



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Bundesministerium für
Wirtschaft und Technologie
Herrn MR Winfried Ulmen
Villemombler Str. 76

53123 Bonn

Per Email an: buero-via8@bmwi.bund.de

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur TKG-Novelle 2010

Berlin, den

02.11.2010

Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)

Sehr geehrter Herr Ulmen,
sehr geehrte Damen und Herren,

die IEN hat mit Email des BMWi vom 30.09.2010 den Referentenentwurf
nebst Begründung zur TKG-Novelle 2010 zur Kommentierung bis zum
29.10.2010 übermittelt bekommen. Wir bedanken uns für die Informationen
und nehmen die Möglichkeit zur Stellungnahme nachfolgend gerne wahr.

I. Allgemeine Anmerkungen

Die IEN begrüßt zunächst, dass das BMWi die Vorgaben der beiden neuen
Richtlinien „Better Regulation“¹ und „Citizens Rights“² schnellstmöglich
konsequent umsetzen möchte und sich vor diesem Hintergrund auch
weitestgehend nah an die jeweiligen Vorgaben des europäischen
Gesetzgebers hält.

1 RICHTLINIE 2009/140/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2009 zur Änderung
der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der
Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren
Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste.

2 RICHTLINIE 2009/136/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2009 zur Änderung
der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten,
der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der
elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

MITGLIEDER

Airdata
BT
Cable & Wireless
COLT
Orange Business
Verizon Business

SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54
10117 Berlin

GESCHÄFTSFÜHRER

RAin Malini Nanda

VORSTAND

Sabine Hennig
Dr. Jutta Merkt
Dr. Andreas Peya
Andreas Schweizer

KONTAKTE

Telefon +49 30 3253 8066
Telefax +49 30 3253 8067
info@ien-berlin.com
www.ien-berlin.com

Allerdings erachtet die IEN die konkreten Ansätze des BMWi in einzelnen gesetzlichen Vorschriften noch als zu weitgehend und gerade auch in Anbetracht der Erwägungen des europäischen Gesetzgebers für nicht geboten. Die IEN möchte daher eine vertiefte Prüfung hinsichtlich der Differenzierungsmöglichkeiten bei einigen Vorschriften in ihrer derzeitigen Ausgestaltung anregen.

Bereits in ihrer Stellungnahme zu den Eckpunkten der TKG-Novelle hat die IEN auf die Bedürfnisse der großen Unternehmenskunden und Behörden, die regelmäßig unter dem Oberbegriff der „Geschäftskunden“ zusammengefasst werden, hingewiesen. Die IEN sieht den deutschen Gesetzgeber nach wie vor gefordert, im Rahmen der TKG-Novelle 2010 einerseits die konsequente Umsetzung der Richtlinienvorgaben zu gewährleisten, gleichzeitig jedoch auch die Gelegenheit zu nutzen, der langjährigen Forderung vieler Marktteilnehmer nachzukommen und klarere Regelungen für Anbieter von Lösungen für große Geschäftskunden und Behörden zu treffen.

Wie bereits im Rahmen der Kommentierung zu den Eckpunkten der TKG-Novelle erläutert, stellen große Geschäftskunden besondere und umfangreichere Produkthanforderungen an TK-Dienstleistungen. Diese Unternehmen oder auch Behörden agieren häufig überregional, national oder auch international und erheben Ansprüche an Leistungen aus einer Hand, die stabile Qualitäten und Sicherheit erfordern. Um die jeweiligen kundenspezifischen Anforderungen an Gesamtlösungen aus (abgesicherter) Datenübertragung, Logistikprozessen, Videokonferenzlösungen, Heimarbeitsplätze etc. zu erfüllen, handeln die Anbieter solcher Geschäftskundenprodukte die Verträge zu den maßgeschneiderten Angeboten mit ihren Kunden regelmäßig individuell aus. Die Verfügbarkeit eines reinen (AGB-)Massenprodukts ist für diese Kundengruppe nicht gegeben. So verfügen viele dieser Kunden über eigene große Beschaffungsabteilungen (IT-Abteilungen) sowie Rechtsabteilungen und sind damit mit erheblicher Sachkenntnis und einer starken Verhandlungsposition ausgestattet, die es ihnen erlaubt, sehr konkrete Produkthanforderungen an die TK-Anbieter zu stellen. Zudem werden viele Leistungen von den Geschäftskunden (teilweise europaweit oder sogar weltweit) oder den Nachfragern der öffentlichen Hand ausgeschrieben, so dass die betreffenden Anbieter von Telekommunikationsleistungen für diese Kundengruppe kaum eigenen Ausgestaltungsspielraum für ihre Angebote haben. Dies unterscheidet die großen Geschäftskunden auch von anderen gewerblich tätigen Kunden, wie kleinen und mittelständischen Unternehmen (sog. KMU) oder Berufsträgern der freien Berufe, welche zumeist ebenfalls reine AGB-Produkte beziehen.

Gerade diese Differenzierung ist bei der Umsetzung der Richtlinienbestimmungen in das TKG von essentieller Bedeutung.

1. Definition und Auslegung des (End-)Nutzerbegriffs

Besondere Relevanz gewinnt diese Differenzierung im Zuge der Auslegung der begrifflichen Vorgaben bei der Definition des Nutzer- und Endnutzerbegriffs.

Es ist konkret zu hinterfragen, ob diese Definitionen tatsächlich alle (End-)Nutzertypen umfassen sollen oder nur bestimmte Kategorien von (End-)Nutzern, wie dies nach Auffassung der IEN der Fall ist. Diese können einerseits der Verbraucher sein, aber auch andere Nutzerkategorien wie etwa KMU. Eine weitgehende Interpretation des Endnutzerbegriffs kann zudem auch große, national oder multinational agierende Geschäftskunden umfassen. Dies führt allerdings dazu, dass dann auch diese Großunternehmen die gleiche Form des (End-)nutzerschutzes erhalten, wie auch die Verbraucher.

Gerade letztere Interpretation erscheint nach allen übrigen gesetzlichen (verbraucherschützenden) Vorgaben nicht sinnvoll. Es ist zu berücksichtigen, dass große Geschäftskunden oder Behörden wie beschrieben über eine erhebliche Einkaufsmacht verfügen. Sie verhandeln ihre Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen individuell, legen selbst Art, Qualität und Umfang der zu erbringenden Telekommunikationsdienstleistungen fest und lassen sich nicht auf AGB-Verträge verweisen. Demgegenüber können Verbraucher eher schutzwürdig sein, weil diese im Regelfall auf die Abnahme von Standardprodukten angewiesen sind. Gleiches gilt häufig auch für KMU, da auch diesen zumeist eine Einkaufsmacht fehlt, so dass sie im Ergebnis ebenfalls auf AGB-Verträge angewiesen sind.

Die bisherigen Vorgaben des Referentenentwurfs unterscheiden nach Auffassung der IEN allerdings noch nicht hinreichend zwischen den unterschiedlichen Nutzerkategorien. Die Begrifflichkeiten des „Teilnehmers“, „Nutzers“ und „Endnutzers“ sowie des „Verbrauchers“ werden vielfach in unterschiedlichster Weise genutzt, was eine nicht marktgerechte Anwendung des Gesetzes zur Folge hätte und sich zudem als Investitions- und Innovationshemmnis auswirken kann.

Die IEN erkennt selbstverständlich an, dass das BMWi die neuen Richtlinienbestimmungen sorgfältig geprüft und sich eng an deren Vorgaben gehalten hat. Allerdings befürchtet die IEN, dass sich die teilweise in den Artikeln der Richtlinie gewählten und vom BMWi entsprechend übernommenen Begrifflichkeiten in ihrer Auslegung nicht hinreichend mit den gleichzeitig in der Richtlinie getroffenen Erwägungen decken. Da sich das nationale Recht konsistent zu den Richtlinien verhalten muss, ist es notwendig zu untersuchen, inwieweit die Vorgaben der Richtlinien insgesamt selbst geeignet sind, für ausreichende Klarstellung des intendierten Regulierungsbedarfs zu sorgen.

2. Reichweite und Schutzzweck der geänderten Universaldiensterichtlinie

Seite 4 | 48
02.11.2010

Die Universaldiensterichtlinie diene und dient primär auch in ihrer geänderten Fassung dem Schutz des Verbrauchers. Allerdings stellt die Richtlinie ebenfalls in einigen Erwägungen klar, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen auch den Schutz von KMU zum Ziel hat. Damit wird allerdings im Umkehrschluss ebenfalls deutlich, dass der Schutz von großen Geschäftskunden, die gerade nicht in diese Kategorie fallen, auch nicht bezweckt wird.

Obgleich eine explizite Differenzierung zwischen Verbrauchern und KMU sowie großen Geschäftskunden und Behörden in den Definitionen der Universaldiensterichtlinie (sowie auch in der Rahmenrichtlinie) nicht vorgenommen wurde, ist bei näherer Betrachtung doch die vom europäischen Gesetzgeber klar intendierte Unterscheidung unmittelbar deutlich.

Klar umschrieben wird dies etwa in der Erwägung in Ziff. 30 URL:

„Insbesondere sollten die Verbraucher bei ihren Vertragsbeziehungen mit ihrem unmittelbaren Telefondienstanbieter ein Mindestmaß an Rechtssicherheit in der Weise haben, dass die Vertragsbedingungen, die Dienstqualität, die Kündigungsbedingungen und die Bedingungen für die Einstellung des Dienstes, Entschädigungsregelungen und die Streitbeilegung vertraglich festgelegt sind (...). Maßnahmen zur Gewährleistung der Transparenz bei Preisen, Tarifen und Bedingungen werden es den Verbrauchern erleichtern, eine optimale Wahl zu treffen und auf diese Weise umfassend vom Wettbewerb zu profitieren.“

Diese Ausführungen sind klar und ausschließlich auf den Verbraucherschutz bezogen. Es finden sich demgegenüber an keiner Stelle in der Universaldiensterichtlinie Ausführungen zu der Kundengruppe der von den IEN Mitgliedsunternehmen adressierten großen Geschäftskunden und Behörden. Hingegen sind jedoch auch KMU klar als eine Nutzergruppe identifiziert worden, die möglicherweise ebenfalls gleichwertig schutzbedürftig sein kann wie Verbraucher.

Nähere Ausführungen dazu enthält die Erwägung in Ziff. 49 URL:

„Diese Richtlinie sollte Elemente des Verbraucherschutzes, wie eindeutige Vertragsbedingungen, Streitbeilegung und Tariftransparenz, für die Verbraucher vorsehen. Sie sollte ferner die Ausweitung derartiger Vorteile auf andere Kategorien von Endnutzern, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, fördern.“

Zudem wird in der Erwägung nach Ziffer 21 der neuen Richtlinie zur Änderung der Universaldiensterichtlinie explizit auf den bloßen intendierten Schutz für KMU hingewiesen:

„Bestimmungen über die Verträge sollten nicht nur für Verbraucher, sondern auch für andere Endnutzer, insbesondere Kleinunternehmen und kleine und mittlere Unternehmen (KMU), gelten, die möglicherweise einen auf die Bedürfnisse von Verbrauchern zugeschnittenen Vertrag bevorzugen. Um unnötigen Verwaltungsaufwand für die Anbieter und Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Definition von KMU zu vermeiden, sollten die Bestimmungen über die Verträge für diese Endnutzer nicht automatisch, sondern nur auf deren Antrag gelten. Die Mitgliedstaaten sollten geeignete Maßnahmen treffen, um die KMU verstärkt über diese Möglichkeit zu informieren.“

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass große Geschäftskunden und Behörden vom Schutzbereich der Richtlinie gerade nicht umfasst sein sollen. Auch der genaue Wortlaut der Erwägung in Ziffer 49 URL („insbesondere“) steht dem nach Auffassung der IEN nicht entgegen. Die Gesamtauslegung der Richtlinie legt vielmehr den Rückschluss nahe, dass hier etwa sonstige freie Berufe (Ärzte, Anwälte, etc.), die ebenfalls Telekommunikationsdienstleistungen in Form von AGB-Produkten beziehen, potentiell vom Schutzbereich umfasst sein können. Gleichzeitig weist der europäische Gesetzgeber in den Erwägungen darauf hin, dass es möglicherweise Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich des KMU-Begriffs geben könnte. Ein Grund, weshalb das Wort „insbesondere“ zu einem erweiterten Schutzbereich im Hinblick auf große Unternehmenskunden führen soll, ist jedoch auch durch Auslegung nicht ersichtlich. Dafür spricht auch, dass in den Erwägungen zudem klar darauf hingewiesen worden ist, dass KMU zwar den gleichen Schutz für sich beanspruchen können wie Verbraucher, allerdings in eingeschränkter Weise, nämlich nur, wenn sie dies von sich aus beantragen. Vor diesem Hintergrund sollten Vorschriften des novellierten TKG nicht pauschal jeweils alle in Betracht kommenden (End-)Nutzer in den Schutzbereich der jeweiligen Norm aufnehmen, sondern klar differenzieren.

Insbesondere möchte die IEN auch darauf hinweisen, dass die Erwägung in Ziff. 47 der neuen Richtlinie zur Änderung der Universaldiensterichtlinie hinsichtlich neuer Maßnahmen für unangemessen lange Verträge gerade darauf abzielt, Verbraucher – und eben nur diese – zu schützen:

„Damit die Verbraucher in den vollen Genuss der Vorteile eines wettbewerbsorientierten Umfelds kommen, sollten sie in der Lage sein, in voller Sachkenntnis ihre Wahl zu treffen und den Anbieter zu wechseln, wenn dies in ihrem Interesse ist. Dabei muss unbedingt dafür gesorgt werden, dass sie davon nicht durch rechtliche, technische oder praktische Hindernisse wie Vertragsbedingungen, Verfahren oder Gebühren abgehalten werden. Die Festlegung zumutbarer Mindestlaufzeiten in Verbraucherverträgen wird dadurch aber nicht ausgeschlossen.“

Sämtliche zitierte Ausführungen des europäischen Gesetzgebers lassen den klaren Rückschluss zu, dass es ausschließlich um den Verbraucher als Schutzobjekt der zu implementierenden Regelungen geht. Gleichzeitig zielen einige Erwägungen potentiell auch auf den Schutz von KMU ab, sofern diese einen solchen Schutz begehren. Großunternehmen und Kunden der öffentlichen Hand sind jedoch an keinem Ort erwähnt worden.

Der IEN ist bekannt, dass gerade die Vorschriften der Universaldiensterichtlinie ungeachtet der obigen Ausführungen dennoch zusätzlich an einigen Stellen den Begriff des „Teilnehmers“ verwenden, wie etwa beispielsweise in der Erwägung in Ziff. 27 der Richtlinie zur Änderung der Universaldiensterichtlinie sowie in Art. 20 Abs. 2 der geänderten Universaldiensterichtlinie. Auch der Begriff des „Nutzers“ wird in der Richtlinie an einigen Stellen verwendet, in welchen es nach der offensichtlichen Auslegung des Schutzzwecks der Norm nur um den Schutz des Verbrauchers und gegebenenfalls auch von KMU geht.

Wörtlich genommen sind auch große Geschäftskunden und Kunden der öffentlichen Hand vom Teilnehmer- und Nutzer-Begriff (mit-)umfasst. Es ist nach den obigen Ausführungen jedoch durchaus als fraglich anzusehen, ob eine derart enge und strikte Auslegung nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers auch tatsächlich geboten ist. Die würde dazu führen, dass Anbieter solche Nachfrager von Telekommunikationsdiensten die sich heute als Innovationstreiber zeigen, zukünftig auf Standard- und Massenmarktprodukte verweisen müssten - was in der Konsequenz eine Kostensteigerung für Unternehmen bedeuten würde, die am „Standort Deutschland“ investieren möchten. Diese Auffassung kann aus Sicht der IEN nur verneint werden.

Vor diesem Hintergrund bittet die IEN das BMWi dringend darum, die im aktuellen Referentenentwurf enthaltenen Anwendungsbereiche hinsichtlich der Definitionen zu „Nutzern“, „Endnutzern“ und „Teilnehmern“ noch einmal kritisch auf Differenzierungsmöglichkeiten zu großen Geschäftskunden und Behörden aber auch im Hinblick auf eine (nur teilweise) Einbeziehung von KMU in den Schutzbereich der ausschließlich auf Verbraucher abzielenden Vorschriften zu überprüfen.

Speziell weist die IEN hierbei etwa auch auf den Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 2 der Universaldiensterichtlinie hin: an dieser Stelle wird etwa dem „Teilnehmer“ das Recht zur Vertragskündigung eingeräumt. Vor dem Hintergrund der bereits zitierten Ausführungen des europäischen Gesetzgebers zu Ziff. 21 der Richtlinie zur Änderung der Universaldiensterichtlinie lässt sich daraus jedoch nur schließen, dass der Begriff des „Teilnehmers“ sich hier ebenfalls nur auf Verbraucher und ggf. KMU beziehen soll und diese vorliegend lediglich zusammenfasst. Es erklärt sich von selbst, dass diesbezüglich nicht der alleinige Begriff des Verbrauchers herangezogen werden kann. Keinesfalls lässt der Inhalt der Ziffer 21 jedoch den Rückschluss zu, dass hier ebenfalls große Geschäftskunden und Kunden der öffentlichen Hand unter den Teilnehmerbegriff fallen sollen.

Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Ausführungen jedenfalls, dass die Begriffe „Nutzer“ und „Endnutzer“ nach der Intention des europäischen Gesetzgebers nicht den großen Geschäftskunden oder Behörden umfassen sollen. Die Annahme, dass diese Begriffe lediglich den Verbraucher oder ggf. KMU betreffen sollen, ergibt sich aus der klaren Interpretation der Schutzrichtung der Richtlinien. Diesem Zweck sollte auch der Referentenentwurf des TKG folgen und dies auch entsprechend klarstellen.

Gerade bei der Umsetzung der Vorgaben der überarbeiteten Universaldiensterichtlinie sollte der deutsche Gesetzgeber nicht nur der Intention der Richtlinie folgen, sondern gleichzeitig auch sicherstellen, dass sich nicht auf eine bloße, rein wortlautbezogene Interpretation gestützt wird, welche sich inhaltlich konträr zu den Erwägungsgründen verhält. Nur so lassen sich unnötige Belastungen für Kundengruppen, die nie vom Schutzzweck der jeweiligen Norm umfasst sein sollten, vermeiden.

II. Im Einzelnen

§ 2 Abs. 2 Nr. 1

Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 1 setzt Art. 8 Abs. 4 der RRL um. Entsprechend dieser Vorschrift sollen Endnutzer u.a. in die Lage versetzt werden, „beliebige“ Anwendungen und Dienste nutzen zu können. Dabei handelt es sich um die wörtliche Übernahme der Formulierung des Art. 8 Abs. 4 Buchst. g. Die IEN hält diese Formulierung jedoch für zu weitgehend, da sie keinerlei Rücksicht auf Marktgegebenheiten wie etwa Verfügbarkeiten etc., nimmt. Vor diesem Hintergrund regt die IEN die Streichung des Wortes „beliebige“ und die Ersetzung durch „am Markt angebotene“ an. Dabei dürfte es auch lediglich um eine bloße Klarstellung, nicht aber um eine unzulässige Einschränkung einer Richtlinienbestimmung handeln, da auch diese nur dahingehend interpretiert werden kann, dass die tatsächlich zur Auswahl stehenden Anwendungen und Dienste uneingeschränkt nutzbar sein sollen. Nicht aber solche, die ggf. generell existent sind, jedoch nicht z.B. an jedem Ort gleichermaßen verfügbar sind.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass der englische und der deutsche Richtlinien text des hier umzusetzenden Art. 8 Abs. 4 Buchst. g RRL nicht identisch sind. Während die deutsche Fassung davon spricht, dass die Endnutzer „in die Lage versetzt werden“ sollen, spricht die gleichermaßen verbindliche englische Textfassung davon, dass die Fähigkeit der Nutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten, im Sinne einer Zielbestimmung gefördert werden soll („promoting the ability of end-users to access and distribute information or run applications and services of their choice“). Diesen Bedeutungsunterschied in den verschiedenen Textfassungen sollte

der Gesetzgeber zugunsten der englischen Fassung, die allgemein als Grundlage im EU-Gesetzgebungsprozess diente, auflösen. Im Übrigen wird die Übernahme des Gedankens der englischen Sprachfassung besser einer Zielbestimmung, wie sie in § 2 vorgenommen werden soll, gerecht.

Soweit das BMWi diesem und dem vorherigen Änderungsvorschlag nicht folgen möchte, wird hilfsweise um eine entsprechende ausdrückliche Klarstellung in der amtlichen Begründung gebeten.

§ 2 Abs. 2 Nr. 2

In § 2 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 3 wurde ein Satz zur Verhinderung von „Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der Telekommunikation, einschließlich der Bereitstellung von Inhalten“ eingefügt. Dieser Einschub erfolgt im Rahmen der Umsetzung des Art. 8 Abs. 4 Buchst. b. der geänderten Rahmenrichtlinie und wurde wörtlich übernommen. Aus Sicht der IEN erübrigt sich eine entsprechende Aufnahme jedoch, da das TKG in seiner Funktion als Sonderkartellrecht ohnehin die Aufgabe hat, Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen zu unterbinden. Zudem gilt dies natürlich auch für die Bereitstellung von Inhalten. Sämtliche Vorgaben dazu finden sich entweder später im TKG oder auch in anderen gesetzlichen Bestimmungen, etwa des Kartellrechts wieder. Daher wird die Streichung des Satzes 3 angeregt, da vorliegend keine Abgrenzung zu spezialgesetzlichen Regelungen erkennbar ist.

Zudem sollen mit dieser Vorschrift nach dem Wortlaut eindeutig nur die Verbraucherinteressen geschützt werden. Dies wird insbesondere durch Auslegung unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 22 der Richtlinie zur Änderung der Rahmenrichtlinie deutlich, da dort zur gegenständlichen Regelung explizit auf die Charta der Grundrechte sowie des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung Bezug genommen wird. Soweit das BMWi die in Art. 8 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie genutzte Formulierung in das TKG übernehmen möchte, bittet die IEN darum, hier ebenfalls eine klarstellende Differenzierung bezüglich gewerblich tätiger Unternehmen einzufügen oder zumindest in die Begründung mit aufzunehmen.

§ 2 Abs. 3 - Allgemeine Anmerkungen

Die IEN begrüßt den Ansatz des BMWi, vorliegend die bisherigen Regulierungsziele um weitere Regulierungsgrundsätze zu ergänzen. Allerdings möchte sie dabei betonen, dass dies in einer ausgewogenen Form im Einklang mit sämtlichen rechtlichen Grundsätzen geschehen muss. Einige der in § 2 Abs. 2 des Entwurfs vorgenommenen Ergänzungen und Änderungen der Regulierungsziele wirken sich nach Auffassung der IEN zu stark auf die im Verwaltungsrecht angelegten und im Rahmen von Regulierungsentscheidungen im TKG zum Ausdruck kommenden Ermessensfreiheit der Regulierungsbehörde aus. Die

Selbstverständlichkeiten des Verwaltungsrechts sollten stets berücksichtigt werden. Eine zu starre gesetzliche Festlegung würde vorliegend einer Ermessensvorfestlegung gleichkommen, die auch nach den Richtlinienvorgabe nicht intendiert ist.

Die IEN hat zur Kenntnis genommen, dass das BMWi auch hier den Wortlaut des Art. 8 Abs. 5 der geänderten Rahmenrichtlinie nahezu vollständig übernommen hat und erachtet diesen Ansatz auch als grundsätzlich konsequent. Dennoch würde sich die IEN eine deutlichere Klarstellung dahingehend wünschen, dass diese Regulierungsziele lediglich die Basis für die Ermessensentscheidungen der Regulierungsbehörde darstellen können.

§ 2 Abs. 3 Nr. 5

In dieser Vorschrift hat das BMWi die Berücksichtigung der Möglichkeit regionalisierter Märkte explizit in Form eines Regulierungsziels in das Gesetz aufgenommen. Wie bereits klargestellt, erkennt die IEN die wörtliche Übernahme der Richtlinienvorschrift zwar grundsätzlich an, weist aber gerade in diesem Zusammenhang noch einmal darauf hin, dass auch eine nicht explizite Aufnahme dieses Aspekts den Richtlinien nicht entgegensteht:

Die Möglichkeit der Nutzung des Instruments der geographisch differenzierten Regulierung besteht bereits nach dem geltenden TKG durch die Möglichkeit der Einzelfallentscheidung der BNetzA im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens.

Insoweit stellt sich bereits die Frage der Erforderlichkeit einer weitergehenden gesetzlichen Festschreibung als Regulierungsziel, da die BNetzA in ständiger Praxis eine entsprechende Prüfung im Rahmen der gesetzlich gebotenen räumlichen Marktabgrenzung bereits jetzt vornimmt. So hat die BNetzA schon im Jahr 2008 im Rahmen der Vorbereitungen der neuen Marktanalyse zu Markt 5 (ehemals Markt 12, Breitbandzugang für Großkunden) eine umfangreiche Untersuchung dahingehend durchgeführt, inwieweit eine solche geographische Differenzierung als sinnvoll zu erachten ist. Sie gelangte zu dem Ergebnis, dass eine regionalisierte Regulierung auf diesem Markt derzeit nicht angezeigt sei.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt die BNetzA im Rahmen der Veröffentlichung der „Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ im März 2010. Dort wird festgestellt, dass die Entscheidung, ob ein Markt national oder subnational abgegrenzt werden

muss, im Rahmen eines speziellen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens geklärt werden könne.³

Seite 10 | 48
02.11.2010

Wie auch schon in der Stellungnahme zu den Eckpunkten der TKG-Novelle, möchte die IEN darauf hinweisen, dass gerade im Hinblick auf die häufig überregionalen Produktbedürfnisse von Unternehmenskunden und Behörden die Einführung einer regionalisierten Regulierung für diese Nachfragergruppe und damit auch für die Anbieter das Risiko birgt, dass insbesondere Differenzierungen in den Regionen zwischen den Quality-of-Service (QoS) Parametern die Folge sind und mithin die Anbieter daran gehindert werden, national einheitliche Produkte für einen bundesweit agierenden Kunden anzubieten. Darüber hinaus besteht bei der von den IEN Mitgliedern adressierten Kundengruppe auch aus weiteren Gründen das Bedürfnis, auf einem nationalen Markt ihren Anbieter von Telekommunikationsdiensten auswählen zu können.

Vor diesem Hintergrund begrüßt die IEN selbstverständlich die Ausführungen des BMWi in der Begründung, dass mit dieser Vorgabe keinesfalls eine Verpflichtung der BNetzA einhergehen soll, regionalisierte Märkte festzulegen. Allerdings vermisst die IEN auch hier einen entsprechend weitergehenden Hinweis, dass auch die unterschiedlichen Kundenbedürfnisse vollumfänglich in die Betrachtung einbezogen werden müssen.

Die IEN regt daher die Streichung dieser Vorgabe an, da sie befürchtet, dass andernfalls zu wenig Raum für eine kritische Prüfung der Nachfragebedürfnisse unterschiedlicher Kundengruppen seitens der BNetzA besteht. Soweit das BMWi an der Formulierung festhalten möchte, bittet die IEN um eine entsprechende Klarstellung, dass die Bedürfnisse unterschiedlicher Kundengruppen in diesem Zusammenhang ebenfalls sorgfältig zu berücksichtigen sind.

§ 2 Abs. 3 Nr. 6

An dieser Stelle hat das BMWi als Regulierungsziel die sehr eindeutige Formulierung der Richtlinie übernommen, die einen klaren regulatorischen und damit den dem Marktanalyseverfahren innewohnenden, raumaushöhlenden Vorgriff enthält: "[...] und diese Verpflichtungen lockert oder aufhebt, sobald diese Voraussetzung erfüllt ist." Eine derart weitgehende Verpflichtung der BNetzA an dieser Stelle der Aufzählung der Regulierungsziele hält die IEN auch aus gesetzessystematischer Sicht für verfehlt, da die konkreten regulatorischen Verpflichtungen im zweiten Teil des TKG behandelt werden. Soweit sich diese Vorgabe im zweiten Teil des TKG wiederfindet, ist nach Auffassung der IEN auch keine Verkürzung der

³ Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, Amtsblatt Nr. 5 vom 17.03.2010, S. 63.

Richtlinie gegeben. Aus diesem Hintergrund wird die Streichung dieses Punktes angeregt.

Seite 11 | 48
02.11.2010

§ 3 Nr. 2a

Das BMWi hat im Rahmen der Definition der „Auskunftsdienste“ den Begriff des „Telekommunikationsnutzers“ gewählt. Dieser Begriff ist nicht legal definiert und findet sich auch sonst nicht im TKG wieder. Aus diesem Grund regt die IEN hier eine klarstellende Formulierung an.

§ 3 Nr. 8

Die geänderte Definition des „Endnutzers“ erfolgte entsprechend der Begründung des BMWi als Folge des geänderten Begriffs des „Nutzers“. Obgleich diese Änderung insoweit konsequent ist, weist die IEN entsprechend ihren obigen Ausführungen im allgemeinen Teil der Stellungnahme darauf hin, dass nach der gegenwärtigen Auslegung von diesem Begriff auch die großen Geschäftskunden umfasst sind. Hieran knüpfen sich Verpflichtungen, die typischerweise auf Verbraucher zugeschnitten sind (z. B. Zugangsregulierung gemäß § 18 bei Kontrolle über Zugang zu Endnutzern; § 21 etc.).

An dieser Stelle ist wesentlich zu berücksichtigen, dass der europäische Gesetzgeber entsprechend seiner Ausführungen in den Erwägungen zur geänderten Universaldiensterichtlinie allenfalls und auch nur im Bedarfsfall kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) in den Schutzbereich aufnehmen wollte, nicht jedoch die großen Geschäftskunden. Der Nutzerbegriff schließt vorliegend die geschäftliche Nutzung der öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstleistung mit ein – dies lässt aber wiederum nur den Rückschluss auf die Einbeziehung von KMU zu.

Die IEN bittet das BMWi, an dieser Stelle noch einmal kritisch die Möglichkeit der Differenzierung zu erwägen (siehe auch unter § 3 Nr. 14) und schlägt daher die folgende Definition vor:

„ein Nutzer, der weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt noch öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt und seine Verträge nicht individualvertraglich ausgehandelt hat.“

Eine derartige Formulierung weicht zwar vom Wortlaut der Richtlinienvorgabe ab, setzt aber konsequent die Bedeutung der tatsächlichen Verwendung des Endnutzerbegriffs im TKG um. An keiner Stelle wird der Endnutzer in einer Form erwähnt, in welcher nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift der große Geschäftskunde oder eine Behörde von diesem Begriff umfasst sein sollte. Insofern ist es aus Sicht der IEN folgerichtig, diese Kundengruppe bereits im Rahmen der Definition auszuschließen um weitere Differenzierungsnotwendigkeiten im Fortlauf

des Gesetzes zu vermeiden. Hierin kann mithin auch kein unzulässiges Abweichen von den Vorgaben der europäischen Richtlinie erkannt werden.

Soweit das BMWi diese Kundengruppe an dieser Stelle jedoch nicht aus der Definition herausnehmen möchte, ist es umso mehr unerlässlich, jeweils im Einzelfall die Verwendung des Endkundenbegriffs im TKG kritisch den ggf. notwendigen Grad der Differenzierung zwischen unterschiedlichen Kundengruppen zu prüfen.

§ 3 Nr. 12a

An dieser Stelle wird der „Netzabschlusspunkt“ definiert. Die IEN weist das BMWi darauf hin, dass nach der aktuellen Definition auch die privaten Telekommunikationsnetze umfasst sind. Demzufolge würden auch Infrastrukturen von Unternehmen und Behörden oder sogar Militärs dieser Regelung unterfallen. Dieses war nach Art. 2 Buchst. d der geänderten Rahmenrichtlinie jedoch eindeutig nicht intendiert, da dort der Begriff des „öffentlichen Kommunikationsnetzes“ gewählt wurde.

Die IEN geht davon aus, dass es sich hier lediglich um ein redaktionelles Versehen handelt und bittet um entsprechende Änderung.

§ 3 Nr. 14

Die IEN hat zur Kenntnis genommen, dass das BMWi den Begriff des „Nutzers“ entsprechend den Vorgaben des Art. 2 Buchst. h der Rahmenrichtlinie angepasst hat. Die IEN bedauert gleichzeitig, dass der europäische Gesetzgeber es an dieser Stelle im Rahmen der Änderung der Richtlinie versäumt hat, für eine weitergehende Klarstellung zu sorgen.

Auch in diesem Zusammenhang verweist die IEN auf ihre Ausführungen im allgemeinen Teil dieser Stellungnahme sowie auch unter § 3 Ziff. 8 bezüglich des Endnutzerbegriffs. Wesentlich ist, dass der europäische Gesetzgeber entsprechend seiner Ausführungen in den Erwägungen zur geänderten Universaldiensterichtlinie grundsätzlich allenfalls KMU in den Schutzbereich der „nutzerschützenden“ Normen aufnehmen wollte, nicht jedoch die Großunternehmen.

Der Nutzerbegriff schließt ausdrücklich die geschäftliche Nutzung des öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes mit ein. Nach dem Verständnis der IEN ist der wesentliche Unterschied zwischen dem Nutzer und dem Endnutzer, dass es im Rahmen eines einzelnen Falls eine Kette von Nutzern geben kann, nicht jedoch von Endnutzern. Auch wenn im Gegensatz zum Teilnehmerbegriff die explizite Formulierung fehlt, so verfügt jedoch auch der Endnutzer in jedem Fall immer über eine vertragliche Beziehung, was wiederum beim Nutzer nicht zwingend der Fall sein muss. Zudem verkauft der Endnutzer eben selbst keine Telekommunikationsdienstleistungen. Es fehlt insofern auch im

europäischen Rechtsrahmen die klarstellende Klammer hinsichtlich der zwingenden vertraglichen Beziehung des Endnutzers.

Aus diesem Grund ist jedoch auch bei der Festlegung der Definition des „Nutzers“ der klarstellende Bezug zur Differenzierung nach individualvertraglichem Vertragsabschluss konsequent und läuft den Richtlinienvorgaben nicht zuwider. Selbst wenn der Nutzer eine Telekommunikationsdienstleistung selbst weiterverkauft, hat er diese nach allgemeinen (AGB-)Standardvorgaben eingekauft. Soweit der Nutzer einen Vertrag hat, ist er selbstverständlich vom Anwendungsbereich des Nutzerbegriffs umfasst. Gleiches gilt jedoch auch dann, wenn er über keine eigene vertragliche Beziehung verfügt. Die einzige Ausnahme ist wiederum diejenige, dass der Betreffende einen Vertrag individuell verhandelt und abgeschlossen hat. Nur in diesem Fall ist er nicht betroffen.

Vor diesem Hintergrund regt die IEN auch hier die klarstellende Definition an:

„jede natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne notwendigerweise Teilnehmer zu sein und soweit vorliegend ihre Verträge nicht individualvertraglich ausgehandelt hat.“

§ 3 Nr. 19a

Die Definition des Begriffs des „Teilabschnitts“ soll den neuen Anhang II der geänderten Zugangsrichtlinie umsetzen. Wie das BMWi in der Begründung selbst angibt, findet sich dieser Begriff in den § 3 Nr. 9b und 30b wieder. Gleichzeitig taucht der Teilabschnitt jedoch kaum weiter im Gesetz auf. Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht der IEN fraglich, ob hier tatsächlich ein weiterer Begriff gesondert legal definiert werden muss oder ob es ausreichend sein könnte, diesen an den genannten Stellen mitzudefinieren.

Soweit damit der Versuch erfolgt, die einzelnen Netzabschnitte insbesondere vor dem Hintergrund des Breitbandausbaus zu erfassen, weist die IEN darauf hin, dass die gewählte Definition jedoch auch noch nicht konkret genug ist. Fraglich ist etwa, was das BMWi unter einem „öffentlichen Festnetz“ versteht.

Die IEN regt daher, auch aus Gründen der Gesetzessystematik, die Streichung dieser Definition an. Die Einführung dieser neuen Begrifflichkeit ist nicht notwendig da sie im Gesetz kaum Widerspiegelung findet.

§ 3 Nr. 20

Hinsichtlich der Definition des „Teilnehmers“ verweist die IEN auf die Ausführungen im allgemeinen Teil sowie zu § 3 Ziff. 8 sowie § 3 Ziff. 14 in dieser Stellungnahme bezüglich der notwendigen Differenzierung der tatsächlichen Zielgruppen.

Die IEN schlägt insoweit keine Änderung der Definition vor, sondern möchte auch in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass im weiteren Gesetzestext sorgfältig erwogen werden muss, welche Kundengruppe Ziel-/oder auch Schutzobjekt der jeweiligen Norm sein soll und ob sich eine Beschränkung der Privatautonomie von großen Geschäftskunden und Behörden im Einzelfall rechtfertigen lässt.

§ 3 Nr. 27

An dieser Stelle wird in Umsetzung des Art. 2 Buchst. a der geänderten Rahmenrichtlinie eine Anpassung der Definition des „Telekommunikationsnetzes“ vorgenommen. Die IEN erachtet diese Definition im Zusammenhang mit der neu eingefügten Verwendung des Begriffs „Internet“ als problematisch. „Internet“ ist gerade kein Netz im physikalischen Sinne, sondern entweder ein Telekommunikationsdienst (aus Sicht des nachfragenden Endnutzers) oder die Gesamtheit zusammengeschalteter IP-Netze.

Die IEN hat zwar zur Kenntnis genommen, dass die wörtliche Übernahme des Begriffs „Internet“ aus der geänderten Rahmenrichtlinie erfolgt ist, hält dennoch die Verwendung dieser Formulierung vor dem Hintergrund der unklaren Auswirkungen dieser Formulierung für fragwürdig.

Insofern wird das BMWi dringend gebeten, an dieser Stelle für eine Klarstellung zu sorgen.

§ 3 Nr. 30a

Die Definition der „Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten“ in Umsetzung des Art. 2 Buchst. h der Datenschutzrichtlinie sollte nach Auffassung der IEN vorzugsweise im Rahmen der tatsächlichen gesetzlichen Bestimmungen des Datenschutzes und somit im BDSG erfolgen.

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshof zur Unabhängigkeit zur staatlichen Aufsicht über die Datenschutzbehörden vor dem Hintergrund der Datenschutzrichtlinie (AZ. C-518/07).

§ 3 Nr. 30c

Die Definition der „Warteschleife“ bedarf nach Auffassung der IEN noch einiger Korrekturen. Das BMWi hat die Definition nach eigenen Angaben bewusst weit gefasst und entscheidend darauf abgestellt, dass der Kunde erst dann für etwaige Serviceleistungen bezahlen soll, wenn sein Anliegen auch tatsächlich bearbeitet wird, unabhängig davon, ob es sich um eine der Serviceleistung vor- oder nachgelagerte Wartezeit handelt.

Die Einführung dieser Definition basiert nicht auf den geänderten Richtlinien sondern auf der aktuellen Diskussion über den Verbraucherschutz in Deutschland. Vor diesem Hintergrund ist das BMWi in diesem Zusammenhang von konkreten wörtlichen Vorgaben in der Definition frei.

Zunächst erachtet die IEN die Verwendung des Begriffs des "Nutzers" als sachlich ungeeignet, da dieser die Definition - ungeachtet der Intention des BMWi nach einer möglichst weiten Fassung - den Bereich der tatsächlich Betroffenen weit reichen lässt. Die IEN versteht die Auffassung des BMWi dahingehend, dass im Zusammenhang mit den Warteschleifen nur solche Fälle geregelt werden sollen, in denen der Kunde des jeweiligen Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen, der die Leistungen aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung nutzt, in seinem Tun beschränkt werden soll.

Die somit naheliegende Verwendung des Begriffs des Teilnehmers greift vorliegend jedoch zu kurz, da diese möglicherweise nicht den einzelnen Call-Center-Agent, der gerade nicht Vertragspartner ist, umfasst. Gleichzeitig ist nach der allgemeinen Praxis bei der Verwendung von Warteschleifen jedoch immer eine gewerbliche Tätigkeit vorhanden. Vor diesem Hintergrund schlägt die IEN vor, anstelle der Verwendung des "Nutzers" eher den Begriff des "Unternehmers" i.S. des § 14 BGB zu verwenden. Soweit ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB verpflichtet wird, gilt die Verpflichtung gleichzeitig auch für seine Mitarbeiter. Gerade im Zusammenhang mit einer Verpflichtung, bei der es eigentlich um die Verhinderung von Verstößen gegen den unlauteren Wettbewerb und Kundenschutz geht, sollte sich von den im Rahmen des TKG und den telekommunikationsrechtsspezifischen Begrifflichkeiten des Teilnehmer-/Nutzer-/Endnutzerbegriffs losgelöst werden, um zu umfassenden, sachgerechten Ergebnissen zu gelangen. Andernfalls geht die auf der Definition basierende Regelung über das vom BMWi formulierte Ziel der Definition hinaus und ist nicht gesetzestypisch abstrakt.

Gleichzeitig möchte die IEN darauf hinweisen, dass sich die Einbeziehung von „nachgelagerten Warteschleifen“ in der Praxis als problematisch darstellt. Nachgelagerte Warteschleifen lassen sich weder von den Systemen der TK-Anbieter (bei netzbasierten Warteschleifen) noch von den Systemen der Callcenter oder von den Systemen der betroffenen Unternehmen erfassen, die Servicehotlines in ihrer eigenen TK-Anlage realisieren. Vor diesem Hintergrund ist die Aufnahme dieses Bereichs im Rahmen der Definition von Warteschleifen verfehlt.

In diesem Zusammenhang besteht zudem unabhängig von Fragen der technischen Umsetzbarkeit sowie der möglichen Änderung von Abrechnungssystemen insbesondere die Frage der tatsächlichen Praktikabilität und Nachweisbarkeit. Die Korrektheit der Abrechnung nachgelagerter Warteschleifen dürfte künftig ein erhebliches Beweisproblem darstellen. Notwendig wäre etwa die Einführung der Aufzeichnung und späteren Auswertens der entsprechenden

Servicetelefonate, was zu weitergehenden erheblichen auch kostenmäßigem Aufwand und datenschutzrechtlichen Fragestellungen führen würde.

Die IEN bittet daher darum, die Definition noch einmal zu überarbeiten.

§ 15a

Gemäß der Begründung des BMWi soll mit der Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften für einheitliche Regulierungskonzepte nach § 15a der BNetzA ein Instrument an die Hand gegeben werden, die nach Art. 8 Abs. 5 der geänderten Rahmenrichtlinie geforderte Vorhersehbarkeit der Regulierung zu fördern. Zudem soll damit eine gewisse Selbstbindung der Regulierungsbehörde erreicht werden.

Die vorgesehene Ermächtigungsgrundlage wird von der IEN jedoch als nicht zweckmäßig angesehen. Die BNetzA hat in der Vergangenheit im Hinblick auf Marktdefinitionen, Marktanalysen und Regulierungsverfügungen in langjähriger Verwaltungspraxis bereits entsprechende Konzepte etabliert: z. B. das Bedarfsmarktkonzept im Rahmen der Marktdefinition oder etwa die Festschreibung von Eckpunkten im Rahmen der Förderung des Breitbandausbaus. Eine weitergehende Erstellung von Verwaltungsvorschriften führt zu erhöhtem Aufwand der Behörde, ohne erkennbaren Mehrwert zu bringen.

Die IEN hat zur Kenntnis genommen, dass das BMWi die Einführung/den Erlass von Verwaltungsvorschriften nicht als zwingend vorgesehen hat und zudem in Abs. 3 die Verpflichtung zur vorherigen öffentlichen Konsultation dieser Verwaltungsvorschriften eingeführt hat. In diesem Zusammenhang weist die IEN darauf hin, dass diese Konsultationspflicht jedoch an keine verbindlichen Folgen geknüpft ist. So wird zwar die notwendige Transparenz geschaffen, nicht jedoch die klare rechtliche Sicherheit, da die Behörde nicht verpflichtet ist, die Ergebnisse der Konsultation zu verwerten. Gerade vor dem Hintergrund, dass Verwaltungsvorschriften nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht lediglich Bindungswirkung im Innenverhältnis entfalten und nur einer stark eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegen, erscheint dies zweifelhaft. Eine gerichtliche Überprüfung kann allenfalls inzident in Verfahren gegen Verwaltungsakte erfolgen, die auf Basis der Verwaltungsvorschriften erlassen wurden.

Vor diesem Hintergrund bitten wir um Streichung des § 15a, was auch den Vorgaben des Art. 8 Abs. 5 RRL nicht zuwider läuft. Hilfsweise bittet die IEN das BMWi darum, vorliegend dafür zu sorgen, dass die Stellungnahmen der betroffenen Marktteilnehmer angemessene Berücksichtigung finden.

§ 20 Abs. 1

Die Regelung zur Transparenzverpflichtung wurde in Umsetzung des Art. 9 der geänderten Zugangsrichtlinie neu gefasst. Ausweislich der Begründung des BMWi sollen die unmittelbar die Verbraucher schützenden Transparenzpflichten des §§ 43a, 45n, 45o etc. in den Vorleistungsbereich ergänzt werden. Dies soll dazu dienen, denjenigen Unternehmen, welche die Vorleistungen in Anspruch nehmen, über sämtliche Beschränkungen der eingekauften Leistungen zu informieren. Nur auf diese Weise könnten die betreffenden Anbieter ihre eigenen Leistungen abschließend bewerten und die Informationen entsprechend an ihre eigenen Kunden weitergeben. Gleichzeitig soll somit ein Beitrag zur Gewährleistung möglicher Grundlagen der Netzneutralität geleistet werden.

Obgleich die IEN die Intention des BMWi als grundsätzlich positiv erachtet, weist sie darauf hin, dass diese Regelung in ihrer Ausgestaltung dem intendierten Ziel nicht förderlich ist. Sie führt vielmehr zur Konfusion, da auf Vorleistungsebene andere Qualitätsmerkmale erforderlich sind, als im Rahmen des Endkundenproduktes. Die Leistungen auf Vorleistungsebene und Leistungen auf Endkundenebene sind tatsächlich nicht miteinander vergleichbar und die im Rahmen dieser Regelung zu erbringenden Informationen sind für das Verbraucherprodukt nicht hilfreich. Die betroffenen Unternehmen sind in den jeweiligen Verträgen und insbesondere den zugehörigen SLAs weitreichend über Mängel des Produktes informiert. Nach Auffassung der IEN sind im Vorleistungsbereich verbraucherschützende Normen unerheblich und nach der Gesetzessystematik auch nicht geboten, da sich Vorleistungsprodukte niemals an Verbraucher richten.

Vor diesem Hintergrund bittet die IEN um Streichung der Erweiterung.

§ 21 Abs. 3 Nr. 1

In § 21 Abs. 3 Ziff. 1 ist die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung „zu nicht aktiven Netzkomponenten“ vorgesehen. Die IEN erachtet diese Formulierung als zu unbestimmt, da die Begrifflichkeit „nicht aktiv“ keiner genaueren Definition unterliegt.

Die IEN hat auch hier zur Kenntnis genommen, dass das BMWi diese Formulierung wörtlich aus Art. 12 Abs. 1 Buchst. a der geänderten Zugangsrichtlinie übernommen hat. Dennoch bittet die IEN hier um eine klarstellende und praxistauglichere Formulierung, die auch den Vorgaben der Richtlinie nicht entgegensteht und schlägt daher die Änderung in „passive Netzkomponenten“ vor.

§ 30 Abs. 1 Satz 2

Die IEN bewertet die Änderung des § 30 Abs. 1 Satz 2 in eine „Kann-Vorschrift“ als möglicherweise verfrüht. Die Aufweichung der bisherigen

„Soll-Vorschrift“ läuft dem Grundsatz zuwider, dass mit einer Zugangsregulierung generell auch eine Entgeltregulierung erfolgt.

Das BMWi führt in seiner Begründung aus, dass es künftig im Ermessen der BNetzA stehen soll, ob sie abweichend vom Grundsatz des § 30 Abs. 1 Satz 1 die nachträgliche Entgeltregulierung als ausreichend erachtet. Diese Entscheidung ist zu begründen.

Die IEN erkennt den Ansatz der rückgehenden Regulierung, die zunehmend in das Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt wird, grundsätzlich an. An dieser Stelle muss jedoch betont werden, dass dies nur dann geschehen kann, wenn eine ausgewogene Vorleistungsregulierung sichergestellt ist. Andernfalls droht die Vorschrift in eine Art „Universaltatbestand“ herabzugleiten, welcher der immensen Bedeutung der Entgeltregulierung für einen funktionierenden Wettbewerb möglicherweise nicht gerecht wird.

Die Entscheidung hinsichtlich der Anwendung eines ex-ante oder ex-post Maßstabs muss aus Sicht der IEN immer der sorgfältigen Prüfung im Einzelfall überlassen bleiben. Die IEN erachtet es als unerlässlich, dass in dem essentiellen Bereich der Entgeltregulierung ein harmonisierter Ansatz zugrunde gelegt wird, der eine gleichberechtigte Abwägung zwischen der Notwendigkeit einer ex-ante und einer ex-post Regulierung zulässt.

Vor diesem Hintergrund bittet die IEN um Klarstellung, dass die geänderte Regelung keine künftige Bevorzugung der nachträglichen Entgeltregulierung bedeuten soll.

§ 31 Abs. 1 Satz 3

Die Regelung des § 31 Abs. 1 Satz 3 sieht die Berücksichtigung der Netzinvestitionen für NGN-Aufbau bei der Verzinsung des eingesetzten Kapitals vor. Aus Sicht der IEN ist die gewählte Formulierung der "spezifischen Investitionsrisiken" in diesem Zusammenhang jedoch zu unbestimmt. Kapitalrisiken sind grundsätzlich nicht technologieabhängig.

Wie auch schon in der Stellungnahme zu den Eckpunkten des TKG verweist die IEN darauf, dass sich vorliegend das Problem der konkreten Ermittlung des projektspezifischen Kapitalrisikos stellt. Obgleich der Ansatz der Risikoberücksichtigung nur im Zusammenhang mit „neuen Netzprojekten“ nachvollziehbar erscheint, und so auch in Art. 13 Abs. 1 der neuen Zugangsrichtlinie formuliert wurde, so kann er nach Auffassung der IEN jedoch nur dann richtig sein, wenn auch für andere Zugangsprodukte wiederum deren spezifische Kosten ermittelt werden. Anstelle des Begriffs des „neuen Netzprojekts“ hat das BMWi vorliegend den in § 3 Nr. 33 a definierten Begriff der „Zugangsnetze der nächsten Generation“ gewählt. Demnach handelt es sich dabei um Telekommunikationsnetze, die auf „neuer oder deutlich verbesserter Infrastruktur“ beruhen. In der Begründung wird ausdrücklich klargestellt, dass in der Definition eine enge Anlehnung an die NGA-Empfehlung der EU Kommission erfolge, jedoch keine

Beschränkung auf leitungsgebundene Netze vorgenommen werde. Damit ist zwar eine Konkretisierung des „neuen Netzprojekts“ erfolgt, jedoch ist auch diese noch zu weitreichend um hier für eine ausreichende Klarheit einer konkreten Berücksichtigungsvorgabe für die BNetzA zu sorgen.

Bislang erfolgte die Renditeermittlung auf Basis konzernweiter Analysen. Soweit der BNetzA nunmehr eine verbindliche Vorgabe gemacht werden soll, ist zwingend sicherzustellen, dass nicht lediglich aufgrund des Risikofaktors eines einzelnen Projektes (des Ausbaus eines Zugangsznetzes der nächsten Generation) das gesamte Konzernrisiko angesetzt wird. Es darf weder der Konzerndurchschnitt herangezogen werden, noch das eine hochriskante Projekt selbst als Konzerndurchschnitt zugrunde gelegt werden. In diesem Zusammenhang kann beispielsweise darauf verwiesen werden, dass etwa die TAL schon lange besteht und deren Kosten in den Büchern längst abgeschrieben sind und eine derartige Sachlage keinen Einfluss auf die spezifische Risikoermittlung haben darf.

Bei einer derartigen Vorgabe ist vielmehr zwingend notwendig, für jedes Projekt die eigenen Kapitalkosten zu ermitteln, wofür nach Auffassung der IEN kein „One Size Fits All“-Ansatz herangezogen werden kann. Es stellt sich bereits die Frage nach der richtigen Datengrundlage, insbesondere soweit die Ansätze nicht kapitalmarktbezogen sind. Starke Variierungen sind zu erwarten, welche die Ermittlungsergebnisse erheblich erschweren dürften.

Die IEN erwartet daher bei der Anwendung dieser Vorschrift erhebliche praktische Umsetzungsprobleme. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine entsprechende Anwendung auch die Planungssicherheit der betreffenden Unternehmen nicht konterkarieren darf.

Aus diesen Gründen bittet die IEN um Beibehaltung der bisherigen Vorschrift des § 31 Abs. 2 TKG. Soweit das BMWi vorliegend auf die gegenständliche Regelung besteht, sollte zumindest in der Begründung eine Klarstellung erfolgen, dass in diesem Zusammenhang von der BNetzA zunächst die konkreten Datengrundsätze zu ermitteln und festzulegen sind.

§ 35 Abs. 6

Die Regelung des § 35 Abs. 6 sieht in Abweichung von § 65 Abs. 3 VwGO vor, dass das Gericht festlegen kann, nur solche Personen beizuladen, die dies innerhalb einer bestimmten Frist beantragen. Weiterhin werden Regelungen über die Bekanntmachung sowie Fristen getroffen.

Diese Einschränkungen sollen gemäß der Begründung der Tatsache Rechnung tragen, dass aufgrund der gerichtlichen Anordnung eines zwischen privaten Unternehmen zu zahlenden Entgelts gemäß § 35 Abs. 5 TKG in der Regel viele Personen beizuladen sind und zudem der Charakter eines Eilverfahrens eingehalten werden könnte.

Gerade im Hinblick auf die Auswirkungen der Beiladung gemäß § 35 Abs. 5 ist nach Auffassung der IEN sicherzustellen, dass tatsächlich allen interessierten Parteien/Betroffenen die ausreichende und rechtzeitige

Möglichkeit eingeräumt wird, sich beiladen zu lassen. Daher sollte das BMWi gleichzeitig festlegen, dass das Verwaltungsgericht die Bundesnetzagentur auffordern muss, die im Verwaltungsverfahren beteiligten Unternehmen über die Eröffnung eines Verfahrens und den Beginn der Frist zu informieren.

Die IEN schlägt daher die ergänzende Formulierung vor:

„Das Gericht fordert die Bundesnetzagentur auf, die im Verwaltungsverfahren beteiligten Unternehmen über das Verfahren, sowie die Möglichkeit der Beiladung schriftlich zu informieren. Die Frist gemäß Satz 5 beginnt in diesem Fall erst mit dem Zugang des Schreibens der Bundesnetzagentur.“

§ 39 Abs. 3 Satz 4

Mit dieser Regelung wird die bislang unmittelbar gesetzlich geltende Verpflichtung des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zur Vorlage von Entgeltmaßnahmen durch eine Anordnungsbefugnis der BNetzA ersetzt.

Die IEN erachtet die Änderung als kritisch. Die Verpflichtung zur Betreiberauswahl und -vorauswahl hat sich seit der Einführung des Wettbewerbs als wesentlicher Marktöffner erwiesen. Die Herabsetzung dieses Instruments als fakultative Verpflichtung stellt aus Sicht der IEN das falsche Signal für den Wettbewerb dar. Gerade in Regionen jenseits der Ballungsräume bergen die entsprechenden Auswahlprodukte nach wie vor die zentrale Möglichkeit der Partizipation am Wettbewerb.

Zudem bestehen gerade in Zeiten des Übergangs und den Unklarheiten, inwieweit die Vorgaben in den neuen IP-Netzen fortbestehen sollen. Insoweit regt die IEN an, hier zumindest in der Begründung für Klarstellung hinsichtlich der generellen Notwendigkeit zu sorgen. Dass das TKG diese Produkte auch weiterhin berücksichtigen will, wird auch durch die Definitionen in § 3 Nr. 4a und 4b deutlich.

§ 43 a Abs. 1

Gemäß der neuen Regelung nach § 43a Abs. 1 sollen „Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen“ und „öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ verpflichtet werden. Damit soll die Vorgabe des geänderten Art. 20 der Universaldiensterichtlinie umgesetzt werden.

In diesem Zusammenhang geht die IEN davon aus, dass die vorliegend gewählte Formulierung nur auf einer Fehlinterpretation der Richtlinienvorgabe basieren kann. In Art. 20 URL heißt es:

*„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Verbraucher und andere Endnutzer, die dies verlangen, bei der Anmeldung zu Diensten, die die Verbindung mit einem öffentlichen Kommunikationsnetz **und/oder** öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten*

bereitstellen, Anspruch auf einen Vertrag mit dem Unternehmen oder den Unternehmen haben, die derartige Dienste und/oder Verbindungen bereitstellen.“

Seite 21 | 48
02.11.2010

Die IEN weist darauf hin, dass vorliegend die bloße Verpflichtung des „Anbieters von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ ausreichend ist, da hinsichtlich des bloßen Anbieters eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes niemals eine Endkundenbeziehung, wie sie in der Vorschrift verlangt wird, bestehen kann. In Betracht käme nur der theoretische Anwendungsfall, dass jemand ein Telekommunikationsnetz anbietet, ohne die Übertragung zu schulden, was jedoch wiederum als „öffentliches“ Angebot nicht denkbar ist. Daher ist zur Klarstellung „Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen“ zu streichen oder entsprechend des Wortlauts der Richtlinie abzuändern. Denn aus der Formulierung „und/oder“ in Art. 20 URL ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, dass entweder der Anbieter des öffentlichen Kommunikationsnetzes **und** des öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes **oder** der alleinige Anbieter von öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten verpflichtet werden sollte. Nur bei dieser Auslegung kann die Richtlinienvorgabe zu einem praxistauglichen Ergebnis führen.

Des Weiteren verweist die IEN im Zusammenhang mit der Verwendung des Endnutzerbegriffs auf ihre Ausführungen unter I. im allgemeinen Teil sowie auch bezüglich des § 3 Nr. 8. Der Endnutzerbegriff kann vorliegend im Einklang mit der Richtlinie nur dahingehend ausgelegt werden, dass hiermit allenfalls kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) vom Schutzbereich erfasst werden sollen.

Davon geht das BMWi auch in seiner eigenen Begründung aus, indem auf diese Kundengruppe verwiesen wird. Allerdings wird dort ausgeführt, dass diese Kundengruppe „möglicherweise einen auf die Bedürfnisse von Verbrauchern zugeschnittenen Vertrag bevorzugt“. Dies entspricht jedoch nicht der Praxis, da diese Unternehmen in der Regel ebenso wie Verbraucher AGB-Verträge abschließen und eben keine individualvertraglichen Verträge aushandeln.

Nach dem Verständnis der Begründung zu § 43 a geht das BMWi davon aus, vorliegend bereits die „europarechtlich weitestgehend mögliche“ Regelung getroffen zu haben. Dies ist nach Auffassung der IEN jedoch nicht zutreffend. Wie bereits unter I. in den allgemeinen Anmerkungen ausgeführt, verweist der europäische Gesetzgeber an zahlreichen Stellen der Erwägungen zur Universaldiensterichtlinie lediglich auf die mögliche Schutzbedürftigkeit von KMU, keinesfalls jedoch auf große Geschäftskunden und Behörden, die ihre Verträge individuell verhandelt und die geforderten Telekommunikationsdienstleistungen zumeist selbst ausgeschrieben haben.

Soweit das BMWi den Anregungen der IEN bezüglich der Definition des Endnutzerbegriffs in § 3 Abs. 8 nicht folgen möchte, bittet die IEN hier um

die Einfügung der klarstellenden Regelung entsprechend der alten Fassung des § 43a Satz 2:

„Satz 1 gilt nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten (alternativ: Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten) eine Individualvereinbarung getroffen hat.“

Seite 22 | 48
02.11.2010

§ 43a Abs. 2 Nr. 1

Zu den Merkmalen nach § 43a Abs. 1 Nr. 2 sollen Informationen über den „Zugang zu Notdiensten“ gehören. Dies setzt nach der Begründung des BMWi Art. 20 Abs. 2 Buchst. b 1. Spiegelstrich um. Auch dort wird der Begriff des „Notdienst“ verwendet. Die IEN weist dennoch darauf hin, dass dieser Begriff nicht legal definiert ist. Insoweit schafft diese Regelung in ihrer aktuellen Ausgestaltung Rechtsunsicherheiten. Die IEN bittet das BMWi hier um entsprechende Klarstellung.

§ 43 b Abs. 1

In § 43 Abs. 1 wird in Umsetzung von Art. 30 Abs. 5 URL künftig geregelt, dass die „Anbieter“ dem „Teilnehmer“ die Möglichkeit anbieten müssen, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten abzuschließen.

Im Rahmen dieser Regelung verwendet das BMWi die Formulierung der „Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten“. Die IEN geht davon aus, dass es sich hier um ein redaktionelles Versehen handelt und tatsächlich entsprechend der in § 3 Nr. 17a vorgenommenen Definition nebst Begründung „Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ gemeint sind. Insoweit bittet die IEN um entsprechende redaktionelle Anpassung.

Die Regelung in § 43b Abs. 1 trifft zudem Verpflichtungen zugunsten von „Teilnehmern“. Hier erklärt es sich aus Sicht der IEN zunächst nicht, weshalb das BMWi in Abweichung des gemäß der Begründung umzusetzenden Art. 30 Abs. 5 der geänderten Universaldiensterichtlinie nicht den dort verwendeten Begriff des „Nutzers“ gewählt hat. Dies verwundert, da sich das BMWi im Übrigen stets eng an den Wortlaut der Richtlinie gehalten hat und auch in der Begründung keine Erklärung hinsichtlich dieser Abweichung abgibt. Vor diesem Hintergrund geht die IEN zunächst davon aus, dass es sich hier ebenfalls um ein redaktionelles Versehen handelt.

Unabhängig von dem gewählten Begriff des „Nutzers“ oder des „Teilnehmers“ lässt die Richtlinie jedoch nur eine Interpretationsmöglichkeit bezüglich des intendierten Schutzobjekts der Norm zu. Die Vorschrift eröffnet zwar „Nutzern“ die Möglichkeit des Abschlusses von Verträgen mit 12-monatiger Dauer. Entsprechend der in den allgemeinen Anmerkungen

unter I. gemachten Ausführungen in dieser Stellungnahme können nach Auffassung der IEN vorliegend von dieser Vorschrift jedoch lediglich die Verbraucher betroffen sein. Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Vorschrift. In Satz 1 des Art. 30 Abs. 5 wird die Minimaldauer von 24 Monaten für Verträge mit „Verbrauchern“ vorausgesetzt - es erfolgt also eine klare Adressierung an den Verbraucher. Von dieser Adressierung wird in Satz 2 abgewichen. Es ist nunmehr zu prüfen, ob der hier gewählte Nutzerbegriff ein bloßes Versehen seitens des europäischen Gesetzgebers darstellt und tatsächlich bloß der Schutz von Verbrauchern intendiert ist oder etwa klarstellen soll, dass möglicherweise auch andere Betroffene von dieser Regelung profitieren sollen.

Nach Auffassung der IEN stellt jedoch die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Verbraucher die einzig systemtreue Interpretation dar. Für die klare Bezugnahme des Satzes 2 auf den Satz 1 spricht insbesondere, dass auch die betroffenen „Unternehmen“ nicht erneut konkret bezeichnet werden („Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste erbringen“). Auch der sich mit den Vertragslaufzeiten befassende Art. 30 Abs. 6 der geänderten Universaldiensterichtlinie bezieht sich lediglich auf die Verbraucher.

Wie unter I. bereits dargestellt, klären zudem gerade die Ausführungen in der Erwägung Ziff. 47 der Universaldiensterichtlinie, dass der intendierte Zweck ausschließlich der Schutz des Verbrauchers und nicht eines jeden Nutzers sein soll:

„Damit die Verbraucher in den vollen Genuss der Vorteile eines wettbewerbsorientierten Umfelds kommen, sollten sie in der Lage sein, in voller Sachkenntnis ihre Wahl zu treffen und den Anbieter zu wechseln, wenn dies in ihrem Interesse ist. Dabei muss unbedingt dafür gesorgt werden, dass sie davon nicht durch rechtliche, technische oder praktische Hindernisse wie Vertragsbedingungen, Verfahren oder Gebühren abgehalten werden. Die Festlegung zumutbarer Mindestlaufzeiten in Verbraucherverträgen wird dadurch aber nicht ausgeschlossen.“

Schließlich sprechen auch praktische Erwägungen für eine solche Auslegung der Richtlinie. Große Geschäftskunden, insbesondere auch Behörden, beziehen Telekommunikationsdienste auf der Grundlage langfristiger, individuell ausgehandelter Verträge. Eine Verpflichtung, auch Leistungen mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten anzubieten, würde bezüglich dieser Kundengruppe erhebliche Probleme und hohe Kosten verursachen.

Vor diesem Hintergrund sollte § 43b Abs. 1 wie folgt geändert werden:

„Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten sind verpflichtet, Verbrauchern die Möglichkeit anzubieten, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von zwölf Monaten abzuschließen.“

§ 45 Abs. 1

Mit dieser Vorschrift zur Berücksichtigung der Interessen behinderter Endnutzer sollen Art. 23a sowie Art. 27a Abs. 2 der geänderten Universaldiensterichtlinie umgesetzt werden.

Obleich die IEN auch an dieser Stelle zur Kenntnis genommen hat, dass das BMWi die Begrifflichen Vorgaben der Richtlinie wörtlich übernommen hat, erachtet sie die Verwendung des Begriffs des „Endnutzers“ vorliegend als nicht zweckmäßig. Der Begriff des „Endnutzers“ in § 3 Nr. 8 TKG verweist auf den Begriff des „Nutzers“ in § 3 Nr. 14, wonach es sich hierbei um eine juristische oder natürliche Person handeln kann. Vor diesem Hintergrund verweist die IEN zunächst auf ihre zu § 3 Nr. 8 und 3 Nr. 14 gemachten Ausführungen hinsichtlich großer Geschäftskunden.

Daneben sollten jedoch auch folgende Erwägungen Berücksichtigung finden:

Zur Vermeidung von Unklarheiten bei der Entwicklung und Planung von Telekommunikationsdiensten sollte diese Regelung auf „behinderte Verbraucher“ verweisen, da eine Deinsteerbringung zugunsten einer behinderten juristischen Person nicht denkbar ist.

Soweit das BMWi vorliegend von der Formulierung in Art. 23a URL nicht abweichen und am Endnutzerbegriff festhalten möchte, bittet die IEN um Klarstellung, dass nur solche Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten erfasst sein sollen, die solche Dienste überwiegend Verbrauchern anbieten.

Dem steht die Formulierung der Richtlinie nicht entgegen. Für diese Auslegung spricht der Sinn und Zweck der umzusetzenden Artikel der Universaldiensterichtlinie. Denkbar als „Nutzer“ mit Behinderung sind nur Verbraucher und Mitarbeiter in Unternehmen. Der Schutzzweck der Normen zielt vorliegend jedoch allein auf den behinderten Verbraucher und nicht den behinderten Mitarbeiter ab, da dieser bereits umfassend von den gesetzlichen arbeitsrechtlichen Vorgaben geschützt ist. Es wird den Interessen behinderter Mitarbeiter insoweit Rechnung getragen, als dass diese in einem tauglichen Berufsumfeld eingestellt werden müssen und dort die TK-Produkte erhalten, die sie brauchen.

Zudem geht es um die Planung und Erbringung der Dienste, die die Unternehmen selbst aussuchen und anbieten. Andernfalls könnte etwa ein Internetdienstleister gezwungen werden, Sprachtelefonie anzubieten. Für die Anbieter für Telekommunikationsdienstleitungen für große Geschäftskunden gilt zudem, dass sie die Interessen behinderter Mitarbeiter ihrer Kunden bereits im Ausschreibungsverfahren berücksichtigen müssen.

Schließlich erachtet die IEN die Formulierung des Satzes 3 als unklar, da die Formulierung „Gleiches“ sich sowohl auf Satz 1 als auch auf Satz 2 beziehen kann.

Die IEN schlägt folgende Änderung des § 45 Abs. 1 vor:

„Die Interessen behinderter Verbraucher (alternativ: „Endnutzer“) sind von den Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, die solche Dienste überwiegend Verbrauchern anbieten, bei der Planung und Erbringung der Dienste zu berücksichtigen. Es ist ein Zugang zu ermöglichen, der gleichwertig zu dem Zugang ist, über den die Mehrheit der Endnutzer verfügt. Zudem sollten behinderte Verbraucher (alternativ: Endnutzer) die Auswahl an Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsdiensten, die der Mehrheit der Endnutzer offen steht, nutzen können.“

§ 45n Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4

Die geänderte Regelung zu den Veröffentlichungspflichten dient entsprechend der Begründung des BMWi der Umsetzung des Art. 21 der geänderten Universaldiensterichtlinie. Bezüglich der in jedem Absatz erfolgten Verpflichtung von „Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsnetzen und Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste“ verweist die IEN auf ihre Ausführungen zu § 43a Abs. 1.

Die bloße Verpflichtung des „Anbieters von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ ist ausreichend, da hinsichtlich des bloßen Anbieters eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes niemals eine Endkundenbeziehung, wie sie in der Vorschrift verlangt wird, bestehen kann. In Betracht käme nur der theoretische Anwendungsfall, dass jemand ein Telekommunikationsnetz anbietet, ohne die Übertragung zu schulden, was jedoch wiederum als „öffentliches“ Angebot nicht denkbar ist. Daher ist zur Klarstellung „Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen“ zu streichen oder entsprechend des Wortlauts der Richtlinie abzuändern. Denn aus der Formulierung „und/oder“ in Art. 21 URL ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, dass entweder der Anbieter des öffentlichen Kommunikationsnetzes **und** des öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes **oder** der alleinige Anbieter von öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten verpflichtet werden sollte. Nur bei dieser Auslegung kann die Richtlinienvorgabe zu einem praxistauglichen Ergebnis führen.

Des Weiteren verweist die IEN im Zusammenhang mit der Verwendung des Endnutzerbegriffs auf ihre Ausführungen unter I. im allgemeinen Teil sowie auch bezüglich des § 3 Nr. 8. Der Endnutzerbegriff kann vorliegend im Einklang mit der Richtlinie nur dahingehend ausgelegt werden, dass hiermit allenfalls noch KMU vom Schutzbereich erfasst werden sollen.

Soweit das BMWi dem Änderungsvorschlag der IEN bezüglich § 3 Nr. 8 gefolgt ist, ergibt sich diesbezüglich kein weitergehender Klarstellungsbedarf. Soweit dies nicht der Fall ist, beziehungsweise in Abs. 4 der Begriff des „Teilnehmers“ verwendet wird, muss hier zwingend eine weitere Klarstellung erfolgen.

Zwar trägt das BMWi in der Begründung vor, dass der Regulierungsbehörde hinsichtlich der Frage, ob neben den Verbrauchern ggf. auch Endnutzer von der Verpflichtung profitieren sollen, ein Ermessen zustehen soll, jedoch ist diese Auslegung nicht ausreichend. Die Regelungen in § 45n Absätze 2 bis 4 gehen davon aus, dass Telekommunikationsleistungen ausschließlich als Massenprodukte auf der Grundlage von AGB angeboten werden. Dies ist jedoch, wie bereits vielfach bezüglich großer Geschäftskunden ausgeführt, nicht zutreffend und verursacht im vorliegenden Kontext erhöhten Aufwand und somit auch höhere Kosten für Unternehmenskunden und Behörden, die ihre Verträge mit allen Bedingungen individuell ausgehandelt haben. Zudem ist es lediglich sinnvoll, vergleichbare Informationen bei vergleichbaren Diensten zu verlangen. Dies ist grundsätzlich nur bei Diensten für Verbraucher und möglicherweise KMU der Fall. Zudem verweist die IEN auch an dieser Stelle wieder auf ihre Ausführungen im allgemeinen Teil, wonach die Vorschriften der Universalienrichtlinie lediglich Verbraucher und ggf. KMU schützen wollen.

Daher schlägt die IEN folgende Änderung zu den Absätzen 2 bis 4 jeweils als ergänzenden Satz 2 vor:

„Satz 1 gilt nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten (alternativ: Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten) eine Individualvereinbarung getroffen hat.“

Eine derartige Differenzierung ist im Übrigen auch deshalb geboten, da die individualvertraglichen Vereinbarungen zwischen großen Geschäftskunden oder Behörden im Regelfall bereits ein Höchstmaß an Transparenz bieten und mithin in der Regel bereits deutlich über die Anforderungen von Verbrauchern an Transparenz (z.B. im Hinblick auf technische Aspekte) hinausgehen. Eine vorherige Festlegung auf bestimmte transparent zu gestaltende Aspekte wird dabei den in hohem Maße individuellen Anforderungen der großen Geschäftskunden nicht gerecht und verursacht stattdessen unnötig höhere Kosten bei der Angebotserstellung.

Schließlich sollte nach dem zuvor Gesagten der Abs. 6 der Vorschrift am Ende wie folgt ergänzt werden: *„Ihr genauer Inhalt ist zuvor im Einvernehmen mit den Marktteilnehmern festzulegen“*.

Nur so kann gewährleistet werden, dass durch die Einbeziehung der Marktteilnehmer mit Augenmaß und ausreichender Marktkennntnis festgelegt werden kann, welche Anforderungen an Transparenz bestehen

und ob diese nicht bereits im Markt angeboten werden. Schließlich kann nur auf diese Weise vermieden werden, dass durch ein „zu Viel“ an Transparenz bzw. Informationen der missbräuchlichen Nutzung von Telekommunikationsdiensten Vorschub geleistet wird, da für entsprechend versierte Anwender gleichsam eine Anleitung an die Hand gegeben wird, entsprechende Schutz- bzw. Sicherheitsmechanismen zu umgehen, sofern deren Wirkweise im Detail bekannt ist.

Nur durch die Einbeziehung der Marktteilnehmer wird mithin zum einem dem Übermaßverbot entsprechend Rechnung getragen. Zum anderen wird sichergestellt, dass ggf. sicherheitsrelevante Informationen unnötig unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes offen gelegt werden.

Schließlich geht die IEN davon aus, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt von der Verordnungsermächtigung in § 45n Abs. 1 zumindest im Hinblick auf Abs. 4 Nr. 4 mangels weiterer Anhaltspunkte für die Notwendigkeit eines regulatorischen Eingreifens kein Gebrauch gemacht werden muss. Der Gesetzgeber sollte dies an geeigneter Stelle in der Begründung zu dieser Vorschrift auch entsprechend zum Ausdruck bringen.

§ 45o Abs. 2 und 4

Sowohl in § 45o Abs. 2 als auch in Abs. 4 erfolgt erneut die Verpflichtung von „Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsnetzen und Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste“. Insoweit verweist die IEN auf ihre Ausführungen zu § 43a Abs. 1 sowie § 45n.

Die bloße Verpflichtung des „Anbieters von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ ist ausreichend, da hinsichtlich des bloßen Anbieters eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes niemals eine Endkundenbeziehung, wie sie in der Vorschrift verlangt wird, bestehen kann. In Betracht käme nur der theoretische Anwendungsfall, dass jemand ein Telekommunikationsnetz anbietet, ohne die Übertragung zu schulden, was jedoch wiederum als „öffentliches“ Angebot nicht denkbar ist. Daher ist zur Klarstellung „Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen“ zu streichen oder entsprechend des Wortlauts der Richtlinie abzuändern. Denn aus der Formulierung „und/oder“ in Art. 22 Abs. 1 sowie 29 Abs. 1 URL ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, dass entweder der Anbieter des öffentlichen Kommunikationsnetzes **und** des öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes **oder** der alleinige Anbieter von öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten verpflichtet werden sollte. Nur bei dieser Auslegung kann die Richtlinienvorgabe zu einem praxistauglichen Ergebnis führen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der bestehende Rechtsrahmen in Deutschland sowie auch die vorliegend zur Umsetzung anstehenden neuen Richtlinien die Transparenz und Offenheit der Netze ermöglichen sollen und gleichzeitig Raum für Innovationen in Netzwerken und Geschäftsmodellen schaffen sollen. Insbesondere sollen Möglichkeiten

zum Netzmanagement und zu Qualitätsdifferenzierungen durch die Anbieter nicht eingeschränkt werden. Soweit nunmehr für die Vorschrift des § 45o die Forderung diskutiert wird, das BMWi (mit Möglichkeit zur Weiterdelegation auf die Regulierungsbehörde, vgl. § 45o Abs. 5) solle in die Lage versetzt werden, Mindestqualitätsparameter festzulegen, steht dies ausdrücklich im Widerspruch zu den bei einem solchen Vorgehen bestehenden Risiken für Investitionen und den technischen Anforderungen insbesondere von Geschäftskundenprodukten. Die Festlegung der Qualität von Services sollte auch künftig ausschließlich den Netzbetreibern und dem Wettbewerb, dem diese ausgesetzt sind, überlassen bleiben. Dies gilt jedenfalls soweit die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Vorgaben gewährleistet bleiben.

Gegebenenfalls könnten auch die Marktteilnehmer selbst entsprechende Unterstützung für die tatsächliche Bestimmung notwendiger Standardparameter leisten. Die Vergangenheit hat zudem gezeigt, dass bestehende potentielle Einschränkungen bislang immer durch den bestehenden Wettbewerbsdruck geregelt werden konnten. Vor diesem Hintergrund bergen die im Entwurf vorliegenden Vorschriften das Risiko einer Überregulierung. Nur eine maßvolle, die Bedürfnisse des Marktes berücksichtigende Regulierung lässt faire Marktbedingungen auch für Geschäftskunden und deren Telekommunikationsdiensteanbieter zu.

Insofern gelten auch hier noch einmal ausdrücklich die Ausführungen hinsichtlich der Notwendigkeit der Klarstellung der Ausnahmeregelungen für diejenige Endkundengruppe, die gerade keine AGB-Verträge über ein Massenprodukt abgeschlossen haben, sondern die Leistungskonditionen selbst individuell verhandelt haben. Die Ausführungen der IEN hinsichtlich des Schutzzwecks der Universaldiensterichtlinie unter I. im allgemeinen Teil gelten auch hier uneingeschränkt. Zur Vermeidung von Kostensteigerungen für Unternehmenskunden und Behörden ist auch an dieser Stelle eine Klarstellung zur Differenzierung vorzunehmen:

§ 45o Abs. 2 und Abs. 4 sollten daher zumindest folgenden ergänzenden Satz 2 erhalten:

„Satz 1 gilt nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten (alternativ: Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten) eine Individualvereinbarung getroffen hat.“

Die zuvor vorgeschlagene ausdrückliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift wird im Übrigen auch durch die Überschrift der Vorschrift nahe gelegt. Die aufgezählten Dienstmerkmale zur Kostenkontrolle sind solche, die in der Regel primär von Verbrauchern eingesetzt werden. Hintergrund ist auch hier, dass gewerbliche Nachfrager vergleichbare Dienstmerkmale bereits im Rahmen ihrer individualvertraglichen Verträge mit ihrem Anbieter vereinbaren.

Im Übrigen sollte nach dem zuvor Gesagten der Abs. 5 der Vorschrift am Ende wie folgt ergänzt werden: „*Ihr genauer Inhalt ist zuvor im Einvernehmen mit den Marktteilnehmern festzulegen*“.

Nur so kann gewährleistet werden, dass durch die Einbeziehung der Marktteilnehmer mit Augenmaß und ausreichender Marktkenntnis festgelegt werden kann, welche Qualitätsparameter bei welchen Angeboten tatsächlich im Markt angeboten und bereitgestellt werden können. Nur hierdurch wird dem Übermaßverbot entsprechend Rechnung getragen.

§ 46

Die Regelung zum Anbieterwechsel setzt gemäß der Begründung den Art. 30 Abs. 4 der geänderten Universaldiensterichtlinie um.

Gemäß § 46 Abs. 1 werden Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten und die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichtet, die Leistungen so lange weiter zur Verfügung zu stellen, bis die neue Dienstleistung vollständig zur Verfügung steht. Eine Differenzierung nach der Art der Leistung (z.B. DSL-Anschlüsse) oder des Begünstigten (z.B. Verbraucher) enthält diese Regelung nicht. Gemäß Absatz 2 Satz 2 darf der Anbieter für die über das Vertragsende hinausgehende Leistungen nur die Hälfte der vereinbarten Entgelte verlangen.

Diese Regelung stellt nach Auffassung der IEN einen erheblichen Eingriff in die Privatautonomie von Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten dar und greift zudem erheblich in den Qualitäts- und Leistungswettbewerb ein.

Ausweislich der Begründung hat das BMWi insbesondere den Wechsel von DSL-Anschlüssen im Fokus, formuliert diese Regelung aber dennoch gänzlich schrankenlos. Demzufolge findet diese Regelung in ihrer momentanen Ausgestaltung z.B. auch auf Vorleistungsebene oder für Leistungen wie Mietleitungen oder ganze Telekommunikationsnetze, die Kunden zur Verfügung gestellt werden, Anwendung. Zudem erfolgt keine Differenzierung hinsichtlich großer Geschäftskunden.

Schutzobjekt ist in § 46 Abs. 1-3 jeweils der „Teilnehmer“ entsprechend der Formulierung in Art. 30 Abs. 4 URL. Hierbei handelt es sich gemäß § 3 Nr. 20 TKG um "jede natürliche oder juristische Person, die mit einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten einen Vertrag über die Erbringung derartiger Dienste geschlossen hat". Ohne einschränkende Klarstellung umfasst diese Definition auch Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit sowie auch große Geschäftskunden, was jedoch weder der Intention der Richtlinie, noch dem Verständnis der BMWi entsprechen dürfte. Auch in diesem Zusammenhang verweist die IEN auf ihre Ausführungen hinsichtlich des Schutzzwecks der Universaldiensterichtlinie unter I. in den allgemeinen Anmerkungen in dieser Stellungnahme. Alleinige Schutzobjekte der

Universaldiensterichtlinie sollen Verbraucher und ggf. KMU sein. Für die Nichteinbeziehung des Schutzes großer Geschäftskunden sprechen vorliegend erneut auch praktische Erwägungen. Bei den maßgeschneiderten Diensten für diese Kundengruppe sind jeweils erhebliche Migrationsprozesse notwendig, die sich bereits rein technisch niemals an einem Tag verwirklichen lassen. Vor diesem Hintergrund würden Anbieter, die Leistungen für diese Kundengruppe erbringen, bereits aufgrund der Eigenschaft ihrer angebotenen Leistungen gegen die Vorgaben dieser Regelung verstoßen müssen.

Auch hinsichtlich der Verpflichten erfolgt keine Abgrenzung. Verpflichtet werden Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten und die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Als problematisch erachtet die IEN in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage der Verantwortung, bei der Beteiligung mehrerer Anbieter. Die Vorschrift lässt außer Betracht, das das Angebot, welches der Endkunde letztlich erhält, zumeist auf einer Kette von Telekommunikationsdienstleistungen beruht.

Weiterhin differenziert diese Regelung nicht nach der Art des Telekommunikationsdienstes. In der Begründung wird beim Wechsel zwar ausschließlich auf Teilnehmeranschlussleitungen, Telefonanschlüsse und Rufnummern Bezug genommen, jedoch wird diese Beschränkung nicht in die Regelung selbst aufgenommen. Vielmehr erfolgt eine schrankenlose Fortgeltung einmal abgeschlossener, unbefristeter und auch befristeter Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen und statuiert eine Leistungspflicht zumindest des bisherigen Anbieters. Die IEN weist erneut darauf hin, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift auch Mietleitungen, Ethernet- oder Richtfunkverbindungen oder ganze VPNs erfasst werden.

Ungeachtet des weiten Anwendungsbereiches beschränkt die Regelung zudem den Entgeltanspruch des abgebenden Unternehmens. Das die Leistung aufnehmende Unternehmen bleibt demgegenüber scheinbar völlig unbehelligt – dies gilt nach dem momentanen Wortlaut auch dann, wenn gerade dieses Unternehmen die Verzögerungen zu vertreten hat. Das Risiko, dass das aufnehmende Unternehmen den Kunden aufgrund falscher Versprechen ködert, trägt somit der unbeteiligte Dritte, nämlich der abgebende Anbieter.

Die Problematik der vorgesehenen Regelung lässt sich aus Sicht der IEN an nachfolgendem Beispiel verdeutlichen:

Die Behörde B hat mit dem Anbieter A einen Vertrag über die Belieferung mit öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstleistungen an festen Standorten geschlossen. Unter einem einheitlichen Vertrag bezieht die Behörde sowohl ein VPN, das 10 deutsche Standorte miteinander verbindet, als auch Mietleitungen und Telefonanschlüsse. Nach Ablauf der Vertragslaufzeit von 5 Jahren möchte nun die Behörde zum Anbieter C wechseln, der die gewünschten Leistungen zu einem günstigeren Preis angeboten hat. Zum vereinbarten Zeitpunkt ist das Unternehmen C jedoch nicht im Stande, die Dienste zur Verfügung zu stellen.

In dieser Situation würde der Entwurf des neuen § 46 TKG bedeuten, dass die Behörde auch nach Ende des Vertrages mit dem Unternehmen A weiterhin die Belieferung mit den Leistungen von A verlangen könnte, auch wenn dieses Unternehmen die Ressourcen bereits anderweitig verplant hätte oder aus einem anderen Grund kein Interesse mehr an der Bereitstellung der Dienste hätte. A könnte zudem auch nur noch 50% des bisherigen Entgelts verlangen, ohne dass z.B. die geänderte Marktsituation zu Grunde gelegt würde. Das Unternehmen C, welches für die Verzögerung verantwortlich ist, wird hingegen nicht in Anspruch genommen.

Vor diesem Hintergrund überschreitet die Vorschrift die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers erheblich. Ausweislich Art. 30 Abs. 4 URL sieht die Richtlinienvorgabe nur die Übertragbarkeit von Rufnummern innerhalb eines Tages zur Umsetzung vor. Ein Regelungsbedarf, der unbeschränkt sämtliche öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienste erfasst, ist dem Richtlinientext nicht zu entnehmen. In Satz 2 verweist Art. 30 Abs. 4 auch auf die Berücksichtigung des geltenden nationalen Vertragsrechts, in welches durch die nunmehrigen Vorgaben des § 46 jedoch massiv eingegriffen wird. Zudem sollen geeignete Sanktionen und Entschädigungen festgelegt werden. Mit der aktuellen Fassung des § 46 überschreitet der Gesetzgeber den Rahmen des Art. 30 Abs. 4 URL erheblich und greift unkontrolliert in den Wettbewerb ein, in dem die Regelung eine nicht nachvollziehbare Risikoverteilung zulasten des abgebenden Anbieters schafft.

Aus diesen Gründen bittet die IEN das BMWi dringend darum, diese Vorschrift zu überarbeiten. Für neue und überarbeitete Regelung schlägt die IEN nachfolgend einige inhaltlichen Punkte vor.

Die neue Regelung des § 46 sollte:

- *eine Positivliste von Telekommunikationsdienstleistungen zu Grunde legen, auf die die Regelung Anwendung findet (diese Liste sollte von der BNetzA nach Anhörung der interessierten Parteien zu veröffentlichen sein und könnte sich etwa auf Rufnummern, ADSL-Anschluss bis 16Mbit/s, einfacher ISDN-Anschluss, etc. beziehen);*
- *lediglich den abgebenden Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste verpflichten;*
- *nur bei identischen Leistungen beider Anbieter anwendbar sein;*
- *ausschließlich auf den Wechsel von Verbrauchern und ggf. KMU beschränkt sein (keine großen Geschäftskunden, Behörden oder Nachfrager von Vorleistungen);*
- *nicht den Regelungsgehalt des BGB eingreifen, welcher bereits ausführliche Vorgaben zur Verschuldensregelung enthält.*

Ausformuliert könnte die neue Regelung des § 46 nachfolgenden Wortlaut haben:

(1) Die Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen bei einem durch den Teilnehmer beim aufnehmenden Anbieter zu beauftragenden Wechsel des Anbieters sicherstellen, dass die Leistung des abgebenden Unternehmens gegenüber dem Teilnehmer nicht unterbrochen wird, bevor die vertraglichen und technischen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel vorliegen, es sei denn der Teilnehmer verlangt dieses. Beim Wechsel des Anbieters darf der Dienst des Teilnehmers nicht länger als einen Kalendertag unterbrochen werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten eine Individualvereinbarung getroffen hat.

In Absatz 2 werden Satz 2 und 3 gestrichen.

Der Absatz 7 Satz 1 könnte folgende Neufassung erhalten:

Die Bundesnetzagentur legt die öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienste sowie die Einzelheiten des Verfahrens nach Anhörung der betroffenen Unternehmen, Fachkreise und Verbraucherverbände für die der Anbieterwechsel sicherzustellen ist, durch Verfügung im Amtsblatt fest.

§ 47 b

Die Regelung des § 47b legt nunmehr fest, dass von den Vorschriften des 3. Teils oder der aufgrund dieses Teils erlassenen Rechtsverordnungen, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Teilnehmers abgewichen werden darf.

Die IEN verweist auch diesbezüglich noch einmal auf ihre Ausführungen unter I. im allgemeinen Teil dieser Stellungnahme hinsichtlich des Schutzbereichs der Universaldiensterichtlinie.

Gerade an dieser Stelle bietet sich für den nationalen Gesetzgeber erneut in richtlinienkonformer Weise die Möglichkeit, Differenzierungsmöglichkeiten für diejenigen „Teilnehmer“, die gerade nicht schutzwürdig sind, zuzulassen.

Die IEN schlägt daher an dieser Stelle die Einfügung des folgenden Satzes 2 vor:

„Satz 1 gilt nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten eine Individualvereinbarung getroffen hat.“

§§ 52 – 65 Allgemeine Anmerkungen zu den Frequenzregelungen

Der Referentenentwurf enthält grundlegende Änderungen im Bereich der Frequenzordnung. Insbesondere werden der Regulierungsbehörde weitreichende Planungs- und Ermessensspielräume eingeräumt. An einigen Stellen steht jedoch aus Sicht der IEN zu befürchten, dass infolge der neuen Regelungen Markteteiligte, die für ihre Geschäftstätigkeit auf den Zugang und die Nutzung von Frequenzen angewiesen sind, Rechts- und Planungsunsicherheiten ausgesetzt sind.

Infolge der neuen Regelungen, welche eine erheblich Ausweitung der Ermessens- und Eingriffsbefugnisse für die Regulierungsbehörde beinhalten, wird die gerichtliche Überprüfbarkeit belastender Frequenzmaßnahmen erschwert. Gleichzeitig werden gerade im planungsrechtlichen Bereich weitreichende Spielräume eröffnet, die lediglich unter allgemeinem Verweis auf alle Regulierungsgrundsätze und –ziele begrenzt werden sollen. Die IEN erachtet diesen Ansatz im Bereich der Frequenzregulierung gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Situation in Deutschland als problematisch. Es existieren bereits eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten über frequenzrechtliche Maßnahmen und gesetzliche Auslegungen in diesem Bereich, so dass der Gesetzgeber die Gelegenheit wahrnehmen sollte, hier für verbindliche und klare Regelungen zu sorgen. Andernfalls stehen aus Sicht der IEN auch weiterhin langwierige Rechtsstreite zu befürchten, innerhalb derer insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen und die verfassungsrechtlichen Grenzen behördlicher Spielräume im Bereich der staatlichen Verwaltung knapper Güter durch die Gerichte definiert werden müssen.

Obgleich die IEN zur Kenntnis genommen hat, dass das BMWi auch im Bereich der Frequenzregelungen die geänderten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben umsetzen sowie den geänderten internationalen Rahmenbedingungen Rechnung tragen wollte, erachtet sie jedoch einige vorgesehene Änderungen als noch nicht mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Frequenzverwaltung im Einklang stehend. Dies gilt insbesondere bezüglich der vorgesehenen Befugnisse der BNetzA, Frequenzen außerhalb offener Vergabeverfahren zuzuteilen, z.B. im Wege des sog. „Frequenztauschs“ nach § 55 Abs. 6. Diesbezüglich ist sorgfältig zu prüfen, ob dies in konformer Weise zu den europarechtlichen Vorgaben geschehen kann, da die Frequenzverwaltung auf dem Grundsatz der Frequenzvergabe aufgrund offener, objektiver, transparenter, nicht diskriminierender Verfahren beruht.

Die IEN befürchtet an dieser Stelle zudem einen möglichen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die staatliche Verwaltung knapper öffentlicher Güter. Danach muss der Gesetzgeber die wesentlichen Voraussetzungen für den Zugang bzw. für die Zugangsverweigerung selbst regeln und darf sie gerade nicht der freien Entscheidung der Verwaltung überlassen.

Die Einführung eines „Frequenztauschs“ sollte derart ausgestaltet sein, dass keine schwerwiegenden Eingriffe in bestehende Rechtspositionen mit

erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen zu Lasten von Frequenznutzern erfolgen können und entstehende wirtschaftliche und finanzielle Nachteile entschädigt werden. Gleichzeitig muss sichergestellt werden, dass entsprechende Eingriffe von Amts wegen keine wettbewerbsverzerrenden und –behindernden Auswirkungen haben, sondern streng im Einklang mit dem bestehenden Regulierungsziel der Gewährleistung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung erfolgen. Insbesondere ist ein ausgewogenes System zu implementieren, welches verhindert, dass einzelne Marktteilnehmer außerhalb offener Verfahren mit höherwertigen Frequenzen ausgestattet werden können und damit deren Wettbewerbsposition im Markt begünstigt wird. Dies hätte zur Folge, dass gleichzeitig andere Marktteilnehmer, insbesondere potentielle neue Wettbewerber benachteiligt würden und bedeutet eine Marktabschottung durch behördliche Frequenzmaßnahmen. Dies ließe sich nur dadurch verhindern, dass ein „Frequenztausch“ nur dann erfolgen darf, wenn die Frequenzen wirtschaftlich und technisch gleichwertig sind. Dies ist jedoch gerade nicht gewährleistet, wenn es – wie im Entwurf vorgesehen – für einen Tausch lediglich darauf ankommen soll, dass die Frequenzen im Frequenznutzungsplan für dieselbe Nutzung ausgewiesen sind. Hier ist aus Sicht der IEN noch einmal eine Überprüfung der gegenständlichen Vorgaben geboten.

Zudem möchte die IEN darauf hinweisen, dass die gegenständlichen Regelungen teilweise geeignet sind, für Rechtsunsicherheiten im Bereich der Frequenzplanung zu sorgen. So sollen die völkerrechtlich verbindlichen Vorgaben der VO Funk nach den Vorgaben im gegenständlichen Referentenentwurf vom Ordnungsgeber nur noch „zu berücksichtigen“ sein - nach dem Gemeinschaftsrecht müssen diese Vorgaben in der Frequenzverwaltung jedoch eingehalten werden. Da die VO Funk innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes hat, befürchtet die IEN vorliegend auch einen Widerspruch im nationalen Recht.

Schließlich stellt die IEN eine Schwächung der bisherigen Beteiligungsrechte bei der Erstellung des Frequenznutzungsplanes infolge des Wegfalls der FreqNPAV fest. Da der Regulierungsbehörde gleichzeitig weite Planungsspielräume bei der Erstellung des Frequenznutzungsplans eingeräumt werden, befürchtet die IEN auch an dieser Stelle Planungsunsicherheiten für die Marktbeteiligten.

§§ 52, 53

Die in §§ 52, 53 vorgesehenen Änderungen sollen ausweislich der Begründung des BMWi den geänderten europäischen und internationalen Rahmenbedingungen Rechnung tragen. Allerdings führen die Vorschriften in ihrer momentanen Ausgestaltung zu erheblichen Unsicherheiten hinsichtlich der planungsrechtlichen Grundlagen der Frequenzordnung.

So wird in § 52 TKG Abs. 1 der Frequenzbereichszuweisungsplan als verbindliche Grundlage der Zuweisungen von Frequenzbereichen im

Gegensatz zur bisherigen Regelung nicht mehr aufgeführt. Dies ist aus Sicht der IEN problematisch. Die FreqBZPV setzt die völkerrechtlich verbindlichen Vorgaben der VO Funk für die Frequenzbereichszuweisung um. Die VO Funk hat innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes und ist daher für den Verordnungsgeber verbindlich. Der Frequenzbereichszuweisungsplan wird als Anhang zur FreqBZPV erlassen und hat demzufolge ebenfalls außenwirksamen und rechtsverbindlichen Charakter. Die IEN weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass diese Bedeutung im bisherigen TKG 2004 in der amtlichen Begründung ausdrücklich klar gestellt wurde (BT-Drs. 15/2316, S. 76).

Demgegenüber führt das BMWi nunmehr in der Begründung zu § 52 an, dass die „Tabelle“, d.h. der internationale Frequenzbereichszuweisungsplan in Art. 5 VO Funk „weiterhin als Anhang der Verordnung erlassen werden“ kann. Dies hat jedoch zur Folge, dass die Einhaltung dieser internationalen Vorgaben zukünftig in das Ermessen des Verordnungsgebers gestellt werden. In diesem Zusammenhang sieht die geänderte Verordnungsermächtigung des § 53 Abs. 2 vor, dass bei der Frequenzzuweisung „die einschlägigen internationalen Übereinkünfte, einschließlich der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst (...) zu berücksichtigen“ seien. Auf diese Formulierung wird auch in § 54 Abs. 3 für die Erstellung des Frequenznutzungsplanes – als Verwaltungsvorschrift – der BNetzA verwiesen. Dies hat zur Folge, dass an dieser Stelle die Regulierungsbehörde nicht an die nach den gesetzlichen Vorgaben jedoch verbindlichen Planungsvorgaben gebunden wäre.

Die IEN befürchtet jedoch einen Verstoß gegen bestehendes nationales Recht, da der Referentenentwurf einen Planungsspielraum für Verordnungsgeber und Verwaltung in einem Bereich eröffnet, in dem rechtlich verbindliche Vorgaben im Rang eines Bundesgesetzes bestehen.

Gleichzeitig steht diese Auslegung auch im Widerspruch zu Art. 9 (1) Abs. 2 der geänderten Rahmenrichtlinie. Dort wird festgelegt:

„Die Mitgliedstaaten halten bei der Anwendung dieses Artikels die einschlägigen internationalen Übereinkünfte, einschließlich der ITU-Vollzugsordnung für den Funkdienst, ein und können öffentliche Belange berücksichtigen“.

Unter Bezugnahme auf die Formulierung „halten (...) ein und können (...)“ wird vom europäischen Gesetzgeber deutlich gemacht, welche Vorgaben er als zwingend erachtet, und welche in das nationale Ermessen gestellt werden sollen. Vorliegend besteht gemeinschaftsrechtlich eine Verpflichtung zur Einhaltung der VO Funk, nicht jedoch zu deren bloßer Berücksichtigung.

Gerade vor dem Hintergrund der gegenwärtigen unisicheren Rechtslage aufgrund der derzeitigen Verwaltungspraxis, die sich in zahlreichen Klagen vor den Verwaltungsgerichten widerspiegelt, sollte das BMWi nach Auffassung der IEN die Gelegenheit nutzen, und im Rahmen dieser Novellierung des TKG für künftige Klarheit sorgen. Das Verwaltungsgericht

Köln hat ebenfalls bereits ausdrücklich auf den innerstaatlichen Gesetzesrang der VO Funk und deren Verbindlichkeit für den Verordnungsgeber verwiesen. Die entgegenstehende Rechtsprechung des OVG NRW wurde vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben. Eine höchstrichterliche Klärung steht noch aus.

Die IEN bittet das BMWi daher dringend darum, die Regelung in § 53 Abs. 2 dahingehend abzuändern, dass sich in Einklang mit Art. 9 (1) Abs. 2 der geänderten Rahmenrichtlinie eine klare Verpflichtung zur Einhaltung der VO Funk ergibt. Eine entsprechende Klarstellung sollte sich auch in der Entwurfsbegründung wiederfinden.

§ 54

Die Regelungen des geänderten § 54 befassen sich mit Bestimmungen der Frequenznutzung. Auch an dieser Stelle befürchtet die IEN jedoch rechtliche Unsicherheiten.

In § 54 Abs. 2 soll eine Sonderregelung für die Ausweisung von „Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang“ im Frequenznutzungsplan der Regulierungsbehörde geschaffen werden. Danach sollen diese Frequenzen „unbeschadet von Absatz 3“ so ausgewiesen werden, dass „alle hierfür vorgesehenen Technologien verwendet werden dürfen und alle Arten von Telekommunikationsdiensten zulässig sind“. Diese Regelung ist aus Sicht der IEN nicht eindeutig und systemfremd. Die rechtlichen Grundlagen für die Ausweisungen im Frequenznutzungsplan bilden die FreqBZPV und der hierin enthaltene Frequenzbereichszuweisungsplan. Die FreqBZPV setzt die Vorgaben der VO Funk um und beruht auf Zuweisungen für bestimmte Funkdienste, die in § 4 FreqBZPV im Einzelnen legaldefiniert sind. Die nunmehr gewählte Formulierung: „Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang“ ist dagegen keine legaldefinierte Funkdienstkategorie und dürfte zu Rechtsunsicherheiten führen. Die Sicherstellung der Dienste- und Technologieneutralität ist für alle Frequenznutzungen gleichermaßen durch entsprechende Regelungen innerhalb der Systematik und Terminologie der FreqBZPV zu gewährleisten. An dieser Stelle ist auch der Begründung des BMWi nicht zu entnehmen, weshalb von der bisherigen Regelung Abstand genommen und nicht definierte Rechtsbegriffe eingeführt wurden.

Auch in diesem Zusammenhang möchte die IEN noch einmal auf die gegenwärtige Situation auf dem Frequenzmarkt hinweisen. Die EU-Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, in welchem es um die gemeinschaftsrechtswidrige – weil nicht diensteneutrale – Zuweisung in der FreqBZPV im 2,6 GHz Band geht. Im Frequenznutzungsplan ist dieser Bereich für den „drahtlosen Netzzugang“ ausgewiesen, in der höherrangigen und rechtlich verbindlichen FreqBZPV aber ausschließlich für den Mobilfunkdienst. Auf dieser Grundlage wird derzeit die Nutzung dieses Bandes für das Angebot eines nicht-mobilen Breitbanddienstes versagt. Die IEN schlägt daher vor, eine rechtlich klare und

gemeinschaftskonforme Regelung durch eine entsprechende Änderung der FreqBZPV, nicht aber durch die hier vorgeschlagene systemfremde und unklare Einzelfallregelung im Gesetz zu treffen.

Seite 37 | 48
02.11.2010

Vor diesem Hintergrund bittet die IEN um Streichung dieser Regelung.

Die IEN hat zudem aus der Begründung des BMWi zur Kenntnis genommen, dass die FreqNPAV aus Gründen der Entbürokratisierung aufgehoben werden soll. Obgleich die IEN grundsätzlich jede Form des Bürokratieabbaus unterstützt, befürchtet sie jedoch an dieser Stelle weitere Unsicherheiten für die Marktbeteiligten, da die verfahrensrechtlichen Regelungen für die Erstellung des Frequenznutzungsplans der BNetzA entfallen. Die Aufnahme der Verpflichtung zur Beteiligung der Bundes-, und Landesbehörden sowie der betroffenen Kreise hat zwar Eingang in die neue Regelung des § 54 Abs. 1 gefunden, diese hat jedoch keinen entsprechend weitreichenden Charakter. Die FreqNPAV sichert wesentliche Beteiligungsrechte der interessierten bzw. betroffenen Unternehmen sowie die gerichtliche Durchsetzung von Beteiligungsrechten. Die allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrenrechts sichern die nach der FreqNPAV bestehenden Beteiligungsrechte nicht vollumfänglich. Der Verweis auf die allgemeinen Verfahrensrechte in der Entwurfsbegründung greift daher nach Auffassung der IEN zu kurz. Zudem entfallen die in der FreqNPAV geregelten verfahrensrechtlichen Pflichten der BNetzA, was erhebliche Transparenzeinbußen zur Folge hätte. Die FreqNPAV hat sich in der Praxis bewährt und sollte daher beibehalten werden. Andernfalls bittet die IEN darum, dass entsprechend klarere Vorgaben hinsichtlich der Verfahrenspflichten und der Beteiligungsrechte in die Vorschrift aufgenommen werden.

§ 55 Abs. 5 Satz 2

Die Vorgabe des § 55 Abs. 5 Satz 2 stellt die Entscheidung über eine beantragte Frequenzzuteilung in ein weites Ermessen der BNetzA. Die Behörde soll befugt sein, eine Zuteilung abzulehnen, „wenn die beabsichtigte Nutzung mit den Regulierungszielen nach § 2 nicht vereinbar ist“. Es handelt sich dabei um die bisherige Regelung des § 55 Abs. 10, welche aus „systematischen Gründen“ in die Regelung über die Frequenzzuteilung verlagert wurde.

Die IEN hat dennoch Bedenken gegen diese Verlagerung. Die bisherige Regelung im TKG begründet einen Rechtsanspruch auf Frequenzzuteilung bei Erfüllen der gesetzlichen Zuteilungsvoraussetzungen. Die Entscheidung über die Frequenzzuteilung ist daher eine gebundene Verwaltungsentscheidung. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die staatliche Verwaltung knapper Güter und der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art. 5 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie.

Bisher ist in § 55 Abs. 10 TKG ein eng gefasster Ausnahmetatbestand für die Ablehnung eines Zuteilungsantrags vorgesehen. Gesetzessystematisch ist dieser Ausnahmetatbestand daher gerade nicht in der Regelung über die Frequenzzuteilung enthalten, da die Entscheidung über die Frequenzzuteilung gerade nicht im Ermessen der Regulierungsbehörde liegt. Durch die Verlagerung des Ausnahmetatbestandes wird jedoch der – verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich – begründete Zuteilungsanspruch einer Ermessensentscheidung der Behörde unterstellt. Es handelt sich mithin nicht lediglich um eine „redaktionelle Änderung“. Die bisherige Gesetzessystematik sollte daher beibehalten werden.

§ 55 Abs. 6 Satz 2

Die vorgesehene Regelung in § 55 Abs. 6 Satz 2 TKG-E soll nach der Begründung des BMWi der Einführung eines flexiblen Frequenzmanagements dienen. Die Regulierungsbehörde wird ermächtigt, zugeteilte Frequenzen von Amts wegen „zur Sicherstellung der Regulierungsziele“ zu entziehen und durch andere Frequenzen zu ersetzen, die im Frequenznutzungsplan der BNetzA für dieselbe Nutzung ausgewiesen und verfügbar sind. In Falle eines solchen „Frequenztausches“ sollen nach dieser § 55 Abs. 6 Satz 3 die Vorgaben zur Frequenzvergabe in Knappheitsfällen keine Anwendung finden.

Die IEN erachtet diese Vorgaben in ihrer momentanen Ausgestaltung jedoch als problematisch, da nach ihrer Auffassung darin ein Verstoß gegen Art. 9 der geänderten Rahmenrichtlinie sowie der Art. 5 und 7 der Genehmigungsrichtlinie zu sehen ist. Nach den europarechtlichen Vorgaben sind Frequenzen auf der Grundlage offener, objektiver, transparenter und nicht diskriminierender Verfahren zu vergeben. Ein „Frequenztausch“ von Amts wegen außerhalb eines offenen Verfahrens ist danach nicht zulässig. Gerade vor dem Hintergrund, dass sich das BMWi im Übrigen bei der Umsetzung der Richtlinien immer sehr eng an die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers hält, erscheint es für die IEN verwunderlich, weshalb dies nicht auch an dieser Stelle geschieht. Die Begründung des BMWi enthält bezüglich dieser Ausnahme keine Ausführungen.

Die geplante gesetzliche Regelung ist jedoch auch nach den gegenwärtigen Erfahrungen in der Praxis als bedenklich einzustufen. Die Regulierungsbehörde hat ein - rechtlich unverbindliches – „GSM-Konzept“ erarbeitet. Auf dessen Grundlage wurde bereits eine „Frequenzverlagerung“ zugunsten der GSM-Lizenznehmer vorgenommen. Frei gewordene Frequenzen im 900 MHz Bereich wurden außerhalb der gesetzlichen Vergabeverfahren von der BNetzA an zwei Mobilfunkbetreiber zugeteilt. Die begünstigten Mobilfunkunternehmen gaben dafür ihre im Wege einer Ausschreibung erworbenen – gegenüber den 900 MHz Frequenzen technisch und wirtschaftlich deutlich geringerwertigen – Frequenzen im 1800 MHz Bereich zurück. Andere Marktteilnehmer, die Bedarf für die frei gewordenen 900 MHz Frequenzen geltend machten,

verwies die BNetzA auf einen möglichen Erwerb der zurück gegebenen geringerwertigen 1800 MHz Frequenzen in einem „offenen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren“. Ein Vergabeverfahren für diese Frequenzen wurde allerdings erst fünf Jahre nach der „Frequenzverlagerung“ zugunsten der Mobilfunkunternehmen eröffnet. Zu dem Vergabeverfahren wurden nur die Mobilfunkunternehmen zugelassen.

Gerade vor diesem Hintergrund der bisherigen Praxis muss eine gesetzliche Regelung – soweit sie überhaupt implementiert werden soll – dafür Sorge tragen, dass Frequenzverlagerungen nur nach klaren transparenten und insbesondere nicht diskriminierenden und wettbewerbsverzerrenden Vorgaben erfolgen dürfen. Dies ist jedoch nach Auffassung der IEN bei der nunmehr vorgesehenen Regelung nicht der Fall. Diese Regelung ermöglicht vielmehr wettbewerbssteuernde Eingriffe in den Markt, was in offenem Widerspruch zu den Aufgaben der Behörde im Bereich der Frequenzverwaltung stünde, die keine sektorspezifische Regulierung ist. Die Frequenzverwaltung beinhaltet die Aufgabe, einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zum knappen öffentlichen Gut Frequenzen zu gewährleisten – dabei soll jedoch keine Gestaltung des freien Wettbewerbs durch die Verwaltung erfolgen.

Die IEN möchte das BMWi diesbezüglich insbesondere auf die Fragen der Rechtssicherheit und des Investitionsschutzes für betroffene Unternehmen hinweisen. Die Möglichkeit eines behördlich angeordneten „Frequenztausch“ ist geeignet, den jeweiligen Frequenznutzern jegliche Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer erworbenen Nutzungsrechte zu nehmen. Es entsteht die verwaltungsrechtliche Befugnis, in einen bestehenden Geschäftsbetrieb eines Zuteilungsinhabers einzugreifen und im schlimmsten Fall in dessen wirtschaftliche und technische Grundlagen – entschädigungslos – nachhaltig zu verändern. Gerade vor diesem Hintergrund ist zu berücksichtigen, dass Frequenzen unterschiedliche technische und wirtschaftliche Charakteristiken und damit einhergehend auch Wertigkeiten aufweisen, die Grundlage unterschiedlicher Geschäftsmodelle sind. Ein „Frequenztausch“ kann daher nicht ohne Weiteres lediglich als „rechtlich neutrale Organisationsmaßnahme“ gewertet werden, wie es ausweislich der Begründung seitens des BMWi angenommen wird. Vielmehr können infolge der aktuell vorgesehenen Regelung bereits getätigte Investitionen für ein vom Zuteilungsinhaber entwickeltes Geschäftsmodell vollständig vernichtet werden. Es handelt sich in diesem Fall anstelle einer Organisationsmaßnahme vielmehr um einen belastenden Eingriff mit schwerwiegenden wirtschaftlichen und materiell-rechtlichen Konsequenzen für betroffene Unternehmen.

Aus diesen Gründen dürfte eine solche Regelung insbesondere auch mit den grundrechtlichen Schutzpositionen aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG nicht vereinbar sein.

Wie bereits angeführt, ist die aktuelle Sachlage auf dem Frequenzmarkt bereits gegenwärtig Gegenstand mehrerer verwaltungsgerichtlicher Klagen.

Nach der bisherigen Rechtslage ist die Möglichkeit eines „Frequenztauschs“ außerhalb offener Vergabeverfahren nicht vorgesehen.

Soweit der Gesetzgeber nunmehr eine gesetzliche Regelung schaffen möchte, muss diese eine transparente, ausgewogene Maßnahme darstellen, die entsprechend klaren, engen gesetzlichen Schranken und der gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt. Gleichzeitig muss die Vorgabe im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erfolgen.

Die IEN bittet daher um Streichung der Regelung des § 55 Abs. 6.

Die bisherigen Ausführungen gelten zudem auch für die Regelung in § 55 Abs. 6 Satz 1 welche dem bisherigen § 55. Abs. 5 Satz 2 entspricht und wonach kein Anspruch auf bestimmte Einzelfrequenzen bestehen soll. Die Erfahrung in der Praxis hat gezeigt, dass diese Vorgabe in der Praxis dahingehend ausgelegt wurde, dass sich bereits aus dieser Regelung eine Befugnis der BNetzA zu einem „Frequenztausch“ unabhängig von den technischen und wirtschaftlichen Charakteristiken der jeweiligen Frequenzen ergeben sollte. Um auch an dieser Stelle weitere Missverständnisse zu vermeiden und für eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zu sorgen, sollte an dieser Stelle ausdrücklich klargestellt werden, dass kein Anspruch auf bestimmte Einzelfrequenzen innerhalb eines technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Frequenzbandes bestehen soll.

Andernfalls wäre es möglich, dass die Regulierungsbehörde die von einem Zuteilungsinhaber erworbenen Frequenzen entziehen und durch andere Frequenzen ersetzen dürfte, die im Frequenznutzungsplan für dieselbe Nutzung ausgewiesen sind. Ein solcher „Frequenztausch“ wäre unabhängig davon zulässig, ob die von der Regulierungsbehörde vorgegebenen „Ersatzfrequenzen“ den vom betroffenen Zuteilungsinhaber erworbenen Frequenzen technisch und wirtschaftlich gleichwertig sind. Damit können durch behördliche Maßnahmen erworbene Rechtspositionen und getätigte Investitionen nachträglich vollständig entwertet werden. In diesem Fall würde den betroffenen Unternehmen hinsichtlich ihrer Geschäftsgrundlage jegliche Rechts- und damit Planungssicherheit fehlen, was vom BMWi keinesfalls gewollt sein dürfte.

Die IEN schlägt daher nachfolgende Änderung für § 55 Abs. 6 Satz 1 vor:

„Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Einzelfrequenz innerhalb eines technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Frequenzbandes.“

§ 55 Abs. 9

In dem geänderten § 55 Abs. 9 ist nunmehr die Verlängerung befristeter Frequenzlaufzeiten geregelt. Die IEN hat jedoch Bedenken hinsichtlich der richtlinienkonformen Umsetzung des Art. 5 der geänderten Genehmigungsrichtlinie. Gemäß Art 5 Abs. 2 muss die Laufzeit bei der Gewährung von Nutzungsrechten für einen bestimmten Zeitraum

„im Hinblick auf das angestrebte Ziel unter gebührender Berücksichtigung eines angemessenen Zeitraums für die Amortisation der Investitionen für den jeweiligen Dienst angemessen sein.“

Die IEN regt dringend an, diese Vorgabe in § 55 Abs. 9 mit aufzunehmen um eine richtlinienkonforme Umsetzung der Frequenzlaufzeiten zu gewährleisten.

§ 66g

Die Regelung des § 66g setzt die Bedingungen für Warteschleifen bei sprachgestützten Premium-Diensten und sprachgeschützten Service-Diensten. Warteschleifen sollen künftig nur noch eingesetzt werden dürfen, wenn der Anruf einem Festpreis pro Verbindung unterliegt oder wenn der Angerufene selbst die Kosten für die Dauer der Warteschleife trägt. Daneben besteht eine Informationspflicht hinsichtlich der Kostenübernahme oder des Festpreises.

Die IEN verweist zunächst auf ihre Ausführungen zur Definition des Warteschleifenbegriffs in § 3 Nr. 30c.

Darüber hinaus befürchtet die IEN infolge der Ausgestaltung der Regelung eine Gefährdung des Marktsegments des gesamten (0)180- und (0)900 Servicedienste-Marktes. Zunächst verweist die IEN auf die fehlende technische Lösung, um die gestellten Anforderungen für sämtliche Anschlusstypen (Festnetz, Mobilfunk, Prepaid, Postpaid) und sämtliche vorgesehenen Formen der technischen Realisierung von Warteschleifen zu erfüllen. Die Regelung hat zur Folge, dass die derzeit am Markt bestehenden Angebote derart umgestaltet werden müssen, dass sie weder aus Anrufer- noch aus Anbietersicht weiterhin sinnvoll erbracht werden könnten.

Die Regelung betrifft zudem sowohl die Telekommunikationsunternehmen als Anschlussanbieter und Plattform-Betreiber als auch Unternehmen unterschiedlichster Branchen. Die IEN hat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die vorgesehene Verpflichtung ungeachtet der auch von der IEN ausdrücklich anerkannten Notwendigkeit, den Verbraucher vorliegend zu schützen, nicht an den richtigen Marktteilnehmern anknüpft.

Für das zu unterbindende Verhalten sind gerade nicht die Telekommunikationsunternehmen verantwortlich und daher nicht die richtigen Adressaten der Maßnahmen. Hierbei sind verschiedene Aspekte zu beachten, die im Folgenden zur Verdeutlichung noch einmal näher aufgeführt werden:

Verschiedene Vertragsbeziehungen

Zunächst ist zwischen dem Anbieter des Telefonanschlusses für die Hotline und dem Anbieter des Telefonanschlusses, von dem aus die Hotline

angerufen wird, zu unterscheiden. Die Abrechnung des Anrufs erfolgt auf der Ebene des Anbieters des Telefonanschlusses. Er hat auf den Telefonanschluss der Hotline regelmäßig keinen Einfluss. Daneben obliegt die Qualität des Informationsgehalts des Gesprächs dem Betreiber der Hotline, hierauf haben beide Telekommunikationsunternehmen keinen Einfluss.

Wenn nun ein Anrufer eine Rufnummer der Gasse 0180 wählt, kommt zwischen dem Betreiber des Telefonanschlusses und dem Anrufer ein Vertrag zustande, welcher das Herstellen und Halten eines Telefongesprächs zum Gegenstand hat. Eine direkte vertragliche Beziehung zwischen dem Betreiber des Telefonanschlusses und dem Betreiber der Hotline besteht im Regelfall gar nicht.

Auch über die Qualität der ausgetauschten Information, eventuelle Wartezeiten oder der Frage, ob der Anrufer mit einem Sprachsystem oder einer natürlichen Person kommuniziert, erlangt der Betreiber des Telefonanschlusses, der für das Herstellen und Halten der Verbindung, sowie für die Abrechnung zuständig ist, regelmäßig keine Kenntnis. Darüber hinaus ist der Inhalt der Kommunikation auch vom Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) geschützt.

Vielzahl möglicher Rufnummerngassen

Im aktuellen Marktumfeld stellen Telekommunikationsunternehmen lediglich die technische Infrastruktur für Hotlines von Behörden sowie Anbietern von Waren oder Dienstleistungen (Betreibern der eigentlichen Hotline) zur Verfügung.

Die Rufnummern selbst werden dem Betreiber der Hotline überwiegend direkt von der Bundesnetzagentur zugeteilt und dieser beauftragt dann bei einem Telekommunikationsunternehmen die Schaltung im öffentlichen Telefonnetz. Darüber hinaus erbringt das Telekommunikationsunternehmen bei Rufnummern der Gasse 0900 auch noch Inkassodienstleistungen, da hier, im Gegensatz zu Rufnummern der Gasse 0180, die Abrechnungshoheit beim Betreiber der Hotline liegt.

Die Rufnummerengasse 0180 wurde durch die Bundesnetzagentur speziell für Betreiber von Hotlines eingeführt, die Service-Dienste für ihre Kunden anbieten (z.B. Hotlines, Reparatur- und Beratungsangebote). Diese Unternehmen sind selbst dafür verantwortlich, wie gut oder schlecht ihr Service ist und wie schnell oder langsam sie ihre Kunden am Telefon bedienen. Der Versuch, diese Qualität im Sinne der Verbraucher zu beeinflussen, muss deshalb auch unmittelbar bei diesen und gerade nicht bei den bloßen Anbietern der Infrastruktur ansetzen.

Festgelegte Preise für Telekommunikationsleistung

Die Preise für diese Telefongespräche sind durch die Bundesnetzagentur festgelegt ohne dass es den Unternehmen erlaubt wäre, zum Vorteil oder zum Nachteil des Anrufers hiervon abzuweichen. Dieser Betrag enthält neben der Umsatzsteuer die Kosten des Betreibers des Telefonanschlusses des Anrufers, die für das Herstellen und Halten des Gespräches, die des Unternehmens, an dessen Netz der Betreiber der Hotline als Endnutzer angeschlossen ist, sowie gegebenenfalls die Kosten eines Transitnetzes. Die Aufteilung der vorstehenden Beträge auf die verschiedenen, an der Telekommunikation beteiligten Unternehmen, ist ebenfalls durch die Bundesnetzagentur festgelegt.

Auch ist die Beratungs- und Informationsleistung nicht Bestandteil des Entgeltes. Dieses ist nur zur Abgeltung der Kosten der beteiligten Unternehmen bestimmt. Daher hat das Telekommunikationsunternehmen, welches den Anschluss des Kunden betreibt und die Verbindung herstellt, weder das Recht noch die Möglichkeit der Inhaltsüberwachung.

Vielmehr handelt es sich hierbei um eine Leistung, die der Anrufer vom Betreiber der Hotline aufgrund eines anderen als des Vertrages über eine Telekommunikationsleistung verlangen darf. Demzufolge muss eine Sanktionierung dieses zweifelsfrei nicht verbraucherfreundlichen Verhaltens außerhalb dieses Vertragsverhältnisses angeordnet werden. Denn, wie bereits dargestellt, ist

- die Auskunfts- oder Beratungsleistung nicht Bestandteil des Vertrags über einen Telekommunikationsdienst,
- es dem Anbieter des Telekommunikationsdienstes des Anrufers nicht gestattet, den Inhalt einer Telekommunikation zu prüfen, zu bewerten oder zu zensieren,
- der Anbieter des Telekommunikationsdienstes des Anrufers nicht verantwortlich für die Auskunfts- oder Beratungsleistung und
- das Entgelt nicht zur Abgeltung einer Auskunfts- oder Beratungsleistung bestimmt.

Würde man nun die Rufnummerngasse für Service-Rufnummern mit technischen Auflagen entsprechend der Regelung des § 66g beschränken, erhöht dies den Bürokratieaufwand und die Kosten für ein Unternehmen, welches von der Behinderung der Anrufer durch Warteschleifen gar nicht profitiert oder profitieren kann und zu guter Letzt auch nicht profitieren will.

Die Vorgabe des § 66g Abs. 1 Nr. 2, dass bei dem Einsatz von 0180- und 0900-Rufnummern künftig der Angerufene die Kosten für die erste sowie für weitere Warteschleifen trägt, falls der Anruf nicht mit einem Blocktarif abgerechnet wird, lässt sich zudem in der Praxis nicht umsetzen. Das BMWi weist in der Begründung darauf hin, dass diese Vorgabe technisch realisierbar sei, wenn alle Abrechnungssysteme vom so genannten Online-Billing auf das so genannte Offline-Billing umgestellt würden. Dabei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass Warteschleifen in der Praxis sowohl in den

Telekommunikationsnetzen selbst, als auch in den TK-Anlagen der Callcenter oder der Unternehmen realisiert werden. Selbst wenn Servicernummern künftig ausschließlich im „Offline-Billing“-Verfahren abgerechnet würden, ist der Anteil der in TK-Anlagen von Call-Centern und Unternehmen generierten Warteschleifen nicht von den Abrechnungssystemen der Telekommunikationsanbieter erfasst. Die IEN weist zudem darauf hin, dass das „Offline-Billing“ im Hinblick auf Prepaid-Kunden im Mobilfunkbereich sowie für die Nutzer von öffentlichen Telefonen ins Leere läuft. Dies hätte die Folge, dass diese Kundengruppen schlimmstenfalls nicht mehr in der Lage wären, (0)180- und (0)900-Servicernummern zu erreichen.

Hinweisen möchte die IEN an dieser Stelle auch noch einmal auf die bereits jetzt bestehenden Vertragsbeziehungen einiger Anbieter mit großen - teilweise auch ausländischen - Geschäftskunden. Problematisch werden die vorgesehenen Regelungen insbesondere bei Bestandskunden und -verträgen. Die sich möglicherweise ändernden Abrechnungsmethoden müssen in den individuell ausgehandelten Verträgen abgebildet werden. Dies geht nur über die Kündigung und den Neuabschluss der entsprechenden Verträge, da andernfalls der eine vertragliche Leistungsbereich infolge gesetzlicher Vorgaben beschränkt wird, die Verpflichtung zur Gegenleistung jedoch weiter bestehen kann. Hierdurch würden Ungleichgewichte in den Geschäftsmodellen geschaffen. Um hier keine unverhältnismäßige Belastung für die betroffenen Anbieter zu erreichen, müssen geeignete Übergangsfristen von mindestens 18 Monaten für Bestandskunden zugelassen werden.

Schließlich möchte die IEN jedoch auch noch auf das aktuell in die Diskussion eingebrachte Modell des „zertifizierten Call-Centers“ verweisen. Die Vergabe entsprechender Zertifikate könnte ein Ausnahmmodell der Verpflichtung der kostenlosen Warteschleifen darstellen. Das Zertifikat soll bescheinigen, dass in dem geprüften Call-Center bspw. eine gewisse Zahl geschulter Mitarbeiter eine durchschnittliche Verweildauer in der Warteschleife von nicht mehr als fünf Minuten ermöglichen.

Zusammenfassend regt die IEN nochmals dringend an, direkt auf das Leistungsverhältnis zwischen Anrufer und Betreiber der Hotline zuzugreifen und dort sicherzustellen, dass sich dieses Unternehmen fair und wettbewerbskonform verhält. Hierfür wäre das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) der geeignetere Ort als das TKG. Soweit das BMWi dennoch eine Vorgabe im TKG einfügen möchte, bittet die IEN darum, die bestehende Vorschrift noch einmal zu überarbeiten und insbesondere auch die neuen Vorschläge hinsichtlich der Ausnahmemöglichkeit durch zertifizierte Call-Center sowie entsprechende Übergangsfristen für Bestandskundenverträge in die Erwägungen aufzunehmen.

§ 66h

Entsprechend der Regelung des geänderten § 66h soll der Entgeltanspruch dann entfallen, wenn nach Nr. 8 der Angerufene entgegen den Vorgaben des § 66g handelt.

Auch hier verweist die IEN noch einmal auf das Problem der praktischen Durchführbarkeit. Infolge der in den Ausführungen zu § 66g ausführlich geschilderten Vertrags- und Leistungsbeziehungen dürfte ein Verstoß gegen § 66g in der Praxis nicht nachweisbar sein.

Ogleich die IEN auch an dieser Stelle die Regelung zugunsten des Verbrauchers anerkennt, verweist sie darauf, dass das eigentliche Problem auf den Serviceanbieter verlagert wird, ohne dass dieser in einer direkten Leistungsbeziehung zum Verbraucher steht. Eine geeignete Abhilfemaßnahme kann auch an dieser Stelle lediglich über die Regelungen des UWG erfolgen.

Zudem gilt auch bezüglich der Regelung des § 66h, dass es sich hierbei um eine verbraucherschützende Norm handelt. Die IEN verweist auch insoweit auf Ihre Ausführungen bezüglich des Endnutzerbegriffs in ihren allgemeinen Anmerkungen unter I. sowie zu § 3 Nr. 8 in dieser Stellungnahme.

Insofern ist auch hier, soweit das BMWi nicht dem Definitionsvorschlag der IEN in § 3 Nr. 8 folgen möchte, eine Ausnahmebestimmung für die Kundengruppe vorzusehen, die ihre Vertragsbeziehung individuell ausgehandelt hat. Die IEN schlägt insoweit folgenden ergänzenden Satz 2 vor:

„Satz 1 gilt nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten eine Individualvereinbarung getroffen hat.“

§ 66m

Hinsichtlich der Regelung des Umgehungsverbotes regt die IEN eine einheitliche Formulierung im Verhältnis zu § 47b an, um der Einheitlichkeit des Gesetzes zu dienen. Gleichzeitig gelten auch hier noch einmal die Ausführungen unter I. im allgemeinen Teil hinsichtlich des Schutzbereichs der Universaldiensterichtlinie in dieser Stellungnahme.

Auch an dieser Stelle bietet sich für den nationalen Gesetzgeber erneut in richtlinienkonformer Weise die Möglichkeit, Differenzierungsmöglichkeiten für diejenigen „Teilnehmer“, die gerade nicht schutzwürdig sind, zuzulassen.

Die IEN schlägt daher die folgende Formulierung des § 66m vor:

„Von den Vorschriften der §§ 66a bis 66l oder der aufgrund des § 45n Abs. 4 Nr. 1 im Rahmen einer Rechtsverordnung erlassenen Regelung darf,

soweit nichts anders bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Teilnehmers abgewichen werden.

Satz 1 gilt nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen der Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten eine Individualvereinbarung getroffen hat.“

§ 92

Der § 92 enthält neue Regelungen betreffend die Datenübermittlung an ausländische, nicht öffentliche Stellen.

Die Regelung ist jedoch nach Auffassung der IEN mit Unklarheiten behaftet. § 92 Abs. 1 erlaubt zwar die Übermittlung von Daten an nicht öffentliche Stellen in sog. Drittstaaten für die genannten Zwecke, es ist jedoch unklar, ob die Übermittlung für die genannten Zwecke an nicht öffentliche Stellen in Mitgliedsstaaten der EU bzw. EEA im Umkehrschluss grundsätzlich erlaubt ist.

Des Weiteren erlaubt § 92 Abs. 2 die Übermittlung für andere Zwecke, soweit dies entsprechend den Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 BDSG erfolgt und schutzwürdige Interessen des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung gegenüber dem berechtigten Interesse des Diensteanbieters nicht überwiegen. Diese Interessensabwägung stellt damit eine Verschärfung gegenüber dem BDSG dar. Für diese Verschärfung findet sich auch in der Begründung des BMWi keine Erklärung.

Die Übermittlung von personenbezogenen Daten ist in § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG legal definiert - relevant ist in diesem Zusammenhang die Formulierung: "...an einen Dritten...". „Dritte“ sind jedoch gerade nicht der vorliegend Betroffene sowie Personen und Stellen, die im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder EEA personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen (§ 3 Abs. 8 S. 3 BDSG). Dies bedeutet nach dem Verständnis der IEN, dass die Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 BDSG gerade keine Übermittlung von personenbezogene Daten darstellt.

Somit muss davon ausgegangen werden, dass nach dem vorliegenden Text die "Übermittlung" von Daten für andere als die in Abs. 1 genannten, nur in der EU bzw. EEA möglich sein soll. Zwar wird in der Neufassung nun der Dienstleistungsfreiheit innerhalb der EU Rechnung getragen, aber insgesamt wird die Regelung nicht einfacher in ihrer Anwendbarkeit und beschränkt die auf der Grundlage von Gemeinschaftsrecht erlassenen Regelungen des BDSG.

Vor diesem Hintergrund regt die IEN eine Prüfung und ggf. Streichung der Regelung bei gleichzeitiger Aufnahme eines Verweises in das BDSG an. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshof zur Unabhängigkeit zur staatlichen Aufsicht über die

Datenschutzbehörden vor dem Hintergrund der Datenschutzrichtlinie (Az. C-518/07).

Seite 47 | 48
02.11.2010

§ 108

Die geänderten Vorgaben des § 108 Abs. 1 Satz 1 enthalten die Verpflichtung zur Ermöglichung von Notrufen. Im Unterschied zu der bisherigen Ausgestaltung der Verpflichtung soll der Verpflichtete nunmehr der „Erbringer von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten für das Führen von Inlandsgesprächen zu einer oder mehreren Nummern des nationalen Telefonnummernplans“ sein. Gleichzeitig erfolgt jedoch in Satz 2 eine erhebliche Ausweitung dieser Regelung infolge der Aufnahme der Zugangsermöglichung zu solchen Diensten oder des Betriebens von Telekommunikationsnetzen die zur Erbringung dieser Dienste genutzt werden.

Die Folge ist eine Verpflichtung von sämtlichen Marktbeteiligten, ohne dass eine Konkretisierung der Verpflichtungen im Einzelnen erfolgt. Die gewählte Formulierung „hat sicherzustellen“ macht deutlich, dass die tatsächliche Verantwortlichkeit für die unverzügliche Herstellung der Notrufverbindung zu der örtlich zuständigen Notrufabfragestelle und der jederzeitigen Ermöglichung von Notrufverbindungen nicht genauer festgelegt wurde. Die IEN möchte an dieser Stelle ausdrücklich betonen, dass ihre betroffenen Mitgliedsunternehmen selbstverständlich ihren gesetzlichen Verpflichtungen in diesem Bereich nachkommen wollen – jedoch eine klare Vorgabe hinsichtlich der Verpflichtungen benötigen. Die momentane Regelung lässt beispielsweise vollständig die Risikoverteilung auf der Vorleistungsebene offen. Insoweit ist eine Konkretisierung dringend erforderlich.

Zudem verweist die IEN auf die bestehende Problematik der geänderten Technischen Richtlinie, welche aus Sicht der IEN vor dem Hintergrund der Änderung des § 108 ebenfalls einer erneuten Überarbeitung bedarf und mithin in ihrer tatsächlichen Umsetzung Verzögerungen ausgesetzt sein dürfte. In Artikel 2 hat das BMWi bereits umfangreiche Angaben zur Änderung der NotrufVO gemacht. Auch vor diesem Hintergrund bittet die IEN um Klarstellung seitens des BMWi bezüglich der Technischen Richtlinie.

§ 127 Abs. 2 Satz 2

Die IEN bittet um Korrektur der Formulierung „...in der Telekommunikation tätigen Unternehmen...“. Diese Begrifflichkeit ist sowohl den Richtlinienvorgaben als auch dem TKG fremd.

§ 138a

Bezüglich der Ausgestaltung des § 138a bittet die IEN um die klarstellenden Aufnahme des Begriffs „Rechtsmittel“, da nur dieser nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu den Rechtsbegriffen auch die gerichtlichen Überprüfungen (Berufung, Revision) beinhaltet.

Eine entsprechende Einschränkung aufgrund der bloßen Formulierung des Art. 4 Abs. 3 der geänderten Rahmenrichtlinie steht dem nicht entgegen, da ein umfassendes Informationssystem auch die gerichtlichen Verfahren beinhalten muss.

Artikel 3

Die IEN bittet das BMWi vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen um eine Überprüfung und Ergänzung der Übergangsvorschriften.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 tritt das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft. Ausnahmen sind gemäß Abs. 2 Satz 3 hinsichtlich der Vorschriften zu Warteschleifen nach § 66g sowie der Einführung neuer Bußgeldtatbestände. Diese zu einem noch nicht näher bestimmten Zeitpunkt in Kraft treten sollen.

Die IEN verweist auf ihre Ausführungen zu § 66g, wonach vor dem Hintergrund der Problematik mit Bestandskunden und -verträgen eine Umsetzungsfrist für eine entsprechend geänderte Regelung von mindestens 18 Monaten vorgesehen werden sollte.

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie ich selbst jederzeit gern zur Verfügung. Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Nanda', written in a cursive style.

Malini Nanda, Rechtsanwältin
Geschäftsführerin der IEN