

Klaus Winkler

Mediation im TKG - Eine ökonomische Betrachtung

Ein neues Instrument zur Beilegung von Konflikten führt § 124 TKG ein. Die ausdrückliche Nennung eines solchen Instruments ist bisher einzigartig in Telekommunikationsgesetzen.

Im Folgenden soll deshalb der Bedarf für Mediation im TK-Markt beschrieben, Mediation als solches definiert und die Zielsetzung des § 124 insgesamt diskutiert werden. Schließlich soll geprüft werden, ob bzw. wie eine Umsetzbarkeit des Instruments Mediation im TK-Sektor möglich und Erfolg versprechend erscheint. Nach § 124 TKG kann die "Regulierungsbehörde ... in geeigneten Fällen zur Beilegung telekommunikationsrechtlicher Streitigkeiten den Parteien einen einvernehmlichen Einigungsversuch vor einer Gütestelle (Mediationsverfahren) vorschlagen." Die dazugehörige Begründung des Gesetzestexts lässt nicht sofort erkennen, warum es sinnvoll sein könnte, Mediation im TK-Markt einzusetzen.

Bedarf für Mediation im TK-Markt - "Zwischenphase" notwendig

Das wesentliche Element der Marktregulierung nach dem TKG ist es, dass jeder Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes die Pflicht hat, anderen Betreibern solcher Netze auf Verlangen ein Angebot auf Zusammenschaltung zu unterbreiten und darüber zu verhandeln. Daher ist es sinnvoll, auch den Fall zu betrachten, wenn solche Verhandlungen scheitern. Aus diesem Grund haben umfangreiche Regelungen zur (verpflichtenden) Zusammenschaltung in das Gesetz Eingang gefunden. Bisher wurde hierbei ausschließlich (Ausnahme war die Schlichtung bei Endkundenbeziehungen) die Entscheidung der *Reg TP* in *Beschlusskammer (BK)*-Verfahren, nach ggf. erfolgter Anhörung der Betroffenen, als Ausweg angesehen. Solche Entscheidungen, die durch Dritte gefällt werden, werden in der neueren Lit. im Lichte einer Diskussion über den gleichberechtigten Zugang zu "Recht" und "Gerechtigkeit" als ungerecht und ineffizient für alle Beteiligten erachtet (vgl. *Mähler/Mähler: Gerechtigkeit in der Mediation*, 2000). Während diese Diskussion lange auf den Bereich der Familienmediation begrenzt zu sein schien (vgl. für einen Gesamtüberblick über die aktuelle Mediationslit. im deutschsprachigen Raum *Kals, Konfliktlösung und Mediation 1996-2003*, 2004; für einen Überblick über die englischsprachige Lit. vgl. *Wall/Stark/Standifer, The Journal of Conflict Resolution*, 45/ 2001, 370-391), hat z.B. die *EU-Kommission* den Themenkomplex ADR (Alternative Dispute Resolution) für wirtschaftliche Aktivitäten im Jahr 2002 in einem eigenen Grünbuch (KOM (2002) 196; s. hierzu *Racine/Winkler MMR* 2002, 794) aufgegriffen. Damit ist der Einsatz des Instruments Mediation auch als ökonomische Aktivität zu verstehen (vgl. *Hauser, Eine ökonomische Theorie der Mediation*, 2002).

Die Anzahl der Regulierungsverfahren im TK-Markt auf Grund "gescheiterter" Verhandlungen steigt regelmäßig weiter an. Darüber hinaus ist die Anzahl der Verfahren, die die Entscheidungen dieser Regulierungsverfahren von mindestens einer, oft aber sogar den beiden Parteien angehen, ebenso angewachsen. Das könnte Indiz dafür sein, dass bei den Verhandlungen und den anschließenden Regulierungsverfahren nicht in erster Linie auf eine "Befriedung", sondern auf Problembewältigung geachtet wird. Marktteilnehmer missachten oft elementare Voraussetzungen und Verhaltensregeln für ein zielführendes Verhandeln (vgl. *Raiffa, The Art and Science of Negotiation*, 1982; *Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept: Sachgerecht verhandeln - erfolgreich verhandeln*, 18. Aufl. 1999). Dies belastet den Einigungsprozess über Gebühr und führt immer wieder zu unnötigen Verhandlungsabbrüchen bzw. Verschiebungen der Verhandlungen zu einem Dritten: hier der *BK*. In diesem Sinne kann festgestellt werden, dass ineffiziente und eskalierende Konflikte meist auf schlecht geführte und daher erfolglose Verhandlungen zurückzuführen sind. Ein Konflikt entsteht nicht nur aus gegensätzlichen Interessen der Parteien, sondern auch und oft vielmehr aus der Art und Weise, wie die Parteien bei der Betrachtung und Besprechung ihrer unterschiedlichen Meinungen miteinander umgegangen sind (vgl. *Fisher/Ury/Patton, a.a.O.*).

Mediation bietet sich nun genau für solche Situationen als Instrument an: Nach gescheiterten (Erst-)Verhandlungen zwischen Marktteilnehmern und bevor Behörden Anordnungen treffen (müssen), wird eine "Zwischenphase" vorgesehen. In dieser "Zwischenphase" nehmen die Parteien ihre Verhandlung wieder auf - aber nun mit einer Verhandlungsführung durch einen unabhängigen Dritten i.R.e. Mediation.

Definition Mediation - Kein inhaltlicher Eingriff durch neutralen Dritten

"In der Mediation bearbeiten die im Widerstreit stehenden Parteien ihren Konflikt unter Hinzuziehung von Dritten. Die Tätigkeit des Mediators soll den Parteien helfen, eine Lösung des Konfliktes zu finden. Mediation ist ein außergerichtlicher Weg. Im Unterschied zu einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren, einer Schlichtung oder einem Vergleich bestimmen die Parteien selbst über ihre Möglichkeiten und die Ergebnisse. Die in der Mediation angewandten Verfahren, Methoden und Techniken sind Gesprächs- und Verhandlungshilfen für die Parteien." (*Institut für Mediation*, 2005).

Das Kernunterscheidungselement der Mediation zu anderen ADR-Instrumenten ist damit die Art und Weise des Eingriffs des Dritten in die Verhandlung (für eine Abbildung des gesamten Mediationsprozesses und der Unterscheidung zu anderen Verfahren vgl. *Haft/Schlieffen: Handbuch Mediation*, 2002). Während bei einer Mediation der unabhängige Dritte in der Regel nur den Verhandlungsprozess unterstützt, wird z.B. bei der Schlichtung auch ein Spruch des Schlichters von den Parteien angenommen, der nicht von den Parteien selber erarbeitet wurde. In der Mediation hingegen erarbeiten die Parteien selber eine Lösung mit Unterstützung des Mediators, der aber nicht inhaltlich eingreift. Insofern ist hier anzumerken, dass der Gesetzestext ungenau ist, wenn er im Titel von Mediation spricht, um dann im Text auf ein Mediationsverfahren vor einer Gütestelle hinzuweisen. Eine Gütestelle wird eher mit einer Schlichtungsstelle oder einem Ombudsman (vgl. *Gadlin, Negotiation Journal*, 1/2000, 37-048) assoziiert. Da allerdings konsequent, auch in der Begründung, von Mediation gesprochen wird, soll angenommen werden, dass mit § 124 TKG auch ein Mediationsverfahren gemeint ist.

Zielsetzung des § 124 TKG - Mediation als zusätzliches, komplementäres Instrument

Die Zielsetzung des § 124 TKG liegt darin, den Beteiligten im Markt ein zusätzliches Instrument anzubieten, welches sie in geeigneten Situationen anstatt oder komplementär zu anderen bereits etablierten Instrumenten anwenden können. Damit wird sofort deutlich, dass solche geeigneten Situationen nicht nur identifiziert werden müssen, sondern es zunächst notwendig ist, dem neuen Instrument überhaupt die Möglichkeit zu geben, sich entfalten zu können. Es ist in der Mediationstheorie bekannt, dass insb. die sog. "Einberufungsphase" schwierig, während die Durchführung der eigentlichen Mediation verhältnismäßig einfach ist (vgl. *Poitras/Bowen/Byrne, Negotiation Journal*, 6/2003, 251-263). Das ist insb. deshalb wahr, weil bisher der gesamte Verhandlungsablauf im TK-Markt auf die etablierten Instrumente abgestimmt ist.

Um den Einsatz der Instrumente zu ermöglichen, ist es deshalb notwendig, dass die Parteien die Vorteile der Nutzung überhaupt erkennen (können). Mediation erlaubt, Konflikte schneller und billiger zu lösen als eine gerichtliche Auseinandersetzung (vgl. zuletzt *Projektgruppe Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, 2004). Mediation verspricht darüber hinaus die Qualität der Lösungssuche und der Lösungsfindung in Konfliktfällen zu erhöhen. Bei gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Lösungen besteht die Gefahr, dass auch nach der scheinbaren "Heilung" durch ein Urteil weder der eigentliche Konflikt gelöst noch den Parteien klar ist, wie sie ihre Zusammenarbeit wieder aufnehmen und gestalten sollten. Schlecht gelöste Konflikte hingegen vernichten Werte. Das übergreifende Ziel des TKG, den Kundennutzen zu erhöhen, wird auch durch eine Erhöhung der Qualität des Konfliktmanagements, welches die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen bzw. einer ganzen Branche verstärkt, erreicht. Mit § 124 TKG ist der *Reg TP* nun die Möglichkeit gegeben, dieses Ziel des TKG zu unterstützen.

Zudem hat der Gesetzgeber die Inanspruchnahme von Mediation nicht als Pflicht vorgeschrieben, sondern lediglich eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen. Aus der Theorie der Mediation heraus ist das auch sachlich richtig. Denn erstens beruht Mediation grds. auf Freiwilligkeit und auf der Entscheidungsautonomie der Parteien. Darin liegen sowohl das Potenzial der Mediation als auch ihre Grenzen. Zweitens wurden bisher mit Mediation im TK-Recht noch wenig Erfahrungen gemacht. Es wäre sinnvoll, deshalb zuerst Erfahrungen zu sammeln und diese auch wissenschaftlich auszuwerten (vgl. *Büllingen u.a., Alternative Streitbeilegung in der aktuellen EMVU-Debatte*, 2004).

Die Zielsetzung des § 124 TKG ist damit so zu verstehen, dass den Marktteilnehmern ein zusätzliches Konfliktmanagementinstrument zur Verfügung gestellt wird. Die *Reg TP* soll sich als die Instanz verstehen, die das Instrument in geeigneten Fällen auch aktiv empfiehlt, weil es gerade bei der Einführung eines neuen Instruments zu Verzögerungen kommen könnte, da erst wenige Erfahrungen damit bestehen. Damit werden die etablierten Instrumente nicht ausgehebelt oder aufgegeben. Ganz im Gegenteil soll das jeweils effizienteste Instrument zur Anwendung kommen. Führt eine Mediation nicht zum Erfolg, so werden die etablierten Instrumente ohne Verzögerung eingesetzt.

Umsetzbarkeit von § 124 TKG - Mögliche Kriterien zum Einsatz von Mediation

Bei der Anwendung von § 124 TKG wird es deswegen wahrscheinlich die Kernfrage sein, welche Fälle durch die *Reg TP* als "geeignet" für Mediation zu betrachten sind. Die Gesetzesbegründung führt bereits einige Kriterien an, hier sollen sie auf Basis der allgemeinen Mediationstheorie einerseits und praxisbezogenen Überlegungen andererseits (vgl. z.B. *Breidenbach, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, 1995; *Büllingen/Hillebrand/Wörter, Elektromagnetische Verträglichkeit zur Umwelt (EMVU) in der öffentlichen Diskussion*, 2002; *Holznapel, Studie zu den Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle*

im Lichte der TKG-Novellierung, 2003; *Märker/Trénel*: Online-Mediation: Neue Medien in der Konfliktvermittlung - mit Beispielen aus der Politik und Wirtschaft, 2003) strukturiert werden. Mediation scheint insb. empfehlenswert, wenn

- ▶ eine langfristige und über den vorliegenden Konflikt hinausgehende Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien besteht und erhalten werden soll; z.B. i.R.d. Zusammenschaltung (Interconnection - IC) zwischen den Anbietern im TK-Markt;
 - ▶ der Konflikt eine Vielzahl von Konfliktpunkten umfasst; z.B. i.R.d. Zusammenschaltung (IC) zwischen den Anbietern im TK-Markt;
 - ▶ gemeinsame und übergeordnete geschäftliche Interessen genauso wichtig wie die Interessenkonflikte sind; z.B. das Streben nach Planungssicherheit bei der Einführung neuer Technologien bzw. der damit verbundenen neuen Tarifmodelle (z.B. Flat-Rate oder Capacity-Based-Pricing) oder die Förderung von Innovationen;
 - ▶ technische und geschäftliche Aspekte genauso wichtig sind wie rein rechtliche Fragen; z.B. im Zusammenhang mit der Einführung von Call by Call im Ortsnetz;
 - ▶ der Konflikt droht, in Deutschland eine Marktentwicklung zu behindern, die im Ausland fortschreitet; z.B. im Zusammenhang mit der Einführung von VoIP.
- Mediation ist insb. nicht empfehlenswert, wenn

- ▶ der Konflikt eine reine Rechtsfrage betrifft, deren Klärung im Interesse aller Marktteilnehmer liegt; z.B. bei der Fragestellung "Was ist ein TK-Netz?";
- ▶ der Konflikt eine grds. politische Frage betrifft, deren behördliche Klärung im öffentlichen Interesse liegt; z.B. bei der Festlegung von Zusammenschaltungspreisen für Basisdienste;
- ▶ die *Reg TP* befürchtet, dass eine Partei i. R. d. Mediation trotz Wachsamkeit der Mediatoren ausgenutzt oder unter Druck gesetzt werden könnte;
- ▶ die Vermutung besteht, dass eine Partei mit strategischen Hintergedanken den Entscheid trifft, an der Mediation teilzunehmen; z.B. mit betrügerischen Absichten oder beim Versuch, einfach Zeit zu gewinnen.

Konflikte im Fall VoIP - Könnte § 124 TKG zur Lösung der Konflikte beitragen?

Die *Reg TP* hat das Thema VoIP zwar ganz oben auf ihrer Agenda (FAZ v. 2.2.2005, S. 13), aber offensichtlich sind die Wettbewerber im Markt nicht zufrieden mit der Art und Weise der Regulierung (FAZ v. 16.1.2005, S. 33). Sie scheinen hingegen durchaus das Potenzial einer direkten Zusammenarbeit zu erkennen (FAZ v. 26.1.2005, S. 16), sehen sich aber bisher nicht in der Lage, eine solche umzusetzen. Der Regulierer könnte hier Unterstützung leisten, indem er die Marktteilnehmer aktiv auffordert, eine wie o.g. "Zwischenphase" einzulegen.

Das könnte sinnvoll sein, weil Regulierer in komplexen Systemen keine inhaltliche Lösung finden können, die alle Beteiligten zufrieden stellt. Grund dafür ist auch, dass die *Reg TP* auf Grund bereits getroffener Entscheidungen selber Beteiligter im Konflikt ist. Stattdessen würde es den Streitparteien helfen, wenn ein unabhängiger Dritter die Vermischung der vielen Themenbereiche, die mit VoIP zusammenhängen, zunächst zu entwirren hilft. In einer Mediation werden die Einzelthemen priorisiert und danach sortiert, ob sie von den Beteiligten selber gelöst werden können oder ob eine Entscheidung der *Reg TP* notwendig ist, die dann aber auch wieder gemeinsam umgesetzt wird. Mediation wirkt insofern als komplementäres Instrument, weil nur die (Teil-)Konflikte behandelt werden, die nicht mit anderen Mechanismen effizienter gelöst werden können. So wird eine langfristige gemeinsame Zusammenarbeit der Beteiligten angestoßen und die Implementierung von innovativen Technologien beschleunigt.

Es muss deshalb ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass Mediation nicht nur in bilateralen Konflikten eingesetzt werden kann, sondern auch in Situationen, bei denen mehrere Marktteilnehmer gleichzeitig Abstimmungen vornehmen müssen (vgl. *Racine/Auer*, NZZ v. 22.9.2001), um z.B. ein neues Produkt wie z.B. VoIP einführen zu können. Das Gesetz geht darauf gar nicht ein. Zusammenfassend scheint Mediation auch im TK-Markt nicht nur umsetzbar, sondern kann im Zusammenspiel mit den etablierten Instrumenten zur Erhöhung der Effizienz und Qualität des Konfliktmanagements einen wesentlichen Beitrag leisten.

Dipl. Volksw. Klaus Winkler, Frankfurt/M.

MMR 2005, Heft 03, X