

Thomas Sassenberg / Reto Mantz

Die Meldepflicht nach § 6 TKG – Die Mitteilung Nr. 149/2015 der Bundesnetzagentur und ihre Folgen

Die Bundesnetzagentur hat sich in der im Amtsblatt 4/2015 veröffentlichten Mitteilung Nr. 149/2015 mit dem Anwendungsbereich für meldepflichtige Telekommunikationsdienste nach § 6 TKG beschäftigt und ist dabei insbesondere der Frage nachgegangen, wann Betreiber von öffentlichen WLAN-Hotspots einer Meldepflicht unterliegen. Die Mitteilung der Bundesnetzagentur soll Unsicherheiten hinsichtlich der Meldepflichten beseitigen, führt tatsächlich jedoch zu Folgefragen. Der nachfolgende Beitrag soll klären, ob die von der Bundesnetzagentur gewählte Auslegung – insbesondere in Bezug auf die Meldepflicht – im Einklang mit dem TKG sowie europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben steht.

I. Ausgangssituation und bisherige Auffassung in der Literatur

1. Ausgangssituation

Bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) sind derzeit 3.583 Unternehmen gemeldet.¹ Dabei hat die Zahl der gemeldeten Unternehmen in den letzten Jahren kontinuierlich zugenommen, obwohl es bei den „klassischen Telefonieanbietern“ zu Konsolidierungen gekommen ist.² Meldepflichtig ist nach § 6 Abs. 1 TKG derjenige, der gewerblich öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt oder gewerblich öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt. An die Tatbestandsmerkmale der Gewerblichkeit und Öffentlichkeit sind dabei nur geringe Anforderungen zu stellen,³ so dass der Anwendungsbereich und damit die Meldepflicht nach bisher herrschender Meinung bei entgeltlichen E-Mail-Providern sowie öffentlichen WLAN-Hotspots, welche zum Zwecke der Absatzförderung geöffnet wurden, eröffnet war.⁴

Die Vielzahl von unterschiedlichen Betreibermodellen⁵ sowie insbesondere die genannten Tatbestandsmerkmale der Gewerblichkeit und Öffentlichkeit führen bei Betreibern von öffentlichen WLAN-Hotspots zu Unsicherheiten über die Notwendigkeiten einer Meldung. Hinzu kommt, dass bei den

¹ Stand 06.03.2015. Die Liste der gemeldeten Unternehmen ist unter www.bundesnetzagentur.de abrufbar.

Sämtliche Internetadressen wurden zuletzt am 21.04.2015 abgerufen.

² Zur Situation in Europa vgl. auch: COM(2013) 627 final, Ziff. 1.2

³ Vgl. Schütz, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 6 TKG, Rn. 43 ff., Rn. 59.

⁴ Vgl. Tornow, in Säcker, TKG, 3. Auflage 2013, § 6 TKG, Rn. 27; Ahlers, c't 2004, 224; Sassenberg/Mantz, WLAN und Recht, 2014, Rn. 34, 40; vgl. auch Fetzer, in Fetzer/Arndt/Scherer, 2008, § 91 TKG, Rn. 6, noch zum TKG 1996 Röhrborn/Katko, CR 2002, 882 (883 ff.).

⁵ Eine Darstellung der typischen Betreibermodelle findet sich bei Sassenberg/Mantz, WLAN und Recht, 2014, Rn. 11 ff.

Betreibern von öffentlichen WLAN-Hotspots Unklarheit darüber besteht, ob sie sich als sog. Access Provider auf die Haftungsprivilegierung nach § 8 TMG berufen können.⁶ Dies hatte in der Praxis zum Teil

- 429 -

zur Folge, dass Anbieter der Meldepflicht auch dann nachgekommen sind, wenn die Voraussetzungen für eine Meldung tatsächlich nicht vorlagen. Insofern ist es wenig verwunderlich, dass sich auf der Internetseite der Bundesnetzagentur der (zutreffende) Hinweis findet, dass die Meldung nach § 6 TKG keine Auswirkungen auf die Frage der Störerhaftung hat.⁷

Die Meldepflicht nach § 6 TKG dient dazu, der BNetzA einerseits einen Marktüberblick zu verschaffen und ihr andererseits die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu ermöglichen.⁸ Hinsichtlich der eigentlichen Marktregulierung kommt den Kleinstanbietern, beispielsweise dem Anbieter eines WLAN-Hotspots in einem oder mehreren Cafés, jedoch keine bzw. eine nur sehr untergeordnete Bedeutung zu. In der Literatur wurde insofern für die Einführung einer Bagatellgrenze (de minimis-Regelung) plädiert,⁹ die das TKG heute gerade nicht kennt. Im Ergebnis führt die von der BNetzA nun in der Mitteilung Nr. 149/2015 vorgestellte Auslegung zu einer deutlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 6 TKG. Statt allerdings eine de minimis-Regelung herbeizuführen bzw. den Gesetzgeber dazu zu veranlassen, hat die BNetzA einen anderen Weg beschritten und stellt an das in der Literatur eher stiefmütterlich behandelte Merkmal des „Erbringens“ (von öffentlich zugänglichen von Telekommunikationsdiensten) deutlich höhere Anforderungen als zuvor (hierzu unter II.1.).

De facto führt die Vorgehensweise dazu, dass gerade für kleinere Betreiber von WLAN-Hotspots keine Meldepflicht mehr besteht. Hieraus lässt sich jedoch nicht die Tendenz ableiten, dass die BNetzA insgesamt der Überwachung der Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen bei WLANs nur noch eine nachgelagerte Bedeutung zumisst. So hat die BNetzA noch im Februar 2015 WLAN-Hotspotbetreiber mit mehr als 10.000 Teilnehmern (die also nicht mehr unter die Ausnahme nach § 3 Abs. 2 Nr. 5 TKÜV fallen) aufgefordert, bis 31.03.2016 die Vorkehrungen zur Überwachung nach 110 TKG umzusetzen.¹⁰

2. Bisherige Auffassung in der Literatur

⁶ Zu der Diskussion sowie dem nunmehr vorgestellten TMG-RefE siehe *Mantz/Sassenberg*, CR 2015, [...] m.w.N.

⁷ Vgl.

http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Anbieterpflichten/Meldepflicht/meldepflicht-node.html.

⁸ *Tornow*, in *Säcker*, TKG, 3. Auflage 2013, § 6 TKG, Rn. 1.

⁹ *Tornow*, in *Säcker*, TKG, 3. Auflage 2013, § 6 TKG, Rn. 28.

¹⁰ Der Wortlaut des Schreibens der Bundesnetzagentur ist abrufbar unter

<https://netzpolitik.org/2015/bundesnetzagentur-will-ueberwachungseinrichtungen-jetzt-auch-fuer-wlan-hotspots>; zu den diesbezüglichen Pflichten vgl. auch *Sassenberg/Mantz*, WLAN und Recht, 2014, Rn. 179.

Die BNetzA führt nun eine Differenzierung beim Merkmal „Erbringen“ ein, die sich in der bisherigen Literatur zu § 6 TKG nicht findet.¹¹ Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 10 TKG ist unter dem „geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ das „nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“ zu verstehen. Das „Erbringen“ wird damit ausweislich der Legaldefinition vom Gesetzgeber als Synonym für das Angebot angesehen.¹² Aus dem Merkmal „Angebot“ wird deutlich, dass auf das Dienstverständnis aus Nachfragersicht abzustellen ist. Unerheblich für die Einordnung ist dabei, wie das Angebot technisch realisiert wird.¹³ Hinzu kommt, dass es für die Anbietereigenschaft ausreichend ist, wenn nur ein Leistungsaspekt unter den Begriff des Telekommunikationsdienstes subsumiert werden kann.¹⁴ Auch im Fall des Arbeitgebers, welcher seinen Mitarbeitern die private E-Mail-Nutzung ermöglicht, wird ein „Erbringen“ bejaht.¹⁵ Die Erfüllung einer Leistungsverpflichtung kann dabei auch durch einen Dritten erfolgen, so dass bereits der reine Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen unter das Merkmal des Erbringens fällt.¹⁶ Dieses Verständnis ergibt sich auch aus dem Meldebogen der BNetzA, wo als Telekommunikationsdienste-Kategorie u.a. „Wiederverkauf / Reselling von Sprachdiensten“ angekreuzt werden kann.¹⁷ Geht der Betreiber eine Vertragsbeziehung über das Erbringen von Telekommunikationsdiensten ein, liegt also ein Angebot vor.

Zwischen dem Erbringen nach § 3 Nr. 6a TKG und dem Mitwirken nach § 3 Nr. 6b TKG besteht ein Stufenverhältnis, so dass ein Mitwirken nur vorliegen kann, wenn ein anderer den Dienst erbringt. Bei den Mitwirkenden ist aus tatsächlicher Sicht davon auszugehen, dass diese – anders als im Fall des Erbringens – in der Regel keinen Zugriff und Herrschaft über die Bestandsdaten haben,¹⁸ also insbesondere keine eigene Vertragsbeziehung zum Teilnehmer besteht.

II. Mitteilung Nr. 149/2015

1. Inhalt der Mitteilung

In der Mitteilung Nr. 149/2015 (nachfolgend Mitteilung) führt die BNetzA aus, dass hinsichtlich des „Erbringens“ von gewerblichen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten zwischen zwei Gruppen zu unterscheiden sei. Dabei stellt die Behörde insbesondere auf das Merkmal des „Erbringens“ ab und kommt auf dieser Basis zu dem (noch zutreffenden) Schluss, dass anders als bei der Diensteanbietereigenschaft nach § 3 Nr. 6 TKG eine bloße „Mitwirkung“ nicht ausreiche.

¹¹ Statt vieler: *Braun*, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, Rn. 12 m.w.N. welcher das geschäftsmäßige Erbringen u.a. für Nebenstellenanlagen von Hotels bejaht.

¹² *Heun*, in *Heun*, HdB TK-Recht, 2. Auflage 2007, Kap. A, Rn. 40.

¹³ *Fetzer*, in *Arndt/Fetzer/Scherer*, TKG, 2008, § 6 TKG, Rn. 20; *Sassenberg/Mantz*, WLAN und Recht, 2014, Rn. 33.

¹⁴ *Fetzer*, in *Arndt/Fetzer/Scherer*, TKG, 2008, § 6 TKG, Rn. 21 m.w.N.

¹⁵ Da es sich um kein Angebot an die Öffentlichkeit handelt, besteht keine Meldepflicht des Arbeitgebers. Das Merkmal des Erbringens wurde jedoch – soweit ersichtlich – in der diesbezüglichen Diskussion nicht in Frage gestellt. Vgl. zur Diskussion *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, S. 889 (889).

¹⁶ *Heun*, in *Heun*, HdB TK-Recht, 2. Auflage 2007, Kap. A, Rn. 40.

¹⁷ Meldebogen der BNetzA, Stand 04.04.2014, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de; zum Resale vgl. auch: *Eckhardt/Schmitz*, CR 2011, 436 (438); *Koenig/Koch*, MMR 2002, 439.

¹⁸ *Eckhardt*, in Beck'scher TKG Kommentar, 4. Auflage 2013, § 113 TKG, Rn. 22.

Ein „Erbringen“ liegt nach Auffassung der BNetzA aber nur dann vor, wenn ein eigener, in der Regel auf bestimmte Dauer angelegter Telefonanschluss zur selbstständigen Verwendung überlassen wird.¹⁹ Dies erfolge „grundsätzlich als vertraglich geschuldete Telekommunikationsdienstleistung (z.B. Mobilfunknummer bei Resale- oder Prepaid-Angeboten; Internetanschluss mit IP-Adresse beim WLAN)“. Diese Voraussetzungen sieht die Behörde bei WLAN-Hotspots nur als gegeben an, wenn zur Realisierung auf einen DSL-Anschluss als Vorleistungsprodukt bzw. auf das Vorleistungsprodukt eines TK-Diensteanbieters oder Netzbetreibers zurückgegriffen wird. Sie bezeichnet solche Betreiber als Betreiber der Gruppe A. Nach dem Schaubild der Mitteilung fällt unter die Gruppe A bspw. auch die dauerhafte Breitbandversorgung eines Dorfes mittels WLANs unter Zuordnung fester IP-Adressen.

Hiervon ist nach Auffassung der BNetzA die Gruppe B abzugrenzen. Bei dieser beschränkt sich das Angebot an die Endkunden regelmäßig auf die „Nutzung eines eigenen, vorhandenen Telekommunikations (TK)-Anschlusses (Telefon/DSL)“ der Gruppe A. Gruppe B stehe dementsprechend zur Gruppe A in einem „Nachordnungsverhältnis“. Das Eröffnen der Nutzungsmöglichkeit – das in der überwiegenden Zahl der Fälle spontan und meist kurzzeitig sei – stelle im Regelfall kein eigenständiges „Erbringen“ dar, vielmehr würde es sich lediglich um einen Fall des „Mitwirkens“ handeln. Unter diese Gruppe B fallen danach bspw. Betreiber von Callshops, Internetcafés, Hotels/Restaurants mit WLAN-Angebot, klassische WLAN-Hotspots und vergleichbare Angebote.

- 430 -

2. Kriterien der Abgrenzung

Mit diesem Ansatz stellt die BNetzA nicht mehr auf das oben dargestellte Dienstverständnis aus Nachfragersicht ab,²⁰ sondern bezieht – trotz des Ansatzes der technologieneutralen Regulierung – die technische Realisierung für die Bestimmung des Anwendungsbereichs mit ein. In der Mitteilung wird danach differenziert, ob ein eigener, in der Regel auf bestimmte Dauer angelegter Telekommunikationsanschluss zur selbstständigen Verwendung überlassen wird. Es soll insofern darauf ankommen, ob der zugrundeliegende TK-Anschluss dem Teilnehmer überlassen oder lediglich die Möglichkeit der vorübergehenden Nutzung eines Anschlusses ermöglicht wird. Abgrenzungskriterien – von der BNetzA als Besonderheiten bezeichnet – für die Frage, ob ein Erbringen von Telekommunikationsdiensten vorliegt, sind demnach: Erfolgt die Inanspruchnahme der Leistung nur kurzzeitig durch den Endkunden (hierzu unter III. 1)) oder wird nicht der TK-Anschluss selbst angeboten, sondern nur dessen vorübergehende Nutzung (hierzu unter III.2).²¹

III. Bewertung

Nachfolgend soll zunächst auf die Abgrenzungskriterien der BNetzA eingegangen werden (1. u. 2.), bevor dargestellt wird, dass die Leistung aus Sicht des Nachfragers zu bestimmen ist (3.), dass ein Mitwirken

¹⁹ BNetzA, Mitteilung Nr. 149/2015, ABl. 4/2015, S. 1140.

²⁰ Siehe unter I.2.

²¹ BNetzA, Mitteilung Nr. 149/2015, ABl. 4/2015, S. 1141 .

nicht ohne ein Erbringen vorliegen kann (4.) und sich bei der von der Behörde vorgenommenen Abgrenzung Folgefragen stellen (5.). Anschließend werden Fragen des europäischen Rechts (6.) sowie des Verfassungsrechts (7.) geklärt.

1. Dauer der Inanspruchnahme

Es ist bereits fraglich, ob die Dauer der Inanspruchnahme der Leistung durch den Kunden ein geeignetes Kriterium darstellt, um zu bestimmen, ob ein Telekommunikationsdienst *erbracht* wird. Aus der Legaldefinition nach § 3 Nr. 10 TKG lässt sich entnehmen, dass es für das „*geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten*“ eines „*nachhaltigen Angebots von Telekommunikation für Dritte*“ bedarf. Dementsprechend ist es nicht ausreichend, wenn lediglich vorübergehend die Mitnutzung eines Internetanschlusses ermöglicht wird. Diese Anforderung ergibt sich jedoch – entgegen der Auffassung der BNetzA – nicht aus dem Merkmal des „Erbringens“. Abzustellen ist vielmehr darauf, ob es sich bei dem jeweiligen WLAN-Hotspot um ein „nachhaltiges Angebot“ handelt und nicht auf die Dauer der Inanspruchnahme im Einzelfall.

Die Frage, ob eine Leistung erbracht wird, hängt gerade nicht von der Dauer der Inanspruchnahme ab. Vielmehr ist eine kurzfristige Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten sogar der typische Anwendungsfall. Die Auslegung der BNetzA zu Grunde gelegt, würde bspw. das Angebot von Call-by-Call-Telefonie kein „Erbringen“ von TK-Diensten darstellen, da die Leistung stets nur kurzfristig – nämlich für die Dauer der Verbindung – durch den Kunden genutzt und ein TK-Anschluss selbst nicht angeboten wird. Nichtsdestotrotz dürfte unstreitig sein, dass Call-by-Call-Anbieter Telekommunikationsdienste erbringen.²² Ein Fall der nur kurzfristigen (tatsächlichen) Inanspruchnahme liegt bspw. regelmäßig auch bei Verbindungen vor, welche nur zu Zwecken des Backups genutzt werden. Die Beispiele zeigen, dass sich außerhalb der WLAN-Hotspots die Dauer der Inanspruchnahme nicht oder nur schwer zur Abgrenzung heranziehen lässt. Dienstespezifische Anforderungen an die Meldepflicht – also eine unterschiedliche Auslegung je nachdem um was für einen Dienst es sich konkret handelt – lassen sich mit der Regelung des § 6 TKG jedoch nicht vereinbaren. § 6 TKG folgt vielmehr wie das gesamte TKG dem in § 1 TKG vorgegebenen technologieneutralen Ansatz.²³

2. Anschluss wird zur selbstständigen Verwendung überlassen

Neben der Dauer der Inanspruchnahme wird in der Mitteilung als Abgrenzungskriterium herangezogen, ob dem Kunden ein eigener Telekommunikationsanschluss zur selbstständigen Verwendung überlassen wurde. Danach soll der WLAN-Hotspot eines klassischen TK-Anbieters, welcher auf der Basis eines DSL-Anschlusses als Vorleistungsprodukt realisiert wurde, meldepflichtig sein, während der WLAN-Hotspot eines Cafés oder ein sonstiger Hotspot zur Absatzförderung bei der Nutzung eines eigenen, vorhandenen Telekommunikationsanschlusses meldefrei wäre.

Für das Erfordernis der Nutzung eines Vorleistungsprodukts im Rahmen des Erbringens könnte der geänderte Wortlaut des § 91 Abs. 1 S. 1 TKG sprechen, welcher im Rahmen der TKG Novelle 2011/2012

²² Vgl. VG Köln MMR 2003, 284; VG Köln, Beschl. v. 20.9.2010 - 21 L 799/10, BeckRS 2011, 45408; *Sörup*, in Heun, HdB TK-Recht, 2. Aufl. 2007, Kap. K, Rn. 216 ff.; *Baumgarten*, in Wissmann, Praxishandbuch TK-Recht, 2. Aufl. 2006, Kap. 9 Rn. 111 ff.

²³ Dazu *Cornils*, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 28 ff.

angepasst wurde.²⁴ Waren bis zur Novellierung noch Unternehmen und Personen Adressaten der Regelung, welche „geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder an deren Erbringung mitwirken“, so wurde dies geändert in diejenigen, „die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste in Telekommunikationsnetzen, (...), erbringen oder an deren Erbringung mitwirken“. Aus dem Zusatz „in Telekommunikationsnetzen“ kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass nur solche Telekommunikationsdienste dem TKG unterfallen, die auf der Basis von selbstbetriebenen Netzen erbracht werden.²⁵ Die diesbezügliche Änderung des Wortlauts sollte nach der Gesetzesbegründung vielmehr alleine die Regelung des Art. 3 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie (DSRL)²⁶ umsetzen.²⁷ Weder aus der DSRL noch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass es sich bei den genutzten Anlagen um selbstbetriebene Netze handeln müsste. Die Einfügung sollte lediglich klarstellen, dass der telekommunikationsrechtliche Datenschutz auch für Netze gilt, welche Datenerfassungs- und Identifikationsgeräte unterstützen.²⁸ Zudem wäre eine solche Auslegung alleine für den Anwendungsbereich des telekommunikationsrechtlichen Datenschutzes ausschlaggebend und ließe sich nicht auf die Meldepflicht nach § 6 TKG übertragen, welche alternativ („oder“) auf Telekommunikationsnetze und -dienste abstellt. Hätte der Gesetzgeber eine generelle Änderung – auch für § 6 TKG – beabsichtigt, hätte er dies im Rahmen der Legaldefinition in § 3 TKG getan, nicht aber nur spezifisch im Abschnitt „Datenschutz“.

Die BNetzA stützt ihre in der Mitteilung vorgenommene Differenzierung möglicherweise auf eine teleologische Auslegung, welche nach den Zielen und Grundgedanken der Regelung sucht. Wie oben ausgeführt, ist die Funktion der Meldepflicht die Ermöglichung der Überwachung des Markts einschließlich der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen. Eine Folge der von der BNetzA angestrebten Verneinung des Merkmals des „Erbringens“ wäre aber auch, dass die Regelungen des Kundenschutzes nicht zur Anwendung kämen. Außerdem müsste bspw. nicht nach § 109 Abs. 4 TKG ein Sicherheitsbeauftragter benannt und der BNetzA durch den Betreiber kein Sicherheitskonzept vorgelegt werden. Es ist daher zu kurz gegriffen, zur Auslegung des „Erbringens“ allein auf das Regelungsziel der Meldepflicht abzustellen.

- 431 -

Vielmehr wäre im Rahmen der teleologischen Auslegung auch auf die übrigen betroffenen Bereiche des TKG abzustellen gewesen. Die durch die geänderte Auslegung der BNetzA betroffenen regulatorischen Ziele sind dann die Überwachung des Markts, die Überwachung des Marktteilnehmers im Hinblick auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen, der Kundenschutz sowie die Öffentliche Sicherheit. Dabei ist das regulatorische Interesse an entsprechenden WLAN-Angeboten eher gering, da es sich beim WLAN gerade nicht um das Surrogat des herkömmlichen Internetanschlusses handelt. Dennoch bleibt für eine

²⁴ Hierzu: *Eckhardt/Schmitz*, CR 2011, 436 (438).

²⁵ *Jenny*, in *Plath*, BDSG, 2012, § 91 TKG, Rn. 5; *Eckhardt/Schmitz*, CR 2011, 436 (438), die hier aber auf das Merkmal des Mitwirkens abstellen.

²⁶ RL 95/46/EG v. 24.10.1995, ABl. 1995, L. 281 v. 23.11.1995, 31.

²⁷ BT-Drs. 17/5707, S. 79.

²⁸ *Jenny*, in *Plath*, BDSG, 2012, § 91 TKG, Rn. 5; vgl. auch Erwg. 56 der Änderungsrichtlinie „Rechte der Bürger“ 2009/136/EG.

teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs kein Raum. Zunächst lässt sich die vorgenommene Abgrenzung anhand des Umstandes, ob dem Endkunden ein eigener Anschluss überlassen wird, mit den Zielen der einschlägigen Regelungen sowie dem Ansatz der technologieneutralen Regulierung nach § 1 TKG nicht vereinbaren. Weiter wird das Interesse an der Marktbeobachtung und Überwachung gerade nicht dadurch tangiert, wie die Leistung tatsächlich realisiert wird. Auch sieht das TKG – mit Ausnahme der § 113 Abs. 5 TKG sowie § 3 Abs. 2 Nr. 5 TKÜV, die jedoch nur einzelne regulatorische Pflichten und nicht den grundsätzlichen Anwendungsbereich aller Pflichten betreffen – gerade keine Schwellenwerte. Es vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen, dass die Frage der technischen Realisierung dafür ausschlaggebend sein soll, ob der TK-Kundenschutz zur Anwendung kommt.

3. (Keine) Beurteilung des Dienstes aus Sicht des Nachfragers

Es kommt nach dem in der Mitteilung veröffentlichten Schaubild neben der Dauer der Inanspruchnahme darauf an, ob ein Vorleistungsprodukt (dann liegt ein Erbringen vor) oder der Anschluss eines Dritten (dann liegt lediglich ein Mitwirken vor) zur Realisierung des Angebots verwandt wird. Damit wird die bisherige Betrachtung aus der Sicht des Nachfragers aufgegeben. Für den Nachfrager ist es aber gerade unerheblich, ob und welche Vorleistung der Hotspot-Betreiber einsetzt. Die Legaldefinition nach § 3 Nr. 10 TKG zeigt, dass auf das nachhaltige „Angebot“ abzustellen ist. Ausschlaggebend ist daher das „Anbieten“ eines Telekommunikationsdienstes gegenüber dem Teilnehmer und nicht, wie dieses Angebot realisiert wurde. In der Mitteilung wird insoweit auch nicht berücksichtigt, dass bei der Nutzung eines bestehenden Anschlusses ein Vertragsverhältnis zwischen dem Hotspot-Betreiber und dem Teilnehmer begründet wird, sofern es sich um ein entgeltliches Angebot oder ein Angebot zur Absatzförderung handelt.²⁹ Obwohl immer wieder – vielleicht auch jeweils nur für wenige Minuten – Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen geschlossen werden, soll nach Auffassung der BNetzA aber kein Fall des „Erbringens“ vorliegen. Dabei kann auch bei jeweils nur kurzzeitiger Nutzung eines WLAN-Hotspots unter Zuweisung einer dynamischen IP-Adresse dennoch häufig ein Dauerschuldverhältnis eingegangen werden. So sind insbesondere Wochen- oder Monatsverträge anzutreffen. Letztlich sind z.B. auch Jahresverträge über die Nutzung aller Hotspots eines Anbieters denkbar. Dabei wird vom Hotspot-Betreiber in der Regel eine Leistung in Form der Administration der Hotspots (und ggf. sogar der Abrechnung der Leistung) erbracht, welche sogar über den reinen (regulierten) Resale hinausgeht. Die Auslegung der BNetzA zu Grunde gelegt, würden beispielsweise auch Preselection-Anbieter, die über eine feste Laufzeit alle (jeweils kurzfristigen) Anrufe eines Teilnehmers abwickeln, ohne dem Teilnehmer eine Rufnummer zuzuweisen, nicht mehr einen Telekommunikationsdienst „erbringen“ und wären daher von der Meldepflicht und den Bestimmungen des Kundenschutzes befreit.

4. Kein Mitwirken ohne Erbringen

Nach der Mitteilung soll es sich bei der Gruppe B, also den Angeboten, die sich einerseits durch eine kurzfristige Inanspruchnahme auszeichnen und bei denen andererseits nicht der TK-Anschluss selbst angeboten wird, lediglich um einen Fall des Mitwirkens nach § 3 Nr. 6b TKG und damit die Diensteanbietereigenschaft im Sinne des TKG handeln. Die Regelung des § 3 Nr. 6b TKG setzt jedoch voraus, dass der Diensteanbieter an der Erbringung „solcher Dienste mitwirkt.“ Der hier relevante Dienst

²⁹ Sassenberg/Mantz, WLAN und Recht, 2014, Rn. 262 ff.

ist bspw. der Internetzugang über den WLAN-Hotspot, welcher von einem Café angeboten wird. Folge der Mitteilung wäre, dass es sich bei dem Inhaber des Cafés als Anbieter und Betreiber- (lediglich) um einen Mitwirkenden handelt. Offen lässt die Mitteilung allerdings, hinsichtlich welchen Dienstes ein solches Mitwirken bejaht werden soll. Ein Mitwirken, also eine irgendwie geartete Beteiligung an der Erbringung des zugrundeliegenden Internetanschlusses (z.B. in der Form eines DSL-Anschlusses) erfolgt gerade nicht. Aber auch im Fall des Internetzugangs über den WLAN-Hotspot kann kein bloßes Mitwirken vorliegen. Der Dienst des Internetzugangs über WLAN wird gerade nicht vom Anbieter des DSL-Anschlusses erbracht. Dieser sieht vielmehr vielfach sogar in seinen AGB vor, dass eine entsprechende Nutzung des Anschlusses sogar unzulässig sein soll.³⁰ Der Anbieter des DSL-Anschlusses wird mit den Nutzern des WLAN-Hotspots auch keine vertragliche Beziehung eingehen und keinen diesbezüglichen Leistungswillen haben. Die in der Mitteilung vertretene Auffassung würde insofern dazu führen, dass ein Mitwirken vorliegt, ohne dass jemand den Dienst erbringt. Dies ist aber mit dem Merkmal des Mitwirkens nicht vereinbar, da dieses zunächst ein Erbringen des Dienstes voraussetzt. Für die Nutzer sind der DSL-Internetzugang und die Nutzung des WLAN-Hotspots zwei unterschiedliche Dienste. Daher liegt nicht lediglich ein „Mitwirken“ vor, dies gilt sowohl aus der Sicht des Nachfragers als auch des Anbieters.

5. Fragen der Abgrenzung bleiben

a. Mitbenutzung eines Anschlusses

Selbst wenn man der Auffassung der BNetzA folgt, verbleiben weiterhin Abgrenzungsfragen. So ist bspw. unklar, wann von einem „vorhandenen Anschluss“ ausgegangen werden kann. Der Begriff des „Anschlusses“ ist im TKG nicht legaldefiniert. In der Universaldiensterichtlinie (UDRL) wird er sowohl für Anschlüsse an festen wie an nicht-festen Standorten verwendet.³¹ Damit sind auch Anschlüsse erfasst, welche mittels WLAN realisiert werden. Dies entspricht (zunächst) auch der Auffassung der BNetzA, die im Fall von WLAN-Hotspots von „Internet-Anschluss mit IP-Adresse“ spricht. Abgegrenzt wird dieser „Internet-Anschluss mit IP-Adresse“ dann im Rahmen der Mitteilung von der „Mitbenutzung eines Anschlusses“. Die Behörde lässt aber offen, ob hierzu nur der typische aDSL-Anschluss oder auch der (auf Business-Kunden ausgerichtete) sDSL-Anschluss zählt oder sogar auch noch die Anbindung ans Internet über eine Mietleitung.³² Offen ist auch, ob die BNetzA im Fall der Realisierung auf der Grundlage von sog. AGB-Produkten,³³ also beim Bezug typischer Massenprodukte auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Nutzung als Quasi-Vorleistungsprodukt, von einem solchen Vorleistungsprodukt ausgehen würde.

Letztendlich können technische Fragen der Art des Zugangs zum Internet aber nicht dafür ausschlaggebend sein, ob ein angebotener Dienst der Regulierung innerhalb des TKG unterliegt oder nicht. Auch andere Beispiele

³⁰ Sassenberg/Mantz, WLAN und Recht, 2014, Rn. 327 auch zur Frage, ob solche Regelungen zulässig sind.

³¹ RL 2002/22/EG v. 07.03.2002, ABl. 2002 Nr. L 108 v. 24.04.2002, 51, Erwg. 40.

³² Zur Mietleitung Sörup, in Heun, HdB TK-Recht, 2. Aufl. 2007, Kap. K, Rn. 248.

³³ OVG NRW, Beschl. v. 19.11.2003 – 13 B 1955/03, ZUM-RD 2004, 139; LG Frankfurt, Urt. v. 22.04.2005 – 3/11 O 133/04, MMR 2005, 551; OLG Frankfurt, Urt. v. 01.04.2008 – 11 U 14/07 (Kart), MMR 2008, 679.

zeigen, dass die Infrastruktur kein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung ist. So setzt bspw. der „Betrieb“ eines Virtual Private Networks (VPN) ebenfalls keine eigene Infrastruktur voraus, ist aber – auch nach Auffassung der Bundesnetzagentur – (unter den weiteren Voraussetzungen des § 6 TKG) meldepflichtig.³⁴

b. Internet-Anschluss mit IP-Adresse

Unter die Gruppe A der meldepflichtigen Anbieter soll das Angebot eines „Internet-Anschlusses mit IP-Adresse“ fallen. Nach dem Wortlaut der Mitteilung können davon sowohl rein statische IP-Adressen als auch dynamische IP-Adressen erfasst sein, ebenso für den privaten Gebrauch zugeordnete Adressbereiche (z.B. 192.168.0.1 oder 10.0.0.0). Gemeint ist aber vermutlich ein Internetanschluss, dem eine „öffentliche“ IP-Adresse zugewiesen ist, so dass allein die nicht-öffentlichen IP-Bereiche dem nicht unterfallen. Wenn man diese Auslegung unterstellt, muss konstatiert werden, dass auch mittels nicht-öffentlicher IP-Adressen bereits heute Dienste erbracht werden, die wohl auch nach der neuen Auffassung der BNetzA weiter als TK-Dienst anzusehen wären. So werden beispielsweise im Bereich des Mobilfunkinternets den einzelnen Mobilfunkgeräten ebenfalls über Network Address Translation (NAT) vermittelte „nicht-öffentliche“ IP-Adressen zugewiesen. Weiter geht auch die BNetzA davon aus, dass die Versorgung eines Dorfes mit WLAN weiterhin meldepflichtig sein soll. Allerdings kann eine solche Dorfversorgung sowohl durch Zuweisung „öffentlicher“ IP-Adressen an alle Nutzer, oder aber durch gemeinsame Nutzung einer oder mehrerer „öffentlicher“ IP-Adressen und Zuweisung von „nicht-öffentlichen“ IP-Adressen im Übrigen erfolgen.

Letztlich bleibt auch unklar, wie die Auslegung der BNetzA bei der Transition der IP-Adressierung von IPv4 auf IPv6³⁵ weitergeführt werden soll. Durch den neuen IPv6-Standard wird die Anzahl der verfügbaren IP-Adressen deutlich vergrößert. Im Ergebnis wird es sogar möglich, praktisch jedem Gerät eine eigene „öffentliche“ IP-Adresse zuzuweisen, so dass die von der BNetzA eingeführte Unterscheidung möglicherweise nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden kann.

Insgesamt lässt sich daher aus der unterschiedlichen technischen Realisierung im Einzelfall schon aufgrund dessen Vielgestaltigkeit keine Aussage darüber herleiten, ob ein TK-Dienst erbracht wird oder nicht.

c. Verhältnis des Erbringens eines Telekommunikationsdiensts zum Betrieb eines Telekommunikationsnetzes

In der Mitteilung unbehandelt ist zudem die Frage, ob mit dem jeweiligen WLAN-Hotspot nicht ein öffentliches Telekommunikationsnetz gewerblich betrieben wird; auf das „Erbringen“ kommt es insoweit nicht an. Auch dies würde eine entsprechende Meldepflicht begründen. Aufgrund der unterschiedlichen Betreibermodelle bei WLAN-Hotspots lässt sich hier allerdings keine einheitliche Aussage treffen. Es ist zunächst festzuhalten, dass es sich auch bei funkgestützten Netzen – und damit

³⁴ Meldebogen der BNetzA, Stand 04.04.2014, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de.

³⁵ Eingehend dazu *Freund/Schnabel*, MMR 2011, 495; *Wegener/Heidrich*, 2011, 479.

auch bei WLANs – um Telekommunikationsnetze nach § 3 Nr. 27 TKG handelt.³⁶ Denn hierunter fällt die „Gesamtheit von Übertragungssystemen“. Schon ein einzelner WLAN-Hotspot bildet ein Übertragungssystem, das die Kommunikation zwischen den angeschlossenen Geräten und einem anderen Netz überträgt. Würde man die Logik der Mitteilung der BNetzA auch auf das Merkmal des „Betreibens“ von Telekommunikationsnetzen übertragen, müsste man bei der Gruppe B das Merkmal verneinen, da der Betrieb von demjenigen ausginge, der die Internetzugangsleistung in Form des Anschlusses zur Verfügung stellt.

Dieses Verständnis lässt sich aber mit der bisherigen Auffassung in der Literatur nicht vereinbaren. Betreiber ist nämlich derjenige, der die Funktionsherrschaft und damit die tatsächliche und rechtliche Kontrolle ausübt.³⁷ Die Funktionsherrschaft über das WLAN-Netz hat derjenige, der über die Administration des Hotspots und den Zugang der Kunden entscheidet. Im Fall eines vom Netzbetreiber vorgesehenen WLAN-Sharings, bei dem der Teilnehmer weder ein Vertragsverhältnis mit dem Dritten übernimmt noch den diesbezüglichen „Teil des Routers“ administriert, ist die Funktionsherrschaft zu verneinen. Anders ist dies bei Internet-Cafés, die ihren Gästen den Internetzugang mittels WLAN über einen selbst konfigurierten und administrierten Hotspot anbieten. Hier besteht eine Vertragsbeziehung zwischen dem Café-Inhaber und dem Nutzer des WLAN-Hotspots, auch kann der Café-Inhaber die tatsächliche Kontrolle ausüben (Passwörter einstellen, Zugang deaktivieren etc.). Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass ein bestehender Internetzugang mittels DSL genutzt wird. Alleine der Umstand, dass eine andere Leistung für die Erbringung erforderlich ist, kann nicht ausreichen. Letztlich sind solche Leistungsketten in der Telekommunikation üblich (und erforderlich).

Es wäre daher insgesamt wenig überzeugend, wenn nach der Mitteilung der BNetzA eine Meldung als Anbieter gewerblicher öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste nicht erfolgen müsste, der Anbieter aber aufgrund seiner Eigenschaft als Betreiber gewerblicher öffentlicher Telekommunikationsnetze dennoch melden müsste.

6. Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung

Zudem stellt sich die Frage nach der richtlinienkonformen Auslegung der Anbietereigenschaft. Aus der § 6 TKG zugrundeliegenden GenehmigungsRL³⁸ lässt sich die Anbietereigenschaft nicht unmittelbar entnehmen. Vielmehr ist in § 3 Abs. 2 Satz 2 der GenehmigungsRL lediglich vorgesehen, dass von den „*betreffenden Unternehmen*“ eine Meldung verlangt werden darf. Betroffene Unternehmen sind solche, die elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste bereitstellen, wobei der elektronische Kommunikationsdienst in Art. 2 lit c) der Rahmenrichtlinie³⁹ legaldefiniert ist. Danach sind elektronische Kommunikationsdienste „*gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der*

³⁶ Röhrborn/Katko, CR 2002, 882 (888); Schütz, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 6 TKG, Rn. 23; Sassenberg/Mantz, WLAN und Recht, 2014, Rn. 26.

³⁷ Schütz, in Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 6, Rn. 56; Mayen, in Scheurle/Mayen, 2. Aufl. 2008, § 6 TKG, Rn. 3 m.w.N.

³⁸ Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 21.

³⁹ RL 2002/21/EG v. 02.03.2002, ABl. 2002 Nr. L 108 v. 24.04.2002, 33 geändert durch RL 2009/140/EG v. 25.11.2009, ABl. 2009 L 337 v. 18.12.2009, 11.

Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, (...)“. Die in der Mitteilung gewollte Differenzierung lässt sich aus dem – dem nationalen Recht sehr ähnlichen – Wortlaut nicht entnehmen. Vielmehr wird auch insoweit alleine auf den angebotenen Dienst abgestellt. Wie oben gezeigt, war dies bisher so verstanden worden, dass damit die Sicht des Nachfragers maßgebend ist.

Hierfür spricht auch Erwägungsgrund 13 der Citizen Rights Richtlinie,⁴⁰ welcher einerseits die Technologieneutralität betont und andererseits auf das Wesen des Dienstes abstellt. Zudem führt auch die im Entwurf der Telecom Digital Single Market Verordnung⁴¹ vorgesehene Regelung (deren Verabschiedung wohl nicht mehr zu erwarten ist) in Art. 14 TSM-V-E nicht dazu, dass die Meldepflicht suspendiert wird.⁴²

Es stellt sich nach alledem die Frage, ob vor dem Hintergrund der europarechtskonformen Auslegung das geschäftsmäßige „Erbringen“ von Telekommunikationsdiensten derart eng interpretiert werden darf wie dies die BNetzA verfolgt. Insofern stellen sich – was aufgrund der angestrebten

- 433 -

Harmonisierung wenig verwunderlich ist – die gleichen Fragen wie im nationalen Recht. Im Europäischen Recht finden sich jedenfalls keine Hinweise, welche die von der Behörde vorgenommene Anknüpfung an das „Erbringen“ und eine darauf gestützte Differenzierung nahelegen.

7. Verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung

Die von der BNetzA vorgesehene Auslegung könnte sich auch als problematisch im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG erweisen. Wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten – hier der Meldepflicht nach § 6 TKG – bestehen und eine Auslegungsvariante zu einer verfassungswidrigen Regelung führen würde, scheidet diese aus.⁴³

Das in der Mitteilung zum Ausdruck gebrachte Normverständnis der BNetzA führt dazu, dass die in die Gruppe A fallenden Unternehmen („klassische TK-Anbieter“) gegenüber den in die Gruppe B fallenden Unternehmen wie Callshops, Internetcafés und WLAN-Hotspots anders und damit ungleich behandelt werden. Die Anbieter der Gruppe B müssen nicht nur der Meldepflicht nicht nachkommen. Zusätzlich sind – wie bereits aufgezeigt – als Folge der neuen Auslegung auch die Bestimmungen des Kundenschutzes und ein Teil der Anforderungen an die Öffentliche Sicherheit nicht zu erfüllen. Für die identische Leistung (den Internetzugang über einen WLAN-Hotspot) soll damit ein unterschiedliches Regelungsregime gelten, je nachdem wer die Leistung realisiert. Zudem könnte der Verzicht auf den Einsatz von Vorleistungsprodukten zu einer Verengung des Anwendungsbereichs führen.

⁴⁰ RL 2009/136/EG v. 25.11.2009, Abl. 2009, Nr. L 377/11 v. 18.12.2009.

⁴¹ COM(2013) 627 final.

⁴² Mantz/Sassenberg, CR 2014, 370 (370).

⁴³ Statt vieler: Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, § 3 UWG, Rn. 58 f.

Insofern stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung. Hier scheint die BNetzA mit der Intention zu handeln, „kleinere“ Anbieter von der Meldepflicht ausnehmen zu wollen. Dafür könnte sprechen, dass diese Anbieter in der Regel nur eine relativ geringe Anzahl an Kunden aufweisen, die Angebote häufig entgeltfrei sind und dass diese Anbieter z.B. für die öffentliche Sicherheit eine geringe Rolle spielen. Allerdings stellt die Behörde nicht per se auf kleine Anbieter ab und trifft eine de minimis-Regelung (für welche der Gesetzeswortlaut auch keinen Raum lassen würde), sondern unterscheidet anhand technischer Details aus Sicht des Anbieters. Dass diese technischen Details aber zu einer anderen Beurteilung führen und z.B. der Anbieter, welcher ein Vorleistungsprodukt einsetzt, umfassender reguliert wird, vermag nicht zu überzeugen. Es ist zudem nicht ersichtlich, warum die Kunden eines Anbieters mit kleiner Kundenzahl weniger schutzwürdig sein sollen als Anbieter mit größeren Kundenzahlen. Die technische Differenzierung, die die BNetzA hier vornimmt, führt ebenfalls nicht zu einer Verringerung der für die Kunden bestehenden Gefahren und damit ihrem Bedürfnis, den Schutz der §§ 43a ff. TKG beanspruchen zu können. Auch der Einwand, wonach die Angebote in der Regel entgeltfrei erfolgen, greift nicht, da die BNetzA gerade nicht auf dieses Abgrenzungskriterium abstellt.

Die von der BNetzA intendierte Auslegung begegnet daher mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG zumindest Bedenken. Dies spricht dafür, dass zur Verwirklichung der von der BNetzA vermutlich beabsichtigten Einschränkung der Meldepflicht statt einer anderen Auslegung der vorhandenen Begrifflichkeiten der Gesetzgeber eine (ggf. grundlegende) Änderung z.B. durch Einführung einer de minimis-Regelung herbeigeführt werden sollte, wobei für sämtliche regulatorischen Pflichten zu klären wäre, ob eine solche de minimis-Regelung europarechtskonform ist.

IV. Rechtsfolgen

Neben dem Rechtscharakter der Mitteilung (1.) stellt sich die Frage, wie mit der Meldepflicht sowie anderen unter dem TKG bestehenden Pflichten umzugehen ist (2.).

1. (Kein) Rechtscharakter der Mitteilung

Dabei ist zunächst zu klären, welchen rechtlichen Charakter die Mitteilung der BNetzA hat. Diese Frage wird im TKG nicht ausdrücklich geregelt und wurde – soweit ersichtlich – noch nicht gerichtlich geklärt.⁴⁴ Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich um die Veröffentlichung eines Verwaltungsgrundsatzes gem. § 122 Abs. 3 TKG handelt. Anhand der Veröffentlichung von Verwaltungsgrundsätzen soll es Dritten ermöglicht werden, behördliche Entscheidungen besser einzuschätzen.⁴⁵ Es handelt sich insoweit um Binnenrecht der Verwaltung, welches nur eine interne Bindungswirkung entfaltet.⁴⁶ Einen – über den sich aus dem Anspruch auf Gleichbehandlung bzw. Selbstbindung der Verwaltung hinausgehenden – Rechtscharakter entfaltet die Mitteilung daher nicht.⁴⁷

2. Melde- und andere Pflichten

⁴⁴ In dem Verfahren VG Köln, Urt. v. 22.08.2008 – 11 K 2940/06, Rn. 48, MMR 2008, 846 ff. = CR 2009, 93 ff. wurde die Frage der Rechtskraft von Mitteilungen zwar thematisiert, aber letztendlich offen gelassen.

⁴⁵ Böcker, in Säcker, TKG, 3. Auflage 2013, § 122 TKG, Rn. 14 m.w.N.

⁴⁶ Böcker, in Säcker, TKG, 3. Auflage 2013, § 122 TKG, Rn. 15 m.w.N.

⁴⁷ Fetzer/Groß, in Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 122 TKG, Rn. 7.

Die Mitteilung hat dementsprechend keinen endgültig bindenden Charakter. Jedoch handelt es sich um einen Fall der Selbstbindung der Verwaltung, da die BNetzA mit der Mitteilung zum Ausdruck gebracht hat, wie sie zukünftig ihre Aufgaben in Bezug auf die telekommunikationsrechtlichen Pflichten erfüllen will. Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass die BNetzA von ihrer Befugnis, Bußgelder zu verhängen und entsprechend §§ 126 ff. TKG Maßnahmen zu erzwingen, insoweit keinen Gebrauch machen wird. Daher können Betreiber von WLAN-Hotspots, die der Gruppe B zuzuordnen sind, beruhigt auf die Meldung nach § 6 TKG verzichten, auch wenn sie nach der hier vertretenen Auslegung weiter dazu verpflichtet wären. Auch können für diese Gruppe die Benennung eines Sicherheitsbeauftragten und die Erstellung eines Sicherheitskonzepts unterbleiben.

Problematisch sind allerdings diejenigen Pflichten, die allein den „Erbringer“ treffen, aber nicht allein unter der Bewertungshoheit der BNetzA stehen. Dies sind primär die Vorgaben des Kundenschutzes nach §§ 43a ff. TKG. Die Auslegung der BNetzA unterstellt, wären diese für Betreiber der Gruppe B nicht mehr zu erfüllen. Zu beachten ist allerdings, dass gerade die Einhaltung der Regelungen zum Kundenschutz im Wege des Wettbewerberschutzes nach UWG z.B. durch Abmahnung und anschließende gerichtliche Geltendmachung weiterhin erzwungen werden könnte.⁴⁸ Auch dem Teilnehmer können Ansprüche aus der Nichteinhaltung der entsprechenden Regelungen erwachsen. Ob die Gerichte in solchen Fällen der Leitlinie der BNetzA folgen, bleibt abzuwarten, wobei wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten um die Ausgestaltung von WLAN-Hotspots zumindest bisher nicht bekannt geworden sind.

V. Fazit

Das Ergebnis der Einordnung durch die Bundesnetzagentur, dass für die Betreiber von (kleineren?) WLAN-Hotspots nur die Bestimmungen des telekommunikationsrechtlichen Datenschutzes zur Anwendung kommen, ist zumindest für einen Teil der Betreibermodelle zu begrüßen. Sind

- 434 -

und Datensicherheit gewährleistet, sollten zumindest bei entgeltfreien Leistungen keine weiteren Anforderungen (z.B. des TK-Kundenschutzes) auferlegt werden und der Dienst nach dem Grundsatz „take it or leave it“ erbracht werden können. Der in der Mitteilung gewählte Lösungsansatz vermag jedoch insgesamt nicht zu überzeugen. Er führt vielmehr zu Folgefragen und ist aufgrund einer möglicherweise ungerechtfertigten Ungleichbehandlung auch verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Änderung, wie sie die BNetzA herbeiführen will, wäre daher Aufgabe des Gesetzgebers. Er müsste – in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Grundlagen – die zu Grunde liegenden Definitionen ändern. Dabei wäre insbesondere das Ziel der technologieneutralen Regulierung zu berücksichtigen, so dass jedenfalls der hier gewählte Ansatz nicht geeignet ist.

⁴⁸ *Ditscheid/Rudloff*, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 43a TKG, Rn. 50.