

ALEXANDER DITSCHEID/FREDERIC UFER

Die Novellierung des TKG 2009 - ein erster Überblick

Nach dem TKGÄndG 2007, das insbesondere die Kundenschutzvorschriften der §§ 43a ff. sowie §§ 66a ff. TKG neu kodifizierte, tritt 2009 die zweite Novelle des TKG in Kraft. Im Juni 2009 werden sowohl das Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes sowie das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen im Bundesgesetzblatt veröffent-

licht. Durch beide Gesetze werden Normen des TKG modifiziert, wobei durch das zweite Vorhaben lediglich die Vorschrift des § 102 TKG betroffen ist. Unter den gesetzgeberischen Maßnahmen finden sich sowohl verbraucher-schützende Normen als auch solche, die neue Geschäftsmodelle im TK-Bereich ermöglichen sollen. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die wohl wesentlichsten Änderungen des TKG.

I. Einleitung

Mit Inkrafttreten der Änderungen im TKG¹ enden zwei Gesetzgebungsverfahren, die bereits unmittelbar nach Vorlage der ersten Entwurfsfassungen für intensive Diskussionen gesorgt hatten. Die Änderungsanträge² und Debatten in den Gremien zeugen von der praktischen Relevanz der Änderungen des TKG. Tatsächlich bringen die jüngsten Änderungen zahlreiche Neuerungen für Wirtschaft und Verbraucher mit sich, die von erheblicher Bedeutung für die Geschäftsmodelle der Unternehmen und das alltägliche Telefonieverhalten der meisten Menschen sein dürften. Die Änderungen stellen sich im Einzelnen wie folgt dar:

II. Die Änderungen im Einzelnen

1. § 40 Abs. 1 TKG - Textformerfordernis für die Betreibervorauswahl (Preselection)

§ 40 Abs. 1 Satz 4 TKG sieht vor, dass die Erklärung des Teilnehmers zur Einrichtung oder Änderung der Betreibervorauswahl oder die von ihm erteilte Vollmacht zur Abgabe dieser Erklärung der Textform bedarf. Bislang muss der aktuelle Anbieter des Telefonanschlusses diesen schon dann umstellen, wenn der neue Anbieter bloß behauptet, der Kunde wolle wechseln und er habe seinen alten Vertrag gekündigt. Mit der Neuregelung wird das Ziel verfolgt, die Transparenz bei einer Umstellung der Betreibervorauswahl zu verbessern und die Teilnehmer vor Missbräuchen zu schützen. In Abgrenzung zum ebenfalls diskutierten Schriftformerfordernis³ erlaubt die Textform i.S.d. § 126b BGB die Übermittlung der Willenserklärung in elektronischer Form ohne eigenhändige Unterschrift.⁴ Für das Geschäftsmodell der Preselection-Anbieter hat dies die Beachtung eines generellen Textformerfordernisses, auch im Zweiparteienverhältnis, zur Folge. In Ergänzung zu der beabsichtigten Neuregelung in § 312f BGB ist es Ziel der Bundesregierung, auch hierdurch „untergeschobene Ver-

träge" zu unterbinden; also die Umstellung von Betreiber-vorauswahlen, ohne dass der Anschlussinhaber dies tatsächlich in Auftrag gegeben hat oder in Auftrag geben wollte.⁵ In dem parallelen Gesetzgebungsverfahren gegen unlautere Telefonwerbung findet sich ein weiteres generelles Textformerfordernis im Falle des Anbieterwechsels bei laufenden Dauerschuldverhältnissen (§312f BGB n.F.). Hierdurch soll verhindert werden, dass ein neuer Anbieter den Vertrag des Verbrauchers mit seinem bisherigen Anbieter ohne entsprechenden Auftrag des Verbrauchers kündigt. Der jetzige § 312f BGB würde dann zu § 312g BGB. Der Umstand, dass es sich bei Preselection primär um die Einrichtung lediglich eines Dienstmerkmals am bestehenden Teilnehmeranschluss (der DTAG) handelt, bedeutet, dass der Vorgang nicht unter den die Kündigung von Vertragsverhältnissen regelnden Wortlaut des § 312f BGB subsumierbar ist. Dies hat nun die Sonderregelung in § 40 Abs. 1 TKG erforderlich gemacht. Ob es sinnvoll ist, diese Voraussetzung nicht wie vorgesehen im Bereich des Kundenschutzes (§§ 43a ff. TKG) zu verankern, sondern i.R.d. Zugangsregulierung, mag bezweifelt werden. Zu begrüßen ist, dass das Textformerfordernis - anders als heute - uneingeschränkt für marktbeherrschende und alternative Anbieter Anwendung finden soll. Die in vielen anderen Ländern erfolgreich eingesetzte Beweisführung im Streitfall durch die Übermittlung von Sprachaufzeichnungen - dem sog. „Voice Recording" - hatte der Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens als Alternative zum Textformerfordernis für unzureichend erklärt.

2. § 45 TKG - Berücksichtigung der Interessen behinderter Endnutzer

Die Modifikation des § 45 TKG soll die Einrichtung eines Vermittlungsdienstes für gehörlose und hörgeschädigte Menschen beschleunigen. Sinn und Zweck eines Vermittlungsdienstes ist es, den Betroffenen im Grundsatz - trotz ihrer Behinderung - herkömmliche „Sprach"-Telefonie zu ermöglichen. Der Gehörlose oder Hörgeschädigte soll in die Lage versetzt werden, jeden Teilnehmer anzurufen bzw. von jedem Teilnehmer angerufen zu werden. Der Vermittlungsdienst ermöglicht durch die Dolmetscherleistung des Gebärdensprachdolmetschers bzw. Schriftdolmetschers, die Behinderung des gehörlosen oder hörgeschädigten Menschen auszugleichen und diesem die Verständigung mit anderen zu ermöglichen.⁶ Die Vorschrift erlaubt die Zuweisung einer Sonderabgabe an solche TK-

1) Vgl. bereits Ufer, K&R 2008,493, fokussiert auf den Bereich der unerlaubten Telefonwerbung.

2) S. hierzu insb. BR-Drs. 553/08, BT-Drs. 16/10731, BT-Drs. 16/12405.

3) Hierzu Palandt/He/nrfc/is, BGB, 68. Aufl., § 126 Rdnr. 2 ff. und 5 ff.

4) Palandt/He/nr/chs (o. Fußn. 3), § 126b Rdnr. 1 sowie 3 ff.

5) Sog. „Slamming".

6) Ausf. Informationen zu der Funktionsweise des Vermittlungsdienstes sind abrufbar unter: <http://www.bundesnetzagentur.de>.

Unternehmen, die öffentlich zugängliche Telefondienste anbieten. Die Kosten des Dienstes sollen von diesen Unternehmen getragen werden, wobei sich der Beitrag des TK-Anbieters nach dessen erbrachten abgehenden Verbindungsminuten bemisst. Ein Unternehmen, das weniger als 0,5% des Gesamtvolumens an Verbindungsminuten erbringt, wird von der Verpflichtung zur anteiligen Kostentragung befreit, um die Vorschrift praktikabel zu halten und kaum beherrschbaren Bürokratieaufwand zu vermeiden. Der Neuregelung im TKG war das letztlich erfolglose Bemühen der *Bundesnetzagentur (BNetzA)* vorausgegangen, über eine freiwillige Selbstverpflichtung der TK-Anbieter die Finanzierung des Vermittlungsdienstes zu gewährleisten. Vergleichbare Regelungen zu der im TKG gibt es bereits im Ausland.⁷

3. § 47a Abs. 1 TKG - Schlichtung für Streitigkeiten aus der EU-Roamingverordnung

§ 47a Abs. 1 TKG eröffnet in der geänderten Fassung die Möglichkeit eines BNetzA-Schlichtungsverfahrens auch für Streitigkeiten, welche die EU-Roaming-Verordnung⁸ betreffen. Ferner werden die Befugnisse der BNetzA erweitert, um die Durchsetzbarkeit der Verordnung zu sichern.⁹ Verstöße gegen die Verordnung können mittels Bußgeldern über §§ 149 Abs. 1a i.V.m. 149 Abs. 2 Satz 1 TKG zukünftig mit bis zu € 100.000,- sanktioniert werden.¹⁰ Der BNetzA stehen zudem die Eingriffsbefugnisse nach § 126 TKG jetzt auch bei Verstößen gegen die EU-Verordnung zu.

4. §§ 66a, 66d Abs. 3, 67 Abs. 2 TKG - Änderungen im Bereich der 0180er-Rufnummern

Seit dem TKGÄndG 2007 sind sog. Mehrwertdienste (MWD)¹¹ fester Regelungsbestandteil des TKG. Im TKG 1996 fanden sie noch keine Erwähnung, da der Gesetzgeber für hybride Leistungen - bestehend aus TK-Verbindung und inhaltlicher Leistung - keine gesonderte Regelungsnotwendigkeit im Bereich der Telekommunikation sah. Zudem war die Zuordnung zwischen TKG und TDG (heute TMG) umstritten. Der erhöhte Regelungsbedarf in den Jahren 2003 zwang den Gesetzgeber zum Handeln. Dieser ordnete die Dienste systematisch zutreffend dem TKG zu. Mit dem TKGÄndG 2007 wurden zudem umfangreiche Bestimmungen zu MWD in den §§ 66a ff. TKG kodifiziert. Seit Einführung des TMG wurde zudem klargestellt, dass diese Dienste nicht mehr den Telemedien zuzuordnen sind.¹²

a) § 3 Nr. 8a TKG - 0180er-Dienste werden in „Service-Dienste“ umbenannt

In den Begriffsbestimmungen des § 3 TKG finden sich heute zahlreiche Definitionen, welche durch die Aufnahme der §§ 66a ff. in das TKG erforderlich wurden.¹³ So hatte der Gesetzgeber auch den Begriff der „Geteilten-Kosten-Dienste“ (zuvor „Shared-Cost-Dienste“) aus den Zuteilungsregeln der BNetzA in § 3 Nr. 8a TKG übernommen. Diese Begrifflichkeit entsprach bereits bei Aufnahme in das TKG nicht mehr den gängigen Geschäftsmodellen, welche unter der Rufnummerngasse angeboten wurden. Die Kostenteilung zwischen Anrufer und angerufenem Dienstleister stellte bereits vor 2007 eine eher seltene Ausnahme dar. Ganz überwiegend wurden die Rufnummern analog Premium-Rate-Diensten i.S.d. § 3 Nr. 17a TKG angeboten, nur in einem niedrigeren Preissegment. Die Verrechnung zwischen dem TK-Anbieter und dem Inhalteanbieter erfolgte auf Grund der bisherigen Begriffsdefinition allerdings regelmäßig nicht unmittelbar, sondern durch

Werbekostenzuschüsse oder andere vertragliche Nebenabreden. Der Gesetzgeber hat jetzt der Marktentwicklung im Bereich der Rufnummerngasse 0180 Rechnung getragen und die Begrifflichkeit an den sich gewandelten TK-Markt angepasst. Zukünftig unterliegen die Rufnummern auch keiner inhaltlichen Gestaltungsbeschränkung mehr.¹⁴ Von dem zunächst beabsichtigten Begriff der „Festen-Kosten-Dienste“ wurde wieder Abstand genommen, da Anrufe aus den Mobilfunknetzen zwar in der Preishöhe (vgl. unten § 66d Abs. 3 TKG) limitiert werden, i.Ü. aber weiterhin frei tarifierbar bleiben.

b) § 66d Abs. 3 TKG - Preishöhenbeschränkung bei „Service-Diensten“

Obwohl sich die im Jahr 2007 in Kraft getretenen Verbrauchervorschriften der §§ 66a ff. TKG¹⁵ nahezu ausnahmslos mit der Thematik der MWD beschäftigen, haben sie - abgesehen von gesetzlichen Preishöchstgrenzen in § 66d Abs. 1 TKG für 0900er-Rufnummern - zu keiner Preisvereinheitlichung bei der Inanspruchnahme dieser Leistungen aus Festnetz- und Mobilfunknetzen geführt. Die Pflicht zu einem einheitlichen Preis für die Inanspruchnahme eines MWD aus allen TK-Netzen wurde i.Ü. nicht normiert. Eine Ermächtigungsgrundlage für die Festlegung von Preisobergrenzen durch die BNetzA existiert mit § 67 Abs. 2 TKG lediglich im Festnetzbereich. Der Wortlaut des § 67 Abs. 2 Satz 1 TKG ist insoweit eindeutig: „wenn [...] unterschiedliche Preise aus den Festnetzen gelten würden“. So sollen divergierende Endnutzerpreise aus ca. 50 unterschiedlichen Teilnehmerfestnetzen vermieden werden. § 67 Abs. 2 TKG erlaubt es der BNetzA - beschränkt auf das Festnetz - an der bestehenden Marktsituation orientierte Endkundenpreise festzulegen, wenn Dienste, die im sog. Online-Billing¹⁶ (z.B. 0180, 0137¹⁷) abgerechnet werden und in unterschiedlichen Festnetzen, divergierende Preise aufweisen.¹⁸ Die Mobilfunkunternehmen, die generell nur im Online-Billing-Verfahren abrechnen, besitzen gleichfalls die Preishoheit, sind aber von der Preissetzungsbefugnis der BNetzA nach § 67 Abs. 2 TKG ausgeschlossen. Die Preishöhe ist somit dort nicht limitiert.

Ausgangssituation

Die Ursache dieser Systematik findet sich in den historisch gewachsenen Abrechnungssystemen, bei denen die Mo-

7) Für die USA *Spies*, MMR 8/2007, S. XVI; der amerikanische Regulierer FCC informiert unter: <http://www.fcc.gov/cgb/dro/trs.html> über die einschlägigen Vorschriften.

8) VO Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.6.2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 2002/21/EG, ABl. EG Nr. L 171, S. 32.

9) BT-Drs. 16/10731, S. 2.

10) Zu den Änderungen vgl. BT-Drs. 16/10731, S. 8.

11) Als MWD in diesem Sinne werden hier gestützte Dienste i.S.d. § 3 Nr. 25 TKG verstanden; s. hierzu auch *Ditscheid/Rudloff*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, Komm., § 3 Nr. 25 Rdnr. 10 TKG.

12) Vgl. hierzu den Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG.

13) BT-Drs. 15/5213, S.20 sowie BT-Drs. 16/2581, S. 22; zusammenfassend *Ditscheid/Rudloff* (o. Fußn. 11), § 3 TKG Rdnr. 3.

14) BT-Drs. 16/12405, S. 19 zu §3 TKG.

15) Überblick hierzu *Klaes*, CR 2007, 220 ff.; *Ditscheid*, MMR 2007, 210 ff.

16) Im Bereich des sog. Online-Billings legte die TNB den Preis für die Dienstleistung ggü. dem Endnutzer fest. Da aber die Tarife nach Gassen im Festnetz zugeordnet und unveränderbar sind, verfügt der TNB lediglich formell über die Preishoheit. Der Inhalteanbieter kann durch die Wahl der Tarifgasse (z.B. 0180-1 etc.) den Preis für seine Leistung im Festnetz daher selbst bestimmen.

17) Preise für Dienste, die im Offline-Billing abgerechnet werden, sind für den Endnutzer im Festnetz per se einheitlich, da der Preis nicht durch den TNB, z.B. DTAC, Vodafone oder NetCologne, festgelegt wird, sondern durch den MWD.

18) *Ditscheid/Rudloff* (o. Fußn. 11), § 67 TKG Rdnr. 1.

bilfunkunternehmen immer die Preissetzungshoheit für Mehrwertdienste-Rufnummern (z.B. 0137,0180,118xy)¹⁹ innehaben, die der Höhe nach nicht begrenzt ist.²⁰ Resultierend hieraus sind die Mobilfunkendkundenpreise in den verschiedenen Netzen stets heterogen ausgestaltet und hängen von der Art des Mobilfunkvertrags der Unternehmen (Prepaid oder Postpaid) ab.

Der Gesetzgeber sah in diesem Bereich partiellen Handlungsbedarf, da die erhöhten und stark divergierenden Mobilfunkpreise dem Nachfrager auf dem Endnutzermarkt in vielen Fällen nicht bewusst und transparent seien. Nach §§ 66a und 66b TKG 2007 wird lediglich auf den abweichenden Mobilfunkpreis hingewiesen, nicht aber auf den tatsächlichen Preis. Letzteres wäre allerdings auch nicht möglich, da der Anbieter dieses Dienstes, mithin der MWD-Anbieter, die Preise der Mobilfunkunternehmen in der Regel nicht kennt und auf Grund der unterschiedlichen Ausgestaltungen nahezu nicht kennen kann. Die fehlende Transparenz und im Verhältnis zum Festnetz erhöhten Preise für 0180er-Dienste haben den Gesetzgeber dazu bewogen, preisregulierend in die Mobilfunkendnutzerpreise für die Dienste einzugreifen. Mit den neuen Preisobergrenzen in § 66d Abs. 3 TKG für 0180er-Dienste hat der Gesetzgeber die Preishöhen für den Verbraucher auf maximal 42 Cent/Minute und 60 Cent/Event festgeschrieben.

Teils wurden auch deutlich niedrigere Preise gefordert, die noch unter den zunächst vorgesehenen Preishöhen von 28 Cent/Minute und 40 Cent/Event für 0180er-Dienste lagen. Diese Forderungen lassen aber unberücksichtigt, dass die Vorleistungsmärkte zwischen den Verbindungsnetzbetreibern (VNB), welche diese Leistungen in ihren Netzen realisieren, und den Mobilfunknetzbetreibern keiner Regulierung unterliegen und äußerst fragil sind. Zwar war der *BNetzA* die Problematik bekannt und sie hat diese Thematik im Bereich des Marktes 15 auch behandelt,²¹ die *Behörde* entschied sich aber gegen Maßnahmen in diesem Markt. Auf Grund der fehlenden Regulierung des Vorleistungsmarktes hätte im Falle einer weiteren Absenkung der Endnutzerpreise daher die Gefahr bestanden, dass die Mobilfunknetzbetreiber im Innenverhältnis den starken Margenverlust auf Grund der Preisvorgaben gegenüber den VNB weitergereicht hätten. Dies hätte existenzgefährdende Folgen für den Vorleistungsmarkt nach sich gezogen. Vor diesem Hintergrund ist der - aus Sicht der Verbraucher - eher moderate Eingriff in die Endnutzerpreise nachvollziehbar und interessengerecht.

Endnutzerpreisregulierung von Mehrwertdiensten

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde teilweise auch darauf hingewiesen, der Gesetzgeber dürfe im Bereich des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten nicht

nach §§ 27 ff. TKG eingreifen. Der sektorspezifische Endkundenmarkt sei so wettbewerbsintensiv, dass regulatorische Maßnahmen in diesem Bereich nicht erforderlich seien. Entsprechend sei auch der Gesetzgeber nicht zu einer solchen „entgeltregulierenden Maßnahme“ berechtigt.²² Diese Ansicht verkennt, dass MWD nur teilweise eine TK-Leistung darstellen. I.Ü. wird eine inhaltliche Dienstleistung direkt erbracht und zusammen mit der TK-Leistung abgerechnet.²³ Der TK-Anteil ist hingegen Gegenstand regelmäßiger Entgeltregulierungsverfahren. Hinsichtlich der Inhaltsleistung handelt es sich nicht um ein Verfahren der ex ante-Regulierung nach §§ 30 ff. TKG oder eine Endkundenentgeltregulierung nach § 39 TKG, sondern primär um die Festsetzung von Preisobergrenzen für die Vergütung der inhaltlichen Dienstleistung. Der Hinweis, dass die Festlegung konkreter Preisobergrenzen im TKG systemfremd sei,²⁴ ist vor diesem Hintergrund nicht zutreffend. Zudem existieren bei Vergleichsleistungen ebenfalls Preishöchstgrenzen (€ 3,- bei 0900, § 66b Abs. 1 TKG), die daran gemessen ebenfalls eine Entgeltregulierung i.S.d. § 27 TKG darstellen müssten. Mitdervorliegenden Preishöhenbeschränkung nach § 66d Abs. 3 TKG begrenzt der Gesetzgeber somit primär die Kosten der Inhaltsleistung und setzt sich nicht in Widerspruch zu den Vorschriften der TKG-Entgeltregulierung.

Dennoch darf die Preisregulierung von Wirtschaftsgütern immer nur eine „ultima ratio-Maßnahme“ darstellen. So sinnvoll die Festlegung von Preishöchstgrenzen aus Sicht des Verbrauchers sein mag, bleibt die Frage, ob ein solcher intensiver gesetzlicher Eingriff, u.a. in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, als verhältnismäßig anzusehen ist. Angesichts der Ausgestaltung der Abrechnungssysteme im TK-Markt (Online- oder Offline-Billing), die in sich nochmals nach Art des Ursprungs (Festnetz oder Mobilfunk) divergieren, und den Forderungen nach mehr Verbraucherschutz sah der Gesetzgeber sich jedenfalls offensichtlich zum Handeln gezwungen. Bejaht man die Gesetzgebungskompetenz und Rechtmäßigkeit, stellt § 66d Abs. 3 TKG im Ergebnis und vor dem Hintergrund der Rahmenbedingungen wohl eine ausgewogene Maßnahme dar, welche die unterschiedlichen Interessenlagen von Verbrauchern, Vorleistungsebene, Mobilfunkunternehmen, VNB und Inhaltenanbietern zutreffend gegeneinander abwägt.

c) § 66a Satz 6 TKG - Bewerbung von 0180er-Diensten

In Konsequenz der Preisobergrenzen hat der Gesetzgeber auch die Pflicht aufgenommen, den maximalen Preis aus den Mobilfunknetzen (42 Cent/Minute oder 60 Cent/Event) mit anzugeben, was auf Grund der bisherigen Sachlage nicht möglich war. Der Endnutzer wird bei der Bewerbung von 0180er-Diensten daher zukünftig neben dem Hinweis auf den Festnetzpreis auch den Zusatz mit (Höchst-)Preisen aus den Mobilfunknetzen erhalten (vgl. § 66a Abs. 1 TKG).²⁵

d) § 67 Abs. 2 Satz 2 TKG - Ermächtigungen der BNetzA bei 0180er Diensten

Die *BNetzA* erhält die Befugnis festzulegen, ob der Anruf aus den Mobilfunknetzen bei 0180-Service-Diensten in einem bestimmten Nummernteilbereich zeitabhängig oder zeitunabhängig abgerechnet wird. Mit dieser zusätzlichen Befugnis soll die Übersichtlichkeit der Preisangabe nach § 66a Satz 6 TKG besser gestaltet werden können.²⁶ Soweit die *BNetzA* von ihrer Kompetenz Gebrauch macht, muss die Preisangabe demzufolge nicht die Höchstpreise

19) Im Bereich 0900 existiert mit § 66d Abs. 1 TKG eine Preishöhenbegrenzung von € 3,-.

20) Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in den Mobilfunknetzen das sog. Offline-Billing-Verfahren, welches eine Preisfestlegung durch den Inhaltenanbieter ermöglicht, nicht durchgeführt wird.

21) Vgl. hierzu S. 50 ff. der Regulierungsverordnung zu Markt 15; *BNetzA*, Vfg. BK1 -06/001. Es ist allerdings fraglich, ob die *BNetzA* hierzu befugt ist, da hier durch mittelbar eine preisliche Regulierung der Dienstleistungen i.R.d. §§ 27 ff. TKG erfolgt wäre (s.a. unter Ziff. 2).

22) BT-Drs. 16/12405, S. 12.

23) S. hierzu auch *Säcker*, in: *Säcker*, Berliner TKG-Komm., § 3 TKG Rdnr. 43; *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer*, TKG-Komm., § 3 Rdnr. 87.

24) BT-Drs. 16/12405, S. 12.

25) BT-Drs. 16/12405, S. 19.

26) BT-Drs. 16/12405, S. 20.

pro Minute und pro Anruf aus den Mobilfunknetzen enthalten, sondern es reicht die Angabe des Höchstpreises pro Minute oder pro Anruf, je nach Abrechnungsmodus in dem jeweiligen Nummernteilbereich.

5. § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG - Einrichtung eines innovativen Dienstes

In § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, Bestandsdaten von Mobilfunkkunden für einen neuen Auskunftsdienst zu nutzen. Mit der Änderung wird der stetig gestiegenen Anzahl an Mobilfunkanschlüssen Rechnung getragen, welche nur in geringem Umfang in öffentlichen Teilnehmerverzeichnissen enthalten sind und daher bislang weder beauskunftet noch über eine andere Möglichkeit kontaktiert werden können. Die Neufassung ermöglicht informative Anfragen des betreffenden Teilnehmers im Mobilfunk und ebnet somit den Weg zu einer neuen Verbraucherapplikation. Ein nachgefragter Mobilfunkeilnehmer kann mittels des Dienstes von dem Mobilfunkanbieter per Kurznachricht darüber informiert werden, dass ein - namentlich zu benennender- Nachfrager um einen Rückruf bittet. Dem Empfänger der Kurznachricht ist es dann überlassen, ob er diesem Kontaktwunsch entspricht. Das Geheimhaltungsbedürfnis des Mobilfunkanschlussinhabers wird damit nicht beeinträchtigt. Aus Kundenschutzsicht ist zu begrüßen, dass lediglich die Übermittlung individueller Gesprächswünsche zulässig sein soll, sodass ein eventueller Missbrauch durch anonyme Massenanfragen von vorneherein ausgeschlossen ist.

6. § 98 Abs. 1 Satz 2 und 3 TKG - Regelung zur Standortdatenübermittlung

Mit der Neuregelung des § 98 Abs. 1 TKG begegnet der Gesetzgeber der Gefahr des Missbrauchspotenzials für „Standortsuchdienste“. Diese Dienste erlauben es, den Standort des Mobilfunkendgeräts eines Teilnehmers zu ermitteln. Die Daten werden sodann an den Nachfrager der Dienstleistung übermittelt. Obwohl der Dienst nur mit Einwilligung des Teilnehmers zulässig ist, sah der Gesetzgeber auf Grund der hohen Missbrauchsgefahr²⁷ Handlungsbedarf. Die Neufassung des Gesetzes soll dem Teilnehmer verdeutlichen, dass er die Feststellung des Standorts seines Mobilfunkgeräts genehmigt hat. Durch die Gefahr der Beauftragung durch unbefugte Dritte ist zukünftig die elektronische Beauftragung i.S.d. § 94 TKG nicht mehr zulässig. § 98 Abs. 1 Satz 2 TKG sieht nunmehr die Schriftform i.S.d. § 126 BGB vor, d.h. die Zustimmung muss vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 1. Alt. BGB).²⁸ Die Mitteilung mittels Text, z.B. per SMS, reicht danach ebenso wenig aus wie die formularmäßige Einwilligung in AGB.

Ob die schriftliche Einwilligung tatsächlich immerzu dem gewünschten Ergebnis führt, ist indessen fraglich. Insbesondere wenn Vertragsinhaber und Nutzer auseinanderfallen, wird nur durch die elektronische Einwilligung über das Mobilfunkgerät sichergestellt, dass derjenige, der eine Willenserklärung abgibt, das entsprechende Mobilfunkendgerät auch tatsächlich nutzt und nicht der Inhaber des Mobilfunkvertrags. Die schriftliche Beauftragung ist immer dann erforderlich, wenn Standortdaten²⁹ einem anderen Teilnehmer oder einem Dritten, der nicht Anbieter des Standortdienstes ist, übermittelt werden. § 98 Abs. 1 Satz 3 TKG sieht zum Schutz des Teilnehmers (zutreffender wäre wohl der „tatsächliche Nutzer“ gewesen) vor, dass dieser seitens des Diensteanbieters nach höchstens fünfmaliger

Feststellung des Standorts durch einen anderen Teilnehmer oder Dritten über die Anzahl der Standortfeststellungen mittels Textmitteilung-typischerweise also durch eine SMS-zu informieren ist. Die Versandverpflichtung entfällt allerdings nach der Neufassung des § 95 Abs. 2 Satz 2 TKG, wenn der Teilnehmer dem Versand der Textmitteilungen zu diesem Zweck widersprochen hat. Ob es wirklich sinnvoll ist, dem Teilnehmer diese Verzichtsmöglichkeit einzuräumen, ist zweifelhaft. Aus Sicht des Datenschutzes erscheint dies verfehlt, da der Schutzzweck der Regelung hierdurch in Teilen ausgehebelt wird. Da Inhaber des Mobilfunkvertrags und Nutzer des Mobilfunkendgeräts häufig nicht identisch sind, besteht hier die konkrete Missbrauchsgefahr, dass der Vertragsinhaber zu Lasten des Nutzers des Endgeräts auf regelmäßig zu sendende Textmitteilungen verzichtet.

7. § 102 TKG - Verbot der Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufen

Durch die Neufassung des § 102 TKG soll erreicht werden, dass bei Werbeanrufen die dem Anrufenden zugeteilte geografische Rufnummer nicht unterdrückt wird.³⁰ Mit Hilfe der Anrufernummer soll der Verbraucher auf einfache Weise feststellen können, wer im konkreten Fall angerufen hat. Hierdurch soll die Verfolgung von unzulässig Werbetreibenden vereinfacht werden. Nach § 149 Nr. 17c i.V.m. § 149 Abs. 2 Satz 1 TKG, letzte Alt., stellt ein Verstoß gegen § 102 TKG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld bis zu € 10.000,- geahndet werden kann. Ein vom *Bundesrat* geforderter zivilrechtlicher Unterlassungstatbestand des Betroffenen wurde hingegen nicht aufgenommen.³¹ Auf Grund des Anspruchs der Betroffenen aus § 44 TKG i.V.m. § 102 TKG erscheint dieser Anspruch allerdings auch entbehrlich. Eine in den ersten Entwürfen vorgesehene Regelung, die noch vorsah, dass das anrufende Call-Center nicht zwingend die eigene Rufnummer, sondern wahlweise auch die ihres Auftraggebers hätte übermitteln können, wurde nicht übernommen.

Zur Nachverfolgung des Anrufers ist das manuelle oder automatisierte Auskunftsverfahren nach §§ 112, 113 TKG durch die *BNetzA* vorgesehen. Da sich das manuelle Auskunftsverfahren in der Praxis weitestgehend als unpraktikabel erwiesen hat, wurde der Anwendungsbereich des § 112 TKG entsprechend § 102 TKG modifiziert. Im Falle der dennoch unterdrückten oder veränderten Rufnummer müsste die *BNetzA* bei dem Teilnehmernetzbetreiber (TNB) des Angerufenen zunächst allerdings die Klarnummer des Anrufers ermitteln. Dies erscheint bedenklich, da es sich in diesem Fall nicht mehr um die Abfrage eines Bestandsdatums i.S.d. § 95 TKG handelt, sondern um die Herausgabe von Verkehrsdaten nach § 96 TKG. Es dürften daher dann §§ 100g, 100h StPO einschlägig sein.

8. § 112 TKG - Automatisiertes Auskunftsverfahren

Um eine effektive Verfolgung von Verstößen gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung zu ermöglichen, wurde das automatisierte Auskunftsverfahren nach § 112 TKG

27) BT-Drs. 16/12405, S. 18 zu § 98 TKG.

28) Die Unterschrift dient der Klarstellungs- und Beweisfunktion, die Identität des Ausstellers erkennbar zu machen; *Paiani/Heinrichs/Ellenberger*, § 126 BGB Rdnr. 5; daneben soll der schriftlichen Einwilligung aber auch eine Warnfunktion zukommen; BT-Drs. 16/12405, S. 18 zu § 98 TKG.

29) Zum Begriff der Standortdaten, der erst mit dem TKG 2004 eingeführt wurde, vgl. *Wittern*, in: Beck'scherTKG-Komm., § 98 TKG Rdnr. 4.

30) Zusammenfassende Übersicht zu dieser Thematik *Ufer*, K&R 2008, 493, 498.

31) BR-Drs. 553/08, S. 10 zu § 102 TKG.

angepasst(in Abs. 1 Satz 4 Nr. 1; Abs. 1 Satz 5 und 6; Abs.3 Satz 1). Die Dienststellen der *BNetzA* können die Ordnungswidrigkeiten nach dem TKG und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zukünftig über das automatisierte Auskunftsverfahren verfolgen.³² § 112 Abs. 1 Satz 6 TKG berücksichtigt hierbei, dass bei der Verfolgung von Verstößen gegen § 3 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG oder gegen § 102 TKG die dem Angerufenen übermittelte Rufnummer des Anrufers häufig der einzige zielführende Ermittlungsansatz für die *BNetzA* sein dürfte. Da die zuständigen Dienststellen keine Kenntnis darüber haben, zu welchem TK-Anbieter eine Rufnummer aktuell zugeteilt ist, müssten i.R.d. manuellen Auskunftsverfahrens bei mehreren oder sogar allen TNB Abfragen durchgeführt werden. Die Abrufe sind nach § 112 Abs. 4 Satz 4 TKG in gleicher Weise für Prüfzwecke zu protokollieren wie bei Abfragen anderer Behörden. Die *BNetzA* darf Daten nur abrufen, soweit dies für die Erledigung von Auskunftersuchen der in § 112 Abs. 2 TKG genannten Stellen oder neu zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem TKG oder dem UWG erforderlich ist.

§ 112 Abs. 3 Satz 1 TKG wird um eine Ziff. 4 erweitert. Kleine Unternehmen können somit von der Pflicht zur Teilnahme befreit werden. Die Regelung war vor dem Hintergrund des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007³³ erforderlich geworden, da durch die mit diesem Gesetz durchgeführten Änderungen der §§ 111 und 112 TKG seit 1.1.2008 auch die Anbieter von Diensten der elektronischen Post in das automatisierte Auskunftsverfahren einbezogen wurden.

Die bisherige Formulierung des § 112 TKG hätte dazu geführt, dass kleine Diensteanbieter unverhältnismäßig hohe Aufwendungen treffen müssten und dass das von der *BNetzA* betriebene Verfahren in Folge der verhältnismäßig großen Zahl kleiner Anbieter (nach derzeitigen Untersuchungen über 3.000) nicht mehr handhabbar gewesen wäre.³⁴ Die Verpflichtung aus den §§ 111 und 113 TKG, die vorgeschriebenen Daten zu erheben und den berechtigten Stellen im Einzelfall Auskunft darüber zu erteilen, bleibt von der Einführung eines unteren Grenzwerts zur Teilnahme an dem automatisierten Auskunftsverfahren unberührt.

9. § 142 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 bis 12 TKG - Streichung von § 144 TKG

Vergleichsweise unbeachtet und außerhalb der öffentlichen Diskussionen wurde eine Neukodifizierung in § 142 Abs. 1 Nr. 9 bis 12 TKG vorgenommen, die zu einer der gravierendsten Veränderungen der Regulierungspraxis seit 1998 führen könnte. Die Neuregelung hat zur Folge, dass fast alle Verfahren vor den Beschlusskammern der *BNetzA* zukünftig vergebührt werden (Zusamenschaltungs-, Entgelt- und Missbrauchsverfahren). Viele Unternehmen werden dadurch ggf. abgehalten, Rechtsschutz

vorder *BNetzA* zu suchen. Bereits kleinere Gebühren können dazu führen, dass z.B. ein Missbrauchsantrag bei der *BNetzA* nicht mehr gestellt wird.

Schaut man sich z.B. die Beschlusspraxis im Bereich der Missbrauchsregelung von § 42 TKG an, ist jedes Verfahren mit einem hohen Wagnis verbunden, da bereits der Anwendungsbereich von den Gerichten und der *BNetzA* stark reduziert wurde.³⁵ Der Verzicht auf den äußerst umstrittenen TK-Beitrag in § 144 TKG, dessen Regelung wegen der Einführung der Verfahrensgebühren nun gestrichen wurde, ist damit sehr teuer erkaufte. Gerade die kleineren Unternehmen, die i.R.e. Clusterlösung bei dem TK-Beitrag vermutlich von jeglichen Gebühren verschont geblieben wären, müssen nun hohe Gebühren der *BNetzA* fürchten. Im Regelfall sind es nicht die großen TK-Unternehmen, bei denen die Gebühren stark ins Gewicht fallen und für die solche Verfahren von teils existenzieller Bedeutung sind.

Mit dem Gesetzgebungsverfahren wurde ebenfalls nahezu stillschweigend ein weiteres „Problem“ beseitigt: Diejenigen Unternehmen, die eigentlich sämtliche Verfahrensgebühren für die nächsten 30 Jahre bereits vorab im Wege der Lizenzgebühren bezahlt haben,³⁶ bekommen (anders als bei dem TK-Beitrag in § 144 Abs. 3 TKG) nun keine Anrechnung mehr - die finanzpolitische Folge: Es wird doppelt abgerechnet (!).

10. Inkrafttreten

Abschließend ist noch auf das Wirksamwerden der Vorschriften einzugehen. Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 3, 40, 66a, 66d, 67 Abs. 2 TKG sowie die diesbezüglichen Normen zur Ordnungswidrigkeit gem. § 149 TKG treten im Gegensatz zu den sonstigen Vorschriften erst am siebten des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft. Die Verkündung der beiden Gesetzesnovellen ist für Juni 2009 vorgesehen.

III. Fazit

Auch wenn mit der Modifikation des § 96 TKG die rechtliche Grundlage für neue Geschäftsmodelle geschaffen wurde, steht wie i.R.d.TKGÄndG 2007-wieder der Verbraucherschutz im Fokus der Änderungen des TKG. Die Regelungen mögen zwar aus Sicht des Endnutzers nachvollziehbar sein, aber insbesondere die Änderungen im Bereich 0180 begegnen auch rechtlichen Bedenken. Es lässt sich fragen, ob der Eingriff des Gesetzgebers erforderlich gewesen wäre, wenn zuvor die richtigen regulatorischen Weichen gestellt worden wären.

Die Regelungen zur TK-Beitragsverordnung erscheinen nicht interessengerecht, und ob Maßnahmen wie die Rufnummernunterdrückung in allen Fällen den gewünschten Effekt erzielen, muss die Praxis zeigen. Es ist dem Gesetzgeber aber resümierend zugute zu halten, dass er versucht hat, bei den vorgenommenen Neuregelungen eine ausgewogene Lösung zwischen den Interessen des Endnutzers und der Unternehmen zu finden, und sich diese Interessensabwägung größtenteils auch in den Vorschriften widerspiegelt.

Letztlich ist noch anzumerken, dass auch Chancen verpasst wurden. Besonders hervorzuheben ist der gescheiterte Ansatz des *Wirtschaftsausschusses*, der eine Regelung forderte, die sicherstellt, dass die Vorschriften zur nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG und zur be-

32) Das Auskunftersuchen betrifft lediglich personenbezogene Daten und stellt somit keinen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar; *Kluszczewski*, in: Säcker (o. Fußn. 23), § 112 TKG Rdnr. 3.

33) BGBl. 12008, S. 3198.

34) BT-Drs. 16/10731, S.U.

35) Durch die zuvor notwendige Marktabgrenzung sowie den Vorrang von § 28 TKG in Entgeltverfahren bleibt für den Anwendungsbereich der Norm im Vergleich zum ursprünglichen Zweck nur noch wenig Verwendung.

36) Vgl. dazu auch *BVerwG*, B.v. 7.7.2004-6 C 24.03 und *BVerwG*MMR 2007, 365.

sonderen Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG auch ohne den Abschluss eines förmlichen Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahrens greifen.

Ob mit den Neuerungen die Überarbeitungsbedürftigkeit des TKG ein Ende gefunden hat, ist jedoch zweifelhaft. Bereits jetzt ist absehbar, dass zusätzliche Ergänzungen und neue Kodices anstehen. Sowohl der EU-Review der TK-Richtlinien als auch die Breitbandstrategie der *Bundesregierung* und der gerade erst beginnende Migrationsprozess hin zu IP-basierten Netzen wird weitreichende Auswirkungen auf die TK-Branche und somit wohl auch auf das TKG haben.

Alexander Ditscheid

Alexander Ditscheid ist Leiter des Bereichs Recht und Regulierung der NEXT ID GmbH und Rechtsanwalt in Bonn.



Frederic Ufer

Dr. Frederic Ufer ist Justitiar des VATM (Verband der Anbieter alternativer Telekommunikations- und Mehrwertdiensteanbieter) und zugelassener Rechtsanwalt in Köln.

