

von Professor Dr. iur.
Christian Koenig,
LL. M., und Andreas
Neumann, Bonn*

Telekommunikationsrechtliche Ansprüche auf Leistungen der Fakturierung und des Inkassos für Internet-by-Call-Dienstleistungen

Die Frage, inwieweit ein marktbeherrschender Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen verpflichtet ist, für seine Wettbewerber Leistungen der Fakturierung und des Inkassos zu übernehmen, ist seit jeher hochumstritten. Während dies hinsichtlich der fallweisen Betreiberwahl (Call-by-Call) für Sprachverbindungen stets als telekommunikationsrechtliche Problematik behandelt wurde, ist bei der fallweisen Auswahl des Internetzugangsanbieters (Internet-by-Call) schon die Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes (TKG) umstritten. Anliegen des nachfolgenden Beitrages ist zunächst die regulatorische Einordnung des Dienstangebots eines Internet-by-Call-Anbieters in das deutsche Telekommunikations- und Teledienstrecht (dazu B.). Darauf aufbauend wird die Reichweite der telekommunikationsrechtlichen Ansprüche auf Leistungen der Fakturierung und des Inkassos für Internet-by-Call-Dienstleistungen herausgearbeitet (dazu C.). Abschließend werden vor dem Hintergrund der EG-rechtlichen Vorgaben die im Zuge der TKG-Novelle zu erwartenden Neuerungen dargestellt (dazu D.).

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	2	I. Fakturierungs- und Inkassoleistungen als wesentliche Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG	14
B. Anwendbarkeit des Telekommunikationsrechts auf Internet-by-Call-Dienstleistungen	2	1. Marktabgrenzung	14
I. Vorrangige Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes	3	2. Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG	15
1. Unanwendbarkeit des TDG auf Telekommunikationsdienste (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG)	3	3. Internet-by-Call als keine reine Telekommunikationsdienstleistung?	15
2. Anwendbarkeit des TDG auf Telekommunikationsdiensteanbieter (§ 3 Nr. 1 TDG)?	4	4. Wesentlichkeit der Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG	20
3. Zwischenergebnis	5	II. Fakturierungs- und Inkassoleistungen als Zusammenschaltungsleistungen	22
II. Reichweite des Telekommunikationsrechts als Determinante für die regulatorische Zuordnung eines Dienstes	5	D. Ausblick auf die künftige Rechtslage	23
1. Begriff der „Telekommunikation“ nach § 3 Nr. 16 TKG	5	I. Das Verhältnis von Telekommunikations- und Teledienstrecht im künftigen Recht	23
2. ISO/OSI-Referenzmodell als außerjuristischer Interpretationsmaßstab	5	1. Elektronische Kommunikationsdienste im Sinne von Art. 2 lit. e der Rahmenrichtlinie	23
3. Telekommunikation als Signalübertragung zwischen zwei physisch definierten Punkten	6	2. Voraussichtliche Neuregelung im künftigen TKG	24
4. Zwischenergebnis	7	3. Zwischenergebnis	26
III. Regulatorische Verortung von zusammengesetzten Dienstangeboten	8	II. Zugang zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen im künftigen Recht	27
1. Genetische Auslegung	8	1. Vorabverpflichtungen und Missbrauchsaufsicht im neuen EG-Rechtsrahmen	27
2. Systematisch-teleologische Auslegung	8	2. Zugangsregulierung und Missbrauchsaufsicht im künftigen deutschen Telekommunikationsrecht (§§ 16 ff., 40 TKG-RegE) im Hinblick auf Internet-/Call-by-Call-Dienstleistungen	28
3. Bestimmung der einzelnen Dienste anhand der technischen Separierbarkeit	9	3. Zwischenergebnis	29
4. Konsequenzen für die Reichweite von Telekommunikations- und Teledienstrecht	9	E. Zusammenfassung	30
5. Zwischenergebnis	10		
IV. Einordnung des Dienstangebots eines Internet-by-Call-Anbieters	10		
1. Internetzugangsdienste	10		
2. Zusätzliche Internetdienste	13		
3. Zwischenergebnis	13		
C. Zugang von Internet-by-Call-Anbietern zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen unter geltendem Recht	14		

* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (London), ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Andreas Neumann ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Bei dem Beitrag handelt es sich um die gestraffte Fassung eines von den Verfassern erstellten Rechtsgutachtens. Die Verfasser danken Herrn Sascha Loetz für seine Unterstützung bei der Abfassung des Beitrages, namentlich mit Blick auf die Ausführungen zu den Ansprüchen auf Fakturierungs- und Inkassoleistungen, die wesentlich auf seinen Vorarbeiten beruhen.

A. Einleitung

Der Zugang zum Internet als dem zentralen Fundament der Informationsgesellschaft erfolgt für große Teile der Bevölkerung nach wie vor über das herkömmliche Telefonnetz. Die Möglichkeit, dabei fallweise durch die Wahl einer bestimmten Betreiberkennung unterschiedliche Internetzugangsanbieter in Anspruch nehmen zu können (Internet-by-Call), hat wie auch das Call-by-Call-Verfahren im Bereich der Sprachtelefonie zu einer erheblichen Intensivierung des Wettbewerbs zugunsten der Endnutzer geführt.

Bei dem in der Praxis wohl verbreitetsten Modell erhalten Internet-by-Call-Anbieter Zugang zum Endnutzer über die Zusammenschaltung des eigenen Netzes mit dem Netz des marktbeherrschenden Ortsnetzbetreibers, also der Deutschen Telekom AG (DTAG).¹ Der Internet-by-Call-Verkehr wird dabei nach der Einwahl durch den Endnutzer stets von dessen Endgerät zunächst über das Netz der DTAG geführt, bis er am Punkt der Zusammenschaltung dem Internet-by-Call-Anbieter übergeben und in dessen Netz weitergeführt wird. Neben der Zusammenschaltungsvereinbarung besteht in der Regel zwischen der DTAG und dem Internet-by-Call-Anbieter noch eine weitere Vereinbarung über die Rechnungsstellung (Fakturierung) und das Inkasso² der von dem Internet-by-Call-Anbieter gegenüber den Endkunden erbrachten Dienstleistungen durch die DTAG.

Diese Vereinbarung bestand zunächst in gleichförmiger Ausgestaltung grundsätzlich gegenüber allen auf den Zugang zum Endnutzer angewiesenen Zusammenschaltungspartnern der DTAG, namentlich also vor allem gegenüber Verbindungsnetzbetreibern, Anbietern von Mehrwertdiensten und Internet-by-Call-Anbietern. Ursprünglich wurde die DTAG durch diese Vereinbarung neben der bloßen Fakturierung auch mit dem Ersteinzug³ der Forderungen und weiteren Inkassoschritten betraut. Sie zog also die Rechnungsbeträge beim Kunden ein und sorgte im Innenverhältnis zu den Zusammenschaltungspartnern für die Aufteilung. Darüber hinaus wurde der gesamte Kundendienst im Nachgang der Rechnungsstellung (Rückfragen, Reklamationen, Gutschriften usw.) von der DTAG übernommen.

Noch im Jahr 1999 wurde diese Fakturierungs- und Inkassovereinbarung mit Wirkung zum 1. 4. 2000 von der DTAG gekündigt. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) entschied in einem nachfolgenden Missbrauchsverfahren gegen die DTAG und forderte diese mit Bescheiden vom 21. 2. 2000 und vom 14. 3. 2000 auf, Fakturierungsleistungen und den Forderungsersteinzug im Rahmen von Zusammenschaltungsvereinbarungen weiterhin für Sprachtelefondienste, Mehrwertdienste, Shared-Cost-Dienste und Internet-by-Call-Dienste zu erbringen.⁴

B. Anwendbarkeit des Telekommunikationsrechts auf Internet-by-Call-Dienstleistungen

Fakturierung und Inkasso sind typische Bestandteile jedes entgeltlichen Rechtsgeschäfts, das über ein alltägliches Bargeschäft hinausgeht.¹² Ob sich entsprechende Leistungsansprüche eines Wettbewerbers gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen aus telekom-

Die DTAG beantragte gegen diese Bescheide die Herstellung der aufschiebenden Wirkung und erhob in der Hauptsache Klage vor dem VG Köln. Die Anträge im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wurden in beiden Instanzen abschlägig beschieden.⁵ Im Hauptsacheverfahren entschied das VG Köln, dass der Bescheid der RegTP hinsichtlich der für Sprachtelefondienste auferlegten Verpflichtungen der RegTP rechtmäßig ist.⁶ Für die in Frage stehenden Mehrwertdienste, Shared-Cost- und eben auch Internet-by-Call-Dienstleistungen sah das Gericht allerdings keine Anordnungsgrundlage für Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen, da es sich in diesen Konstellationen nicht um Leistungen im Sinne des § 33 TKG handele.⁷ Die Entscheidung des VG Köln ist noch nicht rechtskräftig.

Vor dem Hintergrund des anstehenden Verfahrens vor dem OVG Münster geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, ob sich Ansprüche auf Leistungen der Fakturierung und des Inkassos für Internet-by-Call-Dienstleistungen aus telekommunikationsrechtlichen Vorschriften ergeben können. Die Schwerpunktsetzung erfolgt dabei den Erwägungen des VG Köln entsprechend einerseits anhand der Frage, inwieweit der Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes bei Internet-by-Call-Dienstleistungen überhaupt eröffnet ist (dazu B.⁸), und andererseits bei der Auslegung der §§ 33 ff. TKG als Grundlage etwaiger telekommunikationsrechtlicher Ansprüche auf Leistungen der Fakturierung und des Inkassos gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen (dazu C.⁹). In einem abschließenden Exkurs wird die Rechtslage skizziert, wie sie sich unter dem künftigen Telekommunikationsgesetz darstellen wird, welches derzeit das Gesetzgebungsverfahren durchläuft¹⁰ (dazu D.¹¹).

- 1 Alternativ dazu kann die DTAG dem Internet-by-Call-Anbieter aber auch einen besonderen Netzzugang bereitstellen, den so genannten Anschluss für Online-Diensteanbieter (AOD).
- 2 Eine genaue Bestimmung des sehr unscharfen Begriffs „Inkasso“ kann und soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung unterbleiben, da im Folgenden – insbesondere bei der Entwicklung des Anspruchs aus § 33 TKG – die gemeinten Schritte der Forderungsrealisierung jeweils explizit bezeichnet werden.
- 3 Unter den Begriff des Ersteinzugs werden in der vorliegenden Untersuchung nicht nur der (aktive) Zahlungseinzug etwa im Rahmen des Lastschriftverfahrens, sondern auch die (passive) Entgegennahme von Zahlungen sowie die Weiterleitung an die betreffenden Wettbewerber gefasst.
- 4 RegTP, MMR 2000, 298.
- 5 Vgl. OVG Münster, MMR 2000, 631; VG Köln, MMR 2000, 634.
- 6 VG Köln, MMR 2003, 284, 288.
- 7 VG Köln, MMR 2003, 284, 286.
- 8 S. 2 ff.
- 9 S. 14 ff.
- 10 Siehe hierzu die aktuelle Übersicht unter www.tkgnovelle.de (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004).
- 11 S. 23 ff.

munikationsrechtlichen Vorschriften ergeben können, hängt somit wesentlich auch von der Dienstleistung ab,

12 Siehe auch *Holzmagal/Koentig*: Der Begriff der wesentlichen Leistungen nach § 33 TKG, 2001, S. 125 ff.

die von dem Marktbeherrscher für seinen Wettbewerber fakturiert und inkassiert werden soll. Sofern die Dienstleistung keinerlei Bezug zu einer Telekommunikationsdienstleistung aufweist, scheiden telekommunikationsrechtliche Ansprüche auf Fakturierungs- und Inkassoleistungen von vornherein aus.

Die genaue Verortung der hier zu untersuchenden Internet-by-Call-Dienstleistungen im Regulierungsregime für elektronische Kommunikation ist noch in wesentlichen Teilen völlig ungeklärt.¹³ Bevor die einzelnen Anspruchsnormen auf die Erfassung von Fakturierungs- und Inkassoleistungen hin überprüft werden können, muss daher zunächst eine solche Verortung erfolgen. Dabei wird zuerst das Verhältnis der beiden zentralen Regelungswerke des Bundesrechts im Bereich der elektronischen Kommunikation, des TKG einerseits und des Teledienstgesetzes (TDG) andererseits, analysiert (unter I.¹⁴). In einem zweiten Schritt wird die sachliche Reichweite des Telekommunikationsrechts abgemessen (unter II.¹⁵), bevor dann die regulatorische Verortung solcher Dienstangebote geklärt wird, die sich aus einer Vielzahl von Telekommunikations- und Telediensten zusammensetzen (unter III.¹⁶). Auf dieser Grundlage kann dann schließlich untersucht werden, welchem Regelungsbe- reich die Dienstleistungen eines Internet-by-Call-Anbieters zuzuordnen sind (unter IV.¹⁷).

Dabei geht es an dieser Stelle zunächst nur um eine Betrachtung aus der Perspektive des Telekommunikations- und Teledienstrechts.¹⁸ Ihr Ziel ist es, den jeweiligen sachlichen Anknüpfungspunkt für die einzelnen Regelungsbereiche herauszuarbeiten. Dies schließt gerade nicht aus, dass aufgrund der besonderen Sachnähe dieser Regelungsbereiche auf der Ebene der an diesen Punkt anknüpfenden materiellen Bestimmungen auch Sachfragen geregelt werden, die sachlich zugleich den jeweils anderen Regelungsbe- reich berühren.

So darf die Aussage, dass eine bestimmte Leistung bei isolierter Betrachtung nicht dem TKG unterfällt, nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass sie keinesfalls Regelungsgegenstand telekommunikationsrechtlicher Bestimmungen werden kann. Das Gegenteil ist richtig: Aufgrund ihrer tatsächlichen Verknüpfung mit einer anderen, dem telekommunikationsrechtlichen Regulierungsregime unterfallenden Leistung, kann auch eine Leistung, die isoliert betrachtet nicht Regelungsgegenstand des TKG ist, in den Anwendungsbereich einzelner telekommunikationsrechtlicher Vorschriften fallen.¹⁹ Erforderlich ist lediglich, dass eine solche tatsächliche Verknüpfung mit einer dem TKG unterfallenden Leistung vorliegt und die in Rede stehende Vorschrift des TKG die Erstreckung auf die mit dieser nur verknüpften Leistung erforderlich macht.²⁰ In diesem Teil der Untersuchung geht es ausschließlich um die Identifizierung des telekommunikationsrechtlichen Anknüpfungspunktes im Falle des Internet-by-Call.

I. Vorrangige Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes

Das Angebot eines Internetzugangsanbieters weist eine große Nähe sowohl zum Telekommunikations- als auch zum Recht der Teledienste auf. Dabei scheinen Über-

schnedungen zwischen den jeweiligen Anwendungsbe- reichen kaum vermeidbar.

In einem solchen Fall einer inhaltlichen Überschneidung würde es dann aber ein Rückgriff auf allgemeine Auslegungsgrundsätze nahe legen, das TDG für einschlägig zu halten. Jedenfalls die hier in Rede stehenden Vorschriften des TKG stammen noch aus der ursprünglichen Gesetzesfassung vom 25. 7. 1996 und sind damit älter als das TDG, das am 22. 7. 1997 erlassen²¹ und am 14. 12. 2001 umfassend novelliert²² wurde. Nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* verdrängt das spätere Gesetz das frühere,²³ so dass das jüngere TDG anwendbar wäre.²⁴

Aber auch der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*, dem zufolge eine Norm dann Vorrang vor einer anderen hat, wenn sie eine speziellere Regelung der Fallgestaltung enthält als diese,²⁵ würde für die hier relevante Frage der Einordnung von Internetzugangsdiensten die vorrangige Anwendbarkeit des TDG jedenfalls im ersten Zugriff nahe legen, da das TDG den Begriff des „Internets“ anders als das TKG ausdrücklich verwendet²⁶ und damit zusammenhängende Dienste regelt.²⁷

1. Unanwendbarkeit des TDG auf Telekommunikationsdienste (§ 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG)

Die Anwendung der allgemeinen Regeln zur Gesetzeskonkurrenz kommt jedoch nur in Betracht, wenn dem Gesetz selbst keine abweichende Abgrenzungs- oder

13 Generell zum Verhältnis von Telekommunikations- und Teledienstrecht *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 212 (S. 129 f.); *Schuster*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 2. Aufl. 2000, § 3 Rdnr. 21, § 4 Rdnr. 3; *Spindler*, MMR 2002, 752, 753; *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 2001, Einführung III Rdnr. 1.

14 S. 3 ff.

15 S. 5 ff.

16 S. 8 ff.

17 S. 10 ff.

18 Die Unterteilung des Teledienstrechts in das Recht der Teledienste einerseits und das Recht der Mediendienste andererseits soll dabei aus Gründen der Darstellung außer Betracht bleiben. Die Untersuchung konzentriert sich stattdessen auf die Abgrenzung zwischen TKG und TDG, gilt aber entsprechend für die Abgrenzung zwischen TKG und dem Mediendienststaatsvertrag (MDSStV).

19 Vgl. etwa OVG Münster, CR 2003, 744; OLG Hamburg, MMR 2000, 611, 614; RegTP, MMR 1998, 325; MMR 1998, 621, 621 f.; MMR 2001, 481, 482; *Spoerr* (Fn. 13), § 25 TKG Rdnr. 27 und 31; *Schuster* (Fn. 13), § 25 Rdnr. 3b; *Wendland*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 2. Aufl. 2000, Vor § 33 Rdnr. 38 f. Dieser Gedanke kommt auch in der Begründung zu Nummer 4 der Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE zum Ausdruck, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 3. Zurückhaltender OVG Münster, K&R 2001, 543 (allerdings ohne Telekommunikationsdienst als Anknüpfungspunkt); *Wissmann*, in: *Wissmann* (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, 2003, Kap. 13 Rdnr. 9 (S. 571 f.).

20 *Spoerr* (Fn. 13), § 3 TKG Rdnr. 83.

21 BGBl. I 1997, 1870.

22 BGBl. I 2001, 3721.

23 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 210; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rdnr. 73 f. (S. 44); *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl. 2001, S. 113 f.

24 Zu dieser Konsequenz *Helmke/Müller/Neumann*, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 27; *Schaar*, Datenschutz im Internet, 2002, Rdnr. 265 (S. 90 f.); *Spindler*, in: *Roßnagel* (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste, Loseblattsammlung, Stand: November 2000, § 2 TDG Rdnr. 37.

25 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 465; *Engisch* (Fn. 23), S. 210; *Schmalz* (Fn. 23), Rdnr. 78 (S. 45); *Wank* (Fn. 23), S. 114.

26 § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG: „Angebote zur Nutzung des Internets ...“.

27 Vgl. auch *Geppert/Ruhle/Schuster* (Fn. 13), Rdnr. 209 (S. 127 f.) („die speziellen Gesetze IuKDG und des MDSStV“).

Konkurrenzregel zu entnehmen ist.²⁸ § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG enthält eine Regelung für den zumindest theoretisch vorstellbaren Fall, dass eine bestimmte Tätigkeit sowohl die Begriffsmerkmale eines Telekommunikations- als auch eines Teledienstes erfüllt.²⁹ Danach gilt „dieses Gesetz ... nicht für Telekommunikationsdienstleistungen und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten nach § 3 des Telekommunikationsgesetzes“, also generell nicht für Telekommunikationsdienste.³⁰ Eine derartige negative Abgrenzung des Geltungsbereiches eines Gesetzes ist ein übliches Mittel der Gesetzgebungstechnik.³¹ Dabei erfasst diese Abgrenzung vorliegend ausweislich des Wortlautes nur die (sachliche) Anwendbarkeit des TDG auf Telekommunikationsdienste.³² Es ist allerdings grundsätzlich nicht denknotwendig, dass die Anwendung des TDG *personal* auf die Anbieter von Telediensten beschränkt ist. Daher ist es durchaus möglich, dass das TDG auf Telekommunikationsdiensteanbieter anwendbar ist, wenn das Gesetz auch Vorschriften enthalten sollte, welche nicht an die Erbringung eines Teledienstes, sondern an die Eigenschaft als Telediensteanbieter anknüpfen – und keine unmittelbare Konnexität zwischen beidem besteht.³³

Dies gilt hingegen gerade nicht für den von dem Anbieter erbrachten Dienst. Selbst wenn es sich bei einem Dienst nämlich um einen Teledienst im Sinne des § 2 Abs. 1 und 2 TDG handeln sollte,³⁴ ist das TDG für diesen Dienst gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG dann nicht anwendbar, wenn der betreffende Dienst zugleich ein Telekommunikationsdienst im Sinne des TKG ist.

2. Anwendbarkeit des TDG auf Telekommunikationsdiensteanbieter (§ 3 Nr. 1 TDG)?

In § 3 Nr. 1 TDG wird zunächst der Begriff des Diensteanbieters legaldefiniert. Unter Zugrundelegung des natürlichen Sprachgebrauchs wäre davon auszugehen, dass (Tele-)Diensteanbieter derjenige ist, der einen Teledienst anbietet.³⁵ Von diesem natürlichen Sprachgebrauch abweichend ist § 3 Nr. 1 TDG zufolge „Diensteanbieter“ jedoch „jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Teledienste zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“. Damit lassen sich insgesamt drei Tätigkeiten unterscheiden, welche die Eigenschaft als Diensteanbieter im Sinne des TDG begründen:³⁶ das Bereithalten eigener Teledienste zur Nutzung, das Bereithalten fremder Teledienste zur Nutzung und die Vermittlung des Zugangs zur Nutzung. Dabei ist die Beschreibung der letztgenannten Teiltätigkeit unvollständig. Aus der inneren Systematik der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass sprachlich als Objekt der Nutzung nur ein Teledienst in Betracht kommt. Mangels einer Begrenzung, der derjenigen in den ersten beiden Varianten entspricht, spielt es hier keine Rolle, ob es sich dabei um einen eigenen oder fremden Teledienst handelt.

Setzt man das Bereithalten von Telediensten zur Nutzung mit dem Angebot eines Teledienstes gleich, so ergeben sich folgende drei Tätigkeiten, welche die Eigenschaft als Diensteanbieter begründen: das Angebot eigener Teledienste, das Angebot fremder Teledienste und die Vermittlung des Zugangs zur Nutzung von Telediensten.³⁷ Dies würde bedeuten, dass es (Tele-)Diensteanbieter gibt, die weder eigene noch fremde Teledienste an-

bieten, sondern nur den Zugang zur Nutzung von Telediensten vermitteln. Diensteanbieter im Sinne des TDG könnte dann auch jemand sein, der selbst keinen Teledienst anbietet.³⁸ Das könnte insbesondere für die Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Betreiber von Telekommunikationsnetzen relevant werden, sofern über deren Telekommunikationsdienste bzw. -netze Teledienste erbracht werden. Ein solches Normverständnis liegt der ganz herrschenden Meinung zugrunde, die dabei insbesondere den Fall des Internetzugangsanbieters („Internet Access Provider“) vor Augen hat.³⁹

Auf die hier einzig interessierende Frage, ob damit Tätigkeiten, die eigentlich dem telekommunikationsrecht-

28. Schmalz (Fn. 23), Rdnr. 76 (S. 44).

29. Siehe allerdings OLG Hamburg, MMR 2000, 611, 613, wonach die Vorschrift „keinen eigenständigen Regelungsgehalt“ haben soll. Dagegen Schmitz, MMR 2000, 615, 616.

30. Jenseits der Vorschriften zur Thematik „Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Sicherung“, dem derzeitigen elften Gesetzesteil, erfolgt regelmäßig eine weitere Beschränkung auf (Telekommunikations-)Dienstleistungen, verstanden als gewerblich erbrachte (Telekommunikations-) Dienste. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll aus Gründen der Übersichtlichkeit der Begriff des „Telekommunikationsdienstes“ als Oberbegriff verwendet werden, da beide Bezeichnungen denselben Leistungsgegenstand betreffen; siehe hierzu Schrey/Schmitz, in: Wissmann (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, 2003, Kap. 16, Rdnr. 5 (S. 778).

31. Vgl. allgemein Schmalz (Fn. 23), Rdnr. 76 (S. 44).

32. Raabe, CR 2003, 268, 270; sowie in der Sache auch das herrschende Gesetzesverständnis, vgl. unten, 2. (S. 4f.). Implizit a. A. Gercke, DuD 2002, 477, 481; Gundermann, DuD 1999, 681, 686; Hansen-Oest, in: Schmidt/Königshofen/Zwach (Hrsg.), Telekommunikationsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2003, § 85 PKG Rdnr. 20; Studer, MMR 2002, 343, 344 (mit im Übrigen äußerst gewichtiger und überzeugender Argumentation); insbesondere auch noch Koenig/Loetz, CR 1999, 438, 439.

33. Dies entspricht dem herrschenden Gesetzesverständnis, siehe ausführlich dazu unten, 2. (S. 4f.).

34. Dies könnte namentlich dann relevant werden, wenn man davon ausgeht, dass das Angebot des Internetzugangs als ein Angebot zur Nutzung des Internets einen Teledienst nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG darstellt, so etwa Bender, DuD 2003, 417, 418; Engel, MMR-Beilage 4/2003, 1, 13; Holznagel, in: Hoerett/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: November 2002, Teil 3.2 Rdnr. 54; Kitz, GRUR 2003, 1014, 1016 (im Widerspruch zu S. 1018); Mayer, Das Internet im öffentlichen Recht, 1999, S. 191. A. A. RegTP, MMR 1999, 557, 565; Gola/Mühllein, TDG/TDSSG, 2000, § 2 TDG Rdnr. 4, 2 (S. 78); Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 21; Koenig, MMR-Beilage 12/1998, 1, 7; Koenig/Loetz, CR 1999, 438, 440; Spindler, MMR 2000, 279.

35. So jetzt in erfreulicher Schlichtheit auch § 3 Abs. 2 Nr. 3 des Jugendschutz-Medienstaatsvertrages (JMStV), GVBl. NW 2003, 85, für die „Anbieter“ im Sinne dieses Staatsvertrages, die definiert werden als „Rundfunkveranstalter oder Anbieter von Telediensten“, wobei „Telediensten“ nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 JMStV der Oberbegriff für Teledienste und Mediendienste ist, soweit sie nicht Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages sind.

36. So auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7385, 19.

37. Gola/Mühllein (Fn. 34), § 3 TDG Rdnr. 2 (S. 114); Waldenberger, in: Robnagel (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste, Loseblattsammlung, Stand: November 2000, § 3 TDG Rdnr. 19; Mit leicht abweichender Terminologie auch Schaefer, DuD 2003, 349, 349.

38. Koenig, MMR-Beilage 12/1998, 1, 7; Koenig/Loetz, CR 1999, 438, 442; Manssen, in: Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: März 2003, C § 3 Rdnr. 37; Spindler, MMR 2000, 279; Spindler/Volkman, K&R 2002, 398, 399.

39. BGH, NJW 2003, 3762, 3763; OVG Münster, MMR 2003, 348, 350; OLG Hamburg, MMR 2000, 92, 93; VG Düsseldorf, MMR 2003, 205, 206; Kitz, GRUR 2003, 1014, 1016 (im Widerspruch zu S. 1016); Manssen (Fn. 38), C § 3 Rdnr. 37; Koenig, in: Robnagel (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste, Loseblattsammlung, Stand: November 2000, § 3 MDSStV Rdnr. 18; Spindler, MMR 2000, 279; Spindler/Volkman, K&R 2002, 398, 399; Waldenberger (Fn. 37), § 3 TDG Rdnr. 25, sowie wohl auch RegTP, MMR 1999, 557, 565. Ebenso des Weiteren insbesondere noch Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 21; Koenig, MMR-Beilage 12/1998, 1, 7; Koenig/Loetz, CR 1999, 438, 440 (verkannt von OVG Münster, MMR 2003, 348, 351).

lichen Regulierungsregime unterfallen, dennoch dem Teledienstrecht zuzuordnen sind, hat dies jedoch keinerlei Auswirkungen. Insbesondere wirkt ein solches Verständnis gerade nicht auf die Auslegung von § 2 TDG zurück. Der von dem Diensteanbieter angebotene Dienst bliebe Telekommunikationsdienst und würde nicht zum Teledienst.⁴⁰ Dies ist Konsequenz der Grundthese der herrschenden Auffassung, dass es Telediensteanbieter gibt, die selbst keinen Teledienst anbieten, sondern lediglich den Zugang zu seiner Nutzung vermitteln. Vielmehr kämen auf der Grundlage dieser Auffassung TKG und TDG für die betroffenen Anbieter grundsätzlich parallel zur Anwendung.⁴¹

3. Zwischenergebnis

Für die Zuordnung eines bestimmten Dienstes zum Anwendungsbereich des TKG oder des TDG ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Konkurrenzregeln nicht statthaft.⁴² § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG enthält eine ausdrückliche Abgrenzungsanordnung, welche den Geltungsbereich des TDG negativ von dem des TKG abgrenzt. Nicht das TDG begrenzt somit den Anwendungsbereich des TKG, sondern das TKG begrenzt qua ausdrücklicher Anordnung durch das jüngere TDG den Geltungsbereich des TDG.⁴³ Es ist daher rechtmethodisch falsch, die Anwendbarkeit des TKG beziehungsweise das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes mit der Begründung zu verneinen, dass das TDG anwendbar beziehungsweise der betreffende Dienst ein Teledienst sei.

Nichts anderes folgt auch aus der herrschenden Meinung zu § 3 Nr. 1 TDG, der zufolge es auch (Tele-)Diensteanbieter gibt, die selbst keine Teledienste anbieten, sondern nur den Zugang zur Nutzung von Telediensten vermitteln. Hier wird gerade nicht ein gegebenenfalls vorliegender Telekommunikationsdienst zum Teledienst. Vielmehr werden lediglich die Vorschriften des TDG über Diensteanbieter auf den Zugangsvermittler anwendbar, so dass TKG und TDG insoweit parallel zur Anwendung gelangen.

Diese herrschende Auffassung verdeutlicht zugleich, dass mit der Einstufung eines Dienstes als Regelungsgegenstand des Telekommunikations- bzw. Teledienstrechts zunächst nur ein Anknüpfungspunkt für den jeweiligen Regelungsbereich gewonnen wird. Dies schließt es gerade nicht aus, dass einer der beiden Regelungsbereiche materielle Regelungen enthält, die der Sache nach auch solche Dienste betreffen, welche ihrerseits gerade dem anderen Regelungsbereich zugeordnet sind.

II. Reichweite des Telekommunikationsrechts als Determinante für die regulatorische Zuordnung eines Dienstes

Nach dem Ergebnis der bisherigen Auslegung hat das TDG keinerlei Auswirkungen auf die Frage, ob ein Dienst ein Telekommunikationsdienst im Sinne des TKG ist. Deren Beantwortung richtet sich vielmehr ausschließlich danach, ob die Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Vorschriften des TKG erfüllt sind. Sowohl § 3 Nr. 5 TKG als auch § 3 Nrn. 18 und 19 TKG knüpfen zentral an das „Angebot von Telekommunikation“⁴⁴ an. Demzufolge richtet

sich die Einstufung als Telekommunikationsdienst am Begriff der „Telekommunikation“ aus.

1. Begriff der „Telekommunikation“ nach § 3 Nr. 16 TKG

Gemäß § 3 Nr. 16 TKG ist „Telekommunikation“ „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen“. Fasst man die Stufen des Aussendens, Übermittels und Empfangens mit dem Begriff der Übertragung zusammen und verzichtet auf die ohnehin umfassende Umschreibung der möglichen Formen von Nachrichten, so ergibt sich, dass ein Telekommunikationsdienst das Angebot des technischen Vorgangs der Übertragung von Nachrichten jeglicher Art mittels Telekommunikationsanlagen ist.

Die Legaldefinition des Begriffes der Telekommunikation selbst ist zunächst nur sehr bedingt subsumtionstauglich.⁴⁵ Fraglich ist im vorliegenden Kontext vor allem, was das Gesetz unter dem „technischen Vorgang“ der Nachrichtenübertragung mittels Telekommunikationsanlagen versteht. Zum einen handelt es sich bei Telediensten nämlich definitionsgemäß um „elektronische Informations- und Kommunikationsdienste“, also um technische Vorgänge gerade auch im Bereich der Kommunikation. Zum anderen legt die ausdrückliche Bezugnahme auf den *technischen* Vorgang aber auch nahe, dass es darüber hinaus einen nicht technischen Vorgang der Übertragung von Nachrichten jeglicher Art mittels Telekommunikationsanlagen gibt. Diese interpretatorischen Unklarheiten machen eine weitere Konkretisierung des Telekommunikationsbegriffes angesichts seiner zentralen Bedeutung für die Anwendung des TKG unabdinglich.

2. ISO/OSI-Referenzmodell als außerjuristischer Interpretationsmaßstab

Verbreitet wird hierzu auf das so genannte ISO/OSI-Referenzmodell zurückgegriffen.⁴⁶ Dogmatischer Ansatzpunkt hierfür ist die ausdrückliche gesetzliche Bezugnahme auf den technischen Vorgang der Übertragung. Übernimmt der Gesetzgeber Begriffe aus dem Bereich anderer Wissenschaften in Rechtsnormen, ist im Zweifel der für die Normauslegung relevante Sprachgebrauch zumin-

40 Koenig/Loetz, CR 1999, 438, 440. Unklar VG Düsseldorf, MMR 2003, 205, 206. A. A. Gola/Mühlein (Fn. 34), § 2 TDG Rdnr. 4. 4. 2 (S. 78) (ohne Begründung und in Widerspruch zu Rdnr. 6. I. 6 [S. 85 f.]).

41 OVG Münster, MMR 2003, 348, 351. Unklar Kitz, GRUR 2003, 1014, 1018.

42 Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 27. Unklar insoweit Schaar (Fn. 24), Rdnr. 265 (S. 90 f.); Spindler (Fn. 24), § 2 TDG Rdnr. 37.

43 Müller, DuD 2000, 344, 345.

44 Das Angebot von Übertragungswegen ist jeweils nicht als zusätzliche Alternative, sondern als Bestandteil des vorherstehenden Definitionsteils („einschließlich“) aufgeführt, vgl. Müller, DuD 2000, 344 Fn. 6; A. A. VG Köln, MMR 2003, 284, 286.

45 A. A. Schuster (Fn. 13), § 3 Rdnr. 19.

46 Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 38; Koch, K&R 2002, 120, 121; Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 16; Koenig/Neumann, K&R 1999, 145, 149; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 48 f.; Mayer (Fn. 34), S. 159; Raabe, CR 2003, 268, 271; Raabe, DuD 2003, 134, 136; Schmitz, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: November 2002, Teil 16.4 Rdnr. 13. Jedenfalls in der Tendenz auch Spoerr (Fn. 13), § 3 TKG Rdnr. 7 ff.

dest im Ansatz jener der fraglichen Wissenschaft.⁴⁷ Es streitet also eine – widerlegbare – Vermutung dafür, dass der Gesetzgeber einen fachwissenschaftlich vorgeprägten Begriff zumindest grundsätzlich in dem Sinne verwendet wissen will, in dem die betreffende Fachwissenschaft ihn versteht.⁴⁸ Dies gilt jedenfalls bei der Regelung eines Lebenssachverhaltes, der Gegenstand dieser Fachwissenschaft ist. Die rechtsmethodische Konsequenz dieser Interdependenz ist aber nicht zwingend auf die Interpretation bestimmter Fachbegriffe beschränkt, sondern kann auch die Normauslegung als solche betreffen.

Mit dem Telekommunikationsgesetz setzt der Gesetzgeber die rechtlichen Rahmenbedingungen im Umgang mit einer bestimmten Kommunikationstechnologie, die Gegenstand einer eigenen Fachwissenschaft, nämlich der Informations- und (Tele-)Kommunikationstechnik, ist. Diese zieht zur abstrakten Beschreibung von Kommunikationsvorgängen aber gerade das ISO/OSI-Referenzmodell⁴⁹ heran.⁵⁰ Dabei handelt es sich um ein abstraktes Modell, in dem in insgesamt sieben Schichten jeweils bestimmte Gruppen von Funktionen zusammengefasst werden, die bestimmte Aufgaben erfüllen, welche zur Realisierung eines Kommunikationsvorgangs in einem Verbund technischer Einrichtungen zur Informationsübertragung erfüllt werden.⁵¹ Insoweit geht es gerade auch darum, anwendungs- und netzbezogene Funktionen zu unterscheiden.⁵²

Angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme in § 3 Nr. 16 TKG auf den technischen Vorgang der Übertragung ist die Heranziehung dieses Abgrenzungsmodells der Informations- und (Tele-)Kommunikationstechnik mithin rechtsmethodisch nahe liegend.⁵³ Dabei stellen unter Heranziehung des ISO/OSI-Referenzmodells Vorgänge, die den untersten vier Schichten des Modells zugeordnet werden können, „Telekommunikation“ im Sinne von § 3 Nr. 16 TKG dar.⁵⁴

Die Heranziehung des ISO/OSI-Referenzmodells zur Bestimmung des Anwendungsbereiches des TKG ist jedoch keinesfalls unumstritten.⁵⁵ Obwohl die Vorbehalte, die gegen die Heranziehung des ISO/OSI-Referenzmodells vorgebracht werden, zumindest weitgehend unbegründet erscheinen,⁵⁶ lohnt sich daher eine Suche nach alternativen Konkretisierungsmaßstäben.

3. Telekommunikation als Signalübertragung zwischen zwei physisch definierten Punkten

Dazu bietet sich zunächst eine Rückbesinnung auf die verfassungsrechtlichen, ökonomischen und technischen Besonderheiten an, welche die Wesensmerkmale und (zumindest potentielle) Regulierungsbedürftigkeit dieses Sektors begründen (dazu unter a)⁵⁷). Im Anschluss bedarf es vor diesem Hintergrund der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals des „technischen Vorgangs“ anhand des Zusammenspiels von § 3 Nrn. 16 und 17 TKG (dazu unter b)⁵⁸).

a) Raumüberwindung als Konkretisierungselement

Die Telekommunikationswirtschaft ist eine Netzwirtschaft, deren Leistungen raumübergreifenden Charakter aufweisen. Diese Notwendigkeit der Überwindung räumlicher Distanz kommt nicht nur im Begriff der Telekom-

munikation beziehungsweise des Fernmeldewesens zum Ausdruck, sondern auch im Wortlaut des § 3 Nr. 16 TKG, wenn dort plastisch der Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens als Definitionsbestandteil der „Telekommunikation“ verankert wird. Sie entspricht den informations- und (tele-)kommunikationstechnischen Grundlagen, wenn diese Fachwissenschaft im Zusammenhang mit dem Begriff der Nachricht das Erfordernis der Übertragung zwischen zwei physisch getrennten Punkten betont.⁵⁹ Auch aus ökonomischer Warte stellt die Notwendigkeit, eine raumübergreifende Infrastruktur zu errichten, – aufgrund der hieraus resultierenden Kosten und Marktzutrittschürden – ein wesentliches Charakteristikum der Telekommunikationswirtschaft dar.⁶⁰

Die Überwindung räumlicher Distanz erweist sich schließlich auch bei Betrachtung der verfassungsrechtlichen Grundlagen als zentrales Begriffsmerkmal der Telekommunikation. Dies gilt namentlich für die Kompetenzvorschrift des Art. 73 Nr. 7 GG,⁶¹ aber auch für andere Bestimmungen, welche den Bereich der Telekommunikation betreffen, wie insbesondere das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG.⁶² Schon angesichts der Tatsache, dass das TKG kompetenziell auf Art. 73 Nr. 7 GG gestützt ist, ist daher das Erfordernis der Überwindung räumlicher Distanz bei der Auslegung von § 3 Nr. 16 TKG entscheidend zu berücksichtigen.

Das Angebot von Telekommunikation setzt vor diesem Hintergrund voraus, dass eine (raumübergreifende)

47 Bydlinski (Fn. 25), S. 438; Koenig/Kühling, WuW 2000, 596, 598; Rütters, Rechtstheorie, 1999, Rdnr. 741.

48 Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 114.

49 Open System Interconnection-Basic Reference Model ISO/IEC 7498-1:1994, vgl. auch ITU-T-Empfehlung X.200.

50 Eberspächer, in: Jung/Warnecke (Hrsg.), Handbuch für die Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, S. 1–71; Klufmann, Lexikon der Kommunikations- und Informationstechnik, 3. Aufl. 2001, S. 730 ff.

51 Eberspächer (Fn. 50), S. 1–71; Klufmann (Fn. 50), S. 730.

52 Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 38.

53 Siehe die Nachweise in Fn. 46.

54 Zur Herleitung im Einzelnen siehe Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 44; Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 16; Koenig/Neumann, K&R 1999, 145, 149; Mayer (Fn. 34), S. 162. Zustimmung: Koch, K&R 2002, 120, 121; Kühling (Fn. 46), S. 49 Fn. 127. Im Ergebnis auch (allerdings auf Grundlage des TCP/IP-Protokollstapels) Schmitz (Fn. 46), Teil 16.4 Rdnr. 15.

55 Möller, DuD 2000, 344, 345 Fn. 8; Popp, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, 2002, S. 56 Fn. 5; Städler, Haftung für Informationen im Internet, 2002, S. 61 f. Bemerkenswerterweise sind die Ansätze der Kritiker, ihrerseits den Begriff der Telekommunikation nach § 3 Nr. 16 TKG zu konkretisieren, von geringer Objektivierbarkeit und Trennschärfe gekennzeichnet. Vgl. etwa Städler, a. a. O., S. 59 (die untersuchte Dienstleistung erfülle „eindeutig“ die Voraussetzungen des § 3 Nr. 16 TKG – jedenfalls aus Sicht des VG Köln scheint die Rechtslage nicht „eindeutig“ gewesen zu sein). Das von Popp, a. a. O., S. 56, ohne nähere Begründung postulierte Kriterium, dem zufolge Telekommunikation sich wohl ausschließlich auf die Herstellung der Verbindung beschränke, stützt so gar die in der vertretenen Auffassung, dass die Abgrenzung genau oberhalb der Transport- bzw. Verbindungsschicht (Schicht 4) verläuft.

56 Siehe die verdienstvollen Ausführungen von Raabe, CR 2003, 268, 272.

57 S. 6f.

58 S. 7.

59 Klufmann (Fn. 50), S. 679.

60 Vgl. auch Kruse/Kiessling, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 16 (1997), S. 11.

61 Siehe etwa BVerfGE 12, 205, 226 (es gehe um die Meldung oder Übermittlung „in die Ferne“).

62 Vgl. BVerfGE 85, 386, 396 (Notwendigkeit der Überwindung räumlicher Distanz als Sachgrund für die Einschaltung eines Dritten zur Übermittlung bzw. für die Verwendung eines nicht vollständig kontrollierbaren Übermittlungsmediums).

Übertragung angeboten wird, dass es also gerade um eine Ende-zu-Ende-Verbindung zwischen zwei physisch definierten Punkten geht. Damit erweist sich die *Raumüberwindung* als erstes Konkretisierungselement für die Subsumtion unter § 3 Nr. 16 TKG. Dienste, die keine eigenständige Raumüberwindung⁶³ leisten, bestehen daher nicht im Angebot von Telekommunikation und sind deshalb auch keine Telekommunikationsdienste. Dies betrifft namentlich Dienste, die ihrerseits auf anderen Diensten aufsetzen, wenn allein mittels dieser anderen Dienste die Ende-zu-Ende-Verbindung zwischen den physischen Punkten der Nachrichtenquelle und der Nachrichtensenke hergestellt wird.

b) Technischer Vorgang der Nachrichtenübertragung

Auch die Ableitung der Raumüberwindung als Konkretisierungselement ist jedoch noch nicht ohne weiteres geeignet, das einschränkende Tatbestandsmerkmal des „technischen Vorgangs“ inhaltlich anzufeuern. Nach § 3 Nr. 16 TKG muss sich der technische Vorgang aber auf die Nachrichtenübertragung beziehen, die wiederum dem Wortlaut des § 3 Nr. 16 TKG zufolge „mittels Telekommunikationsanlagen“ erfolgt. Telekommunikationsanlagen sind nach § 3 Nr. 17 TKG „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“.

Hier fällt zunächst die Differenzierung zwischen Nachrichten und Signalen ins Auge. In der Informations- und (Tele-)Kommunikationstechnik versteht man unter einer Nachricht grundsätzlich⁶⁴ eine Information, die möglichst unverändert weitergegeben beziehungsweise verteilt werden soll,⁶⁵ wohingegen ein Signal eine Größe ist, deren Parameter geeignet verändert werden können, so dass das Signal Träger von Informationen werden kann.⁶⁶ Man unterscheidet insoweit zwischen Analog- und Digitalsignalen.⁶⁷ Ein Analogsignal entspricht dem physikalischen Vorgang, der es hervorgerufen hat,⁶⁸ wohingegen ein Digitalsignal die Information zu einem fest definierten Zeitpunkt mittels bestimmter, erlaubter Werte beschreibt.⁶⁹ Beim Transport über ein physikalisches Medium müssen Digitalsignale letzten Endes in Analogsignale umgesetzt werden.⁷⁰

Auf der Ebene der Telekommunikationsanlagen geht es mithin nur um das Senden, Übertragen, Vermitteln, Empfangen, Steuern und die Kontrolle von *Signalen*, die lediglich als Nachrichten *identifizierbar* sein müssen. Die tatsächliche Umwandlung der Signale in Nachrichten kann gegebenenfalls durch andere Einrichtungen oder Systeme erfolgen. Da die Telekommunikationsanlagen nach § 3 Nr. 16 TKG das Mittel der Nachrichtenübertragung sind, um deren technischen Vorgang es vorliegend geht, scheint hier eine gewisse Diskrepanz zu bestehen.

Über die Verwendung des Adjektivs „technisch“ werden die Legaldefinitionen des § 3 Nrn. 16 und 17 TKG jedoch zusätzlich eng miteinander verknüpft. Das einschränkende Tatbestandsmerkmal des technischen Vorgangs verweist somit auf die Telekommunikationsanlagen als Mittel der Nachrichtenübertragung.⁷¹ Da diese jedoch nur der Übertragung von Signalen dienen müssen, besteht der technische Vorgang der Nachrichten-

übermittlung bei einer solchen Lesart aus der Übermittlung der Nachrichten lediglich repräsentierenden Signale.⁷² Dies entspricht im Übrigen auch der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art 73 Nr. 7 GG, der zufolge Telekommunikation ein „technischer, am Vorgang der Übermittlung von Signalen orientierter Begriff“ ist.⁷³

c) Zwischenergebnis

Eine Fokussierung auf die verfassungsrechtlichen, ökonomischen und technischen Besonderheiten der Telekommunikation führt zu dem zentralen Merkmal der Raumüberwindung. Telekommunikation setzt stets eine raumüberwindende Übertragung voraus, also eine Ende-zu-Ende-Verbindung zwischen zwei physisch definierten Punkten. Dienste, die keine eigenständige Raumüberwindung leisten, können mithin keine Telekommunikationsdienste sein. Eine Zusammenfassung der Legaldefinitionen nach § 3 Nrn. 16 und 17 TKG ergibt des Weiteren, dass sich der technische Vorgang der Nachrichtenübertragung mittels Telekommunikationsanlagen lediglich auf die Übertragung von Signalen bezieht.⁷⁴

Integriert man diese Auslegungsergebnisse in den Begriff der Telekommunikation, so ließe sich dieser in entsprechender Anpassung der Legaldefinition des § 3 Nr. 16 TKG und unter Einbeziehung der Legaldefinition des § 3 Nr. 17 TKG kurz fassen als Signalübertragung (zwischen zwei physisch definierten Punkten)⁷⁵ mittels technischer Einrichtungen und Systeme. Ein Telekommunikationsdienst ist daher das Angebot der Signalübertragung zwischen zwei physisch definierten Punkten mittels technischer Einrichtungen und Systeme.

4. Zwischenergebnis

Ob es sich bei einem Dienst um einen Telekommunikationsdienst im Sinne des TKG handelt, richtet sich nicht nach dem TDG, sondern ausschließlich danach, ob er im

63 Dabei ist nicht die Überwindung einer bestimmten Entfernung im Einzelfall erforderlich, sondern lediglich ein räumliches Auseinanderfallen von Datenquelle und -senke, vgl. auch *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 15.

64 Zu den Einschränkungen *Klufmann* (Fn. 50), S. 679.

65 *Hagenauer*, in: Jung/Warnecke (Hrsg.), *Handbuch für die Telekommunikation*, 2. Aufl. 2002, S. 1-3; *Klufmann* (Fn. 50), S. 679.

66 ITU-T-Empfehlung G.701 (03/93), Definition Nr. 1001; ITU-T-Empfehlung I.112 (03/93), Definition Nr. 102; *Hagenauer* (Fn. 65), S. 1-4; *Klufmann* (Fn. 50), S. 886.

67 *Hagenauer* (Fn. 65), S. 1-5 f.

68 ITU-T-Empfehlung G.701 (03/93), Definition Nr. 1002; ITU-T-Empfehlung I.112 (03/93), Definition Nr. 103; *Klufmann* (Fn. 50), S. 41.

69 ITU-T-Empfehlung G.701 (03/93), Definition Nr. 2006; ITU-T-Empfehlung I.112 (03/93), Definition Nr. 105; *Klufmann* (Fn. 50), S. 253.

70 *Hagenauer* (Fn. 65), S. 1-6.

71 Ohne Anknüpfung an ein Tatbestandsmerkmal auch *Königshofen*, DuD 2001, 85, 86.

72 So auch *Bender*, DuD 2003, 417, 418; *Königshofen*, DuD 2001, 85, 86; *Spoerr* (Fn. 13), § 3 TKG Rdnr. 6 und 79.

73 BVerfGE 12, 205, 226 (pointiert a. a. O., S. 227; Telekommunikation beginnt erst mit der Übermittlung der *Signale*). Siehe auch *Spoerr* (Fn. 13), Einführung V Rdnr. 5.

74 Siehe zum Ganzen bereits *Koenig/Loetz/Neumann*, Der Anwendungsbereich des künftigen Telekommunikationsgesetzes, tkrecht.de - Kommunikationspolitisches Positionspapier#1, abrufbar unter www.tkrecht.de/positionspapiere/positionspapier1.pdf; (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004).

75 Eigentlich bedarf es dieser Einschränkung nicht, da sie sprachlich bereits im Begriff der „Übertragung“ angelegt ist. Um den durch die Auslegung erzielten Konkretisierungsgewinn nicht zu gefährden, soll sie hier jedoch ausdrücklich aufgenommen werden.

Angebot von Telekommunikation im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG besteht. Es muss sich also um das Angebot des technischen Vorgangs der Nachrichtenübertragung mittels Telekommunikationsanlagen handeln.

Zur Konkretisierung dieser Voraussetzungen kann auf das ISO/OSI-Referenzmodell zurückgegriffen werden. Wenn die Leistung, die ein Anbieter gegenüber dem Nutzer erbringt, durch Funktionen realisiert wird, die auf den netzbezogenen Schichten dieses Modells, also den Schichten 1–4, abgebildet werden, handelt es sich hierbei um Telekommunikation und damit bei dem Angebot um einen Telekommunikationsdienst. Ein alternativer Interpretationsansatz führt zu dem Ergebnis, dass es sich bei Telekommunikation im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG um Signalübertragung zwischen zwei physisch definierten Punkten mittels technischer Einrichtungen und Systeme handelt.

III. Regulatorische Verortung von zusammengesetzten Dienstangeboten

Damit ist grundsätzlich die Zuordnung einzelner Dienste zum Anwendungsbereich des TKG beziehungsweise des TDG möglich. In der Praxis liegen jedoch häufig Leistungsangebote vor, die eine Vielzahl unterschiedlicher Teilleistungen enthalten (zusammengesetzte Dienstangebote). Dies betrifft gerade auch die Leistungen, die ein Internet-by-Call-Anbieter gegenüber seinen Nutzern erbringt.⁷⁶ In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob es sich bei solchen zusammengesetzten Dienstangeboten um einen einzigen (Telekommunikations- oder Tele-)Dienst handelt oder ob der Anbieter in diesem Fall mehrere Dienste erbringt, die er zwar zu einer Gesamtleistung gebündelt hat, die jedoch dessen ungeachtet rechtlich als einzelne Dienste zu gelten haben. Damit geht es letzten Endes darum, was eigentlich Bezugspunkt der jeweiligen Begriffsdefinition ist, wie also der sprachlich insoweit deutungs offene Begriff des „Dienstes“ inhaltlich zu fassen ist.⁷⁷ Dies betrifft sowohl § 2 Abs. 1 TDG als auch § 3 Nrn. 5, 18 und 19 TKG.

In allen Vorschriften geht es um „Angebote“,⁷⁸ so dass ein Dienst jedenfalls vom Anbieter gegenüber dem Nutzer erbracht werden muss – und nicht lediglich eine unternehmensinterne Vorleistung des Anbieters sein kann. In Betracht kommt einerseits, bei der regulatorischen Zuordnung zum Telekommunikations- oder Teledienstrecht auf die einzelnen Dienste abzustellen, aus denen das Gesamtangebot zusammengesetzt ist. Andererseits könnte aber auch auf das zusammengesetzte Dienstangebot selbst und damit auf die tatsächliche Angebotsgestaltung abzustellen sein.⁷⁹ Im letztgenannten Fall müsste dann anhand eines zusätzlichen Kriteriums bestimmt werden, ob es sich bei dem Leistungsangebot insgesamt um einen Telekommunikations- oder um einen Teledienst handelt, wofür sich namentlich anbot-, den Schwerpunkt des betreffenden Leistungsangebots zu ermitteln (Schwerpunkttheorie).⁸⁰

1. Genetische Auslegung

Dem Gesetzgebungsverfahren zum TDG lässt sich entnehmen, dass keine exklusive Zuordnung eines zusammengesetzten Dienstangebots – etwa auf Grundlage einer Schwerpunkttheorie – gewollt war. So heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG, dass „die

Übermittlung der Teledienste ... die Telekommunikation voraus(setzt)“ und „von daher ... sowohl das Teledienstgesetz als auch das Telekommunikationsgesetz funktionsbezogen zur Anwendung“ kommen.⁸¹ Während durch § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG klargestellt werde, „dass im Teledienstgesetz die inhaltlichen und nutzungsrelevanten Komponenten der bereitgestellten Angebote geregelt werden“, solle „der technische Vorgang der Telekommunikation nach § 3 Nr. 16 Telekommunikationsgesetz, die Telekommunikationsdienstleistungen nach § 3 Nr. 18 Telekommunikationsgesetz und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten nach § 3 Nr. 5 Telekommunikationsgesetz ... unberührt“ bleiben.⁸²

2. Systematisch-teleologische Auslegung

Gegen eine einheitliche Zuordnung des zusammengesetzten Dienstangebots sprechen aber vor allem auch systematisch-teleologische Erwägungen. Die Konsequenzen der Einstufung eines Dienstes als Telekommunikations- oder Teledienst ergeben sich aus § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG. Die Vorschrift begründet dabei ein grundsätzlich striktes Alternativitätsverhältnis zwischen Teledienst- und Telekommunikationsrecht, dem zufolge das TDG nicht für Telekommunikationsdienste gilt. Käme es bei dieser Einstufung darauf an, welche Teilleistungen der Anbieter mit dem betreffenden Leistungsangebot zusammenfasst, wäre für diese Gesamtleistung also entweder nur das TDG oder nur das TKG anwendbar.⁸³ Dies hätte zur Folge, dass Teilleistungen, die, wenn sie isoliert

⁷⁶ Hierzu im Einzelnen unten, IV. (S. 10 ff.).

⁷⁷ Siehe auch Waldenberger, MMR 1998, 124, 125.

⁷⁸ Bei § 3 Nrn. 5, 18 und 19 TKG ergibt sich das bereits aus dem Wortlaut der Legaldefinition selbst („Angebot von Telekommunikation“), während für das Verständnis von § 2 Abs. 1 TDG insoweit vor allem § 2 Abs. 2 TDG weiterführt, der alle Beispiele als „Angebote“ kategorisiert.

⁷⁹ In diese Richtung scheint auch die Entscheidung des OVG Münster, CR 2003, 744, 744 f., zu deuten, wenn dort für die Einstufung der „Payphone Access Charge“ als Gegenleistung für eine Telekommunikationsdienstleistung auf die „maßgebliche ... Sicht des Leistungsbeziehers“ abgestellt und eine „atomisierende Betrachtung der als ein einheitlicher geschlossener Nutzungsvorgang angebotenen Leistung“ als „lebensfremd und vom Gesetzeszweck nicht geboten“ abgelehnt wird. Dabei ging es allerdings lediglich um die Zuordnung bestimmter Gemeinkosten (für Betrieb, Wartung und Instandhaltung von öffentlichen Telefonstellen) zu einer (anderen) (Telekommunikations-)Dienstleistung. Diese lag in dem vom Gericht entschiedenen Fall aber gerade vor, so dass bei Lichte betrachtet Gegenstand der Entscheidung nicht die Identifizierung eines Telekommunikationsdienstes als regulatorischer Anknüpfungspunkt, sondern die Reichweite der ohnehin einschlägigen Norm des TKG war. Insoweit ergab sich die Bezugnahme des Entgeltes auf den Telekommunikationsdienst schon aus seiner Anknüpfung an die Dauer der telekommunikativen Verbindung. Nur für diese Beurteilung bedurfte es der vom Gericht eingenommenen Perspektive des Leistungsbeziehers.

⁸⁰ RegIP, MMR 1999, 557, 566, zustimmend Wissmann (Fn. 19), Kap. 13 Rdnr. 9 (S. 572). Einen weiteren Ansatz vertreten wohl Ditscheid/Rudloff, BKMR 2003, 406, 407, die eine „Einstufung als Telekommunikationsdienst ausreichen lassen, das die Leistungsangebot einen „Anteil an Dienstleistung“ enthält, auch wenn der „Abrechnungsschwerpunkt“ im Inhaltbereich liegt. Ob damit zugleich das Vorliegen (auch) eines Teledienstes vereinbar ist, ist den Ausführungen allerdings nicht sicher zu entnehmen. Gegen die Gegenansatz Lünenbürger in: Scheufle/Mayer (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 2002, § 3 Rdnr. 68.

⁸¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7385, 19.

⁸² Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7385, 19.

⁸³ Ohne Erwägung einer Abgrenzung nach dem Schwerpunkt und daher auf die Konsequenz eines absoluten Vorrangs des TKG verweisend Helmke/Müller/Neumann, JurPC/WBk-Dok. 93/1998, Abs. 24; Koenig/Loetz, CR 1999, 438.

angeboten werden, dem TKG unterfallen, im Dienstebündel ausschließlich dem TDG unterfielen – und umgekehrt. Selbst ganz ähnlich konfigurierte Leistungsangebote würden unterschiedlichen Regelungsregimen unterfallen.

Darüber hinaus würde eine – aufgrund von § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG notwendigerweise exklusive – Zuordnung des zusammengesetzten Dienstangebots als Ganzem an die Ausgestaltung eines Leistungsangebotes durch den Anbieter selbst anknüpfen. Dieser hätte es damit in der Hand, für einzelne Teilleistungen durch deren Zusammenfassung mit anderen Teilleistungen das anwendbare Regelungsregime selbst zu bestimmen. Die Konsequenzen hieraus werden besonders mit Blick auf das TKG deutlich.⁸⁴ Fasst ein Anbieter Teilleistungen, die bei separater Erbringung Telekommunikationsdienste wären, mit anderen Teilleistungen so zusammen, dass das gesamte Leistungsangebot als Teledienst und damit nicht mehr als Telekommunikationsdienst einzustufen wäre, unterfielen es nicht mehr den Vorschriften des TKG. (Als Beispiel könnte daran zu denken sein, dass ein Internetzugang nur in Kombination mit einer Vielzahl inhaltsnaher Leistungen angeboten wird, wie der Möglichkeit zur Nutzung eines umfangreichen Musik- und Videoarchivs im Internet.) Insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen hätte damit die Möglichkeit, sich für Telekommunikationsdienste, die faktisch ausschließlich zur Nutzung von Telediensten benötigt werden, der potentiell strengeren telekommunikationsrechtlichen Regulierung zu entziehen. Die Möglichkeit einer solchen „Flucht aus dem TKG“ liefe dem bewusst technologieneutral ausgerichteten Regelungsansatz des deutschen Telekommunikationsrechts und dem Regulierungsziel der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG diametral zuwider.⁸⁵

Die systematisch-teleologische Auslegung führt daher zu dem Ergebnis, dass es bei der regulatorischen Zuordnung zum Telekommunikations- oder Telediensterecht nicht auf das zusammengesetzte Dienstangebot ankommt.⁸⁶ Die tatsächliche Ausgestaltung des Gesamtangebotes ist für die regulatorische Zuordnung somit nicht ausschlaggebend. Insbesondere ist damit auch eine Schwerpunktthese, nach welcher die Einstufung eines Leistungsangebotes als Telekommunikations- oder Teledienst nach dem – wie auch immer zu ermittelnden – Schwerpunkt des betreffenden Leistungsangebotes zu bestimmen wäre, mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren.⁸⁷

3. Bestimmung der einzelnen Dienste anhand der technischen Separierbarkeit

Für die Identifizierung eines (Telekommunikations- oder Tele-)Dienstes im Sinne des Telekommunikations- und Telediensterechts ist demnach auf die einzelnen Teilleistungen abzustellen. Um die der gesetzlichen Systematik und Zwecksetzung widersprechende Abhängigkeit von der tatsächlichen Angebotsgestaltung durch den Anbieter⁸⁸ zu vermeiden,⁸⁹ kann hierbei nur auf ein objektives Abgrenzungskriterium abgestellt werden.

Die Möglichkeit, einem Dritten bestimmte Leistungen anzubieten, hängt faktisch davon ab, ob diese Leistungen isoliert von anderen Leistungen angeboten werden können. Das Kriterium der technischen Separierbarkeit stellt

mithin das unter systematisch-teleologischen Gesichtspunkten optimale Abgrenzungskriterium dar.⁹⁰ Dass ein solch enges Verständnis des Dienstbegriffs dem Gesetz zugrunde liegt, wird insbesondere auch in der durch § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG angeordneten Negativabgrenzung deutlich. Diese bringt TKG und TDG funktionsbezogen zur Anwendung,⁹¹ stellt dabei aber gerade auf einzelne Dienste (und nicht etwa Dienstbestandteile) ab.

Welche Bestandteile aus einem zusammengesetzten Dienstangebot zu einem (Telekommunikations- oder Tele-)Dienst gehören, bestimmt sich mithin nach dem Kriterium der technischen Separierbarkeit. Das Gesamtangebot unterfällt dann sowohl dem TKG – mit Blick auf die in ihm enthaltenen Telekommunikationsdienste – als auch dem TDG.⁹²

4. Konsequenzen für die Reichweite von Telekommunikations- und Telediensterecht

Damit ist nur der Begriff des Dienstes genauer bestimmt, aber noch keine Aussage über den Anwendungsbereich einzelner Normen des TKG oder des TDG getroffen. Dies gilt namentlich mit Blick auf Dienste, die dem jeweils anderen Regelungsregime unterfallen, im Einzelfall wegen ihrer engen Verbindung zu Diensten der anderen Kategorie jedoch – etwa als Annexdienstleistungen – auch in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen können, das bei isolierter Betrachtung nur diese Dienste der anderen Kategorie regelt.⁹³ Vor allem ist die Abgrenzung einzelner Dienste strikt von der Bestimmung einzelner Märkte zu trennen.⁹⁴ Während erstgenannte Abgrenzung grundlegende Bedeutung auch in Bereichen hat, bei denen es nicht primär um die wirtschaftliche Tätigkeit als solche geht,⁹⁵ kommt es bei der

84 Freilich gelten die weiteren Ausführungen auch in umgekehrter Perspektive, also für die Möglichkeit, die Anwendung der Vorschriften des TDG durch eine entsprechende Anreicherung eines Leistungsangebotes mit telekommunikativen Bestandteilen auszuschließen.

85 Geppert/Ruhle/Schuster (Fn. 13), Rdnr. 216 (S. 131 f.); Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 14; Moritz/Scheffelt, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: November 2002, Teil 4 Rdnr. 10; Schuster (Fn. 13), § 4 Rdnr. 4a.

86 Dieses Ergebnis gilt generell für eine Bestimmung des Umfangs eines Dienstes unter Bezugnahme auf die Gestaltung von Angeboten am Markt, vgl. zu einer solchen etwa Spoerr (Fn. 13), § 25 TKG Rdnr. 17.

87 Ditscheid/Rudloff, TKMR 2003, 406, 407; Geppert/Ruhle/Schuster (Fn. 13), Rdnr. 215 f. (S. 130 ff.); Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 17; Manssen (Fn. 38), C § 3 Rdnr. 38; Moritz/Scheffelt (Fn. 85), Teil 4 Rdnr. 10; Spoerr (Fn. 13), § 3 TKG Rdnr. 83 und § 25 TKG Rdnr. 28.

88 Dies umfasst auch solche Abhängigkeiten, die etwa über die Herausbildung bestimmter Märkte im wettbewerbsrechtlichen Sinne vermittelt werden.

89 Siehe hierzu soeben, 2. (S. 9).

90 Vgl. bereits Koenig, MMR-Beilage 12/1998, 1, 6 Fn. 34. Vgl. in der Sache des Weiteren – allerdings auf die „Bestandteile“ eines „kombinierten oder integrierten Dienstes“ abstellend – Schuster (Fn. 13), § 3 Rdnr. 21b und § 4 Rdnr. 4a.

91 Siehe auch den Nachweis in Fn. 81.

92 Siehe auch Geppert/Ruhle/Schuster (Fn. 13), Rdnr. 213 (S. 130); Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 15 ff.; Königshofen/Hansen-Oest, in: Schmidt/Königshofen/Zwach (Hrsg.), Telekommunikationsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Loseblattsammlung, Stand: Januar 2003, § 2 TDSV Rdnr. 10; Manssen (Fn. 38), C § 3 Rdnr. 38; Mayer (Fn. 34), S. 163; Moritz/Scheffelt (Fn. 85), Teil 4 Rdnr. 11; Schaar, DuD 2003, 421, 425.

93 Ein möglicher Anwendungsfall hierfür könnte auch eine Anwendung des § 9 Abs. 1 TDG auf Telekommunikationsdienste sein.

94 Siehe auch den Hinweis bei Schaar (Fn. 24), Rdnr. 261 (S. 88 f.).

95 Siehe hierzu etwa die Vorschriften des TKG über das Fernmeldegeheimnis, den Datenschutz und die Sicherung bzw. öffentliche Sicherheit.

Bestimmung der Märkte auf die Feststellung tatsächlicher Angebots- und Nachfragestrukturen an, was gerade auch Bündelangebote von technisch separierbaren Diensten einschließen kann.

5. Zwischenergebnis

Die Zusammenfassung mehrerer Dienste im Rahmen eines Leistungsangebotes hat nicht die Konsequenz, dass es sich bei dem entstandenen Dienstebündel um einen neuen, eigenständigen Dienst handelt, der in seiner Gesamtheit als Telekommunikations- oder Teledienst einzustufen wäre. Vielmehr entscheidet über das Vorliegen eines Dienstes das Kriterium der technischen Separierbarkeit. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem Schwerpunkt eines tatsächlichen Leistungsangebotes ist daher kein Raum. Die Schwerpunktthese ist mithin gesetzeswidrig.

Die regulatorische Verortung einzelner Dienste, die im Rahmen eines Leistungsangebotes zusammengefasst sind, hat demnach dienstespezifisch für jeden einzelnen technisch separierbaren Dienst zu erfolgen. Ein Leistungsangebot im Bereich der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnologie kann – und wird – sich daher regelmäßig aus einer Vielzahl von Telekommunikations- und Telediensten zusammensetzen.

IV. Einordnung des Dienstangebots eines Internet-by-Call-Anbieters

Auf Grundlage der bisherigen Ausführungen kann nunmehr das typische Dienstangebot eines Internet-by-Call-Anbieters, wie es im Rahmen des so genannten offenen Internet-by-Call-Verfahrens⁹⁶ angeboten wird, in das regulatorische Koordinatensystem von TKG und TDG eingeordnet werden.⁹⁷ Dabei kann grob zwischen zwei Kategorien von Diensten unterschieden werden, aus denen sich das Gesamtangebot eines Internet-by-Call-Anbieters zusammensetzt: den Internetzugangsdiensten (im weiteren Sinne) und den zusätzlichen Internetdiensten.

Da es vorliegend einzig um die Frage geht, ob für Internet-by-Call-Dienstleistungen der Anwendungsbereich des TKG eröffnet ist, ist entscheidender Prüfungsschritt die Untersuchung, ob es sich bei einem Dienst um einen Telekommunikationsdienst handelt.⁹⁸ Hierbei ist zur Auslegung von § 3 Nr. 16 TKG das ISO/OSI-Referenzmodell heranzuziehen. Die hierdurch erzielten Ergebnisse sind jedoch aufgrund einer alternativen Subsumtion unter Rückgriff auf die in der vorliegenden Untersuchung neu herausgearbeiteten Konkretisierungsmaßstäbe zu überprüfen. Dabei kann hier auf das Tatbestandsmerkmal, dem zufolge die Übertragung mittels technischer Einrichtungen und Systeme zu erfolgen hat, aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet werden, da alle vorliegend zu untersuchenden Dienste ausschließlich mittels technischer Einrichtungen und Systeme erbracht werden.

1. Internetzugangsdienste

Unter dem Begriff der Internetzugangsdienste (im weiteren Sinne) sollen hier diejenigen Funktionen zusammengefasst werden, die dem Nutzer die Teilnahme am Inter-

netdatenverkehr erlauben. Verbreitet wird beim Internet-by-Call zwischen drei „Abschnitten“ unterschieden:⁹⁹ der Verbindung des Endkunden über das Festnetz mit dem Einwahlknoten des Internet-by-Call-Anbieters (1. Abschnitt), der Umwandlung der Daten in das Internetprotokoll und dem Transport der umgewandelten Informationen über das Internet zu der gewünschten Internetadresse (2. Abschnitt) sowie dem Zugriff des Endkunden auf die letztlich gewünschte Dienstleistung (3. Abschnitt). Diese Unterteilung soll nachfolgend nicht unkritisch übernommen, sondern auf ihre Übereinstimmung mit den tatsächlichen Vorgängen überprüft werden.

a) Aufbau und Unterhalt einer Wahlverbindung zum Einwahlknoten (Point of Presence)

Beim Internet-by-Call wählt sich der Nutzer mit Hilfe eines Modems oder einer ISDN-Karte beim Einwahlknoten, dem so genannten Point of Presence, des Internet-by-Call-Anbieters ein. Aus technischer Sicht stellt sich dieser Vorgang im analogen Netz so dar, dass die Zuführung der mittels des Modems in das normale Sprachtelefonespektrum gewandelten Informationen vom Anschluss des Nutzers zum Einwahlknoten über eine normale Telefonnetzverbindung erfolgt. Mit Ausnahme der Wandelung in das Sprachtelefonespektrum stellt sich dieser Vorgang aber auch im ISDN-Netz funktional nicht anders dar. Dort erfolgt die Zuführung der Daten vom NT1-Netzabschluss beim Nutzer zum Einwahlknoten über eine normale (gegebenenfalls gebündelte) Nutzkanalverbindung.

Die Verbindung vom analogen oder digitalen Teilnehmeranschluss des Nutzers zum Einwahlknoten des Internet-by-Call-Anbieters wird in der vorliegend untersuchten Ausgestaltung durch die Inanspruchnahme einer Verbindungsleistung im Rahmen einer Zusammenschaltungsvereinbarung mit der DTAG und durch die Weiterführung zum Einwahlknoten im eigenen Netz durch den Internet-by-Call-Anbieter selbst realisiert.¹⁰⁰ Nur der Internet-by-Call-Anbieter erbringt dabei, aufbauend auf der von ihm in Anspruch genommenen (Zusammenschaltungs-)Vorleistung der DTAG, eine Leistung gegenüber dem Nutzer.¹⁰¹ Es handelt sich dabei um eine normale Wahlverbindung, wie sie auch beim Call-by-Call im Sprachteledienst erfolgt.¹⁰² Die beiden einzigen Unterschiede liegen darin, dass zum einen der Zielanschluss beim Internet-by-Call-Anbieter liegt und dass zum anderen sowohl an den Anschluss des Nutzers als auch an den Zielanschluss kein Telefongerät angeschlossen ist, sondern speziell zur Ermöglichung der Internetkommunikation geeignete Geräte. Diese Unterschiede betreffen aber die Verbindungsleistung nicht, die völlig identisch mit einer Verbindungsleistung im Sprachteledienst ist. In der eingangs dargestellten Aufteilung in drei Abschnitte entspricht dieser Dienst dem 1. Abschnitt.

⁹⁶ Bei diesem bedarf es – in Abgrenzung zum Verfahren des so genannten geschlossenen Internet-by-Call – keiner separaten Anmeldung.

⁹⁷ Prämisse ist dabei, dass der Nutzer seinen Anschluss bei der DTAG hat.
⁹⁸ Vgl. oben, I. 3. (S. 5).

⁹⁹ VG Köln, MMR 2003, 284, 287; RegTP, MMR 1999, 557, 565; MMR 2000, 298, 302.

¹⁰⁰ Siehe hierzu RegTP, MMR 2000, 298, 302 (auch zur alternativen technischen Realisierung mittels des AfOD als besonderem Netzzugang).

¹⁰¹ RegTP, MMR 2000, 298, 302.

¹⁰² Siehe auch RegTP, MMR 2000, 298, 301 („technische Realisierung erfolgt prinzipiell wie beim offenen Call-by-Call im Sprachteledienst“).

aa) *Telekommunikation auf Grundlage der Heranziehung des ISO/OSI-Modells?*

Da das ISO/OSI-Referenzmodell zur Beschreibung der Kommunikation in Datennetzen konzipiert wurde, finden sich in der informations- und (tele-)kommunikationstechnischen Literatur kaum eindeutige Zuordnungen von Dienstfunktionen, bei denen es sich in der Sache um typische Funktionen eines Telefonnetzes handelt. Der Aufbau und der Unterhalt einer Verbindung sind jedoch Funktionen der 4. Schicht des ISO/OSI-Referenzmodells,¹⁰³ so dass bei seiner Heranziehung Aufbau und Unterhalt einer Wählverbindung zum Einwahlknoten als Telekommunikation einzustufen sind.¹⁰⁴

bb) *Telekommunikation auf Grundlage der konkretisierten Legaldefinition?*

Auf Grundlage der konkretisierten Legaldefinition müsste der Aufbau und der Unterhalt einer Wählverbindung zum Einwahlknoten aus der Signalübertragung zwischen zwei physisch definierten Punkten bestehen. Die Endpunkte des Übertragungsvorgangs sind hier einerseits der Teilnehmeranschluss des Kunden und andererseits der Anschluss, über den der Einwahlknoten des Internet-by-Call-Anbieters mit dem (eigenen)¹⁰⁵ Festnetz verbunden ist. Da der Dienst gerade in der Übertragung von Signalen zwischen diesen beiden physisch definierten (End-)Punkten besteht, geht es somit auch unter Anlegung dieser konkretisierten Legaldefinition um Telekommunikation.

cc) *Zwischenergebnis*

Beim Aufbau und dem Unterhalt einer Wählverbindung zum Einwahlknoten handelt es sich um einen Telekommunikationsdienst,¹⁰⁶ den der Internet-by-Call-Anbieter gegenüber dem Nutzer erbringt. Dies verwundert auch nicht, da der Aufbau und der Unterhalt einer Wählverbindung aus technischer Sicht ja gerade einer Wählverbindung entspricht, wie sie auch beim Call-by-Call im Sprachtelefondienst erfolgt, und diese unproblematisch und allgemein als Telekommunikationsdienst eingeordnet wird.

b) *Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung (auf der Basis des PPP)*

Nach Aufbau der physischen Verbindung zwischen dem Anschluss des Nutzers und dem Einwahlknoten des Internet-by-Call-Providers wird zwischen dem Rechner des Nutzers und dem Router des Internet-by-Call-Providers eine Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung aufgebaut. Diese basiert auf dem so genannten Point-to-Point-Protocol (PPP), das dem Rechner des Nutzers nicht nur eine dynamische IP-Adresse zuteilt,¹⁰⁷ sondern auch ein Rahmenformat für die Übertragung der IP-Pakete (als Nutzdaten innerhalb des PPP-Rahmens) vom Rechner des Nutzers zum Router zur Verfügung stellt.¹⁰⁸ Die Zuteilung der IP-Adresse ist dabei Bestandteil der PPP-(Protokoll-)Familie, so dass sie technisch nicht von den übrigen PPP-Funktionen separierbar ist.¹⁰⁹ Mit der Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung leistet der Internet-by-Call-Anbieter den Datentransport auf der Internetteilstrecke vom Rechner des Nutzers zu dem von ihm betriebenen Router. Mit dem Aufbau und dem Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung auf der Basis des PPP wird

also zugleich die Ebene des Festnetzes verlassen und der Zugang zu einem weiteren (logischen oder virtuellen) Netz, dem Internet, eröffnet – der PPP-Server des Internet-by-Call-Anbieters ermöglicht damit den Netzübergang (Gateway). Man kann somit insoweit von einem Internetzugangsdienst im engeren Sinne sprechen. Soweit in der eingangs dargestellten Unterteilung in drei Abschnitte mit der Umwandlung der Daten in das Internetprotokoll im 2. Abschnitt die Umwandlung der IP-Pakete aus PPP-Nutzdaten in Protokollformat gemeint ist, gehört diese Funktion zur Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung.

aa) *Telekommunikation auf Grundlage der Heranziehung des ISO/OSI-Modells?*

Das PPP ist ein Protokoll der Sicherungsschicht, also der 2. Schicht des ISO/OSI-Referenzmodells.¹¹⁰ Ein Dienst, der im Angebot derjenigen Funktionen besteht, die auf der Basis des PPP erbracht werden, ist somit auf Grundlage der Heranziehung des ISO/OSI-Modells ein Telekommunikationsdienst.

bb) *Telekommunikation auf Grundlage der konkretisierten Legaldefinition?*

Endpunkte des Übertragungsvorgangs sind beim Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung auf Basis des PPP einerseits der Rechner des Kunden und andererseits der Router am Einwahlknoten des Internet-by-Call-Anbieters. Der Verbindungsaufbau und -unterhalt besteht in der Übertragung von (digitalen) Signalen zwischen diesen beiden physisch definierten Punkten, so dass auch auf Grundlage der konkretisierten Legaldefinition ein Telekommunikationsdienst vorliegt.

cc) *Zwischenergebnis*

Beim Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung auf der Basis des PPP handelt es sich um einen Telekommunikationsdienst.¹¹¹

c) *Weiterleitung und Zuführung von IP-Paketen (Routing)*

Die über die Punkt-zu-Punkt-Verbindung zugeführten IP-Pakete werden dann von dem Router des Internet-by-Call-Anbieters in Richtung der jeweils angegebenen Ziel-IP-Adresse weitergeleitet. Zugleich werden aus dem

103 Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 33; Klaußmann (Fn. 50), S. 732; Sieber in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: November 2002, Teil 1 Rdnr. 35; Tanenbaum, Computernetzwerke, 3. Aufl. 1998, S. 49.

104 Für das ISDN siehe auch den Hinweis bei Klaußmann (Fn. 50), S. 530, darauf, dass der NT1-Netzabschluss Funktionen der 1. Schicht des ISO/OSI-Referenzmodells zur Verfügung stellt.

105 Bei Realisierung des Internet-by-Call mittels AfOD handelt es sich hingegen um das Festnetz der DTAG.

106 RegTP, MMR 1999, 557, 558f. und 565. So auch VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

107 Tanenbaum (Fn. 103), S. 257.

108 Tanenbaum (Fn. 103), S. 258.

109 Vgl. auch Koenig, MMR-Beilage 12/1998, 1, 6. Zur zwingenden Verknüpfung der Zuteilung der IP-Adresse mit dem Angebot des Internetzugangs vgl. auch Wüstenberg, TKMR 2003, 105, 106f. Siehe auch Schmitz (Fn. 46), Teil 16.4 Rdnr. 32 (Vergabe der IP-Adresse als Telekommunikationsdienst), unter unzutreffender Ablehnung von Koenig/Neumann, K&R 1999, 145, 147f. Im Ergebnis a. A. Evaluierungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 14/1191, 7f.; Gola/Müthlein (Fn. 34), § 2 TDG Rdnr. 6. 1. 1 (S. 83); Kitz, GRUR 2003, 1014, 1018.

110 Tanenbaum (Fn. 103), S. 256.

111 RegTP, MMR 1999, 557, 565.

Internet eingehende IP-Pakete, die an die dynamische IP-Adresse adressiert sind, welche dem Nutzer temporär zugeteilt wurde, dem Rechner in Richtung des Nutzers weitergeleitet (Zuführung). Bei diesem Dienst handelt es sich um den zentralen Bestandteil des 2. Abschnitts in der eingangs dargestellten Unterteilung in drei Abschnitte.

Fraglich könnte hier jedoch sein, ob das Angebot dieser Funktionen technisch vom Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung getrennt werden kann. Das Routing von IP-Paketen kann ohne weiteres angeboten werden, ohne dass zugleich der Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung angeboten wird. Gleiches gilt jedoch aus der umgekehrten Perspektive: Auch der Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung kann angeboten werden, ohne dass zugleich das Routing von IP-Paketen angeboten wird. Dies erscheint zwar wenig sinnvoll und wird in der Praxis kaum anzutreffen sein, ist aber technisch ohne weiteres möglich, so dass von der hier einzig entscheidenden Separierbarkeit auf technischer Ebene ausgehend zwei getrennte Dienste vorliegen.

aa) Telekommunikation auf Grundlage der Heranziehung des ISO/OSI-Modells?

Das Routing auf Grundlage des Internetprotokolls ist eine Funktion der 3. Schicht des ISO/OSI-Referenzmodells,¹¹² so dass es sich unter Heranziehung des ISO/OSI-Modells um einen Telekommunikationsdienst handelt.

bb) Telekommunikation auf Grundlage der konkretisierten Legaldefinition?

Beim Internettransport werden die Endpunkte des Übertragungsvorgangs¹¹³ durch die Quell- und die Ziel-IP-Adresse bestimmt. Es handelt sich mithin um die Hostrechner, denen diese Adressen zugeteilt sind, also um zwei physisch definierte Punkte. Das Routing der IP-Pakete besteht jedenfalls in einem Teil der Übertragung von (digitalen) Signalen zwischen diesen Punkten, so dass auch auf Grundlage der konkretisierten Legaldefinition Telekommunikation vorliegt.

cc) Zwischenergebnis

Die Weiterleitung und Zuführung von IP-Paketen, also das Routing, stellt ebenfalls einen Telekommunikationsdienst dar.¹¹⁴ Selbst wenn man somit im Aufbau und Unterhalt einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung auf der Basis des PPP und dem Routing von IP-Paketen keine technisch separierbaren Dienste, sondern einen einzigen Dienst der Ermöglichung des Internetzugangs auf der Basis einer Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung sehen wollte, wäre dieser mithin ein Telekommunikationsdienst.

d) Zugriff auf weitere Dienstleistungen über das Internet als Internetzugangsdienst?

Bisweilen wird davon ausgegangen, dass es sich bei dem 3. Abschnitt der eingangs dargestellten Unterteilung des Internet-by-Call-Vorgangs in drei Abschnitte um Dienste (oder sogar nur Dienstbestandteile) handelt, die der Internet-by-Call-Anbieter gegenüber dem Nutzer erbringt.¹¹⁵ Dieser 3. Abschnitt betrifft den Zugriff des Endkunden auf die letztlich gewünschte Dienstleistung, womit der

Zugriff auf einen Telekommunikations- oder Teledienst gemeint ist, der über das Internet erbracht wird.¹¹⁶

Diesen Dienst erbringt der Internet-by-Call-Anbieter aber gerade nicht.¹¹⁷ Vielmehr wird dieser Dienst von dem Betreiber des Rechners¹¹⁸ angeboten, mit dem der Nutzer über das Internet kommuniziert hat.¹¹⁹ Die Transportleistung, die der Internet-by-Call-Anbieter erbringt, beschränkt sich auf die Vermittlung der IP-Pakete. Was über diese Pakete transportiert wird, zu welchem Zweck also der Internetzugang genutzt wird, ist nicht nur kein Bestandteil seiner Tätigkeit, sondern entzieht sich auch seiner Kenntnis.¹²⁰ Wie auch bei der Sprachtelefonie hat der Internet-by-Call-Anbieter keine (rechtmäßige) Möglichkeit, auf die Nutzung des Dienstes (hier: der Ermöglichung des Zugangs zum Internet und seiner Nutzung) einzuwirken.¹²¹ Die Nutzdaten der IP-Kommunikation werden erst jenseits der Endpunkte der IP-Kommunikation wiederhergestellt und ausgewertet. Da das Angebot des Internetzugangs nach den bisherigen Feststellungen – zumindest auch – als Telekommunikationsdienst einzuordnen ist, ist es dem Internetzugangsanbieter nach § 85 Abs. 3 S. 1 TKG sogar untersagt, sich (oder anderen) über das zur Erbringung des Internetzugangs erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Nutzung dieses Zugangs zu verschaffen.

Bei den Nutzdaten der IP-Kommunikation kann es sich um Daten handeln, die der Erbringung eines Telekom-

112 Helmke/Müller/Neumann, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 34; Sieber (Fn. 103), Teil 1 Rdnr. 25. Allgemein zum Routing als Aufgabe der 3. Schicht Klufmann (Fn. 50), S. 732.

113 Anders als beim Sprachtelefoniedienst bezieht beim Internettransport der Anbieter die Terminierungsleistungen nicht aufgrund eindeutiger vertraglicher Ansprüche als Vorleistungen von den Betreibern der Netzwerke, über die der IP-Verkehr zu seinem Ziel geleitet wird. Dies wäre aufgrund der vermaschten Struktur des Internets auch kaum darstellbar. Die Konsequenzen für die vertragliche Ausgestaltung dieses Dienstes können im Rahmen der vorliegenden Untersuchung allerdings nicht vertieft werden.

114 So auch VG Köln, MMR 2003, 284, 287; RegTP, MMR 1999, 557, 565 (mit Ausnahme der Fälle, in denen konkret keine Weiterleitung der IP-Pakete, sondern ein Zugriff auf den Rechner des Diensteanbieters selbst erfolgt); Schmitz (Fn. 46), Teil 16.4 Rdnr. 37. A. A. Evaluierungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 14/1191, 7f.; Gola/Mühllein (Fn. 34), § 2 TDG Rdnr. 6. 1. 1 (S. 83) (in beiden Fällen möglicherweise allerdings nur auf den eigentlichen Vorgang der Leitwegbestimmung bezogen – dieser ist jedoch von der Weiterleitung eines IP-Datenpakets technisch nicht zu trennen); Kitz, GRUR 2003, 1014, 1018 (jedenfalls mit Blick auf die „zum Verbindungsaufbau notwendigen Protokollfunktionen“, die freilich – weil „notwendig“ – vom Verbindungsaufbau technisch nicht separierbar sind).

115 Zumindest implizit VG Köln, MMR 2003, 284, 287; RegTP, MMR 1999, 557, 565f.; MMR 2000, 298, 302, wenn dort jeweils von einer Unterteilung der „Leistung“ Internet-by-Call in drei „Leistungsabschnitte“ ausgegangen wird.

116 VG Köln, MMR 2003, 284, 287; RegTP, MMR 2000, 298, 302.

117 Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drs. 15/2220, 203, Fz. 140.

118 Diese Formulierung ist bewusst – aus Gründen der Darstellung – verkürzt. Denkbar ist ohne weiteres, dass auch dieser Betreiber nicht der Diensteanbieter ist, sondern der Dienst von einem weiteren Dritten angeboten und erbracht wird.

119 Dabei kann natürlich auch eine Personenidentität zwischen dem Anbieter dieses Dienstes und dem Internet-by-Call-Anbieter bestehen; dies wird jedoch nicht der Regelfall sein. Zu solchen Internetdiensten, die der Internet-by-Call-Anbieter selbst erbringt, siehe sogleich unter 2. (S. 13).

120 OLG Hamburg, MMR 2000, 92, 94.

121 OLG Hamburg, MMR 2000, 92, 94.

munikationsdienstes dienen, es kann sich aber auch um Daten handeln, die der Erbringung eines Teledienstes dienen. Diesen Dienst kennt der Internet-by-Call-Anbieter nicht – und erbringt ihn erst recht nicht gegenüber seinem Nutzer. Er ist in Bezug auf über das Internet erbrachte Dienste vielmehr in derselben indifferenten Lage wie ein Sprachtelefoniedienstleister gegenüber telefonisch erbrachten Diensten. Der Zugriff des Nutzers auf weitere Dienstleistungen über das Internet wird durch den Internet-by-Call-Anbieter lediglich faktisch ermöglicht, wie auch der Betreiber des Stromnetzes, an das der Rechner des Nutzers angeschlossen ist, oder der Hersteller der vom Nutzer verwendeten Internetsoftware faktisch diesen Zugriff ermöglichen. Es handelt sich nicht um einen eigenständigen Dienst, den der *Internet-by-Call-Anbieter* gegenüber dem Nutzer erbringt.¹²²

e) Zwischenergebnis

Bei sämtlichen Internetzugangsdiensten handelt es sich um Telekommunikationsdienste.¹²³ Sie unterfallen nicht dem TDG, sondern jedenfalls aufgrund § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG ausschließlich dem TKG.¹²⁴

2. Zusätzliche Internetdienste

Neben diesen Internetzugangsdiensten bietet ein Internet-by-Call-Anbieter aber auch weitergehende Internetdienste an. Einige davon stehen regelmäßig nur den Nutzern der Internetzugangsdienste zur Verfügung, andere können hingegen auch kostenlos von beliebigen Dritten in Anspruch genommen werden. Zugleich ist der Nutzer nicht gehindert, Internetdienste Dritter in Anspruch zu nehmen. Vielmehr ist es für die Nutzung des Internets gerade typisch, dass hierüber Dienste beliebiger Dritter in Anspruch genommen werden. Dabei hängt es zumindest tendenziell von der Art des erbrachten Dienstes ab, ob der Nutzer diesen von anderen Anbietern als dem Internet-by-Call-Anbieter in Anspruch nimmt.¹²⁵ Zu den Internetdiensten, die der Internet-by-Call-Anbieter typischerweise dem Nutzer anbietet, gehören vor allem die Domainnamenübersetzung (mittels des DNS),¹²⁶ der Empfang und Versand elektronischer Post (auf der Basis von POP3/IMAP und SMTP)¹²⁷ und WWW-Abrufangebote (auf der Basis des HTTP). Diese Dienste kann der Nutzer nach der Herstellung des Internetzugangs beim Internet-by-Call-Anbieter in Anspruch nehmen, er muss es jedoch keineswegs. Insbesondere bei der Nutzung von WWW-Angeboten wird der Nutzer vielmehr ganz überwiegend Internetdienste in Anspruch nehmen, die von dritten Anbietern und nicht von dem Internet-by-Call-Anbieter erbracht werden.

Internetdienste sind im ISO/OSI-Modell auf der Anwendungsschicht abgebildet,¹²⁸ so dass es sich unter Heranziehung dieses Referenzmodells ohne weiteres jedenfalls nicht um Telekommunikationsdienste handelt. Auf Grundlage des ISO/OSI-Modells wäre daher die im vorliegenden Kontext allein interessierende Frage, ob beziehungsweise für welche Dienste der sachliche Anwendungsbereich des TKG eröffnet ist, für alle Internetdienste zu verneinen. Sollte die alternative Heranziehung der konkretisierten Legaldefinition zu dem Ergebnis führen, dass auf dieser Grundlage im Gegensatz hierzu ein Telekommunikationsdienst vorliegt, bedürfte es daher inso-

weit einer Entscheidung zwischen der Heranziehung des ISO/OSI-Referenzmodells und der Anwendung der konkretisierten Legaldefinition.

Während das letztgenannte Konkretisierungsmodell hier in wesentlichen Teilen neu entwickelt wurde,¹²⁹ ist die Heranziehung des ISO/OSI-Modells zur Identifikation eines Dienstes als Telekommunikationsdienst in der rechtswissenschaftlichen Literatur weit verbreitet.¹³⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es aber zweifelhaft, ob der (zumindest derzeitige) *rechtsanwendungspraktische* Nutzwert einer etwaigen Entscheidung zugunsten des letzteren Modells im vorliegenden Rahmen eine ausführliche Anwendung dieses Kriteriums auf die genannten Internetdienste rechtfertigen kann. Es soll daher im Folgenden nicht nur auf eine Entscheidung zwischen beiden Konkretisierungsmodellen, sondern vor allem auch auf die Überprüfung der einzelnen Internetdienste am Maßstab der konkretisierten Legaldefinition verzichtet werden. Stattdessen kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung offen gelassen werden, ob es sich bei einzelnen oder allen Internetdiensten um Telekommunikationsdienste handelt, wie es beispielsweise für die Übermittlung elektronischer Post verbreitet angenommen wird.¹³¹

3. Zwischenergebnis

Das typische Dienstangebot eines Internet-by-Call-Anbieters lässt sich grob in zwei Kategorien von Diensten einteilen: Internetzugangsdienste (im weiteren Sinne) und zusätzlich hierzu angebotene Internetdienste.

Zu den Internetzugangsdiensten im weiteren Sinne zählen der Aufbau und der Unterhalt einer Wahlverbindung zum Einwahlknoten, der Aufbau und der Unterhalt einer

¹²² *Wüstenberg*, TKMR 2003, 105, 106. Zur Unbeachtlichkeit des „dritten Leistungsabschnittes“ im Verhältnis zwischen dem Internet-by-Call-Anbieter und dem Nutzer siehe auch unten, C. I.3. a) (S. 16f.).

¹²³ *Geppert/Ruhle/Schuster* (Fn. 13), Rdnr. 213 (S. 130); Monopolkommission (Fn. 117), Tz. 140. Ähnlich auch RegTP, MMR 1999, 557, 565. Pauschal für die Tätigkeit des Internetzugangsanbieters ebenso OVG Münster, MMR 2003, 348, 351; OLG Hamburg, MMR 2000, 611, 613; *Geppert/Ruhle/Schuster* (Fn. 13), Rdnr. 208 (S. 127); *Gola/Müthlein* (Fn. 34), § 2 TDG Rdnr. 6. 1. 6 (S. 85f.); *Hansen-Oest* (Fn. 32), § 85 TKG Rdnr. 20; *König/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 16; *Mänssen* (Fn. 38), C § 3 Rdnr. 37; *Mayer* (Fn. 34), S. 162; *Schaar*, DuD 2003, 421, 425; *Schmitz* (Fn. 46), Teil 16.4 Rdnr. 32; *Schmitz*, MMR 2000, 615, 616; *Schrey/Schmitz* (Fn. 30), Kap. 16 Rdnr. 4 (S. 798); *Schuster* (Fn. 13), § 3 Rdnr. 21a und § 4 Rdnr. 4; *Spindler/Volkmann*, K&R 2002, 398, 399; *Spindler/Volkmann*, MMR 2003, 353; *Städler*, MMR 2002, 343, 344; *Wüstenberg*, TKMR 2003, 105, 106. A. A.: VG Düsseldorf, MMR 2003, 205, 206; VG Köln, MMR 2003, 284, 286f.; *Gercke*, DuD 2002, 477, 481; *Schaar* (Fn. 24), Rdnr. 262 (S. 89).

¹²⁴ Die Nichtanwendbarkeit des TDG auf Internetzugangsdienste sagt freilich noch nichts über die (gleichzeitige) Anwendbarkeit des TDG auf die Anbieter dieser Dienste aus, vgl. oben, I. 1. und 2. (S. 3 ff.).

¹²⁵ So wird der Datenbankdienst auf Basis des DNS regelmäßig nur beim Internetzugangsanbieter in Anspruch genommen, wohingegen Abrufangebote auf der Basis von HTTP regelmäßig nur zu einem ganz minimalen Anteil beim Internetzugangsanbieter, sondern vielmehr bei dritten Anbietern in Anspruch genommen werden.

¹²⁶ Hierzu *Koenig/Neumann*, CR 2003, 182, 183, m. w. N.

¹²⁷ Hierzu *Kluffmann* (Fn. 50), S. 314, 776 und 473 f.

¹²⁸ *Tanenbaum* (Fn. 103), S. 55 (für DNS, SMTP und HTTP), S. 698 (für POP3/IMAP).

¹²⁹ Vgl. hierzu oben, II. 3. (S. 6 ff.), sowie den Nachweis in Fn. 74.

¹³⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 46.

¹³¹ Siehe etwa Erwägungsgrund 10, S. 3 der Rahmenrichtlinie; OLG Hamburg, MMR 2000, 611, 613; RegTP, ABIRegTP 2001, 45; *Bär*, MMR 2003, 680; *Hansen-Oest* (Fn. 32), § 85 TKG Rdnr. 11; *Königshofen*, DuD 2001, 85, 86; *Königshofen/Hansen-Oest* (Fn. 92), § 2 TDSV Rdnr. 9; *Möller*, DuD 2000, 344, 345; *Schaar*, DuD 2003, 421, 425; *Schuster* (Fn. 13), § 4 Rdnr. 4c.

Punkt-zu-Punkt-Internetverbindung auf der Basis des Point-to-Point Protocol und die Weiterleitung und Zuführung von IP-Paketen (Routing). Hierbei handelt es sich jeweils um Telekommunikationsdienste gemäß § 3 Nr. 5 TKG beziehungsweise – da sie regelmäßig gewerblich angeboten werden – um Telekommunikationsdienstleistungen (für die Öffentlichkeit) gemäß § 3 Nr. 18 respektive Nr. 19 TKG. Der Nutzer nimmt im Rahmen der Internet-by-Call-Nutzung diese Dienste zwangsläufig in Anspruch.

Die zusätzlich hierzu durch den Internet-by-Call-Anbieter angebotenen Internetdienste kann der Nutzer in An-

spruch nehmen; er muss es jedoch nicht schon deshalb, weil er das Internet-by-Call-Angebot selbst in Anspruch nimmt. Die Frage, ob es sich bei diesen Diensten um Telekommunikations- oder um Teledienste handelt, kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung offen bleiben.

Weitere Dienstleistungen, auf die der Nutzer über den ihm eröffneten Internetzugang zugreift, sind schließlich grundsätzlich keine Telekommunikations- oder Teledienste des Internet-by-Call-Anbieters. Vielmehr nimmt der Nutzer hierbei grundsätzlich die (Internet-)Dienste anderer Anbieter in Anspruch.

C. Zugang von Internet-by-Call-Anbietern zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen unter geltendem Recht

Durch die Beschlusskammerentscheidungen vom 21. 4. 2000 und vom 14. 3. 2000¹³² wurde die DTAG unter anderem verpflichtet, ab dem 1. 1. 2001 ein Mindestangebot an Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen aufrechtzuerhalten. Die entsprechende Verpflichtung, eine nach Produkten aufgeschlüsselte Gesamtrechnung zu erstellen, Zahlungen der Kunden für die Wettbewerber entgegenzunehmen und an diese weiterzuleiten, erstreckte sich auf Sprachtelefondienstleistungen, Auskunfts- und Mehrwertdienste sowie Internet-by-Call-Dienstleistungen.

Das Urteil des VG Köln vom 14. 11. 2002 bestätigte die Entscheidungen der RegTP hinsichtlich der Verpflichtungen zur Fakturierung und zum Forderungsersteinzug für Sprachtelefondienste. Für diese Dienste wurde vollumfänglich anerkannt, dass es sich bei den von der RegTP angeordneten Fakturierungs- und Inkassoleistungen um wesentliche Leistungen im Sinne des § 33 TKG handelt.¹³³ Das Gericht erkannte außerdem ausdrücklich an, dass der Begriff der Leistungen im Sinne des § 33 TKG weiter zu fassen ist als der Begriff der Telekommunikationsdienstleistungen¹³⁴ und dass diese Leistungen nicht auf solche beschränkt sind, die zur bloßen technischen Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen benötigt werden.¹³⁵

Soweit die RegTP Verpflichtungen zur Fakturierung und zum Forderungsersteinzug für zeittaktabhängige Mehrwert- und Internet-by-Call-Dienste sowie für zeittaktunabhängige Shared-Cost-Dienste angeordnet hatte, wurden die angegriffenen Bescheide allerdings als rechtswidrig betrachtet und aufgehoben. Das Gericht stützte sein Urteil in diesem Punkt darauf, dass es sich bei den geforderten Maßnahmen von ihrer Zweckbestimmung her nicht um Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG handele.¹³⁶ Nicht der technische Vorgang der Nachrichtenübermittlung, sondern der Inhalt des Übermittelten stünden bei Mehrwertdiensten und Internet-by-Call im Vordergrund.¹³⁷ Es handelt sich aus Sicht des VG Köln bei Internet-by-Call-Dienstleistungen mithin nicht um reine Telekommunikationsdienstleistungen, woraus für das Gericht folgte, dass für dieses Endkundenprodukt ein Anspruch auf Zugang zu wesentlichen Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG ausscheiden muss. Im Folgenden wird zunächst diese Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG einer umfassenden rechtlichen Würdigung

unterzogen (unter I.¹³⁸), bevor anschließend auf eine alternative Möglichkeit eingegangen wird, den Zugang von Internet-by-Call-Anbietern zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens nach geltendem Telekommunikationsrecht sicherzustellen (unter II.¹³⁹).

I. Fakturierungs- und Inkassoleistungen als wesentliche Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG

Ob es sich bei einzelnen Leistungen der Fakturierung und des Inkassos für Internet-by-Call-Dienstleistungen um wesentliche Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG handelt, ergibt sich aus einer Prüfung anhand der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Norm.

1. Marktabgrenzung

§ 33 Abs. 1 TKG knüpft die Anspruchsberechtigung und die Verpflichtung zur Zugangsgewährung an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit. In Bezug genommen wird damit der Endkundenmarkt für Telekommunikationsdienstleistungen, nicht der Vorleistungsmarkt. Eine am Normzweck der Wettbewerbsöffnung orientierte Auslegung würde es zwar nahe legen, auch oder sogar ausschließlich¹⁴⁰ die Marktbeherrschung auf einem Vorleistungsmarkt zugrunde zu legen.¹⁴¹ Dies dürfte allerdings nicht mit dem insofern klaren Wortlaut der Norm zu verembar sein und würde auch dem Regelungsmechanismus des § 33 Abs. 1 TKG nicht gerecht.¹⁴² Praktisch dürfte sich eine solche Rechtsfortbildung auch deshalb als überflüssig erweisen, weil

¹³² RegTP, MMR 2000, 299.

¹³³ VG Köln, MMR 2003, 284, 288.

¹³⁴ VG Köln, MMR 2003, 284, 286.

¹³⁵ VG Köln, MMR 2003, 284, 288.

¹³⁶ VG Köln, MMR 2003, 284, 286.

¹³⁷ VG Köln, MMR 2003, 284, 286.

¹³⁸ S. 14 ff.

¹³⁹ S. 22.

¹⁴⁰ Dagegen nunmehr ausdrücklich BVerwG, Urt. v. 3. 12. 2003 – 6 C 20.02, S. 12, abrufbar unter www.bverwg.de/media/archive/1772.pdf (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004).

¹⁴¹ BVerwG, K&R 2001, 530, 534.

¹⁴² Vgl. dazu im Einzelnen Holzengel/Koenig (Fn. 12), S. 18 ff.

innerhalb einer am Normzweck orientierten und damit wettbewerbsfördernden Auslegung insbesondere auch eine marktbeherrschende Stellung auf verbundenen und vorgelagerten Märkten zu berücksichtigen ist.

Im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG kommt es somit allein auf diejenigen Märkte an, auf denen die Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Unternehmen konkurrieren.¹⁴³ Entscheidend ist, dass die Nachfrager auf diesen Märkten mit Dienstleistungen des Marktbeherrschers in Wettbewerb treten (wollen).¹⁴⁴ Die im offenen Call-by-Call erbrachten Internet-by-Call-Dienstleistungen und Sprachtelefondienstleistungen konkurrieren mit gleichartigen Produkten der DTAG und verbundener Unternehmen. Hier kann es natürlich nicht darauf ankommen, dass eine weitestgehende Produktidentität erforderlich wäre. Mittels des (offenen) Call-by-Call substituieren die Wettbewerber der DTAG gerade das Fehlen einer flächendeckenden eigenen Netzinfrastruktur. Gleiches gilt insbesondere auch für die Erbringung von Mehrwertdiensten, bei denen die Wettbewerber ebenfalls auf Zuführungsdienstleistungen durch die DTAG angewiesen sind. Die in der Fakturierungs- und Inkassoentscheidung der RegTP vorgenommenen Abgrenzungen der relevanten Märkte¹⁴⁵ für Sprachtelefon- und Auskunftsdienstleistungen, die im offenen Call-by-Call erbracht werden, sowie für Mehrwertdienste und für Internet-by-Call-Dienstleistungen sind daher zutreffend.

2. Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG

Der Begriff der „Leistung“ i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG ist weiter auszulegen als jener der Telekommunikationsdienstleistung nach § 3 Nr. 18 TKG.¹⁴⁶ Die Fakturierung und das Inkasso von Telekommunikationsdienstleistungen können demnach unter den Begriff der Leistung nach § 33 Abs. 1 TKG gefasst werden. Die DTAG greift intern auf diese Leistungen zurück, um ihre Telekommunikationsdienstleistungen zu vermarkten, und bietet sie gleichzeitig am Markt für Wettbewerber an. Die interne Nutzung erfolgt teilweise für einzelne Komponenten der Fakturierung und des Inkassos, da beispielsweise ein Einzelverbindungsnaehweis den gesetzlichen Vorgaben entsprechend nur auf Kundenwunsch erstellt werden darf (§ 14 S. 1 TKV, § 8 Abs. 1 S. 1 TDSV). Für Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen ergibt sich die Abgrenzbarkeit und Isolierbarkeit, die diese zu „entbündelt“ nachfragbaren Vorleistungen macht, zunächst und unmittelbar aus der früheren Vereinbarung über die Fakturierung und das Inkasso zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern. Darüber hinaus ist offensichtlich, dass die Dienstleistungen im Rahmen des Inkassos zwar auf einer vorhergehenden Fakturierung aufbauen, aber nicht notwendigerweise zusammen erbracht werden müssen. Auch in dieser Hinsicht handelt es sich also bei der Fakturierung und den einzelnen Inkassoschritten um getrennt nachfragbare, weil isolierbare, Vorleistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG.

3. Internet-by-Call als keine reine Telekommunikationsdienstleistung?

Das VG Köln betrachtete Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen als wesentliche Leistungen im Sinne

des § 33 Abs. 1 TKG, soweit diese für die Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen von Wettbewerbern nachgefragt werden.¹⁴⁷ Bei der Nachfrage für die Erbringung von Internet-by-Call-Dienstleistungen ging das Gericht demgegenüber davon aus, dass die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 TKG nicht erfüllt seien, da es sich hierbei nicht um Telekommunikationsdienstleistungen handele. Die Bewertung des Urteils des VG Köln hängt mithin entscheidend davon ab, ob die zugrunde liegende Annahme, dass das Endkundenprodukt Internet-by-Call keine reine Telekommunikationsdienstleistung (für die Öffentlichkeit) im Sinne des § 3 Nr. 19 TKG darstellt, zutreffend ist und die daraus gezogene Rechtsfolge der Nichtanwendbarkeit des § 33 Abs. 1 TKG trägt.

Wie bereits dargelegt wurde,¹⁴⁸ sind die vom VG Köln identifizierten ersten beiden Stufen der Leistungserbringung beim Internet-by-Call eindeutig als reine Telekommunikationsdienstleistungen einzustufen. Auch das VG Köln nahm eine Einstufung dieser Leistungsbestandteile als Telekommunikationsdienstleistungen vor, betrachtete also den Verbindungsaufbau vom Endgerät des Kunden zum Einwahlknoten des Internet-by-Call-Anbieters (erste Stufe) sowie die darauf aufsetzende Herstellung der IP-Konnektivität (zweite Stufe) als reine Telekommunikationsdienstleistungen.¹⁴⁹ Für entscheidend hielt das Verwaltungsgericht allerdings eine dritte Stufe der Leistungserbringung, als welche es, im Anschluss an die RegTP-Entscheidung, den Zugriff auf einzelne Internetangebote mittels der durch die ersten beiden Stufen bereitgestellten Internetverbindung identifizierte. Auf dieser Stufe finde sowohl aus Kunden- als auch aus Anbietersicht die für das Internet-by-Call entscheidende Dienstleistung statt, die nicht mehr als technischer Vorgang der Nachrichtenübermittlung i. S. d. § 3 Nr. 16 TKG betrachtet werden könne.¹⁵⁰ Noch bemerkenswerter als diese Bewertung erscheint der Hinweis des Gerichts auf die Relevanz der Produktbepreisung für die Einordnung als Telekommunikationsdienstleistung: Die Endkundenpreise der Internet-by-Call-Anbieter stellten sich gemessen an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht als alleiniges Entgelt für eine Telekommunikationsdienstleistung dar, sondern spiegelten vielmehr den ökonomischen Wert des Übertragungsinhalts wider.¹⁵¹

Diese für den Ausschluss von Fakturierungsdienstleistungen für Internet-by-Call-Dienste tragenden Urteilsgründe sind daraufhin zu untersuchen, ob sie in technischer und rechtlicher Hinsicht zutreffend sind.

143 Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 35; Kühling (Fn. 46), S. 220; Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 2001, § 33 Rdnr. 24. Ähnlich auch BVerwG, Urt. v. 3. 12. 2003 (Fn. 140), S. 11 („Überwiegendes“ spreche hierfür).

144 Holznagel/Koenig (Fn. 12), S. 10 f.

145 RegTP, MMR 2000, 299, 300 ff.

146 BVerwG, K&R 2001, 530, 533; Urt. v. 3. 12. 2003 (Fn. 140), S. 14; OVG Münster, CR 2000, 369, 371; Holzhäuser, MMR 2000, 466, 467 f.; Tschentscher/Neumann, BB 1997, 2437, 2443 f.

147 VG Köln, MMR 2003, 284, 288 f.

148 Siehe oben, B: IV 1. e) (S. 13).

149 VG Köln, MMR 2003, 284, 287. Hieraus ergibt sich auch, dass das Verwaltungsgericht im Rahmen des § 33 Abs. 1 TKG auf den Endkundenmarkt als relevanten Markt abstellt, andernfalls wäre die von der DTAG erbrachte Zuführungsleistung zum Einwahlknoten des Internetzugangsanbieters Gegenstand der Beurteilung gewesen. Diese kann aber nur als Telekommunikationsdienstleistung bewertet werden.

150 VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

151 VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

a) *Rechtliche Maßstäbe für die Einordnung als Telekommunikationsdienstleistung*

Das entscheidende Tatbestandsmerkmal des § 33 Abs. 1 TKG in diesem Zusammenhang ist das der „Telekommunikationsdienstleistungen“¹⁵², welches in § 3 Nr. 18 TKG legaldefiniert wird als „das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte“. An der Gewerblichkeit des Angebots von Telekommunikation bestehen vorliegend keine Zweifel. Entscheidend ist demnach, ob es sich bei den in Frage stehenden Internetzugangsdienstleistungen um ein „Angebot von Telekommunikation“ handelt.

Die Definition der Telekommunikation¹⁵³ stellt auf den technischen Vorgang der Kommunikation ab, muss also anhand der Art der Leistungserbringung bestimmt werden. Sie ist inhalts- und diensteneutral,¹⁵⁴ so dass es auf die konkrete Art der technischen Realisierung des Kommunikationsvorgangs genauso wenig ankommen kann wie auf den jeweiligen Kommunikationsinhalt.

Maßgeblich für die Feststellung, ob es sich bei Internet-by-Call-Dienstleistungen um Telekommunikationsdienstleistungen handelt, ist mithin alleine die objektive Beschaffenheit des jeweiligen Produkts, das auf dem im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG relevanten Markt angeboten wird. Der Hinweis des VG Köln auf die Sichtweise von Kunden und Anbietern und etwaige damit verbundene Zweckbestimmungen oder Nutzungsmöglichkeiten sind demnach nur insofern relevant, als dass sich daraus Hinweise auf die objektive Beschaffenheit des Internet-by-Call-Dienstes entnehmen lassen beziehungsweise sie eine bereits gewonnene Erkenntnis auf diesem Gebiet absichern.

aa) *Technische Leistungserbringung*

Im Hinblick auf die technische Realisierung des Internet-by-Call berücksichtigt das VG Köln die Besonderheiten der IP-Kommunikation nicht in hinreichender Weise. So geht es zwar zutreffend davon aus, dass die zweite Stufe der Leistungserbringung, die Herstellung der IP-Konnektivität, als Telekommunikationsdienstleistung zu klassifizieren ist, verabsäumt es aber, daraus die Konsequenzen für die darauf basierende Internetnutzung durch den Teilnehmer zu ziehen. Durch die Herstellung der IP-Konnektivität wird auf dem (physischen) Telefonnetz mittels des Internetprotokolls ein logisches Netzwerk zur Datenkommunikation abgebildet, das den Austausch von beliebigen Nachrichten mit beliebigen Endgeräten dieses Netzes gestattet.¹⁵⁵ Die Steuerung des Kommunikationsvorgangs wird bei der IP-Kommunikation vollständig durch die eingesetzten Endgeräte vorgenommen, d. h. die vom Internetzugangsanbieter bereitgestellte Leistung beschränkt sich auf die bloße Weiterleitung von Datenpaketen.

Der von der RegTP und vom Gericht als dritte Stufe der Leistungserbringung bezeichnete Lebenssachverhalt muss schlicht als Nutzung dieser Kommunikationsmöglichkeit betrachtet werden. Genauso wie bei der Sprachtelefonie entzieht sich dieser Vorgang jeder (rechtmäßigen) Einwirkungsmöglichkeit des Netzbetreibers oder des Telekommunikationsdiensteanbieters. Der Einsatz einer solchen Datenkommunikationsverbindung zur

Nutzung von Internetdiensten ist das Korrelat zum Gesprächsinhalt einer herkömmlichen Sprachtelefonieverbindung. Für diese würde niemand ernsthaft annehmen wollen, dass die subjektiven Absichten oder Erwartungshaltungen der Gesprächsteilnehmer Einfluss auf die Eigenschaften des zugrunde liegenden Telekommunikationsprodukts „Sprachtelefondienst“ hätten, obwohl unterstellt werden kann, dass es den telefonierenden Personen entscheidend auf diesen Gesprächsinhalt ankommt und nicht etwa auf den technischen Vorgang des Austauschs von Nachrichten. Plastisch formuliert birgt der Hinweis auf den „aus Kunden- und Verbindungsnetzbetreibersicht bedeutsameren dritten Leistungsabschnitt“ bei einem Vergleich mit Sprachtelefondiensten also die Aussage, dass es dem Kunden auf das Führen eines Gesprächs ankomme und dass der Verbindungsnetzbetreiber davon ausgehe, dass sein Produkt zum Führen von Telefongesprächen eingesetzt werden wird. Damit sind Selbstverständlichkeiten bezeichnet, die offen legen, dass der von der RegTP und dem VG Köln in den Bereich der Internet-by-Call-Dienstleistung einbezogene dritte Leistungsabschnitt des Zugriffs auf einzelne Internetdienste nicht mehr Teil des Telekommunikationsprodukts „Internetzugang“ ist,¹⁵⁶ sondern vielmehr die konkret-individuelle Verwendung des Produkts durch den Endnutzer widerspiegelt, die nichts zur Klärung der Frage beizutragen vermag, ob es sich bei Internet-by-Call-Dienstleistungen um Telekommunikationsdienstleistungen im für § 33 Abs. 1 TKG relevanten Sinne handelt. Das Ergebnis des VG Köln gerade für Internet-by-Call-Dienstleistungen ist umso erstaunlicher, wenn man berücksichtigt, dass das Gericht in demselben Urteil im Hinblick auf Mehrwertdienste von einer „funktional und ökonomisch von reiner Telekommunikation zu unterscheidenden Inhaltsleistung“ spricht,¹⁵⁷ eine Trennung von Übertragung und Inhalt also seinem Urteil selbst zugrunde legen will, diese so dann aber nicht vollzieht.

Nicht die individuelle Zweckbestimmung des einzelnen Telekommunikationsvorgangs kann hier also das entscheidende Kriterium sein. Vielmehr können nur diejenigen Elemente entscheidend sein, die vom Anbieter, der die Hoheit über die Produktgestaltung besitzt, bei der Leistungserbringung überhaupt beeinflussbar sind. Dazu gehören die Kommunikationsinhalte nicht.

Das Gericht scheint darüber hinaus bei der Einbeziehung etwaiger Erwartungshaltungen der Internetnutzer in die Bestimmung des Internet-by-Call als Telekommunikationsdienstleistung Erwägungen miteinfließen zu lassen, die für die kartellrechtliche Beurteilung von Marktverhältnissen typisch sind, nämlich das Verhältnis der Nachfragersseite zu dem in Frage stehenden Produkt.¹⁵⁸ Für die Frage, ob eine Telekommunikationsdienstleistung vor-

152 Die Legaldefinition der „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ in § 3 Nr. 19 TKG verweist im hier entscheidenden Teil auf die der „Telekommunikationsdienstleistung“ in § 3 Nr. 18 TKG. Dass das Merkmal „für die Öffentlichkeit“ vorliegend erfüllt ist, ist unzweifelhaft.

153 Siehe dazu bereits oben, B. II. (S. 5).

154 *Spoerr* (Fn. 13), § 3 TKG Rdnr. 78 i. V. m. Rdnr. 6.

155 Siehe bereits oben, B. IV. 1. d) (S. 12 f.).

156 Siehe hierzu bereits oben, B. IV. 1. d) (S. 12 f.).

157 VG Köln, MMR 2003, 284, 288.

158 Zur Relevanz des vom Nachfrager vorausgesetzten Verwendungszwecks im Rahmen der Marktabgrenzung vgl. *Wendland* (Fn. 19), Vor § 33 Rdnr. 34 ff.

liegt, kann diese Sichtweise aber allenfalls Indizien für die weitere Bestimmung anhand objektiver Kriterien liefern. Relevant sind die Sichtweisen von Anbieter- und Nachfragerseite alleinig bei der Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale des „Markts“ im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG, bei dem es insbesondere auf Substitutionsmöglichkeiten und damit auch auf den Verwendungszweck eines Produkts ankommen kann.

Aber selbst wenn man den von Anbietern und Nachfragern vorausgesetzten Verwendungszwecken eine tatsächliche Relevanz im Hinblick auf die Erfüllung des Tatbestands des § 33 Abs. 1 TKG beimessen würde, so ließe sich mit gleichem Recht, jedoch mit entgegengesetztem Ergebnis die Behauptung aufstellen, dass sowohl für die Kunden als auch die Internet-by-Call-Anbieter der Austausch von Nachrichten mittels computerisierter Endgeräte im Vordergrund der Leistungserbringung steht.

Das Angebot des Internetzugangs stellt eine reine Telekommunikationsdienstleistung dar,¹⁵⁹ die als gewerbliches Angebot für die Öffentlichkeit ohne weiteres dem § 33 Abs. 1 TKG unterfällt. Diese ist hinsichtlich der Funktionalität herkömmlicher Telefonnetzwerke vergleichbar mit der Bereitstellung von Übertragungskapazität und der Möglichkeit zur Adressierung beliebiger Endgeräte, die an das Netz angeschlossen sind.

bb) Produktgestaltung

Vor diesem technischen Hintergrund der Leistungserbringung verwundert es kaum, dass Internet-by-Call-Anbieter mit ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig nur die Herstellung einer IP-Verbindung mit entsprechendem Routing zusichern, nicht aber die Erreichbarkeit oder gar die Funktionsfähigkeit einzelner Dienste, die durch Dritte angeboten werden.¹⁶⁰

Dass Internet-by-Call-Anbieter neben dem Internetzugang im Call-by-Call-Verfahren weitere (Tele-)Kommunikationsdienste anbieten, steht dieser Betrachtungsweise nicht entgegen. Vielmehr wird dadurch zunächst deutlich, dass es sich um separierte Leistungen handelt, die gegebenenfalls Gegenstand gesonderter Verträge sein können und die – soweit diese überhaupt entgeltspflichtig sind – getrennt vom Internet-by-Call-Betrieb und nicht über die Telefonrechnung des Nutzers abgerechnet werden. Ein eindeutiger Beleg gegen die Zugehörigkeit der eigenen Internetdienste eines Internet-by-Call-Anbieters (z.B. E-Mail-Dienste oder WWW-Angebote) zur Internetzugangsleistung liegt jedenfalls dann vor, wenn sie frei und vom gewählten Internetzugangsanbieter unabhängig zugänglich sind.

An dieser vollständigen rechtlichen und technischen Unterscheidung von Internetzugangsdiensten und zusätzlichen Internetdiensten vermag auch der Verweis des VG Köln auf die Bepreisung der Internet-by-Call-Dienste nichts zu ändern. Aus Sicht des Gerichts sind die Verbindungsentgelte nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert. Dieser Maßstab sei aber zumindest aus „gesetzssystematischen Gründen“ auch hier heranzuziehen, um zu beurteilen, ob ein bestimmtes Verbindungsentgelt alleinig für die Bereitstellung des technischen Verbindungsvorgangs oder auch für die genutzten darüber hinausgehenden Leistungen erhoben

wird.¹⁶¹ Hierzu ist zunächst auf sachlicher Ebene klarzustellen, dass nicht beliebige Anbieter von Internet- oder Inholdediensten an den Erträgen des Internet-by-Call, die vom Internet-by-Call-Anbieter erwirtschaftet werden, beteiligt werden. Der aufgrund der im Urteil gewählten Beschreibung eventuell entstehende Eindruck, dass der Internet-by-Call-Anbieter hier als „Verkäufer“ von Internet- oder Inholdediensten Dritter auftritt, ist nicht zutreffend und abwegig. Das VG Köln unterliegt daher einem Irrtum, wenn es von einem „Preisanteil für die jeweilige Inhaltsleistung“ ausgeht,¹⁶² der für den Gesamtpreis bestimmend sein soll.

Die Heranziehung des der Entgeltregulierung entliehenen Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist im Übrigen nicht nachvollziehbar. Entgegen der Auffassung des VG Köln sind die Maßstäbe des § 24 TKG gerade auf marktbeherrschende Unternehmen zugeschnitten und haben nicht die Zweckbestimmung, den Bereich der Telekommunikation von angrenzenden Sach- und Rechtsgebieten abzugrenzen. Ziel der Entgeltregulierung ist die Verhinderung von Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, für das vermutet werden kann, dass es im Bereich der Preisgestaltung nicht durch die Kräfte des Wettbewerbs kontrolliert wird. Unmittelbar entgeltreguliert werden demnach nur marktbeherrschende Unternehmen.¹⁶³ Die Vorschriften der Entgeltregulierung sind dementsprechend auf bestimmte Marktlagen zugeschnitten und tragen nicht dazu bei, den Anwendungsbereich des TKG im Allgemeinen oder Besonderen abzugrenzen.

Unternehmen, die nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, unterliegen nach den Vorschriften des TKG jedenfalls im Endkundenbereich keiner Preiskontrolle.¹⁶⁴ Insbesondere bestehen für solche Unternehmen keine rechtlichen Beschränkungen für die Zurechnung von Gemeinkostenanteilen und auch kein Verbot von Quersubventionierungen anderer Unternehmenssparten oder Dienste. Einem Internetzugangsanbieter, der über keine marktbeherrschende Stellung verfügt, stünde es al-

¹⁵⁹ Ausführlich hierzu bereits oben, B. IV. 1. (S. 10 ff.).

¹⁶⁰ Als typisch kann eine Formulierung gelten, wie sie sich beispielsweise unter Punkt 1.1 der Leistungsbeschreibungen der Arcor AG & Co. KG für den Internetzugang findet: „Arcor übermittelt IP-Pakete zwischen den angeschlossenen Rechnern und stellt Übergänge zu weiteren Netzen zur Verfügung. Ein Anspruch des Kunden auf die Einrichtung oder den Weiterbetrieb bestimmter Übergänge besteht nicht. Die ununterbrochene Verfügbarkeit wird nicht gewährleistet.“ abrufbar unter www.arcor.de/hilfe/neu/index.php?sid=&aktion=anzeigen&rubrik=010002004&jd=101 (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004). Noch schlechter die Formulierung in der Leistungsbeschreibung der T-Online AG: „Zugang (PPP) zum Internet, ab Software-Version 2.0, mit bis zu 64 kbit/s vom Internet zum Nutzer bzw. bis zu 64 kbit/s vom Nutzer zum Internet, innerhalb von Deutschland“, abrufbar unter <http://software.t-online.de/pub/service/pdf/lbbycall.pdf> (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004).

¹⁶¹ VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

¹⁶² VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

¹⁶³ Vgl. dazu insbesondere die Regelung des § 24 Abs. 2 TKG sowie *Spoerr* (Fn. 13), § 25 Rdnr. 8.

¹⁶⁴ Für angeordnete Zusammenschaltungen wird insoweit von der wohl herrschenden Meinung eine Ausnahme gemacht, da in § 39 TKG eine Rechtsfolgenverweisung gesehen wird, a. A. *Koenig*, MMR-Beilage 1/2002, 11, 17 f.; *Koenig/Neumann*, RTKom 2000, 27, 30, jeweils m. w. N. zum Streitstand. Die auf Grundlage der wohl herrschenden Meinung zwingende Anwendung des Entgeltmaßstabs der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung musste mittlerweile allerdings von der RegTP zugunsten eines im Einklang mit der anderen Ansicht stehenden Ergebnisses aufgegeben werden, vgl. hierzu *Dommermuth*, N&R 2004, 43, 44.

so durchaus frei, die Kosten anderweitiger Dienstleistungen nicht rein telekommunikativer Prägung, wie z. B. Internet- oder Inhaltsdienstleistungen, durch sein Zugangsgeschäft quersubventionieren, was etwa durch Eingang entsprechender Kosten in seine Internetzugangsentgelte geschehen könnte. Alleine durch eine solche kalkulatorische Kostenzuordnung werden die entsprechenden Dienstleistungen nämlich nicht in ein vertragliches Gegenleistungsverhältnis zum Entgelt des Kunden für die Zugangsdienstleistung gestellt. Vielmehr handelt es sich um eine bloße unternehmensinterne Verbuchung, die gegenüber dem Kunden verdeckt bleibt und sich nicht auf die Beschaffenheit der erbrachten Leistung, sondern allenfalls auf deren Preis auswirkt.

Gerade eine solche bloß unternehmensinterne Einpreisung der Kosten anderer Dienstleistungen in das Zugangsentgelt würde belegen, dass die entsprechenden Leistungen nicht Bestandteil des Produkts der Internetzugangsherstellung wären. Denn dies wäre ja gerade der Beleg dafür, dass dem Kunden diese Dienste im Rahmen der Herstellung des Internetzugangs nicht geschuldet werden; andernfalls läge ja bereits eine Gegenleistung des Kunden vor.

Ein Internet-by-Call-Anbieter ist also bezüglich der eigenen Internet- und Inhaltsangebote jedem anderen Anbieter im Internet gleichzustellen, dessen Informations- und Kommunikationsangebote – wie dargestellt – keinen Einfluss auf die Frage haben, ob es sich bei der Internetzugangsvermittlung um eine Telekommunikationsdienstleistung im telekommunikationsrechtlichen Sinne handelt.

cc) Verhältnis zu Mehrwertdiensten

Die Abschichtung des Angebots zusätzlicher Internetdienste, die auch Gegenstand unterschiedlicher vertraglicher Regelungen sein können, lenkt das Augenmerk auf das Verhältnis zwischen Internet-by-Call-Dienstleistungen und Mehrwertdiensten. Im Urteil des VG Köln wurden Internet-by-Call-Dienstleistungen und Mehrwertdienste über weite Strecken gemeinsam behandelt. Wie soeben aufgezeigt wurde, fehlt es beim Internet-by-Call gerade an einer weiteren, über die Telekommunikationsdienstleistung hinausgehenden Leistungskomponente. Mehrwertdienste zeichnen sich aber gerade dadurch aus, dass zur Telekommunikationsdienstleistung eine weitere Dienstleistung hinzutritt, die Gegenstand einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung ist, deren Entgelt aber über die Bepreisung der zugrunde liegenden Telekommunikationsdienstleistung mitabgegolten wird. Bereits aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen, die auch vom VG Köln erkannt wurden,¹⁶⁵ ist eine gemeinsame Betrachtung von Mehrwertdiensten und Internet-by-Call-Angeboten hinsichtlich der Einordnung als Telekommunikationsdienstleistung zumindest irreführend. Gerade das Fehlen einer solchen zweiten Leistungsbeziehung, wie sie bei Mehrwertdiensten zwischen dem Kunden und dem Inhabeanbieter besteht, unterscheidet das Produkt Internet-by-Call eindeutig von Mehrwertdiensten.

Aus der soeben dargestellten Auslegung des Merkmals der Telekommunikationsdienstleistung in Bezug auf Internet-by-Call-Dienstleistungen folgt allerdings, dass

das Urteil des VG Köln auch im Bezug auf Mehrwertdienste nicht zutreffend ist. Die beim Mehrwertdienst erbrachte Inhaltsleistung ist nämlich ebenso wie die Nutzung des Internetzugangs beim Internet-by-Call als reiner Kommunikationsinhalt zu betrachten, auf den der Anbieter der Telekommunikationsdienstleistung keinen Einfluss nehmen kann. Somit wären auch Mehrwertdienste im Sinne der hier vertretenen Auffassung von der technischen Seite her als Telekommunikationsdienste einzustufen.

Diese Einordnung könnte allenfalls durch die im Vergleich zur bloßen Sprachtelefonie höheren Entgelte in Frage gestellt werden. Entscheidend ist aber auch hier, dass die Entgelte für die Nutzung der Telekommunikationsdienstleistungen anfallen und der für diese spezifischen Zeittaktung unterfallen. Der Anbieter der zugrunde liegenden Sprachtelefoniedienstleistung, der in diesen Fällen gerade nicht Schuldner der Inhaltsleistung ist, ist aufgrund der Tarifierung der erbrachten Telekommunikationsdienstleistung berechtigt, ein höheres Entgelt einzufordern, das in der Tat durch den Wert der erbrachten Inhaltsleistung mitbestimmt wird. Letzteres ändert aber nichts an der entscheidenden Tatsache, dass der Anbieter der Telekommunikationsdienstleistung dieses Entgelt aus eigenem Recht als Erbringer einer Telekommunikationsdienstleistung einfordern kann, selbst wenn der Entgeltanteil für die Inhaltsleistung im Innenverhältnis an den Anbieter des Teledienstes abgeführt wird.¹⁶⁶ Der insoweit zutreffenden Auffassung des BGH zufolge wird demnach nicht die Inhaltsleistung als solche Bestandteil der ihr zugrunde liegenden Telekommunikationsdienstleistung. Gerade die rechtliche Separierung dieser beiden Leistungen wird vom VG Köln auch ausdrücklich anerkannt.¹⁶⁷ Das Gericht zieht daraus, allerdings andere, unzutreffende Schlussfolgerungen.

Demnach sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass auch das Angebot zeittaktabhängiger Mehrwertdienste auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG erfolgt.

b) § 33 Abs. 1 TKG nur auf reine Telekommunikationsdienstleistungen anwendbar?

Einer weitergehenden Analyse bedarf darüber hinaus die Frage, ob das Vorverständnis des VG Köln, dass § 33 Abs. 1 TKG nur dann Anwendung finden kann, wenn der Zugang zu wesentlichen Leistungen für ein Angebot reiner Telekommunikationsdienstleistungen begehrt wird,¹⁶⁸ zutreffend ist. Diese Frage wäre insbesondere dann relevant, wenn man sich der soeben entwickelten Ansicht,

¹⁶⁵ VG Köln, MMR 2003, 284, 288.

¹⁶⁶ BGH, K&R 2002, 142, 144.

¹⁶⁷ VG Köln, MMR 2003, 284, 288. Nicht ersichtlich ist im Übrigen, warum eine Übertragung der Erkenntnisse des BGH auf den vorliegenden Fall aus Sicht des VG Köln daran scheitern soll, dass die dort zu beurteilenden Mehrwertdienste über ein Mobilfunknetz in Anspruch genommen wurden. Das VG Köln verabsäumt es darzulegen, warum die grundsätzlich zutreffende Aussage einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von Mobilfunk- und Festnetztelefonie hier zu einem anderen Ergebnis führen soll.

¹⁶⁸ VG Köln, MMR 2003, 284, 286: „Die von der Kl. geforderten Fakturierungs- und Inkassoleistungen (Ziff. 2) sowie die Übermittlung von Daten ihrer Teilnehmernetzkunden (Ziff. 3) dienen insoweit, als sie sich auf Entgelte für zeittaktabhängige Mehrwertdienste/Internet-by-call beziehen, aber nicht – jedenfalls nicht in vollem Umfang – der Erbringung von TK-Dienstleistungen ...“.

dass es sich bei den Internetzugangsleistungen, die einzig das vertragliche Leistungsverhältnis zu den Kunden bestimmen, um reine Telekommunikationsdienstleistungen handelt, nicht anschließen wollte.

aa) Bestimmung des sachlich relevanten Marktes als Wortlaut und Normzweck entsprechender Anknüpfungspunkt

Wie bereits gezeigt werden konnte, findet eine Schwerpunkttheorie, auch bei der Zuordnung von Dienstbündeln, keinen Anhaltspunkt im Gesetz.¹⁶⁹ Telekommunikationsdienstleistungen lassen sich sowohl untereinander als auch gegenüber anders gearteten, aber ähnlichen Dienstleistungen, beispielsweise Tele- oder Mediendiensten, auf technischer Grundlage gegeneinander abgrenzen.¹⁷⁰ Insofern erscheint die Auffassung des VG Köln nachvollziehbar zu sein, dass der Zugang zu wesentlichen Leistungen nach § 33 Abs. 1 TKG auf solche beschränkt ist, die für die Erbringung von reinen Telekommunikationsdienstleistungen bestimmt sind. Das Gericht glaubt, dies bereits aus der Formulierung „Nutzung dieser Leistung für die Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen“ des Absatzes 1 folgern zu können.¹⁷¹ Diese Interpretation verkennt, dass sich dieser Passus sprachlich eindeutig auf die „Bedingungen“ bezieht, die sich aus § 33 Abs. 1 TKG verpflichtete Unternehmen selbst bei der Nutzung der entsprechenden Leistung einräumt. Gerade nicht gemeint ist die Verwendung der Leistungen durch den Nachfrager. Problematisch wäre vor diesem Hintergrund also allenfalls die Anordnung des Zugangs zu Leistungen, die vom verpflichteten Unternehmen nicht selbst zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen genutzt werden.

Als wenig tragfähig erweist sich darüber hinaus der Verweis des VG Köln auf eine normzweckorientierte Auslegung im Hinblick auf den Gesetzeszweck der Förderung des Wettbewerbs im Bereich der „Telekommunikation“ (§ 1 TKG).¹⁷² In § 1 TKG ist nämlich im direkten Kontext allgemeiner von „Dienstleistungen“ die Rede, während dem Begriff der Telekommunikation durch das vorangestellte „im Bereich der“ die definitorische Trennschärfe genommen wird.

Die in der Tat angezeigte normzweckorientierte Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG weist in diesem Fall gerade in die entgegengesetzte Richtung. Würde man nämlich den Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 TKG auf das Angebot reiner Telekommunikationsdienstleistungen reduzieren, so hätte es auch ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst in der Hand, sich durch die Produktgestaltung der sektorspezifischen Regulierung zu entziehen. Die schlichte Bündelung und gemeinsame Tarifierung von Telekommunikationsdienstleistungen und anderen Dienstleistungen wäre hinreichend, um die Anwendbarkeit des § 33 TKG auszuschließen.¹⁷³

Im Rahmen des § 33 Abs. 1 TKG ist dem Wortlaut entsprechend vielmehr darauf abzustellen, dass sich die Norm auf einen „Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ bezieht, der im Rückgriff auf die kartellrechtlichen Grundsätze der Marktabgrenzung im Sinne des GWB abzugrenzen ist.¹⁷⁴ Diesen Grundsätzen zufolge ist für die Marktabgrenzung vor-

nehmlich die funktionale Austauschbarkeit der Produkte aus Nachfragersicht entscheidend (Bedarfsmarktkonzept).¹⁷⁵ Das Bedarfsmarktkonzept setzt gerade nicht voraus, dass es sich um identische Leistungen handelt,¹⁷⁶ so dass Bündelprodukte, die auch Anteile aufweisen, welche nicht als reine Telekommunikationsdienstleistungen einzuordnen sind, auf einem solchen Markt im Wettbewerb stehen können. Hierin ist schließlich auch kein Bruch mit der in § 3 Nr. 5, 18 und 19 TKG und § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG vorgesehenen strikten Unterscheidung von Telekommunikationsdiensten und Telediensten zu erblicken. Denn mit der dabei erforderlichen Abgrenzung ist ausdrücklich noch keine Entscheidung über die Reichweite einzelner Normen des TKG verbunden.¹⁷⁷

bb) Systematisch-teleologische Steuerungswirkung des gemeinschaftsrechtlich induzierten Erfordernisses weitreichender Möglichkeiten der Betreiber Auswahl und -vorauswahl

Auch die Auseinandersetzung des Gerichts mit den Vorgaben des alten EG-Richtlinienrechts, unter dessen Geltung der § 33 TKG geschaffen wurde, bleibt oberflächlich. So weist das VG Köln den im Prozess vorgetragenen Hinweis auf die Telekommunikationsdienste-Definition des Art. 2 Nr. 3 der ONP-Rahmenrichtlinie 90/387/EWG¹⁷⁸ schon aufgrund formeller Erwägungen, nämlich der mangelnden begrifflichen Übereinstimmung mit der Definition des TKG zurück.¹⁷⁹ Gerade hier wäre ein weiterer Erkenntnisgewinn für das Gericht möglich gewesen. Es bedarf dabei keiner weiteren Erläuterung, dass eine richtlinienkonforme Auslegung von Vorschriften nicht von der Verwendung identischer Begriffe im nationalen Recht abhängig ist.

Schließlich basiert die richtlinienrechtliche Verpflichtung zur Ermöglichung von Call-by-Call auf der ONP-Zusammenschaltungs-Richtlinie 97/33/EG.¹⁸⁰ Der einschlägige Art. 12 Abs. 7 der ONP-Zusammenschaltungs-Richtlinie 97/33/EG macht ausweislich des Wortlauts deutlich, dass verpflichtete Betreiber „die Mög-

169 Siehe oben, B-III. 2. (S. 9 f.).

170 Siehe hierzu ausführlich die Ausführungen oben, B. I. (S. 3 ff.) und III. 3. (S. 9).

171 VG Köln, MMR 2003, 284, 286.

172 VG Köln, MMR 2003, 284, 286.

173 Ähnlich für die Anwendbarkeit des § 3 TKG, der ebenfalls auf einen Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit abstellt, OLG Hamburg, CR 2000, 363, 365. Siehe auch die Nachweise in Fn. 85. Zur telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung von Bündelprodukten nach bisherigem und künftigen Recht *Vogelsang*, N&R 2004, 18, 23 ff.

174 Der Verweis des § 33 Abs. 1 TKG auf § 19 GWB bezieht sich nicht nur auf die Kriterien zur Bestimmung der Marktbeherrschung, sondern führt überdies zur entsprechenden Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Regeln zur Marktabgrenzung, wie sie zum GWB entwickelt wurden; BVerwG, K&R 2001, 530, 534 f.; *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 5.

175 BVerwG, Urt. v. 3. 12. 2003 (Fn. 140), S. 11; *True* (Fn. 143), § 33 TKG Rdnr. 16 ff.; *Wendland* (Fn. 19), Vor § 33 Rdnr. 23. Zum Kriterium der funktionalen Austauschbarkeit allgemein auch *Hinrichs*, FS Celsen, 2001, S. 79, 84.

176 *Wendland* (Fn. 19), Vor § 33 Rdnr. 32.

177 Siehe oben, B. eingangs (S. 3) und unter III. 4. (S. 9 f.).

178 Richtlinie 90/387/EWG v. 28. 6. 1990, ABIEG 1990 Nr. L 192, 1.

179 VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

180 Richtlinie 97/33/EG v. 30. 6. 1997, ABIEG 1997 Nr. L 199, 32, i. d. F. der Änderungsrichtlinie 98/61/EG v. 24. 9. 1998, ABIEG 1998 Nr. L 268, 37.

lichkeit des Zugangs zu vermittelten Diensten jedes zusammenschalteten Anbieters öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste“ schaffen müssen. Telekommunikationsdienste sind gemäß Art. 2 lit. d der ONP-Zusammenschaltungs-Richtlinie 97/33/EG solche „Dienste, die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem Telekommunikationsnetz bestehen“. Dass solche *vermittelten Dienste* auch Datenübertragungen über das öffentliche Telekommunikationsnetz erfassen, die selbst paketvermittelt sind, ergibt sich zwanglos aus der Definition des festen öffentlichen Telefonnetzes in Anhang I, Abschnitt 1 der ONP-Zusammenschaltungs-Richtlinie 97/33/EG.

Die Regelung des § 43 Abs. 6 TKG, aus der sich die Verpflichtung zur Betreiberwahl und Betreiberwahl für das deutsche Telekommunikationsrecht ergibt, ist im Hinblick auf diese Richtlinienvorgaben auszulegen. Zum Zeitpunkt der regulierungsbehördlichen Entscheidung sah diese Norm vor, dass „... jeder Nutzer die Möglichkeit hat, den Verbindungsnetzbetreiber frei auszuwählen ...“. Die derzeit geltende Fassung des § 43 Abs. 6 TKG übernimmt die Richtlinienfassung im entscheidenden Punkt wörtlich und spricht von der Möglichkeit, „vermittelte Telekommunikationsdienstleistungen“ von zusammenschalteten Betreibern auszuwählen. Vor dem Hintergrund der Definition der ONP-Zusammenschaltungs-Richtlinie 97/33/EG wird deutlich, dass sich diese TKG-Regelungen zur Ermöglichung von Call-by-Call schon aus EG-rechtlichen Erwägungen auch dann auf Internet-by-Call erstrecken müssten, wenn man dieses nicht als reine Telekommunikation im Sinne des TKG betrachten wollte, sondern lediglich als Telekommunikationsdienst im Sinne der Richtlinie.

Selbst wenn man hieraus nicht zwingend die Anwendbarkeit des § 33 Abs. 1 TKG auf Fakturierungsleistungen für Internet-by-Call-Dienstleistungen folgern möchte, ist damit ein gewichtiges systematisch-teleologisches Argument gegen die Beschränkung von § 33 TKG auf reine Telekommunikationsmärkte im Sinne des Urteils des VG Köln gewonnen. Aus systematischen Gründen wäre nämlich nicht zu erklären, warum § 33 Abs. 1 TKG als „Besondere Missbrauchsaufsicht“ gerade nicht jenen Wettbewerb schützen sollte, den andere Vorschriften der sektorspezifischen Regulierung, wie beispielsweise § 43 Abs. 6 TKG, ermöglichen und fördern sollen.

cc) Zwischenergebnis

Die vom VG Köln vertretene Auffassung, dass § 33 Abs. 1 TKG nur dann Anwendung finden kann, wenn mittels der begehrten wesentlichen Leistung eine *reine* Telekommunikationsdienstleistung erbracht werden soll, ist mithin abzulehnen. Im Ergebnis könnte die Frage nach dem geeigneten begrifflichen Instrumentarium zur weiteren Eingrenzung der von § 33 TKG erfassten Märkte an dieser Stelle offen bleiben, da die Einstufung der einzig das vertragliche Leistungsverhältnis des Internet-by-Call-Anbieters zu den Kunden bestimmenden Internetzugangsdienste als reine Telekommunikationsdienstleistung bereits den Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 TKG eröffnet.

Letztlich weist die aufgezeigte Unterscheidung zwischen der abstrakt vorzunehmenden Abgrenzung von Telekommunikation und der im konkreten Normkontext zu leistenden Auslegung von Tatbestandsmerkmalen aber auch hier schon den Weg: Wie aufgezeigt, stellt die Wettbewerberstellung auf einem „Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ das für den Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 TKG entscheidende Tatbestandsmerkmal dar. Wenn nach dem zur Auslegung heranzuziehenden Bedarfsmarktkonzept hier keine strenge Produktidentität zu fordern ist, sondern vielmehr die nach kartellrechtlicher Methodik zu bestimmende Zugehörigkeit zu einem Produktmarkt hinreichend ist, dann führt dies unvermeidlich zur Annahme einer Schwerpunkttheorie für den Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 TKG, nach der es hinreichend ist, wenn das Produkt, für welches der Zugang zu Leistungen begehrt wird, soweit durch die typischen Merkmale von Telekommunikationsdienstleistungen geprägt ist, dass es dem entsprechenden Markt zuzuordnen ist.

c) Zwischenergebnis

Das Angebot des Internetzugangs durch einen Internet-by-Call-Anbieter stellt eine reine Telekommunikationsdienstleistung dar, die als gewerbliches Angebot für die Öffentlichkeit ohne weiteres dem § 33 Abs. 1 TKG unterfällt.

Beim Angebot weiterer, über die Herstellung des Internetzugangs hinausgehender eigener Informations- und Kommunikationsangebote sind Internet-by-Call-Anbieter jedem anderen Drittanbieter im Internet gleichzustellen, dessen Informations- und Kommunikationsangebote ebenfalls keinen Einfluss auf die Frage haben, ob es sich bei der Herstellung des Internetzugangs um eine Telekommunikationsdienstleistung im telekommunikationsrechtlichen Sinn handelt.

Die überwiegenden Gründe sprechen außerdem dafür, dass auch das Angebot zeittaktabhängiger Mehrwertdienste auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG erfolgt.

Unabhängig davon ist die vom VG Köln vertretene Auffassung unzutreffend, dass § 33 Abs. 1 TKG nur dann Anwendung finden kann, wenn mittels der begehrten wesentlichen Leistung eine *reine* Telekommunikationsdienstleistung erbracht werden soll. Vielmehr ist hier aufgrund der von der Norm verlangten Betrachtung der tatsächlichen Marktverhältnisse von einer Schwerpunkttheorie auszugehen, nach der es hinreichend ist, wenn das Produkt, für welches der Zugang zu Leistungen begehrt wird, soweit durch die typischen Merkmale von Telekommunikationsdienstleistungen geprägt ist, dass es dem entsprechenden Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit zuzuordnen ist.

4. Wesentlichkeit der Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG

Die Wesentlichkeit einer Leistung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG ist im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des „Markt(es) für Telekommunikationsdienst-

Leistungen für die Öffentlichkeit“ unter vornehmlicher Berücksichtigung der Marktöffnungsfunktion des TKG zu bestimmen.¹⁸¹ Wenn das Gesetz für den Marktbeherrscher vermutet, dass dieser einen überlegenen Zugang zu Vorleistungen hat, dann muss es (potentiellen) Konkurrenten des Marktbeherrschers einen Zugang hierzu verschaffen, um Wettbewerb auf diesem Markt zu ermöglichen. Die Wesentlichkeit einer Leistung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG ist dabei anhand rein objektiver Kriterien, nämlich des sachlich relevanten Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit zu bestimmen, auf dem der Nachfrager in Konkurrenz zum Marktbeherrscher tritt. Ihre Substituierbarkeit oder Duplizierbarkeit führt hingegen als solche nicht schon dazu, dass die nachgefragte Leistung die Qualität einer wesentlichen Leistung im Sinne von § 33 Abs. 1 S. 1 TKG verliert.¹⁸² Ist die nachgefragte Leistung eine telekommunikationsspezifische Leistung für das vom Nachfrager angebotene Produkt, das auf diesem Markt mit Angeboten des Marktbeherrschers konkurrieren soll, so ist diese Leistung wesentlich.¹⁸³ Wesentlich sind also sämtliche intern genutzten und am Markt angebotenen Leistungen des Marktbeherrschers, ohne welche die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, für welche die Leistungen von dem Wettbewerber nachgefragt werden, von diesem objektiv nicht erbracht werden können.¹⁸⁴

Wird ein Vorprodukt für jene Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit nachgefragt, für die das Unternehmen im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG marktbeherrschend ist, so ist dieser Anspruch daher ohne weiteres begründet.¹⁸⁵ Die Eigennutzung durch den Marktbeherrscher belegt, dass es sich um eine Leistung handelt, die für das relevante Produkt spezifisch ist.¹⁸⁶ Für die technische Erbringung der einschlägigen Dienstleistungen ist der Rückgriff auf Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen jedoch nicht erforderlich. Es handelt sich mithin nicht um Vorprodukte, die auf einer niedrigeren Wertschöpfungsstufe anzusiedeln wären und im Endprodukt (der Telekommunikationsdienstleistung) aufgingen.¹⁸⁷

Der Begriff der „Leistung“ im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG beschränkt sich allerdings nicht auf Vorprodukte, sondern erfasst alle diejenigen Produktionsfaktoren, auf die das marktbeherrschende Unternehmen zurückgreifen kann.¹⁸⁸ Wird eine Leistung nachgefragt, die nicht als Vorprodukt in der Telekommunikationsdienstleistung aufgeht, muss jedoch der Nachweis, dass diese Leistung für die Erstellung des konkurrierenden Produkts des Wettbewerbers eine spezifische Voraussetzung ist, gesondert geführt werden.¹⁸⁹

a) Fakturierung

Die Notwendigkeit, auf Fakturierungsdienstleistungen des Teilnehmernetzbetreibers für Entgeltforderungen des Internet-by-Call-Anbieters zurückzugreifen, ergibt sich aus der Nutzung eines unternehmensfremden Teilnehmernetzes. Dies stellt eine spezifische Eigenschaft dieser Märkte für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit dar.¹⁹⁰ Die nachgefragten Fakturierungsdienstleistungen sind mithin spezifisch und demnach wesentliche Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG.¹⁹¹

b) Forderungsersteinzug

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 TKV hat der Teilnehmernetzbetreiber dem Kunden grundsätzlich eine Rechnung zu erstellen, „die auch die Entgelte für Verbindungen ausweist, die durch Auswahl anderer Anbieter von Netzdienstleistungen über den Netzzugang des Kunden entstehen“, also auch für Internet-by-Call-Verbindungen.¹⁹² Nach § 15 Abs. 1 S. 3 TKV hat die Zahlung an den Teilnehmernetzbetreiber befreiende Wirkung auch gegenüber den anderen auf der Rechnung aufgeführten Anbietern. Aufgrund ihrer Verbraucherschutzrechtlichen Ausrichtung sind diese Vorschriften zwar nicht geeignet, eine Verpflichtung des Teilnehmernetzbetreibers gegenüber seinen Wettbewerbern zur Durchführung der Fakturierung und des Inkassos zu begründen. Es sind jedoch ihre tatsächlichen Auswirkungen auf die Marktgängigkeit von solchen Angeboten zu berücksichtigen, die im Wege der Betreiberwahl genutzt werden.¹⁹³

Die Bereitstellung einer einheitlichen Zahlstelle, über die der Kunde auch die Forderungen der betreffenden Anbieter durch einen einzigen Zahlvorgang begleichen kann, ist zum konstitutiven Element entsprechender Produkte geworden.¹⁹⁴ Sie ist demnach solange als spezifische Besonderheit dieser Märkte zu betrachten, wie konkurrierende Produkte, die auf andere Weise abgerechnet werden, nicht eine vergleichbare Marktgängigkeit besitzen. Unter dieser Bedingung ist auch der Forderungsersteinzug somit eine wesentliche Leistung im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG.¹⁹⁵

c) Außergerichtliche und gerichtliche Beitreibung von Forderungen

Etwas anderes gilt jedoch für die außergerichtliche und gerichtliche Beitreibung von Forderungen. Hierbei handelt es sich um eine Notwendigkeit, mit der sich jedes Unternehmen unabhängig von der Struktur des jeweiligen Marktes konfrontiert sieht. Diese Inkassoschritte sind somit keine wesentlichen Leistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG.¹⁹⁶

181 Hierzu und zum Folgenden *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 65, und ausführlich a. a. O., S. 34 ff.

182 BVerwG, Urt. v. 3. 12. 2003 (Fn. 140), S. 18 f.; *Kühling* (Fn. 46), S. 220; *Neitzel*, CR 2002, 740.

183 *Kühling* (Fn. 46), S. 220.

184 BVerwG, Urt. v. 3. 12. 2003 (Fn. 140), S. 15.

185 *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 36.

186 *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 36.

187 *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 124.

188 Zum selben Ergebnis gelangt auch das OVG Münster, K&R 2000, 519.

189 *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 124; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 36.

190 *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 32 und 36.

191 RegTP, MMR 2000, 298, 308; *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 125; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 36.

192 Hierzu *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 37 f., m. w. N.

193 Hinzu kommt noch die ursprünglich auf freiwilliger vertraglicher Basis erfolgte Durchführung des Inkassos durch die DTAG.

194 *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 125 f.; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 37.

195 RegTP, MMR 2000, 298, 308; *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 126; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 37.

196 RegTP, MMR 2000, 298, 309; *Holznapel/Koenig* (Fn. 12), S. 125; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 36; *Koenig/Neumann*, RTKom 2001, 226, 233.

d) Bejahung der Wesentlichkeit auf der Grundlage des Urteils des VG Köln

Das so gefundene Ergebnis soll abschließend an dem Urteil des VG Köln gespiegelt werden. Das Verwaltungsgericht ging für die Fakturierung von Sprachtelefondienstleistungen und für den Ersteinzug der Forderungen davon aus, dass es sich bei den angeordneten Leistungen um solche handle, die im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG wesentlich seien.¹⁹⁷ Zur Frage der Wesentlichkeit dieser Leistungen im Hinblick auf Internet-by-Call-Dienstleistungen finden sich im Urteil keine Ausführungen, da das Gericht aufgrund des rechtsfehlerhaften Ausschlusses dieser Dienste aus dem Anwendungsbereich des § 33 TKG nicht bis zu diesem Prüfungspunkt vordrang. Es ist jedoch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Erwägungen des VG Köln zur Wesentlichkeit der betreffenden Vorleistungen auf das Internet-by-Call-Geschäft vollständig übertragbar sind. Zur Begründung der Wesentlichkeit verwies das Urteil nämlich entscheidend auf den Beschluss des OVG Münster im vorangegangenen Eilverfahren.¹⁹⁸ Dort findet sich bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Leistung allerdings keine Differenzierung zwischen Sprachtelefonie-Call-by-Call und Internet-by-Call.¹⁹⁹ Wenn wie hier davon ausgegangen wird, dass die alleine das vertragliche Leistungsverhältnis des Internet-by-Call-Anbieters zu den Kunden bestimmenden Internetzugangsdienste Telekommunikationsdienstleistungen darstellen, ist anhand der übrigen Urteilsbegründung des VG Köln davon auszugehen, dass auch für solche Anbieter das Wesentlichkeitskriterium der Norm erfüllt ist.

e) Zwischenergebnis

Die Fakturierung von Internet-by-Call-Dienstleistungen sowie der Ersteinzug des Rechnungsbetrags sind wesentliche Leistungen, auf deren Erbringung Internet-by-Call-Anbieter einen Anspruch nach § 33 Abs. 1 TKG haben. Die außergerichtliche und gerichtliche Beitreibung der Entgeltforderungen fällt hingegen nicht unter den Begriff der wesentlichen Leistungen im Sinne von § 33 Abs. 1 TKG, soweit die einzelnen Teilleistungen auch zur Durchsetzung von Forderungen auf anderen Waren- oder Dienstleistungsmärkten benötigt werden.

II. Fakturierungs- und Inkassoleistungen als Zusammenschaltungsleistungen

Eine Prämisse der vorliegenden Untersuchung ist, dass das Internet-by-Call-Produkt auf Grundlage einer Zusammenschaltung der Telefonnetze des Internet-by-Call-Anbieters und der DTAG erstellt wird.²⁰⁰ Damit rücken die Vorschriften des TKG über die Zusammenschaltung in den Blickpunkt. Wenn Fakturierungs- und Inkassoleistungen einem Markt für Zusammenschaltungsdienstleistungen zuzuordnen sein sollten,²⁰¹ könnten sie auch Gegenstand einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG sein.²⁰²

Beachtenswert ist hier vor allem, dass sowohl Abschnitt 2 des Anhangs VII zur Richtlinie 97/33/EG²⁰³ als auch § 5 Abs. 2 NZV Zahlungsbedingungen und Ab-

rechnungsverfahren sowie den Zugang zu Hilfs- und Zusatzdienstleistungen als mögliche Bestandteile einer Zusammenschaltungsvereinbarung nennen. Selbst wenn sich die Nennung von Zahlungsbedingungen und Abrechnungsverfahren nur auf das Verhältnis der Zusammenschaltungspartner beziehen sollte, könnte sich ein dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung von Fakturierung und Inkasso in das gesetzliche Bild der Zusammenschaltungsvereinbarung jedenfalls aus der Bezugnahme auf die Hilfs- und Zusatzdienstleistungen ergeben.²⁰⁴ In Anhang IV zur Richtlinie 97/33/EG wird dann als ein Beispiel für Hilfs- und zusätzliche Dienstleistungen auch tatsächlich ausdrücklich die „Fakturierung“ genannt.

Dass die gemeinschaftsrechtlich vorausgesetzte Einbeziehung einer solchen „netzfernen“²⁰⁵ Leistung mit dem gesetzlichen Leitbild der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG übereinstimmt, ergibt schließlich auch eine systematisch-teleologische Interpretation der Vorschrift.²⁰⁶ Durch die Anordnung der Zusammenschaltung wirkt die RegTP auf ein Privatverhältnis ein beziehungsweise bringt ein solches überhaupt erst zur Entstehung.²⁰⁷ Die Anordnung reicht dabei jedoch nur so weit, wie sich die Parteien nicht privatautonom einigen können. Aus dem darin zum Ausdruck kommenden Vorrang der privatautonomen Regelung ergibt sich aber zugleich, dass die mögliche Reichweite von Zusammenschaltungsanordnungen der Reichweite der privatautonom vereinbarten Zusammenschaltungsvereinbarungen, wie sie am Markt üblich sind, folgt.²⁰⁸

Unter Geltung der früheren Vereinbarung über die Fakturierung und das Inkasso zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern bestand eine zwingende Verknüpfung zwischen dem Bestehen einer Zusammenschaltungsvereinbarung und der Erbringung der von der Vereinbarung erfassten Fakturierungs- und Inkassoleistungen.²⁰⁹ Letztere hatten sich also im Zusammenschaltungsmarkt als typische Nebendienstleistungen der Zusammenschaltung herausgebildet und lassen sich somit auch der Regelung der §§ 36, 37 TKG zuordnen.²¹⁰ Die Anwendbarkeit des § 37 Abs. 1 TKG versperrt dabei nicht den Rückgriff auf § 33 Abs. 1 TKG.²¹¹

197 VG Köln, MMR 2003, 284, 288.

198 VG Köln, MMR 2003, 284, 288.

199 Vgl. OVG Münster, MMR 2003, 631, 631 f.

200 Siehe dazu oben, A. (S. 2).

201 So die Beschlusskammer 3 der RegTP, MMR 2000, 299, 300.

202 Vgl. hierzu auch Schütz, MMR 2000, 313, 315. A. A. die Beschlusskammer 4 der RegTP, Beschl. v. 14. 10. 1999 – Az. BK 4c-99-036/Z 04.08.99 – KielNet, teilweise abgedruckt in MMR 2000, 383. Eine ausführliche Würdigung dieser Entscheidung findet sich bei Holznaegel/Koenig (Fn. 12), S. 117 ff.

203 Zur Beachtlichkeit der Richtlinie 97/33/EG für die Interpretation des älteren TKG jedenfalls im Rahmen der genetischen Auslegung vgl. Holznaegel/Koenig (Fn. 12), S. 119.

204 Holznaegel/Koenig (Fn. 12), S. 119; Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 34.

205 So die Beschlusskammer 4 der RegTP, MMR 2000, 383, 384.

206 Ausführlich hierzu auch Holznaegel/Koenig (Fn. 12), S. 120 f.

207 Vgl. hierzu Koenig/Loetz, K&R 1999, 298.

208 Holznaegel/Koenig (Fn. 12), S. 120; Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 34.

209 Holznaegel/Koenig (Fn. 12), S. 121; Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 34.

210 Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 34.

211 Koenig/Braun, K&R-Beilage 2/2002, 1, 34. So insoweit zu Recht auch die Beschlusskammer 4 der RegTP, MMR 2000, 383, 384.

D. Ausblick auf die künftige Rechtslage

Die bisherige Untersuchung bezog sich auf die Rechtslage nach dem derzeit geltenden Telekommunikationsgesetz. Das deutsche Telekommunikationsrecht steht jedoch vor umfassenden Veränderungen, die in wesentlichen Teilen auf gemeinschaftsrechtliche Impulse aus verschiedenen Richtlinien des so genannten „neuen Rechtsrahmens“ zurückgehen. Die insoweit zentrale Rahmenrichtlinie²¹² sowie die für die Marktregulierung besonders bedeutsame Zugangsrichtlinie²¹³ wären bis zum 24. 7. 2003 in deutsches Recht umzusetzen gewesen.²¹⁴ Diese Umsetzung ist bislang nicht erfolgt. Vielmehr liegt in Deutschland derzeit erst ein Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Novellierung des TKG²¹⁵ vor, welcher gerade auch der Umsetzung der genannten Richtlinien dient.

Um einen ersten Ausblick darauf zu geben, wie die Fakturierung und das Inkasso für Internet-by-Call-Dienstleistungen in Zukunft regulatorisch behandelt werden, wird nachfolgend als finaler Bezugspunkt der Umsetzung das künftige deutsche Telekommunikationsrecht skizziert, wie es sich in den hier relevanten Teilen nach erfolgter Umsetzung darstellen wird. Hierzu werden vor allem die einschlägigen Richtlinienvorgaben beleuchtet, aber auch die anhand des Regierungsentwurfs absehbaren Umsetzungsvorschriften herangezogen werden.

I. Das Verhältnis von Telekommunikations- und Telediensterecht im künftigen Recht

Die Umsetzung des Richtlinienpakets zur elektronischen Kommunikation wird durch eine Novellierung des TKG erfolgen und, soweit derzeit ersichtlich, keine Veränderungen des Telediensterechts mit sich bringen. Insbesondere wird es nicht zu einer Zusammenführung beider Rechtsgebiete kommen. Die Abgrenzung der jeweiligen Regelungsmaterien bleibt daher auch nach Umsetzung des Richtlinienpakets eine rechtspraktisch relevante Aufgabe.

1. Elektronische Kommunikationsdienste im Sinne von Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie

Ausgangspunkt ist zunächst die sachliche Reichweite der Richtlinienvorgaben, da diese auch die Reichweite der mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften determiniert. Einschlägig ist insoweit Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie, der eine Legaldefinition des richtlinienrechtlichen Zentralbegriffs der elektronischen Kommunikationsdienste vorsieht. Die Legaldefinition enthält zahlreiche Konkretisierungen ihrer einzelnen Merkmale, die für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung jedoch verzichtbar sind. Lässt man sie weg, erweisen sich elektronische Kommunikationsdienste im Sinne der Rahmenrichtlinie als „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“.

Der Begriff „elektronisches Kommunikationsnetz“ wiederum ist in Art. 2 lit. a der Rahmenrichtlinie legalde-

finiert. Bemerkenswert ist insoweit zunächst die ausdrückliche Erwähnung des Internets als ein Beispiel eines elektronischen Kommunikationsnetzes. Hierin ist ein hilfreicher Interpretationshinweis für die Einordnung von Internetzugangsdiensten zu sehen,²¹⁶ auch wenn die Zuordnung dieses von einem bestimmten Trägermedium unabhängigen virtuellen Netzes zu „festen terrestrischen Netzen“ technisch unzutreffend ist.²¹⁷ Unabhängig hiervon enthält auch die Legaldefinition des Begriffs „elektronisches Kommunikationsnetz“ zahlreiche Konkretisierungen, auf die es für eine abstrakte Betrachtung nicht ankommt und die daher vorliegend verzichtbar sind. Der Sache nach definiert die Rahmenrichtlinie somit ein „elektronisches Kommunikationsnetz“ als „Übertragungssysteme und gegebenenfalls anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über elektromagnetische²¹⁸ Einrichtungen ermöglichen“.

Elektronische Kommunikationsdienste im richtlinienrechtlichen Sinne sind daher „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Übertragungssysteme und gegebenenfalls anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, bestehen“.

Auch diese kondensierte Definition ist jedoch mit Blick auf den Gegenstand dieser Untersuchung noch einer weiteren Straffung zugänglich. Dass es sich bei den Systemen, die zur Übertragung der Signale verwendet werden, um Übertragungssysteme handelt, ist als Beschreibung genauso redundant wie die Erwähnung, dass die anderweitigen Ressourcen, über die gegebenenfalls die Signale übertragen werden, die Übertragung von Signalen über elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen. Wäre es anders, könnten über sie ja gerade keine Signale übertragen werden. Strafft man die Definition entsprechend, ergibt sich folgende Umschreibung für elektroni-

212 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG v. 7. 3. 2002, ABIEG 2002 Nr. L 108, 33.

213 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG v. 7. 3. 2002, ABIEG 2002 Nr. L 108, 7.

214 Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie; Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 der Zugangsrichtlinie. A. A. das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 755/03, in dem pauschal für die „im April bzw. im Juli 2002 ... in Kraft getretenen“ Richtlinien behauptet wird, sie seien „bis Ende Oktober 2003 in nationales Recht umzusetzen“ gewesen. Das gilt jedoch nur für die im Juli 2002 in Kraft getretene Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG v. 12. 7. 2002, ABIEG 2002 Nr. L 201, 37; vgl. Art. 17 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

215 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 755/03 und BT-Drs. 15/2316. Zum Stand der Novellierung vgl. die Übersicht unter www.tkgnovelle.de (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004).

216 Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 10, S. 4 der Rahmenrichtlinie, der ausdrücklich den „Zugang zum Internet“ als elektronischen Kommunikationsdienst bezeichnet. Zur Erfassung von Internetzugangsdiensten, einschließlich Internetübertragungsdiensten, durch den EG-Rechtsrahmen zur elektronischen Kommunikation siehe auch *Geppert/Ruhle/Schuster* (Fn. 13), Rdnr. 52 (S. 29); *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 139 Fn. 2.

217 Hierzu *Koenig/Neumann*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 590 Fn. 566.

218 Das Problem der Welle-Teilchen-Dualität des Lichts, das den Gesetzgeber in § 3 Nr. 17 TKG offensichtlich zu einem exklusiven „oder“ zwischen „elektromagnetische“ und „optische“ veranlasst hatte, soll hier nicht berücksichtigt werden.

sche Kommunikationsdienste im Sinne der Rahmenrichtlinie: „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Systeme und gegebenenfalls anderweitige Ressourcen bestehen“.

Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie fordert dabei ausdrücklich nicht, dass der Dienstehalt ausschließlich aus der Signalübertragung bestehen muss, sondern lässt es genügen, wenn dies „überwiegend“ der Fall ist. Dies könnte als Verankerung einer am Schwerpunkt einer Dienstleistung orientierten Abgrenzung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene gedeutet werden.²¹⁹ Dass damit jedoch keine Zusammenfassung unterschiedlicher Dienste zu einem einzigen Dienst gemeint ist, dessen regulatorische Verortung dann nach seinem Schwerpunkt erfolgt, zeigt sich aber bereits an Erwägungsgrund 10 der Rahmenrichtlinie. In diesem wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „dasselbe Unternehmen ... sowohl elektronische Kommunikationsdienste ... als auch nicht unter diese Richtlinie fallende Dienste ... anbieten“²²⁰ kann. Des Weiteren verfolgt der Rechtsrahmen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation als Reaktion auf den Konvergenzprozess einen technologieneutralen Regulierungsansatz, der ganz wesentlich auf einer Trennung der Regulierung von Inhalten von der Regulierung der Übertragung basiert.²²¹ Damit verträgt sich aber eine Zuordnung eines Gesamtleistungsangebotes nach seinem Schwerpunkt nicht, führt diese Gesamtbetrachtung doch gerade zur Überwindung dieser Trennung.²²² Und schließlich gilt auch mit Blick auf die Rahmenrichtlinie die teleologische Erwägung, dass eine Zuordnung nach dem Schwerpunkt eines tatsächlichen Leistungsangebotes es dem Anbieter ermöglichen würde, sich durch die entsprechende Konfiguration seines Angebotes der Regulierung im Bereich der Telekommunikation zu entziehen,²²³ was auch hier dem Ziel der Wettbewerbsförderung (Art. 8 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie) zuwiderliefe.

Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie verankert daher keine am Schwerpunkt ausgerichtete Abgrenzung eines aus mehreren separierbaren Diensten zusammengesetzten Angebotes auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene. Entscheidend ist vielmehr nach wie vor in einem ersten Schritt die Abgrenzung der einzelnen Dienste, die ein Anbieter erbringt, bevor diese dann regulatorisch zugeordnet werden. Die Bezugnahme auf Dienste, die (nur) „überwiegend“ in der Übertragung von Signalen bestehen, betrifft daher solche Übertragungsdienste, die einzelne, technisch nicht separierbare Merkmale aufweisen, welche nicht in der Übertragung von Signalen bestehen,²²⁴ wie zum Beispiel das ISDN-Dienstmerkmal „Anklopfen“.

2. Voraussichtliche Neuregelung im künftigen TKG

Bei der Umsetzung des Richtlinienpakets zur elektronischen Kommunikation wird es nicht zu einer Ersetzung des Begriffs der Telekommunikation durch den Begriff der elektronischen Kommunikation kommen, was angesichts der Begrifflichkeit des § 2 Abs. 1 TDG („elektronische ... Kommunikationsdienste“) sinnvoll und zu begrüßen ist. Der gegenwärtig vorliegende Regierungsentwurf zum TKG enthält erneut keine eigenständige Bestimmung für die Abgrenzung zum Bereich des Telekommunikationsrechts, dafür aber an zwei Stellen Aussagen zum Geltungsbereich des neuen Telekommunikationsrechts.

a) § 3 Nr. 25 TKG-RegE (Telekommunikationsdienste) als Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Definition elektronischer Kommunikationsdienste

In § 3 Nr. 25 TKG-RegE werden Telekommunikationsdienste definiert als „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“. Mit Ausnahme der wohl in Ansehung der einschlägigen Länderzuständigkeit für die inhaltliche Regulierung erfolgten Nennung der Übertragungsdienste in Rundfunknetzen ist die Bundesregierung hier nicht dem Hang des Richtliniengesetzgebers zu praktisch unleserlichen Definitionskomplexen gefolgt. In der Sache sagt die gewählte Formulierung jedoch dasselbe aus wie die zusammengefasste Definition der elektronischen Kommunikationsdienste, bei denen es sich ja um „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“, handelt. In § 3 Nr. 25 TKG-RegE wird die Legaldefinition der elektronischen Kommunikationsdienste nach Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie mithin ohne sachliche Veränderung übernommen.²²⁵

Auch der Begriff „Telekommunikationsnetz“ wird in enger Anlehnung an die entsprechende gemeinschaftsrechtliche Legaldefinition in § 3 Nr. 27 TKG-RegE bestimmt. Die wenigen Abweichungen von der Legaldefinition nach Art. 2 lit. a der Rahmenrichtlinie dienen im Wesentlichen der Klarstellung, dass ein Netz aus der Gesamtheit der jeweiligen Systeme besteht. Auch der Wegfall der in Klammern gesetzten Konkretisierung der festen terrestrischen Netze hat keine sachliche Änderung zur Folge. Vielmehr wird in der Begründung ausdrücklich klargestellt, dass sowohl leistungs-²²⁶ als auch paketvermittelte Netze zu den Telekommunikationsnetzen zählen und auch das Internet ein Netz im Sinne der Legaldefinition ist. Da der Wortlaut von § 3 Nr. 27 TKG-RegE dies alles ohne weiteres umfasst, besteht auch insoweit keine sachliche Abweichung von der gemeinschaftsrechtlichen Begriffsdefinition.²²⁷ Vielmehr steht die von der Bundesregierung gewählte Lösung eher im Einklang mit der technischen Wirklichkeit²²⁸ und ist daher besser geeignet, Fehlinterpretationen vorzubeugen. Wie die Richtliniendefinition lässt sich auch § 3 Nr. 27 TKG-RegE straffen, so dass ein Telekommunikationsnetz beschrieben wird als die „Gesamtheit von Übertra-

219 Tendenziell in diese Richtung wohl *Nacimient*, K&R 2003, 582, 583 f.

220 Erwägungsgrund 10, S. 4 der Rahmenrichtlinie.

221 Siehe hierzu Erwägungsgrund 5, S. 3 der Rahmenrichtlinie: „Es ist notwendig, die Regulierung der Übertragung von der Regulierung von Inhalten zu trennen.“ Vgl. des Weiteren *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 139 Fn. 2.

222 *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, I, 13 f.

223 Hierzu ausführlich oben, B. III, 2 (S. 8 f.).

224 Dieses Verständnis, dass es nicht auf den (eher quantitativ zu bestimmenden) „überwiegenden“, sondern auf den (eher qualitativ zu bestimmenden) „hauptsächlichen“ Bestandteil des Dienstes ankommt, wird auch durch den Vergleich mit der englischen Sprachfassung bestätigt, in der insoweit die Wendung „wholly or mainly“ (und nicht etwa „predominantly“) verwendet wird.

225 Vgl. auch die Begründung zu § 3 Nr. 25 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 80: „Diese Definition entspricht Art. 2 Buchstabe c S. 1 RRL und war bisher in § 3 Nr. 18 und 19 TKG-alt dargestellt. Der Begriff ersetzt den der Telekommunikationsdienstleistungen im TKG-alt.“

226 Sie! Gemeint sind natürlich leitungsvermittelte Netze.

227 Vgl. auch die Begründung zu § 3 Nr. 27 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 80: „Diese Definition entspricht Art. 2 Buchstabe a RRL.“

228 Siehe dazu *Koenig/Neumann* (Fn. 217), S. 590 Fn. 566.

gungssystemen und gegebenenfalls anderweitigen Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen“.

Kombiniert man diese Definition mit der um den redundanten Hinweis auf die Übertragungsdienste in Rundfunknetzen gekürzten Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ unter Berücksichtigung des bereits im Zusammenhang mit den richtlinienrechtlichen Begriffen identifizierten Straffungspotentials, so ergibt sich folgende vollständige Definition: „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Gesamtheiten von Systemen und gegebenenfalls anderweitigen Ressourcen bestehen“. Mit Ausnahme der in diesem Kontext durchaus missverständlichen Bezugnahme auf die jeweilige Gesamtheit der Systeme²²⁹ ist die Definition somit identisch zur Legaldefinition der elektronischen Kommunikationsdienste im Sinne der Rahmenrichtlinie.

Diese Begriffsbestimmung kann nun mit der konkretisierten Legaldefinition nach geltendem Telekommunikationsrecht, wie sie im Wege der Auslegung gewonnen wurde,²³⁰ verglichen werden. Nach dieser handelt es sich bei Telekommunikationsdiensten im Sinne des geltenden TKG um „das Angebot der Signalübertragung zwischen zwei physisch definierten Punkten mittels technischer Einrichtungen und Systeme“. Die (auf Telekommunikationsdienstleistungen in der bisherigen Terminologie abzielende) Einschränkung, dass Telekommunikationsdienste im Sinne des künftigen TKG „in der Regel gegen Entgelt erbracht“ werden, kann dabei außen vor bleiben. Zugleich ist das Erfordernis der Raumüberwindung, das unter Berücksichtigung der technischen, ökonomischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen gewonnen wurde, auch in der neuen Definition angelegt, wenn dort ausdrücklich die Übertragung von Signalen gefordert wird. Und schließlich hat die Auslegung von Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie ergeben, dass mit der Einschränkung, der zufolge es ausreicht, wenn die Signalübertragung bloß „überwiegend(er)“ Bestandteil des Dienstes ist, lediglich etwaige zusätzliche Dienstmerkmale erfasst werden sollen und nicht etwa eine Bestimmung der Reichweite des Telekommunikationsrechts nach dem Schwerpunkt eines zusammengesetzten Dienstangebots normiert wird.²³¹ Dies entspricht aber auch dem bisherigen deutschen Recht.²³² Es zeigt sich damit, dass die Begriffe in den hier relevanten Punkten sachlich völlig identisch sind.²³³ Der sachliche Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes wird daher insoweit nicht verändert.

b) Verhältnis zu § 3 Nr. 22 TKG-RegE (Telekommunikation)

Zusätzlich zu der Legaldefinition des Begriffes „Telekommunikationsdienste“ enthält der Regierungsentwurf in § 3 Nr. 22 aber auch noch eine Legaldefinition des Begriffes „Telekommunikation“. Ihr zufolge ist Telekommunikation „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“. Der Begriff der Telekommunikationsanlage wird dabei in § 3 Nr. 24 TKG-RegE wortgleich zu § 3 Nr. 17 TKG definiert.²³⁴ Entgegen der Gesetzesbegründung²³⁵ wurde hingegen die Legaldefinition für „Telekommunikation“ zumindest sprachlich nicht „unverändert“ übernommen. In der Sa-

che ist sie jedoch in der Tat identisch, wenn man, wie hier, im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis kommt, dass es bei „Telekommunikation“ nicht um die Übertragung von Nachrichten, sondern um die Übertragung von Signalen geht.²³⁶ Die Bundesregierung bestätigt daher mit der Begründung zu § 3 Nr. 22 TKG-RegE die hier vertretene Auffassung zu § 3 Nr. 16 TKG.

Aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung mit der bisherigen Begriffsdefinition entspricht das Angebot von Telekommunikation nach § 3 Nr. 22 TKG-RegE demzufolge auch (mit Ausnahme des Erfordernisses der regelmäßigen Entgeltlichkeit) einem Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 25 TKG-RegE.²³⁷ Somit besteht auch kein sachlicher Unterschied zum geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten, das in § 3 Nr. 11 TKG-RegE in Übernahme des § 3 Nr. 5 TKG²³⁸ als „das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“ definiert wird. Der Gegenstand des künftigen Telekommunikationsrechts wird sich daher in der Sache nicht von dem des derzeitigen unterscheiden.

c) Konsequenzen für die Abgrenzung zum Telediensterecht

Da das TDG keinen Änderungen unterzogen wird und insbesondere eine Änderung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG

229 Diese Bezugnahme erweckt (sprachlich) den Eindruck, als müssten die Signale über das gesamte Netz transportiert werden. Dem ist nicht so; vielmehr wird man die Verwendung des Hinweises auf „die Gesamtheit“ eher als Konsequenz der Definition eines Netzes im Singular verstehen müssen, die somit in der Verwendung im Plural, wie sie bei der Zusammenführung notwendig ist, wegfallen kann.

230 Siehe dazu oben, B. II. 3. (S. 6 f.).

231 Siehe oben, I. (S. 24). Dunkel und in der Sache fehlgehend die Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 15/2345, 1, zu Nr. 5, wonach die gewählte Formulierung „erforderlich (sei), um notwendige Regelungen auch im Bereich der telekommunikationsgestützten Dienste, z. B. Mehrwertdienste, vorzusehen“. Gerade diesem Zweck dient die von der Bundesregierung vorgeschlagene Einführung des Begriffes „telefonnahe Dienste“ (bzw. „telekommunikationsgestützte Dienste“) in § 3 Nr. 23 TKG-RegE, vgl. die Begründung zu § 3 Nr. 23 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 80; Siehe dazu auch unten, d) (S. 26).

232 Siehe dazu oben, B. III. 2. (S. 9).

233 So im Ergebnis auch die Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 4, Nr. 5. A. A. ohne nähere Analyse *Nacimiento*, K&R 2003, 582, 584 („Erweiterung gegenüber § 3 Nr. 16 TKG“). Ebenfalls a. A. mit Blick auf Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie 90/387/EWG („Dienste, die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem TK-Netz bestehen“) VG Köln, MMR 2003, 284, 287 („ähnlich, ... jedoch nicht deckungsgleich“), allerdings abstellend auf die hier irrelevante regelmäßige Entgeltlichkeit und auf Grundlage des verkäuflichen sachlichen Zusammenhangs zwischen dem geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten und Telekommunikationsdienstleistungen; Das VG Köln verortet nämlich den Begriff „Telekommunikationsdienste“ in „§ 89 Abs. 1 TKG i. V. m. den Bestimmungen der TDSV“, obwohl ein Hinweis auf § 3 Nr. 5 TKG nicht nur näher gelegen, sondern auch die weitgehende sachliche Übereinstimmung dieses Begriffes mit § 3 Nrn. 18 und 19 TKG offenbart hätte.

234 Siehe auch die Begründung zu § 3 Nr. 24 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 80.

235 Begründung zu § 3 Nr. 22 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 80.

236 Siehe dazu oben, B. II. 3. b) (S. 7).

237 Zur – von der regelmäßigen Entgeltlichkeit abgesehen – sachlichen Übereinstimmung der Telekommunikationsdienste nach dem geltenden TKG und nach § 3 Nr. 25 TKG-RegE siehe oben, a) (S. 24 f.).

238 Siehe die Begründung zu § 3 Nr. 11 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 79. Zwar würde die Definition nicht sprachlich unverändert übernommen. Da das nunmehr weggefallene Angebot von Übertragungswegen aber auch nach geltendem Recht nur ein Beispiel für das Angebot von Telekommunikation ist, stimmt die Begründung der Bundesregierung in der Sache. Zugleich wird damit erneut eine hier vertretene Auffassung bestätigt, vgl. Fn. 44.

nicht beabsichtigt erscheint, bleibt es vor allem bei der grundlegenden Erkenntnis, dass der Geltungsbereich des TDG für Telekommunikationsdienste nicht eröffnet ist. Dabei kann hier die Frage offen bleiben, ob bei der Anwendung von § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG auf die Legaldefinitionen des bisherigen oder auf diejenigen des künftigen Telekommunikationsgesetzes abzustellen ist.²³⁹ Selbst wenn letzteres der Fall wäre, würde sich in der Sache dadurch nämlich nichts ändern, da die sachlichen Geltungsbereiche des bisherigen und des künftigen Telekommunikationsrechts nach derzeitigem Stand der Umsetzung (und angesichts des gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Ziels) identisch sein werden.²⁴⁰

d) Telefonnahe bzw. telekommunikationsgestützte Dienste (§ 3 Nr. 23 TKG-RegE) als neue telekommunikationsrechtliche Dienstekategorie

Der Regierungsentwurf enthält des Weiteren mit „telefonnahen Diensten“ eine Dienstekategorie, die dem bisherigen Telekommunikationsrecht jedenfalls unter dieser Bezeichnung nicht bekannt war.²⁴¹ Nach § 3 Nr. 23 TKG-RegE handelt es sich dabei um „Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telefonverbindung erfolgt“. Damit sind beispielsweise Angebote für Mehrwertdienste gemeint, „die während der Telefonverbindung in Anspruch genommen und über die Telefonrechnung abgerechnet werden“.²⁴² Der Bundesrat wies in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf darauf hin, dass durch die Bezugnahme auf das „Telefon“ die Gefahr bestehe, „über das Internet erfolgende Dienste (Dialer, Zugangsdienste)“ auszuschließen.²⁴³ Die Bundesregierung stimmte diesen Bedenken in ihrer Gegenäußerung zu und schlug dem Vorschlag des Bundesrates folgend, vor, anstelle des Begriffs „telefonnahe Dienste“ den Begriff „telekommunikationsgestützte Dienste“ zu verwenden.²⁴⁴

Telekommunikationsgestützte Dienste im Sinne des künftigen Telekommunikationsrechts sind gerade keine Telekommunikationsdienste, sondern unterfallen – jedenfalls in der Regel – eigentlich dem TDG oder dem MDStV.²⁴⁵ Durch die explizite Einführung dieser neuen telekommunikationsrechtlichen Dienstekategorie erfolgt keine Neuausrichtung des Verhältnisses der beiden Regelungsmaterien.²⁴⁶ Vielmehr soll auf diese Weise die Anwendung einzelner Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes ausdrücklich auch mit Blick auf Dienste ermöglicht werden, die gerade keine Telekommunikationsdienste sind.²⁴⁷ Dies betrifft namentlich auch die Möglichkeit, Verpflichtungen „im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung ... sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen“ aufzuerlegen.

Diese ist nach § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE²⁴⁸ nämlich gerade nicht auf Zahlungen für Telekommunikationsdienste beschränkt, sondern erfasst auch Zahlungen für telekommunikationsgestützte (telefonnahe) Dienste. Damit wird das künftige Telekommunikationsrecht die Verpflichtung zur Fakturierung und zum Ersteinzug für solche Dienste expressis verbis vorsehen. Dies gilt zuvörderst für Mehrwertdienste. Hält man Internet-by-Call-Dienstleistungen irrtümlicherweise nicht für Telekommunikationsdienstleistungen,²⁴⁹ würde dies aber auch

für diese gelten. Selbst wenn man also die Anordnung zur Fakturierung und zum Ersteinzug von Zahlungen für Internet-by-Call-Dienstleistungen unzutreffenderweise für vom geltenden TKG nicht gedeckt hielte, wird eine solche Anordnungsmöglichkeit durch die Einführung der Kategorie telekommunikationsgestützter Dienste jedenfalls nach dem künftigen Telekommunikationsrecht bestehen.

3. Zwischenergebnis

Die sachliche Reichweite des künftigen deutschen Telekommunikationsrechts wird durch den in § 3 Nr. 25 TKG-RegE legaldefinierten Begriff der „Telekommunikationsdienste“ bestimmt. Dieser ist sachlich mit dem Begriff der „elektronischen Kommunikationsdienste“ nach Art. 2 lit. c der Rahmenrichtlinie identisch und erfasst (in der Regel gegen Entgelt erbrachte) „Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Systeme und gegebenenfalls anderweitige Ressourcen bestehen“.

Dabei hat die Formulierung, dass der Dienst ganz oder aber auch lediglich überwiegend in der Signalübertragung bestehen muss, nicht zur Folge, dass ein tatsächliches Leistungsangebot, welches sich aus mehreren technisch separierbaren Diensten zusammensetzt, nach Maßgabe seines Schwerpunktes dem Telekommunikations- oder dem Teledienstrecht zuzuordnen wäre. Vielmehr zeigt eine nähere Analyse, dass zwischen Telekommunikationsdiensten nach künftigen deutschen Telekommunikationsrecht und Telekommunikationsdienstleistungen nach dem geltenden TKG kein sachlicher Unterschied besteht. Das Gleiche gilt auch für das ebenfalls (in § 3 Nr. 11 TKG-RegE) legaldefinierte geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten im Vergleich zu der derzeit geltenden Vorschrift des § 3 Nr. 5 TKG.

Auch das künftige Telekommunikationsgesetz wird keine Regelung zur Abgrenzung seines Geltungsbereiches von dem des Teledienstrechts enthalten. Da letzteres nicht novelliert werden wird, bleibt es daher künftig auch dabei, dass sich die Zuordnung einzelner Dienste zum telekommunikationsrechtlichen Regulierungsregime allein nach dem Telekommunikationsgesetz rich-

239 Implizit von letzterem ausgehend die Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 4, Nr. 5.

240 Siehe dazu oben, a) und b) (S. 24 f.).

241 Vgl. aber die implizite Einführung der Kategorie der „0190er- und 0900er-Mehrwertdienste“ in §§ 43a, 43b, 43c TKG. Siehe auch § 13a TKV, wonach unter einem Mehrwertdienst eine weitere Dienstleistung zu verstehen ist, die Kunden neben Telekommunikationsdienstleistungen angeboten wird.

242 Begründung zu § 3 Nr. 23 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 80.

243 Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 3, Nr. 4.

244 Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 15/2345, 1, zu Nr. 4.

245 Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 3, Nr. 4.

246 Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 3, Nr. 4.

247 Plastisch insoweit die Formulierung in der Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RegE, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), 3, Nr. 4, wonach „Ziel der Erweiterung des Begriffes“ nicht sei, „die Grenzen zu den Telediensten zu verwischen und die genannten Dienste einer Regulierung zu unterwerfen, sondern ihnen den Zugang zum regulierten Netzbereich zu sichern“.

248 Ausführlich hierzu unten, II. 2. a) (S. 28 f.).

249 VG Köln, MMR 2003, 284, 287.

tet. Der Geltungsbereich des TDG wird hingegen nach wie vor gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG negativ von Telekommunikationsdiensten abgegrenzt werden. Aufgrund der sachlichen Identität der jeweiligen Begriffe spielt es dabei für die konkrete Zuordnung auch keine Rolle, ob insoweit die Begrifflichkeiten des derzeit noch geltenden oder diejenigen des künftigen Telekommunikationsgesetzes im Rahmen des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG maßgeblich sind.

Schließlich wird das künftige Telekommunikationsrecht mit den in § 3 Nr. 23 TKG-RegE legaldefinierten „telefonnahen Diensten“ beziehungsweise „telekommunikationsgestützten Diensten“ auch noch eine neue Dienstekategorie enthalten. Sie wird insbesondere Mehrwertdienste erfassen und unter anderem gerade auch im Rahmen der Fakturierung und des Forderungsersteinzugs die Auferlegung telekommunikationsrechtlicher Verpflichtungen mit Blick auf Dienste erlauben, bei denen es sich nicht um Telekommunikationsdienste handelt.

II. Zugang zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen im künftigen Recht

Auch mit Blick auf den Zugang zu Fakturierungs- und Inkassoleistungen sollen zunächst die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben skizziert werden (unter 1.²⁵⁰), bevor auf die nach derzeitigem Stand absehbare Umsetzung im künftigen Telekommunikationsgesetz eingegangen wird (unter 2.²⁵¹).

1. Vorabverpflichtungen und Missbrauchsaufsicht im neuen EG-Rechtsrahmen

Die Zugangsregulierung ist innerhalb des neuen Richtlinienrechts stärker prozedural ausgestaltet. Innerhalb des neuen Rechtsrahmens führen die Regulierungsbehörden zunächst ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren durch, welches der Festlegung der zu regulierenden Märkte und der Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesen Märkten dient. Gemäß Art. 8 der Zugangsrichtlinie sind die Regulierungsbehörden befugt, solchen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bestimmte Vorabverpflichtungen aufzuerlegen, deren Kern die Gewährung von Zugangsrechten für Wettbewerber bildet.²⁵²

Art. 12 Zugangsrichtlinie sieht dementsprechend vor, dass die Regulierungsbehörde den Zugang zu „bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und ... deren Nutzung“ anordnen kann. Die beispielhafte und nicht abschließende²⁵³ Aufzählung von möglichen Verpflichtungsgegenständen nennt hierzu u. a. in lit. h den „... Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen ...“. Hierdurch und durch den Hinweis auf „zugehörige Einrichtungen“ im Satz 1 des Absatzes 1 wird deutlich, dass sich die Zugangsverpflichtungen nach neuem Richtlinienrecht auch auf Hilfseinrichtungen und Nebenleistungen erstrecken können.

Dies ermöglicht dem Regulierer von richtlinienrechtlicher Seite her auch die Erstreckung von Vorabverpflichtungen auf Leistungen der Fakturierung und des Inkassos.²⁵⁴ Hierzu jedenfalls nicht erforderlich ist eine expli-

zite Nennung dieser Leistungen in Art. 12 Zugangsrichtlinie, da die dortige Aufzählung ausdrücklich nur beispielhaften Charakter hat („... darf unter anderem Folgendes auferlegt werden ...“).²⁵⁵

Diese Möglichkeit zur Auferlegung von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen kann sich allerdings schon auf Richtlinienebene zur Verpflichtung verdichten. Dies gilt nach Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie insbesondere dann, wenn die „Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindert“ oder der Verzicht den „Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen“ würde. Steht wie im vorliegenden Fall die Marktgängigkeit einer ganzen Produktkategorie (Produkte im offenen Internet-/Call-by-Call) zur Disposition und wird gleichzeitig das Verbraucherinteresse an einer einheitlichen und damit transparenten Rechnungsstellung mit der Möglichkeit der Inanspruchnahme einer einheitlichen Zahlungsstelle tangiert, so dürfte sich schon aus dem Richtlinienrecht eine Begründungspflicht des Regulierers für die Nichtanordnung einer solchen Vorabverpflichtung ergeben. Aus dem Abwägungskatalog des Abs. 2 des Art. 12 ließen sich allenfalls die Faktoren der lit. a und d, also die Möglichkeit der Errichtung und/oder Nutzung alternativer Einrichtungen sowie die langfristige Sicherung des Wettbewerbs heranziehen, um die Anordnung der genannten Verpflichtungen abzulehnen. Da es um die Vorzüge einer *einheitlichen* Rechnungsstellung und einer *einheitlichen* Zahlungsstelle geht, ist der Verweis auf die Errichtung und/oder Nutzung *alternativer* Einrichtungen freilich nur von begrenztem argumentativen Wert – es gäbe kaum Möglichkeiten, die für den Endkunden aus der einheitlichen Rechnungsstellung und dem einheitlichen Forderungsersteinzug erwachsenden Vorteile in einem System alternativer Clearingstellen²⁵⁶ sicherzustellen. Berücksichtigt man die herausragende Bedeutung, die der Betreiberwahl und den Märkten für Call-by-Call-Produkte im neuen Rechtsrahmen zukommt,²⁵⁷ so kann unter den derzeitigen Gegebenheiten in Deutschland und trotz der geringeren normativen Dichte von Richtlinienvorschriften davon ausgegangen werden, dass die Auferlegung von Verpflichtungen zur Fakturierung und zum Forderungsersteinzug zumindest für andere Dienste als Mehrwertdienste (Sprachtelefonie, Internet-by-Call) aufgrund der Zielvorgaben des Art. 12 Zugangsrichtlinie erforderlich ist.

Darüber hinaus ist es den nationalen Regulierungsbehörden auch unter dem neuen Rechtsrahmen möglich, marktübliche Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen als Annex zu Zusammenschaltungsvereinbarungen festzulegen.

Die besondere Missbrauchsaufsicht des deutschen Telekommunikationsrechts hat genauso wie unter dem alten

²⁵⁰ S. 27 f.

²⁵¹ S. 28 f.

²⁵² Zu diesem Verfahren *Koenig/Loetz*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 430 ff.

²⁵³ *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 31.

²⁵⁴ *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 31.

²⁵⁵ *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 31.

²⁵⁶ Vgl. zu solchen Clearingstellen *Koenig/Neumann*, RTKom 2001, 226, insbesondere unter datenschutzrechtlichen Aspekten.

²⁵⁷ Siehe dazu die Ausführungen zu Art. 17 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 19 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG v. 7. 3. 2002, ABIEG 2002 Nr. L 108, 51, unten, 2. a) (S. 28 f.).

EG-Rechtsrahmen keine unmittelbare Entsprechung auf Richtlinienenebene. Durch Art. 5 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie wird den Regulierungsbehörden allerdings die Aufgabe der Überwachung von Zugang und Zusammenschaltung auf den Telekommunikationsmärkten zugewiesen und mit der Befugnis zum Einschreiten auch aus eigener Initiative verbunden. Diese Regelung weist jedoch nicht die wettbewerbsrechtliche Prägung einer Missbrauchsaufsicht auf, sondern ist eher an eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Marktaufsicht angelehnt.

Das Fehlen einer sektorspezifischen Regelung zur Missbrauchsaufsicht im EG-Telekommunikationsrecht dürfte vornehmlich darauf zurückzuführen sein, dass einerseits das System der Vorabverpflichtungen als vorrangiges Instrument der Eindämmung von Marktmacht betrachtet wird und dass andererseits das Richtlinienrecht die Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts voraussetzt, dem damit auch die Aufgabe einer Missbrauchsverhinderung zufällt.

2. Zugangsregulierung und Missbrauchsaufsicht im künftigen deutschen Telekommunikationsrecht (§§ 16 ff., 40 TKG-RegE) im Hinblick auf Internet-/Call-by-Call-Dienstleistungen

Anders als die Richtlinien des neuen Rechtsrahmens enthält der Regierungsentwurf zur TKG-Novelle neben Vorschriften zur Zugangsregulierung im Wege der Ex-ante-Regulierung auch Vorgaben zur (besonderen) Missbrauchsaufsicht.

a) Zugangsregulierung, §§ 16 ff. TKG-RegE

Das gemeinschaftsrechtlich vorgegebene System der Vorabverpflichtungen wird durch die §§ 16 ff. TKG-RegE in deutsches Recht umgesetzt. Die Regulierungsbehörde kann nach § 19 Abs. 1 TKG-RegE „... Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde“.

§ 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE konkretisiert den möglichen Gegenstand dieser Zugangsanordnungen für die hier zu betrachtenden Fälle der Fakturierung und des Inkassos dahin gehend, dass diese den „Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen für Telekommunikationsdienste, von Leistungen nach § 76 Abs. 2 Nr. 3 und 4 und von telefonnahen Diensten“ umfassen können.²⁵⁸

Diese Vorschrift soll „der hohen Bedeutung Rechnung (tragen), die insbesondere call-by-call-Dienstleistungen im Telekommunikationsmarkt zukommt“.²⁵⁹ Dabei wurde klargestellt, „dass sich entsprechende Verpflichtungen nicht nur auf Telekommunikationsdienste, sondern auch auf darüber hinausgehende Universaldienstleistungen und so genannte telefonnahe Dienste erstrecken können.“²⁶⁰ Die Vorschrift ist überdies nicht abschließend. Vielmehr bleibt es der Prüfung durch die RegTP überlassen, ob weitere Verpflichtungen im Bereich der Fakturierung und des Inkassos auferlegt werden sollen.²⁶¹

Adressat von Zugangsverpflichtungen kann gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 TKG-RegE jeder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sein, der über beträchtliche Marktmacht verfügt. Aus der dortigen Erwähnung des „nachgelagerten Endnutzermarkts“ und der bereits skizzierten Neuausrichtung der Zugangsregulierung auf die Vorleistungsmärkte lässt sich ohne weiteres schließen, dass sich die beträchtliche Marktmacht hier auch auf bloße Vorleistungsmärkte beziehen kann.

Durch das Tatbestandsmerkmal der „beträchtlichen Marktmacht“ wird die Auferlegung von Vorabverpflichtungen im Übrigen in das Verfahren der Marktanalyse nach den §§ 9 ff. TKG-RegE eingebettet. In dessen Zentrum stehen das Marktdefinitions- und das Marktanalyseverfahren, die in den §§ 9 ff. TKG-RegE näher ausgestaltet werden und die auf die Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie zurückgehen. Eine eingehende Untersuchung dieses prozeduralen Kerns des neuen Regulierungsregimes kann an dieser Stelle nicht geleistet werden.²⁶² Für die folgenden Ausführungen ist die Feststellung hinreichend, dass die RegTP bei der Bestimmung der zu regulierenden Märkte gemäß § 10 Abs. 2 TKG-RegE die entsprechende Märkteempfehlung (2003/311/EG)²⁶³ der Kommission weitestgehend zu berücksichtigen hat. Dort sind sowohl Vorleistungs- als auch Endnutzermärkte aufgeführt, für welche die Kommission die Durchführung eines Marktanalyseverfahrens vorschlägt.

Die auch durch die Begründung des TKG-RegE gestützte Verknüpfung des § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE mit der Abrechnung von Call-by-Call-Dienstleistungen muss darüber hinaus in den Kontext eines weiteren entscheidenden Strukturmerkmals des neuen Regulierungsrahmens gestellt werden:

Die Universaldienstrichtlinie trifft im Bereich der hier relevanten Vorschriften zunächst die grundlegende Regelung einer formellen Nachrangigkeit der Regulierung von Endkundenmärkten. In Art. 17 Abs. 1 lit. b der Universaldienstrichtlinie wird dies derart kodifiziert, dass die nationale Regulierungsbehörde zunächst die Sicherstellung der Regulierungsziele durch die Vorleistungsregulierung oder die Anordnung von Betreiberwahl und -vorauswahl prüfen muss, bevor Maßnahmen der Endkundenmarktregulierung getroffen werden müssen.²⁶⁴ Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung von Un-

²⁵⁸ In dem nach Manuskriptschluss angenommenen Gesetzbeschluss, BR-Drs. 200/04, wurde diese Vorschrift umfassenden Konkretisierungen unterzogen, die für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung aber wenig relevant sind.

²⁵⁹ Begründung zu § 19 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 89.

²⁶⁰ Begründung zu § 19 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 89. Zur Kategorie der telefonnahen Dienste siehe bereits oben, I. 2. d) (S. 26).

²⁶¹ Siehe auch die Begründung zu § 19 TKG-RegE, BR-Drs. 755/03, 89.

²⁶² Vgl. hierzu *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, passim; eingehend auch *Loetz/Neumann*, Das deutsche Telekommunikationsrecht zwischen funktionsfähigem und wirksamem Wettbewerb, *tkrecht.de – Kommunikationspolitisches Positionspapier #2*, abrufbar unter www.tkrecht.de/positionspapiere/positionspapier2.pdf (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004); *Loetz/Neumann*, German Law Journal 4 (12) 2003, 1307, abrufbar unter www.germanlawjournal.com/article.php?id=346 (zuletzt abgerufen am 8. 3. 2004).

²⁶³ Märkteempfehlung der Kommission v. 11. 2. 2003, ABIEG 2003 Nr. L 114, 45.

²⁶⁴ Aus dieser Norm und insbesondere der wenig ausgeprägten Ausgestaltung der „geeigneten regulatorischen Verpflichtungen“ (Abs. 1 a. E.) lässt sich durchaus schließen, dass dem Richtliniensetzgeber an einer Zurückführung der Endkundenmarktregulierung gelegen ist (in diesem Sinne, wenngleich weitergehend als der Normtext auch Erwägungsgrund 26 der Richtlinie). Entgegen der wohl vorherrschenden Ansicht

ternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Betreiberwahl im neuen Richtlinienrecht ist Art. 19 der Universaldienstrichtlinie. Die Ratio dieser Regelung erschließt sich aus dem Verhältnis der Vorleistungsregulierung zur Endkundenmarktregulierung innerhalb des neuen Rechtsrahmens. Art. 17 der Universaldienstrichtlinie ordnet an, dass die Regulierung von Diensten auf Endkundenmärkten regelmäßig erst dann erfolgen muss, wenn die Regulierung der Vorleistungsmärkte oder die zwingend vorgeschriebene Ermöglichung der Betreiberwahl gemäß Art. 19 der Universaldienstrichtlinie nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des Art. 8 der Rahmenrichtlinie geeignet erscheinen.

Die politisch gewollte Zurückführung einer durchgängigen Regulierung von Endkundendienstleistungsmärkten beruht demnach auf der Annahme, dass eine Regulierung der Vorleistungsmärkte in Kombination mit der Ermöglichung der Betreiberwahl im Orts- und Fernbereich regelmäßig geeignet sein wird, die Regulierungsziele des Gesamtrechtsrahmens zu erreichen. Bei der Regelung des Art. 19 der Universaldienstrichtlinie handelt es sich also keinesfalls um eine isoliert zu betrachtende Vorschrift zur Förderung des Dienstwettbewerbs. Die Ermöglichung der Betreiberwahl und der Betreiberwahl ist vielmehr essentieller und integraler Bestandteil des neuen Regulierungsrahmens.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausübung des ihr zustehenden Ermessens im Hinblick auf Vorabverpflichtungen, die der Ermöglichung von Internet-/Call-by-Call-Diensten dienen, bereits einer starken rechtlichen Bindung zur Anordnung von Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen unterliegt, die sich im Hinblick auf die Regulierungsziele des Art. 8 der Rahmenrichtlinie und die darauf auszurichtenden Vorabverpflichtungen nach Art. 12 der Zugangsrichtlinie angesichts der tatsächlichen Marktsituation in Deutschland zur Verpflichtung verdrängen dürfte.²⁶⁵

b) Besondere Missbrauchsaufsicht, § 40 TKG-RegE

Im neuen Telekommunikationsrecht wird die Vorschrift des § 40 TKG-RegE die Funktion des bisherigen § 33 TKG übernehmen. Die Norm soll vornehmlich dazu dienen, Behinderungsmissbrauch gegenüber Wettbewerbern auszuschließen. Dementsprechend kommen Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, als Adressaten entsprechender Verfügungen in Betracht, da nur bei diesen ein entsprechendes Diskriminierungspotential vermutet werden kann. Absatz 2 dieser Vorschrift stellt eine gesetzliche Vermutung dafür auf, dass ein Missbrauch von Marktmacht insbesondere dann vorliegt, wenn das marktmächtige Unternehmen Wettbewerber beim Zugang zu Vorleistungen diskriminiert. Diese Bestimmung entspricht weitestgehend dem heutigen § 33 TKG, wobei allerdings darauf verzichtet wurde, den Zugangsanspruch auf wesentliche Leistungen zu beschränken. Vielmehr erfasst § 40 Abs. 2 TKG-RegE nunmehr alle „intern genutzten oder ... am Markt“ angebotenen Leistungen. Obwohl der Verzicht auf die Prädikation „wesentlich“ begrüßenswert ist, dürfte auch die neue Fassung genügend Anlass zu dogmatischen Streitigkeiten liefern, da der Begriff der „intern genutzten Leistungen“ ebenfalls der Eingrenzung bedarf, diese

sich aus dem Wortlaut der Norm allerdings nicht unmittelbar erschließen lässt. Von entscheidender Bedeutung wird dabei die Bestimmung des systematischen Verhältnisses zwischen den Vorabverpflichtungen gemäß § 19 TKG-RegE und der besonderen Missbrauchsaufsicht sein. Hier spricht insbesondere der Rückgriff auf die richtlinienrechtlichen Vorgaben für ein anwendungsaus-schließendes Vorrangverhältnis etwaiger Zugangsverpflichtungen nach § 19 TKG-RegE.²⁶⁶

Durch die im Vergleich zum geltenden Recht weitaus differenziertere Ausgestaltung der Zugangsregulierung und insbesondere die Existenz des § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE kann mit hoher Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden, dass die besondere Missbrauchsaufsicht keine entscheidende Rolle als Rechtsgrundlage für die Anordnung von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen spielen wird.

3. Zwischenergebnis

Der neue EG-Rechtsrahmen ist auf eine differenzierte Zurückführung und Verfeinerung der Marktregulierung ausgerichtet und wird eine Fokussierung der Regulierung auf die Vorleistungsmärkte mit sich bringen, für die das neue System der Vorabverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht charakteristisch ist. Der Zugang zu Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen könnte dabei sowohl als Zugang zu Betriebsunterstützungssystemen als auch im Rahmen von Zusammenschaltungsanordnungen erfasst sein.

Unter Berücksichtigung der für den Endnutzer durch eine Nichtanordnung entstehenden Nachteile ist davon auszugehen, dass der Zugang zu Leistungen der Fakturierung und des Forderungserstzuges als Vorabverpflichtung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie zumindest für andere als Mehrwertdienste anzuordnen ist.

Mit § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE wird eine ausdrückliche Regelung über die Anordnung des Zugangs zu Leistungen der Fakturierung und des Forderungserstzuges Eingang in das TKG finden. Aufgrund der im Vergleich zum geltenden Recht weitaus differenzierteren Ausgestaltung der Zugangsregulierung und insbesondere der Existenz des § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE kann mit hoher Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden, dass die besondere Missbrauchsaufsicht keine entscheidende Rolle als Rechtsgrundlage für die Anordnung von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen im neuen deutschen Telekommunikationsrecht spielen wird.

kann aus Art. 17 Universaldienstrichtlinie allerdings nicht ohne Weiteres auf einen verbindlichen materiellen Vorrang der Vorleistungsregulierung geschlossen werden, vgl. dazu *König/Loetz/Neumann* (Fn. 262), S. 87 ff. (insbesondere auch Fn. 291).

²⁶⁵ Siehe auch bereits oben, I. (S. 27).

²⁶⁶ Zu einem alternativen Ansatz vgl. *Kühling* (Fn. 46), S. 224, der die Vorentwürfe zu § 40 Abs. 2 TKG-RegE als Umsetzung der Gleichbehandlungsverpflichtung nach Art. 10 der Zugangsrichtlinie versteht und daher das Verhältnismäßigkeitskriterium aus Art. 8 Abs. 4 S. 1 der Zugangsrichtlinie zur Anwendung bringen will, woraus die Notwendigkeit folge, auch im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht die Möglichkeiten einer Substituierung und Duplizierung als mögliche Zugangsbegrenzungsgründe zu beachten.

E. Zusammenfassung

Die alternative Zuordnung eines bestimmten Dienstes zum Anwendungsbereich des TKG oder des TDG richtet sich gemäß der ausdrücklichen Anordnung des § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG ausschließlich danach, ob es sich bei dem Dienst um einen Telekommunikationsdienst handelt. In diesem Fall ist das TKG, nicht aber das TDG anwendbar. Die Anwendbarkeit des TKG beziehungsweise das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes mit der Begründung zu verneinen, dass das TDG anwendbar beziehungsweise der betreffende Dienst ein Teledienst sei, ist daher rechtsmethodisch falsch.

Mit der Einstufung eines Dienstes als Regelungsgegenstand des Telekommunikations- bzw. Teledienstrechts wird allerdings zunächst nur ein Anknüpfungspunkt für den jeweiligen Regelungsbereich gewonnen. Dies schließt es nicht aus, dass einer der beiden Regelungsgebiete materielle Regelungen enthält, die der Sache nach auch auf solche Tätigkeiten übergreifen, welche ihrerseits gerade dem anderen Regelungsbereich zugeordnet sind. Vorschriften des TKG können daher beispielsweise auch Teledienste, Vorschriften des TDG (jedenfalls nach herrschender Meinung) auch Anbieter von Telekommunikationsdiensten erfassen.

Ob es sich bei einem Dienst um einen Telekommunikationsdienst im Sinne des TKG handelt, richtet sich ausschließlich danach, ob er im Angebot von Telekommunikation im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG besteht. Die Zusammenfassung mehrerer Telekommunikations- und Teledienste im Rahmen eines einheitlichen Leistungsangebotes hat dabei nicht die Konsequenz, dass es sich bei dem entstandenen Dienstebündel um einen neuen, eigenständigen Dienst handelt, der in seiner Gesamtheit als Telekommunikations- oder Teledienst einzustufen wäre. Vielmehr sind die einzelnen Dienste nach dem Kriterium der technischen Separierbarkeit zu unterscheiden. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem Schwerpunkt eines tatsächlichen Leistungsangebotes ist daher kein Raum. Die Schwerpunktthese ist mithin gesetzeswidrig.

Ein Internet-by-Call-Anbieter erbringt typischerweise im Rahmen eines einheitlichen Leistungsangebots gegenüber seinen Kunden verschiedene, technisch separierbare Internetzugangsdienste (im weiteren Sinne). Bei diesen handelt es sich jeweils um Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit gemäß § 3 Nr. 19 TKG. Der Nutzer nimmt im Rahmen der Internet-by-Call-Nutzung diese Dienste zwangsläufig in Anspruch. Die letztlich von dem Nutzer gewünschte Dienstleistung, auf welche der Nutzer über den ihm durch den Internet-by-Call-Anbieter eröffneten Internetzugang zugreift, beispielsweise also die Nutzung eines bestimmten WWW-Angebots, ist als solche von dem Dienstangebot des Internet-by-Call-Anbieters zu unterscheiden. Dieser ist selbst grundsätzlich nicht Anbieter der entsprechenden Dienstleistung. Vielmehr wird diese regelmäßig von anderen Anbietern gegenüber dem Nutzer erbracht.

Das Angebot des Internetzugangs durch einen Internet-by-Call-Anbieter stellt daher eine reine Telekommunikationsdienstleistung dar, die als gewerbliches Angebot für die Öffentlichkeit ohne weiteres dem § 33 Abs. 1 TKG unterfällt. Beim Angebot weiterer, über die Herstellung

des Internetzugangs hinausgehender eigener Informations- und Kommunikationsangebote sind Internet-by-Call-Anbieter jedem anderen Drittanbieter im Internet gleichzustellen, dessen Informations- und Kommunikationsangebote ebenfalls keinen Einfluss auf die Frage haben, ob es sich bei der Herstellung des Internetzugangs um eine Telekommunikationsdienstleistung im telekommunikationsrechtlichen Sinn handelt. Die überwiegenden Gründe sprechen außerdem dafür, dass auch das Angebot zeittaktabhängiger Mehrwertdienste auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG erfolgt.

Unabhängig davon ist die vom VG Köln vertretene Auffassung unzutreffend, dass § 33 Abs. 1 TKG nur dann Anwendung finden kann, wenn mittels der beehrten wesentlichen Leistung eine reine Telekommunikationsdienstleistung erbracht werden soll. Vielmehr ist hier aufgrund der von der Norm verlangten Betrachtung der tatsächlichen Marktverhältnisse von einer Schwerpunkttheorie auszugehen, nach der es hinreichend ist, wenn das Produkt für welches der Zugang zu Leistungen begehrt wird, soweit durch die typischen Merkmale von Telekommunikationsdienstleistungen geprägt ist, dass es dem entsprechenden Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit zuzuordnen ist.

Die Fakturierung von Internet-by-Call-Dienstleistungen sowie der Erstenzug des Rechnungsbetrags sind wesentliche Leistungen, auf deren Erbringung Internet-by-Call-Anbieter einen Anspruch nach § 33 Abs. 1 TKG haben. Die außergerichtliche und gerichtliche Beitreibung der Entgeltforderungen fällt hingegen nicht unter den Begriff der wesentlichen Leistungen im Sinne von § 33 Abs. 1 TKG, soweit die einzelnen Teilleistungen auch zur Durchsetzung von Forderungen auf anderen Waren- oder Dienstleistungsmärkten benötigt werden.

Fakturierungs- und Inkassoleistungen sind außerdem dem Zuführungsmarkt zuzuordnen und unterfallen, jedenfalls soweit sie marktüblich sind, der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG. Soweit die Vertragsparteien einer Zusammenschaltungsvereinbarung in diesem Punkt keine Einigung erzielen können und die Regulierungsbehörde nach § 37 Abs. 1 TKG angerufen wird, ist diese demnach verpflichtet, diese Leistungen in eine Zusammenschaltungsanordnung einzubeziehen.

Die sachliche Reichweite des künftigen Telekommunikationsrechts wird sich ausweislich des Regierungsentwurfes zum TKG anhand der Zentralbegriffe der Telekommunikationsdienste, des geschäftsmaßigen Erbringens von Telekommunikationsdiensten und der Telekommunikation bestimmen. Sie wird mit der sachlichen Reichweite des geltenden Telekommunikationsgesetzes übereinstimmen.

Auch das künftige Telekommunikationsgesetz wird keine Regelung zur Abgrenzung seines Geltungsbereiches von dem des Teledienstrechts enthalten. Da letzteres nicht novelliert werden wird, bleibt es daher künftig auch dabei, dass sich die Zuordnung einzelner Dienste zum telekommunikationsrechtlichen Regulierungsregime allein nach dem Telekommunikationsgesetz richtet.

Darüber hinaus wird das künftige Telekommunikationsrecht in einzelnen Vorschriften ausdrücklich telekommunikationsgestützte Dienste erfassen, die selbst keine Telekommunikationsdienste sind, sondern beispielsweise Teledienste sein können. Unter anderem wird auf diese Weise auch im Rahmen der Fakturierung und des Forderungsersteinzugs die Auferlegung telekommunikationsrechtlicher Verpflichtungen mit Blick auf solche Dienste ermöglicht werden.

Der neue EG-Rechtsrahmen ist auf eine differenzierte Rückführung und Verfeinerung der Marktregulierung ausgerichtet und wird eine Fokussierung der Regulierung auf die Vorleistungsmärkte mit sich bringen, für die das neue System der Vorabverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht charakteristisch ist. Der Zugang zu Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen könnte dabei sowohl als Zugang zu Betriebsunterstützungssystemen als auch im Rahmen von Zusammenschaltungsanordnungen erfasst sein.

Unter Berücksichtigung der für den Endnutzer durch eine Nichtanordnung entstehenden Nachteile ist davon auszugehen, dass der Zugang zu Leistungen der Fakturierung und des Forderungsersteinzugs als Vorabverpflichtung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie zumindest für andere als Mehrwertdienste anzuordnen ist.

Mit § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE wird eine ausdrückliche Regelung über die Anordnung des Zugangs zu Leistungen der Fakturierung und des Forderungsersteinzugs Eingang in das TKG finden. Aufgrund der im Vergleich zum geltenden Recht weitaus differenzierteren Ausgestaltung der Zugangsregulierung und insbesondere der Existenz des § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RegE kann mit hoher Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden, dass die besondere Missbrauchsaufsicht keine entscheidende Rolle als Rechtsgrundlage für die Anordnung von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen im neuen deutschen Telekommunikationsrecht spielen wird.



Professor Dr. Christian Koenig, LL.M.

Jahrgang 1961. Der Autor ist seit dem 1. 4. 1999 Direktor am ZEI der Universität Bonn. LL.M.-Abschluss an der London School of Economics (1986), Promotion (1988), Habilitation (1993). *Christian Koenig* war Professor an den Universitäten Mainz und Marburg, bevor er die Leitung der Abteilung „Politische, rechtliche und institutionelle Fragen“ am ZEI übernommen hat, die sich unter anderem mit der Regulierung der Telekommunikation und der Neuen Medien durch europäisches Gemeinschaftsrecht befasst. *Koenig* ist Ständiger Mitarbeiter der EWS und der K&R sowie Buchautor im Verlag Recht und Wirtschaft.



Andreas Neumann

ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Zuvor war er an der Forschungsstelle für Rechtsinformatik der Universität Marburg beschäftigt. Er arbeitet am „German Cyberlaw Project“ mit und ist Mitglied im Redaktionsteam von artikel5.de.

Hinweis der Redaktion:

Diese Beilage ist auch gesondert erhältlich. Einzelpreis € 7,-. Staffelpreise bei Mengenbezug ab 10 Exemplare auf Anfrage beim Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Postfach 10 59 60, 69049 Heidelberg.