

## Pressemitteilung

Die Monopolkommission nimmt mit einem Sondergutachten gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB "**Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes**" zu dem Regierungsentwurf für eine Novellierung des TKG Stellung. Der Entwurf sieht erhebliche materielle Änderungen des bisherigen Ordnungsrahmens der Telekommunikation vor, die deutlich über das hinausgehen, was durch Europarecht geboten ist. Diese Änderungen werden den Telekommunikationssektor mit erheblichen Anpassungskosten belasten, nicht zuletzt aufgrund **verminderter Rechtssicherheit**. Die Verdoppelung des Gesetzesumfangs ist symptomatisch; die Kompliziertheit der Regelungen und die Vielzahl unklarer Rechtsbegriffe gehen ebenso zu Lasten der Verlässlichkeit des Ordnungsrahmens wie die deutliche Ausweitung der Entscheidungskompetenzen und Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) und der Konflikt mit europarechtlichen Vorgaben, der in einigen Punkten bewusst gesucht wird.

**Rechtsunsicherheit** belastet das Investitionsklima des Sektors. Sie birgt auch das Risiko einer Rückentwicklung des Wettbewerbs, denn rechtliche und organisatorische Unsicherheiten belasten die neuen Anbieter im Markt stärker als die in den meisten Märkten weiterhin marktbeherrschende Deutsche Telekom AG (DTAG).

Ein grundlegendes Problem betrifft die **Bestimmung der zu regulierenden Märkte** sowohl hinsichtlich der sachlichen Kriterien als auch hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission und Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition. Während die Europäische Kommission davon ausgeht, dass ihre Empfehlung zu den relevanten Produkt- und Dienstleistungsmärkten für die Mitgliedstaaten verbindlich ist, schließt der TKG-Entwurf die Möglichkeit ein, dass die RegTP bei der Marktdefinition aufgrund von Besonderheiten der Wettbewerbsentwicklung im nationalen Markt von der Empfehlung der Kommission abweicht. Die Monopolkommission hält den Einbezug dieser Möglichkeit – auch europarechtlich – für angemessen, doch sollten Konflikte mit der Europäischen Kommission in der Frage der Marktdefinition möglichst vermieden werden, etwa indem die RegTP die eigene Prüfung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Märkte beschränkt, bei denen aufgrund spezifischer Wettbewerbsentwicklungen ernsthafte Zweifel bestehen, dass die für den gemeinschaftsweiten Markt durch die Europäische Kommission getroffene Diagnose pro Regulierungsbedarf auch die nationalen Verhältnisse widerspiegelt.

In der Sache ist das im Entwurf genannte **Kriterium der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs"** **problematisch**. Dieses Kriterium entspricht nach der Definition des Gesetzes nicht genau den europarechtlichen Vorgaben. Im Übrigen ist es einer gerichtlichen Prüfung nur eingeschränkt zugänglich, denn es enthält erhebliche Wertungskomponenten. Die Monopolkommission empfiehlt eine Anpassung des Kriteriums an die in der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte genannten Kriterien. Ferner empfiehlt sie, das Kriterium nicht als Anknüpfungspunkt für unmittelbare Rechtsfolgen zu verwenden, bei denen die gerichtliche Überprüfbarkeit für den Schutz der Betroffenen unerlässlich ist. Der Gesetzgeber sollte daher auf die Prognose der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Kriterium der Zugangsregulierung und der Endkundenentgeltregulierung verzichten und dieses Kriterium nur bei der Bestimmung der zu regulierenden Märkte (Marktdefinition) heranziehen.

Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Gesetzgeber auch die **volle Bandbreite der im europäischen Recht vorgesehenen Regulierungsmöglichkeiten** ausschöpfen und nicht etwa auf die Möglichkeit verzichten, in einem Markt nur **Transparenzverpflichtungen** aufzuerlegen. Hierin läge ein europarechtliches Umsetzungsdefizit, das auch sachlich nicht angemessen wäre.

Der Gesetzentwurf räumt der Regulierungsbehörde bei der Anwendung der Regulierungsinstrumente sowohl bezüglich des "Ob" als auch bezüglich des "Wie" der Regulierung weite Ermessensspielräume ein. Im Interesse der Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer spricht sich die Monopolkommission für eine stärkere Ausfüllung und **Begrenzung der Ermessensspielräume der RegTP** aus. Zwar setzt das Europarecht einer vollständigen Determinierung der Regulierung durch den Gesetzgeber Grenzen. Gleichwohl fordern nicht zuletzt verfassungsrechtliche Überlegungen (Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot für Behördenkompetenzen) eine stärkere Konkretisierung der Auslegungs- und Entscheidungsspielräume.

Die Monopolkommission wendet sich gegen die Tendenzen des Gesetzentwurfs, den **politischen Einfluss** insbesondere der Bundesregierung auf die Regulierungsbehörde und grundlegende Regulierungsentscheidungen zu verstärken. Nach europäischem Recht haben die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu gewährleisten. Dies betrifft die Unabhängigkeit von den Unternehmen ebenso wie die Unabhängigkeit von der Regierung. Die Unabhängigkeit von der Regierung setzt neben der strukturellen Trennung der hoheitlichen Funktion der Regulierung von der unternehmerischen Tätigkeit auch die funktionale Unabhängigkeit voraus. Diese ist nicht erreicht, wenn das Gesetz die Möglichkeit von **Einzelweisungen gegenüber der Regulierungsbehörde** zulässt. Die Gefahren von politischer Einflussnahme nehmen darüber hinaus in dem Maße zu, indem die Präsidentenkammer Kompetenzen bei grundlegenden Regulierungsentschei-

dungen gewinnt. Präsident und Vizepräsidenten der RegTP werden in einem politischen Verfahren ernannt und können "aus wichtigem Grund" abberufen werden. Hierin liegen Möglichkeiten der politischen Instrumentalisierung. Die Monopolkommission empfiehlt, **die Konzentration von grundlegenden Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer zurückzunehmen**. Weiterhin sollte die **persönliche Unabhängigkeit** des Präsidenten und der Vizepräsidenten durch eine **Änderung des Personalrechtlichen Begleitgesetzes zum TKG** gestärkt werden. Vorzusehen wären zum einen ein Amtsverhältnis statt einer vertraglichen Regelung, zum anderen eine Verlängerung der Amtsperiode auf acht bis zehn Jahre bei gleichzeitiger Abschaffung der Möglichkeit einer Wiederberufung. Nicht zuletzt ist ein **Abschluss der materiellen Privatisierung der DTAG** und damit ein endgültiges Ausscheiden des Bundes aus dem Kreis der Telekom-Aktionäre unabdingbar.

Erhebliche Risiken für den Wettbewerb gehen von der Neuregelung der **Zugangsverpflichtungen** aus. Problematisch sind insbesondere die Ermessensspielräume der RegTP in der Frage, ob überhaupt Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen sind, und die Bindung von regulatorischen Entscheidungen über Zugangsverpflichtungen an Prognosen im Hinblick auf die "Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf nachgelagerten Endkundenmärkten". Die Monopolkommission lehnt dies ab und spricht sich **für die obligatorische Verpflichtung zur Zugangsgewährung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht** aus. Der Verweis auf die "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" sollte entfallen. Nach der üblichen Praxis der Gerichte eröffnet dieser Verweis der RegTP erhebliche rechtliche Beurteilungsspielräume bei der Zugangsregulierung. Das "Ob" der Zugangsregulierung könnte dadurch jeglicher gerichtlichen Kontrolle entzogen werden. Aus Sicht der Monopolkommission wäre das nicht akzeptabel.

Gefahren für den Wettbewerb ergeben sich auch daraus, dass das "Wie" der Zugangsregulierung an Voraussetzungen geknüpft ist, die materiell und verfahrensrechtlich unklar bleiben. Die Monopolkommission schlägt vor, **die Ermessensspielräume der RegTP bei der Bestimmung von Zugangsverpflichtungen durch die Einführung von Vermutungsregeln einzuschränken**. Danach wäre für einzelne Gruppen von Zugangsleistungen festzulegen, inwiefern das Vorliegen der Voraussetzungen für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen vermutet wird und inwiefern die RegTP eine Darlegungspflicht trägt.

Die Monopolkommission begrüßt, dass der Regierungsentwurf **die präventive Regulierung der Entgelte für wesentliche Zugangsleistungen im Grundsatz festschreibt**. Zugangsleistungen sind "wesentlich", wenn sie für den Wettbewerb auf Endkundenmärkten unverzichtbar und nicht unter angemessenem Aufwand zu duplizieren sind. Der in der Begründung zum Regierungsentwurf in

diesem Zusammenhang gebrauchte Begriff einer "faktischen Alleinstellung" ist irreführend und sollte gestrichen werden.

Ausgenommen von der Ex-ante-Regulierung bleiben die **Entgelte für Fakturierungs- und Inkassoleistungen** sowie für die **Terminierung in Teilnehmernetzen**. Die Monopolkommission lehnt dies ab. Insbesondere die Anbieter von Verbindungsleistungen im Rahmen des offenen Call-by-Call bleiben auf Dauer entweder auf die Rechnungstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber oder auf die Weitergabe der entsprechenden Bestandsdaten angewiesen. Die Ex-ante-Regulierung der Terminierungsentgelte ist nach Auffassung der Monopolkommission unumgänglich, da Teilnehmernetzbetreiber a priori Monopolisten beim Angebot von Terminierung im eigenen Netz sind. Die Regelung im Regierungsentwurf, nach der Terminierungsleistungen nur dann einer Genehmigungspflicht unterliegen, wenn der Netzbetreiber sowohl auf dem Vorleistungs- als auch dem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist sachlich unangemessen. Zudem ist diese Vorschrift nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Der Gesetzentwurf hält die Möglichkeit der **präventiven Regulierung der Entgelte für Endkundenleistungen** offen. Im Sinne größerer Rechtssicherheit ist es allerdings geboten, den Ermessensspielraum der RegTP dabei zu reduzieren.

Die Monopolkommission sieht die **Klarstellungen**, die der Gesetzentwurf im Hinblick auf den Maßstab der Entgeltregulierung und die Verwendung von Kostenmodellen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorgenommen hat, positiv. Ein Zurück zu dem bisherigen Begriff der "Orientierung" an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, ist abzulehnen. Diese Formulierung hat sich bereits in der bisherigen Regulierungspraxis als wenig nützlich erwiesen.

Problematisch ist der Versuch, das Kriterium der "**angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals**" durch eine Reihe von Prüfkriterien zu verdeutlichen. Die im Gesetzentwurf verankerten Kriterien sind vage und wenig präzise. Die Monopolkommission hält es für geboten, die Kriterien der angemessenen Verzinsung auf der Ebene der Regulierungspraxis bzw. Rechtsprechung zu regeln. Ein Benchmarking anhand der regulierten Zinssätze in anderen Ländern lehnt die Monopolkommission ab, da die Rahmenbedingungen (Geldpolitik, Regulierungspraxis, regulatorische Risiken, Kundenrisiken) unterschiedlich sind und es nicht um das Verhältnis Deutsche Telekom AG und Telekommunikationsunternehmen in anderen Ländern, sondern um das Verhältnis zwischen der Deutschen Telekom AG und den Wettbewerbern bzw. Kunden in Deutschland geht.

Grundsätzlich positiv zu werten ist, dass die Möglichkeit der Auferlegung von **Resaleverpflichtungen** Eingang in den Gesetzentwurf gefunden hat. Die Monopolkommission befürwortet die Beschränkung des Resale auf Dienste, die die Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ihren Endkunden tatsächlich anbieten. Abzulehnen ist dagegen das in der Diskussion stehende "Veredelungsgebot". In der bisherigen Regulierungspraxis muss der Großhandelsrabatt, den der Marktbeherrscher dem Resalenehmer einzuräumen hat, den vermeidbaren Kosten auf der Einzelhandelsebene entsprechen. Die Monopolkommission empfiehlt, diese Preisregel im Gesetz zu verankern.

Unzureichend geregelt ist der **Rechtsschutz Dritter**. Die Monopolkommission unterstützt mit Nachdruck die Forderung, aus Gründen eines stärkeren Rechtsschutzes im Gesetz Antragsrechte Dritter für die Einleitung von Regulierungsverfahren im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung und der Missbrauchsaufsicht zu verankern.

Bei der Wahl des Rechtswegs ist eine Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung bei sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht zu vermeiden. Dies gilt vor allem auch, weil sowohl der europäische als auch der nationale Ordnungsrahmen für die Telekommunikation einen schrittweisen Übergang zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts vorsehen. Daher tritt die Monopolkommission dafür ein, dass **die Zivilgerichtsbarkeit** an die Stelle der Verwaltungsgerichte tritt. Auf **jeden** Fall sollte sichergestellt werden, dass mit dem Kartellsenat des Bundesgerichtshofs **dieselbe Revisionsinstanz für TKG und GWB** mit ihren teilweise identischen Rechtsbegriffen zuständig ist. Tatsacheninstanz sollte das Oberlandesgericht bzw. im Fall eines Verbleibs bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Oberverwaltungsgericht sein, da die Richter hier wegen der im Durchschnitt höheren Verweildauer über die größere Erfahrung verfügen und der telekommunikationsspezifische richterliche Sachverstand so jeweils für längere Zeit erhalten bleibt.

Das Gutachten ist im Internet abrufbar unter:

**<http://monopolkommission.de> ► **Hauptseite** ► **Aktuelles****