viel dafür, dass eine solche administrative Lösung ohne eine gesetzliche Vorstrukturierung des Ermessens ihrerseits gemeinschaftsrechtswidrig wäre. Unter Anlegung der richtlinienrechtlichen Vorgaben steht die in § 30 Abs. 1 und 3 TKG vorgesehene Vorstrukturierung des Ermessens bereits nach geltender Rechtslage im Einklang mit Art. 8, 13 ZRL und mit Art. 16 RRL. Die im Entwurf des TKG-Änderungsgesetzes⁴⁰ vorgesehene weitere Flexibilisierung der Ermessensausübung in diesem Bereich dürfte deshalb zwar gemeinschaftsrechtlich nicht zwingend und praktisch von hypothetischer Relevanz sein. Sie erscheint aber dennoch sinnvoll und geboten,⁴¹ um in gesetzessystematisch geeigneter Weise den Bedenken der *Kommission* insoweit Rechnung zu tragen, als es dieser um die Sicherstellung einer problemadäquaten Regulierung geht.

BARTOSZ SUJECKI

Das Online-Mahnverfahren in Deutschland

Der elektronische Rechtsverkehr wird innerhalb des deutschen Mahnverfahrens seit mehr als zwei Jahrzehnten erfolgreich praktiziert. Mittlerweile gehört auch die elektronische Übermittlung der Mahnanträge über das Internet zur alltäglichen Gerichtspraxis. Dieser Beitrag gibt

einen Überblick über das deutsche Online-Mahnverfahren. Gleichzeitig sollen auch die Entwicklung sowie die Besonderheiten des deutschen elektronischen Mahnverfahrens herausgearbeitet werden.

I. Einleitung

Das deutsche Mahnverfahren genießt in der alltäglichen gerichtlichen Praxis eine sehr hohe praktische Relevanz. Bei 9,5 Mio. jährlich zu bewältigenden Anträgen¹ wäre

1) Antragszahlen für das Jahr 2004, vgl. *Bremen Online Service (BOS)*, PM v. 22.2.2005.

■ Bartosz Sujecki ist Dozent an der Erasmus Universität Rotterdam, Niederlande.