



**Stellungnahme des
Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.
(BUGLAS)
zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur
Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen
(Referentenentwurf des BMWi, veröffentl. am 23.09.2010)**

Der Bundesverband Glasfaseranschluss e.V (BUGLAS) nimmt hiermit die Möglichkeit wahr, zu dem am 23.09.2010 veröffentlichten Gesetzentwurf des BMWi zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen („TKG-RefE“) Stellung zu nehmen und konkrete Änderungsvorschläge zu unterbreiten. Die Stellungnahme konzentriert sich auf die Analyse der durch den TKG-RefE vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen in Umsetzung des geänderten europäischen Rechtsrahmens zur Telekommunikation. Soweit aus Sicht von BUGLAS Umsetzungsdefizite bzw. fehlende gesetzliche Vorgaben erkannt wurden, werden zusätzliche Vorschläge zur Erweiterung des TKG-RefE gemacht.

Die Stellungnahme orientiert sich im Sinne einer einheitlichen Struktur am Aufbau des TKG-RefE und übernimmt die dortige Nummerierung. Vorschläge für Neuformulierungen sind durch Fettdruck hervorgehoben.

Vorbemerkungen:

Anlass und Grundlage des Gesetzgebungsverfahrens sind die Änderungen des europäischen Rechtsrahmens, der bis zum 25. Mai 2011 in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die geänderten europäischen Vorgaben bezwecken, den Ausbau neuer, hochleistungsfähiger Netze im Interesse der Verbraucher und der Wirtschaft zu stärken. BUGLAS begrüßt diese Zielsetzung ausdrücklich - die Mitgliedsunternehmen des BUGLAS setzen sich mit besonderer Intensität dafür ein, dass dieses Ziel erreicht wird.

Das vorliegende Gesetzgebungsverfahren zur Konkretisierung dieser Ziele ist eine Chance, durch investitionsfreundliche Rahmenbedingungen die Anreize für die Errichtung hochleistungsfähiger Breitbandanschlussnetze zu verstärken und die Aufmerksamkeit und Bewertung in Bevölkerung und Politik für diese Zukunftsaufgabe zu verbessern. Die derzeit leistungsfähigsten und zukunftssichersten Anschluss-Infrastrukturen sind Glasfasernetze. Der Installation dieser Netze sollte daher – wie es auch die Empfehlung der Kommission zu den Next Generation Access (NGA) Networks vorsieht - die größte Unterstützung zukommen. **BUGLAS setzt sich daher dafür ein, dass die Regulierungsziele des TKG den Ausbau der Glasfaser-Anschlussnetze ausdrücklich adressieren.**

Diese Priorisierung und ggf. Privilegierung der Glasfaseranschlussnetze widerspricht nicht der sog. „Technologieneutralität“, da mit diesem Begriff die unternehmerische Wahlfreiheit hinsichtlich der konkret eingesetzten Technologie adressiert wird. So können Glasfaseranschlussnetze beispielsweise als Punkt-zu-Punkt-Faseranschlüsse (PtP) oder als passive optische Zugangnetze (PON) technologisch konzipiert werden. Je nach örtlichen und marktlichen Gegebenheiten können unterschiedliche Technologien vorteilhafter sein und sollten daher nicht gesetzgeberisch oder administrativ vorgegeben werden. Der Begriff der „Technologieneutralität“ würde jedoch überdehnt, wenn Grundentscheidungen für den gewünschten Aufbau leitungsgebundener Glasfaserinfrastrukturen nicht getroffen werden könnten. Ebenso wie funkgestützte Infrastrukturen aufgrund anderer physikalischer Gegebenheiten nicht „technologieneutral“ zu leistungsgebundenen Infrastrukturen sind, müssen Glasfaseranschlussnetze grundsätzlich anders als die existierenden kupferbasierten Teilnehmernetze bewertet werden. Ohne Verstoß gegen die „Technologie-

neutralität“ sind positive Grundentscheidungen für den Ausbau von Glasfaseranschlusssnetzen möglich und aus Sicht von BUGLAS auch erforderlich.

Die Anstrengungen privatwirtschaftlicher Unternehmen zur Schaffung hochleistungsfähiger Breitbandinfrastrukturen werden dann erfolgreich sein können, wenn diese Investitionen langfristig willkommen sind, einen return on investment in angemessener Zeit erwarten lassen und im Ergebnis wirtschaftlich erfolgreich sind. Primär sollten daher privatwirtschaftliche Initiativen gefordert sein, den Infrastrukturausbau durchzuführen. Diese Unternehmen und Initiativen benötigen zwar investitionsfreundliche Rahmenbedingungen, dennoch bleibt privatwirtschaftliches Unternehmertum und Handeln gefordert, das nicht durch staatliches Handeln – auch nicht durch Regulierungshandeln – ersetzt werden kann. Die Etablierung von wachstums- und investitionsfreundlichen Rahmenbedingungen ist nach Überzeugung von BUGLAS der beste Motor für den notwendigen Breitband-Infrastrukturausbau.

Neben der primären Forderung nach privatwirtschaftlichem Handeln ist eine subsidiäre Förderung zur Zielerreichung gerechtfertigt. Die Förderungen können sowohl in nicht-materiellen als auch finanziellen Hilfestellungen bestehen. Die BUGLAS-Unternehmen unterschätzen hierbei nicht den Beitrag, der durch Initiierung und Unterstützung von Initiativen geleistet werden kann, um in der Meinungs- und Willensbildung der Bevölkerung sowie Entscheidungsträgern in Politik, Verwaltung und Wirtschaft die Relevanz von NGA zu etablieren und damit Priorisierungen für den NGA-Ausbau zu unterstützen. Bezüglich finanzieller Hilfestellungen wird aus Sicht von BUGLAS ein einfacheres und effizienteres System als in der Vergangenheit gefunden werden müssen. Auch wenn diese Thematik nicht Gegenstand des vorliegenden Novellierungsverfahrens sein kann, sollte aus Sicht von BUGLAS baldmöglichst an besseren Beihilfemodellen - ggf. teilnehmerbezogen in Form einer Förderung jedes realisierten NGA-Anschlusses - gearbeitet werden.

Im Einzelnen:

Nr.2 des TKG-RefE : § 2 Regulierung, Ziele und Grundsätze

Der Änderungsvorschlag betrifft die Erweiterung des § 2 Abs. 2 durch folgende Nr. 3 (die bisherigen Nr. 3 ff. werden zu Nr. 4 ff.):

„3. den Aufbau von Zugangsnetzen der nächsten Generation zu fördern und hierbei den Übergang bestehender leitungsgebundener Zugangsnetze zu Zugangsnetzen der nächsten Generation zu unterstützen.“

Der vom TKG-RefE vorgesehene Wegfall des bisherigen § 2 Abs. 3 Nr. 3 („effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen“) als Regulierungsziel und die Verlagerung in die „Regulierungsgrundsätze“ gem. § 2 Abs. 3 hält BUGLAS nicht für sachgerecht. Die Nennung als Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 verpflichtet ALLE mit der Regulierung der Telekommunikationsmärkte befassten Behörden einschließlich der Politik, während § 2 Abs. 3 lediglich Vorgaben für die Entwicklung der Regulierungsgrundsätze der Bundesnetzagentur macht. Die vom TKG-RefE vorgesehene Streichung des bisherigen § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist auch in sich nicht konsequent, da etwa das Regulierungsziel der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung im Zielkatalog des Absatzes 2 verbleibt und nicht als „Regulierungsgrundsatz“ in Absatz 3 genannt wird.

Die Förderung und Unterstützung des Aufbaus von Zugangsnetzen der nächsten Generation halten wir als Zukunftsaufgabe für solcherart bedeutsam, dass es als Regulierungsziel hervorgehoben und ausdrücklich benannt werden sollte. Damit wird auch ausgedrückt, dass es nicht nur zur Aufgabe der Bundesnetzagentur gehört, bei Regulierungsmaßnahmen die dort genannten Grundsätze anzuwenden, sondern dass in einem breiten Sinne auf dieses Regulierungsziel referenziert werden kann. Alles staatliche Handeln (einschließlich der Bundesnetzagentur, aber auch der Gerichte und anderer Behörden) würden diesem Regulierungsziel verpflichtet. Zugleich stellt die Aufnahme dieses Regulierungszieles eine entsprechende Aufmerksamkeit von Bevölkerung und Politik sicher.

Nr.3 des TKG-RefE: § 3 Begriffbestimmungen

1.

Der Änderungsvorschlag betrifft die Begriffsbestimmung § 3 Nr. 33a „Zugangsnetze der nächsten Generation. Wir schlagen hierzu folgende Formulierung vor:

„Zugangsnetze der nächsten Generation“ („NGA-Netze“) sind leitungsgebundene Zugangsnetze, die vollständig oder teilweise aus optischen Bauelementen bestehen und daher Breitbandzugangsdienste mit erweiterten Leistungsmerkmalen (z. B. mit einem höheren Durchsatz) ermöglichen, die über das hinaus gehen, was mit schon bestehenden Kupferkabelnetzen angeboten werden kann.

Die vorstehende Formulierung ist der Nr. 11 der sog. NGA-Empfehlung der Kommission (210/572/EU) entnommen. Anders als der Vorschlag des TKG-RefE verwendet die NGA-Empfehlung jedoch nicht das Wort „insbesondere“ und fokussiert damit abschließend auf leitungsgebundene optische Netze. Der Begründung des TKG-RefE ist zu entnehmen, dass sich der TKG-RefE aber nicht auf leitungsgebundene Netze beschränken wollte. Ein Grund für das Abweichen von der NGA-Empfehlung wird nicht genannt.

Aus Sicht von BUGLAS führt die Formulierung des TKG-RefE zu problematischen Interpretationsspielräumen insbesondere im Hinblick auf funkbasierte Anschlusstechniken. Funkbasierte Anschlusstechniken wie etwa LTE sind - unabhängig von ihrer technischen Innovation - nicht den leitungsgebundenen NGA-Netzen vergleichbar. Hier wie dort stellen sich andere Fragestellungen wie etwa Zugang zu baulichen Infrastrukturen, Bitstrom-Zugang, Migration entbündelter Anschlussleitungen zu NGA-Infrastrukturen, die nicht durch die Verwendung gleicher Begriffe verwischt werden sollten. Diese Interpretationsspielräume laufen dem Zweck einer Legaldefinition wider, den Inhalt eines Begriffes abgrenzbar zu machen.

2.

Die Abgrenzung „öffentlicher“ zu „nicht-öffentlicher“ Netze und Dienste ist bedeutend dafür, welches Verpflichtungsregime im Konkreten gilt. Nach den Erfahrungen der Vergangenheit können erhebliche Unsicherheiten daraus entstehen, was gesetzlich (noch) als „nicht-öffentlich“ betrachtet wird und was für die „Öffentlichkeit“ erbracht wird. Eine weitere Komplexität ergibt sich zusätzlich daraus, dass das TKG noch Rückausnahmen für den Fall kennt, dass Diensteanbieter ihre Dienste für „geschlossene Benutzergruppen“ nur ihren Teilnehmern anbieten (vgl. §§ 99; 101, 102, 103). Auch der Begriff „geschlossene Benutzergruppen“ ist nicht legaldefiniert.

Wir regen eine gesetzliche Festlegung der Abgrenzung des öffentlichen vom nicht-öffentlichen Bereich an. Hierbei könnte als Grundsatz festgelegt werden, dass Angebote, die NICHT der Eigenversorgung dienen und damit „für Dritte“ erbracht werden, als „öffentlich“ gelten.

Nr. 11 des TKG-RefE: § 15a Regulierungskonzepte

Der Änderungsvorschlag betrifft die ersatzlose Streichung des § 15a TKG-RefE.

§ 15a TKG-RefE stützt sich laut Begründung auf Art. 8 Abs. 5 lit a) RahmenRL, ist aber in der vorgesehenen Regelung wegen bereits erfolgter Umsetzung in nationales Recht nicht nur überflüssig (1.), sondern geht auch über den Regelungszweck des Art. 8 Abs. 5 lit. a) RahmenRL hinaus (2.).

- (1.) Durch Art. 8 Abs. 5 lit. a) RahmenRL soll ein vorhersehbares, konsistentes Regulierungshandeln verlangt werden. Das deutsche TKG hat bereits in der Novelle 2004 ein Konsistenzgebot für Entgeltregulierungsmaßnahmen in § 27 Abs. 2 vorgesehen und die Vorhersehbarkeit der Regulierung durch einen kontinuierlich zu veröffentlichenden Vorhabensplan (§ 122 Abs. 2 TKG) sowie durch die fortlaufende Veröffentlichung von Verwaltungsgrundsätzen (§ 122 Abs. 3 TKG) gefordert. Zudem muss die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Tätigkeitsberichte nach § 121 TKG Rechenschaft sowie einen Ausblick auf erwartete künftige Entwicklungen geben.

Anders als die Begründung des Gesetzentwurf ausführt, dürfte es sich bei §15a TKG auch nicht um die Ermächtigung von Verwaltungsvorschriften handeln, da eine Verwaltungsvorschrift üblicherweise innerhalb einer hierarchisch aufgebauten Behördenstruktur die einheitliche Rechtsdurchführung sicherstellen und nachgeordnete Behörden zur Rechtspraxis der vorgesetzten Behörde verpflichten soll (vgl. für das TKG die Verpflichtung zur Veröffentlichung von Weisungen des BMWi an die Bundesnetzagentur gem. § 117 TKG). Richtigerweise dürfte es sich bei der Ermächtigung nach § 15a TKG-RefE somit um „Vorschriften der Verwaltung (BNetzA)“ handeln, die den von Regulierung potenziell Betroffenen den Korridor ihrer zulässigen Verhaltensmöglichkeiten aufzeigen sollen. Zutreffend drückt diesen Mechanismus die Begründung des TKG-RefE in dem Satz aus: „§ 15a Abs. 2 sieht für die Berücksichtigung von Investitionsrisiken gesonderte Verwaltungsvorschriften vor.“ Das Regulierungskonzept ist damit eine Vorschrift der BNetzA an die Marktbeteiligten, ob und wie Investitionsrisiken berücksichtigt werden können.

§15a TKG-RefE ist folglich als Sonderform einer „Regelungsermächtigung“ zu qualifizieren, deren rechtliche Zulässigkeit jedenfalls bereits deshalb sehr fraglich ist, weil bei Erlass der Regulierungskonzepte / Vorschriften der BNetzA eine Marktregulierungskompetenz aufgrund fehlender SMP-Feststellung überhaupt nicht bestehen müsste.

- (2.) Art. 8 Abs. 5 lit. a) bezieht sich auf die Überprüfungszeiträume von Regulierungsperioden, die vom TKG-RefE nun durch den novellierten § 14 von bisher 2 auf 3 Jahre (in Ausnahmefällen auf 6 Jahre) verlängert werden sollen. Damit ist Ausgangspunkt des „Regulierungskonzepts“ eine bestehende Regulierungskompetenz der nationalen Regulierungsbehörde, deren Ausübung innerhalb der Zeiträume einheitlich und überschaubar gemacht werden soll.

Jedenfalls verlässt die Begründung zum TKG-RefE diese rechtliche Grundlage, wenn auch eine „marktunabhängige“ Veröffentlichung von Vorschriften erlaubt sein soll und die „zulässigen Vorgehensweisen“ abstrakt und ohne Rücksicht auf eine bestehende Marktregulierungskompetenz ermöglicht werden soll. Der Bundesnetzagentur werden hiermit

weitgehende Spielräume zur Veröffentlichung von Vorschriften zugebilligt in möglicherweise der Marktregulierungskompetenz überhaupt nicht zugänglichen Bereichen. Trotz des Zwecks, zu „kategorisieren“ und zu „verallgemeinern“ sollen die Regulierungskonzepte laut Begründung des TKG-RefE auch Quasi-Standardangebote veröffentlichen können als „Beispiele von Vereinbarungen“, die „im Idealfall von Unternehmen als Mustervereinbarung verwendet werden können.“ Damit wird nicht nur das Primat verhandelter Lösungen empfindlich gestört, da Mustervereinbarungen einschließlich Konditionengestaltung der BNetzA sich zum de facto-Standard etablieren würden, sondern auch die klare Vorgabe einer Regulierung nur innerhalb abgegrenzter, analysierter und europaweit mit Kommission und GEREK harmonisierter Märkte. Jedenfalls in der Ausprägung des Absatzes 2 und im Zusammenhang mit der Begründung des TKG-RefE erscheinen diese Regelungen aus Sicht des BUGLAS mit europäischem Recht nicht vereinbar.

Nr.13 des TKG-RefE: § 18 Kontrolle über Zugang zu Endnutzern

Die vorgesehene Änderung des TKG-RefE bezüglich der Streichung der Einschränkung auf Nicht-SMP-Unternehmen wird von BUGLAS ausdrücklich begrüßt. Der nachfolgende Änderungsvorschlag betrifft die Absicherung des auch für die Sicherung der Netzneutralität sehr wichtigen End-zu-End-Verbunds in § 18 Abs. 1 TKG-RefE für den Fall, dass keine unmittelbare Zusammenschaltung besteht, sondern eine mittelbare Zusammenschaltung über Transitnetze erfolgt:

„Die Bundesnetzagentur kann Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, in begründeten Fällen verpflichtet, auf entsprechende Nachfrage ihre Netze mit denen von Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze zusammenzuschalten, soweit dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Die Pflicht kann auf die ursprungsnetz- und zielnetzneutrale Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen gegenüber unmittelbar zusammen-

schalteten Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze erstreckt werden, um auch für den Falle von mittelbaren Zusammenschaltungen den End-zu-End-Verbund von Diensten zu gewährleisten.“

§ 18 TKG blieb in der Vergangenheit für Terminierungsleistungen bereits deshalb ohne Anwendung, weil für Terminierungsleistungen jeder Netzbetreiber bereits mit dem ersten Teilnehmeranschluss („Ein Netz-Ein Markt-Doktrin“) als SMP-Unternehmen galt. Dennoch ist diese Norm zur Sicherstellung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erheblich wichtig und wird künftig noch bedeutsamer werden, um die Netzneutralität zu gewährleisten. Insbesondere kann nur mit dieser Norm auch der Ursprungsnetzbetreiber ggf. bei Verhinderung des End-zu-End-Verbunds zu netzneutralem Verhalten verpflichtet werden. Folgendes (der Realität entnommenes) Beispiel soll dies verdeutlichen:

Mobilfunknetzbetreiber X ist mit dem bundesweiten Festnetz Y zusammengeschaltet. Die Anrufe der Mobilfunkkunden X erfolgen über das Festnetz Y als Transitnetzbetreiber in das regionale Festnetz Z (als terminierender Netzbetreiber), d.h. in der Verkehrsrichtung: Mobilfunknetz X → bundesweites Transitnetz Y → regionales Festnetz Z. Der Mobilfunknetzbetreiber X drosselt bzw. verhindert nun Verkehre zu (ggf. einzeln ausgewählten) Rufnummern im regionalen Festnetz Z.

Nach dem geltenden TKG ist Mobilfunknetzbetreiber X nicht in einem regulierten Markt tätig, da es sich hierbei nicht um Terminierungsleistungen, sondern Originierungsleistungen handelt. Der Festnetzbetreiber Z kann Mobilfunknetzbetreiber X nicht zur Originierung anhalten, da keine unmittelbare Zusammenschaltung und damit kein Vertragsverhältnis besteht. Eine unmittelbare Zusammenschaltung zwischen regionalem Festnetz Z und Mobilfunknetz (ggf. erzwungen durch § 18 TKG) wäre aber keine Lösung, da die Kosten einer unmittelbaren Zusammenschaltung für den regionalen Festnetzbetreiber Z nicht tragbar wären.

Nr.14 des TKG-RefE: § 20 Transparenzverpflichtung

Für die Migration zu den Zugangsnetzen der nächsten Generation benötigen die Marktbeteiligten einen „transparenten Rahmen“ (vgl. Rn. 41 der NGA-Empfehlung der Kommission), der insbesondere Antworten darauf geben

muss, wie lange und zu welchen grundsätzlichen Bedingungen bestehende Zugangsleistungen beibehalten werden bzw. welche Migrationsbedingungen gelten. Grundlage für den „transparenten Rahmen“ ist zunächst die Erfüllung der Transparenz, die zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und dessen Zugangsnachfragern bestehen muss. Während in Pressemeldungen bezüglich der Telekom Deutschland sowohl ein FTTH-Ausbau als auch ein Termin für die Umstellung des Netzes auf ALL-IP angekündigt wird, fehlt es an Konkretisierungen und Transparenz auf der Vorleistungsebene.

Es bedarf einer ausreichend tragfähigen Transparenzverpflichtung, die sich insbesondere auf Netzausbaumaßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und deren genauer Konkretisierung bezieht. Zu erinnern ist an dieser Stelle, dass die Telekom Deutschland sich erfolgreich im Gerichtswege gegen die frühere TAL-Regulierungsverfügung bezüglich der Informationsverpflichtung zu Netzausbauplanungen vor dem VG Köln (21 K 2701/07 Urteil vom 23.04.2008) gewehrt hatte und diese Entscheidung von der Bundesnetzagentur nicht mit der Revision angefochten wurde. Das VG Köln urteilte, dass auf Grundlage des Rechtsrahmens zwar Informationen über den Ist-Bestand des Netzes, nicht aber über den Plan-Bestand des Netzes gefordert werden könnten.

Nicht ausreichend aus Sicht von BUGLAS ist es, wenn durch den novellierten § 127 Abs. 3 TKG-RefE seitens der Bundesnetzagentur von allen (auch nicht marktmächtigen) Betreibern „Auskünfte über künftige Netz- und Dienstentwicklungen“ gefordert werden können. Dieser auf Art. 5 Abs. 1 RahmenRL gegründete Novellierungsvorschlag betrifft die Erfüllung von Informationsbedürfnissen der Bundesnetzagentur. Jedenfalls dürfte zu dieser Regelung die Problematik der Sicherung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bestehen, so dass Zugangsnachfrager ggf. keine Informationen erhalten können. Die Transparenzverpflichtung ist hier klarer und geht über den Rahmen des § 127 Abs. 3 TKG-RefE hinaus: im Rahmen einer Transparenzverpflichtung können Rechte und Pflichten zwischen Zugangsanbieter und Zugangsnachfrager begründet werden.

Da die nationale Rechtsprechung sich ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage dagegen wendet, eine Transparenzverpflichtung für Netzplanungs- und Umbaumaßnahmen anzuerkennen, sollte diese Grundlage durch das novellierte TKG geschaffen werden. Die ausdrückliche Regelung bewegt sich hier

im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 der ZugangsRL, da auch Informationen über Nutzungsbeschränkungen verlangt werden können. Die Maximalform einer Nutzungsbeschränkung ist der Abbau bisher bestehender Zugangsstandorte. Auch die NGA-Empfehlung fordert, dass die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen sollen, dass spätestens 5 Jahre vor der Außerbetriebnahme von Ortsvermittlungsstellen oder sonstigen Zusammenschaltungspunkten die Zugangsnachfrager hierüber informiert werden sollen. Hierfür bedarf es einer tragfähigen Transparenzverpflichtung.

Wir machen daher folgenden Änderungsvorschlag zu § 20 TKG-RefE:

(1) Die Bundesnetzagentur kann einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen, einschließlich aller Bedingungen, die den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen beschränken, sowie über die zu zahlenden Entgelte. Die Verpflichtung kann die Veröffentlichung von Informationen über geplante Netzbaumaßnahmen mit Auswirkungen auf die Zugangsleistungen innerhalb der von der Bundesnetzagentur festgelegten Zeiträume umfassen.“

Nr.17 des TKG-RefE: § 23 Standardangebot

Ein größeres praktisches Problem des Standardangebotsverfahrens ist die lediglich als „Soll-Regelung“ ausgestaltete Frist in Absatz 3 und die Fristenlosigkeit des behördlichen Überprüfungsverfahrens nach Absatz 4, innerhalb der ein Verfahren endgültig abgeschlossen werden muss. Wir regen an, das für die Teilabschnitte des Überprüfungsverfahrens eine Höchstfrist von je maximal 4 Monaten vorzusehen.

Nr.18 des TKG-RefE: § 25 Anordnungen durch die Bundesnetzagentur

Die Ergänzung in § 25 Abs. 5 TKG-RefE bezüglich der Möglichkeit zur Anordnung von Vertragsstrafen wird von BUGLAS ausdrücklich als wichtiges und effizientes Regelungsinstrument zur Sicherung gegenseitiger Qualitätsverpflichtungen begrüßt.

Der nachfolgende Änderungsvorschlag betrifft die Klarstellung der Anrufungsmöglichkeit der Bundesnetzagentur durch Zugangsnachfrager bzw. Zugangsanbieter, soweit eine der Zugangsregulierung unterfallende Leistung betroffen ist:

*(1) Kommt eine Zugangsvereinbarung **über der Zugangsregulierung unterfallenden Leistungen** oder eine Vereinbarung über Zugangsleistungen nach § 18 ganz oder teilweise nicht zustande und liegen die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vor, ordnet die Bundesnetzagentur nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab Anrufung durch einen der an der zu schließenden Zugangsvereinbarung Beteiligten den Zugang an. In besonders zu begründenden Fällen kann die Bundesnetzagentur innerhalb der in Satz 1 genannten Frist das Verfahren auf höchstens vier Monate verlängern.”*

Die vorgeschlagene Änderung dient der effektiven Umsetzung des Art. 4 und Art. 20 der RahmenRL sowie Art. 5 der ZugangsRL zur Erlangung einer verbindlichen Streitentscheidung der Bundesnetzagentur bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen.

Die vorgeschlagene Änderung ist veranlasst durch das Verhalten der Bundesnetzagentur allen Festnetz-Teilnehmernetzbetreibern (außer Telekom Deutschland) KEINE Zugangsverpflichtung gem. § 21 TKG, aber eine Reihe

anderer regulatorischer Verpflichtungen wie Gleichbehandlungsverpflichtung und Transparenzverpflichtung u.a. aufzuerlegen.

Die von der Bundesnetzagentur beabsichtigte Folge der nicht auferlegten Zugangsverpflichtung gem. § 21 TKG ist, dass eine Anordnungsentscheidung gem. § 25 auf Antrag eines Festnetz-Teilnehmernetzbetreiber - abweichend von den europarechtlichen Bestimmungen - ausgeschlossen wird. Dies beruht auf der Verweisung des § 25 Abs.1 1.Alt. TKG auf § 22 TKG. In § 22 TKG wird tatbestandlich Bezug genommen auf den „Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und dem eine *Zugangspflicht nach § 21* auferlegt worden ist“. Falls es an der Auferlegung einer Verpflichtung nach § 21 TKG fehlt, bleibt § 25 TKG unanwendbar, obwohl zugangsregulierende Maßnahmen nach anderen Bestimmungen des TKG getroffen wurden. Trotz Hinweisen und Bedenken der Kommission an die Bundesnetzagentur im Rahmen der Notifizierung:

„Die BNetzA räumt ein, dass sie nicht mehr in der Lage sein könnte, Zugangsbedingungen aufzuerlegen und/oder Streitigkeiten nach Artikel 5 der Zugangsrichtlinie beizulegen, falls sie die Zugangspflicht als SMP-Abhilfemaßnahme nach Artikel 8 der Zugangsrichtlinie nicht ausdrücklich auferlegt. [...]

Die Kommission ersucht die BNetzA daher, den alternativen Netzbetreibern wirksame Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen.“

Stellungnahme der EU-Kommission vom 14.8.2009 (SG-Greffe (2009) D/4957) in der Sache DE/2009/0948.

hat die Bundesnetzagentur diesen Bedenken im Ergebnis nicht Rechnung getragen und von der Auferlegung einer Zugangspflicht nach § 21 abgesehen. Die gegen die Entscheidung gerichteten Klagen von Festnetz-Teilnehmernetzbetreibern blieben vor dem Verwaltungsgericht Köln ohne Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit bereits aus formalrechtlichen Gesichtspunkten ungehört, da es keinen Anspruch auf Erlass eines belastenden Verwaltungsakts gebe. Die Regulierungsverfügung sei gegenüber dem Betroffenen als - nur - belastender Verwaltungsakt zu qualifizieren.

vgl. 1 K 6671/09 u.a.

Es ist daher eine gesetzliche Klarstellung erforderlich, die für die Möglichkeit einer Anrufung zur Anordnungsentscheidung nach § 25 darauf abstellt, dass zugangsregulierte Leistungen in Anspruch genommen werden bzw. bereitgestellt werden sollen. Ein Abstellen alleine auf eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG schafft vor dem Hintergrund der genannten Entwicklungen ein Abweichen von europarechtlichen Vorgaben bezüglich verbindlicher Streitentscheidungen zwischen Zusammenschaltungspartnern.

Nr.20 bis Nr. 28 des TKG-RefE: Entgeltregulierung

Die novellierten (aber auch zum Teil aus systematischen Gründen neu strukturierten) Regelungen zur Entgeltregulierung verschaffen der Bundesnetzagentur - entsprechend dem europarechtlichen Rahmen - erhebliche Spielräume. Die Begründung zu § 30 TKG-RefE verwendet dafür den Begriff „ergebnisoffen“ in Bezug auf das gesetzliche Entscheidungsprogramm. Dennoch gibt der TKG-RefE zu Recht der Bundesnetzagentur ein Prüfungsprogramm auf, das etwa durch den neuen § 31 Abs. 1 TKG-RefE eine Langfriststrategie intendiert und insbesondere einen gewissen regulatorischen Schutz von Investitionen in Zugangsnetze der nächsten Generation vorsieht.

1.

Nach Ansicht des BUGLAS müssen die allgemeinen Anforderungen des § 31 Abs. 1 TKG-RefE nicht nur im Rahmen einer (ex-ante) Entgeltgenehmigung, sondern auch im Rahmen einer möglichen nachträglichen (ex-post) Regulierung von Entgelten greifen. Der Änderungsvorschlag betrifft daher eine Erweiterung des § 30 um einen neuen Absatz 3:

„(3) Für Entgelte, die nach Absatz 1 und Absatz 2 einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Absatz 2 bis 4 unterworfen wurden, berücksichtigt die Bundesnetzagentur im Rahmen von Überprüfungen dieser Entgelte die Anforderungen des § 31 Absatz 1 entsprechend.“

Regelungstechnisch könnte dieser Querbezug auch an anderer Stelle des TKG eingefügt werden.

2.

Die in § 35 Abs. 6 TKG-RefE vorgesehene Neuregelung ist offensichtlich eine Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welches im Gegensatz zum VG Köln eine offenere Beiladungspraxis in gerichtlichen Verfahren durchsetzte. Die vorgesehene Novellierung soll innerhalb kurzer Frist den Kreis der beigeladenen Verfahrensparteien zu bestimmen helfen und wird daher von BUGLAS im Grundsatz begrüßt. Allerdings ist die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger nicht dafür ausreichend, dass die möglichen Verfahrensbeteiligten den Fristenlauf zur Kenntnis erhalten. Aufgrund der Sachnähe zu Marktregulierungsentscheidungen muss zusätzlich eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur erfolgen. Aufgrund des zweiwöchigen Erscheinungsturnus des Amtsblattes ist nicht zu besorgen, dass die Veröffentlichung für längere Zeit unterbleibt. Wir machen daher folgenden Änderungsvorschlag:

*„(6) In dem Verfahren nach § 35 Absatz 5 in Verbindung mit § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung kann das Gericht durch Beschluss anordnen, dass nur solche Personen beigeladen werden, die dies innerhalb einer bestimmten Frist beantragen. Der Beschluss ist unanfechtbar. Er ist im elektronischen Bundesanzeiger **und zusätzlich im Amtsblatt der Bundesnetzagentur** bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann zusätzlich in einem von dem Gericht für Bekanntmachungen bestimmten Informations- und Kommunikationssystem erfolgen. Die Frist muss mindestens zwei Wochen seit Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger **und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur** betragen. **Für den Beginn der Frist nach Satz 4 gilt das jeweils jüngere Veröffentlichungsdatum.** Für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Frist gilt § 60 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend. Das Gericht soll Personen, die von der Entscheidung erkennbar in besonderem Maße betroffen werden, auch ohne Antrag beiladen.“*

3.

Tendenziell immer mehr Zugangsleistungen werden durch die Bundesnetzagentur den Regelungen der nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen. Hiermit will die Bundesnetzagentur einen Beitrag zum „Abbau der Regulierung“ leisten. Ebenfalls unterfallen Endnutzerleistungen (soweit diese überhaupt noch der sektorspezifischen Regulierung unterliegen) im Regelfall gem. § 38 Abs. 3 der nachträglichen Regulierung.

Für diese Entwicklungen der Entgeltregulierungspraxis mögen ausreichend Gründe bestehen, über die im Rahmen des gesetzlichen Novellierungsverfahrens nicht zu diskutieren sein wird. Allerdings sollte der Gesetzgeber über eine Effektivierung der nachträglichen Entgeltregulierung insoweit nachdenken, als von der Bundesnetzagentur festgestellte Verstöße des regulierten Unternehmens besser als bisher sanktioniert werden sollten. Nach dem geltenden TKG bleibt das missbräuchliche Verhalten des regulierten Unternehmens praktisch konsequenzenlos. Mitgliedsunternehmen des BUGLAS haben bezüglich von T-VPN-Verträgen der Telekom Deutschland (T-Systems) dies folgt erfahren (vgl. nur BK2b 07/008):

Verfahrensverlauf:

1. Bekanntgewordene Tatsachen einer missbräuchlichen Endkundenpreissetzung im Markt 1 (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 TKG) werden der Bundesnetzagentur mitgeteilt.
2. Die Bundesnetzagentur führt ein mehrmonatiges „Vorermittlungsverfahren“ durch und eröffnet anschließend aufgrund des Verdachts missbräuchlicher Preissetzung ein Überprüfungsverfahren.
3. Nach behördlicher Verhandlung und Verfahrenskorrespondenz wird von der Bundesnetzagentur die Entscheidung getroffen, dass die Entgelte nicht den Maßstäben genügten und weitere Vertragsabschlüsse zu gleichen Konditionen untersagt werden. Die Entgelte werden mit dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam erklärt.
4. Das regulierte Unternehmen legt der Bundesnetzagentur daraufhin einen Entgeltvorschlag vor, den die Bundesnetzagentur überprüft und nicht beanstandet. Die Nichtbeanstandung wird im Amtsblatt veröffentlicht. Alternativ: Die Bundesnetzagentur ordnet im Überprüfungsbeschluss ein Entgelt an, das an Stelle des vereinbarten Entgelts tritt.

Das Überprüfungsverfahren im Rahmen einer nachträglichen Entgeltregulierung ist für das missbräuchlich handelnde Unternehmen nahezu ohne negative Folgen:

- der Erfolg der Kundengewinnung ist eingetreten;
- die Entscheidungen der BNetzA wirken lediglich „ex nunc“ und einzel-fall(vertrags-)bezogen. Eine wettbewerbsschädliche Vertriebspraxis kann sowohl über die gesamte Verfahrensdauer als auch bei allen anderen vom konkreten Verfahren nicht betroffenen Fällen aufrechterhalten werden.
- mit der Entscheidung der Bundesnetzagentur erhält das missbräuchlich handelnde Unternehmen von seinen Kunden HÖHERE Entgelte.
- das vom missbräuchlichen Verhalten betroffene Wettbewerbsunternehmen erhält keine finanzielle Entschädigung.

Die Verweisung des betroffenen Wettbewerbsunternehmens hinsichtlich von Schadensersatzforderungen auf den Zivilrechtsweg (§ 44 TKG) ist aufgrund der Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur wirtschaftlich sinnlos. Die Bundesnetzagentur schwärzt bei zunächst missbräuchlich erhobenen Entgelten die Differenz zu den von ihr nicht beanstandeten rechtmäßigen Entgelten. Das vom Missbrauch betroffene Wettbewerbsunternehmen hat somit keinerlei Maßgröße für die Berechnung der Schadenshöhe und wird daher eine Schadensersatzforderung bezüglich der Differenz zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Entgelten nicht beziffern und damit eine Klage nicht erfolgreich führen können. Der Schutz von (angeblichen) Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen schützt somit das missbräuchlich handelnde Unternehmen vor Schadensersatzzahlungen an Wettbewerber, die voraussichtlich das wirksamste Instrument dagegen wäre, dass Marktmachtmissbrauch nicht leich-terdings in Kauf genommen werden kann.

Der Änderungsvorschlag betrifft im ersten Teil einen geringeren Schutz missbräuchlich handelnder Unternehmen in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch Änderung des § 38 Abs. 4:

(4) Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, untersagt sie das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam. Gleichzeitig kann die Bundesnetz-

*agentur Entgelte anordnen, die den Maßstäben des § 28 genügen. Sofern der Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht danach eigene Entgeltvorschläge vorlegt, prüft die Bundesnetzagentur binnen eines Monats, ob diese Entgelte die festgestellten Verstöße gegen die Maßstäbe des § 28 abstellen. § 37 gilt entsprechend. **Die Bundesnetzagentur veröffentlicht die Differenz zwischen den missbräuchlich erhobenen Entgelten und den Entgelten, die die Verstöße gegen die Maßstäbe des § 28 abstellen sowie die Anzahl und Zeitdauer der Verstöße. Die Bundesnetzagentur ordnet im Falle eines festgestellten Missbrauchs einer Stellung mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 3 auch an, in welcher Weise das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Entbündelung vorzunehmen hat.***

Im zweiten Teil wird eine Anpassung des § 44 TKG an den vergleichbaren § 33 GWB in der Fassung vorgeschlagen, wie dieser durch die 7. GWB-Novelle 2005 erfahren hat:

§ 44 Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung

(1) Ein Unternehmen, das gegen dieses Gesetz, eine auf Grund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnung, eine auf Grund dieses Gesetzes in einer Zuteilung auferlegte Verpflichtung oder eine Verfügung der Bundesnetzagentur verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. Der Anspruch besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. Betroffen ist, wer als Endverbraucher oder Wettbewerber durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt ver-

treiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.

(3) Fällt dem Unternehmen Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, ist es einem Endverbraucher oder einem Wettbewerber auch zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihm aus dem Verstoß entstanden ist. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Geldschulden nach Satz 4 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

(4) Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes Schadensersatz begehrt, ist das Gericht insoweit an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Bundesnetzagentur getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind.

(5) Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 3 wird gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der

Europäischen Gemeinschaft ein Verfahren einleitet. § 204 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(6) Wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen Vorschriften dieses Gesetzes oder Vorschriften einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung verstößt, die dem Schutz der Verbraucher dienen, kann im Interesse des Verbraucherschutzes von den in § 3 des Unterlassungsklagengesetzes genannten Stellen in Anspruch genommen werden. Werden die Zuwiderhandlungen in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder einem Beauftragten begangen, so ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebes begründet. Im Übrigen bleibt das Unterlassungsklagengesetz unberührt.

Nr.32 des TKG-RefE: § 43b Vertragslaufzeit und Umzug

Zu Abs. 1:

Die Regelung in § 43 b Abs. 1 TKG-RefE, wonach dem Teilnehmer die Möglichkeit eingeräumt werden muss, einen Vertrag mit einer Laufzeit von zwölf Monaten abzuschließen unterliegt nach dem wohl gewollten Inhalt keinen Bedenken. Der BUGLAS und seine Mitglieder bieten bereits heute solche Verträge an.

Sprachlich wäre es jedoch wünschenswert, statt des Begriffes der Höchstlaufzeit zu formulieren:

*„... einen Vertrag mit einer **Mindestvertragslaufzeit** von **höchstens** zwölf Monaten abzuschließen.“*

Der bisherige Wortlaut würde gemäß der üblichen deutschen Rechtssprache bedeuten, dass der Vertrag mit Ablauf der Höchstlaufzeit zwingend enden muss (ohne Verlängerungsmöglichkeit). Wir gehen jedoch davon aus, dass keine Bedenken gegen länger laufende, mit AGB-Recht vereinbare und mit angemessener Frist kündbare Dauerverträge bestehen und nur durch eine

Begrenzung der ordentlich unkündbaren Mindestlaufzeit ein Wechsel in angemessener Zeit nicht verhindert werden soll.

Zu Abs. 2 S. 1 „ohne Änderung der vereinbarten Vertragslaufzeit“:

Bei einer Neuschaltung eines Anschlusses, wie bei einem Umzug entstehen besondere Aufwände. Diese werden regelmäßig in Form einer einmaligen Bearbeitungs-/ Bereitstellungsgebühr dem Kunden besonders in Rechnung gestellt. Beim Neuabschluss eines Vertrages ist es üblich, dem Kunden bei Vereinbarung einer Mindestvertragslaufzeit diese Gebühr zu erlassen oder zumindest zu mindern.

Die EU-Richtlinie stellt nicht in Frage, dass der Anbieter eine Vergütung dieser zusätzlichen Aufwände vereinbaren/verlangen kann. Andernfalls müsste er diese auch künftig kalkulatorisch auf sämtliche Nutzer umlegen und faktisch würde der Umzug eines Nutzers durch die Gesamtheit der Nutzer vergütet.

Daher regen wir an, einen neuen Satz 2 anzufügen, in dem es lautet:

„Der Anbieter ist berechtigt, ein Entgelt für den durch den Umzug entstehenden Aufwand zu verlangen oder dieses in Einvernehmen mit dem Kunden bei Vereinbarung einer neuen Vertragsbindung oder Verlängerung einer bestehenden Vertragsbindung entfallen zu lassen oder zu mindern.“

Die Alternativregelung in diesem Satz soll sicherstellen, dass der Anbieter im Einvernehmen mit dem Kunden ein solches Umzugsentgelt für den Aufwand bei der Abschaltung am alten und Neuschaltung am neuen Standort des Anschlusses im Wege der Subventionierung aufgrund angemessener neuer Vertragsbindung reduziert oder nicht erhebt. Es wäre kein vernünftiger Sachgrund erkennbar, warum eine einvernehmliche Regelung im Umzugsfall unzulässig sein sollte, die beim Neuabschluss anerkannt ist.

Da diese Alternative das Einvernehmen mit dem Kunden voraussetzt, wird diesem auch keine nach den EU-Vorgaben zu gewährende Rechtsstellung genommen. Der Kunde kann eine Verlängerung der Vertragsbindung anlässlich des Umzuges verweigern. Er muss dann den zusätzlichen Aufwand durch den Umzug vergüten.

Der Anbieter wird auch im Rahmen der allgemeinen Kontrolle nach den §§ 307 ff BGB weder eine insgesamt unzumutbare zukünftige Vertragsbindung begründen können, noch den Kunden durch ein überzogenes Umzugsentgelt hierzu zwingen können. Im Einzugsgebiet des Anbieters wird insoweit jedenfalls kein höheres Umzugsentgelt plausibel sein, als der gleiche Anbieter als Bereitstellungsgebühr für einen Neuanschluss ohne Mindestvertragsbindung berechnet.

Zu Abs. 2 S. 1 „soweit dieses am neuen Wohnort technisch möglich ist.“:

Diese Formulierung ist zu weitreichend und überschreitet mit ihrer uferlosen Weite die Grenze der zumutbaren und verhältnismäßigen Inanspruchnahme von TK-Unternehmen. Technisch unmöglich ist letztlich kein Anschluss. Es kann wohl an nahezu jeden Ort der Welt notfalls eine neue Leitung verlegt werden.

Wir unterstellen, dass auch nur gemeint sein soll, dass die Versorgung am neuen Ort dem Anbieter aufgrund seiner vorhandenen Netztopographie grundsätzlich möglich ist. Damit muss aber der Anbieter befreit sein, wenn der Ort des neuen Anschlusses außerhalb seines Netzes liegt bzw. für ihn nur erreichbar wäre, wenn er sein Netz ausbaut.

Abs. 2 S. 1 letzter Halbsatz sollte daher wie folgt gefasst werden:

*„, soweit dieses **dem Anbieter am neuen Wohnort im Rahmen seines bereits bestehenden Netzes** technisch möglich ist.“*

Der Kunde wird hierdurch nicht unzumutbar belastet, da ihm über S. 2 und S. 3 des aktuellen Entwurfes ein angemessener Ausstieg bei einer bestehenden Vertragsbindung ermöglicht wird.

Zu Abs. 2 S. 3:

Die Regelung in S. 3 schafft nur eine Höchstgrenze. Diese gilt selbst dann, wenn der Anbieter beweisen könnte, dass allein die Entschädigung seines bisherigen Aufwandes eine höhere Zahlung erfordern würde. Gerade beim Anschluss eines Kunden können bei der Anmietung einer TAL eines Drittanbieters und im Falle eines notwendigen Technikereinsatzes vor Ort hohe Aufwände entstehen.

Wenn der Gesetzgeber zum Schutze des Kunden und zur Entlastung der Gerichte eine Kappungsgrenze schafft, wäre es wünschenswert, dass er hierfür im Gegenzug auch diese Pauschalierung zugunsten des Anbieters gelten lässt. Auch dies dient der Entlastung der Gerichte und wäre ein Ausgleich für Fälle in denen die Regelung selbst den realen vollständigen Aufwandsersatz des Anbieters kappt.

Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

„Die Abschlagszahlung beträgt 50 % des von der konkreten Nutzung unabhängigen Entgeltes, welches vom Umzug bis zum ursprünglich vereinbarten Ende der Mindestvertragslaufzeit angefallen wäre, soweit der Kunde nicht nachweist, dass der durch den Vertrag entstandene Aufwand und entgangene zukünftige Gewinn des Anbieters niedriger gewesen wäre.“

Im Übrigen sieht unsere Empfehlung vor, dass statt von „regelmäßigem“ von dem „von der konkreten Nutzung unabhängigen“ Entgelt die Rede ist, also von den Grund-/ Flatrategebühren etc. Der Anbieter kann nur mit den vertraglichen Mindestgebühren kalkulieren. Dies sind die unabhängig von der Nutzung geschuldeten Entgelte. Die Formulierung „regelmäßig“ klingt so, als müsste auch das reale durchschnittliche nutzungsabhängige Entgeltaufkommen des jeweiligen Kunden berücksichtigt werden. Dies dürfte für keinen Beteiligten interessengerecht sein.

Ferner haben wir statt vom vereinbarten Ende der „Vertragslaufzeit“ vom Ende der vereinbarten „Mindestvertragslaufzeit“ gesprochen. Auch hier gilt wie bei Abs. 1, dass regelmäßig unbefristete Dauerverträge geschlossen werden, die unmittelbar überhaupt keine Ende vorgeben, sondern nur die Möglichkeit der Beendigung durch Kündigung vorsehen. Dementsprechend kann auch hier nur die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit Bezugspunkt sein. Sollte ausnahmsweise ein befristeter Vertrag geschlossen sein, würde die Formulierung gleichwohl passen, da bei einer Festlaufzeit Vertragslaufzeit und Mindestvertragslaufzeit identisch sind.

Nr.40 des TKG-RefE: § 45o Dienstqualität und zusätzliche Dienstmerkmale zur Kostenkontrolle

Gegen die dortigen Regelungen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Der BUGLAS begrüßt es, wenn im Rahmen eines geordneten Verfahrens Details durch Rechtsverordnung statt durch Gesetz geregelt werden und damit auch auf entsprechende Erfahrungen mit solchen Regelungen schneller im Verordnungswege als durch Änderung eines Bundesgesetzes reagiert werden kann.

Wegen der in Abs. 4 aufgenommenen Möglichkeit, Anbietern Verpflichtungen aufzuerlegen, sollte jedoch eine Gesetzesergänzung oder zumindest durch entsprechende Vorgaben innerhalb der Verwaltung klargestellt werden, dass die dort enumerativ aufgezählten Verpflichtungen nicht zwingend umgesetzt werden müssen, sondern der Verordnungsgeber unter frühzeitiger Beteiligung der Anbieter und ihrer Verbände zunächst technische Möglichkeiten unter Berücksichtigung des Kostenaufwandes aber auch der Rechte Dritter die Möglichkeiten einer vertraglichen Einrichtung abklärt.

Am Beispiel von Abs. 4 Nr. 4 besteht seitens BUGLAS bisher Unklarheit darüber, wie ein Anbieter unter Wahrung von Datenschutz und Fernmeldegeheimnis ein „anormales“ oder „übermäßiges“ Verhalten anzeigen soll. Soll das konkrete Telefonverhalten des Kunden erfasst werden und eine Warnung erfolgen, wenn eine Abweichung erfolgt, etwa ein Kunde bei einem ersten Überseegespräch sofort gewarnt werden, wenn der Kunde gemäß Erfassung und Auswertung seines Telefonverhaltens bisher keine Überseegespräche geführt hat?

Was ist „übermäßig“? Soll das durchschnittliche Entgeltaufkommen fortlaufend gespeichert und bei einer relativen/ absoluten Erhöhung eine Warnhinweis erfolgen?

Die Mitgliedsunternehmen des BUGLAS sind sich unsicher, wie eine solche Gestaltung unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aussehen könnte. Jede „vorsorgende“ Überwachung birgt die Gefahr des Missbrauchs.

Nr.42 des TKG-RefE: § 46 Anbieterwechsel und Rufnummernübertragbarkeit, europäischer Telefonnummernraum

Der BUGLAS hat Verständnis für den Wunsch des Gesetzgebers, eine Regelung zu schaffen, mit der die Umsetzung eines Anbieterwechsels für den Kunden vereinfacht und er hierbei geschützt werden soll. Es bestehen jedoch gravierende technische und rechtliche Bedenken.

Der Gesetzesentwurf ist wohl an die Regelungen im Versorgungsbereich mit Strom bzw. Erdgas angelehnt. Dort mag die Regelung ohne weiteres technisch realisierbar sein, weil es physikalisch auch beim Anbieterwechsel völlig unverändert bei der technischen Anbindung des Kunden durch entsprechende Strom- bzw. Gasleitungen verbleibt und der Kunde physikalisch auch weiterhin den gleichen Strom bzw. das gleiche Erdgas aus dem Netz erhält. Der Anbieterwechsel ist also bei grundsätzlich unverändertem physikalischen Anschluss und unverändertem Bezug eine rechtliche Zuordnung, wem der Kunde hierfür ein Entgelt zu leisten hat und welcher Anbieter in welcher Menge Strom/ Gas in das Netz einspeisen bzw. einem Dritteinspeiser zu vergüten hat.

I. Technische / rechtliche Unmöglichkeit für abgebendes Unternehmen zu ununterbrochener Schaltung bis zum Vollzug des Anbieterwechsels!

Dies ist im TK-Bereich grundlegend verschieden.

So gibt es die Möglichkeit, dass der Kunde mit dem Anbieter auch die Übertragungstechnik wechselt. So kann von der normalen Kupferdoppelader auf ein Breitbandkabelnetz umgestellt werden, bei dem neben der früheren Fernseh- und Rundfunksignalübertragung auch über dieses Netz Telefonie.- und Internetleistungen erbracht werden sollen. Dann erfolgt eine völlige physikalische Neuansbindung, bei der das bisherige TK-Netz überhaupt nicht mehr verwendet wird. Der reale Anschlusswechsel beschränkt sich auf die Rufnummernportierung. Gleiches würde auch bei einem Wechsel auf anderen Übertragungsarten gelten (z.B. Wechsel Kupferdoppelader auf Glasfaseranschluss).

Da aber das abgebende Unternehmen keinerlei unmittelbaren Informationsfluss über den Erfolg einer Schaltung des Neuanbieters hat, kann er die ihm

hier kraft Gesetzes vorgesehene Weiterbelieferungspflicht nicht prüfen. Er müsste zur Vermeidung von Regressansprüchen den Anschluss weiterbetreiben, bis er eine Information erhält, wobei das Gesetz nicht einmal eine Informationspflicht des Kunden enthält, das abgebende Unternehmen zu informieren.

Aber selbst dieser vorsorgliche Weiterbetrieb ist technisch nicht möglich. Im Rahmen der Vermittlungsstellen muss nämlich technisch zwingend für jede Rufnummer eine Route über physikalische Leitungen zu einer TAE geführt werden. Damit kann die gleiche Rufnummer in den Vermittlungsstellen nicht auf zwei Routen zum bisherigen Anschluss des abgebenden Unternehmens und zum neuen Anschluss des aufnehmenden Unternehmens geschickt werden. Zur Schaltung beim Anbieterwechsel gehört daher zwingend, dass bei der Rufnummernportierung die Erreichbarkeit des bisherigen Anschlusses entfällt. Wenn sodann technische Probleme beim Anschluss des aufnehmenden Unternehmens auftreten, ist es nicht zu ändern, dass zunächst der bisherige Anschluss nicht erreichbar ist.

Es würde den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen, weitere technische Details zu erläutern. Letztlich gelten vorstehende technische Hindernisse auch ohne Wechsel der Übertragungstechnik, da bei nahezu jedem Anbieterwechsel es zu physikalischen Änderungen kommt und real Verdrahtungen geändert werden. Ist der Draht vom aufnehmenden Unternehmen bzw. einem Drittunternehmen (etwa der Deutsche Telekom AG – nachfolgend kurz DT AG) im Rahmen eines Mietvertrages über die TAL des Kunden vor Ort vom Netz des abgebenden Unternehmens getrennt, gibt es keinen physikalischen Anschluss mehr. Ohne die Trennung kann aber der neue Anschluss nicht verdrahtet werden. Das Dilemma des Routings der Rufnummer ist ohnehin unverändert.

Mit der erwähnten Anmietung der TAL von einem Drittunternehmen ist ein weiteres rechtliches Problem angesprochen. Historisch ist auch heute der weitgehende Teil aller TK-Anschlüsse zumindest wegen der last-mile über TAL angeschlossen, die im Eigentum und Sachherrschaft der DT AG stehen. Diese kann die TAL als reale Leitung aber physisch nur einer Person zur Verfügung stellen. Soll das aufnehmende Unternehmen den Anschluss schalten, muss die TAL für das abgebende Unternehmen entfallen. Insoweit wird der Mietvertrag mit der DT AG beendet. Damit hat das abgebende Unternehmen den Zugriff auf einen Teil der physikalischen Verbindung verloren und kann auch insoweit keinen Anschluss ohne Unterbrechung zur Verfügung stellen, wenn

bei der Schaltung des aufnehmenden Unternehmens Schwierigkeiten auftreten. Zudem liegt auch bei diesen Schaltungen nach dem TAL-Standardvertrag der Netzzugriff allein bei der DT AG.

Die TK-Anbieter haben ein technisches und rechtsgeschäftliches Verfahren bereits entwickelt und eingeführt, dass dazu geführt haben mag, dass der Entwurfsverfasser aus der Kundensicht gar nicht den Unterschied zu anderen Versorgungsverträgen erkennt, da häufig die physischen Änderungen der Verdrahtung und des Routings in den Vermittlungsstellen für ihn nicht erkennbar sind. Dieses Verfahren stellt sich wie folgt dar:

Regelprozess beim Netzbetreiberwechsel mit TAL der DT AG:

- a) Der Kunde schließt beim neuen Anbieter (aufnehmenden TNB) einen neuen Vertrag ab.
- b) Der aufnehmende TNB kündigt beim abgebenden TNB im Auftrag des Kunden den Anschlussvertrag mit dem alten Anbieter.
- c) der abgebende TNB bestätigt die Kündigung des Anschlusses und die Portierung der Rufnummer gegenüber dem aufnehmenden TNB und dem Endkunden.
- d) der abgebende TNB kündigt darauf hin bei der DT AG die TAL.
(Hier soll lt. Regelprozess ein sogenannter Carrierwechsel ausgeführt werden: D.h., dass der aufnehmende TNB seine TAL Bestellung zusammen mit der TAL Kündigung des abgebenden TNB an die Telekom weiterleitet. So soll im Regelprozess eine reibungslose Schaltung für den Kunden mit Gleichlauf von Abschaltung und Neuschaltung erreicht werden.
- e) Telekom bestätigt dem abgebenden TNB die Kündigung der TAL und bestätigt dem aufnehmenden TNB die Bestellung der TAL.
- f) der aufnehmende TNB bestätigt dem Kunden den Vertrag

Treten hier im Vorfeld oder bei der Schaltung Schwierigkeiten auf, ist zu beachten, dass die Kündigung der TAL durch den aufnehmenden TNB bei der Telekom nur mit Vorlauf noch verzögert werden kann.

Durch den aufnehmenden TNB ist dies nur durch den Prozess-Piloten „Re-Import in besonderen Fällen“ bis zu 48 Stunden vor Ausführung des Auftrages möglich.

Dies ist beispielsweise möglich wenn der aufnehmende TNB durch technische Gegebenheiten die Schaltung nicht ausführen kann.

Allerdings wird dieser Pilot ausschließlich im Faxverfahren gelebt, weshalb oftmals die Frist nicht ausreicht, um die Kündigung der TAL zu stoppen.

Nach Unterschreitung der 48 Stunden ist keine Änderung mehr für das abgebende Unternehmen nach den Vereinbarungen mit der DT AG gewährleistet.

Hat der Kunde außerhalb der Kündigung durch den aufnehmenden TNB selbst beim abgebenden Anbieter gekündigt, greifen die Regelprozesse für diese selbständige Kündigung des Kunden nicht:

In diesem Fall wird die Rufnummer des Kunden vom abgebenden TNB zum Kündigungstermin des Kunden portiert und die TAL zu diesem Zeitpunkt bereits gekündigt.

Der Regelprozess beim Netzbetreiberwechsel ohne TAL:

- a) Der Kunde schließt beim neuen Netzbetreiber (aufnehmenden TNB) einen neuen Vertrag
(z. B. TV-Kabelnetzbetreiber oder FTTB) ab.
- b) Der aufnehmende TNB kündigt beim abgebenden TNB den Kundenvertrag.
- c) Der abgebende TNB bestätigt die Kündigung des Anschlusses und die Portierung der Rufnummer gegenüber dem aufnehmenden TNB und dem Endkunden
- d) der abgebende TNB kündigt bei der Telekom die TAL
- e) der abgebende TNB bestätigt dem aufnehmenden TNB die Portierung der Rufnummer zum Termin der Kündigung des Kundenvertrags.
- f) Telekom bestätigt dem abgebenden TNB die Kündigung der TAL, zum Termin der Kündigung.
- g) der aufnehmende TNB bestätigt dem Kunden den Vertrag

Die TAL ist ab diesem Zeitpunkt nicht mehr vorhanden, sowohl der abgebende TNB als auch die Telekom müssten rechtzeitig informiert werden, um den Prozess der TAL-Abschaltung aufzuhalten.

In beiden Prozessen können bei technischen Schwierigkeiten beim aufnehmenden Anbieter, der abgebende TNB und die Telekom informiert werden, um den Kunden wieder aufzuschalten! Da hier Fristen zur TAL-Bestellung eingehalten werden müssen, ist dies nur mit deutlicher Unterbrechung möglich. Zudem wären Kosten zu klären. Es geht nicht an, dass der abgebende Unternehmer bei dieser Notmaßnahme zugunsten des Kunden, die hierdurch entstehenden Kosten der Neuschaltung trägt, auch wenn er sich vollkommen korrekt verhalten hat und die technischen Schwierigkeiten beim neuen Anbieter in keinsten Weise von ihm zu vertreten sind. Es muss regelmäßig ein Technikeinsatz jedenfalls bei der DT AG zur Schaltung der TAL erfolgen, ggf. auch

des abgebenden Unternehmens in den Räumen des Kunden. Hieraus rechtfertigen sich auch die Bereitstellungsentgelte, die regelmäßig bei langfristigen Verträgen dem Kunden erlassen werden. Folglich kann das abgebende Unternehmen gar nicht ohne Unterbrechung den Kunden versorgen.

Die Gesetzesregelung ist damit technisch überhaupt nicht umsetzbar, da anders als bei der Belieferung mit Strom oder Gas reale physikalische Veränderungen vorgenommen werden, nach denen der abgebende Unternehmer den technischen Zugriff (physikalische Leitung und Rufnummernrouting) und regelmäßig auch rechtlichen Zugriff (Mietvertrag TAL) zu Beginn der „Umschaltung“ verliert, die gerade aus einer Abschaltung beim abgebenden Unternehmen und Neuschaltung beim aufnehmenden Unternehmen besteht.

II. Zu weitreichende und unangemessene Regelung:

Daneben berücksichtigt der Gesetzesentwurf nicht, dass die jetzige Regelung nicht danach unterscheidet, ob der Anbieterwechsel vom Kunden frei gewünscht wird oder etwa aufgrund rechtmäßiger außerordentlicher Kündigung des abgebenden Unternehmens wegen Zahlungsverzugs vom Kunden schuldhaft verursacht wurde bzw. der Anschluss des Kunden vom abgebenden Unternehmer wegen Zahlungsverzugs unter Beachtung von § 45 k TKG gesperrt und ggf. die Kündigung angedroht wurde.

Da nach dem Entwurf die Leistung nicht unterbrochen werden darf, bevor die vertraglichen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel vorliegen, wäre formal auch der Fall erfasst, dass der Kunde einen Anbieterwechsel herbeizuführen sucht, aber der aufnehmende Unternehmer wegen negativer Bonität keinen Vertrag schließen will. Die Beendigung des Vertrages durch den abgebenden Unternehmer wäre ebenfalls ohne Bedeutung, weil gemäß Abs. 2 das abgebende Unternehmen weiterhin zu leisten hat, jedoch zu 50 % der vereinbarten Entgelte.

Weiterhin ist es im Rahmen der Vertragsfreiheit auch bei einer unterstellten nachvertraglichen Fürsorgepflicht des abgebenden Unternehmens nicht hinnehmbar, wenn das Gesetz in § 46 Abs. 1 TKG-E auch nach Beendigung des Vertrages eine zeitlich unbefristete fortdauernde Leistungspflicht (und dies nach Abs. 2 grundsätzlich zum hälftigen Entgelt) vorsieht, auch wenn das abgebende Unternehmen den gescheiterten Anbieterwechsel nicht zu vertreten hat.

Wir weisen darauf hin, dass dann eine Inanspruchnahme eines Nichtstörers zur Sicherung der Daseinsvorsorge erfolgt. Dies hat grundsätzlich aufgrund des Sonderopfers nach Art 12 und 14 GG einen Entschädigungsanspruch des in Anspruch genommenen Nichtstörers gegenüber der Bundesrepublik Deutschland zur Folge. Damit ist der aktuelle Entwurf ohne Regelung einer Entschädigung aus hiesiger Sicht verfassungswidrig.

Ferner ist zu beachten, dass der Gesetzgeber hier das abgebende Unternehmen im Verhältnis zum Kunden durch die Halbierung des Entgeltes auch für den Fall sanktioniert, dass der Anbieterwechsel aus Gründen scheitert, die das abgebende Unternehmen nicht zu vertreten hat. Auch dies lässt eine unbefristete Fortdauer der Leistungspflicht gegen hälftige Vergütung nicht zu.

Es wird auch nicht zumindest dem abgebenden Unternehmen ein Ausgleichsanspruch vom Gesetzgeber gegen das aufnehmende Unternehmen gewährt, wenn und solange das aufnehmende Unternehmen das Scheitern des Anbieterwechsels zu vertreten hat.

Dabei kann der Gesetzgeber auch nicht die Anbieter darauf verweisen eigene Regelungen zu treffen. Denn anders als bei den gesetzlichen Regelungen zu verbundenen Geschäften §§ 358, 359 BGB, bei denen auch rechtlich getrennte Verträge zum Schutz des Kunden teilweise verbunden werden, fehlt hier ein gesetzliches Anknüpfungsmerkmal der „wirtschaftlichen Einheit“. Dieses Merkmal erfordert bei verbundenen Verträgen, dass es eine von den Unternehmen bzw. von den von ihnen eingesetzten Vertriebspartnern stammende Verknüpfung geben muss. Damit können sie auch selbst das Innenverhältnis untereinander regeln.

Demgegenüber gibt es beim Anbieterwechsel grundsätzlich keine eigene vertragliche Rechtsbeziehung der Anbieter. Abgebender Unternehmer und neuer Anbieter ergeben sich allein aus der früheren und aktuellen Entscheidung des Kunden, mit wem er einen entsprechenden TK-Vertrag unterhalten will. Ausschließlich der Gesetzgeber schafft durch § 46 TKG-E eine rechtliche Verknüpfung zwischen diesen Rechtsbeziehungen und muss daher auch den Ausgleich regeln. Dabei ist eigentlich auch die Einbindung etwaiger Dritter, wie der DT AG bei einer notwendigen erneuten TAL-Anmietung und Schaltung zur Wiederherstellung des früheren Anschlusses zu klären.

III. Ergebnis:

§ 46 Abs. 1 und 2 TKG-E müssen aktuell schon aus technischen Gründen entfallen. In den folgenden Absätzen muss der Verweis auf Abs. 1 durch eine Wendung „Im Falle des Wechsels des Anbieters“ o.ä. ersetzt werden. Wäre eine technische Lösung zukünftig möglich müssen angemessene Regelungen geschaffen werden.

Nr.59 des TKG-RefE: § 66d Preishöchstgrenzen

Die Regelung zu den Preishöchstgrenzen sollte klarer formuliert werden. Die derzeitige Formulierung lässt die Auslegung zu, dass Gespräche in verschiedene europäische Zielnetze einheitlich bepreist werden müssen. Eine solche einheitliche Preissetzung ist aber nur sehr bedingt möglich, da die Vorleistungskosten für Gespräche in die europäischen Netze stark variieren können.

Nr.60 des TKG-RefE: § 66g Wegfall des Entgeltanspruchs

Die hier vorgesehenen Regelungen sind nicht durch die Änderung des europäischen Rechtsrahmens initiiert. Wenn auch dem Anspruch des TKG-RefE beizupflichten ist, das Problem der kostenpflichtigen Warteschleifen zu Lasten der Verbraucher zu lösen, so entstehen durch die vorgeschlagenen Regelungen voraussichtlich Umsetzungsprobleme. Insbesondere erscheint Definition der Warteschleifen in § 3 Nr. 30c TKG-RefE sehr weit. Insbesondere die „nachgelagerten Warteschleifen“ können vermutlich nur schwer erfasst werden.

Hierzu muss die Spezifikation des verwendeten ISDN-Übertragungsprotokolls internationalen E-DSS1 geändert und in die zentralen, wie kundenseitigen Vermittlungssysteme eingebracht werden. Zur Umsetzung der Anpassung sind Übergangsfristen von deutlich mehr als einem Jahr notwendig. Bei einer sofortigen Verfügung wie in § 66g vorgesehen würden Warteschleifen zukünftig i.a.R. gesetzeswidrig werden.

Nr.68 des TKG-RefE: § 77a Gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen

§ 77a TKG-RefE ist in der Zusammenschau mit Art. 12 der geänderten RahmenRL nicht einfach zu interpretieren. Nach der Interpretation des BUGLAS setzt § 77a TKG-RefE die Absätze 1 und 2 des Art. 12 RahmenRL NICHT um.

Dies mag daran liegen, dass den Mitgliedsstaaten in Absatz 2 ein Umsetzungsermessen („kann“) eingeräumt wurde, während Absatz 3 die Mitgliedsstaaten verpflichtet („stellen sicher“).

Konkret ist zu fragen, für welche „Einrichtungen“ eine gemeinsame Unterbringung und Nutzung vorgeschrieben werden kann. Bei restriktiver Lesart gehört die Aufzählung der Einrichtungen in Absatz 1 Satz 3 zu der Beschreibung des Kreises möglicher Anspruchsverpflichteten und NICHT zur Rechtsfolge einer gemeinsamen Nutzung dieser Einrichtungen.

Eine weitere Interpretationsschwierigkeit besteht in der unklaren Definition der *„gemeinsamen Nutzung von Verkabelungen in Gebäuden...“*. Sollte hier ein sehr enger Ansatz gewählt worden sein, wonach ausschließlich die Übertragungsmöglichkeiten eines bestehenden Kabels gemeinsam genutzt werden dürften (eine Art des „LineSharing“), wäre diese Regelung keineswegs zukunftssicher und würde den Ausbau von Zugangnetzen der nächsten Generation nicht befördern. Diese Glasfaseranschlussnetze sollen nicht nur auf kupferbasierte Anschlussnetze „aufgeschaltet“ werden, sondern benötigen eine „gemeinsame Unterbringung und gemeinsame Nutzung von Netzbestandteilen“ (Formulierung aus Überschrift zu Art. 12 RahmenRL) in Bezug auf verlegte Anschlussinfrastrukturen. Damit hängt Entscheidendes davon ab, wie die Formulierung der *„gemeinsamen Nutzung von Verkabelungen in Gebäuden...“* zu interpretieren ist. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs bleibt hier äußerst zurückhaltend und gibt kein Indiz für die gewollte Interpretation. Die Nutzung der Verkabelung in Gebäuden wird im Rahmen eines Glasfaserausbau (z.B. FTTB) dann zwecklos, wenn z.B. die Inhousesetze nicht über sog. Mini-DSLAM an Glasfasernetze angebunden werden dürften.

Aus Sicht von BUGLAS müssen die Regelungen in § 77a TKG-RefE erheblich deutlicher gefasst werden, um die Zielsetzungen herausarbeiten. BUGLAS sieht entsprechend den Richtlinienvorgaben die Zielsetzung, durch diese Regelung den Auf- und Ausbau moderner Infrastrukturen zu fördern. Wie von der Begründung zum TKG-RefE angesprochen, können durch eine gemeinsame Nutzung die Kosten für die Unternehmen gesenkt und vorhandene Infrastrukturen effizienter genutzt werden. Im Hinblick auf diese gemeinsam genutzten Infrastrukturen sollten aber Nutzungsmöglichkeiten nicht dadurch verhindert werden, dass lediglich z.B. eine Art der „Bandbreitenteilung“ von Verkabelungen erlaubt wäre.

Im Hinblick auf § 77a Abs. 2 TKG-RefE ist anzumerken, dass die dort verankerte Kostentragungsregelung klarer formuliert werden sollte. Der derzeitige Wortlaut lässt nicht erkennen, wie die Kosten zu ermitteln sind. So ist beispielsweise unklar, ob die Kosten je nach Adressat der Mitbenutzungsanordnung unterschiedlich ausfallen können. Im Hinblick auf einen Eigentümer sind die Kosten der Verkabelungen gegebenenfalls andere, als für ein die Verkabelungen nutzendes Telekommunikationsunternehmen.

In § 77a Abs. 3 TKG-RefE wird der von der Bundesnetzagentur initialisierte Infrastrukturatlas nunmehr in Gesetzesform gegossen. BUGLAS begrüßt grundsätzlich den Austausch von Informationen, welche einen effizienten Ausbau neuer Infrastrukturen begünstigen. Der hierzu beschrittene Weg wird aber aus mehreren Gründen kritisch gesehen. Die nunmehr in Abs. 3 enthaltene Formulierung führt zu einer weitreichenden Verpflichtung, überwiegend sehr sensible Daten über die eigene Netzarchitektur zur Verfügung zu stellen. Derartige Informationspflichten konnten nach der bisherigen Gesetzeslage nur marktmächtigen Betreibern auferlegt werden. Eine pauschale Ausdehnung auf sämtliche Marktakteure ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit in Frage zu stellen.

Darüber hinaus dürfte auch die praktische Umsetzung enorme Probleme bereiten. Wie bereits ausgeführt, betreffen die herauszugebenden Informationen regelmäßig Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der adressierten Unternehmen. Da der Kreis derer, die Einsicht in den Infrastrukturatlas nehmen werden, zum überwiegenden Teil den unmittelbaren Wettbewerbern der Informationsgeber angehören werden, sind umfangreiche Schwärzungen zu erwarten, um den berechtigten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Rechnung zu tragen. Hierbei wird sich die Bundesnetzagentur an ihrer bisherigen Entscheidungspraxis zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen messen lassen müssen.

Neben der Frage der Beauskunftung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sind aber auch sicherheitsrelevante Aspekte zu beachten, da neuralgische Netzknotenpunkte wie auch sicherheitsrelevante Einzelverbindungen offen gelegt werden würden.

Schließlich ist auch der Kreis der Berechtigten enger zu definieren, da die Definition „interessierte Kreise“ im Hinblick auf die genannten Sicherheitsaspekte

und Geschäftsgeheimnisse ungeeignet erscheint. BUGLAS regt daher an, die Teilnahme am Infrastrukturatlas auf freiwilliger Basis zu betreiben. Eine aktive Mitwirkung könnte gefördert werden, in dem nur Informationsgeber auch Einsicht in den Infrastrukturatlas erhalten können.

Nr.80 des TKG-RefE 46: § 102 Rufnummernanzeige und Rufnummernunterdrückung

BUGLAS regt an, die geplante neue Fassung des § 102 Abs. 8 TKG um einen folgenden Halbsatz (Fettdruck) zu ergänzen:

*„Bei Verbindungen zu Anschlüssen, die durch Wahl der Notrufnummern 112 oder 110 oder der Rufnummer 124 124 erreicht werden, hat der Diensteanbieter, **bei dem die jeweilige Notrufleitstelle angeschlossen ist**, sicherzustellen, dass nicht im Einzelfall oder dauernd die Anzeige von Nummern der Anrufenden ausgeschlossen wird.“*

Die Pflicht zur Anzeige der Rufnummer liegt bei dem Netzbetreiber, bei dem die jeweilige Notrufstelle angeschaltet ist, da die Rufnummer im Signalisierungskanal (SS 7) grundsätzlich mit übertragen wird. Praktisch ist es heute so, dass der Netzbetreiber bei dem die Notrufleitstelle angeschlossen ist, den Anschluss so konfiguriert, dass bei allen kommenden Notrufen die Rufnummernunterdrückung ignoriert wird. Ohne die Ergänzung könnte unklar sein, für wen die Verpflichtung gilt. Man könnte andernfalls auch auf dem Standpunkt stehen, dass der Netzbetreiber bei dem der Anrufer angeschlossen ist, dafür sorgen muss, dass im Falle eines Notrufes eine eventuelle Rufnummernunterdrückung durch den Kunden überschrieben werden soll.

Nr.82 des TKG-RefE: § 109 Technische Schutzmaßnahmen

§ 109 Abs. 1 des geltenden TKG verpflichtet Diensteanbieter zu **angemessenen** technischen Vorkehrungen oder sonstigen Maßnahmen zum Schutze des Fernmeldegeheimnisses und personenbezogener Daten. Durch § 109 TKG-RefE soll der Diensteanbieter nicht mehr zu angemessenen sondern zu „**nach**

dem Stand der Technik erforderlichen technischen Vorkehrungen und sonstigen Maßnahmen“ verpflichtet werden.

Die Verpflichtung der Diensteanbieter, Maßnahmen dynamisch nach dem Stand der Technik ohne Rücksicht auf die Angemessenheit zu treffen, verletzt den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und geht weit über die EU-Änderungsrichtlinien (Art. 13a RahmenRL bzw. Art. 4 DatenschutzRL) hinaus. Art. 13a RahmenRL und art. 4 der DatenschutzRL nimmt zwar den Stand der Technik als Kriterium der Berücksichtigung in Bezug, aber fordert letztlich ein „angemessenes“ Schutzniveau:

*“(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Unternehmen, die öffentliche Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, **angemessene** technische und organisatorische Maßnahmen zur **angemessenen** Beherrschung der Risiken für die Sicherheit von Netzen und Diensten ergreifen. Diese Maßnahmen müssen unter Berücksichtigung des Standes der Technik ein Sicherheitsniveau gewährleisten, das angesichts des bestehenden Risikos **angemessen** ist. Insbesondere sind Maßnahmen zu ergreifen, um Auswirkungen von Sicherheitsverletzungen für Nutzer und zusammenschaltete Netze zu vermeiden und so gering wie möglich zu halten.”*

Art. 13a RahmenRL, Hervorheb. nur hier.

Die technischen Entwicklungen / Weiterentwicklungen in der Datenverarbeitung vollziehen sich mittlerweile in atemberaubendem Tempo. Allein schon aus wirtschaftlichen Gründen können insbesondere kleinere Unternehmen nicht auf jede technische Entwicklung/Weiterentwicklung unverzüglich reagieren. Vielmehr ist es notwendig, dass Unternehmen ihr technisches Equipment für eine angemessene Zeit nutzen, um deren Anschaffungskosten finanzieren zu können.

Die vorgesehene Neufassung des § 109 Abs. 1 TKG lässt keinen Raum für die Berücksichtigung der berechtigten Belange der Unternehmen. Aus Sicht des BUGLAS muss den betriebswirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten, denen

die Unternehmen unterliegen, durch den Gesetzgeber Rechnung getragen werden, um zu einer verhältnismäßigen Regelung zu kommen. Wir schlagen deshalb folgende Formulierung für den § 109 Abs. 1 TKG vor:

„Jeder Diensteanbieter hat angemessene technische Vorkehrungen und sonstige Maßnahmen

1. zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses und

2. gegen die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten zu treffen.“

Nr.95 des TKG-RefE: § 137 Rechtsmittel

BUGLAS begrüßt ausdrücklich die (Wieder-)Zulassung der Beschwerde gegen Streitwertfestsetzungen in Klageverfahren gegen telekommunikationsrechtliche Beschlusskammerverfahren. Während gegenüber Verwaltungsentscheidungen der Bundesnetzagentur ohne Beschlusskammerbefassung im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unproblematisch eine Streitwertbeschwerde erhoben werden konnten, war dies nach der Rechtsprechung zu § 137 Abs. 3 TKG bei Beschlusskammersachen bisher ausgeschlossen. Die Änderung des TKG-RefE beseitigt somit einen sach- und systemwidrigen Zustand.

Das Fehlen einer Streitwertbeschwerde hat in der Vergangenheit zur überprüfungsfreien Festsetzung von teilweise sehr hohen Streitwerten in zweistelliger Millionenhöhe geführt. Im Gegensatz zu den gesetzlichen Intentionen eines einfacheren Zugangs zu Rechtsmitteln im Verwaltungsgerichtsweg und in Widerspruch zu Art. 4 RahmenRL, wurde der Zugang zu Rechtsmitteln gerade für kleinere Marktakteure zu einem großen wirtschaftlichen Risiko. Während der Zugang zu Rechtsmitteln für größere Unternehmen aufgrund deren Finanzkraft kein Problem darstellt, mussten kleinere Unternehmen hierbei zurückstehen.

Neben der (Wieder-)Zulassung der Streitwertbeschwerde wäre es zur Rechtssicherheit besonders zu begrüßen, wenn Streitwertvorgaben entsprechend § 48 Abs. 1 S. 2; § 48 Abs. 2 S. 2 ff. GKG auch für telekommunikationsrechtli-

che Streitigkeiten verbindlich gemacht oder jedenfalls eine Regelung zur Streitwertanpassung analog § 89a GWB vorgesehen würde.

Nr.97 des TKG-RefE: § 138a Informationssystem zu eingelegten Rechtsbehelfen

Die Bundesnetzagentur führt zwar dem langjährigen Vorbild anderer Regulatorbehörden nunmehr entsprechend sukzessive eine sog. „Beschlussdatenbank“ ein. Gerade vor dem Hintergrund von Rückwirkungen gerichtlicher Entscheidung und dem Erfordernis der Bildung kaufmännischer Rückstellungen für den Fall der gerichtlichen Korrekturen von Verwaltungsentscheidungen sind diese Informationen sehr bedeutsam. Der dem Art. 4 Abs. 3 RahmenRL folgende Ansatz eines Informationssystems zu eingelegten Rechtsbehelfen ist daher sehr zu begrüßen. Es besteht jedoch kein Anlass, den Nutzen dieses Informationssystems den Marktbeteiligten vorzuenthalten. Der europäische Rechtsrahmen sieht hierfür keinen „closed shop“ von Informationen vor. Wir regen daher folgende Änderung des § 138 a TKG-RefE an:

„§ 138a Informationssystem zu eingelegten Rechtsbehelfen

*Die Bundesnetzagentur erhebt zu den gegen ihre Entscheidungen eingelegten Rechtsbehelfen die folgenden Informationen: die Anzahl und den allgemeinen Inhalt der eingelegten Rechtsbehelfe, die Dauer der Verfahren und die Anzahl der Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz. Sie stellt diese Informationen der Kommission und dem GEREK auf deren begründete Anfrage zur Verfügung. **Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten erhalten ebenfalls diese Informationen nach vorheriger Anmeldung bei der Bundesnetzagentur.**“*

Nr.103 des TKG-RefE: § 150 Übergangsvorschriften

BUGLAS sieht die Regelung des § 150 Abs. 8 Satz 2 TKG-RefE insoweit kritisch, soweit Beschränkungen der Nutzungsrechte im Rahmen eines Vergabeverfahrens freiwillig eingegangen wurden. So haben sich die Betreiber von Mobilfunknetzen bei der Ersteigerung der sog. Digitalen Dividende freiwillig der Auflage unterstellt, den Netzausbau der Stufe 2 erst dann anzugehen, wenn 90 % der Prioritätsstufe 1 versorgt werden. Es ist abzulehnen, wenn sich Inhaber von Frequenznutzungsrechten nun auf Antrag von diesen Verpflichtungen befreien könnten.

Da die Regelung nach Art. 9a RahmenRL die Mitgliedsstaaten nicht zur Umsetzung verpflichtet („Kann-Bestimmung“) und Art. 9 Abs. 3 einen „lauteren Wettbewerb“ fordert, wäre der Widerruf von Beschränkungen der Nutzungsrechte abzulehnen, wenn eingegangene Verpflichtungen innerhalb des Überprüfungszeitraums nicht erfüllt wurden. Wir machen daher folgenden Änderungsvorschlag:

*“Die Bundesnetzagentur überprüft auf Antrag der Inhaber von Frequenznutzungsrechten, die vor dem 26. Mai 2011 zugeteilt und für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren ab diesem Zeitpunkt ihre Gültigkeit behalten, ob Beschränkungen der Nutzungsrechte, die über die in § 53 Absatz 2 Satz 2 genannten Beschränkungen hinausgehen, aufrechterhalten oder aufgehoben werden. **Die Aufhebung von Beschränkungen ist zu versagen, wenn der Inhaber von Frequenzzuteilungsrechten die im Rahmen eines Vergabeverfahrens übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat.** Dem Antragsteller ist vor der Entscheidung Gelegenheit zu geben, den Antrag zurückzuziehen.*

Nr.106 des TKG-RefE: Artikel 2 Änderung der Verordnung über Notrufverbindungen

§ 4 des Entwurfs zur Änderung der NotrufVO enthält Verpflichtungen für die TK-Anbieter zur Übermittlung geografischer Standortinformationen. Hinsichtlich der Details wird auf die Technische Richtlinie verwiesen, in welcher die Genauigkeit der Standortfeststellung noch zu regeln sein soll.

Hierzu sei bereits jetzt angemerkt, dass eine Standortfeststellung in NGN-Netzen problematisch sein kann. In IP-basierten Netzen ist, ähnlich wie in den Mobilfunknetzen, auch eine nomadische Nutzung möglich. Mehrere in der Entstehung befindliche Geschäftsmodelle (z.B. Managed Voice Services) basieren gerade auf dieser Funktionalität.

BUGLAS regt daher an, sehr konkrete Regelungen hinsichtlich der Anforderungen der Standortfeststellung zu erlassen, um Planungssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu gewährleisten. Damit eine technische Umsetzbarkeit gewährleistet ist, sollten die Anforderungen in enger Abstimmung mit den entsprechenden Branchenverbänden erfolgen. Je nach Ausgestaltung der konkreten Anforderungen ist zudem eine Umsetzungsfrist von mindestens einem Jahr nach der Verabschiedung der technischen Spezifikation für das Ermittlungsverfahren zur geographischen Ortsbestimmung erforderlich.

Der BUGLAS bedankt sich für die Möglichkeit einer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Astrid Braken

-Justiziarin-