

An

Bundesministerium für Verkehr  
und digitale Infrastruktur

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

Europäische Kommission

Europäisches Parlament

Hessisches Ministerium für Wirtschaft,  
Energie, Verkehr und Landesentwicklung

*Veronika Fischer*  
*Geschäftsführung*  
Emmy-Noether-Str. 17  
76131 Karlsruhe

Telefon: 0721 782027-29  
Telefax: 0721 782027-27  
E-Mail: kontakt@dgri.de

Frankfurt/Main, den 09.02.2017

## **Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (COM(2016)590 final)**

Hier: Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) e.V.

Sehr geehrte Damen und Herren,

die DGRI ist eine der in Deutschland führenden unabhängigen wissenschaftlichen Vereinigungen auf dem Gebiet des IT-Rechts. Sie befasst sich mit Fragen an der Schnittstelle zwischen Informatik einerseits sowie Recht und Wirtschaft andererseits und fördert die Zusammenarbeit von Lehre, Forschung, Gesetzgebung und Praxis in allen Fragen der Informationstechnik. Zu ihren Mitgliedern zählen Wissenschaftler und Praktiker sowohl aus dem Gebiet der Rechtswissenschaft als auch der Technik. Mit ihnen sucht die Gesellschaft den ständigen Austausch von Wissen, Erfahrungen und Meinungen. Mittels von der Gesellschaft veröffentlichter Stellungnahmen begleitet die DGRI Gesetzgebungsvorhaben auf nationaler wie europäischer Ebene als neutrale Institution, die den Partikularinteressen einzelner Unternehmen oder Branchen nicht verpflichtet ist.

## I.

Die DGRI befasst sich – insbesondere über ihren Fachausschuss Telekommunikations- und Medienrecht – seit vielen Jahren mit allen rechtlichen Aspekten rund um den Telekommunikationsmarkt. Auf seiner Sitzung vom 17.11.2016 in Frankfurt/Main hat sich der Fachausschuss Telekommunikations- und Medienrecht mit dem vorliegenden Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation befasst. Aufbauend auf dieser Sitzung ist die nachfolgende Stellungnahme entstanden. An der Stellungnahme mitgewirkt haben: Frau Caroline Heinickel, Prof. Dr. Joachim Scherer, Dr. Frederic Ufer und Dr. Gerd Kiparski.

## II.

Die DGRI begrüßt den Vorschlag der Europäischen Kommission ("EU-Kommission") zu einer umfassenden Reform des EU-Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation und nimmt zu dem Entwurf für einen „Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation“ („Kodex-E“) wie folgt Stellung:

1. Es dient der Rechtsklarheit, dass der Kodex-E die bestehenden Richtlinien des EU-Telekommunikationsrechts in einem Rechtsakt konsolidiert und übersichtlicher strukturiert hat, wenngleich der Kodex-E an zahlreichen Stellen<sup>1</sup> gesetzestechisch weiter vereinfacht und verbessert werden könnte.
2. Zutreffend gewählt sind die im Erwägungsgrund („EG“) 3 nochmals spezifizierten Zielsetzungen der Reform: (1) Schaffung von Anreizen für Investitionen in Hochgeschwindigkeitsbreitbandnetze, (2) Schaffung eines kohärenten Rechtsrahmens für die Frequenzpolitik und die Frequenzverwaltung, (3) Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für einen echten Binnenmarkt durch Beseitigung der Unterschiede zwischen den nationalen Einzelregelungen, gleiche Ausgangsbedingungen für alle Marktteilnehmer und einheitliche Anwendung der Bestimmungen des Rechtsrahmens sowie (4) Schaffung eines wirksameren institutionellen Rechtsrahmens. Die DGRI ist der Auffassung, dass der Kodex-E in weiten Teilen, jedoch nicht durchweg, brauchbare rechtliche Rahmenbedingungen zur Erreichung dieser Ziele setzt.
3. Die Zielsetzung der Kommission, auch Anbieter von „Over-the-Top“ („OTT“)-Diensten dem Anwendungsbereich des Rechts der elektronischen Kommunikation zu unterwerfen, soweit sie funktional äquivalent zu herkömmlichen Telekommunikationsdiensten sind, ist zu begrüßen.

---

<sup>1</sup> So u.a. im Hinblick auf die Definition des Elektronischen Kommunikationsdienstes, dazu bei 3).

Die im Kodex-E vorgeschlagene Ausweitung der Legaldefinition des Rechtsbegriffs „elektronische Kommunikationsdienste“, der als Anknüpfungspunkt für zahlreiche regulierungsrechtliche Pflichten dient, ist jedoch nach Auffassung der DGRI für sich genommen nicht geeignet, dieses Regelungsziel zu erreichen:

Aus Sicht der DGRI ist es grundsätzlich sinnvoll, "in der Funktionsweise gleichwertige" (s. EG 15 Kodex-E) Kommunikationsdienste im Wesentlichen vergleichbaren regulatorischen Anforderungen zu unterwerfen. Ebenfalls zu begrüßen ist, dass die Abgrenzung zwischen elektronischen Kommunikationsdiensten und nicht regulierten Diensten der Informationsgesellschaft künftig "nicht allein auf technischen Parametern fußen, sondern eher auf einem funktionalen Ansatz aufbauen" soll (s. EG 15 Kodex-E). Diese Regelungsziele werden durch den Kodex-E jedoch nur in Teilen erreicht.

— Ferner verfehlt die vorgesehene Anpassung der Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes (Art. 2 Nr. 4 Kodex-E) aus Sicht der DGRI das erklärte Ziel der Neuregelung, "Unklarheiten [zu] beseitigen, die bei der Umsetzung der bisherigen Begriffsbestimmung festgestellt wurden, und eine abgestimmte, den einzelnen Vorschriften entsprechende Anwendung der in dem Rechtsrahmen enthaltenen spezifischen Rechte und Verpflichtungen auf die unterschiedlichen Arten von Diensten ermöglichen" (s. EG 15 Kodex-E).

So umfasst die Begriffsbestimmung des elektronischen Kommunikationsdienstes nach wie vor Dienste, die "ganz oder teilweise" in der Übertragung von Signalen bestehen. Zwar nennt der Kodex-E als ein Anwendungsbeispiel "Übertragungsdienste, die für die Maschine-zu-Maschine-Kommunikation sowie für Rundfunkdienste genutzt werden". Die sich in der Vergangenheit stellende Frage, wann ein Dienst "ganz oder teilweise" in der Signalübertragung besteht, welche von nationalen Regulierungsbehörden ("NRB") mit Blick auf komplexe Dienste oder Dienste, die mehrere Dienstelemente bündeln (z.B. Angebot von Telemetrie mit notwendiger Konnektivität), zum Teil sehr unterschiedlich bewertet worden ist, wird hierdurch jedoch nicht beantwortet. Ausreichende Abhilfe schafft hier auch nicht, dass der Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes nunmehr ausdrücklich "interpersonelle Kommunikationsdienste" (Art. 2 Nr. 5 Kodex-E) umfasst, die weiter in nummerngebundene (Art. 2 Nr. 6 Kodex-E) und nummernunabhängige (Art. 2 Nr. 7 Kodex-E) interpersonelle Kommunikationsdienste unterteilt werden.

— Zunächst ist aus Sicht der DGRI die Abgrenzung zwischen nummerngebundenen Diensten und nummernunabhängigen Diensten, deren Bereitstellung nur in sehr eingeschränktem Umfang regulatorischen Verpflichtungen unterliegt, nicht sachgerecht. Denn dieses Abgrenzungskriterium ist - anders als in EG 15 vorgesehen - rein technischer Natur und lässt eine aus Sicht des Endnutzers möglicherweise bestehende funktionale Gleichwertigkeit entsprechender interpersoneller Kommunikationsdienste unberücksichtigt.

Darüber hinaus eröffnet die Definition des interpersonellen Kommunikationsdienstes ihrerseits (wie auch die geltende Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes) nicht unerhebliche Wertungsspielräume, da sie Dienste vom Anwendungsbereich ausnimmt, die eine interpersonelle und interaktive Kommunikation "lediglich als **untrennbar mit einem an-**

**deren Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion** ermöglichen" (Art. 2 Nr. 6 Kodex-E, Hervorhebung nur hier). Es ist daher aus Sicht der DGRI nach wie vor nicht gesichert, dass ein Dienst in den Mitgliedstaaten mit Blick auf die Anwendbarkeit des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation einheitlich bewertet werden wird. Um eine einheitlichere Regulierungspraxis zu fördern, sollten die Definitionen entweder klarer gefasst oder es sollte erwogen werden, auf das bewährte Instrument der Leitlinien des GEREK zurückzugreifen, um die in den Definitionen vorgesehenen Wertungen auf eine einheitliche Entscheidungsgrundlage zu stützen.

4. Die Straffung der Regulierungsziele und ihre Ergänzung um das Regulierungsziel der Förderung von „Festnetz- und Mobilfunk-Datenverbindungen mit sehr hoher Kapazität“ (Art. 3 Abs. 2 lit. a und d. Kodex-E) sind zu begrüßen.

Um Befürchtungen entgegen zu wirken, das Regulierungsziel der Förderung von Netzen mit sehr hoher Kapazität genieße Vorrang vor den anderen Regulierungszielen, und um das Regulierungsermessen der NRB nicht unnötig einzuschränken, sollte in den Erwägungsgründen klargestellt werden, dass die Regulierungsziele gleichrangig sind und von den NRB im Einzelfall unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abzuwägen sind.

5. Die DGRI begrüßt die Absicht der Kommission, durch die im Kodex-E vorgesehenen "geografischen Erhebungen" die in zahlreichen Mitgliedstaaten bestehenden Infrastruktur-Register zu vereinheitlichen und damit ein Instrument zur Verbesserung von Planung und Steuerung des Ausbaus von Breitbandnetzen zu schaffen.

Unklar ist jedoch, ob und inwieweit die Erhebungen von den NRB bei der Marktdefinition, der Marktanalyse und bei der Auferlegung von Verpflichtungen im Rahmen der Regulierung von marktmächtigen Unternehmen berücksichtigt werden sollen: Art. 62 Abs. 3 Satz 2 Kodex-E scheint zu verlangen, dass nicht nur die Ergebnisse der geografischen Erhebungen zur aktuellen, tatsächlichen Reichweite bestehender Breitbandnetze bei der Regulierung zu berücksichtigen sind, sondern auch die Ergebnisse der von den Unternehmen vorzunehmenden "dreijährigen Vorausschau der Reichweite der Breitbandnetze" (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 Kodex-E). Die Berücksichtigung bloßer Ausbauabsichten und -pläne bei der Entscheidung über Maßnahmen der Marktregulierung birgt die - u.a. auch von GEREK gesehene - Gefahr, "dass Ausbaupläne taktisch angekündigt werden, um Regulierung herbeizuführen, zu vermeiden oder hinauszuzögern" (BEREC, BoR (16) 213, S. 10). Die DGRI regt daher an, in Art. 62 Abs. 3 Satz 2 Kodex-E klarzustellen, dass bei Regulierungsentscheidungen lediglich die gegenwärtig bestehende (tatsächliche) geografische Reichweite von Breitbandnetzen zu berücksichtigen ist. Bloße Ausbauabsichten und -pläne sind keine solide Grundlage für Regulierungsentscheidungen.

Ebenfalls überarbeitungsbedürftig ist Art. 20 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. Art. 29 Kodex-E, wonach Unternehmen, die "absichtlich" irreführende, fehlerhafte oder unvollständige Auskünfte über ihre Netzausbaupläne geben, sanktioniert werden sollen. Abgesehen von der praktischen Schwierigkeit, eine solche "Absicht" nachzuweisen, können sich Ausbaupläne in Abhängigkeit von der Nachfrage kurzfristig ändern.

Insgesamt erscheint es zweifelhaft, ob der von Unternehmen und NRB verlangte Verfahrensaufwand für die Erstellung von 3-Jahres-Plänen zum Netzausbau in einem vernünftigen Verhältnis zu dem Erkenntnisgewinn stehen, den Marktteilnehmer und die NRB aus solchen Planungen ziehen können.

Für die beabsichtigte Beschleunigung des Netzausbaus in unterversorgten Regionen dürfte es ausreichen, wenn die nach einheitlichen Kriterien zu erstellenden geografischen Erhebungen ein detailliertes Bild über den tatsächlichen Stand des Netzausbaus vermitteln und "Gebiete mit Netzausbaudefizit" präzise bezeichnen.

6. Die DGRI begrüßt die Absicht der Kommission, die Maßnahmen der Frequenzverwaltung so zu vereinheitlichen, dass Frequenzbänder, deren Nutzung EU-weit (oder europaweit) harmonisiert wurde, einheitlichen Vergabe- und Genehmigungsbedingungen unterliegen, um so im Interesse der Verbraucher und der Anbieter von Geräten und Diensten eine europaweite Nutzung zu ermöglichen.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen des Kodex-E gehen jedoch über diese Zielsetzung weit hinaus: So soll das in Art. 35 Kodex-E vorgesehene Peer Review-Verfahren nicht nur dann durchgeführt werden, wenn NRB Maßnahmen zur Regelung harmonisierter Frequenzbereiche vorzunehmen beabsichtigen, sondern ganz grundsätzlich bei sämtlichen Maßnahmen der Frequenzverwaltung nach Art. 35 Abs. 1 Kodex-E.

Im Interesse einer raschen Erschließung und europaweiten Nutzung von harmonisierten Funkfrequenzen erscheint es sinnvoll, der Kommission Befugnisse zur zeitlichen Koordinierung von Vergabeverfahren in den Mitgliedstaaten einzuräumen (Art. 53 Kodex-E). Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass das "Geleitzugprinzip" gilt, wonach der langsamste Mitgliedstaat die Geschwindigkeit für alle anderen bestimmt: Vielmehr sollte der Kodex-E Mitgliedstaaten, die bei der Erschließung und Nutzung von Frequenzen eine Vorreiterrolle übernehmen wollen, nicht daran hindern, neue Frequenznutzungsmöglichkeiten rascher zu eröffnen als andere.

7. Ausdrücklich begrüßt die DGRI das Ziel der Kommission, die Bereitstellung von Machine-to-Machine ("M2M")-Diensten auch durch eine Anpassung der Regelungen zur Nummernverwaltung zu fördern. M2M-Dienste verbinden Produkte der klassischen Industrie mit denen der Kommunikationsbranche und schaffen hierdurch einen Mehrwert für Endnutzer und für industrielle Anwender. Zwei Aspekte sind bei der M2M-Kommunikation wesentlich, die eine besondere Herausforderung für den bisherigen Rechtsrahmen darstellen. Dieses ist zum einen der grenzüberschreitende Einsatz von M2M-Anwendungen und zum anderen der fehlende interpersonelle Charakter der Kommunikation. Trotz der positiven und zu begrüßenden Ansätze im Entwurfstext der Kommission werden die vorgesehenen Änderungen den spezifischen Anforderungen von M2M-Diensten nicht ausreichend gerecht.

M2M-Dienste sind oftmals dadurch gekennzeichnet, dass sie auf eine länderübergreifende bzw. globale Nutzung ausgerichtet sind. Damit entsprechende Geschäftsmodelle wirtschaftlich tragfähig sind, müssen Hersteller von M2M-Endgeräten in der Lage sein, die Endgeräte

bei Produktion mit SIM-Karten ausstatten und sie nachfolgend weltweit verkaufen zu können. Bei Herstellung der M2M-Endgeräte ist zudem oft nicht absehbar, in welchem Land diese Geräte eingesetzt werden. Auch können Hersteller dieser Geräte nicht nachvollziehen, in welche Länder ihre Produkte nach Verkauf durch Endkunden verbracht werden. Ferner sind M2M-Geschäftsmodelle häufig durch mehrgliedrige "Supply Chains" charakterisiert. Demzufolge ist der Hersteller der Geräte nicht zwingend derjenige, der letztendlich gegenüber dem Endkunden den M2M-Dienst mit Hilfe des M2M-Endgeräts erbringt. Auch dies kann dazu führen, dass das M2M-Endgerät in einem anderen Land dauerhaft genutzt wird, als dies bei der Herstellung vorgesehen war. Um diesen spezifischen Charakteristika von M2M-Diensten angemessen Rechnung zu tragen, ist es unerlässlich, die Möglichkeit einer exterritorialen Nutzung von nationalen Nummern (d.h. eine Nutzung von nationalen Nummern außerhalb des Zuteilungslands auf dauerhafter Basis) europaweit einheitlich vorzusehen.

Zu begrüßen ist daher grundsätzlich, dass Art. 87 Abs. 4 Kodex-E die Zulässigkeit der exterritorialen Nutzung von Rufnummern für elektronische Kommunikationsdienste, die keine Dienste der interpersonellen Kommunikation darstellen, verbindlich fest schreibt. Allerdings wird durch die vorgesehene Formulierung "zur Bereitstellung **anderer elektronischer Kommunikationsdienste** als interpersoneller Kommunikationsdienste" der Anwendungsbereich der Regelungen zur exterritorialen Nutzung zu sehr beschränkt. Denn nicht alle M2M-Dienste sind als elektronische Kommunikationsdienste (d.h. Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übermittlung von Signalen bestehen) anzusehen. Dennoch ist auch für diese M2M-Dienste, wie oben gezeigt, die Möglichkeit einer exterritorialen Nutzung von Nummern essentiell. Eine Erstreckung der Regelungen zur exterritorialen Nutzung von Nummern auf Dienste, die keine elektronischen Kommunikationsdienste sind, ist nach Maßgabe von Art. 87 Abs. 4 S. 2 Kodex-E jedoch nur für Unternehmen vorgesehen, denen Nummernressourcen direkt zugeteilt worden sind (Art. 87 Abs. 2 Kodex-E).

Überarbeitungsbedürftig sind zudem die vorgesehenen Regelungen zur Rechtsdurchsetzung und zur Einhaltung Verbraucherschutzrechtlicher Regelungen (Art. 87 Abs. 4 S. 4, 88 Abs. 6 Kodex-E). Art. 88 Abs. 6 Kodex-E sieht vor, dass die NRB, die Nummern zur exterritorialen Nutzung zuteilt, diese Zuteilung mit der Auflage zu versehen hat, dass die Verbraucherschutzregelungen sowie die einschlägigen nationalen Nummerierungsvorgaben des Verbringungslandes einzuhalten sind. Dies ist zumindest dann problematisch, wenn unklar ist, in welchem Land die Nummern zum Einsatz kommen sollen. Insoweit könnten allenfalls abstrakte Vorgaben getroffen werden, deren Einhaltung das die Nummern nutzende Unternehmen insbesondere in multi-jurisdiktionalen Dienstkonstellationen vor erhebliche Herausforderungen stellen wird. Dies gilt insbesondere wenn man bedenkt, dass die allgemeinen Verbraucherschutzvorschriften und die Regelungen zur Nummernnutzung auch zwischen den Mitgliedstaaten in erheblichem Umfang differieren und dass bislang nicht ausreichend deutlich wird, welche Verbraucherschutzvorschriften auf die Erbringung von M2M-Diensten überhaupt sinnvoll Anwendung finden können. Daher sollte auch die Vorgabe überdacht werden, dass Anbieter, die Nummern mit dem Ländercode ihres Mitgliedstaates nutzen, den Verbraucherschutz und anderen nationalen Vorschriften bezüglich der Nutzung

von Nummern entsprechen, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem die Nummern genutzt werden (Art. 87 Abs. 4 S. 4 Kodex-E).

Aus Sicht der DGRI ist schließlich die Einrichtung eines vom GEREK geführten Zentralregisters exterritorial genutzter Nummern abzulehnen bzw. jedenfalls auf exterritorial genutzte **Ruf**nummern zu beschränken. Zum einen unterfällt die Nummernverwaltung der Hoheit der Mitgliedstaaten. Dieser Grundsatz würde durch die Einrichtung eines zentralen Nummernregisters auf EU-Ebene durchbrochen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund besteht. Denn die eigentliche Nummernverwaltung und die Durchsetzung der mit der Nummernnutzung verbundenen Regeln sowie der einschlägigen verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben soll auch nach dem Kodex-E weiterhin auf nationaler Ebene erfolgen. Da anhand der Länderkennung ohne weiteres erkennbar ist, welcher Mitgliedstaat die exterritorial genutzten Nummern zugeteilt hat, ist eine Abstimmung zwischen den NRB, wo erforderlich, ohne weiteres möglich, ohne dass es eines zentralen Registers bedarf. Zumindest im Hinblick auf exterritorial genutzte E.212 Nummern (d.h. IMSI) lässt sich die Einführung eines Zentralregisters auch nicht auf Sicherheitserwägungen stützen. Denn wie die deutsche Regulierungsbehörde, die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, zutreffend festgestellt hat, lässt sich der Zuteilungsnehmer von ausländischen IMSI-Blöcken durch die Sicherheitsbehörden leicht ermitteln und durch eine Anfrage an den entsprechenden Nummerninhaber lassen sich die abgeleiteten Zuteilungsnehmer einer IMSI feststellen. Zumindest mit Blick auf E.212 Nummern ist daher eine weitergehende Erfassung dieser Nummern in einer zentralen Datenbank auf EU-Ebene auch unter Gesichtspunkten der öffentlichen Sicherheit nicht erforderlich.

8. Der Vorschlag der Kommission, marktmächtige Unternehmen umfassend zum Zugang zu ihren baulichen Einrichtungen zu verpflichten (Art. 70 Kodex-E), wird als Fortführung eines in der Vergangenheit erfolgreich etablierten Konzepts zur Regulierung marktmächtiger Unternehmen ("Significant Market Power", SMP-Konzept) in der Telekommunikationsregulierung von der DGRI unterstützt. In diesem Zusammenhang möchten wir unterstreichen, dass Zugangsverpflichtungen auch weiterhin auf SMP-Unternehmen zu beschränken sind, weil anderenfalls negative Impulse in Richtung alternativer Investoren gesetzt werden. Darüber hinaus sollten auch die technischen und kommerziellen Zugangsbedingungen einer effektiven Regulierung unterliegen. Anderenfalls könnten z. B. zu hohe Zugangskosten den Zugangsanspruch ebenfalls ins Leere laufen lassen.

Um den Infrastrukturwettbewerb zu stärken, sieht die Kommission vor, die allgemeinen Zugangsverpflichtungen nur noch dann in Erwägung zu ziehen, wenn Verpflichtungen in Bezug auf bauliche Anlagen allein nicht ausreichen (Art. 71 Kodex-E). Diese Neugestaltung der Zugangsregulierung sieht die DGRI skeptisch. Es besteht das Risiko, dass diese Maßnahme die Rechtfertigungslast der NRB für den Erlass darüber hinausgehender Zugangsverpflichtungen zumindest formell erhöht. Folglich würde der Handlungsspielraum der nationalen Regulierer zur Förderung des Breitbandausbaus im Ergebnis geschwächt. Darüber hinaus lässt der Kodex-E dem Zugang zu passiver Infrastruktur durch diesen Regelungsvorschlag besondere Bedeutung zukommen. Erfahrungen in verschiedenen Mitgliedstaaten, wie z. B.

Spanien oder Portugal, haben zwar gezeigt, dass mit einem solchen Zugangsanspruch der wettbewerbliche Ausbau von Gigabit-Infrastrukturen erheblich forciert werden kann. Die DGRI weist jedoch darauf hin, dass die auf Grund unterschiedlicher Marktsituationen in den Mitgliedstaaten ggf. bestehenden alternativen Vorleistungsprodukte, wie der physische und virtuelle Zugang, nicht ins Hintertreffen geraten dürfen und spricht sich daher für eine Gleichrangigkeit der Vorleistungsprodukte aus. Anderenfalls wird aus Sicht der DGRI die Möglichkeit der NRB beschränkt, auf die Besonderheiten der jeweiligen nationalen Märkte zugeschnittene Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen. Zugangsansprüche jeglicher Art dürfen zudem nicht von dem Zustandekommen von im Kodex-E lediglich vage definierten Ko-Investitionsvereinbarungen abhängen.

Zu begrüßen ist aus Sicht der DGRI, dass der Kodex-E die Möglichkeit beibehält, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Preiskontrolle aufzuerlegen (Art. 72 Kodex-E). Allerdings wird das Regulierungsermessen der NRB durch den Kodex-E in nicht unerheblichem Umfang eingeschränkt: So müssen die NRB nach Maßgabe des Entwurfs das Interesse der Endnutzer am "Aufbau und der Nutzung von Netzen der nächsten Generation, insbesondere Netzen mit sehr hoher Kapazität berücksichtigen" und dürfen Preiskontrollpflichten dann nicht auferlegen, wenn "ein nachweisbarer Preisdruck bei den Endkundenpreisen herrscht" und die Zugangsverpflichtungen einen effektiven und diskriminierungsfreien Zugang sichern. Zwar stellt eine ex-ante-Regulierung wesentlich höhere Anforderungen an das zu regulierende Unternehmen als dies bei einer nachträglichen Regulierung der Fall wäre. Insbesondere sind zur Genehmigung der Entgelte umfangreiche Kostenunterlagen einzureichen, um entgeltbeeinflussende Faktoren regelmäßig zu überprüfen. Allerdings haben sich die bisherigen Mechanismen des Rechtsrahmens bewährt und den NRB ausreichend Flexibilität eingeräumt, um bei einer Änderung der Marktverhältnisse von einer ex-ante-Entgeltregulierung zur schwächeren ex-post-Betrachtung zu wechseln. Daher sieht die DGRI die vorgesehenen Änderungen kritisch.

Die Aufnahme von Ko-Investitionsmodellen (Artikel 74 Kodex-E) ist grundsätzlich zu begrüßen, darf aber nicht zu „Regulierungsferien“ für marktmächtige Unternehmen und zur Verdrängung alternativer Anbieter führen. Die gemeinsame Nutzung von neuen Netzbestandteilen durch einen marktmächtigen Netzeigentümer und Zugangsinteressenten kann im Vergleich zu herkömmlichen Zugangsprodukten mit einer größeren Risikoteilung verbunden und auch eine dauerhafte Grundlage für Wettbewerb sein, dies muss aber nicht der Fall sein. Die DGRI weist darauf hin, dass die wettbewerblichen Auswirkungen einer solchen gemeinsamen Nutzung sehr stark von den Marktverhältnissen in den Mitgliedstaaten und der jeweiligen Ausgestaltung der Ko-Investition abhängig sind. Die EU-weite Festschreibung eines Regulierungsverzichts ist daher nicht zielführend, zumal es an konkreten Kriterien fehlt, nach denen ein echtes Ko-Investitionsmodell definiert wird. Jedenfalls kann die Veröffentlichung eines Angebotes zur Ko-Investition allein, anders als im Kodex-E vorgesehen, nicht ausreichen, einen Regulierungsverzicht zu rechtfertigen. Vielmehr bedarf es insofern zumindest einer schriftlich getroffenen Vereinbarung ko-investierender Unternehmen. Es besteht zudem die Gefahr, dass die privilegierte Behandlung von neuen Netzelementen zu



einer weitgehenden Stärkung der Marktposition marktmächtiger Unternehmen führt, da diese mit der Ankündigung inkrementeller Aufrüstungen ihrer Netze sowohl die lang- bis mittelfristigen Investitions- wie auch Produktvertriebsstrategien dauernd stören und damit auch die Arbeit der Regulierungsbehörde faktisch blockieren könnten. Die DGRI schlägt daher vor, dass entsprechende Ko-Investitionsvereinbarungen lediglich als ein zusätzlicher Aspekt bei der Ausübung des Regulierungsermessens zu berücksichtigen sind.

9. Bisher geben die in den Richtlinien niedergelegten Regelungen zu den Endnutzerrechten ein Mindestniveau vor, das die EU Mitgliedstaaten bei ihrer nationalen Umsetzung zu gewährleisten haben. Die Mitgliedstaaten können zugunsten der Endnutzer jedoch über dieses Mindestniveau hinausgehen. Das hat der deutsche Gesetzgeber insbesondere mit der TK-Transparenzverordnung und mit den Regelungen zum Anbieterwechsel und zum Eskalationsprozess beim Anbieterwechsel getan.

Der Kodex-E enthält eine grundlegende Überarbeitung des Titels über die Endnutzerrechte. Die wesentlichste Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ist die in Art. 94 Kodex-E festgelegte Vollharmonisierung der Regelungen zu den Endnutzerrechten.

Die vorgesehene Vollharmonisierung der Vorschriften zum Verbraucherschutz ist grundsätzlich zu begrüßen, da sie einen einheitlichen europaweiten Standard schafft und es den Unternehmen erleichtert, ihre Dienste EU-weit anzubieten. Allerdings muss aus Sicht der DGRI sichergestellt sein, dass das in einzelnen Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, erreichte Niveau des Verbraucher- bzw. Endnutzerschutzes durch die Neuregelung nicht unterschritten wird.

Ein zureichender Grund für die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Regelungen zu Informationspflichten bei Verträgen in Art. 97, zu Transparenz, Angebotsvergleich und Veröffentlichung von Informationen in Art. 96, zu Dienstqualität in Art. 97, zu Vertragslaufzeit und -kündigung in Art. 98 und zu Angebotspaketen in Art. 100 Kodex-E auf andere Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste als Anbieter nummerngebundener interpersoneller Kommunikationsdienste ist nicht ersichtlich. Wenn ein OTT-Anbieter einen Dienst erbringt, der funktional äquivalent ist zu einem Dienst der nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikation, dann ist das Schutzbedürfnis der Endnutzer vergleichbar; dementsprechend sollten dieselben Endnutzerschutzverpflichtungen gelten.

Nach Art. 95 Abs. 5 Kodex-E soll GEREK 12 Monate nach Inkrafttreten des Kodex ein Muster für Vertragszusammenfassungen vorlegen, in dem die Hauptelemente der Informationsanforderungen des Art. 95 Abs. 1 und 2 Kodex-E enthalten sein sollen. Dieses vom Anbieter auszufüllende Formular soll vor Vertragsschluss den Endkunden vorgelegt und dann Vertragsbestandteil werden. Unklar ist freilich die rechtliche Relevanz dieser "Vertragszusammenfassung". Da in der Vertragszusammenfassung lediglich "die Hauptelemente" der von einem Anbieter bereitzustellenden Informationen enthalten sein sollen (vgl. Art. 95 Abs. 5 Satz 1 Kodex-E) bleibt es bei der Verpflichtung der Anbieter, die nicht in der Vertragszusammenfassung enthaltenen Informationen anderweitig bereitzustellen oder bereitzuhalten. Wünschenswert wäre hier eine Klarstellung zum Umfang der Informationspflichten.

Allzu unbestimmt und weitreichend ist die Verpflichtung von Anbietern von Internetzugangsdiensten und Anbietern öffentlich zugänglicher nummerngebundener interpersoneller Kommunikationsdienste, Informationen von öffentlichem Interesse, die sie "von den zuständigen öffentlichen Behörden in einem standardisierten Format geliefert" bekommen, an bestehende und neue Endnutzer weiterzugeben. Zwar enthält Art. 96 Abs. 3 Satz 2 in lit. a und b Kodex-E zwei Anwendungsbeispiele für derartige "Informationen von öffentlichem Interesse", nämlich Informationen über "die häufigsten Formen einer Nutzung von Internetzugangsdiensten und nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten für unrechtmäßige Handlungen oder die Verbreitung schädlicher Inhalte" (lit.a) sowie Informationen über "Mittel des Schutzes vor einer Gefährdung der persönlichen Sicherheit, der Privatsphäre und personenbezogener Daten" (lit. b). Dieser Katalog ist jedoch nicht abschließend (vgl. Art. 96 Abs. 3 Satz 2 Kodex-E: "unter anderem"), wodurch die Verpflichtung von Anbietern zur Verbreitung von Informationen "von öffentlichem Interesse" nach Inhalt und Ausmaß unbestimmt ist.

In Art. 98 Abs. 2 schließt der Kodex-E faktisch die Möglichkeit aus, Verbraucherverträge nach Ablauf der Mindestlaufzeit um eine bestimmte Laufzeit automatisch zu verlängern. Nach dem Kodex-E können Verbraucher nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit ihren Vertrag jederzeit mit einer Frist von einem Monat kündigen. Dies erscheint aus Sicht der DGRI nicht gerechtfertigt. Ermöglichen nationale Regelungen eine automatische Vertragsverlängerung um eine feste Zeitspanne für alle Dauerschuldverhältnisse, sollte dies auch für öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste gelten, da es für die Schlechterstellung von Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste gegenüber Anbietern anderer Dienstleistungen keine ausreichende Rechtfertigung gibt.

Klarstellungsbedürftig ist auch Art. 99 Abs. 5 Kodex-E: Dieser schreibt vor, dass die Rufnummer des Endnutzers in jedem Fall innerhalb eines Arbeitstages nach "Schließung einer Vereinbarung" zu übertragen ist. Die Rufnummer ist aber z.B. in Deutschland im Festnetzbereich an die Vertragslaufzeit des Anschlussvertrages gebunden und wird erst mit dessen Beendigung freigegeben, während Mobilfunknummern jederzeit portiert werden können. Die Portierungsverfahren sind derzeit nicht so ausgelegt, dass die technische Durchführung der Portierung innerhalb eines Tages nach Unterzeichnung eines Portierungsauftrages erfolgen kann. Dieses ist vom Endnutzer auch nicht gewünscht, da die Anschlussschaltung durch den neuen Anbieter nicht in dieser kurzen Frist erfolgen wird. Der Endkunde wäre bei einer vorzeitigen Portierung ohne Anschlussbereitstellung unter seiner alten Rufnummer nicht erreichbar. Wichtig ist, dass Portierung und Anschlussschaltung synchron verlaufen und der Endnutzer unter seiner gewohnten Rufnummer erreichbar bleibt. Dies legt auch Art. 99 Abs. 1 Kodex-E fest, wonach der aufnehmende Anbieter sicherstellt, dass die Aktivierung des Dienstes am mit dem Endnutzer vereinbarten Datum erfolgt. Hiernach soll der Anbieterwechsel und damit die Rufnummernportierung eben nicht schnellstmöglich am nächsten Arbeitstag nach Unterzeichnung der Vereinbarung, sondern an einem mit dem Endnutzer abzustimmenden Datum erfolgen.



Deutsche Gesellschaft für  
Recht und Informatik e.V.

Für Rückfragen oder ergänzende Erläuterungen steht Ihnen die Gesellschaft gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

Veronika Fischer  
Geschäftsführung

Prof. Dr. Joachim Scherer, LL.M.  
Leiter FA TK-Recht

Sven-Erik Heun  
Leiter FA TK-Recht