

# NEWSLETTER

## Nr. 34 Februar 2006

### Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
Vorwort .....	1
Befristung von Arbeitsverträgen .....	2
Gesetzesentwurf zur Einführung des elektronischen Unternehmensregisters .....	3
Kein Zurückbehaltungsrecht des Netzbetreibers bei Portierung nach Vertragsende.....	3
Die digitale Kluft und ihre Folgen .....	4
Zum Normadressatenkreis von § 25 TKG – oder: Wer muss eine Zusammen- schaltungsanordnung befolgen .....	6
Neue Marktregulierung – zweite Runde.....	8
Startschuss für den EU-Review .....	10
ERG-Konsultation zum „Remedy-Paper“ .....	12
Konkrete Streitentscheidungen zur Notifizierung bei der EU-Kommission gem. Art. 7 Rahmen-RL.....	14
Termine .....	14
Impressum .....	15

### Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen unsere ersten Newsletter des neuen Jahres vorzustellen. Auch 2006 möchten wir Ihnen weiterhin auf diese Weise Informationen, Hintergrundanalysen und Kommentare zu aktuellen Rechtsfragen zukommen lassen.

Neben aktuellen Urteilen aus verschiedenen wirtschaftsrechtlichen Bereichen stellen wir Ihnen mit dem Gesetzesentwurf zur Einführung des elektronischen Unternehmensregisters ein gesetzgeberisches Vorhaben vor, das in Zukunft auch auf Ihr Unternehmen Einfluss haben könnte. Einen weiteren Schwerpunkt bildet das Telekommunikationsrecht; hier informieren wir Sie unter anderem über aktuelle Entwicklungen aus Brüssel.

Wir hoffen, mit dem vorliegenden Newsletter eine interessante Themenauswahl zusammengestellt zu haben. Mit Anfragen, Kritik und Anregungen erreichen Sie uns gerne unter [newsletter@ra-ps.biz](mailto:newsletter@ra-ps.biz).

## Arbeitsrecht

### Befristung von Arbeitsverträgen

Anlässlich eines Urteils des BAG vom 19.10.2005, Az. 7 AZR 31/05, soll der vorliegende Beitrag einige Aspekte der nicht unkomplizierten Materie der Befristung von Arbeitsverträgen beleuchten.

In dem vom BAG entschiedenen Fall schlossen die Parteien im Oktober 2001 einen Arbeitsvertrag, wonach der Kläger befristet bis zum 31.12.2002 als Bezirksleiter im Vertriebsbereich beschäftigt wurde. Im Juli 2002 trafen die Parteien eine Vereinbarung, nach der der Einsatz des Klägers als Bezirksleiter bis zum 30.09.2003 zu unveränderten Bedingungen verlängert wurde. Weiterhin teilte der beklagte Arbeitgeber im August 2002 dem Kläger mit, dass er ab dem 01.10.2002 befristet bis zum 30.09.2003 zum kommissarischen Gebietsverkaufsleiter ernannt wurde.

Mit seiner Klage hat der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristung seines Arbeitsverhältnisses zum 30.09.2003 geltend gemacht. Er hat dabei die Auffassung vertreten, die Befristung sei mangels eines rechtfertigenden sachlichen Grundes unwirksam. Auf Grund des Umstandes, dass der beklagte Arbeitgeber ihn im August 2002 zum kommissarischen Gebietsverkaufsleiter ernannt habe, sei diese Vereinbarung als Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags anzusehen. Die darin vereinbarte zeitliche, also sachgrundlose Befristung war seiner Ansicht nach unwirksam, weil zuvor bereits ein befristetes Arbeitsverhältnis bestanden habe und § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eine kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags nicht zulässt, wenn mit dem selben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Das BAG hat diese Ansicht des Klägers zurückgewiesen. Es weist darauf hin, dass die Parteien hier während der Dauer eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags unter Beibehaltung der Vertragslaufzeit lediglich eine Änderung der Arbeitsbedingungen vereinbart haben. Darin ist nach Ansicht des BAG weder der Neuabschluss eines Arbeitsvertrags zu sehen, noch unterliegt die Vereinbarung einer Befristungskontrolle durch das Gericht, weil die Vereinbarung keine neue Befristungsabrede enthält.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG unterliegt der gerichtlichen Kontrolle nach § 14 Abs. 2 TzBfG allein die zuletzt vereinbarte Befristung. Diese ist im vorliegenden Fall nach Ansicht des BAG in der Verlängerung des Arbeitsvertrags vom Juli 2002 zu sehen. Diese Vereinbarung stellt eine zulässige Verlängerung dar, da gem. § 14 Abs. 2 TzBfG die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Sachgrund höchstens drei Mal bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren zulässig ist, und diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall eingehalten sind.

Folgte man dagegen der Ansicht des Klägers und würde die Beförderung zum Gebietsverkaufsleiter vom August 2002 als Neuabschluss eines Arbeitsvertrags betrachten, müsste dieser in der Tat gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG als unwirksam betrachtet werden. Eine **kalendermäßige Befristung** des Arbeitsvertrags ist nämlich **nicht zulässig, wenn mit dem selben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat**. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut **gilt diese Einschränkung allerdings nicht für die Befristung eines Arbeitsvertrags, die durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist**. Das vorliegende Urteil zeigt daher, dass bei der Befristung von Arbeitsverträgen sorgfältig zu überlegen ist, ob diese auf Grund eines Sachgrundes oder kalendermäßig erfolgen soll. Die genaue Ausgestaltung der Befristung kann nämlich weit reichende Konsequenzen für ihre Verlängerungsmöglichkeit haben.

**Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88**

**E-Mail: [kemper@ra-ps.biz](mailto:kemper@ra-ps.biz)**

## Gesellschaftsrecht

### Gesetzentwurf zur Einführung des elektronischen Unternehmensregisters

Im Dezember 2005 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes über das elektronische Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) beschlossen. Dieses sieht die Einführung eines elektronischen Unternehmensregisters sowie Änderungen bei der Führung des Handelsregisters vor.

Ab dem 01.01.2007 soll unter der Internetadresse [www.unternehmensregister.de](http://www.unternehmensregister.de) ein zentrales Unternehmensregister erreichbar sein, über das die wichtigsten veröffentlichungspflichtigen Unternehmensdaten zentral elektronisch abgerufen werden können. Dies betrifft insbesondere Registereintragungen und Jahresabschlüsse. Dadurch muss der Rechts- und Wirtschaftsverkehr zukünftig nicht mehr verschiedene Informationsquellen bemühen, um die wesentlichen publizitätspflichtigen Angaben über ein Unternehmen zu erhalten.

Um die Veröffentlichung von Jahresabschlüssen zu erleichtern, soll für ihre zentrale Entgegennahme, Speicherung und Veröffentlichung nicht mehr wie bislang die Amtsgerichte, sondern der elektronische Bundesanzeiger zuständig sein.

Des Weiteren werden die Handelsregister auf den elektronischen Betrieb umgestellt. Zuständig zur Führung der Register bleiben zwar die Amtsgerichte; jedoch sollen Unterlagen in Zukunft nur noch elektronisch eingereicht werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass für Anmeldungen zur Eintragung die Erforderlichkeit der öffentlichen Beglaubigung entfällt. Dies werden Notare in Zukunft ebenfalls elektronisch vornehmen. Zur Beschleunigung der Eintragsverfahren, die derzeit mitunter mehrere Wochen dauern, sieht der Gesetzesentwurf vor, dass über Anmeldungen zur Eintragung grundsätzlich „unverzüglich“ zu entscheiden ist.

Der vorliegende Gesetzesentwurf, der verschiedene EU-Richtlinien umsetzt, ist in jeder Hinsicht zu begrüßen. Die Schaffung des elektronischen Unternehmensregisters wird die Informationserlangung wesentlich vereinfachen und beschleunigen. **Unternehmen**, die – wie eine Vielzahl der betroffenen Unternehmen – **bislang ihrer Verpflichtung zur Veröffentlichungen von Jahresabschlüssen nicht nachgekommen sind**, sollten die neue Rechtslage allerdings zum Anlass nehmen, diesbezüglich zukünftig mehr Disziplin an den Tag zulegen. Da Jahresabschlüsse ab 2007 ohne größeren Aufwand einsehbar sind, ist zu erwarten, dass diese Möglichkeit zur Einsichtnahme stärker genutzt wird, so dass Unternehmen, die ihre Verpflichtungen nicht erfüllen, damit in Zukunft eher auffallen werden.

**Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88**

**E-Mail: [kemper@ra-ps.biz](mailto:kemper@ra-ps.biz)**

## Zivil- und Handelsrecht

### Kein Zurückbehaltungsrecht des Netzbetreibers bei Portierung nach Vertragsende

In der Praxis kommt es immer wieder zum Streit wegen möglichen Gegenansprüchen des Netzbetreibers, wenn der Kunde nach dem Ende der Vertragslaufzeit die Portierung verlangt und der Netzbetreiber die Portierung von dem Ausgleich seiner Forderungen abhängig machen möchte. Teilweise

finden sich in der Praxis auch in den TK-Verträgen Klauseln, wonach eine Portierung nur möglich ist, wenn alle Ansprüche des Netzbetreibers ausgeglichen sind. Häufig stellt sich auch die Frage, ob eine Portierung schon vor dem Ende der Mindestlaufzeit eines Vertrages möglich ist. Diesen Fragen soll kurz im Überblick nachgegangen werden.

### 1. Keine Zurückbehaltungsrechte an der Rufnummer

Soweit der Kunde einen Portierungsanspruch nach dem Gesetz hat, kann der TK-Anbieter keinerlei Zurückbehaltungsrechte an den Rufnummern wegen Schadensersatz, Zahlungsverzug usw. geltend machen (vgl. VG Köln, Urteil v. 13.09.2002, 11 K 7221/00, siehe Anlage). Die Ausübung privater Rechte an der Rufnummer ist nach der Rechtsprechung des VG Köln ausgeschlossen, da es sich bei der Rufnummer um ein hoheitliches Gut handelt, bei dem – ähnlich wie bei Personalausweisen – nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes keinerlei private Rechte, wie z.B. Zurückbehaltungsrechte Dritter bestehen können. Diese Regelung wird durch § 20 Abs. 2 Satz 4 TKV bestätigt. Nach dieser Regelung sind Teilnehmerrufnummern rechtsgeschäftlich nicht übertragbar.

Aus dieser Regelung wird der Grundsatz abgeleitet, dass an den Rufnummern keine privaten Rechte entstehen können. Außerdem sollen keine Zurückbehaltungsrechte an einer Rufnummer entstehen können, wenn schon deren rechtsgeschäftliche Übertragung als stärkste Form eines privaten Rechtes oder Gestaltungsaktes ausgeschlossen ist. Auf Grund dieser gesetzlichen Wertung erscheinen auch AGB-Klauseln, wonach dem Anbieter dennoch ein Zurückbehaltungsrecht zustehen soll, unwirksam.

### 2. Keine Portierung vor dem Ende der Vertragslaufzeit

Die BNetzA folgt der Verwaltungspraxis, dass eine Portierung einer zugeteilten Rufnummer in ein anderes TK-Netz nur dann möglich ist, wenn der Vertrag mit dem abgebenden Netzbetreiber ordnungsgemäß beendet ist. Eine Portierung vor dem Ende der Mindestvertragslaufzeit ist damit allenfalls dann möglich, wenn der Kunde wirksam eine außerordentliche Kündigung erklärt hat oder der Vertrag auf andere Weise vorzeitig beendet wurde.

**Weitere Informationen: RA Dr. Peter Schmitz, Tel.: +49 (211) 68 78 88-58**

**E-Mail: [schmitz@ra-ps.biz](mailto:schmitz@ra-ps.biz)**

## Telekommunikation (Ökonomie, Recht, Technik)

### Die digitale Kluft und ihre Folgen

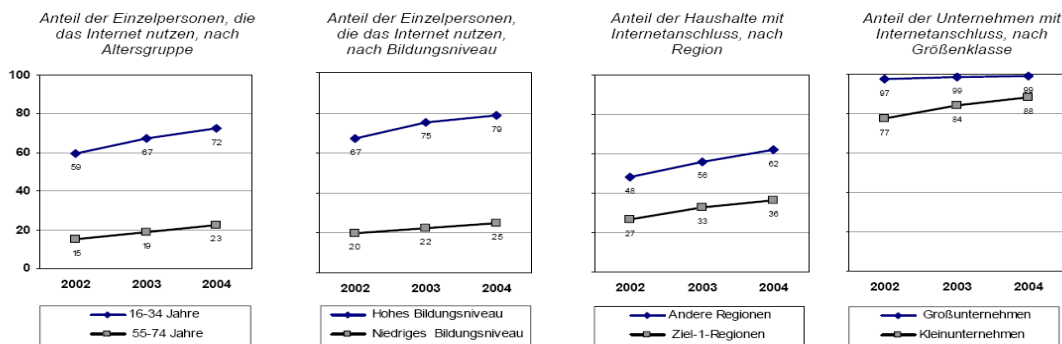
Die so genannte „digitale Kluft“ verläuft auf der Erde zwischen Nord und Süd. Nur ca. 1 Mrd. der gesamten Weltbevölkerung (insgesamt 6 Mrd. Menschen) haben zur Zeit die Möglichkeit eines Internetzugangs. Die Ursachen dafür sind sowohl politischer als auch finanzieller Natur. Auf dem Weltinformationsgipfel in Tunis vom 16. bis zum 18.11.2005 forderte der UN-Generalsekretär Kofi Annan die Staatengemeinschaft daher auf, allen Menschen den Zugang zum Internet, Computerzugänge und Handyverbindungen zu einem erschwinglichen Preis zu ermöglichen. Voraussetzung dafür ist die Schaffung entsprechender politischer Rahmenbedingungen.

Auch vor Europa macht die „digitale Kluft“ nicht halt. Eine Studie des Eurostat (Statistisches Amt der Europäischen Gemeinschaft) zeigt, dass die Ursachen für die digitale Kluft („digital divide“) ganz verschieden sind. Zu den wichtigsten Ursachen zählen nach wie vor fehlende Infrastruktur bzw. fehlende Zugänge zu Informations- und Kommunikationstechnologien, fehlende Anreize zur Nutzung dieser Technologien, mangelnde Computerkenntnisse oder nicht vorhandene Fähigkeiten, die aber die Vor-

aussetzungen für die Nutzung dieser modernen Informations- und Kommunikationstechnologien bilden. So nutzten im ersten Quartal 2004 in der EU in 25 Staaten ca. 85 % der Schüler und Studenten (im Alter von 16 Jahren und älter) das Internet, 60 % der Arbeitnehmer, aber nur 40 % der Arbeitslosen und 13 % der Rentner. Die digitale Kluft ist vor allem eine Frage des Alters- und des Bildungsniveaus, weniger eine geschlechtsspezifische Problematik. Eurostat betrachtet in seiner Studie auch den Faktor der Verstädterung, und hier wird deutlich, dass in dünn besiedelten Gebieten (ländliche Regionen) Computer und Internet weniger intensiv genutzt werden.

Am meisten werden Computer und Internet in den skandinavischen Ländern genutzt – am wenigsten in den neuen Beitrittsländern Bulgarien und Rumänien. Deutschland rangiert hier nur an der 8. Position!

In der folgenden Abbildung ist die Entwicklung der digitalen Kluft im Hinblick auf Internetnutzung und -anschlüsse in Europa für die Jahre 2002 bis 2004 dargestellt.



Quelle: Eurostat, Gemeinschaftserhebung über den IKT-Einsatz durch Haushalte und Einzelpersonen sowie Gemeinschaftserhebung über den IKT-Einsatz und E-Commerce in Unternehmen.  
 Anmerkung: Zahlen basieren auf einer Teilmenge von Ländern, zu denen für Daten für alle drei Jahre vorliegen (Schaubild 5A: DK, DE, EL, ES, IT, LU, NL, AT, PT, FI, SE, UK; Schaubild 5B: DK, DE, EL, ES, IT, LU, AT, PT, SE, UK; Schaubild 5C: DK, DE, EL, LU, PT, FI; Schaubild 5D: DK, DE, EL, ES, IE, IT, NL, AT, PT, FI, SE, UK, NO).

### Entwicklung der digitalen Kluft (Quelle: [www.europa.eu.int/com/eurostat](http://www.europa.eu.int/com/eurostat))

Es ist ein deutlicher Anstieg der Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in allen Teilen der Gesellschaft zu verzeichnen – aber Unterschiede bleiben unverändert bestehen. Einer der wichtigsten Gründe für diese Stagnation ist sicherlich der Status des Wettbewerbs bei Breitbandanschlüssen und -diensten. Wettbewerbliche Angebote und Angebotsvielfalt sowie günstige Preise können die Nutzung deutlich vorantreiben. In diesem Zusammenhang spielt eine wichtige Rolle, wie das Angebot des Incumbents im Hinblick auf Breitbandvorleistungsprodukte (z.B. TAL, Bitstream Access, Resale, Naked DSL) und deren Preise aussehen.

Nur mit entsprechenden regulatorischen Rahmenbedingungen kann die Basis für einen fairen Wettbewerb geschaffen werden. Damit können die Preise für Wirtschaft und Konsumenten niedrig gehalten werden; die Dienstvielfalt und der damit verbundene wirtschaftliche Gesamtnutzen steigt an.

Ein sehr treffendes Beispiel für unzureichende regulatorische Rahmenbedingungen zeigt der Rückfall Österreichs im EU-Breitbandranking um drei Plätze auf Platz 8 im Vergleich zur letzten Erhebung. Im DSL-Markt bspw. hält die Telekom Austria mittlerweile fast 70 % der Marktanteile. Sind dies Anzeichen der Remonopolisierung? Die Marktanalyse für den österreichischen Breitbandsektor ist vor kurzem veröffentlicht worden (wir berichteten im Newsletter 33). Sie zeigt, dass der Marktanteil bei Breitbandanschlüssen durch die Telekom Austria stetig steigend ist und sie ihren Startnachteil mehr als wettgemacht hat.

Entsprechende Schritte in Richtung Remonopolisierung sind in Deutschland auch erkennbar. So haben die Koalitionsparteien beschlossen, dass breitbandige Telekommunikationsnetze für einen gewissen Zeitraum von regulatorischen Eingriffen freizustellen sind. Dies ist – abgesehen von der Nicht-

Kompatibilität mit den EU-Rahmenbedingungen – ausgesprochen problematisch für das Entstehen von zusätzlichem Wettbewerb insb. durch Anschlussnetzbetreiber.

**Weitere Informationen: Claudia Schlipp, Tel.: +49 (211) 68 78 88-35**  
**E-Mail: schlipp@psc-ag.biz**

### Zum Normadressatenkreis von § 25 TKG – oder: Wer muss eine Zusammenschaltungsanordnung befolgen

Man sollte meinen, ein Telekommunikationsnetzbetreiber, auf dessen Antrag die BNetzA eine Netzzusammenschaltung anordnet, hat ein Interesse an dieser und wird sie auch befolgen. Allein der Antragsgegner dürfte ein Interesse an einer Verzögerung oder dem Nichtvollzug der Anordnung haben. Die Praxis lehrt uns etwas anderes: So hatte im Jahre 2004 ein nicht marktbeherrschender Verbindungsnetzbetreiber die Zusammenschaltung mit einem Mobilfunknetzbetreiber (MNO) beantragt, insbesondere weil er sich mit diesem nicht über die zu zahlenden Terminierungsentgelte und die Anzahl der zu realisierenden Orte der Zusammenschaltung (OdZ) sowie der vom Mobilfunknetzbetreiber geforderten Zuschläge auf die Minutenpreise für den Fall einigen konnten, dass nicht alle der von ihm geforderten OdZ realisiert würden. Die BNetzA ordnete die Zusammenschaltung an den lediglich beantragten vier OdZ an (BK 3d-04-028), genehmigte aber gleichzeitig einen Terminierungskostenschlag von 0,75 Eurocent pro Minute und die von dem Mobilfunknetzbetreiber in den Verhandlungen geforderten sonstigen Terminierungsentgelte. Der Verbindungsnetzbetreiber verzichtete daraufhin gegenüber dem Mobilfunknetzbetreiber vorläufig auf die Realisierung der Zusammenschaltung mit der Begründung, er könne die Terminierung im Netz des Mobilfunknetzbetreibers durch einen Transit über das Netz der DTAG wie bisher günstiger realisieren. Die BNetzA hatte nämlich für den Transit durch das Netz der DTAG insgesamt (unabhängig von der Anzahl der realisierten Zusammenschaltung mit dieser) ein Entgelt von 0,6 Eurocent zuzüglich der vom Mobilfunknetzbetreiber geforderten und nunmehr auch genehmigten Terminierungsentgelte genehmigt.

In der Folge verhandelten der Verbindungsnetzbetreiber und der Mobilfunknetzbetreiber über eine Anpassung diverser Konditionen einschließlich der Entgelte, ohne sich jedoch einigen zu können. Es kam zu einem weiteren Anordnungsverfahren. Der ursprüngliche Beschluss wurde gerichtlich vom Verbindungsnetzbetreiber angegriffen. Zwei Tage vor Durchführung der mündlichen Verhandlung beim Verwaltungsgericht widerrief die BNetzA die ursprüngliche Anordnung und lehnte den neuen Antrag ab. Sie begründete dies insbesondere damit, der Verbindungsnetzbetreiber habe die erste Anordnung nicht befolgt. Daraus sei zu ersehen, dass es nicht um die Zusammenschaltung, sondern nur um eine Preisabsenkung gehe, er also an der Zusammenschaltung selbst kein ernsthaftes und berechtigtes Interesse habe.

Wir möchten daher an dieser Stelle der Frage nachgehen, wer von der Aussage in **§ 25 Abs. 8 TKG: „Die betroffenen Betreiber müssen eine Anordnung der Regulierungsbehörde unverzüglich befolgen...“** verpflichtet wird. Nach Ansicht der BNetzA wären im vorliegenden Fall sowohl der Mobilfunknetzbetreiber als auch der VNB Betroffene in diesem Sinne. Diese auf den ersten Blick eindeutig scheinende Vorgabe des Gesetzes relativiert sich bei näherer Betrachtung ganz erheblich. Bei genauerer Gesetzesanalyse ergibt sich, dass der VNB als Antragsteller des Ausgangsverfahrens, der weder über eine marktbeherrschende Stellung verfügt noch ein Teilnehmernetzbetreiber ist, nicht erfasst wird.

Eine Anordnung nach § 25 Abs. 1 TKG kommt nur in Betracht, **wenn „die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung“ vorliegen**. Als explizit genannte weitere Voraussetzung verweist die Norm darauf, dass eine Zugangsvereinbarung

nach § 22 oder eine Vereinbarung über Zugangsleistungen nach § 18 TKG nicht zustande gekommen sind. Eine Anordnung nach § 25 TKG kann daher nur mit verpflichtender Wirkung gegen ein Unternehmen ausgesprochen werden, wenn und soweit dieses nach dem TKG zur Zugangsgewährung verpflichtet ist. Eine weitere Frage ist, ob der Zugangspetent einen korrespondierenden Zugangsanspruch gegen den Zugangspflichtigen hat.

§ 25 TKG konstituiert keine Zusammenschaltungspflicht der dort Genannten, sondern regelt ausschließlich das Verfahren vor der Behörde. **Die Behörde kann nach § 25 TKG somit ausschließlich gegen ein Unternehmen eine Zusammenschaltung anordnen, wenn dieses eine Zusammenschaltungspflicht trifft.** § 25 TKG enthält insoweit keine eigene Eingriffsermächtigung für die Behörde.

§ 25 TKG stellt somit einerseits den normbegünstigten Antragsteller und andererseits den passiv legiti-  
 mierten Netzbetreiber durch Verweis auf die §§ 22 TKG und 18 TKG heraus. **Aus dieser Normen-  
 kette ergibt sich, dass ein reiner Verbindungsnetzbetreiber, soweit er nicht marktbeherrschend  
 ist, zwar Normbegünstigter des § 25 TKG sein kann, aber nicht Normadressat.**

Der VNB war weder als marktbeherrschend eingestuft und mit einer Zugangsverpflichtung nach § 21 be-  
 legt worden, noch verfügte er über die Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern zu § 18 TKG. Der  
 VNB hätte somit weder durch einen Antrag des Mobilfunknetzbetreibers noch durch eine Verfah-  
 renseinleitung von Amts wegen zur Zusammenschaltung verpflichtet werden können.

Diese Differenzierung des Gesetzes zwischen Betreibern, die zur Zusammenschaltung ihrer Netze  
 berechtigt und verpflichtet sind (§§ 18, 22 TKG), einerseits und den lediglich zur Zusammenschaltung  
 Berechtigten aber nicht Verpflichteten andererseits muss beachtet werden. So differenziert das Ge-  
 setz z.B. in § 16 TKG. Jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist zwar verpflich-  
 tet, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Verlangen ein Angebot auf Zusam-  
 menschaltung zu unterbreiten. Eine von der Behörde durchsetzbare Verpflichtung, eine entspreche-  
 nde Vereinbarung auch abzuschließen und die Zusammenschaltung durchzuführen, sieht § 16 aber  
 nicht vor.

Eine Anordnungsbefugnis steht der Behörde nach dem Gesetz somit nur gegenüber den Unterneh-  
 men mit beträchtlicher Marktmacht oder denjenigen mit Zugangskontrolle zu Endnutzern zu. Nur mit  
 dieser gesetzlichen Einschränkung kann § 25 Abs. 8 TKG Anwendung finden. „Betroffene Betreiber“  
 im Sinne der Vorschrift können nur solche Betreiber sein, denen gegenüber die Behörde berechtigt ist,  
 eine Zusammenschaltung anzuordnen. Die Exekution der Anordnung, insbesondere die Durchsetzung  
 derselben nach Maßgabe des Verwaltungs- und Vollstreckungsgesetzes mit Zwangsgeldern bis zu 1  
 Mio. € ist nur dann zulässig und rechtsstaatsgemäß, wenn die Behörde eine entsprechende materielle  
 Ermächtigungsgrundlage zur Verpflichtung gegen das betroffene Unternehmen hat. Ansonsten würde  
 ein Unternehmen mit einem ganz enormen Zwangsgeld zu einem Handeln gezwungen, zu dem es  
 nach dem Gesetz ausdrücklich nicht verpflichtet ist und nicht einmal auf Antrag ihrer Wettbewerber  
 oder durch Einleitung eines Verfahrens von Amtswegen durch die Behörde verpflichtet werden könn-  
 te.

§ 25 Abs. 8 TKG kann daher nur dann sowohl den Antragsteller und als auch den Antragsgegner des  
 Anordnungsverfahrens erfassen, wenn beide entweder als marktbeherrschend und/oder Teilnehmer-  
 netzbetreiber betroffen sind. In diesem Sinne nicht „betroffene Betreiber“ sind dem gegenüber durch  
 das Gesetz ausdrücklich privilegiert. Für sie gilt insoweit sinngemäß die Regelung des § 16 TKG. Der  
 nicht zugangsverpflichtete Netzbetreiber gibt sein „Angebot“ mit dem Zusammenschaltungsantrag ab.  
 Er „verhandelt“ auch über dieses Angebot. Wird sein „Angebot“ - bildlich gesprochen - durch eine voll-  
 ständige Anordnung seitens der Behörde „angenommen“, wird er auf dieser Basis die Zusammen-  
 schaltung realisieren. Wird sein „Angebot“ wie vorliegend jedoch in wesentlichen Teilen abgelehnt, so

entsteht für ihn wie bei § 16 TKG keine Zusammenschaltungspflicht zu den von ihm nicht angebotenen oder zugestandenen Bedingungen.

Jede andere Bewertung würde die Differenzierung des Gesetzes zwischen den zusammenschaltungsberechtigten und den zusammenschaltungspflichtigen Unternehmen konterkarieren und ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in den materiellen Gesetzesbestimmungen eine Zusammenschaltungspflicht bedeuten, die anerkanntermaßen einen schwerwiegenden Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Geschäftsbetrieb und die unternehmerische Freiheit bedeutet, die grundgesetzlich durch die negative Abschlussfreiheit geschützt ist und nur auf Grund von Gesetzen eingeschränkt werden darf, woran es hier fehlen würde.

Aus der Nichtbefolgung der Anordnung kann dem VNB daher keinerlei Rechtsnachteil erwachsen, da er lediglich Normbegünstigter, aber nicht Normverpflichteter im Sinne einer Belastung mit einer Zusammenschaltungspflicht ist.

**Weitere Informationen: Hermann-Josef Piepenbrock, Tel.: +49 (211) 68 78 88-10**

**E-Mail: [piepenbrock@ra-ps.biz](mailto:piepenbrock@ra-ps.biz)**

### Neue Marktregulierung – zweite Runde

Die meisten Länder der Europäischen Union kämpfen noch mit der Umsetzung des seit 2002 auf europäischer Ebene gültigen Rechtsrahmens, insbesondere im Hinblick auf die neue Marktregulierung, da schreiten einige Länder schon voran und gehen in die nächste Runde. Zu diesen Ländern gehört Österreich, wo im Dezember 2005 die Konsultation im Hinblick auf die Überprüfung der mit der Telekommunikationsmärkteverordnung aus dem Jahr 2003 festgelegten Märkte begonnen wurde. Hintergrund ist, dass die „neue Marktregulierung“ auf der Vermutung basiert, dass insgesamt 18 Märkte als so genannte „Kandidatenmärkte“ für eine mögliche Vorabregulierung definiert worden sind. Dies erfolgte mit der Empfehlung der EU-Kommission über die relevanten Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors vom 11.02.2003 (ABl. L 114/5 vom 08.05.2003). Während einige Länder diese Empfehlung direkt anwenden, hat man in Österreich eine eigene Telekommunikationsmärkteverordnung (TKMVO) erlassen, in der die jeweiligen Märkte definiert werden. Gem. § 36 TKG 2003 ist diese Verordnung regelmäßig, jedoch längstens im Abstand von zwei Jahren zu überprüfen.

Diese Überprüfung läuft daher in gewisser Weise parallel zu den EU-rechtlichen Überlegungen, denn auch die vorgenannte Regelung auf EU-Ebene soll regelmäßig überprüft werden. Dafür ist in der ersten Jahreshälfte 2006 nach den gegenwärtigen Planungen eine entsprechende Überarbeitung vorgesehen. Da in Österreich die erste Telekommunikationsmärkteverordnung im Oktober 2003 erlassen wurde, steht nach den gesetzlichen Vorgaben nun auch eine Überprüfung auf nationaler Ebene an.

Im Entwurf der Entscheidung – die Verordnung ist von der Behörde zu erlassen und keine Verordnung des Gesetzgebers – werden insgesamt 13 Märkte identifiziert bzw. genannt. Dabei ist für das Verständnis wichtig, dass es sich um eine Reflektion der TKMVO aus dem Jahr 2003 handelt. Es geht darum, ob und in wie weit die damals in dieser Verordnung enthaltenen Märkte jetzt wiederum in die zweite Verordnung aufgenommen werden sollen. Aus diesem Grund ist auch die Zahl der Märkte reduziert, denn der Markt Nr. 18 (Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer) gehört nicht in diese Verordnung, sondern wird in einer spezifischen Rundfunkmarktdefinitionsverordnung (RFMVO) behandelt. Des Weiteren ist zu beachten, dass der „nationale Vorleistungsmarkt für internationales Roaming in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß der TKMVO 2003 noch nicht abschließend analysiert ist und auch noch keine Feststellung beträchtlicher Marktmacht

oder gegebenenfalls die Auferlegung von Vorabverpflichtungen erfolgt ist, sodass sich auch dieser Markt in dem Entwurf der neuen Verordnung nicht wieder findet. Gleiches gilt für den Breitbandvorleistungsmarkt, der erst im Laufe des Jahres 2005 im Rahmen einer Novelle der Telekommunikationsmärkteverordnung mit aufgenommen worden ist. Das dazu relevante Regulierungsverfahren im Hinblick auf die Marktdefinition, -analyse und die Auferlegung von Vorabverpflichtungen ist gegenwärtig noch nicht abgeschlossen.

In dem Entwurf der Telekommunikationsmärkteverordnung für das Jahr 2005 sind im Vergleich zu der Verordnung aus dem Jahr 2003 daher im Wesentlichen zwei Änderungen bemerkenswert. Der Markt gem. § 1 Ziff. 9 TKVMO 2003 (Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz) ist nicht mehr Bestandteil der Verordnung und der Markt gem. § 1 Ziff. 14 TKMVO 2003 (Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (Vorleistungsmarkt)) ist (ebenfalls) nicht mehr Bestandteil der Verordnung.

Diese Änderungen gehen darauf zurück, dass in beiden Märkten durch die Regulierungsbehörde in Österreich keine beträchtliche Marktmacht im Zuge der ersten Marktanalyseverfahren festgestellt worden ist und daher auch keine Vorabverpflichtungen auferlegt wurden. Während dies für den Markt Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen seitens der EU-Kommission unbeanstandet geblieben ist und somit allgemein akzeptiert wurde, dass auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb besteht, ist in Bezug auf den Markt für Transit noch ein Verfahren anhängig. Die österreichische Regulierungsbehörde hatte die Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht festgestellt, die EU-Kommission jedoch hierzu eine abweichende Meinung, die letztendlich zu einer Veto-Entscheidung führte. Daraufhin hat die österreichische Regulierungsbehörde in einem Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof überprüfen wollen, ob und in wieweit die EU-Kommission entsprechende Eingriffsrechte hat. Der EuGH hat sich mittlerweile als nicht zuständig erklärt. Wie es daher mit dem Transitmarkt weitergeht, ist noch eine offene Frage.

Wesentliche Neuerungen und Änderungen in der TKMVO können aber auch daher rühren, dass es bei den Definitionen und bei den technischen Weiterentwicklungen Neueinschätzungen gibt, wie bestimmte Märkte zu definieren und abzugrenzen sind. So führt die Behörde in ihrem Entscheidungsentwurf zu den Mietleitungen aus, dass z.B. Produkte mit nutzerseitigen Ethernet-Schnittstellen, welche die Möglichkeit bieten, in Abhängigkeit von den vom Nutzer wählbaren Werten des VLAN Identifiers das Ziel der Verbindung zu steuern, nicht als Mietleitungen zu klassifizieren sind. Das Gleiche gilt für Produkte mit nutzerseitigen X.25-, Frame-Relay-, ATM- und IP-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindungen in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters zu steuern. Durch diese technischen Weiterentwicklungen werden Marktdefinitionen beeinflusst, hier konkret: Märkte verkleinert, indem ganz bestimmte Produkte ausgenommen werden.

Eine wichtige Weiterentwicklung ist auch Voice over IP. Die österreichische Regulierungsbehörde unterscheidet dabei zwischen Voice-over-Internet-Anwendungen (VoIP) und Voice-over-Broadband (VoB). In diesem Zusammenhang stellt sich jeweils die Frage, in wieweit Sprachübertragung über Internet-Protokolle dem Markt für Inlandsgespräche zuzurechnen sind. Die österreichische Behörde kommt zu der Erkenntnis, dass Gesprächsrealisierungen mittels Voice-over-Broadband Bestandteil des jeweiligen Marktes sind, Gesprächsrealisierungen mittels Voice-over-Internet hingegen nicht. Die Differenz zwischen beiden liegt darin, dass bei Voice-over-Internet der Voice-over-IP-Anbieter seine Dienste auf der Grundlage des öffentlichen Internets zur Verfügung stellt, dies allerdings in der Regel unabhängig vom Anbieter des Breitband-Internetzugangs. Der Kunde hat somit einen Breitband-Internetzugang über einen Internet-Service-Provider realisiert und zusätzlich einen davon nicht im Bündel angebotenen Sprachdienst eines Voice-over-IP-Anbieters. Hingegen ist bei Voice-over-Broadband (VoB) in der Regel von einer Bündelung des Breitband-Internetzugangs und der Voice-over-IP-Technologie zum Transport der Sprachdaten im Anschlussnetz auszugehen. Die Differenzie-

rungen zwischen beiden Angebotsformen implizieren in der Regel auch unterschiedliche Leistungsmerkmale bei der Realisierung des Dienstes.

Zu diesen wesentlichen Änderungen hatten Anbieter auf dem österreichischen Markt Gelegenheit, bis zum 30.01.2006 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig haben die Marktdatenerhebungen bei den Betreibern bereits im Oktober 2005 für die zweite Runde der Marktdefinitions- und -analyseverfahren begonnen. Man darf daher gespannt sein, wie sich diese Überarbeitung der Telekommunikationsmärkteverordnung im Zusammenhang mit der Datenabfrage und den Entwicklungen auf europäischer Ebene im Laufe des nächsten halben Jahres darstellt.

**Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48**  
**E-Mail: [ruhle@psc-ag.biz](mailto:ruhle@psc-ag.biz)**

### Startschuss für den EU-Review

Am 24.01.2006 veranstaltete die EU-Kommission den Auftakt zur Diskussion, die unter dem Stichwort „EU Review“ den aktuell gültigen Rechtsrahmen für den elektronischen Kommunikationssektor einer Überprüfung unterziehen sollen. Der „Call for Input“ vom November 2005 hatte zwölf Themen identifiziert, zu denen die EU-Kommission die Meinung „des Marktes“ erfahren wollte, wobei der Fokus auf der Wirksamkeit des Richtlinienpakets lag sowie der Suche nach möglichen Verbesserungen; ein wesentlicher Teil der Erörterungen war auch der Empfehlung zu den relevanten Produkt- und Dienstmärkten gewidmet. Die EU-Kommission ist zum jetzigen Zeitpunkt „completely open“, was den nächsten Schritt angeht. Sie plant, bis zum Juli 2006 ein Dokument zu veröffentlichen, das – auf der Basis des Inputs der interessierten Parteien – eine Bewertung des Rechtsrahmens beinhaltet und auch mögliche Punkte für eine Überarbeitung identifiziert. Vorschläge dazu sollen bis Jahresende vorliegen und könnten dann in den politischen Diskussionsprozess gehen, der – in Anbetracht der langen Zeiträume der Abstimmung zwischen EU-Parlament und EU-Kommission – noch zwei bis drei Jahre in Anspruch nehmen kann. Aussagen von interessierten Parteien über Änderungsbedarf sollen daher die Entwicklung bis zu diesem Zeitpunkt hin antizipieren.

Im Vergleich zu früheren Reviews sind die Fronten nicht mehr so klar – hier die Incumbents, die ihr Terrain verteidigen, und dort die Wettbewerber mit weit reichenden Forderungen nach Zugangs- und Entgeltregulierung. Das liegt auch daran, dass die Ausdifferenzierung der Geschäftsmodelle die Wünsche auf Wettbewerberseite immer weiter auseinander treibt. Dies bedingt, dass sich Verbände nicht mehr klar äußern können, weil die Vielfalt der Meinungen von Mitgliederunternehmen eine Positionierung nicht (mehr) erlaubt oder sich neue Verbände bilden, die ihre spezifischen Interessen vorbringen.

In der ersten Themengruppe, die zur Diskussion anstand, konnte man dies beobachten: Zunächst meldeten sich die ex-monopolistischen Betreiber zu Wort, die im Kern eine weiterführende Änderung forderten, die weniger auf sektorspezifischem Recht und mehr auf allgemeinem Wettbewerbsrecht aufbauen sollte. Allerdings waren die entsprechenden Forderungen unterschiedlich. Incumbents mit größeren Auslandsengagements argumentierten dabei recht differenziert. Hingegen waren die Wettbewerber in ihren Äußerungen eher dafür, den jetzigen Rechtsrahmen – oder zumindest die sich daraus ergebenden Regulierungsoptionen – nicht einzuschränken.

Erstauulich wenig äußerten sich die Teilnehmer zu den politischen Zielsetzungen. Gerade aktuelle Begriffe und Konzepte wie „Ladder of Investment“ und „Access Holidays“ tauchten nur selten auf. Am klarsten positionierte sich Telefónica, die sich gegen das Konzept der Investitionsleiter aussprachen, weil es die fortgesetzte Abhängigkeit von Regulierungsentscheidungen bedingt.

In der zweiten Themengruppe wurden die Wettbewerbs- und Zugangsregulierung sowie das Frequenzmanagement adressiert. Beim letztgenannten Thema liefen die meisten Äußerungen darauf hinaus, die Chancen aus der Ermöglichung von „Spectrum Trading“ noch intensiver zu nutzen, indem man solche Maßnahmen verpflichtend in den Mitgliedstaaten einführt. Hersteller und Betreiber äußerten sich dazu positiv, aber Regulierungsbehörden eher zurückhaltend wegen der zusätzlichen Probleme im Bereich der Prüfung auf wettbewerbsschädigende Effekte, z.B. durch das Horten von Frequenzen.

Mehrere Teilnehmer adressierten bezüglich der Zugangsregulierung die Frage der Behandlung von Investitionen. Natürlich gab es hier keinen Konsens. Incumbents sehen die Zurückdrängung von Zugangsansprüchen bei Innovationen und neuen Infrastrukturen als zentral an, damit Anreize für Investitionen geschaffen werden und ein echter Infrastrukturwettbewerb daraus resultiert. Viele Wettbewerber kritisieren dies, da die ökonomische Theorie besagt, dass aus einer Monopolsituation die wenigsten Anreize zu Innovationen ausgehen. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wird die inhaltliche Ausgestaltung der Begriff „neue Märkte, Emerging Markets und neue Infrastrukturen“ den Kern der zu erwartenden Diskussionen während des Jahres bilden.

Die dritte Themengruppe befasste sich mit Kundenschutz, Nutzerinteressen, Datenschutz, Mietleitungen etc. und stellte einen thematischen „Gemischtwarenladen“ dar. Entsprechend schwer lassen sich Schlussfolgerungen ziehen, was die Meinung der Branche angeht. Ein interessanter Aspekt, der an verschiedenen Stellen genannt wurde, war, dass angesichts der wachsenden Bedeutung von „Content“ darauf zu achten sei, dass die europäische Regulierung konsistent bleibe. Dazu sei eine Abstimmung der Bestimmungen zu den elektronischen Kommunikationsnetzen- und -diensten mit der Regulierung der audiovisuellen Medien sowie dem Urheberrecht und den Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten erforderlich.

Die vierte und letzte Themengruppe bildete die Marktregulierung, nämlich das Art. 7-Verfahren der internationalen Koordinierung sowie die Empfehlung der EU-Kommission zu den relevanten Produkt- und Dienstmärkten. Diese Inhalte wurden wieder kontroverser diskutiert. Für den Autor überraschend hielt sich die Kritik am Art. 7-Verfahren in Grenzen, allerdings erfolgten viele Hinweise auf Probleme bei der korrekten Implementierung auf nationaler Ebene. Einige Diskutanten forderten die EU-Kommission zu einer stärkeren Einflussnahme und somit zur Allokation von mehr Kompetenzen auf EU-Ebene auf. Vorschläge zur Prozessverbesserung stellten auf eine verpflichtend kombinierte Notifizierung von Marktanalyse und vorgeschlagenen Vorabverpflichtungen sowie auf die Vorgabe von Fristen für die Marktanalyseverfahren auf nationaler Ebene ab, wobei die EU-Kommission bei Überschreiten der Fristen ein Recht haben solle, die Entscheidung an sich zu ziehen. Die finnische Behörde – erschöpft von über 450 Notifizierungen – schlug vor, eine Schwelle einzuführen, unterhalb derer eine EU-Notifizierung nicht erforderlich sei, weil der Einfluss auf den Handel zwischen den Staaten de facto nicht gegeben sei.

Lebhaft wurde die Diskussion um die Märkteempfehlung. Klare Blöcke von einer strikten Reduktion der Zahl der Märkte (die weitestgehende Forderung war auf die Streichung aller Endkunden- und Mietleitungsmärkte sowie der Märkte 15 und 17 gerichtet) über eine Beibehaltung des heutigen Umfangs bis hin zu einer Erweiterung z.B. um Breitband-Endkundenmärkte und Dark Fiber im Rahmen der Mietleitungsmärkte zeichneten sich ab. In diesem Zusammenhang wurde auch der 3-Kriterien-Test erörtert. Damit haben sich viele Diskutanten auseinandergesetzt. Ein interessanter Vorschlag in diesem Zusammenhang kam von ECTA, die vorschlugen, das dritte Kriterium des Tests durch einen „Leverage-Test“ zu ersetzen, mit dem geprüft werden soll, ob die Verhältnisse geeignet sind, beträchtliche Marktmacht von einem auf einen anderen Markt zu übertragen.

Nach annähernd acht Stunden Diskussion darf die Erwartung zum Ausdruck gebracht werden, dass im weiteren Verlauf des Jahres noch eine intensive Auseinandersetzung erfolgen wird. Mit Spannung

darf erwartet werden, welches Urteil die EU-Kommission zum Rechtsrahmen fällen wird. Klar scheint, dass revolutionäre Änderungen nicht angeregt werden, sehr wohl aber weitere Evolutionsstufen hin zum Wettbewerbsrecht.

**Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48**

**E-Mail: [ruhle@psc-ag.biz](mailto:ruhle@psc-ag.biz)**

### ERG-Konsultation zum „Remedy-Paper“

Am 12. Januar 2006 fand in Brüssel eine öffentliche Anhörung der European Regulators Group (nachfolgend „ERG“) statt. Anlass war die Konsultation zum ERG Position Paper zu den regulatorischen Vorabverpflichtungen, die den SMP-Betreibern von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegt werden. Dieses Papier wurde zum ersten Mal Anfang 2004 verabschiedet und ist als eine Empfehlung an die nationalen Regulierungsbehörden zum Vorgehen beim Erlass von regulatorischen Maßnahmen zu verstehen. Im November 2005 hat die ERG dieses Positionspapier überarbeitet und zur öffentlichen Konsultation aufgerufen.

Das Positionspapier befasst sich mit der Auswahl der richtigen Instrumente für verschiedene Wettbewerbsprobleme im Telekommunikationssektor, d.h. welche Mittel angewendet werden, um für ein bestimmtes Verhalten und unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. beträchtliche Marktmacht) die richtigen Abhilfemaßnahmen (Transparenzverpflichtungen, Nicht-Diskriminierung, getrennte Kostenrechnung, Zugangsverpflichtungen, Preiskontrolle und Kostenrechnungsaufgaben) auszuwählen.

In der Neuauflage des Positionspapiers adressiert die ERG vor allem folgende Themen:

- Behandlung von Emerging Markets und neuer Infrastruktur
- Investitionsleiter
- Kohärente/Konsistente Entgeltregulierung
- Diskriminierung in anderen Bereichen als bei Entgelten (Equality-Prinzip)
- Marktmacht auf angrenzenden Märkten
- Abschaffung von nicht mehr notwendigen regulatorischen Verpflichtungen
- Verschiedene Verpflichtungen in einem Markt

Die Überarbeitung des Positionspapiers ist geprägt durch die Erfahrungen, die man mit den mittlerweile durchgeführten Notifizierungen gesammelt hat. Ein Aspekt dabei, der sich vor allem im Zusammenhang mit den Vorleistungsmärkten für die Bereitstellung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung sowie anderer Vorleistungsprodukte auf Großkundenebene für breitbandigen Zugang (Markt Nr. 12) ergibt, ist die Frage, welche Vorleistungsprodukte überhaupt am Markt angeboten werden müssen und wie entsprechende Auflagen ausgestaltet werden können, um keine Störung der bisherigen Wettbewerbssituation hervorzurufen und gleichzeitig konsistent zu den bisher auferlegten Vorabverpflichtungen zu sein. Ein Beispiel hierfür ist eine Auflage zum Angebot von Resale auf Breitbandvorleistungsmärkten und deren Auswirkungen auf Geschäftsmodelle, die auf der Basis der Teilnehmeranschlussleitungen operieren.

Nach wie vor hoch im Kurs steht bei der ERG das Konzept der Investitionsleiter, nach dem alternative Anbieter zunächst dort aktiv werden, wo sie mit relativ überschaubarem Investment einen gewissen Marktanteil und Verkehrsvolumina gewinnen können, um dann in weiteren Phasen tiefer in die Wertschöpfung einzusteigen und umfangreicheres Investment vorzunehmen. Dieses Konzept bezog sich in der Vergangenheit ganz wesentlich auf den Teilnehmeranschlussbereich, in dem über mehrere Stufen (Resale, Bitstream, Vollentbündelung) die Sprossen der Leiter beschriftet werden. Die ERG

geht davon aus, dass auch hier in Zukunft unterschiedliche Vorleistungsprodukte zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in unterschiedlichen Phasen der Marktentwicklung benötigt werden. In diesem Zusammenhang diskutiert sie auch die Komplementarität unterschiedlicher Zugangsprodukte im Teilnehmeranschlussbereich. Für das Angebot derartiger komplementärer Produkte zur Realisierung unterschiedlicher Geschäftsmodelle ist jedoch auch von zentraler Bedeutung, dass die Vorleistungsprodukte in ein Entgeltsystem eingebunden werden, das in sich konsistent ist.

Offenbar aufgrund der Erfahrungen mit der Mobilfunkterminierung und der Notifizierungen zu Markt Nr. 16 weist das ERG Papier darauf hin, dass überhöhten Preisen auf der Vorleistungsebene prinzipiell nur mit Auflagen zur Entgeltkontrolle und zur kostenrechnerischen Trennung/Kostenrechnung begegnet werden kann. Nichts desto trotz erkennt die ERG an, dass es verschiedene Preisbildungsregeln für regulierte Märkte geben kann, und zwar auf der Basis der Kostenorientierung (LRIC) oder auf Grundlage historischer Kosten (FDC/FAC), des Retail Minus-Ansatzes sowie Benchmarking.

Basierend auf den Erfahrungen mit diskriminierendem Vorgehen von Betreibern im nicht-preislichen Bereich erfolgt weiterhin eine Diskussion von neuen möglichen Nicht-Diskriminierungsverpflichtungen, z.B. Service Level-Zusagen, die Aufnahme von Key Performance Indicators, das Verbot unangemessener Bedingungen etc. Diese Diskussion stammt aus UK, wo die Idee einer Equality-Verpflichtung entstanden ist. Dahinter steht der Gedanke, dass der Retail-Arm der Incumbents die Vorleistungsprodukte zu den gleichen Konditionen und durch die gleichen Carrier-Management-Systeme usw. beziehen muss wie die Wettbewerber. Begründet wird die Equality-Verpflichtung damit, dass man mit der Nichtdiskriminierungsverpflichtung für Preise allein nicht weiter kommt, weil auch die nicht-preislichen Aspekte zwischen den Betreibern bedeutend sind.

Auf der Anhörung am 12.01.2006 in Brüssel wurden vor allem die Investitionsleiter und die Emerging Markets diskutiert. Es besteht weitgehend Konsens, dass die Investitionsleiter für die Festnetzmärkte ein guter Ansatz ist. Strittig ist aber, ob diese auch für andere Märkte (z.B. Mobilfunkmärkte) angemessen ist oder nicht.

Zu den Emerging Markets ist anzumerken, dass die deutsche Debatte zu VDSL-Investitionen und zu den so genannten „Regulation Holidays“ (zeitliche Ausnahme von Diensten und Produkten aus der Regulierung) große Wellen auch in Europa geschlagen hat. Zum einen sind sich die meisten Parteien einig, dass vorhandene Dienste über neue Infrastrukturen (z.B. VDSL) keine Emerging Markets sind. Gleichzeitig wollen alle eine innovationsfördernde Regulierung mit Regulation Holidays zulassen. Da der Begriff Emerging Markets im Regulierungsumfeld noch nicht festgelegt ist, ist eine zukünftige Diskussion mit viel Begriffsverwirrung zu diesem Thema zu erwarten.

Die Abgabefrist für Stellungnahmen ist am 13.01.2006 ausgelaufen, und die ERG rechnet damit, spätestens bis Ostern ein überarbeitetes Papier präsentieren zu können. Besonders spannend dabei ist, wie sich die ERG zu Regulation Holidays und der Investitionsleiter positioniert. Vieles spricht dafür, dass die sich Regulierung in Europa in den kommenden Jahren in größerem Ausmaß auf investitions- und innovationsfördernde Entscheidungen – möglicherweise auf Kosten des Wettbewerbs – fokussieren wird.

**Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48**  
**E-Mail: [ruhle@psc-ag.biz](mailto:ruhle@psc-ag.biz) und Dipl.-Ökon. Martin Lundborg, Tel.: +49 (211) 68 78 88-31**  
**E-Mail: [lundborg@psc-ag.biz](mailto:lundborg@psc-ag.biz)**

## Konkrete Streitentscheidungen zur Notifizierung bei der EU-Kommission gem. Art. 7 Rahmen-RL

Das aufwändige Marktanalyseverfahren gem. §§ 9 ff TKG gerät vor allem immer mehr dadurch ins Rampenlicht, dass die Verfahren auch mehr als zweieinhalb Jahre nach der verbindlichen Umsetzungsfrist der EU-Richtlinien (vgl. Art. 28 der Rahmenrichtlinie: bis zum 24. Juli 2003) immer noch nicht abgeschlossen sind. Dabei hätte gem. § 14 Abs. 2 TKG spätestens nach zwei Jahren eine Überprüfung der ersten Ergebnisse stattfinden müssen. Durch diese erheblichen Verzögerungen wurden bislang erst ganz vereinzelte Marktanalysen und Regulierungsverfügungen gem. Art. 7 der Rahmenrichtlinie bzw. § 12 TKG bei der EU-Kommission notifiziert. Gängige Praxis der Bundesnetzagentur ist, dass konkrete Streitentscheidungen wie Zusammenschaltungsanordnungen oder auch Entgeltgenehmigungen, die entweder auf der Übergangsregelung des § 150 Abs. 1 TKG oder der Möglichkeit zu vorläufigen Entscheidungen nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG beruhen, nicht bei der EU-Kommission notifiziert werden. Das Harmonisierungsbestreben des neuen Richtlinienpakets wird durch die erheblichen Verzögerungen des Umsetzungsprozesses daher stark verzögert.

Diese Praxis ist mit den Vorgaben des Richtlinienpakets nicht vereinbar. Denn materiell ergingen die inzwischen gefällten Entscheidungen und Anordnungen auf den deutschen Umsetzungsnormen der Art. 8, 13 und Art. 5 der Zugangs-Richtlinie. Eine auf Art. 5 und 8 der Zugangs-Richtlinie gestützte Anordnung ist jedoch gem. Art. 7 Abs. 3 der Rahmen-Richtlinie bei der EU-Kommission notwendig zu notifizieren. Die deutsche Praxis, wonach nur die abstrakten Regulierungsverfügungen, nicht aber die konkreten streitentscheidenden Anordnungen notifiziert werden, verstößt daher offensichtlich gegen die EU-Vorgaben. Dagegen ist es bspw. in Österreich gängige Praxis, auch die konkreten Streitentscheidungen bei der EU-Kommission zu notifizieren. Bei den Mobilfunkterminierungsentgelten in Österreich hat dies dazu geführt, dass die Gleitpfade für die Mobilfunkterminierungsentgelte auf den Einwand der EU-Kommission hin erheblich abgesenkt worden sind (vgl. Sache AT/2005/0256: Streitbelegungsverfahren bezüglich Zugang und Zusammenschaltung).

Jeder, der bislang die „Regulierung“ der Mobilfunkterminierungsentgelte in Deutschland aktiv verfolgt hat, kann sich vorstellen, welche Einwände das Nichteinschreiten der Regulierungsbehörde gegenüber den marktbeherrschenden Mobilfunknetzbetreibern in Brüssel provoziert hätte. Das Bundeskartellamt hat die Praxis der Bundesnetzagentur in seiner Stellungnahme vom 30.11.2005 gem. § 123 TKG im Rahmen der letzten Entscheidung bezüglich der Mobilfunkterminierungsentgelte bei Vodafone deutlich ausgedrückt: In der Entscheidung hätte die Bundesnetzagentur „*die wesentlichen Grundsätze der Missbrauchsaufsicht **verbogen***“ (Hervorheb. nur hier).

Sollte die EU-Kommission also in Kürze darauf drängen, dass auch die konkreten Streitentscheidungen der Bundesnetzagentur in Brüssel notifiziert werden, dann könnte sich bei der Regulierung in Deutschland auf Druck von Brüssel in nächster Zeit noch etwas bewegen. Es ist kaum vorstellbar, dass die Bundesnetzagentur aus eigenem Antrieb ihre kritikwürdige Praxis ändert.

**Weitere Informationen: RA Dr. Marc Schütze, Tel.: +49 (211) 68 78 88-80**  
**E-Mail: [schuetze@ra-ps.biz](mailto:schuetze@ra-ps.biz)**

## Termine

01.02.2006 Mündliche Verhandlung des Europäischen Gerichtshofes i.d. Rs. C 392/04 und C 422/04 wg. Vorabentscheidungsersuchen bezüglich bestandskräftiger Lizenzgebührenbescheide  
 Ort: Luxemburg  
 Internet: <http://www.curia.eu.int/de/actu/activites/index.htm>

- 07.02.2006 4. Düsseldorfer Informationsrechtstag  
 Ort: Zentrum für Informationsrecht, Juristische Fakultät, Universität Düsseldorf  
 Internet: <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/informationsrecht/veranstaltungen/informationsrechtstag4.shtml>
- 
- 15.02.2006 Bundesnetzagentur: mündliche Verhandlung vor der Beschlusskammer 4 im Verfahren zur Überprüfung der Standardvertragsangebote der DTAG für den Zugang zur TAL, BK 4a-05/101/S  
 Ort: Bundesnetzagentur  
 Internet: [http://www.bundesnetzagentur.de/enid/9aba159a8dcc2f8e3a28697837e22a0d.0/Termine/Termine\\_der\\_Beschlusskammern\\_16u.html](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/9aba159a8dcc2f8e3a28697837e22a0d.0/Termine/Termine_der_Beschlusskammern_16u.html)
- 
- 21.02.2006 Workshop Wireless access policy for electronic communications services (wapecs)  
 Ort: Brüssel  
 Internet: [http://europa.eu.int/information\\_society/policy/radio\\_spectrum/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/policy/radio_spectrum/index_en.htm)
- 
- 09.-  
 15.03.2006 CeBIT  
 Hannover Hannover  
 Internet: <http://www.cebit.de>
- 
- 27.-  
 28.03.2006 European Communications Policy Research (EuroCPR) Conference  
 Ort: Sevilla  
 Internet: [www.encip.org](http://www.encip.org)
- 
- 24.-  
 26.08.2006 17th European Regional ITS Conference  
 Ort: Amsterdam  
 Internet: <http://userpage.fu-berlin.de/%7Ejmueller/its/conf/amsterdam06/index.htm>

## Impressum

Rechtsanwälte Piepenbrock ♦ Schuster  
 Achenbachstr. 73, 40237 Düsseldorf  
 Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-68

und

Piepenbrock ♦ Schuster Consulting AG  
 Besuchsadresse: Schumannstraße 62, 40237 Düsseldorf  
 Postanschrift: Achenbachstr. 73; 40237 Düsseldorf  
 Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-33  
 Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf  
 Vorstand: Dr. Ernst-Olav Ruhle, Heiko Heger  
 Aufsichtsratsvorsitzender: Dr. Fabian Schuster  
 Amtsgericht Düsseldorf HRB: 49559

E-Mail: [newsletter@ra-ps.biz](mailto:newsletter@ra-ps.biz), URL: <http://www.piepenbrock-schuster.biz>

Die Rechtsanwälte der Sozietät Piepenbrock ♦ Schuster sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u.a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Vergütungsgesetz für Rechtsanwälte (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung, deren Texte u.a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.