

An das
Bundesministerium für Finanzen
Sektion VI – Abt. VI/2 Recht
Johannesgasse 5
1010 Wien

E-Mail: e-recht@bmf.gv.at

Wien, am 20. September 2022

STELLUNGNAHME DER ISPA ZUM ENTWURF DER VERORDNUNG ÜBER DIE TECHNISCHE AUSGESTALTUNG EINES ÖFFENTLICHEN WARNSYSTEMS GEM. § 125 (5) TKG 2021

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der Verband der österreichischen Internet-Anbieter ISPA erlaubt sich, im Rahmen des derzeit anhängigen öffentlichen Konsultationsverfahrens folgende Stellungnahme zum Entwurf einer Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die technische Ausgestaltung eines öffentlichen Warnsystems gem. § 125 (5) TKG 2021 abzugeben.¹

Einleitend hält die ISPA fest, dass sich ihre von der Verordnung erfassten Mitgliedsunternehmen ihrer Verantwortung bei der Umsetzung des öffentlichen Warnsystems (Public Warning System – PWS) bewusst sind, mit der sie einen wesentlichen Beitrag zur öffentlichen Sicherheit leisten. Die Mitwirkung der Mobilfunkbetreiber beim Versand von Warnmeldungen im Fall von drohenden oder sich ausbreitenden größeren Notfällen und Katastrophen erfolgt dabei ausschließlich im öffentlichen Interesse. Die Mobilfunkbetreiber verfügen dabei alleinig über die Expertise, wie die technische Implementierung dieses Warnsystems sinnvollerweise erfolgen kann. Schon aus diesen Gründen ist eine adäquate Berücksichtigung ihrer Anliegen im Rahmen des Konsultationsprozesses

¹ Normzitate ohne Bezeichnung des Rechtstextes beziehen sich im Folgenden auf den konsultierten Entwurf einer Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die technische Ausgestaltung eines öffentlichen Warnsystems.

unumgänglich. Aus Sicht der ISPA besteht erheblicher Nachbesserungsbedarf beim vorliegenden Entwurf, der im Folgenden weiter ausgeführt werden soll.

Zum Adressatenkreis der Verordnung:

Die aus dem Entwurf erwachsenden Pflichten gem. § 3 Abs 1 sind von „Mobilfunkbetreibern“ umzusetzen. Dieser Begriff wird in § 2 Z 1 definiert und umfasst sowohl Anbieter von mobilen nummerngebundenen Kommunikationsdiensten, welche ein eigenständiges Funknetz betreiben (physikalische Netzbetreiber) wie auch mobile virtuelle Netzbetreiber, die bei physikalischen Netzbetreibern in Betrieb sind (Mobile Virtual Network Operator – MVNO).

Die in der Verordnung enthaltenen Pflichten können – bis auf die Pflicht zur betreiberseitigen Programmierung der Endgeräte gem. § 3 Abs 1 Z 4 – aus technischen Gründen ausschließlich von den physikalischen Funknetzbetreibern, nicht jedoch von den MVNOs umgesetzt werden, weil die maßgeblichen Netzelemente von ersteren betrieben werden. Die physikalischen Funknetzbetreiber unterliegen als solche jedoch ohnehin selbst den Pflichten der Verordnung und sind damit zur Aussendung der Warnmeldungen an alle erreichbaren Endgeräte verpflichtet. Sollten MVNOs zusätzlich eigenständige Funknetze (z.B. 5G) betreiben, gelten sie hinsichtlich dieser als physikalische Funknetzbetreiber und wären dadurch für die in diesem physikalischen Funknetz erreichbaren Endgeräte grundsätzlich ebenfalls von den Verpflichtungen der Verordnung umfasst. Durch die separate Einbeziehung von MVNOs in den Adressatenkreis der Verordnung entsteht somit (mit Ausnahme der Pflicht gem. § 3 Abs 1 Z 4) keinerlei Mehrwert. Die Erfüllung der restlichen Pflichten der Verordnung wäre für MVNOs, die kein eigenes Funknetz betreiben, mangels eigener Möglichkeit zur technischen Umsetzung außerdem nicht möglich.

Nicht zuletzt stellt die Verordnung in ihrer gegenwärtigen Form auch einen Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen auf Eigentums- und unternehmerische Freiheit dar. Bei der Prüfung der Zulässigkeit dieses Eingriffs ist unter anderem auch dessen Erforderlichkeit zu prüfen, d.h. ob ein anderes Mittel verfügbar ist, das (bei geringerer Eingriffsintensität) ebenfalls den erforderlichen Zweck erreicht. Aus Sicht der ISPA ist eine Einbeziehung der MVNOs in den Adressatenkreis der Verordnung nicht erforderlich, weil der Versand der Warnmeldungen auch ohne deren separate Verpflichtung erreicht werden kann und – aufgrund der Verpflichtung der physikalischen Funknetzbetreiber – bereits im vorliegenden Entwurf erreicht wird.

Die ISPA regt daher an, die Pflichten der Verordnung (außer die Pflicht gem. § 3 Abs 1 Z 4) auf Anbieter von mobilen nummergebundenen Kommunikationsdiensten, welche diese Dienste über ein eigenständiges Funknetz betreiben (physikalische Funknetzbetreiber) einzuschränken.

Auch hinsichtlich der in § 2 Z 1 mitenthaltenen Definition der „physikalischen Netzbetreiber“ (vorzugsweise sollte der Begriff „physikalische **Funknetzbetreiber**“ verwendet werden) bedarf die konsultierte Verordnung einer Nachbesserung. Der Entwurf sieht derzeit keine Relevanzschwelle hinsichtlich der Größe und Bedeutung vor, ab welcher ein physikalischer Funknetzbetreiber als Anbieter von mobilen nummergebundenen Kommunikationsdiensten den Pflichten der Verordnung unterliegt. Dies führt dazu, dass nach dem derzeitigen Wortlaut jeder Anbieter von mobilen nummergebundenen Kommunikationsdiensten mit eigenständigem Funknetz vollumfänglich den Pflichten der Verordnung unterliegt, selbst wenn das Funknetz nur eine geringe geographische Abdeckung erreicht und/oder darin nur eine vernachlässigbare Anzahl von Endgeräten angebunden ist. Dies stellt insbesondere die Betreiber kleinster lokaler und regionaler Funknetze (z.B. Campusnetze oder andere Anwendungsmöglichkeiten im 5G-Bereich) vor große Schwierigkeiten, weil diese wirtschaftlich und technisch nicht dazu in der Lage sind, die aufwendige Implementierung der erforderlichen Systeme zu gewährleisten. Zweckmäßig wäre daher die Festlegung einer minimalen Anzahl an Endgeräten im Netz, ab welcher physikalische Funknetzbetreiber unter das Pflichtregime der Verordnung fallen. Aus Konsistenzgründen sollte man sich dabei am Schwellenwert des § 6 der Telekom-Netzsicherheitsverordnung (TK-NSiV 2020) zu orientieren, wo ausschließlich Anbieter von Netzen mit mehr als 100.000 Teilnehmern zur Erfüllung bestimmter Sicherheitsanforderungen verpflichtet werden.

Die ISPA regt daher an, die Verordnung dahingehend zu ergänzen, dass nur solche physikalischen Funknetzbetreiber erfasst werden, die ein eigenständiges Funknetz mit mehr als 100.000 teilnehmenden Endgeräten betreiben.

Zu § 3 Abs 1 Z 1:

Die Schnittstellendefinition im verwiesenen Anhang A ist nicht ausreichend detailliert. Im Sinne des verfassungsrechtlichen Determinierungsgebots (Art 18 Abs. 1 B-VG) bedarf es hier einer Nachschärfung der Verordnung im Dialog mit den betroffenen Mobilfunkbetreibern (Details dazu weiter unten in „Zu § 3 Abs 3“).

Zu § 3 Abs 1 Z 4:

Die ISPA weist darauf hin, dass nicht alle derzeit am Markt genutzten mobilen Endgeräte die technischen Voraussetzungen für die Nutzung von Cell Broadcasting erfüllen. Die Mobilfunkbetreiber haben hierauf keinen Einfluss. Auch eine Änderung der herstellereitigen Konfiguration durch die Mobilfunkbetreiber ist lediglich für die von ihnen selbst vertriebenen Geräte möglich, nicht aber für andernorts erworbene mobile Endgeräte. Die ISPA regt an, dies im Entwurf klarzustellen.

Zu § 3 Abs 3:

Gem. § 3 Abs. 3 sind „Details zur Umsetzung, insbesondere Inbetriebnahme und Wartung, [...] zwischen dem Mobilfunkbetreiber und der für die Auslösung der Warnung jeweils zuständigen Behörde zu vereinbaren“. Es ist nach Ansicht der ISPA unklar, welche Rechtsfolgen diese Bestimmung hat. Alle notwendigen Vorgaben für die Implementierung des PWS sollten in der gegenständlichen Verordnung in einem ausreichenden Detaillierungsgrad geregelt werden, wie es auch aus der Verordnungsermächtigung gem. § 125 Abs. 5 TKG 2021 hervorgeht. Für eine zusätzliche „Vereinbarung“ zwischen den (immerhin elf!) zuständigen Behörden und den Mobilfunkbetreibern ist hier kein Raum, wobei unklar ist, was mit „Vereinbarung“ gemeint ist. Soll jeder erfasste Mobilfunkbetreiber mit jeder der (elf!) Behörden eine separate (privatrechtliche?) Vereinbarung treffen und was wäre etwa die Konsequenz, wenn eine derartige „Vereinbarung“ nicht zustande kommt, weil sich Behörden und Mobilfunkbetreiber über ein Detail nicht einig werden? Wenn mit dieser Formulierung erreicht werden soll, dass die zuständige Behörde in der Anwendung ihres Ermessensspielraums bei der Vollziehung einzelner Bestimmungen der Verordnung die Standpunkte der davon betroffenen Mobilfunkbetreiber berücksichtigen muss (im Sinne eines „Anhörungsrechts“), so ist dies grundsätzlich zu begrüßen. Dennoch muss die Verordnung aufgrund des Determinierungsgebots gem. Art 18 Abs 1 B-VG klar genug formuliert sein, um willkürliche Vollziehung auszuschließen und den betroffenen Anbietern klare Anleitung zur Erfüllung ihrer Pflichten geben. Die Anliegen der Mobilfunkbetreiber sollten bereits jetzt im Zuge der Konsultation des Verordnungsentwurfs berücksichtigt werden und nicht erst später im bilateralen Austausch mit den Behörden, wenn es um die Anwendung der Bestimmungen geht.

Die ISPA regt darüber hinaus an, eine Behörde als Single Point of Contact (SPoC) für die betroffenen Mobilfunkbetreiber festzulegen. Auch bei einer bestmöglichen Nachschärfung der technischen Details in der Verordnung bzw. den Anhängen werden im Laufe der Implementierung naturgemäß weitere Fragen auftreten, die eine enge Zusammenarbeit mit den Behörden erfordern. Hier erscheint

es aus Sicht der ISPA wenig zielführend, wenn Mobilfunkbetreiber mit einer Vielzahl an unterschiedlichen Behörden in den Dialog treten müssen. Zweckmäßiger wäre es, eine einzelne fachkundige Behörde als SPoC einzurichten, die stellvertretend für die zuständigen Behörden mit den Mobilfunkbetreibern dementsprechende Vereinbarungen eingehen kann.

Zu § 4 (Schadloshaltung für Mobilfunkbetreiber)

Aus Sicht der ISPA bezieht sich die Überschrift von § 4 nicht auf den darin geregelten Inhalt. Unter „Schadloshaltung“ wird üblicherweise der Ausgleich von Schäden (in diesem Fall der Mobilfunkbetreiber) verstanden. § 4 regelt aber nicht, dass ein etwaiger den Mobilfunkbetreibern entstandener Schaden auszugleichen wäre, sondern enthält zwei anderweitige Regelungen:

In § 4 Abs. 1 werden die Mobilfunkbetreiber zur unveränderten Aussendung der durch die zuständigen Behörden übermittelten Warnmeldungen verpflichtet. Diese Pflicht ergibt sich bereits aus § 3 Abs 1 Z 1 („[...] **unverändert** auszusenden [...]“, weshalb die gesonderte Erwähnung an dieser Stelle überflüssig erscheint.

In § 4 Abs. 2 wird hingegen festgehalten, dass die Mobilfunkbetreiber keine Haftung bei Verletzung der Verpflichtung gem. § 3 Abs 1 Z 3 trifft, wenn diese nicht schuldhaft herbeigeführt wurde. Die ISPA ist sich über den Zweck dieser Bestimmung im Unklaren. Den Erläuternden Bemerkungen zu § 4 Abs. 2 lässt sich entnehmen, dass hier offensichtlich eine Regelung für den Umgang mit zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen gegen die Mobilfunkbetreiber beabsichtigt ist. Zum einen ergibt sich mangels abweichender Regelung bereits aus dem allgemeinen Schadenersatzrecht (§ 1295 Abs. 1 ABGB), dass Ansprüche auf Schadenersatz schuldhaftes Verhalten voraussetzen. Zwar ist es dem Verordnungsgeber unbenommen, deklarativ darauf hinzuweisen. Problematisch erscheint jedoch, dass der Verordnungsgeber in § 4 Abs 2 nicht auf sämtliche Pflichten der Verordnung Bezug nimmt, sondern lediglich auf die Verpflichtung gem. § 3 Abs 1 Z 3 (Pflicht zur unterbrechungsfreien Verfügbarkeit des öffentlichen Warnsystems, zur Instandhaltung des Betriebs von Cell Broadcasting und zum „Zur-Verfügung-stehen“ für regelmäßige Tests zur Funktionsfähigkeit). Daraus könnte im Umkehrschluss gefolgert werden, dass der Verordnungsgeber bei einer Verletzung der anderweitigen Pflichten an eine verschuldensunabhängige Haftung (Erfolgshaftung) des Mobilfunkbetreibers denkt. Dies wäre jedoch weder sachlich gerechtfertigt noch von der Verordnungsermächtigung des § 125 Abs. 5 TKG 2021 gedeckt, weshalb die ISPA davon ausgeht, dass dies nicht beabsichtigt ist. Eine Klarstellung erscheint jedoch geboten.

Sollte der Verordnungsgeber mit der Formulierung des § 4 Abs 2 eine Haftungsprivilegierung der Mobilfunkbetreiber beabsichtigen – welche angesichts der Tatsache, dass die Implementierung des PWS ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgt und Schadenersatzforderungen bei etwaigen Fehlern denkbar sind, durchaus gerechtfertigt wäre – regt die ISPA an, den derzeitigen Inhalt des § 4 durch eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit zu ersetzen. Alternativ sollte § 4 gestrichen und in den Erläuternden Bemerkungen an passender Stelle die Klarstellung aufgenommen werden, dass (1) im Einklang mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht bei schuldloser Verletzung von Pflichten aus der Verordnung keine Anspruch auf Schadenersatz gegen die Mobilfunkbetreiber besteht und (2) ein Schadenersatzanspruch gegen die Anbieter allenfalls aus einer mangelhaften Durchführung, nicht aber aus einem mangelhaften Inhalt des Auftrags entstehen kann (hier wäre die zuständige Behörde im Rahmen der Amtshaftung verantwortlich).

Zu § 6 (Inkrafttreten):

Gem. § 6 tritt die Verordnung am Tag nach der Kundmachung in Kraft. Dementsprechend sind theoretisch am Tag nach der Kundmachung sämtliche Pflichten von den Mobilfunkbetreibern zu erfüllen, d.h. die Übermittlung der Warnmeldungen muss uneingeschränkt möglich sein. Es ist offenkundig, dass dies faktisch nicht möglich ist, weil die Implementierung der Vorgaben der Verordnung einen erheblichen Zeitaufwand verursacht. Nach Auskunft von betroffenen Mobilfunkbetreibern bedarf die Umsetzung eines derartigen Systems ungefähr 18 Monate.

Ein Verstoß kann – neben denkbaren zivilrechtlichen Konsequenzen in Schadensfällen bei unterlassenen Warnmeldungen – zu einer Verwaltungsstrafe gem. § 188 Abs 3 Z 9 TKG 2021 führen. Zwar haben die Anbieter in diesem Fall die Möglichkeit, mangelndes Verschulden aufgrund der faktischen Unmöglichkeit der ad-hoc-Umsetzung der Pflichten einzuwenden. Neben der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit droht jedoch ohne ausdrücklich normierte Umsetzungsfrist die Gefahr, dass es von öffentlicher bzw. medialer Seite zu Schuldzuweisungen an die Mobilfunkbetreiber aufgrund der nicht sofortigen Umsetzung des PWS kommt. Zudem könnte die unerwünschte Situation eintreten, dass die Mobilfunkbetreiber angesichts ihrer unterschiedlichen technischen Architekturen die Implementierung zu verschiedenen Zeiten fertigstellen und dadurch Warnmeldungen nur an einen Teil der betroffenen Personen übermittelt werden. Auch in diesen Fällen würde dies ein negatives Bild auf jene Anbieter werfen, die aus faktischen Gründen mehr Zeit für die Implementierung dieses komplexen Systems benötigen.

In ähnlichen Fällen der Implementierung gesetzlicher Vorgaben hat sich die ausdrückliche Regelung einer Umsetzungsfrist anhand eines konkreten Stichtags bewährt. Die ISPA regt daher an, in § 6 eine angemessene Übergangsfrist bis mindestens 31.12.2023 vorzusehen.

Zu den fehlenden Bestimmungen über einen Kostenersatz:

Mit der Umsetzung der Pflichten aus der Verordnung erbringen die erfassten Anbieter einen Dienst für die Allgemeinheit, der in den Verantwortungsbereich von Bund und Ländern fällt. Die dementsprechenden Pflichten aus Gesetz und Verordnung stellen angesichts ihrer massiven Kostenbelastung für die erfassten Anbieter einen Eingriff in das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit und Eigentumsfreiheit dar, dessen Zulässigkeit insbesondere an der Verhältnismäßigkeit zu messen ist. Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat bereits in der Vergangenheit in Zusammenhang mit der Mitwirkung von Anbietern von Telekommunikationsdiensten an staatlichen Überwachungsaufgaben die Ansicht vertreten, dass eine Kostenersatzregelung, die lediglich einen Ersatz für die Kosten einzelner konkreter Überwachungsmaßnahmen, nicht aber für die zur Umsetzung der Maßnahmen erforderlichen Investitionskosten unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig ist. Der VfGH hat dabei auch ausgesprochen, dass budgetäre Erwägungen keine ausreichende sachliche Rechtfertigung für eine fehlende Kostenübernahme sind (VfGH 27.02.2003 G 37/02 ua; V 42/02 ua).

Im Fall des PWS ist derzeit jedoch weder ein Rechtsanspruch auf Ersatz für die Kosten konkreter Maßnahmen noch für Investitionskosten ausdrücklich vorgesehen. Angeregt wird daher eine Regelung, die sowohl einen Kostenersatz pro Einsatzfall (z.B. pro verschickter Warnmeldung) wie auch für die notwendigen Investitionen vorsieht. Bezüglich der Höhe weist die ISPA darauf hin, dass § 4 Abs 1 Investitionskostenersatzverordnung (IKEV) einen Kostenersatz von 80% der Investitionskosten der Anbieter für Einrichtungen zur Übermittlung von Nachrichten im Bereich der „Legal Interception“ vorsieht. Die bloß teilweise Kostenübernahme wird bei Legal Interception dadurch gerechtfertigt, dass durch die potenzielle Verwendung der Dienste der Anbieter zum Zwecke von Straftaten eine Gefährdung vom Betrieb des Unternehmens ausgeht, was nach Ansicht des VfGH bei der Bemessung zu berücksichtigen ist (VfGH 27.02.2003 G 37/02 ua; V 42/02 ua). Im Fall der Umsetzung des PWS fehlt es jedoch an einer vergleichbaren „Gefährdung“ durch die Anbieter, weil die von diesem System adressierten Gefahren (z.B. Naturkatastrophen, schwere Notfälle o.Ä.) offenkundig nicht durch die Anbieter verursacht werden. Auch die restlichen vom VfGH herangezogenen Bemessungskriterien sprechen dagegen, dass die Mobilfunkbetreiber auch nur teilweise für die Kosten des PWS aufkommen müssten. Insbesondere besteht kein Eigeninteresse

der betroffenen Mobilfunkbetreiber an den zu erbringenden Leistungen, da diese Leistungen ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und für die Mobilfunkbetreiber keinerlei Nutzen, sondern lediglich Aufwendungen verursachen. Daher ist nach Ansicht der ISPA ein Kostenersatz iHv 100% sämtlicher Kosten gerechtfertigt. Dieser sollte den erfassten Mobilfunkbetreibern auch zeitnah ausbezahlt werden.

Die ISPA begrüßt, dass dem Verordnungsgeber das Problem offenbar bewusst ist (siehe *Vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung* zu dieser Verordnung, S.2.). Der angedachte Kostenersatz muss aber jedenfalls in Form eines Rechtsanspruchs implementiert werden. Der Verordnungsgeber sei daher angeregt zu prüfen, ob in verfassungskonformer Interpretation von § 125 TKG 2021 die Festlegung des Kostenersatzes anhand einer Durchführungsverordnung gem. Art 18 Abs 2 B-VG erfolgen kann. Ansonsten müsste dies im Wege einer einfachgesetzlichen Ergänzung von § 125 TKG 2021 erreicht werden. Ohne gesetzliche Regelung eines Kostenanspruchs wären sowohl § 125 TKG 2021 wie auch die gegenständliche Verordnung potenziell verfassungswidrig, was weder im Sinne der betroffenen Mobilfunkbetreiber, der Öffentlichkeit noch des Gesetz- und Verordnungsgebers ist.

Zu möglichen Kooperationen der Mobilfunkbetreibern:

Die ISPA regt an, in der Verordnung ausdrücklich festzuhalten, dass Mobilfunkbetreiber bei der Umsetzung der Pflichten miteinander kooperieren dürfen, wobei die Verantwortung jedes Mobilfunkbetreibers für die Erfüllung der Pflichten unverändert bleibt. Dadurch können Synergien genutzt und nicht zuletzt auch die den Mobilfunkbetreibern zu ersetzenden Kosten verringert werden.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen. Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Mag. Stefan Ebenberger
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 über 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