

DEUTSCHER BUNDESTAG

16. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft
und Technologie

s

Ausschussdrucksache **16(9)371**

17. Oktober 2006

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
Frau Vorsitzende Edelgard Bulmahn, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

17. Oktober 2006

RL/

Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften (Drs. 16/2581)

Sehr geehrte Frau Bulmahn,
sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen der Beratungen zum Gesetzentwurf zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften gibt der Ausschuss für Wirtschaft und Technologie ausgewählten Verbänden und Sachverständigen die Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO e.V.), in dem 45 infrastrukturbasierte Breitbandanbieter und damit über 90 Prozent des Infrastrukturwettbewerbs im deutschen Breitbandmarkt vertreten sind, bedankt sich für diese Möglichkeit zur Stellungnahme und führt zu dem Gesetzentwurf wie folgt aus.

I. Behandlung neuer Märkte § 9 a TKGÄndG-E

Nach § 9 a des Gesetzentwurfs soll eine Vorschrift zur Behandlung „neuer Märkte“ in das TKG aufgenommen werden. Danach sollen sogenannte „neue Märkte“ grundsätzlich nicht in die Marktregulierung einbezogen werden, es sei denn,

„dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder –netze langfristig behindert wird.“

BREKO hält diese Regelung für überflüssig und in erheblichem Maß investitions- und innovati-
onsgefährdend. Zudem erscheint die Regelung mit europäischem Recht unvereinbar.

1. Nur Investitionen im Wettbewerb sind gute Investitionen

Durch § 9 a TKGÄndG-E würden faktisch lediglich Investitionen des marktbeherrschenden Betreibers geschützt. Der Gesetzgeber darf aber nicht die Interessen eines einzelnen Unternehmens fördern, sondern muss die Innovationskraft und das Investitionsverhalten des gesamten Marktes im Blick haben. Investitionen, die in einem wettbewerblichen Umfeld getätigt werden, tragen sehr viel schneller und wirkungsvoller zur Innovation bei, als Investitionen, die ausschließlich durch einen ehemaligen Monopolisten getätigt werden. Eine von der EU-Kommission in Auftrag gegebene Studie von „London Economics“ in Zusammenarbeit mit „PriceWaterhouse“ vom Juli 2006¹ weist nach, dass Investitionen vor allem dort vorgenommen worden sind, wo durch eine klare und konsequente Regulierung wettbewerbliche Rahmenbedingungen geschaffen wurden. Dies belegt auch die DSL-Entwicklung in Deutschland. Obwohl Deutschland bei der Durchdringung mit DSL-Anschlüssen bereits aufgeholt hat, liegt die DSL-Penetrationsrate nach wie vor im EU-Mittelfeld weit hinter Ländern wie den Niederlanden oder Frankreich, wo der DSL-Markt von Anfang an konsequent dem Wettbewerb geöffnet wurde.

Ein gesetzgeberischer Ansatz, der sich lediglich auf den Schutz vermeintlicher Investitionen des ehemaligen Monopolunternehmens fokussiert, verkürzt das Investitions- und Innovationspotenzial, welches der Wettbewerb insgesamt bietet. Seit Beginn des Wettbewerbs im Jahre 1998 haben Wettbewerber der DTAG erhebliche Investitionen in den Aufbau neuer und innovativer Telekommunikationsinfrastrukturen vorgenommen. Allein im Jahr 2005 haben die Mitgliedsunternehmen des BREKO € 750 Mio. in den Infrastrukturaufbau investiert. Für das Jahr 2006 kann sogar eine Steigerung auf € 860 Mio. prognostiziert werden.² Während die BREKO-Mitgliedsunternehmen damit 20 Prozent ihres Umsatzes und 100 Prozent ihres EBITDA für den Aufbau moderner Infrastrukturen einsetzten, investierte die DTAG im gleichen Zeitraum lediglich 6 Prozent ihres Umsatzes und 16 Prozent ihres EBITDA. Die hohe Investitionsbereitschaft der BREKO-Mitgliedsunternehmen ist dabei mit der Erwartung an einen verlässlichen und fairen Rechtsrahmen verbunden, der die Investitionen von Wettbewerbern nicht gegenüber Investitionen des ehemaligen Monopolunternehmens diskriminiert. Dieser Erwartung würde die in § 9 a TKGÄndG-E geplante Regelung jedoch nicht nur nicht gerecht. Vielmehr wäre sie für einen investitionsfreundlichen und verlässlichen Rechtsrahmen äußerst kontraproduktiv.

2. Investitionen brauchen Rechts- und Planungssicherheit

Ausweislich der Begründung des Entwurfs (Drs. 359/06 S.38) soll § 9 a TKGÄndG-E dazu dienen, Innovationen zu ermöglichen und Investitionen in neue Infrastruktur zu fördern. Genau diese Ziele würden durch die Regelung aber verfehlt.

¹ “An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and investment in the EU e-communications sector – Final report”

² Quelle: BREKO-Marktdatenerhebung 2006

Mit die wichtigste Rahmenbedingung für Investitionen ist eine ausreichende Rechts- und Planungssicherheit. Diese ist bereits heute nicht im notwendigen Maß gegeben, weil die Deutsche Telekom AG (DTAG), den Zugang zu notwendigen Vorleistungen oft mit dem Argument verweigert, sie sei zu der Gewährung des nachgefragten Zugangs nicht verpflichtet oder könne diesen im Rahmen ihrer technischen und betrieblichen Möglichkeiten nicht herstellen. Dabei ignoriert sie ihre grundsätzlich bestehenden Ausbauverpflichtungen. Aus diesem Grunde erhalten die Wettbewerber oft erst nach einer Intervention bei der BNetzA oder im Wege der zivilgerichtlichen Durchsetzung die für sie notwendigen Vorleistungen, wodurch viel Zeit verloren wird. Diese Planungsunsicherheit wird durch die DTAG in vielen Fällen ganz bewusst geschaffen.

Kein Unternehmen und kein Kapitalgeber werden aber Investitionen in den Aufbau neuer Infrastrukturen vornehmen, solange die rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür unklar sind und daher (auch zeitliche) Ziele für die Produktentwicklung nicht definiert werden können. Der geplante § 9 a TKG-ÄndG-E schafft weiteres erhebliches Potenzial für die Schaffung von Rechts- und Planungsunsicherheit. Vor dem Hintergrund der geschilderten Erfahrungen ist zu erwarten, dass die DTAG jedes neue Produkt und jede schlichte Optimierung ihres bestehenden Netzes als „neuen Markt“ verkaufen und auf diese Weise die Verweigerung von Vorleistungen für ihre Wettbewerber begründen wird. Ordnet die BNetzA gleichwohl eine Zugangsverpflichtung an, würde die DTAG unter Berufung auf § 9a TKGÄndG-E hiergegen das Verwaltungsgericht anrufen und auf diese Weise – unabhängig vom späteren Erfolg der Klage - für weitere Rechts- und Planungsunsicherheit sorgen.

Die Wettbewerber der DTAG, könnten daher nicht von einem stabilen rechtlichen Umfeld für ihre Infrastrukturinvestitionen ausgehen. Dies würde die Investitionen insgesamt aber eher verhindern als fördern. Schon das Beispiel des VDSL-Ausbaus der DTAG zeigt, dass § 9 a TKG-ÄndG in der Praxis zu erheblichen Unsicherheiten führt. Während die DTAG VDSL als einen „neuen Markt“ verkauft und im Vorgriff auf die hier diskutierte Regelung ihren Wettbewerbern bisher jeglichen Zugang verweigert, hat die BNetzA in ihrer Marktanalyse zu Markt Nr.12 der EU-Märkteempfehlung VDSL zu Recht nicht als einen regulatorisch gesondert zu betrachtenden „neuen Markt“ eingeordnet. Tatsächlich wird nur ein kleiner Teil des bestehenden Zugangsnetzes der DTAG durch den Überbau mit Glasfaser optimiert, um die Übertragung höherer Bandbreiten zu ermöglichen. Die DTAG hat allerdings bisher keine einzige Anwendung vorgestellt, die diese Bandbreiten benötigen würden. Vielmehr können auch Dienste wie z.B. IP-TV auf der Basis der bereits im Markt befindlichen ADSL2+ -Technologie in guter Qualität angeboten werden. Die Einschätzung der BNetzA ist also richtig. Dennoch wäre auch bei VDSL ein jahrelanger Rechtsstreit mit entsprechenden Unsicherheiten bzgl. der Zugangs- und Ausbaumöglichkeiten für Wettbewerber wahrscheinlich, sollte sich die DTAG hier auf eine Sonderregelung für „neue Märkte“ berufen können. Schon wegen der Schaffung dieser jahrelangen Planungsunsicherheit ihrer Wettbewerber und der damit einhergehenden Verhinderung von Wettbewerberinvestitionen hätte sich die mit einer angeblichen Regulierungsfreistellung nach § 9 a TKGÄndG begründete Zugangsverweigerung für die DTAG – unabhängig vom späteren Ausgang des Klageverfahrens – gelohnt.

Aber auch von einer anderen Seite her würde eine Regulierungsfreistellung für Investitionen in „neue Märkte“ zu einer erheblichen Rechts- und Planungsunsicherheit führen. Die EU-Kommission hat mehrfach – zuletzt im Rahmen eines öffentlichen Workshops am 10.10.2006 in Brüssel – betont, dass sie eine gesetzliche Regelung zur Regulierungsfreistellung nicht für EU-rechtskonform hält und keinen Zweifel daran gelassen, dass sie gegen ein entsprechendes Gesetz eines Mitgliedsstaates vorgehen würde. Die Auffassung der Kommission wird auch vom BREKO geteilt, vor allem da der EU-Rechtsrahmen die Entscheidung über die im Einzelfall angemessene Regulierungsintensität nicht dem nationalen Gesetzgeber, sondern den Regulierungsbehörden überantwortet. Ein jahrelanger Rechtsstreit mit der EU in einer zentralen Frage des regulatorischen Umfeldes würde aber ebenfalls zu erheblicher Rechts- und Planungsunsicherheit beitragen und das Investitionsklima belasten.

3. § 9 a TKG ist überflüssig

Schließlich ist eine gesetzliche Regelung für die Freistellung von Investitionen in „neue Märkte“ auch überflüssig. Der bestehende rechtliche Rahmen bietet eine ausreichende Flexibilität, um die jeweils angemessene Intensität an Regulierung zu justieren. Die geplante Vorschrift ist in Europa ohne Beispiel und wird von ehemaligen Monopolunternehmen in anderen Ländern offenbar auch nicht gewünscht. So hat British Telecom in Rahmen eines Workshops der EU-Kommission am 10.10.2006 in Brüssel betont, dass bereits Investitionen in Höhe von € 15 Mrd. in den Aufbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes vorgenommen wurden, ohne dass dafür eine gesetzliche Verankerung von Regulierungsferien erforderlich gewesen sei.

Unter den genannten Gesichtspunkte empfiehlt BREKO daher dringend, von einer gesetzlichen Regelung zur Regulierungsfreistellung von Investitionen in „neue Märkte“ Abstand zu nehmen.

II. Geplante Änderung der Haftungsregelungen

Die bisherigen Haftungsregelungen in § 7 TKV sehen eine Individualhaftungsgrenze in Höhe von € 12.500,- pro Nutzer sowie eine Globalhaftungsgrenze in Höhe von € 10 Mio. je schadenverursachenden Ereignis vor. Demgegenüber enthält § 44a des neuen Entwurfs nur noch die Globalhaftungsgrenze von € 10 Mio., während die Beschränkung der Individualhaftung entfallen soll. Zudem wird in § 44 a S.3 des Entwurfs geregelt, dass eine vertragliche Haftungsbeschränkung nur gegenüber „Endnutzern, die keine Verbraucher sind“ zulässig ist. Dies bedeutet aber, dass ein Telekommunikationsanbieter schon bei einer leicht fahrlässigen Verletzung einer Nebenpflicht gegenüber Verbrauchern vollumfänglich haften würde und das gegebenenfalls ist zu einer Grenze von € 10 Mio. für einen einzelnen Schadensfall. Die Vorschrift kombiniert somit eine äußerst geringe Haftungsschwelle mit einem auch vom Betrag her sehr hohen Haftungsrisiko.

Damit werden die Telekommunikationsanbieter aber schlechter gestellt als Dienstleister in anderen Branchen. Diese haben nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zumindest die

Möglichkeit, vertragliche Einschränkungen der Haftung bei Sach- und Vermögensschäden vorzunehmen und Fälle leichter Fahrlässigkeit auszuschließen, soweit keine Kardinalpflichten verletzt sind oder der Schaden nicht vertragstypisch ist.

Auch die in § 44 a S.3 TKG-ÄndG vorgesehene Möglichkeit, die Höhe der Haftung zumindest gegenüber Endnutzern, die keine Verbraucher sind, einzelvertraglich abzuändern, gleicht die Benachteiligung der Telekommunikationsdienstleistungsanbieter gegenüber anderen Branchen nicht aus und ist in der Praxis kaum umzusetzen. Schon formal kann nur die Höhe individualvertraglich geändert, nicht aber die Haftung für zum Beispiel leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden. Entscheidend ist aber, dass bei Massengeschäften im seltensten Fall mit Unternehmen als Endkunden einzelvertragliche Vereinbarungen getroffen werden können, in der Regel wird die Haftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart. Selbst wenn man mit solchen Endnutzern eine entsprechende Klausel handschriftlich vereinbaren würde, wäre damit gleichwohl nach der Rechtsprechung des BGH nicht das Merkmal der vorformulierten Klausel aufgehoben. Vielmehr betont das Gericht, dass eine nicht vorformulierte, individuell ausgehandelte Klausel auch dann ausscheidet, wenn der Verwender diese jeweils handschriftlich als Sondervereinbarung hinzusetzt und dabei den Kerngehalt grundsätzlich gleichförmig einträgt.

Die Streichung der Summenbegrenzung von € 12.500 je Endnutzer bringt den Telekommunikationsdienstleistungsanbieter somit schon bei geringsten Fehlleistungen unkalkulierbare wirtschaftliche Risiken, die auch kaum zu versichern sind. Gerade kleinere Telekommunikationsdienstleistungsanbieter, die nicht über entsprechende Netze aus der Zeit des Monopols verfügen, könnten bei Haftungen von zehn Millionen je Schadensfall existentiell gefährdet sein. Während diese Obergrenze früher nur bei 800 Geschädigten erreicht werden konnte und eine Haftung in dieser Höhe schon von daher unwahrscheinlich war, könnte nun bereits ein einzelner Geschädigter eine solche Haftung auslösen. Die Begrenzung der Individualhaftung muss daher in dieser Regelung erhalten bleiben.

Darüber hinaus sind vom Endnutzerbegriff des § 44 a, welcher in § 3 Nr.8 TKG definiert ist, andere Telekommunikationsdienstleistungsanbieter, die selbst TK-Dienstleistungen in Anspruch nehmen und ihrerseits wiederum Endkunden mit solchen Leistungen versorgen, nicht erfasst. Unklar ist hier, wie die Haftung gegenüber diesen Endkunden gestaltet sein soll, wenn das schädigende Ereignis durch einen anderen Telekommunikationsdienstleistungsanbieter, von dem die Vorleistung bezogen wurde, verursacht wurde. Der die Vorleistung in Anspruch nehmende Telekommunikationsanbieter müsste ggf. gegenüber seinem Endkunden voll haften, während der die Vorleistung bereit stellende Betreiber seine Haftung gegenüber dem Vorleistungsempfänger beschränken könnte, weil in dieser Leistungsbeziehung § 44 a TKGÄndG keine Anwendung finden würde. Diese unterschiedlich ausgestalteten Haftungsregelungen in der Leistungskette werden aber der Interessenlage der Telekommunikationsanbieter nicht gerecht. Die Haftung zwischen Anbietern von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit, die zueinander in einer Vorleistungsbeziehung stehen, darf die für die Endkundenbeziehung geltenden Haftungsgrenzen nicht unterschreiten. Insoweit müssen in § 44 a die Regelungen des § 7 II Satz 3 und 4 TKV aufgenommen werden. Im übrigen ist es nicht einsichtig, warum die Haftungsbegrenzung nur Endkunden i.S.v. § 3 Nr. 8 TKG und nicht allen Nutzern bzw. Kunden gegenüber gelten soll.

BREKO fordert daher, die Regelung des § 7 II TKV inhaltlich in § 44 a zu übernehmen. Lediglich der Begriff des Nutzers ist an die Terminologie des neuen TKG anzupassen und in den Begriff „Kunde“ abzuändern. Zumindest für Kunden, die nicht Verbraucher sind, sollte die Möglichkeit eröffnet werden, die Haftung auf Euro 12.500,00 je Geschädigten und Schadensfall auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu begrenzen, sofern dem Telekommunikationsdienstleistungsanbieter kein Vorsatz vorgeworfen werden. Jedenfalls aber muss die Regelung eine weitergehende Haftungsbeschränkung in den Grenzen der allgemeinen Vorschriften zulassen, damit die Telekommunikationsdienstleistungsanbieter nicht gegenüber anderen Branchen benachteiligt werden.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Rainer Lüddemann
(Geschäftsführer)