

Handbuch zum Telekommunikationsrecht

Bearbeitet von
Sven-Erik Heun

1. Auflage 2002. Buch. 983 S. Hardcover

ISBN 978 3 504 56025 6

Format (B x L): 15,8 x 23 cm

Gewicht: 1409 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-Recht > Telekommunikationsrecht, Telediensterecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

265 In formaler Hinsicht ergeht die Entscheidung der Regulierungsbehörde aufgrund der gesetzlichen Anordnung der §§ 73 Abs. 1 S.1, 35 Abs. 5 S. 1 TKG i. V. m. § 8 S. 2 NZV in **Form eines Verwaltungsakts**. Hierdurch entsteht die **paradoxe Situation**, daß die Regulierungsbehörde eine Entscheidung über eine zivilrechtliche Streitigkeit, mit der sie als zivilprozeßrechtliches Schiedsgericht befaßt ist, in Form eines Verwaltungsakts zu erlassen hat. Als Konsequenz wäre der Rechtsschutz vor die Verwaltungsgerichte für die Parteien eröffnet, zudem aber auch eine Vollstreckung nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz möglich, obwohl die Vollstreckung von Schiedsgerichtsvereinbarungen eigentlich nach den Vorschriften der ZPO erfolgt. Für den Fall, daß die Parteien unter Berücksichtigung des § 8 NZV eine „echte“ Schiedsgerichtsvereinbarung im Sinne der ZPO, d. h. unter Ausschluß des Rechtswegs, getroffen haben¹, erscheint dieser Widerspruch jedoch nicht von Relevanz, da bereits aus dem Parteiwillen eindeutig hervorgeht, daß sich Rechtsschutz und Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO richten. Anders verhielte sich dies, wenn die Parteien eine „echte“ Schiedsgerichtsvereinbarung im Sinne der ZPO nicht getroffen hätten, wofür angesichts der in § 8 NZV Terminologie („*Schlichtung*“) mangels ausdrücklich anderweitigem Parteiwillen einiges spricht. Hier bestünde eine oben bereits angedeutete **Parallelität in der Rechtswegzuständigkeit** für den Rechtsschutz und die Vollstreckung. Diese kann allerdings dadurch aufgelöst werden, daß § 8 NZV dahingehend restriktiv ausgelegt wird, daß die Regulierungsbehörde außerhalb ihrer verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit schlichtet, und die formale Anordnung der §§ 73 Abs. 1 S. 1, 35 Abs. 5 S. 1 TKG i. V. m. § 8 S. 2 NZV hinsichtlich der Entscheidungsform Verwaltungsakt somit nicht zum Tragen kommt. Allerdings muß dieser Widerspruch auch nicht notwendigerweise aufgelöst werden, weil sich eine ähnliche Situation aus einer **Zusammenschaltungsanordnung** gemäß § 37 TKG ergibt (siehe unter Rz. 349).

4.7 Verhandlungspflicht über Netzzusammenschaltungen gemäß § 36 TKG

266 Die Vorschrift des § 36 TKG dient der Umsetzung von Art. 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie (RL 97/33/EG). Diese sieht vor, daß Organisationen, die gemäß Anhang II der Richtlinie berechtigt sind, öffentliche Telekommunikationsnetze und/oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste bereitzustellen, das Recht und, soweit sie von Organi-

¹ In Abgrenzung zu einem Schiedsgutachtervertrag oder einer Schiedsvereinbarung ohne Ausschluß des Rechtswegs wie auch in Abgrenzung zu einer Güte- oder Schlichtungsvereinbarung; siehe Zöller/*Geimer*, § 1029 ZPO, Rz. 29.

sationen dieser Kategorien darum ersucht werden, **die Pflicht haben, eine gegenseitige Zusammenschaltung auszuhandeln**. Der Grund hierfür ist in der Sicherstellung entsprechender Netz- und Dienstleistungsangebote in der gesamten Gemeinschaft zu sehen. Von der Pflicht erfaßt werden unter Berücksichtigung von Ziff. 1 des Anhangs II der Zusammenschaltungsrichtlinie sämtliche Organisationen, die feste und/oder mobile öffentlich vermittelte Telekommunikationsnetze und/oder der Öffentlichkeit zugängliche Telekommunikationsdienste bereitstellen **und** gleichzeitig den Zugang zu einem oder mehreren Netzabschlußpunkten kontrollieren. Diese Möglichkeit ist gegeben, soweit der Zugang durch eine oder mehrere nur einmal vergebene Nummer(n) des nationalen Numerierungsplans realisiert wird und der „Betreiber“ kontrollieren kann, ob der Endnutzer Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen erhält. Gemäß Ziff. 2 des Anhangs II sind darüber hinaus auch Organisationen, die Mietleitungen zu den Räumlichkeiten der Benutzer bereitstellen, berechtigt, Verhandlungen zu verlangen.

Die Bestimmung des § 36 TKG normiert nun unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgabe des Art. 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie eine Verhandlungspflicht **für jeden Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes**, welcher anderen Betreibern solcher Netze auf Anfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben hat. Kriterium für das Bestehen einer Verhandlungspflicht ist auch hier u. a. die Kontrollmöglichkeit des Zugangs von Endnutzern, die sich aus der Legaldefinition des Betriebens eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes (§ 3 Nr. 2 und Nr. 21 TKG) ergibt. Da für öffentliche Telekommunikationsnetze aber auch der mittelbare Anschluß von Endeinrichtungen für Endnutzer ausreicht (siehe oben Rz. 155 f.) und somit auch **Verbindungsnetzbetreiber** Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sind, ist der Anwendungsbereich des § 36 TKG in dieser Hinsicht auf den ersten Blick weiter gefaßt. Indessen kann auch bei Verbindungsnetzbetreibern eine Zugangskontrolle durch die Verbindungsnetzbetreiberkennziffer angenommen werden¹. Allerdings weist § 36 TKG insoweit ein **Umsetzungsdefizit** gegenüber der Zusammenschaltungsrichtlinie auf, weil er einen Anspruch auf Zusammenschaltungsverhandlungen für Betreiber von Übertragungswegenetzen (Mietleitungsnetzen) nicht vorsieht. Es erscheint daher geboten, **§ 36 TKG richtlinienkonform dahingehend auszulegen**, daß auch Betreibern von Übertragungswegenetzen ein Anspruch auf Verhandlungen nach § 36 TKG zusteht². In diese Richtung weist auch die inzwischen von der Regulierungsbehörde erlassenen „**Verwaltungsvorschrift über die Organisationen mit Rechten und**

267

1 Ebenso Beck TKG-Komm/*Piepenbrock*, § 36 Rz. 4.

2 Vgl. zur Problematik Beck TKG-Komm/*Piepenbrock*, § 36 Rz. 5/6.

Pflichten, eine gegenseitige Zusammenschaltung auszuhandeln, um gemeinschaftliche Dienste sicherzustellen⁴¹.

- 268 Ferner ist darauf hinzuweisen, daß ein Verstoß gegen die Verhandlungspflicht keine rechtlichen Konsequenzen nach sich zieht, da § 36 TKG insoweit lediglich **appellativer Natur** ist und zudem ausdrücklich auf einen Kontrahierungszwang verzichtet. Die Zusammenschaltung kann im Falle eines unzureichenden Angebots nur im Wege einer Zusammenschaltungsanordnung der Regulierungsbehörde nach § 37 TKG erreicht werden, nicht aber über § 36 TKG.
- 269 Ziel der konkreten Zusammenschaltungsverhandlungen nach § 36 S. 2 TKG muß dabei sein, die **Kommunikation** der (End-)Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen bzw. zu verbessern. § 36 TKG dient somit – wie bereits aus den Vorgaben des Art. 4 Ziff. 1 RL 97/33/EG ersichtlich – dem Zweck, eine netzübergreifende Kommunikation der Endkunden sicherzustellen. Auf Interessen und Belange der an den Zusammenschaltungsverhandlungen beteiligten Betreiber kommt es daher in erster Linie nicht an, sondern auf die der (End-)Nutzer². Welchen Inhalt ein Angebot auf Zusammenschaltung nach § 36 TKG aufweisen muß, regelt das Gesetz allerdings nicht. Sinnvoll erscheint es dabei auf die Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV zurückzugreifen, die Bestandteile einer Vereinbarung über Besondere Netzzugänge einschließlich Zusammenschaltungen beinhaltet³. Eine Pflicht hierzu besteht freilich nicht.
- 270 Um dem Ziel einer Kommunikation zwischen verschiedenen Netzen gerecht zu werden, ist nicht immer eine unmittelbare Netzzusammenschaltung erforderlich. Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 24 TKG ist auch eine lediglich **mittelbare Kommunikation** zwischen zwei Netzen in der Art möglich (siehe oben Rz. 157), daß die Kommunikation zwischen zwei (Teilnehmer-)Netzen über ein drittes Telekommunikationsnetz geführt wird, mit welchem beide (Teilnehmer-)Netze zusammengeschaltet sind, somit das dritte Telekommunikationsnetz als **Transitnetz** fungiert. Dies bedeutet allerdings nicht, daß damit die Verhandlungspflicht aus § 36 für einen der beiden Teilnehmernetzbetreiber entfielen, wenn der andere Teilnehmernetzbetreiber um eine direkte Zusammenschaltung nachsucht⁴. Die Verhandlungspflicht in § 36 S. 1 TKG ist nicht an die Bedingung geknüpft, daß die Kommunikation der Nutzer verschiedener Telekommunikationsnetze nicht anderweitig erreichbar sein darf. Auch

1 Mitteilung Nr. 576/2001, Amtsblatt RegTP 2001, S. 3086.

2 Vgl. Beck TKG-Komm/Piepenbrock, § 36 Rz. 15.

3 Vgl. Riehmer, MMR 1998, 59.

4 So aber Beck TKG-Komm/Piepenbrock, § 36 Rz. 17 f.

die eingangs zitierte Zusammenschaltungsrichtlinie unterscheidet nicht danach, ob die Kommunikation mit Endnutzern eines Verpflichteten auch anders erreicht werden kann als über die Aushandlung der **gegenseitigen** Zusammenschaltung. Die Zwecksetzung der Zusammenschaltungsverhandlungen, wie sie in § 36 S. 2 TKG zu Ausdruck kommt, ist insoweit eine nachgelagerte Verpflichtung, wonach die Beteiligten hierbei – also bei den Verhandlungen über das Angebot, welches nach § 36 S. 1 TKG bereits abzugeben war – das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Diese dem Wortlaut folgende uneingeschränkte Verpflichtung der Netzbetreiber entspricht auch dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers. Die Begründung zu § 36 TKG (§ 35 TKG der Entwurfsbegründung) führt diesbezüglich ausdrücklich aus, daß „**jeder Betreiber** auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben hat. Dies gilt auch für nicht marktbeherrschende Unternehmen“¹. Schließlich ergibt sich diese Sichtweise auch mit Blick auf die Regelung in § 37 TKG, welche die Zusammenschaltungspflicht von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze statuiert und eine Anordnung derselben durch die Regulierungsbehörde vorsieht. Auch hier wird nicht unterschieden, ob die Kommunikation der Endnutzer vielleicht anderweitig als durch die Zusammenschaltung der beiden beteiligten Netzbetreiber (d. h. über einen Dritten) ermöglicht werden kann. Vielmehr sollen ausdrücklich alle Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze der Zusammenschaltungspflicht unterliegen². Die Anordnung hat dabei gemäß § 37 Abs. 3 S. 3 TKG den Maßstäben des § 35 Abs. 2 TKG zu entsprechen (Beruhen auf objektiven Maßstäben, nachvollziehbar, Gewährung gleichwertigen Zugangs und Beschränkung auf Grund der grundlegenden Anforderungen). Damit wird deutlich, daß es bei der Anordnung nicht allein um die Zusammenschaltung als solche geht (siehe schon oben Rz. 43 ff., 164 ff.), sondern auch um die Bedingungen, zu denen die Zusammenschaltung erfolgt. Nur die **Zusammenschaltung als solche** würde sich aber ggf. darin erschöpfen, die Kommunikation der Endnutzer verschiedener Telekommunikationsnetze nur zu ermöglichen. Dagegen ist die Frage der indirekten (über Dritte) oder der direkten Zusammenschaltung auch und gerade eine Frage der Bedingungen der Zusammenschaltung, insbesondere des auch bei der Anordnung zu berücksichtigenden **gleichwertigen** Zugangs. Die indirekte Zusammenschaltung ist aber schon wegen der im Zweifel höheren Zusammenschaltungsentgelte – der Dritte bzw. Transitbetreiber müßte zusätzlich gezahlt werden – nicht mehr gleichwertig³. Eine Einschränkung der Ver-

1 Vgl. Gesetzesbegründung zum TKG, BT-Drucks. 13/4864 (neu), S. 78.

2 Siehe Gesetzesbegründung zum TKG, BT-Drucks. 13/4864 (neu), S. 78.

3 So aber erstaunlicherweise Beck TKG-Komm/*Piepenbrock*, § 36 Rz. 17.

handlungspflicht für die Fälle, in denen die Kommunikation der Endnutzer zweier verschiedener Telekommunikationsnetze auch über einen Dritten realisiert werden kann, ist daher abzulehnen.

4.7.1 Verpflichtete sowie Anspruchsberechtigte des § 36 TKG

271 Verpflichtet nach § 36 TKG sind sämtliche **Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze** und nicht nur – wie der Kontext zu § 35 TKG vermuten ließe – marktbeherrschende Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben. Dies würde bereits der europarechtlichen Vorgabe des Art. 4 Ziff. 1 der RL 97/33/EG zuwiderlaufen und somit ein Umsetzungsdefizit darstellen. Anspruchsberechtigt sind alle anderen Betreiber solcher Netze, d. h. entscheidendes Kriterium ist das Vorliegen eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes i. S. d. § 3 Nr. 12 TKG. Wie bereits oben Rz. 46 dargestellt ist dies im Bereich des Sprachtelefondienstes gegeben, wenn der Betreiber die Funktionsherrschaft über eine Vermittlungseinrichtung und mehr als zwei Übertragungswege besitzt.

272 Zwar kann die eigentliche Zusammenschaltung nur zwischen zwei **funktionsfähigen Netzen** durchgeführt werden. Die Verhandlungspflicht des § 36 TKG wie auch die Zusammenschaltungspflicht und die darauf beruhenden Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde nach § 37 TKG setzen jedoch schon früher an. Die Zwecksetzung des TKG, einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation sicherzustellen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2) und die Interessen der Nutzer zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 1), erfordert es, den Aufbau des anspruchsberechtigenden Netzes während oder nach den Zusammenschaltungsverhandlungen durchzuführen. Dementsprechend läßt auch die Regulierungsbehörde in ihrer gefestigten Anordnungspraxis zu, daß das Netz noch nicht besteht, erteilt aber eine entsprechende Ausbauauflage¹.

4.7.2 Abgrenzung zu § 35 TKG

273 Ein erster wesentlicher Unterschied zwischen § 35 und § 36 TKG ergibt sich aus den unterschiedlich weiten **Adressatenkreisen**. Von § 35 TKG werden nur Betreiber von Telekommunikationsnetzen erfaßt, die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten und auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. § 36 TKG dagegen gilt für sämtliche Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze.

¹ Vgl. z. B. Beschl. der Regulierungsbehörde v. 12. 8. 1998 – BK 4-98-004/Z, 3. 6. 1998.

tionsnetze, unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung und ist somit wesentlich weiter. Zudem differieren beide Normen hinsichtlich ihres **Berechtigtenkreises**. § 36 TKG findet Anwendung soweit der Berechtigte selbst Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist, während § 35 TKG grundsätzlich von allen Nutzern i. S. d. § 3 Nr. 11 TKG geltend gemacht werden kann, einschließlich der Endnutzer. Aber auch die **Regelungsmaterien** unterscheiden sich. So betrifft § 36 TKG lediglich den Fall der Netzzusammenschaltung, von § 35 TKG werden hingegen sämtliche Arten von Netzzugängen, eingeschlossen Zusammenschaltungen, erfaßt. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, daß § 36 TKG eine **Verhandlungspflicht** normiert, § 35 TKG dagegen **konkrete Verhaltenspflichten** marktbeherrschender Unternehmen vorsieht. Trotz dieser Unterschiede kann ein **Ineinandergreifen der Regelungsziele** bzw. eine teilweise **Überschneidung der Anwendungsbereiche** im Bereich von Netzzusammenschaltungen mit marktbeherrschenden Betreibern festgestellt werden. Auch hier findet die Verhandlungspflicht nach § 36 TKG Anwendung. § 36 TKG sieht für **alle Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze**, auch soweit sie nicht marktbeherrschend sind, die Pflicht vor, anderen Betreibern auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben¹. Dabei unterliegen marktbeherrschende Unternehmen zusätzlich den Verhaltensgeboten des § 35 TKG. Die Regelungen in § 35 TKG konkretisieren somit den Verhandlungsinhalt für marktbeherrschende Unternehmen, während § 36 TKG eine ansonsten nicht näher konkretisierte Verhandlungspflicht unabhängig von der Marktstellung vorschreibt. Allerdings erfährt auch die Verhandlungspflicht dann durch § 37 TKG eine nähere Konkretisierung, wenn infolge gescheiterter Verhandlungen die Regulierungsbehörde die Zusammenschaltung anordnet.

4.7.3 Struktur und Inhalt von Zusammenschaltungsvereinbarungen

Angesichts der Vielzahl der zwischenzeitlich mit der DTAG abgeschlossenen Zusammenschaltungsvereinbarungen wie auch der zwischen sonstigen Netzbetreibern bestehenden Vereinbarungen soll nachfolgend ein kurzer Überblick über die **Vertragspraxis** gegeben werden. 274

4.7.3.1 Historie in bezug auf die Vereinbarungen mit der DTAG

Bereits Mitte des **Jahres 1996** nahm die DTAG Verhandlungen über eine Netzzusammenschaltung mit einigen Wettbewerbern auf. Im **Mai 1997** wurde die erste Zusammenschaltungsvereinbarung mit dem Unterneh- 275

1 BVerwG, Urteil vom 25. 4. 2001 – BVerwG 6 C 6.00, S. 27 des amtlichen Umdrucks.

men WorldCom abgeschlossen. Im Juli 1997 folgte dann der Abschluß mit dem Unternehmen TeleDenmark. Im Jahr 1998, dem Beginn der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes in Deutschland, wurden über 50 weitere Zusammenschaltungsvereinbarungen zwischen der DTAG und den alternativen Netzbetreibern, und bis zum Jahresende 2000 115 Zusammenschaltungsvereinbarungen abgeschlossen.

- 276 In der Anfangsphase der Verhandlungen war das Klima und die inhaltliche Auseinandersetzung zwischen der DTAG und ihren Verhandlungspartnern in einigen Fällen von eher dogmatischen bzw. ideologischen **Grundsatzdiskussionen** geprägt, während die Verhandlungen mit anderen Netzbetreibern mehr von einer inhaltlichen, sachbezogenen Auseinandersetzung über die komplexen technischen, betrieblichen und rechtlich-regulatorischen Fragestellungen gekennzeichnet waren. Nichtsdestotrotz beklagen sich seit Beginn der Verhandlungen im Frühjahr 1997 zahlreiche Wettbewerber über den mangelnden Willen der DTAG, zum erfolgreichen Abschluß von Zusammenschaltungsvereinbarungen zu kommen. Ein häufiger, von den Wettbewerbern geäußelter Vorwurf gegenüber der DTAG bestand darin, im Rahmen der Verhandlungen mit einer gewissen **Verzögerungstaktik** zu operieren. Das größte Konfliktpotential bestand dabei in der Frage der **Zusammenschaltungsentgelte**. Als weiteres Problem, insbesondere hinsichtlich der personellen Ressourcen hat sich herausgestellt, daß die DTAG mit vielen Wettbewerbern gleichzeitig bilaterale Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen und umzusetzen hatte. Dies hat zu zeitlichen Verzögerungen beim Abschluß der Verträge selbst und bei der Bereitstellung von Interconnection-Anschlüssen wie auch zu Qualitätsproblemen bei der Verkehrsabwicklung geführt.

4.7.3.2 Gesetzliche Vorgaben für die Zusammenschaltungsvereinbarungen

- 277 Als inhaltliche Vorgabe für die Ausgestaltung und die Struktur der Netzzugangsvereinbarungen findet sich in der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV ein **Katalog** mit möglichen Vereinbarungspunkten von Zusammenschaltungsverträgen und Vereinbarungen über Besondere Netzzugänge. Die Aufzählung umfaßt 19 Einzelpunkte, wie z. B. die Beschreibung der einzelnen Leistungen sowie die Festlegung, wie und innerhalb welcher Frist diese Leistungen bereitzustellen sind, die Sicherstellung eines gleichwertigen Zugangs, die Standorte der Anschlußpunkte, die technischen Normen für den Besonderen Netzzugang, die Festlegung der Entgelte und der Anlaufzeit für die bereitzustellenden Leistungen und zusätzlichen Dienstleistungen, Festlegung der Haftungs- und Schadensersatzpflichten u.v.a. Diese Aufzählung entspricht im wesentlichen dem

Inhalt üblicher internationaler „Interconnection Agreements“. Eine Übernahme dieser Punkte ist jedoch nicht zwingend vorgeschrieben. Ferner kommt dieser Aufzählung im Rahmen einer Vereinbarung über Besondere Netzzugänge, die **nicht als abschließend** anzusehen ist, nur eine beispielhafte Bedeutung zu, wie die Formulierung in § 5 Abs. 2 NZV („sollen“, „ausrichten“) zeigt. Die bisherige Ausgestaltung der Zusammenschaltungsvereinbarungen hat jedoch gezeigt, daß die Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV die wesentlichen regelungsbedürftigen Punkte zu enthalten scheint, die für einen derartigen Vertrag erforderlich sind.

Hinsichtlich der Rechtsnatur der Netzzugangs- bzw. Zusammenschaltungsvereinbarungen ist deren **privatrechtliche Natur** unstrittig. Im Hinblick auf die vielfältigen und unterschiedlichen Regelungen wie z. B. die Dienste, die Kollokation oder die unterschiedlichen Qualitätsparameter (Service Levels) kommen sowohl Miet-, Dienst-, als auch werkvertragliche Elemente zur Anwendung, die eine Festlegung auf einen einzelnen Vertragstypus nicht zulassen. Von daher werden die Netzzugangs- bzw. Zusammenschaltungsvereinbarungen als **Vertragsverhältnis „sui generis“** angesehen¹, in welchem die unterschiedlichen Elemente der einzelnen Vertragstypen zusammengeführt werden. Allerdings ist ein Rückgriff auf eine eigene Vertragsform nicht unbedingt erforderlich, da das Bürgerliche Gesetzbuch auch typengemischte Verträge kennt², bei denen jeweils die Rechtsnormen angewendet werden, die auf die jeweilige Leistung am besten passen.

4.7.3.3 Gegenstand der Zusammenschaltungsvereinbarungen mit der DTAG

Die Zusammenschaltungsvereinbarung der DTAG ist durch einen **modularen Aufbau** gekennzeichnet. Hintergrund dieser modularen Struktur ist in der ständig erforderlichen Änderung und Produktergänzung zu sehen, denen diese Zusammenschaltungsvereinbarungen aufgrund der technischen und regulatorischen Erfordernisse ausgesetzt sind. Durch den modularen Aufbau wird zumindest grundsätzlich eine zeitnahe Aktualisierung in Form einer Ergänzung von einzelnen Vertragsteilen ermöglicht, ohne daß der komplette Vertrag und damit die nicht von der Ergänzung betroffenen Vertragsteile ausgetauscht bzw. neu aufgesetzt werden müßten. Die Zusammenschaltungsvereinbarung gliedert sich in einen Hauptteil, sieben Anlagen und acht Anhänge³. Nachfolgend wird

1 Vgl. *Gramlich*, CR 1997, S. 65, 68.

2 Vgl. Palandt/*Heinrichs*, Einf. v. § 305 Rz. 19.

3 Zu den Inhalten der Netzzusammenschaltungsvereinbarung vgl. www.telekom.de und www.Regtp.de.

auf den Inhalt der einzelnen Vertragselemente sowie deren praktische und rechtliche Bedeutung im einzelnen eingegangen werden.

- 280 Allgemein betrachtet umfaßt der Hauptteil die für die wesentlichen Vertragsinhalte geltenden **Grundsatzregelungen**, die dann auf die **konkreteren Regelungen** in den Anlagen und Anhängen verweisen. Der Hauptteil beinhaltet also allgemeine, vor die Klammer zu ziehende rechtliche Klauseln, die für sämtliche Anlagen und Anhänge Gültigkeit besitzen. Durch die auf der Grundlage der modularen Struktur verwendete Verweistechnik wird es ermöglicht, Änderungen, Vertragsanpassungen in den Leistungsbeschreibungen, Preise oder technische und betriebliche Detailregelungen durch den Austausch dieser Vertragsteile ohne Änderung des Gesamtvertrags und der grundsätzlichen Regelungen des Hauptteils vorzunehmen.
- 281 In den Anlagen A bis G werden die **Hauptleistungspflichten** der Vertragspartner und deren konkrete Ausgestaltung aufgeführt. In den Anhängen A bis H sind die Regelungen zu betrieblichen Abläufen wie z. B. das Bestell- und Bereitstellungsverfahren, das Testverfahren und der Netzbetrieb aufgenommen worden. Im Hinblick auf die Vertraulichkeit der einzelnen Vertragsdokumente ist zwischen der DTAG und ihren Verhandlungspartnern vereinbart worden, daß sämtliche Anhänge als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i. S. d. § 6 Abs. 2 NZV anzusehen sind, wohingegen der Hauptteil und die Anlagen aufgrund des Umstandes, daß hierin kaum individuelle Vereinbarungen getroffen werden, nicht als Betriebsgeheimnis eingestuft werden.
- 282 **Schwerpunkt** des Regelungsinhalts der Netzzusammenschaltungsvereinbarungen sind neben den Regelungen über die Interconnection-Anschlüsse die gegenseitige Erbringung von Zusammenschaltungsdiensten der Vertragspartner auf Basis der Zusammenschaltung sowie die diesbezüglichen Entgelte.

4.7.3.4 Einzelne Vertragsbestandteile

- 283 Nachfolgend werden die einzelnen **Teile** der Zusammenschaltungsvereinbarung mit der DTAG unter Berücksichtigung der besonders zu beachtenden Regelungen näher dargestellt:

4.7.3.4.1 Hauptteil

- 284 Die Hauptfunktion des Hauptteils besteht darin, durch Verweise die in den Anlagen und Anhängen enthaltenen Regelungen systematisch zu **strukturieren** und einzubeziehen. Daneben werden im Rahmen des Abrechnungsverfahrens die Tarifierungsprinzipien sowohl zwischen den

Vertragspartnern und ihren Endkunden als auch zwischen den Vertragspartnern selbst festgelegt. Ebenso enthält der Hauptteil allgemeine Regelungen zur **Fälligkeit, dem Zahlungsverzug, den Einwendungen, der Aufrechnung und dem Zurückbehaltungsrecht**. Des Weiteren sind **Hafungs- und Schadenersatzregelungen** sowie Regelungen zur **Kündigung und Neuaushandlung** der Zusammenschaltungsvereinbarung enthalten.

Im Zusammenhang mit den Regelungen des Hauptteils dürfte mittlerweile der **Verhandlungsspielraum** sehr gering sein. Nicht nur an dieser Stelle werden von DTAG mit dem Argument der Einhaltung des Nichtdiskriminierungsgebotes so gut wie keine Abweichungen von dem von ihr unterbreiteten jeweiligen Musterentwurf zugelassen. Besonderes Augenmerk sollte in den Verhandlungen gleichwohl auf die Bestimmungen über die **Zahlungsbedingungen** sowie die **Anpassung, Änderung und Neuaushandlung** der Zusammenschaltungsvereinbarung gerichtet werden. Gerade diese Bestimmungen haben zuletzt im Zusammenhang mit der geplanten Einführung des netzelementebasierten Tarifierungssystems (EBC) besondere Bedeutung erlangt. 285

4.7.3.4.2 Anlage A – Begriffsbestimmungen

Diese Anlage ist vor allem durch die Aufnahme von **technischen Definitionen** gekennzeichnet, zugleich stellt sie in Anbetracht des Umfangs des Vertragswerkes ein erforderliches Abkürzungsverzeichnis dar. Nichtsdestotrotz werden einige wesentliche **inhaltliche Festlegungen** in dieser Anlage getroffen, die besonders zu beachten sind, weil sie Auswirkungen auf mehrere unterschiedliche Regelungsgegenstände der Zusammenschaltungsvereinbarung haben. 286

4.7.3.4.3 Anlage B – Interconnection-Anschluß

In dieser Anlage werden die für die technische Realisierung des Zugangs zum Telefonnetz der DTAG erforderlichen **Interconnection-Anschlüsse (ICAs)** an den **Orten der Zusammenschaltung (OdZ)** und ihre unterschiedliche Ausgestaltung in Form der Ausführungen „**Customer Sited**“ und „**Physical Co-location**“ beschrieben. Während die Ausführung „Physical Co-location“ die Gewährung physischer Kollokation i. S. v. § 3 Abs. 2 NZV (siehe oben Rz. 178 ff.) darstellt, beinhaltet die Ausführung „Customer Sited“ neben dem Anschluß zugleich einen Übertragungsweg zum Standort des Kunden. In der Ausführungsvariante „Physical Co-location“ wird der Übertragungsweg, der die beiden Vermittlungsstellen der Vertragspartner miteinander verbindet, vom Interconnection-Partner (ICP) der DTAG realisiert. Bei dieser Variante übernimmt die DTAG lediglich die Hauseinführung und die Führung in 287

ihrem Gebäude bis zum Kollokationsraum, in welchem die Abschlußeinrichtung der DTAG installiert ist. Eine Ausführungsvariante im Sinne einer **virtuellen Kollokation** wurde bisher seitens der DTAG nicht angeboten.

- 288 Ferner enthält diese Anlage Regelungen zu den für die Durchführung der Zusammenschaltung, insbesondere die Erbringung der Zusammenschaltungsdienste, erforderlichen **Konfigurationsmaßnahmen** im Netz der DTAG. Dazu gehören unter anderem die Einrichtungen der **Leitweglenkung** für die verschiedenen Kennzahlen (vor allem Verbindungszahlenbetreiberkennziffer, Portierungskennung des Teilnehmernetzbetreibers) und die Zusammenschaltungsdienste (z. B. die Einrichtung der Leitweglenkung für bestimmte Mehrwertdiensternummern). Ebenso werden die Änderungen von einzelnen Parametern hinsichtlich des Zuschnittes der einzelnen Einzugsbereiche oder der vereinbarten Zusammenschaltungsdienste im Zusammenhang mit den dafür erforderlichen Konfigurationen geregelt. Umstritten ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Einrichtung der Leitweglenkung für Rufnummern **Online-Dienste** und deren Kosten, weil hier seitens der DTAG alle lokalen Vermittlungsstellen betroffen sind, was sehr kostenintensiv zu Lasten der ICP ist.
- 289 Das Angebot der Interconnection-Anschlüsse stellt eine Abweichung zu dem Prinzip der **Reziprozität** (Gegenseitigkeit) dar, daß der Zusammenschaltungsvereinbarung mit der DTAG an vielen Stellen zugrunde liegt. Das bedeutet, daß es sich beim Interconnection-Anschluß um ein „einseitiges Produkt“ der DTAG handelt. Denn dieser entgeltregulierte Anschluß wird nur von der DTAG angeboten und nicht von ihr bei den Wettbewerbern nachgefragt.

4.7.3.4.4 Anlage C – Dienstportfolio

- 290 Diese Anlage gliedert sich in **drei Teile**, wobei die Teile zwei und drei die jeweiligen Zusammenschaltungsdienste der DTAG bzw. ihres ICPs beinhalten.

4.7.3.4.4.1 Netzkonzept

- 291 In Teil 1 „Netztechnische Realisierung der Zusammenschaltungsdienste der Telekom“ ist die bereits angesprochene **Migrationspflicht** (näher dazu Rz. 229 ff.) im Rahmen des von der DTAG geforderten **Netzkonzepts** enthalten. Danach wird vor dem Hintergrund der Aufrechterhaltung der Netzintegrität (so die Argumentation der DTAG) eine **ursprungsnahe** (für die **Zuführung**) und **zielnahe** (für die **Terminierung**) Übergabe der Verbindungen an dem jeweiligen Ort der Zusammenschaltung (OdZ), in

dessen zugeordneten Einzugsbereich gefordert, in dem der Telefonanschluß des anrufenden bzw. angerufenen Kunden angeschaltet ist. Zugleich wird für bestimmte Einzugsbereiche ein **Verkehrsgrenzwert** festgelegt, bei deren Überschreitung ein weiterer OdZ eingerichtet werden muß.

Die DTAG legt ihrer Netzstruktur eine Klassifizierung von unterschiedlichen **Einzugsbereichen** zugrunde, wonach die jeweiligen Vermittlungsstellen der verschiedenen Netzebenen geographisch bestimmbare Flächen bzw. Bereiche in Anlehnung an die geographischen Rufnummern abdecken. So werden durch die sog. **Lokalen Einzugsbereiche** (LEZB) lokale Bereiche, durch die **Standardeinzugsbereiche** (SEZB) regionale Bereiche und durch die **Grundeinzugsbereiche** (GEZB) überregionale Bereiche durch die entsprechenden Vermittlungsstellen abgedeckt. Die DTAG definiert den Einzugsbereich in den Begriffsbestimmungen der Netzzusammenschaltungsvereinbarung als **geographischen Rufnummernbereich**, der **Ortsnetzbereiche** ganz oder teilweise umfaßt und durch die **Ortsnetz-kennzahl** bzw. die **Teilnehmerrufnummernbereiche** des geographisch zuzuordnenden Nummernbereiches beschrieben wird. 292

Diese Einzugsbereiche stellen im Zusammenhang mit der Führung der Verkehrsflüsse im Rahmen der Netzzusammenschaltung **Bezugspunkte** bzw. räumlich-geographische Vorgaben für die vom Netzzusammenschaltungspartner zu erfüllende örtliche Realisierung von Zusammenschaltungen (OdZ) dar. 293

Dem Netzkonzept der DTAG liegt die Idee zugrunde, daß die Verkehrsführung, die bei der Netzzusammenschaltung mit anderen Netzbetreibern auftritt und die im Vergleich zur bisherigen Verkehrsführung innerhalb des DTAG-Netzes **abweichende und zusätzliche Verkehrsflüsse** hervorruft, soweit wie möglich derjenigen Verkehrsführung des DTAG-Netzes angepaßt werden soll, die nach Auffassung der DTAG die effizienteste und damit die kostengünstigste Netznutzung darstellt. Das bedeutet in der Konsequenz, daß die alternativen Netzbetreiber durch das Netzkonzept der DTAG und die damit verbundene **Migrationspflicht** gezwungen werden, in ihrem eigenen Netz das **DTAG-Netz abzubilden**, um bei der Inanspruchnahme von Teilen des DTAG-Netzes so wenig wie möglich Abweichungen von den DTAG-Verkehrsflüssen und deren Verkehrsführung zu verursachen. 294

Im Zusammenhang mit der ursprungs- bzw. zielnahen Verkehrsübergabe bedeutet dies, daß trotz der Zusammenschaltung zweier Netze die **Verkehrsführung** weitestgehend derjenigen der DTAG entsprechen soll und die Verkehre durch das Fehlen von OdZ des Zusammenschaltungspartners mit der DTAG nicht über wesentlich weitere Strecken geführt werden sollen, als dies im DTAG-Netz aufgrund der dort angelegten Netz- 295

struktur erforderlich wäre. Eine Erfüllung des Kriteriums der ursprungs- bzw. zielnahen Verkehrsübergabe wird um so mehr erfüllt, als der ICP möglichst viele **Zusammenschaltungspunkte (OdZ)** mit der DTAG realisiert und sich damit die Abweichung von der DTAG-Verkehrsführung so gering wie möglich darstellt.

- 296 Zusammengefaßt lauten die **Eckpunkte** des **Netzkonzeptes** wie folgt:
- eine ursprungsnahe Übergabe der Verbindungen an den IC-Partner bei Zuführungsleistungen der Telekom (z. B. Telekom-B.2, Zuführung zum Verbindungsnetzbetreiber)
 - eine zielnahe oder ursprungsnahe (hier gelten Ausnahmen zugunsten regionaler Betreiber bzw. Betreiber mit Lizenzgebieten, die bestimmte Grundeinzugsbereiche nicht erfassen) Übernahme der Verbindungen aus dem Netz des IC-Partners bei Terminierungsleistungen der Telekom (z. B. Telekom-B.1)
 - Zusammenschaltungsmöglichkeiten an Übergabepunkten (Vermittlungseinrichtungen mit Netzübergangsfunktion = VE:N) in lokalen Einzugsbereichen, Standardeinzugsbereichen und Grundeinzugsbereichen
 - Es ist keine Mindestanzahl von Übergabepunkten (OdZ) vorgesehen, selbst wenn der IC-Partner bundesweit als Verbindungsnetzbetreiber tätig werden möchte.
 - Es besteht eine Migrationspflicht auf die bis zu 23 Übergabepunkte der Grundeinzugsbereiche, wenn der Verkehr aus einem und/oder in einen bestimmten Grundeinzugsbereich den Schwellenwert von 48,8 Erlang überschreitet.
- 297 Dieses Netzkonzept ist von der Regulierungsbehörde in der nachfolgenden Fassung gemäß § 6 Abs. 5 NZV zum **Grundangebot** erklärt worden und in dieser Form von der DTAG in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsbedingungen aufzunehmen¹:

„ . . .

- I. Der Betreiber nach § 35 Abs. 1 TKG kann von einem Zusammenschaltungspartner die Anbindung an einem weiteren Ort verlangen, wenn zu erwarten ist, daß durch den Verkehr aus und in den Grundeinzugsbereich dieses Ortes (Ort der Kategorie A nach Anlage F) mindestens zwei Anschlüsse ausgelastet werden können. Dies entspricht einem Angebot von 48,8 Erlang bei einem Verlust von 1%.
- II. Eine Auslastung ist zu erwarten, wenn der Zusammenschaltungspartner bei einer Bestellung im Bestellformular „Verkehrsdaten des

¹ Vgl. Beschl. der Regulierungsbehörde v. 22. 3. 2000 – BK 4c-99-046/Z, 22. 10. 1999.

NÜ“, Anhang B Bereitstellung Ziff. 9, einen den Schwellenwert übersteigenden Verkehr angibt.

III. Eine Auslastung ist ferner zu erwarten, wenn der Betreiber nach § 35 Abs. 1 TKG feststellt, daß der Zusammenschaltungspartner an einem bereitgestellten Ort der Zusammenschaltung in und aus einem Grundeinzugsbereich Dienste in einem den Schwellenwert übersteigenden Umfang nachfragt.

A. Zur Feststellung führt der Betreiber nach § 35 Abs. 1 TKG Verkehrsmessungen durch. Hierbei wird der gesamte Verkehr, der an dem gemessenen Ort der Zusammenschaltung zwischen den Parteien fließt, wie folgt gemessen:

B. Die Verkehrsmessung erfolgt beginnend an einem Samstag über jeweils neun aufeinanderfolgende Tage.

C. Dabei wird jeweils ein Mittelwert nach ITU für diese Tage auf Basis von Viertelstundenwerten ermittelt. Der höchste Mittelwert für eine zusammenhängende Stunde in der Zeit von 9 bis 21 Uhr ist für die Feststellung maßgeblich (Hauptverkehrsstunde).

D. Für die Hauptverkehrsstunde erfolgt eine Zuordnung des Verkehrs zu den jeweiligen Grundeinzugsbereichen. Die von dem Zusammenschaltungspartner nachgefragten Dienste, die nicht ursprungsnah übergeben werden, bilden den Verkehrswert. Eine Übergabe ist ursprungsnah, wenn der Ursprung der Verbindung im selben Grundeinzugsbereich wie der Übergabeort liegt.

E. Der Schwellenwert wird erreicht, wenn der Verkehrswert für den Verkehr aus und in einen Grundeinzugsbereich 48,8 Erlang bei mindestens 200 Belegungsversuchen überschreitet.

F. Die Ergebnisse jeder Verkehrsmessung zur Feststellung der Schwellenwertüberschreitung sind der Antragstellerin unverzüglich mitzuteilen.

IV. Verlangt der Betreiber nach § 35 Abs. 1 TKG gemäß Ziff. I. die Anbindung an einen weiteren Ort der Zusammenschaltung, ist der Zusammenschaltungspartner verpflichtet binnen 20 Arbeitstagen für diesen Ort eine Bestellung abzugeben. Wenn der Zusammenschaltungspartner dieser Pflicht nicht nachkommt, ist der Betreiber nach § 35 Abs. 1 TKG berechtigt, den Verkehr in und aus dem Grundeinzugsbereich auf 48,8 Erlang in der Standardzeit in Abweichung zu Anlage E Ziff. 1.4 zu begrenzen.“

Diese Migrationsregel galt zunächst bis zum 31. 1. 2001 und wurde per Verfügung 12/2001 entsprechend der Weiterführung des entfernungsabhängigen Entgeltregimes von der Beschlußkammer 4 der Regulierungs-

298

behörde bis zum 31. 5. 2001 verlängert¹. Eine weitere Verlängerung stand im Zusammenhang mit dem umstrittenen Übergang auf ein netzelementebasiertes Tarifierungssystem (EBC) für die Zusammenschaltungsleistungen (dazu unten Rz. 380 ff.) bei Redaktionsschluß noch aus, ist aber zu erwarten.

4.7.3.4.4.2 Zusammenschaltungsdienste

299 Welche Verbindungen über die Interconnection-Anschlüsse zwischen den Vertragspartnern hergestellt bzw. ausgetauscht werden können, ist in Teil 2 und Teil 3 der Anlage C aufgenommen. Dabei werden die **Zusammenschaltungsdienste** in drei Kategorien eingeteilt. In der ersten Kategorie sind die sog. **Basisdienstleistungen** aufgeführt, Telekom-B.1 (Verbindung in das Telefonnetz national der Telekom aus dem Telefonnetz von ICP – auch als Terminierungsleistung bezeichnet) und Telekom-B.2 (Verbindung aus dem Telefonnetz national der Telekom zu ICP als Verbindungsnetzbetreiber – auch als Zuführungsleistung bezeichnet). Eine Einigung über diese Dienste ist erforderlich, um die ungehinderte Kommunikation der Kunden unterschiedlicher Netzbetreiber zu ermöglichen. Mit der Zuführungsleistung Telekom-B.2 wird der Vorgabe nach § 43 Abs. 6 TKG Rechnung getragen, wonach die Betreiber von Telekommunikationsnetzen sicherzustellen haben, daß jeder Nutzer die Möglichkeit hat, den Verbindungsnetzbetreiber frei auszuwählen. Diese Zuführungsleistung umfaßt die Verbindung vom anrufenden Teilnehmer bis zur Netzgrenze des ausgewählten Verbindungsnetzbetreibers.

300 Als weitere Kategorien der Zusammenschaltungsdienste sind die sog. **optionalen und zusätzlichen Leistungen** zu nennen, die den Zugang zu den sog. Mehrwertdiensten oder den Transit in andere Telefonnetze gewährleisten sollen. Dabei sind unter anderem die Transitleistungen in die Mobilfunknetze oder zu anderen nationalen Festnetzen zu nennen. Ferner sind die Verbindungen zu Auskunftsdiensten oder 0190/0180-Diensten der Vertragspartner enthalten. Im Zusammenhang mit den Zusammenschaltungsdiensten ist in der Zusammenschaltungsvereinbarung der DTAG der Grundsatz der Reziprozität aufgenommen, wonach der ICP verpflichtet wird, sofern er vergleichbare Dienste im eigenen Netz realisiert, diese, wenn er sie bei der DTAG in Anspruch nimmt, wiederum der DTAG anzubieten. Gerade in dieser Anlage erfolgen regelmäßig Änderungen und Aktualisierungen seitens der DTAG. Mit der Einführung der **Carrier Selection** Phase II (es handelt sich um die technischen Spezifikationen für die Verbindungsnetzbetreiberauswahl) sind einige bisherige als Terminierungsleistung ausgestaltete Dienste in sog. Zufüh-

¹ Vgl. Vfg. 12/2001, ABl. Regulierungsbehörde 2001, S. 452.

rungsleistungen umgewandelt worden. In diesem Zusammenhang ist die Frage relevant, wer die **Tarifhoheit** bei der Ausgestaltung der Dienste besitzt, das bedeutet, wer gegenüber dem Endkunden abrechnen kann und somit die uneingeschränkte Freiheit der Ausgestaltung hinsichtlich der Tarife der einzelnen Dienste besitzt. Diese auch mit Blick auf die Sicht der Endkunden zivilrechtlich relevante Frage ist trotz ihrer für die Netzbetreiber erheblichen Relevanz erst wenig erörtert worden (siehe dazu näher unten Rz. 330 ff.).

4.7.3.4.5 Anlage D – Preis

In dieser Anlage sind alle **Entgelte** sämtlicher in der Zusammenschaltungsvereinbarung enthaltenen Leistungen aufgeführt. Aufgrund der **Entgeltgenehmigungspflichtigkeit** fast aller Preise besteht hinsichtlich dieser Anlage kaum Verhandlungsspielraum, da bis auf wenige Ausnahmen, wie zum Beispiel die Preise für die Verbindungen in ausländische Netze die Entgelte durch die Regulierungsbehörde festgelegt werden. Eine **Abweichung** von den genehmigten Entgelten ist nach § 29 TKG nicht möglich. Danach ist nach Abs. 1 der Lizenznehmer verpflichtet, ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte zu verlangen. Nach Abs. 2 sind die Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, mit der Maßgabe **wirksam**, daß das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt. Ferner kann nach diesem Abs. die Regulierungsbehörde die Durchführung eines Rechtsgeschäftes **untersagen**, da es ein anderes als das genehmigte Entgelt enthält. 301

Trotzdem empfiehlt es sich, diese Anhänge einem **Ableich** mit den entsprechenden genehmigten Entgelten zu unterziehen, um nicht Gefahr zu laufen, vertraglich eine von der Genehmigung nachteilig abweichende Regelung mit der DTAG zu treffen, welche dann Gegenstand eines neuen **Entgeltgenehmigungsantrags** der DTAG werden könnte. 302

4.7.3.4.6 Anlage E – Qualität

Diese Anlage enthält die **Qualitätsparameter** sowohl der DTAG als auch des ICP. Dort sind die **Bereitstellungsfristen**, **Entstörungszeiten**, **Verfügbarkeit** und die **Netzdurchlaßwahrscheinlichkeit** geregelt. Besonders im Zusammenhang mit den Bereitstellungsfristen gibt es seit einiger Zeit immer wieder Auseinandersetzungen zwischen der DTAG und den Wettbewerbern, die der DTAG vor dem Hintergrund der zum Teil erheblichen Verzögerungen bei den Bereitstellungen der Interconnection-Anschlüsse eine Verzögerungstaktik vorwerfen. Die DTAG wiederum begründet diese Überschreitung der Bereitstellungsfristen mit Kapazitäts- 303

engpässen und nicht marktgerechtem Bestellverhalten der ICP. Zuletzt scheint sich aber eine Entspannung in der Bereitstellungssituation anzudeuten.

4.7.3.4.7 Anlage F – Orte der Zusammenschaltung

- 304 Diese Anlage enthält die **Orte der Zusammenschaltung** der Kategorie, welche die 23 Grundeinzugsbereiche erfaßt und die Orte der Zusammenschaltung der Kategorie B, welche die sog. Standardeinzugsbereiche enthält, mit der genauen Anschrift und der Ortsnetzkenzahl. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen über das EBC-Vertragsangebot der DTAG sind hier noch über 900 lokale Einzugsbereiche hinzugekommen.

4.7.3.4.8 Anlage G – Veröffentlichung

- 305 In dieser Anlage ist geregelt, daß die Vertragspartner sich verständigt haben, lediglich den Hauptteil und die Anlagen A bis G zur **Einsichtnahme** durch andere Nutzer nach § 6 Abs. 4 NZV frei zu geben.

4.7.3.4.9 Anhang A – Technische Parameter und Beschreibungen

- 306 Dieser rein technische Anhang enthält die **übertragungstechnischen Schnittstellen** und den **Übertragungsplan** sowie Ausführungen zur **Aufstellung der Technik** und Regelungen zum **Zeichengabesystem** Nr. 7 und zum **Zeichengabezwischennetz**. Ferner enthält er eine Umsetzung der Spezifikation hinsichtlich der Verbindungsnetzbetreiberauswahl (**Carrier Selection-Spezifikation**) und der Spezifikation über Entgeltinformation für den Endkunden über Netzgrenzen (**AOC**). Sämtliche technische Regelungen basieren auf den Abstimmungen in technischen Arbeitsgruppen des **Arbeitskreises Netze und Numerierung (AKNN)**, der sämtlichen Betreibern wie auch Herstellern von Übertragungs- und Vermittlungstechnik offensteht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß sich der AKNN als privates Normierungsgremium nicht über die regulatorischen Vorgaben des TKG oder des geltenden EU-Rechts hinwegsetzen darf.

4.7.3.4.10 Anhang B – Bestellung/Bereitstellung

- 307 Dieser Anhang gliedert sich in den Teil **Planungsabsprachen** und den Teil **Bestellung/Bereitstellung** von Interconnection-Anschlüssen (ICAs) und Zusammenschaltungsdiensten. Der erste Teil enthält ein sehr differenziert ausgestaltetes Verfahren hinsichtlich der Planungsabsprachen, wonach die ICP mit entsprechenden Vorlaufzeiten der DTAG die von ihnen zur Bestellung geplanten Mengen von ICAs, die Festlegung der

OdZ sowie deren Inbetriebnahmezeitpunkte angeben müssen. Im Rahmen dieses Verfahrens werden von den ICP sehr **umfangreiche Planungsdaten** abverlangt. Ein häufig vorgetragener Kritikpunkt ist in diesem Zusammenhang neben dem Umfang der abverlangten Daten die Regelung der Folgen der Planungsabsprachen für die Bestellung und Bereitstellung. Im Zusammenhang mit dem Bestell- und Bereitstellungsteil waren vor allem die dort aufgeführte **Sicherheitsleistung** sowie die Regelungen zur Kündigung von ICAs, die eine **Mindestüberlassungsdauer** von ursprünglich 24 Monaten und nunmehr 12 Monaten beinhaltet. Die Regelung zur Mindestüberlassungsdauer war schon häufiger Gegenstand im Zusammenhang von Anordnungs- bzw. Mißbrauchsverfahren.

4.7.3.4.11 Anhang C – Test

In diesem eher technisch ausgestalteten Anhang wird das für die Inbetriebnahme der Netzzusammenschaltung erforderliche Testverfahren geregelt. Dabei handelt es sich um **Interoperabilitätstests**, **Konformitätsüberprüfungen** und **Kompatibilitätstests** der Systeme der ICP gegenüber den Systemen der DTAG. Vor allem enthält dieser Anhang die den Tests zugrundeliegenden Kategorien. Zeitweise war die Durchführung und Abwicklung der Tests aufgrund der großen Anzahl der ICP mit einigen zeitlichen Verzögerungen behaftet. Es gilt dabei zu erwähnen, daß grundsätzlich auch vor Abschluß der Netzzusammenschaltungsvereinbarung Tests möglich sind. 308

4.7.3.4.12 Anhang D – Betrieb

In diesem Anhang werden die **betrieblichen Prozesse** unter anderem für **Meldeverfahren**, **Verkehrsmanagementmaßnahmen** oder **planbare Maßnahmen** geregelt. Ferner sind die Prozesse hinsichtlich **Störungen und Entstörung** aufgenommen worden. Auch die Regelungen eines **Eskalationsverfahrens** beinhaltet dieser Anhang. 309

4.7.3.4.13 Anhang E – Kollokation

In diesem Anhang ist die genaue **technische Ausgestaltung der Kollokationsräume** enthalten. Neben **bautechnischen** und **elektrotechnischen** Merkmalen ist das Verfahren hinsichtlich der **Zutritts- und Nutzungsregelungen** der Kollokationsräume detailliert geregelt. 310

4.7.3.4.14 Anhang F – Abrechnung

Neben der inhaltlichen Ausgestaltung der **Rechnungen** für die Zusammenschaltungsleistungen zwischen den Vertragspartnern enthält dieser 311

Anhang ein Verfahren bei **Rechnungsunstimmigkeiten**. Dabei besitzt der ICP die Möglichkeit, im Rahmen eines **Schiedsgerichtsverfahrens** den ordentlichen Rechtsweg auszuschließen.

4.7.3.4.15 Anhang G – Gegenseitige Leistungsbestimmungen

- 312 In diesem Anhang werden die zwischen den beiden Vertragspartnern **konkret und individuell** vereinbarten Leistungen, wie zum Beispiel die entsprechenden Zusammenschaltungsdienste des Dienstportfolios, vereinbart. Ferner werden individuelle Spezifikationen in diesem Anhang geregelt.

4.7.3.4.16 Anhang H – Ansprechpartner

- 313 Aufgrund der großen technischen und betrieblichen Komplexität dieses Vertragswerkes und der ihm zugrundeliegenden umfangreichen technischen Ausgestaltung sind für die verschiedenen Regelungsinhalte in diesem Anhang konkrete **Ansprechpartner** beider Vertragspartner aufgenommen worden.

4.7.3.4.17 Bewertung

- 314 Aufgrund des Umfangs und der technischen und betrieblichen **Komplexität** sowie der Vielzahl der Aktualisierungen und Ergänzungen des Vertragsangebots der DTAG zur Netzzusammenschaltung empfiehlt es sich, bei jeder neuen Vertragsversion die jeweiligen **Änderungen** herauszuarbeiten oder bei der DTAG um die Kenntlichmachung oder Kommentierung der entsprechenden Änderungen nachzufragen. Auch die Abstimmung mit dem Verband der Alternativen Telekommunikationsanbieter (VATM) ist zu empfehlen, um etwaigen inhaltlichen Diskussionen eine möglichst breite öffentliche Basis zu verschaffen und damit die Durchsetzung der Wettbewerbsinteressen zu ermöglichen.
- 315 Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Vertragswerk ist nicht nur aus rechtlichen Gründen zu empfehlen, sondern auch und vor allem um das erforderliche **Verständnis für die technischen und betrieblichen Abläufe** zu gewinnen. Im Rahmen der Netzzusammenschaltung wird von den Vertragspartnern von der DTAG, insbesondere im Zusammenhang mit den Planungsabsprachen und den Bestellungen vor dem Hintergrund des Netzkonzeptes, eine genaue Kenntnis der kommerziellen und technischen Details erwartet. Die vertraglichen Bestimmungen zu Planungsabsprachen und Bestellungen sind vom Grundsatz her so ausgestaltet, daß unvollständige oder falsche Angaben der Netzzusammenschaltungspartner ausschließlich zu Lasten des ICP gehen und zum Teil

erhebliche **Verzögerungen** und **Nachteile** im Bestellverfahren zur Folge haben.

Sämtliche **Ergänzungen** und **Aktualisierungen** sollten seitens der ICP 316 kritisch hinterfragt werden und vor allem auf ihre praktische Machbarkeit bzw. Umsetzbarkeit und auf die jeweiligen finanziellen und kommerziellen Konsequenzen hin überprüft werden. In denjenigen Fällen, in denen Regelungen zu einer erheblichen und unangemessenen einseitigen Belastung des Vertragspartners führen können, sollte die Frage des Vorliegens von **mißbräuchlichem Verhalten** der DTAG ebenso gestellt und geprüft werden wie auch die Möglichkeit in Erwägung gezogen werden sollte, bei mangelnder Einigung ein **Anordnungsverfahren** bei der Regulierungsbehörde anzustrengen.

4.7.3.5 Carrier's Carrier-Verträge (IC-Verträge) im Festnetzbereich

Bei diesen Verträgen, deren Abgrenzung zu den Zusammenschaltungsverträgen nicht eindeutig ist, handelt es sich um „Zusammenschaltungen“ nicht wie im vorherigen Kapitel mit der DTAG und den Wettbewerbern, sondern ausschließlich um **Vereinbarungen zwischen den Wettbewerbern**. Diese Verträge, die häufig auch in der deutschsprachigen Praxis als „Verträge über die gegenseitige Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen“ bezeichnet werden, haben i. d. R. den Transport von Gesprächs- oder Datenvolumen zum Vertragsinhalt, wobei in den meisten Fällen die Varianten des **Transits** (Übergabe an einen dritten Carrier) oder die der **Terminierung** vereinbart werden. 317

Die Abgrenzung zu der Zusammenschaltungsvereinbarung mit der DTAG besteht vor allem darin, daß diese Verträge entweder in vollem Umfang auf dem Prinzip der **Gegenseitigkeit** hinsichtlich der zu erbringenden Telekommunikationsdienstleistungen basieren oder **reine einseitige Transit- bzw. Terminierungsverträge** darstellen. Dies führt dazu, daß im Rahmen der Verhandlungen und der Abschlüsse dieser Verträge es in den seltensten Fällen einen großen Verhandlungsbedarf bzw. Dissens hinsichtlich der Netzzugangsfragen gibt. Vielmehr konzentrieren sich die Verhandlungen auf **Preise** und **Qualitätsparameter**. Ferner sind diese IC-Verträge durch ein hohes Maß an **Unverbindlichkeit** gekennzeichnet, so werden u. a. kaum verbindliche Planungsabsprachen (Forecasts) vereinbart. 318

Wesentliche kommerzielle Hintergründe dieser Verträge bestehen darin, aus den am Markt vorhandenen Kapazitäten im Sinne eines **Spot-Marktes** hinsichtlich der verschiedenen Destinationen die jeweils günstigsten Angebote in Anspruch nehmen zu können bzw. möglicherweise vorhandene **Kapazitätsengpässe** im eigenen Netz durch die Übergabe des Über- 319

lastverkehrs im Rahmen dieser Carrier's Carrier-Verträge zu überbrücken und somit Verfügbarkeitsprobleme gegenüber den eigenen Endkunden aufzufangen.

- 320 Im Gegensatz zu der Zusammenschaltungsvereinbarung mit der DTAG sind in diesen Verträgen keine Regelungen zur Kollokation enthalten, sondern die physische Verbindung erfolgt meistens über **2 MB-Festverbindungen**, deren **Kosten** sich die Vertragspartner **teilen**. Typisch ist auch, daß die **Entgeltanpassung** häufig im Monats-, Wochen- oder gar Tagesrhythmus durch Austausch der entsprechenden Preisliste durchgeführt wird, um den sehr dynamischen Preisveränderungen in diesem Markt in ausreichendem Maße gerecht zu werden. Weitere relevante Klauseln sind im Rahmen der jeweiligen Leistungspflichten die genaue Bestimmung der **Grenzen der Verantwortung** in technischer und betrieblicher Hinsicht sowie die **Qualitätsparameter** der einzelnen Dienste.

4.7.3.6 Zusammenschaltungen mit und unter Mobilfunknetzbetreibern

- 321 Aufgrund der Tatsache, daß bisher seitens der Regulierungsbehörde bei den beiden Marktführern Mannesmann/Vodafone und T-Mobil noch **keine marktbeherrschende Stellung** festgestellt worden ist¹, kommen die Zugangsregelungen und die Vorgaben aus §§ 35 und 33 TKG nicht unmittelbar zur Anwendung. Das bedeutet, daß die Prinzipien aus den §§ 36 und 37 TKG die gesetzliche Grundlage für die Ausgestaltung der Zusammenschaltungsvereinbarungen mit den Mobilfunknetzbetreibern darstellen. Zwar existieren bereits verschiedene Zusammenschaltungsvereinbarungen mit Mobilfunknetzbetreibern, ein Anordnungsverfahren ist indessen noch nicht zu Ende geführt worden².
- 322 Angesichts der wachsenden Bedeutung des Mobilfunks in der Telekommunikation sowie mit Blick auf die Entwicklung der UMTS-Netze ist allerdings zu erwarten, daß es bald zu Streitigkeiten kommen wird, die von der Regulierungsbehörde entschieden werden müssen.

4.8 Anordnung von Netzzusammenschaltungen gemäß § 37 TKG

- 323 Die **Zusammenschaltungspflicht** nach § 37 TKG ist in einem engen Kontext mit der Verhandlungspflicht nach § 36 TKG sowie als notwendige

1 Allerdings gibt es Anzeichen dafür, daß die Regulierungsbehörde in Erwägung zieht, ihre bisherige Sichtweise zu überprüfen.

2 Eingeleitete Verfahren wurden bislang durch Antragsrücknahme beendet.

5. Vertragsrecht der Telekommunikationsdienstleistungen und Kundenschutz

5.1 Einleitung

Mit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes in Deutschland, die 1989 mit der Postreform I ihren Anfang nahm, wandelte sich auch das Verhältnis des Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen zu seinen Abnehmern. Aus „Antragstellern“ wurden Kunden, die Rechte und Pflichten aus ihrem Vertragsverhältnis ableiten konnten. Mit der ersten Telekommunikations-Kundenschutzverordnung wurde der gesetzliche Rahmen für die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Anbieter der Telekommunikationsdienstleistung und den Kunden geschaffen. Verpflichteter war insoweit nur der damalige Monopolist, die jetzige DTAG. Mit dem Auftreten von Wettbewerbern im Kernbereich der Telekommunikationsdienstleistungen, dem Sprach-Telefondienst, bestand eine Notwendigkeit, die entsprechenden Vorschriften auch auf die wettbewerbenden Anbieter zu erstrecken. Entsprechend wurde der fünfte Teil in das Telekommunikationsgesetz aufgenommen und mit ihm die Rechtsgrundlage zum Erlaß einer allgemeinen Kundenschutzverordnung in § 41 TKG. Auf dieser Basis trat schließlich mit dem 1. Januar 1998 die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, wie sie heute Anwendung findet, in Kraft. Sie bildet weiterhin den Kern des Verhältnisses der Kunden zu ihrem Telekommunikationsdiensteanbieter. 1

5.2 Telekommunikationsdienste

Die Telekommunikationsverträge können einen vielfältigen Inhalt haben. Den Kern bietet stets ein Telekommunikationsdienst. Dieser ist nach § 3 Ziff. 18 TKG das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Erfolgt das Angebot an beliebige natürliche oder juristische Personen und nicht lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen, spricht man von einer Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit (§ 13 Ziff. 19 TKG). 2

Im wesentlichen kann man vier Kategorien für die Telekommunikationsdienste bilden, die im folgenden näher dargestellt werden: 3

5.2.1 Teilnehmeranschluß

- 4 Um überhaupt an der Telekommunikation teilnehmen zu können, benötigt der Nutzer einen Teilnehmeranschluß, d. h. den Zugang zu einem Telekommunikationsnetz. Dieser erfolgt in der Regel über ein Endgerät und die (Teilnehmer-)Anschlußleitung. Bei einem Festnetzanschluß wird hierzu eine physikalische Leitung zum Standort des Endgerätes hergestellt. Hierbei handelt es sich entweder um die seit Jahrzehnten benutzte Kupferleitung oder eine moderne Glasfaserleitung. Diese enden in einer Anschlußbuchse (TAE), an die eines oder mehrere Endgeräte oder gar ein lokales Telefonnetzwerk, wie es in Firmen und Behörden zu finden ist, angeschlossen werden.
- 5 Mit modernen Funktechnologien ist es zwischenzeitlich möglich, die sogenannte „letzte Meile“, das heißt also die Verbindung vom öffentlichen Telefonnetz zum Teilnehmer, drahtlos, d. h. über Funkwellen, herzustellen (Wireless Local Loop). Hierzu muß vor die TAE in der Regel noch ein Funkempfangs- und Sendegerät geschaltet werden.
- 6 Eine zwischenzeitlich höchst erfolgreiche Form des Teilnehmeranschlusses stellt der Mobilfunk dar. Dabei wird das Endgerät des Nutzers über die sogenannte SIM-Karte identifiziert und der entsprechende Teilnehmeranschluß unabhängig vom Standort des Kunden bereitgestellt.
- 7 Der Zugang zum Teilnehmeranschluß hat für Wettbewerber eine hohe Bedeutung, da über ihn die Nutzung aller weiteren Telekommunikationsdienste erst ermöglicht wird. Im Falle der Hausanschlußleitung und des Wireless-Local-Loop-Zugangs sind mit der Herstellung der Teilnehmer-Anschlußleitung erhebliche Vorkosten verbunden.

5.2.2 Verbindungsleistungen

- 8 Ist der Teilnehmeranschluß hergestellt, so besteht für viele Telekommunikationsdienstleistungen die wesentliche Leistung des Telekommunikationsdiensteanbeiters in der Herstellung einer im Einzelfall aufgebauten Verbindung zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen über eine im jeweiligen Einzelfall angewählte Teilnehmerrufnummer. Die Verbindung wird in der Regel mit Beendigung des Gesprächs unterbrochen. Eine Abrechnung erfolgt gegenüber dem anrufenden Teilnehmer auf Basis der Nutzungszeit (Prinzip: „calling party pays“).

5.2.2.1 Sprachtelefondienst

- 9 Die häufigste Telekommunikationsdienstleistung im Massenmarkt ist der Sprachtelefondienst, bei den zwei oder mehreren Teilnehmern die

Möglichkeit zum verbalen Austausch von Informationen in Echtzeit gegeben wird (zur Definition siehe § 3 Ziff. 15 TKG).

5.2.2.2 Datendienste

Neben der Übertragung von Sprache werden die Telekommunikationsnetze auch zur Übermittlung von Daten benutzt. Dabei kann eine Vielzahl von Übertragungsverfahren mit entsprechenden Kapazitäten genutzt werden. Aus einer ursprünglichen Trennung zwischen Sprach- und Datennetzen ist zwischenzeitlich – zumindest im Bereich der Massenkunden – eine Integration dieser Dienste (z. B. Telefax und Telefon) über dieselbe Teilnehmeranschlußleitung geworden. Auch der Zugang zum Internet erfolgt in den meisten Haushalten über die „normale“ Teilnehmeranschlußleitung. Selbstverständlich gibt es auch heute noch Teilnehmeranschlüsse, die ausschließlich für Datendienste genutzt werden und in der Regel über ein eigenes Übertragungsverfahren verfügen (z.B. Datex-P). 10

5.2.3 Mehrwertdienste

Eine besondere Fallgruppe bilden die Telekommunikations-Mehrwertdienste. Sie sind gesetzlich nicht eindeutig geregelt. Grundsätzlich handelt es sich hierbei um besondere Dienstleistungen, die über die Telekommunikationsverbindung angeboten werden. Zu den ursprünglichen Mehrwertdiensten gehören z. B. die Telefonauskunft, Zeitansage, Weckruf etc. Schon vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes hat sich auch ein Markt für solche Mehrwertdienste gebildet, die ein weiter gehendes Informationsangebot zum Inhalt hatten. Besondere – wirtschaftliche – Bedeutung haben dabei von Beginn an die sogenannten Sex-Telefon-Dienste. 11

In den wenigsten der o.g. Fälle handelt es sich rechtlich um – reine – Telekommunikationsdienstleistungen. In der Regel wird davon auszugehen sein, daß lediglich der Verbindungsaufbau und das Halten der Verbindung als Telekommunikationsdienstleistung zu betrachten ist. Das eigentliche inhaltliche Angebot stellt für sich keine Telekommunikationsdienstleistung dar. Dies führt zu einer Reihe von Problemen, die insbesondere dann deutlich werden, wenn eine Mehrzahl von Beteiligten auftritt (siehe hierzu auch unten Rz. 32 ff.). 12

Die Einordnung eines Mehrwertdienstes als Telekommunikationsdienstleistung hat für den Erbringer aber auch bestimmte Vorteile, wenn es um den Bezug von Teilleistungen für die Erbringung seines Dienstes geht (z. B. die Rechte aus § 33 TKG). Die Frage, ob der sich als gemischte 13

Dienstleistung darstellende Mehrwertdienst in der Tat eine Telekommunikationsdienstleistung ist, wurde bislang nur für die Telefonauskunft positiv entschieden. Diese Entscheidung dürfte aber nicht repräsentativ sein, da sie sich auf eine Argumentation stützt, die nicht ohne weiteres für andere Mehrwertdienste zutrifft. Nach § 1 Ziff. 2a der Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung ist das jederzeitige Erteilen von Auskünften über Rufnummern einschließlich der Netzkennzahlen von Teilnehmern im lizenzierten Bereich und von Anschlußinhabern ausländischer Telefondienste eine nicht lizenzpflichtige Telekommunikationsdienstleistung, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Sprachtelefondienst steht, und ist daher als Universaldienstleistung bestimmt. Der Auskunftsdienst wird also nicht als Nebenleistung, sondern selbst als Telekommunikationsdienstleistung angesehen. Eine Einordnung, die sich nicht ohne weiteres aus den Begriffsbestimmungen in § 3 Ziff. 18 und Ziff. 16 TKG ergeben würde.

5.2.4 Übertragungswege

- 14 Eine weitere Telekommunikationsdienstleistung stellt die Bereitstellung von Übertragungswegen für – in der Regel – Punkt-zu-Punkt-Verbindungen dar. Diese Übertragungswege können wiederum leitungsgebunden sein oder aber auch durch sogenannte Richtfunkverbindungen hergestellt werden. Der Kunde mietet diese Übertragungswege oder Teile hiervon an und zahlt meistens eine nutzungsunabhängige Bereitstellungsgebühr für die ihm überlassene Bandbreite auf dem Übertragungsweg.

5.3 Vertragsparteien

- 15 Das Telekommunikationsgesetz und die damit in Verbindung stehenden Rechtsvorschriften arbeiten mit einer Vielzahl verschiedener Definitionen der an der Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung Beteiligten. Dem TKG ist insoweit eine Reihe von Begriffsbestimmungen in § 3 vorangestellt, die aufgrund einer Reihe von Querverweisungen schon nicht auf den ersten Blick verständlich sind. Gänzlich unübersichtlich werden die Begriffe aber im Bereich der Regelung der Kundenbeziehungen. Die Telekommunikationskundenschutzverordnung (siehe zu deren Inhalten Rz. 181 ff.) unterscheidet zunächst zwischen dem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen und dem Kunden. Tatsächlich versteckt sich hinter diesen Begriffen jedoch eine Reihe von Abgrenzungen, die im folgenden kurz dargestellt werden sollen:

5.3.1 Anbieter

Der Kern der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung bezieht sich auf die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (zur Definition dieses Begriffes siehe § 3 Ziff. 19 TKG) oder auch Diensteanbieter (siehe § 4 Abs. 2 TKV). Mit diesem Begriff werden umfassend alle Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit angesprochen. Er findet sich in §§ 1, 7 Abs. 1 und Abs. 2, 8, 11 Abs. 3, 15, 18, 27 Abs. 1, 28, 34 Abs. 2 TKV und mit einer Einschränkung auf marktbeherrschende Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit in §§ 2, 3 Abs. 1, 16, 17, 27 und 30 TKV. Eine besondere Fallgruppe bilden die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, die ihre Leistungen auf den für die Sprachkommunikation für die Öffentlichkeit vorgesehenen Telekommunikationsnetzen erbringen (siehe § 16 Abs. 1 TKV). Inwieweit sich solche Anbieter von Sprachtelefondienstleistern unterscheiden, ist unklar. Die Sprachtelefondienstleister bilden an sich eine Untergruppe der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen (zur Definition der Sprachtelefondienste siehe § 3 Ziff. 15 TKG). Spezielle Regelungen finden sich in §§ 9, 13 Abs. 2, 14, 19 Abs. 1 TKV. Weitere Untergruppen bilden die Sprachtelefondienstleister für die Öffentlichkeit in § 21 TKV¹ und die marktbeherrschenden Anbieter von Sprachtelefondiensten in §§ 17 Abs. 3, 32 Abs. 1, 33 Abs. 1, 34 Abs. 2 und 36 TKV. 16

Als Gegenstück zu den Sprachtelefondienstleistern kennt das Gesetz die Anbieter von Übertragungswegen, für die sich Regelungen in § 24 TKV und, soweit sie marktbeherrschend sind, in §§ 25, 26, 27 Abs. 3 und 34 Abs. 1 TKV finden. 17

Unklar ist, ob der Gesetzgeber die Betreiber von (öffentlichen) Telekommunikationsnetzen auch als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit ansieht. Hiergegen könnte der Wortlaut von § 34 Abs. 2 TKV sprechen, in dem beide nebeneinander erwähnt werden. Tatsächlich geht aber wohl auch die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung davon aus, daß es sich bei den Betreibern (öffentlicher) Telekommunikationsnetze um Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit handelt. Die Betreiber (öffentlicher) Telekommunikationsnetze (Netzbetreiber; siehe § 4 Abs. 3 TKV) sind besonders in §§ 4 Abs. 1, 24 Abs. 1, 34 Abs. 2 TKV erwähnt. Besonderen Anforderungen unterliegen aber auch die Anbieter von Zugängen zum öffentlichen Telekommunikationsnetz, die nicht selbst 18

¹ Eine Unterscheidung, die an sich überflüssig ist, da der Sprachtelefondienst über § 3 Ziff. 15 TKG bereits als ein Angebot für die Öffentlichkeit definiert ist.

Netzbetreiber sind. Deren Verpflichtungen finden sich in §§ 10, 15, 20 Abs. 1, 31, 35 Abs. 1 TKV. Soweit sie einen allgemeinen Zugang anbieten, finden ergänzend die Bestimmungen des § 13 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 TKV Anwendung. Spezielle Vorschriften für die Anbieter von Zugängen zu einem festen Telekommunikationsnetz ergeben sich aus §§ 19 Abs. 1, 27 Abs. 2, 32 Abs. 1, 33 TKV.

- 19 Weitere besondere Vorschriften gelten für Unternehmen, die Universaldienstleistungen erbringen. Während §§ 6 Abs. 1, 9 und 11 TKV für alle diese Unternehmen gelten, findet § 36 TKV nur auf diejenigen Unternehmen Anwendung, die gleichzeitig marktbeherrschende Anbieter von Sprachtelefondienst sind. Werden Übertragungswege als Universaldienst angeboten, ergeben sich weitere Pflichten aus § 23 TKV.
- 20 Eine Sondervorschrift findet sich schließlich noch für Auskunftsdiensteanbieter in § 32 Abs. 2 TKV. Auch hierdurch wird die besondere Stellung des Auskunftsdienstes im Bereich der Mehrwertdienste unterstrichen.
- 21 Im Ergebnis ist festzustellen, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen eine Reihe von Wertungsunterschieden getroffen hat, die zu einem Wirrwarr von Vorschriften führen. In vielen Fällen dürfte nicht klar sein, warum bestimmte Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ein Privileg besitzen und andere nicht. Dies gilt z. B. für § 36 TKV und auch § 32 Abs. 1 TKV, durch die alle Anbieter von Zugängen zu festen Telekommunikationsnetzen und über § 32 Abs. 2 TKV auch die Auskunftsdiensteanbieter unabhängig von ihrer Stellung im Markt aber nur die marktbeherrschenden Sprachtelefondiensteanbieter verpflichtet werden. Es empfiehlt sich mithin, vor einer Anwendung von Vorschriften deren Anwendungsbereich gründlich zu prüfen.

5.3.2 Kunden/Nutzer/Teilnehmer

- 22 Dem Begriff der Anbieter steht der Begriff der Kunden gegenüber. Auch insoweit trifft das Gesetz eine Reihe von Differenzierungen. Kunden sind zunächst alle, die das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit vertraglich in Anspruch nehmen (siehe § 1 Abs. 1 TKV). Neben dem Begriff des Kunden kennt das Gesetz aber auch den der Nutzer (z. B. § 7 TKV) und der Teilnehmer (z. B. § 21 TKV). Nutzer sind nach § 3 Ziff. 11 TKG Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen. Dagegen ist der Begriff des Teilnehmers, obgleich er z. B. auch in § 12 TKG auftaucht, nicht definiert. Aus § 21 Abs. 2 TKV läßt sich ableiten, daß als Teilnehmer zunächst der Inhaber des Netzzugangs angesehen wird. Dieser kann verlangen, daß auch Mit-

benutzer in ein Teilnehmerverzeichnis eingetragen werden. Hieraus ergibt sich der Schluß, daß der Teilnehmerbegriff weiter als der des Kunden ist, da ein Mitbenutzer nicht notwendigerweise eine eigene vertragliche Beziehung zum Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen unterhält.

Wesentlich für die Anwendung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung ist die Unterscheidung zwischen Endkunden und Wiederverkäufern, wie sie z. B. in den §§ 21 Abs. 2 und 27 TKV getroffen wird. Diese Unterscheidung macht zunächst deutlich, daß der Kundenbegriff sich nicht allein auf die Endkunden bezieht und damit auch die Wiederverkäufer und sogar solche Kunden umfaßt, die ihrerseits Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit sind. Dieser Anwendungsbereich zeigt sich z. B. gerade auch in § 7 Abs. 2 TKV¹. 23

5.4 Kombination von Beteiligten

Wie oben unter Ziff. 3 dargestellt, bieten die gesetzlichen Vorschriften keine praktikable Möglichkeit zur Ordnung der Beteiligten im Rahmen der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Situation durch eine Kombination der Beteiligten komplexer darstellt als die reine Beziehung eines Anbieters zu seinem (End-)Kunden. Dies kann an drei Fallgruppen veranschaulicht werden. 24

5.4.1 Leistungskette im Mobilfunk

Aufgrund der Lizenzaufgaben sind die Mobilfunknetzbetreiber gezwungen, auch sogenannte Serviceprovider als Wiederverkäufer ihrer Leistungen zuzulassen. Hierdurch ergibt sich eine Dreierkette, bei der der Serviceprovider die Netzleistungen des Mobilfunknetzbetreibers „einkauft“ und unter seinem eigenen Namen so wie in der Regel über ein eigenes Tarifmodell an die Endkunden vertreibt. Der Kunde hat in diesem Fall keine direkte Beziehung zum Netzbetreiber. Der Serviceprovider erbringt keine eigenen Netzleistungen, sondern bietet allenfalls ein differenziertes Dienstangebot im Bereich der Mehrwertdienste an. Die Tendenz geht dahin, daß in einer gewissen Weise der Serviceprovider in der Zukunft auch Netzintelligenz zur Verfügung stellt, ohne aber ein eigenes Mobilfunknetz aufzubauen. Man spricht in diesem Fall von einem virtuellen Netzbetreiber. 25

¹ Siehe hierzu auch ausdrücklich die Anmerkung zu § 1 der Begründung zur TKV, BR-Drucks. 551/97, S. 28.

- 26 Die dreistufige Leistungskette erweitert sich dann, wenn es um das Angebot von Mehrwertdiensten geht. Diese werden entweder über den Netzbetreiber oder den Diensteanbieter zur Verfügung gestellt (zu den Problemen siehe unten Rz. 32 ff.).

5.4.2 Leistungsbeziehungen in der Multi-Carrier-Umgebung

- 27 Mit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes sind an der Leistungserbringung im Bereich der Telekommunikation mitunter mehr als ein Netzbetreiber bzw. Telekommunikationsdiensteanbieter beteiligt. Es gibt ähnliche Wiederverkaufsmodelle wie im Mobilfunk, aber auch die Kombination der Leistung von Netzbetreibern. Besondere Bedeutung hat seit der Marktöffnung die Nutzung von Leistungen von sogenannten Verbindungsnetzbetreibern durch die Endkunden. Dabei kann der Kunde entweder wahlweise im Einzelfall (Call-by-Call) oder über eine dauerhafte Voreinstellung (Preselection) einen Netzbetreiber auswählen, der das Telefonat von dem Anbieter des Netzzugangs übernimmt und selbst oder über einen anderen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen zu dem gewünschten Gesprächspartner die Verbindung aufbaut.
- 28 Die Leistungsbeziehungen aus Sicht des Verbindungsnetzbetreibers sehen folgendermaßen aus:
- 29 Zu den anderen Betreibern der öffentlichen Telekommunikationsnetze besteht eine Zusammenschaltungsbeziehung, bei der einerseits eine Zuführungsleistung von dem Teilnehmernetzbetreiber des Anrufers und eine Terminierungsleistung von dem Teilnehmernetzbetreiber des Angerufenen in Anspruch genommen wird.
- 30 Der Kunde unterhält zwar seinen Teilnehmeranschlußvertrag mit seinem Teilnehmernetzbetreiber, hinsichtlich der jeweiligen Telekommunikationsverbindung entsteht ein Vertragsverhältnis jedoch direkt mit dem Verbindungsnetzbetreiber. Der Verbindungsnetzbetreiber legt die Preise für die Verbindung fest und trägt auch das Forderungsausfallrisiko, d. h., er muß unabhängig von seinem eigenen Zahlungseingang die in Anspruch genommenen Leistungen der anderen Netzbetreiber abgelenken.
- 31 Im Fall der Call-by-Call-Auswahl eines Verbindungsnetzbetreibers wird in der Regel der Verbindungsnetzbetreiber aber dem Endkunden nicht selbst eine Rechnung stellen wollen. Bei der Vielzahl der möglichen Kunden und der u. U. nur geringen Gebühren der einzelnen Telefonate wäre dies ein unwirtschaftlicher Vorgang. Insoweit erfolgt die Rechnungstellung über den Teilnehmernetzbetreiber des Anrufers. § 15 Abs. 1 TKV gibt dem Kunden sogar ein Recht auf einheitliche Rech-

nungstellung durch seinen Anbieter des Netzzugangs. Selbstverständlich kann aber die Verpflichtung des Anbieters, auch Leistungen Dritter in Rechnung zu stellen, nicht die Verpflichtung zur Übernahme des entsprechenden Forderungsausfallrisikos beinhalten.

5.4.3 Mehrwertdienste in der Multi-Carrier-Umgebung

Noch etwas komplexer wird die Situation, wenn die Kunden im Rahmen einer Multi-Carrier-Beziehung Leistungen von Mehrwertdiensteanbietern in Anspruch nehmen. Vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes erfolgte die Erbringung von Mehrwertdiensten über das Tarifmodell des Telekommunikationsdiensteanbieters. Dieser erhob ein von ihm festgesetztes Entgelt für die Verbindung zu bestimmten Rufnummern. Der Mehrwertdiensteanbieter erhielt einen Anteil des Gebührenaufkommens für seine Leistung, ohne daß es notwendigerweise zu einer direkten Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdiensteanbieter gekommen ist. Der Telekommunikationsdiensteanbieter trat gewissermaßen als Wiederverkäufer der Leistung des Mehrwertdiensteanbieters auf. 32

Auch in der Multi-Carrier-Umgebung findet dieses Wiederverkäufer-Modell noch vielfach Anwendung. In diesem Fall ist dann der terminierende Netzbetreiber derjenige, der den Tarif für den Mehrwertdienst festsetzt und an den Mehrwertdiensteanbieter das vereinbarte Entgelt auskehrt. Der terminierende Netzbetreiber wird aber in der Regel selbst keine Beziehung zu dem anrufenden Endkunden haben, sondern sein Mehrwertdiensteentgelt dem Teilnehmernetzbetreiber des Anrufers oder dessen ausgewähltem Verbindungsnetzbetreiber in Rechnung stellen; mit dem Ergebnis, daß es eine zweite Wiederverkaufsstufe gibt, bei der der Teilnehmernetzbetreiber oder ausgewählte Verbindungsnetzbetreiber selbst nochmals als Wiederverkäufer auftritt und insoweit nochmals die Möglichkeit hat, eine Entgeltfestsetzung vorzunehmen. Für den Mehrwertdiensteanbieter bedeutet dies, daß er weder eine direkte Endkundenbeziehung noch eine Möglichkeit zur Festsetzung des Endkundenentgeltes hat. Dies kann zu vielfältigen Problemen, insbesondere bei der Vermarktung des Mehrwertdienstes, führen. Zu erwähnen seien nur die Preisauszeichnungspflichten, die bei bestimmten Mehrwertdiensten eine Ansage über das geforderte Entgelt zu Beginn der entsprechenden Verbindung erforderlich machen. 33

Diesem (mehrstufigen) Wiederverkaufsmodell kann ein Modell der direkten Kundenbeziehung zwischen Mehrwertdiensteanbieter und dem Endkunden gegenübergestellt werden. In diesem Fall kauft der Mehrwertdiensteanbieter eine Zuführungsleistung zu seinem Mehrwertdienst bei seinem (Teilnehmer-)Netzbetreiber ein. Die Leistung des Netzbetreibers 34

bers besteht darin, dem Mehrwertdiensteanbieter die Anrufer unter der Mehrwertdiensternummer zuzuführen. Hierfür muß der Mehrwertdiensteanbieter ein Verbindungsentgelt bezahlen. Auch in diesem Fall kann es zu einer mehrstufigen Leistungsbeziehung kommen, wenn der Mehrwertdienst auch aus anderen Netzen als dem (Teilnehmer-)Netz, auf dem der Mehrwertdienst selbst realisiert ist, erreichbar sein soll. Der (Teilnehmer-)Netzbetreiber des Mehrwertdiensteanbieters muß dann entlang der Leistungskette seinerseits Zuführungsleistungen in Anspruch nehmen und hierfür das jeweils vereinbarte Entgelt bezahlen. Ist die Leistungsbeziehung entsprechend aufgebaut, kommt eine direkte Kundenbeziehung zwischen dem Endkunden und dem Mehrwertdiensteanbieter zustande. Der Mehrwertdiensteanbieter kann sein Entgelt dem Kunden gegenüber eindeutig festlegen und muß selbstverständlich bei der Entgeltberechnung die für die Zuführungsleistung zu bezahlenden Entgelte berücksichtigen. Ein weiterer Vorteil dieser Art der Leistungserbringung besteht darin, daß das Inkassorisiko eindeutig auf den Mehrwertdiensteanbieter verlagert ist. Die an der Erbringung der zugrundeliegenden Telekommunikationsleistung beteiligten Anbieter erhalten das entsprechende Entgelt jeweils von ihren direkten Vertragspartnern und können daher ihr Risiko entsprechend kalkulieren und begrenzen.

- 35 Für den Mehrwertdiensteanbieter stellt sich allerdings entsprechend der Verbindungsnetzbetreiberleistungen im Falle des Call-by-Call das Problem des Inkassos. In der Regel werden sie auf die Inkassoleistungen des Teilnehmernetzbetreibers des Anrufers angewiesen sein. Mangels einer direkten Vertragsbeziehung mit den an der Leistungserbringung beteiligten Telekommunikationsdiensteanbietern ist auch diese Inkassoleistung entsprechend der Leistungskette abzuwickeln.

5.5 Vertragstypen

- 36 Die rechtliche Einordnung der Vereinbarung zwischen Sprachtelefonanbietern und den jeweiligen Kunden bedarf einer Klärung. Eindeutig rechtlich einordnen lassen sich nur einzelne Bestandteile des Vertrages, nämlich die entgeltpflichtige Überlassung des Telefonanschlusses bzw. der SIM-Karte im Mobilfunkbereich sowie die Einräumung der Möglichkeit, Telefonverbindungen über diesen „Anschluß“ zu betreiben. Diese aus zwei Komponenten bestehende Vereinbarung wird im folgenden als „Telefonvertrag“ bezeichnet.
- 37 Dieser Telefonvertrag könnte aufgrund seiner verschiedenen Vertragselemente sowohl als ein zusammengesetzter Vertrag oder als gemischt-typi-

scher Vertrag eingeordnet oder aber bei einer Trennung der Komponenten als zwei getrennte Verträge qualifiziert werden.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur qualifiziert diese entgeltliche Überlassung des Anschlusses und der Bereitstellung von Verbindungsleistungen als zwei Komponenten **eines** gemischt-typischen Vertrages¹. Nach der Gegenauffassung sind die Hauptleistungspflichten getrennt zu bewerten². 38

Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen, da die rechtliche Bewertung der genannten Vertragsbestandteile als isolierte Verträge sowohl in funktionaler Hinsicht als auch im Rahmen des zeitlichen Ablaufs des Vertragsschlusses eine künstliche Trennung eines einheitlichen Vorganges darstellen würden. Aus einem ähnlichen Grund ist auch die Qualifikation der genannten Vertragsbestandteile als Teile eines zusammengesetzten Vertrages abzulehnen. Ein solcher läge nur dann vor, wenn unter Auslegung des entsprechenden Parteiwillens eine vertragliche Einheit gewollt ist. Eine solche Einheit wird regelmäßig dann angenommen, wenn die Parteien davon ausgehen, daß die einzelnen Vertragskomponenten nicht isoliert getrennten Rechtsfolgen zugeführt werden sollen, sondern der gesamte Vertrag einheitlich steht oder fällt. Beim Telefonvertrag ist es aber nicht nur denkbar, sondern der Regelfall, daß Leistungsstörungen sich ausschließlich auf die Verbindungskomponente der Vereinbarung beziehen. Die Klärung dieser Fragen ist aber von dem Bestand oder auch der Mangelhaftigkeit der Anschlußkomponente völlig unabhängig. Nur durch diese Unabhängigkeit wird gewährleistet, daß beispielsweise bei einer Anpassung oder Teilnichtigkeit der Vermittlungskomponente diese Änderungen bei einem gleichzeitigen Bestand der Anschlußkomponente nicht in einem ansonsten möglicherweise bestehenden Wertungswiderspruch zu den mietvertraglichen Gewährleistungsregeln stehen. Der Mindermeinung ist entgegenzuhalten, daß bereits § 3 Nr. 15 TKG unter Sprachtelefondienst „die gewerbliche Bereitstellung für die Öffentlichkeit des direkten Transports unter der Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu den Netzabschlußpunkten des öffentlich vermittelten Netzes versteht, wobei jeder Benutzer das an einem solchen Netzabschlußpunkt angeschlossene Endgerät zur Kommunikation mit einem anderen Netzabschlußpunkt verwenden kann“. Die Bereitstellung des Telefonanschlusses ist somit unmittelbare technische Voraussetzung für die spätere Herstellung von Netzverbindungen, so daß die von der Gegenauffassung vertretene isolierte Bewertung der rechtlichen Teilkomponenten einen einheitlichen Vorgang willkürlich 39

1 BGHZ 101, 396; BGH, NJW 1997, 1069. Vgl. auch *Graf von Westphalen/Grote/Pohle*, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 25.

2 Vgl. *Korf*, CR 1995, 518, 520.

aufspaltet. Es zeigt sich im Rahmen der Gewährleistung, daß der Netzbetreiber bei Durchführung von Entstörungsmaßnahmen diese nicht nur bezogen auf den Telefonanschluß oder einzelne Netzverbindungen erbringt, sondern diese Gewährleistung auf das gesamte Vertragsverhältnis erstreckt. Eine Differenzierung nach den jeweiligen Hauptleistungspflichten ist auch aus rechtlicher Sicht nicht unbedingt geboten. So lösen Leistungsstörungen von gemischt-typischen Verträgen die mit der jeweiligen schwerpunktmäßig betroffenen Vertragskomponente verbundene Rechtsfolge aus¹. Eine andere Betrachtungsweise wäre nur dann geboten, wenn der Netzbetreiber nicht gleichzeitig auch für die Herstellung der Netzverbindung zuständig ist. Dieses ist für Deutschland nicht der Fall, weil der Netzbetreiber auch immer der Hersteller der Netzverbindung ist.

- 40 Somit ist, der herrschenden Meinung folgend, der Telefonvertrag als gemischt-typischer Vertrag anzusehen, bei dem im Falle der Störung einer der Hauptleistungspflichten die für den entsprechenden Vertragstyp vorgesehenen zivilrechtlichen Normen heranzuziehen sind.

5.5.1 Verträge zwischen Telekommunikationsanbietern und Endkunden

- 41 Verträge zwischen Telekommunikationsdienstleistern und ihren Endkunden (in der Literatur häufig auch als Teilnehmer bezeichnet) basieren nach der Privatisierung des Telefonsektors im Zuge der Postreform² nach § 9 Abs. 1 Fernmeldeanlagenengesetz und dem Marktzutritt etlicher Wettbewerber zur DTAG auf rein privatrechtlichen Grundsätzen³. Die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze werden jedoch in Ausnahmesituationen, in denen beispielsweise ein Endkunde für eine wichtige Dienstleistung nur auf ein Unternehmen zugreifen kann, enger interpretiert. So steht einem solchen Unternehmen nur eingeschränkt ein Zurückbehaltungsrecht aus §§ 273, 320 BGB zu, da der Endkunde auf die Leistung angewiesen ist⁴.
- 42 Die Teilnahme des Einzelnen an der Sprachtelefonie basiert sowohl beim Festnetzvertrag als auch beim Mobilfunkvertrag auf einem gemischt-typischen Vertrag. Auf eine Kurzformel gebracht werden zeitgleich im Rahmen des Festnetz- wie auch des Mobilfunkvertrages eine **Anschlußkomponente** für die Bereitstellung und Überlassung des Teil-

1 Vgl. Palandt/Heinrichs, Einf. Vor § 305 Rz. 25a m. w. N.

2 Vgl. dazu *Leitermann*, in: Beyond the Telecommunications Act, 1998, S. 245 (247).

3 Vgl. MünchKomm/Voelskow, Vor § 535, Rz. 14.

4 AG Frankfurt, BS v. 2. 2. 1994 – 29 C 2767 94.

nehmeranschlusses bzw. die Aktivierung der Mobilfunk-(SIM-)Karte sowie jeweils für die Bereitstellung einer Rufnummer und eine **Verbindungskomponente**, durch die die weiteren technischen Voraussetzungen zur Durchführung von Telefonaten geschaffen wird, vereinbart. Es bestehen mehrere Hauptleistungspflichten, die vertragstypisch zu qualifizieren sind. Da hier jeweils ein Erfolg geschuldet wird, kommt ein Werkvertrag in Frage.

5.5.1.1 Anschlußvertrag

Im Rahmen des sogenannten Festnetzanschlußvertrages überläßt der Netzbetreiber dem Endkunden zum einen den Telefonanschluß und gibt ihm durch diesen die Möglichkeit, Telefonverbindungen entgegenzunehmen oder herzustellen. Es liegt ein Dauerschuldverhältnis vor. Auf Grund dieses leistungsmäßigen Zweiklangs qualifiziert die herrschende Meinung in der Literatur den Festnetzvertrag als aus miet- und werkvertraglichen Teilkomponenten bestehendes Vertragswerk¹. 43

Unter Berücksichtigung der Vertragsleistung des Netzbetreibers liegt es nahe, die Überlassung des Telefonanschlusses als mietvertragliche Komponente zu charakterisieren. Der Telefonanschluß ist ein körperlicher Gegenstand i. S. d. § 90 BGB, zu dessen Gebrauchsüberlassung sich der Netzbetreiber gegenüber dem Kunden während eines vertraglich vorgesehenen Zeitraumes, meist jedoch unbefristet, verpflichtet. Diese entgeltliche Gebrauchsüberlassung entspricht inhaltlich der Miete. 44

Auch die gemäß § 12 TKV vorgesehene Verpflichtung, zumindest bezüglich des marktbeherrschenden Netzbetreibers, Störungen des Sprachtelefondienstes auf Verlangen des Kunden **unverzüglich** nachzugehen, legt auf Grund der Analogie zu § 536 BGB die Annahme einer mietvertraglichen Komponente nahe. Auch wenn § 12 TKV durch den engeren Zeithorizont zur Behebung des Mangels im Vergleich zu § 536 BGB dem Vermieter eine schärfere Obliegenheit auferlegt, entspricht auch diese gesetzliche Vorschrift der Pflicht des Vermieters, dem Mieter die vermietete Sache in einem zu dem vertragsgemäßen Verbrauch geeigneten Zustand zu überlassen und auch während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten². 45

Im Rahmen des Mobilfunk(anschluß)vertrages wird dem Kunden des Mobilfunkanbieters die Möglichkeit gegeben, mit jedem beliebigen Teilnehmer in einem Mobil- oder Festnetz per Sprachtelefonie zu kommuni- 46

1 Vgl. *Imping*, Vertragsrecht der TK-Anbieter, S. 329. Vgl. auch *Graf von Westphalen/Grote/Pohle*, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 170 f.

2 So auch Beck TKG-Komm/*Kerkhoff*, 2. Aufl., Anh. § 41 zu § 12 TKV, Rz. 6.

zieren. Hierbei werden durch Aktivierung der sogenannten SIM-Karte und die Zuteilung einer speziellen Mobilfunkrufnummer alle technischen Voraussetzungen zur Durchführung von Telefongesprächen geschaffen.

- 47 Nach einer Auffassung in der Literatur ist im Gegensatz zur Einordnung des Festnetzanschlußvertrages die rechtliche Charakterisierung des Mobilfunkanschlußvertrages nicht mit der Situation im Festnetz vergleichbar¹. *Imping* qualifiziert die Übergabe der SIM-Karte und die Freischaltung des Mobilfunktelefons nicht als Äquivalent zur Anschlußkomponente im Rahmen der Festnetztelefonvertrages.
- 48 Der Auffassung ist zunächst entgegenzuhalten, daß durch die Überlassung der Mobilfunkkarte (SIM-Karte) und die Einräumung der Rufnummer im Bereich des Verbindungsvertrages technisch genau derselbe Netzzugang ermöglicht wird wie durch die Bereitstellung und Überlassung des Teilnehmeranschlusses im Rahmen des Festnetzvertrages. Das im Regelfall entgeltlich überlassene Mobiltelefon, die SIM-Karte und die frei geschaltete Rufnummer sind somit das technische Äquivalent zum Festnetzanschluß und werden ebenfalls durch eine Grundgebühr vom Kunden vergütet. Der Mobilfunkanbieter übernimmt es auch, das Handy und/oder die SIM-Karte im Rahmen der Gewährleistungsvorschriften zu überprüfen. Die Situation ähnelt der mietvertraglichen Gewährleistung, weswegen Mietrecht Anwendung findet.

5.5.1.2 (Rahmen-)Verbindungsverträge

- 49 Für die Bejahung einer werkvertraglichen Komponente der Verbindungsleistung spricht der Umstand, daß der Netzbetreiber mit der Herstellung der vom Kunden gewünschten Netzverbindung nicht nur die technische Durchführung dieser Verbindung, sondern vielmehr das tatsächliche Zustandekommen einer solchen Endverbindung und somit einen Erfolg i. S. d. § 631 BGB verspricht².
- 50 Das Zurverfügungstellen des Telefonanschlusses und damit einhergehend die Möglichkeit des Endkunden, Telefongespräche zu führen, basiert nach einer Mindermeinung auf einem Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB³.
- 51 Diese Einschätzung basiert nach Auffassung ihrer Vertreter darauf, daß es bei der zu erbringenden Leistung vorrangig um die Leistung (das

1 Vgl. *Imping*, Vertragsrecht der TK-Anbieter, S. 9.

2 *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 T 15 m. w. N.

3 Vgl. *Hahn*, MMR 2000, 251 ff., der jedoch ohne weitere Begründung den Festnetzanschlußvertrag als TK-Dienstleistungsvertrag deklariert.

„Wirken“) und weniger um die Herbeiführung eines vereinbarten Arbeitsergebnisses (des „Erfolges“) geht.

Diese Auffassung überzeugt eher nicht, da es für den Kunden durchaus auf den Erfolg bei der Verbindungsleistung ankommt. 52

Aus den oben dargestellten Gründen ist zusammenfassend festzuhalten: Der Festnetzanschlußvertrag ist einschließlich seiner Ausgestaltung als Preselection oder Call-by-Call-Verfahren im Ergebnis aufgrund der ihm immanenten, verschiedenen Vertragstypen zuzuordnenden Kombination von Hauptleistungspflichten als gemischt-typischer Vertrag zu qualifizieren. 53

Auch beim Mobilfunk-Verbindungsvertrag hat die rechtliche Klassifikation unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, aber insbesondere unter Berücksichtigung der jeweiligen Hauptleistungspflicht, zu erfolgen. Da auch hier die vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht die „erfolgreiche“ Anbindung an das jeweilige Telekommunikationsnetz und die Möglichkeit der Gesprächsaufnahme gebunden ist, ist – wie bereits oben ausgeführt – ein stärkerer werkvertraglicher Einschlag ersichtlich. 54

Nach einer Mindermeinung wird jedoch der Mobilfunkverbindungsvertrag wiederum im Gegensatz zum Festnetzvertrag nicht als Werkvertrag ausgestaltet, sondern vielmehr als Dienstvertrag i. S. d. §§ 611 ff. BGB eingeordnet¹. Ob jedoch diese auf einer Entscheidung des OLG Düsseldorf² aus dem Jahre 1996 zurückgehende Argumentation auch heute noch haltbar ist, erscheint fraglich. 55

Für die Qualifikation des Verbindungsvertrages als Dienstvertrag wird angeführt, daß der Kunde des Mobilfunkanbieters für die Leistung sowohl einen monatlichen Grundpreis als auch ein variables Verbindungsentgelt entrichtet. Diese Argumentation ist nicht sonderlich stichhaltig. Zum einen müßte dann auch der Festnetzverbindungsvertrag als Dienstvertrag qualifiziert werden, was wie dargestellt nach einhelliger Auffassung nicht der Fall ist. Zum anderen ist beim Werkvertrag eine nachfrage- oder aufwandsabhängige Vergütung nach § 632 BGB nicht unüblich, weil die taxmäßige Vergütung nach Abs. 2 eine solche vorsieht. 56

Dem wird weiterhin entgegengehalten, daß nach der genannten Auffassung der Mobilfunkvertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren ist, da die 57

1 Schöpflin, BB 1997, 106; *Imping*, Vertragsrecht der Telekommunikationsanbieter, S. 361.

2 Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 374, 378.

vertragsbeendenden Regelungen der §§ 620 f., 626 BGB für die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses besonders geeignet seien. Werkvertragsrecht käme außerdem unter Berücksichtigung der Regelung über die Nachbesserung und Mängelbeseitigung nicht in Frage, da Störung der Verbindung grundsätzlich nicht nachzubessern oder einer Mängelbeseitigung zugänglich seien. Auch der potentielle Schadensersatzanspruch des Kunden wegen einer Schlechterfüllung des Vertrages sei durch die Regelung der positiven Vertragsverletzung im Rahmen des Dienstvertrages rechtlich angemessener ausgestaltet als die Regelung des § 634 Nr. 4 BGB zur Gewährung eines Schadensersatzes im Falle der Nichterfüllung des Vertrages.

- 58 Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß die vorgenannte Differenzierung anhand der vertragsauflösenden Normen bzw. einzelner Ausprägung nicht durchgreifen und somit nicht zu der von der Gegenauffassung angenommenen Qualifikation des Mobilfunkvertrages als Dienstvertrag führen wird, da diese Wertungswidersprüche auch alle beim Festnetzverbindungsvertrag anzutreffen sind. Ebenso ist – wie dort – beim Mobilfunkverbindungsvertrag auf die Hauptleistungspflicht abzustellen. Dies dürfte unstreitig in der Bereitstellung der technischen Möglichkeit sowie der konkreten Durchführung der Herstellung von Telefonverbindungen bestehen. Auch im Bereich des Mobilfunkverbindungsvertrages steht daher die Herbeiführung des vertraglich vereinbarten Erfolges im Vordergrund.
- 59 Im Ergebnis sind daher, wie beim Festnetzverbindungsvertrag, die werkvertraglichen Regelungen einschlägig. In den beiden Konstellationen steht nämlich die Ermöglichung einer Sprachverbindung zwischen zwei wie auch immer gearteten Teilnehmeranschlüssen im Vordergrund. Kern beider Vereinbarungen ist somit nicht nur die Herstellung, zwischenzeitliche Aufrechterhaltung und abschließende Beendigung einer Sprachtelefonieverbindung, sondern die vollumfängliche Erbringung einer Verbindungsleistung. Es kommt daher vorrangig weniger auf ein „Wirken“ als vielmehr auf einen Erfolg der genannten Tätigkeiten an.

5.5.2 Verträge zwischen Mehrwertdiensteanbietern und Endkunden

- 60 Zu den grundsätzlichen Fragestellungen der Abwicklung von Verträgen über die Erbringung von Mehrwertdiensten wurde oben unter Rz. 32 ff. bereits Stellung genommen. Gerade die sprachbasierten Mehrwertdienste haben sich seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie stark ausgeweitet. So ist die Anzahl der Anbieter der verschiedenen Servicenummern im Zeitraum 1996/1997 bei den sogenannten 0130-Rufnummern um ca. 25% und bei den 0180-Rufnummern sogar um ca. 50% gestie-

gen¹. Der Anstieg der gehobenen Mehrwertdienste (0190-Dienste) führte in dem gleichen Zeitraum sogar zu einer Verzehnfachung des Rufnummern-Angebotes.

5.5.3 Verträge mit Sprachtelefonie-Service-Providern

Je nachdem ob es sich bei dem gewählten Mehrwertdienst um eine Sonderrufnummer, eine 0180er-Rufnummer oder eine 0190er-Nummer handelt, entstehen unterschiedliche vertragliche Bindungen zwischen Endkunde und Mehrwertdiensteanbieter. 61

5.5.3.1 Anwahl einer gebührenfreien Sonderrufnummer (0130 bzw. 0800)

Wählt der Endkunde eine Sonderrufnummer mit der Dienstekennziffer 0130 bzw. 0800 an, so wird sein Anruf an eine bestimmte, sich aus der weiteren Zahlenkombination ergebende Zielrufnummer weitergeleitet, wobei es sich sowohl um ein Festnetzanschluß als auch um ein Mobilfunkanschluß handeln kann. Bei Verwendung der genannten Sonderrufnummern entrichtet der Angerufene aufgrund eines gesonderten Servicevertrages das ansonsten von dem Anrufer zu entrichtende volle Verbindungsentgelt. Der Anrufer erhält daher eine Leistung ohne seinerseits zur Gegenleistung, das heißt zur Zahlung von Verbindungsgebühren, verpflichtet zu sein. Die hier zugrundeliegende Rechtskonstruktion stellt einen echten Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB dar, bei dem der vom Angerufenen verfolgte Zweck einer Drittbegünstigung dem Anrufer durch den Netzbetreiber ermöglicht wird. Inhaltlich wird aber nur eine Dienstleistung, nicht aber der Erfolg des Anrufes geschuldet. 62

5.5.3.2 Anwahl der Sonderrufnummer 0180

Auch bei der Anwahl der Sonderrufnummer mit der Dienstekennziffer 0180 wird der Anruf an eine bestimmte Zielrufnummer weitergeleitet. Hierfür zahlt der Anrufer eine festgelegte, sich aus der fünften Ziffer der Rufnummer ergebende gestaffelte Gebühr. Die über diese Staffelung hinausgehenden Gesprächsgebühren werden vom Angerufenen übernommen. Diesem durch die Anwahl einer 0180er Sonderrufnummer zustande kommenden Vertragsverhältnis liegen somit zwei Verträge zugrunde. Zum einen besteht ein 0180-Servicevertrag zwischen dem Netzbetreiber und dem Mehrwertdiensteanbieter. Teil dieses Vertrages ist ebenfalls ein Vertrag zugunsten Dritter, auf Grund dessen der Angerufene verpflichtet 63

1 Vgl. *Böhm*, MMR, 1998, 519, 520.

ist, die möglicherweise über die genannte Gebührenstaffelung hinausgehenden Kosten der Verbindung zu übernehmen. Zum anderen ist der Anrufer auf Grund der festgelegten Gebührenstaffel im Rahmen eines „normalen“ Verbindungsvertrages zwischen ihm und dem Netzanbieter zur Entrichtung der jeweiligen Gesprächskosten verpflichtet. Inhaltlich steht hier wieder die Dienstleistung im Vordergrund.

5.5.3.3 Anwahl einer 0190er Sonderrufnummer

- 64 Auch bei der Anwahl einer 0190er bzw. 0900er Sonderservicenummer werden zwei Verträge parallel abgeschlossen. Zum einen handelt es sich um einen 0190-Servicevertrag zwischen dem Mehrwertdiensteanbieter (0190-Serviceanbieter) und dem Netzbetreiber sowie um einen Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB zwischen dem Anrufer und dem Mehrwertdiensteanbieter. Der Umstand, daß der Netzanbieter im Regelfall die Vergütung für den erbrachten Mehrwertdienst im Rahmen der Telefonrechnung fakturiert und gegebenenfalls auch die Forderung einzieht, ändert nichts an der rechtlichen Trennung der beiden Vertragsverhältnisse, sondern ist vielmehr eine Frage der Ausgestaltung des Inkasso-Verhältnisses zwischen Netzanbieter und Mehrwertdiensteanbieter. Diese Trennung der beiden Vertragsverhältnisse hat auch zur Folge, daß bei Nichtbestehung eines der Vertragsverhältnisse das jeweils andere, im Regelfall der Verbindungsvertrag, nach wie vor wirksam ist.

5.6 Telekommunikationsverträge

5.6.1 Vertragsschluß

- 65 Bezüglich des Vertragsschlusses bestehen im Bereich der Telefonverträge keine Besonderheiten. Auch diese kommen wie üblich durch die Abgabe von zwei sich entsprechenden Willenserklärungen zustande, wobei die Willenserklärungen ausdrücklich schriftlich oder mündlich erklärt werden oder sich konkludent aus den Umständen des Einzelfalls ergeben können.

5.6.1.1 Angebot

- 66 Ein Angebot liegt nur vor, wenn eine Partei mit Rechtsbindungswillen eine Vertragserklärung abgibt, die alle wesentlichen Vertragsbestandteile (je nach Vertragstyp) beinhalten muß. Wird, wie im Telekommunikationsbereich, sehr häufig mit vorformulierten Texten gearbeitet, so ist fraglich, ob bereits die Auslage oder Ausgabe des Formulars ein Angebot beinhaltet, das der jeweilige Kunde ohne weiteres annehmen kann. Es