

NEWSLETTER SEPTEMBER 2017

Datenschutzrecht	E- Privacy-VO – unzureichende Regeln für Telekommunikation und Internetdienste	2
Vertragsrecht	Vorsicht bei Vertragsstrafeklauseln in AGB	5
Breitbandentwicklung	Glasfaser-Rollout: Was sagt die OECD?	7
Service	Termine	10

Sie erreichen uns gerne mit Anfragen, Kritik und Anregungen unter newsletter@juconomy.de

E- Privacy-VO – unzureichende Regeln für Telekommunikation und Internetdienste

Der Entwurf zur e-Privacy-VO wird zurzeit insbesondere zur Frage der Regelung für Tracking- und Werbedienste sowie die Wirkung der Einwilligung diskutiert. Viel dringender stellt sich für die „klassischen“ Telekommunikations- und Internetdienste aber die Frage, ob der Entwurf ausreichende Regelungen für diese Dienste enthält oder einen kolossalen Rückschritt an Rechtsunsicherheit bedeutet. Die bisherigen Regelungen lassen letzteres befürchten.

Entwurf der Kommission

Die Europäische Kommission hat am 10.01.2017 den Entwurf für eine „Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation)“, kurz e-Privacy-VO, veröffentlicht (siehe hierzu auch *Schmitz*, ZRP 2017, 272).

Hierbei soll es zu einer Überprüfung und Erneuerung der Datenschutzregeln für diese TK-Dienste kommen und auch die Internetdienste einbezogen werden. Diese Regeln sollen auch gelten für Personen, die mithilfe elektronischer Kommunikationsdienste an Endnutzer gerichtete gewerbliche Direktwerbung betreiben („Werbedienste“) oder Informationen sammeln, die in Endeinrichtungen der Nutzer gespeichert werden oder sich auf diese beziehen (im Folgenden „Trackingdienste“).

Begrüßenswerte Spezialregelung

Es ist außerordentlich zu begrüßen, dass für den Bereich der Internetdienste spezielle Regelungen geschaffen werden, da die DS-GVO solche vermissen lässt. Es muss bezweifelt werden, dass die allgemeinen Regeln in Art. 6 DS-GVO eine sachgerechte und rechtssichere Antwort auf diese datenschutzrechtlichen Herausforderungen liefert, da die Erlaubnistatbe-

stände zu offen und abstrakt sind.¹ Es ist offenkundig, dass der Online-Abruf von Inhalten im Internet ein deutlich höheres Risiko für die Persönlichkeitsrechte des Nutzers darstellt.

Gleiches gilt für den Datenschutz bei Telekommunikationsdiensten, da diese ebenfalls eine besondere Risikolage für den Schutz der personenbezogenen Daten begründen und die Vertraulichkeit der Kommunikation zu Recht besonders geschützt ist. Entsprechend nimmt die EU-DS-GVO alle Dienste, die unter die bisheriger e-Privacy-RiLi fallen, nach Art. 95 DS-GVO von zusätzlichen Pflichten aus der DS-GVO aus.

Unzureichende Regelungen

Der Entwurf zur e-Privacy-VO bereits ist aus Sicht der klassischen TK- und Internetdienste bislang höchst unzureichend (siehe hierzu auch Schmitz, ZRP 2017, 272). Es fehlt bereits an einer zeitgerechten Umsetzung parallel zur DS-GVO sowie an der Klarheit und Transparenz der Regeln. Dies betrifft insbesondere die Abgrenzung zur DS-GVO, die Definitionen und die viel zu hohe Vielzahl von Dokumenten, die sich bislang jeder Nutzer zu einem Regelwerk zusammenfügen muss.

Zudem fehlen ausreichend konkrete und angemessene Regeln für die einzelnen Verarbeitungszwecke, wie insbesondere zu den Bestands- und Nutzungsdaten („Kommunikationsmetadaten“). Denn der Entwurf stellt hauptsächlich auf die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung ab. Dies ist aber nicht ausreichend, um rechtssicher die Details der Datenverarbeitung bei Nutzung und Abrechnung zu regeln.

Einige wichtige Beispiele hierzu für TK-Dienste:

- Regelungen für Bestandsdaten in der VO fehlen – deren Verarbeitung würde sich also nur nach der DS-GVO richten. Eine genaue Vorgabe zur Speicherfrist nach Vertragsende und zur Werbung ist aber in der VO erforderlich (siehe bislang § 95 Abs. 2 TKG)

¹ So auch vertiefend Roßnagel/Kroschwald, ZD 2014, 495, 496; Roßnagel/Richter/Nebel, ZD 2013, 104; Dahlke, ZD 2012, 354; Dehnel/Hullen, ZD 2013, 149; Keppeler, MMR, 2015, 779.

- Die VO bestimmt nicht konkret genug, welche Daten über das Ende der Verbindung bei TK-Diensten gespeichert werden dürfen. Katalog wie nach § 96 Abs. 1 TKG zu ergänzen.
- Es fehlen vollständig Regeln, ob ein EVN zur Abrechnung erforderlich und unter welchen Umständen erlaubt bzw. verpflichtend ist – es sind deshalb die Regelungen zur Erstellung eines EVN – zu ergänzen, siehe entsprechende Details bislang bei § 99 TKG.
- Abrechnungsdauer nach der VO unzureichend: Gerade NACH Erhebung von Einwendungen muss die Speicherung zulässig sein und nicht nur BIS zur Erhebung von Einwendungen.
- Regelung zur Entfall der Nachweispflicht, wenn Daten aus Datenschutzgründen zu löschen waren, fehlen. Bislang geregelt in § 97 TKG.
- „Gesetzliche“ Erlaubnis, die Daten über Dienstleister fakturieren und einziehen zu lassen, fehlt in der VO (geht sonst nur mit Einwilligung!!).
- Genaue Regelung, was zur Missbrauchsaufklärung und –unterbindung zulässig ist fehlt in der VO, siehe bislang § 100 TKG.

Forderung an den VO-Geber

Der Verordnungsgeber muss deshalb deutlich konkretere und ausführlichere Regelungen treffen, als nur auf die „Erforderlichkeit“ der Datenverarbeitung abzustellen. Denn die Regelungen der VO sind abschließend und sehen, anders als die bisherige RiLi, keinen weiteren Umsetzungsspielraum vor. Die Ausnahmen nach Art. 11 der VO mit Verweis auf Art. 23 lit a) bis e) DS-GVO sind nicht einschlägig für die fehlenden Detailregelungen zur Nutzung und Abrechnung der Dienste.

Alternativ ist zu fordern, dass die e-Privacy-VO einen Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber eröffnet, damit dieser die fehlenden Detailregelungen fortführen kann.

Zudem erscheint es geboten, unterschiedliche Regelungen für Telekommunikationsdienste und Internetdienste vorzusehen, insbesondere zur Abrechnung und den Forderungsnachweis.

Fazit

Erst wenn die grundlegenden Verarbeitungstatbestände bei TK- und Internetdiensten ausreichend geregelt sind, macht es Sinn, über Details bei Tracking und Profiling zu diskutieren. Bislang bedeutet der Entwurf der e-Privacy-VO einen kolossalen Rückschritt hinter die bisherigen Datenschutzregeln nach TKG und TMG. Hier sind noch große Anstrengungen erforderlich. Dies muss den Entscheidungsträgern offenbar noch deutlich gemacht werden.

Weitere Informationen:
RA Dr. Peter Schmitz
Tel.: +49 (211) 90 99 16-62
E-Mail: schmitz@juconomy.de



Vorsicht bei Vertragsstrafeklauseln in AGB

Eine aktuelle Entscheidung des BGH ruft in Erinnerung, dass bei der Gestaltung von Verträgen „vorrätige“ Vertragsstrafeklauseln nicht unreflektiert in den Vertragstext aufgenommen werden sollten, sondern stets zu prüfen ist, ob die Klausel in ihrer Ausrichtung, vor allem aber hinsichtlich der Vertragsstrafenhöhe angemessen ist. Schlimmstenfalls droht die AGB-rechtliche Unwirksamkeit.

Die Entscheidung

In seinem Urteil vom 31.08.2017 (VII ZR 308/16) hat der BGH die vom Herausgeber des „Schlemmerblocks“ verwendete Vertragsstrafeklausel für unwirksam erachtet. Von hier zu behandelnder Bedeutung sind weniger die Einzelheiten der konkret verbotenen Klausel als vielmehr die grundsätzlichen Erwägungen, die bei der AGB-rechtlichen Überprüfung von Vertragsstrafeklauseln zu beachten sind.

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners einer Vertragsstrafe kann sich auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus der unan-

gemessenen Höhe der Vertragsstrafe ergeben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und den Folgen für den Schuldner der Vertragsstrafe steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsstrafe gemäß §§ 339 ff. BGB nach der Intention des Gesetzgebers eine doppelte Zielrichtung hat. Sie soll zum einen als Druckmittel den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten und zum anderen dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung eröffnen. Bei der Bewertung der Höhe der Vertragsstrafe sind danach zum einen die Bedeutung der gesicherten Pflicht und die von einer Pflichtverletzung ausgehende Gefahr für den Gläubiger sowie der ihm drohende Schaden von maßgeblicher Bedeutung. Zum anderen sind sowohl die Form des Verschuldens auf Seiten des Schuldners als auch die Auswirkungen der Vertragsstrafe auf den Schuldner entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch eine etwaige Existenzgefährdung zu berücksichtigen; diese müssen sich in wirtschaftlich vernünftigen Grenzen halten. Ist ein bestimmter Betrag als pauschale Sanktion vorgesehen, ohne dass nach Art, Gewicht und Dauer der Vertragsverstöße differenziert wird, kann die Unangemessenheit schon daraus folgen; eine solche Sanktion wäre nur dann zulässig, wenn dieser Betrag auch angesichts des typischerweise geringsten Vertragsverstoßes noch angemessen wäre.

Ein Pauschalbetrag, der ohne Differenzierung nach dem Gewicht des Vertragsverstoßes bei einer ganzen Gruppe unterschiedlich gewichtiger Vertragsverletzungen anfallen soll, ist unverhältnismäßig hoch und stellt eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

Fazit

Die unreflektierte Entlehnung von Vertragsstrafeklauseln aus vorhandenen Vertragstexten oder –mustern ist danach mit erheblichen Risiken behaftet. Dies gilt je nach Lage des Einzelfalles sogar für die Gestaltung eines Individualvertrages, weil der Rückgriff auf im Unternehmen vorhandene und bereits häufig verwendete Standardklauseln dazu führen kann, dass diese Klausel auch im ansonsten individuell gestalteten und ausgehandelten Vertrag der AGB-Kontrolle standhalten muss.

Es bedarf also insbesondere der Klärung, ob alle Vertragsverletzungen, die mittels Vertragsstrafe sanktionierbar werden sollen, klar definiert sind

und hinsichtlich ihrer Schwere und des aus ihnen voraussichtlich resultierenden Schadens gleichgewichtig sind. Hieran ist die Höhe der Vertragsstrafe individuell auszurichten. Lassen sich verschiedene Gruppen von Vertragsverstößen bilden, kommt eine Differenzierung bei den jeweils einschlägigen Vertragsstrafen in Betracht. Im Zweifel sollte die Vertragsstrafe eher unterdimensioniert als überhöht sein. Alternativ kann ein unbestimmtes Vertragsstrafeversprechen nach § 315 BGB in Erwägung gezogen werden.

Keine Rechtssicherheit bieten die immer noch in AGB weit verbreiteten sog. salvatorischen Klauseln, mit denen unwirksame Klauseln geltungserhaltend reduziert werden sollen. Solche Klauseln sind wegen Verstoßes gegen § 306 Abs. 2 BGB gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Weitere Informationen:
RA Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Tel.: +49 (211) 90 99 16-64
E-Mail: szw@juconomy.de



Breitbandentwicklung

Glasfaser-Rollout: Was sagt die OECD?

Anfang Juli 2017 hat die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), eine neue Statistik über die Breitbandentwicklung in ihren Mitgliedsstaaten veröffentlicht. Einige spezifische Aussagen finden sich darin auch über den Rollout von Glasfasernetzen. Der vorliegende Beitrag nimmt diese aus deutscher Sicht in den Blick.

OECD Broadband Portal

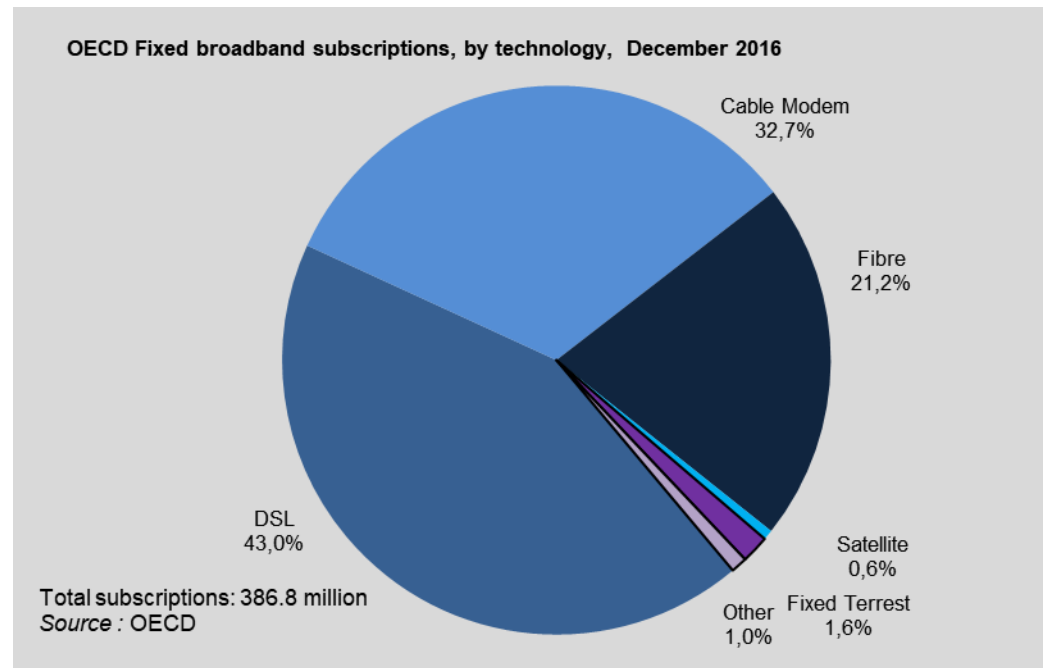
Die OECD, eine internationale Organisation mit 35 Mitgliedsstaaten, der überwiegend Länder mit hohem Pro-Kopf-Einkommen angehören (darunter USA, die meisten europäischen Staaten, Japan, Australien und Neuseeland) veröffentlicht in einem ca. 3jährigen Abstand Statistiken zur Telekommunikationsentwicklung in ihren Mitgliedsstaaten. Hintergrund ist der Auftrag der OECD, in einer liberalen, marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung Beispiele best practice zu identifizieren und daraus Lösungen für Wirtschaftsentwicklung zu fördern. In weiten Bevölkerungskreisen bekannt dürften die Ergebnisse der sog. PISA-Studien sein, die

von der OECD erstellt werden. Bezüglich der Telekommunikationsentwicklung können die erhobenen Daten auf der OECD Website eingesehen werden unter:

<http://www.oecd.org/sti/broadband/oecdbroadbandportal.htm>

Der OECD-Statistikvergleich zur Breitbandpenetration, insb. Glasfasernetze

Auf den ersten Blick überrascht, dass Glasfasernetze zu 1/5 aller Breitbandanschlüsse als technische Lösung innerhalb der OECD zum Einsatz kommen:

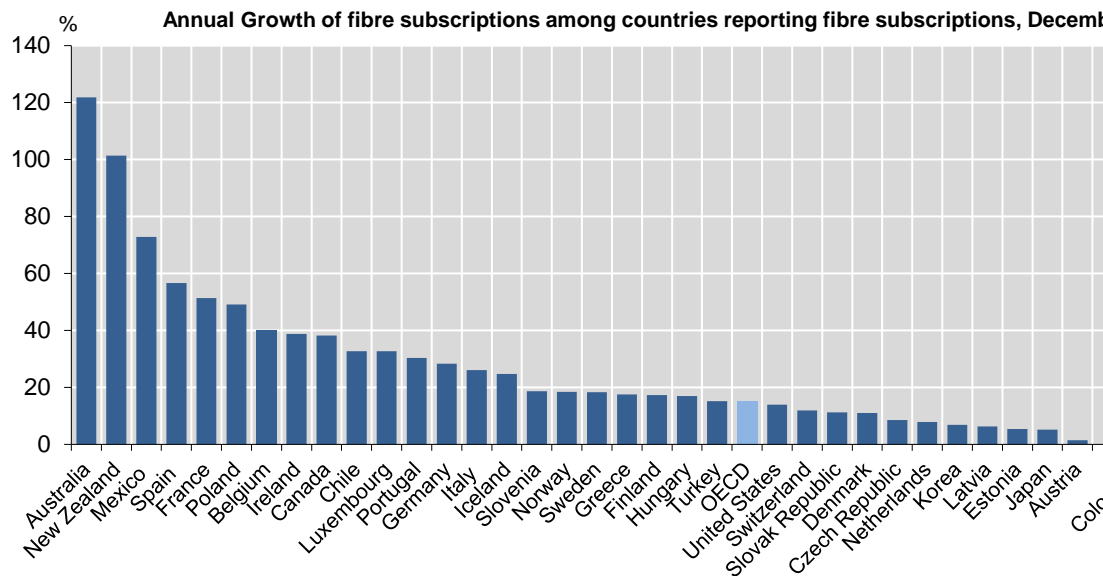


Quelle: OECD, Breitbandportal, 1.3 Fixed broadband subscriptions, Dec. 2016.

In absoluten Zahlen sind dies innerhalb der OECD knapp 82 Mio. Glasfasernetz-Anschlüsse bei insgesamt rund 387 Mio. Breitband-Festanschlüssen. Allerdings dominieren die Technologien DSL und Koaxnetze („CATV“). Bei Blick auf die Einzelergebnisse in den Mitgliedsstaaten wird allerdings deutlich, dass der Durchschnitt im Grunde keine Aus-

gekraft hat. Die Varianzen sind erheblich: während in Japan 74,9% und in Korea 74,2% der Anschlüsse auf Glasfaser basieren, sind es in Griechenland gerade mal 0,2% und in Deutschland 1,8%. Im OECD-Durchschnitt von 21% liegen Staaten wie Australien, Luxemburg, Neuseeland und Dänemark. Im Wert von Deutschland sind laut Anmerkung eingerechnet: „Fibre includes fibre line provided by cable operators“. Darin dürften aber wohl nur Anschlüsse eingerechnet sein, die mind. FTTB anbieten, da ansonsten die Zahlen für Deutschland höher sein dürften.

Zu den Wachstumsraten der Glasfasernetze sagt die OECD-Statistik, dass diese bei jährlich 15,14% liegen würde. Hier beeindruckt Deutschland mit einer Wachstumsrate von 28,20% jährlich, die aber natürlich in Bezug zum extrem geringen Ausgangsniveau gesetzt werden muss. Nicht überraschend ist daher auch, dass die Wachstumsraten in den eher gesättigten „Glasfaseranschlussmärkten“ wie Japan und Korea geringer als der Durchschnitt sind:



Quelle: OECD, Breitbandportal, 1.11 Annual growth of fibre subscriptions, Dec. 2016.

Beeindruckend ist der Wachstumswert in Australien (121,86%) und Neuseeland (101,37%) bei bereits erreichter hoher Penetration von (19,4 % bzw. 21,3%) sowie negativ überraschend der geringe Wert in Österreich (1,49% = Schlusslicht der Statistik) bei bereits niedriger Penetrationsrate (1,6%).

Fazit

Länderstatistiken über den Rollout von Glasfaseranschlussnetzen muss man sehr vorsichtig interpretieren, weil die Varianzen erheblich sind und insb. Wachstumsraten in Bezug zur Penetrationsrate gesetzt werden müssen. Isoliert betrachtet in Bezug auf die Wachstumsrate in Deutschland könnte man andernfalls beim landläufig bekannten Satz landen: „Es gibt drei Arten der Lüge: die gewöhnliche Lüge, der Meineid und die Statistik“. Interessant können als mögliche best practice-Beispiele allerdings die nähere Untersuchung der Entwicklung in den Staaten Australien und Neuseeland sein. Allerdings sind mögliche Erkenntnisse dort ggf. wegen der geringeren Einwohnerdichte ggf. auch nicht für Deutschland nutzbar zu machen. Eine Erkenntnis bleibt aber deutlich: Im Hinblick auf den Rollout von Glasfasernetzen ist in Deutschland noch viel zu tun.

Weitere Informationen:
RA Dr. Martin Geppert
Tel.: +49 (211) 90 99 16-61
E-Mail: geppert@juconomy.de



Service

Termine

27.09.2017	Anhörung der Beschlusskammer 2 der BNetzA zum Konsultationsentwurf einer Regulierungsverfügung im Bereich der „Bereitstellung des Zugangs von hoher Qualität an festen Standorten“
Ort	BNetzA, Bonn
Internet	https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammern_Termine/BK_T

[ermine_node.html](#)

Impressum

JUCONOMY Rechtsanwälte
Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche
Partnerschaft mbB (AG Essen PR 2918)
Mörsenbroicher Weg 200, D-40470 Düsseldorf
Tel: +49 (0)211-90 99 16-0
Fax: +49 (0)211-90 99 16-99
E-Mail: kanzlei@juconomy.de
URL: <http://www.juconomy.de>
Ust-IDNr. DE 196413754

Die anwaltlichen Berufsträger von JUCONOMY Rechtsanwälte sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u. a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung (FAO), deren Texte u. a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.