

Zusammenfassung

des von Prof. Dr. Holznagel (Münster) und Prof. Dr. Koenig (Bonn) erstellten

Gutachtens

„Der Begriff der wesentlichen Leistungen nach § 33 des

Telekommunikationsgesetzes“

1. Marktöffnung durch das Telekommunikationsgesetz (TKG)

Allein die Abschaffung der formalen Monopole der Deutschen Telekom AG ist noch kein Garant für funktionsfähigen Wettbewerb. Da in der Marktöffnungsphase neue Mitbewerber für ihre Endkundenprodukte auf die Vorleistungen des ehemaligen Monopolisten angewiesen sind, entstehen Konflikte. Aus dem erheblichen Eigeninteresse der Deutschen Telekom, alle Kommunikationsleistungen selbst anzubieten, folgt ein erhebliches Diskriminierungspotenzial. Das TKG trägt diesen besonderen wettbewerblichen Strukturen im Telekommunikationsbereich durch sektorspezifische Regulierung Rechnung und unterscheidet sich damit vom allgemeinen Wettbewerbsrecht. Während die Regulierung im Telekommunikationssektor dazu dient, unter den Nachwirkungen eines Monopols Wettbewerbsbedingungen erstmals zu schaffen, dient das allgemeine Wettbewerbsrecht der Erhaltung bereits vorhandener Bedingungen. Mit anderen Worten: Das Telekommunikationsrecht ist progressiv, das Wettbewerbsrecht konservativ.

Der Paragraph 33 TKG stellt das Kernstück der Regulierungsvorschriften dar. Er verpflichtet einen marktbeherrschenden Anbieter dazu, Wettbewerbern den diskriminierungsfreien Zugang zu seinen intern genutzten wesentlichen Leistungen zu verschaffen. Die Auslegung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG gehört zu den umstrittensten Fragen des deutschen Telekommunikationsrechts. Für die Wettbewerbsöffnung im Telekommunikationssektor entscheidende Einzelfälle, wie der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung oder das Inkasso und die Fakturierung für Call-by-Call-Dienstleistungen sind durch die verschiedenen Interpretationsansätze zum Begriff der „wesentlichen Leistung“ geprägt.

2. Bisherige Rechtspraxis

Im Rahmen der Auseinandersetzung um den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung waren die Verwaltungsgerichte schon früh mit der Frage befasst, wie der Begriff der Wesentlichkeit auszulegen ist.

Von der Rechtsprechung werden solche Leistungen als wesentlich angesehen, die für den Wettbewerber unverzichtbar sind, um seine eigenen Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen. Diese Unverzichtbarkeit soll nicht im Hinblick auf konkrete Einzelfälle, sondern objektiv und abstrakt bestimmt werden. Die Frage, ob sich ein Nachfrager auf anderweitige Beschaffungsmöglichkeiten oder gar auf alternative Produkte verweisen lassen muss, wurde von der Rechtsprechung bislang noch nicht eindeutig beantwortet.

In der telekommunikationsrechtlichen Literatur finden sich Auslegungsansätze, welche die Wesentlichkeit einer nachgefragten Leistung davon abhängig machen wollen, ob der konkrete oder ein durchschnittlicher Wettbewerber in der Lage wäre, die Leistung selbst zu erbringen oder anderweitig zu beziehen. Dies geht hin bis zu Extrempositionen, nach denen eine nachgefragte Leistung nur dann als wesentlich anzusehen ist, wenn die Einrichtung, mittels derer diese Leistung erbracht wird, nicht unter Einsatz angemessener Mittel reproduziert werden kann („bottleneck-Regulierung“ in Anlehnung an die sog. „Essential Facilities-Doktrin“ des US-amerikanischen Kartellrechts).

Gemeinsam ist diesen Auslegungsansätzen, dass die Substituierbarkeit der nachgefragten Leistung als relevantes Kriterium zur Versagung eines Zugangsanspruchs betrachtet werden.

3. Ergebnisse des Gutachtens

Das Gutachten belegt demgegenüber, dass eine solche Beschränkung von Zugangsansprüchen dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen ist, sondern ihrem Zweck zuwiderläuft. Das Gesetz geht davon aus, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen einen überlegenen Zugriff auf Vorleistungen besitzt und stellt die Verpflichtung zu diskriminierungsfreiem Zugang auch zu intern genutzten Leistungen in den Vordergrund der Norm. Die Frage, ob Wettbewerber auf diese Leistungen des Marktbeherrschers zurückgreifen, die Leistungen selbst erbringen oder sich der Angebote Dritter bedienen, bleibt der Entscheidung des Wettbewerbers und damit dem Markt überlassen.

Die Wesentlichkeit einer Leistung ist somit im Hinblick auf das vom Nachfrager angebotene Konkurrenzprodukt zu bestimmen. Wesentliche Leistungen sind sämtliche vom Marktbeherrscher intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen, die als Vorprodukt für die vom Wettbewerber angebotene TK-Dienstleistung spezifisch sind, die also bei objektiver Betrachtungsweise benötigt werden, um das mit den Produkten des Marktbeherrschers konkurrierende Endprodukt anzubieten.

Für die Rechtsanwendung im Einzelfall hat dies zur Folge, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Wettbewerber nicht mit dem Hinweis auf eine anderweitige Beschaffungsmöglichkeit für die nachgefragte Leistung abweisen kann.

4. Konsequenzen für die Regulierungspraxis

Der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) ist nach dem Gutachten eine telekommunikationsspezifische Leistung, die im Sinne des § 33 TKG als wesentlich gilt. Ein marktbeherrschendes Unternehmen ist demnach verpflichtet, seinen Wettbewerbern diskriminierungsfreien Zugang zur TAL zu gewähren, diese also so zur Verfügung zu stellen, wie es sie selbst intern nutzt. Die Existenz alternativer Anslusstechnologien für die letzte Meile, wie bspw. der Wireless Local Loop oder Powerline-Technologien, schränkt diese Verpflichtung nicht ein.

Dieses Ergebnis stimmt auch mit der jüngst in Kraft getretenen EG-Verordnung über den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung überein.

Die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Bereitstellung der wesentlichen Leistungen erstreckt sich nach den Ergebnissen des Gutachtens des Weiteren auf die Nebenbedingungen der Leistungsbereitstellung. Dies umfasst u. a. die Kollokation, d. h. den Zugang zu den technischen Einrichtungen des Marktbeherrschers, welcher die Nutzung der nachgefragten Leistung erst ermöglicht.

Für die einstweilen entschiedene Frage des Inkassos und der Fakturierung von Call-by-Call-Angeboten durch die Deutsche Telekom AG kommt das Gutachten zu dem Ergebnis, dass diese primär dem Bereich der Zusammenschaltungsvereinbarung nach § 37 TKG zuzuordnen und nur sekundär unter dem Aspekt des Zugangs zu wesentlichen Leistungen zu betrachten ist. Dies steht in Einklang mit der Rechtsansicht der zuständigen Beschlusskammer der RegTP.

Wird die Frage allerdings im Hinblick auf § 33 TKG betrachtet, ist lediglich die Fakturierung eine wesentliche Leistung im Sinne der Norm, da die Rechnungserstellung durch den Anbieter des Netzzugangs ein Spezifikum der Telekommunikationsmärkte ist. Für die Rechnungsstellung bedarf es der Auswertung von Datensätzen, die unmittelbar an einer Netzkomponente, nämlich den Vermittlungsstellen anfallen. Insofern ist die Leistung telekommunikationsspezifisch, während der Forderungseinzug sich nicht vom Inkasso im allgemeinen Wirtschaftsleben unterscheidet.

Anlage: Normtext des § 33 TKG

Besondere Missbrauchsaufsicht

(1) Ein Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügt, hat Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen am Markt angebotenen Leistungen, soweit sie wesentlich sind, zu den Bedingungen zu ermöglichen, die er sich selbst bei der Nutzung dieser Leistungen für die Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen einräumt, es sei denn, dass die Einräumung ungünstigerer Bedingungen, insbesondere die Auferlegung von Beschränkungen, sachlich gerechtfertigt ist. Er darf insbesondere den Zugang nur insoweit beschränken, als dies den grundlegenden Anforderungen im Sinne des Artikels 3 Abs. 2 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP) (ABl. EG Nr. L 192 S. 1) entspricht. Dabei ist den Wettbewerbern anzugeben, welche der grundlegenden Anforderungen einer Beschränkung im Einzelfall zugrunde liegt.

(2) Die Regulierungsbehörde kann einem Anbieter, der gegen Absatz 1 verstößt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären, soweit dieser Anbieter seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt. Zuvor fordert die Regulierungsbehörde die Beteiligten auf, den beanstandeten Missbrauch abzustellen. Ein Missbrauch wird vermutet, wenn ein Anbieter, der auf dem jeweiligen Markt über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügt, sich selbst den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen ermöglicht, als er sie den Wettbewerbern bei der Nutzung dieser Leistungen für ihre Dienstleistungsangebote einräumt, es sei denn, der Anbieter weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen, insbesondere die Auferlegung von Beschränkungen, sachlich rechtfertigen.

(3) Soweit ein Anbieter nach Absatz 1 Satz 1 mit anderen Unternehmen ein einheitliches Unternehmen bildet, stehen der Regulierungsbehörde die Befugnisse nach Absatz 2 gegenüber jedem dieser Unternehmen zu. Ein einheitliches Unternehmen wird durch jede Verbindung von Unternehmen im Sinne des §36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen.



Prof. Dr. iur. Christian KOENIG LL.M

Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn.



Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL. M.

Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM)
Öffentlich-rechtliche Abteilung