

h) Übermittlung der Kundendaten bei Zahlungsverzug

Für den Fall, daß der Kunde der in der Rechnung enthaltenen Aufforderung zur Zahlung an die Zahlstelle eines Verbindungsnetzbetreibers nicht nachkommt und auch nicht an den Rechnungsersteller zahlt, ist der Rechnungsersteller gemäß § 15 Abs. 1 S. 5 TKV verpflichtet, dem Verbindungsnetzbetreiber auf Anforderung die erforderlichen Kundendaten, falls noch nicht bekannt, zu übermitteln. Diesem obliegt es dann, seine Forderungen von der Mahnung bis zur gerichtlichen Eintreibung geltend zu machen bzw. Einwendungen des Kunden gegen die Entgeltforderung entsprechend den Vorschriften der TKV zu bearbeiten.

i) Keine Erweiterung der Pflichten durch § 15 Abs. 2 TKV

Demgegenüber kommt § 15 Abs. 2 TKV praktisch nur eine völlig untergeordnete Bedeutung zu. Abs. 2 wurde auf Vorschlag des Bundesrats in die TKV eingefügt. Zur Begründung führte der Bundesrat aus:

„Der Bundesrat ist der Auffassung, daß bei einer nur teilweisen Begleichung der Rechnung durch den Kunden im Zweifel davon auszugehen ist, daß die Zahlung auf die Forderungen der einzelnen Anbieter entsprechend ihrem Anteil an der Gesamtforderung erfolgt. Diese Regelung ist klarer als die Anwendung des ansonsten einschlägigen § 366 BGB. Die Anwendung des § 366 BGB würde bei den betroffenen Telekommunikationsunternehmen aller Voraussicht nach zu einem unnötigen Verwaltungsaufwand führen, weil diese ihre Forderungen hinsichtlich Fälligkeit, Sicherheit, Lästigkeit und Alter miteinander vergleichen müßten. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung entspricht § 15 Abs. 2 S. 2 der Entwurfsfassung der TKV vom 28. 4. 1997 und beläßt dem Kunden die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, welche Forderung vorrangig getilgt wird. Die Regelung tritt nur bei Zweifeln ein.“⁵³

Der Bundesrat geht richtigerweise davon aus, daß die Regelung nur im Fall der teilweisen Zahlung auf die Gesamtsumme der Forderungen greift. Denn für den Fall völlig

ausbleibender Zahlung des Kunden gibt es zum einen nichts zu verteilen, zum anderen obliegt das Risiko des Zahlungsausfalls infolge Vermögenslosigkeit des Kunden – falls keine Inkassoession zwischen den Anbietern vereinbart wurde – ohnehin jedem einzelnen Anbieter für seine Forderung, da bei Ausbleiben der freiwilligen Zahlung auf erste Anforderung in der Sammelrechnung jeder Anbieter für seine Forderung getrennt das Inkasso betreibt. Auch bei teilweiser Zahlung wird die Regelung in der Praxis kaum greifen. Denn der Rechnungsersteller wird in der Regel seinen Teil der Forderung per Einzugsermächtigung einziehen. Diesbezüglich liegt eine abweichende Leistungsbestimmung des Kunden in der Erteilung der Einzugsermächtigung. Auch soweit der Kunde einen Betrag überweist, der zahlenmäßig exakt dem Betrag der Forderung eines der verschiedenen Anbieter entspricht, wird darin eine Leistungsbestimmung durch schlüssiges Verhalten zu sehen sein.⁵⁴ Nach Entstehungsgeschichte und Willen des Ordnungsgebers läßt sich dem Abs. 2 hingegen keine Erweiterung der Pflichten des Rechnungserstellers entnehmen.

6. Ergebnis zu § 15 TKV

Sofern die Anbieter keine zusätzlichen vertraglichen Pflichten im Verhältnis zueinander eingehen, kann der Rechnungsersteller seine Mindestverpflichtungen zur Fakturierung, Entgegennahme von Geldern und Übermittlung von Daten gemäß § 15 TKV durch Erstellung einer Sammelrechnung erfüllen, in der für den Rechnungsersteller und jeden Verbindungsnetzbetreiber gesondert dessen jeweilige Gesamtforderung unter Angabe der jeweils zutreffenden Zahlstelle angegeben wird. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zum Angebot von Inkassodienstleistungen für Verbindungsnetzbetreiber besteht gemäß § 15 TKV nicht.

⁵³ BT-Drs. 13/9720.

⁵⁴ Vgl. Leo, K&R 1998, 381 ff., 384 f.

Rechtsnatur und Inhalt der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., und Sascha Loetz, Bonn*

Die folgende Abhandlung widmet sich der Rechtsnatur der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG. Dabei werden Wirkung und Funktion dieses Instruments sowohl innerhalb des Telekommunikationsrechts als auch des Verwaltungsrechts dogmatisch eingeordnet. So wird dargelegt, daß die Zusammenschaltungsanordnung die Konstruktion eines „angeordneten Vertrags“ nahelegt. Auch wird aufgezeigt, daß sich die Zusammenschaltungsanordnung auf ein konkretes Zusammenschaltungsbegehren mit der Folge bezieht, daß spätere pri-

vatautonome Vertragsänderungen nicht mehr von der Anordnung erfaßt werden. Wenn sich die Entscheidungs- und Bindungswirkung der Zusammenschaltungsanordnung nur auf den im Zeitpunkt der behördlichen Anordnung bestehenden Dissens der Parteien bezieht, wäre es konsequent, das Vertragsverhältnis der Parteien nur in seiner Entstehung, nicht aber in seinem Bestand als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

* Die Autoren stellen wir Ihnen auf S. VIII vor.

I. Gesetzeszweck: Wettbewerbsförderung

Zu den Gesetzeszwecken des Telekommunikationsgesetzes¹ gehört die Förderung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (§ 1 TKG) durch Regulierung der Telekommunikation (vgl. § 2 Nr. 2 TKG). Der zunächst befremdliche Ansatz, Wettbewerb durch Regulierung zu fördern, findet seine sachliche Rechtfertigung im vormaligen Fehlen eines Wettbewerbsmarkts für Telekommunikationsdienstleistungen. Formell wurden die Voraussetzungen für die Entstehung von Wettbewerb erst mit dem Wegfall des Sprachdienstmonopols am 1. 1. 1998 geschaffen. Rechtliche Marktzutrittsschranken wurden so beseitigt; die sich aus der nach wie vor marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Telekom AG ergebenden faktischen Marktzutrittschranken bestehen dagegen fort². Die regulatorischen Vorschriften des TKG setzen bei diesem Ungleichgewicht an und sollen die marktbeherrschende Stellung angreifbar machen (asymmetrische Regulierung³) und deren Mißbrauch verhindern.

Zweck der Regelungen ist nicht die hoheitliche Allokation von Ressourcen, sondern die Schaffung eines Wettbewerbsumfelds, in dem die Leistungserbringung zwischen den Wettbewerbern und gegenüber dem Verbraucher möglichst weitgehend auf privatautonomen Vereinbarungen beruht. Die Marktmechanismen von Angebot und Nachfrage sollen also nicht durch hoheitliche Intervention ersetzt werden. Staatliche Eingriffe in die Telekommunikationsmärkte dienen vielmehr der Kompensation von ungleichen Verhandlungspositionen, die durch die marktbeherrschende Stellung einzelner Unternehmen verursacht werden. Damit konkretisiert das TKG den Verfassungsauftrag des Art. 87 f Abs. 2 GG, durch den der Gesetzgeber verpflichtet wird, Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zu schaffen⁴. Aufgrund der kaum zu überschätzenden wirtschaftlichen Bedeutung von Netzzugang und Netzzusammenschaltung sind die Bestimmungen des vierten Teils des TKG von herausragender Bedeutung für die Schaffung von Wettbewerb⁵.

II. Begriff der Zusammenschaltung im TKG

Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 24 TKG „ist ‚Zusammenschaltung‘ derjenige Netzzugang, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschlossen sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen“.

Diese Zusammenschaltungsdefinition entspricht weitestgehend der Definition des Art. 2 Abs. 1 a) RL 97/33/EG (Zusammenschaltungsrichtlinie)⁶. Eine abweichende, weiter gefaßte Definition der Zusammenschaltung, die auch die Anschaltung von Endgeräten umfaßt, findet sich in Art. 1 Abs. 1 RL 90/388/EWG⁷ i. d. F. der Änderungsrichtlinie 96/13/EG⁸. Auch nach Erlaß der Zusammenschaltungsrichtlinie gilt diese Regelung weiter⁹. Eine entsprechende Anpassung des § 3 Nr. 24 TKG¹⁰ durch richtlinienkonforme Auslegung muß aber an der Überschreitung des Wortlauts der Norm scheitern.

Die Zusammenschaltung gewährleistet die „physische und logische Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen“ (Netzzugang, § 3 Nr. 9 TKG). Der Begriff des Netzzugangs wird in § 35 Abs. 1 TKG weiter unterschieden in einen allgemeinen Netzzugang „über für sämtliche Nutzer bereitgestellte Anschlüsse“ und einen besonderen Netzzugang. Der allgemeine Netzzugang – dessen häufigster Fall der herkömmliche Telefonanschluß ist – dient in der Regel der Anbindung von Endgeräten und macht normalerweise nicht die technischen Funktionen verfügbar, um Netze i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG miteinander zu verbinden. Die Zusammenschaltung stellt also regelmäßig¹¹ einen Sonderfall des besonderen Netzzugangs dar.

III. Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG

Die Vorschrift des § 37 Abs. 1 S. 1 TKG ermächtigt die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zur Anordnung der Netzzusammenschaltung. Unter der amtlichen Überschrift „Zusammenschaltungspflicht“ ist diese Regelung in den vierten Teil des TKG („Offener Netzzugang und Zusammenschaltungen“¹²) eingefügt und schließt sich an die Vorschriften zum Netzzugang (§ 35 TKG) und die besondere Mißbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen (§ 33 TKG) an. Nach richtiger Ansicht bildet § 33 TKG den Grundtatbestand des vierten Teils¹³, nach dem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die eine marktbeherrschende Stellung innehaben, einer besonderen Mißbrauchsaufsicht hinsichtlich ihrer „intern genutzten und [...] am Markt angebotenen Leistungen“ unterliegen, so-

1 Telekommunikationsgesetz v. 25. 7. 1996 (BGBl. I, 1120).

2 Krit. *Moritz*, Schwächen der TK-Liberalisierung, CR 1998, 13 ff.

3 *Hefekäuser/Dreier*, Der gesetzliche Rahmen für Netzzugang und Netzzusammenschaltung, CR 1997, 110, 111; a. A. *Engel*, Der Weg der deutschen Telekommunikation in den Wettbewerb, MMR-Beil. 3/1999, 7.

4 Vgl. *Windthorst*, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 87 f Rn. 27.

5 *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Aufl. 1997, § 2 Rn. 12.

6 ABl. L 199 v. 26. 7. 1997, 32, zuletzt geändert durch RL 98/61 v. 3. 10. 1998 (ABl. L 268, 37).

7 ABl. L 192 v. 24. 7. 1990, 10.

8 ABl. L 74 v. 22. 3. 1996, 13.

9 Vgl. auch *van Miert*, Probleme der wettbewerblichen Öffnung von Märkten mit Netzstrukturen aus europäischer Sicht, WuW 1998, 7, 13.

10 Vgl. etwa *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 5), § 35 Rn. 19.

11 Daß etwa auch die Anschaltung von Telefonanlagen mit mehreren Endgeräten über einen allgemeinen Netzzugang die technischen Voraussetzungen der Zusammenschaltung i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG erfüllen kann, soll im folgenden ausgeklammert werden.

12 Die Bezeichnung „Offener Netzzugang“ geht auf die EG-rechtlichen Vorgaben der RL 90/387/EWG (ONP – Open Network Provision) v. 28. 6. 1990 (ABIEG Nr. L 192, 1) zurück, auf die in den §§ 33 bis 35 TKG Bezug genommen wird.

13 So auch *Tschentscher/Neumann*, Das telekommunikationsrechtliche Regulierungsverfahren – Verfahrensfragen. Mißbrauchsaufsicht. Entbündelung, BB 1997, 2437, 2445. A. A. unter Verzicht auf einen asymmetrischen Regulierungsansatz *Engel/Knieps*, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen, 1998, S. 57.

weit diese Leistungen „wesentlich sind“. Für die Gewährung von Netzzugang (§ 35 TKG) und wiederum als deren Unterfall der Zusammenschaltung wird dieser Grundsatz im TKG sodann näher ausgestaltet.

Weitere Regelungen die Zusammenschaltung betreffend enthält die auf den §§ 35 Abs. 5, 37 Abs. 3 TKG beruhende Netzzugangsverordnung (NZV)¹⁴, der sich bezüglich der Zusammenschaltungsanordnung allerdings keine entscheidenden Hinweise entnehmen lassen. Die Vorschrift des § 9 NZV gestaltet das Verfahren näher aus und begründet etwa ein Schriftformerfordernis für die Anrufung, die Beschränkung der Regulierungsbehörde auf die Anrufungsgründe und die Widerruflichkeit eines Antrags nach § 37 Abs. 1 TKG. Die Systematik des vierten Teils des TKG setzt jedenfalls voraus, daß Zusammenschaltungen regelmäßig ohne hoheitliche Einwirkung durch privatrechtliche Vereinbarung zustande kommen sollen.

1. Tatbestandsseite des § 37 Abs. 1 TKG

Auf der Tatbestandsseite setzt § 37 Abs. 1 TKG voraus, daß

- Verhandlungen über eine Zusammenschaltung zwischen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze stattgefunden haben (vgl. § 36 TKG),
- bisher keine Vereinbarung über eine Zusammenschaltung zustande gekommen ist und
- einer der Beteiligten einen Antrag auf Anordnung der Zusammenschaltung bei der Regulierungsbehörde gestellt hat.

a) Gescheiterte Verhandlungen

Mit dem Erfordernis von vorangegangenen, aber erfolglos gebliebenen Verhandlungen zwischen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze entspricht § 37 TKG dem Primat einer privatautonen Regelung, der auch die Verhandlungspflicht des § 36 TKG dient. Um den Anforderungen des § 37 TKG zu genügen, sind zumindest von der Nachfrageseite ernsthafte Bemühungen um eine vertragliche Lösung erforderlich¹⁵. Würde man darüber hinaus das tatsächliche Stattfinden von Verhandlungen zum Tatbestandsmerkmal erheben, so läge es in der Hand der Angebotsseite, durch Verweigerung den Weg zum Antrag nach § 37 Abs. 1 TKG zu erschweren¹⁶.

b) Fehlende Vereinbarung über Zusammenschaltung

Die Regelung des § 37 Abs. 2 TKG sichert den Vorrang der Verhandlungslösung i. S. d. § 36 TKG und läßt sich als Ausprägung der Vertragsfreiheit deuten¹⁷. Die Zusammenschaltungsanordnung ist insofern subsidiär, als daß sie nur „soweit und solange“ möglich ist, wie eine vertragliche Vereinbarung nicht getroffen wird (§ 37 Abs. 2 TKG). Eine Anordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG ist demnach auch als Teilanordnung¹⁸ möglich, die sich nur auf die strittigen Vereinbarungspunkte bezieht. § 9 Abs. 4 NZV betont hierzu abermals die Beachtung der unternehmerischen Freiheit der Netzbetreiber im Zusammenschaltungsverfahren. Einer solchen Einordnung der Zusammenschaltungsanordnung als *ultima ratio* entspricht auch die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 9 Abs. 6

RL 97/33 EG, die eine Zusammenschaltungsanordnung als Ausnahme vorsieht.

c) Antragsfordernis

§ 37 Abs. 1 S. 1 TKG sieht einen verfahrenseinleitenden Antrag vor. Dies wird durch § 9 Abs. 2 NZV um das Erfordernis der schriftlichen Begründung ergänzt. An den Substantiierungsgrad dieser Begründung werden nicht nur durch die Hinweise des BMPT zur Zusammenschaltung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen¹⁹ hohe Anforderungen gestellt. Aus der in § 9 Abs. 3 NZV geregelten Bindung der Regulierungsbehörde an die Anrufungsgründe wird sich vielmehr ein Eigeninteresse des Antragstellers ergeben, sein Begehren schlüssig vorzutragen.

Abzugrenzen ist im übrigen das Schlichtungsverfahren nach § 8 NZV. Im Gegensatz zum Verfahren der Zusammenschaltungsanordnung kommt dieses Verfahren nur zur Anwendung, wenn ein Beteiligter ein Unternehmen i. S. d. § 35 Abs. 1 TKG ist und beide Verhandlungsparteien die Regulierungsbehörde anrufen.

2. Rechtsfolgenseite

Liegen die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 TKG vor, so „ordnet die Regulierungsbehörde [...] die Zusammenschaltung“ unter Beachtung des Abs. 2, also „soweit und solange die Beteiligten keine Zusammenschaltungsvereinbarung treffen“, an. Der Wortlaut des § 37 Abs. 1 S. 1 TKG darf allerdings nicht dahingehend mißverstanden werden, daß die Regulierungsbehörde in jedem Fall verpflichtet wäre, dem Antrag auf Zusammenschaltung stattzugeben. Der Verweis des § 37 Abs. 3 S. 3 TKG auf § 35 Abs. 2 TKG bestätigt vielmehr, daß die Regulierungsbehörde den Zusammenschaltungsantrag auf die Vereinbarkeit mit dem TKG zu überprüfen hat²⁰ und diesem gegebenenfalls nur teilweise oder gar nicht stattzugeben hat²¹. Mit der Feststellung, daß die Zusammenschaltungsanordnung als Verwaltungsakt ergeht (vgl. § 73 Abs. 1 S. 2 TKG), entläßt das Gesetz den Betrachter aus der Enge eindeutiger Regelungsgehalte.

a) Personeller Anwendungsbereich: Adressaten einer Zusammenschaltungsanordnung

aa) Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze mit marktbeherrschender Stellung

Ausweislich des Wortlauts des § 37 Abs. 1 TKG sind Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze berechtigt, die Zusammenschaltung zu beantragen. Durch einen solchen Antrag werden die Beteiligten dieses Verwaltungs-

14 VO über besondere Netzzugänge (Netzzugangsverordnung) v. 23. 10. 1996 (BGBl. I, 1568).

15 Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 1; vgl. z. B. auch die Entscheidung der Beschlußkammer 4 der RegTP v. 30. 10. 1998, MMR 1999, 52, 54.

16 Denkbar wäre für einen solchen Fall eine klageweise Verpflichtung der anderen Seite, der Verhandlungspflicht aus § 36 TKG nachzukommen, um so die Antragsfordernisse des § 37 Abs. 1 TKG zu erfüllen.

17 Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 4 f.

18 Scherer, Die Entwicklung des Telekommunikationsrechts in den Jahren 1996 und 1997, NJW 1998, 1607, 1612.

19 Vfg. 104/1997, ABl. BMPT II/97 v. 30. 4. 1997, 603, dort Punkt IV. 3.

20 Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 7.

21 Die Anzahl möglicher Einschränkungsgünde wird durch die Anwendbarkeit des § 35 Abs. 2 TKG allerdings stark reduziert.

verfahrens bestimmt, so daß sich hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs des § 37 TKG zunächst keine Probleme ergeben sollten. Und auch die systematische Stellung des § 37 TKG in direkter Folge des § 36 TKG legt den Schluß nahe, daß der zur Verhandlung i. S. d. § 36 TKG verpflichtete Personenkreis identisch ist mit dem Kreis potentieller Adressaten einer Zusammenschaltungsanordnung²². In der Literatur finden sich hingegen Stellungnahmen, die gegen den insofern eindeutigen Wortlaut der §§ 36, 37 TKG die Zusammenschaltungsanordnung auf Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze beschränken wollen, die über eine marktbeherrschende Stellung verfügen²³. Diese Einschränkung wird vornehmlich auf § 35 Abs. 1 S. 3 TKG gestützt, der eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung nur für marktbeherrschende Unternehmen begründet. Darüber hinaus soll es nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein, wirtschaftlich schwächere Unternehmen mit dem technischen und administrativen Aufwand einer Netzzusammenschaltung zu belasten²⁴.

Diese teleologische Reduktion des personellen Anwendungsbereichs des § 37 Abs. 1 TKG erscheint bedenklich. Eine solche Gesetzesauslegung *contra legem* kann nicht auf nur schwer nachweisbare, subjektiv-historisch verortete Zweckmäßigkeitserwägungen und auf einen scheinbaren Widerspruch zwischen § 35 Abs. 1 S. 3 TKG und den §§ 36, 37 TKG gestützt werden. Die Vorschrift des § 35 Abs. 1 S. 3 TKG verdichtet die nach § 36 S. 1 TKG ohnehin bestehende Verhandlungspflicht zur Zusammenschaltungspflicht²⁵ und gewährt dem die Zusammenschaltung begehrenden Unternehmen mittelbar ein Recht auf Zusammenschaltung: Mit der Pflicht zur Zusammenschaltung korrespondiert ein Recht auf Zusammenschaltung, welches von der Regulierungsbehörde im Rahmen eines Verfahrens nach § 37 Abs. 1 TKG zu beachten ist. Das TKG folgt auch hier den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die unmittelbar nur die Verpflichtung und nicht das Recht auf Zusammenschaltung vorsehen²⁶.

bb) Nicht-marktbeherrschende Betreiber

Ist hingegen die Angebotsseite kein Unternehmen i. S. d. § 35 Abs. 1 TKG, so besteht zumindest keine wettbewerbsrechtlich begründete Pflicht zur Zusammenschaltung. Eine weniger weitreichende Pflicht zur Zusammenschaltung läßt sich für diese Fälle aus § 36 S. 2 TKG, also aus technisch-qualitativen Gesichtspunkten²⁷, herleiten. Dieses Verständnis der Regelung trifft die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 9 Abs. 6 RL 97/33/EG, der eine Anordnung der Zusammenschaltung „im Interesse der Nutzer“ und zur Wahrung „wesentlicher öffentlicher Interessen“ zuläßt.

Eine gegenteilige Ansicht würde zu dem außer Acht lassen, daß die Zusammenschaltung nicht nur dem wettbewerbspolitischen Ziel des Absenkens von Marktzutrittschürden dient, sondern auch einen technisch effizienten Netzausbau gewährleisten soll. Dieses Ziel hat seinen Niederschlag nicht nur in der Vorgabe des § 36 S. 2 TKG gefunden, sondern wird *e contrario* durch die Möglichkeit, den Netzzugang nur aus nicht-wirtschaftlichen Gründen zu verweigern (vgl. die Verweise auf die ONP-Kriterien in den §§ 33, 35 TKG), bestätigt.

Die Regelung des § 35 Abs. 1 S. 3 TKG fügt sich demnach in die Systematik des vierten Teils des TKG ein, ohne daß eine Auslegung *contra legem* erforderlich wäre. Dem eindeutigen Wortlaut der §§ 36, 37 TKG folgend, kann die Regulierungsbehörde nach § 37 Abs. 1 TKG auch die Zusammenschaltung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen nicht-marktbeherrschender Betreiber anordnen. Hierin liegt im übrigen auch keine Abweichung von den EG-rechtlichen Vorgaben. Der Kreis der zur Zusammenschaltung verpflichteten Unternehmen wird nach den Vorgaben des Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 97/33/EG nicht durch die Position der beteiligten Unternehmen am Markt eingeschränkt²⁸.

Demgegenüber besteht eine Verpflichtung zur Gewährung von besonderem Netzzugang nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (Art. 4 Abs. 2 RL 97/33/EG) nur für Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Regelung des TKG folgt also den Richtlinienvorgaben zumindest insoweit²⁹, daß nicht die Marktmacht des Unternehmens für eine Zusammenschaltungsanordnung entscheidend ist. Hierin liegt auch keinesfalls eine Durchbrechung des oben skizzierten Stufenverhältnisses zwischen besonderem Netzzugang und Zusammenschaltung, denn mit einer technischen Systematisierung derselben als spezielle Form des Netzzugangs ist noch nichts über die rechtliche Behandlung ausgesagt.

Auch die Regelung des hinsichtlich der Normqualität (Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung³⁰) umstrittenen § 39 TKG paßt sich in die Systematik des vierten Teils des TKG ein, wenn man eine Zusammenschaltungsanordnung auch gegenüber nicht-marktbeherrschenden Unternehmen für möglich hält. Die Annahme einer Rechtsgrundverweisung ist für Zusammenschaltungsanordnungen nämlich noch evidenter, wenn eine durchgängige *ex ante*-Regulierung von Entgelten wie bei der Zusammenschaltung zwischen zwei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen mit dem Gesetzeszweck kaum mehr in Einklang zu bringen wäre.

cc) Befugnis der Regulierungsbehörde zur Intervention

§ 37 Abs. 1 S. 1 TKG beschränkt den Kreis der Antragsberechtigten auf die in Verhandlung befindlichen Unternehmen. Eine Befugnis der Regulierungsbehörde zu einem Einschreiten von Amts wegen ist im vierten Teil des TKG nicht vorgesehen. Art. 9 Abs. 3 RL 97/33/EG sieht dagegen ausdrücklich vor, daß die nationalen Regulie-

22 Hefekäuser/Dreier, CR 1997, 111; Rieher, Konfliktlösung bei Netzzugang und Zusammenschaltung in der Telekommunikation, MMR 1998, 59, 62; Schwintowski, Ordnung und Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten, CR 1997, 630, 635.

23 Elting-Ernst, TKG, 1. Aufl. 1996, § 37 Rn. 1.

24 I. d. S. auch Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 6.

25 Rieher, MMR 1998, 60.

26 Scherer, Telecommunication Laws in Europe, 4. Aufl. 1998, S. 27.

27 Piepenbrock (Fn. 10), § 36 Rn. 6.

28 Scherer (Fn. 26), S. 27.

29 Auf die Diskrepanz zwischen TKG und Richtlinienvorgaben hinsichtlich der fehlenden Unterscheidung zwischen marktstarken und marktbeherrschenden Unternehmen, soll im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden.

30 Vgl. einerseits Fuhr/Kerkhoff, Entgelte für die Gewährung von Netzzugang gemäß § 39 TKG, NJW 1997, 3209, 3211; andererseits RegTP, Entscheidung der Beschlußkammer 4 v. 31. 7. 1998, MMR 1998, 681 ff.

rungsbehörden die Kompetenz haben müssen, jederzeit auch von Amts wegen zur Einhaltung der in Art. 9 Abs. 1 RL 97/33/EG genannten Gründe einschreiten zu dürfen.

Allerdings ist der Regulierungsbehörde in § 71 TKG die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des TKG zugewiesen. Hieraus – im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung – auf eine Befugnis der Regulierungsbehörde zur Intervention in laufende Zusammenschaltungsverhandlungen ohne entsprechenden Antrag einer Partei zu schließen, dürfte allerdings den Gesetzeswortlaut des § 37 Abs. 1 TKG übersteigen und den in den §§ 36, 37 TKG enthaltenen Vorrang privatautonomer Regelungen unterlaufen. Gerade dieser Vorrang setzt voraus, daß hoheitliche Maßnahmen nur bei sicherem Scheitern einer vertraglichen Lösung eingreifen sollen. Der Regulierungsbehörde ist also gerade nicht die Aufgabe übertragen, in laufende Zusammenschaltungsvereinbarungen einzugreifen. Eine solchermaßen „richtlinienkonforme“ Auslegung des § 71 TKG würde also nicht die dort begründeten Eingriffsbefugnisse, sondern die der Behörde zugewiesenen Aufgaben erweitern und damit die Grenzen der Ermittlung einer vorzugswürdigen Auslegung des nationalen Rechts überschreiten. Damit ist hier von einem Umsetzungsdefizit³¹ im TKG auszugehen³².

An diesem Ergebnis vermag auch der Verweis innerhalb der Verordnungsermächtigung des § 35 Abs. 5 S. 3 TKG auf die ONP-Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, zu denen auch die Richtlinie 97/33/EG gehört, nichts zu ändern. Die Regelung hat zunächst nur deklaratorische Natur und erkennt (erfreulicherweise) den normhierarchisch begründeten Anwendungsvorrang von EG-Richtlinien an³³. Für den Gesetzgeber ergibt sich nicht nur die Bindung an, sondern auch die Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien ohnehin aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht (Art. 249 Abs. 3 EGV/Amsterdam, ex-Art. 189 Abs. 3 EGV). Will man die Beachtlichkeit von Richtlinien i. S. d. § 35 Abs. 5 S. 3 TKG vernünftigerweise nicht der Umsetzung gleichstellen³⁴, so reicht die Wirkung dieser Vorschrift nicht über die vom EuGH gezogenen Grenzen einer horizontalen Richtlinienwirkung hinaus. Im Kontext der Verordnungsermächtigung des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG ist dieser Verweis auch eher als an den Verordnungsgeber gerichtet zu lesen³⁵.

b) Sachlicher Anwendungsbereich: Inhalt einer Zusammenschaltungsanordnung

Weder § 37 TKG noch § 9 NZV ist zu entnehmen, welche Regelungen Gegenstand einer Zusammenschaltungsanordnung sein können. Eindeutig feststellbar ist hingegen das Ziel einer Anordnung nach § 37 Abs. 1 TKG, nämlich die Zusammenschaltung, also die „physische und logische Verbindung“ von Telekommunikationsnetzen. Damit ist ein nur tatsächlicher Zustand beschrieben, der die Annahme nahelegen könnte, die Regulierungsbehörde sei lediglich befugt, die technischen Voraussetzungen einer Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen durchzusetzen³⁶. Schließlich scheint § 37 TKG damit auf die Definition der Zusammenschaltung in § 3 Nr. 24 TKG zu verweisen, die nur die technische Seite beschreibt.

Hierbei würde allerdings übersehen, daß dem Vorrang einer privatautonomeren Vereinbarung (§ 37 Abs. 1 TKG) vor dem Hintergrund der Zusammenschaltungspflicht des § 35 Abs. 1 S. 3 TKG und der Verhandlungspflicht des § 36 S. 1 TKG hinsichtlich des „Ob“ einer Zusammenschaltung nur noch untergeordnete Bedeutung zukommt. Im Lichte des Art. 4 Abs. 1 RL 97/33/EG ist § 36 TKG nämlich zumindest so zu lesen, daß eine Pflicht zu erfolgreichen Verhandlungen besteht³⁷. Die Beschränkung eines ausgestalteten Anordnungsverfahrens auf die Durchsetzung einer gesetzesunmittelbaren Verpflichtung wäre kaum verständlich³⁸. Im übrigen erstreckt auch Art. 3 Abs. 1 RL 97/33/EG die Zusammenschaltungsvereinbarung auf technische und kommerzielle Aspekte. Zieht man darüber hinaus die in Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV aufgeführten Soll-Bestandteile³⁹ von Vereinbarungen über den besonderen Netzzugang hinzu, so finden sich dort nicht nur technische, sondern auch kommerzielle Vereinbarungsgegenstände (etwa lit. a, j, k, l, p)⁴⁰.

Wenig verständlich wäre auch, wenn die Regulierungsbehörde aufgrund von § 39 TKG zur Entgeltgenehmigung bei Zusammenschaltungsvereinbarungen verpflichtet wäre, im Rahmen von Zusammenschaltungsanordnungen hingegen auf die Regelung der technischen Seite beschränkt würde. Dementsprechend findet sich auch in den Hinweisen des BMPT zur Zusammenschaltung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen⁴¹ unter Punkt IV. 3. die Klarstellung, daß sich die Begründung der Anrufung auf die „vertraglichen (einschließlich der technischen und betrieblichen) Bedingungen“ erstrecken muß. Das – bei Erlass der Hinweise noch zuständige (vgl. § 98 S. 1 TKG) – Bundesministerium für Post und Telekommunikation ging also gerade entgegengesetzt davon aus, daß die kommerziellen Komponenten im Mittelpunkt der Zusammenschaltungsanordnung stehen. Dies steht im Einklang mit der Substitutionsfunktion, die der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 2 S. 1 TKG für defizitäre vertragliche Regelungen zukommt.

31 I. E. auch *Gramlich*, Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen, CR 1997, 65, 69.

32 Die Europäische Kommission hat in ihrem vierten Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor (http://europa.eu.int/comm/dg04/lawliber/en/com1998594_ann25.pdf) dementsprechend auch moniert, daß die deutsche Regelung die Kompetenzen der Regulierungsbehörde bei Zusammenschaltungsanordnungen nicht genau festschreibe, vgl. dort Annex 4, S. 57.

33 A. A. i. S. einer konstitutiven Wirkung, die zu einer gesteigerten Bindung an den Richtlinien text führen soll: *Piepenbrock* (Fn. 10), § 35 Rn. 40.

34 Die vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik statischer (z. B. § 33 Abs. 1 S. 2 TKG) oder dynamischer (z. B. § 35 Abs. 5 S. 3 TKG) Verweise auf Richtlinien stößt hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien ohnehin auf Bedenken. Ohne eine konkretisierende Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht dürften die entsprechenden Regelungen kaum den Maßstäben des EuGH an eine effiziente Umsetzung genügen; eine „Generaltransformation“ ist jedenfalls nicht hinreichend.

35 So auch *Elting-Ernst* (Fn. 23), § 35 Rn. 15.

36 Vgl. auch *Böck/Völcker*, Regulatorische Rahmenbedingungen für die Zusammenschaltung von TK-Netzen, CR 1998, 473, 475 f., die diesbezüglich auf die indifferente Entscheidungspraxis der RegTP hinweisen.

37 „[...] die Pflicht, eine gegenseitige Zusammenschaltung auszuhandeln [...]“, Art. 4 RL 97/33/EG.

38 Auch die amtliche Begründung zum TKG geht von der Einbeziehung der kommerziellen Aspekte der Zusammenschaltung aus, vgl. BT-Drs. 13/4864, 78, u. 13/3609, 47.

39 Die weitgehend identisch ist mit der Auflistung im Anh. VII, Teil 2 der RL 97/33/EG.

40 *Böck/Völcker*, CR 1998, 476.

41 Vfg. 104/1997 (Fn. 19).

Inhaltlich erstreckt sich die Zusammenschaltungsanordnung auf alle technischen und kommerziellen Teile der Zusammenschaltung, über die die Parteien keine Einigung erzielen konnten. Welche Punkte für eine Zusammenschaltungsvereinbarung konstitutiv sind, ist damit freilich noch nicht gesagt. Ein Abstellen auf die Erreichung der Zusammenschaltung als Zweck der Verhandlungen erscheint wenig sinnvoll, da das Verhandlungsziel und damit die nachgefragten Einzelleistungen im Rahmen der Privatautonomie von den Parteien bestimmt werden. Anhand der in der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV aufgeführten Punkte läßt sich aber zumindest feststellen, welche Gegenstände aus der Sicht des Verordnungsgebers wesentlich sind.

Im übrigen werden sich die Bestandteile einer Zusammenschaltungsvereinbarung nur im jeweiligen Fall bestimmen lassen. Der Rechtssicherheit für Nachfrager sind solche Einzelfallentscheidungen kaum zuträglich. Zusammenschaltungsanordnungen und -vereinbarungen gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen unterliegen aber dem Diskriminierungsverbot⁴², so daß die Herausbildung einer einheitlichen Praxis zu erwarten ist, die einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten wird. Diese Entwicklung wird unterstützt durch die in Art. 7 Abs. 3 RL 97/33/EG vorgesehene Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebots, das ebenfalls für mehr Transparenz sorgen wird.

c) *Der „angeordnete Vertrag“ aufgrund einer Zusammenschaltungsanordnung*

Die Anordnung der Zusammenschaltung trägt einen einheitlichen Regelungsgehalt in sich, betrifft aber notwendigerweise beide Parteien der Zusammenschaltungsverhandlungen. Als Verwaltungsakt richtet sie sich demnach an beide Verfahrensbeteiligte und hat ausgehend von den verschiedenen Interessenlagen einen belastenden oder begünstigenden Inhalt. Dieser regelt, daß und zu welchen Konditionen die Zusammenschaltung von TK-Netzen zu erfolgen hat.

aa) Rechtsnatur der Zusammenschaltungsanordnung

Welche Rechtsfolgen die Zusammenschaltungsanordnung für die Adressaten hat, ist dem TKG nicht zu entnehmen. In der Literatur wurde die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Zusammenschaltungsverhältnisses durch die Anordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG angenommen⁴³. Dieses soll die vertragliche Vereinbarung ersetzen oder ergänzen⁴⁴. Die Simplizität einer solchen rein öffentlich-rechtlichen Konstruktion wird in den Fällen eines nur teilweisen Dissenses der Parteien allerdings mit einer Aufspaltung der Zusammenschaltungsvereinbarung in eine öffentlich-rechtliche und eine bürgerlich-rechtliche Komponente (§ 37 Abs. 2 TKG) erkaufte. Eine derartige Mischkonstruktion könnte zu einer Aufspaltung des Rechtswegs im Klagefall führen, wenn etwa die Aufhebung der Zusammenschaltungsanordnung begehrt wird, für die allein das Verwaltungsgericht zuständig ist. Das Zivilgericht kann allenfalls öffentlich-rechtliche Vorfragen eines im Schwerpunkt zivilrechtlichen Streitgegen-

stands mitbehandeln, insbesondere wenn die Auslegung des Regelungsstenors eines Verwaltungsakts für das Streitgegenständliche bürgerlich-rechtliche Vertragsverhältnis entscheidend ist⁴⁵. Auch hinsichtlich einer nachträglichen vertraglichen Einigung der Parteien bereitet die Mischkonstruktion Probleme: Ein öffentlich-rechtliches Zusammenschaltungsverhältnis könnte einer nachfolgenden vertraglichen Vereinbarung entgegenstehen.⁴⁶

Eine befriedigende dogmatische Einordnung der Zusammenschaltungsanordnung wird hingegen nur gelingen, wenn die Funktion des § 37 Abs. 1 TKG und nicht nur die erstrebte Wirkung der Zusammenschaltungsanordnung in die Betrachtung miteinbezogen wird. Die Regelung des § 37 Abs. 1 TKG dient dem Ausgleich divergierender Interessen innerhalb eines grundsätzlich privatrechtlich (§ 36 TKG) zu beurteilenden Rechtsverhältnisses⁴⁷. Dem Streben nach privatautonomer Gestaltung der Geschäftsbeziehung auf der Angebotsseite steht dabei das Zusammenschaltungsbegehren als *conditio sine qua non* des Marktzutritts auf der Nachfrageseite gegenüber.

Mit der Schaffung der Zusammenschaltungsanordnung hat der Gesetzgeber eine Grundsatzentscheidung zugunsten einer zügigen Ermöglichung des Netzzugangs und damit des Marktzutritts getroffen. Gerade das Erfordernis der schnellen Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen den beteiligten Netzbetreibern spricht dafür, der Zusammenschaltungsanordnung eine gestaltende Wirkung beizumessen, die zur direkten Entstehung von privatrechtlich zu beurteilenden Rechtsbeziehungen führt.

Denkmöglich bliebe nämlich auch, eine nur feststellende Wirkung der Anordnung anzunehmen. Ratio einer solchen Auslegung wäre, den Nachfrager nach der Entscheidung auf den Zivilgerichtsweg zu verweisen und die gerichtliche Entscheidung durch die Anordnung soweit zu determinieren, daß eine Klage auf Vertragsabschluß erfolgreich wäre. Dies hätte allerdings zur Folge, daß zunächst *auf* Zusammenschaltung und sodann *aus* Zusammenschaltung geklagt werden müßte. Problematisch bliebe darüber hinaus, daß die Bindung eines Zivilgerichts an die Feststellungswirkung eines Verwaltungsakts nicht ohne weiteres anzunehmen ist⁴⁸.

Im Sinne einer unmittelbaren Gestaltungswirkung kann ein Vertrag angenommen werden, der in seinen Ursprüngen öffentlich-rechtlicher Natur ist, aber ein privatrechtliches Rechtsverhältnis begründet. Der hoheitliche Akt ist demnach privatrechtsbegründend und -gestaltend, er betrifft sowohl das Zustandekommen als auch den Inhalt (in den Grenzen des § 37 Abs. 2 TKG) der Vereinbarung. Als sog. „diktiertter Vertrag“⁴⁹ ist eine solche Konstruktion dem deutschen Recht aus den Zeiten der Zwangsbewirt-

42 Vgl. dazu Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 13. u. § 35 Rn. 21.

43 Rieher, MMR 1998, 63.

44 Rieher, MMR 1998, 63.

45 Vgl. Gummer, in: Zöller, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 13 GVG Rn. 42 ff.

46 So auch Rieher, MMR 1998, 63.

47 Auch Rieher, MMR 1998, 62, spricht von Streitbeilegung.

48 Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 11 Rn. 9; Erichsen, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 13 Rn. 5.; Gummer (Fn. 45), § 13 GVG Rn. 45.

49 Vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 58. Aufl. 1999, Einf. v. § 145 Rn. 12 m. w. N.

schaftung bekannt, wenngleich die Terminologie vor dem Gesetzeszweck der §§ 35 ff. TKG wenig glücklich erscheint.

Die Bezeichnung als „angeordneter Vertrag“ trifft eher das Wesen der Regelung des TKG. Dieser Ansatz ist schon aus Effizienz Gesichtspunkten einer öffentlich-rechtlichen/privatrechtlichen Mischkonstruktion vorzuziehen. Die zivilgerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen ist so unproblematisch möglich, eine Aufspaltung des Rechtswegs je nach Zustandekommen des jeweiligen Vertragsbestandteils ist nicht zu befürchten. Rechtsschutz gegen die Anordnung gewähren die Verwaltungsgerichte, für Streitigkeiten aus der Vereinbarung ist der Zivilrechtsweg eröffnet.

bb) Problem: Nachträgliche Vertragsänderungen

Für den Fall von Vertragsänderungen durch die Parteien erweist sich allerdings auch die Annahme eines angeordneten Vertrags als problematisch. Die Bestandskraft der Zusammenschaltungsanordnung könnte einer zeitlich nachfolgenden Vertragsänderung entgegenstehen. Hier wäre an eine auflösende Bedingung oder eine Aufhebung der Zusammenschaltungsanordnung zu denken⁵⁰. Ist die Zusammenschaltungsanordnung aber nicht unter der auflösenden Bedingung einer später ausgehandelten Vereinbarung ergangen, so wird eine Aufhebung der Anordnung durch deren Rechtsnatur erschwert. Für privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte ist die Anwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG ohnehin umstritten⁵¹. Und es kommt hinzu, daß aufgrund des streitentscheidenden Charakters der Zusammenschaltungsanordnung⁵² von einer erhöhten Bindungswirkung der Zusammenschaltungsanordnung auszugehen ist⁵³: Entscheidet eine Behörde verbindlich einen Streit zwischen natürlichen oder juristischen Personen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses oder trifft sie eine Einigungsregelung, so stellt eine solche Anordnung einen streitentscheidenden Verwaltungsakt dar⁵⁴.

Durch § 37 Abs. 1 TKG ist der Regulierungsbehörde die Funktion der verbindlichen Entscheidung über die streitigen Punkte einer Zusammenschaltungsvereinbarung übertragen, und aufgrund des justizähnlich ausgestalteten Beschlußkammerverfahrens (§§ 73 ff. TKG), an dem beide Netzbetreiber beteiligt sind, liegen auch die sonstigen Voraussetzungen der erhöhten Bindungswirkung von streitentscheidenden Verwaltungsakten vor⁵⁵. Auf streitentscheidende Verwaltungsakte sind die Aufhebungsvorschriften indessen nicht anwendbar⁵⁶.

Ob hieraus allerdings zwingend folgt, daß es den Beteiligten einer Zusammenschaltung versagt bleiben muß, Vereinbarungen mit einem der Anordnung widersprechenden Inhalt zu treffen, erscheint fraglich. Die Zusammenschaltungsanordnung bezieht sich nämlich auf das konkrete Zusammenschaltungsbegehren, welches durch die Begründungspflicht des § 9 Abs. 2 S. 2 NZV so konkretisiert ist, daß Vertragsänderungen als nicht mehr von der Anordnung erfaßt angesehen werden können: Nachfolgende vertragliche Änderungen der Zusammenschaltungsvereinbarung liegen außerhalb des Regelungsbereichs der Anordnung.

Es liegt in der Rechtsnatur des Verwaltungsakts, daß seine Entscheidungs- und Bindungswirkung eine Veränderung der Tatsachen überdauert und zunächst nur eine Aufhebung oder Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglicht⁵⁷. Soweit die Verwaltung zum Gesetzesvollzug im Verhältnis des Staats zum Bürger tätig wird, streiten die Argumente der Rechtssicherheit und des öffentlichen Interesses am gleichmäßigen Normvollzug für eine solche Bestandskraft, die nur durch ein erneutes Verwaltungsverfahren beseitigt werden kann⁵⁸. Versteht man die Zusammenschaltungsanordnung allerdings funktional als streitentscheidenden Verwaltungsakt, so stehen diese Gesichtspunkte zumindestens einer konsensual getroffenen, abweichenden Vereinbarung der Zusammenschaltung durch die Parteien nicht entgegen⁵⁹:

Die Entscheidungswirkung der Zusammenschaltungsanordnung bezieht sich nur auf den im Zeitpunkt der behördlichen Anordnung⁶⁰ bestehenden Dissens der Parteien, das Vertragsverhältnis der Parteien ist nur in seiner Entstehung, nicht in seinem Bestand öffentlich-rechtlich determiniert.

Hierin liegt auch keine Durchbrechung einer gefestigten Verwaltungsrechtsdogmatik, denn es ist anerkannt, daß der Gegenstand und die rechtliche Tragweite der Bestandskraft von Verwaltungsakten nicht für jedes Rechtsgebiet und für alle Arten von Verwaltungsakten einheitlich beurteilt werden kann⁶¹. Letztlich wird man in dieser nur punktuellen Regelungsfunktion eine Nachwirkung des auf die Zulässigkeit einer Zusammenschaltungsanordnung bezogenen § 37 Abs. 2 S. 1 TKG erblicken dürfen.

Mit dem hier vorgestellten Ansatz ist auch ein Lösungsweg für die Fälle eines einseitigen Vertragsänderungsbegehrens⁶² aufgezeigt. Soweit keine vertraglichen Regelungen über Vertragsänderungen getroffen wurden⁶³, sind die Parteien zivilrechtlich für die Laufzeit des Vertrags gebunden, so daß eine Änderung durch erneute Zusammenschaltungsanordnung durch § 37 Abs. 2 TKG ausgeschlossen wird. Für die Praxis der Regulierungsbehörde sollte daraus eine Beschränkung der Laufzeit von angeordneten Zusammenschaltungsvereinbarungen folgen.

50 I. d. S. etwa Rieher, MMR 1998, 63.

51 Kopp, VwVfG, 6. Aufl. 1996, § 48 Rn. 13.

52 Art. 9 Abs. 5 RL 97/33/EG stellt ebenfalls auf die Beilegung von „Zusammenschaltungsstreitigkeiten“ ab.

53 Vgl. auch Badura, in: Erichsen (Fn. 48), § 38 Rn. 49.

54 Andreae, Der streitentscheidende Verwaltungsakt, Diss. 1986, S. 79.

55 Vgl. hierzu im einzelnen: Andreae (Fn. 54), S. 154 ff.

56 Andreae (Fn. 54), S. 163.

57 Kopp (Fn. 51), Vorbem. § 35 Rn. 23.

58 Erichsen (Fn. 48), § 16 Rn. 1 ff.

59 Ohne Begründung im Ergebnis ebenso Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 11.

60 Zur Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts für den Regelungsgehalt eines VA vgl. Badura (Fn. 53), § 41 Rn. 49.

61 Badura (Fn. 53), § 38 Rn. 47.

62 Vgl. hierzu auch Piepenbrock (Fn. 10), § 37 Rn. 9.

63 Vgl. auch die lit. j und q der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV, die die Vereinbarung entsprechender „Evolutivklauseln“ nahelegen.

IV. Fazit

Der Rechtsnatur der Zusammenschaltungsanordnung wird die Annahme eines angeordneten Vertrags am ehesten gerecht. Dieser Ansatz ist einer öffentlich-rechtlichen/privatrechtlichen Mischkonstruktion der Anordnungswirkung schon aus Effizienzgründen vorzuziehen und bietet auch die größtmögliche Klarheit hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes. Rechtsschutz gegen die Anordnung gewähren hiernach die Verwaltungsgerichte, für Streitigkeiten aus der Vereinbarung ist allein der Zivilrechtsweg eröffnet.

Die Entscheidungswirkung der Zusammenschaltungsanordnung bezieht sich nur auf den im Zeitpunkt der behördlichen Anordnung bestehenden Dissens der Parteien. Das Vertragsverhältnis der Parteien ist demnach nur in seiner Entstehung, nicht in seinem Bestand nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Als streitentscheidender Verwaltungsakt bezieht sich die Zusammenschaltungsanordnung auf ein konkretes Zusammenschaltungsbegehren, so daß sie einer nachfolgenden, privatautonomen Vertragsänderung nicht im Wege steht.

Werbung in Push-Diensten: Zulässige unaufgeforderte kommerzielle Kommunikation?

Von Stefanie Sieber, Berlin, und Rechtsanwalt Oliver Alexander Klimek, Recklinghausen*

Die rasante Zunahme der Internet-Nutzung läßt das Netz der Netze zu einem nicht zu unterschätzenden Marketing-Instrument werden. In jüngster Zeit werden in diesem Bereich zwei der wohl beliebtesten und effektivsten (Direkt-)Marketing-Methoden diskutiert: zum einen – bei Vorhandensein entsprechender Adressendateien – die Versendung von Werbung per E-Mail, zum anderen die Nutzung von Push-Diensten zu Werbezwecken. Angesichts der derzeit vorherrschenden Meinung, die die unaufgeforderte Zusendung von Werbung per E-Mail zum einen für wettbewerbswidrig hält, zum anderen darin einen Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sieht¹, stellen die Verfasser im folgenden Beitrag konsequenterweise die Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Werbung in Push-Diensten. Der Aufsatz beleuchtet zunächst notwendigerweise die technischen Grundlagen und Hintergründe der Push-Technologie. Im Anschluß daran stellt sich die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Werbung in Push-Diensten. Den Abschluß der Untersuchung bildet schließlich eine Darstellung der wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Werbung in derartigen Diensten.

I. Hintergründe der Push-Technologie²

Informationssuche im Internet bedeutete bis vor kurzem eine zeit- und kostenintensive Reise des Nutzers, um die für ihn relevante Informationsquelle in dem inzwischen unüberschaubaren Internet-Angebot zu finden und sich die benötigten Informationen aus dem Netz zu ziehen: sog. „Pull-Technologie“ (*to pull*, engl. für *ziehen*). Sehr schnell wurden aber die Nachteile dieser Art der Recherche deutlich. Trotz einer Unmenge an Navigationshilfen, sowohl thematisch sortierter Kataloge als auch Volltext-

Suchmaschinen, ist die Anzahl der Treffer bereits bei Eingabe nur weniger Stichworte derart hoch, daß die Recherche immer mehr wie die sprichwörtliche Suche nach der Nadel im Heuhaufen erscheint³.

Abhilfe verspricht nun die sog. „Push-Technologie“. Darunter versteht man ein Verfahren, bei dem, wie bei einer Client-/Server-Anwendung, die Daten von einem Server zu einem Client gesandt werden⁴. Informationen werden von dem Informationsanbieter auf den an das Internet angeschlossenen Rechner des Nutzers geschoben (*to push*, engl. für *schieben*). Praktisch sieht das so aus: Der potentielle Push-Empfänger installiert regelmäßig eine entsprechende Client-Software auf seinem Rechner, definiert dann, an welchen Informationen er interessiert ist und läßt sich bei einem Push-Anbieter registrieren⁵. Bei jedem Einloggen in das Internet wird automatisch der aktuelle Informationsstand des Dienstes abgerufen, und dieser sendet dem Nutzer dann die gewünschten und aufbereiteten Informationen (etwa alle Artikel zu einem Thema aus ausgewählten Presseprodukten), die auf die Festplatte des Nutzers gespielt und nach erfolgter Übertragung entweder in Form eines Extra-Fensters oder als News-Ticker auf seinem Desktop dargestellt werden. Der Nutzer der Push-Clients bekommt dabei aber nicht nur die angeforderten redaktionellen Beiträge auf seinen Desktop geliefert, sondern daneben regelmäßig auch einen nicht unerheblichen Teil an Produktwerbung.

* Auf S. VIII erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Vgl. zur Problematik zuletzt LG Berlin, MMR 1999, 43 ff. m. Anm. *Westerwelle* m. w. N.

2 Vgl. Bundesministerium für Bildung und Forschung unter http://www.iid.de/service/software/push_hintergrund.html.

3 Vgl. *Leupold*, ZUM 1998, 99, 100.

4 S. auch Informationsdienst Wissenschaft, unter <http://www.ortega-link.com/push/whatspush.html>.

5 Daher vielfach auch Publish & Subscribe-Dienste genannt.