

An das  
Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus  
Abt IV/1 - Allgemeine Angelegenheiten - Telekom und Post  
Radetzkystraße 2  
1010 Wien

E-Mail: [tkp-begutachtung@bmlrt.gv.at](mailto:tkp-begutachtung@bmlrt.gv.at); [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Wien, am 05. Februar 2021

**ISPA STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF EINES BUNDESGESETZES, MIT DEM EIN TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ ERLASSEN (TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ 2020 – TKG 2020), DAS KOMMAUS-TRIA-GESETZ (KOMMAUSTRIAGESETZ – KOG), DIE STRAFPROZEßORDNUNG 1975 (STPO), DAS POLIZEIKOOPERATIONSGESETZ (POLKG), DAS POLIZEILICHE STAATS-SCHUTZGESETZ (PSTSG) UND DAS SICHERHEITSPOLIZEIGESETZ (SPG) GEÄNDERT WERDEN;**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, in Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation des Bundesministeriums für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen (Telekommunikationsgesetz 2020 – TKG 2020), das KommAustria-Gesetz (KommAustriaGesetz – KOG), die Strafprozeßordnung 1975 (StPO), das Polizeikooperationsgesetz (PolKG), das Polizeiliche Staats-schutzgesetz (PStSG) und das Sicherheitspolizeigesetz (SPG) geändert werden wie folgt Stellung zu nehmen:

Einleitend möchte die ISPA ihr Bedauern darüber zum Ausdruck bringen, dass der Gesetzgeber es verabsäumt hat die Umsetzung der Richtlinie 2018/1978 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (European Electronic Communications Code – EECC) als Chance dafür zu nutzen, den notwendigen Rechtsrahmen zur Erreichung der ambitionierten Ziele der Breitbandstrategie 2030 festzulegen.

Während eines der zentralen Ziele des EECCs der Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität ist und die Richtlinie die dafür notwendigen Rahmenbedingungen schaffen möchte, nimmt der Gesetzgeber die Neukodifizierung des TKGs leider zum Anlass, im Bereich des Netzausbaus erhebliche Verschlechterungen vorzusehen und die Netzbetreiber und Diensteanbieter unter anderem in Abschnitt 7 Netzausbau und Infrastrukturnutzung sowie im

Bereich der Endnutzerrechte mit zusätzlichen Belastungen zu konfrontieren. Gleichzeitig werden seit Jahren bestehende Gesetzeskonflikte etwa im Bereich der Zugangssperren und Netzneutralität nicht aufgegriffen und die Betreiber damit weiterhin in Rechtsunsicherheit belassen.

Im Sinne einer besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit ist die nachfolgende Analyse und Kommentierung anhand der Struktur des Gesetzesentwurf orientiert:

### **Zu § 1 Abs. 8**

Als eine der Zielbestimmungen des neuen Telekommunikationsgesetzes sieht der Gesetzgeber vor, dass im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung darauf geachtet werden soll, dass „unter enger Kooperation von öffentlicher und privater Hand vermehrt offene Telekommunikationsnetze für alle Marktteilnehmer und Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste errichtet werden.“ In den EB hierzu<sup>1</sup> wird diese Zielsetzung jedoch scheinbar erheblich ausgeweitet, indem ausgeführt wird, dass durch diese Zielsetzung die Duplizierung von Netzen durch Überbauung vermieden werden soll.

Nach Ansicht der ISPA ist der konkrete Inhalt dieser Zielbestimmung daher unklar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, ob sich die Vorgabe, dass die Duplizierung von Netzen verhindert werden soll, ausschließlich an die öffentliche Hand richtet, die im Zuge der Privatwirtschaftsverwaltung Netze ausbaut, oder auch an private Unternehmen. Darüber hinaus lässt eine Lesart in Kombination mit dem Vorrang der Mitbenutzung auch an öffentlichem Gut in § 54 Abs. 1 den Schluss zu, dass der Gesetzgeber anstrebt, dass in jenen Regionen in welchen es bislang keine Netze mit sehr hoher Kapazität gibt, die öffentliche Hand selbst offene Netze ausbaut und die Betreiber diese im Anschluss gegen Entgelt mitbenutzen sollen, anstatt ihre eigenen Netze zu bauen.

Eine solche Einschränkung im Netzausbau kann jedoch nicht im Interesse des Gesetzgebers am möglichst raschen und flächendeckenden Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität sein. Ein Ziel, dass in der gleichen Bestimmung unter Abs. 2 Z 1 leg cit. angeführt wird. Aus diesem Grund sollte eine Klarstellung in den EB aufgenommen werden, dass § 1 Abs. 8 sich ausschließlich an die öffentliche Hand richtet und hierdurch lediglich sichergestellt werden soll, dass von Seiten der öffentlichen Hand bereits vorhandene Netze privater Unternehmen nicht dupliziert werden. In keinsten Weise sollte hierdurch jedoch auf den freien Netzausbau von Seiten der Unternehmen eingegriffen werden.

### **Zu § 4 Z 13 bzw. § 76a Abs. 1 StPO**

In der ebenfalls vorgelegten Novellierung der Bestimmungen der Strafprozessordnung zur Auskunft über Daten in § 76a StPO, wird der Begriff „Teilnehmer“ durch den Begriff „Nutzer“ ersetzt. Dabei wird jedoch offenbar übersehen, dass der Begriff „Nutzer“ im Sinne der neuen Definition in § 13 TKG

---

<sup>1</sup> In den EB besteht offenbar ein redaktionelles Versehen, da die EB zu § 1 Abs. 7 sich offenbar auf Abs. 8 leg. cit. beziehen.

nun ausschließlich Personen erfasst, die einen Kommunikationsdienst vertraglich in Anspruch nehmen. Damit entspricht der Begriff des „Nutzers“ dem früheren Begriff des „Teilnehmers“.

Diese Änderung hätte damit zur Folge, dass die Bestimmung in Hinkunft dem Stand vor der StPO-Novelle im Zuge des Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetzes entsprechen würde, in welchem der Wortlaut bewusst auf „Stammdaten eines Teilnehmers (§ 90 Abs. 7 TKG) oder Nutzers eines sonstigen Dienstes (§ 3 Z 4 ECG)“ ausgeweitet wurde, um auch nicht-vertragliche Nutzer zu erfassen.

Um zu verhindern, dass es aufgrund dieser Änderung wiederum zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 76a StPO kommt, ersucht die ISPA, die Novellierung in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Justiz anzupassen.

### **Zu § 4 Z 37**

In § 4 Z 37 wird eine neue Definition eines „M2M-Übertragungsdienstes“ vorgesehen. Der EECC selbst enthält keine entsprechende eigenständige Definition, sondern wurde diese offenbar aus dessen ErwGr 249 abgeleitet.

Die ISPA möchte darauf hinweisen, dass es sich bei der vorgesehenen Definition um eine überaus restriktive Auslegung eines M2M-Übertragungsdienstes handelt, da vorausgesetzt wird, dass keine oder maximal „geringfügige menschliche Beteiligung“ besteht. In den zugehörigen EB wird zwar ergänzend ausgeführt, dass der M2M-Übertragungsdienst durch Menschen „installiert, konfiguriert und gewartet“ werden könne, dennoch bleibt die Subsumierung zahlreicher typischer M2M-Anwendungen im IoT-Bereich unter diese Bestimmung fraglich. Umso mehr, da in den EB auch dargelegt wird, dass die Verwendung einer SIM-Karte in einem vernetzten Gerät wie beispielsweise einer Alarmanlage diese nicht zu einem „M2M-Dienst“ macht.

In der Praxis erfolgt zwar die konkrete Datenübermittlung häufig ausschließlich automatisiert zwischen zwei Maschinen bzw. Geräten. Jedoch basiert sie dennoch auf bestimmten Parametern die selbstverständlich durch menschliches Handeln beeinflusst werden. Bei strenger Auslegung der angedachten Definition würde der Einfluss dieser Parameter bereits eine nicht nur geringfügige menschliche Beteiligung darstellen und damit eine Vielzahl von M2M-Diensten nicht erfasst werden. Ebenso erscheint es unklar, wie ein Anbieter auf „technischer Ebene“ die nur geringfügige menschliche Beteiligung sicherstellen kann, da das de facto eine ständige Überwachung des entsprechenden Kommunikationsdienstes erfordern würde.

Da die Auslegung der Definition erhebliche Auswirkungen, speziell auf die Anwendung des 11. Abschnitts hat ist es essentiell eine klare gesetzliche Definition zu finden, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. Die ISPA ersucht daher um Überarbeitung des Wortlauts und um Klarstellung, dass das Wesensmerkmal eines M2M-Übertragungsdienstes nicht in der geringfügigen menschlichen Beteiligung besteht, sondern in dessen Zweck, für den überwiegend automatisierten Informationsaustausch zwischen technischen Einrichtungen.

## Zu § 4 Z 66

Der Gesetzgeber übernimmt zur Bestimmung von Klein- und Kleinstunternehmen die Definition der Empfehlung der EU-Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG). Gemäß Artikel 2 Abs. 2 dieser Empfehlung wären von dieser Definition daher sämtliche Unternehmen erfasst, bei denen weniger als 50 Personen beschäftigt sind und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. EUR nicht übersteigt.

Mit Blick auf den österreichischen Markt zeigt sich, dass diese Definition 98 % der österreichischen Unternehmen erfassen würde.<sup>2</sup> Da diese Definition zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs bestimmter Verbraucherschutzbestimmungen herangezogen werden soll würde dies zur Folge haben, dass die entsprechenden Schutz- und Transparenzbestimmungen für beinahe sämtliche B2B-Verträge zur Anwendung kommen würden.

Dies läuft klar dem Grundgedanken des Verbraucherschutzes zuwider, der Ungleichheiten in der Verhandlungsposition der Vertragsparteien ausgleichen möchte. Gerade angesichts der Tatsache, dass die überwiegende Anzahl der österreichischen Betreiber selbst Kleinunternehmen sind, ist dieses Ungleichgewicht jedoch in der Regel nicht gegeben. Auch besteht keine sachliche Rechtfertigung, den Schutzbedarf von Geschäftskunden gerade im Bereich des Telekommunikationsrechts auszuweiten, während die gleichen Geschäftskunden in anderen – weitaus komplexeren – Geschäftsbereichen bzw. Rechtsmaterien auch weiterhin nicht als Verbraucher behandelt werden. Aus diesem Grund erscheint die Ausweitung auch aus dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebots äußerst fragwürdig.

Anders als der vorliegende Entwurf beinhaltet der EECC in Artikel 2 auch keine eigenständige Definition von Klein- bzw. Kleinstunternehmen. Auf die vom Gesetzgeber angeführte Empfehlung der EU-Kommission wird lediglich in den Erwägungsgründen verwiesen, die jedoch für Mitgliedstaaten nicht bindend sind. Es stünde diesen daher frei, selbst eine Definition vorzusehen. Aus diesem Grund sollte der österreichische Gesetzgeber eine den Marktvoraussetzungen in Österreich angepasste Definition finden, die auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des Telekomsektors verhindert.

Die ISPA regt an, sich an bereits bestehenden Definitionen in anderen Gesetzen zu orientieren. Naheliegend wäre es etwa auf die Definition eines Kleinunternehmens in § 6 Abs. 1 Z 27 Umsatzsteuergesetz (UStG) zurück zu greifen, wonach es sich dabei um ein Unternehmen mit weniger als EUR 35 000 Jahresumsatz handelt.

Da anders als etwa in Deutschland<sup>3</sup> im vorliegenden Entwurf keine Bestimmung aufgenommen wurde in der allgemein der Verzicht der Klein- und Kleinstunternehmen auf die entsprechenden Verbraucherschutzbestimmungen geregelt wird, sondern diese Verzichtsmöglichkeit jeweils einzeln in den relevanten Bestimmungen angeführt wird, ist es zudem fraglich, ob von Geschäftskunden

<sup>2</sup> <https://www.bmdw.gv.at/Services/Zahlen-Daten-Fakten/KMU-FactsandFeatures.html>

<sup>3</sup> vgl. § 69 Abs 3 Referentenentwurf zum Telekommunikationsmodernisierungsgesetz

eine separate Verzichtserklärung mit Bezug auf die jeweilige Bestimmung eingeholt werden muss.

Angesichts der Tatsache, dass durch solch separat einzuholende Verzichtserklärungen lediglich der administrative Aufwand für B2B-Verträge weiter erhöht werden würde, ohne dass dies durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis von Geschäftskunden gerechtfertigt wird, ersucht die ISPA gesetzlich klarzustellen, dass der Verzicht auf die einzelnen Verbraucherschutzbestimmungen auch in Form einer gesamtheitlichen Verzichtsklausel mit Verweis auf die einzelnen Paragraphen möglich ist. Hierdurch wird auch dazu beigetragen, möglichst reibungslose Abläufe im B2B Geschäftsalltag beizubehalten und keine zusätzlichen Hürden zu schaffen. Die ISPA regt an, dass der österreichische Gesetzgeber sich dabei an der entsprechenden Regelung im deutschen Referentenentwurf orientiert.

### **Zu § 44 Abs. 1**

Der Gesetzgeber übernimmt hier in Teilen den Wortlaut aus Artikel 40 Abs. 1 EECC, sieht jedoch zwei wesentliche Änderungen vor. Zum einen entfernt der Gesetzgeber die Klarstellung, wonach es sich um „angemessene und verhältnismäßige“ Maßnahmen handeln muss. Durch Ausklammerung dieser wichtigen Einschränkung wird der Eindruck erweckt, ein Betreiber oder Anbieter wäre nicht wie im EECC vorgesehen zur Implementierung bestimmter Maßnahmen, sondern zur Gewährleistung eines bestimmten Sicherheitsniveaus verpflichtet, unabhängig von der technischen bzw. ökonomischen Umsetzbarkeit der Maßnahmen im Einzelfall. Die ISPA ersucht daher im Sinne einer richtliniengetreuen Umsetzung um Anpassung der Bestimmung an den Wortlaut des Artikel 40 Abs. 1 EECC

Ferner wird angeführt, dass es sich bei den gewählten Maßnahmen „gegebenenfalls“ um Verschlüsselung handeln soll. Zwar lässt diese Wortwahl darauf schließen, dass Verschlüsselung nicht in jedem Fall verpflichtend sein soll, jedoch möchte die ISPA dennoch darauf hinweisen, dass aufgrund geltender technischer Standards für manche Kommunikationstechnologien Verschlüsselung überhaupt nicht vorgesehen ist (beispielsweise sehen die aktuellen 3GPP und GSMA Standards in Bezug auf 5G-Technologie Verschlüsselung nicht zwingend bzw. nur optional vor). Darüber hinaus verbieten etwa auch internationale Roamingvereinbarungen, dass Kommunikationsinhalte verschlüsselt werden. Manche Staaten, wie etwa Frankreich, verbieten generell per Gesetz Verschlüsselung in Kommunikationsnetzen einzusetzen. Da ohnehin Verschlüsselung lediglich als Beispiel für eine Maßnahme angeführt wird und angesichts der Vielzahl an Technologien, die von der Bestimmung erfasst werden, ersucht die ISPA um Streichung dieses Verweises um Konflikte in der Praxis zwischen technischen Standards und Regulierungsvorgaben zu vermeiden sowie in eventu lediglich auf dem Stand der Technik entsprechende Maßnahmen zu verweisen.

Darüber hinaus wird derzeit auf EU-Ebene bereits an einer erneuten Novellierung der Sicherheitsvorgaben an Betreiber von Kommunikationsdiensten und -netzen im Rahmen der NIS-2

Richtlinie gearbeitet.<sup>4</sup> Darin ist vorgesehen, dass sich die Sicherheitsanforderungen in Hinkunft ausschließlich nach den Vorgaben der NIS-2 Richtlinie richten sollen und die entsprechenden Bestimmungen in Art 40 u. 41 EECG aufgehoben werden.<sup>5</sup>

Die ISPA ersucht daher den Gesetzgeber darum diese Entwicklungen auf europäischer Ebene abzuwarten und sich zu diesem Zeitpunkt ausschließlich an den konkreten Vorgaben des EECG zu orientieren.

### **Zu § 44a u. 44b**

Während der überwiegende Anteil der vorgesehenen Änderungen gegenüber dem TKG 2003 der Umsetzung des EECG dient, haben §§ 44a und 44b, mit welchen der Gesetzgeber eine Grundlage zur Bestimmung und letztlich zum Ausschluss von „Hochrisikolieferanten“ schaffen möchte, keine entsprechende Grundlage im europäischen Rechtsrahmen. Vielmehr möchte der Gesetzgeber damit die Empfehlung der Kommission über Cybersicherheit der 5G-Netze<sup>6</sup> sowie den darauf basierenden Dokumenten der NIS-Kooperationsgruppe umsetzen.

Diese Bestimmung ist nach Ansicht der ISPA aus mehreren Gründen zu kritisieren.

Zunächst ist es bereits dem Grunde nach unverständlich, dass eine EU-Empfehlung für Sicherheitsanforderungen an eine bestimmte Technologie ohne Begründung und Evaluierung auf sämtliche Netztechnologien ausgeweitet werden soll. Ebenso bestehen erhebliche Zweifel an der Notwendigkeit einer solchen Bestimmung, gerade, da die Empfehlung der EU-Kommission erst kürzlich im Rahmen der Telekom-Netzsicherheitsverordnung 2020 umgesetzt wurde wie aus den Erläuternden Bemerkungen zu deren § 6 explizit hervorgeht. Der Verordnungsgeber hat sich dabei unter anderem dafür entschieden, die Sicherheitsanforderungen in Form einer verpflichtenden Multi-Vendor-Strategie umzusetzen, bei der ein Betreiber nachweisen können muss, im Bedarfsfall zur Lieferung einer bestimmten Gruppe von Netzwerkkomponenten auf alternative Lieferanten zurückgreifen zu können. Damit wird das Risiko der Abhängigkeit von einem einzigen Lieferanten im Sinne des business continuity managements deutlich eingegrenzt. Das Vorhaben des Gesetzgebers, in Hinkunft bestimmte Hersteller als Hochrisikolieferanten zu definieren und in letzter Instanz vom Markt auszuschließen, würde das Konzept einer solchen Multi-Vendor-Strategie hingegen geradezu konterkarieren, indem die Auswahl an alternativen Herstellern bzw. Lieferanten beschränkt werden würde.

Während die Bestimmung damit bereits dem Grunde nach überschießend und nicht erforderlich erscheint, sind auch die angeführten Kriterien zur Bestimmung eines „Hochrisikolieferanten“ in Abs. 3 zu hinterfragen.

---

<sup>4</sup> European Commission, 'Proposal for directive on measures for high common level of cybersecurity across the Union' (16.12.2020) 2020/0359 (COD) Art. 18

<sup>5</sup> Ibid Art 40

<sup>6</sup> Empfehlung (EU) 2019/534 der Kommission vom 26. März 2019 Cybersicherheit der 5G-Netze. (ABl. Nr. L 88 S. 42)

Zum einen verstoßen diese deutlich gegen das verfassungsgesetzliche Bestimmtheitsgebot in Art 18 B-VG, durch welches der Gesetzgeber das Handeln der Verwaltung bereits klar vorgeben muss. Beinahe sämtliche der angeführten Kriterien, etwa „Einflussnahme auf den Lieferanten“, „die Fähigkeit Druck auf den Hersteller auszuüben“, „bestimmte Charakteristika in der Eigentümerstruktur“ oder die „unzureichende Fähigkeit des Herstellers zur Gewährleistung einer durchgängigen Versorgung“ würden der Verwaltung erheblichen Auslegungsspielraum bei der Anwendung der Bestimmung überlassen da überhaupt nicht klar ist, anhand welcher Parameter diese Kriterien gemessen werden.

Darüber hinaus handelt es sich bei dem Ausschluss bestimmter Hersteller um einen massiven Eingriff in das Recht auf freie Erwerbsausübung (Art 6 StGG) sowie die Privatautonomie (Art 5 StGG) jener Unternehmen, welche bislang Komponenten von diesem Hersteller beziehen. Nach gängiger Rechtsprechung ist ein Eingriff in diese Rechte nur zulässig, sofern dieser durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und sachlich gerechtfertigt ist.<sup>7</sup> Während das öffentliche Interesse an Netzsicherheit nicht abzustreiten ist, ist es mehr als fraglich, ob der Großteil der angeführten Kriterien zur Erfüllung dieses Interesses überhaupt geeignet ist. Denn es handelt sich dabei um keine technischen Kriterien zur Beurteilung der Sicherheitsmerkmale einzelner Komponenten eines Netzes, sondern vielmehr um vage formulierte, politische Kriterien. Diese sind auch nicht dafür geeignet, wie in Abs. 2 vorgesehen, Aufschluss darüber zu geben, ob der Hersteller nationaler und EU-rechtliche Normen, insbesondere im Bereich der Informationssicherheit und des Datenschutzes, nicht oder nicht ständig einhalten kann.

Zur besseren Veranschaulichung ist etwa gänzlich unklar, welche Form der „Einwirkung“ in Abs. 3 Z 2 konkret gemeint ist, bzw. wie sich diese auf das Sicherheitsniveau eines Herstellers auswirkt. Auch die Einflussnahme durch gesetzgeberische Akte in Z 3 kann an und für sich noch kein Kriterium zur Definition eines Hochrisikolieferanten sein, da dies zu den Grundcharakteristika einer Rechtsordnung gehört, das Verhalten der Rechtsunterworfenen zu beeinflussen. Hinsichtlich Z 4 muss darauf hingewiesen werden, dass es aktuell entsprechende Datenschutzübereinkommen mit gerade einmal sechs größeren Drittstaaten gibt und demnach Hersteller aus sämtlichen anderen Staaten ausgeschlossen werden könnten. Auch der Produktionsstandort (Z 5) selbst kann an und für sich noch kein Kriterium zur Beurteilung des Risikos darstellen, da es im Rahmen eines globalisierten Marktes üblich ist, Produktionsstandorte in verschiedenen Staaten weltweit auszulagern. Ebenso handelt es sich bei „bestimmten“ Charakteristika in der Eigentümerstruktur iSd Z 6 – die zudem nicht näher ausgeführt werden – um ein vages und untechnisches Kriterium, das zur Beurteilung sicherheitsrelevanter Aspekte absolut ungeeignet erscheint. Letztlich ist auch die „unzureichende Fähigkeit des Herstellers zur Gewährleistung einer durchgängigen Versorgung“ in Z 7, angesichts der Unbestimmtheit dieser Formulierung, ungeeignet um Sicherheitsaspekte von Netzwerkkomponenten zu beurteilen. Zwar stellt die kontinuierliche Versorgung an und für sich ein wichtiges Sicherheitskriterium dar, jedoch sollte sich dessen Bemessung – analog zu den Vorgaben an den Betreiber in § 6 Abs. 3 Z 7 TK-NSiV – explizit auf die Umsetzung in Form eines Business-Continuity-Management-Plans beziehen. In der aktuellen Formulierung besteht hingegen die

---

<sup>7</sup> VfSlg 17.960/2006

Gefahr, dass zur Beurteilung der „(Un-)Fähigkeit eines Herstellers“ zur Gewährleistung einer durchgehenden Versorgung auch andere, nicht sicherheitstechnische Aspekte miteinbezogen werden.

Ergänzend ist zudem festzuhalten, dass der gänzliche Ausschluss eines Herstellers generell nicht verhältnismäßig zur Erreichung des öffentlichen Interesses an Netzsicherheit ist, da gelindere Mittel – etwa der Ausschluss bestimmter Netzwerkkomponenten – zur Verfügung stünden. Auch in dieser Hinsicht erscheint die Bestimmung somit verfassungswidrig.

Ferner würde die Bestimmung in der vorgesehenen Form auch ein unzulässiges Hindernis für den freien Warenverkehr darstellen, da es sich dabei um eine Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art 34 AEUV handelt, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr zu behindern.<sup>8</sup> Zwar würde die Bestimmung sowohl österreichische als auch Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffen, jedoch ist aufgrund der Tatsache, dass es sich nicht um sachlich gerechtfertigte, technische Kriterien, sondern um politische Kriterien handelt, anzunehmen, dass hierdurch bestimmte Hersteller mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund deren Unternehmensstruktur mittelbar diskriminiert werden.

Sofern der Gesetzgeber daher an der Bestimmung festhält – trotz der offensichtlichen Überschneidung mit § 6 TK-NSiV – sollten konkrete Kriterien aufgestellt werden, die sich an die Sicherheit bestimmter Netzwerkkomponenten richten. Sofern diese Kriterien erfüllt sind sollten nur die jeweiligen Komponenten, nicht jedoch der Hersteller an sich, ausgeschlossen werden können. Ein solcher Ansatz wurde beispielsweise auch in Deutschland im Entwurf des Zweiten IT-Sicherheitsgesetzes<sup>9</sup> gewählt.

Abschließend möchte die ISPA darauf hinweisen, dass die vorgesehene Bestimmung auch zu erheblicher Rechts- bzw. Planungsunsicherheit bei den Netzbetreibern führen würde, die nicht abschätzen können, ob auf Basis der unbestimmten Kriterien jener Hersteller von welchem sie ihre Netzkomponenten beziehen in Hinkunft vom Markt ausgeschlossen wird. Sollte ein Hersteller daher vom Markt ausgeschlossen werden, sollte einerseits eine angemessene Übergangsfrist iHv mindestens zwei Jahren vorgesehen werden, in welchen die Netzbetreiber Ersatz finden können.

Darüber hinaus sollte in jedem Fall auch eine Entschädigungsbestimmung für die betroffenen Netzbetreiber vorgesehen werden, wie dies etwa in Finnland bereits der Fall ist. Dort wird unter bestimmten Voraussetzungen eine völlige Kompensation der Betreiber durch den Staat vorgesehen, sofern Netzkomponenten aus Sicherheitsgründen vom Markt ausgeschlossen werden. Die Kompensation deckt dabei sämtliche Kosten ab (Entfernung der sicherheitskritischen Komponenten, Ersatzkosten, Arbeitsaufwand etc.). Hintergrund dieser Bestimmung war die Einschätzung des finnischen Verfassungsdienstes, dass das Verbot der Nutzung von Netzkomponenten einer Enteignung durch den Staat gleichkommt. Diese Einschätzung trifft gleichermaßen auf Österreich zu, da es sich um einen klaren Eingriff in das Recht auf Eigentum in Art 5 StGG handelt wie bereits

---

<sup>8</sup> Vgl. EuGH 8/74 Rz. 5

<sup>9</sup> <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/entwurf-zweites-it-sicherheitsgesetz.html>.



zuvor ausgeführt wurde. Die ISPA spricht sich daher bei Beibehaltung der Bestimmung deutlich für die Aufnahme einer Kostenersatzregelung aus. Nur auf diese Weise können Netzbetreiber die in sie gesetzten Erwartungen hinsichtlich des Breitbandausbaus mit der notwendigen Planungssicherheit auch erfüllen.

Aus all den erwähnten Gründen ersucht die ISPA daher § 44a ersatzlos zu streichen, in eventu jedoch zumindest die Kriterien in Abs. 3 zu überarbeiten, diese auf rein technische Kriterien zu beschränken und eine Kostenersatzregelung vorzusehen.

Sofern an § 44a festgehalten wird, fordert die ISPA darüber hinaus, dass auch die Zusammensetzung des zuständigen Fachbeirats iSd § 44b überarbeitet wird, um sicherzustellen, dass auch der technische Input aus der Praxis von Seiten der Netzbetreiber in die Erstellung des Gutachtens Einfluss findet. In der aktuell vorgesehenen Zusammensetzung ist dies leider nicht gewährleistet, da nur ein/e Vertreter/in der Wirtschaftskammer vorgesehen ist, der/die noch dazu nicht zwingend aus dem zuständigen Fachverband Telekom entsandt werden muss. Es ist daher zu befürchten, dass in der aktuellen Zusammensetzung die Sichtweise der Telekomwirtschaft in keinsten Weise berücksichtigt wird.

Um darüber hinaus sicherzustellen, dass im Rahmen des Gutachtens ausschließlich sicherheitstechnische Aspekte berücksichtigt werden, fordert die ISPA den generellen Verweis in § 44b Abs. 2, wonach der Fachbeirat auch „die Einhaltung allgemeiner rechtsstaatlicher Standards“ in den beobachteten Drittstaaten mitberücksichtigen muss, ersatzlos zu streichen.

## Zum 7. Abschnitt

Einleitend möchte die ISPA ihre Verwunderung darüber ausdrücken, dass im Rahmen der Umsetzung des EECCs, dessen klares Ziel grundsätzlich der rasche Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität ist, der Gesetzgeber die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Netzausbau erheblich verschlechtert. Nicht nur wurden jahrelange Vorschläge der Branche, wie etwa durch Verfahrensvereinfachungen für die Ausübung von Leitungsrechten („One-Stop-Shop“) oder ein Leitungsrecht für Antennentragemasten der Breitbandausbau beschleunigt werden könnte, ignoriert, sondern wurden auch bereits bestehende Rechte beschnitten und zusätzliche Risiken für den Netzbetreiber geschaffen.

Dies ist gerade auch insofern unverständlich, als dass Österreich sich im EU-Vergleich leider weiterhin äußerst schlecht in Bezug auf den Netzausbau positioniert und die geringste Quote an FTTB/H Anschlüssen aufweist.<sup>10</sup> Die vorliegenden Vorschläge drohen diese Situation weiter zu verschärfen und Österreich zum europaweiten Schlusslicht im Breitbandausbau werden zu lassen. Jedenfalls ist bereits absehbar, dass die Ziele der Breitbandstrategie 2030 der Bundesregierung auf diese Weise in keinem Fall erreicht werden können. Die damit einhergehenden Folgen für den österreichischen Wirtschaftsstandort wirken sich zwar nicht sofort, sondern erst in den nächsten 10

<sup>10</sup> [FTTH Council Market Panorama 2020 p. 17](#)

Jahren aus, sind dann aber nicht mehr rückgängig zu machen. Leider scheint es jedoch, dass in kurzfristiger Sicht einigen Partikularinteressen entsprochen wurde anstatt dieses langfristige Ziel, von welchem die gesamte österreichische Wirtschaft in Hinkunft profitieren würde, zu verfolgen.

Die ISPA ersucht daher um grundlegende Überarbeitung des Abschnitts 7, möchte jedoch insbesondere auf die folgenden Punkte aufmerksam machen.

### **Zu § § 51 Abs. 1 Z 1**

Die weiterhin bestehende Ausnahme für Leitungsrechte an Antennentragemasten ist nach Ansicht der ISPA nicht nachvollziehbar und behindert den Breitbandausbau erheblich, gerade da viele Unternehmen der öffentlichen Hand bislang die oftmals topographisch einmalige Lage ihrer Liegenschaften ausnutzen, um überschießende laufende Entgelte zu verlangen. Die entsprechenden Entgelte sind nicht nur höher als jene welche von Privateigentümern verlangt werden, sondern auch höher als der Marktpreis etwa in Deutschland.

Um die ehrgeizigen Ziele der 5G-Strategie der Bundesregierung, die erst im vergangenen Jahr veröffentlicht wurde, umzusetzen, ist eine Verdichtung der Sendestandorte gerade auch in ländlichen Regionen essentiell. Ohne ein entsprechendes Leitungsrecht für Antennentragemasten kann dieses Ziel, und damit die rasche flächendeckende Verfügbarkeit gigabitfähiger Breitbandzugänge, jedoch nicht erfüllt werden. Daher sollte nach Ansicht der ISPA ein Leitungsrecht für Antennentragemasten zumindest am Eigentum der öffentlichen Hand vorgesehen werden, da dieser aufgrund des von ihr selbst verfolgten Interesses am Ausbau einer modernen Kommunikationsinfrastruktur eine größere Einschränkung ihres Eigentums zumutbar sein sollte.

Auch möchte die ISPA darauf hinweisen, dass die explizite Ausnahme von Antennentragmasten von den Leitungsrechten in Abs. 1 keine Grundlage im EECC hat. Vielmehr sieht dieser in Art. 43 bzw. ErwGr 104 explizit eine Vereinfachung der Ausübung sämtlicher Wegerechte – ohne Möglichkeit zur Einschränkung auf bestimmte Kommunikationslinien – vor. Es ist somit fraglich, ob die Ausnahme von Antennentragemasten überhaupt EU-rechtskonform ist.

Die ISPA fordert daher, die Ausnahme der Errichtung von Antennentragemasten in § 51 Abs. 1 Z 1 ersatzlos zu streichen, in eventu jedoch die Ausnahme auf Leitungsrechte an privatem Grundeigentum einzuschränken.

Leider wurde jedoch nicht nur ein entsprechendes Leitungsrecht für Antennentragemasten nicht aufgenommen, sondern auch die bislang vorhandene Möglichkeit in § 5 Abs. 8 iVm Abs. 7 TKG 2003, Wertminderungs-Richtsätze für die Errichtung von Antennentragemasten festzulegen, ebenfalls entfernt. Auch diese Streichung ist aus Sicht der ISPA absolut nicht nachvollziehbar. Denn mit der Aufnahme von entsprechenden Richtsätzen in § 10 Wertminderungs-Richtsätze-Verordnung reagierte die RTR-GmbH gerade auf die bereits geschilderte Problematik stark erhöhter laufender Entgelte für Antennentragemasten auf öffentlichem Eigentum und schuf eine taugliche Grundlage, um Entgeltverhandlungen in der Praxis zu beschleunigen, wodurch ebenfalls zum raschen

Breitbandausbau beigetragen wird.

Die ISPA möchte in diesem Zusammenhang auch darauf hinweisen, dass die von den Mobilfunkbetreibern im Rahmen der letzten Frequenzauktionen übernommenen Versorgungsverpflichtungen vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtslage gemacht wurden. Durch die angedachten Änderungen würde sich daher auch die ökonomische Grundlage auf Basis derer die Investitionen berechnet wurden, entscheidend verändern und das Vertrauen in die Rechtssicherheit erheblich belastet werden.

### **Zu § 53 Abs. 6**

Die ISPA begrüßt grundsätzlich, dass der Gesetzgeber verhindern möchte, dass durch reine Ausgliederung von öffentlichem Eigentum in Privateigentum die Ausübung von Leitungsrechten umgangen werden kann und daher die Regulierungsbehörde dazu verpflichtet wird, bei der Auferlegung von Zwangsrechten eine entsprechende Abwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse vorzunehmen.

Um jedoch für mehr Rechtssicherheit in der Praxis zu sorgen, regt die ISPA an, im Gesetzestext oder zumindest in den EB eine Klarstellung aufzunehmen, dass durch mittelbares Eigentum einer Gebietskörperschaft an einem Unternehmen, dieses als öffentliches Eigentum anzusehen ist da es auch in Bezug auf diese Konstellation in der Vergangenheit wiederholt zu Unklarheiten gekommen ist. Auf diese Weise ist für beide Seiten für Rechtssicherheit gesorgt und können langwierige Verfahren vor der Regulierungsbehörde vermieden werden.

Darüber hinaus sollte die vom Gesetzgeber angedachte Abwägungspflicht bzw. die von uns vorgeschlagene Klarstellung nicht nur bei der Ausübung von Leitungsrechten für Kleinantennen zur Anwendung kommen, wie dies nach aktuellem Wortlaut offenbar vorgesehen ist, sondern generell für die Errichtung sämtlicher Kommunikationslinien, da auch die Höhe der zu leistenden Wertminderungsabgeltung erheblich von der Einstufung als öffentliches oder privates Eigentum abhängt.

### **Zu § 54 Abs 1, Abs. 3**

Nach Ansicht der ISPA ist der nun neu vorgesehene Vorrang der Mitbenutzung von Infrastruktur gegenüber der Ausübung des Leitungsrechts an öffentlichem Gut klar abzulehnen. Hierbei handelt es sich um eine erhebliche Verschlechterung gegenüber dem Status quo und wird damit de facto die Ausübung des bislang bestehenden unentgeltlichen Leitungsrechts in zahlreichen Fällen verhindert, in welchen die entgeltliche Mitbenutzung bestehender Infrastruktur tunlich und möglich ist.

Auf Seiten der Netzbetreiber würden dadurch nicht nur weitere erhebliche Zusatzkosten entstehen,

sondern es würde auch wiederum zu Verzögerungen im Breitbandausbau aufgrund langwieriger Verfahren kommen, in denen beurteilt werden muss, ob die Mitbenutzung im Einzelfall tunlich ist. Dabei wird zu berücksichtigen sein, ob die Mitbenutzung fremder Infrastruktur die gleiche Planungssicherheit gibt wie die Errichtung eigener Infrastruktur. Auch die Frage, ob die Mitbenutzung wirtschaftlich tunlich ist, hängt von zahlreichen Kostenfaktoren ab, die im Einzelfall beurteilt werden müssten. Darüber hinaus müsste auch noch mit dem jeweiligen Infrastruktureigentümer ein Mitbenutzungsentgelt vereinbart werden. Wie die Vergangenheit gezeigt hat können sich diese Verhandlungen erheblich in die Länge ziehen und bestehende Ausbautätigkeiten damit blockiert werden.

Die Ausübung des Leitungsrechts an öffentlichem Gut wird darüber hinaus auch dadurch weiter erschwert, dass der Verwalter des öffentlichen Guts nun zunächst nur einen *unbegründeten* Einwand erheben muss, um die Ausübung des Leitungsrechts zu verhindern. Erst auf Nachfrage soll der Einwand begründet werden müssen und ein Alternativvorschlag eingebracht werden, während nach der bisherigen Rechtslage der Einwand umgehend zu begründen war. Durch diese Aufspaltung sind ebenfalls Verzögerungen in der Praxis zu erwarten, da, sofern die Begründung erst zu einem späteren Zeitpunkt eingebracht wird, der Betreiber auch erst zu diesem späteren Zeitpunkt darauf reagieren kann.

Diese Änderungen stehen damit eindeutig dem Grundgedanken des EECCs sowie auch den in § 1 Abs. 2 Z 1 angeführten Konnektivitätszielen entgegen. Sofern die Absicht des Gesetzgebers darin besteht, die Mitbenutzung von mithilfe von Bundesmitteln errichteten offenen Zugangnetzen zu fördern, sollte ein anderer Weg gewählt werden, indem etwa die Mitbenutzung dieser Infrastruktur entgeltfrei ermöglicht wird.

## Zu §§ 52 bis 54

Eine weitere erhebliche Änderung stellen die erhöhten Anforderungen an die Planskizze dar, die nun gemäß den EB zu §§ 52 bis 54 insbesondere auch die Lage und Tiefe der Leitung sowie allfällige Vorkehrungen zum Schutz der Leitung enthalten muss. Der Gesetzgeber begründet diese genauen Angaben damit, dass hierdurch verhindert werden soll, dass aufgrund von Unkenntnis durch den Verpflichteten, Leitungen zu Schaden kommen.

Dabei wird jedoch verkannt, dass Planskizzen bereits vor Errichtung der Leitung erstellt werden müssen und daher nicht zwingend mit der tatsächlichen Verlegungstiefe übereinstimmen. Vielmehr kann die konkrete Lage und Verlegeart in vielen Fällen erst im Zuge der Verhandlungen und der Vor-Ort-Besichtigung festgelegt werden. Auch die Telekom-Control-Kommission (TKK) sowie das Bundesverwaltungsgericht sind bisher davon ausgegangen, dass die Planskizze dem Grundeigentümer nur den ungefähren Streckenverlauf ersichtlich machen muss.<sup>11</sup> Darüber hinaus kann sich die genaue Lage bzw. Tiefe einer Leitung über die Jahre durch Bodenerosionen erheblich

---

<sup>11</sup> Telekom-Control-Kommission 27.10.2015 D4/15-19 sowie BVwG W249 2118784-1/19E

verändern, wodurch die in der Planskizze enthaltenen Angaben jedenfalls verfälscht und der angeführte Gesetzeszweck nicht erfüllt werden kann.

Da die zusätzlichen Angaben daher lediglich einen Mehraufwand verursachen, dem kein konkreter Nutzen entspricht, ersucht die ISPA die entsprechenden Ausführungen aus den EBs zu streichen.

### **Zu § 56 Abs. 1**

Im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 5 Abs. 2 TKG 2003 soll nun auch das Betreten von Liegenschaften von Verpflichteten nur nach vorheriger Anmeldung beim Eigentümer oder dessen Vertreter zulässig sein. Darüber hinaus wurde auch die bislang bestehende Ausnahme für Notfälle gestrichen.

Nach Ansicht der ISPA ist diese Änderung gänzlich unverständlich und birgt erhebliches Gefahrenpotential. Denn in jenen Fällen, in welchen das Grundstück ohnehin nur mit Zutun des Eigentümers betreten werden kann, wird auch bislang bereits eine entsprechende Vorankündigung durchgeführt. In Fällen, in welchen das Grundstück jedoch auch ohne Zutun des Eigentümers betreten werden kann, würde je nach Erreichbarkeit des Grundeigentümers eine solche verpflichtende Voranmeldung zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Zeit, die in Notfällen ausschlaggebend für die Schadensschwere sein kann, sofern Techniker nicht rasch Zutritt zur beschädigten Infrastruktur erhalten. Damit steht diese Änderung klar den Intentionen des Gesetzgebers in § 123 entgegen, die Ausfallsicherheit von Netzen zu erhöhen.

Die ISPA fordert daher, dass zumindest die bisherige Ausnahme für Notfälle auch in § 56 Abs. 1 in den Gesetzeswortlaut aufgenommen wird.

### **§§ 56 Abs. 4**

Die ISPA begrüßt zwar grundsätzlich, dass nun die bereits gängige Spruchpraxis gesetzlich festgehalten wird, wonach fehlende Leitungsrechtsvereinbarungen auch nachträglich durch die Regulierungsbehörde begründet werden können. Es ist jedoch nach Ansicht der ISPA unverständlich, dass der Betreiber verschuldensunabhängig den durch die konsenslose Errichtung entstandenen Nachteil ersetzen muss.

In der Praxis ist es in der Vergangenheit wiederholt zu Streitigkeiten zwischen Betreibern und Verpflichteten gekommen. Dabei haben Letztere, nachdem bereits jahrelang Leitungen auf deren Grundflächen bestanden haben, in Frage gestellt, hierfür jemals eine Leitungsrechtsvereinbarungen unterzeichnet zu haben bzw. eine Abgeltung erhalten zu haben. Gerade bei bereits lange bestehenden Kommunikationslinien oder zugekaufter Infrastruktur verfügt der Betreiber jedoch in manchen Fällen nicht über die entsprechenden Dokumente, auch, weil in der Vergangenheit solche Vereinbarungen häufig mündlich getroffen und nicht extra schriftlich festgehalten wurden. Das

bedeutet jedoch nicht, dass die Kommunikationslinien konsenslos errichtet wurden. Dies wurde auch von der Regulierungsbehörde bereits erkannt und hierzu festgehalten, dass ein Verlust der Dokumente nichts an der Geltendmachung des Leitungsrechts ändert oder bedeutet, dass die Kommunikationslinie konsenslos errichtet wurde.<sup>12</sup> Dennoch wurde die Beweislast in der Vergangenheit wiederholt zu Lasten der Betreiber ausgelegt. Die Beweislast der konsenslosen Errichtung sollte jedoch beim Grundeigentümer liegen.

Die nun vorgesehene Bestimmung, wonach bei konsensloser Errichtung verschuldensunabhängig Schadenersatz zu leisten ist, würde erhebliches Missbrauchspotential für Grundstückseigentümer bieten, gerade bei lange bestehenden Leitungsrechten zu versuchen Forderungen geltend zu machen, da dem Betreiber der Gegenbeweis, dass die Leitungen im Einverständnis des Verpflichteten errichtet wurden, nicht möglich ist.

Die ISPA ersucht daher, die Bestimmung darauf einzuschränken, dass Leitungsrechte auch nachträglich durch die Regulierungsbehörde begründet werden können und den übrigen Wortlaut ersatzlos zu streichen.

#### **Zu § 56 Abs. 5 u. 6**

Eingangs möchte die ISPA darauf hinweisen, dass ein Widerspruch zwischen Gesetzestext und den Erläuternden Bemerkungen zu bestehen scheint. Während der Gesetzestext eine Haftung ohne Verschulden für Folgeschäden durch die Inanspruchnahme und Ausübung eines Leitungsrechts vorsieht, handelt es sich laut den EB dabei um eine „allgemeine verschuldensabhängige Haftung“.

Eine verschuldensunabhängige Haftung für Folgeschäden ist nach Ansicht der ISPA klar abzulehnen. Eine solche würde anders als in den EB dargestellt nicht einer Eingriffshaftung, sondern dem Konzept einer Gefährdungshaftung entsprechen, wie diese etwa im Bereich der Haftung des Zulassungsbesitzers eines Kraftfahrzeugs vorgesehen ist. Dabei gilt es jedoch festzuhalten, dass es sich bei der Ausübung eines Leitungsrechts nicht um ein Zugeständnis an den Netzbetreiber handelt bzw. eine gesetzliche erlaubte Gefahr, sondern um eine Verpflichtung des Einzelnen im öffentlichen Interesse. Als Ausgleich für den Eigentumseingriff erhält der Verpflichtete bereits nach bestehendem Recht einen Wertminderungsersatz.

Davon unabhängig sollte jedoch die Beurteilung des Schadenersatzes für Folgeschäden sein, die sich auch weiterhin an den allgemeinen Kriterien des Zivilrechts in §§ 1295ff ABGB orientieren sollte. Eine zeitlich unbeschränkte Haftung für Folgeschäden, wie etwa Ernteauffälle, ohne jegliches Verschulden würde zudem ein erhebliches Kostenrisiko für Netzbetreiber darstellen, dem dieser nicht einmal durch sorgfältige Planung entgehen könnte.

Gleichzeitig ist vorgesehen, dass der durch ein Leitungsrecht verpflichtete gemäß Abs. 6 für Schäden an den Kommunikationslinien oder Folgeschäden selbst im Fall von grober Fahrlässigkeit nur maximal mit der erhaltenen Wertminderungsabgeltung haftet. Der Zusammenhang zwischen Haftung und erhaltener Abgeltung ist jedoch nicht nachvollziehbar. Denn wie bereits dargestellt soll

---

<sup>12</sup> RTR GmbH, „Leitungsrechte Grundlagen und Praxis“ –Broschüre für Städte und Gemeinden (2018) 11

die Abgeltung einzig den aufgrund öffentlicher Interessen erfolgten Eigentumseingriff abgelten und steht in keinem Zusammenhang mit dem Wert der aufgrund des Leitungsrechts errichteten Infrastruktur. Die Haftungsbeschränkung erscheint damit sachlich absolut unbegründet und stellt eine unzulässige Beschränkung des mit dem Eigentumsrecht des Netzbetreibers verbundenen Schadenersatzanspruchs dar. Darüber hinaus wird hierdurch auch der Anreiz für sorglosen Umgang mit der Kommunikationsinfrastruktur geschaffen, sofern Grundeigentümer grundsätzlich kaum rechtliche Konsequenzen fürchten müssen.

Der Gesetzgeber erzeugt somit leider auch an dieser Stelle ein deutliches Hindernis für den an anderer Stelle von den Netzbetreibern geforderten Breitbandausbau. Nach Ansicht der ISPA wird hierdurch zwar möglicherweise einigen Partikularinteressen entsprochen, nicht jedoch dem generellen öffentlichen Interesse am Ausbau von Netzen sehr hoher Kapazität, wie dies im EECC aber auch den Zielbestimmungen des TKG vorgesehen wäre. Die ISPA ersucht den Gesetzgeber daher, sich auf die Grundintention des EECCs zurückzubedenken und die Regelungen in Abs. 5 u. 6 ersatzlos zu streichen.

### **Zu § 78 Abs. 3**

Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage wurde die Frist innerhalb der die Regulierungsbehörde in entscheiden muss erheblich angehoben, von bislang sechs Wochen auf vier Monate. Hierdurch würde die Klärung von Rechtsansprüchen, etwa zur Ausübung eines Leitungsrechts oder hinsichtlich der Festlegung eines Mitbenutzungsentgelts bis zu 12 Wochen später als bisher ergehen. In Summe würde sich auch durch diese Ausdehnung der Verfahrensdauer daher der Breitbandausbau erheblich verzögern und weiter dem Grundgedanken der Breitbandstrategie 2030 sowie den Zielen des EECCs entgegengewirkt werden. Die ISPA fordert daher die Beibehaltung der bisherigen Frist von sechs Wochen.

### **Zu § 84**

Der Bestimmung ist zu entnehmen, dass die bislang in § 13d geregelte Erhebung von Informationen zur Breitbandversorgung im Rahmen der Zentralen Informationsstelle für Breitbandversorgung, die erst vor kurzem eingerichtet wurde, erneut novelliert werden soll.

Die ISPA möchte darauf hinweisen, dass die Betreiber bereits heute einer Vielzahl an weiteren Meldepflichten an die Regulierungsbehörde unterliegen und die damit in Verbindung stehenden internen Datenerhebungen und Aufbereitungen eine erhebliche Belastung darstellen, die ausschließlich der Erfüllung öffentlicher Interessen dienen.

Um den Prozess zu vereinfachen und die Unternehmen in ihren Berichts- und Informationspflichten wie auch in ErwGr 58 EECC explizit gefordert zu entlasten regt die ISPA daher an, im Rahmen der Umsetzung vermehrt automatisierte Datenerfassungen über Schnittstellen zu implementieren, und

von der Erhebung von Daten in Form von excel-sheets Abstand zu nehmen.

## **Zum 8. Abschnitt**

Einleitend möchte die ISPA darauf hinweisen, dass sich die Wettbewerbssituation am österreichischen Breitbandmarkt leider weiterhin äußerst schlecht darstellt.

Derzeit belaufen sich die Marktanteile des marktbeherrschenden Unternehmens A1 Telekom Austria am Festnetz-Breitbandmarkt weiterhin auf knapp 57 %. Zum Vergleich belief sich dieser Anteil noch im Jahr 2007 auf nur 44 %. Mit 57 % liegt Österreich damit in Bezug auf die Wettbewerbssituation europaweit klar am Ende des Felds und wird nur durch Luxemburg geschlagen, wo sich der Marktanteil des ehemaligen Incumbents auf 63% beläuft. Der EU-Durchschnitt liegt hingegen bei unter 40 %.<sup>13</sup>

Selbst unter Einbeziehung der zuletzt häufig als Argument für eine Deregulierung ins Treffen geführten mobilen Breitbandanschlüsse mit Substitutionswirkung, speziell der sogenannten „Cubes“, zeigt sich, dass der Marktanteil der A1 Telekom Austria deutlich über 40 % liegt und auch innerhalb der nächsten Jahre keinesfalls unter diese Schwelle fallen wird.

Verbunden mit der Tatsache, dass die A1 Telekom Austria auch das einzige Unternehmen mit einem flächendeckenden, österreichweiten Festnetz ist – und sämtliche andere Unternehmen daher von ihren Zugangsleistungen abhängig sind, wenn sie österreichweit Festnetzkunden anbinden möchten - besteht die erhebliche Gefahr einer weiteren Konzentration und Re-Monopolisierung des österreichischen Breitbandmarktes, sofern durch regulatorische Maßnahmen nicht gegengesteuert wird.

Der Gesetzgeber sollte sich daher auch nicht vom dem im EECC in Ansätzen enthaltenen Prinzip der Deregulierung verleiten lassen, da dieses im Hinblick auf den EU-Durchschnitt aufgenommen wurde, von dem Österreich aus den dargelegten Gründen jedoch weit entfernt ist.

## **Zu § 89 Abs. 4 bzw. EB zu § 87**

Wie der Gesetzgeber in den EB zu § 87 festhält, soll die Regulierungsbehörde in Hinkunft im Rahmen des Marktanalyseverfahrens auch „kommerzielle Vereinbarungen“ zwischen den Betreibern berücksichtigen, die darauf schließen lassen, dass auf einem bestimmten Vorleistungsmarkt keine oder eine gelindere Regulierung erforderlich ist.

In diesem Zusammenhang bietet § 89 Abs. 4 die Möglichkeit, dass die Regulierungsbehörde aufgrund kommerzieller Vereinbarungen bestehende Auflagen ändern kann, ohne hierfür ein neues

---

<sup>13</sup> RTR Telekom Monitor Jahresbericht 2019, 81.



Marktanalyseverfahren führen zu müssen

Die ISPA möchte klar festhalten, dass solche kommerziellen Vereinbarungen keinen Ersatz für Regulierungsaufgaben darstellen. Angesichts der Tatsache, dass das marktbeherrschende Unternehmen A1 Telekom Austria als einziges Unternehmen über eine österreichweite Festnetzinfrastruktur verfügt, sind sämtliche Anbieter von Internetzugangsdiensten, welche Festnetzdienste österreichweit anbieten möchten, auf deren Vorleistungen angewiesen. Bislang besteht dabei die Möglichkeit, dass die alternativen Anbieter sich auf das Bestehen von Regulierungsaufgaben jeweils für zumindest 5 Jahre verlassen können und entsprechend planen können.

Kommerzielle Vereinbarungen bieten hingegen keinen gleichwertigen Ersatz für diese Rechtssicherheit, selbst wenn diese gemäß § 98 Abs. 8 TKG für einen gewissen Zeitraum für bindend erklärt werden. Denn einer solchen Erklärung kommt keine mit einem Bescheid vergleichbare Rechtswirkung zu. Darüber hinaus wird durch die Möglichkeit, die kommerziellen Vereinbarungen selbst zu verfassen, die bereits sehr starke Position des marktbeherrschenden Unternehmens noch weiter gestärkt.

Die ISPA fordert daher, dass kommerzielle Vereinbarungen, wenn, dann nur als Ergänzung, und nicht als Ersatz für Regulierungsaufgaben betrachtet werden. Voraussetzung dabei sollte sein, dass solche Vereinbarungen erst dann mitberücksichtigt werden, wenn deren nachhaltiger, positiver Effekt auf die Wettbewerbsdynamik bereits nachgewiesen werden kann – und nicht bereits zum Zeitpunkt, zu dem die Vereinbarung geschlossen wird.

## **Zu § 92**

Die ISPA begrüßt ausdrücklich, dass der Gesetzgeber in den EB zu § 92 nun ausdrücklich auf die Verpflichtung zur Gleichwertigkeit des Zugangs („Equivalence of Input“) Bezug nimmt. Damit wird es dem marktbeherrschenden Unternehmen erschwert durch nichtpreisliche Aspekte bei Gestaltung der Vorleistungsprodukte sich einen Vorteil zu verschaffen und damit der Wettbewerb weiter gefördert.

## **Zu § 98 Abs. 9**

In dieser Bestimmung sieht der Gesetzgeber vor, dass die Regulierungsbehörde hinkünftig von Regulierungsaufgaben für Netze mit sehr hoher Kapazität absehen kann, sofern das marktbeherrschende Unternehmen eine Ko-Investitionsvereinbarung mit zumindest einem anderen Marktteilnehmer eingegangen ist.

Um zu verhindern, dass auf diese Weise bestehende Regulierungsaufgaben ausgehöhlt werden, fordert die ISPA, dass nicht der Abschluss einer Ko-Investitionsvereinbarung für sich alleine bereits

ausreicht, sondern dessen Umsetzung auch laufend durch die Regulierungsbehörde geprüft wird. Sofern sich herausstellt, dass die Vereinbarung zwar abgeschlossen aber in der Realität nicht umgesetzt wurde, sollten die Regulatorauflagen umgehend auch auf diese Netze ausgeweitet werden. Darüber hinaus sollte eine Verwaltungsstrafbestimmung aufgenommen werden, mit der der Abschluss von Scheinvereinbarungen sanktioniert wird.

## Zu § 102

Der Gesetzgeber sieht vor, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht rechtzeitig im Voraus der Regulierungsbehörde die Außerbetriebnahme von Teilen ihres Kommunikationsnetzes oder das Ersetzen durch neue Infrastruktur anzukündigen hat.

Diese Transparenzpflicht ist zu begrüßen, jedoch regt die ISPA an, eine entsprechende rechtzeitige Informationspflicht mit angemessener Vorlaufzeit auch gegenüber den Vorleistungsbeziehern vorzusehen, da diese Information erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Endkundenprodukte und damit die wirtschaftlichen Planungen der Unternehmen hat.

## Zu § 103

Während die Regulierungsbehörde bislang gemäß § 43 Abs. 1 TKG 2003 verpflichtet ist, dem marktbeherrschenden Unternehmen Verpflichtungen aufzuerlegen, sofern auf dem relevanten Endnutzermarkt kein Wettbewerb besteht, wird im beinahe wortgleichen § 103 des vorliegenden Entwurfs dies als „kann“-Bestimmung formuliert.

Um sicherzustellen, dass gerade angesichts der dargelegten schlechten Wettbewerbssituation in Österreich die notwendigen Regulatorauflagen auch weiterhin auferlegt werden, sollte nach Ansicht der ISPA der bisherige Wortlaut der Bestimmung beibehalten werden, und daher der einleitende Satz „Die Regulierungsbehörde **kann** Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht [...]“ durch die Formulierung „Die Regulierungsbehörde **hat** Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht [...]“ ersetzt werden.

## Zu § 118

In Bezug auf die Umsetzung des Anbieterwechsels hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, den Wortlaut der Richtlinie zu übernehmen und die Ausgestaltung der näheren Bestimmungen der Regulierungsbehörde zu überlassen.

Angesichts der technologieneutralen Formulierung des Gesetzeswortlauts ist jedoch unklar ob hiervon auch der Wechsel zwischen Anbietern verschiedener Zugangstechnologien erfasst wäre, beispielsweise von Kupfer auf Kabel oder Glasfaser. Im Sinne einer näheren Ausführung des

unbestimmten Gesetzeswortlauts „sofern technisch machbar“ ersucht die ISPA bereits in den EB klarzustellen, dass die Bestimmung grundsätzlich nur auf den Wechsel innerhalb der gleichen Zugangstechnologie und in jedem Fall nicht auf Wechsel zwischen mobilen und festen Breitbandzugangsprodukten anwendbar ist.

Darüber hinaus wirft die Implementierung des Anbieterwechsels zahlreiche technische Fragen auf, welche nach Ansicht der ISPA nicht im Detail in einer Verordnung geregelt bzw. konkretisiert werden können, auch da sich die technischen Gegebenheiten ständig ändern. Dadurch würde selbst bei Erlassung einer Verordnung durch die Regulierungsbehörde auch weiterhin Rechtsunsicherheit bestehen bleiben.

Anstelle dessen regt die ISPA an, dass eine Plattform zur Selbstregulierung der Branche geschaffen wird, etwa unter Leitung der Regulierungsbehörde, in der gemeinsam ein entsprechendes Branchenkonzept erarbeitet wird. Nur sofern dieser Selbstregulierungsversuch zu keinem Ergebnis kommt sollte als ultima ratio eine Verordnung durch die Regulierungsbehörde erlassen werden.

### **Zu § 122 Abs. 1**

Die ISPA möchte darauf aufmerksam machen, dass die Ausführungen des Gesetzgebers in den EB zu § 122 Abs. 1, wonach die Pflicht zur Verbindung zu Notrufnummern auch Notrufe und Textnachrichten von nicht im Netz registrierten Nutzern erfassen soll technisch, auch mithilfe der Verarbeitung von GPS-Daten nicht umsetzbar ist. Die ISPA ersucht daher die entsprechenden Ausführungen aus den EB zu streichen.

### **Zu § 123 Abs. 1**

Anbieter sollen hinkünftig „sämtliche Einrichtungen, die im Falle eines Netzausfalls die Verbindung zu Notrufnummern gewährleisten“ bereithalten. Legt man diese Pflicht auf den Totalausfall eines Netzes um müssten die Anbieter ein komplettes zweites, redundantes Netz bereithalten, denn nur damit könnte man in diesem Fall die Verbindung zu Notrufnummern gewährleisten.

Bereits heute verfügen die Anbieter in ihrem eigenen wirtschaftlichen Interesse und auch aufgrund von Sicherheitsüberlegungen über redundante Einrichtungen, die im Fall eines Teilausfalls des Netzes die Aufrechterhaltung des Kommunikationsdienstes gewährleisten. Diese Vorkehrungen haben sich in der Vergangenheit auch stets bewährt, weshalb es unverständlich erscheint, die Anbieter nun zu umfangreichen zusätzlichen Investitionen in ein paralleles Netz zu verpflichten.

Die ISPA ersucht daher in § 123 Abs. 1 eine Ergänzung vorzunehmen, wonach entsprechende Einrichtungen nur im „wirtschaftlich zumutbaren“ bzw. verhältnismäßigen Ausmaß bereitzuhalten sind. Hierdurch sollte klargestellt werden, dass Anbieter nur zu jenen Maßnahmen verpflichtet werden, welche die Verbindung zu Notrufnummern im Fall eines Teilausfalls des Netzes

gewährleisten, nicht jedoch für den Fall eines Totalausfalls.

Darüber hinaus möchte die ISPA darauf hinweisen, dass die in Art 108 EECC vorgesehene Pflicht zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Diensten, bereits durch die Verordnungskompetenz in § 7 Abs. 6 sichergestellt ist, und die zusätzlichen Pflichten in § 123 Abs. 1 u. 2 auch aus diesem Blickwinkel nicht erforderlich erscheinen.

Sollte der Gesetzgeber dennoch die Errichtung eines redundanten parallelen Netzes fordern, müsste für die damit einhergehenden Investitionen jedenfalls eine Kostenersatzbestimmung vorgesehen werden, da die Anbieter hierbei ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig werden.

#### **Zu § 123 Abs. 4**

Anbieter sollen gemäß dem Gesetzeswortlaut in Hinkunft Sicherheitsvorfälle, die beträchtliche Auswirkungen auf die Erreichbarkeit von Notrufnummern haben können, nicht nur wie bislang der Regulierungsbehörde, sondern auch direkt sämtlichen Betreibern von Notrufdiensten melden.

Aus prozessökonomischer Sicht erscheint es jedoch sinnvoller, weiterhin die Regulierungsbehörde als zentrale Plattform vorzusehen, die in der Regel auch über die aktuellen Kontaktdaten der Notrufdienste verfügt. Darüber hinaus würde diese zusätzliche Verpflichtung gerade in den entscheidenden ersten Momenten nach Auftreten eines Sicherheitsvorfall erhebliche Ressourcen auf Seiten des Anbieters bündeln, die zur Behebung des Sicherheitsvorfalls besser eingesetzt werden könnten.

Die ISPA ersucht daher an der bisherigen bewährten Rechtslage festzuhalten und weiterhin nur eine Informationspflicht an die Regulierungsbehörde vorzusehen.

#### **Zu § 124 Abs. 5**

In der bislang in § 98 Abs. 2 TKG geregelten Informationspflicht nach erfolgter Standortübermittlung eines Nutzers an den Betreiber eines Notrufdienstes wurde ausdrücklich auf den Versand einer Kurzmitteilung (SMS) verwiesen und nur in eventuelle, sofern dies nicht möglich ist, vorgesehen, dass der Kunde schriftlich zu informieren ist.

Nach Ansicht der ISPA ist es unverständlich, weshalb von diesem bisherigen Wortlaut abgegangen wird und in § 124 Abs. 5 nun vorgesehen wird, dass der Kunde „grundsätzlich schriftlich zu informieren“ sei. Dies würde nahelegen, dass im Gegensatz zum Status quo, der Kunde nun jedenfalls schriftlich – in Papierform oder per E-Mail – informiert werden müsse.

Aus den EB hierzu folgt jedoch weiter, dass es sich bei der „schriftlichen“ Information ohnehin auch um eine SMS handeln kann. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wieso von der bisherigen Formulierung abgegangen wurde. Aus Gründen der Rechtssicherheit ersucht die ISPA daher am

bisherigen Wortlaut festzuhalten.

### **Zu § 128**

Die ISPA begrüßt, dass trotz des grundsätzlichen Kontrahierungszwangs dem Betreiber auch weiterhin die Möglichkeit offensteht, einen Vertragsabschluss aufgrund objektiver Rechtfertigungsgründe abzulehnen. Ein auch in der bisherigen Praxis bereits wichtiges Kriterium stellt die Bonität des Kunden dar, deren Prüfung sowohl aus Sicht des Betreibers, aber auch aus Sicht des Kunden essentiell ist, um dessen Überschuldung zu vermeiden. Weder der Gesetzestext noch die Erläuternden Bemerkungen nehmen jedoch leider auf dieses Beispiel Bezug, sondern wird in den EB lediglich angemerkt, dass eine Differenzierung aufgrund von objektiv zu rechtfertigenden Unterschieden in Bezug auf Kosten und Risiken möglich sein soll. Zur Klarstellung regt die ISPA daher an, die Bonitätsprüfung als Beispiel für eine solche objektiv gerechtfertigte Unterscheidung in den EB anzuführen.

### **Zu § 129 Abs. 4 u. 5**

Eine der wesentlichen Neuerungen im Bereich der Nutzerrechte stellt die Vertragszusammenfassung dar, welche interessierten potentiellen Kunden zu Vergleichszwecken mit anderen Angeboten vorab ausgehändigt werden muss.

Unverständlich ist nach Ansicht der ISPA, dass der österreichische Gesetzgeber die Übermittlung der Vertragszusammenfassung auch als Voraussetzung für das zivilrechtliche Zustandekommen des Vertrags vorsieht. Hierfür existiert im EECG keine Grundlage, sondern wird darin vielmehr an mehreren Stellen ausdrücklich betont, dass die Vertragszusammenfassung rein informativen Charakter hat.<sup>14</sup> Vergleichbar ist diese daher etwa mit den datenschutzrechtlichen Informationspflichten in Art 12 und 13 DSGVO die ebenfalls keine Voraussetzung für das zivilrechtliche Zustandekommen eines Vertrags oder der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung darstellen. Eine gleichartige Regelung wäre auch in Bezug auf die Übermittlung der Vertragszusammenfassung angebracht.

Andernfalls stellen sich erhebliche Probleme hinsichtlich des Nachweises bzw. der Beweislast in der Praxis, wenn etwa Jahre nach dem vermeintlichen Zustandekommen eines Vertrags ein Kunde sich darauf beruft, nie eine Vertragszusammenfassung erhalten zu haben.

Ebenso sollte nach Ansicht der ISPA klargestellt werden, dass nicht nur die Vertragszusammenfassung, sondern auch der ausdrückliche Verzicht auf diese durch Klein- und Kleinstunternehmen unter den gleichen Voraussetzungen nach Abs. 5 nachträglich übermittelt werden kann.

---

<sup>14</sup> Vgl etwa ErwGr 261

### **Zu 129 Abs. 3, 135 Abs. 4 und 136 Abs. 4**

Ergänzend zu den bereits zu § 4 Z 66 dargelegten Bedenken gegenüber der vorgesehenen Definition eines Klein- und Kleinstunternehmens, stellen sich hinsichtlich der entsprechenden Verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen noch weitere Fragen.

Zum einen bleibt unbeantwortet, welche Auswirkungen es hat, wenn ein Unternehmen während aufrechem Vertrag die entsprechenden Schwellenwerte über- oder unterschreitet, ob hierdurch etwa Informationspflichten oder Regelungen zur Kündigungsfrist auch während aufrechem Vertrag ex lege geändert werden würden. Darüber hinaus sollte von Seiten des Gesetzgebers klargestellt werden, dass es jedenfalls Pflicht des Geschäftskunden ist darzulegen, dass er ein Klein- oder Kleinstunternehmen ist, und es keine grundsätzliche Prüfpflicht des Betreibers gibt. Ein Betreiber sollte generell annehmen können, dass ein Geschäftskunde nicht von der Ausnahmebestimmung erfasst ist, sofern die entsprechenden Kriterien, etwa in Form eines Firmenbuchauszugs, nicht nachgewiesen wurden.

### **Zu § 130 Abs. 2, Abs. 3**

Als Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtslage wird die Regulierungsbehörde zum Zweck der Kostenbeschränkung nun verpflichtet, per Verordnung Nutzungsobergrenzen festzulegen. Dies geht deutlich über die bisherige Regelung in § 25a TKG 2003 (nun § 130 Abs. 3) hinaus, nach der die Regulierungsbehörde lediglich eine Verordnungsermächtigung hatte, Anbieter zur Implementierung von Kostenkontroll-, Warn-, und Sperreinrichtungen zu verpflichten. Die Regulierungsbehörde hat von dieser Ermächtigung in Form der Kostenbeschränkungsverordnung (KostbeV) auch Gebrauch gemacht.

Nach Ansicht der ISPA lässt sich mit Blick auf die seit Jahren kontinuierlich sinkende Anzahl an Verfahren bei der Schlichtungsstelle diese Verschärfung nicht rechtfertigen. Sogenannte „shock bills“ welche noch 2012 als Grund für die Erlassung der KostbeV vorgebracht wurden existieren heute in der Praxis kaum noch, unter anderem aufgrund der Tatsache, dass Verträge in der Regel mit umfangreichen monatlichen Freieinheiten bzw. überhaupt als reine flat-rate Tarife abgeschlossen werden, sowie auch aufgrund der Abschaffung EU-weiter Roaminggebühren.<sup>15</sup>

In diesem Zusammenhang sind auch die Erläuternden Bemerkungen zu Abs. 3 zu hinterfragen, in welchen ein Fortbestehen der KostbeV mit Daten aus dem Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle aus 2012 (!) belegt werden. Seither hat sich die Tariflandschaft wie dargelegt erheblich geändert und es ist daher absolut unverständlich, dass per sé angenommen wird, eine Aufhebung der

---

<sup>15</sup> Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (Text von Bedeutung für den EWR)

KostbeV würde in jedem Fall zurück zur Situation vor 2012 führen.

Die ISPA fordert daher, die Verpflichtung der Regulierungsbehörde in Abs. 2 ersatzlos zu streichen und die EB zu Abs. 3 zu überarbeiten. Darüber hinaus sollte hinsichtlich der bereits bestehenden KostbeV im Rahmen der in § 185 Abs. 2 vorgesehenen regelmäßigen Verordnungsvaluierung eine Bedarfserhebung ausgehend von der aktuellen Tariflandschaft durchgeführt werden und der Bedarf an einer solchen Verordnung nicht grundlegend in den EB durch den Gesetzgeber mit Verweis auf veraltete Daten festgelegt werden.

### Zu § 133

Eines der grundlegenden Ziele des EECCs ist die Sicherstellung eines europäischen Binnenmarktes für die Erbringung von elektronischen Kommunikationsdiensten. Vor diesem Hintergrund sollen auch Hindernisse in Form der uneinheitlichen Anwendung von Verbraucherschutzbestimmungen abgebaut und das Schutzniveau europaweit vereinheitlicht werden.<sup>16</sup>

Leider hat sich der österreichische Gesetzgeber jedoch gegen eine entsprechende Harmonisierung entschlossen, und möchte weiterhin an der Pflicht zur Anzeige von AGB-Änderungen festhalten, die in dieser Form in den allermeisten Mitgliedstaaten nicht existiert und für die es auch im EECC selbst keine Grundlage gibt.

Die Begründungsversuche, welche vom Gesetzgeber ins Treffen geführt werden, sind nach Ansicht der ISPA verfehlt. Zunächst wird in den EB angeführt, die AGB-Anzeigepflicht ergebe sich aus Art 103 Abs. 1 EECC. Dieser sieht jedoch lediglich vor, dass AGBs „auf Aufforderung“ der Regulierungsbehörde vorzulegen sind. Keinesfalls ist daraus eine allgemeine Anzeigepflicht abzuleiten. Auch aus Art. 85 Abs. 1 EECC, welcher den nationalen Regulierungsbehörde die Möglichkeit zur Überwachung der Entwicklung und Höhe der Endkundenpreise von Universaldiensten gibt, lässt sich keine solche Pflicht ableiten. Denn der zugehörige ErwGr 218 hält ausdrücklich fest, dass diese Überwachung zu keinem übermäßigen zusätzlichen Verwaltungsaufwand auf Seiten der Anbieter führen darf. Angesichts der detaillierten Formvorgaben zur AGB-Anzeige in Abs. 1 und Abs. 5 ist der Aufwand in der Praxis jedoch erheblich.

Abschließend ist auch der Hinweis auf die notwendige Umsetzung von Art 99 EECC, in welchem die Nichtdiskriminierung festgelegt wird, unzureichend. Denn dieser sieht keine aktive Prüfpflicht der Regulierungsbehörde vor, sondern begründet eine Pflicht des Anbieters bzw. ein Recht des Endnutzers auf das sich dieser gegenüber dem Anbieter berufen kann. Zur Geltendmachung dieses Rechtsanspruchs ist sohin keine AGB-Anzeige erforderlich, sondern würde die Regulierungsbehörde erst im Streitfall als Schlichtungsstelle entscheiden.

Da hier somit an einem Standard festgehalten wird der deutlich über das EU-Verbraucherschutzniveau hinausgeht und im EECC wie dargelegt keine Grundlage findet fordert die

---

<sup>16</sup> Vgl ErwGr 257

ISPA den Gesetzgeber dazu auf, auch angesichts der expliziten Pflicht in Art 101 Abs. 1 EECC zur Aufhebung von über das Harmonisierungsniveau hinausgehenden Bestimmungen bis Dezember 2021, bereits jetzt die AGB-Anzeigepflicht ersatzlos zu streichen.

In eventu, sofern dennoch an der AGB-Anzeigepflicht festgehalten wird, sollte dabei zumindest der Status quo bewahrt werden und nicht zusätzliche Verschärfungen eingeführt werden. Insbesondere die neue Vorgabe in Abs. 9, wonach eine AGB-Anzeige als nicht erstattet gilt, sofern die Formvorschriften in Abs. 1 und Abs. 5 nicht eingehalten wurden, würde in der Praxis zu erheblichen Problemen führen. Denn bei strenger Auslegung hätte dies zur Folge, dass der anzeigepflichtige Anbieter trotz AGB-Anzeige bereits aufgrund von Formalfehlern sich dem Risiko einer erheblichen Verwaltungsstrafe iHv bis zu EUR 100 000 aussetzt (§ 188 Abs. 6). Zumindest sollte daher zunächst ein Verbesserungsauftrag seitens der Regulierungsbehörde ergehen in dem auf die Formfehler hingewiesen wird und die AGB-Anzeige erst bei Nichterfüllen des Verbesserungsauftrags als nicht erstattet gelten.

### **§ 135 Abs. 7**

In § 135 Abs 7 setzt der Gesetzgeber die in Art 105 Abs. 3 letzter Satz EECC vorgesehene Informationspflicht über den „besten Tarif“ um. Während der EECC diese Informationspflicht ausdrücklich auf befristete Verträge einschränkt, ist aufgrund der Formulierung der österreichischen Umsetzungsbestimmung unklar, ob die Informationspflicht auch auf Verträge mit Mindestvertragsdauer ausgeweitet wird. Denn Abs. 7 verweist hinsichtlich des Zeitpunkts der Informationspflicht wörtlich auf „jedenfalls [...] zum Zeitpunkt einer Information nach Abs. 6“. Abs. 6 wiederum bezieht sich sowohl auf befristete Verträge als auch solche mit Mindestvertragsdauer.

Im Sinne der Rechtssicherheit und im Einklang mit den Vorgaben des EECCs ersucht die ISPA daher den Teilsatz „jedenfalls aber zum Zeitpunkt einer Information nach Abs 6“ zu streichen und die Bestimmung wie in Art 105 Abs. 3 vorgesehen explizit auf befristete Verträge zu beschränken.

Darüber hinaus ist es unklar, wonach sich der „beste“ Tarif konkret zu richten hat. Die EB verweisen auf eine „der allgemeinen Lebensanschauung angepasste Analyse“. Für die hierfür notwendige Verarbeitung von Nutzerdaten, speziell Verkehrsdaten, fehlt jedoch eine explizite Rechtsgrundlage wie diese in § 167 Abs. 1 gefordert wird. Ohne Analyse des Nutzerverhaltens kann jedoch wiederum nicht der für diesen „beste“ Tarif bestimmt werden und die Bestimmung daher in der Praxis nicht umgesetzt werden.

Die Verpflichtung sollte außerdem jedenfalls formfrei – also sowohl telefonisch als auch per E-Mail oder im Beratungsgespräch - erfüllt werden können.

### **Zu § 135 Abs. 8**



Die ISPA begrüßt ausdrücklich, dass das bewährte Konzept eines einseitigen Änderungsrechts von AGBs und Entgeltbestimmungen, bei gleichzeitigem außerordentlichem Kündigungsrecht des Kunden, weiterhin bestehen bleibt. Unverständlich ist jedoch weshalb im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage in § 25 Abs. 3 TKG die Mitteilung dieser Änderung jedenfalls auf einem „dauerhaften Datenträger“ und nicht mehr „in geeigneter Form“ zu erfolgen hat. Hierdurch würde die Mitteilung im Fall von Prepaid-Vertragsverhältnissen nicht mehr möglich sein, sofern der Anbieter weder über eine E-Mail-Adresse noch über eine Anschrift des Kunden für vertragliche Erklärungen verfügt. Daher sieht auch die MitteilungsVO in § 5 Abs. 1c bislang bereits ausdrücklich vor, dass bei solchen Prepaid-Vertragsverhältnisse eine Mitteilung per SMS möglich ist.

Die ISPA ersucht daher an der bisherigen Rechtslage festzuhalten und die Formulierung „dauerhafter Datenträger“ wieder durch „in geeigneter Form“ zu ersetzen.

### **Zu § 135 Abs. 8 iVm Abs. 13**

Die Idee einer gesetzlichen Regelung der Abschlagszahlung für vom Kunden einbehaltene Endgeräte wird von Seiten der ISPA zwar dem Grunde nach nicht abgelehnt, sondern kann sogar eine sinnvolle Ergänzung zur bestehenden Rechtslage darstellen die Rechtssicherheit für alle Beteiligten bringt.

Das in Abs. 13 vorgesehene Berechnungsmodell ist jedoch für den Betreiber grob benachteiligend und birgt enormes Missbrauchspotential. Generell ist nicht nachvollziehbar weshalb anstelle eines klaren, linearen Abschreibungsmodells, ein komplexes Berechnungsmodell gewählt wurde, das noch dazu an gesetzlich unbestimmten Werten Anhalt nimmt.

Zum einen erscheint unklar wie der „marktübliche Preis“, der als Ausgangswert der Berechnung dienen soll, berechnet wird. Denn generell ist es üblich, dass aus Wettbewerbsgründen die gleichen Endgeräte von Händlern zu zum Teil erheblich unterschiedlichen Preisen angeboten werden. Insbesondere ist es fraglich, wie etwa laufende Aktionspreise bei der Berechnung berücksichtigt werden.

Des Weiteren ist es auch unverständlich, dass umgehend nach Vertragsabschluss bereits 10% vom marktüblichen Preis abgezogen werden sollen sowie bis zum Ablauf des sechsten Vertragsmonats die Abschlagszahlung pauschal mit 50 % des Ausgangswertes angenommen wird, und erst danach kontinuierlich eine Abschreibung pro Monat vorgenommen wird. Naheliegender würde vielmehr eine kontinuierliche Abschreibung über die gesamte Mindestvertragsdauer erscheinen, da dies auch den wirtschaftlichen Berechnungen auf Seiten des Betreibers entsprechen würde. Bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer würde sich daher die Abschlagszahlung pro Vertragsmonat um 1/24 des Ausgangswertes verringern. Nach dem angedachten Modell wäre hingegen für ein Endgerät bereits nach einem Jahr beinahe keine Abschlagszahlung mehr zu leisten, obwohl der Kunde grundsätzlich noch ein Jahr Restlaufzeit seines Vertrages hätte.

Die ISPA fordert daher, dass ein angemessenes, transparentes und auch für den Kunden leicht

verständliches Modell vorgesehen wird, bei welchem die Berechnung der Abschlagszahlung linear zu den verstrichenen Vertragsmonaten verläuft.

### **Zu § 135 Abs. 10**

Der Gesetzgeber übernimmt hier den exakten Wortlaut aus Art 105 Abs. 5 EECC wonach anhaltende oder häufig auftretende erhebliche Abweichungen zwischen der tatsächlichen und der im Vertrag angegebenen Leistung als Anlass für die Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen, *einschließlich* des Rechts auf außerordentliche Kündigung gelten.

Hierdurch wird der Eindruck erweckt, dass der Endnutzer im Fall von Abweichungen, basierend auf dem TKG als *lex specialis*, umgehend die kostenfreie Vertragsauflösung fordern kann. Damit würden jedoch die in § 932 Abs. 2 ABGB vorgesehenen primären Gewährleistungsbehelfe – Verbesserung und Austausch – übergangen werden und somit dem österreichischen Gewährleistungsrecht widersprochen werden, welches ein Überspringen der primären Gewährleistungsbehelfe nur in Ausnahmefällen, etwa bei Unmöglichkeit der Leistung, unverhältnismäßig hohem Aufwand oder Verzug vorsieht.

Um entsprechende Rechtsunsicherheit in der Praxis zu vermeiden ersucht die ISPA daher um Angleichung der Bestimmung an Art. 4 Abs. 4 Verordnung (EU) 2015/2120 („TSM-VO“), auf die auch in den EB verwiesen wird und in der nicht explizit auf die Vertragskündigung Bezug genommen wird.

### **Zu § 135 Abs. 11**

In § 135 Abs. 11 wird vorgesehen, dass einem Verbraucher ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen soll, sofern ihm vom Anbieter an einem neuen Wohnort die vertraglich geschuldete Leistung nicht mehr angeboten werden kann. Die ISPA möchte darauf hinweisen, dass dies klar der bisherigen Auslegung eines außerordentlichen Kündigungsrechts widerspricht. Denn nach gängiger Rechtsprechung, setzt die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus, aufgrund dessen die Fortführung des Vertragsverhältnisses dem Rechtsausübenden nicht zumutbar ist. Je eher dieser Grund jedoch der Sphäre einer Partei zuordenbar ist, desto weniger kann sich diese Partei auf diesen Grund zur außerordentlichen Vertragsauflösung berufen.<sup>17</sup>

Im Fall des Wohnsitzwechsels ist der Grund dafür, dass die vertraglich geschuldete Leistung nicht mehr erbracht werden kann eindeutig dem Kunden zuordenbar, der aus dem Versorgungsgebiet des Anbieters weggezogen ist. Dies war für den Anbieter zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch nicht absehbar. Dem Kunden für diesen Fall ein außerordentliches Kündigungsrecht zuzusprechen würde damit klar gegen die herrschende Rechtsprechung verstoßen und sollte daher

---

<sup>17</sup> Vgl u.a. OGH 14.09.2010 1Ob143/10a

gestrichen werden.

Hinsichtlich der Pflicht des Anbieters, einem Kunden auch nach Wohnsitzwechsel weiterhin die vertraglich geschuldete Leistung – sofern diese dort angeboten wird – anzubieten, spricht sich die ISPA darüber hinaus dafür aus, dass sich die geschuldete Leistung dabei auf die Art des Dienstes (z.B. einen Internetzugang) nicht jedoch auf konkrete Leistungsparameter beziehen kann. Andernfalls besteht, sofern an dem außerordentlichen Kündigungsrecht festgehalten wird, etwa gerade bei den im Zuge des aktuellen 5G-Rollouts abgeschlossenen Mobilfunkverträgen die Gefahr, dass ein Kunde durch Umzug in eine Region noch ohne 5G-Anbindung seinen Vertrag außerordentlich kündigen könnte – samt der Möglichkeit das erhaltene 5G-fähige Endgerät gegen eine niedrige Abschlagssumme gemäß der Berechnungsmethode in Abs. 13 zu behalten.

Zumindest sollte die Berechnungsmethode nach Abs. 13 nicht für die außerordentliche Kündigung im Zuge eines Wohnsitzwechsels zur Anwendung kommen, auch, da der Grund für die Vertragsauflösung dabei ausschließlich aus der Sphäre des Kunden stammt und dieser nicht wie im Fall einer einseitigen AGB-Änderung durch den Anbieter initiiert wurde.

Die ISPA fordert daher, das außerordentliche Kündigungsrecht in Abs. 11 zu streichen sowie in den EB zu Abs. 11 klarzustellen, dass sich der Anspruch bei Wohnsitzwechsel jedenfalls nur auf einen Dienst und nicht die zugehörigen Leistungsparameter beziehen kann. In eventu, sollte zumindest festgelegt werden, dass das zur Berechnung der Abschlagszahlung herangezogene Modell in Abs. 13 nicht bei einer außerordentlichen Kündigung aufgrund des Wohnsitzwechsels zur Anwendung kommt.

### **Zu § 138 Abs. 6**

In Bezug auf die Ausgestaltung des Einzelgesprächsnachweises sieht der Gesetzgeber eine Änderung vor, wonach Endnutzer in Hinkunft verlangen können, dass Mehrwertdienstenummern ebenfalls verkürzt angegeben werden. Diese Regelung erscheint jedoch insofern irreführend, als dass § 138 Abs. 6 1. Satz sowie § 6 Einzelengelnachweisverordnung (EENV) ohnehin bereits generell eine verkürzte Darstellung der passiven Rufnummer erfordern, wodurch der Gesetzeszweck bereits abgedeckt wäre.

Sofern darüber hinaus der Bedarf bestehen, den Ausweis von Anbietern von Mehrwertdiensternummern im EGN näher zu regeln, sollte dies im Rahmen der dafür vorgesehenen EENV umgesetzt werden. Angesichts der Tatsache, dass jegliche Änderung der Vorgaben an den EGN einen massiven Eingriff in die betreiberinternen Verrechnungssysteme erfordert ersucht die ISPA darüber hinaus um Vorabereinbindung der Branche um eine für alle Seiten verhältnismäßige Lösung zu finden.

### **Zu § 144**

Während die in § 144 neu vorgesehene Pflicht zur Weiterleitung von E-Mails auch nach Vertragsende bei den betroffenen Betreibern einen erheblichen Implementierungsaufwand verursacht, werden dadurch auch bestehende Hindernisse im Anbieterwechsel reduziert, etwa beim Wechsel von Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens zu einem der alternativen Anbieter als Vorleistungsbezieher.

In jedem Fall sind jedoch vom Gesetzgeber noch weitere Klarstellungen zu treffen. Zum einen gilt es klarzustellen, dass der weiterleitende Betreiber jedenfalls nur für die Weiterleitung der E-Mails haftet, nicht jedoch dafür, dass diese auch im neuen Postfach des ehemaligen Kunden einlangen. Denn es ist dem weiterleitenden Betreiber nicht möglich laufend zu prüfen, ob der E-Mail Server des neuen Anbieters etwa andere Einstellungen hinsichtlich der maximal zulässigen Dateigröße von Anhängen oder eigene Blacklists implementiert hat.

Daneben gilt es auch die datenschutzrechtlichen Grundlagen zu klären, da in diesem Fall kein Vertragsverhältnis mehr fortbesteht und die Datenverarbeitung im Sinne der Weiterleitung an den neuen Anbieter daher auch nicht mehr im Zuge der Erbringung eines Kommunikationsdienstes erfolgen würde und damit gemäß § 165 Abs. 1 grundsätzlich unzulässig wäre.

Zudem sollten im Sinne einer effizienten Rufnummernverwaltung auch solche E-Mailadressen von dieser Bestimmung ausgenommen werden, die sich aus der Rufnummer und dem Namen des Anbieters zusammensetzen ([12345678@anbieter.at](mailto:12345678@anbieter.at)) da diese andernfalls für ein Jahr blockiert wären.

## Zu § 166 Abs. 2

Wie bereits in der Vergangenheit in mehreren Stellungnahmen dargelegt,<sup>18</sup> geht die ISPA davon aus, dass die bislang in § 97 Abs. 1a TKG geregelte Pflicht zur Erhebung von bestimmten Stammdaten sowie die aufgrund dieser Bestimmung erlassene Identifikationsverordnung<sup>19</sup>, in welcher die technische Umsetzung des Verfahrens zur Erhebung der Identität des Kunden im Detail geregelt wird, ausschließlich auf den Erwerb SIM-Karten anwendbar ist. Dies würde nicht nur der offiziellen Kommunikation des Ministeriums im Zusammenhang mit dem Beschluss der Identifikationsverordnung entsprechen,<sup>20</sup> sondern wird diese Ansicht auch neuerlich in den EB zu § 166 Abs. 2 bestätigt, in welchen ausschließlich auf den Erwerb von Ladebons und SIM-Karten eingegangen wird.

---

<sup>18</sup> Vgl <https://www.ispa.at/wissenspool/stellungnahmen/stellungnahmen-detailansicht/stellungnansicht/detail/konsultation-des-justizausschusses-und-innenausschusses-sicherheitspaket-2018/> sowie <https://www.ispa.at/wissenspool/stellungnahmen/stellungnahmen-detailansicht/stellungnansicht/detail/bmvit-konsultation-entwurf-dembspidentifikationsverordnung/>

<sup>19</sup> Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über Verfahren zur Identifikation von Teilnehmern (Identifikationsverordnung – IVO)

<sup>20</sup> Vgl [https://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20181206\\_OT50138/entwurf-zur-identifikationsverordnung-geht-in-begutachtung](https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20181206_OT50138/entwurf-zur-identifikationsverordnung-geht-in-begutachtung)

Ferner ergibt sich diese Auslegung auch bereits daraus, dass im Fall von leitungsgebundenen Kommunikationsdiensten, die notwendigen Stammdaten ohnehin beim Anbieter vorliegen, da diese zu Verrechnungszwecken sowie zur Herstellung des Anschlusses erforderlich sind. Hiermit wird dem Gesetzeszweck, den jeweiligen Nutzer eines Anschlusses aus sicherheits- und kriminalpolizeilichen Gründen im Anlassfall identifizieren zu können, bereits zur Genüge entsprochen.

Leider ist es dennoch in der Vergangenheit wiederholt zu gegensätzlichen Auslegungen dieser Bestimmung gekommen, wonach die Registrierungspflicht bzw. das Identifikationsverfahren auf den Abschluss sämtlicher Verträge über die Bereitstellung eines Kommunikationsdienstes zur Anwendung kommt. Um diese Rechtsunsicherheit in der Praxis für die ISP-Branche zu beseitigen, fordert die ISPA daher den Gesetzgeber dazu auf, die Chance im Zuge der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes zu nutzen und in § 166 Abs 2 zu konkretisieren, dass von dieser Bestimmung und damit auch dem Anwendungsbereich der Identifikationsverordnung ausschließlich der Erwerb von SIM-Karten erfasst ist.

### **Zu § 167**

Die ISPA begrüßt, dass durch Aufnahme der Formulierung „Verkehrsdaten dürfen außer in den in diesem Gesetz *ausdrücklich geregelt* Fällen nicht gespeichert oder übermittelt werden“ nun noch deutlicher hervorgehoben wird, dass sich die Rechtsgrundlage für Betreiber im Rahmen der Auskunft über Nutzerdaten ausschließlich nach dem TKG richtet.

Leider wurde es jedoch verabsäumt, in Abs. 5 leg cit. sämtliche Materiengesetze, die aktuell eine Auskunftspflicht vorsehen aufzunehmen, weshalb es weiterhin zu Unklarheiten in der Praxis kommen kann. Die ISPA ersucht daher um Ergänzung der Verweise auf §§ 99 Abs. 3a FinStrG, 93 Abs. 2 Z 16 BörseG sowie § 22 Abs. 2a u. 2b MBG.

### **Zu § 188**

Der Gesetzgeber begründet die drastische Erhöhung der Obergrenzen der angedrohten Strafraumen damit, dass diese seit dem TKG 1979 nicht mehr geändert wurden und daher nun eine Valorisierung notwendig sei. Dieser Argumentation kann jedoch nach Ansicht der ISPA aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass Sinn und Zweck der Verwaltungsstrafbestimmung ist, den Rechtsunterworfenen zu rechtskonformen Verhalten zu veranlassen. Die Höhe der Strafobergrenzen im Verwaltungsstrafrecht wird daher insbesondere unter dem Gesichtspunkt der generalpräventiven Wirkung festgelegt. Die Einnahmen der gesamten Branche sind jedoch bereits seit Jahren rückläufig, wovon unter anderem auch das stetig rückläufige Tarifpreinsniveau zeugt.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl etwa den Verlauf des Mobilfunkpreisindex in den vergangenen Jahren, der regelmäßig im RTR Telekom Monitor veröffentlicht wird

Daraus folgt, dass die abschreckende Wirkung der bestehenden Obergrenzen nicht nur ausreicht, sondern sogar kontinuierlich steigt und eine Erhöhung daher nicht erforderlich erscheint.

Zahlreiche der Verwaltungsstrafbestimmungen wurden darüber hinaus erst nach 1979 eingeführt, weshalb die willkürliche Bezugnahme aus dieses Jahr sachlich ungerechtfertigt erscheint. Eine Valorisierung sollte sich vielmehr, wenn überhaupt, dann am Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der jeweiligen Strafbestimmung bemessen, sofern keine anderen Gründe dargelegt werden können die eine außerordentliche Erhöhung des Strafrahmens – etwa aufgrund fehlender Präventionswirkung – belegen können. Ein sehr gutes Beispiel stellen etwa Verstöße gegen die VO 2015/2120 dar, welche in Hinkunft gemäß Abs. 6 mit maximal EUR 100 000 geahndet werden können. Diese Strafbestimmungen wurden erst vor vier Jahren im Zuge der Umsetzung der Verordnung in das Gesetz aufgenommen. Für eine Erhöhung des Strafrahmens um 30 % in einer derart kurzen Zeitspanne besteht absolut keine sachliche Rechtfertigung, umso mehr, als es der Gesetzgeber leider auch verabsäumt eine verfahrensrechtliche Lösung zu finden, um Verstöße gegen die Verordnung bei Implementierung von Zugangssperren zu vermeiden.

Die ISPA fordert daher, von der Erhöhung des Strafrahmens Abstand zu nehmen.

### **Weiterhin fehlt eine gesetzliche Regelung zur Administration von Netzsperrern**

Seit Jahren befinden sich Anbieter von Internetzugangsdiensten nun bereits in einem ständigen Konflikt zwischen Sperraufforderungen durch Rechteinhaber und den Vorgaben der Netzneutralität, ohne, dass ihnen vom Gesetzgeber die notwendige Rechtssicherheit geboten wird. Denn Rechteinhaber haben gegenüber Anbietern von Internetzugangsdiensten aufgrund der Auslegung bestimmter Spezialnormen wie etwa § 81 Abs. 1a UrhG einen Unterlassungsanspruch auf Sperre von strukturell rechtswidrigen Webseiten. Eine Unterlassungsklage gegen den Provider kann jedoch erst nach zuvor erfolgter Abmahnung eingebracht werden. Sofern der Provider der Abmahnung nicht nachkommt und anschließend auf Unterlassung geklagt wird hat er – sofern der Anspruch zu Recht besteht – die oftmals erheblichen Prozesskosten zu ersetzen.

Gemäß den Bestimmungen der VO 2015/2120 sowie den Ausführungen der Telekom-Control-Kommission<sup>22</sup> darf ein Anbieter eines Internetzugangsdienstes Inhalte jedoch nur blockieren sofern ein entsprechender Unterlassungsanspruch tatsächlich besteht oder von einem Gericht festgestellt wurde und die Maßnahme nicht unverhältnismäßig in die Rechte des Betreibers und des Nutzers eingreift. Eine einfache Abmahnung durch den Rechteinhaber ist für den Provider daher nicht ausreichend, um die Zulässigkeit einer Sperre zu beurteilen.

Vielmehr muss zunächst geklärt werden, ob der spezielle spezialgesetzliche Anspruch, der in der Abmahnung vorgebracht wird, zu Recht besteht. Sofern noch keine gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage ergangen ist müssen die Unternehmen derzeit selbst diese Frage klären. Sie riskieren dabei jedoch, dass die Regulierungsbehörde im nachgelagerten Aufsichtsverfahren zu einem

---

<sup>22</sup> Telekom-Control-Kommission, 19.08.2019, S 6/19-14 17.

anderen Ergebnis als der Provider kommt, die Einrichtung der Zugangssperre als rechtswidrig erachtet und daher eine Verwaltungsstrafe iHv bis zu EUR 100 000 ausgesprochen wird. Als einzige Alternative um diesbezüglich Rechtssicherheit zu erhalten können die Provider die Abmahnung ignorieren und eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung abwarten. Hierfür haben sie jedoch die Prozesskosten zu tragen.

Die Betreiber verfügen derzeit daher über keine Möglichkeit zu rechtmäßigem Alternativverhalten, durch welches sie sowohl Verwaltungsstrafen als auch Prozesskosten vermeiden können. Die Unsicherheit wurde zuletzt weiter verstärkt, da sich nunmehr nicht nur Rechteinhaber aus dem Bereich Film und Musik an die Provider wenden, sondern auch Inhaber von Design-, Patent-, und anderen Urheberrechten, deren Beurteilung für die Provider kaum möglich ist. Es besteht daher Handlungsbedarf für den Gesetzgeber diese Situation gemäß seiner staatlichen Schutzpflicht aufzulösen und Rechtssicherheit zu schaffen.

Einige der betroffenen Betreiber haben sich in der Vergangenheit dazu entschlossen, ein Feststellungsverfahren vor der allein zur Beurteilung von Verkehrsmanagementmaßnahmen zuständigen Telekom-Control-Kommission zu beantragen, um Rechtssicherheit zu erhalten. Leider wurde auch diese Möglichkeit zuletzt durch ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs unterbunden.<sup>23</sup> Darin kam der VwGH zu dem Ergebnis, dass aufgrund der derzeitigen Rechtslage im TKG kein Feststellungsinteresse auf Seiten der Zugangsdiensteanbieter besteht. Begründet wird dies damit, dass in dem Verfahren nicht abschließend und für die Zukunft die Frage geklärt werden kann, ob ein Unterlassungsanspruch vorliegt und eine Sperrmaßnahme daher zulässig ist, da es im Nachhinein noch zu einer (möglicherweise anderslautenden) Entscheidung eines Zivilgerichts kommen kann. Der VwGH deutet jedoch an, dass er diese Situation selbst als wenig zufriedenstellend erachtet, sondern es sich lediglich um eine Konsequenz des derzeitigen gesetzlichen Regelungssystems handelt.<sup>24</sup>

Als Ausweg besteht nun die Möglichkeit, im Rahmen des TKGs selbst ein entsprechendes Verfahren festzulegen, durch welches das Feststellungsinteresse gesetzlich festgelegt wird. Da zur Beurteilung der Frage ob eine Zugangssperre unter den Gesichtspunkten der VO 2015/2120 zulässig ist ausschließlich die TKK zuständig ist,<sup>25</sup> ist es naheliegend, das entsprechende Verfahren auch weiterhin bei dieser Behörde anzusiedeln. Zwar ist auch die Klärung eines zivilrechtlichen Anspruchs wie etwa eines urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs als Vorfrage notwendig, jedoch obliegt die Beurteilung, ob die technische Umsetzung der Sperre verhältnismäßig ist, ausschließlich der TKK. Ein Feststellungsantrag an ein Zivilgericht ist nicht ausreichend, da es das Interesse an der Feststellung, ob die Sperre im Einklang mit der VO 2015/2120 ist nicht vollumfänglich abdeckt. Das Zivilgericht würde hinsichtlich einer Sperre nur über den zivilrechtlichen Anspruch als Vorfrage und nicht über die Hauptfrage entscheiden. Es ist zudem dabei nur an das Vorbringen der involvierten Parteien gebunden. Öffentliche Interessen sowie das Interesse aller Endnutzer bleiben in einem zivilgerichtlichen Verfahren unberücksichtigt, wenn sie von keiner Verfahrenspartei in das Verfahren

---

<sup>23</sup> VwGH Ro 2020/03/0014 0

<sup>24</sup> Ibid. Rz 75 - 77

<sup>25</sup> Vgl. Art 5 VO 2015/2120

eingebraucht werden. Nur eine Verwaltungsbehörde ist in der Lage diese Interessen in einer Gesamtschau mit den Interessen der Verfahrensparteien abzuwägen. Weiters sprechen auch verfahrensökonomische Gründe für ein Verfahren bei der TKK. Die Entlastung der Zivilgerichtsbarkeit ist hier ebenso als positiver Nebeneffekt zu erwähnen.

Erst zuletzt wurde im Rahmen des Verbraucherbehördenkooperationsgesetzes in dessen §7b eine gesetzliche Lösung in dieser Spezialmaterie gefunden, welche die TKK in der geforderten Form bei der Anordnung von Zugangssperren miteinbindet.<sup>26</sup> Auch in den Erläuternden Bemerkungen des erst kürzlichen beschlossenen „Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetzes“ stellt der Gesetzgeber in den EB zu § 20 Abs. 3 ABGB ausdrücklich fest, dass von der Regelung von Zugangssperren Abstand genommen wird, bis diese in Einklang mit den Vorgaben der Netzneutralität gebracht wurden.<sup>27</sup> Es ist daher unverständlich, dass der Gesetzgeber der impliziten Forderung nach einem solchen Verfahren in einem soeben beschlossenen Gesetz nicht nachkommen möchte.

Die ISPA fordert daher den Gesetzgeber dazu auf, ein entsprechendes Verfahren im Rahmen des TKGs vorzusehen und endlich Rechtssicherheit zu schaffen.

#### Vorschlag für den konkreten Verfahrensablauf

- 1) Der Rechteinhaber mahnt den Provider gemäß einer Spezialnorm, etwa § 81 Abs. 1a UrhG ab und gibt an, eine bestimmte Webseite sei strukturell rechtswidrig iSd EuGH Judikatur.<sup>28</sup>
- 2) Der Provider kann innerhalb eines Monats nach Zugang der Abmahnung einen Feststellungsantrag an die TKK stellen zur Beurteilung ob die Ausnahmebestimmung iSd Art 3 Abs. 3 TSM-VO erfüllt ist und eine Verkehrsmanagementmaßnahme daher zulässig ist. Eine Sperre wird faktisch nicht durchgeführt. Jedoch muss der Provider im Antrag spezifizieren, in welcher Form die Sperre durchgeführt werden würde, falls die TKK den Anspruch des Rechteinhabers und somit das Vorliegen der Ausnahmebestimmung bejaht.
- 3) Für die Dauer von einem Monat nach erfolgter Abmahnung sowie durch die Einbringung des Feststellungsantrags wird der Unterlassungsanspruch des Rechteinhabers gehemmt.
  - a. Der Anspruch bleibt dem Grunde nach bestehen, die gerichtliche Geltendmachung wird jedoch vorübergehend gehemmt.
  - b. Möchte der Rechteinhaber den Provider auf Unterlassung klagen, kann dieser eine rechtshemmende Einwendung erheben.
- 4) Falls der Provider nicht binnen eines Monats einen Feststellungsantrag an die TKK stellt, kann der Rechteinhaber weiterhin den Zivilrechtsweg beschreiten.
- 5) Im Zuge der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Zugangssperre hat die TKK den zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch als Vorfrage zu prüfen. Dieser kann von der Behörde entweder selbst beurteilt werden (idR bei offensichtlicheren Fällen z.B. Klonseiten) oder die Behörde setzt das Verfahren aus und stellt von Amtswegen einen Antrag an das zuständige

<sup>26</sup> Bundesgesetz, mit dem das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz, das Telekommunikationsgesetz 2003 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden 409 d.B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP

<sup>27</sup> Bundesgesetz, mit dem Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden (Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetz – HiNBG), 481 d.B. zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP

<sup>28</sup> EuGH C-314/12 UPC Telekabel/Constantin Film Verleih



Zivilgericht zur Klärung dieser Frage. Im Rahmen des Feststellungsverfahrens kann sowohl der Rechteinhaber als auch der Betreiber der Webseite zur Sache vorbringen.

- 6) Anschließend prüft die TKK als zweite Voraussetzung, ob die technische Umsetzung der im Antrag spezifizierten Sperre ebenfalls konform mit den Vorgaben in Art 3 VO 2015/2120 ist.
- 7) Sofern auch das bejaht wird, entscheidet die TKK mit Feststellungsbescheid, dass die Einrichtung einer Zugangssperre in diesem Fall zulässig ist.
- 8) Der Provider ist aus dem Feststellungsbescheid heraus nicht verpflichtet zu sperren. Da jedoch festgestellt wurde, dass die Sperre zulässig wäre und daher kein Haftungsrisiko mehr besteht, wird er diese in der Regel umgehend umsetzen. Denn wenn der Provider nicht sperrt riskiert er jedenfalls die Verfahrenskosten aus einem anschließenden Zivilverfahren zu tragen.
- 9) Der Rechteinhaber kann auch im Anschluss an den Feststellungsbescheid weiterhin eine Unterlassungsklage einbringen. Sofern jedoch die zivilrechtliche Vorfrage negativ entschieden worden ist, ist es unwahrscheinlich, dass er Erfolg hat.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA - Internet Service Providers Austria



Mag. Charlotte Steenbergen

Generalsekretärin

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.