



Stellungnahme des Bundesverband Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS) zum TKG-Regierungsentwurf vom 2.3.2011

Mit dieser Stellungnahme (Stand 12.04.2011) nimmt der Bundesverband Glasfaseranschluss e.V (BUGLAS) eine Bewertung des am 2.3.2011 veröffentlichten TKG-Regierungsentwurfs (TKG-E) vor. Zudem werden Detailänderungsvorschläge zu verschiedenen Regelungen des TKG-E vorlegt und begründet.

1. Regulierungsziel „Ausbau von Netzen der nächsten Generation“

BUGLAS unterstützt ausdrücklich, dass in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG-E die Beschleunigung des **Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation als Regulierungsziel** verankert wird. Die Weiterentwicklung der vorhandenen Kommunikationsinfrastrukturen ist eine Herausforderung von hoher Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft, die mit Konsequenz und Kontinuität verfolgt werden muss. Die Etablierung von wachstums- und investitionsfreundlichen Rahmenbedingungen ist hierbei nach Überzeugung von BUGLAS der beste Motor für den notwendigen Breitband-Infrastrukturausbau.

Die Nennung als Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 TKG-E verpflichtet ALLE mit der Regulierung der Telekommunikationsmärkte befassten Behörden einschließlich der Politik, während § 2 Abs. 3 TKG-E lediglich Vorgaben für die Entwicklung der Regulierungsgrundsätze der Bundesnetzagentur macht. Damit wird auch ausgedrückt, dass in einem breiten Sinne - und nicht nur für die Tätigkeit der Bundesnetzagentur - auf dieses Regulierungsziel referenziert werden kann. Alles staatliche Handeln (einschließlich der Bundesnetzagentur, aber auch der Gerichte und anderer Behörden) werden diesem Regulierungs-

ziel verpflichtet. Zugleich stellt die Aufnahme dieses Regulierungszieles eine entsprechende Aufmerksamkeit von Bevölkerung und Politik sicher.

2. Kooperationen im Rahmen des Netzausbaus

Die Begründung zum TKG-E verweist darauf, dass die kartellrechtliche Prüfung von Kooperationen beim Ausbau der Netze durch das Bundeskartellamt von § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E unberührt bleiben sollte (S. 83). Das Regulierungsziel des § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E, dass Investitionen und Investitionen dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur (auch) Kooperationsvereinbarungen unter wettbewerbssichernden Voraussetzungen zulässt, steht somit unter kartellbehördlichem Erlaubnisvorbehalt. Eine Zulassung einer Kooperation durch die Bundesnetzagentur ist somit nur soviel wert als in einer späteren Prüfung das Bundeskartellamt diese Kooperation nicht einschränkt oder verhindert wird.

Diese nachgelagerte, separate kartellrechtliche Prüfung sollte allerdings aus Sicht von BUGLAS kritisch hinterfragt werden. Zwar agieren die Bundesnetzagentur als sektorspezifische Wettbewerbsbehörde und das Bundeskartellamt als allgemeine Wettbewerbsbehörde auf Grundlage von TKG einerseits und GWB andererseits. Allerdings sind beide (Schwester-)Behörden dem gleichen Ziel der Funktionsfähigkeit nachhaltigen Wettbewerbs verpflichtet. Ein (zeitlicher und prüfungsinhaltlicher) Gleichklang beider Behörden durch eine **Bindung an eine gemeinsame Beurteilung der Wettbewerbskonformität und der Nützlichkeit einer Kooperation** würde hier frühzeitige Rechts- und Planungssicherheit schaffen und Investitionen fördern. Daher sollte beim Regulierungsgrundsatz § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E diskutiert werden, ob nicht eine ausdrückliche Bindung des Bundeskartellamts an eine gemeinsame Festlegung der Beurteilung von Kooperationsmodellen erfolgen müsste. Möglich wäre dies einerseits durch eine gemeinsame Prüfung von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt bezüglich grundsätzlicher Zulässigkeit von Kooperationen und eine auf § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG-E gestützte Vorrangregelung des spezielleren TKG gegenüber dem allgemeinen GWB.

Eine Möglichkeit zur Regelung gemeinsamer Zuständigkeit und Prüfung der sog. „Risikobeteiligungsmodelle“ könnte wie folgt lauten. Zunächst könnte eine Regelung könnte als Satz 3 des § 2 Abs. 4 TKG-E wie folgt eingefügt werden:

„Die Bestimmungen des Teils 1 und Teils 2 betreffend Risikobeteiligungsmodelle sind abschließende Regelungen im Sinne des Satzes 1.“

Zudem wäre eine Ergänzung in § 123 Abs. 1 Satz 1 TKG-E (Einfügung hervorgehoben) sinnvoll:

(1) In den Fällen der §§ 10, 11, 40, 41 und § 62 Abs. 2 Nr. 3 sowie bei Entscheidungen des Teils 1 und Teils 2 betreffend Risikobeteiligungsmodelle entscheidet die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt.“

3. § 3 TKG-E Begriffbestimmungen

1.

Der Änderungsvorschlag betrifft die Begriffsbestimmungen zu § 3 TKG-E. Der Verzicht auf eine Begriffsbestimmung betreffend der „Zugangsnetze der nächsten Generation“ halten wir für nicht sachgerecht, da in mehreren Regelungen des TKG-E darauf referenziert wird (siehe §§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 15 a Abs. 2, 28 Abs. 1 S. 3, 30 Abs. 3, 32 Abs. 3 Nr. 3). Wir schlagen hierzu als Begriffsbestimmung einer als § 3 Nr. 33a TKG-E einzufügenden Legaldefinition 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 Definition ist der Definitionsliste Nr. 11 der sog. NGA-Empfehlung der Kommission (210/572/EU) entnommen. Die NGA-Empfehlung fokussiert ausdrücklich und abschließend auf leitungsgebundene optische Netze.

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 Abs. 1 und Abs. 2; 101 Abs. 1, 102 Abs. 3, 103 TKG). 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.

4. Streichung des § 15a TKG-E („Regulierungskonzepte“)

§ 15a TKG-E 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.) 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.
- (2.) Die rechtliche Zulässigkeit von „Verwaltungsvorschriften“ gem. §15a TKG-E ist bereits deshalb sehr fraglich, weil bei Erlass der Vorschriften eine Marktregulierungskompetenz der BNetzA aufgrund fehlender SMP-Feststellung überhaupt nicht bestehen müsste. Laut Begründung des TKG-E könnte die BNetzA auch Quasi-Standardangebote veröffentlichen

außerhalb des Bereichs sektorspezifischer Regulierung marktmächtiger Unternehmen als „*Beispiele von Vereinbarungen*“, die „*im Idealfall von Unternehmen als Mustervereinbarung verwendet werden können.*“ Damit wird das Primat verhandelter und wettbewerblicher Lösungen empfindlich gestört, da Mustervereinbarungen einschließlich Konditionengestaltung der BNetzA sich zum de facto-Standard etablieren müssten. In der Ausprägung des Absatzes 2 und im Zusammenhang mit der Begründung des TKG-E erscheinen diese Regelungen aus Sicht des BUGLAS sowohl mit europäischem Recht als auch mit einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung nicht vereinbar.

5. § 18 TKG-E Kontrolle über Zugang zu Endnutzern

Die Einbeziehung ALLER Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze in den Geltungsbereich des § 18 TKG-E (d.h. Betreiber mit und Betreiber ohne beträchtliche Marktmacht - SMP) wird von BUGLAS ausdrücklich begrüßt, da es sich bei der Sicherung des End-zu-End-Verbunds um eine Grundfunktionalität des Zusammenwirkens unterschiedlicher (und unterschiedlich großer) Telekommunikationsnetze handelt. Dies entspricht europäischem Recht (vgl. Art. 5 Abs. 1 a) der ZugangsRL), ist wettbewerbsrechtlich neutral und schafft die Voraussetzungen für die Sicherung der Netzneutralität in Bezug auf die Erreichbarkeit aller Teilnehmer in allen Netzen.

Der nachfolgende Änderungsvorschlag betrifft die Absicherung des für die Sicherung der Netzneutralität sehr wichtigen End-zu-End-Verbunds in § 18 Abs. 1 TKG-E auch für den Fall, dass keine unmittelbare Zusammenschaltung besteht, sondern eine mittelbare Zusammenschaltung über zwischengeschaltete Transitnetze erfolgt. Oftmals ist die Nutzung von Transitnetzen ein Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit, da insbesondere die Kosten einer unmittelbaren Zusammenschaltung zwischen (vielen) kleineren Teilnehmernetzen und größeren Netzen aufgrund fehlender Skalenvorteile nicht effizient sein können. Zudem muss vermieden werden, dass Netzbetreiber größerer Netze die Erreichbarkeit von Zielverbindungen in kleineren Teilnehmernetzen verhindern oder wirtschaftlich unattraktiv gestalten können. § 18 TKG-E ist somit die wichtigste Rechtsgrundlage, dass das Prinzip der Netzneutralität auch gegenüber Ursprungsnetzbetreibern („Netz des Anrufers“; „originierendes Netz“) durchgesetzt werden kann. Aufgrund der bestehenden Marktregulierungsvorschrif-

ten ist ansonsten lediglich der Zielnetzbetreiber („Netz des Angerufenen“ bzw. „terminierendes Netz“) Betroffener von Regulierungsverpflichtungen. Folgende Ergänzung des § 18 TKG-E wird vorgeschlagen (hervorgehoben) - ohne diese Ergänzung könnten die Fälle der mittelbaren Zusammenschaltung nicht für den End-zu-End-Verbund abgesichert werden:

„Die Bundesnetzagentur kann Betreiber 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 zusammenschalteten 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 (Ursprungsnetz) ist mit dem bundesweiten Festnetz Y (Transitnetz) zusammengeschaltet. Die Anrufe der Mobilfunkkunden X erfolgen über das Festnetz Y als Transitnetzbetreiber in das regionale Festnetz Z (als Zielnetz), 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 (Ziel-)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 netzneutralen 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.

6. § 20 TKG-E 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 für Endkunden angekündigt wird, fehlt es an Konkretisierungen und Transparenz auf der Vorleistungsebene.

Es bedarf einer ausreichend tragfähigen Transparenzverpflichtung, die sich insbesondere auf Netzumbaumaßnahmen 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 bestehenden 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-E 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, laut Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich „drittschützend“ und geht über den Rahmen des § 127 Abs. 3 E 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-E:

(1) Die Bundesnetzagentur kann den 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 Netzausbaumaßnahmen mit Auswirkungen auf die Zugangsleistungen innerhalb der von der Bundesnetzagentur festgelegten Zeiträume umfassen.“

7. Befugnisse der Bundesnetzagentur betr. Migration auf Netze der nächsten Generation (§ 21 TKG-E)

Nach der bisherigen Beschlusspraxis der BNetzA fehlt eine Regelungskompetenz aus dem TKG für die Gestaltung der wirtschaftlichen Fragen einer Migration auf Netze der nächsten Generation zwischen Vorleistungspartnern. So hat die Bundesnetzagentur mangels Rechtsgrundlage bisher abgelehnt, einen angemessenen Ausgleich der Belange der Vorleistungsnachfrager für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung einerseits und dem zugangsverpflichteten Unternehmen andererseits herzustellen für den Fall, dass aufgrund der Netzmigration bestehende Zugangsstandorte (Kollokationen) wegfallen.¹

Grundsätzlich ist aber ein angemessener Ausgleich der Migrationskosten zwischen den Marktakteuren erforderlich, da nicht alle Vorteile der Migration dem zugangsverpflichteten Unternehmen (etwa die Erlöse aus dem Verkauf von Zugangsstandorten) zufallen dürfen, während Zugangsnachfrager ausschließlich wirtschaftliche und betriebliche Nachteile der Migration erhalten. Zugangsnachfrager müssen derzeit neben der Finanzierung der eigenen Netzmigration noch die Kosten des Rückbaus der bisherigen Kollokationen sowie auch in jedem Einzelfall die Kosten für gekündigte Teilnehmeranschlussleitungen bezahlen, die auf neue Infrastrukturen migriert werden. Diese Situation ist sachlich nicht gerechtfertigt, schädlich für einen wettbewerblichen Ausbau von Netzen der nächsten Generation und verlangt eine grundlegende Änderung. Der BNetzA müssen rechtliche Möglichkeiten eingeräumt werden - entsprechend dem Vorgehen anderer Regulierungsbehörden wie der niederländische

¹ „Ebenfalls nicht aufzuerlegen war die (...) beantragte Verpflichtung zur Zahlung eines Migrationskosten-Nachteilsausgleichs nach einem von der Bundesnetzagentur auferlegten Zahlungsplan. Für eine solche Verpflichtung in einer Regulierungsverfügung bietet das TKG gegenwärtig keine Rechtsgrundlage.“, vgl. Konsolidierungsentwurf der BNetzA zum „Markt 4“, BK 3g-09/085 vom 24.01.2011, S. 71.

OPTA und der österreichischen RTR - einen angemessenen und gerechten Ausgleich zwischen allen Marktakteuren zu schaffen.

Vorgeschlagen wird daher eine Ergänzung der Regelungen in § 21 Abs. 2, die wie folgt lauten könnte (Änderungen hervorgehoben):

„Die Bundesnetzagentur kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem verpflichten, (...)

2. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern sowie angemessene Ausgleichsregelungen vorzusehen, wenn ein derzeitiger oder zukünftiger Netzbau sich auf den gewährten Zugang auswirken kann,

Sollte das zugangsverpflichtete Unternehmen keine angemessenen Ausgleichsregelungen bereitstellen und insbesondere Verhandlungslösungen zwischen zugangsberechtigten und zugangsverpflichteten Unternehmen scheitern, könnte die Bundesnetzagentur auf dieser Rechtsgrundlage sowohl im Rahmen eines Standardangebotsverfahrens nach § 23 TKG als auch im Rahmen einer Anordnungsentscheidung nach § 25 TKG entsprechende Vorgaben vornehmen.

8. § 23 TKG-E 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.

9. § 25 Anordnungen durch die Bundesnetzagentur

Die Ergänzung in § 25 Abs. 5 TKG-E 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 einer Anrufungsmöglichkeit der Bundesnetzagentur zur Streitentscheidung durch Zugangsnachfrager bzw. Zugangsanbieter, soweit eine der Zugangsregulierung unterfallende Leistung betroffen ist:

(1) Kommt eine Zugangsvereinbarung (...) über der Zugangsregulierung unterfallende Leistungen oder eine Vereinbarung über Zugangsleistungen nach § 18 ganz oder teilweise nicht zustande und liegen die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für nach § 13 auferlegte Verpflichtungen (...) 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 einer Zugangsregulierung unterfallen.

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 in enger Interpretation des § 25 TKG KEINE Anordnungsentscheidung auf Antrag eines Festnetz-Teilnehmernetzbetreibers - abwei-

chend von den europarechtlichen Bestimmungen - ergehen kann. 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 wie etwa §§ 19, 20, 30, 38 Abs. 2 bis 4.

Trotz Hinweisen und Bedenken der Europäischen Kommission an die Bundesnetzagentur im Rahmen der Notifizierung dieser Regulierungsverfügung:

„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 Zugangspflichten 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 TKG abgesehen (und somit ihre Anordnungscompetenz nach § 25 TKG ausgeschlossen). 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. Urteile VG Köln 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 Verpflichtung nach § 21 TKG schafft vor dem Hintergrund der genannten Entwicklungen ein Abweichen von europarechtlichen Vorgaben bezüglich verbindlicher Streitentscheidungen zwischen Zusammenschaltungspartnern.

10. Entgeltregulierungsvorschriften des TKG-E

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-E verwendet dafür den Begriff „ergebnisoffen“ in Bezug auf das gesetzliche Entscheidungsprogramm. Dennoch gibt der TKG-E zu Recht der Bundesnetzagentur ein Prüfungsprogramm auf, das etwa durch den neuen § 30 Abs. 3 TKG-E eine Langfriststrategie intendiert und insbesondere einen gewissen regulatorischen Schutz von Investitionen in Zugangsnetze der nächsten Generation vorsieht. BUGLAS begrüßt diese vorgesehenen Änderungen des TKG.

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. § 39 Abs. 3 TKG der nachträglichen Regulierung.

Für diese Entwicklungen der Entgeltregulierungspraxis mögen ausreichend Gründe bestehen, über die im Rahmen des gesetzlichen Novellierungsverfahren voraussichtlich nicht zu diskutieren sein wird. Allerdings sollte der Gesetzgeber über eine **Effektuierung 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 trotz entsprechender Feststellung des Missbrauchs durch die Bundesnetzagentur in wirtschaftlicher Hinsicht praktisch konsequenzlos.

Mitgliedsunternehmen des BUGLAS haben bezüglich von wg. ungerechtfertigter Bündelung marktmachtmissbräuchlichen T-VPN-Verträgen der Telekom Deutschland (T-Systems) dies folgt erfahren (vgl. nur BK2b 07/008):

Verfahrensverlauf:

1. Bekanntgewordene Tatsachen einer möglichen 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 schriftlicher und mündlichem Verfahren wird von der Bundesnetzagentur innerhalb einer Verfahrensdauer von 2 Monaten die Entscheidung getroffen, dass die Entgelte nicht den gesetzlichen Maßstäben genügen 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 bleibt für das missbräuchlich handelnde Unternehmen nahezu ohne negative Folgen, weil:

- 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 Wettbewerbsstörung bleibt für die Vergangenheit aber auch für die Zukunft sanktionslos, da betroffene Endkunden im Regelfall weder rechtlich kündigen können noch wegen den Wechselaufwendungen kündigen werden. Hier ist zu bedenken, dass insb. größere Endkunden (Konzerne, öffentliche Verwaltungen, Verbände und Organisationen) nur über Ausschreibungsverfahren und aufwändige Wechselprozesse den Anbieter wechseln können. Eine einmal getroffene Auswahlentscheidung ist üblicherweise für einen gewissen Zeitraum kaum revidierbar.

Die Verweisung von nachteilig betroffenen Wettbewerbsunternehmen 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 leichtfertig in Kauf genommen werden kann.

Der Änderungsvorschlag betrifft im ersten Teil eine teilweise Verwirkung missbräuchlich handelnder Unternehmen bezüglich der Berufung auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Änderung des § 38 Abs. 4 TKG-E:

(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 Bundesnetzagentur 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 Ent-

gelte 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 (und somit im Rahmen der TKG-Novelle 2004 noch nicht berücksichtigt werden konnte). Mit der Angleichung würde auch das Postulat erfüllt, dass sich die Regelungen zwischen sektorspezifischer und allgemeiner Wettbewerbsaufsicht zunehmend annähern sollen. § 44 in der mit § 33 GWB vergleichbaren Fassung würde dann wie folgt zu formulieren sein:

„§ 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 vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachli-

chen 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 Bundesnetzagentur wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 ein Verfahren einleitet. § 204 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(6) Wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ge-

gen 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.“

11. § 45o TKG-E 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 wirtschaftlich sowohl für Anbieter als auch Teilnehmer wirtschaftlich tragbaren Einrichtung der Dienstmerkmale 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 Über-

seegespräch sofort gewarnt werden, wenn der Kunde gemäß Erfassung und Auswertung seines Telefonverhaltens bisher keine Überseegespräche geführt hat? Was ist hierbei „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 auch „vorsorgende“ und „gutgemeinte“ Überwachung des Nutzungsverhaltens birgt die Gefahr des Missbrauchs - auch in der Sphäre des Teilnehmers, der ggf. eine Mitteilung des Anbieters nicht entsprechend gesichert hat.

12. § 46 TKG-E Anbieterwechsel und Umzug

Der BUGLAS hat Verständnis für den Wunsch des Gesetzgebers, eine Regelung zu schaffen, mit der die Umsetzung eines Anbieterwechsels für den Kunden vereinfacht und der Kunde 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.

1. 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 umge-

stellt werden, bei dem neben der Fernseh- und Rundfunksignalübertragung auch über dieses Netz Telefonie- und Internetleistungen erbracht werden sollen. Dann erfolgt eine völlige physikalische Neuansbindung, bei der das bisherige Kupferdoppelader-Anschlussnetz überhaupt nicht mehr verwendet wird. Der Anschlusswechsel beinhaltet hier die Rufnummernportierung. Gleiches würde auch bei einem Wechsel auf andere Übertragungsarten gelten (z.B. Wechsel von Kupferdoppelader- auf Glasfaseranschluss).

Da aber das abgebende Unternehmen keinerlei unmittelbaren Informationsfluss über den Erfolg einer Schaltung des Neuanbieters hat, kann es die ihm hier kraft Gesetzes vorgesehene Weiterbelieferungspflicht nicht prüfen. Es müsste zur Vermeidung von Regressansprüchen den Anschluss weiterbetreiben, bis es 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. In den 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.

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 Schaltdraht vom aufnehmenden Unternehmen bzw. einem Drittunternehmen (etwa der Telekom Deutschland – nachfolgend kurz TD) 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 über TAL angeschlossen, die im Eigentum und Sachherrschaft der TD stehen. Diese kann die TAL als reale Leitung aber physisch nur einem Teilnehmer zur Verfügung stellen. Soll das aufnehmende Unternehmen den Anschluss schalten, muss die TAL für das abgebende Unternehmen entfallen. Insoweit wird der Mietvertrag mit der TD 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 TD.

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

Regelprozess beim Netzbetreiberwechsel mit TAL der TD:

1. Der Kunde schließt beim neuen Anbieter (aufnehmenden TNB) einen neuen Vertrag ab.
2. Der aufnehmende TNB kündigt beim abgebenden TNB im Auftrag des Kunden den Anschlussvertrag mit dem alten Anbieter.
3. der abgebende TNB bestätigt die Kündigung des Anschlusses und die Portierung der Rufnummer gegenüber dem aufnehmenden TNB und dem Endkunden.
4. der abgebende TNB kündigt darauf hin bei der TD 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.
5. Telekom bestätigt dem abgebenden TNB die Kündigung der TAL und bestätigt dem aufnehmenden TNB die Bestellung der TAL.
6. 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 TD 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:

1. Der Kunde schließt beim neuen Netzbetreiber (aufnehmenden TNB) einen neuen Vertrag (z. B. TV-Kabelnetzbetreiber oder FTTB) ab.
2. Der aufnehmende TNB kündigt beim abgebenden TNB den Kundenvertrag.
3. Der abgebende TNB bestätigt die Kündigung des Anschlusses und die Portierung der Rufnummer gegenüber dem aufnehmenden TNB und dem Endkunden.
4. der abgebende TNB kündigt bei der Telekom die TAL.
5. der abgebende TNB bestätigt dem aufnehmenden TNB die Portierung der Rufnummer zum Termin der Kündigung des Kundenvertrags.
6. Telekom bestätigt dem abgebenden TNB die Kündigung der TAL, zum Termin der Kündigung.
7. 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 TD informiert werden, um den Kunden wieder aufzuschalten! Da hier Fristen zur TAL-Bestellung eingehalten werden müssen, ist dies nur mit deutlicher Unterbrechung möglich. Zudem wäre die Kostenfrage zu klären. Es wäre nicht gerechtfertigt, dass der abgebende Betreiber 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 Technikereinsatz jedenfalls bei der TD 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.

2. Zu weitreichende und unangemessene Regelung:

Daneben berücksichtigt der TKG-E 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 § 45k 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 abge-

benden Anbieter 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 TKG-E 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 TD bei einer notwendigen erneuten TAL-Anmietung und Schaltung zur Wiederherstellung des früheren Anschlusses zu klären.

3. 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.

13. § 66g TKG-E Wegfall des Entgeltanspruchs

Die hier vorgesehenen Regelungen sind nicht durch die Änderung des europäischen Rechtsrahmens initiiert. Wenn auch dem Anspruch des TKG-E beizupflichten ist, das Problem der kostenpflichtigen Warteschleifen zum Schutz der Verbraucher zu lösen, so entstehen durch die vorgeschlagenen Regelungen voraussichtlich Umsetzungsprobleme. Insbesondere erscheint Definition der Warteschleifen in § 3 Nr. 30c TKG-E 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.

14. § 77a TKG-E Gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen

Die Kommentierung wird nachgereicht.

15. § 78 ff. TKG-E Umfang der Universaldienstverpflichtungen

BUGLAS hält die vorgesehenen Regelungen im TKG-E bezüglich des Umfangs von Universaldienstverpflichtungen angemessen und mit europäischem Recht vereinbar. Dagegen würde die Einrichtung eines flächendeckenden Breitbanduniversaldienstes von 1-2 MBit/s im Gegensatz zu einem zwar öffentlich geförderten aber grundsätzlich wettbewerblichen Ausbau nur dazu führen, dass Wettbewerbsunternehmen den Breitbandausbau der Telekom Deutschland mitfinanzieren müssten, während dadurch der Wettbewerb um Kunden und Technologien zum Erliegen käme und der Ausbau von Netzen der nächsten Generation mangels Finanzierungsmöglichkeiten eingeschränkt würde. Im Übrigen ist die Errichtung von Netzen mit dieser Bandbreite von 1-2 MBit/s im ländlichen Raum bereits im Rahmen der LTE-Vergaberichtlinien sichergestellt worden.

16. § 102 TKG-E Rufnummernanzeige und Rufnummernunterdrückung

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

„Bei Verbindungen zu Anschlüssen, die unter den 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 sor-

gen muss, dass im Falle eines Notrufes eine eventuelle Rufnummernunterdrückung durch den Kunden überschrieben werden soll.

17. § 137 TKG-E Rechtsmittel, Streitwerte

BUGLAS vermisst einerseits die 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 kann, ist dies nach der Auslegung des § 137 Abs. 3 TKG entsprechend der Rechtsprechung ausgeschlossen. Dies ist ein sach- und systemwidriger Zustand, der durch ausdrückliche Zulassung der Streitbeschwerde zu beseitigen wäre.

Wichtiger als eine Streitwertbeschwerde wären aber gesetzliche Streitwertvorgaben wie sie auch in anderen Bereichen gelten. Inzwischen zeigt sich in der Gerichtspraxis, dass entgegen den Intentionen der TKG-Novelle 2004 (Rechtswegzuweisungen zu den Verwaltungsgerichten auch „wegen traditionell maßvoller Streitwertfestsetzung“) inzwischen sehr hohe Streitwertfestsetzungen in zweistelliger Millionenhöhe erfolgen, die faktisch dazu führen, dass aufgrund des Kostenrisikos kleineren Unternehmen de facto die Rechtschutzmöglichkeiten genommen werden. In der Gerichtspraxis bestehen hierbei völlig unerklärliche Bemessungsdifferenzen. Während Rechtsschutzverfahren von Telekom Deutschland und anderen Mobilfunknetzbetreibern mit dem Ziel höherer Entgelte mit Streitwerten von 50.000 € entschieden wurden (obwohl hier offensichtlich hohe Mio. bzw. Mrd.-€-Interessen auf dem Spiel stehen) werden bezüglich regional tätiger Unternehmen teilweise exorbitante Streitwertfestsetzungen vorgenommen. So wendet sich beispielsweise ein BUGLAS-Mitgliedsunternehmen derzeit mit einer Verfassungsbeschwerde (1 BvR 1393/10) gegen eine Streitwertfestsetzung von 12,9 Mio. € des VG Köln, die bisher nach aller Kenntnis die höchste Streitwertfestsetzung in Telekommunikations-Regulierungsverfahren darstellt.

Daher wäre es zur Rechtssicherheit besonders zu begrüßen, wenn Streitwertvorgaben entsprechend § 48 Abs. 1 S. 2; § 48 Abs. 2 S. 2 ff. GKG auch für telekommunikationsrechtliche (jedenfalls telekommunikations-regulatorische)

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

Hiermit würde der Intention eines Zugangs zu Rechtsmitteln im Verwaltungsgerichtsweg und in Übereinstimmung mit Art. 4 RahmenRL am besten genügt und somit auch der Zugang zu Rechtsmitteln für kleinere Marktakteure gewährleistet. Während der Zugang zu Rechtsmitteln für größere Unternehmen aufgrund deren Finanzkraft kein Problem darstellt, leiden kleinere Unternehmen unter der Schieflage des Kostenrisikos besonders.

18. § 138a TKG-E Informationssystem zu eingelegten Rechtsbehelfen

Gerade vor dem Hintergrund von Rückwirkungen gerichtlicher Entscheidung und dem Erfordernis der Bildung kaufmännischer Rückstellungen für den Fall der gerichtlichen Korrekturen von Verwaltungsentscheidungen sind Informationen zu eingelegten Rechtsbehelfen auch für Zugangsnachfrager 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 Informationssystem den Marktbeteiligten vorzuenthalten und nur der Kommission und dem GEREK „auf begründete Anfrage“ zur Verfügung zu stellen. Der europäische Rechtsrahmen sieht hierfür keinen „closed shop“ von Informationen vor. Auch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann nicht davon betroffen sein, ob und mit welchem Ziel/Antrag ein Rechtsmittel eingelegt wurde.

Wir regen daher folgende Änderung des § 138a TKG-E an:

„§ 138a Informationssystem zu eingelegten Rechtsbehelfen

Die Bundesnetzagentur erhebt zu den gegen ihre Entscheidungen eingelegten Rechtsbehelfen die folgenden Informationen:

1. die Anzahl und den allgemeinen Inhalt der eingelegten Rechtsbehelfe,
2. die Dauer der Verfahren und

3. 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.

19. § 150 TKG-E Übergangsvorschriften

BUGLAS sieht die Regelung des § 150 Abs. 8 Satz 2 TKG-E 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 zu § 150 Abs. 8 Satz 2 TKG-E:

“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 Frequenznutzungsrechten die im Rahmen eines Vergabeverfahrens übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Dem Antragsteller ist vor der

Entscheidung Gelegenheit zu geben, den Antrag zurück-zuziehen.“

20. 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 e.V. bedankt sich für die Möglichkeit einer Stellungnahme.

Astrid Braken
Geschäftsstellenleiterin / Justiziarin

Simon Schmidt
Referent