

Folglich vermag die begehrte Inkassotätigkeit den Begriff der Wesentlichkeit nicht zu erfüllen, so daß kein Zugangsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 TKG besteht. Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß die DTAG zur Durchführung des Inkassos gesetzlich nicht verpflichtet ist.

III. Einzelverbindungsachweispflicht

Zu prüfen bleibt, ob eine gesetzliche Verpflichtung der DTAG zur Erstellung eines Einzelverbindungsachweises für die im Wege des »echten« Call by Calls abgewickelten Gespräche besteht.

1. §§ 14, 15 TKV

Eine Regelung zum Einzelverbindungsachweis ist in § 14 TKV enthalten. Demzufolge hat der Kunde das Recht, von seinem Anbieter von Sprachkommunikationsdienstleistungen – nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten und der jeweiligen Art der Leistung – eine Einzelauflistung zu erhalten. Die Funktion des »Anbieters« kann grundsätzlich sowohl vom Verbindungsnetzbetreiber als auch vom Teilnehmernetzbetreiber wahrgenommen werden. Dennoch gilt es zu bedenken, daß beim Call by Call nur der Verbindungsnetzbetreiber vom Kunden in Anspruch genommen wird.³³ Somit tritt die DTAG in diesen Konstellationen nicht als Anbieter auf. Daher erscheint es fraglich, ob das Verlangen des Kunden nach einer Einzelauflistung – statt an die Call by Call-Unternehmer – an die DTAG gerichtet werden kann.

Pflichten des Teilnehmernetzbetreibers – und damit im Regelfall der DTAG – bei der Rechnungserstellung sind in § 15 TKV geregelt. Demzufolge muß die DTAG grundsätzlich eine Rechnung erstellen, die auch die Call by Call-Gespräche erfaßt, wobei die einzelnen Anbieter und »zumindest« die Höhe der auf den jeweiligen Anbieter entfallenden Ge-

samtsumme erkennbar sein müssen (§ 15 Abs. 1 S. 1, 2 TKV). Durch das Wort »zumindest« wird deutlich, daß im Normalfall gerade keine Pflicht zur Einzelauflistung besteht. Nun stehen diese Anforderungen an die Rechnungserstellung zwar unter dem Vorbehalt, daß keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde (vgl. § 15 Abs. 1 S. 1 TKV). Jedoch kann eine solche Vereinbarung gemäß dem eindeutigen Wortlaut dieser Norm (»anderen Anbietern« als der Teilnehmernetzbetreiber) nur zwischen dem Kunden und den Verbindungsnetzbetreibern erfolgen. Somit kann die DTAG, soweit sie nicht bereits generell durch Absprache zwischen Kunden und Verbindungsnetzbetreiber von der Pflicht zur Rechnungslegung entbunden ist (vgl. § 15 Abs. 1 S. 1 TKV), nicht durch ein Verlangen des Kunden zur Auflistung der Einzelverbindungen gezwungen werden.

Dieses Ergebnis wird durch § 15 Abs. 1 S. 3 TKV erhärtet, wonach § 14 TKV unberührt bleibt. Denn § 14 S. 1 TKV verpflichtet lediglich den in Anspruch genommenen Anbieter zur Einzelauflistung, wenn der Kunde dies verlangt. Da die DTAG, wie bereits aufgezeigt, beim Call by Call gerade nicht als Anbieter in Erscheinung tritt, kann dieses Verlangen also nicht an die DTAG, sondern nur an den Verbindungsnetzbetreiber gerichtet werden. Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die DTAG weder aus § 14 TKV noch aus § 15 TKV zur Auflistung der Call by Call-Einzelverbindungen verpflichtet ist; dies gilt unabhängig davon, ob der Kunde einen entsprechenden Einzelverbindungsachweis von der DTAG verlangt.

2. § 33 TKG

Die DTAG ist auch nicht nach § 33 TKG zur Erstellung eines Einzelverbindungsachweises verpflichtet. Denn die begehrte Einzelauflistung erfüllt nach Maßgabe der vom EuGH in der Oskar Bronner-Entscheidung entwickelten Kriterien nicht das Merkmal der Wesentlichkeit. Insofern kann auf die Ausführungen zur Inkassopflicht verwiesen werden.³⁴

Prof. Dr. Christian Koenig/Andreas Neumann, Bonn*

Zusammenschaltungs-Entgeltregulierung unterhalb der Schwelle »beträchtlicher Marktmacht«?

Einleitung

Der Dritte und Vierte Teil des Telekommunikationsgesetzes (TKG) bieten Ermächtigungsgrundlagen für erhebliche Eingriffe in die privatautonome Gestaltung der Vertragsverhältnisse auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt. Die Entgeltregulierung (§§ 23 ff. TKG) und die Bestimmungen über den offenen Netzzugang und die Pflicht zur Zusammenschaltung (§§ 33 ff. TKG) setzen direkt an zentralen markt-

wirtschaftlichen Steuerungs- und Allokationsmechanismen an. Es stellt sich die Frage, welcher Anwendungsbereich diesen Eingriffsmöglichkeiten angesichts des seit Erlass des TKG veränderten tatsächlichen Umfeldes im Bereich der Telekommunikation und unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zukommt. Ausgangspunkt der Überlegungen ist hierbei die Anwendbarkeit der Entgeltregulierung auf Zusammenschaltungsanordnungen nach § 37 TKG.

³³ Vgl. unter II. 1.

³⁴ Vgl. unter II. 4 d).

* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Andreas Neumann ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

I. § 39 2. Alt. TKG als Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung?

Die Entgeltregulierung des Dritten Teils des TKG bezieht sich ausweislich des § 25 Abs. 1 u. 2 TKG nur auf Unternehmen, die im Sinne des § 19 GWB¹ marktbeherrschend sind, bzw. die mit einem solchen Marktbeherrscher zu einem einheitlichen Unternehmen verbunden sind (§ 25 Abs. 3 TKG). Über die Verweisung des § 39 2. Alt. TKG wird die Entgeltregulierung auch im Zusammenhang einer Zusammenschaltungsanordnung anwendbar. Die im Schrifttum überwiegende Meinung² sieht im Einklang mit der Praxis der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)³ in § 39 2. Alt. TKG eine Rechtsfolgenverweisung. Da § 37 TKG sowohl marktbeherrschende als auch nicht marktbeherrschende Unternehmen erfasst⁴, würden mit der Zusammenschaltungsanordnung also zugleich auch Netzzusammenschaltungen zwischen nicht marktbeherrschenden Unternehmen der Entgeltregulierung unterstellt. Aus der ausnahmsweisen staatlichen Preisaufsicht im Telekommunikationsbereich wäre so eine das weite Feld der angeordneten Netzzusammenschaltungen einzäunende Kontrollmaßnahme geworden. Fraglich ist jedoch, ob die Prämissen dieser Auffassung zutreffend sind.

1. Grammatikalische Auslegung

§ 39 TKG ordnet an, dass die Entgeltregulierungsvorschriften (weitgehend) »entsprechend« auch für »die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 gelten«. Die grammatikalische Auslegung, die sowohl den Ausgangspunkt als auch die Grenze jeder Auslegung bildet⁵, stellt auf den aus dem Sprachgebrauch zu entnehmenden Wortsinn ab. Dabei geht dem allgemeinen Sprachgebrauch der besondere juristische Sprachgebrauch vor.

Die in § 39 TKG enthaltene Verweisung umfasst zunächst die gesamten dort genannten Entgeltregulierungsvorschriften und beschränkt sich nicht auf ihre Rechtsfolgenseite. Durch die Anordnung der bloß »entsprechenden« Geltung scheidet (lediglich) eine uneingeschränkte, undifferenzierende Anwendung der Entgeltregulierungsmaßstäbe aus, was schon deshalb erforderlich ist, da sich die Entgeltregulierungsmaßstäbe des § 24 TKG auf Endkundenentgelte beziehen und nicht explizit den Netzzugang zwischen Netzbetreibern betreffen⁶.

Damit spricht die Wortlautexegese des § 39 TKG dafür, dass die §§ 24 ff. TKG in den Fällen einer Zusammenschaltungsanordnung nur in dem Umfang anzuwenden sind, wie diese Entgeltvorschriften in ihrem originären Anwendungsbereich gelten⁷, dass es sich also um eine Rechtsgrundverweisung handelt.

2. Historische Auslegung

a) Subjektiv-historische Auslegung

An der subjektiv-historischen Regelungsabsicht im Bundestagsausschuss für Post und Telekommunikation bestehen angesichts der zu Protokoll gegebenen Stellungnahme zur endgültigen Fassung des § 39 TKG prima facie kaum Zweifel: »Durch den zusätzlichen Verweis auf § 36⁸ erfolgt eine Ausweitung des Geltungsbereichs der Entgeltregulierung für die Gewährung des Netzzugangs auch auf nicht marktbeherrschende Unternehmen«⁹. Dies spricht dafür, dass eine Rechtsfolgenverweisung intendiert war.

b) Objektiv-historische Auslegung

Ein erster Entwurf zu § 39 TKG war im Jahre 1995 folgendermaßen gefasst: »Für die Regulierung der Entgelte für Zusammenschaltungen nach § 34 gelten für Unternehmen, die über eine marktbeherrschende Stellung nach § 22 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügen, die §§ 23, 24 I und III, 26, 27, 28, 29 I und III bis VI und § 30 entsprechend«. Auch ein darauf folgender Referentenentwurf vom 6. Oktober 1995 hielt noch ausdrücklich im Wortlaut das Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung für die Regulierung von Zusammenschaltungsentgelten fest: »Für die Regulierung der Entgelte für Zusammenschaltungen nach § 33 gelten für Unternehmen, die über eine marktbeherrschende Stellung nach § 22 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügen, die Regelungen der §§ 24 bis 30 entsprechend«¹⁰. Dem entsprach auch der Entwurfstext der Bundesregierung vom 30. Januar 1996: »Für die Regulierung der Entgelte für Zusammenschaltungen nach § 34 gelten für Unternehmen, die über eine marktbeherrschende Stellung nach § 22 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen verfügen, die §§ 23, 24 I und III, §§ 26, 27, 28, 29 I und III bis VI und 30 entsprechend«¹¹.

Zu der Streichung der Anwendungsvoraussetzung einer marktbeherrschenden Stellung im Wortlaut der endgültigen

1 Vor In-Kraft-Treten des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. August 1998, BGBl. I S. 2544, handelte es sich um § 22.

2 *Hefekäuser/Dreier*, Der gesetzliche Rahmen für Netzzugang und Netzzusammenschaltungen, CR 1997, 110 (111); *Manssen*, in: Manssen [Hrsg.], Telekommunikations- und Medienrecht, Loseblattsammlung, Stand: 08/99, § 39 TKG Rn. 3 u. 5; *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1997, § 39 Rn. 1; i. Erg. auch *Nolte*, Das Recht auf Netzzugang nach dem Telekommunikationsgesetz, BB 1996, 2629 (2633); *Schmidt*, Entgeltregulierung für Telekommunikationsdienstleistungen, K&R 1999, 385 (387).

3 *RegTP*, Entscheidung vom 13.5.1998, Az.: BK 4a A 1130/E 02.03.98, MMR 1998, 621; Beschluss vom 26.6.1998, Az.: BK 4a A 1130/E 17.04.1998, K&R 1998, 444 (447); Entscheidung vom 31.7.1998, Az.: BK 4a A 1130/E 22.05.98, MMR 1998, 681 (682).

4 *Koenig/Loetz*, Rechtsnatur und Inhalt der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG, K&R 1999, 298 (301); *Koenig/Weißhaar*, Zusammenschaltung und Netzzugang in der EU: Das Interconnectionregime in Dänemark, K&R 1999, 170 (172); *Manssen* (o. Fußn. 2), § 37 TKG Rn. 1; *Nolte* (o. Fußn. 2), S. 2631; *Piepenbrock* (o. Fußn. 2),

§ 37 Rn. 2; *Schwintowski*, Ordnung und Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten, CR 1997, 630 (635). A. A. *Etling-Ernst*, TKG, Ratingen 1996, § 37 Rn. 1.

5 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, 1983, S. 329.

6 *Fuhr/Kerkhoff*, Entgelte für die Gewährung von Netzzugang gemäß § 39 TKG, NJW 1997, 3209 (3210). In Verbindung mit der Unterscheidung zwischen einer in Erfüllung der Verpflichtung nach § 35 Abs. 1 S. 3 TKG ermöglichten und einer erst nach §§ 35 Abs. 1 S. 3, 37 Abs. 1 TKG angeordneten Zusammenschaltung erweist sich damit auch die Annahme der RegTP, die Einordnung des § 39 TKG als Rechtsfolgenverweisung sei erforderlich, solle seine 2. Alternative nicht überflüssig werden (vgl. K&R 1998, 444 [447] sowie MMR 1998, 621 u. 681 [682]), als unzutreffend.

7 *Fuhr/Kerkhoff* (o. Fußn. 6), S. 3210.

8 Der heutige § 37 TKG.

9 BT-Drs. 13/4864, S. 79.

10 Vgl. die Kommentierung der verschiedenen Entwurfstexte bei *Fuhr/Kerkhoff* (Fußn. 6), S. 3210.

11 BT-Drs. 13/3609, S. 29.

Fassung des § 39 TKG kam es erst nach einer Empfehlung des Bundestagsausschusses für Post und Telekommunikation¹². Dabei bezog sich die Intention der Streichung in erster Linie auf die Verpflichtung nicht marktbeherrschender Netzbetreiber zur Abgabe eines Angebots auf Netzzusammenschaltung nach § 35 des Entwurfs (jetzt: § 36 TKG): »Die Änderung in § 35 einschließlich der Neufassung der Überschrift entspricht dem EG-Ansatz, nach dem jeder Betreiber auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben hat. Dies gilt auch für nicht marktbeherrschende Unternehmen«¹³. Nun erklärte der Bundestagsausschuss den zusätzlichen Verweis auf § 37 in § 39 TKG u. a. mit einer »Folgeänderung zur Änderung in §§ 34 ff.«¹⁴ des Entwurfs (jetzt: §§ 35 ff. TKG) und bezog sich damit auf die »Klarstellung und Ergänzung, u. a. nach der grundsätzlichen Einigung des EG-Ministerrates vom 21.3.1996 zur Richtlinie Zusammenschaltung«¹⁵. Im Lichte dieser Zusammenhänge zwischen der Anpassung an (damals erst noch geplante) EG-rechtliche Vorgaben und den während des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommenen Änderungen im Vierten Teil des TKG kann der – auf die (geplanten) EG-Richtlinienvorgaben reagierende – Bundestagsausschuss bei objektivierender Deutung der vorgenannten Ausführungen nur dahingehend verstanden werden, dass mit der Streichung der Anwendungsvoraussetzung einer marktbeherrschenden Stellung in der endgültigen Fassung des § 39 TKG in erster Linie die Pflicht nicht marktbeherrschender Netzbetreiber zur Abgabe eines Angebots auf Netzzusammenschaltung bestätigt werden sollte¹⁶. Freilich schließt aber dies alleine noch nicht die Möglichkeit aus, dass zugleich eine Ausweitung des Anwendungsbereiches der Entgeltregulierungsvorschriften auf nicht marktbeherrschende Unternehmen im Zusammenhang mit einer Zusammenschaltungsanordnung mitvollzogen wurde.

3. Teleologisch-systematische Auslegung

Teleologische und systematische Auslegung sind eng miteinander verflochten. Dies gilt im besonderen Maße dann, wenn die auszulegende Gesetzesbestimmung (§ 39 im Vierten Teil des TKG: Netzzugang und Zusammenschaltung) auf an anderer Stelle normierte Rechtssätze verweist (§§ 24 ff. im Dritten Teil des TKG: Entgeltregulierung). Bleiben die Einzelbestimmungen bei isolierter Betrachtung hinsichtlich ihrer Rechtsfolge unvollständig, so müssen sie aufgrund der teleologisch-systematischen Methode erst zu einer vollständigen Regelung zusammengesetzt werden¹⁷. Erst die Ermittlung eines gemeinsamen *telos* nach Maßgabe der in § 2 Abs. 2 TKG statuierten Regulierungsziele erlaubt es, das systematische Auslegungsgebot zur »Wahrung der sachlichen Übereinstimmung zweier Vorschriften«¹⁸ zu verwirklichen. Bei der teleologisch-systematischen Ermittlung des Sinnzusammen-

hangs der §§ 39, 24 ff. TKG gilt mithin die Vermutung einer sachlichen Zielübereinstimmung¹⁹ auf der Grundlage von § 2 Abs. 2 TKG.

Dabei ist das Ziel einer »Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs« in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG von einer anderen Prämisse als im allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrecht getragen²⁰. Während letzteres die grundsätzliche Existenz eines funktionsfähigen Wettbewerbs unterstellt und daher i.d.R. lediglich verhaltenskorrigierende ex-post-Eingriffe vorsieht, erfordert die Ausgangsasymmetrie der Telekommunikationsmärkte die *proaktive Sicherstellung* der Wettbewerbsfunktionsfähigkeit²¹. Damit geht es nicht wie beim GWB darum, weitere Beschränkungen des Restwettbewerbs zu verhindern. Vielmehr soll die Entstehung neuen Wettbewerbs ermöglicht werden²². Auf diese sektorspezifische proaktive Zielbestimmung wird sogar die vereinzelt vorgetragene Auffassung gestützt, dass der Begriff der marktbeherrschenden Stellung im TKG auf solche Unternehmen beschränkt werden sollte, »die (1) infolge eines gesetzlichen Monopols Marktbeherrscher wurden und (2) bereits bei Inkrafttreten des TKG marktbeherrschend waren«²³. Alle anderen marktbeherrschenden Unternehmen, die nach dieser Ansicht nicht dem Regulierungsregime des TKG unterfallen sollen, unterstehen dementsprechend dem allgemeinen Kartellrecht nach dem GWB. So radikal und angreifbar diese Auffassung in ihrer Konsequenz anmutet, sie offenbart den unbestrittenen *telos* des TKG gerade mit Blick auf dessen Entgeltregulierungsvorschriften.

Im Gegensatz zu einem planwirtschaftlichen Regulierungsansatz trachtet das TKG gerade *nicht* danach, eine flächendeckende Entgeltregulierung unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung der zu regulierenden Unternehmen vorzunehmen. Vielmehr knüpfen u.a. die Bestimmungen zur Preishöhenkontrolle (§ 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG), zur wettbewerbsbeschränkenden Preisunterbietung (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG) oder zur Diskriminierung durch wesentliche Behinderung von Nachfragern (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG²⁴) gerade an die allgemeinen Missbrauchstatbestände einer marktbeherrschenden Stellung an²⁵. Entsprechendes gilt für die Verfahren der präventiven (§§ 25 Abs. 1, 27, 28 f. TKG, §§ 1 bis 5 TEntgV²⁶) und der nachträglichen Entgeltregulierung (§§ 25 Abs. 2, 30 TKG, § 6 TEntgV) sowie für die Veröffentlichung von marktbeherrschenden Stellungen durch die Regulierungsbehörde (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Eine Auslegung des § 39 TKG im Sinne einer Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 24 ff. TKG würde daher den Sinnzusammenhang der asymmetrischen Entgeltregulierungstatbestände verkennen. Würde jeder Fall der Zusammenschaltungsanordnung (§ 37 TKG) der Entgeltregulierung nach §§ 24 ff. TKG ohne Unterscheidung zwischen marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern unterworfen, so wäre eine vollständige sektorielle Abspaltung des Telekommunikationsrechts vom allgemeinen Kartellrecht

12 BT-Drs. 13/4864, S. 70 ff.

13 BT-Drs. 13/4864, S. 78.

14 BT-Drs. 13/4864, S. 79.

15 BT-Drs. 13/4864, S. 78.

16 Fuhr/Kerkhoff (o. FuBn. 6), S. 3211.

17 Larenz (FuBn. 5), S. 310.

18 Vgl. Larenz (FuBn. 5), S. 310.

19 Vgl. auch Zippelius, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., 1994, S. 48.

20 Schuster, in: Beck'scher TKG Kommentar (o. FuBn. 2), § 2 Rn. 10.

21 BT-Drs. 13/3609, S. 1 und 33 f.

22 Koenig/Loetz (o. FuBn. 4), S. 299; Mestmäcker, Entgeltregulierung, Marktbeherrschung und Wettbewerb im Mobilfunk, Beilage zu MMR 8/1998, S. 2.

23 Siehe auch Lampert, Der Begriff der Marktbeherrschung als geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Normadressaten für das sektorspezifische Kartellrecht nach dem TKG?, WuW 1998, 27 (39).

24 Vgl. im letzten Halbsatz die Beweislastumkehr (»es sei denn, daß«).

25 Bock/Völcker, Regulatorische Rahmenbedingungen für die Zusammenschaltung von TK-Netzen, CR 1998, 473 (481).

26 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vom 1. Oktober 1996 (BGBl. I S. 1492).

dauerhaft vollzogen²⁷. Angesichts der zuvor aufgeführten Verweise und Bezugnahmen des TKG auf das allgemeine Kartellrecht widerspräche dies dem Geist und der Systematik des Gesetzes. Eine teleologisch-systematische Auslegung von §§ 39, 24 ff. TKG spricht somit für die Beschränkung der Entgeltregulierung auf Asymmetrielagen, also gegen die Annahme einer bloßen Rechtsfolgenverweisung.

Wenig ergiebig ist der Verweis auf die erste Tatbestandsalternative des § 39 TKG für die teleologisch-systematische Auslegung. Zwar greift § 39 I. Alt. TKG eindeutig nur dann, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den Netzzugang gewährt (gewähren muss); dies ergibt sich hier jedoch aus der ausdrücklichen Tatbestandsvoraussetzung des in Bezug genommenen § 35 TKG.

4. Gemeinschaftsrechtliche Erwägungen

Nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG²⁸ haben die Mitgliedstaaten die Anwendung der auf Kostenorientierung und Transparenz ausgerichteten Entgeltregulierung auf Unternehmen sicherzustellen, die von der nationalen Regulierungsbehörde als »Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht« gemeldet wurden. Diese mitgliedstaatliche Pflicht erstreckt sich nicht auf andere Unternehmen. Jedenfalls nach Maßgabe der Richtlinie bleibt es den Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich gestattet, auch Unternehmen unterhalb der Schwelle »beträchtlicher Marktmacht« einer Entgeltregulierung zu unterwerfen (das »Ob« der Regulierung). Lediglich hinsichtlich der Art und Weise, wie eine solche Regulierung gestaltet werden kann, haben die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten (das »Wie« der Regulierung). Einer Entgeltregulierung unterhalb der Schwelle der »beträchtlichen Marktmacht« steht gemeinschaftsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung nichts entgegen, soweit dadurch die optimale Wirksamkeit der Richtlinienvorgaben nicht beeinträchtigt wird.

»Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht« müssen nicht unbedingt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des deutschen und europäischen Kartellrechts verfügen²⁹. Vorbehaltlich abweichender Festlegungen nationaler Regulierungsbehörden gilt nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 97/33/EG die widerlegbare³⁰ Vermutung³¹, dass eine Organisation die Schwelle »beträchtlicher Marktmacht« überschritten hat, »wenn sie einen Anteil von über 25 v.H. an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt«. Will eine Regulierungsbehörde eine abweichende Festlegung treffen, hat sie ausweislich Art. 4 Abs. 3 S. 4 der Richtlinie 97/33/EG »die Möglichkeit der Organisation, Marktbedingungen zu beeinflussen, ihr[en] Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, ihre Kontrolle über den Zu-

gang zu Endbenutzern, ihr[en] Zugang zu Finanzmitteln sowie ihre Erfahrung bei der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt« zu berücksichtigen.

5. Auslegungsergebnis

Der Tatsache, dass mit der Streichung der Anwendungsvoraussetzung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. § 19 GWB im Gesetzgebungsverfahren von § 39 TKG (in Aussicht stehenden) gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechen werden sollte, kann nur entnommen werden, dass das zu schaffende Recht im Einklang mit den zwingenden Bestimmungen der zu erwartenden Richtlinie stehen sollte. Den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wäre entsprochen, wenn § 39 TKG als eine Rechtsgrundverweisung auf die §§ 24 ff. TKG angewendet und dabei die in Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 97/33/EG definierte Anwendungsschwelle »beträchtlicher Marktmacht« zugrunde gelegt würde.

Dass darüber hinaus der das TKG prägende Grundsatz einer asymmetrischen Regulierung aufgegeben werden sollte, ist jedoch weder durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben geboten, noch wäre ein solches Verständnis mit dem Wortlaut, der systematischen Einbettung, dem telos und der objektiv-historischen Auslegung des § 39 TKG in Einklang zu bringen. Schließlich läßt sich sogar die ohnehin nur hilfswiese heranzuziehende, hinter den objektivierten »Gesetzeswillen« zurücktretende³² und damit letzten Endes für die hier entwickelte Lösung unerhebliche subjektiv-historische Auslegung mit dem so gefundenen Ergebnis in Einklang bringen. Versteht man § 39 TKG als Rechtsgrundverweisung, die aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht nur marktbeherrschende Unternehmen erfasst, sondern auch für Unternehmen mit (nur) »beträchtlicher Marktmacht« gilt, so wird der »Geltungsbereich der Entgeltregulierung für die Gewährung des Netzzugangs« tatsächlich *auch* »auf nicht marktbeherrschende Unternehmen« ausgedehnt – wenngleich nicht auf *alle* nicht marktbeherrschenden Unternehmen.

Die Gegenansicht dürfte überdies auch gegen den sowohl verfassungs-³³ als auch gemeinschaftsrechtlich³⁴ zu beachtenden Grundsatz der Erforderlichkeit verstoßen. Wie gerade Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG zeigt, ist nämlich zur Erreichung der Regulierungsziele eine Ausweitung der *allgemeinen* Entgeltregulierung auf nicht marktbeherrschende Unternehmen, die nicht über mindestens »beträchtliche Marktmacht« verfügen, aus Sicht des EG-Gesetzgebers nicht notwendig. Sie würde als nicht erforderlicher Eingriff in die zum Kernbereich unternehmerischer Dispositionsfreiheit gehörende Preisgestaltung nicht nur gegen Art. 12 Abs. 1 GG, der diese als Bestandteil der Berufsausübungsfreiheit schützt³⁵, sondern auch gegen einen vom Schutzzumfang her insoweit entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschafts-

27 Lampert (Fußn. 23), S. 39. Dies würde auch dem Willen des Gesetzgebers, die Regulierungsdichte schrittweise zu reduzieren (vgl. § 81 Abs. 3 TKG), zuwiderlaufen.

28 Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG L 199 vom 26.7.1997, S. 32, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreibervorauswahl, ABl. EG L 268 vom 3.10.1998, S. 37.

29 Bock/Völcker (Fußn. 25), S. 480.

30 Bock/Völcker (Fußn. 25), S. 480, Fußn. 60.

31 Scherer/Bartsch, in: Scherer (Hrsg.), Telecommunication Laws in Europe, 4. Aufl., 1998, S. 29.

32 Nach BVerfGE 36, 342 (367) kommt es »nicht auf den Willen des Gesetzgebers, sondern auf den objektivierten Willen des Gesetzes an [...], wie er in diesem zum Ausdruck kommt.« Vgl. auch schon BVerfGE 1, 299 (312).

33 Grundlegend Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961, S. 162 ff.

34 Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Aufl., 1996, Rn. 799 ff.

35 Moritz, Nichtigkeit der Verordnung PR Nr. 30/53 über Preise bei öffentlichen Aufträgen?, BB 1994, 1871 (1876); Tettinger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 12 Rn. 71.

rechts³⁶ verstoßen. Das Ergebnis wird also auch durch eine grundrechtskonforme Auslegung³⁷ gestützt: Es handelt sich bei § 39 TKG um eine Rechtsgrundverweisung³⁸.

II. Entgeltregulierung unterhalb der Schwelle »beträchtlicher Marktmacht«?

Damit ist aber nur der Anwendungsbereich der nach §§ 24 ff. TKG durchzuführenden Entgeltregulierung in der Folge einer Verweisung nach § 39 TKG umschrieben und eine auf sonstiger Grundlage durchzuführende Entgeltregulierung auch unterhalb dieser Schwelle noch nicht ausgeschlossen. Diese könnte wirtschaftlich aufgrund der Struktur des deutschen Telekommunikationsmarktes erforderlich sein, auf dem einerseits etwa regionale Netzbetreiber mit deutlich marktmächtigeren, aber dennoch nicht über bereits »beträchtliche Marktmacht« verfügenden Betreibern bundesweiter Telekommunikationsnetze Zusammenschaltungsvereinbarungen aushandeln müssen, und auf dem andererseits – von dem ohnehin marktbeherrschenden Ex-Monopolisten abgesehen – die RegTP noch keine Unternehmen mit (mindestens) »beträchtlicher Marktmacht« ausgemacht hat³⁹. Rechtlich ergibt sich die Notwendigkeit einer Entgeltfestsetzung schlicht aus § 37 Abs. 1 S. 1 TKG, der die RegTP zum Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung verpflichtet. Angesichts der drohenden Intervention der RegTP nach § 37 TKG wird nämlich bei Verhandlungen über eine Zusammenschaltungsvereinbarung regelmäßig nicht die Frage, ob der Zusammenschaltung zugestimmt wird, streitig sein. Statt dessen wird primär gerade hinsichtlich der Frage, zu welchen Bedingungen, sprich: unter welchen Entgeltkonditionen dies geschehen soll, Dissens zwischen den beteiligten Unternehmen bestehen⁴⁰. Im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG wird die RegTP also eine Entscheidung über die Zusammenschaltungsentgelte treffen müssen, wenn letztere zwischen den Netzbetreibern streitig sind. Die Anwendung der §§ 39 2. Alt, 24 ff. TKG scheidet dabei, wie gezeigt, aus, wenn keines der beteiligten Unternehmen über zumindest beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Höhe des Entgeltes muss somit auf andere Art und Weise bestimmt werden.

1. Zivilrechtliche Lösung

Dem vom Gesetzgeber insbesondere in §§ 36, 37 Abs. 2 TKG zum Ausdruck gebrachten Primat der Privatautonomie folgend ist das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen auch nach einer Zusammenschaltungsanordnung als »angeordneter Vertrag« privatrechtlich gestaltet⁴¹. Das Zivilrecht hält für Konstellationen unvollständiger Vereinbarungen das Regelungsinstrumentarium der §§ 315 ff. BGB bereit. Wäre nun eine (angeordnete) Zusammenschaltungsvereinbarung insoweit lückenhaft, als sie keine Einigung über das zu entrichtende Entgelt enthält, so könnten diese Vorschriften einschlägig sein⁴². Insbesondere wäre also an eine Bestimmung durch den Beteiligten, der das (jeweilige) Entgelt einzufordern hätte, nach billigem Ermessen zu denken (§§ 315 Abs. 1, 316 BGB⁴³). Diese Möglichkeit wird im (rein) privatrechtlichen Bereich durch einen entsprechenden (zumindest mutmaßlichen) Parteiwillen legitimiert⁴⁴. Demzufolge scheidet die Anwendung der §§ 315 f. BGB aus, wenn der, gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnde, Parteiwille Abweichendes vorsieht. Im Rahmen der angeordneten Zusammenschaltungsvereinbarung kann daher jedenfalls dann nicht auf den Parteiwillen abgestellt werden, wenn gerade aufgrund nicht in Einklang zu bringender Vorstellungen über die Entgelthöhe die Anordnung der Zusammenschaltung begehrt wurde. Hier ist die gesetzliche Vermutung der §§ 315 f. BGB widerlegt, so dass eine rein zivilrechtliche Lösung insoweit ausscheidet.

2. »Mittelbare« Entgeltregulierung über § 36 TKG

Denkbar wäre auch eine auf lediglich indirekte Beeinflussung der Entgelthöhe abzielende Vorgehensweise der RegTP. Voraussetzung für eine Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG ist nämlich das vergebliche Bemühen um den Abschluss einer vertraglichen Einigung über die Zusammenschaltung⁴⁵, das »Scheitern der Vertragsverhandlungen aufgrund der fehlenden Einigung über die vertraglichen Bedingungen«⁴⁶. Dazu muss wenigstens der ernsthaft und ergebnisoffene Versuch unternommen wor-

36 Vgl. nur EuGH – Hauer/Land Rheinland-Pfalz – Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3750) sowie allgemein *Schweitzer/Hummer* (o. Fußn. 34) Rn. 792 ff., 805.

37 Die verfassungskonforme Auslegung gebietet, im Rahmen der konventionellen Auslegungsmethoden diejenige Interpretationsmöglichkeit zu wählen, die die ausgelegte Norm mit der Verfassung in Einklang bringt. Die verfassungskonforme Auslegung ist jeder anderen Interpretationsmöglichkeit vorzuziehen, bei der die auszulegende Bestimmung verfassungswidrig sein würde; vgl. dazu z. B. BVerfGE 2, 266 (282); E 33, 52 (65). Für die EG-grundrechtskonforme Auslegung gilt der gleiche methodische Ansatz.

38 So auch *Bock/Völcker* (o. Fußn. 25), S. 481; *Tschentscher/Neumann*, Das telekommunikationsrechtliche Regelungsverfahren – Verfahrensfragen, Mißbrauchsaufsicht, Entbündelung, BB 1997, 2437 (2440). Grundlegend: *Fuhr/Kerkhoff* (o. Fußn. 6), S. 3211. Im Erg. ähnlich *Scherer*, Die Entwicklung des Telekommunikationsrechts in den Jahren 1996 und 1997, NJW 1998, 1607 (1612).

39 Vgl. die Mitteilung der *Kommission*, Veröffentlichung von und Zugang zu Informationen über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation in den Mitgliedstaaten, ABI. EG C 112 v. 23.4.1999, S. 2; speziell bzgl. der Mobilfunknetzbetreiber: *Communication from the Commission*, Fifth Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, COM (1999) 537, 11 November 1999, Annex 3 »Effective Application – Analysis by Member States«, S. 40. Freilich ist diese Prämisse durchaus angreifbar – insbesondere könnte darüber nachgedacht werden, den relevanten Telekommunikationsmarkt enger zu fassen. Solange sie der gängigen Praxis ent-

spricht, mag sie jedoch für die folgenden Überlegungen als zutreffend gelten, da es der Regulierungsbehörde obliegt. Organisationen mit »beträchtlicher Marktmacht« zu melden (vgl. u. a. den 6. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/33/EG, Art. 7 Abs. 1 u. Art. 18 Abs. 2 Spiegelstrich 2 dieser Richtlinie).

40 Dies wird durch die Praxis bestätigt, vgl. *Bock/Völcker* (o. Fußn. 25), S. 474; *Esser-Wellié/Hufnagel*, Multimedia und Telekommunikation, AfP 1997, 786 (789); *Ceppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 1998, Rn. 367 ff.; *Scherer* (o. Fußn. 38), S. 1612.

41 *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 303 f.

42 Für die Möglichkeit der Anwendung der § 315 f. BGB im Rahmen eines Interimsverhältnisses im Energieversorgungssektor vgl. *BGH* NJW 1983, 1777; NJW-RR 1992, 183.

43 Die im Rahmen der Realisierung der Zusammenschaltung geschuldete vertragliche Leistung wäre dabei in Art und Umfang durch das per Anordnung geschaffene Privatrechtsverhältnis bestimmt, nicht jedoch die dafür zu fordernde Gegenleistung, das Entgelt. Damit stünde nach § 316 BGB die (Gegen)Leistungsbestimmung dem (jeweils) Entgeltberechtigten zu.

44 *OLG Düsseldorf/DNotZ* 1996, 39 (41). Für § 316 vgl. BGHZ 94, 98 (102); *BGH* NJW-RR 1992, 142.

45 *RegTP*, Entscheidung vom 30.10.1998, Az.: BK 4-98-020/Z 21.08.98, MMR 1999, 52 (54); *Manssen* (o. Fußn. 2), § 37 TKG Rn. 5; *Piepenbrock* (o. Fußn. 2), § 37 Rn. 1.

46 *RegTP*, Entscheidung vom 6.5.1999, Az.: BK 4c-99-008/Z 25.02.99, MMR 1999, 430 (432).

den sein, Verhandlungen aufzunehmen und zu führen⁴⁷. Fordert nun ein Beteiligter ein – aus Sicht des Regulierers – überhöhtes Entgelt, könnte sich die RegTP auf den Standpunkt stellen, dass bereits diese Forderung die Ernsthaftigkeit des Versuches, Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen, entfallen läßt, so dass die Beteiligten bis auf weiteres erneut auf den Verhandlungsweg (§ 36 TKG) verwiesen würden.

Eine solche »Lösung« ist jedoch mehreren Einwänden ausgesetzt. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass § 37 TKG eine grundsätzliche Weichenstellung für die Förderung und Durchsetzung von Netzzusammenschaltungen enthält⁴⁸. Der Aufbau einer umfassenden Telekommunikationsinfrastruktur soll nicht unnötig verzögert werden⁴⁹. Dieses Ziel wird mit dem Verweis auf die (wiederholte) Wiederaufnahme von Verhandlungen nicht erreicht. Auch besteht die Gefahr, dass sich neue Marktteilnehmer aufgrund ihrer schwachen Marktstellung selbst im Falle erfolgreicher Verhandlungen nur zu ungünstigen Konditionen mit etablierten Konkurrenten einigen können, was dem Ziel der Förderung eines multipolaren Wettbewerbes zuwiderzulaufen droht. Insbesondere muss der Verweis auf weitere Verhandlungen aber dann scheitern, wenn – was wohl der Regelfall sein dürfte – die überhöhte Entgeltforderung nicht von dem die RegTP anrufenden Netzbetreiber, sondern von dem anderen beteiligten Netzbetreiber aufgestellt wurde. Denn die oben geschilderte Tatbestandsvoraussetzung des § 37 TKG dient nur der Vermeidung einer offensichtlich überflüssigen Inanspruchnahme der RegTP und der Wahrung des Vorranges einer privatautonomen Lösung⁵⁰. Ein Netzbetreiber, der sich um eine Verhandlungslösung bemüht hat, soll nicht an der Anrufung der RegTP gehindert werden, so dass es ausreicht, dass *dieser* den anderen Beteiligten eindeutig und ernsthaft um Abgabe eines Angebotes auf Zusammenschaltung ersucht hat⁵¹. Wäre Tatbestandsvoraussetzung des § 37 TKG das ernsthafte Bemühen um Herbeiführung einer vertraglichen Einigung auch seitens des um Angebotsabgabe ersuchten Netzbetreibers, läge es in dessen Hand, durch bloße Untätigkeit dauerhaft einer Zusammenschaltungsanordnung entgehen zu können⁵². Auch in einem solchen Fall eine Anordnung nach § 37 TKG unter Verweis auf den Vorrang einer – offensichtlich nicht

herbeiführbaren – privatautonomen Lösung verweigern zu wollen, wäre *contra legem*.

3. Entgeltregulierung über § 37 TKG

Der Wortlaut des § 37 Abs. 1 S. 1 TKG stellt nur auf die Anordnung der Zusammenschaltung, also des »Netzzugang[es], der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt« (§ 3 Nr. 24 TKG) ab. Es wäre also denkbar, dass eine nach § 37 Abs. 1 TKG ergehende Zusammenschaltungsanordnung inhaltlich auf technische (»physische und logische«) Aspekte zu beschränken ist⁵³. Gerade unter Berücksichtigung der in § 36 TKG konstituierten Verhandlungspflicht ist eine Trennung der technischen und kommerziellen Aspekte einer Zusammenschaltung jedoch nicht sinnvoll möglich⁵⁴. Und auch die gemeinschaftsrechtliche Einbettung spricht, insbesondere im Lichte von Art. 3 Abs. 1 S. 3 und Art. 4 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 97/33/EG für eine derartige Sicht der Dinge⁵⁵. Somit enthält § 37 TKG weder eine Beschränkung hinsichtlich eines bestimmten Grundes für das Scheitern der Zusammenschaltungsverhandlungen noch bezüglich des Inhaltes der von der RegTP zu treffenden Zusammenschaltungsanordnung. Diese umfasst, das Fehlen einer diesbezüglichen Einigung der Beteiligten vorausgesetzt, mithin nicht nur technische Fragen, sondern erstreckt sich auch auf die kommerziellen Aspekte der Zusammenschaltungsvereinbarung⁵⁶. Allerdings handelt es sich bei Anordnungen nach § 37 TKG um Eingriffe in die (verfassungsrechtlich und gemeinschaftsrechtlich) geschützte unternehmerische Freiheit der betroffenen Unternehmen⁵⁷, die nur unter engen Voraussetzungen zulässig sind⁵⁸. Ihre Rechtfertigung erlangen sie vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass der Aufbau einer umfassenden Telekommunikationsinfrastruktur im allgemeinen Interesse liegt⁵⁹. § 36 S. 2 TKG nennt ausdrücklich die Ermöglichung und Förderung der Kommunikation der Nutzer verschiedener Telekommunikationsnetze als ein von den primär auf Marktmissbrauchskontrolle abzielenden Regelungen der §§ 33 bis 35 TKG abweichendes Ziel der Zusammenschaltungsvorschriften⁶⁰. Anordnungsbegehren,

47 *Manssen* (o. Fußn. 2), § 37 TKG Rn. 5.

48 *Manssen* (o. Fußn. 2), Anhang zu § 39 TKG Rn. 33.

49 *Etling-Ernst* (o. Fußn. 4), § 37 Rn. 2; *Hefekäuser/Dreier* (o. Fußn. 2), S. 111.

50 *RegTP* (o. Fußn. 45), S. 54; *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 300.

51 *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 300.

52 *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 300. In diese Richtung auch *Etling-Ernst* (o. Fußn. 4), § 37 Rn. 2. Ob § 36 TKG über eine bloße Appellfunktion hinaus gehend ein subjektives Recht verleiht, das eingeklagt werden könnte, ist äußerst zweifelhaft, vgl. etwa *Manssen* (o. Fußn. 2), § 36 TKG Rn. 2. Es könnte jedenfalls nur auf die Führung von Verhandlungen gerichtet sein, da das Recht auf Zusammenschaltung gerade über das in § 37 Abs. 1 TKG ausgestaltete Verfahren berücksichtigt wird, vgl. *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 301.

53 Vgl. auch *Bock/Völcker* (o. Fußn. 25), S. 476.

54 *Großkopf/Ritgen*, Entgeltgenehmigung nach dem Telekommunikationsgesetz, CR 1998, 86 (93). Vgl. dazu auch die Ausführungen eingangs II.

55 Ausführlich dazu *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 302.

56 *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 302 f.; *Schmidt* (o. Fußn. 2), S. 389; *Tschentscher/Neumann* (o. Fußn. 38), S. 2440. Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Intention, vgl. BT-Drs. 13/3609, 47 u. 13/3864, 78. Für den Bereich der Zusammenschaltung nach § 35 TKG nennt Buchstabe j) der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV (Netzzugangsverordnung, Verordnung über besondere Netzzugänge vom 23. Oktober 1996 (BGBl. I S. 1568)) das »Entgelt« als wesentlichen Bestandteil einer Zusammenschaltungsvereinbarung.

57 *Wieland/Enderle*, Rechtsprobleme der Netzzusammenschaltung, MfDR 1999, 379 (381). Ausführlich hinsichtlich Netzzugangsgewährleistungspflichten *Stern/Dietlein*, ArchivPT 1998, 309 (317 ff.).

58 Vgl. dazu die Ausführungen zur verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 97/33/EG bezeichnet Zusammenschaltungsanordnungen ausdrücklich als »letzte Möglichkeit« (s. auch *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 300; *Piepenbrock* (o. Fußn. 2), § 37 Rn. 3). Es ist allerdings zu beachten, dass das im TKG realisierte Zusammenschaltungskonzept von dem in der Richtlinie skizzierten abweicht. An Stelle der Unterscheidung zwischen dem in Art. 9 Abs. 5 vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren auf Betreiben eines Beteiligten und der keinen Antrag voraussetzenden Anordnungsanordnung des Art. 9 Abs. 6 sieht das TKG nur die Zusammenschaltungsanordnung vor. Damit kann die Zusammenschaltungsanordnung aber nur in *entsprechender* Wertung des Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie als »ultima ratio« verstanden werden.

59 *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 2), S. 2631, spricht von der »Skepsis des Gesetzgebers gegenüber eine Lehre, die darauf vertraut, dass die Marktkräfte die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen zu einer Zusammenschaltung ihrer Netze mit denen von Wettbewerbern veranlassen würden«. Vgl. allgemein zu diesem dem Wettbewerbsgedanken auch im Telekommunikationsrecht einerseits zugrunde liegenden und ihm andererseits auch begrenzenden Prinzip *Hefekäuser/Schulz*, In: *Telekommunikationsrecht*, 1. Aufl., Preselection und Call-by-Call, CR 1998, 403.

60 *Großkopf/Ritgen* (o. Fußn. 4), S. 93; *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 4), S. 301; *Piepenbrock* (o. Fußn. 2), § 36 Rn. 3. Vgl. auch Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 97/33/EG: Zusammenschaltungsanordnung »im Interesse der Nutzer [...], um wesentliche öffentliche Interessen zu schützen«.

die sich nicht zumindest auch auf ein derartiges Interesse stützen können, kann daher aufgrund grundrechtlicher Erwägungen kein Erfolg beschieden sein⁶¹. Erfüllen sie dieses Kriterium, so kann grundsätzlich eine Anordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG ergehen. Diese muss aber wegen der Grundrechtsrelevanz des Eingriffes strengen Maßstäben genügen und vor allem den Erforderlichkeitsgrundsatz in besonderem Maße beachten. In einem wettbewerblichen Umfeld gilt das in erster Linie, wenn Marktakteure unterhalb der Schwelle »beträchtlicher Marktmacht« betroffen sind, da insoweit grundsätzlich von einer funktionierenden Selbststeuerung des Marktes auszugehen ist⁶². Insbesondere sind hoheitliche Eingriffe in die Preisbildung nur in eng begrenztem Umfang sinnvoll und zulässig⁶³. Voraussetzung für eine Festlegung der Entgelthöhe im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung ist also, dass der RegTP kein weniger grundrechtseinschränkendes, aber mit Blick auf die Herbeiführung der Zusammenschaltung gleichermaßen effektives Mittel zur Verfügung steht⁶⁴. Wäre es z. B. möglich, die Bestimmung über die Entgelthöhe den beteiligten Unternehmen nach billigem Ermessen gemäß §§ 315 f. BGB zu überlassen, so könnte dies der Erforderlichkeit einer hoheitlichen Festlegung des Entgeltes entgegenstehen. Statt dessen wäre seitens der RegTP der Vertragsinhalt nur bezüglich einer solchen Bestimmungsbefugnis anzuordnen. Das scheidet aber jedenfalls dann aus, wenn sich weitere Streitigkeiten über die so zu treffende Festlegung abzeichnen, die Auswirkungen auf die tatsächliche Durchführung der Zusammenschaltung – etwa in Folge der Geltendmachung von Leistungsverweigerungsrechten o.ä. – haben können. In solchen oder anderen Fällen, in denen sich die Delegation der Festlegung der Entgelthöhe an die beteiligten Unternehmen als weniger effizient zur Erreichung des Zusammenschaltungszieles darstellt als eine hoheitliche Entscheidung, muss die RegTP die Entgelthöhe im Rahmen der Zusammenschaltungsanordnung unmittelbar selbst festlegen.

4. Maßstäbe der Entgeltregulierung auf der Grundlage von § 37 TKG

Aber auch bei der Entscheidung über die Höhe des Entgeltes ist wegen des grundrechtlichen Hintergrundes eine sorgfältige Abwägung im Einzelfall vorzunehmen⁶⁵. Die hierfür relevanten materiellen Maßstäbe ergeben sich einerseits aus § 9 Abs. 3 u. 4 NZV⁶⁶ und andererseits aus §§ 37 Abs. 3 S. 3, 35 Abs. 2 TKG. Gemeinschaftsrechtlich werden diese Vorgaben durch die in Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 97/33/EG aufgezählten Gesichtspunkte ergänzt, die jedoch nur mittelbar – als Reflex auf dahinter stehende materiell-rechtliche Vorstellungen des Richtlinien-Gesetzgebers – Berücksichtigung finden können, zumal Art. 9 der Richtlinie 97/33/EG primär die (formellen) Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden festlegt. In negativer Hinsicht als Kriterium auszuschneiden ist

schließlich die für die Entgeltregulierung nach §§ 24 ff. TKG bedeutsame Ausrichtung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung, denn diese ist Konsequenz des EG-rechtlichen Regulierungsregimes, welches auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zugeschnitten ist⁶⁷.

a) § 9 Abs. 3 u. 4 NZV

Die NZV regelt die erforderlichen Einzelheiten der Zusammenschaltungsanordnung (§ 1 Abs. 1 NZV). Sie ist (auch) aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 37 Abs. 3 S. 1 TKG ergangen. Diese Vorschrift enthält zwar unmittelbar keine Maßstäbe für die Bestimmung der Entgelthöhe. Den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG wird jedoch bereits genüge getan, wenn »das Gesetz die Grenzen der auf seiner Grundlage möglichen Regelung hinreichend deutlich macht«⁶⁸, wenn die in der Verordnung hinsichtlich der Festlegung der Entgelthöhe zu berücksichtigenden Maßstäbe also nach allgemeinen Auslegungsregeln unter Berücksichtigung der Systematik und des Regelungszieles des die Ermächtigungsnorm enthaltenden Gesetzes bestimmt werden können⁶⁹. Aufgrund der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, der in § 36 S. 2 TKG festgelegten Zusammenschaltungsziele und insbesondere des in § 37 Abs. 3 S. 3 TKG ausdrücklich enthaltenen Verweises auf die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG erfüllt die Verordnungsermächtigung des § 37 Abs. 3 S. 1 TKG diese verfassungsrechtlichen Anforderungen⁷⁰.

Materiell sind § 9 Abs. 3, 4 NZV im hier relevanten Zusammenhang vor allem zwei Maßstäbe für die Entgeltfeststellung bei Zusammenschaltungsanordnungen zu entnehmen. Zunächst ist die unternehmerische Freiheit der Netzbetreiber zu berücksichtigen. Das bedeutet für die Bestimmung der Entgelthöhe, dass das grundsätzliche Recht zur Festlegung der Konditionen, zu denen ein Netzbetreiber Leistungen erbringen will, anzuerkennen ist und nur im Einklang mit anderen vorgegebenen Maßstäben von den Vorstellungen des Netzbetreibers abgewichen werden kann. Eng damit verknüpft ist der zweite materielle Maßstab, der aus § 9 Abs. 3 u. 4 NZV gewonnen werden kann, und der sich auch schon aus dem für die Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG maßgeblichen Primat der privatautonomen Einigung ergibt. Die Vorstellungen der beteiligten Netzbetreiber hinsichtlich der Höhe des Entgeltes sind als Ober- bzw. Untergrenze des Bereiches, innerhalb dessen die Entgeltfestsetzung zu erfolgen hat, zwingend zu berücksichtigen.

b) §§ 37 Abs. 3 S. 3, 35 Abs. 2 TKG

Nicht minder bedeutsam für die Bestimmung der Entgelthöhe durch die RegTP ist § 37 Abs. 3 S. 3 TKG, der die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG auch für Zusammenschaltungsanordnungen verbindlich macht. Da ausdrücklich nur auf die *Maßstäbe* des § 35 Abs. 2 TKG abgestellt wird, han-

61 Darunter dürften beispielsweise Konstellationen fallen, in denen die betroffenen Telekommunikationsnetze bereits über das Netz eines dritten Netzbetreibers indirekt zusammengeschaltet sind, vgl. *Bock/Volker* (o. Fußn. 25), S. 480; *Piepenbrock* (o. Fußn. 2), § 37 Rn. 5.

62 Vgl. auch *Piepenbrock* (o. Fußn. 2), § 36 Rn. 1.

63 Vgl. auch den, allerdings durchaus zugleich auf wettbewerbsfördernde (niedrige) Preise abzielenden 10. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/33/EG: »Die Preisgestaltung für Zusammenschaltung ist ein Schlüsselfaktor für die Bestimmung der Struktur und der Intensität des Wettbewerbs beim Übergang zu einem liberalisierten Markt.«

64 Zu den Kriterien des Grundsatzes der Erforderlichkeit vgl. nur *Sachs*, in: *Sachs* (o. Fußn. 35), Art. 20 Rn. 152 f.

65 Der mit § 37 TKG intendierte Beschleunigungseffekt (vgl. o. Fn. 48 f.) darf dabei jedoch nicht außer Betracht gelassen werden.

66 Verordnung über besondere Netzzugänge (o. Fußn. 56).

67 Vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 97/33/EG.

68 BVerfGE 35, 179 (183); Vgl. auch BVerfGE 8, 274 (307); 36, 224 (228); *Bauer*, in: Dreier [Hrsg.], Grundgesetz, Band II, Tübingen 1998, Art. 80 Rn. 30.

69 BVerfGE 42, 191 (200 u. 203) – dort ging es allerdings um eine Entgeltfestsetzung durch die Verordnung selbst. Allgemein auch *Lücke*, in: *Sachs* (o. Fußn. 35), Art. 80 Rn. 28.

70 Wenngleich eine präzisere Umsetzung dieser Vorgaben des TKG durch den Ordnungsgeber sicherlich wünschenswert gewesen wäre.

delt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass diese Kriterien auch dann zu berücksichtigen sind, wenn die von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen zu erhebenden Entgelte festzulegen sind. Zusammenschaltungsvereinbarungen, die auf dem Anordnungswege über § 37 Abs. 1 S. 1 TKG zustande gekommen sind, müssen also auch hinsichtlich der Entgelthöhe auf objektiven Maßstäben beruhen und dürfen – aufgrund der erforderlichen Gewährung eines gleichwertigen Netzzuganges⁷¹ – nicht diskriminierend sein. Bei der Bestimmung der Entgelthöhe gewinnt somit der Vergleich mit anderen Zusammenschaltungsvereinbarungen des betreffenden Netzbetreibers entscheidende Bedeutung, wobei natürlich auch solche Vereinbarungen zu berücksichtigen sind, die mit marktstärkeren Betreibern getroffen wurden. Aufgrund des gegenläufigen Maßstabes der Berücksichtigung der unternehmerischen Interessen ist hier jedoch die Kontrollintensität gegenüber dem Diskriminierungsverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, des § 33 Abs. 1 TKG oder auch der unmittelbaren Anwendung des § 35 Abs. 2 TKG deutlich zurückgenommen.

Die RegTP ist im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG mithin gehalten, ein Entgelt festzusetzen, das sich zunächst an den Vorstellungen des betreffenden Netzbetreibers orientiert. Ist insoweit jedoch auch bei Anlegung eines reduzierten Kontrollmaßstabes eine objektive Ungleichbehandlung gegenüber der Entgeltfestsetzung in anderen Vereinbarungen dieses Netzbetreibers festzustellen, ohne dass sich diese durch Besonderheiten der anzuordnenden Zusammenschaltung rechtfertigen ließe, so ist die Entgelthöhe entsprechend reduziert anzuordnen. Dies folgt alleine aus der Bindung der RegTP an die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG und ist streng von der marktmachtbezogenen Entgeltregulierung gem. §§ 39, 24 ff. TKG zu unterscheiden. In verfahrensmäßiger Hinsicht gilt aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine gegenüber dem Entgeltregulierungsverfahren der §§ 24 ff. TKG zurückgenommene Prüfungsintensität. Da keine unmittelbare Ausrichtung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung erfolgt, treffen die Unternehmen keine Verpflichtungen zu umfänglichen Kostennachweisen. Statt dessen hat es mit den im Rahmen des § 37 TKG üblichen Mitwirkungspflichten sein Bewenden, wobei der Beteiligte, der seine Preisvorstellung nicht hinlänglich sachlich begründet, freilich das Risiko einer deshalb für ihn ungünstig ausfallenden Anordnung trägt⁷². Im Übrigen steht es den beteiligten Unternehmen, wie auch der hinter § 37 Abs. 2 TKG stehende Gedanke zeigt, frei, sich privatautonom auf abweichende Entgelte zu einigen⁷³. Somit bleibt auch eine vertragliche Anpassung für den Fall, dass sich das von der RegTP festgelegte Entgelt als nicht marktkonform erweisen sollte, möglich⁷⁴.

5. Sperrwirkung des § 39 TKG?

Der hier entwickelten Lösung könnte jedoch entgegen stehen, dass § 39 TKG ausdrücklich eine Entgeltregulierung für Fälle der Zusammenschaltungsanordnung vorsieht. Die Vorschrift könnte daher eine Sperrwirkung gegenüber Konstellationen entfalten, in welchen die tatbestandlichen Voraussetzungen der im Wege der Rechtsgrundverweisung entsprechend anzuwendenden Vorschriften der §§ 24 ff. TKG nicht vorliegen. Indes wäre dies nur dann der Fall, wenn die Entgeltregulierung durch Anordnung der Zusammenschaltung und die Entgeltregulierung nach §§ 24 ff. TKG dasselbe Ziel verfolgten. Statt der Gefahr des Marktmachtmissbrauches in

einer Asymmetriesituation entgegenzuwirken, zielt die Anordnung der Zusammenschaltung zwischen nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern jedoch vor allem darauf ab, den schnellen Aufbau einer Telekommunikationsinfrastruktur sicherzustellen⁷⁵. Dieses Ziel des § 37 TKG deckt sich daher nicht mit dem telos der Entgeltregulierungsvorschriften nach §§ 24 ff. TKG. Die Möglichkeit, die zwischen den Beteiligten streitige Frage der Höhe des Entgeltes im Zuge einer Zusammenschaltungsanordnung hoheitlich zu klären, konfligiert somit nicht mit der zwingenden regulatorischen Überprüfung solcher Entgelte⁷⁶ zum Behufe der Missbrauchskontrolle. Sind jedoch die Voraussetzungen der entsprechenden Anwendung der Entgeltregulierungsvorschriften des Dritten Teils des TKG gegeben, so sind die Verfahren nach § 37 und §§ 39, 24 ff. TKG gemeinsam durchzuführen⁷⁷. In einem solchen Fall ist die Entgeltregulierung also nach Maßgabe der (entsprechend angewandten) §§ 24 ff. TKG vorzunehmen.

III. Fazit

Entgegen dem herrschenden Verständnis ist § 39 TKG eine Rechtsgrund- und keine Rechtsfolgenverweisung. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gebieten jedoch im Rahmen der nur »entsprechenden« Anwendung der Entgeltregulierungsvorschriften, diese auch auf Unternehmen anzuwenden, welche über »beträchtliche Marktmacht« verfügen. Eine Entgeltregulierung unterhalb dieser Schwelle ist damit aber noch nicht ausgeschlossen – unter den geschilderten Voraussetzungen und in den dargelegten Grenzen folgt sie sogar begriffsnotwendig aus der Verpflichtung zum Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung. Die Entgeltregulierung muss nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG erfolgen, wenn zwischen den Netzbetreibern keine Einigung über die Entgelte zustande kommt, die hoheitliche Festsetzung auch der Entgelte also zur Streitentscheidung zwischen den Unternehmen unerlässlich ist. Die Entgeltregulierung greift somit weder ausschließlich bei Zusammenschaltungsverpflichtungen marktbeherrschender Unternehmen ein, noch kommt sie undifferenziert in jedem Fall einer Anordnung nach § 37 TKG zur Anwendung⁷⁸.

71 Vgl. zur Bedeutung des Merkmales gleichwertigen Zugangs *Piepenbrock* (o. FuBn. 2), § 35 Rn. 23.

72 Zum notgedrungen prognostischen Charakter der Festsetzung von Zusammenschaltungsentgelten (allerdings im Rahmen der Entgeltregulierung nach §§ 24 ff. TKG) vgl. *Bock/Völcker* (o. FuBn. 25), S. 478.

73 Zur Möglichkeit nachträglicher Vertragsänderungen vgl. *Koenig/Loetz* (o. FuBn. 4), S. 304.

74 Vgl. zu den marktwirtschaftlichen Selbstregulierungsmechanismen auch *Bock/Völcker* (o. FuBn. 25), S. 481.

75 Siehe Fn. 48 f.

76 Die ja auf diesem Wege sogar dann überprüft werden, wenn sie von dem marktmachtsschwächeren Beteiligten akzeptiert wurden. Freilich wäre es auch denkbar, in einem solchen Fall im Wege einer den Vorrang privatautonomer Vereinbarungen in Rechnung stellenden teleologischen Reduktion die, durch Annahme einer Rechtsfolgenverweisung ja erst herbeigeführte, Anwendbarkeit der Entgeltregulierungsvorschriften wieder auszuschließen.

77 Vgl. auch *Manssen* (o. FuBn. 2), § 39 TKG Rn. 1.

78 Es mag an dieser Stelle offen bleiben, ob für eine solche Entgeltfestsetzung der Begriff der Entgeltregulierung wirklich zutreffend ist, da sie nicht den typischen Zielen der Entgeltregulierung (zu diesen *Schmidt* (o. FuBn. 2), S. 385) dient.