

**Stellungnahme des BITKOM
zum Referentenentwurf des BMWA
für ein neues Telekommunikationsgesetz (TKG)
sowie zugehörigen Verordnungsentwürfen
(Stand des Entwurfs: 30. April 2003)**

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., BITKOM, nimmt hiermit Stellung zu den am 30. April 2003 vom BMWA vorgelegten Referentenentwurf für ein neues Telekommunikationsgesetz (TKG) sowie einigen der parallel vorgelegten Entwürfe für untergeordnete Verordnungen. BITKOM repräsentiert mit seinen über 700 Direktmitgliedern die gesamte Breite der ITK-Branche in Deutschland. Die Stellungnahme beschränkt sich daher gerade in dem zwischen Marktteilnehmern kontrovers diskutierten Bereich der Wettbewerbsregulierung auf einige zentrale Anmerkungen aus der Sicht der gesamten Branche. Andere Teile des vorgelegten Gesetzesentwurfs erfahren eine detaillierte Kommentierung. Vor diesem Hintergrund ist der Umstand, dass eine Reihe von Vorschriften nicht gesondert kommentiert werden, nicht als Zustimmung der von BITKOM repräsentierten Unternehmen zu werten. Zum Teil führte auch der enge Zeitrahmen für die Kommentierung dazu, dass innerhalb der gesetzten Frist nicht alle Teile umfassend geprüft werden konnten. Dies gilt insbesondere für die parallel vorgelegten Verordnungsentwürfe; BITKOM behält sich insoweit noch ergänzende Kommentierungen vor.

Grundsätzliche Vorbemerkungen

BITKOM ist weiterhin besorgt, dass der neue Gesetzentwurf, der sich in weiten Teilen gänzlich vom grundsätzlich bewährten bisherigen TKG abkehrt, nicht geeignet ist, die dringend erforderliche Rechts- und Planungssicherheit für die im Bereich der Telekommunikation tätigen Unternehmen zu gewährleisten. Dies vermindert den Anreiz für Investitionen von Unternehmen, sei es auf der wichtigen Infrastruktur- oder auch der Diensteebene, und trägt so nicht zu einer vitalen wirtschaftlichen Entwicklung im TK-Bereich bei, obwohl dies eines der vorrangigen Ziele eines wirtschaftsrechtlichen Ordnungsrahmens sein sollte. Zu der befürchteten Unsicherheit tragen in erster Linie die vielen und weitreichenden Ermessens- und Beurteilungsspielräume bei, die der Regulierungsbehörde eingeräumt werden. Die oft sehr komplexen und aufwändigen Analyseverfahren drohen nicht zu einer schlankeren Regulierung und einer Beschleunigung von Regulierungsverfahren, sondern eher zu einem Mehr an Bürokratie und damit einer höheren Belastung für alle beteiligten Unternehmen zu führen. Auch wenn anzuerkennen ist, dass die europäischen Vorgaben Gestaltungsspielräume für die Regulierungsbehörde fordern, ist aus Sicht des BITKOM doch noch einmal sehr genau zu prüfen, ob

nicht weitere Einengungen dieser Spielräume durch Vorgabe klarerer Leitlinien möglich sind. Hierfür sollte zunächst ein klare Bekenntnis zu einer bestimmten Form der Marktentwicklung im Telekommunikationssektor erfolgen, auf die sich die beteiligten Unternehmen dann besser einstellen könnten. Klarere Vorgaben, wohin die sektorspezifische Regulierung im Ergebnis führen soll, würde es auch auf längere Sicht erleichtern, nach Erreichung der als Ziel angestrebten Marktsituation den Rückzug aus der sektorspezifischen Regulierung und die Überführung ins allgemeine Wettbewerbsrecht einzuleiten, wie dies ebenfalls von den europäischen Richtlinien vorgegeben ist.

Auch jenseits der zentralen Fragen der Marktregulierung enthält der Gesetzentwurf noch einige Grundentscheidungen von erheblicher Tragweite, die erhebliche Belastungen für die einzelne Unternehmen, damit aber auch für die Branche insgesamt und über unterschiedlich stark wirkende Belastungen auch die Wettbewerbssituation im TK-Markt beeinflussend Regelungen. Dies sind insbesondere die Auflagen zugunsten der öffentlichen Sicherheit. BITKOM fordert hier nachdrücklich die Abkehr von der entschädigungslosen Inpflichtnahme privater Unternehmen für rein staatliche Aufgaben. Der Verband sieht sich dabei durch das jüngste Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshof zu eben diesem Sachverhalt in seiner Auffassung bestärkt, dass diese massiven Grundrechtseingriffe verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sind.

Aber auch im gesamten Bereich des Kunden- und Datenschutzes besteht angesichts von nach wie vor zu detaillierten und rigiden Regelungen noch erhebliches Potential, die vorhandene Regulierungsdichte zu reduzieren. Viele Sonderregeln, die bislang für den Bereich der Telekommunikation bestehen, erscheinen entbehrlich. Denn die Unternehmen haben selbst ein hohes Eigeninteresse an einem effektiven Kundenschutz einschließlich des vertrauensvollen Umgangs mit Kundendaten. Denn hierin liegen wesentliche Qualitätsmerkmale der angebotenen Dienstleistungen, die in einem immer stärker wachsenden Wettbewerb von zunehmender Bedeutung sind. Gerade im sensiblen Bereich der elektronischen Kommunikation sind Verlässlichkeit und Vertrauen der Kunden entscheidende Voraussetzungen für wirtschaftlichen Erfolg. Die Unternehmen treffen also weitestgehend selbst entsprechende Vorkehrungen und setzen sich auch im Rahmen von Selbstregulierungsinitiativen für diese Ziele ein. Grundsätzlich sind solche Eigeninitiativen insbesondere im Bereich Kundenschutz (und damit verbunden auch Datenschutz) immer effizienter und im Ergebnis auch wirkungsvoller als staatliche Regulierungsvorgaben.

Erster Teil: Allgemeiner Teil

§ 2 Regulierung und Ziele

- Zur rechtssicheren Abgrenzung von TKG und IuKDG bzw. MDStV sollte klargestellt werden, dass der Anwendungsbereich des TKG sich nicht auf Teledienste erstreckt. Daher wird vorgeschlagen, in § 2 einen neuen Absatz 4 einzufügen mit dem folgenden Inhalt:

„(4) Dieses Gesetz gilt nicht für Teledienste im Sinne des Teledienstegesetzes, Mediendienste im Sinne des Mediendienste-Staatsvertrags und Inhalte des Rundfunks im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags.“

§ 3 Begriffsbestimmungen

- Die Definition des Begriffs der Verkehrsdaten in § 3 **Nr. 25** wäre ggf. in den Erläuterungen durch Angabe einiger beispielhafter Daten zu konkretisieren. Sollte entgegen der oben vorgeschlagenen Eingrenzung des Anwendungsbereichs des TKG angenommen werden, dass z.B. Internet-Access oder eMail künftig unter den Regelungsbereich des TKG fallen, bedürfte es insbesondere einer weiteren Klärung für den Bereich der Internet-Kommunikation. So werden etwa IP-Adressen zur Gebührenabrechnung von Providern in sog. IP-Listings aufgenommen, die festhalten, wem zu einem bestimmten Zeitpunkt eine konkrete IP-Adresse zugeordnet worden ist. Um hier Probleme durch mögliche Auslegungsfehler zu vermeiden, wird empfohlen, diesen Fall bei Bedarf zumindest in den Erläuterungen zu erwähnen.
- In § 3 **Nr. 27** sollte schon im Sinne einer einheitlichen sprachlichen Behandlung inhaltlich gleicher Sachverhalte statt des Begriffs *Zugangsberechtigungssysteme* ebenso wie im ZKDSG einheitlich der Begriff "*Zugangskontrollsysteme*" gebraucht werden. Eine abweichende Begrifflichkeit führt sonst zu Interpretationsverwirrungen. Gleiches gilt für die Verwendung der Begriffe in § 42 des TKG-Entwurfs.

§ 4 Berichtspflichten

Es wird begrüßt, dass unsere Anregung aus der Kommentierung des Arbeitsentwurfs aufgenommen wurde, die Berichtspflichten in § 4 Abs.1 auf öffentliche Anbieter zu begrenzen. Sprachlich ist allerdings durch die jetzt gewählte Formulierung „Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Diensteanbieter“ die gewollte Begrenzung nur im Bereich der Netzbetreiber verwirklicht, nicht aber bei sonstigen Diensteanbietern. Hier sollte es daher hinter Diensteanbieter ergänzt werden „für die Öffentlichkeit“ oder formuliert werden „Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste“.

§ 5 Meldepflichten

Es wird begrüßt, dass die Anregung aufgenommen wurde, die Meldepflicht auf Betreiber öffentlicher TK-Netze und Anbieter öffentlich zugänglicher TK-Dienste zu beschränken. Das zusätzliche Merkmal „gewerblich“ erscheint ebenfalls angemessen (wenngleich dann auch in aller Regel vorliegend). Hier wäre noch die Aufnahme einer Definition des Begriffs im Rahmen des § 3 wünschenswert.

Zweiter Teil: Marktregulierung

§ 8 Marktabgrenzung

- In § 8 **Absatz 1** erscheint die Formulierung des letzten Halbsatzes insofern unzutreffend, als durch die Verwendung des „reguliert werden“ nahegelegt wird, eine Regulierung erfolge in den festgelegten Märkten in jedem Fall. Im Sinne der europäischen Vorgaben, aber auch der weiteren Vorschriften im TKG-Entwurf ist dies jedoch nur eine Option. Wir schlagen daher vor, die Formulierung dahingehend zu korrigieren, dass diese Märkte „nach den Vorschriften des Zweiten Teils sektorspezifisch reguliert werden können.“

§ 10 Konsultations- und Konsolidierungsverfahren

- Der Entwurf lässt die zeitliche Abfolge der nationalen Anhörung zur Marktregulierung nach § 10 Abs. 1 und des europäischen Konsolidierungsverfahrens mit der EU-Kommission und europäischen Regulierungsbehörden in § 10 Abs. 2 offen. In der Begründung zu § 10 heißt es, es solle nach „Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten“ im Einzelfall entschieden werden, ob die Entwürfe gleichzeitig national und mit Brüssel konsultiert werden oder das EU-Verfahren erst nach Abschluss des nationalen Konsultationsverfahrens erfolgt. Damit bleibt für die Marktteilnehmer völlig offen, welches Regulierungsverfahren mit welcher Dauer im Einzelfall zur Anwendung kommt.
- § 10 sollte zwingend eine Anhörung der betroffenen Parteien vorsehen, bevor die Übermittlung eines Entwurfs an Kommission und andere Regulierungsbehörden stattfindet. Zum einen würde ansonsten das rechtliche Gehör der Marktteilnehmer unzumutbar eingeschränkt. Denn im Rahmen des Verfahrens nach § 10 Abs. 2 erfolgen bereits Stellungnahmen der Kommission und anderer NRAs, die auf nationaler Ebene beträchtliche Bindungswirkung entfalten, da sie von der Regulierungsbehörde „weitestgehend zu berücksichtigen“ sind und die Kommission in den Fällen der §§ 8 und 9 die Möglichkeit des späteren Vetos besitzt. Zum anderen müssen der Kommission, um ihre Bewertung sachgerecht durchführen zu können, alle entscheidungserheblichen Tatsachen, d.h. auch die Ergebnisse der nationalen Anhörung vorliegen. Auch die Kommission weist in ihrem Entwurf zu einer Empfehlung zum Konsolidierungsverfahren vom 11.03.03 darauf hin, dass die Resultate der nationalen Anhörung in einer Notifizierung der nationalen Behörden an die EU-Kommission enthalten sein sollen. Die Verzögerung, die die Stufung der Anhörungen mit sich bringt, kann in Eilfällen gemäß § 10 Abs. Nr. 5 vermieden werden.
- In § 10 Abs. 2 Nr. 1 sollte eine Ermächtigungsgrundlage für die Weitergabe der Ergebnisse der Anhörung aufgenommen werden. Dabei muss die Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten sichergestellt sein.

Vierter Teil, Zweiter Abschnitt: Nummerierung / TK-Nummerierungsverordnung

§ 59 Nummerierungsverordnung / Entwurf der TKNV (§ 1)

In **§ 1 Abs. 1 TKNV-E** wird der Begriff "Nummern" und damit implizit der Zuständigkeitsbereich der Regulierungsbehörde definiert. In der Verordnungsbegründung wird aufgeführt, dass die Aufzählung der bislang von der Regulierungsbehörde strukturierten und ausgestalteten Nummernräume einen Überblick über den konkreten Umfang der Nummerierung gibt und somit Rechtssicherheit schafft. Diese Einschätzung wird von Seiten des BITKOM nicht geteilt.

- In § 1 Abs. 2 TKNV-E wird der Nummerierungsbegriff und damit auch die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde in wesentlichen Punkten gegenüber der heutigen Situation erweitert. Obwohl sowohl in der Begründung zum TKG-Entwurf also auch in der dort angeführte EU-Rahmenrichtlinie gesagt wird, dass durch die Novelle keine neuen Zuständigkeiten in Bezug auf die Vergabe von Namen und Adressen im Internet geschaffen werden sollen, stellt sich dies im vorliegenden Entwurf anders

da. Insbesondere die in § 1 Abs. 2 enthaltene Feststellung, dass eine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für "Internet Domain Namen mit deutscher Landeskenntung, wie ENUM Domainnamen des Teilbereichs "9.4.e164.arpa"" bestünde, erscheint problematisch.

Wie in der Anlage 1 Nr. 10 des Verordnungsentwurfs beschrieben, werden ENUM-Domains durch Umwandlung von E.164-Rufnummern in Domains gebildet. Entscheidend für die Funktionsfähigkeit von ENUM ist also nicht das regulatorische Eingreifen in das System des DNS, sondern eine Ausgestaltung, wonach die Nutzung von ENUM-Domains nur zulässig ist, wenn ein entsprechendes Nutzungsrecht der abgebildeten und entsprechend TKG zugeteilten E.164-Rufnummer vorhanden ist.

- Kritisch gesehen wird insbesondere auch eine Zuständigkeit der RegTP für die bisher privatwirtschaftlich organisierte Top-Level-Domain (TLD) „.de“. Die bisherige privatwirtschaftliche Organisation der .de-Domain hat sich bewährt. Sie ist weltweit die zweitgrößte TLD nach .com und die größte ccTLD. Zur Registrierung von .de-Domains gibt es derzeit einen freien, kostengünstigen, schnellen und unbürokratischen Zugang für Interessierte. Es besteht also derzeit keinerlei Veranlassung dies zu ändern und die Verwaltung der RegTP zu übertragen. Selbst wenn von Seiten der RegTP augenblicklich gar keine Absicht bestünde, von der Regulierungsbefugnis Gebrauch zu machen, ist die hierdurch entstehende Unsicherheit für die bestehenden privat organisierten Verwaltungseinrichtungen problematisch. Vor diesem Hintergrund sollte jedenfalls § 1 Absatz 2 Nr. 10 TKNV-E ersatzlos gestrichen werden.

Fünfter Teil, Erster Abschnitt: Universaldienst

§ 71 Universaldienstleistungen

Die Universaldienstverpflichtung zum Telefonverzeichnis nach § 71 Abs. 2 Nr. 2 sieht vor, dass die gedruckte **und** elektronische Form unter die Universaldienstverpflichtung fällt, während in der Regelung im bisherigen TKG keine Vorgabe zur Form gemacht wurde. Die Ausweitung der Universaldienstverpflichtung auf elektronische Verzeichnisse ist weder von dem EU-Recht vorgeschrieben noch aus den Zielen des Universaldienstes gemäß § 71 Abs. 1 ableitbar. Sobald eine Bereitstellung in gedruckter oder elektronischer Form erfolgt, ist das Kriterium „Mindestangebot für die Öffentlichkeit“ erfüllt. Insofern sollte § 71 Abs. 2 Nr. 2 in der Weise angepasst werden, dass ein Verzeichnis in gedruckter **oder** elektronischer Form angeboten werden muss.

Ebenfalls sollte das Gesetz an geeigneter Stelle klarstellen, dass es nicht dem Universaldienstbringer obliegt, nachzuprüfen, ob alle Unternehmen, die Rufnummern an Endnutzer vergeben, ihrer Verpflichtung aus § 84 (entspricht dem alten § 12 TKG) nachkommen und auf Antrag alle Teilnehmerdaten zur Verfügung stellen.

§ 74 Auferlegung von Universaldienstverpflichtungen

§ 74 entspricht weitgehend dem derzeitigen § 19 TKG. Eine Verpflichtung eines oder mehrerer Unternehmen erfolgt nun erst nach Anhörung der in Betracht kommenden

Unternehmen. Wird ein Zuschuss verlangt, *muss* (bisher „*kann*“) die Regulierungsbehörde ausschreiben. Wird durch Ausschreibungsverfahren kein Anbieter ermittelt, kann die Regulierungsbehörde einseitig verpflichten. Innerhalb dieses Paragraphen sollten die Kriterien für ein Ausschreibungsverfahren detaillierter festgelegt werden. Des Weiteren sollte sichergestellt werden, dass Ausschreibungsangebote auf der gleichen Grundlage kalkuliert wurden. Außerdem fehlt eine Festlegung, für welchen Zeitraum eine Ausschreibung gelten soll. Hier wäre z.B. ein Zeitraum von 10 Jahren denkbar. Nach Ablauf dieser Frist würde ein erneutes Ausschreibungsverfahren folgen. Innerhalb dieser Frist sollte es dem Unternehmen freigestellt bleiben, die Preise jährlich entsprechend den ermittelten gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsraten und festgestellten Produktivitätsfortschrittsraten anzupassen.

Vor der Ausschreibung sollte festgelegt werden, welche Universaldienstleistung in welchem räumlichen Gebiet oder an welchem Ort zu erbringen ist, welche zu erwartende Nachfrage der Angebotskalkulation zu unterstellen ist und nach welchen Kriterien die erforderliche Fachkunde des Universaldienstleistungserbringers bewertet wird sowie die Qualitätskriterien, mit denen die Universaldienstleistung erbracht werden soll.

Bei der Vergabe der Universaldienstleistung wäre vor allem zu prüfen, ob sich das Unternehmen als geeignet erweist, die Universaldienstleistung zu erbringen und ob das Unternehmen über die betrieblichen Voraussetzungen für die Erbringung des Universaldienstleistung während des gesamten Ausschreibungszeitraumes aller Voraussicht nach verfügt sowie wer unter Beachtung der Ausschreibungsbedingungen den geringsten finanziellen Ausgleich dafür verlangt. Werden mehrere Unternehmen mit der Erbringung sachlich oder regional differenzierter Leistungen des Universaldienstleistung beauftragt, ist zu berücksichtigen, dass insgesamt ein möglichst geringer Ausgleich zu leisten ist.

§ 75 Ausgleich für Universaldienstleistungen

§ 76 Universaldienstleistungsabgabe

Zur Zahlung einer Universaldienstleistungsabgabe nach § 76 sollen alle nach § 73 festgelegten Unternehmen verpflichtet werden. Der Anteil bemisst sich entsprechend der bisherigen Regelung nach dem Umsatz. Kann von einem Unternehmen die auf dieses entfallende Abgabe nicht erlangt werden, ist der Ausfall von den übrigen Verpflichteten nach dem Verhältnis ihrer Anteile zueinander zu tragen. Die Höhe des Ausgleichs wird von der Regulierungsbehörde berechnet. Die vorgesehenen gesetzlichen Regeln werfen allerdings einige Fragen auf:

- Unklar ist, warum über die Finanzierungsregeln des § 76 der von der Regulierungsbehörde errechnete Ausgleichsbetrag **zuzüglich einer angemessenen Verzinsung finanziert** werden soll, obwohl im § 75 nur die Nettokosten des die Universaldienstleistung erbringenden Unternehmens bezuschusst werden.
- Die Regelungen zur Berechnung des Ausgleichs lehnen sich an das EU-Recht an. Allerdings wurde der Prüfmaßstab für einen Ausgleich umgekehrt. Während nach EU-Recht zunächst eine Unzumutbarkeits-Prüfung stattfindet und erst, wenn der Zuschuss als gerechtfertigt angesehen wird, die Nettokosten ermittelt werden, sehen die neuen Regelungen des TKG die Nettokosten als alleinigen Prüfungsmaßstab für die Unzumutbarkeit an, da erst die Nettokosten ermittelt werden und dann die Prüfung, inwieweit ein Zuschuss gerechtfertigt ist, erfolgt. Die TKG-Regelung sollte entsprechend dem EU-Recht so umgestaltet werden, dass die Nettokosten erst zu

ermitteln sind, wenn die finanzielle Belastung durch die Universaldienstleistung als unzumutbar angesehen wird.

- Die Finanzierungsregelungen in § 76 werden der im EU-Recht geforderten Forderung nach einer Gestaltung, durch die eine „möglichst geringe Marktverfälschung“ erfolgt, nicht gerecht. Eine möglichst geringe Marktverfälschung kann nur durch eine breite Streuung der Einzahler gewährleistet werden, wie dies auch die europäischen Vorgaben gemäß Erwägungsgrund 23 der Universaldienstrichtlinie vorsehen.

§ 79 Sicherheitsleistung

Diese Regelungen sehen eine nicht gerechtfertigte Einschränkung gegenüber dem bisherigen § 11 TKV vor, durch den als Sicherheitsleistung neben dem sechsfachen des Grundpreises auch alte Zahlungsrückstände und das zukünftige Telefonverhalten berücksichtigt werden können. Nach § 79 darf ein Universaldiensterbringer nur den Bereitstellungspreis zuzüglich des sechsfachen Grundpreises verlangen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum hier nicht die Regelungen des § 11 TKV weiterhin gelten sollen.

Fünfter Teil, Zweiter Abschnitt: Kundenschutz **TK-Kundenschutzverordnung**

§ 82 Kundenschutzverordnung

Entwurf der TK-Kundenschutzverordnung (§ 1)

Die Ermächtigung zum Erlass einer TK-Kundenschutzverordnung bezieht sich auf „Rahmenvorschriften für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit“. Dieser von der Ermächtigungsgrundlage definierte Anwendungsbereich wird von der Bestimmung des Anwendungsbereichs in § 1 der Verordnung überschritten, wenn dort als Regulierungsadressaten auf Anbieterseite die „Betreiber von Telekommunikationsnetzen oder Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste“ definiert werden. Insbesondere fehlt hier bei den Betreiber von Telekommunikationsnetzen die Einschränkung auf TK-Netze für die Öffentlichkeit. Grundsätzlich sollte aber in § 1 der TKV der Anwendungsbereich entsprechend der gesetzlichen Ermächtigung in § 82 TKG-E durch Streichung des Satzteils „der Betreiber von Telekommunikationsnetzen oder“ angepasst werden. Die Erreichung des Regelungsziels würde hierdurch nicht gefährdet.

§ 83 Rufnummernübertragbarkeit

Nach Absatz 3 Satz 2 soll das Entgelt für einen Wechsel einer Regulierung nach § 35 unterliegen. Dieser Satz sollte gestrichen werden. § 35 bezieht sich auf die Entgelte marktbeherrschender Anbieter. Daher erscheint schon die genaue Übertragbarkeit der Regeln in § 35 auf die Fälle der Rufnummernmitnahme unklar. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, weshalb diese Entgelte überhaupt einer Regulierung unterfallen müssen. Es erscheint grundsätzlich möglich, die Festlegung dieser Entgelte den Unternehmen und damit dem Marktgeschehen zu überlassen. Eine allgemeine Wettbewerbsaufsicht zum Eingreifen bei Missbräuchen ist ausreichend.

§ 84 Bereitstellen von Teilnehmerdaten

Die Formulierung des § 84 könnte insofern missverständlich sein, als auch Unternehmen, die Telekommunikationsdienste ausschließlich firmenintern oder für Firmen im eigenen Konzern erbringen, Rufnummern an Endnutzer vergeben. Nach dem Wortlaut der Vorschrift könnten dann auch solche Unternehmen verpflichtet sein, anderen Unternehmen auf Antrag Teilnehmerdaten zum Zwecke der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen zur Verfügung zu stellen. Hierfür besteht allerdings kein Bedarf; vielmehr beschränkt sich die Notwendigkeit einer solchen Regel auf Anbieter von TK-Diensten für die Öffentlichkeit. Eine entsprechende einschränkende Ergänzung sollte daher in § 84 vorgenommen werden:

„...Unternehmen, das Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbietet und dabei Rufnummern an Endnutzer vergibt, ...“

Sechster Teil, Erster Abschnitt: Fernmeldegeheimnis

§ 85 Fernmeldegeheimnis

Mit der Bezugnahme in **§ 85 Absatz 3 Satz 3 2. Halbsatz** auf die §§ 94 bis 98a StPO soll festgeschrieben werden, dass Datenträger mit Daten, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, nach den allgemeinen Regeln der §§ 94 bis 98a StPO beschlagnahmt werden können. Dies begegnet erheblichen (verfassungs-)rechtlichen Bedenken. Nach § 98 StPO dürfen Beschlagnahmen bei Gefahr im Verzug auch durch Staatsanwaltschaft oder sogar einzelne Polizeibeamte angeordnet werden. Sollen diese Normen unberührt bleiben, so würde dies bedeuten, dass auch Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis durch die Polizei ohne richterlichen Beschluss möglich werden. Diese Lösung höhlt in weiten Teilen das Fernmeldegeheimnis aus. Auch Aufzeichnungen auf Anrufbeantwortern und Mailboxsystemen bleiben Inhalte von Telekommunikation im Sinne des § 85 Absatz 1 und unterfallen damit dem Fernmeldegeheimnis. Dabei kann eine Parallele zur Verwertung von Telefaxen durch die Ermittlungsbehörden gezogen werden, die nach herrschender Meinung in den Anwendungsbereich des § 100a StPO fällt. Auch hierbei handelt es sich um einen Inhalt von Telekommunikation, der als Endprodukt in einer körperlichen Form vorliegt. Die Umgehung des Richtervorbehalts erscheint vor diesem Hintergrund nicht hinnehmbar. Unklar bleibt überdies das Verhältnis dieser Vorschriften zu § 100g StPO, der die Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten regelt.

Die beabsichtigte Regelung dürfte überdies mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Urteil vom 12.3.2003, Az: 1 BvR 330/96) unvereinbar sein. Die Rechtsprechung stellte schon zu § 12 FAG fest, dass es verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, dass die Erfassung von Verbindungsdaten allgemein der Strafverfolgung dient. Wenn nunmehr durch § 85 sogar einfache Beschlagnahmen als Eingriff in das Fernmeldegeheimnis zulässig sein sollen, so wäre ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis sogar unter gegenüber § 12 FAG noch erleichterten Voraussetzungen möglich. Zum einen kann dann jeder Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft mittels einer Beschlagnahme auf dem Fernmeldegeheimnis unterliegende Daten zugreifen, sofern er nur Gefahr im Verzug bejaht. Zum anderen genügt auch der Verdacht einer beliebigen Straftat für die Zulässigkeit einer Beschlagnahme. Demgegenüber sieht das Bundesverfassungsgericht den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nur bei Straftaten als ge-

rechtfertigt an, denen der Gesetzgeber allgemein ein besonderes Gewicht beimisst. Zudem muss auch die Straftat im konkreten Fall erhebliche Bedeutung haben. Dem genügt die beabsichtigte Regelung nicht.

Grundsätzlich sollte ein Zugriff auf Daten, die unter das Fernmeldegeheimnis fallen, daher nur unter den Voraussetzungen der §§ 100a, 100b StPO möglich sein. Daher muss der Verweis auf §§ 94 bis 98a StPO aus der Vorschrift des § 85 Abs. 3 wieder gestrichen werden und statt dessen ein ausdrückliches Beschlagnahmeverbot aufgenommen werden.

§ 86 Abhörverbot, Geheimhaltungspflicht der Betreiber von Empfangsanlagen

Nach wie vor betrachtet es BITKOM mit Sorge, dass die Regelung in § 86 **Satz 4** künftig den Einsatz der so genannten IMSI-Catcher aufgrund besonderer gesetzlicher Regelung ermöglichen soll. Diese Befugnis ist zu einem Zeitpunkt, zu dem die Beurteilung wichtiger, damit im Zusammenhang stehender Rechtsfragen noch nicht geklärt ist, bedenklich. So bestehen deutliche Zweifel an der datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Geräteeinsatzes angesichts der Vielzahl der Betroffenen. Unklar ist auch, ob der Betrieb dieser Geräte einer Lizenz bedarf. Jedenfalls sind die Geräte geeignet, zu nachhaltigen Störungen des Mobilfunkverkehrs zu führen, die Verbindungsabbrüche bzw. Probleme beim Verbindungsaufbau zur Folge haben. Vor diesem Hintergrund erscheint es unangemessen, schon jetzt diese zusätzliche Überwachungsmöglichkeit im TKG zu eröffnen.

Sechster Teil, Zweiter Abschnitt: Datenschutz

Nach wie vor, sieht BITKOM kritisch, dass das TKG umfassende Datenschutzregeln auch für Bereiche vorsieht, die einer eigenständigen, sektorspezifischen Regulierung nicht bedürfen, weil insoweit kein die abweichende Regelung rechtfertigender sachlicher Unterschied zu anderen Wirtschaftsbereichen vorliegt. Insoweit sollte daher auf eine eigenständige Regulierung verzichtet und gänzlich auf die Regeln des BDSG verwiesen werden. Dies gilt namentlich für die Regeln zum Umgang mit „Bestandsdaten“. Anzustreben ist zumindest eine stärkere Angleichung an die Regeln des BDSG. Hierzu gehört auch, dass statt des tk-spezifischen Begriffs der „Bestandsdaten“ der allgemeine Begriff der „Vertragsdaten“ genutzt werden sollte. Vertragsdaten in diesem Sinne wären dann alle Daten, „die zur gegenseitigen Vertragserfüllung (insb. Vertragsabschluss, Vertragsänderung und Vertragsbeendigung; Abrechnung von Entgelten) erforderlich sind, ausgenommen Verkehrsdaten und Standortdaten“. Verkehrsdaten sollten sich dabei nur auf die personenbezogenen Daten beziehen, die unmittelbar dem Fernmeldegeheimnis unterliegen. Die Definitionen in § 3 und die Vorschriften im Datenschutz-Abschnitt wären entsprechend anzupassen.

Wünschenswert erscheint insbesondere weiterhin, auch für TK-Diensteanbieter die Möglichkeiten auszuweiten, Dritte im Rahmen von Auftragsdatenverhältnissen zur Datenverarbeitung einzusetzen. Bislang benachteiligt das TKG mit seinen Regeln die von ihm erfassten Unternehmen im Vergleich zu den allgemeine Regeln zur Auftragsdatenverarbeitung im BDSG. Für diese Ungleichbehandlung ist ein sachlicher Grund jedoch nicht erkennbar. Möglich wäre eine Erweiterung entweder durch eine Veränderung der

Definition des Diensteanbieters in § 3 Nr. 5 oder eine entsprechende erweiternde Regel im Datenschutz-Abschnitt des TKG.

§ 87 Anwendungsbereich

Im Unterschied zu dem in § 87 definierten persönlichen Anwendungsbereich (Unternehmen und Personen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder an deren Erbringung mitwirken) bezieht sich die im Gesetz umzusetzende europäische Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation (58/2002/EG) gemäß ihrem Art. 3 Absatz 1 nur auf öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste. Dies führt für klein- und mittelständische Unternehmen in Deutschland, die geschäftsmäßig, aber nicht öffentlich Telekommunikationsdienste anbieten, zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen gegenüber ihren europäischen Nachbarn, da sie umfangreichere Auflagen im Bereich Datenschutz zu erfüllen haben. Standort- bzw. Wettbewerbsnachteile für Deutschland aus einer zu weiten Gesetzgebung sollten aber möglichst vermieden werden. Deshalb sollte der Anwendungsbereich auf die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste beschränkt werden.

Unklar ist überdies das Verhältnis der TKG-Datenschutzregeln zu den Datenschutzregeln im Rundfunk-Staatsvertrag, da unter die jetzt erfassten geschäftsmäßigen Erbringer von TK-Diensten nach der Definition in § 3 Nr. 22 auch die vom RStV erfassten Anbieter im Rundfunkbereich fallen. Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert, die doppelte Regelungen vermeidet.

§ 88 Informationspflichten

Durch den künftigen Wegfall des alten Absatzes 1 des § 3 TDSV darf keinesfalls die Möglichkeit der weitergehenden Einwilligung des Kunden entfallen. Es muss klar sein, dass das BDSG ergänzend gilt, und Einwilligungen des Kunden stets möglich sind. Diese Gefahr wird auch nicht durch den neu zu § 90 Abs. 2 hinzugefügten Verweis auf § 28 Abs. 2 bis 5 BDSG entkräftet, da hier gerade kein Verweis auf die Voraussetzungen einer Einwilligung nach § 28 Abs. 6 besteht. Es ist daher zwingend klarzustellen, dass die Einwilligung des Kunden in jedem Fall eine wirksame Voraussetzung für die rechtmäßige Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ist. Entsprechendes gilt für veränderte Verarbeitungszwecke im Rahmen des alten § 3 Abs. 3. Auch hier muss eine auf einer Einwilligung des Kunden basierende Zweckänderung möglich sein.

§ 89 Einwilligung im elektronischen Verfahren

Es wird grundsätzlich begrüßt, dass nunmehr auch elektronische Einwilligungen möglich sein sollen, etwa im Zusammenhang mit dem Einzelbindungsnachweis. Angesichts der weitreichenden Voraussetzungen in § 89 ist die erreichte Vereinfachung aber nur geringfügig. Die meisten Kunden wünschen etwa beim Einzelbindungsnachweis eine einfache Beantragung per Telefon. Durch entsprechende Identitätsprüfungen ist auch am Telefon eine hinreichende Autorisierung des Anrufers möglich. Diese Möglichkeit sollte daher in die Vorschrift aufgenommen werden.

§ 90 Vertragsverhältnisse

- Wie bereits einleitend ausgeführt, ist weiterhin zu kritisieren, dass die Möglichkeit, die Regelungen zum Datenschutz auf das bereichsspezifisch Notwendige zu begrenzen, nicht genutzt wurde. So wären Regelungen zu Bestandsdaten im TKG nicht erforderlich, da hierfür die Vorschriften des BDSG ausreichend sind. Auch aus Gründen der Gleichbehandlung mit anderen Wirtschaftszweigen ist, soweit nicht die besondere Situation der Telekommunikation anderes eindeutig rechtfertigt, auf eine sektorielle und immer noch in verschiedener Hinsicht engere Regulierung für die TK-Unternehmen zu verzichten.
- Der Verweis in § 90 **Abs. 1** auf eine Zweckbestimmung in § 3 Nr. 3 erscheint gesetzssystematisch wenig geglückt, da es sich nach § 3 Nr. 3 überhaupt nur um Bestandsdaten handelt, wenn sie dem dort benannten Zweck dienen. Eine zusätzliche Bezugnahme hierauf, um die Speicher- und Verarbeitungsberechtigung zu definieren ist dann eher verwirrend.
- Zusätzlich zu der – begrüßenswerten – Regelung in **Absatz 2**, wonach Bestandsdaten grundsätzlich auch für Marketingzwecke genutzt werden dürfen, sollte generell festgelegt werden, dass Bestandsdaten innerhalb eines Konzerns ohne gesonderte Einwilligung an Konzernmitglieder weitergegeben werden dürfen. Die bisherige Situation, dass die Organisationsform eines Unternehmens allein über den Umfang der Berechtigung zur Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet, ist nicht mehr zeitgemäß. Das hier zugrunde gelegte Unternehmensmodell besteht in dieser Form nur noch bei kleinen oder mittelständischen Unternehmen. Im Bereich von Konzerngestaltungen, die bei Großunternehmen üblich sind, führt die Behandlung einzelner Unternehmensteile als eigenständige Unternehmen zu massiven datenschutzrechtlichen Belastungen, die nicht durch ein insoweit real bestehendes Schutzbedürfnis auf Kundenseite gerechtfertigt sind. Daher sollte der Anwendungsbereich der Datenverarbeitungsbefugnis durch Bezugnahme auf das Konzept der verbundenen Unternehmen nach den §§ 15 ff. Aktiengesetz erweitert werden.

§ 91 Telekommunikationsverbindungen

- Der in der Überschrift genutzte Begriff "Telekommunikationsverbindungen" sowie der im weiteren Text dieser Vorschrift genutzte Begriff „Verbindungen“ ist im Gesetz nicht definiert. Dies sollte entweder noch aufgenommen oder aber auf den Begriff der Verbindung als Anknüpfungspunkt für Fristen verzichtet werden. Probleme gibt es hier insbesondere bei TK-Diensten, die nicht verbindungsorientiert sind, etwa in IP-Netzen.
- Begrüßt wird die Beibehaltung des § 91 **Abs. 2 Satz 2**. Weiterhin problematisch bleibt jedoch die Einbeziehung besonderer Leistungsmerkmale. Nicht von der Vorschrift erfasst und damit eigentlich unzulässig wäre z.B. ein Angebot, nach Erhalt eines belästigenden Anrufs weitere Anrufe von derselben Rufnummer auf Wunsch des belästigten Teilnehmers zu blockieren, da hierfür die Rufnummer des Anrufers, die aus dem Verkehrsdatensatz des belästigenden Anrufs stammt, verwendet werden müsste. Entsprechend sollte die Befugnis in Absatz 2 Satze 1 erweitert werden, dass eine Verarbeitung bzw. Nutzung der gespeicherten Verkehrsdaten auch dann zulässig ist, wenn sie für die Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen erforderlich sind.

- Die Streichung des noch im Diskussionsentwurf vorgesehenen Absatz 3 (der § 6 Abs. 3 TDSV entsprach), durch den die Datennutzung zur bedarfsgerechten Gestaltung von TK-Diensten ermöglicht wurde, sollte insoweit nicht zu einer Beschränkung führen. Daher sollte die entsprechende Befugnis zumindest im Rahmen des jetzigen Abs. 3 (Abs. 4 des Arbeitsentwurfs) zusätzlich aufgenommen werden.
- Jedenfalls im Rahmen des Begründungstexts zu § 91 **Abs. 3** sollte klargestellt werden, dass eine erforderliche Einwilligung des Kunden auch konkludent durch Anforderung eines Dienstes erfolgen kann, der eine entsprechende Datenverarbeitung erfordert. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn es sich um eine einzelnen Dienstleistung im Rahmen eines Gesamtvertrages handelt.
- Die Informationspflichten in **Absatz 4** bedeuten erhebliche Anforderungen an die betrieblichen und technischen Strukturen der Unternehmen, sind praxisfremd und z.B. im Mobilfunk kaum umsetzbar (Displaygröße, Textmengenbegrenzung bei SMS etc.). Es besteht insoweit auch kein Regelungsbedürfnis. Der notwendige Schutz des Kunden wird schon durch allgemeine Löschrufen und Auswertungsvorgaben, verbunden mit Widerspruchs- und Auskunftsrechten, gewährleistet. Übermäßige Informationspflichten drohen anderenfalls die Verbreitung der neuen Dienste durch unnötig hohe Hemmschwellen zu erschweren. Vorgeschlagen wird daher die Streichung des Absatz 4 oder zumindest eine Reduktion auf eine allgemeine Hinweispflicht im Rahmen des Abschlusses des Grundvertrages.

§ 92 Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung

- Die Zulässigkeit der Datenübermittlung im Verhältnis von Netzbetreibern und Service Providern bedarf ergänzender Berücksichtigung im Rahmen des § 92 **Abs. 1**. In diesen Fällen ist der Service Provider alleiniger Vertragspartner des Kunden. Der Netzbetreiber ist gegenüber dem Service Provider für die technische Verfügbarkeit des Netzes zuständig und übermittelt ihm die notwendigen Daten seiner Kunden. Nach dem gegenwärtigen Regelungsentwurf darf der Netzbetreiber dem Service Provider jedoch nur die Daten übermitteln, die zur Entgeltermittlung relevant sind. Im Widerspruch zum Institut der „verantwortlichen Stelle“ i.S.d. BDSG hat der Auftraggeber nicht mehr die Kontrolle über alle durch seinen Auftrag generierten Daten. Der Schutz des Kunden wird nicht beeinträchtigt, wenn der Netzbetreiber die von ihm generierten Daten dem Service Provider übergibt, da der Service Provider weiterhin unmittelbar den Regelungen des Telekommunikations-Datenschutzes unterliegt. Im Gegenteil liegt es im Kundeninteresse, einen einheitlichen Ansprechpartner zu haben. Zudem würde die bisherige Formulierung sogar wettbewerbsverzerrend zuungunsten des Service Providers wirken. Die gesetzliche Regel in § 92 Abs. 1 sollte daher folgendermaßen ergänzt werden:

„Diensteanbieter dürfen einander die in § 91 Abs. 1 aufgeführten Verkehrsdaten übermitteln, nutzen und speichern, soweit die Daten zur Ermittlung des Entgelts und zur Abrechnung mit ihren Teilnehmern oder zur Betreuung eigener Kunden benötigt werden. (...)“

- Wie bereits im Rahmen der BITKOM-Komentierung des Entwurfs für ein Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von Mehrwertdiensternummern dargelegt, ist die Sonderregelung in **Absatz 3 Satz 3**, die eine vollständige Speicherung ohne Einwilligung des Kunden nur für die 0190-/0900-Mehrwertdiensternummern erlaubt, zu eng. Aus technischen Gründen ist eine Differenzierung bei vielen Anbietern schon

bei der Speicherung nicht durchzuführen. Faktisch läuft damit die auf verbesserte Transparenz zielende Vorschrift ins Leere, wodurch auch die geplanten Datenbank- bzw. Auskunftslösungen nicht wie gewünscht greifen können. Es sollte daher generell von dem speziellen Einwilligungserfordernis für eine vollständige Speicherung abgegangen werden und die gekürzte Speicherung nur noch als wählbare Option für den Kunden vorgesehen werden.

Dies gilt umso mehr, als die jetzige gesetzliche Regelung zu erheblichen Problemen bei der Durchsetzung auch berechtigter Ansprüche führen kann. Denn der rechnergesteuerte TK-Anbieter ist zur Durchsetzung seiner Entgeltansprüche gegenüber seinem Kunden grundsätzlich verpflichtet, alle in Rechnung gestellten Verbindungen einzeln nachzuweisen. Hierzu hat der Anbieter alle Verbindungsdaten vorzulegen (einschließlich der vom Kunden angewählten Zielrufnummern), zu deren Speicherung er nach den datenschutzrechtlichen Vorschriften berechtigt war. Die teilweise Erweiterung der Speicherberechtigung, die aber aus technischen Gründen wegen des fortdauernden Speicherverbots bei anderen Rufnummern (vorbehaltlich der Einwilligung des Kunden) könnte somit dazu führen, dass der Anbieter seinen – berechtigten – Entgeltsanspruch für erbrachte Telekommunikationsleistungen nicht gegenüber dem Kunden durchsetzen könnte.

Für die regelmäßig ungekürzte Speicherung spricht auch, dass TK-Unternehmen immer wieder in Beweisschwierigkeiten geraten, wenn sie ihren Kunden nicht die vollständige Zielrufnummer ausweisen können. Die auch in der Novellierungsfassung immer noch geltende Regelung, dass standardmäßig die Zielrufnummern um die letzten drei Ziffern zu kürzen sind, entspricht auch nicht den üblichen Kundenwünschen. Die Erfahrung zeigt, dass sich viele Kunden gar nicht bewusst sind, dass sie bei Beantragung eines Einzelverbindungsachweises – besonders im Falle nachträglicher Beantragung zur Rechnungsprüfung – diesen lediglich mit gekürzten Rufnummern erhalten, weil bzw. sofern sie nicht eine andere Art der Speicherung ausdrücklich gewünscht haben. Die daraus folgende Kundenunzufriedenheit führt häufig zu langen rechtlichen Auseinandersetzungen mit den Kunden, die bei einer vollständigen Speicherung vermeidbar wären.

Zur Lösung dieses Problems bieten sich daher zwei Möglichkeiten an:

- a) Vorzugsweise sollten, wie hier gefordert, die vollständige Speicherung sämtlicher Verbindungsdaten zum gesetzlichen Regelfall werden und die Einrichtung der verkürzten Speicherung lediglich auf Wunsch des Kunden erfolgen.
- b) Alternativ könnte an ein Maskierungsmodell gedacht werden, wonach die Nummern vom TK-Anbieter zwar ebenfalls vollständig gespeichert, den Kunden aber auf einem Einzelverbindungsachweise standardmäßig nur gekürzt dargestellt werden; die zusätzlichen Informationen dürften von den Unternehmen aber weiterhin gespeichert werden.

§ 93 Standortdaten

- Die vorgesehene Einwilligungslösung für die Nutzung von Standortdaten nach § 93 **Absatz 1** erachtet BITKOM weiterhin als unnötig, teuer, kundenunfreundlich und unpraktikabel. Bei den meisten standortbasierten Diensten ist es bei der Gestaltung des Angebots aus Platzgründen auf dem Display und auch aus technischen Gründen kaum möglich (z.B. auf einer WAP-Seite), hinreichende Einwilligungsklauseln in Verbindung mit den im Gesetz vorgesehenen Informationen zu realisieren. Dies

verkompliziert die Dienstenutzung und verärgert den Kunden, da er zusätzliche Datenmengen abrufen und so kostenverursachende Online-Zeit für den Abruf von Einwilligungserklärungen aufwenden muss, obwohl ihm bei Abruf eines standortbezogenen Dienstes ohnehin bewusst ist, dass für die Erbringung dieses Dienstes die Erhebung von Standortdaten erforderlich ist. Auch eine spezielle umfassende Informationspflicht ist im Rahmen solcher neuen Dienste nicht mehr praxisgerecht. Eine Belehrung des Nutzers standortbezogener Dienste im Rahmen der allgemeinen Informationspflichten gemäß § 88 erscheint vollkommen ausreichend.

- Sollte an der Einwilligungslösung festgehalten werden, ist wenigstens klarzustellen, dass der Aufruf eines standortbasierten Dienstes nach entsprechender Information im Rahmen des Abschlusses des Grundvertrages als (konkludente) Einwilligung anzusehen ist. Dies könnte gegebenenfalls auch in den Begründungstext aufgenommen werden.
- In **Absatz 2** sollte das Wort „zeitweise“ gestrichen werden. Der Kunde kann jederzeit den Dienst aktivieren und deaktivieren. Eine Deaktivierung für einen Zeitraum, den der Wortlaut gestatten würde, ist nur unter erheblichem Aufwand umsetzbar. Hierzu müsste das Callcenter für den Kunden das Zeit-Management erledigen.

§ 94 Einzelverbindungs nachweis

Es ist bedauerlich, dass die geplanten Regelungen für den Einzelverbindungs nachweis in **Absatz 1** nach wie vor weit über die Vorgaben der EU-Richtlinie hinausgehen.

- Kundenunfreundlich ist etwa die Regel, wonach die Einrichtung nur vor dem maßgeblichen Abrechnungszeitraum möglich ist. Bei den Kunden stößt diese Beschränkung regelmäßig auf Unverständnis, da sie den Einzelverbindungs nachweis so erst über einen Monat nach Beantragung erhalten.
- Nicht in der europäischen Richtlinie vorgegeben sind auch das nach deutschem Verfahren erforderliche schriftliche Beantragungsverfahren und ebenso wenig die umständlichen und für Kunden völlig unverständlichen Mitbenutzererklärungen.
- Die Mitbenutzererklärung kann jedenfalls auf Festnetzanschlüsse beschränkt werden, da im Mobilfunkbereich die Nutzung durch mehrere Personen die sehr seltene Ausnahme ist. Die Regelung zur Mitbenutzererklärung ist zudem widersprüchlich. Bei Anschlüssen im Haushalt kann die Mitbenutzererklärung sowohl elektronisch als auch schriftlich abgegeben werden. Dem gegenüber sollen Betriebe und Behörden auf die schriftliche Erklärung beschränkt sein. Für diese unterschiedliche Behandlung gibt es keine zwingenden Gründe, sie verhindert jedoch unnötig eine Vereinfachung und Beschleunigung der Prozessabläufe. Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen in Unternehmen betrifft die Aufklärung der Nutzer grundsätzlich überhaupt nur das arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Hierfür ist eine zusätzliche Regelung im TKG entbehrlich.

Die Regelung sollte daher insgesamt auf die Mindestanforderungen der EU-Richtlinie ohne Schriftformerfordernis, ohne das Rückwirkungsverbot und ohne das Erfordernis einer Mitbenutzererklärung verschlankt werden.

Die Regelung in **Absatz 2** zur Privilegierung von sozialen bzw. kirchlichen Beratungsdiensten erlaubt nach wie vor, dass die Privilegierungen ohne besondere Prüfung der Bedürftigkeit greift, und verhindert so nicht, dass die Listen bei den Anbietern Ausmaße annehmen, die den Aufwand der Bearbeitung in erhebliche Höhe treiben. Dabei besteht

der naheliegende Verdacht einer übermäßigen Ausdehnung der Privilegierung. Hier sollte eine Prüfungspflicht der RegTP geregelt werden, ob die gemeldeten Nummern wirklich des zugedachten Schutzes bedürfen.

§ 95 Störungen von Telekommunikationsanlagen und Missbrauch von Telekommunikationsdiensten

Die Regelungen des § 95 erscheinen insbesondere dann klarstellungsbedürftig, wenn künftig auch Internet-Access, eMail und Internet-Telefonie (voice over IP) unter den Regelungsbereich des TKG fallen könnten:

- Die Beschränkung der Ermächtigungen zur Datenverarbeitung oder Nutzung in dieser Vorschrift auf Störungen oder Missbräuche „im Einzelfall“ wird dem realen Bedarf nicht gerecht. Störungen oder Missbräuche betreffen üblicherweise gerade nicht einzelne Fälle, sondern eine nicht vorhersehbare Vielzahl von Teilnehmern. Dies zeigt sich besonders deutlich im Internet-Bereich, wo Missbräuche oder Störungen primär auf der Inhaltsebene stattfinden (z.B. bei Viren). „Einzelfälle“, wie an verschiedenen Stellen als Voraussetzung definiert, sind hier nur schwer vorstellbar. Diese können erst in der Folge, anhand konkreter Vorgänge ermittelt werden und ggf. aus dem Gesamtdatenbestand identifiziert werden. Hier wäre eine Klarstellung im Regelungstext (Streichung von „im Einzelfall“ in Absatz 1, 3 und 4), zumindest jedoch in der Begründung sinnvoll.
- Darüber hinaus ist eine Klarstellung angeraten, dass die Einbeziehung von Regulierungsbehörde und des Bundesbeauftragten für Datenschutz wie bisher nur alle grundlegenden Prozesse betreffen.
- Sodann sollte ebenfalls zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass zu den von § 95 erfassten Verkehrsdaten auch IP-Adressen bzw. Domain- und Rechnernamen gehören, von denen aus Angriffe oder Angriffsversuche initiiert werden. Deren Aufzeichnung ist zur Verhinderung von Missbrauch und zur Gewährleistung Datensicherheit notwendig.

§ 95 **Absatz 2** gestattet das Aufschalten auf Verbindungen nur bei Serviceaktivitäten. Die Verpflichtung, beim Aufschalten auf eine bestehende Verbindung nicht nur eine akustische Signalisierung zu erzeugen, sondern zusätzlich eine ausdrückliche Mitteilung, erachtet BITKOM als überzogen. Die bisherige Praxis, die ausschließlich eine akustische Signalisierung vornimmt, ist eingeführt, in der Bedeutung den Nutzern bekannt und in der Schutzwirkung hinreichend. Die nun zusätzlich eingeforderten Aufwendungen würden ohne Mehrwert die Betriebskosten der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen erhöhen.

In der Regelung des Absatz 2 ist zudem nicht berücksichtigt, dass es inzwischen Dienste gibt, bei denen aus betrieblichen Gründen ein Aufschalten wichtig ist, z.B. bei Callcentern das Aufschalten des Supervisors zur Unterstützung und Ausbildung des Personals. Hier ist ein akustisches Signal äußerst störend. Als Ergänzung wird daher vorgeschlagen:

Aufschalten ist bei öffentlich zugänglichen Auskunfts- und Abfragediensten zulässig und kann ohne akustisches Signal erfolgen, wenn dafür betriebliche Erfordernisse bestehen und der Anrufer in anderer Weise auf diese Möglichkeit hingewiesen wird.

§ 97 Rufnummernanzeige und -unterdrückung

Nach wie vor hält es BITKOM für sinnvoll, die Privilegierung in § 97 Abs. 6, die für den Anruf bei Notrufnummern gilt, auf die Callcenter und Servicestellen der Telekommunikationsanbieter für ihre eigenen Kunden zu erweitern. Dies würde eine reibungslose und möglichst nutzerfreundliche Kundebetreuung wesentlich erleichtern. Da in diesen Fällen ohnehin eine Identifizierung des Kunden erforderlich ist, stehen insoweit auch keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen.

Ferner sollte die Privilegierung auch auf die Erbringung von personalisierten Diensten erstreckt werden. Wenn ein Kunde solche Mehrwertdienste nutzen möchte, ist es zwingend, dass er identifiziert wird. Dies ist für den Kunden auch unmittelbar ersichtlich. Mithin ist ohne die Privilegierung kein datenschutzrechtlicher Mehrwert erzielt, sondern nur die Nutzung der Dienste für den Kunden erschwert, wenn er zur Nutzung solcher Dienste zunächst seine Rufnummernunterdrückung deaktivieren muss oder zu Beginn der Verbindung seine Identität in anderer Form preisgeben muss.

§ 99 Teilnehmerverzeichnisse

Die Regeln zu den Teilnehmerverzeichnissen und zur Auskunftserteilung leiden grundsätzlich unter einer über die tatsächlich notwendigen Kundenbedürfnisse hinausgehenden Regelungstiefe, die für die Unternehmen jedoch eine erhebliche Belastung darstellen. Insbesondere die Vielfalt der – teils kombinierten – Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der Veröffentlichung von Teilnehmerdaten und der Auskunftserteilung erscheint zu weitgehend. Das unmittelbar schutzbedürftige Interesse des Kunden liegt entweder darin, mit seinem Anschluss insgesamt inkognito bleiben zu können oder gerade über Informationswege wie Verzeichnis oder Auskunft auffindbar zu sein. Deshalb würde es genügen, gesetzlich zwei Alternativmodelle vorzusehen, nämlich einen „Inkognito-Anschluss“, der dann weder in Teilnehmerverzeichnisse (egal welcher Art) aufgenommen wird noch über Auskunftsdienste in Erfahrung gebracht werden kann, oder aber einen „Normalanschluss“, zu dem dann allerdings in vollem Umfang die Daten verfügbar wären (Name, Anschrift, ggf. Beruf/Branche, Rufnummer, Art des Anschlusses und auf allen Wegen). Diese Alternative würde genügen, um berechtigten Datenschutzinteressen der Kunden Rechnung zu tragen. Weitere Modelle (Datenaufnahme nach detaillierter Auswahl oder nur Verzeichnis, nicht Beauskunftung etc.) könnten dann zusätzlich von den Anbietern angeboten werden, wenn hierfür eine Nachfrage besteht, dies aber ggf. von einer zusätzlichen Gebühr abhängig machen, die den erheblichen Aufwand, den solche speziellen Bestimmungen verursachen, abdecken könnten. Zur Verwirklichung bietet sich eine Zusammenfassung der bisher in § 99 und 100 enthaltenen Vorschriften in einer Norm an.

Neben dieser grundsätzlichen Anregung gelten die folgenden weiteren Einzelbemerkungen:

- Die Regelungen in **§ 99 Absatz 2 Satz 2** zum Bestimmungsrecht des Kunden über die Angaben in Teilnehmerverzeichnissen bedürfen der Klarstellung. Aus Datenschutzsicht kann nur maßgeblich sein, dass eine Veröffentlichung von Daten nicht über das beantragte Maß hinausgehen darf. Dies ergibt sich an sich schon aus dem letzten Halbsatz von Satz 1 („soweit“). Eine auch aus Satz 2 herauszulesende weitergehende Pflicht der TK-Anbieter zur (unentgeltlichen) Aufnahme jeglicher Daten nach Bestimmung des Kunden (z.B. Phantasienamen) wäre dem gegenüber nicht vom Schutzbereich gedeckt Angesichts des damit verbundenen erheblichen

Verwaltungsaufwand muss gelten, dass solche Zusatzmöglichkeiten von den TK-Anbietern angeboten werden *können* (ggf. auch gegen Entgelt), nicht aber angeboten werden *müssen*. Dies sollte im Gesetzestext durch die folgende Ergänzung des Satz 2 klargestellt werden:

(...) Dabei können die Teilnehmer bestimmen, welche Angaben in den Verzeichnissen veröffentlicht werden sollen oder dass jegliche Eintragung unterbleibt; ein Anspruch auf Eintragung anderer als der in Satz 1 genannten Daten besteht nicht. (...)

Alternativ müsste zumindest eine entsprechende Klarstellung in den Begründungstext aufgenommen werden.

- In den Erläuterungen wäre zur Klarstellung des Begriffs der öffentlichen Teilnehmerverzeichnisse ein Hinweis aufzunehmen, dass hier neben Verzeichnissen über Telefonnummern etwa auch Verzeichnisse über E-Mail-Adressen zu verstehen sind. Hier könnte bereits eine beispielhafte Erwähnung solcher anderer Verzeichnistypen ausreichen.

§ 100 Auskunftserteilung

Das in § 100 Absatz 4 enthaltene Verbot der Inverssuche bedeutet eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im europäischen Vergleich. Dieses Verbot ist nicht von der europäischen Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation gefordert und findet sich auch nicht in anderen Staaten der EU. Die damit verbundene Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit erscheint auch von keinem besonderen Schutzbedürfnis gerechtfertigt, da eine Auskunft nur dann möglich ist, wenn ein Teilnehmer zuvor sowohl seine Telefonnummer als auch weitere Daten für die Veröffentlichung in öffentlichen Verzeichnissen freigegeben hat. Absatz 4 sollte daher gestrichen werden.

Sechster Teil, Dritter Abschnitt: Öffentliche Sicherheit

BITKOM begrüßt, dass in einem neuen TKG die Belastungen nicht-öffentlicher TK-Netzbetreiber und –Anbieter durch Auflagen im Interesse der öffentlichen Sicherheit deutlich reduziert wurden. Neben diesen und einigen weiteren Verbesserungen bestehen allerdings eine Reihe Kritikpunkte fort:

§ 104 Technische Schutzmaßnahmen

Die vorgenommene Aufteilung des Absatz 1 des Diskussionsentwurfs in die jetzigen Absätze 1 und 2 wird begrüßt, da hierdurch der unterschiedlichen Zielrichtungen der Vorschriften Rechnung getragen wird.

- Die in **§ 104 Absatz 1 Satz 1** vorgesehene Vorschrift zur Sicherstellung des Fernmeldegeheimnisses und zur Sicherung der Telekommunikations- und Datenverarbeitungssysteme gegen unerlaubte Zugriffe erscheint insgesamt überflüssig, da hier schon der Wettbewerb im Markt für ein hinreichendes Schutzniveau sorgt. Hinzu treten bereits bestehende gesetzliche Vorschriften wie der § 206 StGB sowie die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes.

- Die jetzt in § 104 Abs. 2 aufgenommene Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit der Infrastruktur bei erheblichen Störungen sowie bei äußeren Angriffen und Katastrophen sicherzustellen, bedarf ebenfalls keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung. Insoweit hält bereits das Gesetz zur Sicherstellung des Postwesens und der Telekommunikation mitsamt den hierzu ergangenen Rechtsverordnungen hinreichende Regeln vor. Hinzu tritt auch hier ein Eigeninteresse der Unternehmen, ihre Infrastrukturen zu sichern.
- Sehr kritisch sieht BITKOM weiterhin der Regelung in **§ 104 Absatz 2 Satz 3**, wonach bei gemeinsamer Nutzung eines Standortes die Betreiber als Gesamtschuldner haften sollen. Die hierdurch geschaffene Möglichkeit der Inanspruchnahme Dritter widerspricht dem Konzept der Funktionsherrschaft, wonach jeder Betreiber für sein Netz selbst verantwortlich sein muss. Nach der neuen Regeln könnten nun andere Site-Nutzer gezwungen werden, in das Netz der anderen einzugreifen. Darin liegt eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass jeder Betreiber für sein Netz selbst verantwortlich ist. Die Inanspruchnahme als Gesamtschuldner ist auch aus technischer Sicht unzweckmäßig. Die Systeme der einen Standort teilenden Betreiber müssen nicht kompatibel oder dem jeweils anderen zugänglich sein, so dass eine Anordnung zur Sicherstellung der Anforderungen des § 104 Absatz 1 und 2 nicht in allen Fällen umgesetzt werden kann.

Vor allem erschwert aber das Risiko, im Wege der Gesamtschuldnerschaft auch für die Versäumnisse von anderen Betreibern, mit denen ein Standort geteilt wird, in Anspruch genommen zu werden, das Site-Sharing. Die Gefahr, für das Unterlassen eines anderen in Anspruch genommen zu werden, zwingt die Betreiber dazu, stärker zu prüfen, mit welchen Anbietern Standorte geteilt werden. Um den Ausgleich im Innenverhältnis zu sichern, können nur Kooperationen mit sicher solventen, mithin großen/etablierten Unternehmen eingegangen werden. Dies würde kleineren Unternehmen den Zugang zu Standorten erschweren und wegen der entstehenden Mehrkosten deren Investitionskapazität in innovative Dienste schmälern. Das Insolvenzrisiko könnte bei kleineren Firmen nur durch Sicherheitsleistungen ausgeschlossen werden, was zusätzlich zu einer unangemessenen Bindung von Kapital, das für Investitionen nicht mehr zur Verfügung stünde, führen würde. Eine Verringerung des Site-Sharings erhöht die Zahl der notwendigen Standorte, damit die Kosten für Standortsuche und -miete und ist gerade im Mobilfunkbereich auch aus umweltpolitischer Sicht nicht wünschenswert.

In der Praxis ist zu befürchten, dass sich die RegTP bei Vorliegen einer Gesamtschuld schon aus Gründen einer möglichst effektiven und damit zügigen Gefahrenbeseitigung bei Mängeln immer zunächst an den leistungsstärksten Betreiber wenden wird. Dies führt generell zu einer stärkeren Belastung der großen Unternehmen. Diese tragen dann sowohl die Belastungen als auch die Risiken des Innenausgleiches.

Speziell im Mobilfunkbereich bedroht eine einseitige Mehrbelastung von Mobilfunkunternehmen gegenüber den – kleineren – Betreibern von W-LANs oder Richtfunkanlagen. Resultat wäre die Erhöhung der Kosten für den Ausbau der bestehenden GSM-Netze und insbesondere des Aufbaus der UMTS-Netze. Folgen wären ein verlangsamter Netzaus- bzw. –aufbau sowie erhöhte Preise für Mobilfunkdienstleistungen. Gerade im Bereich von neuen Dienstleistungen unter dem UMTS-Standard wird dies die Akzeptanz bei dem Endverbraucher und somit die Entwicklung der neuen Technologie hinauszögern. Dies wirkt sich als nachträgliche Verschlechterung der UMTS-Lizenzbedingungen aus.

Eine Sondersituation ergibt sich schließlich auch für das (oder auch: die) Unternehmen, das einem Kollokationszwang unterliegt(en). Hier besteht keine Möglichkeit, die Wettbewerber nach ihrer Zuverlässigkeit auszuwählen – dennoch müsste für ihre Versäumnisse mitgehafft werden, ohne selbst auf das Risiko Einfluss nehmen zu können. Vor diesem Hintergrund muss schon die Tauglichkeit dieser Regel für das angestrebte Ziel „Sicherung der TK-Infrastruktur“ in Frage gestellt werden, da keine Möglichkeiten bestehen, die Mitnutzer zur Befolgung der Verpflichtungen nach Satz 2 zu zwingen. Allein ein möglicher Ausgleich im Innenverhältnis der Gesamtschuld kann hierfür nicht genügen.

Die Regelung ist aber auch nicht erforderlich, weil die beabsichtigte Neuregelung erkennbar nur dem Zweck dient, der Regulierungsbehörde die Mühe umfassender Nachforschungen nach einem Anordnungsadressaten bei Nichteinhaltung der Pflichten nach § 104 Abs. 2 Satz 2 zu ersparen, dieses Problem aber auch mit einem Auskunftsrecht als milderem Mittel gelöst werden kann. Danach wäre es ausreichend – und deshalb unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auch geboten –, für die Fälle, dass die RegTP Mitnutzer nicht kennt und nicht ermitteln kann, den/die bekannten Netzbetreiber zur Nennung des der RegTP unbekanntes, seine Pflichten aus Satz 2 verletzenden Mitnutzers zu verpflichten.

- In § 104 **Abs. 2 Satz 4** ist eine an die Betreiber von Telekommunikations- und Datenverarbeitungssystemen gerichtete Zusammenstellung von Sicherheitsanforderungen vorgesehen. Zwar erscheint grundsätzlich die Zielsetzung nachvollziehbar, auf diese Weise ein angemessenes, an internationalen Standards und dem Stand der Technik orientiertes Sicherheitsniveau zu erreichen. Es ist jedoch zu befürchten, dass der geplante Katalog wegen der hohen Dynamik, mit der sich die Technik gerade im sicherheitsrelevanten Bereich der Telekommunikation entwickelt, sehr schnell überholt ist und nicht mehr dem Stand der Technik oder internationalen Standards entspricht, so dass gerade das anvisierte Ziel nicht erreicht wird.
- Die Koppelung des von den Unternehmen zu erbringenden technischen und wirtschaftlichen Aufwand an die Bedeutung der zu schützenden Anlagen für die Allgemeinheit in § 104 **Abs. 2 Satz 5** erscheint aus Wettbewerbsgesichtspunkten problematisch. Hierdurch werden Betreiber großer und bedeutender Telekommunikationsanlagen gegenüber Betreibern kleinerer Anlagen benachteiligt, da zusätzlich zu einem erhöhten Aufwand durch größere Infrastrukturen eine Art Progression des zu erbringenden Aufwands vorgesehen wird. Diese Belastung erscheint auch mit Blick auf den Regelungszweck nicht erforderlich, da der Beitrag jedes Infrastrukturelements zur Gesamtversorgung gleichwertig ist.
- Generell stellt die jüngste Fassung des § 104 **Abs. 2 und 3** für Service-Provider eine gravierende Verschlechterung gegenüber der bislang geltenden Rechtslage dar, die erhebliche organisatorische und finanzielle Belastungen auslöst. Im bisherigen TKG waren ausdrücklich nur lizenzpflichtige Betreiber und selbst im Arbeitsentwurf zur Novellierung nur jene Anbieter, die Dienste auf Basis selbst betriebener Netze erbringen, zur Bestellung eines Sicherheitsbeauftragten und der Erstellung eines Sicherheitskonzeptes verpflichtet. Nunmehr sollen alle Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mittels derer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, ebenso verpflichtet werden. Nach vorherrschender Auffassung werden allerdings auch die von den Service-Providern betriebenen Abrechnungssysteme unter den Begriff der Telekommunikationsanlagen subsumiert. Eine Verpflichtung zur Stellung eines Sicherheitsbeauftragten und zur Erstellung eines Sicherheitskonzeptes für den Fall der Service-Provider geht jedoch am Schutzziel

der Absätze 2 und 3 völlig vorbei. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive genügen die Regelungen des Absatzes 1, um einen hinreichenden Sicherheitsstandard beim Betrieb der Kundensysteme zu gewährleisten. Daneben sorgt auch der obligatorisch bestellte Datenschutzbeauftragte sowie die Beaufsichtigung durch die Aufsichtsbehörden (Regulierungsbehörde und Bundesbeauftragter für den Datenschutz) für hinreichenden Schutz. Ferner sind die Kunden berechtigt jederzeit nach BDSG Auskünfte über die über sie verarbeiteten Daten zu bekommen. Letztlich besteht auch für die Service-Provider die Pflicht nach § 4d BDSG zur Führung eines aktuellen Registers, in dem die verarbeiteten Daten und Datenkategorien sowie die entsprechenden Verarbeitungssysteme nebst Berechtigungskonzepten nachzuweisen sind. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Sicherheitsbeauftragten und Erstellung eines Sicherheitskonzeptes ist daher unverhältnismäßig.

§ 105 Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen

- Im Rahmen des Absatz 1 ist bei der Bestimmung des Adressatenkreises klarer zum Ausdruck zu bringen, dass nur Betreiber von Telekommunikationsnetzen betroffen sind. Die jetzige Formulierung stellt zwar – entgegen früherer Versionen – zumindest auf den Betrieb einer Telekommunikationsanlage ab, doch erweitert dies den Kreis der Verpflichteten – ohne erkennbaren Nutzen – auch auf Diensteanbieter mit einzelnen TK-Anlagen. Soweit diese Anlagen aber nur auf der Diensteebene genutzt werden, besteht kein Bedarf sie in den Anwendungsbereich der Vorschrift einzubeziehen. Deshalb sollte die Vorschrift eindeutig nur auf die Netzebene abstellen.
- Wie auch schon in früheren Stellungnahmen dargelegt, ist die Kostentragungspflicht der betroffenen Unternehmen für die technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen nach § 105 Absatz 1 Nr. 1 nicht hinnehmbar. Diese Verpflichtung stellt eine sonst völlig unübliche Inanspruchnahme Privater für staatliche Aufgaben dar, die weder durch Gründe der spezifischen Sachnähe, Gruppenverantwortung oder Gruppennützigkeit gerechtfertigt werden kann und deshalb die Art. 3, 12 und 14 GG schwerwiegend verletzt. Wir nehmen insoweit ausdrücklich auf die Ausführungen in unserer Stellungnahme zum Arbeitsentwurf Bezug. Die verfassungsrechtlichen Bedenken wachsen noch infolge des in den letzten Jahren stetig wachsenden Ausmaßes der Überwachungsmaßnahmen, wie dies auch jüngst vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz moniert wurde.

Eben diese Überlegungen liegen auch der jüngsten Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes vom 27. Februar 2003 zu Grunde, in der dieser die Verfassungswidrigkeit der österreichischen Parallelvorschrift festgestellt hat. Der Ausschluss der Kostenerstattung für von TK-Unternehmen bereitgestellte Einrichtungen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs wurde vom Verfassungsgerichtshof als unverhältnismäßig eingestuft und eine Aufhebung dieser Bestimmung angeordnet. Die zentrale Erwägung des Verfassungsgerichtshofes, wonach die Erfüllung originär staatlicher Aufgaben nicht unbegrenzt und entschädigungslos auf Private abgewälzt werden darf, ist auf die deutsche Rechtsordnung, in der dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls eine wesentliche Funktion zukommt, ohne weiteres übertragbar. Die im § 105 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG in der vorliegenden Version des Referentenentwurfs enthaltene einseitige und unbegrenzte Kostentragungsregel würde einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht ebenso wenig standhalten wie das österreichische Pendant.

Auch aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten und wirtschaftlichen Erwägungen ist hier eine Korrektur geboten. Die Kostenbelastung stellt im internationalen wie auch im europäischen Vergleich eine Ausnahme dar und benachteiligt somit deutsche Anbieter gegenüber solchen aus anderen Ländern ohne entsprechende Belastungen. So werden Wettbewerbern mit Sitz in Großbritannien oder Frankreich (und künftig auch Österreich) von staatlichen Stellen keinerlei Kosten dieser Art auferlegt. Dieser Wettbewerbsnachteil der deutschen Telekommunikationsindustrie gewinnt mit zunehmender Deregulierung und Internationalisierung immer mehr an Bedeutung. Eine Ungleichbehandlung liegt schließlich auch im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen vor, die nicht für die Kosten staatlicher Maßnahmen zur Überwachung der gesetzeskonformen Nutzung der jeweiligen Produktangebote herangezogen werden.

Es ist daher in § 105 **Abs. 1 S. 1 Nr. 1** der Zusatz „auf eigene Kosten“ zu streichen und stattdessen eine aufwandsgerechte Entschädigung im Rahmen der einzelnen Maßnahmen unter Einbeziehung der erforderlichen Investitionen, Betriebs- und Folgekosten aufzunehmen.

- Solange eine solche Kostentragungsregelung noch nicht gilt, müssen neue Gesetze und zugehörige Verordnungen / Technische Richtlinien zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen dem Ziel verpflichtet sein, im Vergleich zu den aktuellen Regelungen eine spürbare Kostenreduktion für die TK-Industrie zu erreichen. Hierfür müssen sich neue Gesetze und zugehörige Verordnungen / Richtlinien zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen strikt an den Leitgedanken „Rechtssicherheit“ (z.B. klare Begrifflichkeiten), „Planungssicherheit“ (z.B. langfristige Übergangsregelungen) und „Reduktion auf das Wesentliche“ (z.B. auf die „technischen Schnittstellen“) orientieren.
- Inhaltlich sollte § 105 **Abs. 1 S. 1 Nr. 1** vor diesem Hintergrund insoweit präzisiert werden, als die „technische Einrichtung“ treffender als „technische Schnittstelle“ bezeichnet werden sollte. Einer darüber hinaus gehenden Regelung der von Verpflichteten intern eingesetzten Technik, die mit der Verwendung des Begriffs „technische Einrichtungen“ verbunden werden kann, bedarf es hingegen nicht.
- Die in § 105 **Abs. 1 S. 1 Nr. 3** vorgesehene Nachweispflicht bedarf der Ergänzung, um den betroffenen Unternehmen die notwendige Rechts- und Planungssicherheit zu geben. Nach der Festlegung eines Unternehmens auf einen Standard muss gewährleistet sein, dass eine technisch und wirtschaftlich nicht zumutbare Änderung dieses Standards oder eine ständige Anpassung der Technik an neue Vorgaben vermieden wird. Zum einen bedarf es einer Klarstellung, dass bei Vorliegen eines von der RegTP auf der Grundlage der bisherigen Rechtsvorschriften genehmigten Überwachungskonzeptes der im § 105 Abs. 1 Nr. 3 angesprochene Nachweis als erbracht gilt. Zum anderen sollte für den Fall der erstmaligen Betriebsaufnahme sollte zum anderen im Sinne der Rechtssicherheit ein Referenzzeitpunkt klar gestellt werden: Maßgeblich für den Umfang der Nachweispflicht müssen die Rechtsverordnung nach Absatz 2 und die Technische Richtlinie nach Absatz 3 in der Fassung sein, die zwölf Monate vor dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme gültig war. Andernfalls wäre der Betreiber im Extremfall gezwungen, auch die technischen Vorgaben zu berücksichtigen, die am Tage des Nachweisverfahrens in Kraft getreten sind. Ein ständiges, zu Lasten der Unternehmen gehendes Nachbessern wäre die Folge. Im Fall späterer Änderungen der Verordnung oder der Richtlinie muss zugunsten der Unternehmen, die einen Nachweis bereits erbracht haben, ein Bestandschutz von fünf Jahren gelten.

- Die Formulierung des § 105 **Abs. 1** erscheint insgesamt noch zu stark von unklaren Begrifflichkeiten geprägt, die die Rechtssicherheit gefährden. Wenn ein Telekommunikationsdienst für die Öffentlichkeit angeboten wird, muss für alle Beteiligten, die für das Zustandekommen des TK-Dienstes einen wie auch immer gearteten Beitrag leisten, zweifelsfrei erkennbar sein, welche Verantwortlichkeiten, Pflichten und Rechte sie zur „Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen“ haben. Die in § 105 Abs. 1 gewählten Begrifflichkeiten lassen jedoch viele Fragen offen, wenn man beispielsweise an TK-Dienste denkt, bei denen einer der Beteiligten außerhalb des Anwendungsbereiches des TKG ansässig ist (z.B. IP-Dienste oder an ATM-Dienste). Um die notwendige Rechtssicherheit zu gewährleisten, scheint eine nochmalige grundlegende Überarbeitung des § 105 Abs. 1 erforderlich.
- Nach § 105 **Abs. 1 Satz** hat sich ein Anbieter von TK-Dienstleistungen, der keine eigene Anlage betreibt, zu vergewissern, dass der von ihm ausgewählte Betreiber eine Telekommunikationsanlage verwendet, die unverzügliche Überwachungsmaßnahmen ermöglicht. Die Inpflichtnahme von TK-Anbietern ohne eigene TK-Anlagen ist mit dem Normzweck nicht zu rechtfertigen, sondern läuft nur auf eine zusätzliche Gefahr der Kriminalisierung für diese Anbieter hinaus. Dies gilt umso mehr, als die Vorgaben praktisch kaum handhabbar sein dürften. Es bleibt offen, wie die vorgesehene Vergewisserung ausgestaltet sein soll. Aus Sicht eines Anlagenbetreibers ist es praktisch kaum möglich, einem nachfragenden Diensteanbieter nachweisbar darzulegen, dass die Telekommunikationsanlage allen Anforderungen nach § 105 entspricht. Denn zum einen gibt es künftig keine zertifizierende Genehmigung, die der Anlagenbetreiber zum Beleg für die Tauglichkeit seiner Anlage vorlegen könnte. Zum anderen ist ein Nachweis gegenüber dem nachfragenden Diensteanbieter anhand interner Angaben über die Beschaffung der eingesetzten Technik gleichfalls nicht möglich, weil diese sensiblen Daten dritten Unternehmen nicht zugänglich gemacht werden können. Es fehlt damit ein geeignetes Mittel, mit dem der Anlagenbetreiber gegenüber einem nachfragenden Diensteanbieter die Eignung seiner Technik sicher belegen könnte. Ohne dieses Mittel ist jedoch eine Vergewisserung i.S.d. § 105 Abs. 1 Satz 2 kaum vorstellbar.
- Die Ermächtigungsgrundlage für die TKÜV in § 105 **Abs. 2** erscheint bislang zu unbestimmt und nur lückenhaft formuliert. Es fehlt ein hinreichender gesetzlicher Rahmen für das die Genehmigung ersetzende Nachweisverfahren (Fristen, Erbringen von Nachweisen, Bestandsschutz, Folge der Änderungen der Technischen Richtlinie). Überdies sollte die Neufassung des Abs. 2 die Beteiligung von Verbänden und betroffenen Wirtschaftsunternehmen an der Erarbeitung der Rechtsverordnung ausdrücklich regeln.
- Auch in § 105 **Absatz 2 Nr. 1** sollte der Begriff „grundlegende technische Anforderungen“ durch „technische Schnittstellen“ ersetzt werden. Eine solche Regelung genügt dem Interesse der Sicherheitsbehörden, die Ergebnisse der Überwachung in einer die Entgegennahme und Verwertung ermöglichenden Form zur Verfügung gestellt zu bekommen. Die weitere Ausgestaltung der Überwachungssysteme bei den Betreibern berührt dem gegenüber nicht den Interessenbereich der Sicherheitsbehörden und bedarf daher keiner gesetzlichen Regelung. Die vorgenannten Überlegungen gelten übrigens gleichermaßen die organisatorische Umsetzung der Maßnahmen, die im Detail dem Betreiber zu überlassen ist. Eine Begrenzung auf die „technischen Schnittstellen“ ist daher aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten.

- Bereits in der Ermächtigungsgrundlage des § 105 **Abs. 2 Nr. 2** sollte gewährleistet sein, dass der einmal erbrachte Nachweis der Übereinstimmung in seinem Bestand geschützt ist. Spätere Änderungen der anzuwendenden Vorschriften dürfen nicht zu Lasten derjenigen Unternehmen angewendet werden, die ein Nachweisverfahren bereits erfolgreich abgeschlossen haben.
- Die Ermächtigungsgrundlage in § 105 **Abs. 3** ist denkbar weit formuliert und bezieht sich auf die Regelung von „technische[n] Einzelheiten, die zur Sicherstellung einer vollständigen Erfassung der zu überwachenden Telekommunikation und zur Gestaltung des Übergabepunktes zu den berechtigten Stellen erforderlich sind“. Damit weicht die Ermächtigungsgrundlage ohne Begründung vom Inhalt und Umfang der gesetzlichen Verpflichtung nach § 105 Abs. 1 ab. Wie oben bereits dargestellt, ist für die Zwecke des § 105 eine Ermächtigung zur Regelung allein des Übergabepunktes zu den berechtigten Stellen völlig ausreichend. § 105 Abs. 3, 1. Halbsatz ist daher entsprechend zu kürzen.
- Zudem ist auch § 105 **Abs. 3** um eine Regelung zum Bestandschutz zu ergänzen, so dass spätere Änderungen der Technischen Richtlinie zu Lasten der Netzbetreiber, die entsprechende Vorkehrungen bereits getroffen haben, nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Anwendung finden können.
- Die Klarstellung, wonach Abweichungen von internationalen technischen Standards nur in begründeten Fällen zulässig sind, wird ausdrücklich begrüßt, weil die Implementierung von Standards grundsätzlich Kosten reduziert. Dies gilt aber nur dann, wenn der internationale technische Standard rechtzeitig vor Inbetriebnahme des Dienstes vorliegt. Eine nachträgliche Anpassung an einen Standard, nachdem bereits der „Nachweis“ gemäß § 105 Abs. 1 erbracht worden ist, wäre kontraproduktiv, da kostenintensiv, und ist somit strikt abzulehnen.
- Entsprechend der oben angeregten Präzisierung sollte auch im **Abs. 4 und Abs. 5** statt von „technischen Einrichtungen“ genauer von „technischen Schnittstellen“ gesprochen werden. Die nunmehr im Abs. 5 aufgenommene Umsetzungsfrist von längsten 12 Monaten im Regelfall ist für die praktische Anwendung zu kurz bemessen. Erforderlich ist ein Zeitrahmen von mindestens 36 Monaten.
- In § 105 **Abs. 6** ist die vorgenommene Änderung der Bezeichnung des Übergabepunktes (bisher: „Netzzugang“, nunmehr „Netzabschlusspunkt“) erläuterungsbedürftig. Im Katalog der Begriffsbestimmungen des § 3 ist der Netzabschlusspunkt zwar in Nr. 20 erwähnt. Eine Definition unterbleibt dort jedoch. Die Begründung spricht von einer bloßen „redaktionelle[n] Anpassung an den Sprachgebrauch des TKG“. Sofern damit keine materielle Ausweitung der Verpflichtung verknüpft ist, ist die Änderung nicht zu beanstanden. Allerdings lässt sich der Begriff des „Netzabschlusspunktes“ auch als die Summe aus Übergabepunkt und Übertragungsweg verstehen. Durch eine klarstellende Ergänzung muss sichergestellt werden, dass sich die Verpflichtung aus Abs. 6 nicht auch auf die Bereitstellung des Übertragungsweges erstreckt. Seine Realisierung muss weiterhin Aufgabe der berechtigten Stelle bleiben.
- Auch in der gegenwärtigen Formulierung gibt es in **Abs. 6 Satz 3** eine Unstimmigkeit zwischen dem weiten Umfang der Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs und dem eingeschränkten Recht, hierfür das entsprechende Entgelt verlangen zu können. Während die Netzzugänge „unverzüglich und vorrangig“ bereitzustellen sind, gelten für die Bereitstellung und Nutzung der Netzzugänge die jeweils für die Allgemeinheit anzuwendenden Tarife, jedoch „mit Ausnahme besonderer Tarife oder

Zuschläge für vorrangige oder vorzeitige Bereitstellung“. Diese Diskrepanz ist nicht sachgerecht. Sofern eine Bereitstellung bevorzugt verlangt wird, muss der Bedarfsträger dieselben Expresszuschläge entrichten, die auch die Allgemeinheit für eine Expressbereitstellung wegen des erhöhten Aufwands entrichten muss. Für eine Privilegierung der berechtigten Stellen ist kein Raum.

- Die zu begrüßende Klarstellung über das zu erzielende Einvernehmen zwischen der berechtigten Stelle und der RegTP in § 105 **Abs. 7** wird durch eine neu aufgenommene Änderung Referentenentwurf wieder undeutlich. Nunmehr müssen auch solche TK-Anlagen, „die der Ermittlung telekommunikationstechnischer Kennungen dienen“ im Einvernehmen mit der RegTP technisch gestaltet werden. Das Einvernehmen mit der RegTP müssen die „gesetzlich berechtigten Stellen“ erzielen, die diese TK-Anlagen „betreiben“. Diese Vorschrift lässt nun auch eine Auslegung zu, wonach auch die TK-Unternehmen, als „gesetzlich“ (durch Lizenzerteilung) „berechtigte Stellen“, welche TK-Anlagen betreiben, ihre Anlagen zur Ermittlung von TK-Kennungen, wie sie etwa im Fernmelderechnungswesen eingesetzt werden, nur im Einvernehmen mit der RegTP technisch gestalten dürfen. Dies ist von den Verfassern des Referentenentwurfs sicher nicht beabsichtigt. Ein Einvernehmen sollen nur die berechtigten **staatlichen** Stellen bezüglich der von ihnen gesetzlich eingesetzten technischen TK-Anlagen erzielen müssen. Eine entsprechende Ergänzung sollte aufgenommen werden. Durch den Verweis auf staatliche Stellen wird klargestellt, dass die Vorschrift nicht die TK-Unternehmen als berechnigte Betreiber ihrer TK-Anlagen erfasst. Weitere Klarheit ließe sich durch eine andere Satzkonstruktion erreichen:

„Von den gesetzlich berechtigten staatlichen Stellen betriebene Telekommunikationsanlagen, die von den gesetzlich berechtigten Stellen betrieben werden und mittels derer in das Fernmeldegeheimnis eingegriffen werden soll-kann oder die der Ermittlung telekommunikationstechnischer Kennungen dienen können, sind von der berechtigten Stelle im Einvernehmen mit der Regulierungsbehörde technisch zu gestalten.“

§ 106 Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden

- Allgemein gelten die bereits an anderer Stelle vorgebrachten Kritikpunkte gegen eine Ausweitung der Verpflichtung, Kundendaten zu erheben und zu speichern, fort. Mit der beabsichtigten Regelung des § 106 würde eine Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung bei Bestandsdaten entstehen. Diese neu aufgebaute „Vorratsdatenspeicherdatenbank“ wird dabei ausschließlich von den TK-Unternehmen nur für die Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden aufgebaut und gepflegt. Die Tatsache, dass ein Großteil der abgefragten Daten bereits im automatisierten Verfahren durch die RegTP abgefragt werden könnte, bleibt hierbei unberücksichtigt. Insbesondere die Erstreckung der Verpflichtung zur Datenerhebung in § 106 auch auf Prepaid-Produkte stellt einen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden und gegen bestehende datenschutzrechtliche Vorschriften dar, da im Rahmen dieser Produkte eine Erfassung der Kundendaten durch den Mobilfunkanbieter nicht notwendig ist. Es handelt sich vielmehr um Vorratsdatenspeicherung, die nach dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgericht rechtswidrig ist. Diese Auffassung wird auch vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz in seinem Bericht für die Jahre 2001/2002 (Ziffer 11.3.4.1) unterstützt. Der BfD verweist darin darauf, dass die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder in ihrer

gemeinsamen EntschlieÙung vom 24.05.02 dies einhellig kritisiert haben und darin eine datenschutzrechtlich bedenkliche Vorratsdatenhaltung sehen. Überdies führt die Datenerhebungspflicht gerade bei Prepaid-Produkten dazu, dass etablierte und von den Kunden bevorzugt genutzte Vertriebswege wie Discounter, Tankstellen etc. versperrt würden, da dort die Datenerhebung praktisch nicht realisierbar wäre.

Generell ist sehr fraglich, ob die gegen den Grundsatz der Datensparsamkeit verstoÙende Verpflichtung zur langfristigen Speicherung vor verfassungsrechtlich verbindlichen Maximen bestehen kann. Zum einen würde im Zeitpunkt der Datenerhebung noch gar nicht feststehen, ob die auf Vorrat erhobenen Daten überhaupt zu Strafverfolgungszwecken benötigt werden. Dabei sei daran erinnert, dass die Einschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit sowie unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig ist. Das ist aber im Ermittlungsalltag bei der Aufklärung bloÙer Bagatelldelikte sehr fraglich. In Fällen schwerer Straftaten sind zusätzliche Ermittlungserfolge hingegen zweifelhaft, da dort Umgehungsmöglichkeiten genutzt werden können. Insbesondere das Ziel der Regelung, Daten von Kunden mit Prepaid-Karten den Sicherheitsbehörden zur Verfügung zu stellen, droht wegen Alternativen, etwa den Erwerb von – in Deutschland funktionierenden - Prepaid-Geräten und -karten im Ausland (auch außerhalb der EU, z.B. in der Schweiz) nicht erreicht zu werden.

- Der Ausschluss eines Entschädigungsanspruches in § 106 **Absatz 1 Satz 6** begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, da es sich auch insoweit um eine Inanspruchnahme Privater zur Erfüllung staatlicher Aufgaben handelt. Eine langfristige Verpflichtung zur Speicherung von Daten verursacht bei den verpflichteten Unternehmen zusätzliche Kosten für Speicherkapazität und Pflege des Datenbestandes (Steigerung der Speicherkapazität um den Faktor zwei bis drei, komplette Neugestaltung der zugrundeliegenden Software, Einfügung neuer Schnittstellen zum Datenaustausch, u.a. mit den Vertriebspartnern). Dieser Aufwand in mehrstelliger Millionenhöhe steht in keinem Verhältnis zu den durch die Vorhaltung der Daten zu erwartenden Ermittlungserfolgen.
- Eine sofortige Erhebung und Speicherung der Daten spätestens zum Zeitpunkt der Dienstleistungserbringung ist insbesondere im Mobilfunksektor aufgrund der dortigen Vertriebsstrukturen, bei denen der Vertragsabschluss z.B. in Shops erfolgt, nicht zu realisieren. Hier kann es zu einer zeitlichen Verschiebung zwischen Erhebung der Daten und der Übermittlung der Vertragsunterlagen zur Datenverarbeitung kommen. Diesem Umstand sollte durch das Abstellen auf eine „unverzögliche“ Speicherung Rechnung getragen werden. Anderenfalls würden bestehende – und von den Kunden stark nachgefragte – Angebote, die das sofortige Telefonieren nach Abschluss eines Mobilfunkvertrages (insb. Prepaid) erlauben, zukünftig nicht mehr möglich.
- Die Verpflichtung zur Erhebung des „Vertragsbeginns“ ist nicht hinreichend bestimmt. Vertragsbeginn ist ein unklares Datum, wenn, wie etwa bei einem Besitzerwechsel, Nutzung und Vertragsdaten auseinanderfallen. Hier sollte daher auf das jeweilige Anschaltdatum des betreffenden Teilnehmers Bezug genommen werden. Gleiches gilt im Übrigen für das Vertragsende; hier wäre eine Bezugnahme auf das Abschaltedatum vorzuziehen.
- Die vorgesehene Erhebung und Speicherung des Anschlussortes ist überflüssig, weil sie wegen Möglichkeiten der Anrufweiterschaltung etc. keinen Aufschluss über den Sitz des Anschlussinhabers zulässt und daher auch bei Festnetzanschlüssen keinen

Sinn ergibt. Im übrigen ist die Auflage, den „Ort“ des Anschlusses zu erheben und zu speichern, zu ungenau. Hier müsste eine Präzisierung auf die „Anschrift“ des Anschlusses erfolgen.

- § 106 **Absatz 2, Satz 1** erlegt dem vom Diensteanbieter eingeschalteten Vertriebspartner eine selbständige Verpflichtung auf, Daten im Sinne des Absatz 1 zu erheben und zu speichern. Dabei ist zunächst der Begriff „Vertriebspartner“ nicht hinreichend eindeutig. Soweit hiermit der eigene Point-of-sale gemeint ist, ist die Regelung in der Sache zwar zutreffend, aber unnötig. Verpflichteter sollte insoweit weiterhin der Diensteanbieter sein, der den von ihm eingeschalteten Point-of-sale für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht zur Datenerhebung einsetzt und damit vertraglich zu Erhebung und Übermittlung an ihn verpflichtet wird. Einer eigenen gesetzlichen Verpflichtung bedarf es nicht. Sofern als „Vertriebspartner“ allerdings – was im Rahmen der möglichen Auslegung wäre – auch dritte Unternehmen, insbesondere Reseller oder Service-Provider, verstanden würden, wäre die Regelung im Abs. 2 nicht sachgerecht. Eigenständige Vertreiber und Reseller haben die Daten ihrer Kunden selbständig zu erheben *und* zu speichern, soweit nicht vertraglich im Rahmen des datenschutzrechtlich Zulässigen etwas Abweichendes vereinbart wird. Es ist weder für Service-Provider bzw. Reseller noch für den ursprünglichen Diensteanbieter zumutbar und zudem auch aus datenschutzrechtlichen Gründen unzulässig, dass Bestandsdaten der Service-Provider an die Netzbetreiber weitergegeben werden. Zur Klarstellung ist daher eine Definition des Begriffs „Vertriebspartner“ im § 3 TKG vorzunehmen
- Der Ausschluss einer rückwirkenden Verpflichtung zur Datenerhebung in § 106 **Absatz 3** wird ausdrücklich begrüßt. Allerdings sollte diese Vorschrift um eine Übergangsfrist zur organisatorischen Sicherstellung der durch dieses Gesetz erweiterten Datenerhebung erweitert werde. Eine Übergangsfrist ist notwendig, da die Verträge mit Servicepartnern und dem Vertrieb, die zur Erhebung der Daten verpflichtet sind, auf die neuen Anforderungen angepasst sowie die zur Datenerhebung benötigten Applikationen modifiziert werden müssen. Vertragsänderungen und Umstellung der Systeme auf die erweiterte Datenerfassung kann jedoch erst ab Inkrafttreten dieses Gesetzes geschehen, da es vorher an eine Rechtsgrundlage zur Erhebung zusätzlicher Daten und der nötigen Rechtssicherheit fehlt. Eine Übergangsfrist von 6 Monaten erscheint hierfür notwendig und angemessen.

§ 107 Manuelles Auskunftsverfahren

- Gemäß § 107 **Absatz 1 Satz 1** besteht eine Verpflichtung zur Übermittlung personenbezogener Daten auch, wenn dies für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten erforderlich ist. Damit wird der Kreis der Auskunftsberechtigten überdehnt. Die manuelle Ermittlung ist jedoch sehr ressourcenintensiv und kostspielig. Aus diesem Grund sollte die Befugnis zu manuellen Auskunftersuchen nur einem eng gefassten Kreis von Sicherheitsbehörden zustehen. Im Gegenzug könnte ggf. das automatisierte Auskunftsverfahren einem größeren Kreis von Behörden zugänglich gemacht werden.
- Der Umfang der nach § 107 manuell abrufbaren Daten deckt sich in weiten Teilen mit den über das automatisierte Abrufverfahren nach § 108 verfügbaren Daten. Augenblicklich scheint es den Sicherheitsbehörden anheim gestellt, ob sie benötigte Daten über das manuelle oder das weniger aufwändige automatisierte Auskunftsverfahren erhalten möchten. Dies ist unsachgemäß und sollte im Sinne eines öko-

nomischen Umgangs mit den Ressourcen der betroffenen Unternehmen verhindert werden. Das manuelle Auskunftersuchen nach § 107 muss gegenüber dem automatischen Verfahren nach § 108 subsidiär ausgestaltet werden. Die Hemmschwelle des Absatz 2 Satz 3, auch dann eine Entschädigung nach Satz 2 entrichten zu müssen, wenn ausschließlich Daten abgefragt werden, die auch nach § 108 erhältlich sind, ist ungenügend.

- Die für die Auskunft vorgesehene Dreitagesfrist ist praktisch unhaltbar. Insbesondere ist die Verknüpfung einer solch kurzen Frist mit einem Zwangsgeld nicht hinnehmbar. In Spitzenzeiten sind längere Bearbeitungszeiten unvermeidlich. Das Wort „Unverzüglich“ sollte hier genügen, da es sicherstellt, dass die Auskunft ohne schuldhaftes Zögern erteilt wird. Bei Vorgabe einer genauen Tageszahl erscheinen zumindest sieben Tage erforderlich.
- Das Gesetz löst nicht das in der Vergangenheit wiederholt auftretende Problem, dass Bedarfsträger Datenabfragen an die Telekommunikationsunternehmen Datenabfragen richten, die entgegen der bisherigen und künftigen Formulierung („im Einzelfall“) nicht die Auskunft über bestimmte Teilnehmer betrafen, sondern sich unspezifisch etwa auf alle Bewohner eines Hauses bezogen. Jenseits der Ermächtigungsgrundlage des bisherigen § 89 TKG betrafen diese Abfragen damit eine Vielzahl unbeteiligter Personen. Damit künftig dieser auch datenschutzrechtlich nicht erlaubte Abfragemodus ausgeschlossen ist, bedarf die neue Fassung einer Präzisierung: Eine Abfrage nach § 107 Abs. 1 sollte sich nur noch auf Daten beziehen dürfen, die auf einer TK-Kennung basieren. Auf diese Weise scheiden anschriftenbezogene Abfragen aus.
- § 107 **Absatz 1 Satz 3** gestattet die Herausgabe von bestimmten Zugangsdaten und Kennungen nunmehr – in nochmaliger Abweichung vom bereits zu weit gefassten Text des Arbeitsentwurfs – sogar schon aufgrund eines Auskunftsbegehrens nach § 161 Abs. 1 Satz 1, § 163 Abs. 1 StPO, also ggf. ohne richterlichen Beschluss und nicht bezogen auf einen engen Straftatenkatalog. Die Herausgabe von PIN; PUK u.ä. nach § 107 Abs. 1 S. 3 ist damit nicht hinreichend geschützt. In diesem Zusammenhang erscheint, wie schon zu § 85 erläutert, die Schwelle des § 98 StPO als zu niedrig. Nur eine Herausgabe nach §§ 100 g und h StPO wäre hinnehmbar. Zudem berechtigen die jetzt in Bezug genommenen Vorschriften die Staatsanwaltschaft überhaupt nur dazu, Auskunft von anderen Behörden (im Wege der Amtshilfe) zu erhalten. Ein Auskunftersuchen gegenüber Diensteanbietern geht damit ins Leere.
- Das in § 107 **Absatz 1 Satz 4** statuierte grundsätzliche Verbot der Information der Kunden über erfolgte Abfragen ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die maßgebliche verfassungsrechtliche Rechtsprechung gibt vor, dass der Betroffene zumindest nach erfolgter Datenabfrage über diesen Umstand informiert werden muss. Abs. 1 Satz 4 ist daher zu streichen.
- Es wird begrüßt, dass nach § 107 **Absatz 2** grundsätzlich eine Entschädigung der Unternehmen vorgesehen ist. Die Entschädigungsmöglichkeiten nach ZSEG decken jedoch nicht ausreichend die tatsächlichen Kosten der manuellen Auskunftserteilung, für die in der Regel spezielle Mitarbeiter beschäftigt werden müssen. Hier muss sich die Entschädigung daher statt an Pauschalen am tatsächlichen Aufwand orientieren. Selbst die Höchstsätze nach dem ZSEG genügen nicht, um den bei manueller Auskunft tatsächlich entstehenden Aufwand auszugleichen. Zudem bewähren sich die Regelungen des ZSEG in vielen praktischen Fällen nicht. Ist beispielsweise die

Höhe einer angemessenen Entschädigung im Einzelfall umstritten, lässt sich - wenn die Datenabfrage von einem Geheimdienst stammt - eine im § 16 Abs. 1 ZSEG vorgesehene gerichtliche Festlegung nicht herbeiführen. Für diese Fälle enthält das ZSEG schlicht keine Regelung, welches Gericht zuständig ist. Diese Rechtsschutzlücke bewirkt, dass in der Praxis die Forderungen der TK-Unternehmen von den Geheimdiensten häufig gar nicht beglichen werden.

§ 108 Automatisiertes Auskunftsverfahren

Grundsätzlich bestehen erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung, wonach speziell die Telekommunikationsanbieter als Sonderaufgabe zur Bereitstellung von Kundendaten zu Ermittlungszwecken in einem automatisierten Auskunftsverfahren verpflichtet werden. Insoweit gelten sowohl die datenschutzrechtlichen Bedenken, die zu § 106 bereits ausgeführt wurden, als auch die Darlegungen zur mangelnden Rechtfertigung für den Eingriff in das Grundrecht des Artikels 12 GG durch das auferlegt Sonderopfer.

Neben diesem grundsätzlichen Einwand bestehen Bedenken zu einzelnen Ausgestaltungen dieser Vorschrift.

- Die Verpflichtung nach § 108 **Abs. 1 S. 1**, jeweils eine „aktuelle Portierungskennung“ zu speichern geht zu weit. Bei mehrfach portierten Rufnummern verfügt nur dasjenige Unternehmen über eine aktuelle Portierungskennung, von dessen Netz der Endkunde seine Rufnummer zu einem anderen Netzbetreiber zuletzt portiert hat. Daher sollte die Speicherpflicht statt auf die aktuelle Portierungskennung auf „*die Tatsache der Portierung*“ beschränkt werden.
- In diesem Zusammenhang ist auch insbesondere die Regelung des § 108 **Absatz 1 Satz 3** zu den portierten Rufnummern ist unklar und schlecht praktikierbar. Es führt zu unnötigen Redundanzen, wenn sowohl abgebender als auch aufnehmender Diensteanbieter die Daten speichern müssen. So kann es zu Doppelauskünften kommen. Ferner kann es bei einer Portierungskette oder bei einem fortlaufenden Vertrag – zumindest theoretisch – zu einer unbegrenzten Speicherverpflichtung beim ursprünglichen Netzbetreiber kommen, wenn die Mobilfunknummer nicht wegen Vertragsbeendigung an den ursprünglichen Netzbetreiber (irgendwann) zurückfällt („Ewigkeitsspeicherung“). Dies stellt sich als unverhältnismäßig dar. Dem Zweck der Ermittlungsbehörden kann über Nutzung der zentralen Portierungsdatenbank sowie durch kürzere Speicherfristen hinreichend genügt werden.
- Die in § 108 **Absatz 1 Satz 5** etablierte Möglichkeit der Jokerzeichenabfrage stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden dar. Schon das Ersetzen einer Ziffer der Rufnummer führt zu der Abfrage geschützter Daten von neun unbeteiligten Personen. Seitens der Ermittlungsbehörden besteht auch nach derzeitiger Rechtslage die Möglichkeit einzelne Anfragen für alle 10 Rufnummern zu stellen, die sodann einzeln geschaltet werden können. Bei solcher Vorgehensweise unterläge jedes Ersuchen einer eigenen Rechtmäßigkeitskontrolle, was dem Stellenwert des Rechts auf Datenschutz gerecht würde. Für die Mitteilung eines Blockes an die Verpflichteten besteht kein Bedarf. Darüber hinaus erfordert die Bearbeitung unvollständiger Abfragen den Einsatz neuartiger Systeme und Softwarefilter, die nach der gegenwärtigen Konzeption des Gesetzentwurfs jedes betroffene Unternehmen auf eigene Kosten entwickeln und kostenlos vorhalten müsste. Neben den bereits dargestellten Bedenken gelten die

unter § 105 Abs. 1 Nr. 1 dargestellten Bedenken zur Überwälzung der Kostentragungspflicht hier gleichermaßen.

Deshalb sollte vielmehr ein System eingeführt werden, in dem die für eine unspezifizierte Jokerabfrage erforderlichen Filterkriterien gebündelt bei der für die Durchführung der automatischen Auskunft zuständigen RegTP vorgehalten und gepflegt werden, und diese die entsprechenden Anfragen der Sicherheitsbehörden nur aufbereitet an die Systeme der verpflichteten Unternehmen weiterleitet. Dem gegenüber wäre die nach den jetzigen Gesetzesplanungen notwendige Einführung einer Vielzahl von Filtersystemen bei den einzelnen Unternehmen wesentlich kostenaufwändiger und zudem fehleranfälliger.

- § 108 **Abs. 3** überlässt in seiner gegenwärtigen Fassung die Ausgestaltung der Joker-Abfrage immer noch gänzlich der avisierten Rechtsverordnung. Die Verwendung von Jokerzeichen bleibt indessen in technischer Hinsicht diffizil und unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes kritisch. Deshalb muss der Einsatz der Jokerzeichen in seinen Grundzügen bereits im § 108 Abs. 3 gesetzlich geregelt werden (Bestimmtheitsgrundsatz) und seine Ausgestaltung nicht einer Rechtsverordnung vorbehalten bleiben. Im Gesetzestext ist mit Blick auf die Verordnung überdies klarzustellen, dass Adressat der Verpflichtungen nur die RegTP sein kann, da sie die Abfragen durchführt und die Ersuchen der berechtigten Stellen durchführt. Die das automatisierte Verfahren bereitstellenden Unternehmen können für die Richtigkeit der Nutzung des Systems durch die RegTP nicht mehr verantwortlich gemacht werden. Insbesondere mit Blick auf die Regelungen in Absatz 3 Nr. 3 wäre insoweit eine Klarstellung wünschenswert.
- Die in **Abs. 3 Satz 4** vorgesehene Umsetzungsfrist von höchstens 12 Monaten ist gemessen an den ggf. zu treffenden Maßnahmen entschieden zu kurz. Für die erweiterte Datenerfassung und Speicherung ist die vorhandene Software nur bedingt geeignet. Neue Software müsste hierfür erst noch entwickelt werden. Da die vorhandene Hardware nicht in dem nötigen Umfang aufgerüstet werden kann, müssten vorhandene Systeme zeit- und kostenintensiv durch neue ersetzt werden. Eine akzeptable Fristsetzung läge bei etwa 36 Monaten.
- Der Vorschrift fehlt schließlich eine Regelung zum Bestandschutz für den Fall, dass nach Implementierung bestimmter Systeme der Ordnungsgeber in der Rechtsverordnung neue Vorgaben macht. Führt ein Unternehmen entsprechend § 108 und der hierzu erlassenen Rechtsverordnung eine regelkonforme Technik ein, muss es bei Änderung der technischen Vorgaben einen Bestandschutz von fünf Jahren geben.
- Die Berechtigung zum Abruf der vorgehaltenen Daten nach **Absatz 4** besteht nach dem jetzigen Gesetzesentwurf, ohne dass eine relevante Kontrolle über die Nutzung dieses erheblichen Datenschutzeingriffs vorgesehen wäre. Es wird daher angeregt, zumindest eine Berichtspflicht der Regulierungsbehörde über Art und Anzahl der erfolgten Abfragen einzuführen; dabei sollte auch die Öffentlichkeit etwa über die Verteilung der Auskunftersuchen auf die berechtigten Stellen informiert werden. Zusätzlich empfiehlt sich, insoweit eine Dienstaufsicht des
- Die Anordnung des **Absatz 5**, wonach alle Vorkehrungen auf eigene Kosten der Unternehmen zu treffen sind und ohne Entschädigung bleiben, ist angesichts des hohen Umsetzungsaufwands nicht haltbar. Die Verpflichtung zur Vorhaltung auf eigene Kosten, die jedoch allein im Interesse staatlicher Stellen erfolgt, begegnet den

bereits oben zu anderen Vorschriften ausgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken.

- Die Übergangsvorschrift in **Abs. 6 Satz 2** bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Da erst mit Verkündung der Neuregelung in § 106 der genaue Umfang der Verpflichtung und damit des Anpassungsbedarfs in bestehenden Kundendateien absehbar ist, muss anschließend noch hinreichend Zeit für die notwendigen Anpassungen eingeräumt werden. Selbst bei zurückhaltender Schätzung sind hierfür zumindest sechs Monate erforderlich. Ohne Änderung der jetzigen Gesetzesplanung entstände die Verpflichtung, erhobene Daten aus Neuverträgen in diesem Zeitraum auch nachträglich in die Systeme einzupflegen. Genau dies bedeutete aber einen unzumutbaren Aufwand. Die Pflicht zur Einpflege neuer Daten sollte daher erst für die Verträge gelten, die nach der Anpassung der Dateistruktur geschlossen wurden. Daher sollte in § 108 Abs. 6, Satz 2 eine sechsmonatige Übergangsfrist aufgenommen werden.

§ 109 Auskunftsersuchen des Bundesnachrichtendienstes

Auch hier gelten nach wie vor die Bedenken gegen die Entgeltfreiheit der Auskunftspflicht angesichts des rein staatlichen Nutzens.

An dieser Stelle sind auch die Pläne der RegTP zu berücksichtigen, eine zentrale Datenbank über die Standorte von Mobilfunkantennen zu erstellen um den Kommunen die Aufgabenerfüllung nach dem Umweltinformationsgesetz zu erleichtern. Diese Datenbank würde auch dem BMWa ein Medium zur Information über den Netzausbau zur Verfügung stellen. Daher erscheint es nicht erforderlich, zusätzlich die Betreiber mit der Last kostenintensiver Einzelabfragen zu belasten.

§ 110 Kontrolle und Durchsetzung von Verpflichtungen

- Wie bereits erwähnt, erscheint es unverhältnismäßig, wenn gerade bei einer längeren Auskunftsdauer oder einer fehlerhaften Datenerhebung – insbesondere auch bei Vertriebspartnern – ein Zwangsgeld nach § 110 **Absatz 2** verhängt wird. Dies führt zu einer nicht hinnehmbaren Kriminalisierung der Anbieter und Vertriebspartner.
- Im Rahmen des **Absatz 4** ist nicht nachvollziehbar, warum der Bundesbeauftragte für den Datenschutz seine Beanstandungen an die Regulierungsbehörde und nicht direkt an das betroffene Unternehmen richten soll. Ein solcher Umweg ist übermäßig bürokratisch und einer schnellen Abhilfe in der Sache nicht dienlich.

Siebter Teil: Regulierungsbehörde

§ 112 Veröffentlichung allgemeiner Weisungen des BMWa

§ 112 schränkt in Verbindung mit §127 die Veröffentlichungspflicht allgemeiner Weisungen des BMWa für den Erlass oder die Unterlassung von Entscheidungen der RegTP auf die Fälle ein, in denen die Beschlusskammern entscheiden. Hierdurch wären künftig Weisungen hinsichtlich der Nutzung bzw. Vergaben von Frequenzen und Nummern nicht mehr veröffentlichungspflichtig. Zur Sicherstellung von Transparenz

erscheint es allerdings wünschenswert, wenn wie gehabt (§ 66 Abs. 5 des bisherigen TKG) sämtliche Weisungen des BMWA an die RegTP veröffentlichungspflichtig wären.

§ 119 Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt

Die in § 119 Satz 1 vorgesehene Entscheidung der RegTP im Rahmen der Marktabgrenzung und Marktanalyse nach den §§ 8 und 9 „im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt“ ist in ihrer Wirkung unklar. Die gewählte Formulierung scheint aus unserer Sicht nicht hinreichend eindeutig die Rolle des Kartellamts zu beschreiben. Insbesondere bleibt offen, welche Folge eine unterschiedliche Beurteilung durch die beiden Behörden hat und mit welchem Verfahren hierauf reagiert wird. Eine ergänzende Klarstellung ist daher wünschenswert.

§ 122 Auskunftsverlangen

Die gesetzliche Auskunftsermächtigung des §122 erstreckt sich seinem Wortlaut nach auf alle TK-Anbieter, also auch solche Unternehmen, die keine Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringen. Eine solche Ausdehnung erscheint aber vor dem sonstigen Regelungshorizont des TKG nicht erforderlich. Es wird deshalb angeregt, die Auskunftspflichtung im Sinne größerer Rechtsklarheit auf solche Telekommunikationsunternehmen zu beschränken, die Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbieten.

Achter Teil: Abgaben (Teil G)

Die Kostenregelungen in § 137 und insbesondere die Erhebung eines Telekommunikationsbeitrages nach § 139 begegnen grundsätzlichen Bedenken. Dies zeigt insbesondere der Vergleich mit dem allgemeinen Kartellrecht, das, soweit das Bundeskartellamt als handelnde und ausführende Behörde betroffen ist, weitgehende Parallelen zum TKG und dem ausführenden Organ RegTP aufweist. Vergleichbare Zahlungsverpflichtungen der Unternehmen bestehen dort nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, warum im hier betroffenen Bereich des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts solche Zahlungsverpflichtungen der Unternehmen bestehen sollen, zumal die Unternehmen der TK-Branche mit Lizenzgebühren in der Vergangenheit bereits im erheblichen Umfang belastet wurden und damit einen Sonderbeitrag in den Staatshaushalt geleistet haben. Die Finanzierung von Verwaltungsbehörden als Teil der Exekutive sollte nicht Aufgabe der Unternehmen sein.

Eine abschließende Beurteilung ist allerdings erst möglich, wenn die geplanten Grundzüge der nach dem Achten Teil noch zu erlassenden Rechtsverordnung über die Ausgestaltung des Telekommunikationsbeitrags bekannt sind.

Berlin, den 28. Mai 2003