

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



Am 30. Juli 2008 hat das Bundeskabinett seinen Beschluss über den Entwurf für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes gefasst. Die Gegenäußerung der Bundesregierung zur ersten Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drucksache 560/08) erfolgte am 29.10.2008. Die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen der nun laufenden Beratungen im Deutschen Bundestag nehmen wir im Folgenden gerne wahr.

A. Zu Artikel 2 – Weitere Änderung des Telekommunikationsgesetzes

I. Zur Änderung von § 3 Nr. 8b TKG (Neuregelung des 0180-Rufnummernbereiches)

Der VATM begrüßt die Überlegung, den Verwendungszweck von (0)180er-Rufnummern durch die Aufgabe der „Geteilte-Kosten“-Bezeichnung aus den in der Gesetzesbegründung aufgezeigten Gründen der Marktsituation anzupassen und mit einer Neu-Definition die Transparenz für den Verbraucher weiter zu erhöhen.

Gleichzeitig muss eine neue Definition aber auch den Interessen der Diensteanbieter und Netzbetreiber Rechnung tragen. Die Begründung zu § 3 Nr. 10a TKG erwähnt die Möglichkeit der Bundesnetzagentur, den (0)180er-Rufnummernbereich im Offline-Billing-Verfahren abzurechnen. Die Bundesnetzagentur hat parallel dazu im Amtsblatt Nr. 5/2008 (Mitteilung Nr. 219/2008) angekündigt, dass sie neu zu öffnende Teilbereiche der Rufnummerngasse (0)180 für das Offline-Billing-Verfahren öffnen möchte. Vor dem Hintergrund der neuen „Feste-Kosten-Dienste“-Bezeichnung birgt dieses Verfahren jedoch Konfliktpotential, da von Seiten der Teilnehmernetzbetreiber kein Entgelt bestimmt werden kann, da die Tarifhoheit beim jeweiligen Diensteanbieter liegt. Ein "Feste-Kosten-Dienst" wäre so jedenfalls im Bereich der offline-gebillten Rufnummernteilbereiche nicht einzurichten. Eine Definition, die die Art der Applikation oder des erlaubten Inhalts einschränkt, ist aus Sicht des VATM nicht geeignet, den Anforderungen des Marktes auch im Sinne eines Innovationen fördernden Wettbewerbs gerecht zu werden.

Wir schlagen deshalb vor, eine alternative Bezeichnung zu wählen, die sicherstellt, dass auch neue Rufnummernteilbereiche innerhalb der (0)180er-Rufnummerngasse, die im Offline-Billing-Verfahren abgerechnet werden, ohne weiteres unter diese Definition fallen.

Letztlich soll das Offline-Billing aber ermöglichen, kostenlose Warteschleifen einzurichten um den diesbezüglichen Verbraucherbeschwerden entsprechend Abhilfe zu verschaffen. Dabei

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



ist jedoch zu berücksichtigen, dass aus technischen Gründen das Offline-Billing-Verfahren im Mobilfunk nicht realisierbar ist und Warteschleifen damit teilweise weiterhin kostenpflichtig bleiben werden. Dem Ziel höherer Verbrauchertransparenz wird damit nur teilweise Rechnung getragen. Insbesondere die Vorzüge des Online-Billings sind oft ein Argument für die Nutzung einer (0)180-Rufnummer: Die gesicherte Erreichbarkeit aus allen deutschen Netzen, verbunden mit der gesicherten Abrechenbarkeit und der zusätzlichen Möglichkeit, Anrufe aus dem Ausland anzunehmen, haben mit zu dem großen Erfolg dieses Rufnummernbereiches im TK-Markt beigetragen.

Die Öffnung weiterer Rufnummernteilbereiche für das Offline-Billing-Verfahren sollte vor dem Hintergrund angedacht werden, dass auch darin die Erreichbarkeit und Abrechenbarkeit eines im Offline-Billing-Verfahren abgerechneten Dienstes aus allen Netzen angestrebt wird – was derzeit für den Mobilfunk nicht möglich ist – und diese zukünftig aus dem Ausland so gut erreichbar sind, wie momentan die bestehenden online-gebillten (0)180er-Dienste.

II. Zu § 40 Abs. 1 TKG (Textformerfordernis bei Einrichtung oder Änderung der Betreibervorauswahl (Preselection))

Um das Problem untergeschobener Verträge zu lösen und den Verbraucher stärker vor dem Abschluss telefonischer Verträge zu warnen ist im Änderungsvorschlag zu § 40 Abs. 1 TKG vorgesehen, dass künftig die Erklärung des Verbrauchers zur Einrichtung oder Änderung einer Betreibervorauswahl oder die Vollmacht zur Abgabe einer solchen Erklärung der Textform bedarf.

Bevor wir im Detail auf diese neue Verpflichtung eingehen, möchten wir nochmals betonen, dass der VATM die Ziele, die die Bundesregierung mit der geplanten Novellierung verfolgt, unterstützt. Unseriöse Geschäftspraktiken wie das „Unterschieben“ von Verträgen werden vom VATM scharf kritisiert und ohne jede Einschränkung abgelehnt.

Den konkret von der Bundesregierung vorgelegten Vorschlag zur Änderung von § 40 Abs. 1 Satz 4 BGB betrachten wir jedoch aus folgenden Gründen als unverhältnismäßig:

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



1. Unverhältnismäßige Belastung seriöser Anbieter zu Lasten des Wettbewerbs

So ist zunächst kritisch anzumerken, dass das vorgesehene Textformerfordernis nicht nur die unseriösen Anbieter trifft, sondern die gesamte Telekommunikationsbranche und so die Vielzahl seriöser Anbieter deutlich überproportional von den neuen bürokratischen Vorgaben belastet würden. Hierbei ist insbesondere zu bedenken, dass es sich bei der Umstellung zwischen den Providern um ein Massengeschäft handelt und die Anzahl der Missbrauchsfälle in Relation zu den hohen Zahlen der täglichen Umschaltungen gewertet werden müssen.

Mit der geplanten Gesetzesänderung wird ganz grundlegend in bestehende Umstellungsprozesse, die die Unternehmen der Telekommunikationsbranche über Jahre gemeinsam entwickelt und fortlaufend optimiert haben, eingegriffen. Die ausgehandelten Mechanismen werden ausgeschaltet und damit die mit den erarbeiteten Prozessen erreichten Vorteile konterkariert. Im Ergebnis würde die Telekommunikationsbranche an ihre Anfänge zurück geführt. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Erfolg des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt grundlegend von der Möglichkeit abhängt, seinen Anbieter unkompliziert und schnell wechseln zu können.

Insofern muss der Vorschlag, die Einrichtung oder Änderung der Betreibervorauswahl von einer entsprechenden Erklärung in Textform abhängig zu machen, strikt abgelehnt werden. Dies würde eine gravierende Verschlechterung gegenüber der jetzigen Situation darstellen, da bislang eine Willenserklärung in Textform nicht vorliegen muss. Im Ergebnis würde die Gesetzesänderung auch zu einer spürbaren Verschlechterung der Wettbewerbsentwicklung führen.

2. Unverhältnismäßigkeit aufgrund milderer Mittels zur Unterbindung „untergeschobener“ Verträge

Darüber hinaus ist der Vorschlag im Kabinettsentwurf nach Auffassung des VATM insbesondere deshalb unverhältnismäßig, da es alternative Lösungsinstrumente gibt, die dem Ziel der Gesetzesnovelle ebenso wirksam dienen, ohne aufgrund einer einzelnen Missbrauchsproblematik massiv in grundsätzlich bewährte Geschäftsprozesse der Telekommunikationsbranche einzugreifen und die für Unternehmen und Verbraucher deutlich unbürokratischer, kostengünstiger und effizienter sind.

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



Wir möchten Ihnen im Folgenden eine Lösung darlegen, die sowohl technisch als auch wirtschaftlich durchführbar ist und von allen Unternehmen kurzfristig implementiert werden könnte. Konkret schlagen wir vor, dass im Gesetz eindeutig geregelt wird, dass den Telekommunikationsanbieter in jedem Streitfalle die Beweislast dafür trifft, ob über die Änderung der Betreibervorauswahl ein Vertrag mit dem jeweiligen Verbraucher geschlossen wurde. Sobald Unstimmigkeiten auftauchen, muss es in der Verantwortungssphäre des Unternehmens liegen, umgehend zu belegen, dass ein wirksames Vertragsverhältnis besteht.

Dabei soll eine Beweisführung den Telekommunikationsunternehmen auf zweierlei Weise möglich sein:

Zum Einen sollen sie die Möglichkeit haben, die entsprechende Willenserklärung des Verbrauchers in Textform nachzuweisen. Hierüber hinaus schlagen wir vor, dass eine Beweisführung im Streitfalle auch durch die Übermittlung von Sprachaufzeichnungen – so genannten Voice Files – möglich sein muss. Durch die Einwilligung des Kunden zu Beginn des Telefonates kann auch eine datenschutzrechtlich unbedenkliche Aufzeichnung des Gespräches garantiert werden. Diese Bewertung wird auch von den Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundesbeauftragten für Datenschutz geteilt (siehe hierzu etwa das BfD-Info 5: - Datenschutz in der Telekommunikation, S. 86). Darüber hinaus hat sich auch der Bundesrat in Ziffer 4 seiner Stellungnahme zum Kabinettsentwurf für ein TKG-ÄndG dafür ausgesprochen, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob zum Schutz der Verbraucher vor untergeschobenen Verträgen gegebenenfalls auch Voice Files geeignet sind. Sofern die Bundesregierung nun betont, dass sich aufgrund des Textformerfordernisses die Teilnehmer nicht mehr an den Anbieter, der den Vertragsschluss behauptet, wenden und einen Nachweis fordern müssen, ist dies falsch. Denn die Beweislast wird durch die geplante Textform nicht verändert. Ebenso wird sich der Teilnehmer auch an den bisherigen Anbieter wenden müssen, um eine Umstellung zu vermeiden.

Insgesamt könnten mit Hilfe dieses technisch bewährten und bereits in vielen Wirtschaftsbereichen erfolgreich und mit größter Kundenakzeptanz eingesetzten Instruments des „Voice Recording“ alle Beweislastprobleme im Hinblick auf die Frage, ob ein Vertragsabschluss vom Kunden gewollt war, sicher geklärt werden. Gleichzeitig bestünde eine umfassende Kontrolle der Call-Center-Mitarbeiter, die sehr kurzfristig zu einer deutlichen Steigerung der Qualität im Telefonmarketing führen würde. So könnten beispielsweise bedrängende Marke-

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



tingmethoden ebenso eingedämmt werden wie falsche Angaben etwa über den Preis oder das Produkt.

Durch „Voice Recording“ würde nicht nur die Rechtssicherheit auf Seiten der Verbraucher sondern auch auf Unternehmensseite deutlich gesteigert und die Möglichkeiten unzulässiger Werbemethoden ebenso wie das „Unterschieben“ von Verträgen praktisch ausgeschlossen. Die Unternehmen sind bereit, hierfür erhebliche Aufwendungen zu tätigen und hierdurch sehr kurzfristig zu einer deutlichen Verbesserung des Verbraucherschutzes beizutragen.

3. Klarstellung zur Reziprozität

Bei der Einführung von Form- oder Beweisanforderungen für die Betreibervorauswahl wäre darüber hinaus die Reziprozität dieser Anforderungen im Verhältnis zwischen Wettbewerbern (Preselection-Anbietern) und der Deutschen Telekom AG sicherzustellen.

Missbrauchsfälle sind nicht nur auf Seiten der Wettbewerber (Preselection-Anbieter) feststellbar, wenn der Kunde von der Deutschen Telekom AG oder einem anderen Preselection-Anbieter ohne ausreichenden Nachweis eines Kundenauftrages umgestellt wurde. Es ist auch marktbekannt und durch zahlreiche Gerichtsverfahren belegt, dass die Deutsche Telekom AG in großem Umfang Umschaltungen von einem Preselection-Anbieter auf ihr eigenes Netz ohne oder sogar gegen den Willen des Kunden vorgenommen hat.

Nach dem Entwurf der Bundesregierung bedarf die Erklärung des Teilnehmers „zur Einrichtung oder Änderung der Betreibervorauswahl“ bzw. die hierfür erteilte Vollmacht der Textform. Die Aufhebung einer Betreibervorauswahl stellt ebenfalls im Sinne dieses Entwurfs eine „Änderung der Betreibervorauswahl“ dar. Mit der Aufhebung der Betreibervorauswahl wird der bestehende Endkundenvertrag über den Telefonanschluss wieder um die entsprechenden Telefonverbindungen, die zuvor Gegenstand des Betreibervorauswahl-Vertrages waren, ergänzt. Um gleichwohl Missverständnisse in der Praxis auszuschließen, ist nach Auffassung des VATM eine weitere Klarstellung erforderlich, dass bei Einrichtung, Änderung und Aufhebung der Betreibervorauswahl das jeweilige Formerfordernis bzw. Nachweiserfordernis gelten soll. Der VATM regt an, diese zusätzliche Klarstellung in den Gesetzestext aufzunehmen.

Die Aufhebung der Betreibervorauswahl ist auch nicht mit hinreichender Klarheit vom Textform-Erfordernis im Entwurf zur Neuregelung des § 312f BGB umfasst. Danach bedarf die Kündigung des Verbrauchers der Textform, wenn „ein Dauerschuldverhältnis begründet“

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



wird, das ein bisheriges Dauerschuldverhältnis ersetzen soll. Bei dem Rückwechsel eines Endkunden von einem Wettbewerber (Preselection-Anbieter) auf die Deutsche Telekom AG wird im engeren Sinne kein Dauerschuldverhältnis begründet, sondern der bestehende Telefonanschlussvertrag wieder um die entsprechenden Telefonverbindungen erweitert. Dies macht es erforderlich, die Reziprozität eines Form- oder Nachweiserfordernisses zur Betreiberbervorauswahl im Zusammenhang mit § 40 Abs. 1 TKG klarzustellen.

4. Zusammenfassender Änderungsvorschlag

Im Ergebnis fordern wir eine Streichung des Änderungsvorschlages zu § 40 Abs. 1 TKG. Alternativ sollte gesetzlich vorgeschrieben werden, dass den neuen Telekommunikationsanbieter für alle Fragen des Vertragsabschlusses die Beweislast trifft und er den Beweis im Streitfall entweder durch Vorlage entsprechender Willenserklärungen des Kunden in Textform oder mit Hilfe eines entsprechenden Voice Files führen kann. Darüber hinaus ist zur Vermeidung von Missverständnissen klarzustellen, dass neben der Änderung der Betreiberbervorauswahl auch die Aufhebung der Betreiberbervorauswahl von eventuell eingefügten Form- oder Beweisanforderungen erfasst ist.

5. Hilfsweiser Änderungsvorschlag

Lediglich hilfsweise möchte der VATM noch den Vorschlag unterbreiten, der Bundesnetzagentur die Befugnis zu übertragen, gezielt den Unternehmen eine Verpflichtung zur Übermittlung der Willenserklärung des Verbrauchers in Textform aufzugeben, die aufgrund von Beschwerden oder eigener Erkenntnisse der Bundesnetzagentur als unseriös aufgefallen sind.

III. Zur Änderung von § 66d Abs. 3 TKG (Preisobergrenzen für Feste-Kosten-Dienste)

Der VATM regt an, im Bereich der Anrufe von Feste-Kosten-Diensten aus dem Mobilfunk eine rechtlich und ordnungspolitisch vertretbare Lösung zu finden, die zum Zwecke der Transparenzverbesserung die Verbraucherinteressen in geeigneter Weise berücksichtigt. Insofern begrüßen wir auch die entsprechenden in den Ziffern 6 und 7 der BR-Drucksache 560/08 enthaltenen Prüfbitten des Bundesrates. Dabei teilen wir die Meinung

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



des Bundesrates, dass Endkundenpreise nach betriebswirtschaftlich festgelegten Kriterien festgesetzt und daher unternehmerische Handlungsparameter Kernelemente der Lösung sein sollten. Der VATM teilt zudem die in Ziffer 7 vom Bundesrat ebenfalls geäußerte Auffassung, dass es für die ex-ante Regulierung von Endkundenpreisen im Mobilfunk derzeit keine Rechtsgrundlage gibt. Daher sollten zunächst die Möglichkeiten einer Selbstregulierung der Branche in Betracht gezogen werden. Die VATM-Mitgliedsunternehmen sind trotz zum Teil erheblich voneinander abweichender Geschäftsmodelle bereit, sich einer solchen Diskussion zu stellen.

IV. Zu § 142 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9-12 TKG – neu (Erweiterung der Gebührentatbestände) sowie zur Streichung von § 144 TKG

In § 142 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9-12 TKG werden zusätzliche Gebührentatbestände für Beschlusskammerentscheidungen über Zusammenschaltungsverpflichtungen und Zugangsanordnungen, über Entgeltregulierungsentscheidungen, für Beschlusskammerentscheidungen über sonstige Verpflichtungen nach den §§ 40 und 41 TKG sowie über Entscheidungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht eingeführt. Im Gegenzug soll § 144 TKG gestrichen werden, der Regelungen für Telekommunikationsbeiträge und die bislang nicht genutzte Ermächtigung zum Erlass einer entsprechenden Beitragsverordnung enthält.

Grundsätzlich begrüßt der VATM, dass von der Schaffung einer Telekommunikationsbeitragsverordnung abgesehen wird. Wie in den Erläuterungen im Besonderen Teil der Begründung dargelegt, vertreten auch wir die Auffassung, dass eine Beitragsordnung – so, wie sie in § 144 TKG angelegt war – verfassungsrechtlich mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden gewesen wäre.

Demgegenüber erscheint die Einführung von Gebühren für Amtshandlungen der Beschlusskammern und Beschlusskammerabteilungen zwar deutlich sachgerechter und rechtlich weniger problematisch, wenn im Ergebnis auch dem Bereich der TK-Regulierung nicht angemessen. So bestehen bspw. deutliche rechtliche Bedenken hinsichtlich der konkret vorgeschlagenen Ergänzung des § 142 Abs. 1 Satz 2 TKG. In ganz grundsätzlicher Hinsicht vertreten wir die Auffassung, dass insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz auch die Einzelheiten der Ausgestaltung der Gebührentatbestände einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und nicht lediglich im Rahmen einer Verordnung festgelegt

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



werden sollten. Dabei müssen die Gebührentatbestände so ausformuliert sein, dass sie von vornherein für Jedermann berechenbar sind und gleichzeitig jedoch – etwa durch eine Definition von Fallgruppen – die Situation des Einzelfalles berücksichtigt werden kann. Die Höhe der Gebühren sollte so bemessen sein, dass sie auf keinen Fall abschreckend wirkt – insbesondere kleinere Unternehmen dürfen durch die neuen Gebührentatbestände nicht davon abgehalten werden, ein Verfahren bei der Bundesnetzagentur anzumelden.

In der Schweiz werden für Regulierungsverfahren bereits Gebühren erhoben. Und die Erfahrungen einiger Mitgliedsunternehmen haben gezeigt, dass insbesondere kleinere Unternehmen hierdurch von der Einleitung eines Missbrauchsverfahrens abgeschreckt werden. Selbst wenn der angezeigte Missbrauch noch so offensichtlich ist – ein Ergebnis lässt sich nie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit voraussagen. Diese negativen Erfahrungen sollten bei der Gesetzesänderung unbedingt berücksichtigt werden. Wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass Unternehmen in Missbrauchsfällen von einer Verfahrenseinleitung abgehalten werden, sollte auf die Einführung von Gebührentatbeständen für diese Verfahren verzichtet werden.

Sollte dies nicht durchsetzbar sein, muss auf jeden Fall von vornherein ein Höchstbetrag erkennbar sein, der dem jeweiligen Verfahren und der Größe des Antragstellers angemessen und für diesen nicht abschreckend ist. Klar heraus gestellt werden sollte im Gesetz darüber hinaus, dass letzten Endes immer die im Verfahren unterliegende Partei – also derjenige, der das Verfahren durch sein Verhalten zu verantworten hat – die Verfahrensgebühren zu tragen hat.

Darüber hinaus dürfen die Verfahren, wie bspw. Entgeltverfahren, die bspw. ein Teilnehmerbetreiber mit einer durch Regulierungsverfügung auferlegten ex-ante-Entgeltregulierung kraft gesetzlicher Verpflichtung durchlaufen muss, keine Gebühren auslösen. Hier geht es allein um ein Handeln der Regulierungsbehörde im öffentlichen Interesse bzw. im Interesse der Endkunden. Diese Verfahren können wie bspw. ex-ante-Entgeltverfahren auch bei gesetzestreuem Verhalten nicht umgangen werden. Eine Gebühr wäre hier daher unangemessen. Die Gebührentatbestände sollten sich allein auf solche Verfahren beschränken, in denen ein missbräuchliches Verhalten abgestellt wird, bspw. auf die Verweigerung eines berechtigten Zugangsanspruchs.

Kritisch sehen wir darüber hinaus, dass die in § 144 Abs. 3 TKG geregelte Anrechnung von früher gezahlten Gebühren nicht in die Neuregelung in § 142 TKG übernommen wurde. Auch

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



der Bundesrat hat in Ziffer 3 seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf eine entsprechende Prüfbitte an die Bundesregierung gerichtet, die verbandsseitig ausdrücklich unterstützt wird. Aus Sicht des VATM müssten die Zahlungen, die von Unternehmen aufgrund der in § 144 Abs. 3 TKG genannten früheren Gebührentatbestände für 30 Jahre im Voraus geleistet wurden, auch auf künftige Zahlungen nach der neuen Beschlusskammergebührenregelung angerechnet werden. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass sich die Bundesregierung in Gerichtsverfahren über die Rechtmäßigkeit der von Unternehmen für 30 Jahre im Voraus gezahlten Lizenzgebühren immer auf die Anrechenbarkeit berufen hat.

Insofern sprechen wir uns für die Aufnahme einer dem bisherigen § 144 Abs. 3 TKG entsprechenden Regelung in § 142 TKG aus.

B. Zu Artikel 4 – Inkrafttreten

Vorgesehen ist, dass Art. 1 des Gesetzes am Tag nach seiner Verkündung in Kraft tritt. Für Art. 2 sieht der Regierungsentwurf eine sechsmonatige Umsetzungsfrist vor - umfasst sind hiervon die Regelungen zum künftigen Textformerfordernis für eine Betreibervorauswahl als auch die geplanten Neuregelungen im 0180-Rufnummernbereich. Die Aufnahme dieser Umsetzungsfristen werden vom VATM ausdrücklich begrüßt.

C. Weiterer Änderungsbedarf im TKG

I. Forderung nach einer Änderung des § 9 Abs. 1 TKG (Klarstellung zu Gunsten einer effizienten sektorspezifischen ex-post-Missbrauchsaufsicht)

Die restriktive Rechtsprechung des VG Köln (Urteil vom 21.12.2005, Az. 21 K 1200/05) und darauf aufsetzend das BVerwG Leipzig (Urteil vom 18.04.2007, Az. 6 C 21.06) hat seit 2004 in der Praxis zu einem Leerlaufen der in § 42 TKG vorgesehenen sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur und damit zu einer Regulierungslücke in wichtigen Marktbereichen geführt. Dies widerspricht ganz klar dem Willen des Gesetzgebers, der im Rahmen der TKG-Novelle 2004 ein dreistufiges Regulierungssystem festgeschrieben hat.

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



1. Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur nach dem TKG (sog. „Vorabregulierung“)
2. Ex-post-Regulierung durch die Bundesnetzagentur nach dem TKG (sog. „sektorspezifische Missbrauchsaufsicht“)
3. Ex-post-Regulierung durch das Kartellamt nach dem GWB (allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht)

Auch der Bundesrat hat in Ziffer 1 seiner Stellungnahme zum Kabinettsentwurf für das TKG-ÄndG (BR-Drucksache 546) zu diesem Thema Stellung bezogen und sich zum wiederholten Male – wie auch der VATM – ausdrücklich für eine effiziente sektorspezifische ex-post-Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur ausgesprochen.

Im Vergleich zur ex-ante-Regulierung stellt die ex-post-Regulierung ein deutlich weniger scharfes Regulierungsinstrument dar. Die nachträgliche Missbrauchsaufsicht kann ihren Sinn und Zweck jedoch nur erfüllen, wenn die Bundesnetzagentur die Möglichkeit hat, gegen missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im TK-Bereich schnell vorzugehen, um Chancengleichheit und faire Wettbewerbsbedingungen im Markt wieder herzustellen.

Deutlich verschärft wird die Problematik der leerlaufenden ex-post Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur durch die voranschreitende Deregulierung des Marktes. So hat die neue EU-Märkteempfehlung die potenziell für eine ex-ante Regulierung vorgesehenen Märkte von früher achtzehn auf heute nur noch sieben Märkte reduziert. Wenn die Bundesnetzagentur nicht im Einzelfall eine besondere Regulierungsbedürftigkeit feststellt, werden diese Märkte künftig in den Geltungsbereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts entlassen. Dies widerspricht eindeutig dem vom Gesetzgeber ursprünglich gewollten oben dargestellten 3-stufigen Regulierungsmodell und führt zu einer massiven Schwächung des Wettbewerbs im Markt.

Denn nach wie vor sind die Wettbewerber in zahlreichen Vorleistungsmärkten auf den Zugang zu Netzen und Diensten des Ex-Monopolisten zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen angewiesen. Nach einem Wegfall der ex-ante Regulierung ist daher eine Missbrauchsaufsicht unbedingt erforderlich, die bei missbräuchlichem Verhalten schnell und effektiv eingreifen kann. Dies kann am Besten und sinnvollsten durch eine ex-post Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur sichergestellt werden. Die Bundesnetzagentur verfügt über das hierfür notwendige Personal und vor allem wie keine andere Behörde in

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



Deutschland über jahrelang angesammelte Spezialkenntnisse über den deutschen Telekommunikationsmarkt mitsamt seiner Historie und all seinen Besonderheiten.

Daher fordert der VATM zur Lösung dieses Problems im Rahmen des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens die folgende klarstellende Änderung in § 9 TKG aufzunehmen:

§ 9 Abs. 1 TKG sollte wie folgt gefasst werden (Änderungsvorschläge erscheinen fett gedruckt):

*„Der Marktregulierung nach den **folgenden drei Abschnitten** dieses Teils unterliegen Märkte, auf denen die Voraussetzungen des § 10 vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt. **Auf Märkten, die nicht nach Satz 1 der Marktregulierung unterliegen, verfügt ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht, wenn es die in § 11 Abs. 1 Satz 3 und 4 genannten Kriterien erfüllt.**“*

Darüber hinaus sollte die Vorschrift an eine Einvernehmensregelung mit dem Bundeskartellamt geknüpft sein – etwa durch Verweis in § 123 Abs. 1 Satz 1 TKG (Zusammenarbeit mit anderen Behörden) auf § 9 Abs. 1 TKG.

II. Handhabung einer flexiblen Tarifierung innerhalb eines Dienstes

Zahlreiche Unternehmen haben uns darauf hingewiesen, dass gesetzliche Lücken hinsichtlich der Handhabung einer flexiblen Tarifierung innerhalb eines Dienstes (z.B. 0900) bestehen. Die Systematik des Offline-Billing wurde nicht zuletzt vor dem Hintergrund eingeführt, Gespräche unter einer Rufnummer – z.B. einer zentralen Kundenhotline – unterschiedlich zu tarifieren. Dies gewährleistet Differenzierungen innerhalb des Anrufs, z.B. zwischen einer allgemeinen Nachfrage und einem technischen Support, ohne eine zusätzliche Rufnummer bewerben zu müssen. Viele Unternehmen setzen daher bereits heute eine zentrale Servicehotline ein und verzichten auf eine unübersichtliche Darstellung mehrerer paralleler Gassen.

Leider lässt die diesbezüglich einschlägige Vorschrift - § 66a TKG - dieses Geschäftsmodell außer Betracht. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Zwar ist unstrittig, dass gemäß § 66b TKG im Falle eines Tarifwechsels immer ein Hinweis auf den geänderten Preis erfolgen muss; im Rahmen der Werbung bleibt die Verpflichtung aber unklar. Sinnvoll wäre aus Sicht des Verbandes die Nennung einer „Von-bis“-Preisspanne, um den Anrufer auf un-

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



terschiedliche Preise, sowie die maximal entstehenden Kosten hinzuweisen. Dies ist aber nicht vorgesehen.

Aufgrund komplexer Tarifmodelle und der ausdrücklichen Möglichkeit einer flexiblen Tarifierung in offline-gebillten Rufnummerngassen, welche je nach Anwendung 10 und mehr Tarife in einem Dienst umfassen können, sind korrespondierende Optionen bei der Preisansage und Preisangabe aus unserer Sicht aber erforderlich. Eine Nennung der einzelnen Tarife führt eher zu einer größeren Intransparenz als zu höherem Verbrauchernutzen. Auch die Bewerbung ist aufgrund der Informationsvielfalt kaum noch in akzeptabler Art und Weise möglich.

Die Nennung einer „Von-bis“-Preisspanne ist im Hinblick auf Preistransparenz und Übersichtlichkeit daher geeignet und sinnvolles Instrument, um Tarifwechsel innerhalb **eines Dienstes** darzustellen. Hierbei ist herauszustellen, dass nicht die Weitervermittlung von einer Rufnummerngasse auf eine andere Rufnummerngasse Gegenstand dieser Gesetzesänderung sein soll. Um Rechtssicherheit für ein bewährtes Tarifmodell zu schaffen, erachten wir die gesetzliche Legitimation der „Von-bis“-Preisspanne innerhalb eines Dienstes für zwingend geboten und bitten darum die Möglichkeit einer „Von-bis“-Preisspanne als gesetzliche Verpflichtung zur Bewerbung vorzusehen, wenn der Tarif innerhalb einer Servicenummer divergieren sollte.

III. Forderung nach einer Ergänzung in § 45h TKG (Fakturierungsberechtigung der Netzbetreiber)

Der BGH hat mit seinem Urteil ZR III 58/06 (siehe auch MMR 2007, 170ff.) entschieden, dass der Teilnehmernetzbetreiber neben dem Mehrwertdiensteanbieter zur Fakturierung der Gesamtleistung i.S.d. § 3 Nr. 25 TKG berechtigt ist, wenn dies in den AGB vereinbart wurde. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung ist sowohl aus Unternehmens- wie auch aus Verbrauchersicht zu begrüßen. Da sie jedoch nicht von allen Amtsgerichten konsequent befolgt wird, ist die Aufnahme einer entsprechenden klarstellenden gesetzlichen Regelung erforderlich.

Mit seiner Entscheidung hat der BGH die Rechte des Kunden nachhaltig gestärkt, der sich im Streitfall lediglich mit einem Gläubiger – dem Teilnehmernetzbetreiber – anstatt mit gegebenenfalls mehreren Mehrwertdiensteanbietern auseinandersetzen muss.

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



Die einheitliche Rechnung aus einer Hand ist auch ein Grundgedanke des TKG, der zumindest derzeit die gängige Praxis widerspiegelt und dem Teilnehmer zu Gute kommt, der sich im Regelfall nicht mit mehreren unabhängigen Rechnungsläufen konfrontiert sehen möchte. Insofern rechnet der Teilnehmer auch regelmäßig damit, dass der Teilnehmernetzbetreiber als sein Vertragspartner alle von seinem Anschluss aus in Anspruch genommenen Dienste in Rechnung stellt.

Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass die Rechtsprechung auf untergerichtlicher Ebene zunehmend dazu tendiert, die Entscheidung des BGH zu ignorieren, hält der VATM die Aufnahme einer Bestimmung in § 45h TKG für dringend erforderlich, die klarstellt, dass der Netzbetreiber berechtigt ist, Dienste im Sinne von § 3 Nr. 25 TKG sowohl in Bezug auf die telekommunikations- als auch auf die inhaltliche Leistung zu fakturieren. Hierbei muss ebenso klarstellend darauf hingewiesen werden, dass der Verbraucher die Einreden und Einwände gegen einen Gesamtgläubiger auch dem anderen Teil entgegenhalten kann.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir in § 45h TKG die Aufnahmen des folgenden neuen Absatzes 5 vor:

„Telekommunikationsanbieter sind berechtigt Forderungen, für in ihrem Netz realisierte telekommunikationsgestützte Dienste i.S.d. § 3 Nr. 25 TKG, als Gesamtgläubiger neben dem Anbieter des telekommunikationsgestützten Dienstes, geltend zu machen. Der Endnutzer kann dem Telekommunikationsanbieter als Gläubiger des telekommunikationsgestützten Dienstes jede Einwendung entgegensetzen, welche ihm gegenüber dem Anbieter des telekommunikationsgestützten Dienstes zusteht.“

IV. Forderung nach einer Änderung von § 45i TKG (Notwendige Anpassung der Beweislastverteilung aufgrund der Einführung der Vorratsdatenspeicherung)

Die Einführung der Verpflichtung zur sechsmonatigen Vorratsdatenspeicherung macht eine bislang nicht erfolgte Folgeänderung des § 45i TKG erforderlich.

Der § 45i TKG sieht eine Beweislastregelung vor, die den TK-Anbieter verpflichtet, im Falle von Einwendungen so lange Auskunft über den Verbindungsaufbau und die Einzelverbindungen zu geben, wie dies im Rahmen des bilateralen Vertrages zwischen dem Endnutzer

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



und dem TK-Anbieter vereinbart wurde, mindestens aber acht Wochen. Die Vorschrift sieht darüber hinaus vor, dass die Daten dann nicht mehr herausgegeben werden müssen, soweit diese aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Vorgaben gelöscht wurden. Diesem Ansatz lag die Erwägung zu Grunde, dass der Netzbetreiber gem. § 97 Abs. 3 TKG a.F. die Daten nach Ablauf der vereinbarten Lösungsfrist gesetzeskonform aus seinen Systemen entfernen konnte.

Da nunmehr eine sechsmonatige Vorratsdatenspeicherung verpflichtend umgesetzt wurde, widersprechen sich nun die §§ 45i Abs. 1 und Abs. 2 TKG, da Abs. 2 an das Vorhandensein der Daten, und nicht an die vertragliche Vereinbarung zwischen Endnutzer und TNB (wie Abs.1) anknüpft.

Die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung wollte aber die bestehenden Regelungen des § 45i TKG unberührt weiterbestehen lassen. Mithin sollte die Frist für Nachweis- und Auskunftspflichten aufgrund von durch den Teilnehmer beanstandeten Rechnungen nicht beeinträchtigt werden.

Wir schlagen daher folgende klarstellende Änderung des § 45i Abs. 2 TKG vor (Streichungsvorschläge sind durchgestrichen; Ergänzungsvorschläge fett gedruckt):

„~~Soweit aus technischen Gründen keine Verkehrsdaten gespeichert oder für den Fall, dass keine Beanstandungen erhoben wurden, gespeicherte Daten nach Verstreichen der in Absatz 1 Satz 1 geregelten oder mit dem Anbieter vereinbarten Frist oder auf Grund rechtlicher Verpflichtungen gelöscht werden sind, Den Anbieter trifft den Anbieter weder eine Nachweispflicht für die erbrachten Verbindungsleistungen noch und die Auskunftspflicht nach Absatz 1 für die Einzelverbindungen, soweit Beanstandungen innerhalb der in Absatz 1 Satz 1 geregelten oder mit dem Anbieter vereinbarten Frist erhoben wurden. Satz 1 gilt entsprechend, soweit der Teilnehmer nach einem deutlich erkennbaren Hinweis auf die Folgen nach Satz 1 verlangt hat, dass Verkehrsdaten gelöscht oder nicht gespeichert werden.~~“

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes
Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



V. Forderung nach einer Wiederaufnahme des Änderungsvorschlages zu § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG (Ermöglichung eines innovativen Dienstes)

Der VATM fordert die Wiederaufnahme der noch im Referentenentwurf enthaltenen Neuregelung zu § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG zur Schaffung eines innovativen Auskunftsdienstes, die im Kabinettentwurf nicht mehr enthalten ist. Konkret möchten wir um die Wiederaufnahme des folgenden Änderungsvorschlages bitten:

„In § 95 Abs. 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „Werbung für eigene Angebote“ die Wörter „zur Übermittlung eines Gesprächswunsches eines anderen Teilnehmers“ eingefügt.

Ziel dieses Änderungsvorschlages ist es, die mobile Erreichbarkeit von Verwandten, Freunden und Geschäftspartnern zu gewährleisten, ohne dass diese ihre Mobilfunknummern in öffentlichen Verzeichnissen hinterlegen müssen.

Die Möglichkeit den gewünschten Kommunikationspartner z.B. per Auskunft oder über öffentliche Verzeichnisse erreichbar zu machen besteht seit Anbeginn der Telekommunikation und ist im Festnetzbereich auch noch fest verankert. Über 90 % der Bürger mit Festnetzanschluss sind selbstverständlich per Auskunft erreichbar. Mobilfunknummern sind jedoch nicht in gleicher Weise in öffentlichen Verzeichnissen hinterlegt. Mit Hilfe des neuen Dienstes ließe sich auch in einem sich deutlich verändernden Markt und bei stark geändertem Kommunikationsverhalten die Erreichbarkeit der Bürger so zukunftsgerecht absichern.

Konkret schlagen wir vor, die in § 95 Abs. 2 geregelten Zwecke, für die Bestandsdaten verwendet werden dürfen, zu erweitern. Ziel ist es, künftig auch nicht in öffentlichen Teilnehmerverzeichnissen geführte Mobilfunkkunden über einen Gesprächswunsch informieren zu können. Dabei sollen jedoch keine Mobilfunktelefonnummern heraus gegeben werden. Vielmehr wird die gesuchte Person – soweit sie sich eindeutig identifizieren lässt – durch ihren Mobilfunkprovider per Standard-SMS darüber benachrichtigt, dass eine andere, namentlich zu benennende Person um einen Rückruf bittet. Der Empfänger dieser SMS kann dann für sich selbst entscheiden, ob er der Bitte um Rückruf nachkommen möchte oder nicht.

Einen solchen Dienst zu ermöglichen, ist aus Sicht des VATM uneingeschränkt zu begrüßen.

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



Insbesondere dadurch, dass die Mobilfunknummern weder in öffentlichen Verzeichnissen hinterlegt werden müssen noch heraus gegeben werden, sind Missbrauch und Belästigungen praktisch ausgeschlossen. Da lediglich individuelle einzelne Gesprächswünsche per Standard-SMS vermittelt werden sind auch belästigende Massen- oder Werbe-SMS nicht zu befürchten. Da der Handynutzer zudem die SMS nicht nur schlicht unbeantwortet lassen kann sondern den Dienst per kostenloser Rück-SMS ausschalten kann, steht der Gewinn an Sicherheit, wirklich im Notfall kontaktiert werden zu können, wenn der Handkunde dies wünscht, in einem bestmöglichen Nutzen-Verhältnis zu der theoretisch möglichen Belästigung durch eine einzige SMS-Benachrichtigung.

Als Vorschlag für eine konkrete gesetzliche Regelung haben wir oben auf die Fassung des Referentenentwurfes verwiesen. Ergänzend möchten wir jedoch um die Klarstellung im Gesetz bitten, dass die Bereitstellung von Bestandsdaten durch Netzbetreiber oder Mobilfunk-serviceprovider an die Anbieter des innovativen Dienstes – wie auch im Besonderen Teil der Begründung zu § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG-Referentenentwurf ausdrücklich erwähnt – auf der Basis freiwilliger Vereinbarungen erfolgt. Deutlich gemacht werden sollte in diesem Zusammenhang auch, dass mit dem Begriff „Diensteanbieter“ Netzbetreiber bzw. Mobilfunkservice-provider gemeint sind.

VI. Forderung nach einer Klarstellung zur Einordnung dynamischer IP-Adressen in §§ 113 und 88 TKG

Aus Sicht des VATM besteht dringender Klarstellungsbedarf dahingehend, dass die Herausgabe von Bestandsdaten auf Grund einer Anfrage mit einer dynamischen IP-Adresse als Suchkriterium nach den Vorgaben des § 100g StPO zu erfolgen hat. Auch der Gesetzgeber vertritt die Auffassung, dass die Herausgabe von Daten nach den § 100g StPO zu erfolgen habe, wenn diese nur unter Zuhilfenahme von Verkehrsdaten möglich ist (siehe etwa BT-Drucksache 16/5048, S. 39). Um jedoch bestehende Unsicherheiten in Literatur und Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auszuräumen bitten wir um entsprechende ergänzende Klarstellungen im TKG.

Konkret bitten wir hierzu um die folgende Ergänzung in § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG (Ergänzungen erscheinen fett gedruckt):

Stellungnahme des VATM

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Erstes
Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes



*„Ein Zugriff auf Daten, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen **und eine Beauskunftung unter Zuhilfenahme solcher Daten** ist nur unter den Voraussetzungen der hierfür einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zulässig.“*

Des Weiteren fordern wir die folgende klarstellende Ergänzung des § 88 Abs. 1 Satz 2 TKG, um Rechtssicherheit dahingehend zu erhalten, dass die dynamische IP-Adresse unter den Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG fällt (Ergänzungen erscheinen fett gedruckt):

*„Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche **und auf Kennungen, die anlässlich der Verbindungen erzeugt oder gespeichert werden.**“*

Berlin, den 11.11.2008