

NEWSLETTER DEZEMBER 2018

TK-Regulierung	Bedingt wettbewerbsfreundlich: Vergabebedingungen und Auktionsregeln für nationale 5G-Frequenzen in Kraft gesetzt.....	2
Wettbewerbsrecht	DSGVO-Verstoß = Wettbewerbsverstoß? – Ein Wasserstandsbericht.....	5
Datenschutzrecht	E-Evidence-Verordnung – „Grenzenlose“ Datenherausgabe?	7
Service	Termine	11

Liebe Abonentinnen, liebe Abonntenen,

wir wünschen Ihnen und Ihren Familien ein frohes Weihnachtsfest und einen guten Rutsch ins Jahr 2019.

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

Bedingt wettbewerbsfreundlich: Vergabebedingungen und Auktionsregeln für nationale 5G-Frequenzen in Kraft gesetzt

Unmittelbar nach der Beratung des Beirates der Bundesnetzagentur wurde mit Internetveröffentlichung vom 26. November 2018 die Entscheidung der Präsidentenkammer zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln der für nationale 5G-Versorgung vorgesehenen Frequenzen aus den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz in Kraft gesetzt. Die Vergabebedingungen enthalten die Rahmenbedingungen, die mit dem Frequenzerwerb verbunden sind. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den rechtlichen Bedingungen, die zwischen den Frequenzinhabern und Vorleistungsnachfragern gelten sollen.

Der Streit um die Diensteanbieterverpflichtung und Roaming in den nationalen Mobilfunknetzen

Neben dem öffentlich breit geführten Streit um das Thema Versorgungsverpflichtung, Stichwort Flächendeckung, gab es im Vorfeld der am 26. November 2018 in Kraft gesetzten Entscheidung teils heftige Auseinandersetzungen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern (MNO) einerseits, die mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits aufgrund ihrer Finanzkraft die 5G-Frequenzen ersteigern werden, und den auf Vorleistungszugang angewiesenen anderen Telekommunikationsunternehmen andererseits um eine rechtlich verbindliche Diensteanbieterverpflichtung (DAV).

Aufgrund der nur beschränkt vorhandenen Frequenzressourcen war bisher im Mobilfunk in Deutschland ein Wettbewerb auf der Diensteebene durch Diensteanbieter (Service Provider) über Enhanced Service Provider (ESP) bis hin zu virtuellen Mobilfunknetzbetreibern (MVNO) etabliert. Die Mobilfunknetzbetreiber waren zum Vorleistungszugang für Dienstewettbewerber rechtlich verpflichtet durch die Bedingungen der Frequenzzuweisungen. Aufgrund des frequenzbedingt eingeschränkten Infrastrukturwettbewerbs im Mobilfunk hatten daher Wettbewerber einen rechtlich gesicherten, wenn auch in praktischen Details höchst umstrittenen Zugang als Dienstewettbewerber für Mobilfunkdienstleistungen.

Diese Dienstewettbewerber waren ihrerseits keineswegs nur „infrastrukturlose“ Wettbewerber, sondern gerade insbesondere auch Unternehmen, die ihre Festnetzangebote (auf Grundlage von HFC-Kabelnetzen, VDSL- und Glasfasernetzen) mit Bündelangeboten einschließlich Mobilfunkdienstleistungen im Sinne konvergenter Produktgestaltungen komplettiert haben.

Beim Streit um Roaming in nationalen Mobilfunknetzen ging es im Vorfeld der Entscheidung u.a. darum, ob Neueinsteiger und/oder Inhaber regionaler und lokaler Frequenzen durch den Einkauf nationalen Roamings ein marktfähiges Angebot machen können. Zur Erinnerung: Der Mobilfunknetzbetreiber telefónica vereinbarte mit der Telekom Deutschland zu Beginn seines Netzausbaus ein nationales Roaming, um entsprechende bundesweite Angebote machen zu können.

Inhalte der Entscheidung vom 26.11.2018

Im Grundsatz sieht die Entscheidung der Bundesnetzagentur den Wettbewerb durch Diensteanbieter als Beitrag zur Stärkung des Wettbewerbs und der Verbraucherinteressen (Rn. 489) und möchte diesen auch künftig erhalten und fördern (Rn. 492). Die Entscheidung erkennt im Grundsatz, dass die Diensteanbieter als Nachfrager ohne eine entsprechende rechtliche Diensteanbieterregelung keine wettbewerbsfähigen Konditionen erhalten können (Rn. 532). Eine Diensteanbieterregelung im Form eines Verhandlungsgebots sei hierbei das „mildeste Mittel“ (Rn. 533). Das Verhandlungsgebot könnte die Interessen der Frequenzinhaber auf der einen und der Diensteanbieter auf der anderen Seite zu einem schonenden Ausgleich bringen (Rn. 537). Allerdings könnte im Einzelfall der Frequenzinhaber eine Zusammenarbeit verweigern, beenden oder vertraglich einschränken. In streitigen Fällen könnten sich die Betroffenen an die Bundesnetzagentur als „Schiedsrichter“ wenden (Rn. 534).

Bezüglich einer Roaming-Verpflichtung entschied sich die Bundesnetzagentur für eine Verhandlungspflicht im Falle von Neueinsteigern aus diesem Verfahren, die ein bundesweites Roaming benötigen sowie ein regionales Roaming zwischen bestehenden bundesweiten Netzbetreibern. Ebenfalls wie bei der Diensteanbieterregelung soll in Streitfällen die Bundesnetzagentur als „Schiedsrichter“ angerufen werden können. Durch die Entscheidung wird allerdings auch entsprechend negativ abgegrenzt, dass Zuteilungsinhaber für regionale Frequenzen sich für die

Nachfrage nach einer Roaming-Vereinbarung nicht einmal auf eine Verhandlungspflicht werden berufen können.

Fazit

Eine Diensteanbieterverpflichtung hat die Entscheidung der Bundesnetzagentur nicht zum Bestandteil der Vergabebedingungen erklärt. Diese bisher bestehende Verpflichtung wird, sollte die Entscheidung bestandskräftig werden, künftig wegfallen. Dementsprechend verwendet die Entscheidungsbegründung nur den Begriff der „Diensteanbieterregelung“. Die Verhandlungspflicht ist ein klares „Minus“ zu einer effektiven Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Zulassung von Diensteanbietern. Ob das „mildeste Mittel“ dafür ausreichend ist, die erklärten Regulierungsziele sicherzustellen, darf nicht nur bezweifelt werden, sondern es ist hinreichend unwahrscheinlich, wenn die bisherigen Erfahrungen des Umgangs von MNO mit Diensteanbietern zugrunde gelegt werden. Aus dieser Sicht ist die nun vorgenommene Regelung nur bedingt wettbewerbsfreundlich, auch wenn das Bemühen der Bundesnetzagentur nicht verkannt werden soll, die Daseinsberechtigung der Diensteanbieter anzuerkennen. Nur in wenigen Fällen oder vielleicht mangels Neueinsteiger überhaupt nicht, werden die Regelungen zur Verhandlung über Roaming in den nationalen Mobilfunknetzen zur Anwendung kommen.

Die Entscheidung dürfte Unzufriedenheit bei allen Beteiligten zur Folge haben, die nunmehr ggf. gerichtlichen Rechtsschutz nachsuchen werden. Die heutigen Mobilfunknetzbetreiber und vermutlichen 5G-Frequenzinhaber für nationale Frequenzen kritisieren jede Regelung als unrechtmäßig, weil diese ohne Rechtsgrundlage nach dem TKG seien. Die heutigen Diensteanbieter fürchten das Oligopol von 3 Mobilfunknetzbetreibern, die – als voll integrierte Unternehmen – als einzige Unternehmen in den nächsten Jahrzehnten künftig ein konvergentes Bündel von Festnetz- und Mobilfunkdienstleistungen anbieten könnten.

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



DSGVO-Verstoß = Wettbewerbsverstoß? – Ein Wasserstandsbericht

Ob Verstöße gegen Vorschriften der DSGVO auch wettbewerbsrechtlich verfolgt werden können, ist heftig umstritten. Wir liefern einen Überblick über den Stand der Dinge.

Ausgangslage

Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, können über § 3a UWG mit den Mitteln des UWG geahndet werden, d.h. jeder Wettbewerber kann wegen des Verstoßes Unterlassungsansprüche geltend machen.

Stellten Vorschriften der DSGVO solche Marktverhaltensregeln dar, wäre die Verfolgung von Datenschutzverstößen nicht auf die Instrumentarien der DSGVO selbst und des Unterlassungsklagengesetzes beschränkt. Eine besondere Verfolgungsdichte wäre vielmehr von den im UWG aktiv legitimierten Wettbewerbern zu erwarten. Die Wirkmacht der DSGVO in der Praxis hängt also mit entscheidend von der Anwendbarkeit des § 3a UWG ab.

Über diese Frage besteht Streit. Zu den gewichtigen Stimmen, die sich gegen eine Anwendbarkeit aussprechen, gehört insbesondere **Prof. Köhler** (ZD 2018, 337 ders. in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Auflage 2018, § 3a Rdn. 1.40a, 1.74b). Seine Erwägungen beziehen sich insbesondere auf den Umstand, dass die DSGVO ein abgeschlossenes Sanktionssystem enthalte, das die Verfolgung datenschutzrechtlicher Verletzungshandlungen auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage durch Mitbewerber ausschliesse.

Inzwischen läuft die Rechtsprechung zu dieser Frage an.

Nach Auffassung des **LG Bochum** sind Verstöße gegen die DSGVO wettbewerbsrechtlich nicht verfolgbar (Urt. v. 07.08.2018 – I-12 O 85/18). Es folgte in seiner Begründung der Erwägungen Köhlers.

Etwas zu Unrecht erregte ein Beschluss des **LG Würzburg** vom 13.09.2018 (11 O 1741/18) Aufmerksamkeit, da dort eine Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts im Ergebnis bejaht wurde. Der im einseitigen Verfahren ergangene Beschluss enthielt jedoch keinerlei vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik.

Nunmehr liegt allerdings eine ausführlich begründete Entscheidung eines bedeutenden Wettbewerbsgerichts vor, in der die Anwendbarkeit des UWG bejaht wird (**OLG Hamburg**, Urt. v. 25.10.2018 – 3 U 66/17). Der 3. Zivilsenat ist nicht der Ansicht, dass die DS-GVO ein abgeschlossenes Sanktionssystem enthält, das die Verfolgung datenschutzrechtlicher Verletzungshandlungen auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage durch Mitbewerber ausschliesse. Er begründet dies ausführlich und verweist insbesondere darauf, dass Art. 84 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsieht, Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen die DSGVO festzulegen und alle zu deren Anwendung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dies spreche dafür, dass die Verordnung nur einen Mindeststandard an Sanktionen vorsehe.

Fazit

Die Stimmen, die sich für die Anwendung des UWG auf DSGVO-Verstöße aussprechen, sind derzeit in der Überzahl. Wagt man eine Prognose, dürfte es auch diese Sichtweise sein, die sich in der Zukunft durchsetzen wird.

Noch nicht abschließend geklärt ist dagegen die Frage, welche Vorschriften der DSGVO als „Marktverhaltensregelungen“ i.S.d. § 3a UWG in Betracht kommen. Hier herrschte schon unter dem DSGVO uneinheitliche Rechtsprechung. Jedenfalls solchen Regelungen, die allein betriebsinterne Vorgänge ohne Marktbezug betreffen, dürfte die für den Marktbezug erforderliche Außenwirkung fehlen.

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



E-Evidence-Verordnung – „Grenzenlose“ Datenherausgabe?

TK-Provider unterliegen zum Zwecke der Strafverfolgung der Herausgabepflicht von Bestands- und Verkehrsdaten gegenüber deutschen berechtigten Stellen. Nach einem Vorschlag der EU-Kommission zur sog. E-Evidence-VO soll eine direkte Herausgabepflicht gegenüber allen berechtigten Stellen zur Strafverfolgung innerhalb der EU und in allen „Amtssprachen“ bestehen. Was sind die Gefahren einer solchen „grenzenlosen“ Herausgabepflicht?

Das Vorhaben der EU-Kommission

Die EU-Kommission hat einen Vorschlag für eine E-Evidence-Verordnung (Verordnung über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM (2018) 225 final)) erlassen. Hiermit möchte die EU-Kommission eine Alternative zum förmlichen Rechtshilfeverfahren schaffen und den Ermittlungsbehörden einen schnelleren Zugang zu Verkehrsdaten ermöglichen. Die Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten sollen die unmittelbare Befugnis erhalten, Anbieter von Telekommunikations- und Internetdienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten der EU und auch in Staaten außerhalb der EU (Drittstaaten) zur Herausgabe von Bestands-, Zugangs-, Transaktions- und Inhaltsdaten zu verpflichten.

Datenschutzrechtliche Kritik aus Sicht der Betroffenen

Dieses Vorhaben ist aus Sicht des Datenschutzes auf Kritik gestoßen. So liegt insbesondere eine kritische Stellungnahme des Europäischen Datenschutzausschusses vor (https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-art-70/opinion-commission-proposals-european-production-and_de). Diese stellt bereits das Vorliegen einer Rechtsgrundlage in Frage. Sehr kritisch äußert sich auch die Datenschutzkonferenz (DSK) in einer EntschlieÙung vom 07.11.2018 (abrufbar unter <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/entschliessungen.html>). Mit Besorgnis sieht die DSK vor allem auch die vorgeschlagene Abkehr vom Grundsatz der doppelten bzw. beiderseitigen Strafbarkeit sowie die im Regelfall fehlende Kontrolle der Maßnahmen durch die inländische Aufsichtsbehörde und Justiz. Diese Sichtweise ist insbesondere auf den

Schutz der Interessen der Betroffenen, also der Bürger deren Daten beauskunftet werden, gerichtet.

Kritik aus Sicht der Unternehmen

Es ist aber auch gerade aus Sicht der Unternehmen Kritik zu äußern. Denn selbstverständlich wollen die Unternehmen die berechtigten Stellen bei der erforderlichen Strafverfolgung unterstützen, soweit dies nach deutschen Gesetzen in Einklang mit europäischen Vorgaben und der DSGVO zulässig sowie angemessen und zumutbar ist.

Doch genau in diesen Aspekten liegen zahlreiche Probleme. Nachfolgend seien nur einige der voraussichtlichen Probleme benannt.

a) Verantwortlichkeit und Haftung der Provider

Es stellt sich insbesondere das Problem der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der Provider. Die Provider sind für die Übermittlung der hochsensiblen Daten, deren Auskunft mittels des sog. „Europäischen Herausgabeanordnung“ notfalls mittels Zwangsmaßnahmen durchgesetzt wird, an die berechtigten Stellen datenschutzrechtlich verantwortlich. In Deutschland bestehen hierfür strenge formale Anforderungen, die jedes verpflichtete Unternehmen bei jeder Auskunftsanfrage sorgfältig prüfen muss, um selbst den Datenschutzbestimmungen zu genügen.

Der aktuelle Entwurf der EU-Kommission lässt in keiner Weise erkennen, wie die Unternehmen zukünftig die formale Berechtigung der anfragenden Stelle sicher und schnell prüfen kann. Es mag zwar formale Regelungen nach Art. 7 und sog. „Zertifikate“ nach Art. 8 des Entwurfes geben. Dennoch muss der Provider genau diese „gesetzlichen“ Voraussetzungen prüfen und einen Überblick über die berechtigten Stellen und die jeweiligen Voraussetzungen für die einzelnen Anordnungen haben.

Hierzu müsste jedes Unternehmen aber einen sicheren Überblick über alle berechtigten Stellen innerhalb der EU und die dort geltenden formalen Anforderungen an ein Auskunftersuchen haben. Ein Beispiel hierzu: Denn in Deutschland sind die Anforderungen z.B. für die Auskunft für Bestand- und Verkehrsdaten höchst unterschiedlich. Wie ist dies in jedem anderen Mitgliedstaat der EU? Ein großes Thema für eine rechtver-

gleichende Doktorarbeit – aber in der Praxis für einen Provider nicht zu leisten. Zudem dürfte sich oftmals schon ein Sprachproblem stellen, denn die Anfrage kann in jeder Amtssprache der Union gestellt werden.

Das Risiko einer Fehleinschätzung wäre hierbei aber vom Provider zu tragen, wenn die nationale Aufsichtsbehörde Fehler feststellt. Erschwerend kommt die sehr hohe Strafandrohung der DSGVO hinzu.

b) Unverhältnismäßige Fristen

Nach Artikel 9 sind die Adressaten verpflichtet, auf EPOC zu antworten; der Artikel enthält verbindliche Fristen. Die normale Frist beläuft sich auf zehn Tage, in gerechtfertigten Fällen können die Behörden jedoch auch eine kürzere Frist setzen. Darüber hinaus beträgt die Frist in Notfällen – definiert als Situation, in der Leib und Leben oder die körperliche Unversehrtheit einer Person oder eine kritische Infrastruktur unmittelbar bedroht sind – sechs Stunden. Nach Art. 9 Abs. 2 scheint diese Frist „nach Erhalt des EPOC“ und damit auch während der Nachtzeiten und an Feiertagen. Damit würden alle Provider unterschiedslos verpflichtet, eine ständige 365/24-Bearbeitung durch qualifiziertes Fachpersonal vorzusehen. Hiervon wurde aus Gründen der Angemessenheit nach der TKÜV aus gutem Grund insbesondere gegenüber kleinen und mittleren Providern bislang Abstand genommen.

Jedenfalls unter Berücksichtigung von erhöhtem Übersetzungs- und Prüfungsaufwand erweisen sich die Fristen als unangemessen kurz. Eine solche Prüfung ist insbesondere innerhalb der bei „Notfällen“ geltenden Frist von 6 Stunden selbst von großen Providern fast unmöglich zu leisten, eine Zumutbarkeit und Angemessenheit erscheint nicht gegeben. Kleinere und mittlere Provider werden diese Frist kaum einhalten können. Zudem

c) Unzureichende Kostenerstattung

Der Entwurf sieht vor, dass eine Kostenerstattung nur erfolgt, wenn dies nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung vorgesehen ist. Dies ist zwar in Deutschland grundsätzlich der Fall. Es wird aber kein Aufwand für die Übersetzung zahlreicher ausländischer Anordnungen sowie der er-

höhte Prüfungsaufwand ersetzt. Zudem stellt sich die Frage, ob eine Rechnung an eine ausländische berechnigte Stelle praktisch überhaupt gestellt und durchgesetzt werden kann, insbesondere wenn es sich im Ergebnis um viele einzelne Anfragen von einer Vielzahl unterschiedlicher Behörden handelt.

Die Maßnahmen dürften sich deshalb als unverhältnismäßig für die Provider erweisen. Dies gilt insbesondere auch gerade für kleinere und mittlere Anbieter, denen keinerlei Vorkehrungen für den internationalen Justizverkehr möglich und zumutbar sind.

d) Gesamtschau

Alleine die oben genannten Probleme belegen jedes für sich aber gerade auch in einer Gesamtschau, dass die vorgeschlagenen Regelungen unangemessen und unzumutbar für Provider sind. Es besteht dringender Nachbesserungsbedarf und damit auch Handlungsbedarf seitens der Provider und ihrer Interessensvertreter auf eine angemessene Regelung zu drängen.

Mögliche Verbesserungsansätze

Es besteht eine Tendenz, die Ermittlungstätigkeit der berechtigten Stellen auf die Provider zu verlagern und diese dann mit Aufwand und Problemen alleine zu lassen.

Wenn die Auskunftserteilung innerhalb der EU verbessert werden soll, dann bietet sich eine Zentralisierung der Anfragen in einem vollständig technisch und formalisierten Verfahren durch eine einzige Zentralstelle in der EU an. Alternativ könnte wenigstens in jedem Staat der EU eine Zentralstelle geschaffen werden, die die Anfragen aus den anderen Staaten zentral sammelt und dann an die jeweiligen nationalen Provider möglichst in deren Sprache stellt. Die Koordinierung müssen hierbei die berechtigten Stellen bzw. die Staaten tragen, die zuständig für die Ermittlungstätigkeiten sind. Hierzu gehört auch, eine praktikable Organisation und Regelung des Verfahrens zu schaffen, ohne diese Pflicht auf alle Provider innerhalb der EU zu verlagern.

Fazit

Es ist sowohl ein unzumutbarer Eingriff in die Rechte der Bürger, als auch der Provider zu vermeiden. Beidem wird der aktuelle Entwurf der Verordnung nicht gerecht.

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



Service

Termine

11.01.2019	Öffentliche mündliche Verhandlung zur Vorlage überarbeitetes IP-BSA Standardangebot der Telekom Deutschland GmbH; Überprüfungsverfahren gem. § 23 Abs. 3 u. 4 TKG
Ort	Bonn, BNetzA
Internet	https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammern_Termine/BK_Termine_node.html
28.01.2019	Ende Entscheidungsfrist / Beschlussveröffentlichung im Streitbeilegungsverfahren BK11-18/006 / Mitnutzung - Entgelte
Ort	Bonn, BNetzA
Internet	https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer11/BK11_11_Laufende_Verfahren/BK11_Laufende_Verfahren_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.