



Fakturierung und Einziehung von TK-Entgelten nach der Inkasso-Entscheidung der RegTP – eine Kritik

Von Professor Dr. Christian Koenig, LL.M., und Sascha Loetz, Bonn*

Mit der Entscheidung vom 21. 2. 2000 hat die Beschluskammer 3 der RegTP das Ansinnen der Deutschen Telekom AG, die Fakturierungsdienstleistungen für Verbindungsnetzbetreiber einzuschränken und zukünftig keine Inkassodienstleistungen mehr für Call-by-Call-Entgelte Dritter anzubieten, teilweise zurückgewiesen. Aus der Perspektive der Behörde stellt sich die Entscheidung als Maßnahme zur Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs im offenen Call-by-Call dar.

I. Fakturierung und Inkasso im offenen Call-by-Call

Die Nachfrage von Telekommunikationsdienstleistungsanbietern nach Vorprodukten, die nur von (Teilnehmer-)Netzbetreibern erbracht werden können, führt zur Einschaltung Dritter in die Leistungsbeziehung zwischen Diensteanbietern und Endkunden. Die Zugangsansprüche Dritter zu der Netzinfrastruktur und den darüber erbrachten Dienstleistungen gehören dementsprechend zu den umstrittensten Punkten des Telekommunikationsrechts. Die Auseinandersetzung um die Verpflichtung der Deutschen Telekom AG (DTAG) zur Erbringung von Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen für andere Verbindungsnetzbetreiber (VNB) zeigt aber, daß nicht nur die vermeintlichen Hauptleistungen, wie Netzzugang und Zusammenschaltung, Anlaß zu Konflikten bieten und gleichzeitig die Sicht auf interessante Rechtsprobleme eröffnen.

1. Vertragsverhältnisse im offenen Call-by-Call

Jede Nutzung der Telekommunikationsinfrastruktur erfolgt über einen Netzzugang. Für Endkunden im Call-by-Call-Verfahren wird dies regelmäßig ein allgemeiner Netzzugang sein, der aufgrund einer Vereinbarung mit einem Teilnehmernetzbetreiber (TNB), also in der überwiegenden Zahl der Fälle einem Vertrag mit der DTAG, genutzt wird. Der zwischen den Endkunden und dem TNB geschlossene Telekommunikationsvertrag regelt allerdings nur die Nutzungsbedingungen für den allgemeinen Netzzugang und betrifft nicht unmittelbar das Verhältnis des Endkunden zu einem VNB.

Das offene Call-by-Call-Verfahren zeichnet sich gerade dadurch aus, daß der Endkunde vor Inanspruchnahme von Telekommunikationsdienstleistungen, die über ein

nicht zu seinem TNB gehörendes Verbindungsnetz erbracht werden, keine Vereinbarung mit dem anbietenden VNB geschlossen hat. Für diese Art der Nutzung von Telekommunikationsdienstleistungen ist in der Literatur die Ansicht vertreten worden, daß kein Vertragsverhältnis zwischen dem Endkunden und dem VNB bestehe¹. An die Stelle eines selbständigen Vertragsverhältnisses zwischen dem Endkunden und dem VNB soll nach dieser Ansicht eine Beauftragung des TNB durch den Kunden treten, nach der die Leistung des VNB vom TNB im Auftrag des Kunden genutzt wird². Hiernach würde der VNB lediglich eine Vorleistung für den TNB erbringen³, der diese wiederum im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an den Endkunden weitergibt. Ein Bedürfnis für die Inrechnungstellung und Einziehung der Entgelte vom VNB wäre in dieser Konstellation nicht gegeben, da der TNB gegenüber dem Endkunden stets nur eigene Leistungen erbringen würde. Eine Abrechnung der Leistungen würde im Verhältnis zwischen TNB und VNB stattfinden.

Für die Existenz eines solchen Auftragsverhältnisses zwischen Endkunden und TNB sind allerdings keine überzeugenden Gründe ersichtlich, insbesondere ist nicht erkennbar, daß ein Rechtsbindungswille des Nutzers zu einer solchen Beauftragung des TNB besteht. Zutreffend ist es vielmehr, von einem eigenständigen Vertragsverhältnis zwischen dem Endkunden und dem VNB auszugehen. Voraussetzung für einen Vertragsabschluß ist die Abgabe zweier aufeinander bezogener Willenserklärungen⁴. Der unter der Bedingung der Verfügbarkeit von Netzkapazitäten stehende Antrag auf Abschluß eines entsprechenden Vertrags liegt – als Realofferte – in der Öffnung des Netzes für unregistriertes Call-by-Call. Die Möglichkeit eines Antrags auf Vertragsabschluß durch Realofferte, also durch Vorhalten des Leistungsangebots ohne ausdrückliche vertragliche Abrede, ist gerade in den Bereichen des Massenverkehrs und der Daseinsvorsorge anerkannt⁵. Die Annahme erfolgt konkludent durch Gebrauchs- oder Aneignungshandlung hinsichtlich der vor-

* Mehr über die Verfasser erfahren Sie auf S. VIII. Zu der Inkasso-Entscheidung vgl. auch *Rickert*, K&R 2000, 206 (in diesem Heft).

1 *Leo*, Rechnung nach der neuen TKV, K&R 1998, 381 (383).

2 *Leo*, K&R 1998, 381 (383).

3 Vgl. *Säcker/Callies*, Billing und Inkasso fremder Telekommunikationsdienstleistungen, K&R 1999, 289 (296).

4 *Palandt/Heinrichs*, BGB, 58. Aufl. 1998, Einf. v. § 145, Rn. 4.

5 Vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 4), vor § 145, Rn. 36.

gehaltenen Leistungen⁶, also beim offenen Call-by-Call durch die Mitwahl der Verbindungsnetznummer.

Für diese Ansicht sprechen zudem die AGB der VNB, die von der Existenz eines eigenständigen Vertrags ausgehen⁷. Schließlich fügt sich ein solches Verständnis der vertraglichen Beziehungen auch nahtlos in die mit Erlaß des TKG neu eingefügte Regelung⁸ des § 23 Abs. 1 Nr. 1 a AGBG ein. Die vereinzelt vertretene Gegenansicht⁹ mag sich zwar mit der derzeitigen Fakturierungspraxis durch die DTAG eher in Einklang bringen lassen, übersieht aber, daß die Behandlung der Telekommunikationsdienstleistungen der VNB als Vorleistungen an die DTAG lediglich steuerrechtlich motiviert ist¹⁰. Mit Inanspruchnahme des Verbindungsnetzes im offenen Call-by-Call kommt daher zwischen dem Teilnehmer und dem VNB ein Telekommunikationsdienstleistungsvertrag zustande¹¹. Dieser Vertragsabschluß erfolgt regelmäßig unter Einbeziehung der AGB des VNB, die abweichend vom Regelfall über §§ 28 TKV, 23 Abs. 1 Nr. 1 a AGBG in den Vertrag einbezogen werden können, ohne daß die Voraussetzungen des § 2 AGBG erfüllt sein müßten.

2. Derzeitiges Inkassoverfahren

Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen werden bisher auf vertraglicher Basis von der DTAG für die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen im offenen Call-by-Call erbracht. Zu diesem Zweck weist die DTAG auf der von ihr gestellten Rechnung in gesonderten Abschnitten die bei Fremdanbietern angefallenen Entgelte aus. Die von den VNB erbrachten Dienstleistungen werden dabei als Vorleistungen für die DTAG behandelt, so daß eine Gesamtumsatzsteuer für den Rechnungsendbetrag (Entgelte DTAG zuzüglich Entgelte Dritter) gebildet werden kann. Die DTAG ist von den VNB ebenfalls mit dem Inkasso betraut, zieht also die Rechnungsbeträge beim Kunden ein und sorgt im Innenverhältnis zu den VNB für die Aufteilung. Darüber hinaus wird der gesamte Kundenservice im Nachgang der Rechnungsstellung (etwa: Rückfragen, Reklamationen, Gutschriften usw.) von der DTAG übernommen. Die VNB haben bisher keinen direkten Zugang zu Bestandsdaten der Endkunden.

Mit Wirkung zum 1. 4. 2000 hatte die DTAG die bisherige Vereinbarung gekündigt. Dies hätte zur Folge gehabt, daß von diesem Zeitpunkt an kein Inkasso von Entgelten Dritter mehr durch die DTAG erfolgt wäre. Die DTAG wollte zukünftig nur noch dem nach § 15 TKV erforderlichen gesetzlichen Minimum genügen und eine Gesamtrechnung erstellen. Die Entgelte von Fremdanbietern wären dann nicht mehr nach Produktgruppen oder Verbindungen aufgeschlüsselt worden. Die Erstellung eines Einzelbindungsnachweises (EVN) für Fremdanbieter war ebenfalls nicht mehr vorgesehen. Schließlich wollte die DTAG die Entgelte von Fremdanbietern nicht mehr einziehen und keine Kundenbetreuung für Fremdleistungen zur Verfügung stellen.

Statt dessen sollte für jeden Fremdanbieter auf der DTAG-Rechnung eine separate Zahlstelle ausgewiesen werden sowie eine gesonderte Kundenservice-Nummer des jeweiligen VNB für Rückfragen und Reklamationen.

Dieses „Grundangebot“ war nur noch für Sprachtelefonverbindungen vorgesehen, Mehrwertdienste u. ä. sollten ausgeschlossen werden.

Auf Antrag mehrerer VNB wurde die RegTP mit der geplanten Kündigung der Fakturierungs- und Inkassovereinbarung durch die DTAG beauftragt.

II. Entscheidung der RegTP

Durch die Beschlusskammerentscheidung vom 21. 2. 2000¹² wird die DTAG als Antragsgegnerin nach § 33 Abs. 2 S. 2 TKG aufgefordert, die bisherige Fakturierungs- und Inkassopraxis bis zum 31. 12. 2000 fortzuführen und ab dem 1. 1. 2001 ein Mindestangebot an Fakturierungsdienstleistungen aufrechtzuerhalten. Die entsprechende Verpflichtung, eine nach Produkten aufgeschlüsselte Gesamtrechnung zu erstellen, Zahlungen für die VNB entgegenzunehmen und an diese weiterzuleiten, erstreckt sich auf Sprachtelefoniedienstleistungen, Auskunfts- und Mehrwertdienste sowie Internet-by-Call. Mit Ausnahme der letzten Produktgruppe wird die DTAG auch aufgefordert, die Verbindungen in einen EVN nach § 14 TKV aufzunehmen.

Nicht als wesentliche Leistungen i. S. des § 33 Abs. 1 TKG wurden hingegen das gerichtliche und außergerichtliche Mahnverfahren sowie die Kundenbetreuung durch die DTAG eingestuft. Demzufolge sieht die RegTP keine gesetzliche Verpflichtung der DTAG, diese Dienstleistungen über den 31. 12. 2000 hinaus den VNB anzubieten.

III. Aufforderung nach § 33 Abs. 2 S. 2 TKG

Als Verwaltungsakt, der auf § 33 Abs. 2 S. 2 TKG beruht, enthält die Entscheidung eine bestandskraftsfähige Feststellung, derzufolge ein bestimmtes Verhalten von der RegTP als mißbräuchlich eingestuft wird. Diese soll dem Unternehmen Gelegenheit geben, das gerügte Verhalten ohne Einleitung eines förmlichen Mißbrauchsverfahrens abzustellen¹³. Dementsprechend wurde der DTAG eine Frist von zwei Wochen gesetzt, um gegenüber der RegTP zu erklären, daß sie den Aufforderungen nachkommen

⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs (Fn. 4), vor § 145, Rn. 36.

⁷ Vgl. nur Punkt V der AGB der FIRST TELECOM GmbH für call-by-call, ABl. RegTP 11/99, 1793, oder Punkt 2 der AGB der ESPRIT TELECOM GmbH für Call by Call, ABl. RegTP 13/99, 2309.

⁸ Neugefaßt durch Art. 2 XI des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz vom 17. 12. 1997 (BGBl. I 3108).

⁹ Leo, K&R 1998, 381 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu Hefekäuser/Schulz, Inkasso bei Preselection und Call-by-Call, CR 1998, 403 (406, dort Fn. 13).

¹¹ Die Frage, ob bei der Inanspruchnahme von Leistungen durch einen Dritten, die ohne Einwilligung des Anschlußinhabers geschieht, ein (quasi-)vertraglicher oder gesetzlicher Zahlungsanspruch des Anschlußinhabers entsteht, kann an dieser Stelle offen bleiben. Vgl. hierzu einerseits Säcker/Callies, K&R 1999, 289, 296, die eine Lösung über die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht vorschlagen, und andererseits Grote, Call-by-Call – oder: Wenn der Zählimpuls nicht richtig tickt, K&R 1998, 61, die einen Anspruch gegen den Anschlußinhaber ablehnen.

¹² Entscheidung BK3a-99/032 – Fakturierung und Inkasso; vgl. dazu auch den Kommentar von Rickert, K&R 2000, 206 (in diesem Heft).

¹³ Vgl. Piepenbrock, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Aufl. 1997, § 33, Rn. 54.

will¹⁴. Die Aufforderung nach § 33 Abs. 2 S. 2 TKG hat selbst keinen vollstreckbaren Inhalt, sondern entfaltet lediglich eine faktische Zwangswirkung durch die Androhung eines Mißbrauchsverfahrens nach § 33 Abs. 2 S. 1 TKG.

IV. Entscheidungsgründe

Entsprechend den Tatbestandsvoraussetzungen des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG stützt sich die Entscheidung der RegTP auf die Erwägung, daß die genannten Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen als wesentliche Leistungen i. S. der Norm anzusehen sind. Der DTAG wird auf dem vorgelagerten Markt für Zusammenschaltungsdienstleistungen und auf nachgelagerten Dienstmärkten eine marktbeherrschende Stellung bescheinigt, so daß auch diese Tatbestandsvoraussetzung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG für die jeweiligen Fakturierungsdienstleistungen erfüllt ist.¹⁵

Der differenzierenden Feststellung, daß die DTAG auf den Märkten für nationale Zusammenschaltungsdienstleistungen, Mehrwert- und Auskunftsdienste sowie für Zuführungsdienstleistungen zum Internet-by-Call über eine marktbeherrschende Stellung i. S. des § 19 GWB verfügt, ist zuzustimmen¹⁶. Von größerem Interesse war vielmehr, ob und inwieweit die Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen der DTAG von der RegTP als Leistungen eingestuft werden, die nach § 33 Abs. 1 TKG „wesentlich“ sind.

Die RegTP führt aus, daß für die VNB weder tatsächliche noch potentielle Alternativen zu den Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen der DTAG bestehen. Weder die VNB selbst noch Dritte könnten diese Dienstleistungen erbringen, da technische, rechtliche und wirtschaftliche Gründe entgegenstünden¹⁷. Die entsprechenden Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen seien mithin wesentliche Leistungen i. S. des § 33 Abs. 1 TKG.

1. (Telekommunikationsdienst-)Leistungen i. S. des § 33 Abs. 1 TKG

Bei der Fakturierung und dem Inkasso der Verbindungsentgelte handelt es sich nach der Entscheidung der RegTP nicht um Telekommunikationsdienstleistungen i. S. des § 3 Nr. 18 TKG¹⁸. Allerdings seien diese Leistungen sachlich mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im offenen Call-by-Call so eng verknüpft, daß sie dem Tatbestand des § 33 Abs. 1 TKG unterfallen¹⁹.

Nach der gesetzlichen Definition des § 3 Nr. 18 TKG sind „Telekommunikationsdienstleistungen“ das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte“. Der in Bezug genommene Begriff der „Telekommunikation“ ist durch § 3 Nr. 16 TKG gesetzlich definiert als „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen“. Durch die explizite Bezugnahme auf den „technischen“ Vorgang innerhalb der Telekommunikationsdefinition des § 3 Nr. 16 TKG ist im übrigen

ausgeschlossen, daß untechnische Dienstleistungen der Legaldefinition unterfallen.

Nicht ganz fernliegend wäre es, den Begriff der „Telekommunikationsdienstleistung“ primär wirtschaftlich zu interpretieren, also begrifflich das „Angebot“ i. S. des § 3 Nr. 18 TKG in den Vordergrund zu stellen. Dem steht allerdings eine systematische Auslegung des Begriffs entgegen. Dort, wo der Normzweck einen vom Wortsinn der Definitionen des § 3 TKG abweichenden Anwendungsbereich erfordert, finden sich nämlich entsprechende Formulierungen; so etwa in § 33 TKG die Erwähnung der „intern genutzten“ Leistungen oder in den §§ 85, 89 TKG die Erweiterung auf die „geschäftsmäßig“ erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen. Für eine extensive Auslegung des Begriffs der Telekommunikationsdienstleistung läßt das TKG demnach keinen Raum.

2. Wesentlichkeit der Leistung

Von Bedeutung für die Entscheidung der RegTP war die Einordnung der Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen als „wesentlich“ i. S. des § 33 Abs. 1 TKG. Im Verfahren wurden Erwägungen zu einer Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG anhand einer Essential Facilities-Theorie²⁰ vorgetragen. Die RegTP hat dies weitestgehend offen gelassen und eine Entscheidung anhand der Frage der Duplizierbarkeit der Leistungen getroffen, ohne die rechtliche Relevanz der Ausführungen zur Essential Facilities-Theorie näher zu bewerten. Welche Kriterien bei der Prüfung der Duplizierbarkeit anzulegen sind, insbesondere ob ein subjektiver – auf die Möglichkeiten des einzelnen Nachfragers zugeschnittener – Beurteilungsmaßstab zu wählen ist, welche Zeiträume für eine Nachbildung der Einrichtung in Ansatz zu bringen sind oder welche eigenen wirtschaftlichen Anstrengungen zumutbar sind, bleibt weiterhin offen.

Eine nähere Bestimmung der Wesentlichkeit einer Leistung findet sich in § 33 TKG nicht, so daß nach anderweitigen Maßstäben zur Konkretisierung dieses Begriffs gesucht werden muß. Die Vorschrift ist als von einer Essential Facilities-Theorie inspiriert²¹ oder als Ausprägung derselben aufgefaßt worden²². Im Anschluß an die Interpretation als Anwendungsfall der Essential Facilities-Theorie stand der Versuch, § 33 TKG als rein wettbewerbsrechtliche Vorschrift zu deuten, aus dem Zusammenhang des Vierten Abschnitts des TKG herauszulösen und über einen behaupteten Vorrang des Wettbewerbs-

14 Tenor Nr. 4, S. 8 der Entscheidung BK 3a-99/032 und die in Fn. 12 genannten Nachweise in diesem Heft.

15 Entscheidung BK 3a-99/032, 38 ff.

16 Vgl. nur den Jahresbericht der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation 1999.

17 Entscheidung BK 3a-99/032, 51 ff.

18 Entscheidung BK 3a-99/032, 39.

19 Entscheidung BK 3a-99/032, 47 f.

20 Vgl. zu dieser Scherer, Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential Facilities-Doktrin im TK-Sektor, MMR 1999, 315 ff.; Koenig/Loetz, Zur Bedeutung der Essential Facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen am Beispiel des Europäischen Telekommunikationsrechts (zur Veröffentlichung in der EWS vorgesehen).

21 Piepenbrock (Fn. 13), § 33, Rn. 20.

22 Engel/Knieps, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen, 1. Aufl. 1998, S. 13 ff.

rechts den Anwendungsbereich der §§ 35 bis 37 TKG einzuschränken²³. Prämisse dieser Ansicht ist, daß mit § 33 TKG die Essential Facilities-Theorie des US-amerikanischen Kartellrechts in das TKG übernommen wurde²⁴. In den Gesetzgebungsmaterialien zu § 33 TKG läßt sich aber lediglich eine Anlehnung an das allgemeine Diskriminierungsverbot der §§ 22, 26 GWB nachweisen²⁵. Im Gegensatz zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, bei dessen Abfassung ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien die Essential Facilities-Theorie Pate stand²⁶, findet sich in § 33 TKG keine ausdrückliche Erwähnung eines abgeleiteten Marktes, wie er der Essential Facilities-Theorie zugrunde liegt. Darüber hinaus stellt § 33 TKG im Gegensatz zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht explizit auf die fehlende Duplizierbarkeit der Einrichtung ab. Selbst wenn man § 33 TKG als Fall der Essential Facilities-Theorie deuten wollte, dürfte der Gesetzgeber kaum intendiert haben, die entsprechende Dogmatik des amerikanischen Antitrust-Rechts in das deutsche Recht zu übernehmen²⁷. Entsprechende Vorbehalte des Gesetzgebers gegen die Übernahme ganzer Rechtsinstitute durch den alleinigen Rückgriff auf ähnliche Begrifflichkeiten lassen sich zumindest im Gesetzgebungsverfahren zur Neufassung des § 19 GWB nachweisen, in dem explizit auf den Begriff der „wesentlichen Einrichtung“ verzichtet wurde, um eine extensive Auslegung in Anlehnung an die Essential Facilities-Theorie zu vermeiden²⁸.

3. Technische Hindernisse der Duplizierbarkeit

Die Entscheidung der RegTP basiert bei der Frage der tatsächlichen Duplizierbarkeit auf der Annahme, daß technisch keine Alternativen zum derzeitigen Fakturierungs- und Inkassosystem der DTAG bestehen und zumindest kurzfristig nicht mit dem Angebot durch Dritte zu rechnen sei²⁹. Die Beurteilung dieser Frage kann nur vor dem Hintergrund des derzeitigen Fakturierungsverfahrens erfolgen.

Die zur Entgeltberechnung notwendigen Daten (Quellrufnummer, Zielrufnummer und Gesprächszeit oder -dauer) werden von der Vermittlungsstelle des TNB – also in fast allen Fällen von der DTAG – generiert und über den Übergabepunkt der Netzzusammenschaltung an die Vermittlungsstelle des VNB übermittelt. Anhand der Quellrufnummer wird seitens des VNB festgestellt, ob mit dem Anschlußinhaber eine Abrechnungsvereinbarung besteht. Ist das – wie beim registrierten Call-by-Call – der Fall, so übernimmt der VNB selbst die Rechnungserstellung und das Inkasso der Forderung. Sind dem VNB die zur Quellrufnummer gehörigen Bestandsdaten hingegen nicht bekannt, so bepreist der VNB den Kommunikationsdatensatz (KDS) und fügt die Produktidentifikation des genutzten Dienstes hinzu. Der so generierte Kommunikationsfall wird an den TNB weitergeleitet und von diesem mit den Bestandsdaten des Anschlußinhabers verknüpft.

Die DTAG übernimmt den nachfolgenden Vorgang der Rechnungsstellung und betreibt das Inkasso selbst. Der Datenaustausch erfolgt maschinell über festgelegte Schnittstellen zwischen den Systemen der DTAG und der VNB. Eine Zusammenführung der im offenen Call-by-Call anfallenden Verbindungsdaten mit den Bestandsdaten der Kunden findet in diesem Modell nur auf Seiten

der DTAG bei der Zuordnung der Entgelte zu Teilnehmeranschlüssen und der anschließenden Rechnungsgenerierung statt.

Nach dem 1. 4. 2000 wollte die DTAG die zur Rechnungserstellung durch die VNB erforderlichen Kundendaten zusammen mit den KDS zur Verfügung stellen. Hierzu wären die Bestandsdaten des Kunden bei der Erstinutzung des jeweiligen Verbindungsnetzes zusammen mit dem KDS an den VNB übermittelt worden. Nachfolgend wären die Kundendaten nur noch dann mit den Entgeltdaten übermittelt worden, wenn sich Änderungen an den Bestandsdaten ergeben hätten.

Daß derzeit noch kein erprobtes alternatives Abrechnungssystem existiert, mag – wie die RegTP ausführt – in der verzögerten Verfügbarmachung entsprechender Schnittstellen durch die DTAG begründet sein³⁰. Ob dies freilich ein technisches Hindernis darstellt, das der Einrichtung eines konkurrierenden Abrechnungssystems generell entgegensteht, ist mehr als fraglich. Einerseits sind derzeit mehrere Dienstleistungsunternehmen mit der Entwicklung solcher Systeme befaßt³¹. Andererseits ist kein technischer Grund ersichtlich, der einer solchen Übermittlung der jeweils benötigten Bestands- und Verbindungsdaten entgegensteht. Schon nach dem bisherigen System der Entgeltberechnung werden die Kommunikationsdatensätze in der Vermittlungsstelle des VNB zu Kommunikationsfällen weiterverarbeitet, die Entgeltdaten stehen den VNB also jetzt schon zur Verfügung. Zur Fakturierung, zum Inkasso und zur Kundenbetreuung müßten lediglich die Bestandsdaten zur Verfügung gestellt werden, die anhand der Quellrufnummer des KDS eindeutig zu identifizieren sind. Warum dies weder von einem VNB noch von einer zentralen Clearingstelle technisch bewältigt werden könnte, bleibt unklar. Allenfalls ließe sich argumentieren, daß die technische Erprobung eines solchen Systems bis zum 1. 4. 2000 nicht zu bewältigen wäre. Damit wäre aber nur die Aufforderung zu einer Verlängerung der bisherigen Fakturierungs- und Inkassopraxis begründet, jedoch keinesfalls die technische Unmöglichkeit der Duplizierung eines Abrechnungssystems belegt.

Letztlich wird die Frage der technischen Duplizierbarkeit eines Fakturierungs- und Inkassosystems von der Beschlußkammer dahingestellt, da der Errichtung eines alternativen Abrechnungssystems jedenfalls rechtliche und wirtschaftliche Hindernisse entgegenstünden³².

4. Rechtliche Hindernisse der Duplizierbarkeit

Den Kernpunkt der Entscheidungsbegründung bildet dementsprechend die Behauptung, rechtliche Gründe

23 Engel, Der Weg der deutschen Telekommunikation in den Wettbewerbsrechtsproben, MMR-Beilage 3/1999, 7, 11.

24 Engel, MMR-Beilage 3/1999, 11.

25 BT-Drs. 13/3609, 45 f.

26 v. Wallenberg, Diskriminierungsfreier Zugang zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen, K&R 1999, 152, 154.

27 So aber Engel, MMR-Beilage 3/1999, 7, 11.

28 Vgl. v. Wallenberg, K&R 1999, 154.

29 Entscheidung BK 3a-99/032, 53.

30 Entscheidung BK 3a-99/032, 52.

31 Vgl. auch die Ausführungen der RegTP, Entscheidung BK 3a-99/032, 53.

32 So auch die RegTP, Entscheidung BK 3a-99/032, 53.

33 Entscheidung BK 3a-99/032, 53 ff., 63 ff.

der Fakturierung und dem Forderungseinzug werden aus dem offenen Call-by-Call durch die Dritte entgegen. So sollen bei der Auslegung § 33 Abs. 1 TKG insbesondere die §§ 14, 15 TKV zu berücksichtigen sein³⁴. Aus diesen Vorschriften ergibt sich das Recht des Kunden auf einen EVN (§ 14 TKG) und eine Rechnung (§ 15 TKV). Dieses wiederum ist zumindest als „Reflex auf die Zugangsrechte der Wettbewerber“ nach § 33 Abs. 1 TKG zu berücksichtigen³⁵. Hieraus folgert die Beschlußkammer, daß die Fakturierung und Forderungseinziehung durch den Betreiber des Netzzugangs gesetzlich zwingend vorgegeben sei. Die Einführung eines Systems getrennter Rechnungen der verschiedenen VNB sei nicht mit den Kundenschutzzielen der §§ 14 f. TKV zu vereinbaren. Letztlich läuft die Kombination der §§ 14, 15 TKV mit § 33 Abs. 1 TKG darauf hinaus, daß die Existenz eines für die VNB bequemen Modus der Abrechnung im offenen Call-by-Call aus Verbraucherschutzgründen zwingend geboten sei. Kurzum: Die VNB dürfen also die von ihnen im offenen Call-by-Call erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen gar nicht selbst abrechnen. Das Recht des Kunden auf eine Rechnung mit entsprechendem EVN stehe der Etablierung anderer Abrechnungssysteme, die neben das bestehende System treten, entgegen. Dieser Befund ist überraschend.

4) Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG im Lichte der §§ 14, 15 TKV?

Eine Einbeziehung der Wertungen der §§ 14, 15 TKV in die Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG ist zunächst nicht selbstverständlich. Die divergierenden Schutzrichtungen der Kundenschutzvorschriften der §§ 14, 15 TKV und der sektorspezifischen Wettbewerbsvorschrift des § 33 Abs. 1 TKG machen diesen Ansatz begründungsbedürftig. Zwischen einer lediglich mittelbaren verbraucher-nützlichen Wirkung des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts und einer verbraucherschützenden Wirkung des Telekommunikationskundenschutzes ist nämlich streng zu unterscheiden³⁶. Darüber hilft auch die von der Beschlußkammer herausgestellte gesetzliche Differenzierung zwischen Nutzern, Kunden und Verbrauchern (vgl. §§ 41 Abs. 1 TKG, 1 Abs. 1 TKV) nicht hinweg. So soll sich aus § 4 Abs. 1 TKV ergeben, daß Regelungen, die in erster Linie Endkunden betreffen, auch zugunsten der Wettbewerber beachtlich sein sollen³⁷. § 4 Abs. 1 TKV sieht in der Tat vor, daß Netzbetreiber bei der Angebotsgestaltung die Entwicklung eines Reselling-Markts nicht behindern dürfen. Allerdings stellt § 4 Abs. 1 TKV auch unmißverständlich heraus, daß es den Resellern ermöglicht werden soll, diese Leistungen „im eigenen Namen und auf eigene Rechnung [...] ihren Kunden“ anbieten zu können. Selbstverständlich meint „auf eigene Rechnung“ nicht ein Rechnungsdokument, sondern die wirtschaftliche Eigenständigkeit des Angebots, die sich in einem eigenen Anspruch gegenüber dem Kunden widerspiegeln wird. Dieser manifestiert sich wiederum regelmäßig in der Erstellung einer eigenen Rechnung. Jedenfalls wird deutlich, daß nach § 4 TKV gerade ein Anspruch des Resellers auf eine möglichst deutliche Trennung der dem

Endkunden angebotenen Dienstleistungen besteht, die es dem Diensteanbieter gestatten soll, mit anderen Anbietern (und auch dem Netzbetreiber, der die Vorleistungen erbringt) in Wettbewerb zu treten. Daß nach alledem gerade § 4 Abs. 1 TKV eine Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG stützen soll, die Gegenteiliges – nämlich eine Verquickung der Leistungen des TNB und des VNB – bewirkt, drängt sich zumindest nicht auf.

Eine Einbeziehung von Normen in die Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG, die unmittelbare Ansprüche von Wettbewerbern auf Leistungen gegen das marktbeherrschende Unternehmen gewähren (etwa: § 35 Abs. 1 S. 1 TKG), ist unproblematisch, wenn nicht ein eigenes Verfahren zur Durchsetzung besteht, wie z. B. bei § 37 TKG. Die Entscheidung des Gesetzgebers zur Gewährung eines eigenen Anspruchs impliziert hier die Wesentlichkeit der entsprechenden Leistung gemäß § 33 Abs. 1 TKG. Andere Normen, wie auch §§ 14, 15 TKV, die nicht Ansprüche des Wettbewerbers nach § 33 Abs. 1 TKG gewähren, können allenfalls die Rahmenbedingungen der entsprechenden Märkte so weit bestimmen, daß Produkte nur in einer Weise gesetzeskonform angeboten werden können, die wiederum bestimmte Vorleistungen unabdingbar und damit zu wesentlichen Leistungen macht. Dies würde aber voraussetzen, daß die Teilnahme an dem entsprechenden Markt aus rechtlichen Gründen ansonsten unmöglich wäre, also einem rechtlichen Verbot unterfallen würde.

Der Regelung des § 15 Abs. 1 TKV kann ein solcher Verbotscharakter allerdings nicht entnommen werden, da der Anspruch des Kunden auf eine einheitliche Rechnung unter dem Vorbehalt einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung mit einem Diensteanbieter steht (§ 15 Abs. 1 S. 1 TKV). Daraus folgt: Dienstleistungen der TK-Anbieter können also durchaus so gestaltet werden, daß ein Konflikt mit § 15 TKV ausgeschlossen ist. Der Anbieter der Telekommunikationsdienstleistung im Call-by-Call kann mit dem Kunden eine gesonderte Abrechnung vereinbaren, um den Anforderungen des § 15 TKV zu genügen. Für § 14 TKV stellt sich dieses Problem erst gar nicht, da diese Norm den jeweiligen Anbieter der Dienstleistung verpflichtet, also bei Call-by-Call-Konstellationen den VNB.

Die §§ 14, 15 TKV knüpfen die jeweiligen Verpflichtungen im übrigen nicht an eine marktbeherrschende Stellung, sondern an die Funktion des Unternehmens als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen oder als Anbieter des Netzzugangs. Der Adressatenkreis dieser Normen ist demnach nicht notwendig deckungsgleich mit dem des § 33 Abs. 1 TKG. Die von der Beschlußkammer zugunsten der Kunden angenommene Reflexwirkung des § 15 TKV würde aber nur gegenüber Anbietern bestehen, die gemäß § 33 Abs. 1 TKG marktbeherrschend sind. Daraus würde freilich folgen, daß die VNB nur gegenüber Zusammenschaltungspartnern mit einer marktbeherrschenden Stellung einen Anspruch auf Fakturierungs- und Einziehungsdienstleistungen hätten. Der durch die §§ 14, 15 TKV bezweckte Verbraucherschutz würde so relativiert und bestünde nur noch gegenüber

34 Entscheidung BK 3a-99/032, 54.

35 Entscheidung BK 3a-99/032, 53.

36 Säcker/Callies, K&R 1999, 289, 294.

37 Entscheidung BK 3a-99/032, 54.

TNB, die gleichzeitig auf einem für § 33 Abs. 1 TKG relevanten Markt einen beherrschende Stellung innehaben.

b) *Trennung von Einzelverbindungsnaehweis und Rechnung*

Aus Sicht der Beschluskammer ist des weiteren zu befürchten, daß durch die geplante Änderung der Inkasso- und Fakturierungsbedingungen der DTAG eine Trennung von EVN und Entgeltabrechnung entstehen würde³⁸. Der EVN nach § 14 TKV stellt aus dem Blickwinkel der RegTP aber einen integralen Bestandteil der Rechnung nach § 15 TKV dar, gehört damit also auch zum Pflichtenkreis des nach § 15 Abs. 1 TKV betroffenen Anbieters des Zugangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz³⁹. Schon der Verweis von § 15 Abs. 1 TKV auf § 14 TKV mache dies deutlich⁴⁰. Dieser Verweis lautet freilich „§ 14 bleibt unberührt“, sagt also nicht mehr aus, als daß der Verpflichtung zur Erstellung eines EVN nicht mit der Aufschlüsselung der auf die einzelnen Anbieter entfallenden Entgelte i. S. des § 15 Abs. 1 S. 2 TKV genügt wird. Der Verweis in Satz 3 des § 15 Abs. 1 TKV ordnet demnach an, daß die Pflichten aus § 14 TKV neben § 15 TKV treten. § 14 TKV begründet schließlich eine Verpflichtung des Diensteanbieters, während § 15 TKV sich an den Anbieter des Zugangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz richtet. Aus dieser gesetzlichen Trennung der verschiedenen Pflichten und Verpflichteten zu folgern, Rechnung und EVN seien „nicht separierbar“⁴¹, ist nur nachvollziehbar, wenn man unzulässigerweise auf die Perspektive des Verbrauchers abstellt, für den die Zusammenfassung dieser Dokumente vorteilhaft ist, der sie als nützliche Einheit begreift.

Aus zivilrechtlicher Sicht ist eine Verklammerung von Rechnung und EVN nicht erforderlich. Die Erstellung einer Rechnung ist grundsätzlich keine gesetzliche Pflicht oder Obliegenheit des Gläubigers. Regelmäßig ist die Ausfertigung einer Rechnung auch keine Voraussetzung, um die Fälligkeit einer Forderung – also den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann – herbeizuführen⁴². Diese Regel kann durch vertragliche Vereinbarungen oder Sondervorschriften modifiziert werden. So sahen etwa die Vorgängerverordnungen der TKV⁴³ ein Recht des Kunden auf Rechnungserstellung vor und knüpften die Fälligkeit der Entgeltforderungen an die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Obliegenheit. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in der geltenden TKV nicht mehr. Dies dürfte u. a. darauf zurückzuführen sein, daß eine solche Regelung für den Teilnehmer auch mit Nachteilen verbunden ist, denn mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit würde auch der Verjährungsbeginn verschoben⁴⁴, dieser wäre also durch den Gläubiger beeinflussbar.

Einer lediglich im Verbraucherinteresse bestehenden Verknüpfung von EVN und Rechnung entspricht auch die Definition des § 14 Abs. 1 S. 1 TKV, derzufolge der EVN als „eine nach Einzelverbindungen aufgeschlüsselte Rechnung“ bezeichnet wird. Denn § 14 Abs. 1 TKV verpflichtet den Anbieter von Sprachkommunikationsdienstleistungen und nicht, wie § 15 TKV, den Anbieter des Zu-

gangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz. Es kann also keinesfalls unterstellt werden, das Gesetz sehe Rechnungs- und Einzelverbindungsnaehweiserstellung als einheitlichen Vorgang an. Gerade im Fall des offenen Call-by-Call sind die nach §§ 14 und 15 TKV verpflichteten Unternehmen nämlich nicht identisch. Wenn § 15 TKV – wie die Beschluskammer annimmt⁴⁵ – die Markt-gängigkeit des Produkts Call-by-Call sicherstellen soll, dann zumindest nicht durch eine Verknüpfung von EVN und Rechnung.

c) *Transformation des offenen in ein geschlossenes Call-by-Call?*

Die Beschluskammer sieht die Gefahr, daß sich das offene Call-by-Call bei einer Rechnungsstellung durch den VNB oder Dritte und der dadurch gegebenenfalls erforderlichen Erteilung weiterer Einzugsermächtigungen durch den Kunden in ein geschlossenes Call-by-Call wandeln würde⁴⁶. Welche rechtliche Relevanz diesen Ausnahmen zukommen soll, bleibt unklar. Die gesetzlichen Grundlagen für die Betreiber Auswahl, nämlich § 8 Abs. 6 TKG sowie Art. 12 Abs. 7 RL 97/33/EG⁴⁷, normieren die Verpflichtung, eine fallweise Überschreitung der Voreinstellung eines Verbindungsnetzes zu ermöglichen. Dies ist keine Verpflichtung zur Ermöglichung eines offenen Call-by-Call, sondern im Umkehrschluß lediglich das Verbot, den Teilnehmerendanschluß mit einem Verbindungsnetz untrennbar zu bündeln⁴⁸. Überwiegend sonstige Erfordernisse, wie eine vorherige Anmeldung des Kunden bei einem alternativen VNB, schwächen der Normtext⁴⁹. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut des § 15 TKV. Dort werden die Vertragsbeziehungen zwischen dem Kunden und dem anderen Anbieter von Netzdienstleistungen ebenfalls nicht konstatiert. Vielmehr läßt § 15 Abs. 1 S. 1 TKV gerade den Fall einer abweichenden Vereinbarung zwischen Kunde und VNB offen. Die Beschluskammer nimmt allerdings an, daß solche von § 15 TKV abweichenden Vereinbarungen nicht durch die AGB der VNB getroffen werden können, da „der Kunde namentlich nicht bekannt ist“⁵⁰. Was im Unterschied zum allgemeinen Zivilrecht bei der Nutzung von Call-by-Call-Diensten auf die Kenntnis der Kundenidentität ankommen soll, bleibt offen.

38 Entscheidung BK 3a-99/032, 56 f.

39 Entscheidung BK 3a-99/032, 57.

40 Entscheidung BK 3a-99/032, 56.

41 Entscheidung BK 3a-99/032, 57.

42 Palandt/Heinrichs (Fn. 4), § 271, Rn. 7.

43 Vgl. §§ 12, 13 Telekommunikationsverordnung 1992, BGBl. I S. 1007, §§ 15, 16 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung 2002.

44 Vgl. Larenz/Wolff, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 67. Aufl., § 17, Rn. 19.

45 Entscheidung BK 3a-99/032, 55.

46 Entscheidung BK 3a-99/032, 61 f.

47 Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung im Fernsprechnetz zur Sicherstellung des Universaldienstes und der Interoperabilität (ABIEG L 199 v. 26. 7. 1997, 32) in der Fassung der Änderungsrichtlinie 98/61/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Teilnehmerendanschlüssen (ABIEG L 268 v. 24. 9. 1998).

48 Vgl. Demmel, in: Manssen (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, Loseblattsammlung, Stand: 1. Ergänzungslieferung, § 15 TKG, Rn. 112.

49 Vgl. auch Mellewig, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 15 TKG, Rn. 77 ff., der lediglich zwischen „Preselection“ und „Selection“ unterscheidet.

50 Entscheidung BK 3a-99/032, 55.

leichterung des Massengeschäfts im Telekommunikationsbereich wurde ja gerade die Regelung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 a AGBG geschaffen⁵¹.

Wenn die gesetzlichen Vorgaben also nicht zwischen offenem oder geschlossenem Call-by-Call differenzieren, erscheint es kaum vertretbar, hieraus ein Entscheidung des Gesetzgebers für die derzeitige Form des offenen Call-by-Call herzuleiten.

d) Verstoß gegen Datenschutzvorschriften?

Schließlich stehen aus Sicht der Beschlußkammer auch Normen des Telekommunikationsdatenschutzes einer Rechnungserstellung durch die VNB oder Dritte entgegen, da nach § 15 TKV i. V. m. §§ 3 bis 6 TDSV die Bestands- und Verbindungsdaten nur zur Forderungsdurchsetzung, nicht aber zur Rechnungserstellung übermittelt werden dürften⁵². Erstaunlicherweise stehen diese Vorschriften aus Sicht der RegTP einer Datenübermittlung zu Zwecken der Bearbeitung von Kundenanfragen und -reklamationen, also einem Teil jener Dienstleistungen, die nach der Entscheidung nicht zu den wesentlichen Leistungen i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG zu zählen sind, nicht mehr entgegen⁵³.

Im Vergleich zu den allgemeineren Regelungen des BDSG⁵⁴ legen die TDSV (§§ 3 ff. TDSV) und das TKG (§§ 85 Abs. 3 S. 1, 89 Abs. 2 TKG) eine strengere Zweckbindung für die betreffenden Daten fest. Die Verarbeitung oder Nutzung der Daten ist nur in den gesetzlich geregelten Fällen oder aufgrund einer Einwilligung des Betroffenen und ausschließlich zu den im Gesetz genannten oder von der Einwilligung gedeckten Zwecken statthaft⁵⁵. Die TDSV schreibt demnach ein „Verbot der Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt in Verbindung mit dem Zweckbindungsgrundsatz“⁵⁶ vor.

Die Beschlußkammer scheint § 15 Abs. 1 S. 5 TKV, der dem Anbieter des Netzzugangs die Übermittlung von Bestands- und Verbindungsdaten an den Telekommunikationsdiensteanbieter zum Zwecke der Durchsetzung der Forderung gestattet, einen abschließenden Charakter beilegen zu wollen. Für die Bestandsdaten des Kunden ergibt sich allerdings schon aus § 4 Abs. 1 S. 2 TDSV ein Recht zur Übermittlung an den Telekommunikationsdiensteanbieter, welches nicht auf Zwecke der Rechnungserstellung beschränkt ist. Vielmehr müssen die Daten lediglich zur Erfüllung des Vertrags zwischen Netzbetreiber und Diensteanbieter erforderlich sein – für die Bestandsdatenübermittlung zum Zwecke der Forderungsbeitreibung und Kundenbetreuung wird diese Norm dann auch von der RegTP bemüht⁵⁷.

Darüber hinaus sieht § 6 Abs. 1 S. 1 TDSV ausdrücklich vor, daß Verbindungsdaten an den Telekommunikationsdiensteanbieter übermittelt werden dürfen, „soweit dieser die Daten zur Ermittlung des Entgelts und zur Abrechnung mit seinen Kunden benötigt“. Die Interpretation des § 15 Abs. 1 S. 5 TKV durch die RegTP kann also nur dann Bestand haben, wenn diese Norm nicht nur eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Datenverarbeitung i. S. d. TDSV ist, sondern darüber hinaus wieder-

um als Verbot anderer Datenübermittlungen zu Zwecken der Rechnungserstellung zu verstehen wäre. Dieser Sinn kann der Norm aber nicht beigelegt werden.

Datenschutzrechtliche Vorschriften stehen dementsprechend einer Übermittlung der Kundenbestands- und Verbindungsdaten an die Telekommunikationsdiensteanbieter zu Zwecken der Rechnungserstellung, Forderungsbeitreibung und Kundenbetreuung nicht entgegen.

Damit sind Rechtsgründe, die dem Aufbau eines alternativen Fakturierungs- und Inkassosystems durch die VNB oder Dritte entgegenstehen, nicht ersichtlich.

5. Wirtschaftliche Hindernisse der Duplizierung eines Fakturierungs- und Inkassosystems

Die Beschlußkammer geht davon aus, daß ein alternatives Abrechnungssystem von den VNB aus wirtschaftlichen Gründen nicht errichtet werden kann, da hierdurch eine unzumutbare finanzielle Belastung entstehen würde, die die Bedienung der einschlägigen Call-by-Call-Märkte unrentabel machen würde⁵⁸. Insbesondere sei beachtlich, daß der Aufbau eines solchen Systems irreversible Kosten („sunk costs“) verursachen würde, die bei einem Marktaustritt verloren wären und sich daher als Marktzutrittsschranke zu den einschlägigen Märkten der Telekommunikation auswirken würden⁵⁹.

Die Investitionen zum Aufbau eigener Fakturierungssysteme wären in der Tat beachtlich⁶⁰, und ob diese von allen am Markt agierenden Unternehmen einzeln aufgebracht werden könnten, ist fraglich. Dies zum Maßstab der Fakturierungsverpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu machen, hieße aber, die derzeitige Markt- und Preisstruktur zum Schutzgut des § 33 Abs. 1 TKG zu erheben, also die jetzigen Marktverhältnisse mit den Vorgaben des Telekommunikationsrechts gleichzusetzen. § 33 Abs. 1 TKG vermittelt jedoch keinen Schutz gegen höhere Kosten oder härtere Konkurrenz, sondern gegen den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Ob eine Maßnahme des Marktbeherrschers i. S. d. § 33 Abs. 1 TKG mißbräuchlich ist, kann nicht nur anhand der Auswirkungen auf einige Wettbewerber bestimmt werden. Damit wäre nämlich im Hinblick auf die Bestimmung der Wesentlichkeit der Leistung ein rein subjektiver Maßstab gewählt. Die Beschlußkammer geht in diesem Zusammenhang auf die zur Essential Facilities-Theorie ergangene *Bronner*-Entscheidung⁶¹ des EuGH ein⁶². Im *Bronner*-Urteil hat der EuGH die Frage der Duplizierbarkeit von einem objektivierten Standpunkt aus beurteilt, der an den Möglichkeiten der Allgemeinheit der

51 Vgl. auch *Säcker/Callies*, K&R 1999, 289, 294.

52 Entscheidung BK 3a-99/032, 55, 57.

53 Entscheidung BK 3a-99/032, 76.

54 *Königshofen*, Die Umsetzung von TKG und TDSV durch Netzbetreiber, Service-Provider und Telekommunikationsanbieter, RDV 1997, 97, 101.

55 *Schadow*, Telekommunikationsdienstunternehmen – Datenschutzverordnung, RDV 1997, 51, 52.

56 Diese Formulierung findet sich bei *Schadow*, RDV 1997, 51, 54.

57 Entscheidung BK 3a-99/032, 76.

58 Entscheidung BK 3a-99/032, 63.

59 Entscheidung BK 3a-99/032, 64 f.

60 Auf Basis von Zahlen einer Verfahrensbeteiligten schätzt die Beschlußkammer die Kosten der Bestandsdatenerfassung der Call-by-Call-Kunden allein auf DM 255 Mio.

61 EuGH, K&R 1999, 81 = EWS 1999, 24 – *Bronner*.

62 Entscheidung BK 3a-99/032, 65.

Wettbewerber ausgerichtet ist⁶³. Die Duplizierbarkeit einer Einrichtung scheidet demnach nicht bereits dann aus, wenn der konkrete Nachfrager dazu nicht in der Lage ist, sondern erst, wenn es generell unrentabel wäre, eine entsprechende Einrichtung mit derselben Kapazität zu schaffen⁶⁴. Damit hat der EuGH den an die Duplizierbarkeit anzulegenden Maßstab insofern konkretisiert, als daß die subjektiven Fähigkeiten des individuellen Nachfragers nicht entscheidend sind⁶⁵. Dies wäre auch bei der Bestimmung der Wesentlichkeit der Fakturierungsdienstleistungen im Rahmen des § 33 Abs. 1 TKG beachtlich gewesen.

Die Entscheidung der RegTP sichert die Fortgeltung der bestehenden Fakturierungs- und Inkassopraxis aber ohnehin nur bis zum 31. 12. 2000. Über diesen Termin hinaus wird die DTAG verpflichtet sein, den VNB ein Grundangebot an Fakturierungsdienstleistungen anzubieten, welches hinreichen würde, um die Entgelte zahlungsbereiter Kunden einzuziehen. Für alle Maßnahmen, die darüber hinaus erforderlich sind, etwa für die außergerichtliche und gerichtliche Forderungsbeitreibung und die Kundenbetreuung, werden die VNB eigene Systeme aufbauen müssen. Mit höheren Kosten für die Call-by-Call-Anbieter ist also trotz der Entscheidung zu rechnen.

Für das Preselection-Geschäft und das geschlossene Call-by-Call haben einige VNB im übrigen schon eine ähnliche Infrastruktur aufgebaut. Diese ist zwar auf ein geringeres Volumen an Transaktionen ausgerichtet, erfüllt aber grundsätzlich dieselben Anforderungen wie das Fakturierungssystem der DTAG.

Die in den Entscheidungsgründen hervorgehobenen „Skalenerträge“ durch günstige Grenzkosten des Fakturierungssystems der DTAG⁶⁶ ließen sich genauso durch die VNB realisieren, wenn die Entgeltabrechnungen nicht von jedem Anbieter einzeln, sondern von einer gemeinsamen Clearingstelle erbracht würden. Denn auch eine Clearingstelle profitiert von günstigen Grenzkosten, die durch das Mengengeschäft zu Skalenvorteilen führen. Ein solches Unternehmen, das allen VNB die derzeit von der DTAG erbrachten Fakturierungs- und Inkassodienstleistungen anbieten könnte, würde nicht nur diese Skalenvorteile nutzbar machen, sondern auch die auf die einzelnen Anbieter entfallenden Kosten für die Errichtung eines alternativen Abrechnungssystems reduzieren. Die Beschlußkammer geht allerdings davon aus, daß eine solche Institution aufgrund der §§ 14, 15 TKV und aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht errichtet werden könnte.

Diese Annahme der Beschlußkammer ist rechtsfehlerhaft. Eine Clearingstelle zur Durchführung des Inkassos und der Fakturierung ist sowohl mit den kunden- als auch mit den datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telekommunikationsrechts vereinbar. Die Errichtung einer Clearingstelle liegt sogar ganz auf der auf einen Dienstwettbewerb ausgerichteten Linie des Gemeinschaftsrechts. Es entspricht darüber hinaus auch der Philosophie des deutschen Telekommunikationsrechts, akzessorische Dienstleistungen (§ 3 Nr. 18 TKG) darstellen, diesen aber wirtschaftlich vor- oder nachgelagert sind, durch Marktkräfte aus dem insoweit noch bestehenden faktischen Monopol-

bereich der DTAG herauszulösen. Daß die Annahmen der RegTP zu den §§ 14, 15 TKV nicht zutreffend sind, wurde bereits ausgeführt. Die im Verhältnis zwischen Anbieter und Endkunden wirksamen Vorschriften der §§ 14, 15 TKV lassen nicht ohne weiteres Rückschlüsse auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Konditionengestaltung auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu⁶⁷.

Datenschutzrechtlich wäre bei der Schaffung einer Clearingstelle natürlich beachtlich, daß die Bestands- und Verbindungsdaten der Call-by-Call-Kunden nicht nur zwischen TNB und VNB übermittelt würden⁶⁸, sondern ebenfalls an die Clearingstelle. Nach der derzeit gültigen Fassung des § 6 TDSV wäre dies zu Inkassozwecken nur für die Kundenbestandsdaten statthaft, § 6 Abs. 1 S. 2 TDSV schließt die Übermittlung von Verbindungsdaten an einen mit dem Einzug des Entgelts betrauten Dritten aus. Der Entwurf zu einer Neufassung der TDSV (TDSV-E)⁶⁹, der in den nächsten Monaten verabschiedet werden soll, sieht aber die Möglichkeit vor, Verbindungsdaten zu Inkassozwecken an beauftragte Dritte zu übermitteln (vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 TDSV-E). Dies steht im Einklang mit der EG-rechtlichen Regelung des Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 97/66/EG⁷⁰, die vorsieht, daß „Verkehrs- und Gebührenabrechnungsdaten“⁷¹ auf Weisung des Diensteanbieters von Dritten verarbeitet werden dürfen. Ziel der Richtlinie 97/66/EG ist ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 die Ermöglichung des freien Datenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, der natürlich nicht zweckfrei, sondern zur Erbringung entsprechender Dienstleistungen, etwa der Abwicklung der Kundenbetreuung und des Inkassos, gewährleistet werden soll. Die anscheinend von der RegTP gehegten Zweifel gegenüber einer rechtlichen Zulässigkeit der Abrechnungsverlagerung auf Dritte dürften also spätestens mit Umsetzung der Richtlinie 97/66/EG ausgeräumt sein.

Die Schaffung einer Clearingstelle würde im übrigen dazu führen, daß neben die Rechnung des nach § 15 TKV verpflichteten Anbieters lediglich eine weitere Sammelrechnung der VNB tritt. Es wäre also lediglich die Erteilung einer weiteren Einzugsermächtigung durch den Kunden erforderlich, um eine für die VNB effiziente und für den Kunden bequeme Abwicklung des Zahlungsverkehrs zu gewährleisten. Im Hinblick auf die Kundenschutzbelange der §§ 14, 15 TKV wäre damit ein Zustand geschaffen, der sich kaum vom derzeitigen unterscheiden würde. Darüber hinaus wäre durch eine Clearingstelle auch sichergestellt, daß abrechnungsbedingte Marktzutrittsschranken für neue Telekommunikationsdienstleistungen beseitigt würden. Nach der Entscheidung der RegTP wären solche Marktzutrittsschranken nämlich für

63 Vgl. Ehle, EuZW 1999, 89, 90.

64 EuGH, K&R 1999, 81 = EWS 1999, 24 – Bronner.

65 Vgl. Scherer, MMR 1999, 315, 319.

66 Vgl. Entscheidung BK 3a-99/032, 64.

67 So oben IV. 4.

68 Was entgegen der Annahme ebenfalls möglich ist, s. o. IV. 4. d.

69 Entwurf einer Telekommunikations-Datenschutzverordnung (Stand: Dezember 1999), abrufbar unter <http://www.dud.de>.

70 Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABIEG L 24 vom 30. 1. 1998, 1.

71 In Kategorien des deutschen Telekommunikationsrechts also Verbindungs- und Entgeltdateien, vgl. § 2 Nr. 3, 4 TDSV-E.

Dienstleistungen zu erwarten, die nicht von der DTAG fakturiert werden müßten, für welche die VNB also ohnehin eigene Abrechnungssysteme zu errichten hätten.

Das zeigt: Auch die von der Beschlußkammer zur Begründung der wirtschaftlichen Ineffizienz eines alternativen Fakturierungs- und Inkassosystems herangezogenen Argumente vermögen nicht zu überzeugen.

V. Fazit

In der entsprechenden Pressemitteilung charakterisiert die RegTP die Fakturierungs- und Inkassoentscheidung als einen Schritt zur Erhaltung des Wettbewerbs auf den Märkten für Telekommunikationsdienstleistungen und damit auch als im Interesse der Verbraucher liegenden Beschluß. Hinsichtlich der schlichten Aufrechterhaltung des Status quo beim Wettbewerb der über Call-by-Call erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen mag dies zutreffen. Allerdings wurde auch eine Chance vertan, einen weiteren Dienstleistungsbereich für den Wettbewerb zu öffnen und damit gleichzeitig aus der Verknüpfung mit

dem potentiell regulierungsbedürftigen Kreis der vom marktbeherrschenden Netzbetreiber erbrachten Leistungen zu lösen. Insofern sind die Ausführungen der Beschlußkammer zur technischen, rechtlichen und wirtschaftlichen (Nicht-)Duplizierbarkeit eines Fakturierungs- und Einzugssystems *schädlicher* als die Entscheidung selbst. Diese Annahme der Beschlußkammer, das Telekommunikationsrecht stünde der Übertragung von Fakturierungs- und Inkassofunktionen auf Dritte – wie einer Clearingstelle – entgegen, ist rechtsfehlerhaft. Eine Clearingstelle zur Durchführung des Inkassos und der Fakturierung ist sowohl mit den kunden- als auch mit den datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telekommunikationsrechts vereinbar. Die Errichtung einer Clearingstelle liegt sogar ganz auf der auf einen Dienstewettbewerb ausgerichteten Linie des Gemeinschaftsrechts. Es entspricht darüber hinaus auch der Philosophie des deutschen Telekommunikationsrechts, akzessorische Dienstleistungen, die nicht unmittelbar Telekommunikationsdienstleistungen (§ 3 Nr. 18 TKG) darstellen, diesen aber wirtschaftlich vor- oder nachgelagert sind, durch Marktkräfte aus dem insoweit noch bestehenden faktischen Monopolbereich der DTAG herauszulösen.