

**Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für
Telekommunikation und Post**

Prof. Dr. Dres. h.c. Arnold Picot
Ludwig-Maximilians-Universität München
- Vorsitzender -

Prof. Dr. Juergen B. Donges
Universität zu Köln
- Stellv. Vorsitzender -

02. Dezember 2002

Herrn
Wolfgang Clement
Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit
Scharnhorststr. 34-37

10115 Berlin

Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG)

Sehr geehrter Herr Minister,

die Europäische Union hat ein Richtlinienpaket zur Telekommunikation verabschiedet, das bis etwa Mitte des Jahres 2003 in nationales Recht umzusetzen ist. Dies bedeutet für Deutschland, dass das TKG novelliert werden muss. Dabei sollten auch die Erfahrungen mit dem TKG seit dessen Verabschiedung im Jahre 1996 einfließen.

Der Wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (WAR) hat sich in den vergangenen Jahren mit zahlreichen grundsätzlichen Fragen der Anwendung des geltenden TKG befasst und auch die entstehenden EG-Richtlinien verfolgt. Vor diesem Hintergrund hat der WAR in seinen jüngsten Sitzungen eine Reihe von grundlegenden Überlegungen beraten, deren Berücksichtigung wir bei der nun anstehenden Novellierung des TKG empfehlen.

Als Anlage überreichen wir Ihnen diese Stellungnahme und würden uns freuen, wenn diese in die Erstellung des Referentenentwurfs einbezogen werden könnte. Wir stehen Ihnen auf Wunsch gern zu ergänzenden Erörterungen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Arnold Picot
(Vorsitzender)

Juergen B. Donges
(stellv. Vorsitzender)

Anlage

TKG-Novellierung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität

Bonn

November 2002

1. Einleitung

Der Wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) nimmt das neue EG-Richtlinienpaket für die Telekommunikation vom Frühjahr 2002 zum Anlass, Vorschläge für dessen bestmögliche Umsetzung bei der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) von 1996 zu machen.

Dabei beschränkt sich der Arbeitskreis bewusst auf einige für die künftige Ordnungs- und Wettbewerbspolitik wichtige Themen¹. Er geht dabei von der Überlegung aus, dass Rechtssicherheit für die Nutzer (Verbraucher, Unternehmen, öffentliche Einrichtungen),

¹ In dieser Stellungnahme werden Regulierungsfragen, die sich auf die technische Funktionsfähigkeit von Kommunikationsanlagen, den Kundenschutz oder auf die Vergabe und Nutzung von Frequenzen und Nummern(systemen) beziehen, nicht erörtert. Derartige Themen sind als Daueraufgaben der Regulierung anzusehen und haben teilweise auch ordnungs- und wettbewerbspolitische Bedeutung; sie stehen jedoch im Rahmen der aktuellen Novellierung des TKG nicht im Vordergrund.

Planungssicherheit für die Anbieter (bestehende und neue Unternehmen) und generell die Vorteile eines funktionsfähigen Wettbewerbs mit nachhaltiger Wirksamkeit gewährleistet werden müssen. Dies erfordert einerseits Vorkehrungen für eine auch weiter zu sichernde Unabhängigkeit der RegTP gegenüber Tagespolitik und Marktteilnehmern. Andererseits ist genügend Flexibilität beim Einsatz effektiver Regulierungsinstrumente bei hinreichender Rechts- und Planungssicherheit für die Marktteilnehmer notwendig, um weitere Investitionen in diesen Sektor zu fördern.

Nach dem neuen EG-Rechtsrahmen können die nationalen Regulierungsbehörden unterschiedlich handeln; das Richtlinienpaket zielt auf eine Mindestharmonisierung, eröffnet im übrigen aber Spielräume für die jeweils zweckmäßigsten Regelungen. Der dadurch ermöglichten Flexibilität beim Einsatz von Regulierungsinstrumenten sind gleichwohl durch Festlegung definierter Entscheidungsspielräume Grenzen zu setzen, auch im wohlverstandenen Interesse der Regulierungsbehörden. Bei einem beliebig großen Handlungsspielraum sähe sich der Regulierer nämlich übermäßigen Einflussversuchen von Partikularinteressen ausgesetzt, die abzuwehren eine kaum mehr zu bewältigende Herausforderung wäre. Die möglichst klare Definition von operationalen Bedingungen und Prinzipien sichert das unabhängige, im Zweifel gerichtlich voll überprüfbare Handeln der RegTP. Dies ist unverzichtbar, um die Verlässlichkeit, Berechenbarkeit und Kohärenz ihrer Maßnahmen zu sichern.

2. Bei der Novellierung zu beachtende Grundsätze

Das Telekommunikationsgesetz hat sich in den knapp 5 Jahren seiner Geltung im Wesentlichen bewährt. Änderungen sollten nur vorgenommen werden, wo dies der Vorrang des EG-Rechts notwendig macht und konkrete Erfahrungen aus dem deutschen Markt dies zwingend nahe legen; die erforderliche Umsetzung der EG-Richtlinien kann und sollte zugleich zum Anlass genommen werden, Defizite zu beseitigen, die sich beim Vollzug des TKG und der hierzu ergangenen Ausführungsverordnungen gezeigt haben.

Zur gebotenen Stabilität, Verlässlichkeit und Anpassungsfähigkeit des rechtlichen Rahmens trägt der technologieneutrale Regelungsansatz, wie er dem neuen EG-Richtlinienpaket zu Grunde liegt, besser bei als ein bereichsorientierter; dies sollte in der Neufassung des TKG im Rahmen der Regulierungsziele bekräftigt werden.

Das Abstellen auf allgemeine kartellrechtliche Kriterien zur Marktabgrenzung und Marktmacht als Voraussetzung für (sektor)spezifische Regulierungsmaßnahmen (so Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie) ist sachgerecht; jedoch sollte gewährleistet sein, dass einzelne innovative Unternehmen, die als erste auf einem neuen Markt tätig werden – und als solche scheinbar über eine beträchtliche Marktmacht verfügen –, nicht gleichermaßen unmittelbar reguliert werden, damit sich ein dynamischer Wettbewerb entfalten kann – ganz im Sinne des Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie. Sofern für die Realisierung einer neuartigen Geschäftsidee zwingend auf einen Vorleistungsmarkt zurückgegriffen werden muss, auf dem beträchtliche Marktmacht herrscht, ist stets für die Gewährung fairen Zugangs zu sorgen.

Die schon bisher im Gesetz (§ 82 TKG) vorgesehene enge Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt sollte im Hinblick auf die notwendige Harmonisierung wesentlicher Marktabgrenzungsfragen in der Weise fortgesetzt werden, dass zumindest das Benehmen hergestellt wird.

Die Ausdehnung des Konzeptes beträchtlicher Marktmacht (significant market power, SMP) auf benachbarte Märkte gem. Art. 14 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie ist sachgerecht; bei der Umsetzung in nationales Recht sollten zur effizienten Durchsetzung dieser Vorgabe Konsequenzen für den Einsatz von Regulierungsinstrumenten, etwa in Bezug auf Bündelprodukte, verdeutlicht werden.

3. Änderungsbedarf im inhaltlichen Bereich

a) Die bisherige Anwendung der TKG-Bestimmungen und deren Auslegung durch die Verwaltungsgerichte ergibt, dass – zumal nach dem gebotenen Übergang zum System der Allgemein genehmigung (Art. 3 ff. der Genehmigungsrichtlinie) und der daraus resultierenden

Umgestaltung der Lizenzierungsbestimmungen (§§ 6 ff. TKG) – im TKG bisher vorhandene Befugnisse der RegTP zum Einschreiten gegenüber einem Fehlverhalten von Anbietern modifiziert oder „nachgebessert“ werden müssen:

So ist eine Änderung der allgemeinen Vorschrift über „Aufsicht“ (§ 71 TKG) nicht nur im Hinblick auf den Wegfall des Lizenzerfordernisses notwendig, sondern auch wegen der unzulänglichen Ausgestaltung von Eingriffsinstrumenten, die als mildere Mittel gegenüber einem Tätigkeitsverbot in Betracht kommen.

Des Weiteren ist die Bestimmung zur „besonderen Missbrauchsaufsicht“ (§ 33 TKG) zwar auch künftig unverzichtbar und zugleich von zentraler Bedeutung bei der Umsetzung von Art. 10 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie. Jedoch sollte klargestellt werden, dass § 33 keine bloße Übernahme der „essential facilities“-Lehre in das Telekommunikationsrecht darstellt. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift geht darüber hinaus und erfasst jeglichen Behinderungsmissbrauch, dies sollte auch so bleiben.

Außerdem sollte das bisherige zweistufige Verfahren (§ 33 Abs. 2 S. 1, 2) reformiert werden, wonach die RegTP zuerst zur Abstellung eines Missbrauchs auffordert, ehe sie diesen untersagt; stattdessen sollte nur eine verbindliche Entscheidung vorgehen werden, um der Zielsetzung der Vorschrift besser, vor allem zeitnäher gerecht zu werden. Diese Vorschrift hat dazu geführt, dass im Falle gerichtlicher Überprüfung die Wirksamkeit regulatorischer Entscheidungen sich inzwischen um sechs Monate und mehr hinauszögert.

Angezeigt ist ferner eine Bereinigung der §§ 37, 39 TKG dahingehend, dass in einer Zugangs- oder Zusammenschaltungsanordnung auch (uno actu) Entgelte festgelegt werden dürfen, sofern die Beteiligten nicht auf Grund ihrer jeweiligen Erlösmodelle (z.B. „bill and keep“) auf Interconnection Entgelte verzichten. Dies trägt erheblich zur Beschleunigung der Wirksamkeit von Regulierungsentscheidungen bei.

b) Ein genereller Verzicht auf ex ante-Regulierung („Vorabverpflichtungen“) gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht ist in der gegenwärtigen Situation (noch) nicht sinnvoll und auch EG-rechtlich nicht geboten (Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie). Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie trifft zwar keine Unterschiede zwischen ex ante- und ex post-

Verpflichtungen, jedoch geht die Vorschrift offensichtlich davon aus, dass es der Regulierungsbehörde nicht freigestellt ist, ob sie SMP-Unternehmen Verpflichtungen auferlegen darf oder nicht, sondern ihr lediglich ein Auswahlermessen hinsichtlich des im Einzelfall geeigneten und erforderlichen Mittels eingeräumt werden soll. Die TKG-Novellierung sollte aber die nach Art. 9 – 13 der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Verpflichtungen, mit denen letztlich „bottlenecks“ auf Vorleistungsmärkten wettbewerbsorientiert reguliert werden sollen, in eine ihrer objektiven Bedeutung entsprechende Reihenfolge ordnen, im Sinne einer Verdeutlichung des Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie. Sie sollte ferner klarstellen, ob und inwieweit es sich dabei um obligatorische oder um fakultative, weil nicht stets angemessene Verpflichtungen handelt.

c) Im Einzelnen:

Die Transparenzverpflichtung aus Art. 9 der Zugangsrichtlinie ist umfassend und sollte daher, soweit ihr ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht aus freien Stücken Folge leistet, nicht ins Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt werden. Die bereits an verschiedenen Stellen im TKG vorgesehenen behördlichen Auskunftsbefugnisse (z.B. §§ 31, 72, 76) sind dementsprechend zu vervollständigen und durch Melde-/Informationspflichten der SMP-Unternehmen zu ergänzen.

Grundlegenden Charakter hat auch das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 10 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie. Auch hier erscheint eine „Kann“-Regelung verfehlt, sondern es muss die Beachtung uneingeschränkt sichergestellt werden, was jedoch sachlich gerechtfertigte Differenzierungen nicht verbietet.

Den Verpflichtungen nach Art. 11 der Zugangsrichtlinie (getrennte Buchführung) kann durch Änderung der §§ 14 und 31 TKG unschwer Rechnung getragen werden; wichtig ist, dass eine Regelung über die Veröffentlichungsbefugnis der Regulierungsbehörde nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 neu ins TKG aufgenommen wird.

Erhebliche Umsetzungsprobleme dürfte Art. 12 der Zugangsrichtlinie (Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung) bereiten: Die Bestimmung ist vor allem in Abs. 2 reichlich unbestimmt gefasst und nennt dort keine Voraussetzungen für den Einsatz von Regulierungsinstrumenten, sondern stattdessen Faktoren, die bei der Entscheidung über Art und Ausmaß der vorgesehenen Regulierung berücksichtigt

werden dürfen. Die Aufzählung ist aber zum einen nicht abschließend, zum anderen enthält sie Selbstverständlichkeiten (lit. c)) und in lit. b) zweifelhafte dilatorische Formelkompromisse - was ist und wer befindet über „verfügbare Kapazität“? Unklar bleibt auch, welcher Personenkreis „berechtigte Anträge“ nach Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie stellen kann und unter welchen – wieder nur exemplarisch aufgezählten – Voraussetzungen diese durch die Regulierungsbehörde abgelehnt werden dürfen. Schließlich ist auch die – grundsätzlich zu begrüßende – Liste möglicher Zugangs- und Zusammenschaltungspflichten nicht abschließend. Zur Schaffung von mehr Rechts- und Planungssicherheit sollten diese Vagheiten soweit wie möglich durch präzisere Regelungen im TKG, ggf. auch durch Verwaltungsgrundsätze der Regulierungsbehörde nach § 81 Abs. 2 TKG, beseitigt werden.

Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie sieht eine Preiskontrolle nur noch für bestimmte Arten des Zugangs und der Zusammenschaltung sowie im Hinblick auf Preishöhenmissbrauch und „Preisdiskrepanzen“ (price squeeze) vor; der letztgenannte Begriff ist klärungsbedürftig, sollte aber nicht notwendig eine Änderung der Maßstäbe des § 24 Abs. 2 TKG herbeiführen, insbesondere nicht in Zukunft ein Einschreiten gegen Preisdumping ausschließen. Diese Bestimmung ist im neuen TKG zu präzisieren. Bei der Umsetzung des Art. 13 Abs. 1 und 2 der Zugangsrichtlinie sollte im Gesetz selbst (und nicht nur in der TEntgV) festgelegt werden, dass die Kriterien Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und Vergleichsmarkt in sich sachlich ergänzender Weise anzuwenden sind.

d) Bei der Umsetzung der Universaldienstrichtlinie ist das bisherige Konzept des TKG, das ein Einschreiten der Regulierungsbehörde nur in Ausnahmefällen in Betracht zieht, so weit wie möglich aufrecht zu erhalten. Nachbesserungen etwa im Hinblick auf Art. 7 dieser Richtlinie (betreffend „besondere Maßnahmen für behinderte Nutzer“) können sich im Wesentlichen auf die Verordnungsebene (TUDLV) beschränken. Im Hinblick auf den Finanzierungsmodus sollte sich die „Benennung“ von grundsätzlich universaldienstpflichtigen Unternehmen nicht nur auf solche mit SMP beschränken. Die Voraussetzungen und Maßstäbe für eine Entgeltregulierung im Hinblick auf Endnutzertarife nach Art. 9 und 17 der Universaldienstrichtlinie sollten soweit wie möglich mit den Kriterien bei Zugangs-/Zusammenschaltungsentgelten abgestimmt sein; auch insoweit gibt es keinen prinzipiellen Änderungsbedarf im TKG.

e) Zur Verwirklichung der – im Hinblick auf Art. 8 der Rahmenrichtlinie anzupassenden, aber so weit wie möglich auf den Bereich der Telekommunikation bezogenen - Regulierungsziele müssen der RegTP auch geeignete, d.h. effektive Mittel zur Durchsetzung ihrer Maßnahmen und Anordnungen zur Verfügung stehen. So sollte etwa klargestellt werden, dass auf Zugangsbehinderungen auch durch das Verhängen von spürbaren Vertragsstrafen reagiert werden darf ; diese sind als „Bedingungen“ in Bezug auf „Rechtzeitigkeit“ nach Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie anzusehen. Missbräuchliches, insbesondere den Wettbewerb verzerrendes Verhalten sollte stärker als bisher auch mit (hinreichend hohen) Bußgeldern geahndet werden, in Fortschreibung von § 96 Abs. 1 TKG sollten dabei die wesentlichen Fälle missbilligten Verhaltens klar als bußgeldwürdig formuliert werden; strafrechtliche Sanktionen sollten aber allgemein als kriminell erachtetem Verhalten vorbehalten bleiben. Zu einer wirksamen Sanktionierung könnte auch eine Vorschrift führen, aufgrund der die Gewinne aus unlauterem/ordnungswidrigem Verhalten abgeschöpft werden können.

4. Änderungsbedarf im Verfahrensbereich

a) Im Konsolidierungsverfahren nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie bleiben unter den Voraussetzungen des Abs. 6 (vorläufige) Maßnahmen der RegTP ohne Beteiligung der Europäischen Kommission und der Regulierungsbehörden anderer EG-Mitgliedstaaten zulässig; insoweit muss das TKG generell (und nicht nur, wie nach § 78 TKG, im Beschlusskammerverfahren) die Regulierungsbehörde zu einstweiligen Maßnahmen ermächtigen. Auch wenn die Kommission im Konsolidierungsverfahren zur Rücknahme eines Maßnahmenentwurfs oder zu dessen Änderung auffordert, sollte die Regulierungsbehörde, wenn sie an ihrer abweichenden Auffassung festhält, die beabsichtigte Maßnahme sofort und rechtswirksam treffen dürfen. Nur auf diese Weise wird den Rechtsschutzinteressen von Unternehmen (Anbietern) und Nutzern angemessen Rechnung getragen und zudem hinreichend berücksichtigt, dass Besonderheiten auf einzelstaatlichen Märkten Beachtung verdienen. Andernfalls gehen unterschiedliche Auffassungen zwischen nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission zu Lasten der

Wirksamkeit der Regulierungsmaßnahme. Dies betrifft nicht zuletzt Regulierungsmaßnahmen nach Art. 16 ff. der Universaldienstrichtlinie.

b) Die (über)lange Dauer und die schiere Menge der nicht rechtskräftig abgeschlossenen gerichtlichen Verfahren im Telekommunikationssektor ist ein Missstand, zu dessen Behebung innovative Vorschläge zur Remedur gefragt sind, ohne dabei das Kind (mangelnde Rechts- und Planungssicherheit vor allem bei Wettbewerbern und End-Nutzern und bleibende finanzielle Nachteile bei diesen Gruppen) mit dem Bade (Reduzierung des Rechtsschutzes des Adressaten von Regulierungsmaßnahmen unter das verfassungsrechtlich durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Minimum) auszuschütten.

Ein praktikabler Weg wäre, den Instanzenweg zu verkürzen. Es reicht aus, nur noch eine Instanz beim vorläufigen Rechtsschutz und lediglich zwei (statt drei) im Hauptsacheverfahren zu haben. Ähnlich wie in Kartellsachen sollte die einem Bundesgericht unmittelbar nachgeordnete Instanz und nicht wie bisher die unterste angerufen werden. Gegen deren Entscheidung bliebe dann (nur) das Rechtsmittel der Revision.

Diese Beschleunigung – auch durch Fokussierung auf die Klärung des Inhalts der maßgeblichen Rechtsvorschriften - sollte verbunden werden mit der Einrichtung spezialisierter, im Hinblick auf die komplizierte Querschnittsmaterie Telekommunikationsrecht mit Verwaltungs- und Zivilrichtern besetzter Kammern bzw. Senate (nach dem Vorbild der Kammern/Senate für Baulandsachen nach dem BauGB), um dort den zu raschen und gleichwohl sachgerechten Entscheidungen erforderlichen Sachverstand zu konzentrieren.

Ein weiteres Mittel, um reinen Verzögerungstaktiken von Beteiligten vorzubeugen oder diese zu verhindern, könnte darin liegen, die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen sofort vollziehbare Entscheidungen der Regulierungsbehörde nicht schon praktisch unmittelbar nach Antragseingang dadurch zu bewirken, dass das Gericht die RegTP bittet, einstweilen von der Vollziehung abzusehen. Vielmehr sollte (im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes, § 80 Abs. 5 VwGO) der Suspensiveffekt der Klage oder des Antrags im Eilverfahren erst dann wieder hergestellt werden, wenn und soweit dem Rechtsbehelf durch gerichtliche Entscheidung stattgegeben wurde.

c) Echte und nicht nur vorgeschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse müssen von Regulierungsbehörden und Gerichten respektiert werden, weil sie Ausfluss des Eigentumsgrundrechtes sind. Dadurch wird jedoch die möglichst vollständige Sammlung der streiterheblichen Tatsachen als Grundlage einer „richtigen“ Entscheidung beeinträchtigt. Dieses Dilemma kann durch ein in camera-Verfahren vermieden werden, bei dem nur Behörde oder Gericht, nicht aber auch der (konkurrierende) andere Beteiligte die objektiv schützenswerten Informationen erhält. Die unlängst in § 75 a TKG und § 99 Abs. 2 VwGO getroffenen Neuregelungen stellen einen geeigneten Lösungsansatz bereit; sie sollten daher beibehalten werden, solange sich nicht zeigt, dass das gewählte Verfahren gravierende Defizite aufweist.

Arnold Picot (Vorsitzender), Juergen B. Donges (stellv. Vorsitzender), Charles B. Blankart,
Walther Busse von Colbe, Torsten J. Gerpott, Ludwig Gramlich, Herbert Kubicek,
Karl-Heinz Neumann, Peter Vary, Axel Zerdick