

Telekommunikationsrecht

Inhaltsübersicht

	Seite
A) Begriff der Telekommunikation.....	4
B) Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen des Telekommunikationsrechts	7
I. Ursprünge der Liberalisierungstendenzen	7
II. Liberalisierungsschritte	9
III. Harmonisierungsschritte	11
IV. Der neue Regelungsrahmen	11
C) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Telekommunikationsrechts	13
I. Paradigmenwechsel im Telekommunikationsverfassungsrecht: Von der Gemeinwirtschaftlichkeit zur Privatwirtschaftlichkeit (historischer Verlauf der Reform) .	13
II. Grundstrukturen des Telekommunikationsverfassungsrechts: Von der Leistungs- zur Gewährleistungs- und Kontrollverantwortlichkeit.....	16
D) Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post	18
I. Organisation der Regulierungsbehörde	18
II. Aufgaben der Regulierungsbehörde	20
E) Einfachgesetzlicher Regelungsrahmen (Telekommunikationsgesetz)	20
I. Allgemeines zum TKG	20
1. Aufbau des TKG	20
2. Ziele des Telekommunikationsgesetzes	22
3. Verhältnis des Telekommunikationsgesetzes zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	23
II. Beschränkungen des Marktzutritts: Anzeige- und Lizenzpflicht, Verfahren der Lizenzvergabe	24
1. Anzeigepflicht (§ 4 TKG)	25
2. Lizenzpflicht (§§ 6 ff. TKG)	25
3. Verfahren der Lizenzvergabe	28
a) Allgemeines zur Lizenzerteilung	28
b) Lizenzvergabeverfahren bei Frequenzknappheit: Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren	29
III. Gewährleistung von Universaldienst (§§ 17-22 TKG)	30
1. Grundzüge zum Universaldienst	30
2. Verfahren zur Gewährleistung von Universaldiensten	31

IV. Entgeltregulierung.....	33
1. Regelungsmaßstäbe.....	33
2. Regulierungsverfahren	34
V. Offener Netzzugang und Zusammenschaltungen.....	36
1. Besondere Mißbrauchsaufsicht (§ 33 TKG)	36
2. Gewährung des Netzzugangs nach § 35 TKG	39
3. Zusammenschaltung nach §§ 36 f. TKG.....	43
VI. Frequenzverwaltung.....	44
1. Frequenzbereichszuweisung	44
2. Frequenznutzung	46
3. Frequenzzuteilung	46
VII. Wegerechte	47
VIII. Kundenschutz	48
IX. Numerierung und Nummernverwaltung	48

Skript zum Telekommunikationsrecht

A) Begriff der Telekommunikation

Ein einheitlicher *Begriff der Telekommunikation* besteht nicht. Vielmehr finden sich in den wissenschaftlichen Disziplinen unterschiedliche Begriffsbestimmungen. Im gegebenen Zusammenhang geht es allein um die Telekommunikation als *Rechtsbegriff*. Während sich im primären Gemeinschaftsrecht der Begriff der Telekommunikation nicht findet und die Gemeinschaft deshalb bei der Bestimmung des Politik- und Regelungsfeldes Telekommunikation im wesentlichen freie Hand besitzt, ist die Begriffsbestimmung auf nationaler Ebene keine Frage politischer Zweckmäßigkeit. Vielmehr verwendet die *Verfassung* den Begriff der Telekommunikation (vgl. Art. 73 Nr. 7, Art. 80 Abs. 2, Art. 87 f GG); sie liefert demnach auch die maßgeblichen Direktiven für die Konturierung dieses Rechtsbegriffs. Der Begriff der Telekommunikation ist dabei an die Stelle des *ursprünglichen Begriffs des Fernmeldewesens* getreten, ohne daß insoweit eine sachliche Änderung erfolgte.

Der *Begriff des Fernmeldewesens* im Sinne des Art. 73 Nr. 7 GG a.F. wurde vom *Bundesverfassungsgericht* in *drei Entscheidungen* verbindlich beschrieben.¹

Bereits im *1. Fernsehurteil* hatte sich das Gericht mit dem *Begriff des Fernmeldewesens* zu beschäftigen. Es ging davon aus, daß nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Fernmeldewesen ein technischer, am Vorgang der Übermittlung von Signalen orientierter Begriff sei. Zum Fernmeldewesen gehörten allein die technischen Vorgänge des Sendens von Informationsinhalten.² Dazu zählten sämtliche Regelungen, die für einen geordneten Ablauf des Betriebs von fernmeldetechnischen Sendern und des Empfangs ihrer Sendungen unerlässlich sind.³ Bezogen auf die technischen Verhältnisse im Rundfunkbereich stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß das Fernmeldewesen erst mit der Übermittlung der sendefertigen Ton- und Bildsignale vom Rundfunkstudio zu einem oder mehreren Sendern beginne, so daß die sogenannte Studioteknik von diesem Begriff nicht erfaßt sei.⁴

In dem *Gebührenbeschluß*⁵ greift das Gericht diese Auslegung des Begriffs des Fernmeldewesens auf und erstreckt ihn auf den Bereich der Individualkommunikation, also auf die fernmeldetechnische Übermittlung von Nachrichten an einen Empfänger.⁶

Die sogenannte *Direktrufentscheidung*⁷ betraf die Datenfernverarbeitung, also eine Form der fernmeldetechnischen Übermittlung von einem Sender an einen Empfänger, mithin Telekommunikation in Form der Individualkommunikation. Das Gericht präzisierte seine im *1. Fernsehurteil* gemachten Ausführungen dahin, daß zum Begriff des Fernmeldewesens die Fernmeldeanlagen gehörten, für welche die körperliche Übermittlung von Nachrichten in einer Weise wesentlich sei, daß die ausgesandten Zeichen am Empfangsort wiedererzeugt würden.⁸ Die Reichweite des Begriffs Fernmeldewesen beschränke sich nicht auf die Übertra-

¹ Vgl. *Windthorst*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, Berlin 2000, S. 49 ff.; *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, Berlin 1996, S. 39 ff.

² BVerfGE 12, 205 [226 und 227].

³ BVerfGE 12, 205 [227].

⁴ BVerfGE 12, 205 [227].

⁵ BVerfGE 28, 66 ff.

⁶ *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, Baden-Baden 1985, S. 613; *Windthorst*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, Berlin 2000, S. 50.

⁷ BVerfGE 46, 120 ff.

⁸ BVerfGE 46, 120 [139 und 143].

gungswege einschließlich des Leitungsabschlusses, also auf den unmittelbaren Netzbereich, sondern erstrecke sich auf diejenigen Einrichtungen, welche die Übertragung erst ermöglichen.⁹ Zugleich hat es unter ausdrücklichem Hinweis auf seine Ausführungen im 1. Fernsurteil bezweifelt, ob auch eine über die bloße Vermittlungsfunktion hinausgehende Datenfernverarbeitung vom Begriff des Fernmeldewesens erfaßt werde.¹⁰

Ähnlich hat das **Bundesverwaltungsgericht** in seiner **Breitbandverkabelungsentscheidung** zum Anwendungsbereich des Telegraphenwegegesetzes entschieden.¹¹ Danach erstreckt sich das Fernmeldewesen auf das gesamte Gebiet der Telekommunikation, das heißt auf die technische Seite des Übermittlungsvorgangs, wobei es weder darauf ankomme, ob es sich um Individual- oder um Massenkommunikation handelt, noch, ob die Übermittlung mittels Leitungen oder durch Funk erfolgt.¹²

Weitere Entscheidungen, die den Begriff des Fernmeldewesens betreffen und ihm die notwendigen Konturen verleihen, liegen nicht vor. Sofern man bei der Suche überhaupt fündig wird, stellen die Entscheidungen entweder darauf ab, daß sich der Inhalt des Begriffs Fernmeldewesen hinreichend deutlich aus der historischen Entwicklung und dem allgemeinen Sprachgebrauch ergebe,¹³ oder aber die Judikate erwähnen die gegenständliche Reichweite des Fernmeldewesens nur am Rande.¹⁴

Unternimmt man den Versuch, die dargelegte höchstrichterliche Rechtsprechung zur **Reichweite des Art. 73 Nr. 7 GG** in ihren Kernaussagen zusammenzufassen, so lassen sich folgende Eckpunkte benennen: Fernmeldewesen ist ein technischer, auf den Vorgang der Übermittlung von Signalen bezogener Begriff. Der durch Art. 73 Nr. 7 GG umgrenzte Gegenstandsbereich erfaßt daher alle für einen geordneten Ablauf der Übermittlung und des Empfangs von Sendesignalen erforderlichen Regelungen. Kurzum: Fernmeldewesen ist die körperlose Nachrichtenübertragung. Kraft dieser auf die Transportfunktion begrenzten Bedeutung des Fernmeldewesens besitzen Telekommunikationseinrichtungen gegenüber dem Rundfunk eine untergeordnete, dienende Funktion.



Der vormalige **Begriff des Fernmeldewesens** wurde im Zuge der Verfassungsänderung aus dem Jahre 1994 **durch den Begriff der Telekommunikation ersetzt**. Dieser Austausch der Begrifflichkeiten erfolgte mit Blick auf die international gebräuchliche Terminologie, ohne daß damit eine sachliche Änderung erfolgt ist.¹⁵ Der Begriff der Telekommunikation, der im

⁹ BVerfGE 46, 120 [144].

¹⁰ BVerfGE 46, 120 [151 f.].

¹¹ BVerwGE 77, 128 ff.

¹² BVerwGE 77, 128 [131].

¹³ Vgl. BVerfGE 28, 66 [85] unter Bezugnahme auf BVerfGE 12, 205 [226 f.]; BVerwGE 28, 36 [45].

¹⁴ So BVerfGE 78, 374 [386], wonach die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei der Übermittlung von Nachrichten kraft der kompetenziellen Zuordnungskategorie des notwendigen Sachzusammenhangs zum Sachgebiet des Fernmeldewesens gehöre; hierzu *Köbele*, Fernmeldewesen und Telematik in ihrer rechtlichen Wechselwirkung, Berlin 1991, S. 236; siehe auch BVerfGE 85, 386 [400 ff., 402 ff.], wonach - stillschweigend, ohne weitere Erörterung der kompetenziellen Problematik - dem Bundesgesetzgeber die verfassungsrechtliche Verpflichtung auferlegt wird, die zum Zwecke der Abwehr mißbräuchlicher Inanspruchnahme von Telekommunikationseinrichtungen erforderlichen Regelungen zu erlassen, um auf diese Weise den notwendigen grundrechtlichen Schutz der Opfer bedrohender oder belästigender anonymer Anrufer zu gewährleisten.

¹⁵ Deutlich BT-Drs. 12/7269, S. 4; vgl. statt aller *Engels*, ZUM 1997, 106 [108 Fn. 16]; *Lerche*, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band IV, Art. 70 – 91b, München Oktober 1999, Art. 87 f, Rn. 49; *Pieroth*, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München 2000, Art. 73, Rn. 17; Röger, ZRP 1997, 203 [204 f.]; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München 1999, Art. 87 f, Rn. 6; *Weisser*, ZUM 1997, 877 [885 Fn. 77]; *Gersdorf*, Regelungskompetenzen bei der Bele-

Grundgesetz in Art. 73 Nr. 7 und Art. 87 f GG auftaucht, entspricht demnach dem Begriffsbild des Fernmeldewesens, das namentlich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine nähere Konturierung erfahren hat.

Der **Begriff der Telekommunikation** ist demnach dem rein technischen Vorgang der körperlosen Nachrichtenübermittlung verhaftet. An diesem rein technischen Verständnis des Begriffs Telekommunikation (vormals: Fernmeldewesen) hat sich durch die Verfassungsreform im Jahre 1994 nichts geändert. Demgegenüber wird im Schrifttum teilweise der Versuch unternommen, die Telekommunikation aus seinem der Technik verhafteten Begriffskern herauszulösen und um weitere, inhaltsbezogene Bedeutungsschichten anzureichern. So unterwirft etwa *M. Bullinger* den Bereich der Mediendienste (Dienste der Informationsgesellschaft) allein Art. 87 f GG und dessen verfassungsrechtlichen Ordnungsprinzipien. Er sucht, das Bild eines Konkurrenzverhältnisses zwischen der Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einerseits und dem Telekommunikationsbereich des Art. 87 f GG andererseits zu zeichnen. So soll Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nach seiner Auffassung für den Rundfunk Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG verdrängen,¹⁶ und umgekehrt sollen Nicht-Rundfunkdienste, also die Mediendienste (Dienste der Informationsgesellschaft), der privatwirtschaftlichen Ordnung der Telekommunikation nach Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG unterstellt werden.¹⁷ Hierbei wird übersehen, daß Art. 87 f GG selbstverständlich auch auf den Rundfunk anwendbar ist. Diese Vorschrift betrifft indes allein den technischen Vorgang der Signalübermittlung des Rundfunks und erfaßt ebensowenig wie Art. 73 Nr. 7 GG die Inhalte, die über Telekommunikationswege transportiert werden. Art. 73 Nr. 7 und Art. 87 f GG sind strikt von den Sendeinhalten abzugrenzen,¹⁸ wobei gänzlich unerheblich ist, ob es sich insoweit um Rundfunk oder um Nicht-Rundfunkdienste handelt. Die Gegenansicht beruht implizit auf der Annahme, daß die Begriffe der Telekommunikation und des Fernmeldewesens auseinanderfallen und dem Bund im Zuge der Verfassungsreform im Jahre 1994 zusätzliche, die Sendeinhalte betreffende Kompetenzen zugewachsen sind; eine Prämisse, die nicht verifizierbar ist, weil der Begriff der Telekommunikation nur mit Blick auf die international übliche Terminologie an die Stelle des vormaligen Fernmeldewesens getreten ist, ohne daß es insoweit zu einer sachlicher Änderung kam.¹⁹ Das bedeutet: Die in Art. 87 f GG erfaßten Telekommunikationsdienstleistungen sind Dienstleistungen **der** Telekommunikation, nicht aber Dienstleistungen **durch/mittels** Telekommunikation.²⁰



Resümierend kann festgehalten werden, daß der **Begriff der Telekommunikation** im deutschen Recht entscheidend **durch** das **Verfassungsrecht geprägt** ist. Danach betrifft die Telekommunikation wie früher das Fernmeldewesen allein den rein technischen Vorgang der Signalübermittlung. Unter Telekommunikation ist die körperlose Nachrichtenübertragung zu verstehen. Das Telekommunikationsrecht ist demnach rein **technikbezogen**. Die Regelung der durch Telekommunikation übermittelten Inhalte ist hingegen Gegenstand des inhaltsbezogenen Medienrechts.

gung digitaler Kabelnetze, Berlin 1996, S. 38 f.; *dens.*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, Berlin 1998, S. 51.

¹⁶ So *Bullinger / Mestmäcker*, Multimediadienste, Struktur und staatliche Aufgaben nach deutschem und europäischem Recht, Baden-Baden 1997, S. 80.

¹⁷ *Bullinger / Mestmäcker*, (Fn. 16), S. 81; vgl. bereits *Bullinger*, AfP 1996, 1 [4]; *dens.*, JZ 1996, 385 [389 f.]; ähnlich *Ernst*, NJW-CoR 1997, 224 [226].

¹⁸ Deutlich auch *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 51 f. mit Fn. 43 und Rn. 74.

¹⁹ Vgl. nochmals die Nachweise in Fn. 15.

²⁰ Zutreffend *Windthorst*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, Berlin 2000, S. 107 f., 263 ff.

Kurzum: Das Telekommunikationsrecht ist technikbezogen, das Medienrecht inhaltsbezogen. Beide Rechtsbereiche werden von der Sammelkategorie des Kommunikationsrechts erfaßt. Das Kommunikationsrecht bildet den Oberbegriff für das Telekommunikations- und Medienrecht; es betrifft darüber hinaus aber auch das individuellkommunikative Informationsrecht.

Als *Beispiele* zu den aus der Unterscheidung resultierenden *Abgrenzungsschwierigkeiten* zwischen Dienstleistungen der oder mittels Telekommunikation sind das Erbringen von Dienstleistungen durch einen Internetprovider, das Angebot von E-Mail-Diensten oder auch der Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen durch sogenannte „Reseller“ (Wiederverkäufer) zu erwähnen.²¹

Folge der Abgrenzung sind z.B. auch Probleme hinsichtlich der Notwendigkeit und des Umfangs möglicher Entgeltregulierung²² nach dem TKG bei möglichen *Komplettangeboten* von Dienstleistungen (Angebot von Inhalten und von Telekommunikationsdienstleistungen bei monatlichem Nutzungsentgelt – beispielsweise Bereitstellung eines Breitbandkabelanschlusses mit im Komplettpreis enthaltener Übertragung von Rundfunkprogrammen und Abrufdiensten durch den Kabelnetzbetreiber). Dabei ist bei der künftigen Praxis der Regulierungsbehörde in Bezug auf die Regulierung nach dem TKG eine geeignete Abgrenzung und wohl eine erforderliche Trennung der Entgelte zu gewährleisten.

B) Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen des Telekommunikationsrechts

Der *Anstoß* für die *Liberalisierung des Telekommunikationsbereichs* in der Bundesrepublik Deutschland erfolgte in erster Linie *durch* die *Europäische Gemeinschaft*.

I. Ursprünge der Liberalisierungstendenzen

Die Liberalisierungspolitik der Gemeinschaft geht zurück auf die Anfänge der 80er Jahre. In sämtlichen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft wurde damals die Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen als Aufgabe staatlicher Daseinsvorsorge verstanden. Dieser Bereich wurde der Kategorie der ausschließlichen Staatsaufgabe zugeschrieben, so daß dieses Tätigkeitsfeld dem Wettbewerb entweder überhaupt nicht oder nur in äußerst begrenztem Umfang zugänglich gemacht werden konnte. Dementsprechend lag die Leistungserbringung in den Händen staatlicher Fernmeldeorganisationen, die mit entsprechenden Monopolrechten ausgestattet waren.

Die Einräumung von Monopolrechten wurde mit mehreren Argumenten gerechtfertigt. Zum einen betrachtete man das Telekommunikationsnetz als ein natürliches Monopol; ein Wettbewerb auf der Ebene der Netze und der technischen Infrastrukturen war seinerzeit nicht vorstellbar. Und zum anderen hielt man eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung, und zwar zu den gleichen Bedingungen ohne Rücksicht auf die topographische Lage des einzelnen Fernsprechteilnehmers (Tarifeinheit), nur bei einer Übertragung ausschließlicher Rechte auf eine staatliche Fernmeldeorganisation für gewährleistet.²³ Man wollte durch die Übertragung von Monopolrechten der Gefahr einer „Rosinenpickerei“ durch Private vorbeugen, die den – politisch festgelegten – Zielen der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung und der Tarifeinheitlichkeit zu widerstreiten schien.

²¹ Vgl. dazu *Schuster*, in: Büchner u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, § 4 Rn. 4 b-d.

²² Zur Entgeltregulierung im Abschnitt E) unter IV.

²³ Vgl. statt vieler *Hallenga*, ArchivPT 1996, 239 [239 f.].

Der rasante Fortschritt in der Telekommunikationstechnik, namentlich in der Mikroelektronik, und die vehement wachsende Bedeutung des Telekommunikationssektors für moderne Volkswirtschaften ließen den Liberalisierungsdruck in diesem Wirtschaftsfeld immer stärker werden. Hierbei stand die Einsicht im Vordergrund, daß die Telekommunikation das gesamte Wirtschaftsleben und die gesellschaftlichen Abläufe zunehmend bestimmen wird. Eingedenk des Umstandes, daß der Erfolg moderner Volkswirtschaften maßgeblich von einer funktionsfähigen Telekommunikation abhängig ist, wuchs die Erkenntnis, daß staatliche Verwaltungsmonopole den herausragenden Anforderungen moderner Volkswirtschaften nicht zu entsprechen in der Lage sind. Die Europäische Kommission ging davon aus, daß gegen Ende des letzten Jahrzehnts 7% des Bruttosozialprodukts in der Gemeinschaft direkt vom Telekommunikationssektor abhängig sein würden.²⁴ Ausweislich mehrerer von ihr im Jahre 1992 durchgeführten Studien wäre bei Beibehaltung der Telekommunikationsmonopole ein nur halb so großes Wirtschaftswachstum möglich gewesen. Vor diesem sozio-ökonomischen Hintergrund ist es zu verstehen, daß die Europäische Gemeinschaft bereits frühzeitig auf die Notwendigkeit einer Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes in den Mitgliedstaaten hingewiesen hat.²⁵

Maßgebliche Leitlinie für die spätere Politik der Gemeinschaft auf dem Sektor der Telekommunikation war das „**Grünbuch** über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte“²⁶ aus dem **Jahre 1987**. In diesem Grünbuch wurde das Ziel festgelegt, die staatlichen Telekommunikationsmonopole in den Mitgliedstaaten Schritt für Schritt aufzulösen. Im Hinblick auf die angestrebte Marktöffnung wurde im Grünbuch zwischen **drei Bereichen** differenziert:

nämlich den **Endgeräten**, den **Diensten** und den **Netzen**.

Alle drei Bereiche sollten, wenngleich in unterschiedlichem Tempo, vollständig liberalisiert werden.

Seit der Veröffentlichung dieses Grünbuchs sind vier wesentliche Regelungsziele durch die Politik der Kommission im Telekommunikationssektor verfolgt worden:

- **Liberalisierung** durch schrittweise Aufhebung besonderer und ausschließlicher Rechte im Telekommunikationssektor;
- **Harmonisierung** durch Angleichung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Errichtung von Telekommunikationsnetzen und die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen einschließlich des Sprachtelefondienstes;
- **Gewährleistung eines fairen und chancengleichen Wettbewerbs** durch Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln.
- Neben diesen drei Eckpfeilern der europäischen Telekommunikationspolitik steht durchgehend auch die **Gewährleistung von Universaldienstleistungen** als ein weiteres Ziel im Mittelpunkt der Regulierung.

Ihre Befugnis zur Regulierung des Telekommunikationssektors leitet die Europäische Kommission aus ihren wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen aus Art. 81-86 (ex-Art. 85-90) des EG-Vertrages ab. Aufgrund der von Art. 86 Abs. 3 EGV eingeräumten Befugnis zum Erlaß

²⁴ Vgl. Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 33.

²⁵ Vgl. hierzu *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 25 m.w.N. in Fn. 45.

²⁶ KOM (87) 290, vom 30.06.1987.

von Richtlinien hat die Europäische Kommission seit 1988 zahlreiche Liberalisierungsrichtlinien an die Mitgliedsstaaten gerichtet. Anknüpfungspunkt waren die den nationalen Monopolunternehmen gewährten „besonderen und ausschließlichen“ Rechte auf dem Telekommunikationsmarkt. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1991²⁷ billigte der EuGH diese zuvor von einigen Mitgliedsstaaten in Zweifel gezogene, auf Art. 86 EGV gestützte Vorgehensweise der Kommission. Zusätzlich hat die Kommission von Beginn stets darauf hingewiesen, daß daneben auch eine Zuständigkeit zur Anwendung der ex-post wirkenden allgemeinen Wettbewerbsregeln der Art. 81, 82 EGV besteht.²⁸

Der europäische Rat und das Parlament stützen sich für ihre Harmonisierungsmaßnahmen auf Art. 95 (ex-Art. 100 a) EGV, der zu Maßnahmen ermächtigt, die durch Angleichung nationaler Regulierung den Binnenmarkt verwirklichen. Unter Berufung auf diese Vorschrift erließen der Rat und das Europäische Parlament parallel zu den Liberalisierungsmaßnahmen der Kommission ab 1990 mehrere Harmonisierungsrichtlinien.

II. Liberalisierungsschritte

In Konkretisierung dieses im Grünbuch umrissenen Liberalisierungsprogramms wurde im Jahre **1988 zunächst der *Endgerätemarkt liberalisiert***. Die ***Endgeräte Richtlinie***²⁹ zielte auf die Aufhebung der Monopolrechte für den Verkauf und den Betrieb von Telekommunikationsendgeräten.

Einen weiteren Meilenstein in Richtung der Liberalisierung des Telekommunikationssektors bildete die ***Diensterichtlinie*** der Kommission.³⁰ In der Diensterichtlinie wurde der Monopolbereich auf den Sprachtelefondienst³¹ und (wohl) auch auf die Netze³² beschränkt. Gleichzeitig wurde der Begriff des Sprachtelefondienstes definiert.³³ Diese Begriffsbestimmung wurde auch vom Telekommunikationsgesetz übernommen (vgl. § 3 Nr. 15 TKG). Die Diensterichtlinie wurde in der Folgezeit durch eine Vielzahl von ***Änderungs- und Ergänzungsrichtlinien*** umgestaltet. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang vor allem die Kabelrichtlinie aus dem Jahre 1995.³⁴ Hierdurch wurden die Fernseekabelnetze für sämtliche Telekommunikati-

²⁷ EuGH Rs. C-202/88, Telekommunikations-Endgeräte, Slg. 1991, I-1223

²⁸ Erstmals betont in: Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, ABl. C 265 vom 22.8.1998, S.2.

²⁹ Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16.05.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsendgeräte, ABl. L 131 vom 27.05.1988, S. 73; hierzu EuGH EuZW 1991, 345; *Jansen*, NJW 1991, 3062; ergänzt wurde die Endgeräte Richtlinie durch die Richtlinie 91/263/EWG des Rates vom 29.04.1991 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Telekommunikationseinrichtungen einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität, ABl. L 128 vom 23.05.1991, S. 1.

³⁰ Richtlinie der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10.

³¹ *Schuster*, (Fn. 21), § 1, Rn. 8.

³² Nach Art. 2 Abs. 1 der Diensterichtlinie gewährleisten die Mitgliedstaaten zwar die „Beseitigung der besonderen und ausschließlichen Rechte bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen mit Ausnahme des Sprach-Telefondienstes“. Art. 4 Abs. 1 der Diensterichtlinie impliziert hingegen die Berechtigung der Mitgliedstaaten auf Beibehaltung des Netzmonopols; denn nach dieser Vorschrift sind die Mitgliedstaaten, „die für die Errichtung und Nutzung der öffentlichen Netze die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte aufrechterhalten“, verpflichtet, einen chancengleichen Netzzugang zu garantieren.

³³ Vgl. Art. 1, 7. Spiegelstrich der Diensterichtlinie.

³⁴ Richtlinie 95/51/EG der Kommission vom 18.10.1995 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehnetzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABl. L 256 vom 26.10.1995, S. 49.

onsdienste mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes geöffnet. Die Mitgliedstaaten haben dafür Sorge zu tragen, daß der chancengleiche Zugang sämtlicher Diensteanbieter zum breitbandigen Kabelnetz sichergestellt ist. Geändert wurde die Diensterichtlinie mit der Richtlinie zur rechtlichen Separierung des breitbandigen Kabelnetzes von 1999.³⁵ Durch diese Richtlinie sollte der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Netzen gestärkt werden, um auf diese Weise die Wettbewerbskonstellation auch bei den Diensten zu verbessern. Offenbar mit Rücksicht auf den gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Satz 3 EGV) ging die Kommission nicht so weit, die zwangsweise Trennung der doppelten Eigentümerschaft von schmalbandigem und breitbandigem Telekommunikationsnetz vorzuschreiben. Sie entschied sich für die weniger einschneidende Maßnahme der schlichten rechtlichen Trennung, also für eine Übertragung des Betriebs des breitbandigen Kabelnetzes auf eine 100%ige Tochtergesellschaft.³⁶ Allerdings behielt sich die Kommission weiterreichende Maßnahmen im Einzelfall ausdrücklich vor.³⁷

Vor diesem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund war die vor einigen Jahren begonnene Regionalisierungspolitik der Deutschen Telekom AG zu verstehen. Inzwischen ist es nur teilweise zu einer Entflechtung durch Verkauf der regionalen Kabelgesellschaften gekommen (z.B. „ish“ in Nordrhein-Westfalen). Zu einem flächendeckenden Verkauf der entstandenen regionalen Kabelgesellschaften der Telekom kam es bisher nicht, da das Bundeskartellamt den Verkauf von sechs Regionalgesellschaften an die amerikanische Liberty Media Gruppe untersagte³⁸. Es wird aber auch weiterhin sorgsam darauf zu achten sein, daß das breitbandige Kommunikationsnetz auch realiter für sämtliche Dienstformen geöffnet ist. Dieses Petitum bezieht sich in erster Linie auf den Sprachtelefondienst, da nur bei bestehenden Ausweichmöglichkeiten der mit der Deutschen Telekom AG konkurrierenden Telefonanbieter der dringend erforderliche Wettbewerb auch auf der Ortsebene an Dynamik gewinnen kann.

Die endgültige Liberalisierung des Sprachtelefondienstes und der Telekommunikationsinfrastrukturen wurde durch die **Wettbewerbs-Richtlinie 96/19/EG** eingeleitet.³⁹ Durch die Vorschriften dieser Richtlinie wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, die verbleibenden Monopolrechte für die Erbringung des Sprachtelefondienstes und für die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen sowie für die Telefonverzeichnisse und Auskunftsdienste zum 1.1.1998 aufzuheben. Für die meisten Mitgliedsstaaten konnte das Ziel vollständiger Marktöffnung auch tatsächlich zu diesem Zeitpunkt realisiert werden. Zum 31.12.2000 wurde mit dem griechischen schließlich auch der letzte nicht vollständig liberalisierte Telekommunikationsmarkt in der Europäischen Union für den Wettbewerb geöffnet.

³⁵ Richtlinie 99/64/EG der Kommission vom 23.06.1999 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG im Hinblick auf die Organisation ein und demselben Betreiber gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehtetze in rechtlich getrennten Einheiten, ABl. L 175 vom 10.07.1999, S. 39; vgl. hierzu *Bartosch*, K&R 1998, 339 ff.; *Es-ser-Wellié / Hufnagel*, AfP 1998, 174 [176 f.].

³⁶ Vgl. den 11. Erwägungsgrund der Richtlinie.

³⁷ Vgl. den 12. Erwägungsgrund der Richtlinie: „Die Einzelfallentscheidungen können Maßnahmen beinhalten, wie etwa Einräumung der Möglichkeit einer Beteiligung Dritter an dem Kabelnetz oder die Veräußerung des gesamten Kabelgeschäfts.“

³⁸ Beschluß des der 7. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes B 7 – 168/01 vom 22.2.2002, im Internet abrufbar unter < <http://www.bundeskartellamt.de/B7-168-01.pdf>>.

³⁹ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13.

III. Harmonisierungsschritte

Von zentraler Bedeutung für die Harmonisierung im Telekommunikationssektor waren die gemeinschaftsrechtlichen Normen zum offenen Netzzugang (ONP).⁴⁰ Mit ihnen wurde der dualistische Regulierungsansatz der Kommission mit aufeinanderfolgenden Liberalisierungs- und Harmonisierungsmaßnahmen eingeleitet. Durch die **ONP-Richtlinie** und die hierzu ergangenen Einzelrichtlinien sowie durch mehrere Empfehlungen und Vorschläge sollte gemeinschaftsweit der offene und effiziente Zugang zu den öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationsdiensten ermöglicht werden. In den ONP-Normen waren die technischen Schnittstellen zur Eröffnung des Netzzuganges, die Benutzungsbedingungen für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen sowie verschiedene Tarifgrundsätze festgelegt. Weiter enthielt die Richtlinie die sogenannten ONP-Bedingungen, die den chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu den öffentlichen Telekommunikationsnetzen und –diensten gewährleisten sollen.⁴¹ Diese ONP-Bedingungen haben Eingang in das Telekommunikationsgesetz gefunden und werden etwa von den Vorschriften über den freien Netzzugang oder den Kundenschutzbestimmungen rezipiert.⁴²

IV. Der neue Regelungsrahmen⁴³

Nachdem die vollständige Liberalisierung der nationalen Telekommunikationsmärkte mit wenigen nationalen Ausnahmen zum 1.1.1998 erreicht war und die ersten grundlegenden Harmonisierungsschritte vollzogen waren, wurde im Anschluss an den so genannten *Kommunikationsbericht (Communications Review) 1999*⁴⁴ vom europäischen Gesetzgeber ein neuer Regelungsrahmen für die Telekommunikation entwickelt. Er markiert den Übergang von einem den Wettbewerb erst ermöglichenden zu einem den bereits erreichten Wettbewerb sichernden und lenkenden Regulierungskonzept. Das von der Kommission vorgelegte und bis auf eine Ausnahme inzwischen auch in Kraft getretene Paket aus einer Liberalisierungs- und fünf Harmonisierungsrichtlinien sowie einer Verordnung wird im wesentlichen durch folgende Ziele gekennzeichnet:

- **Vereinfachung des Rechtsrahmens;**
- **Herstellung rechtlicher Konvergenz** für technisch konvergierende Kommunikationsdienste und -netze;

⁴⁰ Richtlinie des Rates vom 28.06.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision – ONP), ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 1.

⁴¹ Vgl. hierzu Art. 3 ONP-Richtlinie.

⁴² Vgl. §§ 33 Abs. 1, 35 Abs. 2, 43 Abs. 2 TKG.

⁴³ Einen umfassenden Überblick über den neuen Regelungsrahmen bieten *Scherer*, Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket - Teil I, K&R 2002, 273, - Teil II, K&R 2002, 329, - Teil III, K&R 2002, 385 sowie *Schütz/Attendorn*, Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, MMR-Beilage 4/2002.

⁴⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste - Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999) 539, im Internet abrufbar unter:

<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=51999D0539&model=guichett>

- beginnender **Übergang von der ex-ante-Regulierung zur ex-post-Regulierung** durch allgemeines Wettbewerbsrecht (u.a. durch Einführung eines Allgemeingenehmigungsregimes);
- **weitere Harmonisierung** der Anwendung des europäischen Rechtsrahmens in den einzelnen Mitgliedsstaaten.

Die bisherigen zahlreichen Liberalisierungsrichtlinien sollen nach dem neuen Regulierungskonzept in einer einzigen neuen, aufgrund Art. 86 Abs. 3 EGV erlassenen **Wettbewerbsrichtlinie**⁴⁵ der Kommission zusammengefaßt werden. Diese Richtlinie soll keine neuen Verpflichtungen für die Mitgliedsstaaten enthalten, sondern den Regulierungsrahmen lediglich an den bisher erreichten Stand der Liberalisierung anpassen. Im Bereich der Harmonisierung wird es zukünftig fünf auf Art. 95 EGV gestützte Richtlinien geben:

- die **Rahmenrichtlinie**⁴⁶, die sämtliche Regulierungsziele erstmals in einem Instrument zusammenfaßt⁴⁷ sowie die übergreifend geltenden Grundsätze des europäischen Telekommunikationsrechts vorgibt. Insbesondere wird für die bereichsspezifische ex-ante Regulierung von Telekommunikationsunternehmen das Konzept der „beträchtlichen Marktmacht“ weiterentwickelt und dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Konzept der „marktbeherrschenden Stellung“ angenähert⁴⁸. Der Konvergenzentwicklung wird in der Richtlinie durch einen grundsätzlich einheitlichen Regulierungsrahmen für sämtliche Kommunikationsdienste und –netze Rechnung getragen. Als neue Schlüsselbegriffe werden daher „elektronische Kommunikationsnetze“ bzw. “-dienste“ verwendet, während bisher stets „Telekommunikation“ Anknüpfungspunkt der Regulierung des Sektors war. Über Kommunikationsnetze transportierte Inholdedienste (wie z.B. Rundfunkdienste) werden allerdings auch weiterhin außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien liegen;
- die **Genehmigungsrichtlinie**⁴⁹, mit der von der Erteilung einer vorherigen Einzelgenehmigung für den Marktzutritt abgerückt und den Mitgliedsstaaten die Einführung eines Allgemeingenehmigungsregimes vorgeschrieben wird⁵⁰. Damit wird es in Zukunft für die meisten Kommunikationsdienste ein reines Anzeigeverfahren geben; Ausnahmen sollen nur noch bei der Frequenz- und Nummernzuteilung bestehen⁵¹, die weiterhin als knappe Ressourcen angesehen werden;
- die **Zugangs- und Zusammenschaltungsrichtlinie**⁵²;

⁴⁵ Bekanntmachung der Kommission über einen Richtlinienentwurf über den Wettbewerb auf dem Markt für elektronische Kommunikationsdienste (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. C 96 vom 27.3.2001, S. 2.

⁴⁶ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

⁴⁷ Vgl. Art. 8 der Rahmenrichtlinie.

⁴⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie; zuvor war nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 97/33, ABl. L 199 vom 26.7.1997, S. 32 bereits bei einem Marktanteil von 25 % eine beträchtliche Marktmacht widerleglich vermutet worden.

⁴⁹ Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 21.

⁵⁰ Art. 3 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie.

⁵¹ Dazu Art. 5 der Genehmigungsrichtlinie.

⁵² Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7.

- die *Universaldienst- und Nutzerrichtlinie*⁵³;
- sowie die *Datenschutzrichtlinie*⁵⁴.

Zudem haben der Rat und das Parlament als Teil des neuen Regulierungspaketes eine ebenfalls auf Art. 95 EGV basierende, unmittelbar geltende *Verordnung zur Entbündelung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss*⁵⁵ (sog. „local loop“) erlassen, die den Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen zu transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen europaweit sicherstellen soll⁵⁶.

C) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Telekommunikationsrechts

Das nationale Telekommunikationsrecht besteht in erster Linie aus einfach-gesetzlichen Rechtsnormen; es findet sich zuvörderst im *Telekommunikationsgesetz des Bundes* und den auf der Grundlage dieses Gesetzes ergangenen *Rechtsverordnungen* des Bundeswirtschaftsministeriums oder der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post. Dieses einfache Telekommunikationsrecht konkretisiert zum Teil verfassungsrechtliche Direktiven für die Ausgestaltung des Telekommunikationssektors. Es ist daher unverzichtbar, den verfassungsrechtlichen Rahmen für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen auszuleuchten.



Die *verfassungsrechtlichen Grundlagen des Telekommunikationssektors* finden sich vor allem in den *Art. 87 f* und *Art. 143 b GG*. Diese Verfassungsbestimmungen sind das Ergebnis eines langen Entwicklungsprozesses, dessen zeitliche Stufen in entsprechender Kürze nachgezeichnet werden sollen. Hierbei lassen sich im wesentlichen *drei Entwicklungsphasen* nennen:

- die Zeit vor und nach der sogenannten *Postreform I*,
- die Verfassungsänderung im Rahmen der *Postreform II* im Jahre 1994
- und die Zeit seit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes im Jahre 1996 (*Postreform III*).

I. Paradigmenwechsel im Telekommunikationsverfassungsrecht: Von der Gemeinwirtschaftlichkeit zur Privatwirtschaftlichkeit (historischer Verlauf der Reform)

Das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen (vormals: Fernmeldewesen) war früher allein dem Staat vorbehalten. Das Fernmeldewesen wurde als eine genuin staatliche Aufgabe betrachtet, die privaten Rechtsträgern von vornherein nicht eröffnet sei. Nur bei einer Leistungserbringung durch das *staatliche Monopol* sah man das Ziel einer flächendeckenden Versorgung zu einheitlichen Bedingungen verwirklicht. Dementsprechend war der

⁵³ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51.

⁵⁴ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37.

⁵⁵ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4.

⁵⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung.

Bereich des Fernmeldewesens bis zur Verfassungsänderung im Jahre 1994⁵⁷ Gegenstand der Bundesverwaltung. Er wurde in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt (Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F.). Diese durch **Art. 87 GG a.F.** angeordnete Zuordnung der Bundespost zur bundeseigenen Verwaltung (unmittelbare Bundesverwaltung) hatte sowohl in *materieller* als auch in *organisatorischer Hinsicht* weitreichende *Konsequenzen*. Erstens stand Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F. einer materiellen Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) dieses Sachbereichs entgegen, wenigstens was den „Kernbereich“ des Tätigkeitsfeldes der vormaligen Bundespost betrifft; eine Übertragung der Aufgabe auf Private zur eigenständigen und eigenverantwortlichen Erledigung war also ausgeschlossen. Zweitens: Aber auch einer formellen Privatisierung (Organisationsprivatisierung) war nach überwiegender Auffassung durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F. der Weg versperrt, wenigstens soweit es um den „Kernbereich“ des Aufgabenfeldes ging. Das bedeutete, daß eine Umwandlung der Deutschen Bundespost in eine privatrechtliche Organisationsform, namentlich in eine Kapitalgesellschaft, mit den organisationsrechtlichen Vorgaben der Verfassung unvereinbar gewesen wäre, selbst dann, wenn der Bund im Rahmen der Beteiligungsverwaltung bestimmenden Einfluß auf die Unternehmenspolitik genommen hätte. Eine Organisationsprivatisierung hätte mit der Formtypik der Art. 86, 87 GG gebrochen, die zwischen der unmittelbaren („bundeseigenen Verwaltung“) und der mittelbaren („bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts“) Bundesverwaltung differenziert und damit das formale Kriterium der Trägerschaft zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium macht. Die Kategorie der „bundeseigenen Bundesverwaltung“ verlangt eine Aufgabenerledigung durch den Bund selbst. Sie stand einer Umwandlung der vormaligen Bundespost in einen eigenständigen Verwaltungsträger in Gestalt einer Kapitalgesellschaft im Wege. Kurzum: Art. 87 Abs. 1 GG a.F. schloß auch eine rein formelle Privatisierung der Bundespost aus.⁵⁸ Und drittens: Die Einbindung der Bundespost in den Bereich der (Bundes-)Verwaltung vermittelte zugleich ihren maßgeblichen Legitimationsgrund. Als staatliche Organisation war sie dem Prinzip der Daseinsvorsorge und damit der Gemeinwirtschaftlichkeit beziehungsweise der Leistungsstaatlichkeit verpflichtet.⁵⁹ Im Zentrum der Entscheidungsrationalität der Bundespost stand demnach stets das Gemeinwohl, das auf eine möglichst hochentwickelte und flächendeckende technische Versorgung des gesamten Bundesgebiets abzielte, ohne dabei freilich Aspekte der Wirtschaftlichkeit vollständig aus den Augen zu verlieren.⁶⁰

An diese verfassungsrechtlichen Direktiven war auch der einfache Gesetzgeber im Rahmen der sogenannten *Postreform I* aus dem Jahre 1989 gebunden. Kernstück der Postreform I war die Trennung zwischen den politisch hoheitlichen Aufgaben, mit deren Wahrnehmung der frühere Bundesminister für Post und Telekommunikation betraut war, und den betrieblich unternehmerischen Aufgaben, die der Deutschen Bundespost Telekom übertragen wurden. Die Telekom blieb ein - wenngleich mit gewissen unternehmerischen Autonomiebefugnissen ausgestattetes - zentral gesteuertes öffentlich-rechtliches Unternehmen.⁶¹ Es unterlag den umfangreichen Einwirkungsbefugnissen des Bundesministers für Post- und Telekommunikation,

⁵⁷ Vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30. August 1994 (BGBl. I, S. 2245).

⁵⁸ So die herrschende Meinung zu Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F.; zum früheren Streitstand vgl. statt vieler *Lerche*, (Fn. 15), Art. 86, Rn. 60 ff., Art. 87 a.F., Rn. 111 ff., Art. 87 f, Rn. 18 f.; *Scholz / Aulehner*, ArchivPT 1993, 103 [145 ff.]; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, Stuttgart 1985, S. 86; *Lecheler*, NVwZ 1989, 834 [836 f.].

⁵⁹ Vgl. nur *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, S. 183 ff., 202 ff.; *Fehling*, AöR Bd. 121 [1996], 59 [75 ff.]; *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 a.F., Rn. 114, Art. 87 f, Rn. 21; *Scholz / Aulehner* in: ArchivPT 1993, 221 [228]; *Gersdorf*, AfP 1997, 424.

⁶⁰ *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 a.F., Rn. 114.

⁶¹ Hierzu ausführlich *Gramlich*, VerwArch Bd. 88 (1997), 598 [615 ff.].

dem die politischen und hoheitlichen Aufgaben zugewiesen waren (§ 1 Abs. 1 Satz 2 PostVerfG). Er übte die Rechte des Bundes auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens aus (§ 1 Abs. 1 Satz 2 PostVerfG). Der Minister war namentlich befugt, „die für die Entwicklung des Post- und Fernmeldewesens notwendigen und die zur Wahrung der Grundsätze der Politik der Bundesrepublik Deutschland bedeutsamen mittel- und langfristigen Ziele für die Unternehmen“ festzulegen (§ 25 Abs. 1 Satz 2 PostVerfG); ihm standen Genehmigungserfordernisse (§ 28 PostVerfG) und die Letztentscheidungskompetenz bei Beschlüssen des praktisch bedeutsamen Infrastrukturrats sowie sonstige Kompetenzen zu.

Auch wenn die Postreform I nahezu sämtliche im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F. zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Kommerzialisierung und der Zuerkennung von Autonomiezonen ausschöpfte,⁶² so waren den Reformbemühungen des einfachen Gesetzgebers durch das frühere Postverfassungsrecht unüberwindbare Schranken gesetzt: Einer formellen oder gar materiellen Privatisierung war durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F. der verfassungsrechtliche Riegel ebenso vorgeschoben wie einem klaren Bekenntnis zugunsten einer durchgängigen Kommerzialisierung des Telekommunikationssektors.

Vor diesem Hintergrund ist die Verfassungsänderung im Zuge der **Postreform II** zu verstehen.⁶³ Treibende Kraft dieser **Verfassungsreform** war neben den europarechtlichen Grundentscheidungen zugunsten einer Liberalisierung und des Abbaus von Monopolstellungen vor allem die Einsicht, daß eine verwaltungsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen weder die erhofften Wachstumseffekte zu generieren noch den Anforderungen des internationalen Telekommunikationsmarktes zu entsprechen vermag. Dem Gemeinwohl könne wirkungsvoller dadurch gedient werden, daß das Feld der Telekommunikation dem Wettbewerb überantwortet werde, solange und soweit der Staat durch strukturelle Vorgaben für eine Art „Grundversorgung“ Sorge trage.⁶⁴ Trotz dieser gemeinsamen Grundüberzeugung der zu politischem Handeln berufenen Organe war die konkrete Ausgestaltung des künftigen Telekommunikationsverfassungsrechts im einzelnen umstritten.⁶⁵ Die nunmehr geltenden **Art. 87 f GG** und **Art. 143 b GG** sind das Ergebnis eines Kompromisses unterschiedlicher verfassungspolitischer Ziele,⁶⁶ der im wesentlichen aus zwei, das gesamte Telekommunikationsrecht tragenden Bausteinen besteht: Erstens ist der Gesamtbereich der Telekommunikation durch **freien Wettbewerb** und durch **grundsätzliche Kommerzialisierung** gekennzeichnet. Und zweitens hat der **Staat**, genauer: der Bund durch strukturelle Vorgaben **für** eine Art „Grundversorgung“ in diesem Bereich **Sorge zu tragen**; hierauf wird nachfolgend eingegangen.⁶⁷

Die letzte Stufe auf dem Weg zur Liberalisierung des Telekommunikationssektors wurde mit dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes („**Postreform III**“) am 1. August 1996 genommen. Das bis dato geltende Monopol der Deutschen Telekom AG für das Betreiben von Übertragungswegen wurde mit dem **Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes** beseitigt (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 2 TKG). Das Sprachtelefondienstmonopol wurde hingegen

⁶² *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 22.

⁶³ Siehe hierzu statt vieler Blanke / Sterzel, KJ 1993, 278 ff.; *Lerche* (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 23 ff.; Scholz / Aulehner, ArchivPT 1993, 221 ff.

⁶⁴ Vgl. zur Diskussion etwa Badura, Rechtsfragen der Telekommunikation, in: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 878 ff.; *Scholz / Aulehner*, ArchivPT 1993, 221 ff.

⁶⁵ Vgl. hierzu *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 27 f.

⁶⁶ *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 28; *Rottmann*, ArchivPT 1994, 193 f.

⁶⁷ Sub II.

noch bis zum 1. Januar 1998 aufrechterhalten (§ 100 Abs. 1 Satz 3 TKG). Erst *seit Anfang 1998* ist damit der *gesamte Telekommunikationsbereich vollständig liberalisiert*.⁶⁸

II. Grundstrukturen des Telekommunikationsverfassungsrechts: Von der Leistungszur Gewährleistungs- und Kontrollverantwortlichkeit



Wie bereits angedeutet, beruht die Vorschrift des Art. 87 f GG auf einer Trennung von Hoheitsaufgaben des Bundes einerseits und privatwirtschaftlichen, also unternehmerischen Telekommunikationsdienstleistungen andererseits. *Art. 87 f Abs. 1 GG* begründet eine *Infrastrukturaufgabe* des Bundes als hoheitliche Aufgabe, dessen nähere Ausgestaltung dem Gesetzgeber überantwortet wird. Es handelt sich um eine obligatorische Aufgabe des Bundes, deren Wahrnehmung dem Bund von Verfassungs wegen aufgegeben ist. Mit dieser *strikten Trennung* zwischen dem *Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen durch Private* einerseits und der *staatlichen Überwachung des Telekommunikationssektors* andererseits trägt die Verfassung damit dem allgemeinen Befund Rechnung, daß eine materielle Privatisierung bestimmter Sachaufgaben keinesfalls die staatliche Verantwortlichkeit in dem jeweiligen Lebensbereich entfallen läßt. Vielmehr verschieben sich die Verantwortungsfelder: „An die Stelle der *Leistungsverwaltung* tritt die *Regulierungsverwaltung*.“⁶⁹ Auch dem Telekommunikationsverfassungsrecht liegt dieser Gedanke zugrunde: Die unmittelbare Erfüllungsverantwortlichkeit wandelt sich in eine sozialstaatlich und ordnungspolitisch begründete *Gewährleistungs- und Überwachungsverantwortlichkeit*.⁷⁰

Diese *Gewährleistungsverantwortlichkeit*, der die *Überwachungsverantwortlichkeit* folgt, bezieht sich gemäß Art. 87 f Abs. 1 GG auf flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation. Der Begriff der Telekommunikationsdienstleistungen ist in einem rein technischen Sinne zu verstehen und erfaßt nur die Dienstleistungen der Telekommunikation, nicht aber die – inhaltsbezogenen – Dienstleistungen durch Telekommunikation.⁷¹ Die *Angemessenheit* betrifft die *Qualität* und das *Ausreichende die Quantität der Telekommunikationsdienstleistungen*.⁷² In Konkretisierung dieses Infrastrukturauftrages hat der Bund dafür Sorge zu tragen, daß ein chancengleicher Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt zur Entstehung gelangt und dauerhaft gewährleistet ist. Mit Blick auf die vormalige Monopolstellung der Deutschen Telekom AG hätte es nicht ausgereicht, den liberalisierten Markt dem freien Spiel der Kräfte zu überantworten und allein mit den Mitteln des allgemeinen Wirtschaftsrechts zu ordnen. Vielmehr waren sektorspezifische, auf die Besonderheiten des Telekommunikationsbereichs zugeschnittene Regelungen erforderlich, die sicherzustellen helfen, daß sich ein wirksamer, auf Chancengleichheit beruhender Wettbewerb im liberalisierten Telekommunikationsmarkt herausbildet. Das durch einen asymmetri-

⁶⁸ Gramlich, VerwArch Bd. 88 [1997], 598 [629].

⁶⁹ Wieland, Die Verwaltung Bd. 28 [1995], 315 [332].

⁷⁰ Lerche, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 35; Windthorst, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 8; siehe zu diesem grundsätzlichen Problem jedweder materiellen Privatisierung Bauer, VVDStRL Bd. 54 [1995], 243 [277]; Schmidt-Aßmann Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 43 f.; Schoch, DVBl. 1994, 962 [974 f.]; Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors, in: Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Köln 1994, S. 26 ff.; dens., in: Thiemeyer (Hrsg.), Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen, Baden-Baden 1990, S. 139 [159 f.]; Wahl, DVBl. 1993, 517 [521].

⁷¹ Siehe hierzu bereits oben im Abschnitt A).

⁷² Siehe Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, S. 10; mit Recht kritisch zur Wahl der Begrifflichkeiten in Art. 87 f Abs. 1 GG Lerche, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 75.

schen Regulierungsansatz gekennzeichnete Telekommunikationsgesetz stellt sich demnach bei Lichte betrachtet als Konkretisierung des dem Bund nach Art. 87 f Abs. 1 GG obliegenden Gewährleistungsauftrages dar. Auch in anderen Regulierungsfeldern, wie etwa dem Universaldienstleistungsregime (vgl. §§ 17 ff. TKG), spiegeln sich die Implikationen der aus Art. 87 f Abs. 1 GG folgenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Telekommunikationsbereichs wider.

Von dieser auf dem Infrastrukturauftrag des Bundes (Art. 87 f Abs. 1 GG) beruhenden staatlichen Gewährleistungs- und Überwachungsverantwortlichkeit ist die **Erfüllungsverantwortlichkeit** im Bereich der Telekommunikation zu unterscheiden. Diese Erfüllungsverantwortlichkeit liegt nach der durch Art. 87 f GG getroffenen Funktionszuordnung und -verteilung nicht in den Händen des Staates. Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation sind nach Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Deutsche Telekom AG und andere private Anbieter zu erbringen. Deutlich heißt es in der Amtlichen Begründung dieser Verfassungsbestimmung: „Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird.“⁷³ Der im Gesetzgebungsverfahren vorgenommene Begriffswechsel von „privater“ zu „privatwirtschaftlicher“ Tätigkeit soll den Gegensatz zur gemeinwohlorientierten Staatswirtschaft herausstreichen.⁷⁴ Die alternativ vorgeschlagene Bezeichnung „privatrechtlich“ akzentuierte demgegenüber nicht in hinreichender Deutlichkeit den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers, weil sie lediglich die Handlungsform, nicht aber den Zweck der Privatisierung festlegt.⁷⁵

Die Bestimmung der „**Privatwirtschaftlichkeit**“ als Funktionsgesetz für die Telekommunikation hat in mehrfacher Hinsicht Bedeutung. Erstens setzt dieser Begriff eine privatrechtliche Organisationsform voraus,⁷⁶ verpflichtet also zur Umwandlung des vormaligen Sondervermögens Deutsche Bundespost in eine private Rechtsform (formelle Privatisierung), wozu durch Art. 143 b Abs. 1 GG der Weg geebnet ist.⁷⁷ Zweitens geht Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG indes über den Auftrag zur reinen Organisationsprivatisierung hinaus und berechtigt auch zur materiellen Privatisierung, das heißt zum Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen durch Private. Ob Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG zur Aufgabenprivatisierung nicht nur berechtigt, sondern dauerhaft auch verpflichtet, soll im gegebenen Zusammenhang nicht weiter vertieft zu werden. Die Deutsche Telekom AG ist in materieller Hinsicht erst seit dem Zeitpunkt privatisiert, in dem die Mehrheit der Anteile auf Private übertragen wurde und sich damit der Bund oder sein Trabant überwiegend aus der Gesellschaft zurückgezogen hatte.⁷⁸ Und drittens wird durch den Begriff der Privatwirtschaftlichkeit der Zweck des Erbringens von Telekommunikationsdienstleistungen festgelegt.⁷⁹

Die Bezeichnung „als privatwirtschaftliche Tätigkeit“ meint nicht „ähnlich wie“, sondern umschreibt in verfassungsverbindlicher Form den Zweck der auf dem Telekommunikationsmarkt

⁷³ BT-Drs. 12/7269, S. 4.

⁷⁴ Windthorst, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 27.

⁷⁵ Vgl. nochmals Windthorst, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 27.

⁷⁶ Vgl. Lerche, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 54.

⁷⁷ Windthorst, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 23.

⁷⁸ Zur Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Engagements der staatlichen und kommunalen Versorgungswirtschaft im Telekommunikationsbereich („Rückverstaatlichung“) ausführlich Gersdorf, AfP 1998, 470 ff. m.w.N.

⁷⁹ Lerche, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 54; siehe Gersdorf, (Fn. 15), S. 39 ff.

tätigen Unternehmen.⁸⁰ Privatwirtschaftliche Ziele stehen im Gegensatz zu den auf umfassende Gemeinwohlerbringung gerichteten gemeinwirtschaftlichen Unternehmenszielen. Wirtschaftlichkeit erfaßt Gemeinwirtschaftlichkeit gerade nicht.⁸¹ Erforderlich ist eine an kaufmännischen Leitprinzipien orientierte Unternehmenspolitik der Deutschen Telekom AG und der anderen privaten Anbieter. Die von den Telekommunikationsunternehmen zu erbringenden Dienstleistungen werden als Wirtschaftsgut verstanden, durch dessen Angebot am Markt Gewinne erzielt werden sollen. Dies bedeutet nach außen eine Orientierung am Wettbewerb mit anderen Anbietern und nach innen eine Ausrichtung der Unternehmensziele auf eine Optimierung des Unternehmensgewinnes. Kurzum: Dem durch Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG ausgeformten Telekommunikationsverfassungsrecht liegt ein deutliches Bekenntnis zugunsten der **Kommerzialisierung der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen** zugrunde. Die Wirtschaftlichkeit ist das diesen Dienstleistungsbereich kennzeichnende Strukturgesetz.



Zusammenfassend läßt sich festhalten: Art. 87 f GG beruht auf einer Kombination zwischen der gemeinwohlorientierten Infrastruktursicherung des Bundes einerseits und der Kommerzialisierung des Erbringens von Telekommunikationsdienstleistungen andererseits. Während die Infrastruktursicherung im Bereich der Telekommunikation als hoheitliche, dem Gemeinwohl verpflichtete Aufgabe des Bundes definiert wird (Art. 87 f Abs. 1 und 2 Satz 2 GG), ist das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen „als Verwaltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen“.⁸² Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG schreibt die „Privatwirtschaftlichkeit“ als verbindliches Funktionsgesetz für diesen Dienstleistungssektor vor. Im Gegensatz zur Fernmeldepolitik der vergangenen Jahrzehnte, die auf dem Prinzip der Daseinsvorsorge und damit auf der gemeinwohlstiftenden Leistungsstaatlichkeit gründete, steht im Zentrum des nunmehr geltenden Telekommunikationsverfassungsrechts der Gedanke der Wirtschaftlichkeit. Telekommunikationsdienstleistungen werden als ein Wirtschaftsgut wie jedes andere verstanden, das in den freien Wettbewerb überführt wird und mit dessen Hilfe Gewinne erzielt werden sollen. Die Verantwortlichkeit des Staates bezieht sich nicht mehr auf die eigenständige Erledigung dieser Aufgabe; sie verschiebt sich vielmehr auf eine Gewährleistungs- und Kontrollverantwortlichkeit: Der Bund erbringt nicht mehr selbst Telekommunikationsdienstleistungen, sondern hat allein sicherzustellen, daß der liberalisierte Markt zu einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen zu angemessenen Bedingungen führt.

D) Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

I. Organisation der Regulierungsbehörde



Zur Wahrnehmung der sich aus dem Telekommunikationsgesetz ergebenden Aufgaben ist die

- ***Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post***
- ***als Bundesoberbehörde***
- ***im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie***

⁸⁰ Siehe bereits *Gersdorf*, (Fn. 15), S. 39.

⁸¹ *Lerche*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 34; *Schmidt-Aßmann / Röhl*, DÖV 1994, 577 [581]; *Windthorst*, (Fn. 15), Art. 87 f, Rn. 27; *Gersdorf*, (Fn. 15), S. 39.

⁸² Vgl. nochmals BT-Drs. 12/7269, S. 4.

gegründet worden (§ 66 Abs. 1 TKG). Die Regulierungsbehörde gehört also zur unmittelbaren Bundesverwaltung. Eine Ausgliederung auf einen Träger mittelbarer Bundesverwaltung wäre verfassungswidrig gewesen, weil Hoheitsaufgaben im Bereich der Telekommunikation nach Art. 87 f Abs. 2 Satz 2 GG in bundeseigener Verwaltung ausgeführt werden. Der Verwaltungstypus der bundeseigenen Verwaltung schließt eine Übertragung der Verwaltungsaufgabe auf einen selbständigen Verwaltungsträger aus.⁸³ Als Bundesoberbehörde ist die Regulierungsbehörde in den allgemeinen Verwaltungsaufbau eingegliedert. Sie unterfällt daher der **Fach-, Rechts- und Dienstaufsicht des übergeordneten Bundeswirtschaftsministers**. Daraus ergibt sich die Befugnis des Ressortministers, durch Richtlinien oder Einzelweisung die Politik der Regulierungsbehörde zu bestimmen.⁸⁴

Gleichwohl war man bemüht, der Regulierungsbehörde ein gewisses Maß an **Unabhängigkeit** einzuräumen. Hintergrund dieser Bemühungen war die Befürchtung, der Bund könne als Anteilseigner des vormaligen Monopolisten die notwendige Unabhängigkeit bei der Aufsicht über die einzelnen Telekommunikationsanbieter vermissen lassen. Vor allem haben die Erfahrungen aus anderen bereits liberalisierten Telekommunikationsmärkten gezeigt, daß die Verquickung von unternehmerischen Interessen des Staates und den Bedürfnissen einer unabhängigen Aufsicht auf dem Gebiete der Telekommunikation der Förderung des Wettbewerbs eher abträglich ist. Daher hat man die Regulierungsbehörde mit einem verhältnismäßig unabhängigen Status versehen. So schließt die gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Regelungsbehörde (vgl. § 71 TKG) aus, daß der zuständige Ressortminister die Aufgaben an sich zieht. Auch steht dem Bundeswirtschaftsminister das nach allgemeinem Kartellrecht zur Verfügung stehende Instrument der Ministererlaubnis nicht zu. Zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde trägt weiter bei, daß gegen ihre Entscheidungen **kein Vorverfahren** im Sinne von §§ 68 ff. VwGO stattfindet (§ 80 Abs. 1 TKG); vielmehr kann sofort Klage erhoben werden.⁸⁵ Hiermit sind indes auch die Grenzen der Unabhängigkeit erreicht. Die Einräumung einer weitergehenden Unabhängigkeit, insbesondere die Freistellung von der Weisungsunterworfenheit der Regulierungsbehörde, wäre mit dem Prinzip demokratischer Legitimation unvereinbar. Dem Prinzip demokratischer Legitimation ist nur bei einer für die Ministerialverwaltung typischen hierarchischen Aufbau- und Ablauforganisation entsprochen. Die Schaffung eines durch Weisungsfreiheit gekennzeichneten ministerialfreien Raumes stellt eine grundgesetzliche Anomalie dar, weil sie auf den Widerstand des demokratischen Prinzips stößt.

Mit der Leitung der Regulierungsbehörde ist der **Präsident** betraut (§ 66 Abs. 2 Satz 1 TKG), der zusammen mit den beiden **Vizepräsidenten** jeweils auf Vorschlag des Beirates von der Bundesregierung benannt wird (§ 66 Abs. 3 Satz 1 TKG). Zusätzlich wird bei der Regulierungsbehörde ein **Beirat** gebildet, der sich aus jeweils neun Mitgliedern des Bundestages und des Bundesrates zusammensetzt (§ 67 Abs. 1 TKG). Sowohl die Geschäftsordnung des Beirates als auch die der Regulierungsbehörde bedürfen der Genehmigung durch das Wirtschaftsministerium (§§ 66 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz, 68 Abs. 1 TKG). Die Aufgaben des Beirates sind im einzelnen in § 69 TKG geregelt.

Die Regulierungsbehörde entscheidet in der Regel durch **Beschlußkammern** (§ 73 Abs. 1 TKG), die jeweils für ganz bestimmte Aufgabenbereiche nach dem Telekommunikationsgesetz zuständig sind. Jede Beschlußkammer hat einen Vorsitzenden und zwei Beisitzer. Die Entscheidungen ergehen durch Verwaltungsakt (§ 73 Abs. 1 Satz 2 TKG). Das Verfahren vor

⁸³ Vgl. *Lerche*, (Fn. 15), Art. 86, Rn. 44.

⁸⁴ Vgl. *Geppert / Ruhle / Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl., 2002, Rn. 822; *Geppert*, (Fn. 21), § 66, Rn. 18 ff.

⁸⁵ Vgl. *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 823; *Geppert* (Fn. 21), § 66, Rn. 15 f.

den Beschlußkammern ist im einzelnen durch die §§ 73 ff. TKG ausgestaltet. Ein Vorverfahren findet nicht statt. Klagen gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde haben keine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 2 TKG).

§ 83 TKG verpflichtet die Regulierungsbehörde zur **Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt**. Diese Abstimmungspflicht ist auch unerlässlich, weil das Telekommunikationsgesetz ein sektorspezifisches Kartellrecht ist, das dann durch das allgemeine Kartellrecht ersetzt werden soll, wenn der sich aus den Besonderheiten des Telekommunikationssektors ergebende spezifische Regelungsbedarf künftig einmal entfallen wird. So ist bei der Einschätzung des räumlich und sachlich relevanten Marktes der lizenzpflichtigen Telekommunikationsdienstleistung im Rahmen der Lizenzvergabe bei einer Beschränkung der zu vergebenden Lizenzen (vgl. § 11 Abs. 3 TKG) das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt herzustellen (§ 82 Satz 1 TKG). Das gleiche gilt für die Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des Telekommunikationsgesetzes durch die Regulierungsbehörde (§ 82 Satz 2 TKG). Doch auch in umgekehrter Richtung muß das Bundeskartellamt der Regulierungsbehörde die Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen, wenn sie ein Verfahren wegen Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach dem allgemeinen Kartellrecht durchführt (§ 82 Satz 4 TKG).

II. Aufgaben der Regulierungsbehörde

Gemäß § 71 TKG überwacht die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes sowie der Auflagen und Verfügungen, die auf der Grundlage des Gesetzes und der entsprechenden Rechtsverordnungen ergangen sind. Um ihre Aufgaben wirksam wahrnehmen zu können, ist sie berechtigt, von den betreffenden Unternehmen die erforderlichen Auskünfte zu verlangen (vgl. § 72 TKG). Die Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde erstrecken sich auf das gesamte Telekommunikationsgesetz. Sie erteilt auf Antrag die Lizenzen für das Betreiben von Übertragungswegen und das Angebot von Sprachtelefondiensten (vgl. §§ 6 ff. TKG). Ihr obliegt die Gewährleistung des Universaldienstes. Sie kann einen Lizenznehmer zur Erbringung von Universaldienstleistungen verpflichten, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. §§ 17 ff. TKG). Ebenso fällt ihr die Aufgabe der Regulierung von Entgelten und entgeltrelevanten Bestandteilen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Maßgabe der §§ 23 ff. TKG zu. Weiter nimmt die Regulierungsbehörde eine besondere Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hinsichtlich des offenen Netzzuganges und der Zusammenschaltungen vor (§§ 33 ff. TKG). Schließlich bestehen Zuständigkeiten hinsichtlich des Kundenschutzes (§§ 40 ff. TKG), der Frequenzordnung (§§ 44 ff. TKG) und der Zulassung von Endeinrichtungen (§§ 59 ff. TKG).

E) Einfachgesetzlicher Regelungsrahmen (Telekommunikationsgesetz)

I. Allgemeines zum TKG

1. Aufbau des TKG

Das Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996 ist seit dem 1. August 1996 in Kraft. Die Rechtsgrundlage des TKG findet sich in Art. 87 f Abs. 1 GG. Gemäß Art. 73 Nr. 7 GG steht dem Bund auf dem Gebiet der Telekommunikation die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zu. Das TKG enthält 100 Paragraphen und setzt sich aus 13 Teilen zusammen:

1. Allgemeine Vorschriften (§§ 1-5)
2. Regulierung des Angebots von Telekommunikationsdienstleistungen (§§ 6-22)
3. Entgeltregulierung (§§ 23-32)

4. Offener Netzzugang und Zusammenschaltungen (§§ 33-39)
5. Kundenschutz (§§ 40-42)
6. Numerierung (§ 43)
7. Frequenzordnung (§§ 44-49)
8. Benutzung der Verkehrswege (§§ 50-58)
9. Zulassung, Sendeanlagen (§§ 59-65)
10. Regulierungsbehörde (§§ 66-84)
11. Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Sicherung (§§ 85-93)
12. Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 94-96)
13. Übergangs- und Schlußvorschriften (§§ 97-100).

Regulierende Verwaltung ist ein Beispiel für eine gesetzlich nur wenig dirigierte Verwaltung. Um die Legitimationslast der Einzelentscheidungen zu erleichtern und ihre Vorhersehbarkeit zu erhöhen ist es notwendig, daß zwischen das parlamentarische Gesetz und die Einzelfallentscheidung **konkretisierende Rechtsakte** treten. Das Telekommunikationsgesetz wird demgemäß von zahlreichen **Rechtsverordnungen** konkretisiert. Erst hier werden in der flexibleren Form administrativer Rechtsetzung Festlegungen getroffen, die die Qualität der regulierten Dienstleistungen und damit den Kern der Regulierung ausmachen.⁸⁶

Bis zum heutigen Zeitpunkt wurden von den Rechtsverordnungen, zu deren Erlass das TKG ermächtigt⁸⁷, folgende Rechtsverordnungen verwirklicht:

- Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (TKLGebV)
- Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV)
- Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEngV)
- Netzzugangsverordnung (NZV)
- Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV)
- Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung (TNGebV)
- Frequenzgebührenverordnung (FGebV)
- Frequenznutzungsbeitragsverordnung (FBeitrV)
- Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (FreqBZPV)
- Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung (FreqNPAV)
- Frequenzzuteilungsverordnung (FreqZutV)
- Telekommunikationsdienstunternehmen – Datenschutzverordnung (TDSV)

Zur Telekommunikationsüberwachungsverordnung vgl. den Entwurf mit Begründung auf den Seiten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (www.bmwi.de).

⁸⁶ Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 405, [427].

⁸⁷ Vgl. Scherer, NJW 1998, 1607, 1608; Ermächtigungsgrundlagen: §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 2, 27 Abs. 4, 35 Abs. 5, 41 Abs. 1, 43 Abs. 3, 47 Abs. 4, 48 Abs. 1, 59 Abs. 4, 60 Abs. 5, 61, 62 Abs. 1, 63 Abs. 1, 87 Abs. 3, 88 Abs. 2, 89 Abs. 1 TKG und im Anhang; Darstellung der einzelnen Verordnungsermächtigungen auch bei Kerckhoff, in: Büchner u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, Anhang zu § 71.

2. Ziele des Telekommunikationsgesetzes

Das Telekommunikationsgesetz und die auf der Grundlage dieses Gesetzes ergangenen Rechtsverordnungen bilden die Rahmenbedingungen für den Telekommunikationssektor. Mit dem Telekommunikationsgesetz verfolgt der Gesetzgeber **mehrere Ziele**, die in **§ 1 und § 2 Abs. 2 TKG** benannt sind. Von zentraler Bedeutung sind hierbei zwei Ziele, nämlich

- die **Förderung** und die **Sicherstellung des Wettbewerbs** und
- die **flächendeckende (Grund-)Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen**.

In der Förderung und Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs liegt der wesentliche Zweck des Telekommunikationsgesetzes. Vor allem findet das Telekommunikationsgesetz seine spezifische Bedeutung darin, den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt erst herzustellen, um auf diese Weise die positiven Effekte des Wettbewerbs generieren zu können. Aufgrund der vormals monopolistischen Struktur des Telekommunikationsmarktes hätte es nicht ausgereicht, den Markt zu liberalisieren und sodann den freien Kräften zu überantworten. Im Zeitpunkt der vollständigen Liberalisierung verfügte die Deutsche Telekom AG in nahezu allen Geschäftsfeldern des Telekommunikationsbereichs über eine marktbeherrschende Stellung. Hinzu kommt, daß die Wettbewerber auf wesentliche Leistungen der Deutschen Telekom AG angewiesen sind, um selbst Telekommunikationsdienstleistungen anbieten zu können; als Beispiel sei nur auf die Abhängigkeit der Newcomer von den Teilnehmeranschlußleitungen der Deutschen Telekom verwiesen, um die Kunden mit Sprachtelefondiensten versorgen zu können. Das **allgemeine Wettbewerbsrecht** sieht nur eine ex post-Regulierung vor, die an den Tatbestand der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft. Gemäß Art. 87 f Abs. 1 GG hat der Bund indes für einen funktionsfähigen, auf Chancengleichheit beruhenden Wettbewerb Sorge zu tragen. Da – auch unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen – nicht davon ausgegangen werden konnte, daß sich ein solcher auf dem Prinzip der Chancengleichheit beruhender Wettbewerb eo ipso herausgebildet hätte, erschienen präventive verhaltenssteuernde Maßnahmen unumgänglich. Darum hat der Gesetzgeber in Ergänzung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ein **sektorspezifisches Kartellrecht** geschaffen, das über die vorhandenen Instrumentarien des allgemeinen Kartellrechts hinausgeht und im Interesse der Herstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Telekommunikationsbereich **präventive Steuerungsimpulse** vorsieht. Er verfolgt dabei einen **asymmetrischen Regulierungsansatz**, der an den Tatbestand der marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Telekommunikationsunternehmens anknüpft. Die Telekommunikationsunternehmen sind demnach nicht schlechthin Gegenstand der Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz, sondern nur dann, wenn sie über eine **marktbeherrschende Stellung** in dem jeweiligen Geschäftsfeld des Telekommunikationsmarktes verfügen; hierauf wird zurückzukommen sein. Der Gesetzgeber entspricht mit dem Telekommunikationsgesetz als bereichsspezifisches Kartellgesetz seiner ihm nach Art. 87 f Abs. 1 GG obliegenden Garantiefunktion für einen funktionsfähigen Telekommunikationsmarkt.⁸⁸

Indes verfolgt der Gesetzgeber hiermit keinen Selbstzweck. Vielmehr ist die Funktionsfähigkeit des Telekommunikationsmarktes auf das Primärziel des Art. 87 f Abs. 1 GG funktional bezogen. Im Interesse einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen zu angemessenen Bedingungen kommt der Herstellung eines effi-

⁸⁸ Zu dieser Funktion ausdrücklich Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 33 f.; siehe auch Schuster, (Fn. 21), § 2, Rn. 10; Gersdorf, (Fn. 15), S. 53 ff.

zienten Telekommunikationsmarktes besonderer Schutz zu. Dementsprechend erklärt das Telekommunikationsgesetz die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen zum eigentlichen Hauptzweck des Gesetzes (vgl. §§ 1, 2 Abs. 2 TKG). Die Erreichung dieser Grundversorgung im Telekommunikationssektor setzt nicht nur einen funktionsfähigen Telekommunikationsmarkt voraus. Es können auch korrigierende Maßnahmen für den Fall unumgänglich sein, daß die freien Marktkräfte diese Grundversorgung nicht hervorbringen. Das Universaldienstleistungsregime des Telekommunikationsgesetzes (vgl. §§ 17 ff. TKG) erfaßt diese Fälle des Marktversagens und sucht, ein Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit zu gewährleisten.

Die zentrale Aufgabe der Regulierung besteht in der **Förderung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt**. Die Regulierung beschränkt sich also in Abweichung von dem allgemeinen Kartellrecht nicht allein auf eine ex post-Mißbrauchskontrolle. Vielmehr sieht die Regulierung gestaltende, vorbeugende Maßnahmen vor, die einem wirksamen Telekommunikationsmarkt zur Entstehung verhelfen sollen.

3. Verhältnis des Telekommunikationsgesetzes zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Aufgrund der Klassifizierung des Telekommunikationsgesetzes als **bereichsspezifisches**, auf die Besonderheiten des Telekommunikationsmarktes zugeschnittenes **Kartellgesetz** drängt sich die Frage nach seinem **Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** auf. § 2 Abs. 3 TKG regelt das Verhältnis beider Gesetze. Danach bleiben die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch das Telekommunikationsgesetz unberührt. Der Regierungsentwurf stellt klar, daß das **Telekommunikationsgesetz** das „**Spezialgesetz** gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und insbesondere gegenüber dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ darstellt, „das subsidiär immer dann Anwendung findet, wenn keine Spezialregelung getroffen ist“. ⁸⁹ Das Telekommunikationsgesetz ist demnach das spezielle Gesetz. Nach allgemeinen Grundsätzen folgt hieraus, daß auf das allgemeine Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur dann zurückgegriffen werden kann, wenn der bestimmte Sach- und Lebensbereich nicht bereits vom speziellen Telekommunikationsgesetz erfaßt ist. ⁹⁰ So bezieht sich die Entgeltregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz nur auf Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Übertragungswegen und den Sprachtelefondienst (vgl. § 25 Abs. 1 TKG). Sonstige mißbräuchliche Maßnahmen wie etwa Kundenschutzklauseln, Ausschließlichkeitsbindungen, Preisabsprachen und Mindestabnahmemengen werden hingegen von dem Telekommunikationsgesetz nicht erfaßt; ⁹¹ insoweit kann auf das allgemeine Kartellrecht, das heißt auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zurückgegriffen werden. ⁹²

⁸⁹ Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 36.

⁹⁰ Vgl. nur *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 230; *Schuster*, (Fn. 21), § 2, Rn. 32.

⁹¹ *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 230; *Schuster*, (Fn. 21), § 2, Rn. 33.

⁹² So hat sich das Bundeskartellamt vor Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes in einem auf § 22 GWB a.F. gestützten Verfahren gegen die Betreiber von C- und D-Mobilfunknetzen gewandt. Diese Anbieter hatten ihren Kunden den Zugang zur Telefonauskunft des Festnetzes gesperrt und auf die um einiges teure Auskunft im eigenen Netz verwiesen. Nach Intervention des Kartellamtes wurde die Auskunftsnummer im Festnetz wieder freigeschaltet; vgl. hierzu *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 232; *Schuster*, (Fn. 21), § 2, Rn. 33.

Die parallele Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist nicht unproblematisch. Sie führt zu einer **Spaltung der Zuständigkeiten** und der **Gerichtszweige** auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts. Denn während mit dem Vollzug des allgemeinen Kartellrechts das Bundeskartellamt betraut ist, nimmt die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die sich aus dem Telekommunikationsgesetz ergebenden Aufgaben wahr (vgl. § 66 TKG). Zwar regelt § 82 TKG die Verpflichtung beider Behörden zur Zusammenarbeit insbesondere im Lizenzbereich, bei der Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte und bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Auch muß das Kartellamt im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 19 f. GWB der Regulierungsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Gleichwohl **fehlt** es an einer **Letztentscheidungsinstanz** – wie etwa dem Gemeinsamen Senat der Gerichtshöfe gemäß Art. 95 Abs. 3 GG –, der im Konfliktfall entscheidet und auf diese Weise für eine einheitliche Vollzugstätigkeit im Bereich des Telekommunikationsrechts Sorge trägt.⁹³ Neben dieser gespaltenen Regulierungszuständigkeit verteilt sich der Rechtsschutz auch noch auf zwei Gerichtszweige. Während Rechtsschutz gegenüber den Entscheidungen des Bundeskartellamtes vor den Kartellgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu erlangen ist, ist für Klagen gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig.

Hierdurch besteht die Gefahr, daß sich trotz der Überschneidungen das Telekommunikationsrecht als bereichsspezifisches Kartellrecht und das allgemeine Kartellrecht auseinander entwickeln.⁹⁴ Einer solchen Gefahr kann indes durch eine engmaschige Abstimmung beider Behörden bei dem Vollzug der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften wirksam begegnet werden. Vor allem aber rechtfertigt sich eine solche Aufspaltung aus der besonderen Gewährleistungsfunktion, die der Bund im Bereich der Telekommunikation nach Art. 87 f Abs. 1 GG wahrzunehmen hat. Im Gegensatz zum allgemeinen Wirtschaftsleben hat der Bund kraft dieser Verfassungsbestimmung für einen wirksamen Wettbewerb auf dem Gebiet der Telekommunikation Sorge zu tragen. Das Telekommunikationsgesetz als bereichsspezifisches Kartellrecht ist Ausfluß dieser Garantiefunktion. Es ist daher auch nur konsequent, den Vollzug dieses Sonderkartellrechts in die Hände einer besonderen Behörde zu legen und der Jurisdiktionsgewalt der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterwerfen.

II. Beschränkungen des Marktzutritts: Anzeige- und Lizenzpflicht, Verfahren der Lizenzvergabe



Mit der Überführung des Telekommunikationsbereichs in ein marktwirtschaftliches System (vgl. Art. 87 f Abs. 2 GG) gelten die das Wirtschaftsleben prägenden allgemeinen Ordnungsprinzipien prinzipiell auch für diesen Lebensbereich. Daher unterliegen Telekommunikationsunternehmen wie andere Wirtschaftsunternehmen auch den allgemeinen gewerberechtlichen, gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen gesetzlichen Vorschriften. Das Telekommunikationsgesetz stellt indes **besondere Zulassungsschranken** auf, die als *leges speciales* den allgemeinen gewerberechtlichen Bestimmungen vorgehen. Diese **Marktzutrittsbarrieren beschränken** die **Wirtschaftsgrundrechte** (Art. 12, 14 GG) der auf dem Telekommunikationsmarkt tätigen Telekommunikationsunternehmen. In Konkretisierung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat sich der Gesetzgeber für ein **System abgestufter Marktzutrittschürden** entschieden. Als Zugangsschranken sieht das Telekommunikationsgesetz die **Anzeige-** und die **Lizenzpflicht** vor.

⁹³ Schuster, (Fn. 21), § 2, Rn. 34.

⁹⁴ Geppert / Ruhle / Schuster, (Fn. 84), Rn. 235; Schuster, (Fn. 21), § 2, Rn. 34 f.

1. Anzeigepflicht (§ 4 TKG)

Eine **Anzeigepflicht** begründet **§ 4 TKG**. Danach muß jeder, der Telekommunikationsdienstleistungen anbietet, die Aufnahme, Änderung und Beendigung des Betriebs innerhalb eines Monats bei der Regulierungsbehörde schriftlich anzeigen. Telekommunikationsdienstleistungen sind nach § 3 Nr. 18 TKG das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Telekommunikation wiederum stellt der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen dar. Nach Maßgabe dieser Begriffsbestimmungen ist der Kreis der nach § 4 TKG anzeigepflichtigen Personen außerordentlich weit gezogen.⁹⁵

Problem: Teilweise wird diskutiert, welche Ordnungsfunktion diese Vorschrift über die Anzeigepflicht angesichts der (potentiell) hohen Anzahl von Anzeigepflichtigen künftig erfüllen soll.⁹⁶ Demnach ist in Zukunft zu bedenken, ob, wie bei den Inhalten (vgl. § 4 MDStV und § 4 TDG), auch unter telekommunikationsrechtlichen Gesichtspunkten dauerhaft auf eine Anzeigepflicht verzichtet werden könnte. Unter dem Gesichtspunkt der Kontrollmöglichkeit in Bezug darauf, ob nicht doch die Erforderlichkeit des Marktzutritts durch Lizenzen besteht, welche wiederum ein elementares Instrumentarium auf dem Weg zu einem geregelten Wettbewerb darstellen, ist jedoch ein Verzicht auf die Anzeigepflicht vorläufig nicht denkbar.

2. Lizenzpflicht (§§ 6 ff. TKG)



Von der Lizenzpflicht sind nur diejenigen Telekommunikationsdienstleistungen erfaßt, die vormals Gegenstand des Netz- und Sprachtelefondienstmonopols – einschließlich der Mobil- und Satellitenkommunikation – waren.

Gemäß § 6 Abs. 1 TKG bedarf derjenige einer Lizenz, der

- **Übertragungswege betreibt**, welche die Grenze eines Grundstücks überschreiten und für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit genutzt werden,
- **Sprachtelefondienst** auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze **anbietet**.

Diese Lizenzen sind nach § 6 Abs. 2 TKG in insgesamt vier Lizenzklassen eingeteilt:

- Mobilfunklizenz als **Lizenzklasse 1** (§ 6 Abs. 2 Nr. 1a) TKG);
- Satellitenfunklizenz als **Lizenzklasse 2** (§ 6 Abs. 2 Nr. 1b) TKG);
- Telekommunikationsdienstleistungen, die nicht der Lizenzklasse 1 und 2 unterfallen, als **Lizenzklasse 3** (§ 6 Abs. 2 Nr. 1c) TKG) und
- Sprachtelefondienst als **Lizenzklasse 4** (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Problem: Überschreitung der Grenzen eines Grundstücks

⁹⁵ Eine – nicht abschließende – Aufstellung von gegenüber anderen Diensten abgegrenzten anzeigepflichtigen Telekommunikationsdiensten findet sich bei *Schuster*, (Fn. 21), § 4, Rn. 4 ff.

⁹⁶ Kritisch z.B. *Scherer*, NJW 1996, 2953 [2955].

Das Betreiben⁹⁷ von Übertragungswegen⁹⁸ ist nur dann lizenzpflichtig, wenn der Übertragungsweg die **Grenze eines Grundstücks** überschreitet. Der Begriff des Grundstücks wird nicht in einem liegenschaftlichen, sondern in einem wirtschaftlichen Sinne verstanden (vgl. § 3 Nr. 6 TKG). Danach ist entscheidend, daß der jeweilige Teil der Erdoberfläche seiner äußeren Erscheinung nach eine Einheit bildet. Auch eine aus mehreren Grundstücken im liegenschaftlichen Sinne bestehende Grundstücksmehrheit kann bei Vorliegen einer optischen Einheit ein Grundstück bilden (Flughäfen etc.). Indes stellt § 3 Nr. 6 Satz 1 TKG klar, daß Straßen- und Schienennetze nicht als einheitliches Grundstück betrachtet werden können. Ohne diese Regelung wäre es beispielsweise der Deutschen Bahn AG erlaubt gewesen, Übertragungswege entlang ihres bundesweiten Schienennetzes ohne Lizenz zu betreiben.⁹⁹

Problem: Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit

Weiter müssen für eine Lizenzpflicht die Übertragungswege zu dem Zweck betrieben werden, **Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit** anzubieten. Nicht lizenzpflichtig ist demnach das Betreiben von Übertragungswegen für eigene Zwecke, so etwa die Nutzung von Übertragungswegen für geschlossene Benutzergruppen; Unternehmensnetze (**Corporate Networks**) unterfallen daher nicht der Lizenzpflicht.¹⁰⁰ Nach § 6 Abs. 3 TKG wird vermutet, daß das Betreiben von Übertragungswegen, die von Dritten genutzt werden, eine Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit darstellt.

Die Lizenzklassen 1 bis 3 betreffen nach der klaren Regelung des 6 Abs. 2 Nr. 1 TKG das Betreiben von Übertragungswegen, während der Sprachtelefondienst eine eigenständige Lizenzklasse, nämlich die Lizenzklasse 4 bildet (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Die Sprachtelefondienstlizenz ist als reine Dienstlizenz ausgestaltet, die nach der ausdrücklichen Regelung des § 6 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 TKG nicht zugleich zum Betreiben von Übertragungswegen berechtigt. Gegenstand der Lizenzklasse 4 ist allein der Sprachtelefondienst als lizenzpflichtiger Bereich nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG.



Beachte: Unterscheidung Sprachtelefondienst und Mobilfunk

Auch wenn der Sprachtelefondienst dem natürlichen Wortlaut nach die Mobilfunkkommunikation mit umfaßt, unterscheidet das Gesetz deutlich zwischen beiden Lizenzklassen. Die **Mobilfunklizenz** ist **von der Sprachtelefondienstlizenz strikt zu trennen**. Die Mobilfunklizenz berechtigt nicht nur zum Betreiben des entsprechenden Übertragungsweges, sondern auch zum Angebot der hierüber vermittelten (Sprach-)Dienste. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut; denn Mobilfunkdienstleistungen erfassen die für die mobile Nutzung bestimmten Telekommunikationsdienstleistungen (vgl. § 3 Nr. 8 TKG), wozu auch die Sprachdienste zählen (vgl. § 3 Nr. 16, 18 TKG). Die Entstehungsgeschichte des TKG bestätigt dieses Ergebnis.¹⁰¹ Mobilfunkbetreiber benötigen daher, sofern sie ausschließlich Mobilfunkdienstleistungen anbieten, nur eine Lizenz der Lizenzklasse 1.¹⁰² Demgegenüber verlangt das Gesetz, sofern Sprachtelefondienste über das Festnetz angeboten werden, zwei Lizenzen. Die zum Be-

⁹⁷ Das Betreiben von Übertragungswegen erfordert nach § 3 Nr. 1 TKG das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle über die Gesamtheit der netzbezogenen Funktionen (Funktionsherrschaft).

⁹⁸ Eine Legaldefinition des Übertragungsweges findet sich in § 3 Nr. 22 TKG.

⁹⁹ Zu diesem Sinn des § 3 Nr. 6 Satz 2 TKG vgl. *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 265.

¹⁰⁰ *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 268; Scherer, NJW 1996, 2953 [2955]; *Schütz*, in: *Büchner* u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, § 6, Rn. 27 ff.

¹⁰¹ Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 37: „Im Mobil- und Satellitenbereich entspricht die Lizenzpflicht der bisherigen Praxis.“

¹⁰² *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 275.

trieb eines Sprachtelefondienstes erforderliche Lizenz der Lizenzklasse 4 schließt das Recht zum Betreiben von Übertragungswegen nicht mit ein (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 TKG). Notwendig für das Betreiben eines festnetzgebundenen Sprachtelefondienstes ist vielmehr eine Übertragungswegelizenz der Klasse 3 und eine Sprachtelefondienstlizenz der Klasse 4. Vor dem Hintergrund der Konvergenz von Festnetz- und Mobilfunkkommunikationsstrukturen erscheint dieser Differenzierungsansatz zunehmend problematisch.¹⁰³ Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) wird künftig eine Harmonisierung dieser unterschiedlichen Regulierung erzwingen.

Problem: Einordnung von Internettelefonie

Daß die stark technikgeprägte Kategorisierung des Telekommunikationsgesetzes nach Lizenzklassen angesichts der rasanten Fortentwicklung technikgestützter Kommunikationssysteme ***Auslegungs- und Abgrenzungsprobleme*** aufwirft, zeigt sich auch an der telekommunikationsrechtlichen Behandlung der Internettelefonie („webphoning“). Für die Praxis besteht die bedeutsame und in der Literatur¹⁰⁴ ausführlich erörterte ***Frage***, ob die ***Internet-Telefonie Sprachtelefonie*** im Sinne der Legaldefinition des Gemeinschaftsrechts¹⁰⁵ und des Telekommunikationsgesetzes darstellt und damit lizenzpflichtig gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 TKG ist. Die Internettelefonie kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Kennzeichnend für diese Form der Telefonie ist jedoch in jedem Fall, daß die Verbindung zwischen den Teilnehmern unter Heranziehung von Service-Providern über das Internet zustande kommt.¹⁰⁶ Die Europäische Kommission vertritt in einer Mitteilung zur Auslegung der Diensterichtlinie die Auffassung, daß es sich bei der Internettelefonie nach Lage der Dinge noch nicht um Sprachtelefonie im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Legaldefinitionen handelt.¹⁰⁷ Sie stützt sich dabei auf zwei ***technische Besonderheiten***: Zum einen erfolgt die Internettelefonie derzeit noch in erster Linie zwischen zwei Computern; daher kann nicht „jeder ... Benutzer das Endgerät zur Kommunikation mit einem anderen Netzabschlußgerät verwenden“. Zum anderen soll es an einer Kommunikation in „Echtzeit“ fehlen, weil bei der Internettelefonie technisch bedingte zeitliche Verzögerungen auftreten. Freilich wird diese Besonderheit entfallen, wenn die Sprachsignale bei der Paketvermittlung im Internetverkehr privilegiert behandelt werden; dadurch läßt sich eine Kommunikation in „Echtzeit“ erreichen. Anzumerken ist jedoch, daß die Auslegungsmittlung nicht rechtsverbindlich ist, aber als Auslegungsleitlinie dienen kann. Es bestand eine Verpflichtung der Kommission, ihre Mitteilung spätestens zum 1.1.2000 zu überprüfen. Doch selbst wenn die Internettelefonie als Sprachtelefondienst eingeordnet werden müßte, unterfiele dieser Dienst regelmäßig nicht der Lizenzpflicht, weil es an einem Dienst „auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze“ fehlte. Wegen der

¹⁰³ Siehe auch *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 276.

¹⁰⁴ zur Internettelephonie *Göckel*, K&R 1998, 250 ff.; *Müller-Terpitz*, MMR 1998, 65 ff.; *Windthorst / Franke*, CR 1999, 14 ff.

¹⁰⁵ Art. 1 Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABLEG 1990 Nr. L 192, S. 10.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu auch *Moritz / Niebler*, CR 1997, 697 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über den Status der Sprachübermittlung im Internet in bezug auf die Richtlinie 90/388/EWG, ABl. C 140 vom 07.05.1997, S. 8 ff.; Mitteilung der Kommission über den Status der Sprachübermittlung im Internet in bezug auf die Richtlinie 90/388/EWG, ABl. C vom 06.01.1998, S. 4; siehe auch Scherer, NJW 2000, 772 [773].

Struktur des Internet dürfte diese Voraussetzung bei Service-Providern prinzipiell nicht vorliegen.¹⁰⁸

Auf Antrag können **Lizenzen** der Lizenzklassen 1 bis 4 auch in einer Lizenz **zusammengefaßt erteilt** werden. (§ 6 Abs. 4 TKG). Ausweislich der Amtlichen Begründung soll mit dieser Regelung gewährleistet werden, daß Lizenzen antragsgemäß, individuell auf den Geschäftszweck des Antragstellers ausgerichtet, erteilt werden können.¹⁰⁹ Die Zusammenfassung in einer Lizenz führt indes nicht dazu, daß nur ein gebührenrechtlich relevanter Tatbestand (vgl. § 16 TKG) vorliegt. Dennoch erscheint im Hinblick auf den verminderten Verwaltungsaufwand eine Gebührenreduzierung angezeigt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 TKLGebV).¹¹⁰ Im Zusammenhang mit den Lizenzgebühren ist hinsichtlich der **Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung** die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu berücksichtigen, wonach für Lizenzen der Lizenzklassen 3 und 4 momentan mangels gültiger Rechtsgrundlage (die Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung wurde wegen der unzulässigen Berücksichtigung von langfristigen Verwaltungstätigkeiten bei der Gebührenberechnung bei diesen Lizenzen für unwirksam erklärt) keine Lizenzgebühren erhoben werden können.

3. Verfahren der Lizenzvergabe

a) Allgemeines zur Lizenzerteilung



Die Lizenzerteilung erfordert einen **schriftlichen Antrag** (§ 8 Abs. 1 Satz 1 TKG). Soweit die erforderlichen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der Lizenzerteilung vom Antragsteller erfüllt sind, der Antrag die notwendigen Angaben enthält und die Anzahl der Lizenzen nicht nach § 10 TKG wegen Frequenzknappheit beschränkt wurde, besteht ein **Rechtsanspruch auf Lizenzerteilung**. Das Bestehen eines solchen Rechtsanspruches ist Ausfluß des privatwirtschaftlichen Charakters von Telekommunikationsdienstleistungen (Art. 87 f Abs. 2 Satz 1, Art. 12 und 14 GG).

In **persönlicher Hinsicht** muß der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde aufweisen, damit eine dauerhafte Ausübung der Lizenzrechte zu erwarten ist (§ 8 Abs. 3 Nr. 2a) TKG). Es handelt sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterliegen. In **sachlicher Hinsicht** ist zu berücksichtigen, daß eine Lizenz nur dann erteilt wird, wenn überhaupt zur Lizenzausübung Frequenzen zur Verfügung stehen (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Weiterhin darf durch die Lizenzerteilung die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet werden (§ 8 Abs. 2 Nr. 2b) TKG). Letzterer Versagungsgrund stößt indes auf rechtsstaatlichen Widerstand, weil von der öffentlichen Ordnung nur die für das gedeihliche Zusammenleben unverzichtbaren ungeschriebenen Regeln erfaßt sind; diese ungeschriebene „Sittenordnung“ stellt keinen Grund solchen Gewichts dar, daß sie die Versagung einer Lizenzerteilung rechtfertigen könnte.

§ 8 Abs. 5 TKG stellt klar, daß die zum Betrieb von Übertragungswegen benötigten **Frequenzen** nach Maßgabe der §§ 44-48 TKG **zugeweiht** werden. Die Lizenz enthält daher noch keine Frequenzzuteilung. Hierdurch ergibt sich ein **zweistufiges Genehmigungsverfahren**: Im ersten Schritt wird die Lizenz erteilt, die einen Anspruch auf Erteilung der für ihren Gebrauch

¹⁰⁸ Ablehnend zur Einordnung der Internettelefonie als lizenzpflichtigen Sprachtelefondienst *Moritz / Niebler*, CR 1997, 697 ff.; *Moritz*, in: *Hoeren / Sieber* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 1999, 3.1, Rn. 41 m.w.N.; *Scherer*, NJW 1998, 1607 [1609]; differenzierend *Schütz*, (Fn. 100), § 6, Rn. 80.

¹⁰⁹ Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 38.

¹¹⁰ *Schütz*, (Fn. 100), § 6, Rn. 94.

benötigten Frequenzen enthält. Ob und welche Frequenz tatsächlich zugeteilt wird, richtet sich nach dem in §§ 44 ff. TKG geregelten Zuweisungsverfahren auf der Grundlage des Frequenznutzungsplanes.¹¹¹

b) Lizenzvergabeverfahren bei Frequenzknappheit: Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren



Für den Fall, daß nach Maßgabe des Frequenznutzungsplanes (§ 46 TKG) für die Ausübung von Lizenzen **nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen** vorhanden sind - wie zum Beispiel für die Mobilfunksysteme GSM, DCS 1800 und UMTS 2000 -, sieht das Telekommunikationsgesetz ein zweistufiges Verfahren vor: In einem ersten Verfahrensschritt kann die Regulierungsbehörde die **Anzahl der Lizenzen beschränken (§ 10 Satz 1 TKG)**. Diese in der Handlungsform der Allgemeinverfügung ergehende Entscheidung erfolgt nach Anhörung der betroffenen Kreise (§ 10 Satz 2 TKG) und ist im Amtsblatt der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen (§ 10 Satz 3 TKG). Sofern die Anzahl der Lizenzen beschränkt ist, hat die Regulierungsbehörde die **Wahl zwischen dem Versteigerungsverfahren und dem Ausschreibungsverfahren**, wobei sie ihre Entscheidung über die Wahl des Verfahrens sowie die Festlegung der Regeln für seine Durchführung im Amtsblatt zu veröffentlichen hat (§ 11 Abs. 1 TKG).

Durch das **Versteigerungsverfahren** soll festgestellt werden, welcher oder welche der Bieter am besten geeignet sind, die ersteigerten Funkfrequenzen effizient für das Angebot der zu lizenzierenden Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit zu nutzen (§ 11 Abs. 4 TKG). Demgegenüber soll mit dem **Ausschreibungsverfahren** ermittelt werden, welcher oder welche Bewerber ausweislich ihrer Fähigkeiten und Eigenschaften am besten geeignet sind, die Nachfrage der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit zu befriedigen (§ 11 Abs. 6 TKG).

Das Gesetz sieht als **Regelfall** das **Versteigerungsverfahren** vor (§ 11 Abs. 2 Satz 1 TKG).¹¹² Hiervon bestehen nur **zwei Ausnahmen**. Erstens erfolgt die Vergabe von Frequenzen für die Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen ausschließlich im Wege der Ausschreibung (§ 11 Abs. 2 Satz 3 TKG). Und zweitens ist das Ausschreibungsverfahren zwingend vorgesehen, wenn das Versteigerungsverfahren nicht geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG sicherzustellen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 und 2 TKG).

Problem: Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit von Versteigerungsverfahren

Das Versteigerungsverfahren, vor allem aber sein Primat gegenüber dem Ausschreibungsverfahren ist Gegenstand heftiger Diskussion. Ob es tatsächlich die intendierten positiven wirtschaftspolitischen Ziele zu erreichen in der Lage ist und ob eine solche „Kommerzialisierung“ der öffentlichen Verwaltung mit Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, erscheint durchaus fraglich.¹¹³

Problem: Lizenzen zum Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen mittels UMTS/IMT 2000

¹¹¹ Schütz, (Fn. 100), § 8, Rn. 51.

¹¹² Geppert / Ruhle / Schuster, (Fn. 84), Rn. 300; Scherer, NJW 1996, 2953 [2958].

¹¹³ Vgl. allgemein zur Diskussion nur Geppert, (Fn. 21), § 11, Rn. 17 f. und Scherer, NJW 1996, 2953 [2957 f., Fn. 32].

Insbesondere im Rahmen der kürzlich durchgeführten Versteigerung von Lizenzen für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen mittels UMTS (Universal Mobile Telecommunications System)/IMT 2000 (International Mobile Telecommunications 2000), Mobilkommunikation der dritten Generation, traten erhebliche Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit und der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens (Versteigerung) auf.¹¹⁴

III. Gewährleistung von Universaldienst (§§ 17-22 TKG)

1. Grundzüge zum Universaldienst

Die Liberalisierung des Telekommunikationssektors führt nicht zu einem vollständigen Verantwortungsverlust des Staates. Vielmehr verlagern sich allein die Verantwortungsfelder von der *Aufgaben- und Erfüllungsverantwortlichkeit* zur *Gewährleistungs- und Kontrollverantwortlichkeit des Staates*.¹¹⁵ Es war von Anfang an erklärtes Ziel der gemeinschaftsrechtlichen Liberalisierungspolitik, auch nach der Liberalisierung eine möglichst flächendeckende Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen zu angemessenen Bedingungen zu gewährleisten (Universaldienstleistungen). Die Versorgung der Bevölkerung mit Universaldienstleistungen ist ein wesentlicher Eckpfeiler der Liberalisierungspolitik der Europäischen Gemeinschaft.¹¹⁶ In der Bundesrepublik Deutschland ist das Universaldienstleistungsregime verfassungsrechtlich verbürgt. Art. 87 f Abs. 1 GG verpflichtet den Bund, in der Fläche für angemessene und ausreichende Dienstleistungen Sorge zu tragen.¹¹⁷



Das Telekommunikationsgesetz knüpft mit seiner Zielbestimmung (§§ 1 f. TKG) an den Gewährleistungsauftrag des Art. 87 f Abs. 1 GG an; nach § 1 TKG ist es unter anderem Aufgabe der Regulierung, „flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG greift diese Zweckbestimmung auf und erklärt „die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen“ zum einem Ziel des Telekommunikationsgesetzes. Konkretisierungen dieser Zielsetzung finden sich in den *Vorschriften über das Universaldienstleistungsregime der §§ 17 ff. TKG*.

Nach der *Definition* in § 17 Abs. 1 Satz 1 TKG sind Universaldienstleistungen

„ein Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Nutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen.“

Das Gesetz grenzt den Gewährleistungsbereich der zu garantierenden Universaldienstleistungen näher ein. Hiervon sind nur Telekommunikationsdienstleistungen erfaßt, die den Bereichen des Sprachtelefondienstes oder des Betreibens von Übertragungswegen zuzuordnen sind (§ 17 Abs. 1 Satz 2 TKG). Telekommunikationsdienstleistungen, die zu diesen Dienstleistun-

¹¹⁴ Vgl. Arndt, K&R 2001, 23 ff.; Degenhart, K&R 2001, 32 ff.; Ehlers, K&R 2001, 1 ff.; Grzeszick, DVBl. 1997, 878 ff.; Hommel / Berndt, K&R 2000, 581; Klöck, RTkom 2000, 280 ff.; Koenig, K&R 2001, 41 ff.; Koenig / Neumann, ZRP 2001, 252 ff.; Luttermann, K&R 2000, 473; Sachs, K&R 2001, 13 ff.; Schumacher, NJW 2000, 3096 ff.; Varadinek, CR 2001, 17 ff.

¹¹⁵ Vgl. hierzu bereits oben im Abschnitt C) unter II.

¹¹⁶ Siehe hierzu eingehend Geppert / Ruhle / Schuster, (Fn. 84), Rn. 162 ff.

¹¹⁷ Siehe hierzu bereits oben im Abschnitt C) unter II.

gen „in unmittelbarem Zusammenhang“ stehen, können gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 TKG ebenfalls als Universaldienstleistungen bestimmt werden.

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch **Rechtsverordnung** die einzelnen Telekommunikationsdienstleistungen als Universaldienstleistungen festzulegen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 TKG).¹¹⁸ Dabei ist die Bestimmung der Universaldienstleistungen der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung nachfragegerecht anzupassen (§ 17 Abs. 2 Satz 2 TKG). Auf diese Weise sucht das Telekommunikationsgesetz, der Dynamik und Flexibilität des Telekommunikationssektors Rechnung zu tragen.

Gleichwohl wirft die Regelung des § 17 Abs. 2 Satz 2 TKG **Probleme** auf, die sich vor allem auf das Verhältnis dieser Norm zu § 17 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG beziehen. Fraglich ist, ob § 17 Abs. 2 Satz 2 TKG an die Regelungen des § 17 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG anknüpft oder aber einen solchen Bezug nicht aufweist. Im letzteren Falle könnten sich die Universaldienstleistungen dynamisch auch auf solche Telekommunikationsdienstleistungen erstrecken, die weder den Sprachtelefondienst oder das Betreiben von Übertragungswegen betreffen noch zu diesen Telekommunikationsdienstleistungen „in unmittelbarem Zusammenhang“ stehen. Diese Frage hat insoweit Bedeutung, als dann neben dem Auskunftsdienst oder öffentlichen Sprechstellen¹¹⁹ etwa auch der Zugang zum Internet am Universaldienstleistungsregime partizipieren könnte. Da § 17 Abs. 2 Satz 2 TKG unmittelbar der Delegationsnorm des § 17 Abs. 2 Satz 1 TKG folgt, der ausdrücklich auf § 17 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG Bezug nimmt, wird man indes aus systematischen Gründen einer solchen erweiternden Auslegung des § 17 Abs. 2 Satz 2 TKG nicht das Wort reden können. Die dynamische Klausel des § 17 Abs. 2 Satz 2 TKG bezieht sich allein auf den Sprachtelefondienst und das Betreiben von Übertragungswegen sowie auf Telekommunikationsdienstleistungen, die hierzu in einem engen Zusammenhang stehen. Fehlt es hingegen an diesem Bezug, greift § 17 Abs. 2 Satz 2 TKG nicht Platz.

Die auf der Grundlage des § 17 Abs. 2 TKG erlassene **Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV)** enthält nähere Festlegungen zum Umfang der Universaldienstleistungen.

§ 1 Nr. 1 TUDLV definiert als Universaldienstleistung

„den Sprachtelefondienst auf der Basis eines digital vermittelnden Netzes und von Teilnehmeranschlußleitungen mit einer Bandbreite von 3,1 KHz und den spezifischen ISDN-Leistungsmerkmalen.“

Weitere Universaldienstleistungen werden daneben in § 1 Nr. 2 und 3 TUDLV festgelegt.

In § 2 TUDLV finden sich Festlegungen über die **Tarife**. Nach § 2 TUDLV gilt der Preis für den Sprachtelefondienst mit ISDN-Leistungsmerkmalen als erschwinglich, wenn er den realen Preis nicht übersteigt, der für die durchschnittlich nachgefragten Telefondienstleistungen von einem Privathaushalt außerhalb von Städten mit mehr als 100.000 Einwohnern zum Zeitpunkt des 31. Dezember 1997 entrichtet wurde.

2. Verfahren zur Gewährleistung von Universaldiensten

Das Telekommunikationsgesetz geht davon aus, daß die Marktkräfte ohne staatlichen Eingriff in der Lage sind, den Universaldienst zu gewährleisten. Sofern hingegen eine Versorgung der

¹¹⁸ Zur Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV) vom 1. Februar 1997 nachfolgend.

¹¹⁹ Vgl. hierzu die Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 41; siehe auch *Schütz*, (Fn. 100), § 17, Rn. 13.

Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen in hinreichendem Umfang und zu angemessenen Bedingungen nicht erfolgt oder erkennbar wird, daß eine solche Grundversorgung nicht garantiert ist, drängen die Verpflichtungen des Universaldienstleistungsregimes auf Verwirklichung. Die Rechtspflicht zur Erbringung der jeweiligen Universaldienstleistung trifft dann sämtliche **Telekommunikationsunternehmen, die auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt** der betreffenden lizenzpflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen **tätig sind** und über einen **Marktanteil** von **mindestens 4%** verfügen (§ 18 Abs. 1 TKG). Mit dieser gesetzlichen Universaldienstleistungspflicht soll der für die Erhebung der **Universaldienstleistungsabgabe** erforderliche „Verantwortungszusammenhang“ hergestellt werden.¹²⁰

Das **förmliche Verfahren** zur Auferlegung von Universaldienstleistungs- und Abgabepflichten wird durch eine im Beschlußkammerverfahren (§§ 73 ff. TKG) zu treffende und im Amtsblatt zu veröffentlichende „**Feststellung**“ eingeleitet, daß eine Universaldienstleistung auf einem bestimmten sachlich und räumlich abgrenzbaren Markt nicht ausreichend erbracht wird oder die Besorgnis unzulänglicher Versorgung besteht (§ 19 Abs. 1 TKG).

Sofern sich nicht **innerhalb eines Monats** ein Unternehmen bereit erklärt, die betreffende Universaldienstleistung ohne finanziellen Ausgleich zu erbringen, kann die Regulierungsbehörde einem oder mehreren marktbeherrschenden Unternehmen die Erbringung der Universaldienstleistung auferlegen (§ 19 Abs. 3 TKG).

Das verpflichtete Unternehmen kann für die Erbringung der Universaldienstleistung einen **finanziellen Ausgleich** verlangen, sofern es gegenüber der Regulierungsbehörde nachweist, daß die langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung der Universaldienstleistung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals deren Erträge übersteigen. Die Erträge werden auf der Grundlage der in der Universaldienstleistungsverordnung festzulegenden „erschwinglichen Preise“ berechnet (§ 20 Abs. 2 TKG).

Macht der Anbieter, der zur Erbringung einer Universaldienstleistung verpflichtet werden soll, glaubhaft, daß er im Fall der Verpflichtung einen Ausgleich nach § 20 Abs. 2 TKG verlangen kann, kann die Regulierungsbehörde die Universaldienstleistung **ausschreiben** und an denjenigen Bewerber vergeben, der sich als fachkundig erweist, die Universaldienstleistung zu erbringen, und hierbei den **geringsten finanziellen Ausgleich** verlangt (§ 19 Abs. 5 TKG). Ist die Verpflichtung zur Erbringung der Universaldienstleistung hingegen nicht möglich, muß die Regulierungsbehörde die **Universaldienstleistung ausschreiben** (§ 19 Abs. 6 TKG).

Der **finanzielle Ausgleich** für die Erbringung der Universaldienstleistung wird aus einem **Universaldienstfonds** gewährt, zu dem sämtliche lizenzpflichtigen Telekommunikationsunternehmen beizutragen haben, die auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt tätig werden und über einen **Marktanteil** von **bundesweit mindestens 4%** verfügen. Die Höhe der von dem einzelnen Lizenznehmer zu entrichtenden Universaldienstleistungsabgabe bestimmt sich nach dem Verhältnis seines Umsatzes zu der Summe des Umsatzes aller Verpflichteten (§ 21 Abs. 1 TKG).¹²¹

¹²⁰ Vgl. hierzu die Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 41.

¹²¹ Zur Frage nach der Verfassungskonformität der Universaldienstleistungsabgabe eingehend Schütz, (Fn. 100), § 21, Rn. 4 ff.; zu den Kategorien zulässiger nichtsteuerlicher Abgaben Gersdorf / Brosius-Gersdorf, Rechtsfragen des Teilnehmerentgeltensystems nach bayerischem Rundfunkrecht, München 1997, S. 54 ff. m.w.N.

Als **Probleme** der Materie werden die Beschränkung der Beitragspflicht auf Lizenznehmer¹²² und die Verfassungsmäßigkeit der Universaldienstleistungsabgabe¹²³ diskutiert.

Soweit überblickbar, erfolgten bisher keine regulatorischen Eingriffe der Regulierungsbehörde im Bereich des Universaldienstleistungsregimes.

IV. Entgeltregulierung

Die Vorschriften über die Entgeltregulierung bilden ein **Kernstück der Liberalisierung** des Telekommunikationsmarktes. Sie zielen zum einen auf den **Schutz der** mit der Deutschen Telekom AG **konkurrierenden Telekommunikationsunternehmen** und damit auf die Verwirklichung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG); schutzbedürftig sind die privaten Telekommunikationsunternehmen vor allem dann, wenn sie zur Erbringung eigener Telekommunikationsdienstleistungen auf die Leistungen der Deutschen Telekom AG angewiesen sind.

Zum anderen dient das Entgeltregulierungsregime des Telekommunikationsgesetzes dem **Schutz der Verbraucher** vor übermäßigen Entgelten, die nur aufgrund des hohen Marktanteils des ehemaligen Monopolisten Deutsche Telekom AG verlangt werden können. In der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs wird der Sinn der sektorspezifischen Regeln der Preisregulierung darin gesehen, den marktbeherrschenden Anbieter an mißbräuchlichem Verhalten und insbesondere daran zu hindern, „die Nachfrager auf Teilmärkten mit niedriger Preiselastizität der Nachfrage durch hohe Preise auszubeuten, um auf den anderen Teilmärkten durch systematische Preisunterbietung Wettbewerb zu beeinträchtigen“. ¹²⁴

1. Regelungsmaßstäbe

Die **Bezugspunkt** für die Entgeltregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz sind die **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung**. An diesen haben sich die für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdienstleistungen verlangten Entgelte des marktbeherrschenden Anbieters zu orientieren (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG).¹²⁵ Die Forderung der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wird in § 3 Abs. 2 TEntgV¹²⁶ konkretisiert. Danach ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.

Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dürfen **keine „Aufschläge“** enthalten, die nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar sind (§ 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG); sie dürfen weiter auch **keine „Abschläge“** enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Und schließlich ist es prinzipiell **unzulässig**, einzelnen Nachfragern **Vorteile** ge-

¹²² Vgl. hierzu v. Danwitz, NVwZ 2000, 615 ff.; Schütz / Cornils, DVBl. 1997, 1146 ff.

¹²³ Vgl. dazu v. Danwitz, NVwZ 2000, 615 ff.; Schwintowski, CR 1997, 630 [633]; Heimlich, NVwZ 1998, 122 ff.; Manssen, ArchPT 1998, 236 [238]; Schütz / Cornils, DVBl. 1997, 1146 [1153].

¹²⁴ Vgl. hierzu die Begründung zu § 24 des Entwurfes des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 43.

¹²⁵ Entgegen dem Wortlaut des § 30 Abs. 4 TKG ist auch im Rahmen der nachträglichen Entgeltmißbrauchskontrolle der Maßstab der effizienten Leistungskontrolle nach § 24 Abs. 1 TKG anwendbar, vgl. VG Köln, CR 1998, 668 [670].

¹²⁶ Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) vom 01.10.1996, BGBl. I, S. 1120.

genüber anderen Nachfragern gleichwertiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen **einzuräumen** (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG).



Alle diese Verbotsgründe stehen indes unter dem **Vorbehalt einer sachlichen Rechtfertigung**; das Telekommunikationsgesetz rezipiert hiermit die Kategorie des allgemeinen Kartellrechts. Sofern für entsprechende „Aufschläge“ oder „Abschläge“ oder entgeltbezogene Differenzierungen ein sachlich rechtfertigender Grund nachgewiesen wird, ist hiergegen unter telekommunikationsrechtlichen Gesichtspunkten an nichts zu erinnern.¹²⁷

Unter den **Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung** sind nicht die dem Telekommunikationsunternehmen tatsächlich entstehenden Kosten zu verstehen, sondern nur diejenigen Kosten, die ein wirtschaftlich, nach kaufmännischen Maßstäben handelnder Unternehmer einkalkulieren müßte. Kostenfaktoren, die durch Mißmanagement oder durch Altlasten aufgrund des vormaligen Monopolbetriebs in den tatsächlichen Kosten enthalten sind, stellen keine Größen der effizienten Leistungsbereitstellung dar.¹²⁸ Das bedeutet indes nicht, daß derartige Kosten für die Gesamtbewertung von vornherein außer Betracht bleiben müssen. Ein normativer Ansatz hierfür findet sich bereits in § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG, wonach die Entgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht exakt entsprechen müssen, sondern sich hieran nur zu „orientieren“ haben.¹²⁹ Demgemäß sieht § 3 Abs. 4 Satz 2 TEntgV explizit vor, daß auch die über die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinausgehenden Kosten ausnahmsweise berücksichtigt werden können, wenn das betreffende Unternehmen hierfür eine sachliche Rechtfertigung nachweist. Dementsprechend hat das frühere Bundesministerium für Post und Telekommunikation, das mit der Wahrnehmung der Aufgaben nach dem Telekommunikationsgesetz bis zum 31. Dezember 1997 betraut war, im Zusammenhang mit den Zusammenschaltungsentgelten festgestellt, daß die unabdingbar entstehenden Aufwendungen für Personalanpassungsmaßnahmen grundsätzlich einen sachlichen Rechtfertigungsgrund nach § 3 Abs. 4 Satz 2 TEntgV begründen könnten.

Problem: Einräumung von gewissen Gewinnmargen

Auch wird man bei verfassungskonformer Auslegung des § 24 TKG dem betroffenen Unternehmen eine angemessene **Gewinnmarge** zubilligen müssen; es ist nicht der Zweck der Vorschrift, dem Unternehmen den wirtschaftlichen Ertrag streitig zu machen, den es im Falle eines - hypothetischen - freien Marktes mit Wettbewerbsstrukturen erzielen könnte.

2. Regulierungsverfahren



Das Gesetz differenziert zwischen der **vorherigen (ex ante)**¹³⁰ und der **nachträglichen (ex post)**¹³¹ Entgeltregulierung. Dem asymmetrischen Regulierungsansatz des Telekommunikationsgesetzes entsprechend ist der **Anknüpfungspunkt** sowohl für die ex ante- als auch für die

¹²⁷ Zur Frage, ob die Kabelnetzbetreiber berechtigt sind, von den Inhalteanbietern und namentlich von den Rundfunkveranstaltern Einspeisungsentgelte zu verlangen und hierbei (reichweitenbezogene) Differenzierungen vorzunehmen, vgl. eingehend *Gersdorf*, Kabeleinspeisung von Programmbouquets: Zugang digitaler Programmbouquets des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zum breitbandigen Kommunikationsnetz, Berlin 2000, S. 131 ff. und 138 ff.

¹²⁸ Vgl. nur *Großkopf / Ritgen*, CR 1998, 86 [88]; *Schuster / Stürmer*, in: *Büchner* u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, § 3 TEntgV, Anh § 27, Rn. 20 f.; *Wagner*, K&R 1998, 234 [241]; siehe auch *Knieps*, Ein analytisches Kostenmodell für das Ortsnetz, Freiburg 1998, S. 6 ff.

¹²⁹ Vgl. *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 396.

¹³⁰ Vgl. § 25 TKG.

¹³¹ Vgl. § 30 TKG.

ex post-Regulierung die **marktbeherrschende Stellung des Unternehmens auf dem jeweiligen sachlich relevanten Telekommunikationsmarkt**.¹³²

Gegenstand der **vorherigen Entgeltregulierung** sind die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Übertragungswegen und dem Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklassen 3¹³³ und 4 im Sinne des § 6 TKG (vgl. § 25 Abs. 1 TKG).



Für die **ex ante-Entgeltregulierung** sieht § 27 TKG **zwei Verfahren** vor. Zum einen kann die Genehmigung auf der Grundlage der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erfolgen (**Einzelgenehmigungsverfahren**, § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG); zum anderen ist eine Genehmigung auf der Basis der von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefaßter Dienstleistungen möglich (**price cap-Verfahren**, vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG).

Bei dem **price cap-Verfahren** ist nicht das Entgelt für die einzelne Dienstleistung Gegenstand der Regulierung. Vielmehr werden die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen **Korb zusammengefaßter Dienstleistungen** zum Maßstab gemacht¹³⁴. Die Anforderungen für die Zusammensetzung des Korbes sind in § 1 Abs. 2 TEntgV geregelt. Er soll mindestens drei Dienstleistungen enthalten. Es wird also im Gegensatz zum Einzelgenehmigungsverfahren nicht das Entgelt jeder einzelnen Dienstleistung überprüft, sondern nur die durchschnittlichen Entgelte für die im Korb zusammengefaßten Dienstleistungen.

Dieses **price cap-Verfahren** ist **gegenüber dem Einzelgenehmigungsverfahren vorrangig anzuwenden** (§ 1 Abs. 1 TEntgV); das Verfahren der Einzelgenehmigung kommt als begründungsbedürftige Ausnahme von der Regel der Anwendung des price cap-Verfahrens nur dann in Betracht, wenn die betreffende Dienstleistung nicht mit einer Mehrzahl von Dienstleistungen in einem Korb zusammengefaßt werden kann.

Problem: Anwendungsbereich der Regelung von § 30 Abs. 4 TKG

Die Vorschrift des § 30 Abs. 4 TKG (Anpassungsaufforderung), welche die nachträgliche Entgeltregulierung betrifft, berechtigt ihrem Wortlaut nach die Regulierungsbehörde zwar nur insoweit zum Einschreiten, als es um eine Verletzung der in § 24 Abs. 2 TKG genannten Maßstäbe geht. Diese gesetzestechnisch verunglückte Regelung führt indes nicht dazu, daß insoweit der Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne des § 24 Abs. 1 TKG nicht zum Tragen kommt. Dies ergibt sich zum einen daraus, daß die Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 TKG die Überprüfung einzuleiten hat, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, daß die betreffenden Entgelte nicht den Maßstäben des § 24 TKG genügen, also auch dann, wenn sie nicht den Anforderungen des § 24 Abs. 1 TKG entsprechen. Zum anderen setzt die Beurteilung, ob die Entgelte Aufschläge oder Abschläge im Sinne des § 24 Abs. 2 TKG ent-

¹³² Die für die vorherige und die nachträgliche Entgeltregulierung bestehenden Fristen (vgl. §§ 28 Abs. 2 und 30 Abs. 3 TKG) haben eine reine Ordnungsfunktion. Im Falle der Fristüberschreitung gelten die Entgelte nicht als genehmigt beziehungsweise im Falle der nachträglichen Regulierung als unbeanstandet; hierzu eingehend VG Köln, CR 1998, 668 [669].

¹³³ Zum Problem, ob der Betrieb des breitbandigen Kabelnetzes ein Angebot von Übertragungswegen im Rahmen der Lizenzklasse 3 darstellt und damit § 25 Abs. 1 TKG unterfällt, vgl. eingehend *Wagner*, K&R 1998, 234 [237 ff.]; *Gersdorf*, (Fn. 127), S. 100 ff.

¹³⁴ Zur Einteilung der Warenkörbe im Bereich des Telefondienstes *Scherer*, NJW 2000, 772 [775].

halten, schon begrifflich die Bestimmung einer Bezugsgröße voraus, die der gerechtfertigten Entgelthöhe entspricht.¹³⁵

In Bezug auf Entgelte für die Gewährung von Netzzugängen (vgl. nachfolgend) nach § 35 TKG und für die Durchführung einer Zusammenschaltung nach § 37 TKG gelten im Rahmen der Vorgaben von § 39 TKG die *Vorschriften über die Entgeltregulierung entsprechend*.

V. Offener Netzzugang und Zusammenschaltungen

Nach Art. 87 f Abs. 1 GG ist der Bund verpflichtet, für angemessene und ausreichende Dienstleistungen auf dem Gebiet der Telekommunikation Sorge zu tragen. In Wahrnehmung dieses Gewährleistungsauftrages hat der Bund einen auf Chancengleichheit beruhenden, funktionsfähigen Wettbewerb sicherzustellen. Er muß deshalb auch Grundregeln schaffen, die den chancengleichen, diskriminierungsfreien **Zugang** der (neuen) Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen **zu den Netzen und Dienstleistungen des etablierten, marktbeherrschenden Anbieters** eröffnen. Da die Newcomer oftmals auf die Dienstleistungen des ehemaligen Monopolisten angewiesen sind, um eigene Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt anbieten zu können, hat der Gesetzgeber Grundregeln für den **offenen Netzzugang** und für die **Zusammenschaltung** aufzustellen. Der Gesetzgeber ist dieser Verpflichtung mit den Vorschriften der §§ 33 ff. TKG nachgekommen. Zugleich hat er damit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprochen. Kernstück der Liberalisierungspolitik der Gemeinschaft sind die Bestimmungen über den freien Netzzugang und die Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen.¹³⁶

1. Besondere Mißbrauchsaufsicht (§ 33 TKG)



§ 33 Abs. 1 TKG verpflichtet einen Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, allen Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen von ihm am Markt angebotenen Leistungen, soweit sie wesentlich sind, zu ermöglichen. Bei der Prüfung des § 33 Abs. 1 TKG ist zwischen dem Kreis der **Anspruchsgegner**, dem **Anspruchsgegenstand** und dem Kreis der **Anspruchsinhaber** zu unterscheiden.

Normadressat des § 33 Abs. 1 TKG ist derjenige Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 GWB verfügt. § 3 Nr. 19 TKG definiert den Begriff der **Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit**

„als das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für beliebige natürliche oder juristische Personen und nicht lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen.“

Telekommunikation ist wiederum

„der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen.“

¹³⁵ VG Köln, CR 1998, 668 [670]; zur Bestimmung des Begriffs „unverzüglich“ vgl. ebenfalls VG Köln, CR 1998, 668 [669].

¹³⁶ Übersichten bei *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 1525 ff.



Weiter muß der Zugang zu den vom Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen intern genutzten und zu den vom ihm am Markt angebotenen Leistungen begehrt werden. Der Begriff der „**Leistung**“ *im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG* stimmt nicht mit dem der Telekommunikationsdienstleistung (§ 3 Nr. 18 TKG) überein.¹³⁷ Er erfaßt auch die sogenannten „**Vorprodukte**“, die der Marktbeherrscher intern für die Bereitstellung seiner Telekommunikationsdienstleistungen nutzt.

Ferner muß es sich um „**wesentliche**“ **Leistungen** im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG handeln. Der Begriff der Wesentlichkeit ist im Lichte des normativen Bedeutungsgehalts des Begriffs des „Wettbewerbers“ zu lesen. Da „Wettbewerber“ selbst Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit sein müssen,¹³⁸ ist das Wesentlichkeitskriterium funktional auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen bezogen. Der Wettbewerber muß ohne die begehrte Leistung faktisch an der Erbringung der von ihm beabsichtigten Telekommunikationsdienstleistung gehindert sein.¹³⁹

Der Begriff des „**Wettbewerbers**“ sowie die Formulierung „*auf diesem Markt*“ zeigt, daß nur solche Personen als Inhaber eines Anspruches nach § 33 TKG in Betracht kommen, die selbst Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten und insoweit in Wettbewerb mit dem Unternehmen des Anspruchsgegners treten. Unerheblich für einen Anspruch nach § 33 TKG ist, ob das benachteiligte und einen Schutzanspruch geltend machende Unternehmen sich bereits auf dem Markt befindet oder aber erst künftig auf den Markt treten wird.¹⁴⁰ In jedem Fall ist aber erforderlich, daß das anspruchstellende Unternehmen ein Wettbewerber des marktbeherrschenden Anbieters auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit ist.¹⁴¹ Im Gegensatz zu § 35 TKG bezieht § 33 TKG nur die Wettbewerber und nicht beliebige Nutzer in den geschützten Personenkreis ein. Nicht jedem Nutzer, also nicht jedem Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen¹⁴² kommt die Vorschrift des § 33 TKG zugute. Während § 35 TKG dem allgemeinen Regulierungsziel der Interessenwahrung der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG dient, bezweckt § 33 TKG die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG.¹⁴³

§ 33 TKG schützt demnach allein die Wettbewerber auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen. Hierfür ist entscheidend, daß die betreffenden Unternehmen nicht nur Telekommunikationsdienstleistungen zu eigenen Zwecken erbringen, sondern diese technischen Dienste auf Anfrage auch anderen zur Verfügung stellen. Nur dann handelt es sich um Anbie-

¹³⁷ So im Rechtsstreit zum entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlußleitung der Deutschen Telekom AG das VG Köln, CR 1997, 639 [640]; VG Köln, K&R 1999, 91 [92 f.]; OVG Münster, MMR 1998, 98 [99]; ebenso siehe nur *Riehmer*, MMR 1998, 100 [101]; *Scherer*, NJW 1998, 1607 [1611], *Tschentscher / Neumann*, BB 1997, 2437 [2443].

¹³⁸ Hierzu sogleich im Text.

¹³⁹ So deutlich VG Köln, CR 1997, 639 [640 f.]; VG Köln, K&R 1999, 91 [93]; OVG Münster, MMR 1998, 98 [99]; ebenso vgl. *Riehmer*, MMR 1998, 100 [101]; *Scherer*, NJW 1998, 1607 [1611]; *Tschentscher / Neumann*, BB 1997, 2437 [2444].

¹⁴⁰ *Piepenbrock*, in: Büchner u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, § 33, Rn. 19 mit weiteren Hinweisen auf die zu § 26 Abs. 2 GWB a.F. ergangene Rechtsprechung.

¹⁴¹ Siehe nur *Nolte*, BB 1996, 2629 [2632]; *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 33, Rn. 20; *Weisser / Meinking*, WuW 1998, 831 [835].

¹⁴² So die Legaldefinition des Begriffs „Nutzer“ in § 3 Nr. 11 TKG.

¹⁴³ *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 33, Rn. 20.

ter auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, also um Wettbewerber im Sinne des § 33 TKG.

Beachte: Stellung von Corporate Networks

Deshalb fallen etwa die geschlossenen Benutzergruppen (**Corporate Networks**) nicht unter die durch § 33 TKG geschützten Personengruppen. Es handelt sich um Personengruppen, deren Teilnehmer in einer gesellschaftsrechtlichen oder schuldrechtlichen Dauerbeziehung oder aber in einer dauerhaften Verbindung zur Verfolgung gemeinsamer beruflicher, wirtschaftlicher oder hoheitlicher Zwecke stehen.¹⁴⁴ Sofern derartige Corporate Networks technische Dienste nur zu internen Zwecken erbringen und damit nicht der Öffentlichkeit zu gewerblichen Zwecken anbieten, handelt es sich nicht um Wettbewerber im Sinne des § 33 TKG.¹⁴⁵

Beachte: An Kabeleinspeisung interessierte Rundfunkveranstalter

Auch die **an einer Kabeleinspeisung interessierten Rundfunkveranstalter** unterfallen regelmäßig nicht dem Schutzgehalt des § 33 TKG. Solange und soweit die Rundfunkveranstalter keinerlei technische Dienstleistungen erbringen, sondern allein die Einspeisung ihrer Programme in das Kabelnetz begehren, treten sie nicht als Wettbewerber des marktbeherrschenden Anbieters auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit in Erscheinung. Sie sind dann keine Wettbewerber im Sinne des § 33 TKG und gehören demnach auch nicht zu dem durch diese Vorschrift geschützten Personenkreis.¹⁴⁶

Anders liegen indes die Dinge, wenn Rundfunkveranstalter im Rahmen des **Digital Video Broadcasting** entsprechende technische Dienstleistungen (Multiplexing, Betrieb von Navigationssystemen, Betrieb des Systems der Zugangskontrolle) erbringen und diese Telekommunikationsdienstleistungen der Öffentlichkeit anbieten. In diesem Fall werden sie zu Wettbewerbern der Betreiber von breitbandigen Kabelnetzen und damit zu den Destinatären eines Schutzanspruches nach § 33 TKG;¹⁴⁷ dies freilich nur dann, wenn sie die Telekommunikationsdienstleistungen nicht nur zu eigenen Zwecken erbringen, sondern diese Dienste auch anderen zur Verfügung stellen.



Liegen die in § 33 TKG geregelten Voraussetzungen vor, ist der **marktbeherrschende Anbieter** regelmäßig **verpflichtet**, den **Wettbewerbern** bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen diejenigen **technischen, betrieblichen und ökonomischen Bedingungen einzuräumen, die er sich selbst zugesteht**. Abweichungen von dieser Regel sind nur dann zulässig, wenn sie **sachlich gerechtfertigt** sind. Bei der Prüfung, ob eine Abweichung von diesem **Grundsatz „interne Behandlung gleich externe Behandlung“** gerechtfertigt ist, sind die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen, und zwar unter Beachtung der auf die Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbes und eines diskriminierungsfreien, offenen Netzzugangs gerichteten Zielsetzung des § 33 TKG.¹⁴⁸ Das in § 2 Netz-

¹⁴⁴ Piepenbrock, (Fn. 140), § 33, Rn. 20.

¹⁴⁵ Piepenbrock, (Fn. 140), § 33, Rn. 21.

¹⁴⁶ Zutreffend Thierfelder, Zugangsfragen digitaler Fernsehverbreitung, München 1999, S. 65 f.; Weisser / Meinking, WuW 1998, 831 [835].

¹⁴⁷ Zutreffend Weisser / Meinking, WuW 1998, 831 [835]; siehe auch im gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhang Bartosch, CR 1997, 751 [754].

¹⁴⁸ Vgl. die Begründung zum TKG-Entwurf, BT-Drs. 13/3609, S. 49; siehe auch Piepenbrock, (Fn. 140), § 33, Rn. 10.

zugangsverordnung (NZV) geregelte telekommunikationsrechtliche Entbündelungsgebot stellt eine Konkretisierung des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG dar.¹⁴⁹

2. Gewährung des Netzzugangs nach § 35 TKG



Der Anspruch auf Gewährung von Netzzugang gemäß § 35 Abs. 1 TKG richtet sich gegen den Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und auf einem solchen Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 GWB verfügt. Während § 33 TKG als **Generalklausel** für alle **marktbeherrschenden Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen** gilt, sind **Normadressaten des § 35 TKG nur marktbeherrschende Betreiber eines Telekommunikationsnetzes**.¹⁵⁰ Gleichwohl muß der Netzbetreiber wie im Fall des § 33 TKG Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit im Sinne des § 3 Nr. 19 TKG anbieten.¹⁵¹

Der Netzzugangsanspruch kommt allen Nutzern zugute, die Zugang zum Telekommunikationsnetz oder zu Teilen desselben beanspruchen. **Nutzer** ist dabei „jeder Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen“ (§ 3 Nr. 11 TKG). Hierzu gehört jede Nachfrage nach dem technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Zeichen, Sprache, Bildern und Tönen mittels Telekommunikationsanlagen (§ 3 Nr. 16, 17, 18 TKG).¹⁵²

Problem: Muß der Nutzer gleichzeitig Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sein?

Es ist fraglich, ob aus dem in § 35 Abs. 1 TKG genannten Zusatz „andere“ die Schlußfolgerung abzuleiten ist, daß der Nutzer nicht nur Nachfrager, sondern zugleich auch Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sein muß. Dem dürfte jedoch bereits der **Wortlaut** entgegenstehen. Denn der Zusatz „andere“ verlangt keinesfalls, daß der Nutzer zugleich Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ist; er erfordert allenfalls, daß der Anspruchsgegner nicht nur Telekommunikationsdienstleistungen anbietet, sondern solche zugleich auch nachfragt.

Daß der Nutzer im Sinne des § 35 Abs. 1 TKG nicht zugleich auch Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sein muß, folgt aber nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus der **systematischen** und **teleologischen Auslegung** der Bestimmung. Denn im Gegensatz zu § 33 TKG bezieht § 35 TKG nicht nur die Wettbewerber, sondern jeden Nutzer in den geschützten Personenkreis ein.¹⁵³ Hieraus folgt, daß der Nutzer nicht zugleich zwingend auch Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sein muß; anderenfalls büßte § 35 TKG seinen eigenständigen Bedeutungsgehalt ein und ginge vollständig im Anwendungsbereich des § 33 TKG auf. Und schließlich folgt dieses Ergebnis auch aus Sinn und Zweck des § 35 TKG. Bezweckt § 33 TKG das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG genannte Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, so dient die Vorschrift des § 35 TKG der Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekom-

¹⁴⁹ Vgl. VG Köln, K&R 1999, 91 [94 f.]; OVG Münster, MMR 1998, 98 [99]; *Tschentscher / Neumann*, BB 1997, 2437 [2444 f.].

¹⁵⁰ *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 35, Rn. 1.

¹⁵¹ *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 35, Rn. 1.

¹⁵² Dementsprechend sind auch die an der Einspeisung in das breitbandige Kabelnetz interessierten Inhalteanbieter Nutzer im Sinne des § 35 TKG; vgl. *Thierfelder*, (Fn. 146), S. 66, 67 f.; *Weisser / Meinking*, WuW 1998, 831 [835 f.]; *Bartosch*, CR 1997, 517 [522]; siehe auch *Schütz*, MMR 1998, 11 [15], der dieses Ergebnis allerdings auf S. 16 wieder korrigiert.

¹⁵³ Vgl. *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 33, Rn. 20; § 35, Rn. 3.

munikation im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG.¹⁵⁴ Verlangte man, daß der Nutzer zugleich Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen ist, so erschiene der spezifische Verbraucherschutz allein als eine Facette des Wettbewerbsschutzes. Dies aber müßte den durch § 35 TKG bezweckten Schutz der Nutzer verfehlen.



§ 35 Abs. 1 Satz 1 TKG setzt weiter voraus, daß der *Nutzer Zugang zum Telekommunikationsnetz des marktbeherrschenden Anbieters* von Telekommunikationsdienstleistungen *begehrt*. Dieser kann über für sämtliche Nutzer bereitgestellte Anschlüsse (*allgemeiner Netzzugang*) oder über besondere Anschlüsse (*besonderer Netzzugang*) gewährt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 TKG).

§ 35 TKG enthält indes *keine weiteren Differenzierungskriterien*, nach denen unterschieden werden könnte, welche Anschlüsse als allgemeiner Netzzugang sämtlichen Nutzern bereitgestellt und nach welchen Kriterien besondere Anschlüsse im Sinne eines besonderen Netzzuganges nicht allen Nutzern bereitgestellt werden müssen.¹⁵⁵ Eine solche *Abgrenzung* zwischen allgemeinem und besonderem Netzzugang findet sich jedoch *auf der untergesetzlichen Normebene*, nämlich in der *Netzzugangsverordnung (NZV)*,¹⁵⁶ die auf der Grundlage des § 35 Abs. 5 TKG und des § 37 Abs. 3 TKG erlassen wurde. Nach § 1 Abs. 2 NZV ist für den besonderen Netzzugang maßgeblich, daß der Netzzugang von einem Nutzer begehrt wird, der die Leistungen als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen oder als Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachfragt, um Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten. Damit wird der *besondere Netzzugang nicht anschluss- oder leistungsbezogen definiert; entscheidend* ist vielmehr die *Beschränkung des Nutzerkreises* und die *Zweckbestimmung der Nachfrage*.¹⁵⁷ Zum einen muß der Nutzer Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen oder Betreiber von Telekommunikationsnetzen sein; und zum anderen muß die Nachfrage zu dem Zweck erfolgen, Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten. Liegen diese beiden Voraussetzungen für den besonderen Netzzugang nicht vor, so wird ein allgemeiner Netzzugang begehrt.

Für den allgemeinen Netzzugang ist auch nicht erforderlich, daß er auf den Verbrauch von Telekommunikationsdienstleistungen gerichtet ist.¹⁵⁸ Wird ein *Netzzugang* im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG begehrt, so kann dieser *ausschließlich als allgemeiner* oder *besonderer* Netzzugang gewährt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 TKG). Eine weitere Kategorie, die neben den allgemeinen und besonderen Netzzugang tritt, sieht das Gesetz nicht vor. Das bedeutet, daß entweder ein Fall des allgemeinen oder aber ein Fall des besonderen Netzzuganges vorliegt, wenn die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG erfüllt sind. Und dies wiederum hat zur Folge, daß ein allgemeiner Netzzugang begehrt wird, wenn die speziellen Merkmale des besonderen Netzzuganges nicht vorliegen. Von einem allgemeinen Netzzugang kann also nicht nur dann die Rede sein, wenn der Nutzer die nachgefragte Telekommunikationsdienstleistung verbraucht. Für ein solches zwingendes Erfordernis läßt das Regelungsgefüge des § 35 Abs. 1 TKG keinen Platz. Vielmehr fungiert die *Kategorie des allgemeinen Netzzuganges* als *Auffangtatbestand*: Sie erfaßt sämtliche Fälle eines Netzzuganges im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG, die keinen besonderen Netzzugang darstellen. Hiervon geht schließlich auch die auf der Grundlage des § 41 TKG erlassene *Telekommunikations-Kundenschutzver-*

¹⁵⁴ Vgl. statt aller Piepenbrock, (Fn. 140), § 33, Rn. 20.

¹⁵⁵ Piepenbrock, (Fn. 140), § 35, Rn. 9.

¹⁵⁶ Verordnung über besondere Netzzugänge (Netzzugangsverordnung - NZV) vom 23.10.1996, BGBl. I, S. 1568.

¹⁵⁷ Piepenbrock, (Fn. 140), § 35, Rn. 17.

¹⁵⁸ So aber Schütz, MMR 1998, 11 [16].

ordnung (TKV) aus. Sie regelt die Rechte der Kunden und stellt keine weiteren Anforderungen an einen allgemeinen Netzzugang (vgl. § 13 TKV). Während also die Netzzugangsverordnung (NZV) den Nutzer erfaßt, der Telekommunikationsdienstleistungen als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen oder als Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachfragt, um Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten (§ 1 Abs. 2 NZV), betrifft die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung diejenigen Nutzer, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen.



Nach § 35 Abs. 1 TKG hat ein marktbeherrschender Betreiber von Telekommunikationsnetzen Nutzern den **Zugang zum Netz** zu ermöglichen. **Beschränkungen** des Netzzugangs sind dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 TKG zufolge nur insoweit zulässig, als sie auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind und einen gleichwertigen Netzzugang ermöglichen sowie der Einhaltung der grundlegenden Anforderungen der **ONP-Richtlinie** dienen.¹⁵⁹ Art. 3 Abs. 2 ONP-Richtlinie legt fest, daß der Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder öffentlichen Telekommunikationsdiensten nur aus Gründen der Sicherheit des Netzbetriebes, der Aufrechterhaltung der Netzintegrität, der Interoperabilität der Dienste (soweit verfügbar) sowie des Datenschutzes beschränkt werden darf.

Im Gegensatz zu § 33 TKG sieht der Wortlaut des § 35 TKG keine Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung von Netzzugangsbeschränkungen vor. Gleichwohl ist auch im Rahmen des § 35 TKG stets zu **untersuchen, ob die Verweigerung des Netzzugangs aus sachlichen Gründen gerechtfertigt** ist.¹⁶⁰ Dies folgt schon daraus, daß die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Netzzugang als Ergänzung zu dem allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot erlassen wurden,¹⁶¹ für das die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus sachlichem Grund strukturentypisch ist. Dies schlägt sich auch in den in § 35 Abs. 2 TKG genannten Rechtfertigungsmöglichkeiten nieder. Die dort erwähnten objektiven Maßstäbe, anhand derer Zugangs differenzierungen zu bewerten sind, entsprechen dem allgemeinen kartellrechtlichen Willkürverbot.¹⁶² Nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur die willkürliche Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen ist sachlich nicht gerechtfertigt und damit unzulässig. Demgemäß sehen sowohl die auf der Grundlage des § 35 Abs. 5 TKG erlassene Netzzugangsverordnung (vgl. § 2 NZO) als auch die aufgrund § 41 TKG ergangene Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (vgl. § 2 TKV) die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung für entsprechende Differenzierungen beim Netzzugang vor. Über den Wortlaut des § 35 TKG hinaus ist daher in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob Beschränkungen des nach § 35 Abs. 1 TKG gewährleisteten freien Netzzuganges aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind.

Die Frage, ob Netzzugangsbeschränkungen sachlich gerechtfertigt sind, läßt sich unter Verwertung der von Rechtsprechung und Literatur zum kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot entwickelten Grundsätze beantworten.¹⁶³ Die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung setzt

¹⁵⁹ Vgl. *Weisser / Meinking*, WuW 1998, 831 [842].

¹⁶⁰ Ebenso *Weisser / Meinking*, WuW 1998, 831 [842].

¹⁶¹ Vgl. die Begründung zum TKG-Entwurf, BT-Drs. 13/3609, S. 31.

¹⁶² *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 35, Rn. 31.

¹⁶³ Begründung zum TKG-Entwurf, BT-Drs. 13/3609, S. 31; siehe auch *Piepenbrock*, (Fn. 140), § 33, Rn. 43; *Weisser / Meinking*, WuW 1998, 831 [843].

die Ermittlung der Interessen der Beteiligten und ihre gegenseitige Abwägung voraus, und zwar unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zielsetzungen.¹⁶⁴

Ein besonderes Problem stellt die Frage dar, ob die **Regulierungsbehörde** für Telekommunikation und Post befugt ist, die zur Verwirklichung eines diskriminierungsfreien Netzzuganges **erforderlichen Maßnahmen** zu treffen. Das Problem besteht darin, daß § 35 TKG eine solche **Anordnungsbefugnis** der Regulierungsbehörde selbst nicht begründet. Allenfalls könnte auf die Befugnisnorm des § 33 Abs. 2 TKG zurückgegriffen werden. Damit ist das **Verhältnis von § 33 Abs. 1 TKG zu § 35 TKG** angesprochen. Fest steht, daß § 35 TKG insoweit die Vorschrift des § 33 TKG konkretisiert, als es um den Zugang von **Wettbewerbern** zu den Netzen marktbeherrschender Unternehmen geht.¹⁶⁵ Ob ein Nutzer nicht nur in den Gewährleistungsbereich des § 35 TKG, sondern auch in den des § 33 TKG fällt, hängt davon ab, ob er ein Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit ist. Sofern also ein Wettbewerber einen entsprechenden Netzzugangsanspruch geltend macht, ist § 33 TKG die allgemeine Norm, die durch § 35 TKG konkretisiert wird. In diesem Fall gelangt im Rahmen des § 35 TKG die Vorschrift des § 33 Abs. 2 TKG zur Anwendung, die eine entsprechende Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post begründet.¹⁶⁶ Besondere Probleme werfen indes die Fälle auf, in denen es um den Netzzugang von Personen geht, die nicht zugleich Wettbewerber im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG sind¹⁶⁷. Insoweit läßt sich also nicht argumentieren, daß § 35 TKG die allgemeine Vorschrift des § 33 TKG konkretisiere; deshalb ist es zweifelhaft, ob man auch insoweit im Rahmen des § 35 TKG die Bestimmung des § 33 Abs. 2 TKG anwenden kann. Gleichwohl sprechen die besseren Argumente dafür, auch in diesem Fall die Befugnisnorm des § 33 Abs. 2 TKG entsprechend anzuwenden, mit der Folge, daß die Regulierungsbehörde die zur Sicherung eines allgemeinen Netzzuganges im Sinne des § 35 TKG erforderlichen Maßnahmen treffen könnte.¹⁶⁸

Problem: Gewährung von entbündeltem Zugang zur Teilnehmeranschlußleitung (TAL)

Nachdem die Wettbewerber der DTAG von dieser als marktbeherrschendem Anbieter den entbündelten **Zugang zur Teilnehmeranschlußleitung** (Stichwort „blanker Draht“ zum Teilnehmer auf der Ortsnetzebene) begehrten, wurde durch die Regulierungsbehörde nach deren Anrufung im Verfahren der besonderen Mißbrauchsaufsicht gemäß §§ 33, 35 TKG i.V.m. § 2 NZV eine auf die Ermöglichung dieses Zugangs gerichtete Verpflichtung der Deutschen Telekom AG ausgesprochen. In der Praxis entstanden als Folge dieser Entscheidung hinsichtlich des Grades der Entbündelung sowie hinsichtlich der Entgeltregulierung für den entbündelten Zugang Streitigkeiten.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Vgl. nur BGHZ 38, 90 [102]; BGH GRUR 1989, 774 ff.; BGHZ 128, 17 [33]; Markert, in: Immenga / Mestmäcker, GWB, München 1992, § 26, Rn. 196 m.w.N.; Schuster / Stürmer, (Fn. 128), § 24, Rn. 59 ff.; Weisser / Meinking, WuW 1998, 831 [843 f.].

¹⁶⁵ So deutlich OVG Münster, MMR 1998, 98 [99]; siehe auch VG Köln, CR 1997, 639 [641]; VG Köln, K&R 1999, 91 [93]; siehe aus dem Schrifttum Piepenbrock, (Fn. 140), § 33, Rn. 5, 20; Riehmer, MMR 1998, 100 [101]; Scherer, NJW 1998, 1607 [1611]; Tschentscher / Neumann, BB 1997, 2437 [2444 f.].

¹⁶⁶ Siehe die Nachweise in der vorherigen Fn.

¹⁶⁷ So etwa bei Inhalteanbietern (Rundfunkveranstaltern oder Anbietern von Mediendiensten etc.) oder bei herkömmlichen Telefonkunden.

¹⁶⁸ Siehe hierzu im einzelnen Gersdorf, (Fn. 127), S. 125 ff.

¹⁶⁹ VG Köln, CR 1997, 639 [640]; VG Köln, K&R 1999, 91 [92 f.]; OVG Münster, MMR 1998, 98 [99]; aus der Sicht der DTAG hierzu Hefekäuser, in: Büchner (Hrsg.), Post und Telekommunikation, S. 233, [236 ff.],

3. Zusammenschaltung nach §§ 36 f. TKG



Die **Zusammenschaltung (interconnection) von Telekommunikationsnetzen** ist eine Grundbedingung für einen funktionsfähigen Telekommunikationsmarkt. Ein wirksamer Wettbewerb auf der Diensteebene kann nur dann entstehen, wenn die einzelnen Telekommunikationsnetze miteinander verknüpft sind.

Deshalb verpflichtet § 36 Satz 1 TKG jeden Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein **Angebot auf Zusammenschaltung** abzugeben (sog. **Verhandlungspflicht**). Die Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern (§ 36 Satz 2 TKG). Die Zusammenschaltung nach §§ 36 f. TKG ist ein **Anwendungsfall** der Gewährung **des besonderen Netzzuganges** im Sinne des § 35 TKG.¹⁷⁰



Nur soweit und solange zwischen den Betreibern keine Zusammenschaltungsvereinbarung zustande kommt, hat die Regulierungsbehörde nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen, beginnend mit der Anrufung durch einen an der Zusammenschaltung Beteiligten, die **Zusammenschaltung anzuordnen** (vgl. § 37 Abs. 1 und 2 TKG). Die Zusammenschaltungsanordnung ist demnach – in Konkretisierung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – durch eine **Subsidiarität** gegenüber der vertraglichen Vereinbarung der Beteiligten gekennzeichnet.¹⁷¹

Die mit der Zusammenschaltung bezweckte Kommunikation der Nutzer verschiedener Telekommunikationsnetze kann nur dann erreicht werden, wenn auch die Zusammenschaltungsentgelte der Regulierung unterliegen. Im Interesse eines chancengleichen Wettbewerbs unterfallen daher auch die Zusammenschaltungsentgelte der Regulierung. Gemäß § 39 TKG sind für die Regulierung der Entgelte für die Gewährung von Netzzugang nach § 35 TKG und für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG die §§ 24, 25 Abs. 1 und 3, die §§ 27, 28, 29, 30 Abs. 1 und 3 bis 6 TKG und § 31 TKG entsprechend anwendbar. Durch die Verweisungsvorschrift des § 39 TKG werden in zweifacher Hinsicht Probleme aufgeworfen.

Problem: Sind von der Regelung nur marktbeherrschende Unternehmen oder auch sonstige Telekommunikationsunternehmen betroffen?

Der Wortlaut von § 39 TKG läßt offen, ob die entsprechende Anwendung des Entgeltregulierungsregimes nur für marktbeherrschende Unternehmen gilt oder ob auch die sonstigen Telekommunikationsunternehmen betroffen sind. Auch wenn der Wortlaut des § 39 TKG insoweit nicht zweifelsfrei ist, steht fest, daß nur marktbeherrschende Netzbetreiber der Entgeltregulierung nach § 39 TKG unterliegen.¹⁷² Denn die „Entgeltregulierung“ sieht das Telekommunikationsgesetz in seinem dritten Teil nur für marktbeherrschende Unternehmen vor (vgl. § 25 Abs. 1 und 2 TKG), so daß der Verweis auf die „entsprechende“ Anwendbarkeit zur Folge hat, daß nur die von marktbeherrschenden Unternehmen verlangten Zusammenschaltungsentgelte nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 24 ff. TKG zu untersuchen sind. Bestätigung fin-

Riehmer, MMR 1998, 100 [101]; Scherer, NJW 1998, 1607 [1611], Tschentscher / Neumann, BB 1997, 2437 [2443].

¹⁷⁰ Vgl. nur Scherer, NJW 1996, 2953 [2961].

¹⁷¹ Statt aller vgl. Piepenbrock, (Fn. 140), § 37, Rn. 9 ff.; zum Inhalt der Zusammenschaltungsanordnung Scherer, NJW 2000, 772 [779].

¹⁷² Scherer, NJW 1998, 1607 [1612]; ders., NJW 2000, 772 [781]; Piepenbrock, (Fn. 140), § 39, Rn. 1.

det dieses Ergebnis durch Art. 7 Abs. 1 und 2 Zusammenschaltungsrichtlinie. Danach unterliegen nur die Zusammenschaltungsentgelte marktbeherrschender Anbieter dem durch nationale Regulierungsmaßnahmen durchzusetzenden Gebot der Kostenorientierung.¹⁷³ Zwar kommen auch für nicht marktbeherrschende Unternehmen (Teil-)Anordnungen der Regulierungsbehörde in Betracht (vgl. § 37 TKG); demgegenüber scheidet aber eine Entgeltregulierung nach den §§ 24 ff. TKG aus.

Problem: Fällt auch der nach § 6 TKG nicht lizenzpflichtige Bereich unter die Entgeltregulierung?

Es ist unklar, ob auch der nach § 6 TKG nicht lizenzpflichtige Bereich der Entgeltregulierung unterliegt. Die Verweisungsvorschrift des § 39 TKG erstreckt sich ausschließlich auf die Telekommunikationsdienste, die vormals dem Monopolbereich unterfielen; sie bezieht sich allein auf die Lizenzklassen 3 und 4 und verweist daher allein auf § 25 Abs. 1 TKG und § 30 Abs. 1 TKG. Demgegenüber fehlt eine Bezugnahme auf die Vorschrift des § 25 Abs. 2 TKG, der die nicht lizenzpflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen in die nachträgliche Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 2 TKG einbezieht. Damit scheint § 39 TKG diesen lizenzfreien Bereich der Telekommunikationsdienste aus der Entgeltregulierung ausdrücklich auszuklammern. Indes sprechen die besseren Argumente für eine Einbeziehung des nicht lizenzpflichtigen Bereichs in das Regime der Entgeltregulierung.¹⁷⁴

VI. Frequenzverwaltung



Im Interesse einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Übertragungswegen bedarf es einer **Frequenzplanung**,¹⁷⁵ die auf komplexen und mehrstufigen Koordinierungs- und Entscheidungsprozessen beruht. Mit den **§§ 44 ff. TKG** wurden die seit langem überfälligen gesetzlichen telekommunikationsrechtlichen Regelungen zur Frequenzordnung geschaffen.¹⁷⁶ Nach den §§ 44 ff. TKG ist zwischen **drei grundlegenden, aufeinander aufbauenden Kategorien der planerischen Frequenzverwaltung** zu unterscheiden: der **Frequenzbereichszuweisung**, der **Frequenznutzung** und der **Frequenzzuteilung**.

1. Frequenzbereichszuweisung

Gemäß § 45 Abs. 2 TKG werden die Frequenzbereiche im **Frequenzbereichszuweisungsplan** bestimmten Funkdiensten und anderen Anwendungen elektromagnetischer Wellen zugewiesen.¹⁷⁷ Der Frequenzbereichszuweisungsplan für die Bundesrepublik Deutschland wird auf der Grundlage des internationalen Frequenzbereichszuweisungsplanes nach Art. 8 der Voll-

¹⁷³ Vgl. nur Scherer, NJW 1998, 1607 [1612].

¹⁷⁴ Hierzu dezidiert Gersdorf, (Fn. 127), S. 98 ff., insbesondere 100 ff.

¹⁷⁵ Zur Notwendigkeit entsprechender Frequenzplanungen Geppert / Ruhle / Schuster, (Fn. 84), Rn. 699; Korehnke / Grotelüsch, in: Büchner u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, Vor § 44, Rn. 25 ff.; Scherer, Frequenzverwaltung zwischen Bund und Ländern, Frankfurt a. M. 1987, S. 10; Gersdorf, Vergabe terrestrischer Frequenzen an Mediendienste, Berlin 1999, S. 24.

¹⁷⁶ Libertus, ZUM 1997, 702 [703]; Scherer, NJW 1996, 2953 [2954]; zur vormaligen Rechtslage ausführlich Scherer, (Fn. 175), S. 10 ff.

¹⁷⁷ Der Begriff „Funkdienste“ ist im Sinne des Art. 8 der Vollzugsordnung für den Funkdienst (VO Funk, vgl. hierzu die nachstehende Fn.) zu verstehen; eine Auflistung der zur Zeit bestehenden Funkdienste findet sich in Geppert / Ruhle / Schuster, (Fn. 84), Rn. 712; Korehnke / Grotelüsch, (Fn. 175), § 45, Rn. 22. Der Begriff „andere Anwendungen elektromagnetischer Wellen“ umfaßt sämtliche Anwendungen aus Industrie, Wissenschaft, Medizin, Haushalt usw. (sogenannte ISM-Geräte), deren Zweck nicht die Übermittlung von Nachrichten ist, deren Betrieb aber gleichwohl elektromagnetische Wellen erzeugt (vgl. Korehnke / Grotelüsch, [Fn. 175], § 45, Rn. 26 ff.).

zugsordnung für den Funkdienst (VO Funk)¹⁷⁸ erstellt.¹⁷⁹ Der nationale Gestaltungsspielraum ist insoweit durch *völkervertragliche Vorgaben* beschränkt. Für die nationale Gestaltung sind Abweichungen von internationalen Festsetzungen im Rahmen der *International Telecommunication Union (ITU)* nur unter den engen Bedingungen der VO Funk zulässig.¹⁸⁰

Der durch Rechtsverordnung ergehende Frequenzbereichszuweisungsplan bedarf prinzipiell nicht der Zustimmung des Bundesrates (§ 45 Abs. 1 Satz 1 TKG). Nur Verordnungen, in denen Frequenzen dem Rundfunk zugewiesen werden, sind nach § 45 Abs. 1 Satz 2 TKG zustimmungsbedürftig. Gegen diese Beschränkung der Zustimmungsbedürftigkeit lassen sich zwar rechtspolitische Gründe ins Feld schicken: Denn jede Entscheidung über die Zuweisung von Frequenzen an andere als Rundfunkdienste berührt zumindest mittelbar die Belange des Rundfunks, weil diese Frequenzbereiche dann von Rundfunkdiensten nicht mehr genutzt werden können.¹⁸¹ Indes ist diese mittelbare Betroffenheit der Belange des Rundfunks für die Begründung der Zustimmungsbedürftigkeit von Rechtsverordnungen verfassungsrechtlich unbeachtlich. Eine wie auch immer geartete - unmittelbare oder mittelbare - Betroffenheit der Länder löst nicht das Zustimmungserfordernis aus. Vielmehr sind die Fälle der Zustimmungsbedürftigkeit sowohl von Gesetzen als auch von Rechtsverordnungen im Grundgesetz abschließend geregelt.¹⁸² Nach Art. 80 Abs. 2 GG sind Rechtsverordnungen aufgrund von Bundesgesetzen, die der Zustimmung des Bundesrats bedürfen, zustimmungspflichtig. Dieses Zustimmungserfordernis besteht unabhängig davon, ob die Ermächtigungsnorm selbst eine zustimmungsbedürftige Materie betrifft; es reicht aus, daß irgendeine Vorschrift des ermächtigenden Gesetzes die Zustimmungsbedürftigkeit auslöst.¹⁸³ Gleichwohl steht diese Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 80 Abs. 2 GG unter dem Vorbehalt einer „anderweitigen bundesgesetzlichen Regelung“.¹⁸⁴ Der Bund hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und Rechtsverordnungen, die auf das (zustimmungsbedürftige) Telekommunikationsgesetz gestützt werden, nur ausnahmsweise von der Zustimmung des Bundesrates abhängig gemacht. Gegen § 45 TKG, der entsprechende (Frequenzbereichszuweisungs-)Verordnungen regelmäßig nicht an die Zustimmung des Bundesrates knüpft (§ 45 Abs. 1 Satz 1 TKG), sondern eine solche Zustimmung nur für den Fall der Frequenzzuweisung an den Rundfunk vorsieht (§ 45 Abs. 1 Satz 2 TKG), ist von Verfassungs wegen nichts einzuwenden. Die Norm ist eine anderweitige bundesgesetzliche Regelung im Sinne des Art. 80 Abs. 2 GG und damit weder verfassungsrechtlich zu beanstanden noch einer - die Zuständigkeitsbelange der Länder sichernden - verfassungskonformen Auslegung zugänglich.¹⁸⁵

Am 26. April 2001 erfolgte der Erlaß der *Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung*¹⁸⁶. Der nationale *Frequenzbereichszuweisungsplan* wurde dabei als *Rechtsverordnung* von der

¹⁷⁸ Die VO Funk ist eine Anlage zum Internationalen Fernmeldevertrag (Art. 43 IFV), die diesen ergänzt (Art. 83 IFV) und die gem. Art. 42 Abs. 1 IFV für alle Mitglieder der ITU verbindlich ist.

¹⁷⁹ *Korehnke / Grotelüschen*, (Fn. 175), § 45, Rn. 21; *Gersdorf*, (Fn. 1), S. 29; ders., (Fn. 175), S. 24 f.

¹⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 13/3609, S. 47 f.; *Korehnke / Grotelüschen*, (Fn. 175), § 45, Rn. 21; *Gersdorf*, (Fn. 1), S. 29; ders., (Fn. 175), S. 25.

¹⁸¹ Vgl. *Engels*, ZUM 1997, 106 [113]; *Libertus*, ZUM 1997, 702 [704].

¹⁸² Vgl. statt vieler *Pieroth*, (Fn. 15), Art. 77, Rn. 4.

¹⁸³ BVerfGE 24, 194 [196 ff.]; BVerwGE 70, 77 [80]; *Pieroth*, (Fn. 15), Art. 80, Rn. 17.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu BVerfGE 24, 194 [201]; allerdings sind entsprechende - die Zustimmungsbedürftigkeit ausschließende - Bundesgesetze nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zustimmungspflichtig, vgl. BVerfGE 28, 66 [77 f.].

¹⁸⁵ Zu entsprechenden, im Hinblick auf § 45 TKG geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. *Engels*, ZUM 1997, 106 [113 Fn. 53]; *Libertus*, ZUM 1997, 702 [704].

¹⁸⁶ BGBl. I, 2001, 778

Bundesregierung erlassen. Im Rahmen der nationalen Frequenzverwaltung war für den zuständigen Bund bei Erlaß eine Bindung an internationale Abstimmungen zu berücksichtigen.

2. Frequenznutzung



Auf der Grundlage des Frequenzbereichszuweisungsplanes wird ein weiterer Plan, der **Frequenznutzungsplan**, von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post erstellt, um auf diese Weise vor allem eine effiziente und störungsfreie, verträgliche Nutzung der Frequenzen sicherzustellen (§ 46 Abs. 1 TKG).¹⁸⁷ Der Frequenznutzungsplan enthält die weitere Aufteilung der Frequenzbereiche auf die einzelnen Frequenznutzungen sowie Festlegungen für diese Frequenznutzungen (§ 46 Abs. 2 Satz 1 TKG). Ebensovienig wie der Frequenzbereichszuweisungsplan regelt der Frequenznutzungsplan die Zuordnung von Frequenzen an bestimmte Anbieter. Bei der Aufstellung kommt es zur Anwendung der Regelungen der **Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung**¹⁸⁸.

3. Frequenzzuteilung



Eine Zuordnung von Frequenzen erfolgt durch gesonderte **Frequenzzuteilungsentscheidung**. Für sämtliche im Frequenznutzungsplan aufgenommenen Frequenznutzungen bedarf es der **gesonderten Zuteilung** der einzelnen Frequenzen durch die **Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post** (§ 47 Abs. 1 Satz 1 TKG). Die Frequenzzuteilung erfolgt nach Maßgabe einer entsprechenden Eintragung im Frequenznutzungsplan, mit der das dreistufige Verfahren der Frequenzverwaltung abgeschlossen wird.¹⁸⁹ Die Zuteilung von Frequenzen erfolgt **durch Verwaltungsakt** (§ 47 Abs. 5 Satz 1 TKG). Adressat dieser Zuteilungsentscheidung ist beispielsweise im Rundfunkbereich der Betreiber des Sendernetzes.¹⁹⁰ Für die Frequenzzuteilung wurde eine **Frequenzzuteilungsverordnung**¹⁹¹ erlassen.

Beachte: Besonderheiten von Frequenzzuteilungen für die Übertragung von Rundfunkprogrammen

Vor Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes war die zeitliche Reihenfolge der fernmelderechtlichen (heute: telekommunikationsrechtlichen) Zuteilungsentscheidung einerseits und der rundfunkrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung andererseits umstritten. § 47 Abs. 3 TKG hat dieses Spannungsverhältnis aufgelöst und der medienrechtlichen Genehmigung zeitlichen Vorrang eingeräumt.¹⁹² Nach dieser Bestimmung ist Voraussetzung für die Zuteilung von Frequenzen zur Übertragung von Rundfunkprogrammen im Zuständigkeitsbereich der Länder, daß eine medienrechtliche Genehmigung der zuständigen Landesbehörde für die zu übertragenden Rundfunkprogramme vorliegt. Dem Wortlaut nach bezieht sich dieses Erfordernis einer medienrechtlichen Genehmigung für die telekommunikationsrechtliche Zuteilungsentscheidung allein auf die Veranstaltung von „Rundfunkprogrammen“; die Vor-

¹⁸⁷ Zur frequenzplanerischen Ebene der Frequenznutzungsentscheidung *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 715 ff.; *Korehnke / Grotelüschen*, (Fn.175), § 46, Rn. 1 ff.; *Gersdorf*, (Fn. 1), S. 30 f.

¹⁸⁸ Vom 26. April 2001, BGBl. I, 827.

¹⁸⁹ Zur Ebene der Frequenznutzungsentscheidung vgl. *Geppert / Ruhle / Schuster*, (Fn. 84), Rn. 718 ff.; *Ehmer*, in: *Büchner* u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2000, § 47, Rn. 3 ff.; *Gersdorf*, (Fn. 1), S. 31.

¹⁹⁰ Zur besonderen Situation bei der Vergabe von Übertragungswegen an Rundfunkveranstalter vgl. *Gersdorf*, (Fn. 175), S. 29 f. m.w.N.

¹⁹¹ Vom 26.04.2001, BGBl. I, 829.

¹⁹² Siehe *Ehmer*, (Fn. 189), § 47, Rn. 14; *Ory*, AfP 1998, 155, 157.

schrift des § 47 Abs. 3 TKG ist indes auch auf die Zuordnung von Übertragungswegen an Anbieter von Mediendiensten anzuwenden.¹⁹³

VII. Wegerechte

Nach § 50 TKG ist der Bund befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen. Gemäß § 50 abs. 2 TKG überträgt der Bund dieses Nutzungsrecht auf Lizenznehmer nach § 6 abs. 1 Nr. 1 TKG im Rahmen der Lizenzerteilung nach § 8 TKG. Das unentgeltliche Nutzungsrecht des Bundes war von Anfang an Gegenstand einer heftigen Kontroverse.

Problem: Verfassungsmäßigkeit des unentgeltlichen Nutzungsrechts des Bundes nach § 50 TKG.

Die gegen die Regelung *von mehreren Gemeinden erhobene Kommunalverfassungsbeschwerde* hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen. Nach Ansicht des Gerichts lasse die Vorschrift des § 50 TKG bereits den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG unberührt, so daß eine Verletzung der verfassungsrechtlich verbürgten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ausgeschlossen sei.¹⁹⁴

Besondere praktische Bedeutung hat die die Benutzung privater Grundstücke regelnde Vorschrift des § 57 TKG. Diese Vorschrift regelt Duldungspflichten und Ausgleichsansprüche des von Telekommunikationslinien betroffenen privaten Grundstückseigentümers.

§ 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG legt fest, daß der Eigentümer eines Grundstücks, das nicht ein Verkehrsweg im Sinne des § 50 Abs. 1 Satz 2 TKG ist, die **Errichtung**, den **Betrieb** und die **Erneuerung von Telekommunikationslinien** auf seinem Grundstück nicht verbieten kann, soweit auf dem Grundstück eine durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage auch für die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung einer Telekommunikationslinie genutzt und hierdurch die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird; eine entsprechende Duldungspflicht besteht auch dann, wenn das Grundstück durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG). Ein Fall des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist beispielsweise dann gegeben, wenn ein Energieversorgungsunternehmen seine Leitungstrasse mit einem für Zwecke der Telekommunikation geeigneten Kabel ausstattet, vorausgesetzt, die vorhandene Leitung oder Anlage ist schuldrechtlich durch einen Gestattungsvertrag mit dem Grundstückseigentümer oder dinglich durch die Eintragung einer Dienstbarkeit gesichert.¹⁹⁵ Die in § 57 Abs. 1 TKG begründete Duldungspflicht ist verfassungsgemäß. Diese Regelung stellt eine zulässige **Inhaltsbestimmung des Grundeigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG** dar. Dies hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt; es hat dabei auf Art. 87 f Abs. 1 GG und den herausragenden Stellenwert des Telekommunikationssektors im Rahmen der Volkswirtschaft verwiesen.¹⁹⁶

§ 57 Abs. 2 TKG regelt die Frage nach der Abgrenzung zwischen entschädigungsloser und entschädigungspflichtiger Nutzung von privatem Grund und Boden. Nach dieser Vorschrift kann der duldungspflichtige Grundstückseigentümer nur dann eine **Entschädigung** verlangen, wenn entweder Errichtung oder Betrieb der Telekommunikationslinie zu einer unzumutbaren

¹⁹³ Hierzu ausführlich *Gersdorf*, (Fn. 175), S. 30 ff.

¹⁹⁴ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), RTkom 1999, 26 ff.

¹⁹⁵ LG Hanau, NJW 1997, 3031; OLG Frankfurt a.M., NJW 1997, 3030; OLG Düsseldorf, RTkom 1999, 33; OLG Oldenburg, RTkom 1999, 91; siehe auch *Hoeren*, MMR 1998, 1 ff.; *Scherer*, NJW 1998, 1607 [1614].

¹⁹⁶ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluß vom 25.8.1999 - 1 BvR 1499/97, Rn. 9 ff.

Beeinträchtigung führen oder unbeschadet des bestehenden Leitungsrechts bisher kein Leitungsweg existierte, der für Telekommunikationszwecke genutzt werden konnte¹⁹⁷.

VIII. Kundenschutz

Die **Kundenverträge** über Telekommunikationsdienstleistungen werden **im Rahmen des Privatrechts** geschlossen. Dadurch, daß zwischen Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen und den Kunden ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, bedürfen die Kunden eines besonderen Schutzes. Regelungen über den Kundenschutz finden sich zum Ausgleich einseitiger Marktmacht in den §§ 40-42 TKG und in der auf der Grundlage von § 41 TKG erlassenen **Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV)**¹⁹⁸. Durch die Vorschriften soll dem in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG festgelegten Regulierungsziel der Wahrung der Interessen der Nutzer Rechnung getragen werden.

Als Beispiele solcher Regelungen des Kundenschutzes sind Konkretisierungen zum allgemeinen Netzzugang (§ 13 TKG i.V.m. § 35 TKG), Vorgaben zur Abrechnung und Rechnungserstellung (z.B. Möglichkeit des Einzelverbindungs nachweises) oder auch Regelungen zum Anspruch des Kunden auf Eintragung in ein allgemein zugängliches Teilnehmerverzeichnis (§ 21 Abs. 1, 3 TKV) zu nennen.¹⁹⁹

IX. Numerierung und Nummernverwaltung

In § 3 Nr. 10 TKG erfolgt eine **Legaldefinition von Nummern**. Danach handelt es sich bei Nummern

„um Zeichenfolgen, die in Telekommunikationsnetzen der Adressierung dienen.“

Rufnummern sind als Auswirkung der Vorgaben der Internationalen Fernmeldeunion (ITU)²⁰⁰ als knappes Gut zu betrachten. Empfehlungen der ITU sind zwar nicht formal, wohl jedoch faktisch bindend, insbesondere um die Erreichbarkeit der nationalen Telekommunikationsteilnehmer zu sichern.²⁰¹

Die entscheidende Norm hinsichtlich der Nummernverwaltung auf nationaler Ebene stellt **§ 43 TKG** dar. Auf dieser Ebene ist die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post für die Nummernverwaltung zuständig (§ 43 Abs. 1 S. 1 TKG).

Grundsätzlich besteht für jeden ein Anspruch auf **diskriminierungsfreie Zuteilung** von Rufnummern. Die Zuteilung von Rufnummern erfolgt dabei auf **Antrag** und im Rahmen einer **gebundenen Entscheidung**.

In der Praxis wird an die Anbieter eine Zuteilung von Nummern in Blöcken vorgenommen. Diese Zuteilung von Blöcken an die Anbieter wird als „originäre“ Zuteilung bezeichnet, während die Weitergabe an den Kunden als „abgeleitete“ Zuteilung bezeichnet wird. Daneben erfolgt durch die Regulierungsbehörde auch eine Vergabe von einzelnen Nummern.

¹⁹⁷ Im einzelnen *Scherer*, NJW 2000, 772 [784].

¹⁹⁸ Je nach Orientierung am Datum der Verordnung (11.12.1997) oder am Datum des Inkrafttretens (1.1.1998) Bezeichnung als „TKV 1997“ oder „TKV 1998“. Geändert durch die Erste Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 14. April 1999 (BGBl. I, 705).

¹⁹⁹ Zu den einzelnen Regelungen von Rechten und Pflichten der Anbieter und Nutzer aus der TKV vgl. die Darstellung bei *Holznapel / Enaux / Nienhaus*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, S. 115 ff.

²⁰⁰ Beispielsweise darf eine internationale Rufnummer maximal 15 Stellen lang sein.

²⁰¹ Vgl. dazu *Gramlich*, ArchivPT 1998, 5 [9].

Der Definition von Nummern in § 3 Nr. 10 TKG unterfallen beispielsweise Endkundennummern (Teilnehmerrufnummern), Netzzugangsnummern (im Mobilfunk beispielsweise 0171, 0172 oder 0177), Ortsnetzkenzzahlen (Vorwahlen), Kennziffern für Verbindungsnetzbetreiber (010xx) oder auch Nummern für Mehrwertdienste.²⁰²

Für die Zuteilung von Rufnummern durch die Regulierungsbehörde werden **Gebühren** erhoben. Dabei gilt ergänzend zu den gesetzlichen Regelungen die **Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung** vom 16. August 1999.²⁰³ Der Anbieter ist gemäß § 20 Abs. 4 TKV berechtigt, vom Kunden nur die mit der Zuteilung verbundenen Kosten zu verlangen.

Vorrangig aus Gründen des Kundenschutzes wurde in § 43 Abs. 5 S. 1, 1. HS TKG die **Netzbetreiberportabilität** geregelt, welche die Möglichkeit der Endkunden beinhaltet, bei einem Wechsel des Betreibers unter Beibehaltung des Standorts die zugewiesene Rufnummer weiterzunutzen. Daneben hat die Möglichkeit der Nutzer, den Verbindungsnetzbetreiber im Rahmen einer dauerhaften Voreinstellung auszuwählen (**Preselection**), sowie einen Verbindungsnetzbetreiber im konkreten Fall durch die individuelle Vorwahl einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl (**call by call**) auszuwählen, Eingang in das TKG gefunden (§ 43 Abs. 6 S. 1 TKG).

Problem: Verpflichtung zum Inkasso, Genehmigungspflicht bei Wechselgebühren

Im Zusammenhang mit der Netzbetreiberportabilität und der Möglichkeit des call by call stellen sich Probleme hinsichtlich der Genehmigungspflicht bezüglich der Gebühren und hinsichtlich der Verpflichtung zum Inkasso.²⁰⁴

²⁰² Zu den einzelnen, der Zuteilung möglichen Nummern vgl. die Darstellungen auf der Homepage der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: www.regtp.de.

²⁰³ BGBl. I, 1999, 1887.

²⁰⁴ Zum Inkasso vgl. die Darstellung bei *Kerkhoff*, (Fn. 87), Anh. § 41 TKG, § 15 TKV, Rn. 10 f.; zu den Preselection-Gebühren vgl. *Schuster / Stürmer*, (Fn. 128), § 25 Rn. 3a.