

ABTEILUNG A DES ZENTRUMS FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG (ZEI)
DER RHEINISCHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN
(LEITUNG: UNIV.-PROF. DR. CHRISTIAN KOENIG LL. M.)



Anmerkungen zum Referentenentwurf zur TKG-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA)

Die Abteilung A des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn begrüßt die Möglichkeit, auch zum Referentenentwurf zur Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG-RE) sowie zu den Verordnungsentwürfen aus wissenschaftlicher Sicht Stellung nehmen zu können. Wie schon bei den Anmerkungen zum Arbeitsentwurf zur TKG-Novelle (TKG-AE) war aber in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit keine erschöpfende Analyse der vorliegenden Entwürfe möglich. Erneut beziehen sich die nachfolgenden Anmerkungen daher vor allem auf einzelne Details und werden sich nicht damit aufhalten, die ganz überwiegend sehr gelungenen Vorschriften eigens hervorzuheben. Bislang nicht oder nur partiell berücksichtigte Anmerkungen, die bereits zum Arbeitsentwurf gemacht wurden, werden nachfolgend – ggf. an das geänderte normative Umfeld angepasst – wiederholt, sind aber als solche explizit ausgewiesen. Obwohl die Anmerkungen untereinander vernetzt sind, wurden sie doch bewusst so formuliert, dass jede einzelne Anmerkung in der Sache für sich steht. Die in diesem Papier vorgeschlagenen Änderungen geben im Ergebnis die von allen beteiligten Bearbeitern gemeinsam für konsensfähig gehaltenen Vorstellungen wieder.

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	2
REFERENTENENTWURF TKG-E 2003.....	4
ERSTER TEIL: ALLGEMEINE VORSCHRIFTEN	4
ZWEITER TEIL: MARKTREGULIERUNG	14
<i>Erster Abschnitt: Verfahren der Marktregulierung</i>	14
<i>Zweiter Abschnitt: Zugangsregulierung</i>	18
<i>Dritter Abschnitt: Entgeltregulierung</i>	26
Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften	26
Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen	30
Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen	32
<i>Vierter Abschnitt: Sonstige Verpflichtungen</i>	33
<i>Fünfter Abschnitt: Besondere Missbrauchsaufsicht</i>	35
DRITTER TEIL: RUNDFUNKÜBERTRAGUNG	39
VIERTER TEIL: VERGABE VON FREQUENZEN, NUMMERN, WEGERECHTEN	39
<i>Erster Abschnitt: Frequenzordnung</i>	39
<i>Zweiter Abschnitt: Nummerierung</i>	39
<i>Dritter Abschnitt: Wegerechte</i>	41
FÜNFTER TEIL: UNIVERSALDIENST, KUNDENSCHUTZ.....	41
<i>Erster Abschnitt: Universaldienst</i>	41
<i>Zweiter Abschnitt: Kundenschutz</i>	42
SECHSTER TEIL: FERNMELDEGEHEIMNIS, DATENSCHUTZ, ÖFFENTLICHE SICHERHEIT	42
<i>Erster Abschnitt: Fernmeldegeheimnis</i>	42
<i>Zweiter Abschnitt: Datenschutz</i>	42
<i>Dritter Abschnitt: Öffentliche Sicherheit</i>	44
SIEBTER TEIL: REGULIERUNGSBEHÖRDE.....	51
<i>Erster Abschnitt: Organisation</i>	52
<i>Zweiter Abschnitt: Befugnisse</i>	54
<i>Dritter Abschnitt: Verfahren</i>	55
Erster Unterabschnitt: Beschlusskammern	55
Zweiter Unterabschnitt: Gerichtsverfahren.....	56
Dritter Unterabschnitt: Internationale Aufgaben.....	56

ACHTER TEIL: ABGABEN	56
NEUNTER TEIL: STRAF- UND BUßGELDVORSCHRIFTEN.....	59
ZEHNTER TEIL: ÜBERGANGS- UND SCHLUSSVORSCHRIFTEN	60
ENTWURF EINER TELEKOMMUNIKATIONS-KUNDENSCHUTZVERORDNUNG (TKV 2003).....	62
ENTWURF EINER VERORDNUNG ÜBER DIE TECHNISCHE UND ORGANISATORISCHE UMSETZUNG VON MAßNAHMEN ZUR ÜBERWACHUNG DER TELEKOMMUNIKATION (TELEKOMMUNIKATIONS- ÜBERWACHUNGSVERORDNUNG – TKÜV).....	63
TEIL 1: ALLGEMEINE VORSCHRIFTEN, BEGRIFFSBESTIMMUNGEN	63
TEIL 2: MAßNAHMEN NACH DEN §§ 100A, 100B DER STRAFPROZESSORDNUNG, § 3 DES ARTIKEL 10-GESETZES UND DEN §§ 39 BIS 43 DES AUßENWIRTSCHAFTSGESETZES	63
<i>Abschnitt 1: Kreis der Verpflichteten, Grundsätze.....</i>	<i>63</i>
<i>Abschnitt 2: Technische Anforderungen.....</i>	<i>64</i>
<i>Abschnitt 3: Organisatorische Anforderungen, Schutzanforderungen.....</i>	<i>64</i>
<i>Abschnitt 4: Verfahren zum Nachweis nach § 105 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Telekommunikationsgesetzes.....</i>	<i>64</i>
<i>Abschnitt 5: Zulässige Abweichungen, Ausnahmeregelungen.....</i>	<i>64</i>
<i>Abschnitt 6: Sonstige Vorschriften</i>	<i>64</i>
TEIL 3: MAßNAHMEN NACH DEN §§ 5 UND 8 DES ARTIKEL 10-GESETZES	64
TEIL 4: ÜBERGANGSVORSCHRIFTEN, SCHLUSSBESTIMMUNGEN.....	64
ENTWURF EINER TELEKOMMUNIKATIONS-NUMMERIERUNGSVERORDNUNG (TKNV).....	65
ERSTER TEIL: ALLGEMEINE VORSCHRIFTEN	65
ZWEITER TEIL: SPEZIELLE VERBRAUCHERSCHÜTZENDE REGELUNGEN.....	68
DRITTER TEIL: BUßGELDVORSCHRIFT, GEBÜHREN, ÜBERGANGS- UND SCHLUSSBESTIMMUNGEN	72

REFERENTENTWURF TKG-E 2003

Erster Teil: Allgemeine Vorschriften

1. Allgemeine Anmerkungen:

Im Referententwurf wird durchgängig der Begriff „Europäische Union“ verwendet.¹ Das ist nicht nur unpräzise,² sondern entspricht auch nicht der sonst in der deutschen Rechtssprache benutzten, inhaltlich zutreffenden Bezeichnung „Europäische Gemeinschaft“.³

Vorschlag:

Es sollte durchgängig an Stelle des Begriffs „Europäische Union“ der Begriff „Europäische Gemeinschaft“ verwendet werden.

2. Zu § 1 (Zweck des Gesetzes): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die Schaffung und Sicherung von Wettbewerb sollte ausdrücklich als Zweckbestimmung ergänzt werden. Gerade unter dem neuen TKG wird der teleologischen Auslegung von Vorschriften im Hinblick auf den Gesetzeszweck eine hohe praktische Bedeutung zukommen. Anknüpfend an die eindeutige Ausrichtung des neuen EG-Rechtsrahmens sollte an exponierter Stelle klargestellt werden, dass weiterhin eine aktive hoheitliche Regulierung stattfindet.

Vorschlag:

§ 1 sollte wie folgt formuliert werden:

*„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch eine technologieneutrale Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb **und** flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen **zu gewährleisten** sowie eine Frequenzordnung festzulegen.“*

¹ Vgl. etwa § 2 Abs. 2 Nr. 4, § 4 Abs. 4, § 27 Abs. 4 Nr. 6, § 78 Abs. 1 S. 1 TKG-RE.

² Siehe hierzu *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 4. Auflage, 2003, Rn. 7.

³ Vgl. etwa Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG.

3. Zu § 2 (Regulierung und Ziele): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die Übernahme der im korrespondierenden Art. 8 Abs. 2 lit. a Rahmenrichtlinie vorzufindenden Konkretisierungen der Nutzerinteressen („[...] *größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität* [...]“) erscheint zur Präzisierung des Regulierungsziels angezeigt.

Vorschlag:

§ 2 Abs. 2 Nr. 1 sollte wie folgt formuliert werden:

„1. die Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation und des Funkwesens, vor allem hinsichtlich größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität, sowie die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses,“

4. Zu § 2 (Regulierung und Ziele): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Das aus Art. 8 Abs. 2 lit. c Rahmenrichtlinie übernommene Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE führt zu einer Schiefelage der Zielbestimmungen zugunsten der Infrastrukturbetreiber, wenn nicht ebenfalls die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen (lit. b der Richtlinienvorschrift) übernommen wird.

Vorschlag:

§ 2 Abs. 2 Nr. 3 sollte wie folgt formuliert werden:

3. effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen sowie Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen zu verhindern,“

5. Zu § 2 (Regulierung und Ziele):

Sowohl § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RE als auch § 2 Abs. 2 Nr. 8 TKG-RE bestimmen die Sicherstellung bzw. Gewährleistung der effizienten Nutzung bestimmter knapper Güter zu Regulierungszielen. In § 2 Abs. 2 Nr. 8 TKG-RE wird jedoch nicht konkret auf „Nummern“,⁴ sondern abstrakt auf „Nummerierungsressourcen“ Bezug genommen. Die Vorschrift steht damit im Gegensatz zu § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG-RE, in dem nicht auf „Frequenzressourcen“, sondern auf „Frequenzen“ abgestellt wird. Diese Divergenz könnte der Rechtssicherheit abträgliche Auslegungsspielräume eröffnen. Sie ist auch sachlich nicht geboten, da die Vorschriften über

⁴ Siehe hierzu auch die Anmerkung unter 13.

die Nummerierung (§§ 58 ff. TKG-RE) als Nummerierungsressourcen ausschließlich Nummern nennen.

Vorschlag:

§ 2 Abs. 2 Nr. 8 sollte sprachlich an § 2 Abs. 2 Nr. 7 angepasst und wie folgt formuliert werden:

„8. die Sicherstellung einer effizienten Nutzung von Nummern,“

6. Zu § 2 (Regulierung und Ziele):

Anders als nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 des Arbeitsentwurfs vom 20. Februar 2003 ist es nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-RE nunmehr kein Ziel der Regulierung mehr, „ein hohes Datenschutzniveau“ zu gewährleisten. Dadurch wird der Widerspruch des Arbeitsentwurfs aufgelöst, einerseits in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-AE die Gewährleistung eines hohen Datenschutzniveaus als Ziel der Regulierung zu postulieren und andererseits mit § 5 Abs. 1 TKG-AE eine „Datenspeicherung auf Vorrat“ zuzulassen. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Datenschutzes stellt sich aber die Frage, ob der Widerspruch zur richtigen Seite hin aufgelöst wurde.

Vorschlag:

Vorzugswürdig wäre es stattdessen, in § 2 Abs. 2 Nr. 1 die Gewährleistung eines hohen Datenschutzniveaus aufzunehmen und § 106 ersatzlos zu streichen.

7. Allgemein zu § 3 (Begriffsbestimmungen): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Das geltende TKG enthält in § 3 einen breiten Katalog von Legaldefinitionen, die in bald siebenjähriger Rechtspraxis weiter konkretisiert wurden und das Begriffsverständnis der Normanwender mittlerweile prägen. § 3 TKG-RE greift die bestehenden Legaldefinitionen jedoch auch dann nicht auf, wenn der betreffende Begriff nicht gemeinschaftsrechtlich vorgeprägt ist. Um die Kontinuität der Rechtsanwendung zu fördern, sollte der insoweit bestehende Spielraum genutzt werden, um an die bisherige Terminologie des TKG anzuknüpfen.

Vorschlag:

Die Legaldefinitionen des geltenden § 3 TKG sollten so weitgehend wie möglich übernommen werden.

8. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

Die Definition des „Anrufs“ in § 3 Nr. 1 TKG-RE ist – wie schon der zugrunde liegende Art. 2 UAbs. 2 lit. e Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation – aus technischer Sicht wenig eindeutig. Insbesondere bleibt unklar, inwiefern auch Datenverbindungen erfasst werden (sollen). Ohne entsprechende Klarstellung bestünde so beispielsweise die Möglichkeit, dass auch Internet-Messaging oder Chat-Verbindungen von dieser Begriffsdefinition erfasst werden würden.

Vorschlag:

§ 3 Nr. 1 sollte präzisiert werden.

9. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Der Begriff des API ist technisch weitaus allgemeiner und weiter als die Definition in § 3 Nr. 2 TKG-RE und in Art. 2 lit. p der Rahmenrichtlinie.

Vorschlag:

Der Begriff „API“ sollte durch „Decoder-API“ oder einen vergleichbaren eingrenzenden Begriff ersetzt werden.

10. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

Obwohl der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ aufgrund des zukünftig geltenden Vorrangs der Allgemeingenehmigung (im Sinne der Genehmigungsrichtlinie) nicht mehr zur Abgrenzung zwischen lizenzpflichtigem und lizenzfreiem Bereich benötigt wird, findet er innerhalb des TKG-RE an einigen Stellen⁵ Verwendung, ohne dass eine Eingrenzung der Wendung im Rahmen der Begriffsdefinitionen von § 3 TKG-RE erfolgt. Als Alternative zu einer Legaldefinition der „geschlossenen Benutzergruppe“ könnte auch ein Verzicht auf diesen Begriff erwogen werden. An entsprechenden Stellen des TKG könnte der Begriff durch eine ausgrenzende Umschreibung (z. B. „kein Angebot für die Öffentlichkeit“) ersetzt werden.

⁵ § 4 Abs. 1, § 87 Abs. 2, § 92 Abs. 4, § 94 Abs. 1 und Abs. 2, § 97 Abs. 1, § 98, § 108 Abs. 5 TKG-RE.

Vorschlag:

Es sollte darüber nachgedacht werden, den Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ im Gesetzestext durch eine ausgrenzende Umschreibung zu ersetzen oder ihn wie folgt legalzudefinieren:

„Nr. 10a

ist eine ‚geschlossene Benutzergruppe‘ eine bestimmbare Gruppe von natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder untereinander dauerhafte gemeinsame Geschäftsinteressen haben oder deren Mitglieder dauerhafte gemeinsame gesetzliche Verpflichtungen zur hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung haben und deren interne Kommunikation auf dem dieser Beziehung zugrunde liegenden gemeinsamen Interesse beruht,“

Der Definitionsvorschlag ist eng an die einschlägige RegTP-Entscheidung vom 15.10.2001 angelehnt.⁶

11. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die Abweichung vom gemeinschaftsrechtlichen Terminus der „beträchtlichen Marktmacht“ in der Bezugnahme auf den Begriff „marktbeherrschend“ (§ 3 Nr. 12 TKG-RE) wird nicht nur für begriffliche Unklarheiten bei der Anwendung des neuen Telekommunikationsgesetzes sorgen. Da eine Fortentwicklung des kartellrechtlichen Begriffs der Marktbeherrschung durch den Einfluss des Telekommunikationsrechts nicht zu erwarten ist, würde diese Begriffswahl zum Hemmschuh für eine flexible und zukunftstaugliche Telekommunikationsregulierung.

Vorschlag:

§ 3 Nr. 12 sollte gestrichen werden. Vgl. des Weiteren auch die Ausführungen unter 25.

12. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

Der Sprachapparat des neuen Richtlinienrechts bedient sich der Begriffe „Verbraucher“,⁷ Nutzer“,⁸ „Endnutzer“⁹ und „Teilnehmer“¹⁰. Der TKG-RE verzichtet auf eine Definition des

⁶ RegTP, Mitteilung Nr. 610/2001, ABl. RegTP 2001, 3186.

⁷ Art. 2 lit. i Rahmenrichtlinie.

Begriffs „Verbraucher“, obwohl an einigen Stellen hierauf Bezug genommen wird.¹¹ Darüber hinaus werden juristische Personen in Anlehnung an die Begriffsdefinition der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation aus dem Nutzerbegriff des TKG-RE ausgeklammert. Entgegen der Entwurfsbegründung¹² erstreckt sich diese Begriffsverengung auch auf die Definition des „Endnutzers“, da § 3 Nr. 6 auf § 3 Nr. 13 Bezug nimmt („[...] ein Nutzer [...]“). Hieraus würde folgen, dass juristische Personen weitestgehend vom Anwendungsbereich eines neuen TKG ausgenommen wären. Insbesondere wären Märkte für Firmenkunden innerhalb des zweiten Teils des TKG-RE weitestgehend von der Regulierung ausgenommen.

Der Begriff des Nutzers sollte auf juristische Personen erstreckt werden. Soweit innerhalb des TKG-RE eine Differenzierung zwischen juristischen und natürlichen Personen notwendig ist, sollte entweder eine weitere Nutzerkategorie eingeführt werden oder der Anwendungsbereich entsprechender Normen im Einzelfall eingegrenzt werden.

Vorschlag:

§ 3 Nr. 13 sollte wie folgt gefasst werden:

„Nr. 13

*ist ‚Nutzer‘ jede natürliche **oder juristische** Person, die einen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst notwendigerweise abonniert zu haben,“*

Ein § 3 Nr. 24a wird eingefügt:

„Nr. 24a

ist ‚Verbraucher‘ jede natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst zu anderen als gewerblichen oder beruflichen Zwecken nutzt oder beantragt,“

⁸ Art. 2 lit. h Rahmenrichtlinie sowie abweichend davon Art. 2 lit. a Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

⁹ Art. 2 lit. n Rahmenrichtlinie.

¹⁰ Art. 2 lit. k Rahmenrichtlinie.

¹¹ Vgl. § 41 Abs. 1, § 42 Abs. 2, § 82 Abs. 1, § 118 Abs. 1 TKG-RE.

¹² Die Begründung zu § 3 Nr. 6 TKG-RE geht davon aus, dass die Definition des Begriffs „Endnutzer“ mit der in Art. 2 lit. n Rahmenrichtlinie übereinstimmt.

Die Definition des Verbrauchers entspricht wörtlich der Definition des Art. 2 lit. i Rahmenrichtlinie.

13. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

Anders als im geltenden TKG enthält der Katalog der Begriffsbestimmungen keine Legaldefinition des Begriffs der „Nummer“. Dies ist zum einen misslich, da nunmehr der Begriff der „Rufnummer“ in § 3 Nr. 17 TKG-RE unter Rückgriff auf den seinerseits nicht (mehr) legaldefinierten Begriff der „Nummer“ bestimmt wird. Zum anderen erscheint die Wiederaufnahme einer Legaldefinition des Begriffs der „Nummer“ angesichts des neu festgelegten Regulierungsziels der Gewährleistung einer effizienten Nutzung von Nummerierungsressourcen (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 TKG-RE)¹³ unabdinglich. Die Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 1 TKNV-RE kann den Wegfall der Legaldefinition in § 3 TKG-RE aufgrund der normhierarchischen Unterordnung der Rechtsverordnung nicht kompensieren.

Vorschlag:

Der Begriff der „Nummer“ sollte in den Katalog der Begriffsbestimmungen aufgenommen werden.¹⁴

14. Zu § 3 (Standortdaten):

IP-Adressen bezeichnen zwar lediglich Netzwerkanschlüsse. Es ist aber verhältnismäßig einfach herauszufinden, welcher Organisation eine Adresse zugeordnet ist. Über diese Information kann regelmäßig jedenfalls der geographische Großraum bestimmt werden, an welchem sich der Netzwerkanschluss befindet. Diese Möglichkeit kann bereits jetzt genutzt werden, um z. B. regionalisierte Werbebanner einzublenden. IP-Adressen können deshalb unter den Wortlaut von § 3 Nr. 18 TKG-RE subsumiert werden.

Vorschlag:

Hier sollte eine Klarstellung im Gesetz erfolgen, dass IP-Adressen keine Standortdaten im Sinne des Gesetzes sind.

¹³ Vgl. hierzu auch die Anmerkung unter 5.

¹⁴ Siehe des Weiteren auch die Anmerkung unter 81.

15. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Auf eine Legaldefinition für „Telekommunikation“ wird verzichtet. Entscheidend ist nunmehr im Einklang mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, ob ein Dienst vorliegt, der „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze“ besteht (§ 3 Nr. 22 TKG-RE). Ob mit diesem Ansatz viel gewonnen ist, darf bezweifelt werden. Vielmehr dürfte ein Einfallstor für zahlreiche weitere Abgrenzungsschwierigkeiten dadurch eröffnet worden sein, dass nunmehr darauf abgestellt wird, ob der Dienst „ganz oder überwiegend“ in der Signalübertragung besteht. Diese Wendung legt es nahe, dass auch ein Signalübertragungsdienst kein „Telekommunikationsdienst“ sein kann, wenn er nur genügend darüber hinausgehende Merkmale aufweist. Auch die Frage, wann die Signalübertragung den überwiegenden Charakter eines Dienstes ausmacht, verspricht erhebliche Anwendungsschwierigkeiten. Insbesondere für den Bereich der Internet-Kommunikation droht aus diesen Gründen eine Fortsetzung der bisherigen Rechtsanwendungspraxis, die mitunter den Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts – zu Unrecht – zugunsten der (exklusiven) Anwendung des Teledienste- und des Mediendiensterechts zurücknimmt.¹⁵

Vorschlag:

Die Gelegenheit der TKG-Novellierung sollte genutzt werden, das Problem der Abgrenzung der Regelungsbereiche des Telekommunikations- und des Telemedienrechts grundlegend zu lösen. Hierzu wäre möglicherweise daran zu denken, auch im Normtext ausdrücklich auf konkrete Abgrenzungsmodelle der Informatik und Kommunikationstechnik (z. B. ISO/OSI-Modell¹⁶) Bezug zu nehmen.

16. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

§ 3 Nr. 24 TKG-RE ordnet das Internet den festen Netzen zu, indem das Internet als ein Beispiel für ein derartiges Netz genannt wird. Diese Legaldefinition steht zwar im Einklang mit Art. 2 lit. a Rahmenrichtlinie, ist aber – wie die zitierte Richtlinienvorschrift auch – sachlich

¹⁵ Vgl. die bis vor kurzem gängige Praxis der Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundes, Internet-Zugangsanbieter ausschließlich als Tele- bzw. Mediendienstanbieter zu betrachten, sowie das Inkasso-Urteil des VG Köln, CR 2003, 109.

¹⁶ Siehe hierzu zuletzt die Ausführungen von Raabe, CR 2003, 268 (272 ff.).

falsch.¹⁷ Das Internet ist ein virtuelles Netzwerk, das durch die Nutzung eines bestimmten Protokollstapels und nicht durch ein bestimmtes Trägermedium gekennzeichnet wird. Die gewählte Formulierung birgt die Gefahr, dass in der Rechtspraxis Unsicherheit darüber geschaffen wird, ob das „mobile Internet“ (beispielsweise mittels GPRS oder UMTS) ein Telekommunikationsnetz im Sinne des Gesetzes ist.

Vorschlag:

Das Internet sollte nicht als ein Beispiel für ein festes terrestrisches Netz, sondern einfach als ein weiteres Beispiel für ein Telekommunikationsnetz genannt werden. Zu denken wäre an folgende Formulierung:

*„ist ‚Telekommunikationsnetz‘ die Gesamtheit von Übertragungssystemen und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte) und mobile terrestrische Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hör- und Fernsehfunk, Kabelfernsehnetze sowie das **Internet**, unabhängig von der Art der übertragenen Information,“*

17. Zu § 3 (Begriffsbestimmungen): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

„Telekommunikationsnetz“ ist in § 3 Nr. 24 TKG-RE nunmehr entsprechend den Richtlinienvorgaben technologieneutral definiert, während der Referentenentwurf im Übrigen nicht den stark erweiterten Anwendungsbereich des neuen EG-Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation widerspiegelt. Die fehlende terminologische Unterscheidung zwischen physischen Netzen, logischen Netzen und Diensten wird die Rechtsanwendung erschweren. Die Abgrenzung zum TDG und MDStV wird so weiterhin unklar bleiben.

18. Zu § 4 (Berichtspflichten): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die Bedeutung des Wortes „nationaler“ ist unklar.

¹⁷ Vgl. bereits Koenig/Neumann, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 511 (590 Fn. 566).

Vorschlag:

Das Wort „nationaler“ in § 4 Abs. 1 S. 1 sollte gestrichen werden.

19. Zu § 4 (Berichtspflichten): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die Berichtspflichten werden nicht dem Umfang nach konkretisiert; eine Vorschrift zur Fristsetzung fehlt ebenfalls. Dies kann hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung problematisch sein.

Vorschlag:

Die Berichtspflichten sollten dem Umfang nach konkretisiert werden; eine Vorschrift zur Fristsetzung sollte ebenfalls vorgesehen werden. Hierzu könnte an die Einfügung eines Absatzes 1a zu denken sein.

20. Zu § 4 (Berichtspflichten): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Das Wort „Zugang“ im letzten Satz von § 4 Abs. 1 TKG-RE ist bereits durch eine Definition (§ 3 Nr. 26) belegt. (Insoweit sollten auch weitere Verwendungen des Begriffes auf ihre Konsistenz mit der Definition in § 3 Nr. 26 überprüft werden.)

Vorschlag:

§ 4 Abs. 1 S. 4 könnte folgendermaßen formuliert werden:

*„Auskünfte nach den Nummern 1 bis 5 dürfen nicht vor **der Aufnahme der Tätigkeit** oder als Bedingung **hierfür** verlangt werden.“*

21. Zu § 4 (Berichtspflichten):

In § 4 Abs. 4 TKG-RE ist die Rede von der „Europäischen Kommission“. Die richtige EG-primärrechtliche Bezeichnung dieses Organs der Europäischen Gemeinschaften lautet jedoch schlichtweg „Kommission“. ¹⁸ Diese Bezeichnung wird auch in den übrigen Vorschriften des TKG-RE benutzt, die sich auf dieses EG-Organ beziehen (vgl. etwa § 8 Abs. 2 S. 2 TKG-RE). ¹⁹ Zum Terminus „Recht der Europäischen Union“ vgl. des Weiteren bereits die Anmerkung unter 1.

¹⁸ Siehe statt vieler nur *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 4. Auflage, 2003, Rn. 169.

¹⁹ In der Begründung zu § 4 Abs. 4 TKG-RE wird ebenfalls die schlichte Bezeichnung „Kommission“ gebraucht, siehe BMWA, Begründung zum Referentenentwurf, S. 7.

Vorschlag:

§ 4 Abs. 4 ist daher wie folgt zu fassen:

*„[...] um ihre Berichtspflichten gegenüber der **Kommission** auf Grund des Rechts der Europäischen **Gemeinschaft** erfüllen zu können“.*

Zweiter Teil: Marktregulierung

Erster Abschnitt: Verfahren der Marktregulierung

22. Zu § 8 (Marktabgrenzung):

Die Neustrukturierung des § 8 TKG-RE macht nunmehr deutlich, dass es nicht lediglich um eine Marktabgrenzung im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts geht, sondern um eine Festlegung derjenigen Telekommunikationsmärkte, die der Marktregulierung unterliegen. Die Marktabgrenzung nach herkömmlichem Verständnis ist hierbei nur ein erster Schritt. Aus diesem Grund spricht beispielsweise das Gemeinschaftsrecht insoweit nicht von einem Verfahren der „Marktabgrenzung“, sondern von einem „Marktdefinitionsverfahren“.²⁰

Vorschlag:

Um Missverständnisse zur Funktion des § 8 zu vermeiden, sollte die Überschrift in „§ 8 Marktdefinition“ geändert werden.

23. Zu § 9 (Marktanalyse):

Zu Recht stellt der Referentenentwurf auf das wettbewerbspolitische Leitbild des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ ab,²¹ das unter weitestgehender Berücksichtigung der Kommissions-Leitlinien und der Kommissions-Empfehlung konkretisiert wird. Indem § 9 Abs. 1 TKG-RE und der auf diese Vorschrift verweisende § 7 Abs. 1 TKG-RE den aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stammenden Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ verwenden, könnte jedoch der Eindruck erweckt werden, dass es sich um zumindest partiell konfligierende wettbewerbspolitische Leitbilder handelt, die gleichermaßen verfolgt werden. Dies wäre unzutref-

²⁰ Art. 15 Rahmenrichtlinie.

²¹ Siehe *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation, 2002, S. 174 und passim.

fund, da es sich bei „wirksamem Wettbewerb“ im Sinne des EG-Telekommunikationsrechts nicht um ein eigenständiges wettbewerbspolitisches Leitbild handelt, welches der Richtlinien-gesetzgeber im Bereich der elektronischen Kommunikation verfolgt. Da das EG-Telekommunikationsrecht „wirksamen Wettbewerb“ lediglich als Umschreibung für das Fehlen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht²² versteht,²³ bedarf es der Verwendung dieses Begriffes nicht. Dies ergibt sich auch daraus, dass einerseits die für eine Vorabregulierung in Betracht kommenden Märkte in einem eigenständigen Marktdefinitionsverfahren bestimmt werden, in welchem das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs gerade keine Rolle spielt, und dass andererseits das bloße Fehlen wirksamen Wettbewerbs selbst noch keinen sektorspezifischen Regulierungsbedarf begründet. Seine fehlende Relevanz für die sektorspezifische Regulierung kommt schließlich auch darin zum Ausdruck, dass der Begriff „wirksamer Wettbewerb“ lediglich in den beiden genannten Vorschriften verwendet wird und ansonsten im Referentenentwurf keine Rolle spielt.

Vorschlag:

Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte darüber nachgedacht werden, auf den Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ zugunsten einer Bezugnahme auf die Feststellung beträchtlicher Marktmacht zu verzichten. Die Sätze 1 und 2 von § 9 Abs. 1 könnten dazu zusammengefasst und der überarbeitete § 9 Abs. 1 S. 1 wie folgt formuliert werden:

*„(1) Im Rahmen der Festlegung der nach § 8 nach dem Zweiten Teil zu regulierenden Märkte prüft die Regulierungsbehörde, ob **ein oder mehrere Unternehmen auf dem untersuchten Markt über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 2 oder 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen²⁴ verfügen.**“*

Zugleich müsste als Folgeänderung § 7 Abs. 1 angepasst werden, wobei an folgende Formulierung gedacht werden könnte:

²² In der Sprache des Referentenentwurfs: von Unternehmen, die über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.

²³ *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110 (114) m. w. Nachw.

²⁴ Dabei wird mit dem Anknüpfen an die marktbeherrschende Stellung im Sinne des GWB lediglich der derzeitige Sprachgebrauch des Referentenentwurfs aufgegriffen. Vorzugswürdig wäre es in jedem Fall, stattdessen auf den Begriff der „beträchtlichen Marktmacht“ abzustellen, vgl. auch die Anmerkungen unter 11 und 25.

„(1) Der Marktregulierung nach den Vorschriften des Zweiten Teils unterliegen Märkte im Sinne des § 8, für die eine Marktanalyse nach § 9 ergeben hat, dass auf ihnen ein oder mehrere Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 2 oder 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügen.“

Gegebenenfalls könnte dann § 7 Abs. 2 wie folgt modifiziert werden:

*„(2) **Diesen** Unternehmen werden durch die Regulierungsbehörde Maßnahmen nach dem Zweiten Teil auferlegt.“*

Soll es hingegen bei der Verwendung des Begriffs des „wirksamen Wettbewerbs“ bleiben, so wäre es sinnvoll, diesen eindeutig auf das in der Rahmenrichtlinie zugrunde gelegte Begriffsverständnis zu beziehen. Der Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ wird nämlich in der Ökonomie und im allgemeinen Wettbewerbsrecht abweichend hiervon nicht durchgängig lediglich im Sinne einer Gleichsetzung mit dem Fehlen marktbeherrschender Stellungen, sondern verbreitet durchaus im Sinne eines eigenständigen wirtschaftspolitischen Leitbilds verstanden.²⁵ Dies könnte bei der Begriffsinterpretation für zusätzliche Auslegungsschwierigkeiten sorgen. Zu denken wäre daher an folgende Wendung – exemplarisch dargelegt an § 7 Abs. 1:

*„(1) Der Marktregulierung nach den Vorschriften des Zweiten Teils unterliegen Märkte im Sinne des § 8, für die eine Marktanalyse nach § 9 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb **im Sinne der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) vorliegt.**“*

Entsprechende Formulierungen wären des Weiteren in § 9 Abs. 1 zu wählen.

²⁵ Vgl. hierzu *Braun/Capito*, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 309 (323 ff.) (zum Konzept der „effective competition“ im EG-Wettbewerbsrecht, auch zur fehlenden eigenständigen Bedeutung in der Fusionskontrollpraxis der Kommission); *Koenig/Vogel-sang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 28 ff. (zum Leitbild der „effective competition“); ebenda, S. 32 Fn. 34, S. 33 Fn. 40 und S. 37 f. (zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ im deutschen Wettbewerbsrecht); ebenda, S. 39 ff. (zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ und der „effective competition“ im EG-Wettbewerbsrecht).

24. Zu § 9 (Marktanalyse):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Da es nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vom Vorliegen oder Nichtvorliegen wirksamen Wettbewerbs abhängen soll, ob die nationale Regulierungsbehörde berechtigt ist, auf dem betreffenden Markt von den zentralen wettbewerblichen Regulierungsinstrumenten Gebrauch zu machen, sollte der Begriff des wirksamen Wettbewerbs so weitgehend wie möglich präzisiert werden. Deshalb wäre es, sofern der Begriff beibehalten werden sollte,²⁶ wünschenswert, wenn zur Klarstellung neben der Positiv-Definition in § 9 Abs. 1 S. 2 auch die gemeinschaftsrechtlich determinierte²⁷ und von der Kommission in ihren Leitlinien vertretene Negativ-Definition Eingang in den Gesetzesentwurf fände.

Vorschlag:

Es sollte ein Satz 3 in § 9 Abs. 1 eingeschoben werden:

„Auf einem Markt herrscht wirksamer Wettbewerb, wenn auf ihm kein Unternehmen marktbeherrschend ist.“

oder unter Berücksichtigung der Anmerkung unter 25.:

„Auf einem Markt herrscht wirksamer Wettbewerb, wenn auf ihm kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt.“

25. Zu § 9 (Marktanalyse):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Nach § 9 Abs. 1 S. 2 TKG-RE ist die Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, anhand von § 19 Abs. 2 und 3 GWB zu beurteilen. Die Rahmenrichtlinie definiert den Begriff der beträchtlichen Marktmacht in Art. 14 Abs. 2 in Anlehnung an den Marktbeherrschungsbegriff des allgemeinen EG-Wettbewerbsrechts. Zwischen dem Marktbeherrschungsbegriff des allgemeinen EG-Wettbewerbsrechts und des GWB besteht keine hundertprozentige Übereinstimmung. Unter anderem sind im Rahmen des GWB die Schwellenwerte für die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung niedriger als im allgemeinen EG-Wettbewerbsrecht. Hier besteht die Gefahr, dass unter dem neuen TKG Unternehmen als Marktbeherrscher reguliert werden, die nach Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie als Betreiber ohne beträchtliche

²⁶ Vgl. hierzu die Anmerkung unter 23.

²⁷ Siehe hierzu *Braun/Capito*, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 309 (329 ff.).

Marktmacht einzustufen sind. Da der neue Rechtsrahmen in diesem Punkt eine Vollharmonisierung vorsieht,²⁸ ist es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, über die Vorgaben der Richtlinie hinauszugehen und Unternehmen den zentralen wettbewerblichen Instrumenten der sektorspezifischen Regulierung zu unterwerfen, die nach Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie keine beträchtliche Marktmacht besitzen.²⁹

Vorschlag:

Der Marktbeherrschungsbegriff des Gesetzes sollte mit Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie in Einklang gebracht werden. Um dies zu dokumentieren und verschiedene Auslegungen für denselben Begriff in GWB und TKG zu vermeiden, sollte an die Stelle des Begriffs „marktbeherrschendes Unternehmen“ der Begriff des „Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht“ treten.³⁰

Zweiter Abschnitt: Zugangsregulierung

26. Zu § 16 (Zugangsverpflichtungen):

Der in § 16 TKG-RE neu angelegte Dreischritt aus Abwägungsparametern (Absatz 1), Regelvermutungen (Absatz 2) und Beispielsverpflichtungen (Absatz 3) stellt – trotz kleinerer Unklarheiten im Detail³¹ – einen überzeugenden Ansatz dar, um den Spagat zwischen Flexibilität und Bestimmtheit zu meistern. Allerdings sind die jeweiligen (Parameter-/Vermutungs-/Beispiels-)Kataloge bereits jetzt sehr umfangreich und spiegeln überdies auch nur die derzeitige regulierungsökonomische Erkenntnis und die gegenwärtigen regulatorischen Probleme wider. Um hier eine flexiblere, zukunftssicherere Regelung zu schaffen, bei der dennoch die gesetzlichen Rahmenbedingungen mittelfristig stabil bleiben können, wäre über eine Verlagerung der drei Kataloge auf Verordnungsebene nachzudenken. Dabei müssten freilich die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots³² (und damit auch des Parlaments-

²⁸ Ausführlich hierzu *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110 (114 ff.).

²⁹ Ausnahmen zu dieser Regel sind in Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie und in Art. 17 Abs. 5 Universalienrichtlinie aufgezählt.

³⁰ Vgl. hierzu auch die Anmerkung unter 11.

³¹ Siehe dazu die nachfolgenden Anmerkungen.

³² Ausführlich hierzu *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 64 ff.

vorbehalts³³) gewahrt bleiben. Insoweit ist auf die ausdrückliche Normierung der Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG-RE und die darüber hinaus weiter konkretisierte Zielsetzung der Zugangsregulierung in § 16 Abs. 1 S. 1 TKG-RE zu verweisen, welche die Zielsetzung der Eingriffe näher bestimmen, sowie auf die Legaldefinition des „Zugangs“-Begriffs in § 3 Nr. 26 TKG-RE, die den Rahmen abgrenzt, innerhalb dessen sich die aufzuerlegende Verpflichtung bewegen muss. Weitergehende Anforderungen an die Bestimmtheit bestehen im Wesentlichen nur mit Blick auf bereits regulierte Märkte.³⁴

Vorschlag:

Es sollte darüber nachgedacht werden, den in § 16 normierten Dreischritt aus Abwägungsparametern, Regelvermutungen und Beispielsverpflichtungen auf Gesetzesebene nur so weit wie unbedingt notwendig zu konkretisieren und die Ausformulierung der jeweiligen Kataloge einer Rechtsverordnung zu überlassen. Die Vorschrift könnte daher wie folgt formuliert werden:

*„(1) Die Regulierungsbehörde kann marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde. **Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, hierfür beispielhafte Abwägungsparameter, Regelvermutungen und Beispielsverpflichtungen festzulegen. Die Regulierungsbehörde hat die in dieser Rechtsverordnung festgelegten beispielhaften Abwägungsparameter bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 steht, zu berücksichtigen.***

*(2) Bei den **in der Rechtsverordnung nach Absatz 1 abschließend aufgezählten Regelvermutungen** wird vermutet, dass die Voraussetzungen des Absatzes 1 er-*

³³ Zu diesem Zusammenhang vgl. Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 62 ff. m. w. Nachw.

³⁴ Hierzu Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 70 ff.

*füllt sind. Beim erstmaligen Erlass der Rechtsverordnung sind alle Verpflichtungen zu berücksichtigen, die einen marktbeherrschenden Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze vor Inkrafttreten dieses Gesetzes aufgrund von der Regulierungsbehörde getroffener Feststellungen traf.*³⁵

(3) Darüber hinaus kann die Regulierungsbehörde marktbeherrschenden Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem die in der Rechtsverordnung nach Absatz 1 aufgeführten Beispielsverpflichtungen auferlegen.“

Unter einfacher Übernahme der in § 16 Abs. 1 – 3 TKG-RE enthaltenen Kataloge könnte eine solche Telekommunikations-Zugangsverordnung wie folgt lauten:

„§ 1 – Anwendungsbereich

Die Verordnung regelt beispielhafte Abwägungsparameter, Regelvermutungen und Beispielsverpflichtungen, die der Konkretisierung der Zugangsverpflichtungen dienen, welche die Regulierungsbehörde marktbeherrschenden Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze gemäß § 16 TKG auferlegt.

§ 2 – Abwägungsparameter

Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht, hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

- 1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden,*
- 2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität,*
- 3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken,*

³⁵ Diese Formulierung knüpft an § 145 Abs. 1 TKG-RE an.

4. *die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, insbesondere dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, nicht entfallen,*
5. *gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum,*
6. *die Bereitstellung europaweiter Dienste und*
7. *ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem Zweiten Teil zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen.*

§ 3 – Regelvermutungen

Bei den folgenden Verpflichtungen wird vermutet, dass die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 TKG erfüllt sind:

1. *Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/oder -einrichtungen,³⁶ einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zu gewähren,*
2. *Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen zu ermöglichen,*
3. *bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern,*
4. *offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten unentbehrlich sind, zu gewähren,*
5. *Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen und Masten zu ermöglichen sowie dem oder den Nachfragern oder dessen Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,*
6. *Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen zu gewähren, wobei die Regulierungsbehörde regelmäßig, erstmals zum 1. Januar 2006 überprüft, ob diese Verpflichtung grund-*

³⁶ Diese sehr weit gefasste Formulierung ließe sich im Rahmen der Rechtsverordnung ohne weiteres durch ausdrückliche Nennung bestimmter Netzkomponenten und -einrichtungen weiter präzisieren und ggf. begrenzen.

sätzlich aufrecht zu erhalten ist und sie überprüft, ob noch weitere Dienstleistungen dazu gehören.

§ 4 – Beispielsverpflichtungen

Über die in § 3 genannten Verpflichtungen hinaus kann die Regulierungsbehörde marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze unter Beachtung von § 16 Abs. 1 TKG unter anderem verpflichten,

- 1. Zugang zu den vom Betreiber angebotenen Telekommunikationsdiensten zu bestimmten Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen,*
- 2. Zugang unter bestimmten Tarifsystemen anzubieten und bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Die Regulierungsbehörde hat bei Auferlegung dieser Verpflichtungen sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert wird und die Verpflichtungen möglichst vorteilhaft für den Endnutzer sind,*
- 3. bestimmte für die Interoperabilität der Ende-zu-Ende-Kommunikation notwendige Voraussetzungen, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen zu schaffen,*
- 4. Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, unter Sicherstellung der Effizienz bestehender Einrichtungen zu gewähren,*
- 5. im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung nach § 3 Nr. 5 Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen, es sei denn, ein marktbeherrschender Betreiber weist im Einzelfall nach, dass eine Kooperation aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.“*

27. Zu § 16 (Zugangspflichten):

Die Bedeutung der in § 16 Abs. 2 TKG-RE vorgesehenen Vermutung ist nicht gänzlich klar. Insbesondere ist offen, ob es sich um eine widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung handeln soll, wobei die Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 292 ZPO für erstgenannte Annahme spräche. Angesichts der zentralen Bedeutung des § 16 TKG-RE sollte der Gesetzgeber die Vorschrift so präzise wie möglich formulieren.

Vorschlag:

In § 16 Abs. 2 sollte deutlicher gemacht werden, welche Bedeutung den dort genannten Gesichtspunkten zukommt: Geht es um die Normierung von regelhaften Gesetzmäßigkeiten mit der Möglichkeit von Ausnahmen, um Beweislastregeln oder um strikt bindende Vorgaben? Sofern ersteres der Fall ist, dürfte es sich empfehlen, auf die verwaltungsrechtsdogmatisch bekannte Konstruktion der Soll-Vorschrift zurückzugreifen und Absatz 2 wie folgt zu formulieren:

„Die folgenden Verpflichtungen soll die Regulierungsbehörde nach Absatz 1 auferlegen.“

28. Zu § 16 (Zugangspflichten):

Die auf die Leistungsabrechnung bezogene Verpflichtung des Marktbeherrschers nach § 16 Abs. 2 Nr. 6 TKG-RE ist als einzige der in Absatz 2 genannten Regelvermutungen mit einer zeitlichen Begrenzung versehen, der zufolge die RegTP erstmals zum 1. Januar 2006 und danach in regelmäßigen Abständen überprüfen muss, ob diese Verpflichtung zur Fakturierung sowie zur ersten Entgegennahme bzw. zum ersten Einzug von Zahlungen grundsätzlich aufrechtzuerhalten ist. Ein solcher zeitlicher Vorbehalt bereits auf normativer Ebene ist angesichts der Ausgestaltung der Zugangspflichten systemwidrig.³⁷

Vorschlag:

Die zeitliche Begrenzung in § 16 Abs. 2 Nr. 6 sollte gestrichen und die Vorschrift daher wie folgt formuliert werden:

³⁷ Siehe Koenig/Neumann, K&R 2003, 217 (219).

*„6. Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen zu gewähren, wobei die Regulierungsbehörde **überprüft**, ob noch weitere Dienstleistungen dazu gehören.“*

29. Zu § 16 (Zugangsverpflichtungen):

§ 16 Abs. 3 TKG-RE sollte weiter präzisiert werden, um die Abstufung im Verhältnis zu den Regelvermutungen des Absatz 2 deutlicher zu machen. Die dortigen Nummern 3, 4 und 5 betreffen Anordnungen, die sowohl Verpflichtungen nach Absatz 2 als auch nach Absatz 3 betreffen können. Es erscheint daher angezeigt, dies auch in der Normstruktur zu verankern.

Vorschlag:

§ 16 Abs. 3 Nr. 3, 4 und 5 werden gestrichen. § 16 Abs. 4 wird zu § 16 Abs. 5. Es wird ein neuer Absatz 4 eingefügt:

*„(4) **Verpflichtungen nach Absatz 1 können mit Anordnungen über den Zugang zu Systemen der Betriebsunterstützung oder ähnlichen Hilffsystemen verbunden werden, falls dies zur Gewährungsleistung des chancengleichen Wettbewerbs notwendig ist. Darüber hinaus kann der marktbeherrschende Betreiber verpflichtet werden, bestimmte für die Interoperabilität der Ende-zu-Ende-Kommunikation notwendige Voraussetzungen, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen zu schaffen.**“*

30. Zu § 16 (Zugangsverpflichtungen):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Es wird nicht ganz deutlich, inwiefern § 16 Abs. 3 Nr. 2 TKG-RE Abweichungen zu den §§ 23 ff. enthält. In systematischer Hinsicht wäre die Vorschrift des § 16 Abs. 3 Nr. 2 TKG-RE wohl eher dem Teil über die Entgeltregulierung zugehörig.

31. Zu § 18 (Standardangebot):

Die in § 18 Abs. 3 S. 3 und 5 TKG-RE beispielhaft genannten Kriterien Fairness, Billigkeit und Rechtzeitigkeit für etwaige „Vorgaben für einzelne Bedingungen“ sind – zumindest in der derzeitigen Fassung – nicht zielführend: Bei den ersten beiden Kriterien handelt es sich um schlichte Selbstverständlichkeiten, welche die Regulierungsbehörde ohnehin beachten

wird. Der Prägnanz und Klarheit der gesetzlichen Vorgaben wäre es insoweit zuträglich, wenn auf die wortwörtliche Übernahme des Art. 12 Abs. 1 UAbs. 3 Zugangsrichtlinie insoweit verzichtet würde. Das dritte Kriterium „Rechtzeitigkeit“, das ebenfalls in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 3 Zugangsrichtlinie genannt ist, ersetzt das Kriterium „Rechtmäßigkeit“ aus § Z 5 Abs. 3 S. 3 TKG-AE und spricht – anders als die ersten beiden Kriterien – einen wichtigen Aspekt an. Die eigenartige Wortschöpfung „Rechtzeitigkeit“ – das Wort steht nicht im Duden – sollte jedoch vermieden werden.

Vorschlag:

Vorzugswürdig ist die folgende Formulierung für § 18 Abs. 3 S. 3:

„Sie kann diese Aufforderungen mit bestimmten Vorgaben für einzelne Bedingungen verbinden. Insbesondere kann sie verlangen, dass das Standardangebot Bestimmungen über eine fristgerechte Bereitstellung der ausgetauschten Leistungen sowie darauf bezogene Vertragsstrafenklauseln enthält.“

Entsprechendes gilt für § 18 Abs. 3 S. 5 TKG-RE und für § 21 Abs. 5 S. 2 TKG-RE, in dem die Kriterien Fairness, Billigkeit und Rechtzeitigkeit ebenfalls genannt werden.

32. Zu § 19 (Getrennte Rechnungsführung): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

§ 19 Abs. 1 S. 2 verwendet den Begriff „unzulässige Quersubventionierung“. Es ist unklar, wie vor dem Hintergrund der ausführlichen Universaldienstvorschriften eine Quersubventionierung gerechtfertigt werden könnte. Würde § 19 Abs. 1 S. 2 des Referentenentwurfs Gesetz, wird jedes marktbeherrschende Unternehmen in jedem Einzelfall vortragen, gerade die von ihm praktizierte Quersubventionierung sei gerechtfertigt.

Vorschlag:

Auf das Adjektiv „unzulässig“ sollte in § 19 Abs. 1 S. 2 verzichtet werden.

33. Zu § 21 (Anordnungen durch die Regulierungsbehörde):

§ 21 Abs. 6 TKG-RE wirkt wie der Versuch einer Teilkodifizierung der umstrittenen EBC-I-Entscheidung des OVG Münster vom 3. Mai 2001.³⁸ § 21 Abs. 6 TKG-RE ist daher ähnlichen

³⁸ OVG Münster, MMR 2001, 548. Vgl. dazu etwa *Kleinlein/Binder*, MMR 2001, 569; *Koenig/Braun*, MMR 2001, 563.

Bedenken ausgesetzt wie die erwähnte Gerichtsentscheidung.³⁹ Zumindest von einer rechtspolitischen Warte aus ist nicht einzusehen, warum die Bedingungen einer Zugangsvereinbarung und die zu entrichtenden Entgelte nicht zwingend *uno actu* festgelegt werden müssen. Dies spart allen Beteiligten Zeit und Geld und schafft frühzeitig Planungssicherheit. Vor diesem Hintergrund ist es völlig unverständlich, warum der Referentenentwurf in diesem Punkt sogar noch hinter dem Arbeitsentwurf zurückbleibt. § Z 9 Abs. 6 des Arbeitsentwurfs sah vor, dass die Anordnung „in zwei Schritten erfolgen“ *kann*. Nach § 21 Abs. 6 TKG-RE *soll* dies nunmehr zum Regelfall erhoben werden.

Vorschlag:

§ 21 Abs. 6 sollte stattdessen wie folgt gefasst werden:

*„(6) Sofern sowohl Bedingungen einer Zugangsvereinbarung streitig sind als auch die zu entrichtenden Entgelte für nachgefragte Leistungen, **entscheidet** die Regulierungsbehörde über beide Fragen in einer Entscheidung“.*

Ersatzweise sollte die Bestimmung ausdrücklich zu einer Ausnahmenvorschrift gemacht werden, etwa in folgender Form:

*„(6) Sofern sowohl Bedingungen einer Zugangsvereinbarung streitig sind als auch die zu entrichtenden Entgelte für nachgefragte Leistungen, kann die Anordnung der Regulierungsbehörde **in Ausnahmefällen auch** in zwei Schritten erfolgen.“*

Dritter Abschnitt: Entgeltregulierung

Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften

34. Zu § 23 (Ziel der Entgeltregulierung): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die ausdrückliche gesetzliche Festschreibung eines Konsistenzgebots im Rahmen der Entgeltregulierung (§ 23 Abs. 2) ist zu begrüßen. Das Konsistenzgebot wird aber durch die Formulierung „Die Regulierungsbehörde hat darauf zu achten (...)“ etwas entwertet. Hier könnte eine zwingendere Formulierung gewählt werden.

³⁹ Näher zu den Bedenken gegen die Entscheidung *Koenig/Braun*, MMR 2001, 563.

Vorschlag:

§ 23 Abs. 2 S. 1 sollte wie folgt formuliert werden:

*„(2) Die Regulierungsbehörde **stellt sicher**, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot).“*

35. Zu § 23 (Ziel der Entgeltregulierung):

Die finale Ausrichtung der Entgeltregulierung auf die Schaffung von funktionsfähigem Wettbewerb sollte noch klarer herausgestellt werden. Absatz 2 der Norm sieht in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bereits eine Ausrichtung der Entgeltregulierung auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG-RE vor. Diese sollte weiter konkretisiert werden und die herausgehobene Bedeutung des funktionsfähigen Wettbewerbs als Telos der Regulierung in diesem Bereich der Marktregulierung betonen. Stärker noch als das geltende Recht wird das neue TKG auf eine dynamische Anpassung an gesteigerten Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation ausgerichtet sein. Auch das Regulierungsinstrument der Preiskontrolle ist durch die EG-rechtlichen Vorgaben darauf ausgerichtet, die Wettbewerbsverhältnisse auf den jeweiligen Märkten so zu beeinflussen, dass der materielle Grund für diese Form der Regulierung, nämlich der mögliche Missbrauch von Marktmacht in Form der in § 23 Abs. 1 TKG-RE beschriebenen Verhaltensweisen, entfällt. Die Marktregulierung hat hier also darauf hinzuarbeiten, sich selbst überflüssig zu machen.

Das Richtlinienrecht bringt diesen Zusammenhang in Art. 13 Abs. 2 Zugangsrichtlinie deutlich zum Ausdruck, indem die Kostendeckungsmechanismen auf die Förderung von nachhaltigem Wettbewerb auszurichten sind. Eine Ausrichtung der Marktregulierung auf die Stimulierung von Wettbewerb fordert daneben auch Art. 5 Abs. 1 Zugangsrichtlinie ein.

Dauerhaft – und damit auch nachhaltig – können Praktiken i. S. d. § 23 Abs. 1 TKG-RE nur ausgeschlossen werden, wenn die Marktstruktur einen Missbrauch von Marktmacht ausschließt oder zumindest erschwert. Die Entgeltregulierung sollte demnach schon vom Gesetzeswortlaut her stärker auf diese Marktstrukturziele ausgerichtet werden.

Vorschlag:

§ 23 Abs. 2 sollte ergänzt werden:

„(2) Die Regulierungsbehörde hat darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot). Die Regulierungsbehörde nimmt insbesondere eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Entgeltregulierungsmaßnahmen vor und sie prüft bei den jeweiligen Entgeltregulierungsmaßnahmen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2 stehen. Sie stellt insbesondere sicher, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen der Förderung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den betroffenen Märkten dienen.“

36. Zu § 24 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG-RE darf ein marktbeherrschender Diensteanbieter seine marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausüben. Da sich diese Vorschrift im Abschnitt über die „Entgeltregulierung“ befindet, vom Wortlaut her jedoch Missbräuche jeder Art erfasst, scheint sie zu weit geraten zu sein. Außerdem befindet sich in § 24 TKG-RE aber auch die zentrale Vorschrift zur Bündelung auf Endnutzerebene. Diese wiederum erklärt über den Verweis in § 24 Abs. 2 TKG-RE auf § 24 Abs. 1 (S. 2) Nr. 2 TKG-RE wettbewerbswidrige Bündelung jedoch zu einem bloßen Entgeltproblem. Der weite Ansatz, der in § 24 Abs. 1 S. 1 TKG-RE zum Ausdruck kommt und die Einbeziehung der Bündelung laufen eigentlich einer Reduktion auf eine bloße Entgeltregulierung zuwider. Zugleich droht die Gefahr systematischer Brüche und Widersprüche.

Vorschlag:

Es sollte darüber nachgedacht werden, den dritten Abschnitt des zweiten Teils von der bloßen Entgeltregulierung hin zu einer allgemeineren Endnutzerdiensteregulierung fortzuentwickeln. In diesem Fall müsste dafür Sorge getragen werden, dass Verweise auf diesen Abschnitt – insbesondere aus dem Abschnitt zur Zugangsregulierung – um eine entsprechende Begrenzung auf die Entgeltseite ergänzt werden, sofern dies erforderlich ist. § 18 Abs. 3 S. 9 und § 21 Abs. 5 S. 3 nehmen jedoch bereits jetzt ausdrücklich Bezug auf die „Regulierung der Entgelte“ bzw. die „festzulegenden Entgelte“ und ordnen nur hierfür die Geltung bestimmter Vorschriften des dritten Abschnitts an. Eventuell empfiehlt es sich jedoch zur Klarstellung, auch insoweit nur die entsprechende Anwendung anzuordnen, also beispielsweise § 21 Abs. 5 S. 3 wie folgt zu formulieren:

„Hinsichtlich der festzulegenden Entgelte gelten die §§ 23 bis 34 entsprechend.“

37. Zu § 24 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung):

Die Regelungstechnik von § 24 Abs. 2 TKG-RE ist uneingeschränkt zu begrüßen. Verbesserungsbedürftig ist allerdings die Formulierung von § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE. Es ist sehr erfreulich, dass die Bündelungsproblematik nunmehr an prominenter Stelle ausdrücklich angesprochen wird. Ferner ist positiv hervorzuheben, dass der in § E 2 Abs. 2 Nr. 3 des Arbeitsentwurf benutzte sperrige Begriff „nicht nur unerhebliche und nicht nur vorübergehende wettbewerbliche Beeinträchtigung“ gegen die auch in Art. 17 Abs. 2 S. 2 Universaldienstrichtlinie gebrauchte Wendung „ungerechtfertigte Bündelung“ ausgetauscht wurde.

Gleichwohl bleibt demgegenüber die Einführung einer so genannten „adding-up“-Regel⁴⁰ vorzuzugswürdig. Nach dieser Regel ist auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Bündelung seiner Produkte grundsätzlich erlaubt. Das marktbeherrschende Unternehmen wird aber gleichzeitig verpflichtet, die einzelnen Bündelkomponenten auch isoliert den Verbrauchern anzubieten und zwar zu einem Preis, der in der Summe den für das Bündel nicht übersteigt.⁴¹ Zudem ist das marktbeherrschende Unternehmen zu verpflichten, die einzelnen Komponenten den Wettbewerbern zu Großhandelsbedingungen zur Verfügung zu stellen.⁴²

Vorschlag:

§ 24 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 ist danach wie folgt zu fassen:

„Gerechtfertigt ist eine Bündelung nur dann, wenn

- a) der marktbeherrschende Anbieter die einzelnen Bündelkomponenten isoliert den Verbrauchern zu einem Preis anbietet, der in der Summe den für das Bündel nicht übersteigt und***

⁴⁰ Dazu ausführlich bereits *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1 (9). Vgl. auch die dortigen Bemerkungen zu den Grenzen dieser Regel. Siehe ferner *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 97 f.

⁴¹ Vgl. *Aron/Wildman*, in: Gillette/Vogelsang (Hrsg.), *Competition, Regulation and Convergence*, 1998, S. 1 (13 ff.); *Vogelsang*, Neue Probleme der Preisregulierung von Endkundenleistungen, Vortrag für WIK-Workshop 14. September 2001, S. 9 f. und 31; *Neumann*, Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 230, 2002, 4.4.2, S. 48 f.

⁴² *Neumann*, Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 230, 2002, 4.4.3, S. 49.

b) der marktbeherrschende Anbieter die einzelnen Bündelkomponenten isoliert allen Wettbewerbern zu Großhandelsbedingungen zur Verfügung stellt, die diese Komponenten bei ihm nachfragen.“

Die vorgeschlagene Formulierung bietet der RegTP eine angemessene Handhabe gegen ungerechtfertigte Bündelung, wahrt aber gleichzeitig eine gewisse Flexibilität, da § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE – wie alle Fälle des § 24 Abs. 2 TKG-RE – lediglich als Vermutungstatbestand ausgestaltet ist.

Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

38. Zu § 26 (Entgeltregulierung):

Zugangsentgelte nicht marktbeherrschender Unternehmen (die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren) sind gemäß § 26 Abs. 3 S. 1 TKG-RE grundsätzlich nur nachträglich nach § 34 Abs. 2 bis 4 TKG-RE zu regulieren. Diese Vorschrift verweist aber auf Maßstäbe, die eigentlich für Marktbeherrscher gelten (§ 24 i. V. m. § 34 Abs. 4 S. 1 TKG-RE). Dies setzt – zumindest implizit – systemwidrigerweise die Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung des regulierten Unternehmens voraus, da ansonsten kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 24 Abs. 1 S. 1 TKG-RE) zu befürchten wäre und die Entgeltregulierung leer liefe. Das gleiche Problem stellt sich mit Blick auf § 26 Abs. 4 TKG-RE.

Vorschlag:

Bei der Verweisung auf § 34 Abs. 2 bis 4 sollte deutlich gemacht werden, dass es in den Fällen des § 26 Abs. 3 S. 1 und vor allem des Abs. 4 nicht um die Gefahr des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, sondern um einen möglichen Missbrauch der Kontrolle des Zugangs zu Endnutzern geht. Zu denken wäre an die Einfügung eines Absatzes 4a, der wie folgt lauten könnte:

„(4a) In den Fällen des Absatz 3 Satz 1 und Absatz 4 ist bei der nachträglichen Regulierung die Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern an Stelle der Marktbeherrschung zu berücksichtigen.“

39. Zu § 26 (Entgeltregulierung):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

§ 26 Abs. 3 S. 2 TKG-RE endet mit den Worten „wenn ein Betreiber sowohl auf einem Zugangsmarkt als auch auf seinem Endnutzermarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt“.

Vorschlag:

Das Wort „seinem“ (Endnutzermarkt) sollte durch die Wendung „auf einem entsprechenden Endnutzermarkt“ ersetzt werden:

*„Solche Entgelte sollen nur dann einer Genehmigungspflicht nach § 27 unterworfen werden, wenn ein Betreiber sowohl auf einem Zugangsmarkt als auch auf **einem entsprechenden** Endnutzermarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.“*

40. Zu § 27 (Entgeltgenehmigung):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Regulierte Entgelte haben sich nach § 27 Abs. 1 TKG-RE nicht mehr lediglich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren. Vielmehr bilden diese nun eine *Obergrenze*. Der Wortlaut des Gesetzes („sind [...] so festzulegen, dass sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten“) legt es nahe, dass die Regulierungsbehörde bei der Entgeltgenehmigung auch *unter* den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bleiben darf. Dies hätte zur Folge, dass zumindest die nach § 27 Abs. 2 TKG-RE in die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einzubeziehende „angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals“ unterschritten würde. Der Regulierungsbehörde würde mithin die Möglichkeit eingeräumt, Entgelte festzulegen, die keine angemessene Kapitalverzinsung ermöglichen.

Vorschlag:

Die auf eine Obergrenze hinweisende Formulierung sollte durch eine neutralere Wendung ersetzt werden, z. B.

*„(1) Entgelte, die nach § 26 genehmigungsbedürftig sind, sind hinsichtlich ihrer Höhe so festzulegen, dass sie **den** Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen.“*

Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen

41. Zu § 35 (Entgeltregulierung Endnutzerleistungen):*[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Die Regulierung der Endnutzermärkte beschränkt sich im Referentenentwurf nur auf Entgelte. Auch wenn dies nach Art. 17 Universaldienstrichtlinie der Hauptanwendungsfall ist, wird darin auch die Möglichkeit anderer Regulierungsmaßnahmen eröffnet. Vgl. insoweit auch den Vorschlag und die Anmerkung unter 36.

42. Zu § 35 (Entgeltregulierung Endnutzerleistungen):*[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Nach Absatz 1 Satz 1 hat die Regulierungsbehörde ein Ermessen zur Entgeltregulierung („kann“). Art. 17 Universaldienstrichtlinie verlangt für den Fall des Versagens der Vorleistungsregulierung aber gerade unbedingt ein Eingreifen.

Vorschlag:

In § 35 Abs. 1 sollte der Regulierungsbehörde kein Entschließungsermessen eingeräumt werden. Hierzu ist Satz 1 wie folgt umzuformulieren:

*„(1) Die Regulierungsbehörde **unterwirft** Entgelte marktbeherrschender Anbieter von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer dann einer Entgeltgenehmigung, wenn sie auf Grund des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums zu dem Schluss kommt, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach § 36 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 führen würden.“*

und Satz 2 zu streichen.

43. Zu § 35 (Entgeltregulierung Endnutzerleistungen):

Ein unbedingter Fall der Entgeltregulierung ist in Absatz 2 Satz 1 geregelt (nachträgliche Regulierung); diese Regelung wiederum beachtet nicht den Vorrang der Vorleistungsregulierung, der in Absatz 1 zunächst anerkannt schien. Schließlich kann nach Absatz 2 Satz 2 „darüber hinaus“ für marktbeherrschende Unternehmen eine Vorlagepflicht hinsichtlich ihrer Entgeltmaßnahmen bestehen; solche Entgelte können untersagt werden, wenn die geplante Entgeltmaßnahme vermutlich nicht mit § 24 TKG-RE vereinbar wäre. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift ist nichts anderes als eine versteckte Genehmigungspflicht (in Form eines Un-

tersagungsvorbehalts). Damit wird eine Entgeltregulierung angeordnet, ohne dass das Vorrangprinzip (soweit man es denn anerkennen will⁴³) beachtet wird.

Vorschlag:

Insgesamt wäre für diesen Regelungskomplex eine stringenter und deutlichere Regulierungsführung wünschenswert.

Vierter Abschnitt: Sonstige Verpflichtungen

44. Zu § 36 (Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl):

§ 36 Abs. 1 S. 3 TKG-RE sieht – wie schon der erst kürzlich geänderte § 43 Abs. 6 TKG – vor, dass bei Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach dem zweiten Teil dieses Gesetzes zu gewährleisten ist, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, nicht entfallen und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt. Nach Ansicht der RegTP ist der Begriff „ortsnahe Zuführung“ so zu verstehen, dass Unternehmen, die eine Zusammenschaltung begehren, um Call-by-Call bzw. Preselection im Ortsnetz anzubieten, in den jeweiligen lokalen Einzugsbereichen des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Deutschen Telekom AG (derzeit 475) einen Zusammenschaltungspunkt einrichten müssen.

Neben der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser die Pflicht zur Gewährleistung der Betreiberauswahl einschränkenden Vorgaben⁴⁴ ist zu bemängeln, dass § 36 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 TKG-RE – wie schon § 43 Abs. 6 S. 3 TKG – seinem Wortlaut nach nicht etwa auf das Angebot von Telefongesprächen im Ortsnetz beschränkt ist. Dem Gesetzeswortlaut nach könnte eine ortsnahe Zuführung auch von Betreibern verlangt werden, die Call-by-Call oder Preselection nur für Fernverbindungen anbieten. Gleiches gilt für den Anschlusskostenbeitrag nach § 36 Abs. 1 S. 4 TKG-RE. Zwar hat die Regulierungsbehörde in ihrem Beschluss vom 29. April 2003 zur Höhe des Anschlusskostenbeitrags nach § 43 Abs. 6 S. 4 TKG festgestellt, dass der Anschlusskostenbeitrag auf Ortsverbindungen zu beschränken ist. Schon der enorme Begründungsaufwand, den die RegTP zu diesem Punkt betreiben musste, zeigt aber, dass hier entsprechend der Intention des Gesetzgebers eine Klarstellung erfolgen sollte.

⁴³ Hierzu ausführlich *Koenig/Winkler*, Die (Ultima) Ratio der Regulierung des Endnutzermarktes, TKMR 3/2003 (in Drucklegung).

⁴⁴ Näher hierzu *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110 (117 ff.).

Vorschlag:

Auch wenn das Setzen von Anreizen für effiziente Infrastrukturinvestitionen als allgemeine regulierungsökonomische Aussage zu begrüßen ist, sollte das in § 36 Abs. 1 S. 3 TKG-RE normierte Erfordernis, dem zufolge eine ortsnahe Zuführung gewährleistet werden muss, gestrichen werden. Ersatzweise sollte entsprechend der Intention des Gesetzgebers Satz 3 aber zumindest ausdrücklich auf das Angebot von Betreiberwahl im Ortsnetz beschränkt werden.

45. Zu § 36 (Betreiberwahl und Betreibervorauswahl):

§ 36 Abs. 1 S. 4 TKG-RE verlangt, dass die Anbieter von Call-by-Call und Preselection an den Kosten des Teilnehmeranschlusses zu beteiligen sind. Die Vorschrift verstößt gegen den Grundsatz der Kostenorientierung, der in Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG und jetzt Art. 13 Zugangsrichtlinie verankert ist, und auf dessen Bedeutung im Zusammenhang mit der Betreiberwahl Art. 19 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie ausdrücklich hinweist.⁴⁵ In der Empfehlung 98/195/EG hat die Kommission festgestellt, dass der Grundsatz der Kostenorientierung verlangt, dass keine Komponente in die Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte fließen darf, die mit den Einzelkosten der kundenspezifischen Bestandteile der Teilnehmeranschlussleitung in Verbindung steht. Zwar sind Empfehlungen nach Art. 249 Abs. 5 EG nicht rechtsverbindlich. Die Mitgliedstaaten müssen Empfehlungen aber wegen der sich aus Art. 10 EG ergebenden Pflicht zur Gemeinschaftstreue berücksichtigen und zwar insbesondere dann, wenn eine Empfehlung Aufschluss über die Auslegung von zur Durchführung einer Gemeinschaftsmaßnahme erlassenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften gibt.⁴⁶ Diese Berücksichtigungspflicht wird jedenfalls dann verletzt, wenn ein Mitgliedstaat – wie hier – eine gesetzliche Regelung trifft, die einer Empfehlung diametral entgegensteht, ohne dabei überhaupt auf diese einzugehen. Zwar wird die als Rechtsgrundlage für die Empfehlung 98/195/EG dienende Richtlinie 97/33/EG nach Art. 26 Rahmenrichtlinie am 25. Juli 2003 außer Kraft treten. Jedoch ist davon auszugehen, dass der Inhalt der den Grundsatz der Kostenorientierung spezifizierenden Empfehlung 98/195/EG zumindest im Hinblick auf die Berechnung der Zusammen-

⁴⁵ Siehe auch *Piepenbrock/Rühmer/Ruhle*, CR 2003, 97 (99).

⁴⁶ Siehe EuGH, Rs. 322/88, Grimaldi, Slg. 1989, 4407, Tz. 18. Siehe auch *Koenig/Braun*, MMR 2001, 563 (564).

schaltungsentgelte auch unter dem neuen Rechtsrahmen nach Art. 13 Zugangsrichtlinie Bestand haben wird.

Vorschlag:

§ 36 Abs. 1 S. 4 sollte gestrichen werden. Der systematisch richtige Ort für eine Berücksichtigung von Infrastrukturinvestitionen der Netzbetreiber, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts sogar geboten sein kann, wäre die Vorschrift des § 27, welche die allgemeinen Kriterien für die Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aufstellt.

Fünfter Abschnitt: Besondere Missbrauchsaufsicht

46. Zu § 38 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Der Wortlaut des Gesetzes legt es nahe, dass die Frage, ob Wettbewerbern Zugang zu den Leistungen zu gewähren ist, nicht mehr unter die gesetzliche Missbrauchsvermutung fällt. Bislang hieß es in § 33 Abs. 1 S. 1 TKG „hat den Zugang (...) zu ermöglichen“, wohingegen § 38 Abs. 2 jetzt darauf abstellt, ob der Marktbeherrscher den Zugang zu günstigeren Bedingungen bzw. in besserer Qualität ermöglicht. Dies wirft die Frage auf, ob ein „Nicht-Zugang“ ein „Zugang in schlechterer Qualität“ ist. Hier führt zwar eine teleologische Auslegung zur sachgerechten Bejahung dieser Frage, der Wortlaut sorgt jedoch für unnötige Unsicherheit.

Vorschlag:

Die Formulierung des § 38 Abs. 2 sollte sich hinsichtlich der Beschreibung des missbräuchlichen Verhaltens stärker am bisherigen § 33 Abs. 1 S. 1 TKG orientieren. Zu denken wäre an folgende Fassung der Norm:

*„(2) Ein Missbrauch im Sinne des Absatzes 1 wird vermutet, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen **anderen Unternehmen bei der Nutzung einer intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistung für deren Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten nicht Zugang zu zumindest gleichermaßen günstigen Bedingungen, zum gleichen Zeitpunkt oder in zumindest der gleichen Qualität ermöglicht, als es sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen einräumt, es sei denn, das Unternehmen***

weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen sachlich rechtfertigen.“

47. Zu § 38 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung):

Der neue EG-Rechtsrahmen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation verwehrt es den Mitgliedstaaten unzweifelhaft nicht, die nationale Regulierungsbehörde abweichend von der sonstigen Zuständigkeit mit der Missbrauchsaufsicht nach dem nationalen Kartellrecht im Bereich der Telekommunikation zu betrauen. Die materiell-rechtlichen Kriterien einer solchen besonderen Missbrauchsaufsicht entsprechen dann aber den Kriterien des allgemeinen nationalen Wettbewerbsrechts. Wäre es den Mitgliedstaaten möglich, diese Kriterien sektorspezifisch zu verschärfen, hätten sie es in der Hand, die sektorspezifische Regulierung der Telekommunikation abweichend von den Vorgaben des EG-Rechtsrahmens auszugestalten, d. h. die Voraussetzungen, an welche die Auferlegung von Vorabverpflichtungen geknüpft sind, zu umgehen. Die Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht wäre zwar – da ex post wirkend – selbst keine Vorabverpflichtung im Sinne des neuen Rechtsrahmens, käme in ihrer Wirkung für das regulierte Unternehmen einer solchen aber gleich, insbesondere wenn sie zeitnah erfolgt. Die praktische Wirksamkeit der ausdrücklichen Normierung von Voraussetzungen, Inhalt und Grenzen sektorspezifischer Vorabverpflichtungen, die der EG-Rechtsrahmen trifft, wäre gefährdet, wenn diese durch von den Kriterien des allgemeinen nationalen Wettbewerbsrechts abweichende Missbrauchsverfügungen der Regulierungsbehörde überspielt werden könnten.

Eine über die Bestimmungen des allgemeinen nationalen Kartellrechts *materiell* hinausgehende besondere Missbrauchsaufsicht könnte nur die Überprüfung der Einhaltung bestimmter ausdrücklich auferlegter Vorabverpflichtungen umfassen. In Betracht kommt dabei angesichts § 38 Abs. 2 TKG-RE insbesondere die in Art. 10 Zugangsrichtlinie normierte Gleichbehandlungsverpflichtung. Diese bezieht sich allerdings nur auf die Gleichbehandlung „in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang“ (im Sinne der Legaldefinitionen in Art. 2 UAbs. 2 lit. a und b Zugangsrichtlinie), wohingegen § 38 TKG-RE diese sachliche Einschränkung nicht enthält. Außerdem müssen Gleichbehandlungsverpflichtungen dem regulierten Unternehmen nach Art. 10 Zugangsrichtlinie von der Regulierungsbehörde auferlegt wer-

den,⁴⁷ wohingegen § 38 TKG-RE eine gesetzliche Verpflichtung vorsieht. Darüber hinaus verbietet § 38 TKG-RE pauschal jede (nicht gerechtfertigte) Ungleichbehandlung, wohingegen Art. 10 Zugangsrichtlinie der Gedanke gegenständlich konkretisierter Gleichbehandlungsverpflichtungen zugrunde liegt.

Vorschlag:

Um dem Verdikt der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit zu entgehen, sollte § 38 durch eine Aufteilung in eine materielle Gleichbehandlungsverpflichtung und eine formelle Zuständigkeit für die Überwachung des Missbrauchsverbots aus dem allgemeinen nationalen Kartellrecht in den gemeinschaftsrechtlich überformten Regulierungsansatz des neuen Telekommunikationsgesetzes eingepasst werden. Der erstgenannte Aspekt könnte durch Schaffung eines neuen § 16a erreicht werden, der wie folgt lauten könnte:

„§ 16a – Gleichbehandlungsverpflichtungen

(1) Die Regulierungsbehörde kann marktbeherrschenden Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang auferlegen.

(2) Die Gleichbehandlungsverpflichtungen nach Absatz 1 verbieten es dem marktbeherrschenden Unternehmen insbesondere, sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen, zeitlich früher oder zu einer besseren Qualität zu ermöglichen, als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung der Leistung für deren Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten einräumt, es sei denn, das Unternehmen weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen sachlich rechtfertigen.

(3) Im Falle der Verletzung einer nach Absatz 1 auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung gilt § 39 entsprechend, wobei an die Stelle der Unanfechtbarkeit der Verfügung nach § 38 Abs. 4 die Unanfechtbarkeit der Feststellung

⁴⁷ Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 41 f. Fn. 130 m. w. Nachw.

des Verstoßes gegen die Gleichbehandlungsverpflichtung tritt. § 121 bleibt unberührt.“

Die Betrauung der Regulierungsbehörde mit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht für den Telekommunikationssektor könnte dann in § 38 erfolgen:

„(1) Ein marktbeherrschender Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder ein marktbeherrschender Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes darf seine marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen.

(2) Die Regulierungsbehörde prüft am Maßstab des § 19 Abs. 1 und 4 GWB, ob ein Missbrauch im Sinne des Absatzes 1 vorliegt.“

Der bisherige Absatz 4 des § 38 würde dann zu Absatz 3.

48. Zu § 39 (Mehrerlösabschöpfung): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Es ist nicht klar, wann von einer „unbilligen Härte“ im Sinne der Vorschrift auszugehen ist. Außerdem ist nicht ersichtlich, warum die Mehrerlösabschöpfung nicht stets im Falle unbilliger Härte auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden, dafür jedoch in jedem Fall erfolgen sollte.

Vorschlag:

§ 39 Abs. 2 S. 1 könnte wie folgt formuliert werden:

„(2) Wäre die Durchführung einer Mehrerlösabschöpfung eine unbillige Härte, hat sie also beispielweise zur Folge (...), so ist die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag zu beschränken.“

Dritter Teil: Rundfunkübertragung

Vierter Teil: Vergabe von Frequenzen, Nummern, Wege- rechten

Erster Abschnitt: Frequenzordnung

49. Zu § 53 (Vergabeverfahren):

Hinsichtlich der von der Regulierungsbehörde festzulegenden Frequenznutzungsbestimmungen wird in § 53 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG-RE nach wie vor ausdrücklich auf den *räumlichen* Versorgungsgrad (und seine zeitliche Umsetzung) abgestellt. In der Praxis – wie namentlich bei der Vergabe der UMTS-Lizenzen – wird jedoch oftmals kein räumlicher Deckungsgrad festgelegt, sondern ein Mindestanteil der Bevölkerung, der Zugang zu den frequenzgestützten Diensten haben muss.

Vorschlag:

Die ausdrückliche Bezugnahme auf den räumlichen Versorgungsgrad sollte gestrichen werden, so dass § 53 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 wie folgt lauten würde:

„4. die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung und seiner zeitlichen Umsetzung.“

Zweiter Abschnitt: Nummerierung

50. Zu § 59 (Nummerierungsverordnung):

Richtigerweise wird in der Begründung zu § 59 TKG-RE darauf hingewiesen, dass Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 Rahmenrichtlinie über die Verwaltung von Rufnummern im Sinne des § 3 Nr. 17 TKG-RE hinausgehen. Dies ist aber entgegen der Begründung bereits deshalb der Fall, weil z. B. auch National Signalling Point Codes,⁴⁸ Portierungskennungen⁴⁹ oder Internationa-

⁴⁸ Anlage 1 Nr. 2 zu § 2 Abs. 1 TKNV-RE.

⁴⁹ Anlage 1 Nr. 4 zu § 2 Abs. 1 TKNV-RE.

le Kennungen für Mobile Teilnehmer (IMSI)⁵⁰ erfasst werden, deren Wahl im öffentlichen Telefondienst nicht erlaubt, eine Verbindung zu einem bestimmten Ziel aufzubauen, und die daher keine Rufnummern im Sinne des § 3 Nr. 17 TKG-RE sind. Diese und vergleichbare Nummern sind es, welche über Rufnummern hinausgehend von Art. 10 Abs. 1 – 4 Rahmenrichtlinie erfasst werden,⁵¹ nicht jedoch Internet-Adressen und -Namen. Dies ergibt sich gerade aus der klaren terminologischen Differenzierung zwischen „Nummern, Namen und Adressen“ in Art. 10 Abs. 5 Rahmenrichtlinie, aus Erwägungsgrund 20 der genannten Richtlinie und aus der historischen Auslegung ihres Art. 10.⁵² Damit ist auch der Hinweis auf die Erfassung der so genannten „ENUM“-Domainnamen unzutreffend, da es sich bei diesen um normale Domainnamen handelt, denen lediglich ein besonderes Zuordnungsverhältnis zu Rufnummern zugrunde liegt.⁵³

Vorschlag:

In der Begründung zu § 59 sollte deutlich gemacht werden, dass die Vorschriften zur Nummerierung Internet-Namen und -Adressen nicht erfassen. Der Hinweis auf die Erfassung der „ENUM“-Nummern“ sollte gestrichen werden.

51. Zu § 60 (Befugnisse der Regulierungsbehörde):

Der Referentenentwurf nimmt ausdrücklich Bezug auf 0190er- und 0900er-Nummern. Beide Nummerngassen weisen ein beträchtliches Missbrauchspotential auf, so dass Sonderregelungen hierfür gerechtfertigt erscheinen. Allerdings ist zu befürchten, dass solche Sonderregelungen in der Zukunft lediglich zu einer Verlagerung der Missbrauchsfälle auf andere Nummerngassen führen.⁵⁴

Vorschlag:

Es wird empfohlen, statt des Begriffs „0190er- oder 0900-Mehrwertdiensterufnummer“ nur den Begriff „Mehrwertdiensterufnummer“ zu verwenden. § 60 S. 3 würde dann wie folgt lauten:

⁵⁰ Anlage 1 Nr. 14 zu § 2 Abs. 1 TKNV-RE.

⁵¹ Vgl. auch Erwägungsgrund 20 der Rahmenrichtlinie, der in Satz 2 ausdrücklich auf die „Point-Codes“ (u. a. NSPC) als erfasste „Nummern“ hinweist.

⁵² Zum Ganzen *Koenig/Neumann*, CR 2003, 182 (186).

⁵³ *Koenig/Neumann*, CR 2003, 182 (183).

⁵⁴ Siehe dazu auch die Anmerkung unter 82.

*„Sie kann ferner im Fall der gesicherten Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer **Mehrwertdiensterufnummer** gegenüber dem Netzbetreiber, in dessen Netz die Nummer geschaltet ist, die Abschaltung der Rufnummer anordnen.“*

Der Begriff „Mehrwertdiensterufnummer“ sollte zudem im § 3 legaldefiniert werden. Hierzu böten sich folgende Alternativformulierungen an:

„ist ‚Mehrwertdiensterufnummer‘ eine Rufnummer, durch deren Wahl im öffentlichen Telefondienst eine Verbindung zu einem Dienstleister aufgebaut wird, der eine über einen Telekommunikationsdienst hinausgehende Dienstleistung erbringt, die zusammen mit der Telefonrechnung abgerechnet wird,“

oder

„ist ‚Mehrwertdiensterufnummer‘ eine Rufnummer, durch deren Wahl im öffentlichen Telefondienst eine Verbindung zu einem Telemediendienst aufgebaut wird, die zusammen mit der Telefonrechnung abgerechnet wird,“

Dritter Abschnitt: Wegerechte

Fünfter Teil: Universaldienst, Kundenschutz

Erster Abschnitt: Universaldienst

52. Zu § 71 (Universaldienstleistungen): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Auch wenn die Tendenz zu gesetzesunmittelbaren Regelungen grundsätzlich zu begrüßen ist, erscheint der Katalog der Universaldienstleistungen in Absatz 2 eher als Kandidat für eine Rechtsverordnung.

Vorschlag:

Zumindest der Umfang der Universaldienstverpflichtung sollte in einer Rechtsverordnung geregelt werden.

Zweiter Abschnitt: Kundenschutz

Sechster Teil: Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Öffentliche Sicherheit

Erster Abschnitt: Fernmeldegeheimnis

Zweiter Abschnitt: Datenschutz

53. Allgemein zu §§ 87 ff.:

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Die bisher auf Ebene des Verordnungsrechts angesiedelten Vorschriften der Telekommunikations-Datenschutzverordnung wurden im Referentenentwurf auf Gesetzesebene überführt. Dies ermöglicht zwar den Verzicht auf die unübersichtliche Vorschrift des § 89 TKG, führt aber zu einer Regelungsdichte auf Gesetzesebene, die außer Verhältnis etwa zu den Vorschriften über die Marktanalyse oder die Zugangsregulierung steht.

Vorschlag:

Es sollte darüber nachgedacht werden, im Bereich des Telekommunikations-Datenschutzrechts den bisherigen Regelungsansatz beizubehalten, d. h. auf Gesetzesebene nur die grundlegenden Vorgaben zu normieren und die Konkretisierung und Ausgestaltung im Detail dem Verordnungsgeber zu überlassen. Dabei könnten die Einzelheiten der Verordnungsermächtigung auf mehrere kürzere Normen verteilt werden, um eine gegenüber § 89 TKG erhöhte Handhabbarkeit zu erzielen.

54. Zu § 92 (Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung):

Gegen die vorgeschlagene Regelung des § 92 Abs. 3 S. 4 TKG-RE bestehen Bedenken. Auch im Bereich von Mehrwertdiensten gibt es legitime Interessen an einer Kürzung der Nummern. Zur Erreichung des Schutzzwecks ist die bisherige Regelungstechnik ausreichend. Der Verbraucher sollte also auch hier entscheiden können, ob er eine Speicherung wünscht oder nicht.

Zu begrüßen ist allerdings eine Trennung der Mehrwertdiensternummern von sonstigen Nummern. Der Verbraucher sollte die Möglichkeit haben zu entscheiden, ob er generell eine Speicherung wünscht oder nur die Speicherung von Mehrwertdiensternummern.

Vorschlag:

Es wird empfohlen, die bisherige Formulierung in § 92 Abs. 3 (= § 7 Abs. 3 S. 3 TDSV) beizubehalten. Absatz 4 könnte folgendermaßen geändert werden:

„Auf Verlangen des Teilnehmers hat der rechnungsstellende Diensteanbieter die bei ihm gespeicherten Verkehrsdaten

- 1. vollständig zu speichern oder*
- 2. mit Versendung der Rechnung an den Teilnehmer vollständig zu löschen.*

Der Teilnehmer kann für Verkehrsdaten zu Mehrwertdiensternummern eine gesonderte Regelung treffen. Soweit ein Teilnehmer zur vollständigen oder teilweisen Übernahme der Entgelte für bei seinem Anschluss ankommende Verbindungen verpflichtet ist, steht ihm das Wahlrecht nach Satz 1 Nr. 1 nicht zu.“

55. Zu § 95 (Störung von Telekommunikationsanlagen und Missbrauch von Telekommunikationsdiensten):

Die Norm gestattet eine Datenverarbeitung zum Erkennen und Eingrenzen von Störungen und Missbrauchsfällen nur „im Einzelfall“. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass Datenverarbeitungsanlagen – insbesondere Internet-Server – ständig Angriffen ausgesetzt sind. Angriffe finden also nicht nur in „Einzelfällen“, sondern andauernd statt.

Vorschlag:

Das TKG sollte dem Rechnung tragen und die Datenverarbeitung zur Abwehr solcher Angriffe grundsätzlich zulassen. Um Datenschutzinteressen gerecht zu werden, sollten allerdings Höchstspeicherungsfristen – etwa von 24 oder 48 Stunden – vorgesehen werden.

Dritter Abschnitt: Öffentliche Sicherheit

56. Allgemein zu §§ 103 ff.:

In der Diskussion um die Sperrungsanordnungen gegen Internet-Zugangsanbieter⁵⁵ wird zum Teil davon ausgegangen, dass (evtl. ab Inkennzeichnung) diese Anbieter Zustandsstörer⁵⁶ oder gar Störer sui generis⁵⁷ seien. Unabhängig von der sehr zweifelhaften Frage, ob Internet-Zugangsanbieter als Telekommunikationsdiensteanbieter überhaupt für lediglich durchgeleitete Inhalte als Adressaten von Sperrungsanordnungen in Betracht kommen,⁵⁸ würde die Einstufung als Störer im polizeirechtlichen Sinne die Zugangsanbieter mit zusätzlichen Kosten belasten, die ausschließlich für Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit entstehen. Die TKG-Novelle bietet vor diesem Hintergrund die Gelegenheit, die Nichtstörereigenschaft von Internet-Zugangsanbieter mit Blick auf lediglich durchgeleitete Inhalte klarzustellen.⁵⁹

Dass der Bundesgesetzgeber die Verantwortlichkeit bestimmter Diensteanbieter ausschließen kann, zeigt sich in §§ 9 ff. TDG. Allerdings handelt es sich dort um Bereiche, in denen er unzweifelhaft die Gesetzgebungskompetenz hat (Recht der Wirtschaft). Dagegen müsste der Ausschluss ordnungsrechtlicher Verantwortlichkeit, wenn er denn überhaupt Sinn ergeben soll, unabhängig davon erfolgen, ob (die Anwendbarkeit auf Zugangsanbieter unterstellt) TDG oder MDStV anwendbar wären. Ein solcher Verantwortungsausschluss ist im Rahmen des TKG möglich, da Fragen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sofern sie nicht hauptsächlich betroffen sind, als Annexkompetenz einer Bundeskompetenz an dieser teilnehmen.⁶⁰ Das TKG beruht auf der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 7, Art. 87f GG, so dass insoweit dem Bund auch eine Annexkompetenz für Fragen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zusteht.

⁵⁵ Einen guten Überblick zu dieser Diskussion erhält man in der Materialsammlung der Arbeitsgemeinschaft DAVID, die im WWW unter der URL <http://www.david-gegen-goliath.org/Materialsammlung.pdf> abrufbar ist. Das Verwaltungs- und Rechtsschutzverfahren ist dokumentiert unter der URL http://www.artikel5.de/entscheidungen/sperrungsanordnungen_2002.html.

⁵⁶ So die Bezirksregierung Düsseldorf in ihren Widerspruchsbescheiden.

⁵⁷ So dem Vernehmen nach wohl die Prozessvertreter der Bezirksregierung Düsseldorf im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

⁵⁸ Vgl. die beachtlichen Gegenargumente von *Stadler*, MMR 2002, 343.

⁵⁹ Nach richtiger Ansicht können Internet-Zugangsanbieter bereits de lege lata für lediglich durchgeleitete Inhalte überhaupt nur als Nichtstörer in Anspruch genommen werden, vgl. bereits *Koenig/Loetz*, CR 1999, 438 (442) (missverstanden von *Engel*, MMR-Beilage 4/2003, 1 [17]).

⁶⁰ *Rozek*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 2, 4. Auflage, 2000, Art. 70 Rn. 46; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, 1998, Art. 70 Rn. 68.

Eine Einstufung von Telekommunikationsdiensteanbietern als ordnungsrechtlich Nichtverantwortliche wäre auch nicht als *hauptsächlich* dem Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zugehörig – und damit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes entzogen – anzusehen. Wenn man zutreffenderweise davon ausgeht, dass die §§ 9 ff. TDG auch die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit regeln, würde eine telekommunikationsspezifische Regelung nämlich in gleichem Umfang an die geregelte wirtschaftliche Tätigkeit anknüpfen, wie es die §§ 9 ff. TDG tun. Insoweit wäre darüber hinausgehend sogar der entscheidende Unterschied zu berücksichtigen, dass für den Bereich der Telekommunikation eine besondere (ausschließliche) Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht und es daher keines Rückgriffes auf die an zusätzliche Voraussetzungen (wirtschaftliche Tätigkeit) geknüpfte konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft bedürfte.⁶¹

Vorschlag:

Dem dritten Abschnitt des sechsten Teils sollte eine Norm hinzugefügt werden, welche die Nichtstörereigenschaft von Telekommunikationsdiensteanbietern mit Blick auf die durchgeleiteten Inhalte klarstellt. Eine solche Norm könnte wie folgt lauten:

„Die Durchleitung oder Übertragung bestimmter Signale führt nicht dazu, dass von Telekommunikationsanlagen (§ 3 Nr. 21) oder demjenigen, der diese Anlage nutzt, um einen Telekommunikationsdienst zu erbringen, eine Gefahr ausgeht. Dies gilt nicht für technische Störungen oder Beeinträchtigungen der Frequenznutzung, die durch den Anlagenbetrieb verursacht werden.“

57. Zu § 104 (Technische Schutzmaßnahmen): [galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Nach dem Wortlaut des § 104 Abs. 2 S. 1 TKG-RE sind nur Vorkehrungen gegen „äußere“ Angriffe zu treffen. Statistisch erfolgen jedoch mindestens ebenso viele Angriffe von „innen“, also durch Mitarbeiter.⁶² Die Norm sollte deshalb klarstellen, dass auch gegen solche Gefahren aus dem Unternehmen besondere Vorkehrungen getroffen werden müssen.

⁶¹ In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, dass, wenn man der herrschende Auffassung der Anwendbarkeit auf Internet-Zugangsanbieter folgt, viel für eine Verfassungswidrigkeit des § 22 Abs. 3 MDStV spricht, da diese Norm mit der Zugangsvermittlung an eine rein wirtschaftliche Tätigkeit anknüpft, die keinerlei Spezifika mit Blick auf die Meinungsbildung für die Allgemeinheit aufweist.

⁶² Symantec Internet Security Threat Report 3, Februar 2003, S. 26.

Vorschlag:

Es wird deshalb empfohlen, § 104 Abs. 2 S. 1 folgendermaßen zu formulieren:

„ (...) gegen äußere sowie innere Angriffe (...) zu treffen.“

58. Zu § 105 (Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Auch der Referentenentwurf hat leider die schwerwiegenden Bedenken, die gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 88 TKG Abs. 1 – 4 TKG geäußert wurden,⁶³ nicht aufgegriffen, sondern sieht in § 105 eine ganz ähnliche Bestimmung vor.

Vorschlag:

Es sollte überlegt werden, die Vorschrift zur technischen Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen mit Blick auf die gegen sie bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken grundlegend zu überarbeiten.

59. Zu § 105 (Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen):

Der Referentenentwurf enthält keine dem derzeitigen § 88 Abs. 5 TKG entsprechende Verpflichtung der Betreiber von Telekommunikationsanlagen, eine Jahresstatistik über durchgeführte Überwachungsmaßnahmen zu erstellen und der RegTP unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Eine sachliche politische Diskussion über Sinn und Unsinn der immer umfangreicheren Abhörmaßnahmen⁶⁴ setzt jedoch eine möglichst genaue Datenbasis über den Umfang der Eingriffe der Strafverfolgungsbehörden in das Fernmeldegeheimnis voraus.⁶⁵ Die nach § 88 Abs. 5 TKG bislang zu erstellende Jahresstatistik ist auch nicht etwa deswegen überflüssig, weil die Landesjustizministerien eigene Statistiken führen, da die Erfassungsraster unterschiedlich sind: Die Jahresstatistik nach § 88 Abs. 5 TKG weist aus, wie viele Anschlüsse betroffen sind, die Landesjustizministerien hingegen erfassen die Zahl der Verfahren und Anordnungen. Im Übrigen bedeutet das Erstellen der Jahresstatistik auch keine große Belastung der Betreiber von Telekommunikationsanlagen, da diese die Abhörmaßnahmen automatisch erfassen.

⁶³ Vgl. *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, 289 (294 ff.) m. w. Nachw.

⁶⁴ Vgl. nur die Nachweise bei *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, 289 (293).

⁶⁵ Vgl. dazu auch *Heimburger*, Drei Viertel aller Lauschangriffe rechtswidrig, SPIEGEL Online vom 9. Januar 2003, <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,229958,00.html>>, *Schmitz*, MMR 2003, 69 (70).

Die in der Begründung des Referentenentwurfs für ein Wegfallen dieser Jahresstatistik vorgebrachten „Entwicklungen“⁶⁶ vermögen nicht zu überzeugen. Die dort aufgezählten Aspekte könnten problemlos der Jahresstatistik vorangestellt werden, so dass jedem Leser der Statistik diese Entwicklungen noch einmal vor Augen geführt werden. Ähnliche Probleme sind überdies vielen Statistiken eigen.

Vorschlag:

Eine § 88 Abs. 5 TKG entsprechende Verpflichtung der Betreiber von Telekommunikationsanlagen, eine Jahresstatistik über durchgeführte Überwachungsmaßnahmen zu erstellen und der RegTP zur Verfügung zu stellen, sollte in das novellierte TKG aufgenommen werden. Dabei sollte auch darüber nachgedacht werden, den Unternehmen aufzugeben, die Jahresstatistik danach aufzuschlüsseln, auf welche gesetzliche Grundlagen (StPO, AWG, G-10-Gesetz) die Anordnungen gestützt wurden. Es ist ferner zu überlegen, ob statt einer unentgeltlichen Überlassung nicht eine Regelung in Anlehnung an § 17a des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen zu schaffen ist.

Ein neuer Abs. 8 von § 105 könnte daher wie folgt lauten:

„(8) Die nach den §§ 100a, 100b StPO, dem G-10-Gesetz und § 39 AWG verpflichteten Betreiber von Telekommunikationsanlagen haben eine Jahresstatistik über nach diesen Vorschriften vorgenommene Überwachungsmaßnahmen zu führen und der Regulierungsbehörde zur Verfügung zu stellen. Die Überwachungsmaßnahmen sind dabei nach den verschiedenen gesetzlichen Grundlagen aufzuschlüsseln. Die Betreiber dürfen die Statistik Dritten nicht zur Kenntnis geben. Die RegTP nimmt die Statistik in ihren Bericht nach § 117 auf.“

60. Zu § 106 (Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

Verfassungsrechtlich erheblichen Bedenken ausgesetzt ist § 106 Abs. 1 TKG-RE. Das Sammeln von Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmten Zwecken ist grundsätzlich ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbe-

⁶⁶ BMWA, Begründung zum Referentenentwurf, S. 47.

stimmung.⁶⁷ Mehr als zweifelhaft ist überdies, ob eine derartige „Datenerhebung und -speicherung auf Vorrat“ überhaupt einen effektiven Beitrag zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit leistet oder lediglich Datenberge entstehen lässt.

Vorschlag:

Auf § 106 sollte verzichtet werden.

61. Zu § 107 (Manuelles Auskunftsverfahren):

Die Norm enthält in Absatz 1 Satz 3 eine gesetzgeberische Klarstellung über die Eingriffsvoraussetzungen für Auskunftsbegehren. Sie verweist dabei auf die StPO-Vorschriften für die staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Ermittlungstätigkeit. Ein Richtervorbehalt ist – anders als noch im Arbeitsentwurf – nicht vorgesehen. Dies ist wegen der Nähe zum durch Art. 10 GG geschützten Fernmeldegeheimnis bedenklich.

Vorschlag:

Die Formulierung aus dem Arbeitsentwurf sollte beibehalten werden:

*„Auskünfte über Daten, mittels derer der Zugriff auf Inhalte oder auf Daten über die näheren Umstände einer Telekommunikation geschützt wird, hat der nach Satz 1 Verpflichtete **nur auf Grund einer Beschlagnahmeanordnung nach § 98 der Strafprozessordnung zu erteilen.**“*

62. Zu § 107 (Manuelles Auskunftsverfahren) und § 108 (Automatisiertes Auskunftsverfahren): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

Wie bisher ist aus Gründen der öffentlichen Sicherheit für sämtliche Bestandsdaten ein manuelles Auskunftsverfahren und für bestimmte Bestandsdaten ein automatisiertes Auskunftsverfahren vorgesehen. Sowohl § 107 TKG-RE als auch § 108 TKG-RE besitzen – wie bereits bislang § 89 Abs. 6 und § 90 TKG – ihrem Wortlaut nach ein breites Anwendungsfeld, das sich daraus ergibt, dass die Auskunftsverpflichtung im Wesentlichen bereits dann besteht, wenn einer der in den Vorschriften genannten Bedarfsträger die Auskunft zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben benötigt. In der Praxis hat dies zur Konsequenz, dass die Auskunftsverfahren oftmals auch im Informationszusammenhang mit einer konkreten Verbindung genutzt werden, um einen Grundrechtsträger zu identifizieren, der Teilnehmer dieses Telekom-

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 65, 1 (46); *Schmitz*, MMR 2003, 69 (70). Vgl. auch BVerfG, NJW 1977, 1492.

munikationsvorgangs war. In diesen Fällen liegt jedoch in der Auskunftspflichtung nicht lediglich ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, sondern in sein Grundrecht aus Art. 10 GG.⁶⁸ Verfassungsrechtlich ist bei einem derartigen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis indes eine stärkere Absicherung zum Schutz des Grundrechts erforderlich, als sie in § 107 TKG-RE bzw. § 108 TKG-RE vorgesehen ist (z. B. durch einen Richtervorbehalt, Weitergabe- und Verwertungsverbote, Löschungspflichten oder eine Kontrolle durch unabhängige Instanzen). Die geplanten Vorschriften genügen mithin – wie bereits derzeit § 89 Abs. 6, § 90 TKG – den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in allen Fallgestaltungen, die vom weiten Wortlaut dieser Normen erfasst sind.

Vorschlag:

Um bei Anwendung der Vorschriften Verstöße gegen Art. 10 GG zu vermeiden, sollten § 107 und § 108 einer grundlegenden Überarbeitung unterzogen werden. Hierbei sind zwei Wege gangbar: Zum Ersten ließe sich der Anwendungsbereich der Vorschriften ausdrücklich auf Vorgänge beziehen, die nicht in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses fallen. Hierzu wären entsprechende Einschränkungen in den jeweiligen Tatbeständen denkbar oder die Schaffung einer generell-abstrakten Regelung, die etwa als § 109b oder als § 110 Abs. 6 eingefügt werden könnte:

„Auskünfte nach § 107, § 108 und § 109 dürfen nur verlangt und nur erteilt werden, wenn sie nicht in einem Informationszusammenhang zu einem Telekommunikationsvorgang oder einem Verbindungsversuch stehen.“

Diese Vorschrift wäre sinnvollerweise ordnungs- oder strafrechtlich abzusichern. Zum Zweiten wäre es aber auch möglich, die Auskunftsvorschriften auch für Eingriffe in Art. 10 GG anwendbar zu machen. Zu diesem Zweck müsste freilich nicht nur das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG berücksichtigt, sondern müssten vor allem auch die oben genannten Sicherungsvorkehrungen getroffen werden. Insoweit könnte an die formellen Anordnungsbestimmungen der § 100b, § 100h StPO angeknüpft werden.

⁶⁸ Vgl. zum Ganzen ausführlich *Neumann/Wolff*, TKMR 2003, 110.

63. Zu § 110 (Kontrolle und Durchsetzung von Verpflichtungen):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

In § 110 Abs. 4 TKG-RE wird die Sonderzuständigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für die geschäftsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdiensten fortgeschrieben. Für diese gibt es in der Tat gute Gründe.⁶⁹ Allerdings führt die Vorschrift des § 3 Nr. 1 TDG/MDStV in der Anwendungspraxis dazu, dass auch Anbieter, die lediglich den Zugang zur Nutzung fremder Telemediendienste vermitteln (z. B. Internet-Zugangsanbieter) in den Anwendungsbereich des Teledienstegesetzes bzw. des Mediendienstestaatsvertrags einbezogen werden. Als Konsequenz ergibt sich – theoretisch – für diese Unternehmen eine Doppelzuständigkeit im Bereich der Datenschutzaufsicht. Dies dürfte auch ein Grund dafür sein, dass die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder aus praktischen Erwägungen Internet-Zugangsanbieter (zu Unrecht) bis vor kurzem ausschließlich als Tele- bzw- Mediendiensteanbieter betrachteten (vgl. hierzu bereits die Anmerkung unter 15.). Diese Gefahr einer Doppelzuständigkeit sollte künftig ausgeschlossen werden.

Vorschlag:

Es sollte darüber nachgedacht werden, zukünftig entweder auf die Sonderzuständigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz zu verzichten oder diese ausdrücklich – zumindest für Überschneidungsfälle – auch auf den Telemedienbereich zu erstrecken. Dazu könnte der unter 15. gemachte Vorschlag umgesetzt und so eine Abgrenzung auf Ebene des materiellen Rechts erreicht werden. Alternativ ließe sich § 110 Abs. 4 entsprechend modifizieren, z. B.

„(4) Soweit für die geschäftsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdiensten Daten von natürlichen oder juristischen Personen erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, tritt bei den Unternehmen an die Stelle der Kontrolle nach § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes sowie gegebenenfalls an die Stelle der Kontrolle durch die für die Einhaltung des Teledienstedatenschutzgesetzes und der §§ 16 bis 20 des Mediendienstestaatsvertrags zuständigen Behörde eine Kontrolle durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz entsprechend den §§ 21 und 24 bis 26 Abs. 1 bis 4 des Bundesdatenschutzgesetzes, auch soweit die jeweilige

⁶⁹ Vgl. Koenig/Neumann, RTkom 2001, 226 (233).

*Tätigkeit ausschließlich oder zugleich in den Anwendungsbereich des Tele-
dienstgesetzes oder des Mediendienststaatsvertrags fällt.“*

Siebter Teil: Regulierungsbehörde

64. Allgemein zu §§ 111 ff.

In den Vorschriften des sechsten Teils wird bei der Bezeichnung der exponierten Behördenmitglieder, soweit ersichtlich, erstmals die weibliche Form als Ergänzung der ansonsten verwendeten männlichen Form verwendet („Vorsitzende“, „Präsidentin“ etc.). Dies ist bereits mit Blick auf die jeweiligen Vorschriften inkonsistent.⁷⁰ Vor allem aber ist es mit Blick auf den Rest des Gesetzes inkonsistent, in dem eben beispielsweise nur von dem „Diensteanbieter“ (nicht aber der „Diensteanbieterin“), dem „Betreiber“ (nicht aber der „Betreiberin“) und dem „Führer des Fahrzeugs oder seinem Stellvertreter“ (nicht aber der „Führerin des Fahrzeugs oder ihrer Stellvertreterin“⁷¹) die Rede ist.⁷² Der Klarheit und Lesbarkeit der Vorschriften des sechsten Teils ist die Einbeziehung der weiblichen Form schon jetzt nicht zuträglich. Überdies ist es einerseits systemwidrig, die weiblichen Bezeichnungen nur in einem Teil des Gesetzes zu verwenden. Andererseits würde die gesetzesweit erfolgende Einbeziehung der weiblichen Form die Handhabbarkeit des Gesetzestextes jedoch nachhaltig beeinträchtigen. Da das Genus eines Wortes keine definite Aussage über den Sexus des Beschriebenen macht und sich in der deutschen Sprache vor allem auch nach morphologischen Kriterien richtet, ist eine solche Erweiterung des Normtextes auch in der Sache nicht erforderlich.

Vorschlag:

Auf die ergänzende Verwendung der weiblichen Bezeichnungen im sechsten Teil des Gesetzes sollte verzichtet werden.

⁷⁰ So müsste beispielsweise in § 111 Abs. 4 TKG-RE neben dem Bundespräsidenten konsequenterweise auch die Möglichkeit einer Bundespräsidentin im Normtext abgebildet werden. In § 114 Abs. 4 S. 1 TKG-RE müsste nicht nur auf den Vorsitzenden, sondern alternativ auch auf die Vorsitzende abgestellt werden. Und in § 127 Abs. 2 S. 1 TKG-RE müsste es konsequenterweise eigentlich heißen: „Die Beschlusskammern entscheiden in der Besetzung mit einem Vorsitzenden oder einer Vorsitzenden und zwei Beisitzern, **zwei Besit-zerinnen oder einem Beisitzer und einer Beisitzerin.**“

⁷¹ Bzw. „Führer oder Führerin des Fahrzeugs oder seinem oder ihrem Stellvertreter bzw. seiner oder ihrer Stellvertreterin“.

⁷² Unschädlich ist das bei der Verwendung des Begriffs „Nutzer“ bzw. entsprechenden Ableitungen, da diese geschlechtsneutral („Person“) legaldefiniert sind. Gleiches gilt für den „Teilnehmer“.

65. Allgemein zu §§ 111 ff.:

Anders als noch im Arbeitsentwurf findet sich im Kontext mit Veröffentlichungen der Regulierungsbehörde im Normtext des Referentenentwurfs kein Verweis auf das Amtsblatt und das Internet. Dies ist aus Gründen der Lesbarkeit des Gesetzestextes begrüßenswert. Dennoch erscheint es aus Gründen der Transparenz vorzuzugswürdig, die Behörde ausdrücklich zur Veröffentlichung ihrer Entscheidungen sowohl im Amtsblatt als auch auf ihrer WWW-Seite zu verpflichten.⁷³ Um die einzelnen Vorschriften nicht unnötig sprachlich aufzublähen, erscheint eine entsprechende „vor die Klammer gezogene“ Norm im siebten Teil des Gesetzes systematisch richtig verordnet und gesetzgebungstechnisch vorzugswürdig. Ergänzend ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Bezugnahme auf das „Internet“ als Ort der elektronischen Veröffentlichung ungenau ist, so dass der Begriff der „WWW-Seite“ präziser erscheint.⁷⁴

Vorschlag:

Es sollte darüber nachgedacht werden, einen § 116a einzufügen, der wie folgt lauten könnte:

„§ 116a – Veröffentlichungspflichten

Ist die Regulierungsbehörde nach diesem Gesetz zur Veröffentlichung einer Entscheidung oder einer sonstigen Maßnahme verpflichtet, so veröffentlicht sie diese sowohl in ihrem Amtsblatt als auch auf ihrer WWW-Seite.“

Erster Abschnitt: Organisation

66. Zu § 111 (Sitz und Rechtstellung):

In der Überschrift zu § 111 TKG-RE heißt es unzutreffenderweise „Rechtstellung“.

Vorschlag:

Die Überschrift zu § 111 ist in „Sitz und Rechtsstellung“ zu ändern.

67. Zu § 111 (Sitz und Rechtstellung):

Anders als nach § 66 Abs. 3 S. 1 des geltenden TKG werden die die beiden Vizepräsidenten der RegTP nach § 111 Abs. 4 TKG-RE künftig – anders als der Präsident der Behörde – nicht

⁷³ Gegenwärtig wird ein solches Verhalten der RegTP lediglich in der Gesetzesbegründung angekündigt, vgl. BMWA, Begründung zum Referentenentwurf, S. 2.

⁷⁴ Siehe insoweit auch Anmerkung 84.

mehr auf Vorschlag des Beirates benannt. Dadurch wird ohne Not eine wichtige „legitimato-
rische Ressource für die Regulierungsbehörde“⁷⁵ beseitigt, ohne dass sich dies angesichts der
Seltenheit derartiger Benennungen unter Hinweis auf das grundsätzlich begrüßenswerte Ziel
des Bürokratieabbaus⁷⁶ rechtfertigen ließe.

Vorschlag:

Es sollte daher darüber nachgedacht werden, das Vorschlagsrecht des Beirates auch hinsicht-
lich der Vizepräsidenten beizubehalten und § 111 Abs. 4 S. 1 – unter Berücksichtigung der
Anmerkung unter 64. – wie folgt zu formulieren:

*„Die beiden Vizepräsidenten werden **auf Vorschlag des Beirates** vom Bundesmi-
nisterium für Wirtschaft und Arbeit benannt.“*

Entsprechend wäre § 115 Nr. 1 wie folgt anzupassen:

*„1. Der Beirat macht der Bundesregierung Vorschläge für die Besetzung des Prä-
sidenten **und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit Vorschläge für
die Besetzung der Vizepräsidenten der Regulierungsbehörde.**“*

68. Zu § 119 (Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt):

In Satz 2 der Vorschrift wird auf „Entscheidungen nach dem Dritten Teil, Zweiter bis Fünfter
Abschnitt“ abgestellt. Da die Vorschriften zur „Marktregulierung“ sich nun, anders als noch
im Arbeitsentwurf, nicht mehr im dritten, sondern im zweiten Teil befinden, handelt es sich
offensichtlich um ein Redaktionsversehen.

Vorschlag:

§ 119 S. 2 ist wie folgt zu fassen:

*„Trifft die Regulierungsbehörde Entscheidungen nach dem **Zweiten** Teil, Zweiter
bis Fünfter Abschnitt, gibt sie dem Bundeskartellamt vor Abschluss des Verfah-
rens Gelegenheit zu Stellungnahme.“*

⁷⁵ Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 2001, § 66 TKG Rn. 22.

⁷⁶ BMWA, Begründung zum Referentenentwurf, S. 54. Die Verlagerung der Benennungskompetenz von der
Bundesregierung auf das BMWA ist hingegen insoweit unkritisch.

Zweiter Abschnitt: Befugnisse

69. Zu § 121 (Untersagung): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

§ 121 Abs. 2 TKG-RE stellt es in das Ermessen („kann“) der Regulierungsbehörde, gegen Pflichtverstöße vorzugehen. Hiermit entspricht die Norm nicht den Vorgaben der Genehmigungsrichtlinie, die in Art. 10 Abs. 3 kein solches Ermessen vorsieht („trifft“).

Vorschlag:

Es wird deshalb empfohlen, § 121 Abs. 2 folgendermaßen umzuformulieren:

*„(2) Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, **ordnet** die Regulierungsbehörde die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen **an**. Hierbei ist dem Unternehmen eine angemessene Frist zu setzen, um den Maßnahmen entsprechen zu können.“*

70. Zu § 121 (Untersagung): *[galt bereits für den Arbeitsentwurf]*

§ 121 Abs. 4 S. 1 TKG-RE führt als Schutzgut u. a. die öffentliche Ordnung an. Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass eine Verletzung von telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen die öffentliche Ordnung gefährdet. Zudem ist der Begriff der öffentlichen Ordnung wegen seiner terminologischen Unschärfe auch in seinem angestammten Verwendungsbereich, dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt⁷⁷ und sollte daher generell vermieden werden.

Vorschlag:

Es sollte erwogen werden, den Begriff der (öffentlichen) „Ordnung“ aus § 121 Abs. 4 S. 1 zu streichen.

⁷⁷ Vgl. nur *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, § 8 Rn. 18 ff.

Dritter Abschnitt: Verfahren

Erster Unterabschnitt: Beschlusskammern

71. Zu § 127 (Beschlusskammerentscheidungen):

Dem Wortlaut des § 127 Abs. 1 S. 1 TKG-RE zufolge wird die Zuständigkeit der Beschlusskammern im Bereich der Frequenzvergabe auf die Entscheidung über das *Ob* der Durchführung eines Vergabeverfahrens (§ 47 Abs. 9 TKG-RE) beschränkt.⁷⁸ Für die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt, für den die knappen Frequenzgüter benötigt werden, ist aber das *Wie* der Durchführung eines Vergabeverfahrens (§ 53 TKG-RE) von keinesfalls geringerer Bedeutung, wie sich an der Versteigerung der UMTS-Lizenzen gezeigt hat.⁷⁹ Zu Recht weist daher § 127 Abs. 3 S. 1 TKG-RE die Entscheidung über die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens der Präsidentenkammer zu. Trotz des Vorbehaltes in § 127 Abs. 1 S. 1 TKG-RE, dem zufolge „Absatz 3 Satz 1 (...) unberührt“ bleibt, ist in der zuvor aufgestellten ausdrücklichen Beschränkung auf die Fälle des zweiten Teils und § 47 Abs. 9 TKG-RE die Gefahr eines systematischen Widerspruchs zu § 127 Abs. 3 S. 1 TKG-RE angelegt.

Vorschlag:

§ 127 Abs. 1 sollte mit § 127 Abs. 3 S. 1 in Einklang gebracht werden. Er könnte dann wie folgt lauten:

*„(1) Die Regulierungsbehörde entscheidet durch Beschlusskammern in den Fällen des Zweiten Teils **sowie** der § 47 Abs. 9, §§ 53, 54 und § 74.“*

⁷⁸ Eine „Beschränkung“ liegt freilich nur vor, wenn man – wie die Regulierungspraxis – bislang eine Beschlusskammerentscheidung nach § 10 TKG überhaupt für zulässig hält, obwohl diese Vorschrift in § 73 Abs. 1 TKG nicht genannt ist.

⁷⁹ Siehe hierzu *Koenig/Neumann*, ZRP 2001, 252 (254 ff.).

Zweiter Unterabschnitt: Gerichtsverfahren

Dritter Unterabschnitt: Internationale Aufgaben

Achter Teil: Abgaben

72. Zu § 137 (Gebühren und Abgaben):

§ 54 Abs. 1 TKG-RE macht von der durch Art. 9 Abs. 3 Rahmenrichtlinie eröffneten Möglichkeit Gebrauch und erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen den Frequenzhandel. Gleichzeitig sieht § 54 Abs. 2 TKG-RE eine Versteigerung der Nutzungsrechte als gesetzlichen Regelfall vor. Ist dieses Verfahren – gemessen an den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG-RE – ungeeignet, ist auf das Ausschreibungsverfahren (§ 53 Abs. 6 TKG-RE) zurückzugreifen. Nach der derzeitigen Fassung (§ 53 Abs. 6 TKG-RE) entsteht der Eindruck, dass bei Anwendung des Ausschreibungsverfahrens der Frequenzzuteilung nicht immer eine angemessene Gegenleistung im Sinne des EG-Beihilfenrechts (Art. 87 ff. EG) gegenübersteht. Zwar erhebt die RegTP für die Entscheidung über die Zuteilung eines Nutzungsrechts an Frequenzen nach § 137 Abs. 1 Nr. 1 TKG-RE Gebühren. Diese *sollen* in der hier interessierenden Konstellation auch den „wirtschaftlichen Wert oder den sonstigen Nutzen für den Gebührenschuldner angemessen berücksichtigen“ (§ 137 Abs. 2 S. 3 TKG-RE). Doch diese Soll-Vorschrift kann die – in Kombination mit der Zulassung des Frequenzhandels – entstehenden beihilfenrechtlichen Probleme nicht vollständig beseitigen: In diesem Fall wird einem Unternehmen unter Umständen (insbesondere wenn die RegTP ausnahmsweise von der Soll-Vorschrift abweicht) ein geldwerter Vorteil (die Werthaftigkeit des Frequenznutzungsrechts folgt aus seiner Handelbarkeit) ohne angemessene Gegenleistung zugewendet.

Vorschlag:

Diese beihilfenrechtlichen Probleme lassen sich von vornherein verhindern, wenn § 137 Abs. 2 S. 3 wie folgt gefasst wird:

*„Die Gebühren für eine Zuteilung nach Absatz 1 Nr. 1 **müssen** und die Gebühren für eine Zuteilung nach Absatz 1 Nr. 2 sollen den wirtschaftlichen Wert oder den sonstigen Nutzen für den Gebührenschuldner angemessen berücksichtigen“.*

Verfassungsrechtliche Einwände gegen eine derartige Gebührenregelung bestehen nicht: Es handelt sich um einen Fall einer zulässigen Ressourcennutzungsgebühr.⁸⁰

73. Zu §§ 138, 139:

In § 138 Abs. 2 S. 4, § 139 Abs. 1 S. 1 TKG-RE wird der Begriff der „Allgemeingenehmigungen“ verwendet, der sich sonst an keiner Stelle des Referentenentwurfs findet und der nach deutschem Recht keine Bedeutung hat. (Entweder es ist etwas allgemein erlaubt, dann bedarf es keiner Genehmigung. Oder es gibt einen Erlaubnisvorbehalt, dann bedarf es einer Einzelgenehmigung.)

Vorschlag:

Der Begriff der „Allgemeingenehmigungen“ sollte in § 138 Abs. 2 S. 4 durch den wohl gemeinten Begriff der „Allgemeinzuteilung“ (§ 47 Abs. 2 S. 1) ersetzt werden:

„Eine Beitragspflicht ist auch dann gegeben, wenn eine Frequenz auf Grund einer Allgemeinzuteilung, oder auf Grund sonstiger Verwaltungsakte oder dauerhaft ohne Zuteilung genutzt wird, insbesondere die bis zum 1. August 1996 erteilten Verleihungen, soweit sie Festlegungen über die Nutzung von Frequenzen enthalten.“

Entsprechendes gilt für § 139 Abs. 1, sofern auch hier in der Sache Allgemeinzuteilungen gemeint sein sollten:

„(1) Für die Kosten der Regulierungsbehörde für Maßnahmen zur Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation für die Öffentlichkeit und für die Verwaltung, Kontrolle sowie Durchsetzung von Allgemeinzuteilungen und Nutzungsrechten, soweit sie nicht anderweitig durch Gebühren oder Beiträge nach diesem Gesetz gedeckt sind, haben die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit einen Beitrag zu entrichten.“

⁸⁰ Vgl. dazu BVerfGE 93, 319 (345 ff.); BVerfG, 2 BvR 591/95 vom 18.12.2002, I. 2. a. aa. (1) und I. 2. a. aa. (2); Heimlich, DÖV 1997, 996 (999 f.); Murswiek, NVwZ 1996, 417 (418 ff.); Wieland, FS 50 Jahre BVerfG, 2001, S. 771 (782).

Anderenfalls ist der Begriff zu streichen, so dass die Vorschrift wie folgt lauten würde:

„(1) Für die Kosten der Regulierungsbehörde für Maßnahmen zur Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation für die Öffentlichkeit und für die Verwaltung, Kontrolle sowie Durchsetzung von Nutzungsrechten, soweit sie nicht anderweitig durch Gebühren oder Beiträge nach diesem Gesetz gedeckt sind, haben die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit einen Beitrag zu entrichten.“

74. Zu § 139 (Telekommunikationsbeitrag):

Die Abwälzung der Infrastruktur- und Betriebskosten für die Durchführung hoheitlicher Überwachungsmaßnahmen gemäß § 105 TKG-RE ist zumindest schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Falls die Regelung des § 105 TKG-RE nicht ohnehin angepasst werden sollte,⁸¹ wäre zumindest eine verpflichtende Anrechnung dieser Kosten auf den vom Betreiber zu entrichtenden Telekommunikationsbeitrag angezeigt.

Vorschlag:

§ 139 Abs. 2 erhält folgenden Satz 2:

„Kosten, die Betreibern durch die technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen gemäß § 105 entstehen, sind nach geeignetem Nachweis im vollem Umfang auf den Telekommunikationsbeitrag des Betreibers anzurechnen.“

§ 139 Abs. 4 S. 1 wird wie folgt gefasst:

„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen das Nähere über die Erhebung der Beiträge, insbesondere über den Verteilungsschlüssel und -stichtag, die Mindestveranlagung, das Umlageverfahren einschließlich eines geeigneten Schätzverfahrens und einer Klassifizierung hinsichtlich der Feststellung der beitragsrelevanten Kosten der Telekommunikationsdienste sowie der Anrechnung von Kos-

⁸¹ Vgl. die Anmerkungen unter 58. und 59.

tenanteilen nach Absatz 2, die Pflicht zur Mitteilung der Umsätze einschließlich eines geeigneten Verfahrens mit der Möglichkeit einer Pauschalierung sowie die Zahlungsfristen, die Zahlungsweise und die Höhe der Säumniszuschläge zu regeln.“

Neunter Teil: Straf- und Bußgeldvorschriften

75. Zu § 144 (Bußgeldvorschriften):

In § 144 Abs. 1 TKG-RE werden auch vorsätzliche und fahrlässige Verstöße gegen zentrale Vorschriften der Wettbewerbsregulierung zu bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeiten erklärt. Nicht erfasst ist dabei allerdings ein Verstoß gegen eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 19 TKG-RE. Angesichts der erheblichen Bedeutung dieser Pflicht mit Blick auf die Kontrolle eines etwaigen wettbewerbsverzerrenden Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens ist nicht ersichtlich, warum § 144 Abs. 1 TKG-RE nicht auch einen Verstoß gegen § 19 TKG-RE erfasst.

Vorschlag:

Es sollte erwogen werden, eine Nummer 6a in § 144 Abs. 1 einzufügen, die wie folgt lauten könnte:

„6a. einer Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung nach § 19 nicht, nicht richtig oder nicht vollständig nachkommt,“

76. Zu § 144 (Bußgeldvorschriften):

Die in § 144 Abs. 2 S. 1 TKG-RE für Ordnungswidrigkeiten im Kernbereich der Marktregulierung vorgesehene Geldbuße bis zu 500.000 Euro erscheint angesichts der betroffenen Umsätze zu gering, um eine effektive verhaltenssteuernde Wirkung entfalten zu können.

Vorschlag:

Der für die Fälle des § 144 Abs. 1 Nr. 3 bis 11, 13 bis 16, 18, 23 bis 28, 30, 32, 37 und 38 vorgesehene Höchstbetrag von 500.000 Euro sollte auf 5 Millionen Euro erhöht werden.

Zehnter Teil: Übergangs- und Schlussvorschriften

77. Zu § 145 (Übergangsvorschriften):

§ 55 Abs. 2 TKG-RE stellt nur auf Verpflichtungen ab, die sich aus einer Frequenzzuteilung ergeben, nicht aber auf solche, die sich aus einer von Inkrafttreten der Neufassung des Gesetzes erworbenen Lizenz ergeben. Und in § 121 TKG-RE wird nicht klar, ob hiervon auch Verstöße gegen Verpflichtungen erfasst werden, die sich aus Frequenznutzungsrechten oder Lizenzen ergeben, die unter der Geltung des bisherigen TKG erlassen wurden („[...] nach diesem Gesetz [...]“).

Vorschlag:

Es wird deshalb empfohlen, einen § 145 Abs. 4a einzufügen, der folgenden Inhalt haben könnte:

„(4a) Die §§ 55 und 121 gelten entsprechend für Verpflichtungen im Sinne von Absatz 4.“

78. Zu § 145 (Übergangsvorschriften):

[galt bereits für den Arbeitsentwurf]

§ 145 Abs. 4 S. 2 TKG-RE erklärt den gesamten zum Zeitpunkt der Frequenzzuteilung geltenden Rechtsrahmen für eingegangen im Sinne von Satz 1. Die Vorschrift steht damit im Widerspruch zu Bedingung 7 im Anhang B der Genehmigungsrichtlinie. Nach dieser gelten nur solche Rechte und Verpflichtungen fort, die „eingegangen“ wurden. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist ein Schutz des in den Auswahlverfahren geschaffenen besonderen Vertrauens.⁸²

Als problematisch erweist sich bei den UMTS-Lizenzen allerdings die rechtstechnische Ausgestaltung der Lizenzbestimmungen. Teilweise wurde hierin auf bestehende rechtliche Vorschriften verwiesen, wobei der Wortlaut dieser Vorschriften aber komplett wiedergegeben wurde. So ist nach geltendem Recht eine Resaleverpflichtung etwa bereits in § 4 TKV vorgesehen. Eine solche Pflicht musste also nicht noch einmal in den Lizenzen begründet werden. Gleichzeitig erschien gerade diese Pflicht den Beteiligten aber dermaßen wichtig, dass in den Lizenzen ausdrücklich hierauf hingewiesen wurde. Diese Rechte und Pflichten, auf die ein

⁸² Vgl. hierzu und zum Folgenden *Koenig/Koch*, MMR 2002, 439 (440 ff.).

solch ausdrücklicher Hinweis erfolgt ist, haben damit einen Teil der Entscheidungsgrundlage für das Verhalten in der Versteigerung gebildet und müssen deshalb auch dann Bestand haben, wenn die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften nachträglich geändert werden.

Vorschlag:

Es wird deshalb empfohlen, § 145 Abs. 4 S. 2 folgendermaßen zu fassen:

„Soweit in Lizenzen oder Frequenzuteilungen besonders auf Rechte und Verpflichtungen hingewiesen wurde, gelten diese Rechte und Verpflichtungen als eingegangen im Sinne von Satz 1, auch wenn die gesetzliche Grundlage nachträglich geändert wurde oder entfallen ist.“

ENTWURF EINER TELEKOMMUNIKATIONS- KUNDENSCHUTZVERORDNUNG (TKV 2003)

79. Zu § 12 (Rechnungsstellung):

Die in Absatz 3 vorgesehene Hinweispflicht ist insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte um 0190er-, 0900er-Rufnummern sowie Dialer zu begrüßen.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁸³ können dem Netzbetreiber bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten keine Einwendungen entgegengehalten werden, die aus dem Verhältnis zum Mehrwertdiensteanbieter herrühren. Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, so würde auch § 12 Abs. 3 nur Einwendungen betreffen, die im Verhältnis zum Netzbetreiber ihren Grund finden.

Vorschlag:

Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass § 12 Abs. 3 auch für Einwendungen im Verhältnis zum Mehrwertdiensteanbieter gilt. Hierzu könnte an folgende Formulierung gedacht werden:

*„(3) Das rechnungsstellende Unternehmen muss den Rechnungsempfänger in der Rechnung darauf hinweisen, dass dieser berechtigt ist, begründete Einwendungen gegen einzelne in der Rechnung gestellte Forderungen, **einschließlich solcher Forderungen, die das Verhältnis zu einem Mehrwertdiensteanbieter betreffen**, zu erheben.“*

⁸³ Urteil vom 22.11.2001 – III ZR 5/01.

ENTWURF EINER VERORDNUNG ÜBER DIE TECHNISCHE UND ORGANISATORISCHE UM- SETZUNG VON MAßNAHMEN ZUR ÜBERWA- CHUNG DER TELEKOMMUNIKATION (TELE- KOMMUNIKATIONS- ÜBERWACHUNGSVERORDNUNG – TKÜV)

Teil 1: Allgemeine Vorschriften, Begriffsbestimmungen

Teil 2: Maßnahmen nach den §§ 100a, 100b der Strafpro- zessordnung, § 3 des Artikel 10-Gesetzes und den §§ 39 bis 43 des Außenwirtschaftsgesetzes

Abschnitt 1: Kreis der Verpflichteten, Grundsätze

80. Zu § 3 (Kreis der Verpflichteten):

Absatz 2 Satz 3 erweitert den Kreis der Verpflichteten auf Betreiber von Netzknoten, die der Zusammenschaltung mit ausländischen Telekommunikationsnetzen dienen. Hiervon erfasst werden nach dem Wortlaut auch Internet-Gateways. Nach der Begründung sollen hierdurch Fälle erfasst werden, in denen eine Rufnummer im Ausland bekannt ist.

Vorschlag:

Es sollte in der Verordnung klargestellt werden, dass von der Regelung Internet-Gateways nicht betroffen sind. Hierzu könnte § 3 Abs. 2 S. 3 wie folgt formuliert werden:

„Satz 2 Nr. 1 gilt nicht für Netzknoten, die der Zusammenschaltung mit ausländischen öffentlichen Telefonnetzen dienen.“

Abschnitt 2: Technische Anforderungen

Abschnitt 3: Organisatorische Anforderungen, Schutzanforderungen

*Abschnitt 4: Verfahren zum Nachweis nach § 105 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Tele-
kommunikationsgesetzes*

Abschnitt 5: Zulässige Abweichungen, Ausnahmeregelungen

Abschnitt 6: Sonstige Vorschriften

**Teil 3: Maßnahmen nach den §§ 5 und 8 des Artikel 10-
Gesetzes**

Teil 4: Übergangsvorschriften, Schlussbestimmungen

ENTWURF EINER TELEKOMMUNIKATIONS- NUMMERIERUNGSVERORDNUNG (TKNV)

Erster Teil: Allgemeine Vorschriften

81. Zu § 1 (Nummern):

Die ausdrückliche Einbeziehung von „Internet Domain Namen mit deutscher Landesken-
nung“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 10 TKNV-RE) erscheint aus mehrerlei Hinsicht überdenkenswert. Zu-
nächst gilt festzuhalten, dass sie gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist.⁸⁴ Sie begegnet ü-
berdies als erhebliche Ausweitung der Regulierung in bislang wettbewerblich strukturierte
Bereiche erheblichen rechtspolitischen Bedenken.⁸⁵

Vor allem aber wirft die Einbeziehung von „Internet Domain Namen mit deutscher Landes-
kennung“ zahlreiche Fragen auf, die letzten Endes die Systemwidrigkeit einer solchen Aus-
weitung der Regulierung deutlich machen. So ist schon völlig unklar, was unter einer „deut-
schen Landeskenung“ zu verstehen sein soll – angesichts der Bezugnahme auf „9.4“ jeden-
falls offensichtlich nicht (nur) die ISO-3166-1-Codes („de“). Unklar ist des Weiteren, wie
faktisch die Möglichkeit des hoheitlichen Zugriffs auf die betreffende Domain sichergestellt
werden soll, beispielsweise wenn es sich um einen „deutschen Namensraum“ unterhalb einer
von „de“ abweichenden Top-Level-Domain handeln sollte (denkbar wären z. B. „de.co“,
„de.name“, „9.4.enum.co“ etc.), der von einer außerhalb Deutschlands ansässigen Person
verwaltet wird. Unklar ist auch, warum Domainnamen, nicht aber IP-Adressen einbezogen
werden, die im Gegensatz zu Domainnamen unzweifelhaft in Telekommunikationsnetzen
Zwecken der Adressierung dienen. Selbst wenn man das weder in §§ 58 ff. TKG-RE noch in
den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angelegte Begrenzungskriterium der „deutschen
Landeskennung“ anlegt, sind auch im Bereich der IP-Adressen solche Adressräume denkbar –
etwa wenn im Rahmen von IPv6 bestimmte Bereiche für eine Zuordnung nach geographi-
schen Kriterien vorgesehen werden sollten oder wenn ein weltweit agierender Internet-

⁸⁴ Vgl. bereits die Anmerkung unter 50.

⁸⁵ Vgl. vertiefend *Koenig/Neumann*, CR 2003, 182.

Provider seine IP-Blöcke nach einzelnen Landesmärkten unterteilt.⁸⁶ Jedenfalls sobald solche „deutschen Adressräume“ entstehen, dürfte sich eine Regulierung auch von IP-Adressen angesichts der Verpflichtung der Hoheitsgewalt auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG nicht mehr vermeiden lassen.

Die aufgezeigten Inkonsistenzen zeigen, dass die telekommunikationsrechtliche Regulierung von Domainnamen mit deutscher Landeskennung rechtspolitisch abzulehnen ist. Wenn man sie dennoch in den Bereich der Nummerierung einbeziehen wollte, sollte man aber keinesfalls an der bislang in § 3 Nr. 10 TKG enthaltenen Definition des Begriffs der „Nummern“ festhalten, wie es derzeit in § 1 Abs. 1 TKNV-RE geschieht. Stellt man auf das Internet (definiert als das durch die Protokolle TCP und IP definierte virtuelle Signalübertragungsnetz) als „Telekommunikationsnetz“ im Sinne der Definition ab, dann ist die Annahme, Domainnamen dienen in diesem Netz Zwecken der Adressierung, falsch, da auf Ebene der TCP/IP-Kommunikation ausschließlich die IP-Adresse verwendet wird.⁸⁷ Bereits der Wortlaut der Legaldefinition steht dann der Einbeziehung von Domainnamen in den „Nummern“-Begriff entgegen.⁸⁸ Zwecken der Adressierung dienen Domainnamen hingegen durchaus in Kommunikationsnetzen, die durch Internet-Dienste aufgespannt werden, wie namentlich das WWW auf Grundlage des Hypertext Transfer Protocols.⁸⁹ Hält man *diese* Netze für „Telekommunikationsnetze“, so stünde der Wortlaut der Legaldefinition des „Nummern“-Begriffs der Einbeziehung von Domainnamen in der Tat nicht im Wege. Allerdings handelt es sich bei diesen Internet-Diensten um die typischen Dienste der Informationsgesellschaft, die – sofern sie nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen – gerade nicht in den

⁸⁶ Wenn also beispielsweise der Provider XYZ über alle IP-Adressen unter 124.x.x.x verfügt und für seine deutschen Kunden die IP-Adressen im Block 124.49.x.x vorgesehen hätte.

⁸⁷ Sachlich falsch daher Anlage 1 Nr. 10 zu § 2 Abs. 1 TKNV-RE: „Domain Namen sind Zeichenfolgen, die im Internet unter Verwendung des Domain Name Systems zu Zwecken der Adressierung verwandt werden.“

⁸⁸ Koenig/Neumann, CR 2003, 182 (183 f.) m. w. Nachw., zuletzt auch Holznel, MMR 2003, 219 (220 f.).

⁸⁹ In diesen Netzen erfolgt die Adressierung in der Tat nicht (stets) allein durch die IP-Adresse. So ist es im WWW z. B. möglich, eine Vielzahl virtueller Server auf ein und derselben IP-Adresse zu betreiben, so dass die Herstellung der WWW-Verbindung anhand des mitübermittelten Domainnamen erfolgt. Die Situation ist – von der Automatisierung abgesehen – freilich identisch mit der im Bereich der herkömmlichen Telefonie, wie an folgendem plakativen Beispiel deutlich gemacht werden kann: Unter der Rufnummer 1234 sind Adam, Bertha und Christian Müller erreichbar. Die bloße Wahl der Nummer 1234 erlaubt damit nicht zwangsläufig die Kommunikation mit dem gewünschten Kommunikationspartner. Vielmehr ist die Mitübermittlung des Namens erforderlich, mit dessen Hilfe dann nach Herstellung der Telekommunikationsverbindung die weitere Adressierung erfolgt. Dennoch handelt es sich z. B. bei „Bertha Müller“ schwerlich um eine „Nummer“, die der telekommunikationsrechtlichen Regulierung unterfällt oder bedürfte.

Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts, sondern in Deutschland in den Bereich des Telemedienrechtes fallen. Im Falle des WWW handelt es sich so beispielsweise um einen Dienst, der Datenbankabfragen bearbeitet und auf diese hin bestimmte Dateien ausliefert, diese aber gerade nicht selbst überträgt, sondern sich hierfür normaler TCP/IP-Verbindungen bedient. Bei diesen erfolgt die Adressierung aber wieder ausschließlich mittels IP-Adressen. Es handelt sich damit bei den auf (Inhalts-)Diensteebene gespannten Kommunikationsnetzen nicht um Telekommunikationsnetze im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG-RE, was auch daraus ersichtlich wird, dass die Legaldefinition ausdrücklich nur das Internet, nicht aber z. B. das WWW nennt.

Unter keinem Gesichtspunkt ist daher die Auffassung begründbar, Domainnamen dienen in Telekommunikationsnetzen Zwecken der Adressierung. Soweit der TKNV-RE hiervon abweichende Regelungen enthält, verstößt er gegen die Verordnungsermächtigung des § 59 TKG-RE (sofern man den gesetzlichen „Nummern“-Begriff des alten TKG zugrunde legt) oder setzt sich in Widerspruch zu seinem eigenen § 1 Abs. 1. Das zuletzt dargestellte Verständnis, bei dem auf Internet-Dienste abgestellt wird, bewegt sich überdies außerhalb des Telekommunikationsbegriffes, so dass es weder von § 59 TKG-RE noch von Art. 73 Nr. 7, Art. 87f GG gestützt wird und sich auch in Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben setzt.

Vorschlag:

§ 1 Abs. 2 Nr. 10 sollte gestrichen werden. Falls dennoch an der Einbeziehung von Domainnamen festgehalten werden soll, wäre angesichts des Wortlautproblems dringend eine Neufassung der Legaldefinition des „Nummern“-Begriffes⁹⁰ anzuraten, wobei an folgende Formulierung gedacht werden könnte:

*„Nummern sind Zeichenfolgen, die **im Zusammenhang mit der Nutzung von Telekommunikationsnetzen und -diensten** Zwecken der Adressierung dienen.“*

⁹⁰ Zum systematischen Standpunkt der Legaldefinition vgl. auch die Anmerkung unter 13.

Zweiter Teil: Spezielle Verbraucherschützende Regelungen

82. Allgemein zu §§ 13 f.:

Die Aufgabe der Nummerierung wird nach § 58 TKG-RE durch die Regulierungsbehörde wahrgenommen. Jedenfalls theoretisch kann die Regulierungsbehörde den Nummernraum auch nachträglich ändern. Dass von dieser Möglichkeit auch in der Praxis Gebrauch gemacht wird, zeigt die Umstellung der Nummerngasse 0190 auf 0900er-Nummern. Dementsprechend ist es systemwidrig, einerseits der Regulierungsbehörde die Befugnis zur Strukturierung des Nummernraums zuzuweisen und andererseits für bestimmte – derzeit geltende – Nummerngassen gesetzliche Regelungen zu treffen. Unklar bleibt hier auch das Verhältnis der besonderen Vorschriften über die Nummerngassen 0190 und 0900 zur Vorschrift des § 58 TKG-RE. So ist zweifelhaft, ob die geplante Änderung etwa dazu führt, dass diese Nummerngassen⁹¹ in Zukunft nicht mehr von der Regulierungsbehörde bei Umstrukturierungen berücksichtigt werden dürfen.

Die Beschränkung auf die beiden Nummerngassen hat darüber hinaus ganz praktische Auswirkungen: Ein Missbrauchspotential besteht nicht nur bei 0190er- und 0900er-Nummern, sondern bei allen frei tariffierbaren Nummerngassen. Sonderregeln für die beiden Nummerngassen werden die Missbrauchsproblematik also allenfalls verlagern.⁹²

Vorschlag:

Der gesamte gesetzgeberische Ansatz sollte nummerngassenneutral gewählt werden. Die Mehrwertdienstproblematik ist nicht an einzelnen Nummerngassen festzumachen, sondern am Missbrauchspotential von Nummerngassen, die Inhaltsanbietern einen Verdienst ermöglichen. In diesem Zusammenhang sei auch an die Möglichkeit von Auslandsverbindungen erinnert, wie sie früher insbesondere für bestimmte Erotikangebote genutzt wurden.

⁹¹ Praktische Relevanz hat dies freilich nur für die 0900er-Gasse. Die 0190er-Nummerngasse wird für zukünftige Zwecke reserviert.

⁹² Siehe bereits die Anmerkung unter 51.

83. Allgemein zu §§ 13 f.:

Es ist sehr zweifelhaft, inwiefern die §§ 13 und 14 durch die Ermächtigungsgrundlage des § 59 TKG-RE gedeckt sind. Dieser ermächtigt lediglich zur Regelung von Fragen der Strukturierung und Ausgestaltung des Nummernraums.

Vorschlag:

Die in den §§ 13 und 14 geregelten Sachprobleme sollten an anderer Stelle normiert werden.

84. Zu § 13 (Auskunftsanspruch, Datenbank für [0]900er Rufnummern):

Die Einrichtung einer zentralen Datenbank bei der Regulierungsbehörde für die Verwender von 0900er-Nummern ist grundsätzlich zu begrüßen. Wünschenswert wäre es allerdings, auch die 0190er-Nummern zu erfassen. Zwar kann es hier wegen des möglichen Wechsels des Inhaltsanbieters häufiger zu Änderungen kommen. Dies ist jedoch kein technischer Hinderungsgrund. Die Norm sollte dementsprechend so ausgestaltet werden, dass eine Meldepflicht der Zuteilungsnehmer besteht, die nicht abhängig von Auskunftersuchen der Regulierungsbehörde ist.

Überdies sollte der Ort der Veröffentlichung nicht nur in der Begründung, sondern auch im Normtext angegeben werden. Dabei wäre die Verwendung des derzeit in der Verordnungsbegründung gewählten Begriffs „Internet“⁹³ allerdings ungenau. Gemeint ist das World Wide Web – WWW. Im „Internet“ veröffentlicht wäre auch eine Datenbank, die über SQL-Befehle und Telnet zu bedienen ist.

Vorschlag:

Für § 13 Abs. 2 sollte an eine der folgenden Formulierungsalternativen gedacht werden:

*„(2) Alle (0)190er- und (0)900er-Mehrwertdiensternummern werden in einer Datenbank bei der Regulierungsbehörde erfasst. Die **Datenbank** ist unter Angabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift des Diensteanbieters **über die WWW-Seite der Regulierungsbehörde zugänglich zu machen. Die Zuteilungsnehmer von (0)190er-Mehrwertdiensternummern sind verpflichtet, der Regulierungsbehörde die in Satz 2 genannten Angaben und gegebenenfalls Ände-***

⁹³ BMWA, Begründung zum Entwurf einer Telekommunikations-Nummerierungsverordnung (TKNV), S. 25.

rungen unverzüglich zu melden. Sie haben die Angaben erforderlichenfalls bei ihren Kunden zu erheben. Jeder, der die entsprechenden (0)190er-Mehrwertdiensterufnummern weitergegeben hat oder nutzt, ist zur Auskunft gegenüber dem Zuteilungsnehmer verpflichtet.“

oder unter Berücksichtigung der Anmerkung unter 51.:

*„(2) Alle Mehrwertdiensterufnummern werden in einer Datenbank bei der Regulierungsbehörde erfasst. Die **Datenbank** ist unter Angabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift des Diensteanbieters über die WWW-Seite der Regulierungsbehörde zugänglich zu machen. Die Zuteilungsnehmer von Mehrwertdiensterufnummern sind verpflichtet, der Regulierungsbehörde die in Satz 2 genannten Angaben und gegebenenfalls Änderungen unverzüglich zu melden. Sie haben die Angaben erforderlichenfalls bei ihren Kunden zu erheben. Jeder, der die entsprechenden Mehrwertdiensterufnummern weitergegeben hat oder nutzt, ist zur Auskunft gegenüber dem Zuteilungsnehmer verpflichtet.“*

85. Zu § 14 (Bedingungen für die Nutzung von [0]190er oder [0]900er Rufnummern):

Der systematische Standort der Absätze 1 und 2 in der TKNV ist problematisch.

Vorschlag:

Systemgerechter wäre es entweder, die Regelungen zur Vertragstransparenz in der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung zu treffen, oder, was vorzugswürdig erscheint, in der Preisangabenverordnung.

86. Zu § 14 (Bedingungen für die Nutzung von [0]190er oder [0]900er Rufnummern):

Die Regelung des § 14 Abs. 3 TKNV-RE ist zu begrüßen. Sie macht einerseits deutlich, dass die Abrechnung über Mehrwertdiensterufnummern ein Instrument zur Bezahlung von Kleinbeträgen ist. Andererseits lässt sie als Opt-in-Möglichkeit auch die Abrechnung größerer Beträge zu. Der systematische Standort in der TKNV ist jedoch problematisch.

Vorschlag:

Systemgerechter wäre eine Stellung in der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung.

87. Zu § 14 (Bedingungen für die Nutzung von [0]190er oder [0]900er Rufnummern):

Die Regelung des § 14 Abs. 4 TKNV-RE ist zu begrüßen. Zwar gibt es in der Rechtsprechung bereits Ansätze, eine entsprechende Trennpflicht als Nebenpflicht zivilrechtlich zu begründen.⁹⁴ Eine gesetzliche Klarstellung ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Verbraucherschonung aber wünschenswert. Der systematische Standort in der TKNV ist jedoch problematisch.

Vorschlag:

Systemgerechter wäre eine Stellung in der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung.

88. Zu § 14 (Bedingungen für die Nutzung von [0]190er oder [0]900er Rufnummern):

Die vorgeschlagene Regelung stellt einen sehr weitreichenden Eingriff dar. Soweit ersichtlich wären Dialer die einzigen Computerprogramme (für Verbraucher), die einer staatlichen Zulassung bedürfen. Darüber hinaus ist der Telekommunikationssektor – dem Dialer wenigstens im weitesten Sinne zugeordnet werden können – hinsichtlich staatlicher Genehmigungen durch eine Deregulierung geprägt.⁹⁵ Zudem ist zweifelhaft, ob sich die „schwarzen Schafe“ der Branche an eine solche Registrierungspflicht halten würden. Bereits nach geltendem Recht sind Dialer, die sich verdeckt installieren oder über ihre Funktion täuschen, rechtswidrig.

Vorschlag:

Es sollte geprüft werden, ob nicht mildere Möglichkeiten bestehen. Eine solche kann etwa im Erlass von Richtlinien für Dialer bestehen. Diese könnten von der Regulierungsbehörde unter Beteiligung/Anhörung der Verbraucher- und Wirtschaftsverbände erstellt werden.

⁹⁴ OLG Hamm, Urteil vom 05.11.2002 – 19 U 41/02; LG Heidelberg, Urteil vom 17.05.2002 – 5 O 19/02.

⁹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 8 der Genehmigungsrichtlinie. Vgl. außerdem Art. 8 der Richtlinie 1999/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Mai 1999 über Funkanlagen und Telekommunikationsend-einrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität, ABl. EG L 91 vom 07.04.1999, S. 10.

Dritter Teil: Bußgeldvorschrift, Gebühren, Übergangs- und Schlussbestimmungen

89. Zu § 15 (Bußgeldvorschriften)

§ 15 TKNV-RE verweist auf § 14 TKNV-RE und auf sich selbst, obwohl in der Sache Verweise auf § 13 TKNV-RE bzw. § 14 TKNV-RE gemeint sein dürften.

Vorschlag:

Die Querverweise in § 15 sind zu korrigieren:

„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

- 1. als Netzbetreiber Nummern trotz fehlender Nutzungsberechtigung freischaltet*
- 2. zugeteilte Nummern trotz Abmahnung durch die Regulierungsbehörde regelwidrig nutzt,*
- 3. einer vollziehbaren Anordnung nach § 13 Abs. 1 Satz 3 zuwiderhandelt,*
- 4. entgegen § 14 Abs. 1 Satz 1, 2, 4 oder 5 eine Angabe nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht,*
- 5. entgegen § 14 Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 5, eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht,*
- 6. entgegen § 14 Abs. 4 eine Verbindung nicht oder nicht rechtzeitig trennt,*
- 7. entgegen § 14 Abs. 5 Satz 1 einen Dialer einsetzt.“*

Bonn, den 26. Mai 2003

*Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL. M., Dr. Jürgen Kühling LL. M.,
Jens-Daniel Braun, Ralf Capito LL. M., Mathias Elspaß, Tobias Katzschmann,
Alexander Koch, Sascha Loetz, Andreas Neumann, Kay E. Winkler LL. M.*