

## **Thema 5: Netzzugangsverhandlungen in Deutschland – Der Streitfall der Entbündelung**

Bei dem in der Aufgabenstellung zitierten Urteil des VG Köln handelte es sich um ein Verfahren nach § 80 V VwGO. Das nunmehr anhängige Hauptsacheverfahren wurde in erster Instanz mit dem nicht rechtskräftigen Urteil des VG Köln vom 5. November 1998 beschieden. Derzeit ist die Berufung vor dem OVG Münster anhängig.

Da sich das Urteil im Hauptsacheverfahren naturgemäß detaillierter mit der Fragestellung auseinandersetzt, wird im Folgenden das Urteil aus dem Jahr 1998 der Analyse zugrunde gelegt.

### **1. Regulatorischer Zusammenhang**

Im Rahmen der Regulierung der deutschen Telekommunikation (TK) wurden im Telekommunikationsgesetz (TKG) die Voraussetzungen für den einfachen und den besonderen Netzzugang in den §§ 33 ff TKG festgeschrieben. Netzzugang ist gemäß § 3 Nr. 9 TKG als „physische und logische Verbindung von Endeinrichtungen oder sonstigen Einrichtungen mit einem Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben, sowie die [...] Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen [...] zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistung“ legaldefiniert. Der Regelungskern des Netzzugangs ist also die Möglichkeit der Nutzung eines TK-Netzes durch andere als dessen Eigentümer, wobei auch die Verbindung von TK-Netzen des gleichen Eigentümers als Netzzugang gilt.

Der Sonderfall des besonderer Netzzugang ist nach der Definition des § 1 Netzzugangsverordnung (NZV) der Netzzugang, der von einem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des § 3 Nr. 18 TKG für das Angebot von

Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit im Sinne des § 3 Nr. 19 TKG nachgefragt wird.

In § 33 Absatz 1 TKG sowie in den §§ 35 Absatz 1 und 2 TKG wird dabei festgelegt, dass der Netzzugang „diskriminierungsfrei“ (§ 33 Absatz 1 TKG) und „in Übereinstimmung mit dem sonstigen Recht der Europäischen Gemeinschaft“ zu gewähren ist. Dabei handelt es sich um eine spezialgesetzliche Ergänzung der §§ 19ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung neue Fassung - § 22 alte Fassung - (GWB). Damit soll garantiert werden, dass Wettbewerber der Deutsche Telekom AG (DTAG) einen Anspruch auf den Zugang zu den Übertragungsleitungen der ehemaligen Deutschen Bundespost Telekom auch zu fairen Voraussetzungen durchsetzen können.

Dieser wettbewerbs- und kartellrechtliche Eingriff in die Privatautonomie wurde notwendig, da der Netzzugang nach der Privatisierung der ehemaligen Bundespost nunmehr durch privatrechtliche Verträge zwischen den Wettbewerbern und der DTAG geregelt wird. Da grundsätzlich damit zu rechnen war, dass die DTAG als ehemaliger Monopolist versuchen würde, die Angebote an die Wettbewerber durch die Verwendung von umfangreichen Leistungspaketen unattraktiv zu gestalten, wurde bereits im Vorfeld aus dem Diskriminierungsverbot ein Entbündelungsgebot entwickelt.

Seine Ausformung fand das Entbündelungsgebot für den besonderen Netzzugang in der aufgrund der §§ 35 Absatz 5 und 37 Absatz 3 TKG erlassenen NZV.

Die Durchsetzung dieses Anspruchs wird durch die in § 33 TKG ebenfalls statuierte Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) garantiert. Diese Form der Durchsetzung von wettbewerbs- bzw. kartellrechtlichen Ansprüchen führt zu einer untypischen Situation, da im Klagefall sich nicht Anbieter und Nachfrager als Parteien gegenüberstehen, sondern vielmehr der Anbieter gegen einen

Verwaltungsakt der RegTP vorgehen muss und die Nachfrager lediglich als Beigelade am Prozessgeschehen teilnehmen.

Das hier unter Hinzuziehung der Literatur zu analysierende Urteil stellt die erste Hauptsachenentscheidung zur Entbündelung dar. Vorliegend klagte die DTAG gegen einen Bescheid der RegTP, in dem sie verpflichtet worden war, ihren Wettbewerbern, namentlich Mannesmann Arcor, O.tel.o und NetCologne, den Zugang auf den „blanken Draht“, d.h. den direkten Zugang auf die Übertragungsleitungen ohne die Einbeziehung weiterer Vermittlungsleistungen, anzubieten. Streitig waren in diesem Verfahren nicht nur die Anspruchsvoraussetzungen sondern auch Reichweite der Entbündelung.

## **2. Voraussetzung für den Anspruch auf Entbündelung**

Während die §§ 33, 35 TKG die Entbündelung selbst nicht explizit regeln, führt § 2 NZV die Anspruchsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Entbündelung gemäß §§ 33, Absatz 1, 35 TKG für einen besonderen Netzzugang gemäß § 35 Absatz 1 TKG aus. Unstreitig ist, dass § 2 NZV selbst keine Anspruchsgrundlage darstellt.

Demnach hat ein marktbeherrschender Betreiber eines TK-Netzes wesentliche Leistungen so anzubieten, dass keine Leistungen abgenommen werden müssen, die nicht nachgefragt werden.

Im Rahmen des Missbrauchsaufsichtsverfahrens vor der RegTP stellte die DTAG so gut wie alle Merkmale mit unterschiedlich ernsthaftigem Vorbringen streitig:

### **a) Marktbeherrschendes Unternehmen**

Zwar bedarf es keiner ernsthaften Erläuterung, ob die DTAG ein marktbeherrschendes Unternehmen darstellt, fraglich ist die Auslegung des Begriffs in den §§ 33, 35 TKG jedoch bezüglich anderer, kleinerer TK-Unternehmen.

Der Wortlaut der sog. Zusammenschaltungsrichtlinie der EG verlangt gemäß deren Artikel 4 Absatz 3 lediglich eine beträchtliche Marktmacht, welche dann zumindest dann gegeben sein soll, wenn ein Unternehmen auf dem entsprechenden lokalen Markt einen Anteil von 25% darstellt. Des Weiteren ist bei der Beurteilung der Marktmacht im Einzelfall auch auf den Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, die Fähigkeit Marktbedingungen zu beeinflussen, Kontrollmacht über Endbenutzereinrichtungen, internationalen Zugang aber auch auf den Zugang zu Finanzmitteln abzustellen.

Das TKG stellt sowohl in § 33 TKG als auch in § 35 TKG auf ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 19 GWB ab. Um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 19 GWB handelt es sich regelmäßig dann, wenn das Unternehmen einen Marktanteil von 33% stellt.

Dieser Unterschied stellt aufgrund des Vorbehalts einer anderen nationalen Regelung in Art. 4 Absatz 3 der OPN-Richtlinie, im Gegensatz zu früher geäußerten Meinungen keinen Verstoß gegen geltendes Gemeinschaftsrecht dar, weil nicht vom wesentlichen Gedanken der Regelung abgewichen wird. Da es sich bei § 19 Absatz 3 GWB allerdings lediglich um einen Vermutungstatbestand handelt, dürfte zukünftig bei der Abwägung bezüglich der marktbeherrschenden Stellung im TK-Sektor auf die OPN-Richtlinie als Auslegungshilfe zurückgegriffen werden.

Schließlich ist bei der Bewertung der marktbeherrschenden Stellung besonders darauf zu achten, dass der maßgebliche Markt als Bewertungsmaßstab zugrunde gelegt wird, d.h. im Zweifel auf Teilmärkte zurückgegriffen werden muss. So ist nach herrschender Meinung der Mobilfunkbereich auf jeden Fall als eigenständiger Markt anzusehen. Ob hier wiederum nach der individuellen Übertragungstechnik (GSM 900, GSM 1800) abzugrenzen ist oder ob vielmehr nur allgemein auf das

Merkmal des Mobilfunks im Sinne des § 3 Nr. 8 TKG abgestellt werden muss, ist wohl von geringer praktischer Bedeutung, da aufgrund der Frequenzknappheit vorerst mit keinem neuen Wettbewerber zu rechnen ist. Übertragen auf andere Bereiche sollte eine solche Zerstückelung des Marktbegriffs allerdings vermieden werden. So würden künstlich eigenständige Märkte geschaffen werden und ebenso künstlich Wettbewerber eines großen Marktes zu marktbeherrschenden Unternehmen stilisiert werden. Eine so entstehende „Überregulierung“ kann genauso wenig wie eine Politik des freien unregulierten Marktes den Regulierungszielen zuträglich sein.

#### b) Leistung

Die Regelungen zur Entbündelung in § 2 NZV verweisen auf den Leistungsbegriff des § 33 Absatz 1 TKG. Der Umfang dieses Leistungsbegriffs ist jedoch keinesfalls eindeutig.

In dem anhängigen Verfahren beharrte die DTAG darauf, dass die Leistung im Sinne des § 33 TKG mit dem Begriff der Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des § 3 Nr. 18 TKG deckungsgleich sei.

Da der Netzzugang nach § 35 TKG allerdings keine Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des § 3 Nr. 18 TKG darstellt, sondern eben gerade eine Vorleistung dafür ist, wäre dieser nicht unter den Leistungsbegriff zu fassen. Die kleinste rechtlich mögliche Leistung wäre demnach in diesem Zusammenhang das Angebot von Übertragungswegen. Übertragungswege im Sinne des § 3 Nr. 22 TKG sind gerade nicht das reine Kupfer- oder Glasfaserkabel sondern vielmehr jede Leitung mit einer bestimmten Durchsatzrate. Als Folge wäre somit die Durchsetzung des verfolgten Anspruchs auf Entbündelung im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach § 33 TKG unmöglich. Begründet wurde dies damit, dass die Wortwahl des Gesetzgebers hier auf die Identität der Begriffe hindeute.

Die absolut herrschende Meinung lehnt diese Auffassung jedoch ab und befürwortet eine weite Auffassung des Leistungsbegriffs unter Einbeziehung aller Vorleistungen.

Allein der Wortlaut legt eine Differenzierung zwischen der Telekommunikationsdienstleistung und der Leistung im § 33 TKG nahe. So heißt es im Gesetz „[...] Leistungen für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen [...]“. Dies ergäbe bei einer Identität der Begriffe keinen Sinn.

Auch die regulatorische Betrachtung unter Beachtung des Gesetzeszwecks nach §§ 1, 2 TKG lässt keine andere Auslegung zu. Der Entzug der Netzzugangsregelungen aus dem Bereich der Missbrauchsaufsicht würde den Kernbereich der Regulierung, als der der Netzzugang wohl anzusehen ist, wieder dem Wettbewerb anheim stellen. Damit wäre das Ziel der Regulierung im Sinne des § 2 TKG - die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs - als gescheitert anzusehen.

Auch ist der Wille des Gesetzgebers, gerade die Vorleistungen zu erfassen, zweifelsohne erkennbar, da ausdrücklich verlangt wird, dass auch die lediglich intern genutzten Leistungen, die die Grundlage für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen bilden, diskriminierungsfrei anzubieten sind.

Schließlich würde eine Gleichsetzung der Leistungsbegriffe auch der Systematik des TKG widersprechen. Als erster Paragraph des 4. Teils des TKG steht der § 33 TKG den folgenden Paragraphen als grundsätzliche Norm voran. Zwar ist der aus dem Wortlaut und dem unterschiedlichen Adressatenkreis der §§ 33 und 35 TKG mögliche Schluss auf unabhängige Anspruchsgrundlagen denkbar. Der §§ 35ff TKG sieht allerdings keine eigenständige Missbrauchsaufsicht vor, so dass dann die Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen vor der RegTP ausgeschlossen wäre. Dies widerspräche dem

gesamten Regulierungskonzept. Vielmehr handelt es sich bei den Regelungen der §§ 35ff TKG sowie der NZV um die konkretisierende Ausformungen des allgemeinen Missbrauchsverbots des § 33 TKG. Daher muss ein Verstoß gegen die Netzzugangsregeln aus § 35 TKG als spezielle Ausprägung des Missbrauchstatbestands nach § 33 TKG geahndet werden können, was für einen weiten Leistungsbegriff spricht.

Zusammenfassend muss daher - im Einklang mit der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung – von einem weiten Leistungsbegriff des § 33 TKG ausgegangen werden, der auch alle internen und externen Vorleistungen erfasst. Die Bezugnahme des § 33 Absatz 1 Satz 2 TKG auf die OPN-Richtlinie stützt diese Ansicht, da damit klargestellt wird, dass insbesondere der Netzzugang im Sinne des § 35 TKG eine wesentliche Leistung darstellt.

Neben dem Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen sind noch weitere Entbündelungsszenarien denkbar. So dürfte wohl auch der Zugang zu Teilnehmerdaten – hier: ohne gleichzeitige Abnahme einer entsprechenden Software- oder EDV- Lösung – und zu vermittlungstechnischen Einrichtungen dem Entbündelungsgebot unterfallen

c) Intern genutzte Leistung

Die oben bereits umrissene Leistung muss außerdem gemäß § 33 Absatz 1 Satz 1 TKG intern genutzt werden. Daraus folgt, dass der Wettbewerber nicht solche Leistungen verlangen kann, die vom marktbeherrschenden Unternehmen selbst nicht oder nicht mehr genutzt werden. Wie die Leistungen genutzt werden, und ob sie ge- oder entbündelt genutzt werden, ist allerdings für das Merkmal der „intern genutzten Leistung“ im Rahmen der Anspruchsvoraussetzungen irrelevant. Dies ist erst unten zur Fragestellung der Reichweite der Entbündelung zu beachten.

d) Wesentlichkeit

Aufgrund des besonders weiten Leistungsbegriffs wird die Anwendbarkeit der Entbündelungsregelungen auf solche Leistungen beschränkt, die als wesentlich anzusehen sind (§ 33 Absatz 1 Satz 1 TKG). Streitig ist dabei die Frage, ob es sich um eine objektive Wesentlichkeit handeln muss, oder ob die Leistung allein für das Angebot des Wettbewerbers wesentlich zu sein hat.

Nach Definition der EU-Kommission ist eine Leistung dann wesentlich, wenn sie notwendig ist, um die Kunden zu erreichen, oder Wettbewerbern die Durchführung ihrer Geschäftstätigkeit zu ermöglichen, und die im Rahmen eines angemessenen Einsatzes von Mitteln nicht neu geschaffen werden kann.

Die DTAG ließ im Verfahren vortragen, dass es sich um einen individuellen Wesentlichkeitsbegriff handeln müsse. Dies würde der Tatsache Rechnung tragen, dass einige Wettbewerber, die selbst über ein ausgebautes Netz verfügen, wie z.B. mit Einschränkungen Mannesmann Arcor, keinen besonderen Wettbewerbsschutz benötigen. Demnach wäre der Wettbewerber verpflichtet nachzuweisen, dass die geforderte Leistung für geplantes Angebot wesentlich wäre. Ein Wettbewerber müsste seine gesamte Betriebsplanung auch für die Zukunft offen legen, da sonst der Beweis für den konkreten Bedarf nicht zu führen wäre. Ein solch weiter Eingriff in Geheimnisphäre des Wettbewerbers ist allerdings schlechterdings mit den Regulierungszielen und einer gesunden wirtschaftlichen Denkweise vereinbar.

Dem gegenüber steht die objektive Betrachtungsweise. Danach würde die reine Notwendigkeit der Leistung für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen genügen, um die Wesentlichkeit im Sinne des § 33 TKG zu begründen. Ein Nachweis des Bedarfs der nachgefragten Leistung entfielen demnach, bzw. würde durch die Nachfrage indiziert. Damit



würden insbesondere auch zukünftige, noch nicht konkretisierte Entwicklungschancen vom Schutz des § 33 TKG erfasst werden. Dass Leitungen, welcher technischen Gestaltung auch immer, und insbesondere die Endnutzereinrichtungen für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen unerlässlich sind, darf als unstrittig bezeichnet werden.

Dies ist zwar aus Sicht kleinerer Unternehmen ein begrüßenswerter Schritt, der allerdings zur Erstarkung von reinen Wiederverkäufern am Markt führen würde. Somit wäre jeder Anreiz zur eigenen Investition genommen. Auch dies kann auf lange Sicht nicht den Zielen der Regulierung entsprechen, nämlich dem langfristigen Aufbrechen des Netzmonopols.

Daher ist auf die Definition der EU-Kommission insoweit zurückzugreifen, als dass die wirtschaftliche Unmöglichkeit bzw. Unsinnigkeit der Herstellung eigener Netzverbindungen als Korrektiv hinzuzuziehen ist. Faktisch dürfte jedoch im Augenblick kein Wettbewerber der DTAG in der Lage sein, ein auf Kabeln basierendes, flächendeckendes Telekommunikationsnetz inklusive der Endnutzereinrichtungen zu errichten.

Diese Bewertung kann sich allerdings in Zukunft ändern, wenn andere, weniger kostenintensive Übertragungsleitungen die Serienreife erreichen. Denkbar wären hier z.B. die Endnutzerversorgung durch Richtfunkanlagen, optische Richtstrahlanlagen oder die Nutzung des Stromnetzes. Da diese Möglichkeiten der Meinung des Gerichtes und wohl derzeit auch tatsächlich noch nicht als gegeben angesehen werden können, kann die DTAG die Wesentlichkeit der Leistung nicht im Hinblick auf in der Entwicklung befindliche Techniken verneinen.

Als wesentlich muss eine Leistung also heute dann gelten, wenn sie objektiv notwendig ist, um das geplante Angebot zu

ermöglichen, und eine eigene Herstellung wirtschaftlich unmöglich ist.

### **3. Reichweite des Entbündelungsgebot**

Während die Voraussetzungen der Entbündelung in dem laufenden Verfahren eher einen Nebenschauplatz darstellten, lag der eigentliche Streit in der Frage der Reichweite des Entbündelungsgebots.

Sowohl die DTAG als auch die Beigeladenen und schließlich auch das Gericht hatten eine unterschiedliche Auffassung von der Auslegung des § 2 NZV, wobei zumindest die Beigeladenen und das Gericht im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis kamen.

#### **a) DTAG**

Die DTAG stellte primär auf den Ausnahmetatbestand des § 2 Satz 3 NZV ab, um dem Entbündelungsgebot zu entgehen, führte allerdings auch an, dass sie den Anforderungen des § 33 TKG insofern nachkomme, dass die Leistungen entsprechend dem internen Gebrauch angeboten würden, und versuchte den § 2 NZV sogar als verfassungswidrige Enteignung darzustellen.

##### **1) Ausnahmetatbestände**

Nach § 2 Satz 3 NZV entfällt der Anspruch auf Entbündelung dann, wenn die Entbündelung im Einzelfall als sachlich nicht gerechtfertigt anzusehen ist. Da die NZV diese Ausnahme nicht weiter konkretisiert, ist auf die klarer formulierten Ausnahmen des § 33 TKG und des Art. 3 der OPN-Richtlinie zurückzugreifen.

Danach kann der Wettbewerber dann keine Entbündelung der Leistung verlangen, wenn diese eine Gefahr für die Sicherheit des Netzbetriebs, die Netzintegrität die Interoperabilität der Dienste und den Datenschutz darstellt (Art. 3 Absatz 2 der OPN-Richtlinie). Des weiteren dürfte auch hier in beschränkten Maße die für das GWB entwickelten Kriterien

bezüglich einer sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, wie z.B. schwerwiegende Vertragsverletzungen, fehlende Kreditwürdigkeit und auch Kapazitätsprobleme zurückzugreifen sein.

Prinzipiell liegt hierfür die Beweislast bei dem marktbeherrschenden Unternehmen. Die DTAG berief sich hier auf eine angebliche Gefährdung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs sowie auf erhebliche Kapazitätsprobleme.

Insbesondere bestehe laut DTAG das Risiko, dass die Wettbewerber durch den eigenmächtigen Einsatz eigener Übertragungstechniken die Nutzung durch die DTAG selbst gefährden würde und dass aufgrund eines vermehrten Telefonaufkommens die Kapazitäten der Leitungen nicht die Nutzung durch mehrere Betreiber leisten könnten.

Diese Bedenken haben aus tatsächlichen Gründen weder das VG Köln noch das OLG Münster berücksichtigt. Zwar ist das Vorbringen der DTAG richtig, dass bei einem direkten Zugang zum blanken Draht Techniken eingesetzt werden könnten, die mit denen der DTAG nicht kooperieren. Andererseits ist dies kein Grund der Versagung des Zugangs sondern vielmehr eine Frage der Ausgestaltung des Netzzugangsvertragswerks. Dort kann eine Abstimmungspflicht der Wettbewerber bezüglich des Einsatzes neuer Techniken mit dem Ziel der Interoperabilität der Anbieter geregelt werden.

Auch das Vorbringen der DTAG, dass ein Multiplexer notwendigerweise Teil des Angebots sein müsste, um Kapazitätsprobleme zu vermeiden, ist aus tatsächlichen Gründen zurückzuweisen. Die DTAG besitzt eine große Reserve an Leitungskapazitäten, so dass der Einsatz eines Multiplexers im Regelfall nicht notwendig ist. Auch eine Vorratshaltung von Netzkapazitäten kann naturgemäß kein

Verweigerungsgrund sein, da so dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet werden würden und sich keine objektiven Maßstäbe finden ließen. In Übereinstimmung mit Art. 3 Absatz 2 OPN-Richtlinie betont das OVG Münster in seinem Beschluss allerdings, dass, sollte im Einzelfall eine bestehende Überlastung der Leitungen nachzuweisen sein, die DTAG berechtigt wäre den Zugang nur in Verbindung mit Multiplexern anzubieten, oder, sollte eine derartige Aufspaltung der Frequenzen nicht ausreichend sein, sogar den Zugang zu verweigern. Eine solche Ausnahme muss auch dann greifen, wenn die Kapazitätsprobleme erst durch den Netzzugang des Wettbewerbers entstehen. Dem ist vorbehaltlos zu folgen, da dies den Vorgaben der OPN-Richtlinie entspricht und die Netzintegrität sicherstellt.

## 2) Enteignung

Des weiteren brachte die DTAG vor, dass es sich im Fall einer Entbündelung bis zum blanken Draht um eine entschädigungslose und damit verfassungswidrige Enteignung im Sinne des Artikel 14 Absatz 3 GG handeln würde. Dies ist allerdings abwegig. Eine Enteignung liegt regelmäßig dann vor, wenn der Staat dem Einzelnen Eigentum vollständig oder teilweise, meistens mit dem Ziel der Materialbeschaffung, entzieht. Da die Telekom auch weiterhin Eigentümerin bleibt und insbesondere auch in Form von Mietverträgen über die Leitungen verfügen wird, liegt keine Enteignung vor. Vielmehr handelt es sich um eine verhältnismäßige, nicht-ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung. Eine Inhaltsbestimmung im Sinne des Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 liegt dann vor, wenn ein Gesetz zukunftsorientiert Eigentum den sozialen Verhältnissen anpasst und somit die immanente Risikolage der Eigentumsposition konkretisiert.

Im Rahmen des § 2 NZV i.V.m. § 33 TKG wird das Eigentum der DTAG insofern konkretisiert, als dass sie Verträge mit Wettbewerbern über die Netznutzung abzuschließen hat. Da diese Vermietung bzw. Pacht der Leitungen auch nicht unentgeltlich erfolgt, bedarf es auch keiner Entschädigung.

Insofern kann auch die streitige Frage, ob die DTAG sich als ein überwiegend in öffentlicher Hand befindliches Unternehmen, sich überhaupt auf die Grundrechte berufen kann, dahinstehen.

### 3) Internes Angebot

Schließlich berief sich DTAG auf § 33 Absatz 2 Satz 3 TKG, wonach ein Missbrauch dann vermutet wird, wenn die Leistung intern zu anderen, günstigeren Bedingungen angeboten wird, als den Wettbewerbern. Intern bedeutet in diesem Zusammenhang, die zur Verfügungsstellung zwischen betriebsinternen Abteilungen oder verbundenen Unternehmen (wie z.B. die Deutsche Telekom Mobil AG). Da die DTAG selbst teilweise Multiplexer einsetzt, bzw. ihre eigenen Leitungen normalerweise dem ebenfalls angebotenen CCA-Modell entsprechen, sah sie die Vermutung als widerlegt an. Dem muss allerdings entgegengehalten werden, dass die DTAG jederzeit über einen Wechsel ihrer eigenen Ausstattung und Technik entscheiden kann, so dass dies auch den Wettbewerbern zugestanden werden muss. Insbesondere darf den Wettbewerbern nicht die Möglichkeit genommen werden, neue und fortschrittlichere Techniken zum Einsatz zu bringen, da gerade darin ein entscheidender Marktvorteil liegen kann. In diesem Rahmen bestätigte das VG Köln gleichzeitig den Anspruch der Wettbewerber auf den Einsatz eigener Übertragungstechniken, soweit diese technisch die Leitungen der DTAG nicht beeinflussen. Die Nutzung des Multiplexers kann nur im Fall des oben beschriebenen

Kapazitätsmangels als Einwendung akzeptiert werden. Daher dringt die DTAG auch mit dieser einschränkenden Ansicht der Entbündelung nicht durch.

b) Beigeladene Parteien

Die beigeladenen Parteien und ein Teil des Schrifttums vertreten dagegen eine wortlautgetreue Auslegung des § 2 NZV. Danach muss prinzipiell nur eine solche Leistung abgenommen werden, die auch nachgefragt wurde.

Mittels einer solchen Wortlautauslegung ließe sich jede wesentliche Leistung verlangen, d.h. dass die Grenze der Entbündelung die technische Teilbarkeit des Systems darstellen muss. Jede Entbündelung unterhalb dieser Schwelle, die nicht durch die seltenen Ausnahmetatbestände gerechtfertigt ist, würde demnach gegen das Missbrauchsverbot des § 33 TKG verstoßen. Von besonderer Bedeutung ist im Rahmen einer solchen Auslegung der Entbündelung im Sinne des § 2 NZV das Begehren eines Wettbewerbers, dass die vorgefundenen Einrichtungen so umzubauen sind, dass ein nachfragegerechter Netzzugang möglich ist.

Neben dem Wortlaut wird auf den Gesetzeszweck - die Regulierung - abgestellt. Wie bereits § 2 Absatz 2 Nr. 2 TKG vorgibt, ist die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs Regulierungsziel und somit Gesetzeszweck. Ein chancengleicher Wettbewerb ist allerdings nur dann sicherzustellen, wenn auch die DTAG aufgrund ihres ursprünglichen Netzmonopols keine ausschließlichen Vorteile mehr nutzen kann. Unstreitig dürfte sein, dass der offene Netzzugang und somit die Entbündelung als Unterfall des offenen Netzzugangs von herausragender Bedeutung für einen chancengleichen Wettbewerb ist. Bezüglich der Nutzung des Festnetzes spricht daher viel für die Wortlautauslegung des § 2 NZV. Durch die Entbündelung bis in die kleinste technische Einheit wird eine weitestgehende Chancengleichheit zwischen

den Wettbewerbern und der DTAG gewährleistet. Beiden Seiten stehen so die gleichen Grundvoraussetzungen zur Verfügung.

### c) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung legt ihrer Bewertung zur Reichweite des Entbündelungsgebots ebenfalls die Wortlautauslegung zugrunde, korrigiert diese Position allerdings durch eine europarechtskonforme Auslegung.

Grundlage für diese europarechtskonforme Auslegung ist die Feststellung, dass es sich bei § 2 NZV um eine spezialgesetzliche Ausprägung des Missbrauchstatbestandes des Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe d EG handelt.

Warum es sich um eine solche spezialgesetzliche Regelung handeln soll, führt das Gericht jedoch nicht aus. Der Wortlaut der Entscheidung stellt klar, dass das Gericht keine Analogie beabsichtigte sondern viel mehr eine Spezialgesetz konform auslegen wollte. Anderslautende Äußerungen in der Literatur stützen sich nicht auf Wortlaut der Entscheidung des VG Köln.

#### 1) Artikel 82 EG

Für die Frage, ob es sich bei § 2 NZV um eine spezialgesetzliche Regelung des Artikels 82 Buchstabe d EG handelt, ist zuallererst die Anwendbarkeit des europäischen Kartell- und Wettbewerbsrechts zu prüfen. Dies hängt davon ab, ob das zu bewertende Verhalten dazu führen kann, dass der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird (Zwischenstaatlichkeitsklausel im Sinne des Artikel 82 Absatz 1 EG).

Einhellig gehen Literatur und Rechtsprechung heute davon aus, dass es keiner konkreten Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten bedarf, sondern dass vielmehr allein eine potentielle Beeinträchtigung genügt. Eine potentielle Beeinträchtigung liegt u.a. dann vor, wenn eines der beteiligten Unternehmen auf dem betroffenen Markt einen Anteil von mehr als 5% hält, wenn durch das Verhalten

Handelsschranken aufgebaut werden könnten oder wenn durch die Maßnahme der Marktbeitritt eines anderen Unternehmens behindert werden soll. Die Subsumtion des vorliegenden Falls sowie der Entbündelungsfälle generell unter diese Klausel dürfte problemlos möglich sein, da die Entbündelungsregelungen selbstverständlich auch für und gegen Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten gilt und der einzige Grund für die Verweigerung der Entbündelung die Behinderung des Marktzugangs sein kann. Schließlich hat die EG mit den bereits zitierten Richtlinien ein Zeichen für die europäische Bedeutung des offenen Netzzugangs gesetzt. Daher ist Art. 82 EG prinzipiell auch auf die Telekommunikation und die Entbündelung parallel zum deutschen TK- und Kartellrecht anwendbar. Dies war zumindest im Rahmen der §§ 33, 35 TKG bisher nicht streitig. Auch steht dem keine europäische spezialgesetzliche Regelung entgegen, da die OPN-Richtlinie sich zur Reichweite der Entbündelung nicht äußert.

## 2) Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe d EG

Während die Generalklausel des Artikel 82 Absatz 1 EG mit dem Verbot des missbräuchlichen Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung dem § 33 TKG und dem § 19 GWB entspricht, konkretisieren die Fallbeispiele des Artikel 82 Absatz 2 EG den möglichen Missbrauch. Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe d EG verbietet das sogenannte Kopplungsgeschäft. Solche Verträge, bei denen der Anbieter das Geschäft mit dem Nachfrager gegen dessen Willen von der Abnahme verschiedener und dem Handelsbrauch nach unabhängiger Waren oder Dienstleistungen abhängig macht, sind aufgrund der Beschneidung der wirtschaftlichen Freiheit des Nachfragers sowie der Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Markt der zusätzlichen Leistung verboten. Da sich der Tatbestand dieses Fallbeispiels offensichtlich mit dem



Entbündelungsgebot des § 2 NZV deckt, ist nunmehr der Frage der Einschränkung des Entbündelungsgebots nachzugehen. Mit dem Korrektiv des „Handelsbrauchs“ begrenzt Artikel 82 Absatz 2 Buchstabe d EG die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht auf solche Fälle in denen die Leistungen nach der Verkehrssitte normalerweise nicht gebündelt angeboten werden und dieser Handelsbrauch mit dem nationalen und dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Eine solche Hinzuziehung des Handelsbrauchs ist der Regelung des § 2 NZV fremd, da dieser lediglich auf die Nachfrage des Wettbewerbers abstellt. Auch in der Anwendung kommt Artikel 82 EG im Vergleich zur Wortlautauslegung des § 2 NZV zu einem anderen Ergebnis. Zwar bleibt der Anspruch auf Zugang zum „blanken Draht“ erhalten, da dieser wohl als wirtschaftlich eigenständige Leistung gesehen werden muss, der auch nach Handelsbrauch nicht gebündelt angeboten wird. Dagegen kann der Nachfrager aber keine Leistung verlangen, die Anbieter selbst nicht einsetzt oder die er selbst im Einzelfall nur in der angebotenen Verbindung nutzt. So kann insbesondere nicht der nachfragegerechte Umbau des Netzes für den Einsatz anderer Techniken verlangt werden. Dort wo die Leistung nur gebündelt existiert, kann de facto kein entgegenstehender Handelsbrauch gelten. Von diesem Grundsatz können von der Natur der Sache her solche Maßnahmen, die Umbauten zur Verbindung des DTAG-Netzes mit dem der Wettbewerber darstellen, nicht erfasst werden. Im Fall des Missbrauchs, z.B. durch vorsätzlichen sachlich nicht gerechtfertigten Einbau von vermittlungstechnischen Anlagen, könnte sich das marktbeherrschende Unternehmen vor dem Hintergrund der missbräuchlichen Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB nicht auf diese Ausnahme berufen. Als Maßstab müsste hier die sachliche Rechtfertigung sowie tatsächliche

Zusammenhang hinzugezogen werden.

Gegen diese europarechtliche Auslegung hat die Literatur, welche im wesentlichen aus den Prozessbevollmächtigten der Beigeladenen besteht, die oben bereits benannten Argumente des Wortlauts und des Regulierungsziels vorgebracht. Zwar unterscheidet sich das Ergebnis im zugrundeliegenden Fall nicht, allerdings ist ein anderes Ergebnis, wie dargestellt, bei einem anderen Sachverhalt möglich. Streitig ist deshalb, welche Auslegung zur Reichweite des Entbündelung in einem solchen Fall anzuwenden ist.

aa) Zweischrankentheorie

Schon früher kam es in verschiedenen Fällen zu einer Kollision des primären Gemeinschaftsrechts mit den nationalen Kartell- und Wettbewerbsregeln. Zur Lösung dieser Kollisionsfälle wurde die sogenannte Zweischrankentheorie entwickelt. Streitlos kann ein Vorgang gleichzeitig Gegenstand sowohl eines nationalen als auch eines europäischen Verfahrens sein. Soweit die Ergebnisse der Verfahren allerdings voneinander abweichen, findet die Regelung letztendlich Anwendung, die sich vom Ergebnis her als die strengere darstellt. Als Folge der Zweischrankentheorie kann sich in Einzelfällen auch das nationale Recht durchsetzen, soweit es lediglich die strengeren Regelungen enthält. Im zugrundeliegenden Fall käme es so zum Primat des deutschen Rechts, da § 2 NZV dem Wortlaut nach allein auf die Nachfrage abstellt. Somit wäre der wortlautgetreuen Auslegung der Literatur und der Beigeladenen zu folgen.

bb) Vorrang des EG-Rechts

Die Anwendung der Zweischrankentheorie führte allerdings zu einer nicht akzeptablen Rechtsunsicherheit und darüber hinaus zur Uneinheitlichkeit des primären

europäischen Wettbewerbsrechts. Eine unterschiedliche Gültigkeit des EG-Vertrages in den Einzelstaaten war jedoch nicht mit der direkten Geltung und der eigenständigen Rechtsordnung des EG-Vertrages vereinbar. Daher hat der EuGH schon bald die Zweistufentheorie als unzulässig verworfen. Konflikte zwischen nationalen und EG-Normen sind daher ausschließlich durch den Vorrang des EG-Rechts zu lösen. Dies gilt auch dann wenn das nationale Recht einen milderen Eingriff vorsieht. Die nationalen Kartellbehörden haben im Rahmen ihrer Prüfungen diesen Vorrang und eine mögliche abweichende EG-rechtliche Entscheidung zu berücksichtigen. Gleichzeitig konstatiert dies keinen verfahrenstechnischen Vorrang durch die EG-Behörden, da auch weiterhin ein paralleles Verfahren möglich sein wird. Dies sahen schon die Beteiligten der zugrundeliegenden Entscheidung.

Der Vorrang des EG-Rechts ist von der Regulierungsbehörde als nach § 33 TKG zuständige Kartellbehörde von sich aus zu beachten. Gleichzeitig zwingt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu der Auslegung, wie sie vom VG Köln vorgenommen wurde. Die Argumente des Wortlauts der Norm sowie des Regulierungszwecks können als nationale Regelungen sich dagegen nicht durchsetzen. Auch enthält die OPN-Richtlinie keine anderweitigen Regelungen zur Durchsetzung des Artikel 82 EG im Sinne des Artikels 83 EG.

**Ergebnis:**

Zusammenfassend ist daher die Reichweite des Entbündelungsgebots wie folgt zusammenzufassen:

Der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes nach § 35 Absatz 1 TKG muss Leistungen gemäß § 33 Absatz 1 TKG einschließlich der jeweils erforderlichen Übertragungs-, vermittlungs- und betriebstechnischen Schnittstellen in einer Weise anbieten, dass keine Leistungen abgenommen werden müssen, die nicht nachgefragt werden, soweit die Leistungen weder aus sachlichen Gründen noch nach dem Handelsbrauch zusammen anzubieten sind.

Der in § 2 NZV formulierte Ausnahmetatbestand der sachlichen Rechtfertigung findet sich ebenfalls in einer solchen Sichtweise wieder. Wie oben erläutert folgt daraus zwar ein Anspruch auf Zugriff auf den blanken Draht und somit den Einsatz eigener Übertragungstechniken, nicht aber ein Anspruch auf Umbau und Umstrukturierung des Netzes der DTAG.

#### **4. Kritik und Perspektiven**

Das Ergebnis der voranstehenden Prüfung erscheint auf den ersten Blick als ein Gewinn für die Öffnung des deutschen Telekommunikationsmarktes. Durch das Entbündelungsgebot wird die Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb geschaffen. Einzig der direkte Zugang zu den Kabelleitungen ermöglicht den Einsatz eigener Techniken im Netz der DTAG. Genauso stellt der offene Netzzugang die Grundlage für Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen dar.

Andererseits dürfen auch die mit einer so weitgehenden Entbündelungs- und Netzzugangsregelung verbundenen Nachteile nicht außer Betracht gelassen werden. Speziell die Entbündelung dürfte sich langfristig als Wettbewerbshindernis darstellen. Da die Wettbewerber der DTAG einen gesetzlich garantierten Zugang zum Festnetz der DTAG verfügen, wird kein Anreiz zum Aufbau eigener Leitungsnetze geschaffen. Selbst wenn der Wettbewerb im Markt der Leitungsnetze nicht ausdrücklich seinen Niederschlag im § 2 TKG gefunden hat, so muss er wohl trotzdem unter dem Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs im Sinne des § 2 Absatz 2 Nr. 2

TKG mitverstanden werden. Dafür spricht auch die Einführung einer eigenen Lizenzklasse für den Betrieb von Übertragungsleitungen, vgl. Lizenzklasse 3 des § 6 Absatz 2 Nr. 1 lit. c) TKG.

Diese Kollision von verschiedenen Regulierungszielen ist eine Folge der detaillierten Regelungsdichte des TKG. Durch die Ausformungen der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche z.B. in § 2 NZV oder § 35 TKG bleibt der Regulierungsbehörde lediglich ein geringer Ermessensspielraum für Regulierungsentscheidungen. Diese Unflexibilität des deutschen TK-Rechts wird bei einer konsequenten Verfolgung der Regulierungsziele schon in wenigen Jahren zu einer Novelle des TKG und der damit zusammenhängenden Gesetze und Verordnungen führen müssen. Da die Regulierung eines ehemaligen Monopolmarktes nicht linear sondern in verschiedenen Stufen verläuft, kann die nächste Stufe der Regulierung nur zu einer weitgehenden Einschränkung des Entbündelungsgebots führen. Zumindest finanzstarke Großunternehmen, wie Mannesmann Arcor, VIAG Intercom oder DebiTel, die bereits eine gesicherte Stellung im deutschen TK-Markt aufweisen können, müssten sich dann ihres Schutzes des § 2 NZV begeben. Dieser Schutz erscheint aufgrund der erfolgreichen Eingliederung in den Markt dann nicht länger sinnvoll. Insbesondere im Rahmen der Wesentlichkeitsprüfung könnte hier eingehakt werden. Zwar wird auf lange Sicht kein Wettbewerber in der Lage sein ein komplett flächendeckendes Leitungsnetz aufzubauen, doch bezüglich lokaler Netze darf das Entbündelungsgebot auf Dauer dem Aufbau unabhängiger Netze nicht mehr im Weg stehen. Abgrenzungskriterien für diese zweite Phase der Regulierung zu finden, dürften in den nächsten Jahren das vorrangige Problem des Gesetzgebers im Bereich des TK-Rechts darstellen.

Kai Bodensiek  
Berlin, den 06. Januar 2000