Österreichischer Städtebund

Rathaus, 1082 Wien

Telefon +43 (0)1 4000 89980
Fax +43 (0)1 4000 7135
post@staedtebund.gv.at
www.staedtebund.gv.at

DVR 0656097 | ZVR 776697963

Unser Zeichen:
70-01-(2020-1788)

bearbeitet von:
Dr. Sallmann | Hanna Zeiner

elektronisch erreichbar:
ronald.sallmann@staedtebund.gv.at

BMLRT - IV/1
(Abt. Allgemeine Angelegenheiten - Telekom und Post)

per E-Mail:
tkp-begutachtung@bmlrt.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, 10. Februar 2021
2020-0.482.482 - Telekommunikationsgesetz; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Städtebund nimmt zum oben genannten Entwurf wie folgt Stellung:

Artikel 1: Erlassung eines TKG 2020

§ 4 Z 4 (Begriffsbestimmung „Kommunikationsdienste“):

Nach der derzeitigen Rechtslage bestanden bisher keine Anhaltspunkte dafür, die Städte und Gemeinden als Betreiberin eines Kommunikationsdienstes bzw. als Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsdienstes im Sinne des TKG 2003 zu qualifizieren: Es fehlte grundsätzlich an der vom TKG 2003 geforderten „Gewerblichkeit“ bzw. in vielen Fällen auch an der „Öffentlichkeit “der von den Kommunen betriebenen Dienste.

Der nun vorliegende Gesetzesentwurf enthält – der RL (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EECC) folgend – in § 4 Z 4 eine neue Definition von „Kommunikationsdiensten“. Dabei ist zu begrüßen, dass die Ausnahme für „geringfügige Nebendienstleistungen“ nunmehr explizit in die Definition des § 4 Z 4 aufgenommen wurde. Die im

Entwurf enthaltene Definition stellt grundsätzlich auf die „Entgeltlichkeit“ der jeweiligen Leistung ab. Während nach dem Gesetzestext jedoch Kommunikationsdienste gewöhnlich gegen Entgelt erbracht werden müssen, um von der Begriffsbestimmung umfasst zu sein, sprechen die Erläuternden Bemerkungen zu § 4 Z 4 explizit davon, dass ein Kommunikationsdienst gegen Entgelt erbracht werden muss. Weiter unten führen die Erläuternden Bemerkungen zu § 4 Z 4 wiederum aus: „Der Umstand, dass Entgeltlichkeit in der Begriffsbestimmung des „Internetzugangsdienste“ im Sinne der Begriffsbestimmung des Art. 2 Abs. 2 Nummer 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 keine Voraussetzung darstellt, ist unproblematisch, da Internetzugänge gewöhnlich immer entgeltlich erbracht werden. Internetzugänge, die im Einzelfall kostenfrei zugänglich sind, sind somit auch von der Begriffsdefinition umfasst. Somit wäre z. B. Gratis-WLAN einer Kommune auch ein Kommunikationsdienst.“

Es wird um Klarstellung ersucht, ob der Gesetzgeber hier tatsächlich beabsichtigt – abweichend von der bisherigen Rechtslage – die unentgeltlichen WLAN-Zugänge der Kommunen dem TKG zu unterwerfen!

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Erwägungsgrund 16 des EECC den Wortlaut „in der Regel gegen Entgelt“ dahingehend definiert, dass dieser auch jene Fälle umfassen soll, bei denen der Endnutzer als Bedingung für den Zugang zu dem Dienst einer Werbung ausgesetzt ist, oder Fälle, in denen der Dienstanbieter die von ihm gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 erhobenen personenbezogenen Daten monetisiert. Daraus kann man ableiten, dass gänzlich unentgeltliche Dienste gerade nicht erfasst sein sollen.

§ 4 Z 36 (Begriffsbestimmung „Anbieter“):
Nach dieser Begriffsbestimmung ist ein Anbieter ein Unternehmen, das einen Kommunikationsdienst öffentlich anbietet.

Hinsichtlich jener Dienste von Kommunen, die jedenfalls nicht „jedermann“ zur Verfügung stehen, geht der Österreichische Städtebund nach wie vor davon aus, dass diese mangels Öffentlichkeit aufgrund der vorgenannten Definition nicht als Anbieter von öffentlichen Kommunikationsdiensten zu qualifizieren sind. Insbesondere in Zusammenhang mit dem unentgeltlichen WLAN, welches in vielen kommunalen Einrichtungen wie Rathäusern, Schulgebäuden, Sportstätten und anderen zentralen Plätzen angeboten wird, wird davon

ausgegangen, dass es sich hierbei nach wie vor um keine öffentlichen Leistungen handelt.

Sollten die gesetzlichen Bestimmungen jedoch dahingehend auszulegen sein, dass die in konkreten Einrichtungen und gemäß der Hausordnung als Nebenleistung gewährten Internetzugänge als „öffentlich“ einzustufen wären, so wird der Gesetzgeber ersucht klarzustellen, dass solche Kommunikationsdienste der Kommunen (egal welcher Art, sei es Maschine-Maschine-Kommunikation, Internetzugangsdienste oder auch interpersonelle Kommunikationsdienste), die nicht den wesentlichen „Geschäftszweck“ darstellen, als geringfügige Nebendienstleistungen zur sonstigen Aufgabe der Verwaltung und damit gemäß § 4 Z 4 nicht als Kommunikationsdienst im Sinn des TKG zu werten sind (vgl. dazu auch Erwägungsgrund 138 des EECC).

Aber auch die rechtliche Bewertung jener öffentlichen WLAN-Hotspots, die – anders als z. B. in Schulen – nicht mit einem anderen Vertrag oder einer sonstigen Leistung verbunden sind und die nicht nur einem begrenzten Personenkreis, sondern der breiten Öffentlichkeit angeboten werden, ist aufgrund der bereits oben angeführten Passage der Erläuternden Bemerkungen zu § 4 Abs. 4 aber auch aufgrund weiterer unklarer Bestimmungen, wie § 8 des Entwurfes, insgesamt unklar.

Aufgrund dieser bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der telekommunikationsrechtlichen Einstufung der öffentlichen WLANs der Städte und Gemeinden wird um Klarstellung ersucht, welche Pflichten einer Kommune zukommen, wenn diese ein unentgeltliches öffentliches WLAN-Netz im Sinne eines Internetzuganges gemäß Art. 2 Abs. 2 Z 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 betreibt.

Es sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass bei Anwendbarkeit der Pflichten nach dem 14. Abschnitt des Entwurfes für die Kommunen, insbesondere bei Anwendbarkeit der Pflicht zur Auskunftserteilung an die Sicherheitsbehörden, sich die Kommunen de facto gezwungen sähen, das Anbieten eines öffentlichen WLAN an Marktanbieter auszulagern, die über die für die Erfüllung dieser Pflichten notwendigen Kapazitäten verfügen.

Es darf an dieser Stelle auch auf die Umsetzung des EECC im deutschen TKG – insbesondere auf § 111 – verwiesen werden, und hier insbesondere darauf, dass

in dieser Regelung nur „geschäftsmäßige Telekommunikationsdienste“ einem Auskunftsersuchen der Sicherheitsbehörden nachkommen müssen.

§ 4 Z 63 (Begriffsbestimmung „öffentliches Eigentum“):
Gemäß § 4 Z 63 des Entwurfs zählen Liegenschaften, einschließlich Gebäude, Gebäudeteile und sonstige Baulichkeiten sowie Objekte, die im Eigentum von Rechtsträgern stehen, die ihrerseits im Eigentum von Gebietskörperschaften stehen, zum „öffentlichen Eigentum“. In § 5 Abs. 7 TKG 2003 heißt es nach der derzeitigen Rechtslage hingegen: „… die im ausschließlichen Eigentum von Gebietskörperschaften stehen“.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage – grundsätzliche alle Liegenschaften, welche im Eigentum eines Rechtsträgers stehen, an dem eine Gebietskörperschaft (auch nur teilweise) direkt oder indirekt beteiligt ist, „öffentliches Eigentum“ i.S.d. TKG 2020 sind.

§ 6 Abs. 2 (Anzeigepflicht):
In den Erläuterungen zu § 6 Abs. 2 wird ausgeführt, dass die Regulierungsbehörde zwecks Identitätsüberprüfung Nachweise, wie etwa auch einen „Gewerberegisterauszug“, verlangen kann. Im Hinblick auf die Ablösung der vormals dezentralen Gewerberegister durch das bundeseinheitliche Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) im März 2015 wäre der Begriff „Gewerberegisterauszug“ an die geltende Rechtslage anzupassen und durch „GISA-Auszug“ bzw. „Auszug aus dem GISA“ zu ersetzen. Zudem darf darauf hingewiesen werden, dass die Abfrage des GISA hinsichtlich der gewerberechtlichen Daten, über die jedermann Auskunft zu erteilen ist, kostenlos und ohne Registrierung unter https://www.gisa.gv.at/abfrage möglich ist.

§ 8 (Zugang zu lokalen Funknetzen):
Art 56 des EECC, welcher den Zugang zu lokalen Funknetzen regelt, ist nur auf Betreiber bzw. Anbieter öffentlicher und ausschließlich entgeltlicher Leistungen anzuwenden. Es wird angeregt zu überprüfen, ob dieser Artikel 56 in § 8 des gegenständlichen Entwurfes auch richtlinienkonform umgesetzt wurde.

§ 29 Abs. 1 (Betrieb von Funkanlagen zur technischen Erprobung):
Mittels dieser Bestimmung können auf Antrag die Errichtung und der Betrieb

von Funkanlagen zum Zweck der technischen Erprobung bewilligt werden, wenn dagegen aus technischer Sicht keine Bedenken bestehen, besonders, wenn Störungen anderer Kommunikationseinrichtungen nicht zu erwarten sind. Betont wird bei dieser Formulierung die Störung anderer Kommunikationseinrichtungen, allerdings könnten auch andere (bau)technische und gesundheitliche Abwägungen zu bedenken sein, wie beispielsweise Standfestigkeit, Strahlungsintensität u. Ä. Ob diese Fälle der Beurteilung mitumfasst sind, könnte zu verschiedenen Auslegungen in der Praxis und zu Rechtsunsicherheit führen, weshalb eine Klarstellung wünschenswert wäre. Eine landesgesetzliche Kompetenz zur Beurteilung gesundheitlicher Belange ist jedenfalls nicht gegeben (vgl. z. B. VwGH 28.2.2006, 2006/06/ 0017).

§ 31 Abs. 2 (Verwendung von Funkanlagen und Endeinrichtungen):
Auch wenn die Verweise auf die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und das Datenschutzgesetz (DSG) den Erläuterungen nach nur Hinweise sein sollen, so sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass die genannten Rechtsvorschriften vollständig unabhängig gelten und vollumfänglich einzuhalten sind.

§ 34 Abs. 5a (Zeitplan für das Außerkrafttreten von Funkanlagen-Bewilligungen):
Der Entwurf sieht in § 34 Abs. 5a (korrelierend zum jetzigen § 133 Abs. 16) vor, dass die Bundesministerin für LRT einen Zeitplan hinsichtlich des Außerkrafttretens von unbefristeten Bewilligungen zur Errichtung und zum Betrieb von Funkanlagen zu erlassen hat. Dabei ist nach dem Wortlaut der Bestimmung Bedacht zu nehmen auf die Gesamtanzahl der unbefristet erteilten Bewilligungen, die je nach Frequenzbereich, Verwendungszweck und Einsatzzweck sich ergebende wirtschaftliche Bedeutung der Funkanwendung und andere Aspekte, deren Beachtung einen Ersatz durch befristete Bewilligungen unter möglichster Schonung erworbener Rechte sicherstellt. Diese Regelung wird nach wie vor begrüßt, jedoch ist neuerlich anzumerken, dass bei der Erstellung dieser Verordnung die Berücksichtigung der Interessen von Daseinsvorsorgeunternehmen wie z. B. der Wiener Linien essenziell sein wird.

§ 51 Abs. 1 (Leitungsrechte):
In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung wird ausgeführt, dass für die Anbringung der Funkanlagen auf eigenem Eigentum ausschließlich

funktechnische Beschränkungen oder solche, die die Statik, das Ortsbild oder den Denkmalschutz betreffen, bestehen. Die in § 51 Abs. 1 genannten Funkanlagen/Leitungsrechte umfassen ausschließlich Rechte an fremdem Eigentum und stellen daher eine Eigentumseinschränkung dar. Anhand teleologischer Auslegung ist davon auszugehen, dass jene Beschränkungen, welche auf eigenem Eigentum gelten, auch bei Funkanlagen auf fremdem Eigentum Anwendung finden. Die beabsichtigte Ausgestaltung der Überprüfung der Beschränkungen im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens wäre für Behörden vor allem im Hinblick auf die bautechnischen Aspekte (wie beispielsweise Statik) von hoher Relevanz.

§ 53 (Leitungsrechte an öffentlichem Eigentum):
Leitungsberechtigte sollten nur dann das Leitungsrecht an im öffentlichen Eigentum stehenden Liegenschaften in Anspruch nehmen dürfen, wenn die Aufgaben der auf diesen Liegenschaften allenfalls bereits tätigen Netzbereitsteller nicht beeinträchtigt werden: der Betrieb darf nicht gestört oder gänzlich unmöglich gemacht werden und es darf auch kein begründeter Eigenbedarf zu erwarten sein.

Da zu erwarten ist, dass der Bedarf an Leitungsrechten weiter steigen wird, muss sichergestellt werden, dass das dafür zu zahlende Entgelt die marktüblichen Konditionen widerspiegelt und die Wertminderung der eingeschränkten Nutzung sowie sonstige Aufwände des belasteten öffentlichen Eigentümers aus der Inanspruchnahme, z. B. Planungskosten o.Ä., gedeckt sind. Dies muss im Rahmen der Wertminderungs-Richtsätze-Verordnung garantiert werden. Die aktuellen Richtsätze der WR-V 2019 müssen demnach um ein Vielfaches erhöht werden, um diesem Anspruch gerecht zu werden.

Es bedarf auch einer Regelung, dass die Kosten zur Evaluierung, ob ein Leitungsrecht tatsächlich in Anspruch genommen werden kann, vom Antragssteller gedeckt werden müssen (bspw. Prüfungskosten, Planungskosten). Auch im Falle einer negativen Anfragebeantwortung müssen die Kosten vom Antragsteller getragen werden.

Zu dem in § 53 Abs. 1 und 2 TKG 2020 (vormals § 5 TKG 2003) vorgesehenen Begriff der „unwesentlichen dauernden Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung“ wird angemerkt, dass durch diese Formulierung nicht immer der Schutzzweck der Norm erreicht wird. Praktisch ist es möglich, dass eine andere

rechtmäßige Nutzung als die gewidmete Nutzung vorliegt; zum Beispiel eine Wiese auf Bauland. Durch die derzeitige Textierung wäre nur der Schutz der Nutzung als Bauland, nicht jedoch der Wiese gegeben. Es wird daher angeregt, das Wort „widmungsgemäß“ zu streichen und eventuell durch das Wort „rechtmäßig“ zu ersetzen.

Gemäß § 53 Abs. 6 des Entwurfs ist bei öffentlichem Eigentum, an welchem direktes oder indirektes privates Miteigentum besteht, bei der Auferlegung von Zwangsrechten eine Abwägung des öffentlichen Eingriffsinteresses gegen das Privateigentum vorzunehmen. In diesem Zusammenhang wird um Klarstellung in den Erläuterungen ersucht, welche privaten Interessen dem öffentlichen Interesse am „Ausbau einer modernen Kommunikationsinfrastruktur“ gegenüberstehen können. Weiters sollte klargestellt werden, ob es bei der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und den privaten Interessen auch darauf ankommt, in welchem Ausmaß eine Gebietskörperschaft an einem Rechtsträger, der Eigentümer einer Liegenschaft ist, beteiligt ist.

§ 54 Abs. 1 (Leitungsrechte an öffentlichem Gut):
Durch § 4 Z 63 des Entwurfes wird der Begriff des öffentlichen Eigentums neu definiert und zwar nunmehr als Liegenschaften, einschließlich Gebäude, Gebäudeteile und sonstige Baulichkeiten, sowie Objekte, die im Eigentum von Gebietskörperschaften oder von Rechtsträgern stehen, die ihrerseits im Eigentum von Gebietskörperschaften stehen. Ausgenommen sind ausdrücklich Liegenschaften, die zum öffentlichen Gut im Sinne von § 54 Abs. 1 gehören. Im Entwurf findet sich dazu an der zitierten Gesetzesstelle folgender Text: „… öffentlichem Gut, wie Straßen, Fußwege oder öffentliche Plätze und den darüber liegenden Luftraum“. In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert, den Begriff des öffentlichen Guts zu präzisieren bzw. in den Erläuterungen festzuhalten, auf welche Umstände es bei der Beurteilung ankommt, beispielsweise ob die Widmung bzw. Eintragung im Grundbuch maßgeblicher Faktor ist oder ob (auch) auf die tatsächliche Nutzung abgestellt wird.

§ 55 (Richtsätze für die Wertminderung durch Leitungsrechte):
Es wird angeregt, den vorletzten Satz „Die Verordnung ist regelmäßig zu überprüfen.“ wie folgt zu präzisieren: „Die Verordnung ist regelmäßig, mindestens jedoch einmal im Jahr zu überprüfen“.

§ 56 Abs. 2 (Recht zu Ausästungen):
Nach dieser Bestimmung kann der Berechtigte vom Belasteten Durchschläge durch geschlossene Waldungen verlangen, „wenn sich keine andere wirtschaftliche Möglichkeit der Leitungsführung ergibt". Hierzu wird angeregt zu prüfen, ob das Abstellen auf die Wirtschaftlichkeit der Leitungsführung ein zweckmäßiges Mittel darstellt. Einerseits spielen bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeit eine Vielzahl von variablen Faktoren eine Rolle, andererseits wird dem Eigentümer der belasteten Liegenschaft eine nicht unerhebliche Last auferlegt.

§§ 60ff (Mitbenutzungsrechte):
Die vorgesehenen Mitbenutzungsrechte, insbesondere an für Kommunikationslinien nutzbaren Infrastrukturen und Anlagen (§ 60) sowie an physischen Infrastrukturen von Netzbereitstellern (§ 61) wird äußerst kritisch gesehen. Es bedarf klarer Definitionen, was unter „wirtschaftlich zumutbar und technisch vertretbar" zu verstehen ist, sowie definierter Ausschlussgründe für Mitbenutzungsrechte.

Leider fehlt im vorliegenden Entwurf des TKG ein Verweis auf den Schutz kritischer Infrastrukturen nach dem Netz- und Informationssystem-sicherheitsgesetz – NISG. Auf das „Österreichische Programm zum Schutz kritischer Infrastrukturen" (APCIP) wird im gegebenen Zusammenhang ebenfalls verwiesen.

Es muss im TKG explizit geregelt werden, dass im Falle der Nutzung bestehender kommunikationsferner kritischer Infrastruktur der Zugang nur unter Einhaltung aller gesetzlichen, betrieblichen und sicherheitsrelevanten Vorgaben möglich ist und aus wichtigen Gründen vom Eigentümer oder Nutzungsberechtigten ohne expliziten Nachweis untersagt werden kann (vgl. Art. 3 der RL 2014/61/EU sowie §§ 2 i.V.m. 16 Abs. 4 Z 1 NISG). Dazu zählt insbesondere kritische Infrastruktur zur Strom-, Gas- und Wärmebereitstellung bzw. zum Betrieb des öffentlichen Verkehrs, zu der aus ArbeitnehmerInnen-schutzgründen, aus Gründen der Betriebsreserve und aufgrund von Sicherheitsbedenken kein Zugang gewährt werden kann.

Von immenser Wichtigkeit wäre die Normierung eines weiteren, expliziten Ausschlussgrundes, nämlich die Möglichkeit der Geltendmachung sicherheitsrelevanter Aspekte in Zusammenhang mit kritischer Infrastruktur.

Konkret darf in diesem Zusammenhang auf Art. 3 Abs. 3 lit. d der RL 2014/61/EU verwiesen werden, wonach als Kriterien einer Zugangsverweigerung unter anderem die Gründe der Integrität und Sicherheit bereits bestehender Netze, insbesondere nationaler kritischer Infrastrukturen, angeführt sind!

In diesem Zusammenhang wird die Beibehaltung jener Regelung, dass Netzbereitsteller bestimmte Standorte und Leitungswege bezeichnen können, bei deren Inanspruchnahme die Gefahr einer Störung oder Zerstörung droht, welche Auswirkungen auf Leben oder Gesundheit von Menschen haben (vgl. § 80 Abs. 3 des Entwurfes), ausdrücklich begrüßt. Genau aus den gleichen Gründen muss dann aber auch eine Inanspruchnahme dieser Standorte und Infrastrukturen verweigert werden können.

Generell muss sichergestellt werden, dass die Kosten zur Evaluierung, ob eine Mitbenutzung gewährt werden kann, vom Antragssteller gedeckt werden (bspw. Prüfungskosten, Planungskosten, Gutachtenskosten). Auch im Falle einer negativen Anfragebeantwortung müssen die Kosten vom Antragsteller getragen werden.

§ 66 Abs. 1 (Gemeinsame Bestimmungen für Mitbenutzungsrechte):
Bei der Gewährung von Mitbenutzungsrechten ist gemäß § 66 Abs. 1 die Freihaltung von Kapazitäten (für Eigenbedarf) im nachgewiesenen Umfang angemessen zu berücksichtigen. Der vorgesehene Nachweis der Erforderlichkeit der Freihaltung von Kapazitäten in einem bestimmten Umfang ist jedoch nahezu unmöglich, da die zukünftige technische Entwicklung und die dafür erforderlichen Ressourcen allerhöchstens geschätzt, nicht jedoch nachgewiesen, werden können.

§ 69 Abs. 2 (Nachfrage und Antrag):
Grundsätzlich sind für alle Handlungen von Verpflichteten im TKG 2020 Fristen von 4 Wochen vorgesehen. In § 69 Abs. 2 ist jedoch eine Frist von einem Monat vorgesehen. Um Missverständnisse über Fristenläufe zu vermeiden wird angeregt, die Fristen einheitlich zu gestalten.

§ 70 (Bauvorhaben von geringer Bedeutung):
In den Erläuterungen sollte näher definiert werden, was unter „Bauvorhaben von geringer Bedeutung“ zu verstehen ist.

§§ 71ff (Zugang zu Mindestinformationen):
Diese Verpflichtung der Netzbereitsteller zur Offenlegung ihrer Anlagen und Leitungen ist vor dem Hintergrund der kritischen Infrastruktur als problematisch zu sehen. Es fehlt eine Bestimmung im TKG 2020, die die kritische Infrastruktur von der Transparenzregelung gänzlich ausnimmt (vgl. dazu auch Art. 4 Abs. 7 RL 2014/61/EU). Konsequenterweise wäre auch § 4 Abs. 4 ZIS-V 2019 anzupassen, wonach dem Netzbereitsteller lediglich erlaubt ist, einzelne Standorte und Leitungswege als „sensible Infrastruktur“ zu markieren. Die Pflicht der Netzbereitsteller zur Einmeldung sensibler (und damit kritischer) Infrastruktur sollte gänzlich entfallen.

§ 77 (Datenverwendung):
§ 77 TKG 2020 stellt einen enormen Eingriff in die Geschäftsfreiheit von Unternehmen dar. Es ist nicht nachvollziehbar, warum eine Weitergabe bestimmter Informationen auch zwischen Abteilungen desselben Unternehmens unzulässig sein soll. Die Weitergabe bestimmter Informationen innerhalb des Unternehmens (ausführende Abteilungen), an verbundene (Tochter- oder Schwestergesellschaften) oder im Auftrag tätige Unternehmen (Subunternehmer) ist unerlässlich, um eine entsprechende Projektbeurteilung und -planung vornehmen zu können. Ohne die Weitergabe dieser Informationen an die ausführenden Abteilungen und/oder Unternehmen kann der Ablauf wie im TKG vorgesehen (z. B. schriftliche Anfrage unter Beigabe einer Planskizze) nicht eingehalten werden. Insbesondere die Weitergabe solcher Informationen an andere Abteilungen oder Tochterunternehmen ist in der Mehrheit der Fälle die Voraussetzung für eine erfolgreiche Projektrealisierung.

§ 77 Abs. 2 begründet eine Verpflichtung der Beteiligten, Vereinbarungen über Infrastrukturrechte der Regulierungsbehörde auf deren begründetes Verlangen vorzulegen. Die Erläuterungen nennen als Gründe für ein derartiges Verlangen „die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen oder systemischen Überprüfung der Einhaltung von Rechten und Pflichten oder die Vorbereitung der Erlassung von Verordnungen“. Diese Interpretation ist verfassungsmäßig bedenklich, da sie der Regulierungsbehörde ein willkürliches Vorgehen erlauben will.

§ 77 Abs. 3 kann nur als reine Zielbestimmung verstanden werden, insofern sind hier die Erläuterungen, die darin eine „Bemühungspflicht“ sehen wollen, nicht nachvollziehbar.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass z. B. auch gemäß Erwägungsgrund 39 der RL 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, die genannte Richtlinie von den Mitgliedstaaten im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen der Europäischen Union, die insbesondere mit der EU-Grundrechtecharta anerkannt wurden, vor allem mit dem Recht auf Privatsphäre und dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen, dem Recht auf unternehmerische Freiheit, dem Recht auf Eigentum und dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, anzuwenden ist. Auch mit der Umsetzung des EECC sollte nicht gegen die vorgenannten Grundsätze verstoßen werden. § 77 des Entwurfes steht nicht im Einklang mit den genannten Rechten und Grundsätzen. Es wird daher die Streichung des § 77 vorgeschlagen.

§ 80 (Zentrale Stelle für Infrastrukturdaten):
Es wird angeregt, den Begriff „regelmäßig“ in Abs. 1 durch Angabe eines konkreten Aktualisierungsintervalls zu präzisieren.

§ 80 Abs. 3 sieht nun für Netzbereitsteller verpflichtend eine Einmeldung von Daten, die nicht elektronisch verfügbar sind, unverzüglich (keine 2-Jahresfrist mehr) nach Inkrafttreten des Gesetzes bei der RTR vor. Für kommunale Infrastruktur-Unternehmen, die im Regelfall auf einen langen Bestandszeitraum zurückblicken, ist dies kaum durchführbar und würde zu erheblichen Mehrkosten (z. B. Personalaufwand, Hard- und Softwarekosten etc.) und Mehraufwand führen. Es ist außerdem nicht nachvollziehbar, weshalb die Verwaltungsstrafe bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung in § 188 Abs. 4 des Entwurfes von einer schon jetzt beträchtlichen Summe von 37.000 auf 50.000 Euro erhöht werden soll.

Die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass das Interesse von Telekommunikationsnetzbereitstellern an Bauvorhaben von Netzbereitstellern eher gering ist. Die Einmelde-Verpflichtung auch von Bauvorhaben nach § 80 Abs. 4 des Entwurfes ist aus Sicht des Österreichischen Städtebundes daher wenig praktikabel und bedeutet einen unverhältnismäßig hohen organisatorischen Aufwand.

Hinsichtlich kritischer Infrastrukturen wird § 80 Abs. 3 aus den bereits oben zu §§ 71ff festgehaltenen Gründen grundsätzlich abgelehnt.

§ 129 Abs. 3 (Informationspflichten für Verträge):
Die Ausweitung bestimmter Nutzerschutzrechte auf Klein- und Kleinstunternehmen erscheint als überschießende Umsetzung des EECC. Insbesondere der Verweis auf die europäische Nomenklatur der Klein- und Kleinstunternehmen führt dazu, dass 98,8 % aller österreichischen Unternehmen einen erhöhten Nutzerschutz genießen könnten. Es könnte sogar der Fall eintreten, dass der „geschützte Nutzer" ein größeres Unternehmen ist als der Telekombetreiber selbst. Das österreichische Verbraucherrecht sieht vor, Konsumenten i.S.d. KSchG auf Grund eines erhöhten Schutzbedürfnisses und einer geringeren Verhandlungsmacht gegenüber ihren Vertragspartnern zu schützen. Durch die Ausweitung auf Klein- und Kleinstunternehmen (insbesondere nach der europäischen Definition) wird dieses Grundprinzip des Verbraucherschutzes ad absurdum geführt und eine gänzlich neue schützenswerte Nutzergruppe gesetzlich definiert.

§ 135 Abs. 7 (Vertragslaufzeit und Kündigung):
Die hier vorgesehene Verpflichtung der Telekomanbieter, ihre KundInnen einmal jährlich anhand ihres Nutzungsverhaltens im vergangenen Jahr über den bestmöglichen Tarif zu informieren, stellt einen immensen technischen, vertrieblichen und bürokratischen Aufwand dar und ist mit enormen Kosten verbunden. Die hochgradige Verarbeitung der Nutzerdaten sowie die Analyse des Nutzverhaltens ist außerdem aus datenschutzrechtlicher Sicht höchst bedenklich und mit dem Recht auf Schutz der Privatsphäre schwer in Einklang zu bringen. Aus dem Gesetzestext geht nicht klar hervor, wie die konkrete Verpflichtung von Telekomanbietern umgesetzt werden soll. Es sollte ausreichen, jedem Kunden/jeder Kundin einmal jährlich ein standardisiertes Produktblatt aller angebotenen Tarife zukommen zu lassen.

§ 165 Abs. 3 (Datenschutz - Allgemeines):
Mit dieser Bestimmung soll – wie bereits durch die inhaltsgleiche Vorgängerbestimmung des § 96 Abs. 3 TKG 2003 – die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002, ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37 i.d.g.F. über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation

(Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) umgesetzt werden. Diese Umsetzung war schon bisher und ist auch im vorliegenden Entwurf aus folgenden Gründen unionsrechtswidrig:
§ 165 Abs. 3 knüpft nur an Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste und Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft im Sinne des § 3 Z 1 E-Commerce-Gesetz, BGBl. I Nr. 152/2001, an. Viele Website-BetreiberInnen, die nicht in den Anwendungsbereich des E-Commerce-Gesetzes fallen und die mit dem Betrieb ihrer Website zudem auch nicht als öffentlicher Kommunikationsdienst anzusehen sind, unterliegen daher überhaupt keinen Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG. Ein direktes Verweisen auf die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z 2 Notifikationsgesetz 1999 anstelle des Verweises auf § 3 Z 1 E-Commerce-Gesetz würde dieses Problem beseitigen.

Weiters gilt die Bestimmung des § 165 Abs. 3 TKG 2020 im Gegensatz zur Richtlinie 2002/58/EG nicht für „die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind“ (vgl. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG i.d.g.F), sondern nur für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Mittlerweile ist durch den EuGH (C-673/17) ausjudiziert, dass es auf die Verarbeitung personenbezogener Daten bei den Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, nicht ankommt. Es reichen daher nicht-personenbezogene Informationen, so wie sie üblicherweise in Cookies zu finden sind. Das in § 165 Abs. 3 TKG 2020 Geregelte widerspricht daher auch aus diesem Grund der Richtlinie 2002/58/EG.

Darüber hinaus greift die Bestimmung des § 165 Abs. 3 TKG 2020 in den Anwendungsbereich der unmittelbar anwendbaren und mit Anwendungsvorrang ausgestatteten Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ein, da die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste und Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft im Sinne des § 3 Z 1 E-Commerce-Gesetz generell dem Anwendungsbereich des § 165 Abs. 3 TKG 2020 unterworfen werden. Anders als die DSGVO sieht § 165 Abs. 3 TKG 2020 aber keine weiteren Rechtfertigungsgründe zur Datenverarbeitung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 DSGVO als lediglich die Einwilligung vor. Das Vorsehen bloß eines Rechtfertigungsgrundes im TKG 2020 steht somit im Widerspruch zu Art. 6 der unmittelbar anwendbaren DSGVO. Auch wenn man der Richtlinie 2002/58/EG einen weiteren Umsetzungsspielraum zugestehen

muss bzw. wenn man diese nur als Mindestharmonisierungsstand sieht, so darf die weiterreichende Umsetzung nicht dazu führen, dass andere unionsrechtliche Bestimmungen wie die DSGVO davon tangiert oder gar ausgehebelt werden. Auch die Kollisionsregel des Art. 95 DSGVO greift bei dieser Variante der Umsetzung nicht, da durch die generelle Festlegung von Verarbeitungen personenbezogener Daten durch Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste und Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft im Sinne des § 3 Z 1 E-CommerceGesetz der Regelungsbereich der Richtlinie 2002/58/EG verlassen wird. Die DSGVO sieht für eine derartige Regelung keine Öffnungsklausel vor.

Ich verbleibe mit dem Ersuchen um entsprechende Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

OSR Mag. Dr. Thomas Weninger, MLS Generalsekretär