

**Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR)  
bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**

**Stellungnahme<sup>1</sup>**

**Regierungsentwurf zur Novellierung des  
Telekommunikationsgesetzes vom 8. März 2011 (TKG-RegE)**

*(9. Mai 2011)*

*Die Bundesnetzagentur erhält bei der Erfüllung ihrer Aufgaben fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen. Der WAR berät die Bundesnetzagentur in voller Unabhängigkeit in allen Fragen der Regulierung. Im Folgenden wird die Position des WAR zur Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zusammengefasst, die mit zahlreichen Veränderungen im Aufgabenspektrum der Bundesnetzagentur einhergeht und daher für den WAR von besonderem Interesse ist.*

**A. Zielsetzung der Reform**

Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zielt im Wesentlichen auf eine Eins-zu-Eins-Umsetzung der durch die beiden EU-Änderungsrichtlinien vom Dezember 2009 („Bessere Regulierung“, „Rechte der Bürger“) herbeigeführten Modifizierungen der Rahmen- und der Einzelrichtlinien 2002 im Bereich der elektronischen (Tele-)Kommunikation ab. Damit wird auch angestrebt, den strikten Vorgaben des EuGH-Urteils vom Dezember 2009 (zu § 9a TKG) Rechnung zu tragen. Erklärtes Ziel der Änderungen auf EU-Ebene ist es, im Interesse der privaten und geschäftlichen Nutzer sowie der Netzbetreiber und Anbieter von Telekommunikationsdiensten den Wettbewerb im Binnenmarkt zu stärken. Ein weiteres wichtiges Ziel besteht darin, die Rechte der Bürger im Bereich des Datenschutzes zu verbessern. Eine bessere, schnellere und auf das Notwendige konzentrierte Regulierung dient zugleich der Verwirklichung der nationalen Breitbandstrategien durch klare Vorgaben für einen wettbewerbskonformen Ausbau von Infrastruktur.

Der TKG-RegE vom 8. März 2011 greift diese Stoßrichtung auf und führt folgende zusätzlichen Regulierungsziele ein:

---

<sup>1</sup> Unterstrichene Textpassagen heben die Empfehlungen des WAR hervor.

- Die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation und die Sicherstellung einer flächendeckenden gleichartigen Grundversorgung in städtischen und ländlichen Räumen mit Telekommunikationsdiensten (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen werden explizit in den Zielkatalog der Regulierung des § 2 TKG-RegE aufgenommen.
- Es sind des Weiteren die Verbraucherinteressen besser als bisher zu berücksichtigen und dabei ist insbesondere den spezifischen Bedürfnissen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen (v.a. behinderte Nutzer, ältere Menschen, Personen mit besonderen Bedürfnissen) Rechnung zu tragen.
- Ein Gebot der Netzneutralität wird zwar in dieser Vorschrift nur global umschrieben. Die Gesetzesbegründung stellt aber unmissverständlich klar, dass Netzneutralität in Zeiten neuer Netzmanagementtechniken ein „politisches Ziel der Regulierung“ ist. Die EU-Kommission misst der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet eine hohe Bedeutung bei und erwartet vom nationalen Gesetzgeber, dies als Regulierungsgrundsatz festzuschreiben.

## **B. Wettbewerb, Transparenz**

Damit die Breitbandnetz- und -dienstinfrastruktur zügig, flächendeckend sowie technisch auf höchstem Niveau ausgebaut wird und ein dauerhaft großes Potential für vielfältige Dienste sowie Anwendungen entstehen kann, bleibt die Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf allen Ebenen von Telekommunikationsmärkten eine zentrale Aufgabe für die Bundesnetzagentur (BNetzA). Es ist nicht die Regulierung selbst, die direkt mehr Investitionen und Innovationen auszulösen vermag (wie häufig behauptet wird). Der Wirkungszusammenhang ist vielmehr indirekter Art. Indem die BNetzA die Öffnung zum Wettbewerb vorantreibt und sichert sowie für die richtigen Vorleistungspreise sorgt, aktiviert sie den eigentlichen Mechanismus, um den es geht, nämlich den des Setzens von Impulsen für die Freisetzung von Kreativität, zur Eröffnung von Chancen für zusätzliche Aktivitäten in etablierten Unternehmen, zu Unternehmensneugründungen im Bereich der modernen Information und Kommunikation, zur Bereitstellung von preisgünstigen und zugleich qualitativ hochwertigen Dienste-Angeboten, welche den Nutzerpräferenzen entsprechen. Zusammengenommen kommt dies der deutschen Wirtschaft als Ganzer in Form von Wachstumsdynamik mit positiven Beschäftigungswirkungen zugute.

Zu Recht hebt die TKG-Novelle bereits in § 1 sowie an verschiedenen weiteren Stellen die Bedeutung des Wettbewerbs für die positive Entwicklung von Telekommunikationsmärkten hervor. Das schließt die Notwendigkeit einer wettbewerbskonformen Regulierung des Zugangs zu Infrastrukturen aller Art ein („open access“-Prinzip). Es geht darum, einen Missbrauch durch Marktmacht auszuschalten und aktuellen und potentiellen Anbietern auf nachgelagerten Märkten bestmögliche Entwicklungsmöglichkeiten mit zukunftssträchtigen Geschäftsmodellen zu eröffnen. Sonderregeln, die bestimmten Unternehmen spezifische Investitionsrisiken dadurch abnehmen, dass für eine bestimmte Zeit ein Schutz vor Wettbewerbern gewährt wird, bedarf es nicht. Die im Zuge der Novellierung des TK-Sicherstellungsgesetzes erfolgte förmliche Aufhebung des § 9a TKG (mehrjährige Regulierungsfreistellung zugunsten der Telekom Deutschland für den Bau ihres VDSL-Glasfasernetzes) war bereits das richtige Signal. Es darf nun im Rahmen der TKG-Novelle nicht wieder durch die Hintertür verwässert werden. Ein exklusiver Schutz für Investitionen in

sehr schnelle Glasfaserleitungen auf der „letzten Meile“ ist mit einer wettbewerbsorientierten Regulierung nicht vereinbar. Ökonomisch vertretbar ist hingegen die beabsichtigte Erlaubnis zu einem Poolen von Investitionsrisiken zwischen einzelnen Unternehmen (Risikobeteiligungsmodelle) und dessen Berücksichtigung bei den Entgeltgenehmigungen (§ 30 Abs. 3 i.V.m. § 28 Abs. 1 Nr. 3 TKG-RegE). Die BNetzA muss allerdings in Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt dafür Sorge tragen, dass Kooperationen zwischen Investoren den Wettbewerb nicht einschränken oder verzerren.

Unabdingbar für den funktionsfähigen Wettbewerb ist eine größtmögliche Transparenz über alle für die Nachfrager von Telefon- und Internetdiensten maßgeblichen Parameter, insbesondere über Preise, Qualität und Nutzungsbedingungen sowie bei der Inrechnungstellung von erbrachten Leistungen. Das Transparenzgebot ist an verschiedenen Stellen der TKG-Novelle verankert. Dies dient direkt auch der Stärkung der Verbraucherrechte.

Das A&O zur Verwirklichung von Transparenz sind aussagefähige Informationen durch die Anbieter von Telekommunikationsdiensten. Nur bei ausreichender sowie leicht erfass- und vergleichbarer Information können die Verbraucher rational entscheiden, ob es sich für sie lohnt, den Anbieter zu wechseln. Da Anbieter vermutlich kein originäres Interesse an der Bereitstellung umfassender vergleichbarer Informationen haben, muss die Regulierung dies durch geeignete Maßnahmen sicherstellen. § 45n TKG-RegE, in dem das Procedere für Informationsverpflichtungen geregelt wird, zielt in diese Richtung, definiert aber nicht hinreichend, wann ausreichende Transparenz hergestellt ist. Warum dazu eine Verordnungsermächtigung erforderlich ist, bei der neben dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie drei weitere Bundesministerien und der Deutsche Bundestag eingebunden werden sollen (vgl. D. und F.2.), ist nicht nachvollziehbar; dies könnte einer adäquaten Regelung eher im Weg stehen, als diese zu fördern. Der WAR empfiehlt hier eine direkte Beauftragung der BNetzA durch den Gesetzgeber.

Die vom neuen TKG eingeräumte Sonderkündigung beim Wohnungswechsel (§ 46 Abs. 8 TKG-RegE) ist wettbewerbsfördernd. Ein Sonderkündigungsrecht sollte auch in Fällen nachhaltiger Verschlechterung, Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs (§ 45o Abs. 3 TKG-RegE) eingeräumt werden.

Das Transparenzgebot ist sehr wichtig im Zusammenhang mit der vom neuen TKG postulierten Neutralität bzw. Diskriminierungsfreiheit der Transportleistung im Internet bezüglich Herkunft, Dienststart und Anwendung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-RegE). Solange keine Kapazitätsengpässe bei einzelnen Leistungen auftreten, müssen alle Internetteilnehmer darauf vertrauen können, dass die Inanspruchnahme von Inhalten und Anwendungen von den Anbietern weder behindert noch ganz unterdrückt werden darf. Die BNetzA kann auf die öffentliche Kontrolle durch die Nutzer setzen. Schwierig wird es bei einem Stau im Netz. Dass bislang das Internet das massiv steigende Verkehrsvolumen ziemlich reibungslos bewältigt hat, bedeutet nicht, dass dies künftig ebenso sein wird. Die Nachfrage nach einzelnen Diensten wird im Zeitalter der Breitbandtechnologie rasant steigen, für einzelne Inhalte und Anwendungen mehr als für andere. Früher oder später könnte in Teilbereichen, beispielsweise beim mobilen Zugang zum Internet, das Problem der Netzüberfüllung akut werden. Darauf muss die BNetzA vorbereitet sein. Dann wird sie darauf zu achten haben, dass ein Netzmanagement nach transparenten und fairen sowie im Vorhinein bekannten Regeln verläuft. Aus wohlbegründeten ökonomischen Erwägungen wird sie dann auch über eine marktgetriebene Preisdifferenzierung eine Priorisierung von Leistungen zulassen müssen, ggf. unter Einhaltung von verpflichtenden Mindestbedingungen der Dienstqualität (vgl. C.). Auch

das gehört zu einem funktionierenden Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt, dessen Dynamik es zu nutzen gilt.

### **C. Mindestbedingungen für die Dienstqualität**

Vorschriften zu Mindestanforderungen zur Dienstqualität, wie von der EU-URL 2009 verlangt und in § 45o TKG-RegE entsprechend vorgesehen, können zum Schutz der Endkunden notwendig sein, wenn Netzbetreiber vor allem aufgrund unzureichenden Wettbewerbs Dienste auf einem unbefriedigenden Qualitätsniveau erbringen. Unbefriedigend ist insbesondere eine Dienstqualität, die deutlich unter dem durchschnittlichen Niveau von Vergleichsmärkten liegt.

Netzbetreiber dürfen im Best-Effort-Basisdienst nicht die Möglichkeit haben, gezielt bestimmte Anwendungen oder Inhalte außerhalb der vertraglichen Vereinbarungen zu blockieren oder deren Übertragungsqualität zu verschlechtern. Bei der Dimensionierung der Mindestbedingungen ist zu berücksichtigen, dass ein leistungsfähiger Best-Effort-Basisdienst Quelle für vielfältiges Experimentieren mit innovativen Anwendungen im Internet ist, woraus erheblicher wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Fortschritt resultieren kann. Auf die BNetzA kommt die anspruchsvolle Aufgabe zu, zuverlässige Maßstäbe für die Bestimmung eines Best-Effort-Dienstes zu entwickeln. Die Bildung von weiteren Dienstklassen mit entsprechender Preisdifferenzierung ist möglich, solange der Best-Effort-Dienst dadurch nicht unangemessen eingeschränkt wird. Die Entscheidung darüber, welche Qualitätsklasse für welche Dienste oder Inhalte verwendet werden soll, ist dem Endkunden zu überlassen. Innerhalb einer vom Endkunden gewählten Qualitätsstufe haben Netzbetreiber Anwendungen und Inhalte mit gleicher Priorität zu behandeln.

Zur Erhöhung der Planungs- und Rechtssicherheit sollte das TKG genauer bestimmen, anhand welcher Größen (z.B. Durchsatz, Latenzzeit, Laufzeitschwankungen) Dienstqualität operationalisiert und anhand welcher Maßstäbe Mindestwerte abgeleitet werden sollen. Unerlässlich ist in diesem Zusammenhang, dass vergleichbare Informationen über die zugesicherte und realisierte Dienstqualität einschließlich evtl. Netzmanagementaktivitäten verfügbar sowie die Kosten des Anbieterwechsels sehr gering sind. Alle Anbieter sollen darüber informieren, wie sie Qualitätsklassen bilden, bepreisen und managen.

Wenn Engpässe oder Störungen im Netz eines Betreibers nur kurzfristig und vorübergehend auftreten, ist das Netzmanagement grundsätzlich - und soweit keine gesetzlichen Vorrangregelungen greifen - so zu gestalten, dass alle Nutzer gleich behandelt werden, z.B. durch gleichmäßige Verlangsamung des Datenverkehrs.

Für die Umsetzung dieser zuvor aufgeführten Grundsätze muss die BNetzA sorgen. Dafür muss ihr direkt eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage eingeräumt werden; die derzeit vorgesehene Subdelegation (§ 45o Abs. 1 und 5 TKG-RegE) ist nicht sachgerecht (vgl. F.2.).

Obwohl die Sicherstellung einer flächendeckenden gleichartigen Grundversorgung in städtischen und ländlichen Räumen mit Telekommunikationsdiensten (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen explizit als Regulierungsziel präzisiert wird (§ 2 Abs. 2 Ziff. 4 TKG-RegE) und die URL 2009 der Ausgestaltung nationaler Universaldienste erweiterte Spielräume eröffnet, wurde das Universaldienstregime im TKG-RegE nicht verän-

dert. Immer noch begrenzt der sog. „funktionale“ Internetanschluss die Universaldienstleistung. Nach § 78 Abs. 1 Ziff. 1 TKG-RegE umfasst der Universaldienst lediglich die Datenkommunikation mit Datenraten, die für einen funktionalen Internetzugang ausreichen. Unbestimmt ist, welche Übertragungsgeschwindigkeit damit verbunden ist. Der Gesetzgeber könnte zwar im Rahmen der TKG-Novellierung und unter Beachtung der durch EU-Recht, insbesondere durch die URL eröffneten Spielräume eine genauere Festlegung treffen, sollte dabei aber negative Auswirkungen auf die Investitionstätigkeit der Marktteilnehmer vermeiden und dem Universaldienstgedanken als Bereitstellung einer Grundversorgung hinreichend Rechnung tragen. Auch müssen allzu komplexe Verfahren und lange Umsetzungszeiten vermieden werden, um Planungssicherheit zu gewährleisten und Investitionen in den Breitbandausbau nicht unnötig zu verzögern.

Bei der Feststellung des „allgemeinen Bedarfs“ im Rahmen des Universaldiensts wird nach dem (unveränderten) § 78 Abs. 4 TKG-RegE lediglich der Verpflichtete gehört. Eine Mitwirkung anderer Betroffener, wie sie Art. 33 Abs. 1 der neu gefassten URL für Endnutzer und Verbraucher in speziell für sie wichtigen Fragen vorschreibt, fehlt bislang. Ganz allgemein müssen solche Verfahrensregeln nicht allein den (späteren) unmittelbaren Adressaten von Regulierungsvorgaben, sondern auch allen sonstigen erheblich Betroffenen angemessen und rechtzeitig Gehör verschaffen. Die Verfahrensregeln sollten daher für alle von der BNetzA zu erlassenden Regelungen und Maßnahmen im Hinblick auf die Teilnehmer und die Art und Weise des Verfahrensablaufs genauer festgelegt und möglichst transparent ausgestaltet werden.

#### **D. Verbraucherinformation und Nutzen für Menschen mit Behinderungen**

Aufgrund der Vorgaben der Änderungs-Richtlinie 2009/136/EG sind in § 2 Abs. 2 Nummer 1 und 2 TKG-RegE die neuen Regulierungsziele der Verbesserung der Verbraucherinformation und der Sicherstellung des Nutzens für Menschen mit Behinderungen, älteren Menschen und Personen mit besonderen Bedürfnissen ergänzt worden. Die entsprechenden Maßnahmen nach Art. 8 Abs. 2 Buchstabe e und g RRL sind in § 45n TKG-RegE im Großen und Ganzen inhaltlich angemessen umgesetzt, allerdings in einem komplizierten und überregulierten Verfahren. Zur Förderung der Transparenz und Veröffentlichung von Informationen auf dem Telekommunikationsmarkt wird das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Inneren, dem Bundesministerium der Justiz und dem Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages Rahmenvorschriften zu erlassen. Damit sollen Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten verpflichtet werden können, transparente, vergleichbare und aktuelle Informationen über Preise, Tarife, Zugangsbedingungen und weitere in Abs. 3 genannte Angaben zu veröffentlichen sowie Benutzer über die in Abs. 4 genannten Sachverhalte zu unterrichten.

Ein solches Verfahren errichtet hohe Hürden für die Erreichung dieses Zieles, verzögert die Zielerreichung oder macht sie sogar unwahrscheinlich. Die in Abs. 6 vorgesehene Möglichkeit der Subdelegation an die BNetzA enthält ebenfalls die mehrfache Abstimmungsnotwendigkeit. Sie ist zudem rechtlich bedenklich. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Rechtsverordnung des BMWi im Einvernehmen mit drei weiteren Ministerien

und dem Bundestag für eine Aufgabe erforderlich ist, die der BNetzA durch die Novellierung von § 2 Abs. 2 explizit zugewiesen worden ist und deren inhaltliche Ausgestaltung, wenn auch als Möglichkeit, in § 45n Abs. 3 und 4 TKG RegE ausführlich dargestellt wird. Der Zielsetzung der Herstellung von mehr Transparenz und der Förderung der Verbraucherinformation wäre wesentlich besser gedient, wenn die BNetzA in § 45n TKG-RegE direkt die Befugnis erhalten würde, zu definieren, was Transparenz für Verbraucher im einzelnen bedeutet, und unmittelbar ermächtigt wird, die in den Absätzen 2 und 3 genannten Daten von den Anbietern anzufordern, wie dies bei Erhebungen zu Marktanalysen bereits erfolgt.

So sollte auch § 45n Abs. 7 TKG RegE geändert werden, der in den Sätzen 3 und 4 der BNetzA die Möglichkeit einräumt, selbst oder durch Dritte vergleichbare Informationen durch einen interaktiven Führer bereit zu stellen. Ein solcher interaktiver Führer im Sinne durchsuchbarer, standardisierter und vergleichbarer Angaben zu Preisen, Qualitäten und Nutzungsbedingungen aller Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste ist zentral für die Herstellung von Markttransparenz. Nach der derzeitigen Fassung „kann“ die BNetzA interaktive Führer selbst bereitstellen, wenn diese auf dem Markt nicht kostenlos oder zu einem angemessenen Preis zur Verfügung gestellt werden. Dies wird der Bedeutung vergleichbarer Informationen für die Herstellung von Transparenz und den Abbau von Barrieren eines Anbieterwechsels nicht gerecht. Unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips sollte die BNetzA vielmehr verpflichtet werden, in Konsultation mit den Verbraucherverbänden und anderen Nutzerorganisationen die Anforderungen an die mit solchen Führern herzustellende Transparenz zu benennen und zu veröffentlichen oder regelmäßig zu prüfen, ob es auf dem Markt Vergleichsplattformen gibt, die diese Anforderungen erfüllen. Erst eine Veröffentlichung der Anforderungen ermöglicht es Dritten, geeignete interaktive Führer zu entwickeln bzw. Endkundenangebote zu machen.

Die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse behinderter Endnutzer in § 45 Abs. 1 TKG-RegE gilt auch für die zu veröffentlichenden Informationen nach § 45n Abs. 4, wonach diese "in klarer, verständlicher und leicht zugänglicher Form" erfolgen soll (§ 45n Abs. 5 Satz 1). Dazu und für die in § 45 Abs. 1 Satz 3 (i.V.m. Satz 2) TKG-RegE erwähnte Gleichwertigkeit bei der Auswahl von Unternehmen und Diensten fehlen konkrete Anforderungen. Solche Anforderungen sind in der nach dem Bundesgleichstellungsgesetz erlassenen Verordnung zur barrierefreien Informationstechnik (BITV) enthalten, die bisher zwar für die BNetzA, nicht aber für die Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdiensten und deren Web-Portale gilt. Es wird die Prüfung empfohlen, ob diese Vorschriften als Maßstab für die Umsetzung der Anforderungen aus § 45n TKG-RegE festzulegen und allen Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten vorzugeben sind.

Zum gleichwertigen Zugang könnte darüber hinaus auch die Wahrnehmung der Möglichkeit von Call-by-Call-Angeboten und der Ansagen zu Preisen von Mehrwertdiensten für gehörlose Menschen gehören. Hierzu und zu anderen möglichen Benachteiligungen besteht zunächst ein Untersuchungsbedarf, der dann gegebenenfalls zu Verpflichtungen nach § 45 Abs. 2 TKG-RegE führen kann

## E. Datenschutz

Zum Datenschutz sind die Vorgaben der Richtlinie bis auf eine Ausnahme angemessen umgesetzt. Diese Ausnahme betrifft die in § 109a TKG-RegE vorgesehene Befreiung von der Benachrichtigungspflicht bei einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten, falls angemessene Verschlüsselungsverfahren eingesetzt werden. Der gesamte Paragraph ist mit „Datensicherheit“ unzutreffend überschrieben. Es geht im Text ausschließlich um die Benachrichtigungspflicht im Falle der Verletzung des Schutzes von personenbezogenen Daten und damit um Informationspflichten, Veröffentlichung und Transparenz. In Übereinstimmung mit der Änderungsrichtlinie sind bei Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten durch die Erbringer öffentlicher Telekommunikationsdienste stets die BNetzA und der Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit zu unterrichten. Wenn anzunehmen ist, dass Teilnehmer oder andere Personen „schwerwiegend“ in ihren Rechten und schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt worden sind, sind auch diese unverzüglich zu benachrichtigen. Diese Benachrichtigung kann jedoch nach der TKG-Novelle entfallen, wenn in einem Sicherheitskonzept „nachgewiesen“ wurde, dass die von der Verletzung betroffenen Daten durch geeignete technische Maßnahmen gesichert, insbesondere unter Anwendung eines als sicher anerkannten Verschlüsselungsverfahrens gespeichert wurden.

Aufgrund einer doppelten Einschränkung dient diese Regelung nicht der Transparenz und dem Vertrauen der Nutzer. Zunächst ist die Beschränkung der Benachrichtigungspflicht auf schwerwiegende Verstöße unscharf und unangemessen. Wann ist die Möglichkeit des Zugriffs Dritter auf Kundendaten schwerwiegend? Um wie viele Kunden und Datenfelder muss es gehen, damit eine Verletzung als schwerwiegend eingestuft wird und darf dies der Erbringer selbst entscheiden können? Der WAR empfiehlt, dass die Betroffenen sind auf jeden Fall zu unterrichten sind, wenn der Schutz ihrer personenbezogenen Daten verletzt wurde.

Die Befreiung von der Benachrichtigungspflicht bei Vorliegen eines Sicherheitskonzepts ist noch weniger akzeptabel. Eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten kann viele Ursachen haben, die nicht direkt etwas mit den standardmäßig eingesetzten Verschlüsselungsverfahren zu tun haben. Zudem erfolgt die Befreiung aufgrund der Existenz eines Konzepts. Die Erfahrungen mit Datenschutz- und Sicherheitsverletzungen zeigen jedoch, dass diese nicht auf das Fehlen eines Konzeptes, sondern auf seine unzureichende Anwendung und Kontrolle zurückzuführen sind. Weil mit der Novellierung die Verbraucherinformation verbessert und die Nutzerrechte gestärkt werden sollen, wird empfohlen, § 109a Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs ersatzlos zu streichen. Jeder von einer Verletzung des Schutzes seiner persönlichen Daten Betroffene hat ein unbedingtes Recht auf Benachrichtigung. Wenn mehr als 5 % der Kunden eines Anbieters betroffen sind, sollten sogar alle Kunden informiert werden.

## **F. Rechtsstellung und Kompetenzen der Bundesnetzagentur**

### **1. Regulierungsziele und -grundsätze**

Die bisher in § 2 TKG normierten „Ziele“ der „Regulierung“ werden in § 2 Abs. 2 TKG-RegE modifiziert (Art. 1 Ziff. 2 b des Änderungsgesetzes) und um die „Grundsätze“ in Abs. 3 ergänzt (Ziff. 2 c)). „Grundsätze“ werden in der Richtlinie (Art. 8 Abs. 5 RRL) durch vier im EU-Recht generell gebräuchliche Adjektive („objektiv, transparent, nicht diskriminierend, verhältnismäßig“) umschrieben und durch sechs Anwendungsbeispiele erläutert. Nationale Regulierungsbehörden müssen diese Vorgaben bei der Verfolgung der „Ziele“ beachten. Angesichts der bezüglich der „Ziele“ und der „Grundsätze“ eher weichen EU-Formulierungen sollte eine möglichst klare und konkrete Zuordnung im Hinblick auf das je unterschiedliche Gewicht in § 2 Abs. 2 und 3 TKG-RegE auch durch eine normative Rang- und Reihenfolge verdeutlicht werden, wobei die Entscheidung des EuGH (im Verfahren zu § 9a TKG-2004) zum den Regulierungsbehörden Ermessensspielraum zu berücksichtigen ist. Dies kann dazu beitragen, dass ein angemessener Ausgleich zwischen demokratischer Legitimation durch den parlamentarischen Gesetzgeber und der EU-rechtlich gebotenen „Unabhängigkeit“ der Regulierungsbehörde hergestellt wird.

### **2. Erweiterte Rechtsetzungsbefugnisse der BNetzA**

Die veränderte Ausgestaltung der Rechtsetzungsbefugnisse der BNetzA betrifft sowohl die Rechtsetzung mit Außenwirkung als auch das interne Verwaltungshandeln. Über den bisherigen Rahmen in §§ 142, 143 TKG hinaus soll künftig Teil 3 („Kundenschutz“) Ermächtigungsvorschriften enthalten, die eine Weiterübertragung (Subdelegation) von Verordnungsmacht auf die Bundesnetzagentur ermöglichen. Dies betrifft zum einen „Rahmenvorschriften“ zur „Förderung der Transparenz und Veröffentlichung von Informationen im Telekommunikationsmarkt“ (§ 45n Abs. 6 TKG-RegE), zum anderen „Rahmenvorschriften“ für die „Dienstqualität und zusätzliche Dienstmerkmale“ zur „Kostenkontrolle“ (§ 45o Abs. 5 TKG-RegE). In beiden Fällen soll auch dann, wenn das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie als Verordnungsgeber tätig wird (§ 45n Abs. 1, § 45o Abs. 1 TKG-RegE), die Zustimmung des Bundestages erforderlich sein. Diese zunehmend anzutreffende Praxis ist verfassungsrechtlich bedenklich und keineswegs „verfassungsrechtlich geboten“, wie dies die Entwurfsbegründung meint. Auch Art. 3 Abs. 3a RRL fordert keinen derartigen Zustimmungsvorbehalt.

Die BNetzA ist im Hinblick auf die EU-rechtlichen Anforderungen wie auch angesichts ihrer Fachkompetenz in erster Linie dazu berufen, auf nationaler Ebene erforderliche Regulierungsmaßnahmen zu treffen. Diese Aufgabenstellung schließt auch die Erarbeitung und den Erlass von abstrakt-generellen Regelungen ein. Die in § 45n und § 45o TKG-RegE gewählte Konstruktion der Subdelegation wesentlicher Rechtsetzungsbefugnisse mit Rückkopplung an die Zustimmung mehrerer Ministerien und des Bundestags ist zeitaufwändig und übermäßig komplex. Eine direkte Kompetenzzuweisung an die BNetzA erscheint im Interesse eines größeren Maßes an Flexibilität und der von der geänderten EU-Rahmenrichtlinie geforderten stärkeren Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden als der sachgerechtere Weg.

Die nach § 15a TKG-RegE von der BNetzA zu erlassenden „Regulierungskonzepte“ sollen der Verwirklichung der in § 2 Abs. 3 TKG-RegE statuierten Grundsätze dienen. Da diese nur gesetzliche Vorgaben konkretisieren können und sollen, ist die fehlende Rechtsverbindlichkeit grundsätzlich folgerichtig, da hier lediglich den Marktteilnehmern Pla-



nungssicherheit gegeben werden soll, um das (aktuelle und künftige) Verhalten des Regulierers – auch in Bezug auf die gesamte, längere Dauer der Regulierungsperioden – besser vorhersehen zu können

### 3. Unabhängigkeit der BNetzA

Der Status der BNetzA hat durch das neu statuierte allseitige Unabhängigkeitskriterium in Modifizierung von Art. 3 Abs. 3 RRL und durch die Einfügung eines neuen Abs. 3a eine neue Qualität erhalten. Nach Erwägungsgrund 13 soll die „Unabhängigkeit“ der Regulierungsbehörde gestärkt werden, um eine effektivere Anwendung des EU-Rechtsrahmens in den einzelnen Mitgliedstaaten zu erreichen und ihre „Amtsgewalt“ („authority“) sowie die Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen zu verbessern. Im nationalen Recht sei daher „ausdrücklich“ sicher zu stellen, dass die nationale Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegen Einflussnahmen von außen geschützt sei, um eine unabhängige Beurteilung („assessment“) der vor sie gebrachten Angelegenheiten zu gewährleisten. Für die ex ante-Regulierung wird zusätzlich ein eigener, „getrennter“ Haushalt gefordert („fiskalische“ Unabhängigkeit), der die Regulierungsbehörde befähige, ausreichend qualifiziertes Personal für die Bewältigung ihrer Aufgaben zu beschäftigen.

Erwägungsgrund 13 der Änderungsrichtlinie stellt überdies fest, dass nationale Rechtsetzungsorgane (also auch die Parlamente) ungeeignet seien, als nationale Regulierungsbehörde im Sinne des EU-Rechtsrahmens wegen der auch hierbei vorhandenen „äußeren Einflussnahme („outside influence“) zu handeln. Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 RRL verwendet nicht nur den Begriff „unabhängig“ für das Handeln der Regulierungsbehörde, sondern benutzt eine eng an die für die Unabhängigkeit von Zentralbanken übliche angelehnte Formulierung. Die nationale Regulierungsbehörde darf, wenn sie Aufgaben erfüllt, die ihr in Umsetzung von EU-Recht zugewiesen sind, „Weisungen“ („instructions“) von keiner anderen Stelle („any other body“) einholen oder entgegennehmen. Diese Weisungsfreiheit bezieht sich nach der Natur der Sache allerdings nicht auf Entscheidungen („decisions“) oder Empfehlungen („recommendations“) der Kommission im Rahmen der Art. 7, 7a RRL.

Bislang fehlt im deutschen Recht eine generelle, ausdrückliche Regelung zur (funktionalen) Unabhängigkeit der BNetzA als nationaler Regulierungsbehörde. Am weitesten würde in diesem Zusammenhang mit Sicherheit eine Neuregelung gehen, die an die Rechtsaufsicht über die Bundesbank anknüpft und einen grundgesetzlichen Rahmen für die Aufsicht über die nationale Regulierungsbehörde absteckt. Durch EU-Recht (Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 Satz 2 RRL) wäre dies nicht verboten. Zu empfehlen ist in jedem Fall eine gesetzliche Klargestellung, dass und in welchen Fällen der Regulierungsbehörde Gestaltungs- und Beurteilungsspielräume zustehen, bei denen auch eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle des „Regulierungsermessens“ nur eingeschränkt möglich ist. An die Regelungen zur personellen Unabhängigkeit der Bundesbankleitung angelehnt (Art. 130 AEUV, Art. 14.2 ESZB-Satzung) sind die Verfahren zur Abberufung des Präsidenten bzw. des Präsidialkollegiums. Die abschließende Normierung der Entlassungsgründe und die Veröffentlichung dieser Entscheidung einschließlich der hierfür maßgeblichen Gründe, wie dies Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 Satz 2 RRL fordert, ist rechtsstaatlich und demokratisch vorbildlich. Insofern bedarf es einer strikten Umsetzung durch entsprechende Nachbesserung der Bestimmungen des BNetzAG (insbes. in § 4 Abs. 5) wie sie im Zuge der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes ohnehin vorgesehen ist. Damit dürfte Erwägungsgrund 13 zur RRL, jeden vernünftigen Zweifel an der Neutralität der Regulierungsbehörde und ihrer „imperviousness“

(„Unabhängigkeit“) gegenüber „äußeren Faktoren“ („external factors“) beseitigen, Rechnung getragen sein.

#### **4. Regulierungsermessen**

Das Problem von Ermessens- bzw. Beurteilungsspielräumen betrifft das Verhältnis der Regulierungsbehörde zu Umfang und Grenzen der gerichtlichen Kontrolle. Das grundrechtliche Gebot prinzipiell umfassenden Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG) bezieht jedes außenwirksame Verwaltungshandeln (Verordnungen wie Verwaltungsakte) ein. Da die BNetzA kraft nationalen Rechts bislang keine vollständige „Unabhängigkeit“ genießt, ist Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 Satz 3 RRL von großer Bedeutung. Danach sind ausschließlich Beschwerdestellen befugt, Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden auszusetzen oder aufzuheben“. Art. 4 verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass es auf nationaler Ebene „wirksame Verfahren“ gibt, nach denen jeder von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffene Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze oder –dienste (Art. 2 lit. a), c] RRL) bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Beschwerdestelle (Gericht) einen „Rechtsbehelf“ gegen diese Entscheidung einlegen kann. Diese Stelle muss „über angemessenen Sachverstand verfügen, um ihrer Aufgabe wirksam gerecht zu werden“; des Weiteren muss durch die Mitgliedstaaten gewährleistet werden, dass die „Umstände des Falles“ („merits of the case“) angemessen berücksichtigt werden und wirksame Einspruchsmöglichkeiten („appeal mechanism“) bestehen.

§ 137 TKG-RegE trägt diesen EU-rechtlichen Vorgaben nicht voll Rechnung: Zwar genügt der in Abs. 1 gesetzlich angeordnete Ausschluss des Suspensiveffekts bei Widerspruch und (Anfechtungs-)Klage gegen Entscheidungen der BNetzA den Vorgaben des Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 RRL. Der EU-rechtlich geforderte effektive „appeal mechanism“ schreibt nicht zwei- oder dreizügigen Rechtsschutz vor. Die zuständigen allgemeinen Verwaltungsgerichte müssen aber „appropriate expertise“ aufweisen, was grundsätzlich nach langjähriger Befassung mit der Regulierungspraxis der Fall sein dürfte. Zusätzlich wäre zu prüfen, sachkundige unabhängige Experten (Modell: Kammer für Handelssachen) in die Richterbank aufzunehmen. Die Auflage, den „merits“ des Falles pflichtgemäß („duly“) Rechnung zu tragen, gebietet, die gerichtliche Kontrolldichte im Hinblick auf Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe nur soweit einzuschränken, wie dies mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist.

#### **5. Verhältnis zu EU-Stellen**

Das TKG 2004 enthält keine eingehenderen Vorschriften zum Verhältnis der nationalen Regulierungsbehörde zu EU-Stellen außer zur Europäischen Kommission, insbesondere nicht zu der Beziehung zur (durch EU-Rechtsakt geschaffenen) European Regulators Group (ERG). Insoweit war bisher § 140 TKG ausreichend.

Im Hinblick auf das durch die Verordnung 1211/2009/EG errichtete Gremium Europäischer Regulierungsstellen für Elektronische Kommunikation (GEREK), das zwar keine Agentur im herkömmlichen Sinne darstellt, dessen Befugnisse jedoch im Bereich der Marktregulierung über die der vormaligen ERG hinausgehen, sind neue Regelungen in das TKG einzufügen, die das Verhältnis der BNetzA zu GEREK klarstellen. Bei § 123 a TKG-RegE ist nunmehr ein dritter Absatz vorgesehen, der die Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung von Kommissionsempfehlungen statuiert, § 123b Abs. 4 TKG-RegE regelt den

Informationsaustausch zwischen BNetzA und GEREK, ein dritter Absatz bei § 133 TKG-RegE sieht Regelungen für die Einschaltung des GEREK bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen vor, ferner werden die Vorschriften zur Marktregulierung um Regelungen zur Beteiligung des GEREK an den Verfahren ergänzt.

Die TKG-Erweiterungen im Hinblick auf den Einbezug des GEREK in Entscheidungsprozesse der BNetzA setzen die EU-Vorgaben nicht hinreichend um. Es wird nur in § 12 Abs. 2 Nr. 2 für das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren geregelt, dass die BNetzA die Stellungnahmen des GEREK weitestgehend berücksichtigen wird (so Art. 7a Abs. 1 RRL), jedoch nicht auch festgelegt, dass die BNetzA grundsätzlich beim Treffen ihrer Entscheidungen für die eigenen nationalen Märkte von GEREK angenommene Stellungnahmen („opinions“) und gemeinsame Standpunkte („common positions“) weitestgehend berücksichtigen muss (so Art. 3 Abs. 3c RRL). Die Bereitstellung von angemessenen personellen und finanziellen Ressourcen zur aktiven Beteiligung an GEREK wird ebenfalls nicht näher gesetzlich ausgestaltet.

Eine wesentliche im neuen TKG zu regelnde Frage ist auch das konkrete Zusammenwirken der nationalen und supranationalen Ebene im „Regulierungsverbund“ von BNetzA und Bundeswirtschaftsministerium einerseits, Europäischer Kommission und GEREK andererseits. Bei der Ausgestaltung dieser Verfahrensregeln ist der Unabhängigkeit der BNetzA (vgl. F.3) Rechnung zu tragen.

*Arnold Picot (Vorsitzender), Juergen B. Donges (stellv. Vorsitzender),  
Wolfgang Ballwieser, Charles B. Blankart, Torsten J. Gerpott,  
Ludwig Gramlich, Hans-Jürgen Haubrich, Bernd Holznagel,  
Herbert Kubicek, Karl-Heinz Neumann, Franz Jürgen Sacker,  
Wolfgang Ströbele, Peter Vary*