

HOLGER PENNING

**VERTRAGSVERHÄLTNISSE IM TELEKOMMUNIKATIONSBEREICH
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG VON KUNDEN- UND
VERBRAUCHERSCHUTZ**

A. EINLEITUNG	6
I. Verträge zwischen zwei Telekommunikationsunternehmen	8
1. Der Zusammenschaltungsvertrag.....	8
a. Netzzusammenschaltung.....	10
b. Der Inhalt von Zusammenschaltungsverträgen.....	12
(1) Problem der Definition von „Telekommunikationsnetz“	13
(2) Berechtigung zum besonderen Netzzugang.....	14
(3) Maßnahmen zur Qualitätssicherung und zur Netzintegrität, insbesondere die 48,8-Erlang-Regelung	16
(4) Orte der Zusammenschaltung („Points of Interconnection“, PoI) ..	20
(5) Preise.....	22
(6) Dienstportfolio	23
(7) Haftung und Schadensersatz	24
2. Der Vertrag über Forderungseinzug und Inkasso.....	26
a. Fakturierungs- und Inkassovertrag 1998	28
(1) Durchführung von Fakturierung und Inkasso.....	28
(2) Kündigung der Verträge	29
b. Neuer Vertragsentwurf der DTAG.....	30
(1) Lastschriftinzug und Entgegennahme von Zahlungen.....	30
(2) Vergütung der DTAG.....	31
c. Pflichten nach § 15 TKV	32
(1) Rechnungserstellung	33
(a) Sprachtelefonie-Verbindungen	33
(b) Andere Verbindungen.....	34
(aa) Online- und Faxverbindungen	34
(bb) Premium-Rate-Dienste	35
(2) Einzelverbindungsachweis.....	37
(a) Verpflichtung zum Einzelverbindungsachweis.....	37
(b) Datenschutzrechtliche Unzulässigkeit der Klausel im DTAG- Vertragsentwurf.....	38
(3) Umgang mit Kundenzahlungen.....	39
(a) Reine Entgegennahme von Zahlungen.....	39
(b) Lastschriftinzug	41
(4) Inkasso, Reklamationen und Übermittlung von Kundendaten.....	44
d. Verfahren nach § 33 Abs. 2 TKG durch die RegTP.....	45
3. Roaming-Verträge im Mobilfunk	46
a. International Roaming	47
b. National Roaming (GSM).....	48
c. National Roaming (UMTS).....	49
(1) Anordnungsbefugnis nach § 33 TKG	50
(2) Anordnungsbefugnis nach § 37 TKG	50
(3) Alternativen für Neueinsteiger	51
(a) Freiwilliger Abschluss von National Roaming-Verträgen.....	52
(b) Angebotsmöglichkeit von GSM-Diensten als Diensteanbieter	52

<i>II. Verträge zwischen Telekommunikationsunternehmen und Verbrauchern</i>	53
1. Verschiedene Arten von Telekommunikationsverträgen	53
a. Komplettanschluss beim Teilnehmernetzbetreiber	53
b. Preselection und Call-by-Call	54
c. Mobilfunkbereich	57
d. Rechtliche Probleme bei Endkundenverträgen	57
(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen	58
(a) Einbeziehung von AGB nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG	58
(b) Offenes Call-by-Call und Privilegierung durch § 23 Abs. 2 Nr. 1a AGBG	59
(c) Alternativen nach Ablauf des Zeitrahmens aus § 30 Satz 2 AGBG	61
(2) Verbraucherschutz durch § 23 TKG und § 28 TKV	63
(a) Allgemein	63
(b) Besonderheit bei Prepaid-Kartenverträgen im Mobilfunk	63
(3) Haftung und Schadensersatz	67
(4) Leistungsbeschreibungen und Leistungsbeschränkungen	68
(a) Rufnummernänderung und Netzbetreiberportabilität	68
(b) Leistungsbeschränkende Klauseln	70
B. ZUSAMMENFASSUNG	73

A. Einleitung

Die Bedeutung der Telekommunikation ist nicht zu unterschätzen. Kommunikation ist die wirtschaftliche und kulturelle Basis für ein immer weiter fortschreitende Vernetzung der Gesellschaft, das Internet wäre ohne die Telekommunikationsnetze nicht denkbar. Die Technik entwickelt sich in rasantem Tempo weiter, und mit ihr das noch junge Telekommunikationsrecht.

Mit der Öffnung der Märkte durch die Postreformen I und II in den Jahren 1989 und 1994, vorangetrieben durch das Gemeinschaftsrecht, ging die Umstrukturierung der Deutschen Bundespost von einer monopolistischen Behörde hin zu einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft einher. Seit dem 1.1.1998 ist der Telekommunikationsmarkt in Deutschland, parallel zu Entwicklungen in den europäischen Nachbarländern, weitgehend liberalisiert.

Doch die Voraussetzungen für einen freien und chancengleichen Wettbewerb sind dadurch nicht von vornherein gegeben. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), die an die Stelle des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation trat, fungiert als Schiedsrichter, um einen Wettbewerb ohne Benachteiligung zu ermöglichen. Denn damit sich überhaupt ein freies Spiel der Kräfte entwickeln kann, müssen die chancengleichen Startbedingungen der neu auf den Markt gegangenen Unternehmen garantiert sein. Die Deutsche Telekom AG (DTAG) hat in vielen Bereichen immer noch ein faktisches Monopol, beispielsweise beim Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen. Ein funktionsfähiger Wettbewerb ist noch nicht

gesichert.¹ Neue TK-Anbieter sind darauf angewiesen, Zugang zu den Kunden zu erhalten, dies kann jedoch nur dadurch geschehen, dass ihnen die Möglichkeit eingeräumt wird, das Teilnehmernetz der DTAG gleichberechtigt mitnutzen zu dürfen. Um den Markt zu öffnen, muss die RegTP die Vertragsfreiheit, gerade der DTAG, zuweilen beschränken.

Doch das Ziel ist die Deregulierung des deutschen Telekommunikationsmarkts. Dass man das Motto der RegTP als „Deregulierung durch Regulierung“ bezeichnen kann, erscheint deshalb nur auf den ersten Blick widersinnig. Die RegTP ist eine Behörde mit „begrenzter Lebenserwartung“: Wenn ein wirklich chancengleicher und fairer Wettbewerbsmarkt ohne Steuerung von oben in allen Teilmärkten erreicht sein wird, wird auch die Berechtigungsgrundlage der Regulierungsbehörde entfallen und es kann den Kartellbehörden überlassen werden, gegen Missbräuche vorzugehen. Doch an Beispielen im Ausland wie zum Beispiel OFTEL in Großbritannien sieht man, dass dies voraussichtlich nicht in wenigen Jahren zu schaffen ist.

Die RegTP hat aber, abgesehen von der Förderung des Wettbewerbs, noch eine zweite Hauptaufgabe. Sie muss dafür sorgen, dass auf dem liberalisierten Markt die Interessen der Nutzer gewährleistet bleiben.

Diese Arbeit wird sich mit den beiden Regulierungszielen *Wettbewerbsförderung* und *Kundenschutz* beschäftigen. Durch die Änderungen im Telekommunikationsrecht und der Märkte ergeben sich verschiedene neue Vertragsarten und Vertragsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Parteien. Dies wird im folgenden anhand von besonders interessant erscheinenden Beispielen untersucht. Kunden im Sinne der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung sind nicht nur Endkunden (Verbraucher), die

¹ Vgl. zur aktuellen Wettbewerbssituation auf dem deutschen TK-Markt Holthoff-Frank/Paulus, MMR 2000, 187, 189; Gerpott, MMR 2000, 191, 193.

TKV bezweckt vielmehr gleichermaßen den Schutz von anderen Telekommunikationsunternehmen, die in dieser Eigenschaft wiederum Kunden von TK-Anbietern sein können. Deshalb wird auch hier zwischen *Verträgen zwischen zwei Telekommunikationsunternehmen* und *Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern* unterschieden. Es soll gezeigt werden, welche verschiedenen Arten von Vertragsbeziehungen auf dem Telekommunikationsmarkt beobachtet werden können. Außerdem wird untersucht, ob und welche gesetzlichen Regelungen die Vertragsparteien in ihrer Privatautonomie beschränken und welche Aufgabe die RegTP in diesem Bereich wahrnimmt.

Zu Beginn werden Zusammenschaltungs-, Fakturierungs- und Inkasso- sowie Mobilfunk-Roamingverträge als Beispiele für Verträge zwischen TK-Unternehmen näher betrachtet. Danach sollen die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten für Endkunden-Verträge ausgearbeitet werden. Immer wird dabei die Frage im Vordergrund stehen, wie sich Gesetze und Regulierungsbehörde Einfluss verschaffen und die Interessen der Kunden und Verbraucher schützen können.

I. Verträge zwischen zwei Telekommunikationsunternehmen

1. Der Zusammenschaltungsvertrag

Nach dem „any-to-any“-Grundsatz muss es dem Endverbraucher von Telekommunikationsdienstleistungen möglich sein, von jedem Telefon- oder Mobilfunkanschluss jeden anderen, ebenfalls an das öffentliche Telefonnetz angeschlossenen Teilnehmer zu erreichen. Vor der Liberalisierung hatte die damalige Deutsche Bundespost das Telekommunikationsmonopol, doch seit dem 01.01.1998 existiert in Deutschland eine Vielzahl

von TK-Unternehmen mit eigenen oder angemieteten Netzen². Diese Netze müssen zusammengeschaltet werden, um den Kunden Telefonate und Datenübertragung netzübergreifend zu ermöglichen. Damit die neu auf dem deutschen Markt aufgetretenen TK-Unternehmen von Anfang an ein umfassendes Dienstleistungsangebot erbringen können, waren und sind sie darauf angewiesen, das Netz der DTAG mitzunutzen, um Gespräche aus dem Netz der DTAG weiterleiten und umgekehrt Verbindungen ins DTAG-Netz abliefern zu können. Dies ist mit dem Hintergrund, dass fast alle Privatkunden und die meisten der kleineren und mittleren Geschäftskunden ihren Teilnehmeranschluss immer noch bei dem ehemaligen Monopolisten DTAG haben, zum Beispiel für Call-by-Call-Anbieter Grundlage, um überhaupt auf dem Markt erfolgreich agieren zu können. Ansonsten hätten die Kunden überhaupt keine Möglichkeit, ihre Dienste in Anspruch zu nehmen und Wettbewerb könnte sich nicht entfalten.³

Die Netzzusammenschaltung ist in §§ 35 ff. TKG näher geregelt. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen TK-Anbietern, die über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügen,⁴ und nicht marktbeherrschenden.

§ 35 TKG bezieht sich ausschließlich auf marktbeherrschende Betreiber eines Telekommunikationsnetzes.⁵ Sie müssen anderen Anbietern diskriminierungsfreien Zugang zu ihrem Netz und insbesondere eine Netzzusammenschaltung ermöglichen, § 35 Abs. 1 Satz. 3 TKG.

² Anfang 2000 waren in Deutschland über 1700 TK-Anbieter registriert (Jahresbericht der RegTP 1999, S. 11).

³ Vgl. Scherer, CR 2000, 35, 42.

⁴ Dies ist faktisch im Augenblick nur die DTAG, aber es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass auch andere TK-Unternehmen in Zukunft eine marktbeherrschende Stellung erlangen können.

⁵ Im Mobilfunkbereich existieren keine monopolistischen Strukturen, Kunden können auf Infrastrukturebene zwischen vier unterschiedlichen Anbietern wählen, vgl. Knieps, MMR-Beilage 2/2000, 4 f. § 35 TKG gelangt somit zumindest im Augenblick nur im Festnetzbereich zur Anwendung.

Für die übrigen Anbieter hingegen gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit.⁶ Das TKG geht davon aus, dass die Zusammenschaltung zwischen den einzelnen TK-Unternehmen untereinander auf privatrechtlicher Ebene ausgehandelt und in Form von Zusammenschaltungsverträgen (Interconnectionverträgen) vereinbart wird. Allerdings gilt diese Privatautonomie nicht uneingeschränkt. Nach § 36 TKG sind Betreiber öffentlicher Telefonnetze verpflichtet, ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben, wenn ein anderer Netzbetreiber dies wünscht. Kommt ein Interconnectionvertrag nicht zustande, so kann die RegTP gemäß § 37 TKG die Zusammenschaltung anordnen.

Tatsächlich stellt sich die Problematik der Interconnectionverträge fast ausschließlich zwischen der Deutschen Telekom AG (DTAG) und ihren Mitbewerbern dar. Hier wurden mittlerweile über 100 solcher Interconnectionverträge abgeschlossen.⁷ Für diese ist § 35 TKG einschlägig.

a. Netzzusammenschaltung

§ 35 Abs. 1 TKG verpflichtet einen Telekommunikationsnetzbetreiber, anderen Nutzern Zugang zu seinem Netz sowie nach § 35 Abs. 1 Satz 3 insbesondere eine Netzzusammenschaltung zu ermöglichen. Bezüglich des Zugangs wird in § 35 Abs. 1 Satz 2 zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Netzzugang differenziert,⁸ die Zusammenschaltung von Netzen stellt gemäß § 1

⁶ BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 36 Rn. 14.

⁷ Jahresbericht der RegTP 1999, S. 12.

⁸ Ausführlich BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 35, Rn. 4ff, Rn. 18 f. Danach ist der allgemeine Netzzugang derjenige Anschluss, der allen Nutzern bereitgestellt werden muss, während der besondere Netzzugang durch einen Nutzer begehrt wird, der die Leistungen als Anbieter von TK-Dienstleistungen nachfragt, § 1 Abs. 2 NZV. Der besondere Netzzugang wird also durch eine Einschränkung des Nutzerkreises und Zielrichtung der Nachfrage definiert.

Nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 1 TKG hingegen wird in technischer, anschlussbezogener Weise differenziert. Da beide Ansätze oft zu gleichen Ergebnissen führen dürften kann § 1 Abs. 2 NZV eine zulässige Konkretisierung

Abs. 2 Satz 3 NZV eine Spezialform des besonderen Netzzugangs dar.

Eine exakte Bestimmung des Begriffs „Netzzusammenschaltung“ ist kompliziert. Nach § 3 Nr. 9 TKG umfasst der „Netzzugang“ auch die physische oder logische Verbindung zwischen zwei Telekommunikationsnetzen. Als Teilmenge hiervon ist die „Zusammenschaltung“ nach § 3 Nr. 24 TKG zu verstehen,⁹ die nach der Legaldefinition der Netzzugang ist, der Telekommunikationsnetze verbindet mit dem Ziel, Nutzern, die an verschiedene Netze angeschlossen sind, die Kommunikation untereinander zu ermöglichen.¹⁰

Der Begriff des „Telekommunikationsnetzes“ wird in § 3 Nr. 21 TKG näher, aber nicht exakt definiert, und bot somit Anlass zu rechtlichen Auseinandersetzungen.¹¹

Die spezifische Pflicht, eine Netzzusammenschaltung mit anderen Carriern zu ermöglichen, sieht das TKG in § 35 nur für marktbeherrschende Betreiber vor.¹² Dieser Zugang zu fremden Netzen muss diskriminierungsfrei sein, der Vertrag also auf objektiven Maßstäben beruhen und nachvollziehbar sein, § 35 Abs. 2 TKG. Im Übrigen findet die besondere Missbrauchsaufsicht des § 33 TKG weiter Anwendung.¹³

Interconnectionverträge, an denen marktbeherrschende Betreiber beteiligt sind, müssen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) schriftlich vorgelegt werden, sie

des § 35 Abs. 1 TKG im Hinblick auf die Definition des besonderen Netzzugangs darstellen, so Mannsen/Manssen, C § 35, Rn. 9.

⁹ Koenig/Loetz, K&R 1999, 298, 299.

¹⁰ So auch BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 35, Rn. 18.

¹¹ Ausführlicher dazu unter b (1).

¹² Die DTAG nimmt auf dem wichtigsten Markt, dem der Ferngespräche, eine solche marktbeherrschende Stellung ein, vgl. z.B. RegTP Entsch. BK 3a-99/032 vom 21.02.2000, abgedruckt in MMR 2000, 298, 300. Im folgenden wird nur von Zusammenschaltungsverträgen zwischen der DTAG und anderen TK-Unternehmen ausgegangen, da diese in der Praxis (noch) weit überwiegen. Vgl. zum Begriff der „Marktbeherrschung“ auch Immenga, MMR 2000, 196, 199 ff.

¹³ BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 35, Rn. 31.

werden von der Behörde veröffentlicht, § 35 Abs. 2 Satz 3 TKG. Desweiteren bedürfen sie gemäß § 5 NZV der Schriftform, ansonsten sind sie gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.¹⁴

Der Nutzer, der den Abschluss einer Zusammenschaltungsvereinbarung begehrt, muss gewisse Kriterien erfüllen, die in § 35 Abs. 3 TKG festgelegt sind. Diese Kriterien sind Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde. Sie sind analog § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. a TKG zu prüfen.¹⁵

b. Der Inhalt von Zusammenschlungsverträgen¹⁶

In der Zusammenschlungsvereinbarung wird die Zusammenschaltung zweier Telekommunikationsnetze vertraglich geregelt. Hauptgegenstände eines solchen Vertrages sind:¹⁷

- Orte der Zusammenschaltung („Point of Interconnection“, PoI),
- Maßnahmen zur Qualitätssicherung,
- Preise,
- Dienstportfolio,
- Sicherheitsmaßnahmen (Nachweis der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde gemäß § 35 Abs. 3 TKG, Grundsatz der Systemunabhängigkeit),
- Haftung und Schadensersatz sowie
- Möglichkeiten zur Kündigung bzw. Neuaushandlung des Vertrags.

¹⁴ BeckTKG-Komm/Piepenbrock, Anh. § 39, § 5 NZV, Rn. 7.

¹⁵ Manssen/Manssen, C § 35, Rn. 19; dazu ausführlich unter b (2).

¹⁶ Der Muster-Interconnectionvertrag (Stand 1.7.1999), aus dem im folgenden zitiert wird, wurde für diese Arbeit freundlicherweise von der DTAG zur Verfügung gestellt.

¹⁷ Vgl. Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV.

Die Interconnectionvereinbarung ist ein synallagmatischer Vertrag. Hauptleistungspflichten sind die Zusammenschaltung der Netze gegen Zahlung des hierfür vereinbarten Entgelts. Er enthält Elemente eines Dienst- und eines Mietvertrags. Wie oben bereits erläutert, ist die Privatautonomie und die Abschlussfreiheit nach § 35 TKG für ein marktbeherrschendes Unternehmen wie die DTAG eingeschränkt. Zudem muss der Vertrag gemäß § 6 NZV der RegTP unverzüglich nach Abschluss vorgelegt werden.

(1) Problem der Definition von „Telekommunikationsnetz“

Schon im Vorfeld trat im Jahre 1997 ein rechtliches Problem auf, nämlich die Frage, wie ein Telekommunikationsnetz zu definieren ist. Mitte 1997 schloss die DTAG die ersten Interconnectionvereinbarungen mit anderen TK-Unternehmen ab. Hierbei erhielten auch kleinere Gesellschaften Zusammenschaltungverträge, die nur einen einzigen Vermittlungsrechner zum DTAG-Netz hatten.¹⁸ Dies bedeutete praktisch, dass beispielsweise ein Gespräch von München nach Augsburg, das durch Vorwahl der jeweiligen Verbindungsnetzbetreiberkennziffer¹⁹ über ein Netz eines alternativen Betreibers geleitet wurde, zunächst von München zu diesem Vermittlungsrechner in Hamburg geführt werden musste, um dort erneut in das DTAG-Netz weitergegeben und schließlich an den Bestimmungsort in Augsburg geleitet zu werden. Dadurch wurde im Telefonnetz der DTAG überflüssiger Verkehr, sog. *atypischer Verkehr*, erzeugt und die DTAG sah sich vor die Frage gestellt, ob diese Unternehmen überhaupt Anspruch auf Zusammenschaltung nach § 35 Abs. 1 Satz 3 hatten, oder vielmehr nur Anspruch auf besonderen Netzzugang nach § 35 Abs. 1 Satz 2

¹⁸ So *Talkline* und *Mobilcom* mit je einem Vermittlungsrechner, also nur einer physischen Verbindung bzw. Kolokation, in Hamburg.

¹⁹ Z.B. 01019 für *Mobilcom* oder 01050 für *Talkline*.

TKG gehabt hätten, was mit höheren Entgelten verbunden gewesen wäre.²⁰

Die RegTP erkannte dieses Problem und führte Mitte 1998 eine Anhörung durch mit dem Ziel, die Mindestvoraussetzungen zu definieren, die ein Telekommunikationsnetz aufweisen muss, damit der Betreiber als „Netzbetreiber“ Anspruch auf Netzzusammenschaltung hat.

Sie entschied daraufhin, dass ein TK-Netz dann einen Anspruch auf Zusammenschaltung gewährt, wenn mehr als zwei Übertragungswege mit mindestens einer Vermittlungseinheit verbunden sind.²¹ Entscheidend sei, dass wesentliche Vermittlungsleistungen innerhalb des eigenen „Netzes“ möglich sein müssten, damit das betreffende Unternehmen als Netzbetreiber im Sinne des TKG gewertet werden könne.²²

Ein Telekommunikationsanbieter muss diese Voraussetzung somit erfüllen, um überhaupt eine Zusammenschaltung verlangen zu können.

(2) Berechtigung zum besonderen Netzzugang

Um Ansprüche auf Bereitstellung eines besonderen Netzzugangs geltend machen zu können, muss der Begehrende weiterhin die erforderliche Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde besitzen. Dies ergibt sich aus § 35 Abs. 3 TKG. Eine Prüfung dieser Kriterien erfolgt entsprechend der Prüfung bei der Beantragung einer Lizenz gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a TKG.

²⁰ Vgl. Berger, CR 1999, 222, 222 f.; Müller/Schuster, MMR 1999, 507, 511.

²¹ Mitteilung RegTP Nr. 73/1999 vom 10.3.1999 (Abl RegTP 1999, S. 759); vgl. auch BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 36, Rn. 10.

²² Kritisch zur Lösung der RegTP: Berger, CR 1999, 222, 227 f.; Wieland/Enderle, MMR 1999, 379 ff; Koenig/Loetz, K&R 1999, 298, 299.

§ 35 Abs. 3 Satz 2 TKG stellt klar, dass bei Vorliegen einer Lizenz nach § 8 TKG eine weitere Prüfung nicht erforderlich ist. Dies bedeutet zum einen, dass die Anforderungen hier nicht höher sein dürfen als diejenigen für die Erteilung einer TK-Lizenz. Zum anderen bedeutet das aber auch, dass eine Lizenz selber dafür nicht erforderlich ist.²³

Nach dem Mustervertrag allerdings muss die „gemäß § 35 Abs. 3 TKG erforderliche Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde durch Vorlage einer Lizenz der Klasse 4“ nachgewiesen werden.²⁴ Diese Formulierung entspricht nicht den Voraussetzungen für eine Beschränkung nach § 35 Abs. 2 TKG, insbesondere dem Gleichheitsgebot, nachdem gleichartige Nachfrager nicht ungleich behandelt werden dürfen. Nach § 35 Abs. 3 TKG sind ein Nachfrager, der eine Lizenz innehat und im Rahmen der Lizenzerteilung die erforderlichen Kenntnisse und Eigenschaften nachgewiesen hat, und ein Nachfrager, der durch die RegTP auf diese Berechtigung hin überprüft wurde, gleich zu behandeln. Nach dem Muster-Vertrag muss hingegen die Lizenz vorgelegt werden. Diese Differenzierung ist nicht objektiv, die Nachfrager würden, obwohl sie die gleichen Voraussetzungen mitbringen und dies auch von der RegTP überprüft wurde, ungleich behandelt. Dies würde gegen § 35 Abs. 2 TKG und gegen die ONP-Richtlinie verstoßen.

Die Klausel ist deshalb rechtlich nicht haltbar.

Diese Frage war nach Auswertung der Literatur noch nicht Frage eines Rechtsstreits und ist augenscheinlich nicht praxisrelevant. Der Grund dafür ist wahrscheinlich, dass bis heute nur andere Netzbetreiber Netzzusammenschaltung beantragt haben. Diese besitzen natürlich regelmäßig eine Lizenz der Klassen 3 oder 4, so dass Punkt 19 des Muster-Interconnectionvertrags immer erfüllt ist.

²³ BeckTKG-Komm/Piepenbrock § 35, Rn. 40; Manssen/Manssen, C § 35, Rn. 19.

²⁴ Hauptteil, Punkt 19.

Trotzdem muss festgehalten werden, dass eine Lizenz nicht nötig ist, um Ansprüche auf Netzzusammenschaltung nach § 35 Abs. 1 geltend machen zu können.

*(3) Maßnahmen zur Qualitätssicherung und zur Netzintegrität,
insbesondere die 48,8-Erlang-Regelung*

Ein Ziel der DTAG ist, die Netzintegrität ihres Telefonnetzes durch Verringerung von Verkehrsverlagerungen und Verkehrskonzentrationen aufrecht zu erhalten und Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Netzes zu vermeiden, um die reibungslose Abwicklung des Verkehrs der Kunden der DTAG und ihrer IC-Partner über Netzgrenzen hinweg sicher zu stellen. Dies wurde schon bei der Frage der Definition eines TK-Netzes deutlich.

Ende 1998 hatte die DTAG fast alle Zusammenschaltungsvereinbarungen zum 31.12.99 gekündigt und begonnen, über neue Verträge zu verhandeln. Im dabei als Muster vorgelegten Interconnectionvertrag verpflichteten sich die Interconnection-Partner, eine Netzanbindung an einem weiteren PoI im Bereich des Entstehens des überschießenden Verkehrs einzurichten, wenn ein Schwellenwert von 48,8 Erlang überschritten wird,²⁵ um zu große atypische Verkehrsströme im Netz der DTAG zu vermeiden (Migrationspflicht).²⁶

²⁵ Anlage C – Dienstportfolio, Punkt 1.2.

²⁶ Das Erlang, auch Traffic Unit und Verkehrseinheit genannt, repräsentiert die durchschnittliche Anforderung einer geschalteten Verbindung auf einer bestimmten Strecke während einer bestimmten Tageszeit, der sogenannten Busy Hour, die empirisch ermittelt wird und mit der Hauptverkehrszeit im Straßenverkehr (Rush Hour) vergleichbar ist. Mit diesem Wert wird die Netzverkehrsauslastung pro Stunde gemessen. So kann berechnet werden, welche Leitungskapazitäten z. B. im Rahmen einer Netzzusammenschaltung erforderlich sind. Die Belegung einer Leitung für 3 Minuten hat einen Verkehrswert von 0,05 Erlang (3/60). Dagegen entstehen 0,4 Erlang, wenn eine

Nachdem die Verhandlungen ins Stocken geraten waren, stellten verschiedene IC-Partner Anträge auf Zusammenschaltung gemäß § 37 Abs. 1 TKG bei der RegTP. Sie machten u. a. geltend, dass die 48,8-Erlang-Beschränkung eine quantitative Beschränkung des Netzzugangs darstelle, die nicht durch § 35 Abs. 2 TKG gerechtfertigt sei.

Die RegTP entschied, dass die 48,8-Erlang-Regel anzuwenden sei.²⁷ Sie definiert in ihrer Zusammenschaltungsanordnung den Begriff „Netzintegrität“ in dem Sinne, dass eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und der Qualität des Netzbetriebs und der über das Netz abgewickelten Verbindungen vermieden werden soll. Zwar geht sie der Frage nicht weiter nach, ob atypischer Verkehr die in diesem Sinne verstandene Netzintegrität gefährden kann. Sie gelangt jedoch zu dem Ergebnis, dass die Migrationspflicht eine geeignete und verhältnismäßige Alternative zur Erhöhung der Zusammenschaltungstarife aufgrund von atypischem Verkehr darstelle, da die zusätzlichen Kosten, die der DTAG aufgrund des atypischen Verkehrs entstünden, von dem verursachenden TK-Unternehmen zu tragen seien. Mit dieser Maßnahme könne atypischer Verkehr schon präventiv vermieden werden. Der Grenzwert von 48,8 Erlang sei eine einfach handhabbare Planungsregel, die für alle Beteiligten Planungssicherheit gewährleisten könne. Außerdem lege die DTAG diesen Wert auch bei ihrer eigenen Netzplanung und -konstruktion zugrunde, so dass der Grundsatz der internen und externen Gleichbehandlung²⁸ erfüllt sei.

Gegen diese Rechtsauffassung sind Bedenken geäußert worden. Durch die 48,8-Erlang-Regelung werde der Netzzugang eindeutig

Leitung 20 Minuten lang benutzt wurde (20/60). Vgl. www.erlang.com/whatis.html [Alle URL auf dem Stand vom 20.7.2000].

²⁷ RegTP, Zusammenschaltungsanordnung EconoPhone vom 6.5.1999 (BK 4c-99-008), abgedruckt in MMR 1999, 430 ff.

²⁸ Vgl. BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 33, Rn. 34.

beschränkt. Dass die Migrationspflicht atypischem Verkehr vorbeuge, wie die RegTP argumentiert, könne als Argument nicht greifen.²⁹ Insbesondere kleinere TK-Unternehmen würden durch die Kosten, die die Migrationspflicht nach sich zöge, bei ihrem Markteintritt behindert, es müsse die Entscheidung des Unternehmens bleiben, ihr TK-Netz auszubauen oder nicht.³⁰

Gegen diesen Verwaltungsakt der RegTP wurde Anfechtungsklage erhoben. Da Klagen gegen Entscheidungen der RegTP gemäß § 80 Abs. 2 TKG keine aufschiebende Wirkung haben, wurde gleichzeitig die Anordnung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO beantragt.

Das VG Köln entschied in diesem Verfahren, dass die Anordnung der 48,8-Erlang-Regel rechtsfehlerhaft sei und sich die RegTP über den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut hinweggesetzt habe.³¹ Gemäß §§ 37 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. 35 Abs. 2 TKG darf der Netzzugang nur aus Gründen beschränkt werden, die den grundlegenden Anforderungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der ONP-Richtlinie³² genügen. Grundlegende Anforderungen im Sinne der Richtlinie sind unter anderem die Sicherheit des Netzbetriebs und die Aufrechterhaltung der Netzintegrität. Hierauf könne die Migrationspflicht aber nicht gestützt werden, zumal sich die RegTP in ihrer Entscheidung nur auf wirtschaftliche Erwägungen bezieht und der Frage, ob die Netzintegrität gefährdet sei, nicht weiter nachgeht.

Hinzu komme, dass die 48,8-Erlang-Regelung auch nicht Art. 10 Abs. 2 lit. b Satz 3 der Zusammenschaltungs-Richtlinie³³ entspreche. Hiernach müssen Zusammenschaltungsbedingungen, die

²⁹ Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 111; BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 37, Rn. 25 ff.

³⁰ Klett, Anm. zu Beschluss des VG Köln, CI 3/2000, 44, 45.

³¹ VG Köln, MMR 2000, 54 f. = VG Köln, CI 3/2000, 44 f.

³² ONP-RL (90/387/EWG).

den Schutz der Netzintegrität betreffen, auf zuvor festgelegten objektiven Kriterien beruhen und gemäß Art. 14 Abs. 1 in leicht zugänglicher Form veröffentlicht werden. Dies sei nicht erfolgt.

Die Entscheidung des VG Köln wurde vom OVG NRW überprüft.³⁴ Es konnte im Beschwerdeverfahren keine Rechtsverletzung erkennen und lehnte den Antrag ab. Das Gericht erkannte zwar an, dass die Begründung der RegTP, aus welchem Grund die Migrationspflicht zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen angeordnet werde und die Frage der Netzintegrität nicht entschieden werden müsse, missverständlich formuliert sei. Damit sei jedoch nicht das gesamte Problemspektrum angesprochen. Selbst wenn die 48,8-Erlang-Regelung als eine Beschränkung des Netzzugangs nach § 35 Abs. 2 Satz 2 TKG zu werten wäre, so erfülle sie die grundlegenden Anforderungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ONP-RL. Denn der Begriff der Netzintegrität sei unter Berücksichtigung der Ziele der ONP-RL dahingehend zu interpretieren, dass nicht nur der physische Bestand, sondern auch die jederzeitige reibungslose und wartezeitfreie Nutzungsmöglichkeit des Netzes durch den Nutzer geschützt werde. Ohne ein sinnvolles und Überlastungen durch atypischen Verkehr vermeidendes Netzdesign könnten Qualitätseinbußen bis hin zur Funktionsunfähigkeit des Netzes die Folge atypischen Verkehrs sein. Die Vermeidung einer solchen Situation sei ein im „allgemeinen Interesse“ liegender Grund, der die Anordnung einer Migrationspflicht rechtfertige.

Sicherlich sind diese Argumente sachlich richtig. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Frage, ob die 48,8-Erlang-Regelung angeordnet werden kann, nicht von wirtschaftlichen Überlegungen bestimmt sein sollte. Wenn dadurch, dass atypischer Verkehr von Interconnectionpartnern durch das Netz der DTAG

³³ RL 97/33/EG.

³⁴ OVG Münster, Beschluss vom 23.2.2000, CR 2000, 367 ff.

geführt wird, Mehrkosten auf Seiten der DTAG entstehen, so ist dies nur eine Frage der Entgeltregulierung. In dem Fall könnte sie dies in einem Entgeltgenehmigungsverfahren darlegen und nachweisen. Durch die Migrationspflicht wird jedoch faktisch der Zugang zum Netz objektiv beschränkt. Die Anordnung der Migrationspflicht wäre nur unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 Satz 2 TKG gestattet. Zwar ist es einleuchtend, dass durch die 48,8-Erlang-Regelung atypischer Verkehr vermieden werden kann und auch, dass dieser atypische Verkehr zumindest potentiell die Netzintegrität gefährden kann. Doch erforderlich ist eine tatsächliche und nicht nur eine mögliche Gefährdung.³⁵ Dieser Beweis konnte im gesamten Verfahren jedoch bislang nicht geführt werden.³⁶

Somit ist davon auszugehen, dass eine Migrationspflicht beim Überschreiten eines Schwellenwerts von 48,8 Erlang nicht gemäß §§ 37 Abs. 1, Abs. 3 Satz 3, 35 Abs. 2 angeordnet werden kann.

(4) Orte der Zusammenschaltung („Points of Interconnection“, PoI)

Die DTAG hatte Ende 1999 entsprechend der Nachfrage die Funktionalitäten für Zusammenschaltung an 145 der 293 möglichen Orte der Zusammenschaltung implementiert.³⁷

Im Interconnectionvertrag wird vereinbart, an welchen Orten die Zusammenschaltung („physische Kollokation“) erfolgen soll. Gesetzlicher Hintergrund ist § 3 Abs. 2 NZV, wonach der Betreiber verpflichtet ist, die zur Zusammenschaltung erforderlichen technischen Einrichtungen in seinen Räumen zur Verfügung zu stellen und dem Nutzer grundsätzlich jederzeit Zugang zum

³⁵ Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 111.

³⁶ Vgl. auch Müller/Schuster, MMR 1999, 507, 512.

Kollokationsraum zu gewähren. Unstimmigkeiten gab es über den Umfang der Nutzungsmöglichkeit durch den Interconnectionpartner. *Netcologne* und *tesion* vertraten die Auffassung, in ihrer Nutzung nicht beschränkt zu sein, sie wollten weitere Vermittlungstechnik und Geräte für das Netzmanagement im Kollokationsraum bereitstellen. Nach dem Mustervertrag der DTAG darf der Raum hingegen vom Interconnectionpartner nur zur „Installation und zum Betrieb übertragungstechnischer Endeinrichtungen“ genutzt werden. Die RegTP sah dieses Begehren als nicht begründet an, denn die Pflicht zur Raumgewährung sei in § 3 Abs. 2 NZV auf die erforderlichen Einrichtungen begrenzt worden. Vermittlungs- und Netzmanagement-Technik könnten jedoch auch außerhalb des Kollokationsraumes eingerichtet werden und seien somit nicht erforderlich.

Gegen diese Entscheidung wurde in der Literatur der Einwand vorgebracht, der Betreiber habe sich an das normale Mietrecht zu halten, wonach der Mieter eines Raumes grundsätzlich alle Gegenstände in diesen Raum einbringen dürfe. Eine Ausnahme sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Einrichtungen oder das Eigentum des Vermieters gefährdet sei. Da eine solche Gefährdung von der DTAG aber noch nicht einmal behauptet werde, könne einem Interconnectionpartner nicht das Recht abgesprochen werden, eigene Vermittlungstechnik im angemieteten Kollokationsraum unterzubringen.³⁸

Richtig ist, dass die DTAG gemäß § 35 Abs. 2 TKG dazu verpflichtet ist, die Interconnectionleistungen diskriminierungsfrei anzubieten und insofern den Vertrag mit allen Interconnectionpartnern zu vergleichbaren Bedingungen abzuschließen. Sie verwendet deshalb Musterverträge. Somit liegen begrifflich

³⁷ www.dtag.de/dtag/ipll/cda/level3_a/0,3680,135,00.html.

³⁸ Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 113.

Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 1 Abs. 1 AGBG vor. Gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 ist die Generalklausel des § 9 AGBG anwendbar. Allerdings muss beachtet werden, dass hier der marktbeherrschende Betreiber durch § 35 Abs. 1 TKG zum Abschluss des Interconnection-Vertrages und durch § 3 NZV zur Bereitstellung des Kollokationsraums verpflichtet wird. Damit wird die Nutzung der eigenen Vermittlungsstellen beschränkt. Diese Beschränkung ist ausschließlich durch das Gebot der Entbündelung, § 2 NZV, gerechtfertigt. Dies spricht dafür, die Pflicht zur Raumgewährung auf die zur Kollokation benötigten Einrichtungen einzuschränken.

(5) Preise

Die Entgelte, die die DTAG von ihren Interconnection-Partnern verlangen kann, unterliegen zur Zeit bis auf wenige Ausnahmen der Entgeltgenehmigung durch die RegTP, § 25 Abs. 1 TKG. Sie müssen sich gemäß § 24 TKG an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren.³⁹ Die Höhe und die Frage ihrer Genehmigungspflicht sind Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Klagen, welche die DTAG gegen die jeweiligen Entscheidungen der RegTP erhoben hat.

Bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung werden für entgeltgenehmigungspflichtigen Leistungen die vorläufig genehmigten, angeordneten bzw. im Grundangebot nach § 6 Abs. 5 NZV aufgeführten Preise in Rechnung gestellt.⁴⁰ Dies entspricht den Anforderungen des § 29 TKG und ist nicht zu beanstanden.

³⁹ Vgl. Manssen/Manssen, C § 24 Rn. 14 ff. sowie Ladeur, K&R 479, 482 f.

⁴⁰ Vgl. Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 115.

Teilweise wird auch vereinbart, dass vorerst bestimmte Preise berechnet werden, später jedoch z. B. aufgrund einer Entscheidung der RegTP rückwirkend andere Preise angewendet werden sollen. Eine solche Regelung verstößt nicht gegen § 28 Abs. 4 TKV, wonach rückwirkende Vertragsänderungen grundsätzlich nur zugunsten des Kunden zulässig sind. § 28 Abs. 4 TKV kann wirksam abbedungen werden, was sich aus dessen Satz 2 ergibt.⁴¹

(6) Dienstportfolio

Im Interconnection-Vertrag wird exakt beschrieben, welche Dienste und Dienstmerkmale umfasst sind. Dies sind augenblicklich sämtliche ISDN-Merkmale wie Rufnummernanzeige, Klopfen, Makeln usw.⁴²

Zum Dienstportfolio gehört aber auch die Frage der Qualität der Leistung.

Im Mustervertrag der DTAG wird definiert, dass als Störung nur solche Fehler zählen sollen, die länger als zehn Minuten dauern, bzw. kürzere, die innerhalb eines Zeitraums von einer Stunde zusammen eine Störungsdauer von zehn Minuten erreichen.⁴³

Die RegTP hat gegen diese Definition keine rechtlichen Bedenken. Die geschuldete Leistung würde gerade in Anlage E des Mustervertrags bestimmt. Eine gewisse Störtoleranz sei von den Interconnection-Partnern wegen der Komplexität und Fehleranfälligkeit der verwendeten Technik in Kauf zu nehmen.

Piepenbrock und Müller finden diese Argumentation wenig überzeugend.⁴⁴ Zwar werde die Sollbeschaffenheit der DTAG-

⁴¹ Vgl. Grote, TKV-Komm, § 28 Rn. 4..

⁴² Hauptteil Punkt 11 und z.B. Anlage C – Dienstportfolio, Punkt 1.

⁴³ Anlage E – Qualität, Punkt 1.2.1.

⁴⁴ Vgl. Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 112 f.

Leistungen im Vertrag bestimmt. Doch die Interconnection-Partner seien mit dieser Definition gerade nicht einverstanden gewesen, somit sei über die Qualität der vereinbarten Leistung keine Vereinbarung zustande gekommen. Deshalb müsse weiterhin vom Prinzip des § 243 BGB ausgegangen werden. Leistung mittlerer Art und Güte sei die Leistung der DTAG aber nur dann, wenn sie fehlerfrei erbracht werde.

Gerade dies ist jedoch zu bezweifeln. Der RegTP ist zuzustimmen, wenn sie feststellt, dass die computerisierte Telekommunikationstechnik äußerst komplex geworden ist. Funktionsfehler und kurzfristige Störungen sind niemals ganz auszuschließen, im Gegenteil, mit ihnen ist zu rechnen. Dies zeigt, dass „Leistung mittlerer Art und Güte“ im Telekommunikationsbereich nicht die komplett fehlerfreie Leistung sein kann, sondern dass kleinere Störungen berücksichtigt werden müssen. Dies kann beispielsweise durch die 10-Minuten-Regel der DTAG geschehen. Dies zeigt, dass auch unter Berücksichtigung von § 243 BGB keine grundsätzlich andere Beurteilung möglich ist.

(7) Haftung und Schadensersatz

Im Mustervertrag richten sich Haftungs- und Schadensersatzpflichten nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 7 Abs. 2 TKV. Für Fälle verspäteter Bereitstellung oder Entstörung wird eine Vertragsstrafe als pauschalierter Schadensersatz vereinbart⁴⁵ und weitergehende Haftungsansprüche, ausgenommen Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, gegen die DTAG ausgeschlossen.⁴⁶ Dieser Passus wurde von verschiedenen Netzbetreibern angegriffen und war auch Inhalt der erwähnten Zusammenschaltungsanordnungen der RegTP. Hierbei hatte die Haftungsbeschränkung Bestand.

⁴⁵ Anlage E – Qualität, Punkt 1.1.1.

⁴⁶ Hauptteil, Punkt 22.

Diese Entscheidung wurde kritisiert. Die angebotene Vertragsstrafe sei nur dann als Ersatz akzeptabel, wenn dadurch mindestens die typischerweise durch verspätete Zusammenschaltung entstehenden Schäden abgedeckt würden. Dies sei jedoch nicht der Fall.⁴⁷

Dieser Einwand ist nicht von der Hand zu weisen. Wenn ein Interconnection-Partner um Zusammenschaltung nachfragt, so wird ihm von der DTAG ein Termin genannt, zu dem sie die Interconnection „im Rahmen der betrieblichen und technischen Möglichkeiten“ anbietet.⁴⁸ Die ungefähren Bereitstellungszeiten, die von der DTAG im Vertrag genannt werden, umfassen bis zu zwölf Monate.⁴⁹ Daher ist die Gefahr, dass die DTAG so die Netzzusammenschaltung bei ihren Konkurrenten nahezu sanktionslos verzögern kann, tatsächlich vorhanden.

Allerdings darf nicht vergessen werden, dass die Netzzusammenschaltung technisch nicht unkompliziert ist und durchaus längere Zeit bis zu einer Realisierung der Interconnection vergehen kann, ohne dass dies in jedem Fall der DTAG vorzuwerfen wäre. Außerdem werden die Rahmenbereitstellungszeiten immerhin Bestandteil des Vertrages. Eine Überschreitung dieser Fristen muss durch die DTAG begründet werden, dies kann letztlich auch gerichtlich überprüft werden. Darüber hinaus überprüft die RegTP die tatsächliche Bereitstellungssituation laufend und behält sich weitere Schritte vor, wenn sich die Bereitstellungssituation nicht verbessert.⁵⁰ Eine „Verzögerungstaktik“ kann der DTAG nicht von vornherein unterstellt werden. Somit ist eine rechtliche Unzulässigkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe als pauschalierter Schadensersatz aus diesem Grund nicht gegeben.

⁴⁷ Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 112.

⁴⁸ Anhang B – Bestellung/Bereitstellung, Punkt 2.3.

⁴⁹ Anhang B – Bestellung/Bereitstellung, Punkt 2.7.

Ob diese Vertragsstrafe zu niedrig bemessen ist und die beim IC-Partner entstehenden Schäden nicht abdeckt, wie behauptet wird, ist eine Frage, die von einer Vielzahl wirtschaftlicher Faktoren abhängt. Zumindest die RegTP geht nicht davon aus. Unter diesen Umständen erscheint eine Haftungsbeschränkung, wie sie der Mustervertrag vorsieht, nicht rechtsmissbräuchlich.

2. Der Vertrag über Forderungseinzug und Inkasso

Heute kann der Verbraucher unter einer Vielzahl von TK-Anbietern wählen. Das Recht, unabhängig von seinem Anbieter des Teilnehmeranschlusses den Verbindungsnetzbetreiber⁵¹ frei auszuwählen, ergibt sich aus § 43 Abs. 6 TKG. Dies kann entweder durch eine *Preselection* oder durch *Call-by-Call* geschehen.

Preselection ist die dauerhafte Voreinstellung eines Verbindungsnetzbetreibers für alle Telefonate, die über den Ortsnetzbereich hinausgehen, sowie für Verbindungen in die Mobilfunknetze und ins Ausland. Trotzdem bleibt das *Call-by-Call*-Verfahren weiterhin möglich, bei dem der Kunde jeweils im Einzelfall durch die Vorwahl einer Nummer im Format 010xx die Telefongesellschaft, über die er dieses Gespräch abwickeln will, frei auswählen kann.

Hierbei ist zwischen dem *geschlossenen* und dem *offenen Call-by-Call* zu differenzieren. Beim geschlossenen System muss sich der Kunde, bevor er die Leistungen des betreffenden Unternehmens in Anspruch nehmen kann, anmelden, meist wird ihm dann eine

⁵⁰ Vgl. Piepenbrock/Müller, K&R 2000, 110, 112.

⁵¹ Es muss zwischen Verbindungsnetzbetreibern (VNB) und Teilnehmernetzbetreibern (TNB) unterschieden werden. Teilnehmernetze sind durch eine Netzkennzahl oder eine Ortsnetzkennzahl eindeutig gekennzeichnete Telekommunikationsnetze, die Teilnehmeranschlüsse aufweisen (BeckTKG-Komm/Piepenbrock, § 35 Rn. 19), Verbindungsnetze hingegen weisen keine Teilnehmeranschlüsse auf, vgl. § 3 Nr. 23 TKG.

eigene Rechnung gestellt.⁵² Es dominiert allerdings das offene Call-by-Call, hier kann ohne vorherige Registrierung einfach durch Wählen der Verbindungsnetzbetreibervorwahl über den jeweiligen Anbieter telefoniert werden.⁵³

Diese Gespräche werden im Regelfall über die Rechnung des Netzbetreibers, also üblicherweise der DTAG, abgerechnet. Das sieht auch das Gesetz so vor. Gemäß § 15 Abs. 1 TKV muß der Hauptrechnungsersteller dem Kunden in der Rechnung auch die Entgelte für Verbindungen aufweisen, die durch solche Call-by-Call-Verbindungen entstanden sind. Der Kunde kann die Gesamtrechnung komplett an den Teilnehmernetzbetreiber bezahlen und muss sie nicht selbst auf die einzelnen Anbieter aufteilen.

Noch unklar ist allerdings, wie weit diese gesetzliche Fakturierungs- und Inkassopflicht geht.

Der Regelung des § 15 Abs. 1 TKV sind zwei Hauptpflichten des Teilnehmernetzbetreibers zu entnehmen. Wenn der Kunde eine einheitliche Gesamtrechnung wünscht und keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen wurden, so muss der TNB den Namen des jeweiligen VNB nennen, die Gesamthöhe des auf diesen entfallenden Entgelts nennen und Zahlungen des Kunden entgegennehmen. Somit ist nur die Rechnungsstellung, nicht jedoch die Forderungsabtretung oder das Inkasso gesetzlich geregelt. Dies sollte nach dem Willen des Gesetzgebers privatrechtlichen Vereinbarungen der Netzbetreiber untereinander überlassen bleiben.⁵⁴

⁵² Vor der Liberalisierung wurde noch vermutet, dass dies das weitverbreitetste Call-by-Call-System werden sollte (Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403, 406), heute sind die meisten TK-Unternehmen zum anmeldefreien offenen Call-by-Call übergegangen.

⁵³ Vgl. Grote, K&R 1998, 61, 61.

⁵⁴ Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403, 405.

a. Fakturierungs- und Inkassovertrag 1998

Dementsprechend schloss die DTAG seit 1998 mit den Wettbewerbern Verträge über die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen ab. Diese Verträge wurden auf unbestimmte Zeit geschlossen, konnten jedoch mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt werden.

(1) Durchführung von Fakturierung und Inkasso

Die DTAG erhält vom VNB eine Rechnung über den zu fakturierenden und einzuziehenden Betrag als die Summe der sog. *Kommunikationsfälle*. Innerhalb von 30 Tagen nach Rechnungseingang zahlt die DTAG den Betrag abzüglich ihrer Vergütung an den VNB aus. Einzelne Rechnungen, die vom Kunden nicht bezahlt werden, werden dem jeweiligen VNB zurückbelastet.

Die DTAG verarbeitet die angelieferten Daten und stellt die entstandenen Entgelte dem Kunden in Rechnung.

Falls der Kunde von der DTAG einen Einzelverbindungs nachweis gemäß § 14 TKV verlangt hat, so führt sie auch die Gespräche über andere VNB dementsprechend einzeln auf.

Darüber hinaus übernimmt die DTAG in diesen Verträgen auch zunächst die Reklamationsbearbeitung für die VNB. In Bagatellfällen kann sie selbständig über die Beschwerde eines Kunden entscheiden, ansonsten muß sie den VNB über die Reklamation informieren und nachfragen, ob er auf den streitigen Betrag verzichtet. Sollte dies nicht der Fall sein, oder der Kunde auf seiner Beschwerde beharren und der VNB binnen fünf Werktagen nicht reagieren, so zieht die DTAG den streitigen Betrag vom Debitorenkonto ab und übergibt den Fall an den VNB,

der dann seiner Forderung selbst nachgehen kann.⁵⁵ Weiterhin erhält der VNB die hierfür erforderlichen Bestandsdaten über den Kunden.

Außerdem zählt der Lastschriftinzug der Forderungen und die Durchführung des Mahnwesens, falls der Kunde säumig wird, zu den vertraglichen Pflichten der DTAG.

(2) Kündigung der Verträge

Die DTAG kündigte sämtliche bestehenden Fakturierungs- und Inkassoverträge zum 30.09.1999. Diesen Schritt begründete sie mit ihrer Auffassung, zu diesen Leistungen nicht gesetzlich verpflichtet zu sein. Außerdem seien die DTAG-Hotlines überlastet, die sich mehr und mehr um Probleme mit Verbindungen über andere VNB kümmern müssten. Dies führe auch zu nicht unerheblichen Imageschäden auf Seiten der DTAG, weil nur sie allein auch bei Problemen mit Verbindungen über andere VNB dem Kunden gegenüber in Erscheinung trete.

Diese Kündigung zog heftige Proteste der Wettbewerber nach sich.⁵⁶ Sie befürchteten das Ende des offenen Call-by-Call, wenn die Kunden in Zukunft gezwungen wären, ihre jeweiligen Call-by-Call-Gespräche jedem Anbieter einzeln zu bezahlen. In diesem Fall würden die meisten Nutzer keine solchen Gespräche mehr führen. Gerade dadurch, dass das offene Call-by-Call so unkompliziert zu nutzen sei - einfach nur die Verbindungsnetzbetreiberkennziffer vorwählen und dieses Gespräch später ohne Aufwand mit der DTAG-Rechnung bezahlen – habe die Liberalisierung in Deutschland so schnell fortschreiten können.

⁵⁵ Ausführlicher: Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 4.

⁵⁶ Vgl. Pressemitteilungen des VATM Nr. 22/99 und 23/99 vom 22.10.99: „Frontalangriff der Deutschen Telekom AG gegen Call-by-Call“ und „Der neue Coup der deutschen Telekom AG: Nun auch keine Einzelverbindungsübersichten mehr für die Wettbewerber“, nachzulesen unter www.vatm.de.

Mehrere private Call-by-Call-Anbieter wandten sich an die RegTP, um eine Anordnung auf Weiterführung des bisherigen Systems zu erreichen. In Anbetracht dessen erklärte sich die DTAG bereit, die Verträge unverändert bis 01.04.2000 weiterlaufen zu lassen und bis dahin einen neuen Vertrag zu entwerfen.

b. Neuer Vertragsentwurf der DTAG

Der neue Fakturierungsvertragsentwurf der DTAG sah als verbleibende Leistungen die Rechnungserstellung der reinen Sprachverbindungen, das Ausweisen der auf den jeweiligen VNB entfallenden Entgelte, die Angabe von Adresse und Bankverbindung des VNB und die Weiterleitung von an die DTAG geleisteten Entgeltzahlungen für Call-by-Call-Gespräche vor.

Die Durchführung des Lastschriftinzugs, die Bearbeitung von Beschwerden und Reklamationen, das Mahnwesen sowie die Erstellung eines Einzelverbindungsachweises sollten hingegen nicht mehr Vertragsgegenstand sein.

Dieser Vertragsentwurf stellte sich aus mehreren Gründen als problematisch dar.

(1) Lastschriftinzug und Entgegennahme von Zahlungen

Die DTAG plante, in der Kundenrechnung nur noch den Gesamtbetrag anzugeben, der an den jeweiligen VNB zu zahlen ist. Die Kunden sollten, verbunden mit der Angabe der Adresse, Hotline-Nummer und Bankverbindung des Carriers, in der Rechnung dazu aufgefordert werden, die jeweils ausstehenden Beträge direkt an den betreffenden Call-by-Call-Anbieter zu überweisen.

Zwar blieb die DTAG auch nach dem neuen Muster-Interconnectionvertrag weiterhin verpflichtet, Zahlungen der Kunden von auf VNB entfallenden Entgelten entgegenzunehmen und weiterzuleiten. Allerdings würden nur noch ihre eigenen Forderungen sowie die der Tochterunternehmen wie T-Online oder T-Mobil bei Vorliegen einer Einzugsermächtigung vom Konto des Kunden abgebucht. Die Entgelte der Call-by-Call-Anbieter sollten nicht mehr in das Lastschriftverfahren einbezogen sein.

(2) Vergütung der DTAG

In ihrem Vertragsentwurf verlangt die DTAG ein Entgelt für ihre Leistungen. Dieses setzt sich zusammen aus einem Festpreis je Rechnung (€ 0,26), einem Festpreis für weitergeleitete Zahlungen (€ 0,06) und einem Festpreis von € 2,60 pro 1000 bearbeitete Kommunikationsfälle.

Die Berechtigung für diese Entgeltkomponenten ist teilweise problematisch.

Der Festpreis pro 1000 angelieferte Kommunikationsfälle wurde im Fakturierungs- und Inkassovertrag von 1998 damit begründet, dass für den EVN der Call-by-Call-Anbieter auf der Rechnung der DTAG Druck- und Papierkosten anfallen. Nach dem Vertragskonzept der DTAG soll ein solcher EVN aber nunmehr nicht mehr abgedruckt werden. Somit ist eine Begründung für diese Entgeltkomponente auch nicht mehr ersichtlich.

Fraglich ist auch die Berechtigung der DTAG, ein Entgelt für die Weiterleitung von Zahlungen zu fordern. Nach ihrem Vertragsentwurf ist die DTAG ja vertraglich nicht mehr zu Inkassoleistungen verpflichtet. Eine Pflicht, solche Zahlungen weiterzuleiten, ergibt sich somit ausschließlich aus § 15 Abs. 1 S. 5 TKV, wonach dem Kunden bei Zahlung an den Rechnungsersteller die befreiende Wirkung dieser Zahlung zugute kommt. Daraus folgt,

dass der Rechnungsersteller die Annahme von solchen Zahlungen auf die Forderung von VNB nicht verweigern darf. In einem solchen Fall hat die DTAG allerdings keinen Rechtsgrund zum Behalten der Zahlung i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB⁵⁷, vielmehr muss sie die unberechtigt erlangten Zahlungen unverzüglich und unentgeltlich gemäß § 818 BGB an den Berechtigten herausgeben.⁵⁸

Somit erscheint es zweifelhaft, wenn die DTAG eine Vergütung verlangt.⁵⁹

c. Pflichten nach § 15 TKV

Im TKG ist die Durchführung von Fakturierung und Inkasso nicht näher geregelt, nach § 15 TKV allerdings hat der Kunde den Anspruch, eine Rechnung aus einer Hand vom TNB zu erhalten.⁶⁰

Die Notwendigkeit der Vorschrift ist durch Vorgaben im TKG vorgezeichnet. § 41 TKG ist Rechtsgrundlage für den Erlass der TKV. Gemäß § 41 Abs. 3 Nr. 7 TKG soll die zum Kundenschutz erlassene TKV Regelungen über die Rechnungserstellung enthalten. Bei der Ausgestaltung der Verordnung muss das Recht des Kunden berücksichtigt werden, den VNB dauerhaft durch Preselection oder fallweise durch Call-by-Call auswählen zu können.⁶¹

Die Einführung dieser Regelung hatte vor allem verbraucherschutzrechtliche Gründe.⁶²

⁵⁷ Palandt/Thomas, § 812, Rn. 72 f.

⁵⁸ Palandt/Thomas, § 818, Rn. 5; Grote, TKV-Komm, § 15, Rn. 8.

⁵⁹ Vgl. Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 6.

⁶⁰ Vgl. unten unter (1) (a).

⁶¹ Dieses Recht ist auch auf EU-Ebene verankert, RL 98/61/EG v. 24.09.1998 (Abl. EG Nr. L 268/37).

⁶² Vgl. Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 7, wegen des erheblichen Schutzbedürfnisses der Kunden gegenüber der durch die Liberalisierung eingetretenen Marktunübersichtlichkeit. Anders Säcker/Calliess, K&R 1999,

Nach der Begründung der Bundesregierung dient § 15 allerdings auch der „Marktgängigkeit des Angebots der Verbindungsbetreiber“; dieses Ziel ist durch § 41 Abs. 1 TKG jedoch nicht gedeckt.⁶³

Fraglich ist aber, in wie weit der Teilnehmernetzbetreiber durch die TKV zu Fakturierung und Inkasso für die Call-by-Call-Anbieter verpflichtet ist.

(1) Rechnungserstellung

Dem Wortlaut nach hat der Kunde nach § 15 Abs. 1 S. 1 Anspruch auf eine einzige Rechnung durch den TNB, auf der auch die Entgelte für „Verbindungen“ über „andere Anbieter von Netzdienstleistungen“ aufgeführt werden. Was unter diesen Begriffen zu verstehen ist und wie weit, auf dieser Frage aufbauend, die Pflicht zur Rechnungserstellung reicht, ist jedoch nicht eindeutig.

(a) Sprachtelefonie-Verbindungen

Weder im TKG noch in der TKV lässt sich eine Legaldefinition für „Verbindung“ finden, auch die Regierungsbegründung schweigt dazu⁶⁴.

Somit ist dieser Begriff mehrerer Ansichten in der Literatur zu Folge nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auszulegen. Danach

289, 293 f, die argumentieren, dass die Einrichtung eines einheitlichen Inkassoverfahrens allein den Interessen der Anbieter diene, welche jedoch durch die TKV nicht geschützt werde. Die Beibehaltung des jetzigen Verfahrens sei zwar auch für den Kunden einfacher und bequemer, ein darüber hinaus gehendes Schutzinteresse des Kunden, das die Regelung des § 15 TKV rechtfertigen könne, lasse sich jedoch nicht festmachen.

⁶³ Vgl. Grote, TKV-Komm., § 15, Rn. 1.

⁶⁴ Vgl. Regierungsbegründung zu § 15 TKV, BR-Drucksache 551/97.

bedeutet „Verbindung“ jede Kommunikation zwischen zwei räumlich von einander getrennten Anschlüssen.⁶⁵ Andere hingegen sind der Ansicht, dass der Terminus in Anlehnung an den Begriff des „Verbindungsnetzes“, legaldefiniert in § 3 Nr. 23 TKG, auszulegen sei.⁶⁶ Diese Meinung geht jedoch nicht weit genug, denn nach dem Wortlaut der Vorschrift handelt es sich auch bei Dienstleistungen anderer Anbieter von Netzdienstleistungen um Verbindungen i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 TKV. Für den Begriff „andere Anbieter von Netzdienstleistungen“ wiederum findet sich keine Legaldefinition. Zwar sind damit hauptsächlich andere VNB gemeint, doch ist nicht ersichtlich, dass der Anwendungsbereich von § 15 TKV auf von VNB vermittelte Verbindungen beschränkt sein soll.⁶⁷ Vielmehr sind „Netze“ nicht nur Verbindungsnetze, sondern z. B. auch Teilnehmernetze. Zuletzt muss noch in Erwägung gezogen werden, dass Ziel des Gesetzgebers war, dass der Kunde für *alle* entgeltpflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen, die er über seinen TNB nutzt, eine einheitliche Rechnung erhält. Zwar stellte er auf Verbindungen über VNB ab, doch dies war nicht ausschließliches Regelungsziel.⁶⁸

(b) Andere Verbindungen

Eine Einschränkung könnte sich jedoch für Verbindungen, die zur Datenübertragung genutzt werden, sowie für Verbindungen zu Premium-Rate-Diensten, ergeben.

(aa) Online- und Faxverbindungen

Unter den Begriff der Datenübertragung fallen alle Internet-, Online- und Fax-Verbindungen. In der Regierungsbegründung wird

⁶⁵ Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 8; Leo, K&R 1998, S. 381, 383.

⁶⁶ Grote, TKV-Komm, § 15, Rn. 2; Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 294.

⁶⁷ Vgl. Piepenbrock/Müller MMR-Beilage 4/2000, 8 f.

ausgeführt, dass alle kostenpflichtigen „Sprachkommunikationsdienstleistungen“ vom TNB in die einheitliche Rechnung aufgenommen werden müssen. Dieser Begriff wird in § 12 TKG verwendet und dort so verstanden, dass neben den in § 3 Nr. 15 TKG definierten Sprachtelefondiensten auch der Transport und die Vermittlung von Sprache in Echtzeit über Mobilfunknetze verstanden wird.⁶⁹ Nach dem Wortlaut sind Verbindungen zur Datenübertragung also nicht erfasst.

Allerdings erscheint fraglich, ob diese Formulierung den Zweck gehabt hat, Datenübertragungen aus dem Regelungsgehalt des § 15 TKV auszunehmen.⁷⁰ Wenn man sich vor Augen hält, dass Regelungszweck der TKV der Kundenschutz ist, so macht aus Sicht des Kunden eine solche Differenzierung keinerlei Sinn, und auch technisch besteht zwischen einer sprachtelefonischen Verbindung und einer Fax- oder Online-Verbindung prinzipiell kein Unterschied⁷¹.

Aus diesem Grund ist der Meinung zu folgen, nach der auch Online- und Faxverbindungen sowie andere Datenübertragungen § 15 TKV unterfallen.⁷² Auch Entgelte anderer VNB für Faxverbindungen oder Internet-by-Call müssen durch den TNB auf der Kundenrechnung mit aufgeführt werden.⁷³

(bb) Premium-Rate-Dienste

⁶⁸ Regierungsbegründung zu § 14 TKV, BR-Drucksache 551/97.

⁶⁹ Regierungsbegründung zu § 14 TKV, BR-Drucksache 551/97; BeckTKG-Komm/Büchner, § 12, Rn. 4; Scherer/Ellinghaus, NJW 1988, S. 883 f; Leo, K&R 1998, 381, 383.

⁷⁰ So auch Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 9; Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 295.

⁷¹ RegTP BK 3 Beschluss v. 21.2.2000, MMR 2000, 298, 301.

⁷² Anders, jedoch ohne durchschlagende Begründung: Grote, TKV-Komm, § 15, Rn. 3 f.

⁷³ So auch im Ergebnis RegTP BK 3, MMR 2000, 298, 308.

Diese Ausführungen gelten auch für Verbindungen zu sogenannten Premium-Rate-Dienste.

Premium-Rate-Dienste sind durch eine bundeseinheitliche Dienstekennzahl gekennzeichnet.⁷⁴ Bei der Inanspruchnahme eines solchen Dienstes kommt ein separater, zusätzlicher Vertrag zwischen dem Anrufenden und dem Angerufenen für geleistete Content-Dienstleistungen, beispielsweise für spezielle Hotline-Beratungen oder Informationen, zustande. Dementsprechend geht ein Teil des vom Anrufer zu entrichtenden Entgelts an den Angerufenen für geleistete Dienstleistungen. Die erste Stelle hinter der Dienstekennung gibt dabei Aufschluss über den Preis, zu dem die jeweilige Rufnummer erreicht werden kann.

Fraglich ist, ob wegen dieses kombinierten Entgelts in einer Verbindung zu einer 0190-Rufnummer eine TK-Dienstleistung gesehen werden kann.

Hierbei muss berücksichtigt werden, dass § 15 Abs. 1 TKV eine Differenzierung zwischen Entgelten, die ausschließlich auf technischen Dienstleistungen beruhen, und kombinierten Entgelten nicht vorsieht. Bei Telefongesprächen zu Premium-Rate-Diensten handelt es sich um echte Gespräche, die auf den technischen Möglichkeiten der Telekommunikation basieren. Eine Aufteilung des Entgelts in einen Teil für die technische und einen Teil für die inhaltliche Dienstleistung, so wird argumentiert, widerspräche dem Wesen eines Telefonmehrwertdienstes, denn sie bildeten eine untrennbare Einheit.

Für die Annahme, dass auch Premium-Rate-Dienste der Verpflichtung nach § 15 Abs. 1 TKV unterfallen, spricht auch folgendes: § 15 Abs. 1 TKV enthält keine Beschränkung auf Entgelte für reine Telekommunikationsdienstleistungen, sondern es sind alle „Verbindungsentgelte“ umfasst.⁷⁵ Wie oben erläutert, ist

⁷⁴ 0190, zukünftig 0900.

⁷⁵ Vgl. auch Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 11.

der Begriff der „Verbindung“ weitergehend zu verstehen.⁷⁶ Da er aus Sicht des Kunden, zu dessen Schutz die TKV geschaffen wurde, nicht aufgeteilt wird in einen Anteil für die technische und einen für die inhaltliche Dienstleistung, verdient eine Verbindung zu einem Premium-Rate-Dienst keine andere Behandlung als die übrigen TK-Dienstleistungen.

(2) *Einzelbindungsnachweis*

Im Mustervertrag wollte die DTAG regeln, dass sie als TNB nur noch die jeweilige Rechnungssumme des VNB in der Kundenrechnung aufzuführen hat. Falls der Kunde einen EVN wünsche, so sei für die Erstellung in Zukunft allein der betreffende VNB zuständig. Eine weitergehende rechtliche Verpflichtung bestehe für die DTAG nicht.

(a) Verpflichtung zum Einzelbindungsnachweis

Diese Rechtsauffassung ist jedoch nach allgemeiner Ansicht in der Literatur nicht haltbar.⁷⁷

Der EVN soll dem Konsumenten der TK-Dienstleistungen ermöglichen, die Rechnung zu überprüfen und transparenter zu machen. Gemäß § 14 S. 1 TKV unterliegt der Anbieter des Teilnehmeranschlusses grundsätzlich⁷⁸ der Pflicht zur Erstellung eines für den Endverbraucher kostenlosen EVN. § 15 Abs. 1 S. 3 TKV macht deutlich, dass dies auch die Verbindungen über andere VNB mitumfasst, nach Ansicht der RegTP stellt der EVN

⁷⁶ c.(1)(a).

⁷⁷ Vgl. Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 11; Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 295.

⁷⁸ Ein EVN muss vom Kunden beantragt werden, vgl. § 14 Satz 1 („Verlangt der Kunde...“), die Pflicht besteht nur im Rahmen der technischen Möglichkeiten und der datenschutzrechtlichen Vorschriften.

dementsprechend einen Kernbestandteil der Rechnung nach § 15 Abs. 1 TKV dar, ohne den die Rechnung unvollständig wäre.⁷⁹

Aus diesen Gründen steht fest, dass die Pflicht zur Erstellung eines Einzelverbindungsnaachweises auch die Darstellung der Verbindungen umfasst, die über andere VBN z. B. als Call-by-Call-Gespräche realisiert wurden.⁸⁰

(b) Datenschutzrechtliche Unzulässigkeit der Klausel im DTAG-Vertragsentwurf

Obwohl nach der neuen Regelung die DTAG nur noch den Forderungsbetrag des jeweiligen VNB dem Kunden in Rechnung stellen wollte und kein EVN über VNB-Telefonate mehr in der Rechnung auftauchen sollte, ist in dem Vertragsentwurf festgelegt, dass die VNB weiterhin „Kommunikationsfälle“⁸¹ zur Fakturierung zu liefern haben. Eine Übermittlung dieser Daten wäre aber in diesem Fall gar nicht mehr nötig, nur noch der Rechnungsbetrag wäre dann erforderlich.

Deshalb ist diese Vertragsklausel auch aus Datenschutzgründen zweifelhaft. Sie entspricht schon nicht dem datenschutzrechtlichen Prinzip, daß Daten nur dann gesammelt oder verarbeitet werden dürfen, wenn dies für einen bestimmten Zweck geboten ist (Prinzip der Zweckbindung, Sparsamkeitsgrundsatz).⁸² Ferner liegt ein Verstoß gegen die TDSV nahe. Gemäß § 6 Abs. 1 TDSV ist eine Übermittlung von Verbindungsdaten nur dann zulässig, wenn der Diensteanbieter, also in diesem Fall die DTAG, diese zur Ermittlung des Entgelts und zur Abrechnung mit seinem Kunden

⁷⁹ RegTP BK 3, MMR 2000, 298, 305.

⁸⁰ Vgl. BeckTKG-Komm/Kerkhoff Anh § 41, § 15 TKV, Rn. 7.

⁸¹ Das entspricht den Verbindungsdaten gemäß § 5 Abs. 1 TDSV, also die genauen Informationen über Beginn, Ende bzw. Dauer, angewählte Rufnummer und Preis des Gesprächs.

⁸² Vgl. Tinnefeld/Ehmann, 36.

benötigt. Genau dies wäre jedoch nach den Planungen der DTAG nicht der Fall.

Somit wäre eine vertragliche Verpflichtung des VNB zur Übermittlung des kompletten Kommunikationsfalls aus datenschutzrechtlichen Gründen unzulässig, falls die DTAG berechtigtermaßen nur noch den Forderungsbetrag und keinen Einzelnachweis der Call-by-Call-Verbindungen mehr in der Kundenrechnung aufführen würde.

(3) Umgang mit Kundenzahlungen

Ein weiteres Problem ist die Frage, inwieweit der Rechnungsersteller zur Fakturierung für die VNB verpflichtet ist. Die TKV lässt dies offen, als einzig relevante Regelung ist ihr in § 15 Abs. 1 Satz 4 zu entnehmen, dass die Zahlung an den TNB, wie oben ausgeführt, befreiende Wirkung auch gegenüber den anderen auf der Rechnung aufgeführten Anbietern hat.

(a) Reine Entgegennahme von Zahlungen

Oben wurde bereits angesprochen, dass der Lösung, die die DTAG in ihrem neuen Fakturierungsvertragsentwurf durchzusetzen versuchte, datenschutzrechtliche Bedenken entgegenstehen.

Aber auch bei Auslegung der TKV könnte sich ergeben, dass der Gesetzgeber mehr vom TNB verlangt als eine „passive“ Entgegennahme und Weiterleitung von gezahlten Entgelten an die jeweiligen VNB.

§ 15 Abs. 1 Satz 4 TKV dient den Kundeninteressen, zu diesen gehört auch eine bequeme und günstige Zahlung der in Anspruch

genommenen TK-Dienstleistungen.⁸³ Hieraus schließen Piepenbrock und Müller, dass deshalb in der Rechnung ein Hinweis darauf erforderlich sei, dass der Kunde den Gesamtbetrag mit befreiender Wirkung an den Rechnungsersteller zahlen könne. Sie begründen dies hauptsächlich mit dem Argument, es mache Sinn, wenn der Kunde die Rechnung einheitlich bezahlen könne und nicht die Rechnung aufteilen und die sich für den jeweilig in Anspruch genommenen VNB ergebenden Entgelte einzeln überweisen müsse.⁸⁴

Säcker und Calliess vertreten eine andere Meinung.⁸⁵ Der Rechnungsersteller sei zwar verpflichtet, die Zahlungen für andere Call-by-Call-Anbieter anzunehmen und weiterzuleiten, weiter reichten die Pflichten jedoch nicht.⁸⁶ Insbesondere könne vom TNB nicht verlangt werden, sich selbst aktiv als einheitliche Zahlstelle anzugeben. Der Begriff der Rechnungsstellung setze voraus, dass es dem Kunden durch die Rechnung ermöglicht werde, seine Schuld zu begleichen. Diese Bedingung sei erfüllt, wenn der TNB für jeden der betroffenen Call-by-Call-Anbieter eine Kontoverbindung nach dessen Wahl in der Rechnung aufführe, mit deren Hilfe der Kunde dann die jeweils anfallende Summe überweisen könne.

Bei einer solchen Praxis liefe allerdings die Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 4 TKV weitgehend leer, das Recht zur Gesamtzahlung würde ausgehöhlt.⁸⁷

Die Beschlusskammer 3 der RegTP stellt in ihrer Entscheidung zu Recht darauf ab, dass es auf das Wissen und den Erfahrungsschatz des Durchschnittskunden ankomme. Wenn in der Rechnung der DTAG jeweils ein Konto des betreffenden Call-by-Call-Anbieters

⁸³ So auch Leo, K&R 1998, 381, 383; Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 12. Vgl. auch RegTP BK3, MMR 2000, 298, 306.

⁸⁴ Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 12 f.

⁸⁵ Vgl. Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 297.

⁸⁶ So auch Grote, TKV-Komm, § 15, Rn. 7.

angegeben wird, verbunden mit der Aufforderung, das auf diesen VNB entfallende Entgelt direkt an ihn zu überweisen, so wird diesem der Eindruck vermittelt, dass dies die einzige Möglichkeit ist, die Schuld zu begleichen. Ihm wird in den meisten Fällen nicht klar sein, dass sein Recht auf Zahlung der Gesamtsumme an den TNB unverändert fortbesteht. Aber selbst wenn einem Kunden das Fortbestehen der schuldbeitreitenden Wirkung bekannt ist, so ist es nach Meinung der BK 3 fraglich, ob er dieses Recht trotzdem weiterhin wahrnehmen würde.⁸⁸

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Auch wenn in § 15 TKV nur von einer befreienden Wirkung der Zahlung an den Rechnungsersteller die Rede ist, so ist deutlich geworden, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die einheitliche Rechnung im Normalfall auch vom Kunden einheitlich bezahlt werden kann. Dazu gehört zwangsläufig, dass der VNB grundsätzlich dem Kunden ganz offen, nicht versteckt und über Umwege, die Möglichkeit gibt, die Rechnung auch der mit auf der Rechnung fakturierten TK-Unternehmen einfach und unkompliziert in einem Vorgang zu begleichen.⁸⁹

(b) Lastschriftinzug

Inhaltlich eng mit dem vorhergehenden Problem verbunden ist die Frage, ob die DTAG berechtigtermaßen die Auffassung vertritt, dass sie, wenn sie auch Zahlungen an andere VNB entgegennehmen und weiterleiten muss, so doch nicht verpflichtet sei, diese Call-by-Call-Entgelte per Lastschriftinzug miteinzuziehen.⁹⁰

⁸⁷ So auch RegTP BK 3, MMR 2000, 298, 306 f.

⁸⁸ RegTP BK 3, MMR 2000, 298, 306.

⁸⁹ Mit gleichen Ergebnis: BeckTKG-Komm/Kerkhoff, Anh § 41, § 15 TKV, Rn. 11.

Diese Meinung wird auch in der Literatur teilweise vertreten.⁹¹ Der Rechnungsersteller sei schon gar nicht zu einem Einzug der Forderungen der anderen Anbieter befugt, da der Kunde ihm die Einzugsermächtigung regelmäßig nur für eigene Forderungen erteilt habe.

Außerdem gehöre der Lastschriftinzug schon zum Inkasso und unterfalle nicht mehr der eher „passiven“ Entgegennahme von Kundenzahlungen.⁹²

Es stehe dem Kunden frei, den Gesamtbetrag an den TNB, in diesem Fall der DTAG, zu überweisen. Sollte ihm das zu umständlich sein, so könne den jeweiligen Call-by-Call-Anbietern ebenfalls durch eine Einzugsermächtigung der Lastschriftinzug ermöglicht werden.

Aber schon das Argument, die Einzugsermächtigung umfasse keine Forderungen anderer Call-by-Call-Anbieter, greift nicht.⁹³

Der Einzugsermächtigung liegt eine Willenserklärung des Kunden zugrunde. Diese muss gemäß § 133, 157 BGB ausgelegt werden, um den hinter der Erklärung stehenden Geschäftswillen zu ermitteln.⁹⁴

Die erteilte Einzugsermächtigung ersetzt für den Kunden die manuelle monatliche Überweisung der Rechnungssumme.⁹⁵ Dies hat für ihn mehrere Vorteile: er spart Überweisungskosten, er spart Zeit und er kann die Zahlung nicht mehr vergessen, da die Abbuchung automatisch erfolgt. Risiken bestehen nicht, da eine Lastschrift ohne Angabe von Gründen durch die Hausbank zurückgebucht werden kann. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Kunde zwischen den einzelnen Buchungspositionen auf der TNB-Rechnung differenziert, denn die oben genannten Vorteile hat

⁹⁰ Zur Einzugsermächtigung vgl. Palandt/Sprau, § 676 f, Rnr. 29.

⁹¹ Vgl. Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 297.

⁹² Grote, TKV-Komm, § 15, Fn. 7.

⁹³ So auch Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 13; RegTP BK 3, MMR 2000, 298, 305 f.

⁹⁴ Larenz-Wolf, BGB AT, § 28, Rn. 4 ff.

er nur dann, wenn die Gesamtsumme abgebucht wird, ohne dass er sich selbst um die Aufteilung des Geldes weitere Gedanken machen muss.

Somit muss eine dem TNB erteilte Einzugsermächtigung dahingehend ausgelegt werden, dass sie nicht nur für beim TNB entstandene Forderungen erteilt wird. Sie umfasst vielmehr den kompletten (Gesamt-) Rechnungsbetrag einschließlich der Entgelte für über andere VNB geführte Call-by-Call-Anbieter.⁹⁶

Darüber hinaus ist fraglich, ob das Lastschriftverfahren tatsächlich schon zum Inkasso gehört, wie die DTAG meint. Unstreitig gehört die Entgegennahme von Kundenzahlungen für andere VNB zu den Pflichten des TNB gemäß § 15 Abs. 1 Satz 4 TKV. Die Einzugsermächtigung ersetzt aber nur die Zahlung des Rechnungsbetrags.⁹⁷ Wenn Barzahlung und Lastschrifteinzug aber rechtlich gleichzusetzen sind und der Kunde mit befreiender Wirkung an den Rechnungsersteller zahlen kann, so muss er ebenso mit befreiender Wirkung den gesamten Rechnungsbetrag vom TNB einziehen lassen können.

Inkasso bedeutet die Durchsetzung fremder oder abgetretener Forderungen.⁹⁸ Eine solche liegt aber dann nicht vor, wenn der Schuldner freiwillig zahlt,⁹⁹ denn wo die Forderung freiwillig beglichen wird, da muss sie nicht mehr durchgesetzt werden, da der Schuldner alles zur Erfüllung Erforderliche getan hat. In aller Regel wird das Inkasso auch nicht sofort nach Rechnungserstellung eingeleitet, sondern dem Kunden ein Zahlungsziel gewährt, danach gemahnt, um den Verzug auszulösen und erst dann Maßnahmen zur

⁹⁵ Etwa 70-80% der Kunden haben der DTAG eine Einzugsermächtigung erteilt, RegTP BK 3, MMR 2000, 298, 305.

⁹⁶ Für dieses Ergebnis spricht auch, dass der Text zur Einzugsermächtigung auf den Formularen der DTAG lautet: „Ich wünsche die Abbuchung der Rechnung von nebenstehendem Konto.“

⁹⁷ Heinrichs in MüKo Bd. 2 § 362 Rn. 24, Palandt/Heinrichs, § 362, Rn. 9b.

⁹⁸ Seitz/Ohle, Rn. 1.

⁹⁹ Voraussetzung für Inkasso ist die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, vgl. Seitz/Seitz, Rn. 134.

Durchsetzung der Forderung ergriffen, z. B. die Weitergabe des Falles an ein Inkassobüro.

Der Lastschrifteinzug nützt aber natürlich nicht nur dem Kunden, vor allen Dingen hat das Verfahren Vorteile für den TNB. Es ist automatisiert und viele Fehlerquellen, die sich bei Überweisungen „von Hand“ auf tun und die dem TK-Unternehmen Kosten verursachen, werden dadurch ausgeschlossen, z.B. Flüchtigkeitsfehler beim Ausfüllen des Überweisungsträgers. Es ist problematisch, wenn die DTAG die Einzugsermächtigung einerseits als Zahlungsart präferiert, andererseits die sich aus § 15 Abs. 1 Satz 4 TKV ergebenden Folgen abwenden will.¹⁰⁰

Aus der Regelung des § 15 Abs. 2 TKV ist im übrigen ersichtlich, dass die Zahlung des gesamten Rechnungsbetrags an den Rechnungsersteller der Regelfall sein soll.

Somit bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass die DTAG verpflichtet ist, die Entgelte für andere VNB per Lastschrift mit einzuziehen.

(4) Inkasso, Reklamationen und Übermittlung von Kundendaten

Wenn der oben dargestellten Meinung gefolgt wird, dann beginnt das Inkasso erst dann, wenn der Kunde nicht freiwillig zahlt und die Forderung rechtlich durchgesetzt werden muss. Auch diese Maßnahmen hatte die DTAG im alten Fakturierungs- und Inkassovertrag übernommen.

Ein rechtlicher Anspruch zur Fortführung des Inkassos und der Reklamationsbearbeitung für andere VNB besteht jedoch nicht. Dies wird schon aus § 15 Abs. 1 Satz 5 TKV deutlich, nach dem die erforderlichen Bestands- und Verbindungsdaten zum Zwecke

¹⁰⁰ Vgl. Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 15.

der Forderungsdurchsetzung an den jeweiligen VNB weitergegeben werden müssen.¹⁰¹

Somit ist die DTAG berechtigt, das Inkasso künftig den betroffenen VNB zu überlassen, sie muss in diesem Fall allerdings die dafür erforderlichen Daten weiterreichen.

d. Verfahren nach § 33 Abs. 2 TKG durch die RegTP

Am 21.02.2000 erging im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens eine förmliche Aufforderung gemäß § 33 Abs. 2 S. 2 TKG unter Androhung eines Erlasses bei Nichtbeachtung an die DTAG. Da die DTAG keine fristgemäße Verpflichtungserklärung abgab, erließ die RegTP am 14.03.2000 eine inhaltlich dieser Aufforderung entsprechende Anordnung nach § 33 Abs. 2 S. 1 TKG.¹⁰²

Die DTAG wurde hierin verpflichtet,

- alle Leistungen, die sich aus den bestehenden Verträgen ergeben, unverändert bis zum 31.12.2000, zu erbringen sowie auch über dieses Datum hinaus weiterhin
- für die VNB Rechnungen zu erstellen,
- dem Kunden unter den Voraussetzungen des § 14 TKV einen Einzelbindungsnachweis zu übermitteln – ausgenommen Internet-by-Call – ,
- in der Rechnung dem Kunden eine Gesamtrechnungssumme auszuweisen,
- den Kunden aufzufordern, die gesamte Summe an die DTAG zu zahlen, bzw. im Lastschriftverfahren die komplette Endsumme einschließlich der Call-by-Call-Entgelte

¹⁰¹ Vgl. Grote TKV-Komm, § 15 Rn. 7; Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 298; Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 15; Leo, K&R 1998, 381, 385; Hefekäuser/Schulz K&R 1998, 403, 405.

¹⁰² Die Beschlüsse vom 21.02. und vom 14.03.2000 der Beschlusskammer 3 der RegTP, Az. BK 3a/032, abgedruckt u.a. in MMR 2000, 298 ff.

einziehen und die auf die VNB entfallenden Summen an diese weiterzuleiten,

- sowie den VNB zum Zwecke ihrer Forderungsdurchsetzung die hierzu erforderlichen Bestands- und Verbindungsdaten mittels einer geeigneten elektronischen Schnittstelle zu übermitteln.

Diese Entscheidung der RegTP gründet sich auf § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG. Sie stellte fest, dass ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG vorlag und die DTAG ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.

Die DTAG wurde durch diese Entscheidung verpflichtet, bis zum 30.6.2000 ein neues Vertragsabgebot für ihre Fakturierungsleistungen vorzulegen. Diese Frist ließ sie verstreichen.¹⁰³

3. Roaming-Verträge im Mobilfunk

Der Mobilfunkstandard *Global System for Mobile Communications (GSM)* wird heute in über 400 Mobilfunknetzen in 153 Ländern der Erde verwendet.¹⁰⁴ Die Netze selbst sind hingegen im Normalfall nur auf nationaler Ebene strukturiert. Durch *Roaming*¹⁰⁵ wird dem Kunden eines Netzbetreibers die mobile Kommunikation außerhalb des Versorgungsbereichs desjenigen Mobilfunknetzes ermöglicht, zu dessen Leistung ein Vertragsverhältnis besteht. Hierbei kann sich der Kunde mit seiner eigenen SIM-Karte¹⁰⁶ und meistens auch dem eigenen Mobiltelefon¹⁰⁷ als „Gast“ in das fremde Netz einbuchen, telefonieren und andere Dienstleistungen nutzen und bleibt auch im Fremdnetz unter seiner eigenen Nummer erreichbar.

¹⁰³ Vgl. www.teltarif.de/arch/2000/kw27/s2483.html vom 3.7.2000.

¹⁰⁴ www.gsmworld.com/gsminfo/gsminfo.htm.

¹⁰⁵ Englisch: „herumstreunen, herumwandern“.

¹⁰⁶ *Subscribers Identification Module*, der entfernbare Chip, auf dem Rufnummer, Telefonbuch usw. gespeichert sind.

¹⁰⁷ In den USA nutzen die lokalen GSM-Anbieter eine andere Frequenz als in Europa, so dass dort ein spezielles Mobiltelefon benutzt werden muss. Aber auch hier kann die eigene SIM-Karte mit der eigenen Telefonnummer weiterverwendet werden.

Dabei muss der Kunde keinen Vertrag mit anderen Netzbetreibern abschließen. Voraussetzung für Roaming ist allerdings, dass der eigene Netzbetreiber ein Roaming-Abkommen abgeschlossen hat, auf dessen Grundlage seine Kunden das fremde Netz nutzen können.

Roaming-Verträge werden hauptsächlich mit ausländischen Mobilnetzbetreibern vereinbart, um den Kunden auch im Ausland das bequeme Telefonieren und die Erreichbarkeit unter ihrer normalen deutschen Mobilfunknummer zu ermöglichen. Darüber hinaus existiert ein nationaler Roaming-Vertrag zwischen T-Mobil und Viag Interkom. Außerdem stellt sich die Frage des National Roamings auch in Hinblick auf die Ersteigerung der UMTS-Lizenzen.

a. International Roaming

Die technische Möglichkeit des grenzüberschreitenden Roamings war von Anfang Bestandteil des GSM-Standards und hatte einen großen Anteil am Exporterfolg dieses europäischen Mobilfunksystems.¹⁰⁸ Mobile Kommunikation wird immer einfacher und wirklich global. Die deutschen Mobilfunkbetreiber T-Mobil, D2 Mannesmann, E-Plus sowie Viag Interkom schließen laufend neue Roaming-Verträge mit GSM-Netzen im Ausland ab.¹⁰⁹ Dank der technischen Kompatibilität zwischen unterschiedlichen Netzen, die nach dem GSM-Standard funktionieren, kann auch in solchen Partnernetzen wie zuhause mit dem Mobiltelefon telefoniert werden. Bezahlt wird wie gewohnt später über die normale Rechnung.

¹⁰⁸ Heilbock, MMR 1999, 23, 23 f.

¹⁰⁹ Beispielsweise können Kunden von D2 Mannesmann in über 90 Ländern der Erde roamen, E-Plus hat Abkommen mit mehr als 115 Roaming-Partnern in 75 Ländern.

Bei diesen Roaming-Vereinbarungen handelt es sich um privatrechtliche Verträge zwischen den Mobilfunkbetreibern, die es den Kunden erlauben, das jeweils andere Netz im Bedarfsfall mitzubenutzen. Hierfür ist vom Kunden ein zusätzliches Entgelt zu entrichten. Die Abrechnung erfolgt über das jeweilige Heimatnetz.

b. National Roaming (GSM)

Zwischen Viag Interkom und T-Mobil existiert ein nationales Roamingabkommen. Hintergrund ist, dass Interkom erst 1997 eine Mobilfunklizenz der Klasse 1 erhielt. Zu diesem Zeitpunkt waren die Wettbewerber bereits auf dem Markt und hatten im Netzausbau einen großen Vorsprung, was für Viag Interkom einen erheblichen Wettbewerbsnachteil bedeutete. Deshalb trat das Unternehmen in Verhandlungen mit T-Mobil mit dem Ziel, dass Viag Interkom-Kunden dort, wo das eigene Netz noch nicht oder nur ungenügend ausgebaut ist, das D1-Netz mitnutzen können. Dies geschieht vom Kunden unbemerkt, man ist unter seiner Viag Interkom-Rufnummer auch im D1-Netz erreichbar und die Umschaltung („*Handover*“) funktioniert automatisch.

Die Verhandlungen bargen mögliche wettbewerbsrechtliche Probleme. Sofern Vereinbarungen getroffen werden, die die Unabhängigkeit der Vertragspartner als unabhängige Lizenznehmer in Frage stellen, muss das Bundeskartellamt insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Entstehens einer wettbewerblichen Einheit von Lizenznehmern eine entsprechende Prüfung vornehmen. Dies ist in vorliegendem Fall auch geschehen. Das Bundeskartellamt hat eine Erfüllung des Tatbestands von § 1 GWB verneint, durch die Roaming-Vereinbarung werde kein Wettbewerb behindert. Es lag auch kein Zusammenschluss gemäß § 37 GWB vor, so dass die Vereinbarung zu genehmigen war.

Diese Entscheidung des Bundeskartellamts war sicherlich richtig und sogar wettbewerbsfördernd, denn durch den National-Roaming-Vertrag wurde Viag Interkom in die Lage versetzt, ihren Kunden von Anfang an eine optimale Netzabdeckung auch in der Fläche garantieren, während sie sich auf den eigenen Netzauf- und Ausbau in den Ballungsgebieten konzentrieren konnte. So konnte das Unternehmen mit einem attraktiven Angebot auf den Markt gehen.

Ansonsten ähnelt der Vertrag rechtlich einer Vereinbarung über International Roaming sehr stark. Unterschiede bestehen hauptsächlich bei den Roaming-Entgelten, die normalerweise dem Kunden in Rechnung gestellt werden. Diese fallen beim Telefonieren in einem ausländischen Gastnetz an, beim National Roaming telefonieren Interkom-Kunden jedoch auch im D1-Netz zu Viag-Interkom-Konditionen. Viag Interkom kauft Minutenkontingente bei T-Mobil ein, die ihre Kunden verbrauchen. Der Vertrag hat eine Laufzeit von zehn Jahren.

c. National Roaming (UMTS)

Am 31.7.2000 wird die RegTP in Mainz vier bis sechs Lizenzen für den neuen Mobilfunkstandard *Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)* versteigern. Hierbei bieten die vier etablierten GSM-Netzbetreiber mit, darüber hinaus wird damit gerechnet, dass auch ein oder zwei „Neueinsteiger“-Lizenzen erhalten werden.

UMTS und GSM werden mittelfristig nebeneinander existieren, langfristig wird UMTS den GSM-Standard allerdings ablösen. Mit UMTS werden bei Datenübertragungsraten von bis zu 2 Mb/s neue Dienste wie *Video-on-Demand*, *Videokonferenzen* und andere Multimedia-Anwendungen möglich sein.

Gemäß § 1 TKG ist eines der Regulierungsziele, den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt zu fördern. GSM-Netzbetreiber können bei Erhalt einer UMTS-Lizenz auf ihrem bestehenden Netz aufbauen und so mit entsprechenden Dual-Band-Geräten¹¹⁰ von Anfang an Netzabdeckung zumindest auf GSM-Basis auch dort bieten, wo das UMTS-Netz noch nicht ausgebaut ist. Dies stellt einen Marktvorteil dar. Deshalb war zu überlegen, ob in den Lizenzbedingungen eine Verpflichtung zur Einräumung von National Roaming zugunsten von UMTS-Lizenzinhabern, die auf kein eigenes GSM-Netz zurückgreifen können, festgeschrieben werden müsse.¹¹¹

(1) Anordnungsbefugnis nach § 33 TKG

Eine Befugnis der RegTP, in den Lizenzbedingungen die etablierten GSM-Netzbetreiber zur Ermöglichung von National Roaming für junge UMTS-Netzbetreiber zu verpflichten, könnte sich aus § 33 TKG ergeben.

Voraussetzung ist jedoch das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB. Gerade auf dem noch jungen und sich schnell verändernden Mobilfunkmarkt kann ein solcher Nachweis nur schwer erbracht werden,¹¹² auch wäre fraglich, ob National Roaming überhaupt eine „wesentliche Leistung“ im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG darstellen würde.

Somit kann aus § 33 TKG keine Anordnungsbefugnis für die Verpflichtung zum National Roaming abgeleitet werden.

(2) Anordnungsbefugnis nach § 37 TKG

¹¹⁰ Mobiltelefone, die im GSM- und im UMTS-Netz funktionieren.

¹¹¹ Vgl. Heilbock, MMR 1999, 23, 28.

¹¹² Vgl. Knieps, MMR-Beilage 2/2000, 6 f.

§ 37 Abs. 1 TKG könnte einschlägig sein. Danach kann die RegTP eine Zusammenschaltung anordnen, wenn ein Interconnectionvertrag trotz § 36 TKG nicht zustande kommt.

Hierfür ist jedoch Voraussetzung, dass begrifflich überhaupt eine Zusammenschaltung gemäß § 3 Nr. 24 TKG vorliegen würde, also eine physische und logische Verbindung zweier Telekommunikationsnetze. Technisch würde ein National Roaming UMTS-GSM aber nicht anders realisiert werden als das Viag Interkom-Roaming oder das Roaming bei einem ausländischen Netzpartner. In diesen Fällen handelt es sich aber auch nicht um eine Zusammenschaltung, sondern ausschließlich um die privatrechtliche Vereinbarung, die jeweiligen Endkunden als berechtigten Nutzer im Gastnetz zu akzeptieren. Ein Netzzugang bzw. eine physische und logische Verbindung des Heimatnetzes mit dem Gastnetz ist dafür nicht erforderlich.¹¹³

(3) Alternativen für Neueinsteiger

Nichtsdestotrotz bedeutet es tatsächlich einen eklatanten Wettbewerbsnachteil, wenn neu auftretende Unternehmen nicht auf einem bestehenden GSM-Netz aufbauen können. Kunden in nennenswerter Zahl können erst aquiriert werden, wenn das Netz eine ausreichende Ausbaustufe erreicht hat. Dies kann etliche Monate dauern. UMTS-Interessierte werden in dieser Zeit eher zu einem UMTS-Anbieter tendieren, der ihnen zusätzlich die im Mobilfunk mittlerweile übliche Netzversorgung zumindest auf GSM-Niveau bietet. Der Wettbewerb würde so auf Jahre gebremst.

¹¹³ Vgl. RegTP Entscheidung der Präsidentenkammer zur UMTS-Lizenzvergabe vom 18.2.2000, AZ: BK-1b-98/005-1, S. 41 f.

Deshalb erscheint die Frage interessant, ob es nicht andere Möglichkeiten für neue UMTS-Anbieter gibt.

(a) Freiwilliger Abschluss von National Roaming-Verträgen

Auch wenn eine Verpflichtung zu National Roaming nicht besteht, so ist doch eine freiwillige Vereinbarung, in den Grenzen des GWB, lizenzkonform.¹¹⁴

(b) Angebotsmöglichkeit von GSM-Diensten als Diensteanbieter

Eine weitere Möglichkeit, auch etablierte GSM-Dienste anbieten und dadurch im Wettbewerb gegen die traditionellen GSM-Mobilfunkunternehmen bestehen zu können, bietet allerdings § 4 TKV.¹¹⁵

Gemäß § 4 Abs. 1 müssen Betreiber öffentlicher TK-Netze ihr Leistungsangebot so gestalten, dass andere TK-Unternehmen diese Leistungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an Endkunden verkaufen können.¹¹⁶ Auf diese Weise haben auch UMTS-Anbieter grundsätzlich Anspruch auf Zugang zu von Wettbewerbern betriebenen GSM-Netzen.¹¹⁷

Äußerst wichtig ist es für UMTS-Unternehmen, die als Diensteanbieter GSM-Leistungen nachfragen, dass ihre Kunden auch im fremden GSM-Netz ihr Mobiltelefon, ihre SIM-Karte und ihre Telefonnummer weiternutzen können. Wenn ein etablierter GSM-Betreiber für seine Kunden einen kombinierten UMTS/GSM-Betrieb mit nur einer zugeteilten Rufnummer anbietet, so ist hierin

¹¹⁴ RegTP Entsch. v. 18.2.2000, 44 f.

¹¹⁵ Vgl. RegTP Entsch. v. 18.2.2000, 47 ff.

¹¹⁶ Sogenannte *Serviceprovider* oder *Reseller*. Im Mobilfunkbereich sind solche Anbieter z.B. Drillisch, Mobilcom oder Hutchison.

¹¹⁷ Die beiden D-Netz-Lizenzen sowie die E-Plus-Lizenz wurden noch nach der FAG vergeben. Sie sind nach § 97 Abs. 5 TKG in ihrem Bestand geschützt. Doch finden sich in den Lizenzen Regelungen, die § 4 TKV entsprechen.

eine Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des § 4 Abs. 1 TKV zu sehen, die grundsätzlich auch anderen Betreibern so angeboten werden muss.

Somit bietet schon das geltende Recht reinen UMTS-Anbietern die Möglichkeit, vorhandene GSM-Netze auch für ihre Kunden verfügbar zu machen. Auf diese Weise können sie eine vergleichbare Netzabdeckung schon von Beginn an gewährleisten und haben vergleichbare Marktchancen.

II. Verträge zwischen Telekommunikationsunternehmen und Verbrauchern

Telekommunikation ist ein Massengeschäft. Mit Beginn der Liberalisierung in Deutschland hat sich der Telekommunikationsmarkt stark verändert und viele neue Produkte hervorgebracht. Daraus folgt, dass sich auch die vertraglichen Beziehungen zwischen TK-Unternehmen und Konsumenten verändert haben.

1. Verschiedene Arten von Telekommunikationsverträgen

Vor allem im Festnetzbereich hat sich die Bandbreite an Variationsmöglichkeiten stark erhöht.

Es sind hierbei vier verschiedene Verträge zu unterscheiden.

a. Komplettanschluss beim Teilnehmernetzbetreiber

Zunächst ist der Komplettanschluss bei einem Teilnehmernetzbetreiber zu nennen. Trotz wachsender Konkurrenz gerade von

lokalen City-Carriern haben immer noch 95% der Bundesbürger ihren Teilnehmeranschluss bei der DTAG.

Der Teilnehmernetzbetreiber ermöglicht dem Kunden den allgemeinen Netzzugang. Außerdem wird ihm eine Rufnummer zugeteilt, mittels derer er telefonisch erreicht werden und Gespräche führen kann. Hinsichtlich der Überlassung des Anschlusses sind mietvertragliche Elemente zu erkennen, zumal auch die Art der Gewährleistung den mietvertraglichen Elementen des § 536 BGB nahesteht. Darüber hinaus verpflichtet sich der Festnetzbetreiber zur Herstellung einer vom Kunden angewählten Telefonverbindung und schuldet damit einen Erfolg, was auf Elemente eines Werkvertrags hinweist. Die Herstellung von Telefonverbindungen ist eine der Hauptleistungspflichten. Deshalb wird der Festnetzvertrag als gemischt-typischer Vertrag mit miet- und werkvertraglichen Elementen charakterisiert.¹¹⁸

b. Preselection und Call-by-Call

Daneben können sich die Kunden bei allen Gesprächen mit Ziel außerhalb der Ortsnetze für einen anderen VBN entscheiden und mit diesem vertragliche Beziehungen aufnehmen. Dies ist zum einen durch das geschlossene und das offene Call-by-Call, zum anderen durch Preselection möglich.¹¹⁹

Beim offenen Call-by-Call stellt sich die Frage, wie und wann der Vertrag zustande kommt. Um ein Gespräch über das offene Call-by-Call zu führen, genügt es, vor die eigentliche Rufnummer den Prefix des ausgewählten VNB zu wählen, die Verbindung kommt dann automatisch über dessen Netz zustande.

¹¹⁸ Vgl. Grote, BB 1998, 1117, 1117; Imping, CR 1999, 425, 426.

¹¹⁹ Siehe oben unter I.2.

Teilweise wurde in der Anfangsphase der Liberalisierung vertreten, dass durch Nutzung eines Call-by-Call-Anbieters überhaupt keine Vertragsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Unternehmen zustande kommt. Eine Rechtsbeziehung bestehe grundsätzlich nur zwischen dem Anrufer und dem von ihm gewählten TNB, in der Regel also der DTAG. Der VNB werde grundsätzlich im Auftrag des Kunden durch den TNB in Anspruch genommen.¹²⁰ Die Lage sei nur dann anders, wenn der Kunde einen VNB durch Preselection oder durch vorherige Call-by-Call-Anmeldung bewusst auswähle, in diesem Fall bestünden zwei Vertragsbeziehungen.

Diese Meinung aus den Anfangszeiten der Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts ist jedoch abzulehnen und wird auch nicht mehr vertreten. Schon § 15 TKV zeigt deutlich, dass ein eigenes Vertragsverhältnis mit dem VNB besteht. Auch bei Nutzung von offenem Call-by-Call wird bewusst eine VNB-Kennziffer vorgewählt. Zudem ist stark zu bezweifeln, dass ein Rechtsbindungswille des Nutzers nicht zu einem direkten Vertragsverhältnis, sondern zu einer Beauftragung des TNB besteht.¹²¹

Aus diesen Gründen muss festgehalten werden, dass auch der Anbieter von offenem Call-by-Call eine selbständige Vertragsbeziehung zum Verbraucher eingeht und aufgrund dessen eine eigene Forderung gegen den Kunden erhält.¹²²

¹²⁰ Leo, K&R 1998, 381, 383.

¹²¹ Koenig/Loetz, K&R 2000, 1, 1. Im Übrigen will auch umgekehrt der VNB mit dem Endkunden kontrahieren, vgl. AGB 3U Telekommunikation AG, § 3.1: „Im Fall von Call-by-Call kommt der Vertrag stets zwischen dem Anschlussinhaber und 3U zustande [...]. Das Vertragsverhältnis besteht jeweils nur für die Dauer der mit der Vorwahl 01078 eingeleiteten Verbindung.“ Vgl. auch Hahn, MMR 1999, 251, 253, der in diesem Zusammenhang weiter ausführt, dass die durch die Technik geschaffene Möglichkeit, von einem Telefonanschluss aus eine große Zahl von Vertragsverhältnissen mit diversen VNB zu begründen, die zivilrechtliche Dogmatik an ihre Grenzen bringe.

¹²² Vgl. Säcker/Callies, K&R 1999, 289, 296;

Voraussetzung für einen Vertrag sind zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen. Als Angebot könnte die Ermöglichung des Zugangs zum offenen Call-by-Call durch den VNB im Rahmen einer Realofferte zu sehen sein.¹²³ Der Kunde nähme dieses Angebot dann konkludent durch Mitwählen der Verbindungsnetzkenziffer an.¹²⁴

Andererseits könnte man auch das Wählen der Kennziffer als Angebot des Kunden auf Abschluss des Vertrages werten, welches durch den VNB durch den Aufbau der Verbindung und Ermöglichung des Gesprächs konkludent angenommen würde. Die Öffnung des Netzes wäre dann nur *invitatio ad offerendum*.¹²⁵

Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben. Bei vielen Anbietern, gerade bei denen, die die günstigsten Preise anbieten, sind die Netze häufig überlastet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass ein solcher VNB nur in dem Maße die Vermittlung von Gesprächen anbieten will, wie er auch über die hierfür erforderliche Netzkapazität verfügen kann.¹²⁶ Unter Berücksichtigung dieses Umstands kann nur von einem beschränkten Bindungswillen ausgegangen werden, was eine Realofferte ausschließt.

Angemeldetes Call-by-call und Preselection sind rechtlich grundsätzlich nicht anders zu behandeln, nicht zuletzt, weil auch technisch kein Unterschied besteht.¹²⁷ Bei diesen beiden Varianten rückt nur das Zustandekommen des Vertrags zeitlich nach vorne: Während beim offenen Call-by-Call bei jedem über die VNB-

¹²³ Vgl. Palandt/Heinrich, vor § 145, Rn. 36.

¹²⁴ Vgl. Grote, K&R 1998, 61, 61; Koenig/Loetz, K&R 2000, 1, 1 f.

¹²⁵ Diese Sichtweise wird auch teilweise durch die AGB der Call-by-Call-Anbieter impliziert, vgl. AGB der 3U AG § 3.1: „[Der Call-by-Call-Vertrag kommt zustande durch] Vorwahl der Verbindungsnetzbetreiberkennzahl 01078 und dem erfolgreichen Herstellen der Verbindung.“

¹²⁶ Vgl. Piepenbrock/Müller, MMR-Beilage 4/2000, 15, dort FN 104.

¹²⁷ Auch bei Preselection wird eine VNB-Kennziffer vorgewählt, dies wird allerdings in der Vermittlungsstelle des TNB voreingestellt, vgl. § 43 Abs. 6 TKG. Wer über seinen Teilnehmeranschluss hinaus keinen Preselectionvertrag abgeschlossen hat, ist sozusagen bei seinem TNB preselected.

Kennziffer geführtem Gespräch ein neuer Vertrag zustandekommt, liegt hier ein Dauerschuldverhältnis vor.

c. Mobilfunkbereich

Auch bei Mobilfunknetzen handelt es sich um Teilnehmernetze im Sinne des TKG.¹²⁸ Im Bereich der Endkunden-Verträge treten grundsätzlich die gleichen Rechtsprobleme auf, aber es gibt auch spezifische Besonderheiten, die eine differenzierte rechtliche Beurteilung nötig machen, vgl. unten 2.b.

Im Mobilfunkbereich ist Call-by-Call im übrigen durch Beschluss der RegTP gemäß § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG bis auf weiteres ausgesetzt worden, um den vier lizenzierten Unternehmen eine Amortisation ihrer hohen Netzaufbaukosten zu ermöglichen.

d. Rechtliche Probleme bei Endkundenverträgen

Im TK-Bereich sind bei den Endkundenverträgen einige rechtliche Besonderheiten zu beachten. Zum einen ist die TKV einschlägig, die neben dem BGB die wichtigsten Regeln für die Verträge zwischen den Kunden und den zahlreichen Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen enthält. Dabei wirkt die TKV sowohl als Maßstab für die Gestaltung von Kundenverträgen als auch als unmittelbar zwischen den Vertragsparteien geltendes Recht.¹²⁹ Gemäß § 1 Abs. 2 TKV sind Vereinbarungen unwirksam, die zuungunsten des Kunden von der TKV abweichen.

¹²⁸ Knieps, MMR-Beilage 2/2000, 5 f. Der Unterschied zum Festnetzbereich besteht darin, dass der Kunde im Mobilfunk auch im Teilnehmeranschlussbereich parallel zwischen vier unterschiedlichen Netzanbietern wählen kann.

¹²⁹ Somit unterfällt sie als solche nicht der Kontrolle nach dem AGBG, sondern gilt unmittelbar für die Vertragsbeziehungen, ohne dass es einer besonderen Einbeziehung bedarf: Grote, TKV-Komm, § 1, Rn. 1.

Wichtig sind auch die speziellen Regeln im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die zwischen den Kunden und den Netzbetreibern bzw. –anbietern geschlossenen Vereinbarungen sind für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragstexte. Sie sind deshalb als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren.

Ein praktisches Problem stellt die Einbeziehung von AGB in TK-Dienstleistungsverträgen dar.

Grundsätzlich werden AGB gemäß § 2 AGBG nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Verwender bei Vertragsschluss den Vertragspartner ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(a) Einbeziehung von AGB nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG

§ 2 AGBG gilt indes nicht für AGB und Entgelte von Telekommunikationsdienstleistungsverträgen, § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG. Diese Ausnahme tritt allerdings gemäß § 30 Satz 3 AGBG mit Beginn des Jahres 2003 außer Kraft, ab diesem Zeitpunkt müssen auch die TK-Anbieter die Voraussetzungen des § 2 AGBG beachten, wollen sie ihre AGB weiterhin wirksam in den Vertrag einbeziehen.

Drei Voraussetzungen für die vereinfachte Einbeziehung nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG müssen vorliegen:

1. muss es sich um das „Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ handeln. Nach § 3 Nr. 19 TKG ist hierunter das gewerbliche Angebot von Telekommunikation an beliebige Personen, nicht nur an Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen zu verstehen. Verträge über Telekommunikationsendgeräte bzw. -anlagen fallen somit nicht unter die Privilegierung des § 23 AGBG.
2. müssen AGB und Entgelte im Amtsblatt der RegTP veröffentlicht worden sein.
3. muss der Kunde die Möglichkeit haben, bei den Geschäftsstellen des Anbieters Einsicht in die AGB zu nehmen.

(b) Offenes Call-by-Call und Privilegierung durch § 23 Abs. 2 Nr. 1a AGBG

In den Vorgängerregelungen des § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG war noch nicht von „Geschäftsstellen“ die Rede, sondern von „Ämtern des Post- und Fernmeldewesens“.¹³⁰ Durch den jetzt verwendeten Begriff der „Geschäftsstelle“ hat sich nach Meinung von Schulz die Rechtslage geändert.¹³¹ Die AGB müssten jetzt nicht mehr nur noch in den jeweiligen regionalen Zentralen zur Einsichtnahme bereit liegen,¹³² sondern unmittelbar dort, wo der Vertrag zustande komme.¹³³

¹³⁰ Die Ausnahmenvorschrift wurde durch Art. 4 Abs. 8 des Poststrukturgesetzes (Postreform I) neu eingeführt und in Art. 12 Abs. 28 des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (Postreform II) fortgeführt.

¹³¹ Schulz, CR 1998, 213, 215.

¹³² Was vor Änderung des AGBG durch das PTNeuOG am 14.9.1994 ausreichend war, vgl. LG Duisburg, NJW-RR 1997, 1348, 1348 f.; OLG München, NJW 1997, 3246, 3247.

¹³³ Die sehr häufige Variante, dass der Vertragschluss beim offenen Call-by-Call durch Wählen der VNB-Vorwahl zustandekommt, übersieht Schulz jedoch völlig.

Fraglich ist, wie die Situation rechtlich bewertet werden soll, falls ein Kunde Einsicht in die AGB nehmen will, die AGB dort jedoch nicht bereitliegen.

Zu den alten Regelungen wurde vertreten, dass es ausreichend sein sollte, wenn die Postnachfolgeunternehmen durch allgemeine Vorkehrungen grundsätzlich sichergestellt hatten, dass die AGB in den Niederlassungen eingesehen werden konnten.¹³⁴

Wenn man darauf abstellt, dass das ABGB den Verbraucherschutz zum Ziel hat und durch die Ausnahmeregelung von § 23 Abs. 2 Nr. 1 a ABGB den TK-Unternehmen schon stark entgegengekommen wurde, so könnte man als minimale Anforderung des Verbraucherschutzes verlangen, dass die Kenntnisnahme der AGB durch den Kunden selbst bei Vertragsschluss möglich sein muss. Dies ist nur dann der Fall, wenn die AGB tatsächlich ausliegen, so dass in dem Fall, dass eine Einsichtnahme im konkreten Fall nicht möglich ist, die AGB nicht wirksam einbezogen werden und dadurch die Rechtsfolgen des § 6 Abs. 2 ABGB eintreten.¹³⁵

Nun ist jedoch zu bedenken, dass dieser Fall in der Praxis kaum vorkommt. Insbesondere im Call-by-Call-Bereich vollzieht sich der Vertragsschluss erst durch Wählen der Kennziffer, gerade viele Call-by-Call-Anbieter haben aufgrund dieses „Vertriebssystems“ keinerlei über die Bundesrepublik verteilten Geschäfts- oder Verkaufsstellen sondern nur einen Gesellschaftssitz. Die Forderung des ABGB, dass auch solche Anbieter ihre AGB in ihren Örtlichkeiten, praktisch also oft allein in ihrer Zentrale, zur Einsichtnahme bereitstellen müssen, hat somit keinerlei faktische Konsequenz, denn es ist nicht anzunehmen, dass eine bedeutende Zahl von Kunden einen längeren Weg auf sich nimmt, um dort Einsichtnahme in die AGB zu nehmen.

¹³⁴ Vgl. Michalski, ZIP 1996, 1327, 1329.

¹³⁵ So Schulz, CR 1998, 213, 215.

Das zeigt, dass die „Möglichkeit zur Einsichtnahme in den Geschäftsstellen“, wie § 23 Abs. 2 Nr. 1 a formuliert, ein stumpfes Schwert des Verbraucherschutzes darstellt. Auf diese Anforderung könnte im Hinblick auf den Verbraucherschutz verzichtet werden. Stattdessen müssten andere Möglichkeiten entwickelt werden. Denn dass der Kunde die Möglichkeit haben muss, sich Kenntnis von den AGB zu verschaffen, ist klar, alles andere würde den Prinzipien des AGBG zuwiderlaufen.

(c) Alternativen nach Ablauf des Zeitrahmens aus § 30 Satz 2 AGBG

Die Ausnahmen des § 23 Abs. 2 Nr. 1 a und 1 b AGBG treten mit Ablauf des 31.12.2002 außer Kraft. Der Gesetzgeber muss entscheiden, ob dann wirklich eine solche Ausnahmeregelung für TK-Dienstleistungsverträge ersatzlos wegfallen soll. Es muss zu bedenken gegeben werden, dass dies eindeutig das Aus für das offene Call-by-Call bedeuten würde, denn eine Einbeziehung nach § 2 AGBG ist hierbei unmöglich.¹³⁶ Diese Anbieter sind im Gegensatz zu Anbietern von Komplettanschlüssen, Preselection und geschlossenem Call-by-Call auf eine Ausnahme von § 2 AGBG angewiesen.

Die Regelung des § 23 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AGBG soll dem Kunden trotz des Einbeziehungsprivilegs die Möglichkeit geben, Kenntnis von den AGB zu erlangen. Tragender Pfeiler der Ausnahmeregelung war der bis zur Postreform II bestehende Grundsatz der

¹³⁶ Entgegen Schulz, CR 1998, 213, 216, der als Begründung für die Ausnahmeregelung für TK-Verträge nur noch reine Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkte ausmachen will und keinen Unterschied zu anderen auf Massengeschäften ausgerichteten Unternehmen wie Supermärkten oder Kaufhäusern machen will, für die eine entsprechende Ausnahmeregelung nicht besteht. Verträge im offenen Call-by-Call übersieht er offensichtlich.

Tarifeinheit. Die Bundespost war zum Anbieten kostengünstiger TK-Dienstleistungen für alle verpflichtet. Da die Postunternehmen Monopoldienstleistungen erbrachten und den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts unterlagen, sei eine Ausnahme von § 2 AGBG gerechtfertigt, um alle Kunden gleich zu behandeln, wurde argumentiert.¹³⁷ Ferner flossen aber sicherlich auch reine Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte in die Entscheidung ein.¹³⁸ Dabei sah der Gesetzgeber natürlich noch nicht die Möglichkeit des offenen Call-by-Calls.

Die Argumentationsgrundlage hat sich nach Wegfall des TK-Monopols geändert und für Dauerschuldverhältnisse im TK-Bereich, also Teilnehmeranschluss, Preselection und geschlossenes Call-by-Call, ist eine Rechtfertigung der Privilegierung tatsächlich nicht mehr ersichtlich. Aber es muss bedacht werden, dass sich das offene Call-by-Call in Deutschland mittlerweile etabliert hat und auf ein Fortbestehen der erleichterten Einbeziehungsregel angewiesen ist. Anbieter des offenen Call-by-Call könnten in einem geänderten § 24 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG dazu verpflichtet werden, ihre AGB in geeigneter Weise der Öffentlichkeit und damit ihren Kunden oder potentiellen Kunden zugänglich zu machen. Die heute schon nötige Veröffentlichung im Amtsblatt der RegTP reicht unter Öffentlichkeitsgesichtspunkten nicht aus, denn davon nehmen nur Fachkreise Kenntnis. Dies könnte vielmehr in idealer Weise an geeigneter Stelle im Internet geschehen. Denkbar wäre beispielsweise, dass die RegTP auf ihrer Homepage sämtliche im Amtsblatt veröffentlichten AGB an zentraler Stelle einstellt. So wäre der Idee des Verbraucherschutzes mehr gedient als dadurch, dass § 23 Abs. 2 Nr. 1a AGBG wirklich mit Beginn des Jahres 2003 außer Kraft tritt mit der Folge, dass § 2 AGBG auch für die Einbeziehung von AGB im anmeldefreien Call-by-Call wieder beachtet werden muss.

¹³⁷ Vgl. Freund, 216.

¹³⁸ Vgl. Schulz, CR 1998, 213, 216.

(2) Verbraucherschutz durch § 23 TKG und § 28 TKV

Darüber hinaus tragen auch die Vorschriften des § 23 TKG sowie § 28 TKV dem Gedanken des Verbraucherschutzes Rechnung.

(a) Allgemein

Gemäß § 23 Abs. 2 TKG sind AGB der RegTP vor ihrem Inkrafttreten vorzulegen, wobei die Behörde dann das Recht hat, diesen gemäß Satz 1 innerhalb von vier Wochen zu widersprechen, falls sie einen Verstoß gegen aus der ONP-Richtlinie entwickelte gemeinschaftsrechtliche Richtlinien und Empfehlungen feststellt. Diese AGB-Kontrolle durch die RegTP schließt eine spätere gerichtliche AGB-Kontrolle nicht aus und dient damit den Interessen des Verbraucherschutzes.¹³⁹

Durch § 28 TKV werden nachträgliche Änderungen der AGB im Rahmen eines TK-Dauerschuldverhältnisses erheblich erleichtert. Der Kunde ist jedoch nicht gezwungen, Vertragsänderungen zu seinen Ungunsten zu akzeptieren, sondern er muss über die Änderungen in adäquater Weise informiert werden und kann, wenn er nicht einverstanden ist, innerhalb eines Monats nach der Information von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 28 Abs. 3 TKV Gebrauch machen. Auf dieses Kündigungsrecht ist der Kunde nach Satz 3 hinzuweisen.

(b) Besonderheit bei Prepaid-Kartenverträgen im Mobilfunk

¹³⁹ Zum drittschützenden Charakter des Verfahrens der Genehmigung der AGB von marktbeherrschenden Anbietern: Ladeur, CR 2000, 433, 438 ff.

§ 28 TKV gilt auch im Mobilfunkbereich.¹⁴⁰ Mittlerweile machen Prepaid-Karten je nach Anbieter einen Anteil von bis zu 50% am Gesamtgeschäft aus.¹⁴¹ Bei Vertragsänderungen müssen auch diese Kunden in geeigneter Weise informiert werden. Problematisch hierbei ist, dass über diese Kunden oftmals kaum Informationen existieren und sie auch keine Rechnung erhalten.¹⁴² Zwar müssen bei Vertragsabschluss die Bestandsdaten des Kunden erfasst und eine aktuelle Kundendatei zur Verfügung gehalten werden (§ 90 Abs. 1 TKG), doch wird dies in der Praxis aufgrund der Vielzahl von Vertriebswegen – Verkauf über Groß- und Zwischenhändler und über das Internet – teilweise nicht umgesetzt. Hinzu kommt, dass diese Karten oft weiterverkauft werden, ohne dies dem Netzbetreiber zur Kenntnis zu bringen, so dass davon ausgegangen werden muss, dass viele Prepaid-Karten anonym in Umlauf sind. Schon dies sei, so wird vertreten, in Bezug auf den Zugang solcher Mitteilungen problematisch.¹⁴³

Diese Meinung kann jedoch nur teilweise geteilt werden. Nach den AGB der Prepaidkarten-Anbieter darf der Kunde den Mobilfunkanschluss Dritten ohne die Zustimmung des Anbieters nicht zur ständigen Alleinnutzung überlassen, Rechte und Pflichten aus dem Vertrag nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung übertragen werden.¹⁴⁴ Wird eine Prepaidkarte ohne Zustimmung des Netzbetreibers weitergegeben, so ändert sich an den Vertragsparteien jedoch nichts. Wenn aus diesem Grund eine Mitteilung den neuen Nutzer nicht erreicht, weil dessen Bestandsdaten dem Betreiber nicht bekannt sind, so genügt der

¹⁴⁰ Vgl. nur Scherer/Ellinghaus, NJW 1998, 883, 884; Riehmer, CR 1998, 273, 275.

¹⁴¹ Vgl. www.teltarif.de/arch/2000/kw30/s2660.html. Prepaid-Karten sind Mobilfunkverträge mit vorausbezahltem Guthaben und ohne Grundgebühr oder langfristige Vertragsbindung. Solche Karten werden von allen deutschen Mobilfunkbetreibern angeboten.

¹⁴² Auch ein EVN muss nicht erteilt werden, Rechtsgrundlage hierfür ist § 14 Satz 2 TKV, vgl. Riehmer, CR 1998, 273, 277.

¹⁴³ Großkopf/Taubert, CR 1998, 603, 605.

¹⁴⁴ Z. B. AGB D1-Xtra-Card von T-Mobil, § 15.1 und 16.1.

Anbieter trotzdem seinen Pflichten aus § 28 Abs. 3 TKV, da der alte Nutzer immer noch Vertragspartner ist.

Wird die Karte jedoch ohne Bekanntgabe der erforderlichen Kundendaten verkauft, so kommt gleichwohl ein Vertrag zustande, wenn der Anbieter die SIM-Karte aktiviert und damit den Vertrag annimmt. Die Verpflichtung aus § 90 Abs. 1 TKG bindet nicht den Verbraucher. Auch den AGB, beispielsweise § 2 der D1-XtraCard-AGB¹⁴⁵ ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

In den AGB wird in der Regel festgelegt, dass Mitteilungen dem Kunden auch durch Versendung einer SMS-Nachricht¹⁴⁶ übermittelt werden können.¹⁴⁷ Bei diesem Verfahren stellt sich die Frage, ob der Mobilfunkanbieter dadurch seiner Mitteilungspflichten genügt, wenn der Kunde die SMS nicht erhält. Kurznachrichten werden nur über einen gewissen Zeitraum, meist eine Woche, in der SMS-Zentrale gespeichert. Falls der Kunde in der Zeit sein Mobiltelefon nicht einschaltet, wird die Nachricht gelöscht. Dies ist problematisch, da der Netzbetreiber die Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen für die Einbeziehung der geänderten AGB erfüllt wurden. Wenn ein Kunde die Informationen nicht erhält, so können AGB oder Entgelte nicht wirksam erhöht werden.

Bei Änderungen zuungunsten der Kunden ist grundsätzlich nur eine schriftliche Mitteilung als geeignet anzusehen, also die Darstellung in verkörperter Form.¹⁴⁸ Ausreichend ist z. B. eine Beilage zur

¹⁴⁵ „Der Vertrag kommt durch einen Auftrag des Kunden (Angebot) und die Aktivierung der Telekarte durch T-Mobil (Annahme) zustande. T-Mobil nimmt das Angebot des Kunden nur an, wenn der Kunde Name und Anschrift angibt und durch Vorlage eines von T-Mobil akzeptierten Ausweises (Personalausweis, Reisepass) nachweist.“

¹⁴⁶ SMS = Short Message Service, Kurznachrichten bis zu 160 Zeichen, die an Mobiltelefone verschickt werden können und auf dem Handydisplay erscheinen.

¹⁴⁷ Z. B. AGB D1-Xtra-Card, § 12.2).

¹⁴⁸ Vgl. Schulz, CR 1998, 213, 21; Begründung der Bundesregierung zu § 28, abgedruckt in Grote, TKV-Komm, S. 78.

Telekommunikationsrechnung. Eine Information per SMS genügt diesem Erfordernis nicht. Andererseits ist eine schriftliche Information von Prepaid-Kunden aus o. g. Gründen oft so nicht durchführbar. Großkopf und Taubert sprechen in diesem Zusammenhang von einem „Dilemma“ und schlagen sozusagen als Kompromiss zwischen dem Kosteninteresse des Mobilfunkbetreibers und der Pflicht, möglichst alle Kunden zu informieren, vor, einen angemessen langen Bereitstellungszeitraum von ca. drei bis vier Wochen für die Mitteilungs-SMS zu wählen.¹⁴⁹

Dieser Vorschlag ist vernünftig. In dem Fall der Mitteilung über AGB-Änderungen können die Regeln über den Zugang von Willenserklärungen analog angewendet werden. Nach § 130 BGB muss die Willenserklärung – in diesem Falle entsprechend die Mitteilung – dem Empfänger zugehen, also so in seinen Machtbereich gelangen, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen.¹⁵⁰ Der Zugang kann nach dem Grundsatz von Treu und Glauben fingiert werden, wenn mit einer entsprechenden Erklärung zu rechnen war und der Empfänger trotzdem den Zugang nicht sicherstellt.¹⁵¹ Da der Prepaid-Kunde bei Vertragsschluss durch die AGB darauf hingewiesen wurde, über eventuelle Änderungen durch eine SMS-Mitteilung informiert zu werden, könnte ihm ein Abschalten des Mobiltelefons über einen längeren Zeitraum als Obliegenheitsverletzung vorzuwerfen sein und deshalb ein Zugang fingiert werden.

Eine solche Lösung scheint somit die gegensätzlichen Interessen angemessen gegeneinander auszugleichen. Prepaid-Mobilfunkkunden können im Ergebnis per SMS gemäß § 28 Abs. 3 TKV wirksam über Vertragsänderungen nach Abs. 2 informiert werden.

¹⁴⁹ Großkopf/Taubert, CR 1998, 603, 609 f.

¹⁵⁰ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 130, Rn. 5.

¹⁵¹ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 130, Rn. 17.

Sofern eine angemessen lange SMS-Bereitstellungszeit eingehalten wird, kann ein Zugang analog § 130 BGB fingiert werden, auch wenn der Kunde tatsächlich keine Kenntnis erhält, weil er in der betreffenden Zeit sein Mobiltelefon nicht einschaltet.

(3) Haftung und Schadensersatz

In § 41 Abs. 3 Nr. 1 TKG ist der Verordnungsgeber verpflichtet worden, Regelungen über die Haftung der Anbieter und Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche der Nutzer zu treffen. Dieser gesetzlichen Regelung genügt § 7 TKV, der die Haftung der Anbieter von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit für Vermögensschäden regelt. Hiernach ist die Haftung auf den Betrag von DM 25.000,- je Nutzer beschränkt, dies gilt nur bei Verträgen mit Endverbrauchern, § 7 Abs. 2 Satz 2 TKV.

Die Haftung ist insgesamt auf DM 20.000.000,- gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten je schadensverursachendem Ereignis begrenzt, wobei vorsätzliche Schadensverursachung ausdrücklich ausgenommen ist, § 7 Abs. 2 Satz 7 TKV. Diese Ausnahme umfasst alle Haftungsbeschränkungen des Abs. 2.¹⁵² Grund für diese spezielle Ausnahme, die es dem TK-Anbieter erlaubt, auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit auszuschließen, war, ihn vor einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung¹⁵³ durch grob fahrlässige Mitarbeiter zu schützen. Es war erforderlich, dies ausdrücklich zu regeln, da in den AGB gemäß § 11 Nr. 7 AGBG nur die Haftung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden

¹⁵² BeckTKG-Komm/Ehmer, Anh § 41 § 7 TKV, Rn. 8.

¹⁵³ Im übrigen wird die gesamte haftungsrechtliche Sonderbehandlung von TK-Unternehmen nach § 7 Abs. 2 TKV mit den unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiken begründet, die sich bei Störungen insbesondere im Geschäftskundenbereich ergeben können. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Beweggrund vielmehr war, der DTAG ihre Haftungsbeschränkung zu erhalten, die sich aus § 20 TKV 1995 ergab, denn andere Branchen wie beispielsweise der Luftverkehr, die im Haftungsfall ebenso vor kaum abschätzbare Forderungen gestellt werden können, können von einer gleichartigen gesetzlichen Haftungsbeschränkung nicht profitieren. Vgl. BeckTKG-Komm/Büchner, § 41, Rn. 19.

kann.¹⁵⁴ Die Haftung für Vermögensschäden ist abschließend.¹⁵⁵ Daraus folgt unmittelbar, dass der TK-Anbieter nicht berechtigt ist, über diese gesetzlichen Vorgaben hinaus seine Schadensersatzverpflichtung der Höhe nach zu beschränken.¹⁵⁶ Über Personen- und Sachschäden sagt § 7 Abs. 2 TKV nichts aus. Damit bleibt der TK-Anbieter für diese Schäden gemäß §§ 7 Abs. 1 TKV, 40 TKG nach allgemeinem Recht ersatzpflichtig.¹⁵⁷ Auch eine Haftung nach ProdHaftG kann in Betracht kommen.

(4) Leistungsbeschreibungen und Leistungsbeschränkungen

In Festnetz- und Mobilfunkverträgen existieren noch eine Reihe anderer Bedingungen, die problematisch sind.

(a) Rufnummernänderung und Netzbetreiberportabilität

In manchen TK-Dienstleistungsverträgen findet sich eine Klausel, nach der der Betreiber berechtigt ist, die zugeteilte Rufnummer zu ändern, wenn „hierfür unvermeidliche technische oder betriebliche Gründe bestehen.“¹⁵⁸

Grundsätzlich geht der Gesetzgeber davon aus, dass dem Kunden ein vom Anbieter unabhängiges und dauerhaftes Nutzungsrecht an der ihm zugeteilten Rufnummer zusteht, § 20 Abs. 2 Satz 3 TKV. Beim Wechsel des Betreibers und Verbleib am selben geographischen Standort hat der Rufnummerninhaber gemäß § 43 Abs. 5 TKG darüber hinaus ein Recht darauf, seine Rufnummer zu behalten („Netzbetreiberportabilität“), die Netzbetreiber sind

¹⁵⁴ Vgl. Kammerlohr, K&R 1998, 90, 92.

¹⁵⁵ Grote, TKV-Komm, § 7 Rn. 2.

¹⁵⁶ Grote, BB 1998, 1117, 1120; Imping, CR 1999, 425, 430.

¹⁵⁷ Vgl. Scherer/Ellinghaus, NJW 1998, 883, 883 f.; Grote, TKV-Komm, § 7 Rn. 3.

infolgedessen verpflichtet, die Möglichkeit der Rufnummernmitnahme sicherzustellen.

Hintergrund für die Verpflichtung zur Netzbetreiberportabilität ist der Kundenschutz und die Herstellung eines chancengleichen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt.¹⁵⁹ Ohne die Möglichkeit, seine alte Rufnummer behalten zu können, würde die Bereitschaft, den Netzbetreiber komplett zu wechseln, rapide sinken. Dies gilt besonders für Geschäftskunden, deren Telefonnummern in ihren Geschäftskreisen allseits bekannt sind. Gerade für sie würde es einen großen Aufwand bedeuten, alle Geschäftspartner über die geänderte Rufnummer zu informieren, Briefpapier, Visitenkarten neu drucken zu lassen usw.

Dieses eigentumsähnliche dauernde Nutzungsrecht wird nur durch § 20 Abs. 3 TKV beschränkt, wonach Kunden Änderungen ihrer Teilnehmerrufnummer hinzunehmen haben, wenn diese durch Maßnahmen oder Entscheidungen der RegTP nach § 43 TKG veranlasst werden oder die Zuteilung aufgrund unrichtiger Angaben des Kunden erfolgt ist.

Somit beschreibt diese Vorschrift auch die Grenzen des Rechts zur Rufnummernänderung durch den Anbieter.¹⁶⁰

Wenn in AGB von TK-Dienstleistern ein Recht des Unternehmens zur Änderung der zugeteilten Rufnummer aus „betrieblichen oder technischen Gründen“ konstituiert wird, so ist eindeutig, dass nach § 1 Abs. 2 TKV eine solche Vereinbarung unwirksam ist, da zuungunsten des Kunden von der TKV abgewichen wird. Darüber hinaus wäre auch eine Unwirksamkeit der AGB nach AGBG gegeben, denn im Sinne der Generalklausel des § 9 AGBG liegt in

¹⁵⁸ Z. B. AGB von E-Plus Service § 3.3. Noch weiter geht Hutchison Telecom in ihren AGB: „Hutchison kann die Rufnummer entweder aus technischen und betrieblichen Gründen ändern [...]“ (§ II.2.2.).

¹⁵⁹ Mannsen/Demmel, C § 43 Rn. 93.

¹⁶⁰ BeckTKG-Komm/Piepenbrock, Anh. § 41, § 20 TKV, Rn. 8; vgl. auch die Begründung der Bundesregierung zu § 20 TKV, abgedruckt in Grote, TKV-Komm, S. 61.

diesem Fall auch eine unangemessene Benachteiligung des Kunden vor, da eine solche Bedingung gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird – hier § 20 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 TKV –, vereinbar ist.

Im Mobilfunkmarkt ist die Netzbetreiberportabilität noch bis zum Frühjahr 2002 gemäß § 43 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ausgesetzt. Die RegTP kann diese Entscheidung treffen, solange das Fehlen von Netzbetreiberportabilität den Wettbewerb und die Verbraucherinteressen nicht wesentlich behindert oder aus technischen Gründen gerechtfertigt ist. Diese Voraussetzungen sah die RegTP als gegeben an, weil der Wettbewerb auf dem jungen Mobilfunkmarkt noch weitgehend auf die Gewinnung neuer Kunden abziele und auch technische Gründe einer Portabilität entgegenstünden.¹⁶¹ Im Jahre 2002 wird allerdings auch im Mobilfunkbereich Netzbetreiberportabilität möglich sein, es ist davon auszugehen, dass dann der Wettbewerb wegen der steigenden Wechselbereitschaft der Kunden noch härter werden wird.¹⁶²

(b) Leistungsbeschränkende Klauseln

Aufgrund der Komplexität der verwendeten Technik sind in TK-Dienstleistungsverträgen regelmäßig leistungsbeschränkende Klauseln enthalten, z. B. dass Telefonverbindungen nur mit einer mittleren Durchlasswahrscheinlichkeit von 97 % hergestellt werden können. Da der TK-Anbieter dem Kunden einen Erfolg zusagt, nämlich die Herstellung der gewünschten Telefonverbindung, stellt

¹⁶¹ Vgl. Mannsen/Demmel, C § 43 Rn. 107 f.

¹⁶² Vgl. www.oftel.gov.uk/numbers/noport.htm: „Customer surveys, conducted as part of the study, showed that business users consider that the need to change number is the biggest problem associated with changing mobile operator. The number of corporate users willing to switch mobile operator would more than double from 41 % to 96 % if portability was introduced.“

sich die Frage, ob eine solche Klausel mit dem AGBG vereinbar ist.

Man könnte in einer leistungsbeschränkenden Klausel einen Verstoß gegen das Transparenzgebot sehen. Die Klausel könnte den Kunden in die Irre führen, da er nicht mit der gebotenen Klarheit und Bestimmtheit auf die Leistungsbeschränkung hingewiesen und daher möglicherweise davon abgehalten wird, ihm eventuell zustehende Ansprüche rechtlich durchzusetzen.¹⁶³

Andere wiederum vertreten die Auffassung, dass eine solche Klausel mit dem AGBG vereinbar sei, soweit sich der Anbieter eine zeitweilige Beschränkung der von ihm zugesagten Leistungen im Hinblick auf die vorhandenen Kapazitäten vorbehält.¹⁶⁴

Dieser Meinung ist grundsätzlich zuzustimmen. Es darf nicht verkannt werden, dass die einschränkende Leistungsbeschreibung auf dem besonderen Charakter des TK-Vertrags beruht. Dass auch in einem gut ausgebauten Telefonnetz zu Spitzenzeiten unter Umständen Kapazitätsengpässe nicht immer ausgeschlossen werden können, ist dem durchschnittlichen Kunden bekannt.

Das Problem der leistungsbeschränkenden Klauseln existiert auch im Mobilfunkbereich, der diesbezüglich dadurch gekennzeichnet ist, dass kein Netz auf der gesamten Fläche der Bundesrepublik volle Netzabdeckung gewährleisten kann. Von daher ist die Nutzung dem technischen Zwang unterworfen, dass man sich gerade in versorgtem Bereich befindet. In den AGB von D2 Mannesmann im Jahre 1998 hieß es beispielsweise: *„Die Mobilfunkdienstleistungen sind räumlich auf den Empfangs- und Sendebereich der von MMO in der Bundesrepublik Deutschland*

¹⁶³ OLG Köln, Urteil vom 15.5.1998 – 6 U 72/97, bislang nicht veröffentlicht – nicht rechtskräftig.

¹⁶⁴ Imping, CR 1999, 425, 429.

betriebenen Funkstationen beschränkt.“ Ähnliche Formulierungen findet man auch bei den anderen Mobilnetzbetreibern.

Diese Klausel wurde in der Anfangszeit des Mobilfunks von einem Amtsgericht wegen angeblicher Unklarheiten über den räumlichen Funkempfangsbereich als Verstoß gegen das Transparenzgebot für unwirksam erklärt.¹⁶⁵ Es sei dem Mobilfunkbetreiber zuzumuten, dem Kunden bei Vertragsabschluss eine Liste der sich in Betrieb befindlichen Funkstationen auszuhändigen.

Eine solche Forderung ist allerdings unverhältnismäßig und unrealistisch. Die Mobilfunknetze werden laufend ausgebaut, außerdem hängt die aktuelle Versorgungslage nicht nur allein vom Abstand zur nächsten Sendestation ab, wie das Urteil des AG Offenburg impliziert, sondern auch vom Wetter oder der jeweiligen Topographie.

Außerdem muss berücksichtigt werden, dass die Vertragspartner grundsätzlich den Gegenstand der Leistung frei bestimmen können, der Inhalt muss jedoch bestimmt oder zumindest eindeutig bestimmbar sein.¹⁶⁶ Deshalb ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, die vom Mobilfunk-Dienstleister vertraglich zu erbringende Leistung unter Berücksichtigung der technischen und physikalischen Möglichkeiten zu bestimmen.¹⁶⁷

Nach Ansicht des AG Düsseldorf weiß jeder Durchschnittskunde, dass eine flächendeckende Versorgung illusorisch ist und eine Versorgung nur im Rahmen der aktuell erreichten Netzabdeckung gewährleistet werden kann. Der Vertrag komme deshalb von vornherein nur mit dieser Einschränkung zustande.¹⁶⁸

¹⁶⁵ AG Offenburg, NJW-RR 1996, 1014.

¹⁶⁶ Palandt/Heinrichs, § 241, Rn. 3.

¹⁶⁷ Vgl. Greulich, Anm. zu AG Düsseldorf MMR 1999, 107, 107.

¹⁶⁸ AG Düsseldorf, MMR 1999, 105, 106; OLG Düsseldorf, BB 1996, 2643, 2647.

Auch das OLG Düsseldorf vertrat die Auffassung, bei einer solchen Einschränkung handele es sich nur um „die Beschreibung der einem Mobilfunknetz immanenten Beschränkungen“.¹⁶⁹

Dieser Ansicht ist zu folgen. Wenn gerade im Mobilfunkbereich – aber dies gilt auch für Festnetzverträge – die Leistung nicht grundsätzlich auf die gegebenen technischen Möglichkeiten beschränkt werden würde, wäre eine vollständige und mangelfreie Leistungserbringung nicht möglich. Bei einem Vertrag solchen Inhalts wäre aber nicht einmal mal mehr eine Nichtigkeit nach § 306 BGB fernliegend.

Allerdings darf es, abgesehen von funktechnisch bedingten Nutzungseinschränkungen, ansonsten nicht im Belieben des Anbieters stehen, die vertraglich versprochene Hauptleistung zu erbringen oder nicht.¹⁷⁰ Derartige Leistungsvorbehalte, die den primären Erfüllungsanspruch des Kunden betreffen, sind als AGB-Klausel zumindest nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

B. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, dass die Bandbreite der Vertragsarten im Telekommunikationsbereich äußerst vielfältig ist. Neue rechtliche Probleme werden dadurch aufgeworfen, viele sind noch nicht endgültig zufriedenstellend rechtswissenschaftlich geklärt. Aber es ist auch deutlich geworden, dass nicht nur das sich noch stark in der Entwicklung begriffene Telekommunikationsrecht Lösungen

¹⁶⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 374, 375.

¹⁷⁰ Vgl. Hahn, MMR 1999, 251, 254. Problematisch ist insofern z. B. § II.2.3. der AGB des Service Providers Hutchison Telecom: „Aufgrund der Dimensionierung der Mobilfunknetze und ihrer Abhängigkeit von funktechnischen Ausbreitungsbedingungen sowie aufgrund von technischen Änderungen, Reparaturen und Wartungen der Netzanlagen und aus Gründen höherer Gewalt können zeitweilig Unterbrechungen oder Beschränkungen in der Nutzung der Netze eintreten. *Schadensersatzansprüche des Kunden gegenüber Hutchison sind insoweit grundsätzlich ausgeschlossen.*“

bereit hält, sondern dass auch das „traditionelle“ Recht bei der Schlichtung und Vermeidung von rechtlichen Konflikten weiterhin herangezogen werden kann und muss. Allerdings muss das Recht angepasst werden, um auch bei geänderten technischen Rahmenbedingungen noch als Orientierungspunkt zu dienen. Dies hat sich beispielsweise bei den AGB-rechtlichen Problemen gezeigt.

Weiterhin ist klar geworden, dass die beiden Regelungsziele *Kundenschutz* und *Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs* eng miteinander verzahnt sind. Gerade im Bereich der Zusammenschaltungsverträge und der Frage der Fakturierung und des Inkassos wurde deutlich, dass der eine Aspekt den anderen bedingt. Hier hat die DTAG immer noch eine marktbeherrschende, quasi-monopolartige Stellung inne. Wenn die RegTP dafür sorgt, dass die dem Kundenschutz dienenden Regelungen aus TKG und TKV zur Anwendung gelangen, so dient sie damit gleichzeitig der Förderung eines fairen Wettbewerbs. Und dies nutzt wiederum mittelbar dem Verbraucher.

Es besteht Grund zu der Annahme, dass der Markt sich in absehbarer Zeit durch funktionierende Marktmechanismen selbst regulieren kann, sobald die Unternehmen sich in der Lage sehen, in Vertragsverhandlungen mit vergleichbarer Macht auftreten. Dass eine Regulierung durch die RegTP in einer solchen Situation zurückgefahren werden kann, zeigte das Beispiel der Roamingverträge. Der Mobilfunkbereich ist ein neuer Markt, hier fehlt ein marktbeherrschender Anbieter. Lenkendes Eingreifen ist in diesem Fall weit weniger stark erforderlich als im von der DTAG dominierten Festnetzbereich.

Grundlage dafür ist aber, dass weiter die richtigen Rahmenbedingungen garantiert werden. Bei der Frage, ob National Roaming im zukünftigen UMTS-Standard zur Lizenzbedingung gemacht werden sollte, wurde dies deutlich. In der Aufgabe, den rechtlichen Rahmen für fairen Wettbewerb zu gestalten, wird auch

weiterhin ein wichtiges Betätigungsfeld der Regulierungsbehörde liegen.

Bezüglich der Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Endverbrauchern ist ein solches Machtgleichgewicht naturgemäß nicht gewährleistet. Dies hat sich gerade anhand des Beispiels der AGB-Kontrolle gezeigt. Bei diesen Verträgen ist zum Schutz der Verbraucher auch in Zukunft eine effektive Kontrolle durch RegTP und Gerichte angezeigt.