

SBR Schuster Berger Bahr Ahrens, Holstenwall 5, 20355 Hamburg

Vorab per Telefax: 0228/14 8872

Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 2
Postfach 80 01
53105 Bonn

Düsseldorf | Hamburg

Prof. Dr. Fabian Schuster¹
Dr. Ernst Georg Berger
Dr. Christian Bahr
Prof. Dr. Sönke Ahrens²
Dr. Sascha Dethof
Dr. Thomas Sassenberg LL.M.³
Babette Harnisch LL.M.
Anita Malec
Dr. Judith Loeck
Dr. Laura Kubach LL.M.

¹ Fachanwalt für IT-Recht
² Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
³ Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

Rechtsanwalt

Dr. Thomas Sassenberg

Fassung enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Überprüfung des Standardangebots für Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden, unabhängig von der für die Miet- oder Standleitungskapazitäten genutzten Technik der Telekom Deutschland GmbH, Az.: BK2-12/005

Brahms Kontor
Holstenwall 5
20355 Hamburg
Tel: +49 (0) 40 300900-0
Dw: +49 (0) 40300900-32
Fax : +49 (0) 40 300900-40
sassenberg@sbr-net.com
www.sbr-net.com

Unser Zeichen:
BT-2012-006/22
TS/hj

Datum: 04.02.2013

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Kuhrmeyer,
sehr geehrte Damen und Herren,

namens und im Auftrag der BT (Germany) GmbH & Co. oHG nehmen wir nachfolgend zu dem von der Telekom Deutschland GmbH (Telekom) am 09.11.2012 an die Bundesnetzagentur übermittelten Standardangebot Stellung:

Das von der Telekom vorgelegte Standardangebot ist nicht geeignet, die allgemeine Nachfrage sicherzustellen (I.). Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass im Rahmen des Standardangebotes alleine sogenannte Punkt-zu-Punkt-Verbindungen angeboten werden und natives Ethernet mit NNI-Schnittstelle nicht vorgesehen ist. Aber auch eine Vereinbarkeit mit Chancengleichheit und Billigkeit ist nicht gegeben (II.). Dies betrifft bspw. die Regelungen zur Kündigung (II.1.a) aber auch die Regelungen zur Verfügbarkeit (II.2.a).

Im Einzelnen:

I. Standardangebot nicht geeignet um allgemeine Nachfrage sicherzustellen

Nach der Festlegung der Präsidentenkammer vom 03.01.2012 verfügt die Telekom auf dem bundesweiten Markt für Abschlussegmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie mit einer Bandbreite von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s über eine beträchtliche Marktmacht. Umfasst sind alle Abschlussegmente mit klassischen Schnittstellen sowie mit Ethernet basierten Schnittstellen und auch Abschlussegmente, die im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden. Mit Regulierungsverfügung vom 09.08.2012 (BK 2a-12/001) wurde der Telekom in Ziff. 2 i.V.m 1.5 auferlegt, ein Standardangebot für Mietleitungen zu veröffentlichen, welches neben klassischen oder auf Ethernet basierten Schnittstellen auch Abschlussegmente vorsieht, welche im Rahmen von Systemlösungen erbracht werden.

Seitens der Telekom ist gem. § 23 Abs. 1 S. 1 TKG ein Standardangebot für diejenigen Leistungen zu veröffentlichen, für welche eine allgemeine Nachfrage besteht. Dabei dürfen an die allgemeine Nachfrage keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. An einer solchen allgemeinen Nachfrage fehlt es vielmehr nur dann, wenn die jeweilige Leistung nur von Einzelnen oder einer unerheblichen Minderheit von Zugangsberechtigten geäußert wird (*Steinwärder*, MMR 2005, 84 (86)).

1. Partial Private Circuits müssen angeboten werden

Im Rahmen des nunmehr von der Telekom vorgelegten Standardangebotes werden von dieser jedoch sowohl für Ethernet als auch für SDH lediglich sog. Punkt-zu-Punkt-Verbindungen angeboten (vgl. Ziff. 1.1 sowie 2.1 der Leistungsbeschreibung). Eine allgemeine Nachfrage besteht neben den Punkt-zu-Punkt-Verbindungen allerdings zusätzlich an der Möglichkeit des Bezugs von Teilmietleitungen (sog. Partial Private Circuits – PPC), also der Anmietung einzelner Segmente.



2. Allgemeine Nachfrage nach nativem Ethernet besteht

Das Standardangebot sieht nicht vor, dass die Möglichkeit des Bezugs von Mietleitungen mit sog. nativem Ethernet besteht. Dies entspricht ebenfalls nicht der allgemeinen Nachfrage. Vielmehr ist sicherzustellen, dass nicht nur SDH basierte Mietleitungen mit Ethernet-Interface angeboten werden, sondern sog. „natives“ Ethernet Typ 4 mit NNI-Schnittstelle Vertragsgegenstand ist. Aus der Leistungsbeschreibung der Telekom (Anlage 1, Ziff. 2.1) ergibt sich gerade nicht, ob es sich um eine SDH-Verbindung mit Ethernet-Schnittstelle oder um natives Ethernet handelt. Für beides besteht eine allgemeine Nachfrage.

3. Allgemeine Nachfrage besteht bzgl. nativem Ethernet und PPC

Es bleibt insofern festzuhalten, dass das von der Telekom vorgelegte Standardangebot nicht der allgemeinen Nachfrage gerecht wird. Hierfür wäre es erforderlich, dass seitens der Telekom die Teilanmietung von einzelnen Segmenten vertraglich angeboten wird.

II. Zu den Vertragsbedingungen im Übrigen

Das von der Telekom vorgelegte Standardangebot entspricht nicht nur nicht der allgemeinen Nachfrage, sondern ist zudem nicht durchgehend mit den Anforderungen an Chancengleichheit und Billigkeit vereinbar. Dies betrifft sowohl den Standardvertrag (1.) an sich als auch dessen Anlagen (2. bis 3.).

1. Standardvertrag zur Überlassung von Mietleitungen

a. Regelungen zur Kündigung

Bereits in der Präambel behält sich die Telekom ein fristloses Kündigungsrecht oder eine rückwirkende Vertragsanpassung für den Fall vor, dass die Regulierungsverfügung aufgehoben oder geändert wird. So heißt es dort:

„Bei einer Aufhebung oder Änderung der Regulierungsverfügung oder des Beschlusses zum Standardangebot ist die Telekom berechtigt, diesen Vertrag rückwirkend anzupassen sowie gemäß Punkt 7 des Vertrags fristlos zu kündigen.“

Die in der Präambel des Standardangebots vorgesehene Regelung ist nicht hinreichend transparent, da einerseits nicht auf die wohl gemeinte Ziff. 9.2 b) verwiesen wird und andererseits nicht deutlich wird, welche Vertragsteile fristlos gekündigt werden können. Eine fristlose Kündigung der Einzelverträge, wie sie Ziff. 9.2 b) vorsieht, ist zudem unbillig.

Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung soll nach Ziff. 9.2 b), 2. Spiegelstrich sein, dass die Regulierungsverfügung oder das Standardangebot geändert, aufgehoben oder neu erlassen wird. Für den Fall, dass der Markt aus der Regulierung entlassen werden würde, bedeutet dies, dass alleine aufgrund der möglichen fristlosen Kündigung eine neue Abhängigkeit entsteht, welche die Telekom zu ihren Gunsten ausnutzen kann. Die Telekom sieht in der Anlage 1, Ziff. 6.2.1 Bereitstellungsfristen von acht Wochen bis zu sechs Monaten vor. Bereits dies macht deutlich, dass eine fristlose Kündigung nicht mit Billigkeitsgesichtspunkten vereinbar ist.



Es ist nicht ersichtlich, dass eine Änderung der allgemeinen Nachfrage (Ziff. 9.2 b), 3. Spiegelstrich), welche zudem von der Bundesnetzagentur festgestellt werden müsste, einen wichtigen Grund für eine Kündigung darstellen soll, welcher die fristlose Kündigung (auch vor Ablauf der Mindestvertragslaufzeit) rechtfertigt. Vielmehr handelt es sich gerade bei der Änderung der allgemeinen Nachfrage um einen Prozess und nicht um ein plötzliches Ereignis. Zudem käme allenfalls eine Anpassung des Vertrags und nicht dessen Kündigung in Betracht.

Unbillig ist es auch, den Vertrag ohne vorherige Abmahnung alleine aufgrund eines Verstoßes gegen Mitwirkungspflichten außerordentlich kündigen zu können (Ziff. 9.2 b), 5. Spiegelstrich).

Soweit sich die Telekom zudem in der Präambel das Recht einer rückwirkenden Vertragsanpassung vorbehalten hat, ist die Regelung nicht nur weitgehend unklar, sondern auch unzulässig. Jegliche Änderung an der Regulierungsverfügung würde nach dem Vertragswortlaut dazu führen, dass das Standardangebot vollumfänglich angepasst werden könnte. Mit den Anforderungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lässt sich die Regelung sicherlich nicht vereinbaren (vgl. zur Berücksichtigungsfähigkeit der Anforderungen des AGB-Rechts: *Piepenbrock/Attendorf* in Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 23 TKG, Rn. 39).

b. Technische Modifikationen

Das Standardangebot der Telekom sieht in Ziff. 2 des Vertrags für den Fall von technischen Modifikationen an der Netzplattform eine Anpassung des Vertrags vor. Hierzu heißt es:

„Die Telekom wird KUNDE hierüber rechtzeitig informieren und im Rahmen der technischen Möglichkeiten Nachteile für KUNDE vermeiden.“

Die Regelung sieht demnach vor, dass eine Änderung an der Netzplattform nur dann möglich ist, wenn dem Nachfrager genügend Zeit für die erforderlichen Anpassungen gegeben wird. Nur dann kann von einer rechtzeitigen Information ausgegangen werden. Da die Änderung von technischen Modifikationen wesentliche Auswirkungen für den Nachfrager haben kann und umfangreiche Anpassungen erforderlich werden können, ist zudem eine Frist von zwölf Monaten aufzunehmen. Es ist insofern zu formulieren:

„Die Telekom wird KUNDE hierüber rechtzeitig – spätestens jedoch 12 Monate zuvor – informieren und im Rahmen der technischen Möglichkeiten Nachteile für KUNDE vermeiden.“



c. Preise

Seitens der Telekom wird die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung in Ziff. 3.2 wie folgt modifiziert:

„Für die Zwecke des § 35 Abs. 5 TKG, insbesondere zur Auslösung der Rechtsfolge des § 35 Abs. 5 S. 1 und 3 TKG (Rückwirkung), gelten die von der Telekom jeweils beantragten Entgelte vereinbart.“



Auch sieht die Telekom in Ziff. 3.3 des Standardangebots vor, dass sie den Preis nach billigem Ermessen bestimmen kann, wenn innerhalb von sechs Monaten nach Wegfall der Ge-

nehmungspflicht keine Neuverhandlungen stattgefunden haben oder keine Einigung erzielt wurde. Für den Fall, dass keine Neuverhandlungen stattgefunden haben, ist es unbillig ohne das Führen von Vertragsverhandlungen der Telekom das Recht einzuräumen, das Entgelt vollständig nach billigem Ermessen zu bestimmen. Aber auch im Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen kann ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nicht überzeugen, haben beide Parteien doch die Möglichkeit sich vom Vertrag zu lösen.

d. Einwendungen

Die in Ziff. 6 des Standardangebots vorgesehene Regelung, wonach für Einwendungen gegen Rechnungen eine Ausschlussfrist von drei Monaten zu Lasten des Nachfragers besteht, ist unbillig. Es ist kein Grund ersichtlich, dass anstelle der vielfach üblichen Beweislastumkehr eine Ausschlussfrist vereinbart wird. Hinzu kommt, dass es sich um ein Vorleistungsprodukt handelt und Einwendungen in der Regel zunächst erst vom jeweiligen Teilnehmer geltend gemacht werden müssen. Daher kann auch eine Beweislastumkehr vorliegend frühestens nach sechs Monaten erfolgen.

2. Anlage 1 – Leistungsbeschreibung

a. Verfügbarkeit

Die in Ziff. 1.2 der Leistungsbeschreibung vorgesehene Regelungen, wonach die Verfügbarkeit über mindestens zehn CFV SDH der gleichen Bandbreite 99,7 % beträgt, ist nicht hinreichend transparent. Insoweit ist unklar, ob die Verfügbarkeit von 99 % pro CFV SDH weiterhin die Untergrenze für die einzelne Leistung darstellt und wie sich die Bandbreite berechnet, wenn mehr als zehn CFV SDH vorhanden sind. Mit jeder weiteren Mietleitung hätte dies zur Folge, dass die Verfügbarkeit für die einzelne Leitung sinkt. Dies ließe sich mit der allgemeinen Nachfrage nicht vereinbaren. Vielmehr entspricht es der allgemeinen Nachfrage, dass mit einem höheren Bezug bessere Service Level eingeräumt werden und nicht, dass sich diese – auf die einzelne Leitung gesehen – ab der elften Leitung verschlechtern.

Da gerade längere Ausfälle einzelner Mietleitungen erhebliche Konsequenzen haben, ist eine entsprechende Regelung nicht im Interesse der Nachfrager. Entweder ist die Verfügbarkeit anhand von Leitungsbündeln à zehn Mietleitungen zu berechnen oder die Verfügbarkeit an sich ist signifikant zu erhöhen.



Es ist nicht ersichtlich, warum eine höhere Verfügbarkeit ab zehn Mietleitungen pro Bandbreite nicht auch für CFV Ethernet gelten soll (Ziff. 2.3). Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum die Leistung „erhöhte Netzverlässlichkeit“ (Ziff. 2.2 der Anlage 4) nur für SDH Mietleitungen angeboten wird.

b. Übergabeprotokoll

In Ziff. 6.5.2 ist eine Frist von einer Woche aufzunehmen, innerhalb derer das Übergabeprotokoll an den Kunden zu übermitteln ist.

c. Entstörungsfristen

Es besteht eine allgemeine Nachfrage dahingehend, dass konkrete, nachvollziehbare und sanktionierte Fristen zur Entstörung vorgesehen sind. Diesen Anforderungen wird die in Ziff. 7.1.1 der Leistungsbeschreibung vorgesehene Regelung nicht gerecht. Zunächst kann für den Beginn der Störung nicht alleine auf den Zugang der Störungsmeldung seitens des Kunden abgestellt werden. Eine solche Vorgehensweise wäre unbillig. Vielmehr liegt eine Störung auch bereits dann vor, wenn die Telekom selbst Kenntnis von einer Störung hat. Für das Ende der Störung ist zwar auf die Entstörungsmeldung abzustellen, dies gilt aber nur für den Fall, dass die Störung tatsächlich behoben wurde. Der Zeitraum zwischen Entstörungsmeldung und Zurückweisung durch den Nachfrager ist unter Berücksichtigung der Gesichtspunkte der Billigkeit in die Störungszeit einzuberechnen, wenn seitens der Telekom eine Störung unberechtigter Weise als erledigt gemeldet wurde. Auch kann eine Zurückweisung der Entstörungsmeldung nicht dazu führen, dass es sich um eine neue Störung handelt.

Die Entstörungsfristen sehen keine hinreichenden Informationspflichten während der Behebung der Entstörung vor. Es ist eine Regelung aufzunehmen, wonach der Nachfrager alle zwei Stunden über den Stand der Entstörung informiert wird. Auch ist die Nichteinhaltung der Entstörungsfristen nicht unmittelbar sanktioniert.

3. Anlage 2 – Mitwirkungspflichten von KUNDE

In den Mitwirkungspflichten des Kunden ist in Ziff. 2 geregelt, dass der Kunden die Mietleitung nicht ganz oder teilweise Dritten überlässt, sofern es sich nicht um Endkunden handelt. Diese Vorgabe lässt sich nicht mit der allgemeinen Nachfrage vereinbaren. [REDACTED]

[REDACTED]