

Chen-jung Chan

**Staatliche Regulierung
des konkurrentennützigen
Netzzugangs im Bereich
der Telekommunikation**

**Ein Beitrag zu verfassungs-
und verwaltungsrechtlichen Grundlagen
und Grenzen staatlicher
Wettbewerbsförderung in
der Bundesrepublik Deutschland
und in Taiwan**



PETER LANG
Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<i>Vorwort</i>	7
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	19
<i>Einleitung</i>	23
I. Fragestellung	23
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung	27
<i>Erster Teil:</i> <i>Systemwechsel des Telekommunikationsnetzes</i>	
§ 1 Begriffsbestimmungen	29
I. Telekommunikation	29
II. Telekommunikationsnetze und -dienstleistungen	31
1. Telekommunikationsnetz	32
a) Telekommunikationsnetz im weiteren und im engeren Sinne ...	32
b) Öffentliches und privates Telekommunikationsnetz	33
c) Telekommunikationsnetz im Sinne dieser Untersuchung	34
2. Telekommunikationsdienstleistungen	34
III. Abgrenzungen	35
1. Telekommunikation und Rundfunk	35
2. Telekommunikationsdienstleistungen und Teledienste	37
§ 2 Die rechtshistorische Entwicklung der Telekommunikationsnetze in Deutschland	39
I. Die Verwaltungspraxis hinsichtlich der Telegraphenanstalten vor 1892	39
1. Das faktische Telegraphenmonopol	40
2. Kein Telegraphenregal aus Art. 48 Abs. 1 RV	41
II. Das Telegraphengesetz vom 6. 4. 1892	41
1. Telegraphenregal des Reichs	41

2. Telegraphenanlagen Privater	42
3. Das Zusammenschaltungsverbot	43
4. Zwischenergebnis	44
III. Die Weimarer Republik	44
IV. Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland bis zur Postreform von 1989	46
1. Das Fernmeldewesen im Grundgesetz	46
2. Die Rechtsgrundlage des Fernmeldemonopols des Bundes	48
3. Die Konkretisierung des Netzverbindungsverbotes durch Verwaltungsvorschriften	49
V. Zusammenfassung	49
§ 3 Privatisierung und Regulierung im Bereich der Telekommunikation ...	51
I. Die Postreform I von 1989	51
1. Die Marktöffnung im Bereich des Mobilfunknetzes	52
2. Auswirkungen auf den Netzzugang und die Netzzusammenschaltung	53
II. Die Grundentscheidung der Privatisierung in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG	54
1. Die Privatisierung aus verfassungsrechtlicher Sicht	54
a) Begriffsbestimmung und Erscheinungsformen der Privatisierung.....	54
aa) Formelle Privatisierung	56
bb) Materielle Privatisierung	57
b) Staatstheoretischer Hintergrund der Aufgabenprivatisierung ...	59
aa) Die Trennung von Staat und Gesellschaft	59
bb) Die Trennung von öffentlicher und staatlicher Aufgabe	61
c) Verfassungsrechtliche Grenzen	63
aa) Die Kompetenzregelungen der Art. 83 ff. GG	64
bb) Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	64
cc) Ergebnis	67
2. Die Reichweite der Privatisierungsvorgabe des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG	67
a) Zum Diskussionsstand	68
b) Die Verfassungsinterpretation der Privatwirtschaftlichkeit	69
aa) Wortlautauslegung	69
bb) Genetische Auslegung	71
cc) Teleologische Auslegung	73
c) Auslegungsergebnis	73
III. Auswirkungen auf die Verantwortungsverantwortung	73
1. Von der Leistungs- zur Gewährleistungsverantwortung	73

2. Grundstrukturen der staatlichen Wirtschaftsregulierung	75
a) Der Begriff der Regulierung	75
aa) Der Regulierungsbegriff im Allgemeinen	75
bb) Der Regulierungsbegriff im TKG	77
b) Regulierungsinstrumente im Überblick	78
3. Regulierungsbedarf am Beispiel des Art. 87f Abs. 1 GG	81
a) Infrastrukturgewährleistungsauftrag	81
b) Die Offenheit der Regulierungsmittel	82
4. Die Konkretisierung durch das TKG	83
a) Regulierungsinstrumente	83
b) Regulierungsorganisation	86
IV. Zusammenfassung	87

Zweiter Teil:

Die Netzzugangsregulierung im Telekommunikationsrecht und Parallelregelungen im Bereich der netzgebundenen Infrastruktur

§ 4 Rechtliche Rahmenbedingungen für den besonderen Netzzugang im Bereich der Telekommunikation	90
I. Begriffsbestimmungen und Differenzierung	90
1. Netzzugang	90
a) Allgemeiner Netzzugang	90
b) Besonderer Netzzugang	91
2. Zusammenschaltung	92
a) Definition im sekundären Gemeinschaftsrecht	92
b) Definition im TKG	93
c) Umsetzungsdefizit des TKG und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers	95
aa) Lösungsansätze und Kritik	96
bb) Stellungnahme	97
II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	97
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	97
a) Der Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze nach Art. 3 Abs. 1 lit. o und 154 ff. EGV?	97
b) Das Missbrauchsverbot nach Art. 82 EGV	98
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	100
a) Die ONP-Rahmenrichtlinie	101
b) Die Zusammenschaltungsrichtlinie	101
c) Die Zusammenschaltungsempfehlungen	103
d) Die Teilnehmeranschlussverordnung	103

3. Fazit	104
III. Vorgaben im deutschen Recht	104
1. Die sektorspezifische Regulierung des besonderen Netzzugangs und der Zusammenschaltung im TKG	104
a) Adressat von Netzzugangs- und Zusammenschaltungspflichten	104
b) Beschränkungen der Vertragsfreiheit	106
c) Staatliche Intervention beim Marktversagen	107
aa) Die nicht mit dem TKG übereinstimmenden Netzzugangs- vereinbarungen	108
bb) Das Nichtzustandekommen von Netzzugangsvereinbarun- gen	108
aaa) Nichtzustandekommen von Vereinbarungen über be- sondere Netzzugänge	109
bbb) Nichtzustandekommen von Vereinbarungen über die Zusammenschaltung	111
d) Regulierung der Entgelte für die Gewährung von besonderem Netzzugang und Zusammenschaltung	113
aa) Die Kostenorientierung	114
bb) Die Ex-ante-Regulierung	114
cc) Rechtsfolgenverweisung oder Rechtsgrundverweisung des § 39 TKG?	115
dd) Die Wirkung der Entgeltgenehmigung	116
2. Die allgemeine Netzzugangsregelung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	117
3. Das Verhältnis zwischen TKG und GWB	118
4. Die Zuständigkeitsverteilung von Regulierungsbehörde und Bundeskartellamt im Hinblick auf die Netzzugangsregulierung ..	120
a) Grundsatz der Doppelzuständigkeit	120
b) Mitwirkungsformen des Bundeskartellamts	120
c) Die Wirkung der Stellungnahme des Bundeskartellamts	121
d) Bindungswirkung der netzzugangsbezogenen Entscheidungen der RegTP	122
e) Fazit	122
IV. Zusammenfassung	123
§ 5 Parallelregelungen in den Bereichen Post, Eisenbahn und Energiewirt- schaft	125
I. Postwesen	125
1. Grundentscheidung für Privatisierung und Regulierung	125
2. Offener Netzzugang nach §§ 28 und 29 PostG	126
a) Die Übertragbarkeit der Netzzugangsregulierung auf das sog.	

„Postnetz“?	126
b) Angebot von Teilleistungen gegenüber Wettbewerbern	127
c) Zugang zu Postfachanlagen	129
d) Zugang zu den Informationen über Adressänderungen	130
3. Die Durchführung des offenen Netzzugangs	131
4. Fazit	132
II. Eisenbahn	132
1. Die Trennung von Verkehrsleistungen und Eisenbahninfrastruktur durch Art. 87e GG	132
2. Die Mitbenutzungsverpflichtung der Infrastrukturunternehmen nach § 14 AEG und der EIBV	133
3. Die Durchführung der Mitbenutzungsgewährungsverpflichtung ..	134
4. Fazit	135
III. Energiewirtschaft	135
1. Eröffnung spartengleichen Wettbewerbs	135
2. Durchleitungsvorgaben	136
a) Die Rechtslage bis 1998	136
b) Die Durchleitungsverpflichtung nach § 6 EnWG	137
c) Das System des verhandelten Netzzugangs	138
d) Verweigerungsgründe	139
e) Die Durchsetzung des Durchleitungsanspruchs	140
3. Fazit	141
IV. Zusammenfassung	141

Dritter Teil:

Verfassungsrechtliche Beurteilung der staatlichen Netzzugangsregulierung

§ 6 Die staatliche Förderung des funktionierenden Wettbewerbs aus verfassungsrechtlicher Sicht	143
I. Die Zielgebundenheit der regulierenden Verwaltung	143
II. Die Wettbewerbsförderung als Ziel der Netzzugangsregulierung	146
III. Die Relevanz der staatlichen Wettbewerbsförderung in der Anfangsphase der Marktöffnung	147
IV. Die verfassungsrechtliche Legitimation der staatlichen Wettbewerbsförderung	148
1. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG?	149
2. Die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit	150
a) Die Gewährleistung des freien und gleichen Wettbewerbs	150
b) Die grundrechtsdogmatische Zuordnung der Wettbewerbsfrei-	

heit	151
c) Eingriff durch Konkurrenz	152
d) Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates zur Herstellung und Wahrung der Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit	153
aa) Die grundrechtliche Schutzpflicht im Überblick	153
bb) Die Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG	155
cc) Mittel zur Wettbewerbsförderung	156
dd) Staatliche Schutzpflichten als Privatisierungsfolgenrecht ..	157
e) Zwischenergebnis	158
3. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG	158
a) Der konkurrentennützige Netzzugang als Mittel zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung	159
b) Materielle Verfassungsaussage für die staatliche Wettbewerbs- förderung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG	159
4. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	161
a) Der Streit um die Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes	161
b) Der Einfluss der europäischen Wirtschaftsverfassung	163
c) Funktionierender Wettbewerb als Element der sozialen Marktwirtschaft	164
d) Wettbewerbspolitischer Rahmen im Lichte der sozialen Marktwirtschaft	165
e) Zwischenergebnis	167
5. Fazit	167
V. Zusammenfassung	167

§ 7 Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Netzzugangsregulie- rung	169
I. Die Grundrechtsfähigkeit von Kapitalgesellschaften	169
1. Die grundsätzliche Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit juris- tischer Personen des Privatrechts in Art. 19 Abs. 3 GG	170
a) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	171
b) Juristische Personen des Privatrechts	171
2. Die Grundrechtsfähigkeit der rein privaten Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze	173
3. Zur Problematik der Grundrechtsträgerschaft der Deutschen Te- lekom AG	173
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unterneh- men	174
b) Kritik in der Literatur	174
aa) Vorrang der Interessen privater Anteilseigner	175

bb) Gesellschaftsrechtliche Argumentation	175
cc) Kompetenzrechtliche Argumentation	176
c) Eigene Stellungnahme	176
d) Folgerungen für die Deutsche Telekom AG	179
II. Die grundrechtliche Relevanz der Netzzugangsgewährungsverpflichtung	181
1. Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	181
a) Errichtung und Betrieb eines Telekommunikationsnetzes als Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG	182
b) Die Berufsausübungsfreiheit	183
c) Die Wettbewerbsfreiheit	184
d) Die Vertragsfreiheit	185
e) Die Freiheit der Berufswahl?	185
f) Zwischenergebnis	187
2. Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG	187
a) Eigentum am Telekommunikationsnetz	188
aa) Postreform und Eigentumsgarantie	188
bb) Das Netzeigentum der Deutschen Telekom AG	189
cc) Das Telekommunikationsnetz als unternehmerisches Eigentum	190
b) Das exklusive Recht des Netzeigentümers	191
c) Der Eingriffscharakter der Netzzugangsregulierung	192
aa) Abgrenzungskriterium zwischen Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 14 Abs. 3 GG	193
bb) Die Netzzugangsregelungen als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG	194
d) Zwischenergebnis	195
3. Beeinträchtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG	195
4. Ergebnis	196
III. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Netzzugangsregulierung	196
1. Vorbehalt des Gesetzes	196
2. Verfassungsrechtliche Grenzen der Netzzugangsregulierung im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	198
a) Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG	198
b) Die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG	199
aa) Die Gemeinwohlbindung der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums	199
bb) Das Gebot der Geeignetheit	200
cc) Das Gebot der Erforderlichkeit	201
aaa) Vorrang marktkonformer Regulierungsmittel	201

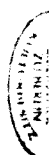
bbb) Die privatwirtschaftliche Selbstregulierung und das Marktversagen	202
dd) Das Gebot der Proportionalität	203
aaa) Kein Grundrecht auf Netzzugang	203
bbb) Die erhöhte Sozialpflichtigkeit des Telekommunikationsnetzes	204
(1) Natürliches Monopol des Telekommunikationsnetzes?	205
(2) Erhöhte Sozialpflicht auf Grund der unentgeltlichen Mitbenutzung der Verkehrswege?	206
(3) Die Wesentlichkeit des Telekommunikationsnetzes für den Marktzutritt	207
(4) Zwischenergebnis	207
ccc) Übergangscharakter der sektorspezifischen Netzzugangsregelungen	208
ddd) Der Ausgleich bei unverhältnismäßigen Belastungen	209
(1) Die Verweigerungsgründe des besonderen Netzzugangs	210
(2) Das Mitbenutzungsentgelt	211
3. Rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung	212
IV. Zusammenfassung	214

Vierter Teil:

Die Netzzugangsregulierung in der taiwanesischen Rechtsordnung

§ 8 Rechtliche Grundlagen und die Struktur der Telekommunikationsprivatisierung	217
I. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Telekommunikationsprivatisierung	218
1. Die Kompetenznorm des Art. 107 Nr. 5 Verf. RC	218
2. Die Monopolklausel des Art. 144 Verf. RC	219
a) Sachlicher Geltungsbereich	219
aa) Gemeinnützige Betriebe	219
bb) Monopolartige Unternehmen	220
cc) Telekommunikationsunternehmen als gemeinnützige Betriebe	220
b) Reichweite der Regel-Ausnahme-Relation	220
aa) Wortlautauslegung	221
bb) Systematische Auslegung	221
cc) Genetische Auslegung	222

dd) Teleologische Auslegung	223
ee) Auslegungsergebnis	223
c) Folgerungen für die Liberalisierung im Bereich der Telekommunikation	224
II. Die Privatisierungs- und Regulierungskonzeption im taiwanesischen TKG	224
1. Hintergründe der Marktöffnung	225
a) Der Einfluss der GATS/WTO	225
b) Faktischer Hintergrund	225
2. Trennung zwischen hoheitlichen und unternehmerischen Aufga- ben	225
a) Die Einteilung von TK-Unternehmen	226
b) Die Umgestaltung des ehemaligen Monopolisten	227
3. Art und Umfang der Privatisierung	227
a) Die Organisations- und Vermögensprivatisierung	227
b) Die Ermöglichung einer weitergehenden Vermögens- und Aufgabenprivatisierung seit 1999	228
4. Regulierungsziele und -ansätze	229
III. Zusammenfassung	230
 § 9 Rechtliche Rahmenbedingungen für den konkurrentennützigen Netz- zugang in Taiwan	 233
I. Vorgaben im tw. TKG	234
1. Die Rechtslage bis zum Inkrafttreten der Novelle am 3. 11. 1999	234
2. Die verbesserte Wettbewerbsförderung durch die Einfügung des § 26a TKG	234
3. Das Regulierungskonzept des Netzzugangs	235
a) Erscheinungsformen des Netzzugangs	235
aa) Netzzusammenschaltung	236
bb) Mietleitungen	236
cc) Die Mitbenutzung der Netzinfrastruktur	237
dd) Zwischenergebnis	237
b) Die Durchsetzung des konkurrentennützigen Netzzugangs	238
aa) Netzzugangsverpflichtete und -berechtigte	238
aaa) Netzzugangsverpflichtete	238
bbb) Netzzugangsberechtigte	239
bb) Die abgestufte Netzzugangsregulierung	239
aaa) Selbstregulierung der Netzzugangsbeteiligten	239
bbb) Behördliche Regulierung	240
(1) Zusammenschaltungsanordnung	240
(2) Schlichtung auf Antrag	241



(3) Zwischenergebnis	243
II. Das Verhältnis zum Fair-Trade-Gesetz	243
1. Das TKG als <i>lex specialis</i>	243
2. Die Befugnis der Fair-Trade-Kommission zum Erlass einer Netz- zugangsanordnung	244
3. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem DGT und der Fair- Trade-Kommission hinsichtlich des Netzzugangs	245
III. Der verfassungsrechtliche Rahmen	245
1. Die Netzzugangsregelungen als grundrechtseinschränkende Norm	245
a) Die Arbeits- und Gewerbefreiheit	246
b) Die Vermögensfreiheit	247
c) Zwischenergebnis	247
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der grundrechtseingreifen- den Netzzugangsregulierung	248
a) Überblick über Anforderungen an zulässige Grundrechtsein- griffe im Lichte der taiwanesischen allgemeinen Grundrechts- lehre	248
aa) Vorbehalt des Gesetzes	248
bb) Materielle Anforderungen	249
aaa) Gemeinwohlbindung	249
bbb) Das Gebot der „Notwendigkeit“	249
cc) Zwischenergebnis	250
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	250
aa) Vorbehalt des Gesetzes	250
bb) Die Wettbewerbsförderung im Hinblick auf die Wirt- schaftsverfassung der Verfassung der Republik China	251
cc) Das Gebot der Notwendigkeit	252
dd) Zwischenergebnis	252
IV. Zusammenfassung	252
§ 10 Zusammenfassende Betrachtung der Netzzugangsregulierung im deutschen und taiwanesischen Recht	255
<i>Literaturverzeichnis</i>	267