

# Der Begriff der wesentlichen Leistung nach § 33 TKG

Recht, Dogmatik, Systematik

von

Prof. Dr. Bernd Holznapel, Prof. Dr. Christoph Koenig, Sascha Loetz, VATM e.V.

1. Auflage

[Der Begriff der wesentlichen Leistung nach § 33 TKG – Holznapel / Koenig / Loetz / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Informationsrecht, Neue Medien](#)



Verlag C.H. Beck München 2001

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 48153 6



---

(b) § 35 TKG als Konkretisierung des § 33 TKG. . . . .	24
(4) Zwischenergebnis. . . . .	25
(5) Verhältnis zu anderen Normen, die Verpflichtungen zur Zugangsgewährung begründen . . . . .	26
(a) § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB . . . . .	26
(b) Zwischenergebnis . . . . .	29
(c) § 28 Abs. 1 S. 1 PostG . . . . .	29
(d) Zwischenergebnis . . . . .	31
c) Ergebnis der systematischen Auslegung . . . . .	32
d) Historisch-genetische Auslegung. . . . .	32
(1) Betonung der Wettbewerbsförderung . . . . .	32
(2) Keine subjektive Bestimmung der Wesentlichkeit der Leistung . . . . .	33
(3) Ergebnis der historisch-genetischen Auslegung. . . . .	34
e) Teleologische Auslegung . . . . .	34
(1) Die ökonomisch-juristische Position. . . . .	34
(2) Kritik am Essential Facilities-Ansatz der ökonomisch- juristischen Position . . . . .	36
(a) Ursprung und Geltungsgrund der Essential Facilities- Doktrin. . . . .	36
(b) Die Essential Facilities-Doktrin im US-amerikani- schen Antitrust Law . . . . .	37
(c) Bedeutung der Essential Facilities-Doktrin im Gemeinschaftsrecht. . . . .	40
(d) Geltungsanspruch der Essential Facilities-Doktrin . .	42
(e) Die Essential Facilities-Doktrin und der Tatbestand des § 33 Abs. 1 TKG . . . . .	43
(f) Zwischenergebnis . . . . .	46
(3) Die juristisch-ökonomische Interpretation . . . . .	46
(a) Normzweckorientierte Auslegung . . . . .	47
(b) Konkretisierung des Normzwecks . . . . .	48
(c) Marktöffnung als Förderung funktionsfähigen Wettbewerbs. . . . .	49
(d) Keine Einschränkung des Zugangsanspruchs auf- grund zumutbarer Aufwendungen der Wettbewer- ber . . . . .	50
(i) Beschränkungen zur Umsetzung der Regulie- rungsziele? . . . . .	52
(ii) Untauglichkeit von Zumutbarkeitskriterien. . . .	53
(iii) Regulierungsmechanismus des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	57
(iv) Keine Behinderung des Infrastrukturwett- bewerbs . . . . .	58
(e) Nachfragegerechte Entbündelung. . . . .	58
(f) Exkurs: Entbündelung und Resale . . . . .	60
(g) Verbleibende Bedeutung eines Essential Facilities- Konzepts. . . . .	62
(h) Teleologische Auslegung im Hinblick auf das gel- tende Gemeinschaftsrecht. . . . .	63

---

(i) Prospektive Auslegung im Hinblick auf den künftigen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen . . . . .	64
(j) Ergebnis der teleologischen Auslegung . . . . .	64
f) Zwischenergebnis . . . . .	65
6.) Beschränkung von Zugangsansprüchen . . . . .	66
a) Schranken der Begrenzung von Zugangsansprüchen . . . . .	66
b) Sach- und personenbezogene Begrenzungen . . . . .	67
c) Grundrechtlich bedingte Begrenzungen von Zugangsansprüchen . . . . .	68
(1) Grundrechtsrelevanz des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	68
(2) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum und Verhältnismäßigkeit . . . . .	69
(3) Schutz des Eigentums, Art. 14 Abs. 1 GG . . . . .	70
(a) Inhalts- und Schrankenbestimmung . . . . .	70
(b) Wettbewerb als Zielvorgabe . . . . .	71
(c) Verhältnismäßigkeit . . . . .	71
(d) Gestaltungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers . . . . .	72
(e) Sozialbindung des Eigentums . . . . .	74
(f) Gesteigerte Sozialpflichtigkeit des Eigentums des Ex-Monopolisten . . . . .	75
(g) Absenkung der Eingriffsintensität durch Gegenleistung . . . . .	76
(h) Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung . . . . .	77
(4) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG . . . . .	79
(a) Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG . . . . .	80
(b) Eingriff in den Schutzbereich . . . . .	80
(c) Verhältnismäßigkeit . . . . .	80
(d) Rechtfertigung . . . . .	81
(i) § 33 Abs. 1 S. 1 TKG als Berufsausübungsregel . . . . .	81
(ii) Anforderung an Berufsausübungsregelungen . . . . .	82
(iii) Gesamtabwägung . . . . .	83
d) Ergebnis . . . . .	84
IV. Ergebnis des ersten Gutachtenteils . . . . .	84
1.) Bestimmung des Begriffs „wesentliche Leistung“ . . . . .	84
2.) Wettbewerbsfördernde Auslegung . . . . .	84
3.) Verfassungsmäßigkeit des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	85
<b>B. Besonderer Teil: Die Dogmatik zu § 33 TKG anhand ausgewählter Fallgruppen . . . . .</b>	<b>87</b>
I. Entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) . . . . .	87
1.) Sachverhalt . . . . .	87
2.) Lösungsansatz der Rechtsprechung . . . . .	89
3.) Ansätze in der Literatur . . . . .	90
4.) Kritik und Entwicklung der eigenen Position . . . . .	91
a) Nutzung der TAL als funktional-isolierbare Leistung . . . . .	93
b) Entbündelter Zugang zu TAL-Segmenten . . . . .	93
5.) Exkurs: Vorgaben des EG-Rechts . . . . .	95
6.) Ergebnis . . . . .	97

---

II. Problemfälle der Kollokation. . . . .	98
1.) Sachverhalt . . . . .	98
2.) Rechtsgrundlagen für Kollokationsansprüche. . . . .	100
a) § 3 NZV. . . . .	100
b) § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	101
c) Exkurs: EG-Verordnung Nr. 2887/2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss . . . . .	103
d) Rechtsnatur der Kollokationsansprüche . . . . .	104
3.) Einzelfragen. . . . .	104
a) Diskriminierungsfreie Umsetzung der Kollokation . . . . .	104
(1) Exkurs: Vorgaben der EG-Verordnung Nr. 2887/2000. . . . .	106
(2) Zusammenfassung . . . . .	106
b) Alternative Kollokationsmöglichkeiten. . . . .	107
4.) Ergebnis . . . . .	108
III. Inkasso und Fakturierung . . . . .	109
1.) Sachverhalt . . . . .	109
a) Vertragsverhältnisse im offenen Call-by-Call . . . . .	109
b) Das derzeitige Inkassoverfahren . . . . .	111
(1) Vertragliche Vereinbarung mit der DTAG . . . . .	111
(2) Technischer Hintergrund . . . . .	112
c) Vorgehen der DTAG. . . . .	113
2.) Die Entscheidung der Regulierungsbehörde . . . . .	113
a) Entscheidungstenor. . . . .	114
b) Entscheidungsgründe . . . . .	114
(1) Marktbeherrschung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	115
(2) Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG . . . . .	115
(3) Wesentlichkeit der Leistung i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG. . . . .	116
c) Kritik . . . . .	116
3.) Verhältnis zu den §§ 36, 37 TKG . . . . .	117
a) Verschiedene Beurteilung durch die Beschlusskammern 3 und 4 . . . . .	117
b) Begründung der Beschlusskammer 4. . . . .	118
c) Fakturierung und Inkasso als möglicher Gegenstand von Zusammenschaltungsvereinbarungen. . . . .	118
d) Zwischenergebnis . . . . .	121
4.) Beurteilung im Hinblick auf den entwickelten Begriff der wesentlichen Leistungen . . . . .	121
a) Marktabgrenzung durch die RegTP . . . . .	121
b) Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	122
c) Wesentlichkeit der Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 1 TKG . . . . .	123
(1) Die rechtlichen Erwägungen der Beschlusskammer 3. . . . .	123
(2) Bewertung anhand des entwickelten Begriffs der wesentlichen Leistungen . . . . .	124
(a) Telekommunikationsspezifische Vorleistung. . . . .	124
(b) Telekommunikationsspezifische Leistung im Hinblick auf den relevanten Markt . . . . .	125
5.) Ergebnis . . . . .	126

---

<b>C. Zusammenfassung</b> .....	127
I. Allgemeiner Teil: Zur Exegese des § 33 Abs. 1 S.1 TKG .....	127
1.) Wortlautauslegung .....	127
2.) Systematische Auslegung .....	128
3.) Historische Auslegung .....	129
4.) Teleologische Auslegung .....	129
5.) Beschränkung von Zugangsansprüchen .....	131
a) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG .....	131
b) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG .....	133
II. Besonderer Teil: Die Dogmatik zu § 33 TKG anhand ausgewählter Fallgruppen .....	134
1.) Entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung .....	134
2.) Problemfälle der Kollokation .....	135
3.) Inkasso und Fakturierung .....	135
<b>D. Anhang</b> .....	137
I. Übersicht zum technischen Aufbau eines auf Kupferverkabelung basierenden Ortsnetzes .....	137
II. Übersicht zum technischen Aufbau eines auf Kupfer- und Glasfaser- verkabelung basierenden Ortsnetzes .....	138
<b>Sachverzeichnis</b> .....	139

**beck-shop.de**