

An das
Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie
Radetzkystraße 2,
1030 Wien

E-Mail: JD@bmvit.gv.at, begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 17. September 2015

BETREFF: ISPA STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF EINES BUNDESGESETZES, MIT DEM DAS TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ, DAS KOMMAUSTRIA-GESETZ, DAS BUNDESGESETZ ÜBER FUNKANLAGEN UND TELEKOMMUNIKATIONS-ENDEINRICHTUNGEN UND DAS POSTMARKTGESETZ GEÄNDERT WERDEN (TKG-NOVELLE 2015)

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend den Entwurf des Telekommunikationsgesetzes 2015 (TKG-E) wie folgt Stellung zu nehmen:

Zusammengefasst weist die ISPA darauf hin, dass die Begrifflichkeiten in der Novelle kohärent und somit anwenderfreundlicher zu gestalten sind, und merkt an, dass die Pflicht zur Offenlegung von Vereinbarungen in Bezug auf Leitungsrechte und Mitbenutzungsrechte sachlich ungerechtfertigt ist. Die ISPA regt die Streichung der Ausnahme für Antennenmasten aus dem § 5 TKG an, da diese den Ausbau von mobilem Breitband erheblich verzögert. Nach Ansicht der ISPA ist eine behördliche Geltendmachung eines Leitungsrechts auf Verlangen der Teilnehmer überschießend und sie betont, dass Kooperations- und Informationspflichten maßvoll umzusetzen sind. Ferner ist die zentrale Informationsstelle ausschließlich aus dem Bundeshaushalt zu finanzieren, da das Errichten dieser für die Betreiber lediglich mit zusätzlichen Kosten verbunden ist. Die ISPA weist zudem darauf hin, dass die neuen Verordnungsermächtigung gemäß § 17 TKG-E dem Grundsatz der Gewaltentrennung widerspricht und die TKG-Novelle Rechtsunsicherheit in Bezug auf die ex-ante Überprüfung von Änderungen der AGB mit sich bringt. Um unverhältnismäßigen Regelungen entgegenzuwirken, soll der Gesetzgeber zwischen B2B- und B2C-Bereich differenzieren. Aus Sicht der ISPA soll der Abbau von Wechselbarrieren im Sinne der Wahlfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer erfolgen. Um Planungssicherheit zu gewährleisten, soll die Auslaufzeit für aufgehobene Regulierungsmaßnahmen auf maximal drei Jahre verlängert werden. Aus Sicht der ISPA ist für die Papierrechnung eine Opt-in Lösung im Sinne der Effizienz und Wirtschaftlichkeit zu bevorzugen.

Abschließend regt die ISPA eine Aufnahme der Auskunftsbestimmung des FinStrG in die TKG-Novelle 2015 an, da diese für die betroffenen Betreiber unbedingt erforderlich ist, um rechtssicher Beauskunftungen durchführen zu können.

1. Die Begrifflichkeiten sind kohärent und somit anwenderfreundlicher zu gestalten

Die ISPA begrüßt die Bestrebungen des Europäischen Gesetzgebers, die Kosten des Ausbaus der Hochgeschwindigkeitsnetze zu senken und dadurch zum effizienten Ausbau neuer physischer Infrastruktur beizutragen. Das Ziel der Kostensenkung-Richtlinie¹, nämlich entsprechende Anreize zu schaffen, damit Hochgeschwindigkeitsnetze zu geringen Kosten errichtet werden können, wird jedoch von der TKG-Novelle 2015 nach Ansicht der ISPA nicht konsequent fortgesetzt. Vielmehr ist aus der Kostensenkungsrichtlinie der EU ein Kostenbelastungspaket für die IKT Branche geworden, was klar im Widerspruch zum Grundtenor von Politik und Verwaltung steht, wonach die IKT Branche dringend gefördert und entlastet werden soll.

Die Novelle stellt in dieser Hinsicht unter Umständen sogar einen Rückschritt dar, da sie den Fokus auf Konsumentenschutz legt (vgl. Pkt. 8, 9 und 10). Die durch den Gesetzesentwurf entstehende Mehrbelastung würden zunächst die Anbieter tragen, was jedoch letztendlich zwangsläufig zur Erhöhung der Endkundenpreise führen würde. Aus Sicht der ISPA sind daher einige Anpassungen des Gesetzesentwurfs notwendig, um die Ziele der Kostensenkungsrichtlinie zu erreichen und eine hochwertige digitale Infrastruktur zu schaffen, die eine unabdingbare Voraussetzung für eine moderne und wettbewerbsfähige digitale Wirtschaft darstellt.

Der Gesetzesentwurf übernimmt oftmals Begriffsdefinitionen aus der Richtlinie, ohne dabei die bereits bestehenden Begriffsbestimmungen im Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG) zu adaptieren. Dadurch führt die Novelle zu einem inkohärenten System der Begrifflichkeiten, das gewisse Überschneidungen enthält und keine eindeutige technische Abgrenzung der Begriffe gewährleistet (beispielsweise ist dies in Bezug auf § 3 Z 10 TKG „Kommunikationslinie“ und die neue § 3 Z 29 TKG-E „physische Infrastruktur“ der Fall). Hierdurch wird die praktische Anwendung des Gesetzes unter Umständen erschwert. Darüber hinaus würde eine abgestimmte und konsistente Gestaltung der Begrifflichkeiten im Gesetzesentwurf zu mehr Rechtssicherheit beitragen und eine uneinheitliche Auslegung der Bestimmungen hintanhaltend.

Der Gesetzesentwurf sieht in § 3 Z 4a TKG-E eine neue Definition für Dienste von Drittanbietern vor, die unter anderem Contentdienste, die völlig getrennt von der Verrechnung der Internetverbindung abgegolten werden, erfasst. Diese Definition ist aus Sicht der ISPA unpräzise, da unter Umständen auch Zusatzleistungen (Zusatzpakete) von Access-Anbietern, bei welchen die Leistungen von Dritten erbracht werden, darunter subsumiert werden könnten. Aus diesem Grund schlägt die ISPA die Aufnahme einer Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen vor, dass die vom Internetzugangsanbieter erbrachten Zusatzpakete von dieser Bestimmung ausgenommen sind.

¹ Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlament und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. L 155 v. 23. 5.2014, S.1.

Sofern der Teilnehmer die Richtigkeit der Verrechnung von Entgelten für Dienste derartiger Drittanbieter „bezweifelt“, kann dieser vom Betreiber die Abtretung der Forderung und die damit verbundene Ausbuchung des Betrages verlangen. Die ISPA weist darauf hin, dass die „Glaubhaftmachung“ die geeignetere Form der Geltendmachung dieser Einwendung wäre, da hierdurch eine Bagatellschwelle geschaffen wird, die dazu führen würde, dass lediglich völlig vom Willen der Endnutzerinnen und Endnutzer losgelöste Transaktionen beanstandet werden. Zudem soll das Gutschreiben einer beanstandeten Forderung aus Diensten von Drittanbietern eine datenschutzrechtliche Zustimmung der Endkunde voraussetzen, wonach der Betreiber die personenbezogenen Daten der Endkunde an den Drittanbieter weiterleiten darf. Auf dieser Weise bekommt der Drittanbieter die Möglichkeit die Forderung selbst einzutreiben und der Betreiber gelangt nicht in eine Pattstellung die Forderung der Endkunde gutschreiben zu müssen, ohne dabei die Gewissheit zu haben, dass der Drittanbieter seinerseits die Forderung begleichen würde.

2. Die Pflicht zur Offenlegung von Vereinbarungen ist sachlich ungerechtfertigt

Die Novelle legt in § 5 Abs. 1 TKG-E sowie in § 9 Abs. 4 TKG-E Anbietern eine Offenlegungspflicht von Vereinbarungen über Leitungsrechte bzw. über Mitbenutzungsrechte auf, die beim begründeten Verlangen gegenüber der Regulierungsbehörde zu erfüllen ist. Die ISPA gibt hier zu bedenken, dass durch den unbestimmten Gesetzesbegriff „*begründetes Verlangen*“ weitgehende Befugnisse einer Behörde etabliert werden, die gegebenenfalls weitreichende Eingriffsrechte in Eigentum darstellen.

Aus Sicht der ISPA besteht für eine derartige Vorlagepflicht weder eine sachliche Rechtfertigung noch ist diese in der Kostenrechnungsrichtlinie vorgesehen und soll daher ersatzlos gestrichen werden. Sofern die Bestimmung im Gesetzestext erhalten bleibt, würden einige Beispiele für „begründetes Verlangen“ in den Erläuternden Bemerkungen wesentlich zur rechtsicheren Anwendung der Bestimmung beitragen.

3. Die Ausnahme für Antennenmasten ist zu streichen, da sie den Ausbau von mobilem Breitband erheblich verzögert

Darüber hinaus regt die ISPA die Streichung der Ausnahme für Antennentragemasten in § 5 Abs. 1 Z 1 TKG an, da somit einerseits den Vorgaben der Rahmenrichtlinie² entsprochen und andererseits den Breitbandausbau auch in ländlichen Gebieten beschleunigen würde. Zudem würde dadurch den Betreibern die Möglichkeit eröffnet, die Regulierungsbehörde als Streitschlichter anzurufen, was zu mehr Rechtssicherheit und Transparenz für alle Parteien führen würde. Die ISPA weist zudem darauf hin, dass diese Bestimmung Unternehmen wie beispielsweise ASFINAG oder Österreichische Bundesforste ermöglicht, den Breitbandausbau in lukratives Geschäft zu verwandeln und künstlich erhöhte Mietpreise für die Standorte zu verlangen.

² RICHTLINIE 2002/21/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108, 24.4.2002, p.33.

4. Eine behördliche Geltendmachung von Leitungsrecht auf Verlangen der Teilnehmer ist überschießend

Laut § 6 Abs. 4 TKG-E sollen Teilnehmer berechtigt sein, die behördliche Geltendmachung eines Leitungsrechts vom Kommunikationsnetzbereitsteller zu verlangen. Der Betreiber hat darüber hinaus den Teilnehmer über sein Leitungsrecht „im Anlassfall“ zu informieren. Aus Sicht der ISPA greift diese Regelung zu stark in die Privatautonomie des Bereitstellers des Kommunikationsnetzes ein, daher sollte die Geltendmachung dieses Leitungsrechts auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit eingeschränkt sein.

In aller Regel ist der Kommunikationsnetzbereitsteller an einer Realisierung der Kundenbeziehung stark interessiert und bringt auch die umfassende Erfahrung für die Verhandlung mit dem Grundeigentümer mit. Aus Sicht der Praxis stellt sich ferner die Frage, wie mit der angemessenen Aufteilung der Baukosten und der Abgeltung des privaten Grundeigentümers zu verfahren ist. Die Abgeltung kann laut Entwurf in angemessenem Verhältnis zwischen dem Bereitsteller und dem Teilnehmer aufgeteilt werden, sofern dies „der Billigkeit entspricht“ und dem Teilnehmer vorher die Möglichkeit eingeräumt wurde, bei genauer Kenntnis der Höhe der ihn treffenden Zahlungsverpflichtung auf die Ausübung des Leitungsrechts zu verzichten.

Die ISPA weist darauf hin, dass aus Sicht der Betreiber die in der Bestimmung enthaltenen Verpflichtungen überschießend sind und unter Umständen zu einem beträchtlichen Verfahrensaufwand auf Seite der Betreiber und der Behörde führen könnten.

5. Kooperations- und Informationspflichten sind maßvoll umzusetzen

Gemäß den Erläuterungen zur TKG Novelle sollen Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes „in Hinblick auf § 6b zur Prüfung bzw. Unterstützung einer möglichen Koordinierung von Bauarbeiten auch das Recht haben, bestimmte Mindestinformationen über geplante Bauvorhaben zu erhalten, bei denen gemäß § 6a TKG-E potenziell eine Koordinierungspflicht besteht“.³

Die ISPA unterstützt in Hinblick auf die Effizienz und aus volkswirtschaftlichen Überlegungen die Kooperation unter den Infrastrukturbetreibern, möchte jedoch darauf hinweisen, dass die praktische Umsetzung dieser Bestimmung unter Umständen mit hohem Ressourceneinsatz und Zeitaufwand verbunden sein könnte, der die ökonomischen Kostenvorteile durch eine Kooperation nicht überwiegen darf.

.Gemäß § 9a Abs. 4 TKG-E soll darüber hinaus auch eine Vor-Ort-Untersuchung bestimmter Komponenten der physischen Infrastruktur beim Netzbereitsteller nachgefragt werden können. Aus Sicht der ISPA könnte die Verpflichtung zur Gewährung einer Vor-Ort-Untersuchung durch potenzielle Mitbewerber unter Umständen einen umfassenden Eingriff in die Rechtsposition des Netzbereitstellers darstellen. Daher regt die ISPA an, die Gewährung von Vor-Ort-Untersuchungen

³ Erläuternde Bemerkungen, TKG Novelle 2015, S. 5.

gemäß § 9a Abs. 4 TKG-E nur auf ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Infrastrukturkomponente einzuschränken, die tatsächlich mitbenutzungsfähig sind.

Im Sinne der Anwenderfreundlichkeit und Transparenz regt die ISPA an, die Ausgestaltung der Informationszugangsregel zu konkretisieren.

6. Die zentrale Informationsstelle ist ausschließlich aus dem Bundeshaushalt zu finanzieren

Im Rahmen der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie ist in § 13a TKG-E die Errichtung einer zentralen Informationsstelle für vorhandene Infrastruktur bzw. für geplante Bauvorhaben durch die RTR-GmbH vorgesehen. Dies würde eine wesentliche Ausweitung der Befugnisse und Aufgaben der Regulierungsbehörde darstellen. Nach Ansicht der ISPA erfolgen das Errichten sowie das Betreiben des Infrastrukturverzeichnisses ausschließlich im öffentlichen Interesse. Die Umsetzung dieser Bestimmung ist hingegen für die Kommunikationsnetzbereitsteller lediglich mit zusätzlichem Aufwand und Kosten verbunden.

Aus diesem Grund betont die ISPA, dass die Aufwendungen der Regulierungsbehörde im Zusammenhang mit dem Infrastrukturverzeichnis ausschließlich aus dem Bundeshaushalt und nicht aus den Finanzierungsbeiträgen der Telekommunikationsbranche zu finanzieren sind. Daher regt die ISPA an, diesbezüglich eine Klarstellung in § 34 KommAustria Gesetz aufzunehmen.

Ferner spricht sich die ISPA dafür aus, dass die in § 13a TKG-E vom Netzbereitsteller geforderten Informationen in einem einheitlichen Datenformat übermittelt werden sollen, sodass bei den Betreibern zu keinem erheblichen Mehraufwand kommt.

7. Die neuen Verordnungsermächtigung gemäß § 17 TKG-E widerspricht dem Grundsatz der Gewaltentrennung von Legislative und Exekutive

Die Novelle räumt der RTR-GmbH erweiterte Verordnungsermächtigung betreffend der Mindestanforderungen an der Dienstqualität (vgl. § 17 Abs. 3 TKG-E) ein, die bis dahin in den Kompetenzbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie gefallen ist.

Die ISPA lehnt diese Änderung ab, da der Regulierungsbehörde gemäß der neuen europäischen Telekom-Binnenmarkt-Verordnung⁴ die Kontrollbefugnisse in Bezug auf die Netzneutralitäts-Regelung zufallen und nun im Rahmen der TKG-Novelle die gleiche Behörde für die Erlassung von gesetzgeberischen Akten hinsichtlich Dienstqualität zuständig sein soll. Die ISPA weist zudem darauf hin, dass diese Konzentration von Verordnungserlassungs- und anschließende Kontrollbefugnissen in einer Behörde dem Prinzip der Gewaltentrennung widerspricht und daher

⁴ Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012.

abzulehnen ist. Durch diese Bestimmung wird eine Bundesaufgabe auf Kosten der Betreiber in eine nachgelagerte Behörde ausgelagert womit gleichzeitig die parlamentarische Verantwortung des zuständigen Ressorts umgangen würde. Die ISPA regt daher die ersatzlose Streichung dieser Bestimmungen aus dem Gesetzesentwurf an.

8. Die Novelle bringt Rechtunsicherheit in Bezug auf die ex-ante Überprüfung von Änderungen der AGB mit sich

In der TKG-Novelle suggeriert der neue Wortlaut des § 25 Abs. 2 TKG-E, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Betreiber bei Änderungen der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind und von der TKK erneut in ihrer Gesamtheit einer ex-ante Überprüfung zu unterziehen sind. Diese Bestimmung würde in der aktuellen Fassung eine Erweiterung der Befugnisse der Regulierungsbehörde bedeuten. Der Verwaltungsgerichtshofs⁵ hat sich bereits mit der Problematik betreffend den Umfang des Widerspruchsrechts der TKK in Bezug auf die ex-ante Überprüfung von AGB befasst und festgestellt, dass die TKK nur die hinzugekommenen Klauseln überprüfen und gegebenenfalls ablehnen darf, auch wenn die AGB zur Gänze noch einmal angezeigt werden. Würde schon die Unzulässigkeit einzelner Klauseln der AGB dazu führen, dass den AGB in ihrer Gesamtheit zu widersprechen ist, hätte dies zur Folge, dass die Verwendung jeder einzelnen Bestimmung der AGB untersagt ist und zwar unabhängig von ihrem konkreten Inhalt oder von ihrer Vereinbarkeit mit den Vorgaben des § 25 Abs. 6 TKG 2003. Laut VwGH ist für einen derart weitgehenden Eingriff in die Vertragsfreiheit keine gesetzliche Grundlage gegeben, vielmehr schießt eine solche Betrachtungsweise über das Ziel, nämlich die Verwendung rechtswidriger Vertragsbestimmungen zu verbieten, hinaus und wäre daher unverhältnismäßig.

Daher erachtet die ISPA die Novellierung dieser Bestimmung als bedenklich und lehnt diese ab. Darüber hinaus sind zahlreiche konsumentenschutzrechtliche Organisationen mit der Aufgabe betraut, rechtswidrige Klauseln in AGB vor den ordentlichen Gerichten zu bestreiten, die auch im Gegensatz zum Verwaltungsrechtsweg für die Lösung von zivilrechtlichen Disputen optimal geeignet sind.

Die ISPA weist darauf hin, dass die aktuelle Fassung der Bestimmung die Unsicherheit in sich birgt, dass beim Anzeigen einzelnen Änderungen in den Geschäftsbedingungen die gesamten AGB abgelehnt werden können. Ferner würde die Umsetzung dieser Vorschrift eine enorme Erhöhung des administrativen Aufwands sowohl bei den Betreibern und als auch bei der Behörde verursachen. Daher regt die ISPA im Sinne der Rechtssicherheit und aus verwaltungsökonomischen Überlegungen die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung aus dem Gesetzesentwurf an.

⁵ VwGH v.22.10.2012 GZ: 2012/03/0067.

9. Der Gesetzgeber soll zwischen B2B- und B2C-Bereich differenzieren, um unverhältnismäßigen Regelungen entgegenzuwirken

Die TKG-Novelle verpflichtet in § 25d Abs. 3 TKG-E die Betreiber dazu, ihren Endkunden eine Vertragskündigungsfrist von einem Monat zu gewähren. Dabei müssen die Kunden die Möglichkeit haben, ihren Vertrag jederzeit zu widerrufen. Bis dato richtet sich die Kündigung nach dem Abrechnungszyklus bzw. per Monatsende.

Die Vertragskündigung durch den Endnutzer hat häufig weitreichende Auswirkungen auf im Hintergrund zusammenhängende Vertragsketten betreffend Zusatzleistungen (Drittdienste: spotify; Deezer; TV-Pakete) oder vertragliche Bindungen (Vorleistungsprodukte; ull, vull). Diesem Umstand wird in der Novelle nicht Rechnung getragen. Die ISPA merkt zudem an, dass die Rahmenbedingungen in Bezug auf Vertragsbeendigung und Wirksamkeit einer Kündigung bereits anhand ABGB, KSchG und der Rechtsprechung eindeutig geregelt sind. Daher besteht aus Sicht der ISPA keine Notwendigkeit für diese Regelung.

Die Regelung bezieht sich auf Teilnehmer (legal Definition § 3 Z 19 TKG) und erfasst somit sowohl Privat- als auch Businesskunden. Dadurch schafft die neue Bestimmung einen Systembruch in § 25d TKG, da sich § 25d Abs. 1 explizit auf Konsumenten bezieht. Daher soll auch die neue Bestimmung - wenn überhaupt - lediglich Verbraucher betreffen. Die ISPA ersucht daher um eine diesbezügliche Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen. Die ISPA möchte nachdrücklich darauf hinweisen, dass die notwendigen technischen, logistischen und rechtlichen Umstellungen aufgrund dieser Bestimmung mit enormen Kosten für die Betreiber verbunden sind und lehnt diese daher auch aus diesem Grund ab.

Laut den Erläuternden Bemerkungen soll diese Rechtsvorschrift zudem auch einer automatischen Vertragsverlängerung („Roll-Over-Verträge“) sowohl bei Konsumenten als auch bei Businesskunden entgegenwirken, da diese eine wesentliche Wechselbarriere darstellen. Die ISPA vertritt die Ansicht, dass diese Regelung unverhältnismäßig ist, da sie die Komplexität von B2B-Verträgen sowie die besonderen Bedürfnisse von Geschäftskunden (längere Vertragsbindung, oftmals maßgeschneiderte technische Lösungen und Produkte) im Vergleich zu Privatkunden unberücksichtigt lässt. Viele Businessprodukte sind mit weitreichenden Investitionen in Infrastruktur und Hardware verbunden, daher ist die Verkürzung der Kündigungsfrist hinsichtlich derartiger Verträge überschießend.

Nach Ansicht der ISPA ist daher klar zwischen B2B- und B2C-Bereich zu differenzieren und ausschließlich der B2C-Bereich zu erfassen. Um die Regelung anwenderfreundlicher und rechtsicherer zu gestalten, erscheint eine Präzisierung des Fristenlaufs, beispielsweise ein Monat ab Kalendermonatsende, sinnvoll.

Die ISPA lehnt dazu die Anwendung dieser Bestimmung auf Bestandskunden ausdrücklich ab, da die bestehende Tarife einen streng kalkulierten Business-Modell darstellen, das unter anderem auf die aktuellen Kündigungsfristen (teilweise bis zu drei Monate) abstellt. Daher stellt die Verkürzung der Kündigungsfrist für Bestandskunden auch in diesem Hinsicht einen unverhältnismäßigen Eingriff dar.

10. Im Sinne der Wahlfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer hat ein Abbau von Wechselbarrieren zu erfolgen

Ferner spricht sich die ISPA nachdrücklich für eine Senkung der Wechselbarrieren aus und fordert in § 23 Abs. 4 TKG die Formulierung „*zumindest in elektronischer Form*“ durch das Erfordernis einer „*nachweisebaren*“ Zustimmung zu ersetzen, da einerseits Konsumentinnen und Konsumenten durch umfangreiche Regelungen zur Schriftlichkeit im FAGG^[1] vor Übereilung geschützt sind, die Regelung andererseits in Bezug auf Businesskunden überschießend ist, da Unternehmen rechtlich einen höheren Sorgfaltsmaßstab Rechnung tragen müssen.

Ferner möchte die ISPA darauf hinweisen, dass die Formulierung „*zumindest in elektronischer Form*“ nicht von der hiermit umgesetzten Art 30 Abs. 4 der Universaldienste-Richtlinie gedeckt ist, der eine schnellstmögliche Übertragung der Rufnummern und deren anschließende Aktivierung verlangt.

Darüber hinaus stellt der Begriff „in elektronischer Form erteilten Zustimmung“ eine Ausnahmeregelung in der österreichischen Rechtsordnung dar und birgt somit Auslegungsunklarheiten in sich. Anschließend betont die ISPA, dass der Abbau von Wechselbarrieren im Sinne der Wahlfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer erfolgen soll.

11. Um Planungssicherheit zu gewährleisten soll die Auslaufrist für aufgehobene Regulierungsmaßnahmen auf maximal drei Jahre verlängert werden

Die ISPA begrüßt die Verlängerung der Wirksamkeitsfrist der Aufhebung einer Regulierungsmaßnahme in § 37 Abs. 2 TKG-E von sechs Monaten auf ein Jahr, betrachtet diese jedoch als unzureichend. Aufgrund der dynamischen Veränderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen sind zahlreiche Anbieter gezwungen schwerwiegende Maßnahmen zu ergreifen um entweder ihre Geschäftsmodelle umzustrukturieren oder sich gar aus dem Markt zurück zu ziehen und den damit verbundenen Personalabbau durchzuführen. Da derartige Prozesse sehr aufwendig sind, bedarf es daher einer strukturierten und durchdachten Planung. Da Unternehmen zumeist einem Planungshorizont von zumindest drei bis fünf Jahren folgen, spricht sich die ISPA nachdrücklich für eine Verlängerung der Auslaufrist für aufgehobene Regulierungsmaßnahmen auf maximal drei Jahre aus. Dabei hat die Länge der Auslaufrist den mit der Aufhebung der regulatorischen Maßnahmen verbundenen Konsequenzen, je nach Eingriffstiefe für ein Businessmodell oder Tragweite für den Betreiber, Rechnung zu tragen.

Daher regt die ISPA an, die Wortfolge „*ein Jahr*“ in § 37 Abs. 2 TKG-E durch „*drei Jahre*“ zu ersetzen.

^[1] Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG) BGBl. I Nr. 33/2014 idF BGBl. I Nr. 83/2015.

12. Für Papierrechnungen ist im Sinne der Effizienz und Wirtschaftlichkeit eine Opt-in Lösung zu bevorzugen

Laut der neuen Formulierung in § 100 Abs. 1 TKG-E können die Betreiber die elektronische Rechnung für Businesskunden als Standard festlegen. Die Teilnehmer können jedoch auch während der Vertragslaufzeit für einzelne Rechnungsperioden kostenlose Papierrechnungen und Einzelentgeltnachweise verlangen. Dabei bleibt unklar, ob diese Verpflichtung der Betreiber, die gewünschten Informationen zur Verfügung zu stellen, nur für zukünftige oder auch für vergangene Rechnungsperioden gilt. Sofern den Teilnehmern diese Option auch für die Vergangenheit gewährt wird, wären die Betreiber gezwungen Verkehrsdaten zu speichern, die gemäß § 99 Abs. 2 TKG bereits nach rund drei Monate zu löschen sind, sofern sie nicht schriftlich beanstandet wurden. Daher steht dieser Regelung in klarem Widerspruch zu § 99 Abs. 2 TKG und würde unter Umständen die Einführung einer „kleinen Vorratsdatenspeicherung“ bedeuten.

Die ISPA weist darauf hin, dass die Bestimmung für die Rechtsanwender unklar ist, Auslegungsspielraum offen lässt und eine Verschlechterung der geltenden Rechtslage darstellt.

Ferner möchte die ISPA, unter Hinweis auf der OGH Rechtsprechung⁶ anmerken, dass sofern eine elektronische Rechnung als Standard festgelegt wird, die Übermittlung einer Papierrechnung als Rechnungsdoppel zu bewerten ist und daher im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur kostenpflichtig wäre. Der OGH stipulierte, dass das „Anfordern einer zusätzlichen Papierrechnung nach vereinbarungsgemäßem Legen einer elektronischen Rechnung nicht von § 100 Abs. 1 TKG erfasst ist.“⁷

Sofern der Gesetzgeber den Endkunden die Möglichkeit gewährt, kostenlos Papierrechnung und Einzelentgeltnachweis anzufragen, soll diese Option jedenfalls nur auf Privatkunden beschränkt sein. Für den B2B-Bereich wäre die Einräumung eines derartigen Rechts klar überschießend. Ferner ist für die rechtssichere Anwendung dieser Regelung eine Klarstellung, dass § 99 (2) TKG Vorrang hat, unabdingbar. Im Sinne der Effizienz und Wirtschaftlichkeit spricht sich die ISPA zudem hinsichtlich der Papierrechnung für eine Opt-in Lösung anstelle einer Opt-out Lösung aus.

13. Eine Aufnahme der Auskunftsbestimmung des FinStrG in die TKG-Novelle 2015 ist für die betroffenen Betreiber unbedingt erforderlich, um rechtssicher Beauskuntungen durchführen zu können

Abschließend möchte die ISPA anlässlich des Beschlusses des Steuerreformgesetzes 2015/2016 und der darin enthaltenen Verpflichtung zur Beauskunftung von Verkehrsdaten an Finanzstrafbehörden in § 99 Abs. 3a Finanzstrafgesetz die entsprechende Anpassung von § 99 Abs. 5 TKG im Rahmen der TKG-Novelle 2015 dringend anregen.

Dies wäre nach Ansicht der ISPA einer rechtssicheren Durchführung von Beauskuntungen gem. § 99 Abs. 3a FinStrG und der Vermeidung von neuerlichen Gerichtsverfahren jedenfalls zuträglich,

⁶ Oberster Gerichtshof, 17.09.2014, 4 Ob 143/14d.

⁷ Ibid, s.11.

da eine Übermittlung von Verkehrsdaten zu Auskunftszwecken an die Strafverfolgungsbehörden nach Maßgabe des § 99 Abs. 5 TKG nur aufgrund der taxativen Aufzählung in ebendieser Bestimmung erfolgen darf. Das Unterbleiben einer Anführung der Auskunftsbestimmung des FinStrG würde dazu führen, dass sich Betreiber nicht in der Lage sehen, dem Ersuchen der Finanzstrafbehörden Folge zu leisten.

Der Oberste Gerichtshof verlangt⁸ auf Basis unionsrechtlicher Vorgaben der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁹ sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes¹⁰ für die Durchführung der Beauskunftung von Verkehrsdaten jedenfalls eine gesetzliche Grundlage. Eine solche ausdrückliche Grundlage, die den Betreibern die für die Beauskunftung notwendige vorhergehende Verarbeitung der Verkehrsdaten zum Zweck der Verfolgung von Strafdelikten erlaubt, wurde im Rahmen der TKG-Novelle 2012 in dessen § 99 Abs. 5 TKG geschaffen. Eine Vorschreibung einer Auskunftspflicht lediglich im FinStrG ohne eine zusätzliche Grundlage im TKG ist daher, wie in den EB zur TKG-Novelle 2012¹¹ unmissverständlich ausgeführt, nicht ausreichend, um rechtssicher eine Beauskunftung durchführen zu können.

Daher schlägt die ISPA vor, folgende Änderung im Gesetzestext vorzunehmen:

Nach § 99 Abs. 5 Z 4 wird folgende Ziffer 5 eingefügt:

„Z 5 Zugangsdaten und Stammdaten, wenn hier für die Verarbeitung von Verkehrsdaten erforderlich ist, an Finanzstrafbehörden nach Maßgabe des § 99 Abs. 3a FinStrG.“

Ferner möchte die ISPA die ersatzlose Streichung des in § 1 Abs. 4 Z 7 TKG enthaltenen Hinweises auf die Umsetzung der aufgehobenen Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie anregen, da er einen obsoleten rechtlichen Relikt darstellt.

⁸ Oberster Gerichtshof, 14.07.2009, 4 Ob 41/09x.

⁹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

¹⁰ Europäischer Gerichtshof, 19.02.2009, LSG/Tele2 C-557/07.

¹¹ Novelle des Telekommunikationsgesetz 2003 BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 44/2014, Regierungsvorlage 1074 der Beilagen XXIV. GP, Vorblatt und Erläuterungen, 19.

Die ISPA ersucht um die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen bei der Gestaltung des Gesetzesentwurfes.

Für Rückfragen oder weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA - Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert

Generalsekretär

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von mehr als 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander.