



Holme Roberts & Owen
Rechtsanwälte · Attorneys at Law

HRO CONTACTS

Jens Röhrborn

Rechtsanwalt · Partner
jens.roehrborn@hro.com

Dr. jur. Jörg Ritter

Rechtsanwalt · Partner
joerg.ritter@hro.com

Dr. jur. Hannes Berger

Rechtsanwalt · Partner
hannes.berger@hro.com

Michael Sinhart

Rechtsanwalt · Associate
michael.sinhart@hro.com

Dr. jur. Peter Katko

Rechtsanwalt · Associate
peter.katko@hro.com

HRO Munich Alert

Von Jens Röhrborn und Dr. jur. Peter Katko, licencié en droit (Die Autoren sind Rechtsanwälte in München)

Wireless LAN—nach deutschem und europäischem Kommunikationsrecht

I. Einleitung

Wireless LAN (Wireless Local Area Network – drahtloses lokales Netzwerk; abgekürzt WLAN) ist ein zunehmend verbreitetes Kommunikationssystem, das über Desktop-PC's, Laptops oder Handhelds (PDA) breitbandigen und drahtlosen Zugang in lokale Netzwerke und das Internet ermöglicht. Mit Hilfe von Basisstationen, die derzeit über bis zu 500 Metern Reichweite verfügen, statten etwa Privatleute ihr Einfamilienhaus und Unternehmen ihre Geschäftsräume mit WLANs aus, so dass der gesamte Wohn- bzw. Bürobereich mit einem drahtlosen Netzwerk verbunden wird. Genauso kann die nachträgliche Verkabelung von älteren Bürogebäuden durch WLAN verzichtbar werden. Die Anwendung beschränkt sich jedoch nicht auf Firmennetzwerke. In Cafés, Hotels oder Flughafen-Lounges, immer öfter finden die digitalen Nomaden mit WLAN eine Pforte ins Internet. In den USA haben sich schon Szenarien entwickelt, bei denen der Schritt von geschlossenen, lokal begrenzten zu offenen, bundesweiten Netzwerken vollzogen wurde: In sogenannten „Neighborhood-Networks“ finden sich Besitzer von WLANs bundesweit zusammen, um sich gegenseitig den Zugang in Ihre Netzwerke zu erlauben¹ und es wird sogar an ein „nationales WLAN“ gedacht². Bei Starbucks sollen bis Ende des Jahres rund 2000 Cafés mit WLANs ausgerüstet werden, damit sich die Gäste über ihre Laptops oder Palms während des Besuches ins Internet einloggen können³. McDonalds Japan etwa bietet Zugang ins Internet über WLANs für monatlich rd. Euro 12,50⁴. In Österreich bietet „metronet.at“ Zugang über zahlreiche, im ganzen Stadtgebiet von Wien verteilte WLAN-Hotspots an. Selbst aus traditionsreichen Kaffeehäusern ist so der breitbandige Übergang ins globale Netz möglich⁵. WLAN ist leistungsfähig und kostengünstig zugleich. Bandbreiten von 2,11 bis sogar 54 MBit/s ohne GSM⁶, GPRS⁷ oder demnächst UMTS⁸ Gebühren machen WLAN zu einer Alternative, wenn nicht Konkurrenz zu UMTS⁹. Die Kosten für WLANs sind moderat; WLAN-Access-Points mit einer Reichweite von 500 Metern sind schon für 500 Euro zu haben. In Deutschland hat ein großflächiges WLAN mit öffentlichem Zugang auf der CeBIT 2002 durch eine Kooperation der Firmen Cisco und Mobilcom seine Premiere gehabt. Auf dem Flughafen und auf dem gesamten Messegelände der CeBIT war ein WLAN installiert, durch das sich Messe-Besucher ins Netz einwählen konnten. Niedrige Kosten gekoppelt mit der großen Bandbreite von WLAN bewegen zu Prognosen, dass WLAN die kommende drahtlose mobile Übertragungstechnik werde. Allerdings müssen die verschiedenen Übertragungstechniken nicht in Konkurrenz zueinander stehen, sondern können sich auch ergänzen. Cisco etwa arbeitet an einer mobilen Netzwerktechnologie, bei der in Fahrzeugen Geräte installiert werden, die je nach verfügbarem Breitbandnetz automatisch in UMTS, GPRS oder WLAN einloggen. Bis jetzt ist dies für private Anwendungen noch zu teuer, doch für Spezialfahrzeuge von Polizei, Feuerwehr etc. ist die Technik schon serienreif¹⁰.

¹ Beilage der Süddeutschen Zeitung zur Telekommunikation vom 30.04.2002: Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Wohnanlagen in New Jersey, Washington und San Francisco verfügen jeweils über Wireless LANs. Aufgrund der Netzwerkvereinbarung gestatten sich die Besitzer bzw. Anwohner gegenseitig die Nutzung des Wireless LANs, so dass der einzelne Bewohner bundesweit immer wieder Zugang zu lokalen Netzwerken erhält.

² www.golem.de/0207/20785.html.

³ Financial Times Deutschland vom 22.08.2002.

⁴ Süddeutsche Zeitung vom 14.05.2002.

⁵ Vgl. das Angebot unter www.metronet.at. In Hannover hat sich ein Verein zum Ziel gesetzt, das ganze Stadtgebiet mit WLAN abzudecken; vgl. www.wavehan.de.

⁶ GSM steht für „Globales System für mobile Kommunikation“. Auf diesem Standard basieren alle digitalen deutschen Mobilfunk-Netze (D-Netz, E-Netz).

⁷ Die theoretische Übertragungsrate von GPRS (General Packet Radio Service) ist in der Endausbaustufe mit 115 KBit/s zehnmal schneller als die der herkömmlichen GSM-Norm.

⁸ „Universal Mobile Telecommunication System“ (UMTS) wird ein gegenüber GSM um den Faktor 25 breiteres Frequenzband zur Verfügung stehen und so die Datenübertragungsrate auf bis zu 2 MBit/s erhöhen.

⁹ Internet Professional 9/2002 und www.internet-pro.de. Technik-Standard des WLAN ist 802.11b; genutzt wird der 2,4-GHz-Bereich. Auch Bluetooth und DECT werden als mögliche Übertragungstechniken behandelt. Nachweise unter <http://www.tecchannel.de/hardware/750/index.html>.

¹⁰ http://www.cisco.com/global/DE/presse/meld_2002/02_10_2002_home.shtml.

II. Rechtliche Problematik

Der Wettbewerbsvorteil und damit das wirtschaftliche Potenzial von WLAN sind offensichtlich. Was bedeutet WLAN aber unter rechtlichen Gesichtspunkten? Als wichtiges Argument der gegenwärtigen Vermarktungsstrategien wird die telekommunikationsrechtliche Lizenzfreiheit von WLAN ins Feld geführt. Doch bei immer größerer Ausdehnung sowie breiterer Ansprache der Öffentlichkeit könnte die Lizenzfreiheit irgendwann entfallen. Die daraus resultierende Lizenzpflicht mit dem umfangreichen Antragsverfahren sowie den womöglich hohen Gebühren könnten abschreckend wirken. Allerdings ist das deutsche Telekommunikationsrecht aufgrund des EU-Kommunikations-Richtlinien-Pakets¹¹ bis spätestens 24.07.2003 zu novellieren und die Einzellizenzpflichtigkeit für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen entfällt. Deshalb soll WLAN zuerst unter geltendem Telekommunikationsrecht betrachtet werden um anschließend unter Zugrundelegung der EU-Kommunikations-Richtlinien einen Ausblick auf die künftige Rechtslage anzustellen. Dabei werden nicht nur Fragen der Lizenzpflicht und Frequenzzuteilung sondern auch sonstiges materielles Telekommunikationsrecht beleuchtet.

III. Wireless LAN nach geltendem Telekommunikationsrecht

Telekommunikation wird in Deutschland durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) und einer Vielzahl von Verordnungen hoheitlich reguliert. Das Telekommunikationsrecht stellt sich überwiegend als bereichsspezifisches Kartellrecht dar. Soweit Spezialregelungen fehlen, bleibt das GWB anwendbar (vgl. § 2 Abs. 3 TKG). Neben der wettbewerbssichernden Funktion dient das TKG der Gewährleistung effizienter Frequenznutzung, des Fernmeldegeheimnisses, des Kundenschutzes, des Datenschutzes sowie der Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen. Zur Konkretisierung des TKG sind zahlreiche Spezialverordnungen ergangen. Aufsicht und Kontrolle über die Marktteilnehmer wird durch die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (RegTP) ausgeübt. Als Instrumente zur Überwachung und Steuerung dienen der RegTP primär die Anzeige- sowie die Lizenzpflicht der Marktteilnehmer. Vor allem die Lizenzpflicht wird im Hinblick auf WLANs vor allem bei offener Zugänglichkeit relevant. Andererseits ergeben sich auch bei kleineren bzw. internen WLAN etwa im Hinblick auf den Datenschutz rechtliche Problemstellungen. Deshalb werden für folgende Fallgruppen von WLANs zuerst die formelle Anmelde- und Lizenzbedürftigkeit und dann das materielle Telekommunikationsrecht betrachtet: 1. Geschlossene Netzwerke (z. B. Firmennetzwerke) 2. Bedingt geschlossene Netzwerke (Nachbarschaftsnetzwerke) 3. Bedingt offene Netzwerke (Outsourcing, Modell CeBIT) 4. Gezielt offene Netzwerke (Modell McDonalds, Starbucks).

1. Anzeigepflicht

Nach § 4 TKG ist jede Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen anzeigepflichtig. Die Anzeigepflicht dient dazu, Missbrauch von Telekommunikation sowie die Umgehung der Lizenzpflicht zu unterbinden¹². Die Anzeigepflicht als allgemeines Instrument des Gewerberechts ist zwar gebührenfrei, doch wird ein Verstoß als Ordnungswidrigkeit nach § 96 I Nr. 1 TKG geahndet. Telekommunikationsdienstleistungen sind nach § 3 Nr. 18 TKG „das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte“. Zentrale Tatbestandsvoraussetzungen sind damit „Telekommunikation“ und „Gewerblichkeit“. Bei der Nutzung der WLANs handelt es sich nach § 3 Nr. 16 TKG um Telekommunikation, weil jedenfalls das Übermitteln von Zeichen über eine Telekommunikationsanlage (§ 3 Nr. 17 TKG), also durch elektromagnetische Signale erfolgt. Für Telekommunikationsdienstleistungen gem. § 3 Nr. 18 TKG ist ferner Gewerblichkeit erforderlich. Dabei ist auch im Rahmen des TKG der allgemeine handels-, gewerbe- bzw. steuerrechtliche Gewerbebegriff zugrunde zu legen, d. h. es muss sich um eine mit Gewinnerzielungsabsicht erbrachte Dienstleistung handeln¹³. Diese Gewinnerzielungsabsicht fehlt bei geschlossenen sowie bedingt geschlossene Netzwerken, wenn etwa in selbst betriebenen Firmennetzwerken die Telekommunikation nur einen internen Kostenfaktor darstellt oder bei Nachbarschaftsnetzwerken in der Regel nur Kostendeckung das Ziel ist. Nicht erforderlich für die Anzeigepflicht ist, dass sich die Telekommunikationsdienstleistung an die Öffentlichkeit richtet, da § 3 Nr. 18 TKG diese

¹¹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste) vom 7.3.2002, ABl. L 108, S. 7 ff.

¹² BeckTKG-Komm/Schuster, § 4 Rnr. 1.

¹³ BeckTKG-Komm/Schuster, § 4 Rnr. 5.

Voraussetzung im Gegensatz zu § 3 Nr. 19 TKG nicht enthält¹⁴. Damit sind bedingt offene Netzwerke, also Anbieter von WLAN, die ihre Dienstleistung als Outsourcer erbringen oder ein Firmen-LAN, das sich gegen Entgelt Dritten öffnet, anzeigepflichtig. Zweifeln könnte man beim CeBIT-LAN, wenn der LAN-Zugang als Inklusiv-Service mit der Eintrittskarte verkauft wird, da insoweit wohl keine direkte Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Anders liegt der Fall bei Cafés, die den Zugang zum WLAN kostenfrei anbieten, sich aber höheren gastronomischen Konsum erwarten. Der Netzwerkzugang soll die übrige gewerbliche Aktivität des Telekommunikationsanbieters fördern, so dass die Gewinnerzielungsabsicht daraus abgeleitet werden kann. Schließlich liegt bei offenen Netzwerken (McDonalds-Japan) zweifelsohne Gewerblichkeit und damit Anzeigepflicht vor. Demnach sind geschlossene und bedingt geschlossene Netzwerke anzeigefrei, doch wird dieses Ergebnis aufgrund isolierter Auslegung des TKG dadurch relativiert, dass die RegTP in der Allgemeinzuteilung für die Frequenznutzung von WLAN bei grundstücksübergreifenden WLAN¹⁵ den Betreiber dazu verpflichtet, der Regulierungsbehörde Informationen über Ort, Inbetriebnahme und Antenne mitzuteilen¹⁶.

2. Lizenzbedürftigkeit

§ 6 TKG legt fest, welche Nutzungen und Angebote im Bereich der Telekommunikation einer Lizenz bedürfen. Es handelt sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt¹⁷. Zweck der Lizenzpflichtigkeit ist, dass nur diejenigen Unternehmen Telekommunikation im Bereich Grundversorgung erbringen, die zumindest die gewerblichen Voraussetzungen erfüllen¹⁸. Im Übrigen ist die Lizenzbedürftigkeit nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Antragserfordernisses und der entstehenden Gebühren von Bedeutung. Auch eine Reihe von materiellrechtlichen Vorschriften knüpfen an die Lizenzbedürftigkeit an.

a) Grundtatbestand

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG bedarf einer Lizenz, wer Übertragungswege betreibt, die die Grenze eines Grundstücks überschreiten und für Telekommunikationsdienstleistungen durch die Öffentlichkeit genutzt werden. Bei WLANs handelt es sich um Telekommunikationsanlagen (§ 3 Nr. 16 TKG)¹⁹ in Form von Punkt zu Punkt-Verbindungen über Funk, so dass ein „Übertragungsweg“ nach § 3 Nr. 22 TKG gegeben ist. Das Tatbestandsmerkmal Betreiben eines Übertragungswegs definiert sich nach § 3 Nr. 1 TKG, wonach erforderlich ist, „das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle (Funktionsherrschaft) über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen“. Zivilrechtliche Eigentums- und Besitzverhältnisse haben für die Frage der Funktions- und Sachherrschaft zwar Bedeutung, weil damit die rechtliche Kontrolle indiziert sein kann. Hinzu kommen muss aber tatsächliche Sachherrschaft, also die steuernde Kontrolle über den Übertragungsweg²⁰. Diese Funktionsherrschaft kann in jedem Fall des Netzbetreibens außer beim Nachbarschaftsnetzwerk bejaht werden, denn dort fehlt es an der Sachherrschaft über die Gesamtheit der Funktionen.

b) Grundstücksüberschreitung

Als Grund für die Ausnahme von der Lizenzpflicht bei fehlender Grundstücksüberschreitung wird das geringere Bedürfnis für Nutzerschutz (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) bei kleinflächigen Netzen gesehen²¹. Hinzu kommt, dass kleinflächige Netze für den Wettbewerb auf dem Gebiet der Telekommunikationsmärkte wesentlich geringere Auswirkungen haben (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Das Grundstück wird in § 3 Nr. 6 TKG definiert und ist danach „ein im Grundbuch als selbstständiges Grundstück eingetragener Teil der Erdoberfläche oder ein Teil der Erdoberfläche, der durch die Art seiner wirtschaftlichen Verwendung oder nach seiner äußeren Erscheinung eine Einheit bildet“. Damit ist für Hotspots bei McDonalds oder in Cafés ein Überschreiten der Grundstücksgrenzen und damit die Lizenzpflichtigkeit jedenfalls zu verneinen, doch auch für größere Anlagen kann die Definition des

¹⁴ *Zwetkow* in Heun, Telekommunikationsrecht, 1 Rz. 76.

¹⁵ Zum Begriff der Grundstücküberschreitung vgl. u. 2. b).

¹⁶ Ziffer 10 der *Verfügung der RegTP, 154/1999* über die Allgemeinzuteilung für die Benutzung von Frequenzen durch die Allgemeinheit für Funkanlagen für die breitbandige Datenübertragung im Frequenzbereich 2400 – 2483,5 MHz (RiLAN – Funkanlagen); Abl. der RegTP, 1999, 3765.

¹⁷ *Spoerr/Deutsch*, DVBl. 1997, 300.

¹⁸ BeckTKG-Komm/*Schütz*, § 6 Rnr. 3.

¹⁹ Vgl. o. 1.

²⁰ BeckTKG-Komm/*Schütz*, § 6 Rnr. 33 ff.

²¹ BeckTKG-Komm/*Schütz*, § 6 Rnr. 25.

Grundstücks den Weg zur Lizenzfreiheit bedeuten. Denn das Grundstück im telekommunikationsrechtlichen Sinn ist nicht liegenschaftlich zu sehen. § 3 Nr. 6 TKG stellt auf die wirtschaftliche Verwendung sowie die äußere Erscheinung ab. Wenn ein Unternehmen seine Aktivitäten auf mehreren liegenschaftlichen Grundstücken ausübt, kann es sich deshalb um nur ein Grundstück im telekommunikationsrechtlichen Sinn handeln²². Standardbeispiel für solche Großflächen, die als ein Grundstück angesehen werden, sind Flughäfen, so dass ein dort vorhandenes großflächiges WLAN nicht lizenzpflichtig wäre. Insoweit reicht auch nicht das alleinige Durchtrennen einer Fläche durch eine Verkehrsstraße aus, die Einheit des Grundstücks aufzuheben²³. Vielmehr ist auf die äußere Erscheinung abzustellen, die auch bei einem durch öffentliche Straßen erschlossenen Firmengelände zur Einordnung als ein Grundstück führen kann. Damit wären WLANs insoweit nur dann lizenzpflichtig, wenn das äußere Erscheinungsbild dazu führt, dass von mehreren Grundstücken ausgegangen werden muss. Das wäre etwa bei einem Großbetrieb, der sich innerhalb einer Stadt über mehrere Standorte erstreckt, zu bejahen.

c) Telekommunikationsdienstleistungen „für die Öffentlichkeit“

Eine Lizenzpflicht nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist nur gegeben, wenn die Übertragungswege für „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ genutzt werden. Letztere bemessen sich nach § 3 Nr. 19 TKG, so dass es sich um das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für beliebige, natürliche oder juristische Personen und nicht lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen handeln muss. Als Zweck dieser Regelung wird gesehen, solche Netze von der Lizenzpflicht auszunehmen, bei denen das Interesse der Allgemeinheit an zuverlässigen Telekommunikationsanbietern nicht berührt wird²⁴. Das Tatbestandsmerkmal „für die Öffentlichkeit“ kann nach § 3 Nr. 19 TKG entweder positiv durch das Angebot von Leistungen an „beliebige Personen“ oder negativ als nicht an „geschlossene Nutzergruppen“ gerichtet, definiert werden. Tauglicher ist letztere Formulierung, wobei eine weitere Spezifizierung der geschlossenen Nutzergruppe Not tut. Geschlossen soll die Gruppe demnach sein, wenn die Mitglieder der Gruppe „in gesellschaftsrechtlichen oder schuldrechtlichen Dauerbeziehungen oder nicht-vertraglichen, aber dauerhaften Verbindungen zur Verfolgung gemeinsamer beruflicher, wirtschaftlicher oder hoheitlicher Ziele stehen“²⁵. Dabei ist entscheidend, dass die Bindung über den gemeinsamen Kommunikationszweck hinaus geht und nicht etwa durch die Kundeneigenschaft bei einem Telekommunikationsanbieter erzeugt wird. Demnach entfällt die Lizenzpflicht bei Firmennetzwerken, weil ein geschlossener Nutzerkreis und damit keine Öffentlichkeit vorliegt. Die Telekommunikationsleistung wird nur den Angehörigen eines Unternehmens, also keinem unbegrenzten Personenkreis angeboten. Stichwort sind hier die sogenannten „Corporate Networks“, die auch vor Erlass des TKG nicht genehmigungspflichtig waren²⁶. Erst wenn die Telekommunikationsleistungen ausgelagert würden oder Dritten Zugang zu den WLANs gewährt würde, die nicht zum Unternehmen oder zur Unternehmensgruppe gehören, würde eine Telekommunikationsleistung, die für die Öffentlichkeit bestimmt ist, vorliegen. Dies wird auch durch § 6 Abs. 3 TKG klargestellt, der vermutet, dass das Betreiben von Übertragungswegen, die von Dritten genutzt werden, eine Telekommunikationsleistung für die Öffentlichkeit darstellt²⁷. Bezogen auf unsere Fallgruppen trifft das Merkmal der geschlossenen Benutzergruppe jedenfalls nur für Firmennetzwerke oder Nachbarschaftsnetzwerke zu. Dagegen wäre das Einklinken in das WLAN im Fall McDonalds oder CeBIT als Telekommunikationsleistung für die Öffentlichkeit anzusehen, weil keine geschlossene Benutzergruppe vorliegt. Die Konsumenteneigenschaft bei McDonalds oder der Besucherstatus auf der CeBIT alleine reichen für die Geschlossenheit nicht aus, da es grundsätzlich jeder Person ohne weitere Hindernisse möglich ist, sich diesem Benutzerkreis anzuschließen. Erforderlich ist nur, bei McDonalds zu konsumieren, eine CeBIT-Eintrittskarte zu erwerben bzw. sonstigen „Abonnements-Voraussetzungen“ zu erfüllen. Auch die kostenlose Inanspruchnahme des WLAN im Wiener Kaffeehaus und die Eigenschaft als Gast würde nicht die Bindung zu einer geschlossenen Nutzergruppe herstellen, weil die Zugehörigkeit grundsätzlich jedem Mitglied der Allgemeinheit (durch den Kaffeebesuch) offen steht. Allerdings entfällt in letzteren Fällen die Lizenzpflicht in der Regel durch die fehlende Überschreitung von Grundstücksgrenzen.

²² BeckTKG-Komm/Schütz, § 6 Rnr. 22 ff.

²³ So aber BeckTKG-Komm/Schütz, § 6 Rnr. 25.

²⁴ BeckTKG-Komm/Schütz, § 6 Rnr. 27.

²⁵ BeckTKG-Komm/Schütz, § 6 Rnr. 29.

²⁶ Zwetkow in Heun, Telekommunikationsrecht, 1 Rz. 43.

²⁷ BeckTKG-Komm/Schütz, § 6 Rnr. 32.

d) Zwischenergebnis

WLANs sind dann lizenzpflichtig, wenn sie sich an die Öffentlichkeit richten (offene und bedingt offene Netzwerke) und Grundstücksgrenzen überschreiten. Somit sind WLAN-Cafés wie auch geschlossene und bedingt geschlossene Netzwerke lizenzfrei. Dagegen wäre etwa das Abdecken ganzer Stadteile mit WLAN mit gleichzeitiger Nutzungsmöglichkeit der Öffentlichkeit lizenzpflichtig.

3. Lizenzverfahren**a) Lizenzklasse**

Kommt man nach obigen Ausführungen zum Schluss, dass nach § 6 Abs. 1 TKG eine Lizenz erforderlich ist, stellt sich die Frage, welche Lizenzklasse einschlägig ist, was sich aus § 6 Abs. 2 TKG ergibt. Die Art der Lizenzklasse entscheidet über die erforderlichen Gebühren sowie den Genehmigungsrahmen. Da mit mobilen Geräten (Laptop oder Palm) die Telekommunikationsdienstleistung mobil in Anspruch genommen wird, könnte man nach § 3 Abs. 8 TKG von einer Mobilfunkdienstleistung ausgehen und somit eine Mobilfunk-Lizenz der Lizenzklasse 1 nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 a) TKG für einschlägig halten. Doch reicht der mobile Zugang zum WLAN für die Einordnung als Mobilfunk nicht aus. Es fehlt an der flächendeckenden Abdeckung durch Funkzellen mit Übergabepunkten von Zelle zu Zelle. Weil kein vollständig mobiles Netz existiert, sondern nur funkgestützt in leitungsgebundene Netze Eingang gefunden wird, sind WLAN analog zum Richtfunk als sonstige Telekommunikationsleistung im Sinn von § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) TKG einzuordnen, weshalb eine Lizenz der Lizenzklasse 3 erforderlich ist²⁸. Zwar werden mit dem WLAN zuallererst Daten transportiert. Würde man über das Zugangsgerät in das WLAN (Laptop) auch telefonieren, könnte die Problematik zur Einordnung von Internet-Telephonie als Sprachtelephonie virulent werden, was eine zusätzliche Lizenz der Lizenzklasse 4 (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG) erforderlich machen würde²⁹. Da die Regulierungsbehörde in Ihrer Verfügung zur Frequenzuteilung eine Nutzung des WLAN für Sprachtelephonie für nicht zulässig erklärt hat³⁰, stellt sich das Problem an dieser Stelle nicht weiter.

b) Verfahrensrechtliche Anforderungen

Das Verfahren der Lizenzerteilung regelt sich nach den §§ 8 ff. TKG sowie nach den allgemeinen Vorschriften des VwVfG³¹. Erteilt wird die Lizenz durch die Regulierungsbehörde. Der Antragsteller muss die erforderliche Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde besitzen, um die beantragten Lizenzrechte dauerhaft ausüben zu können (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 TKG), womit bei der Lizenzerteilung an die allgemeinen gewerberechtlichen Anforderungen angeknüpft wird. Weiter müssen nutzbare Frequenzen verfügbar sein (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Dabei stellt § 8 Abs. 5 TKG klar, dass die für den Betrieb von Übertragungswegen erforderliche Frequenz gesondert nach §§ 44 ff. TKG erteilt wird³².

c) Gebühren

Nach § 16 TKG werden Telekommunikations-Lizenzen gegen Gebühr erteilt. Gemäß §§ 1, 2 Abs. 3 Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (TKLGebV)³³ beträgt die Gebühr 4.260 Euro für die Lizenzklasse 3³⁴, kann jedoch bis auf 1.000 Euro ermäßigt werden. Eine solche Reduzierung läge im Fall der WLAN wegen der geringen Ausdehnung nahe, da schon bisher bei „Kleinstlizenzen“ (etwa Gemeinschaftsantennenanlagen) nur die Mindestgebühr von 2.000 DM erhoben wurde.

²⁸ So die RegTP in der Allgmeinzuteilung zu WLAN, Verfügung, 154/1999 a.a.O Fn. 16.

²⁹ *Windthorst/Franke* CR 1999, S. 14 ff.

³⁰ Verfügung der RegTP, 154/1999 a.a.O Fn. 16.

³¹ BeckTKG-Komm/*Schütz*, § 8 Rnr. 7.

³² Vgl. u. 4.

³³ BGBl I. S. 3542, Die TKLGebV wurde am 13.9.2002 neu gefasst, da das Bundesverwaltungsgericht am 19.09.2001 die Gebührenerhebung nach §§ 3 und 4 TKLGebV für nichtig erklärte, weil das dort angewandte System zur Gebührenbestimmung Verwaltungsaufwand zugrunde legte, der nicht durch die konkrete Lizenzerteilung veranlasst war (*BVerwG*, CR 2002, S. 338 ff.).

³⁴ Vgl. o. a).

4. Frequenzzuteilung

Nach §§ 44 ff. TKG ist für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen eine Frequenzzuteilung erforderlich. Im Fall der WLAN-Systeme im 2,4 GHz-Bereich ist keine Einzelzuteilung erforderlich, da nach §§ 47 Abs. 1 und 5 TKG sowie § 3 Abs. 1 Nr. 2 Frequenzzuteilungsverordnung (FreqZutV) eine Allgmeinzuteilung erfolgt ist³⁵. Damit wird die Ausdehnung von WLANs frequenzzuteilungsrechtlich unbedenklich, solange sich die Nutzung im von der allgemeinen Zuteilung erfassten Rahmen hält, also vor allem den Frequenzbereich einhält³⁶.

5. Materielles Telekommunikationsrecht

a) Universaldienste

Das Betreiben von WLAN als Übertragungswege könnte nach § 17 Abs. 1 Satz 2 TKG grundsätzlich eine Universaldienstleistung darstellen, da auch das Betreiben von Übertragungswegen als Universaldienstleistung bestimmt werden könnte. Allerdings müsste die Erbringung der damit zusammenhängenden Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit unabdingbar sein. Schon diese ist bei WLAN zweifelhaft. Entscheidend ist aber, dass § 1 Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung lediglich den Sprachtelefondienst und damit verbundene Dienste als Universaldienstleistungen definiert und damit WLAN nicht erfasst.

b) AGB- und Entgeltkontrolle - Missbrauchsaufsicht

Nach § 23 Abs. 1 TKG hat die Regulierungsbehörde Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für lizenzpflichtige Telekommunikationsdienstleistungen zu widersprechen, soweit diese sich nicht innerhalb der Grenzen der EU-Richtlinie 90/387/EWG halten. Indem hier an die Lizenzpflicht angeknüpft wird, erhält diese neben der verfahrensrechtlichen Komponente einen materiellen Aspekt. Nach § 23 Abs. 1 TKG sind die AGB der Regulierungsbehörde vor ihrem Inkrafttreten in Schriftform vorzulegen. Soweit das WLAN lizenzpflichtig ist, muss der Anbieter seine AGB also der RegTP vorlegen. Neben der Vereinbarkeit mit den §§ 305 ff. BGB wird spezifisches Telekommunikationsrecht überprüft³⁷. Prüfungsmaßstab ist dabei im Wesentlichen die Richtlinie 92/44/EWG zur Einführung eines offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, die unter anderem in der nach § 41 TKG erlassenen Telekommunikationskundenschutzverordnung (TKV) umgesetzt wurde³⁸. Neben dem Inhalt der AGB werden auch die Informationen über die Bedingungen sowie die Verfügbarkeit dieser Informationen geprüft. Nach §§ 305a Nr. 2 b BGB, 28 Abs. 4 TKV werden die AGB durch Veröffentlichung im Amtsblatt der RegTP auch ohne Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB Vertragsgegenstand. Da die WLAN-Lizenz in Lizenzklasse 3 einzuordnen ist, könnte die telekommunikationsrechtliche Regulierung von Entgelten nach § 25 Abs. 1 TKG einschlägig sein. Doch da der Markt für WLAN-Dienstleistungen noch wenig entwickelt ist, also starker Wettbewerb mit vielen Wettbewerbern herrscht und kein Betreiber von WLANs ein Lizenznehmer mit einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 GWB sein dürfte, entfällt die Entgeltregulierung auf mittlere Sicht. In diesem Sinn entfällt auch die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 33 TKG, da auch hierfür die marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB erforderlich ist.

c) Kundenschutz

Nach § 41 TKG sowie der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung hat der Betreiber des WLAN, wenn er „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ erbringt, die allgemeinen Vorschriften zum Kundenschutz zu berücksichtigen. Gemäß obiger Subsumtion zur „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“³⁹ findet Kundenschutz nur für offene und nicht für geschlossene Netzwerke (also nicht für Firmennetzwerke) Anwendung, da es bei letzteren an der Öffentlichkeit mangelt. Relevant für WLAN Anbieter werden hier insbesondere die Vorschriften zur Verbindungspreisberechnung (§ 5 TKV), die Haftungsprivilegierung (§ 7 TKV) sowie die Veröffentlichung von Kundeninformationen (§ 27 TKV).

³⁵ Ziffer 1 der *Verfügung der RegTP, 154/1999* a.a.O. Fn. 16.

³⁶ In der *Verfügung der RegTP, 154/1999* a.a.O. Fn. 16 sind etwa die Strahlungsleistung, die Einhaltung der Zulassungsvorschriften sowie sonstige technische Anforderungen nach Europäischem Standard genannt.

³⁷ BeckTKG-Komm/Büchner, § 24 Rnr. 37.

³⁸ *Leitermann* in Heun, Telekommunikationsrecht, 5 Rz. 182.

³⁹ Vgl. o. 1. c).

d) Fernmeldegeheimnis

Nach § 85 TKG muss der Betreiber des WLAN das Fernmeldegeheimnis wahren, soweit er geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt, was nach § 3 Nr. 5 TKG als nachhaltiges Angebot von Telekommunikation⁴⁰ für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht definiert ist. Von dieser Definition sind WLAN-Cafés umfasst, da dort jedenfalls Geschäftsmäßigkeit gegeben ist. Lediglich rein interne Firmen-Netzwerke ohne Outsourcing-Charakter wären ausgenommen⁴¹. Gemäß § 85 Abs. 1 TKG muss der WLAN-Anbieter den Inhalt der Netzwerkkorrespondenz des Nutzers sowie die näheren Umstände geheim halten, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Nach § 86 TKG gilt das Abhörverbot, d. h. es dürfen nicht mittels Funkanlagen Nachrichten, die für die Funkanlage nicht bestimmt sind, abgehört werden⁴². Dies kann WLAN besonders betreffen, denn die lokalen Netzwerke sind besonders leicht abzuhören, wie die Firma „Internet Security Systems“ nachwies, indem sie auf der weltweit größten Sicherheitskonferenz RSA zu Demonstrationszwecken in die WLAN der anwesenden Sicherheitsdienstleister eindrang⁴³. Ein solches Verhalten wäre in Deutschland nach §§ 86, 95 TKG strafbar, weil die Tatsache des Empfangs von Nachrichten Dritten mitgeteilt wurde. Nach § 87 TKG müssen die zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses, des Datenschutzes sowie zum Schutz vor unerlaubten Zugriffen erforderlichen technischen Schutzmaßnahmen getroffen werden, soweit es sich um „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen“ handelt. Im Hinblick auf den bis jetzt teilweise noch relativ ungeschützten Zugang in die WLAN sind die Anbieter zur Aufrüstung der Sicherheitsmaßnahmen gehalten, doch sind entsprechende Abschirmmechanismen durch Verschlüsselungsprotokolle schon entwickelt⁴⁴.

e) Datenschutz

Nach § 89 Abs. 1 TKG i.V.m. der Telekommunikationsdatenschutzverordnung (TDSV) müssen Anbieter, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste anbieten, die allgemeinen Vorgaben zum Datenschutz berücksichtigen und entsprechende Maßnahmen hierzu treffen. Es wird nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Prinzipien in Bestands- und Verbindungsdaten unterschieden. Bestandsdaten dürfen nur erhoben und verarbeitet werden, soweit dies für das Vertragsverhältnis erforderlich ist (§ 5 TDSV). Verbindungsdaten dürfen grundsätzlich nur zur Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung verwendet werden (§ 7 TDSV).

6. Sonstiges Kommunikationsrecht

Da durch das WLAN in der Regel ein Angebot zur Nutzung des Internets oder weitere Netzwerke vorliegt, sind Teledienste im Sinne von § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 Teledienstegesetz (TDG) gegeben, so dass der Anbieter des WLANs von der besonderen Haftungsprivilegierung nach §§ 8 ff. TDG profitiert. Damit haftet er für fremde Inhalte nur sehr eingeschränkt⁴⁵. Daneben wird das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDG) anwendbar, das aber im Vergleich zum Telekommunikationsdatenschutz wertungsmäßig keine fundamental anderen Vorschriften enthält⁴⁶. Entscheidend ist wieder die Unterscheidung zwischen Bestands- und Nutzungsdaten (vgl. § 5 ff. TDDG).

IV. WLANs, EU-Kommunikationsrichtlinien und künftiges nationales Recht

Die Europäische Union hat ein Paket von vier Kommunikationsrichtlinien verabschiedet⁴⁷, mit dem der nationale Gesetzgeber bis spätestens zum 25. Juli 2002 zur Umsetzung aufgefordert wird⁴⁸. Gegenstand der Richtlinien sind der allgemeine Rahmen für Kommunikationsdienste und -netze, der Zugang, die erforderlichen Genehmigungen sowie die Universaldienstleistungen. Auf Grundlage dieser Kommunikations-Richtlinien wird im Folgenden die Auswirkung eines möglichen künftigen deutschen Rechtsrahmens auf WLAN beleuchtet.

⁴⁰ Vgl. § 3 Nr. 16 TKG und o. 1.

⁴¹ BeckTKG-Komm/Büchner, § 85 Rnr. 5.

⁴² Zum Begriff der Funkanlage vgl. § 3 Nr. 4 TKG: „elektrische Sende- oder Empfangseinrichtungen, zwischen denen die Informationsübertragung ohne Verbindungsleitungen stattfinden kann“.

⁴³ Pressemitteilung von Internet Security Systems unter <http://bvlive01.iss.net/issEn/delivery/prdetail.jsp?type=&oid=18990>.

⁴⁴ Süddeutsche Zeitung vom 1.10.2002, S. V2/13.

⁴⁵ Zum novellierten TDG vgl. Spindler, NJW 2002, S. 921 ff.

⁴⁶ Zum novellierten TDDG vgl. Geis, CR 2002, S. 667 ff.

⁴⁷ Abl. EU 24.04.2002 L 108/7 ff.

⁴⁸ Z. B. Art. 28 der sogenannten Genehmigungsrichtlinie, vgl. Fn. 53. Zum Zeitpunkt des Verfassen im Oktober 2002 lag noch kein Gesetzentwurf vor.

1. Anwendungsbereich (Kommunikationsnetze oder -dienste)

WLAN werden nur dann von einem neuen TKG erfasst, wenn der Anwendungsbereich der EU-Richtlinienvorgabe eröffnet ist. Zentrale Begriffe sind hierbei „elektronische Kommunikationsnetze und Kommunikationsdienste“, die in Art. 2 der sogenannten Rahmenrichtlinie (RaRL) definiert werden⁴⁹. Sowohl die RaRL selbst als auch die anderen Richtlinien greifen auf diese Definitionen zurück. Nach Art. 2 a) RaRL sind elektronische Kommunikationsnetze: „Übertragungssysteme und ggf. Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte, einschließlich Internet) und mobileterrestrische Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Rund- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehnetze, unabhängig von der Art der übertragenen Informationen“. Bei einem WLAN handelt es sich um ein Übertragungssystem, das es ermöglicht über Funk bzw. über die anschließende Kabelverbindung Signale zu übermitteln, so dass ein Kommunikationsnetz nach Art. 2 a) RaRL gegeben ist. Gemäß Art. 2 c) RaRL sind elektronische Kommunikationsdienste „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Kommunikationsübertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalt über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“. Mittels WLAN werden Signale über Kommunikationsnetze im Sinn von Art. 2 a) RaRL übertragen. Allerdings fordert Art. 2 c) RaRL darüber hinaus, dass die Dienste gegen Entgelt erbracht werden. Dieses Kriterium nähert sich dem Gewerblichkeitserfordernis in §§ 4, 3 Nr. 18 TKG an⁵⁰, wobei die Entgeltlichkeit auch dann greift, wenn keine dauerhafte Gewinnerzielungsabsicht gegeben ist. Kommunikationsdienste sind damit nicht bei firmeninternen Netzwerken gegeben, da hier kein Entgelt anfällt. Aber schon bei Outsourcing und erst recht bei nicht geschlossenen WLAN-Netzwerken (McDonalds, WLAN-Café) ist Entgeltlichkeit zu bejahen. Wenn kein besonderes Entgelt neben dem Getränke- und Speisekonsum erforderlich ist, wäre die Entgeltlichkeit und damit die Einordnung als Kommunikationsnetz aus dem Mehrwert WLAN, den die Kunden inzident mit dem sonstigen Konsum mitbezahlen, herzuleiten. Weiter könnte die Ausschlussklausel in Art. 2 c) RaRL mit dem Verweis auf die „Dienste der Informationsgesellschaft“ nach der Richtlinie 98/34/EG⁵¹ einer Einordnung als Kommunikationsdienst entgegenstehen. Allerdings werden durch diesen Verweis nur diejenigen Dienste der Informationsgesellschaft ausgenommen, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen liegen. Wenn also über das WLAN nur der Zugang ins Internet gewährt wird, bleibt es beim Kommunikationsdienst. Wenn dagegen internetgestützte Inhalte mit angeboten werden, dann gilt für diese Inhalte nicht die RaRL⁵². Im Ergebnis ist die Vermittlung des Zugangs in das Internet durch das WLAN bei Entgeltlichkeit als Kommunikationsdienst zu qualifizieren. Die Anwendung des Richtlinienpakets und damit eines künftigen TKG ist eröffnet.

2. Lizenzfreiheit

a) Rechtliche Grundlage

Nach Art. 3 Abs. 2 der sog. Genehmigungsrichtlinie (GeRL)⁵³ dürfen Genehmigungen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste⁵⁴ grundsätzlich nur noch im Wege der Allgemeingenehmigung erteilt werden. Die Allgemeingenehmigung wird in Art. 2 Abs. 2a GeRL definiert. Danach sind Allgemeingenehmigungen „*der in einem Mitgliedstaat errichtete rechtliche Rahmen, mit dem gemäß dieser Richtlinie (der Genehmigungsrichtlinie) Rechte für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder Dienste gewährleistet werden und in dem Sektor spezifische Verpflichtungen festgelegt werden, die für alle oder bestimmte Arten von elektronischen*

49 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste) vom 7.3.2002, ABI. L 108, S. 7 ff.

50 Zum Anmeldeerfordernis o. III.1.

51 ABI. L 204/37 vom 21.7.1998.

52 Vgl. Erwägungsgrund 10 der RaRL.

53 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste vom 7.3.2002, ABI. L 108, S. 21 ff.

54 Zu den Begriffen vgl. o. 1.

Kommunikationsnetzen und Diensten gelten können“. Das bedeutet für das deutsche Rechtssystem, dass die Allgemeingenehmigungen entweder durch Gesetz, Rechtsverordnung oder durch tatsächliche Allgemeinverfügungen im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG erteilt werden können⁵⁵. Gleiches gilt nach Art. 5 Abs. 1 GeRL grundsätzlich auch für die Frequenzuteilung. Auch diese soll durch einen allgemeingültigen Akt erteilt werden und nur im Einzelfall, wenn eine besondere Knappheit von Frequenzen vorliegt, im Wege der Versteigerung oder jedenfalls diskriminierungsfrei in einem gesonderten Verfahren zugeteilt werden (Art. 5 Abs. 2 GeRL). Bezogen auf die TKG-Novelle bedeutet das, dass sowohl die Lizenzpflicht nach § 6 TKG als auch die Frequenzuteilung im Wege der Einzelzuteilung nach §§ 47 TKG, 3 Abs. 1 Nr. 2 FreqZutV abzuschaffen sind.

b) Auswirkung der Einzelgenehmigungsfreiheit

Die kommende Lizenzfreiheit für Telekommunikationsleistungen wird materiell gesehen für die Unternehmen am Markt außer dem Wegfall des Genehmigungsverfahrens und der Lizenzgebühren nichts Substanzielles verändern, da das materielle Kommunikationsrecht weiterhin Anwendung finden wird. Dieses wird zwar auch aufgrund der EU-Richtlinien zu überarbeiten sein. Doch werden Grundprinzipien wie Datenschutz, Kundenschutz, Entgeltregulierung sowie das Fernmeldegeheimnis weiterhin von den Betreibern von Telekommunikationsleistungen zu befolgen sein. Allerdings wird dann nicht mehr wie bisher bei Lizenzpflichtigkeit die RegTP im Einzelfall das Vorliegen der Voraussetzungen ex ante prüfen, sondern die Betreiber müssen selbst die Einhaltung garantieren. Instrument der Überwachung seitens der RegTP wird die Meldepflicht bleiben.

3. EU-rechtliche Anforderungen an das Kommunikationsrecht

Neben dem Wegfall der Einzellizenz bringen die EU-Kommunikationsrichtlinien materielle Änderungen. Exemplarisch werden im Folgenden einige relevante Bereiche angeschnitten.

a) Universaldienste

Die sogenannte Universaldienst-Richtlinie (URL)⁵⁶ verpflichtet in Art. 3 I den nationalen Gesetzgeber auch weiterhin, dafür zu sorgen, dass Universaldienste bereitgestellt werden. Der nationale Gesetzgeber wird verpflichtet, für die Bereitstellung eines Zugangs zum öffentlichen Telephonnetz an festen Standorten (Art. 4 URL), zu Auskunftsdiensten und umfassenden Teilnehmerverzeichnissen (Art. 5 URL) sowie zu öffentlichen Münz- und Kartentelefonen (Art. 6 URL) zu sorgen. Dies trifft auf WLAN mangels Telephonie-Leistung nicht zu. Damit wird der mobile Zugang durch WLAN auch weiterhin nicht von der Universaldienstverpflichtungen des Europäischen Gesetzgebers umfasst. Unbeschadet dessen könnte der nationale Gesetzgeber weitere Verpflichtungen auch im Hinblick auf andere Dienste vorsehen, doch dürfte das Grundversorgungsbedürfnis bei WLAN dauerhaft fehlen.

b) Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Nach Art. 8 der sogenannten Zugangsrichtlinie (ZuRL)⁵⁷ hat die nationale Aufsichtsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (zur Definition vgl. Art. 14 ff. RaRL) verschiedene Verpflichtungen auferlegen (Art. 9 bis 13 ZuRL), wie etwa die Gewährung des Zugangs zu Netzeinrichtungen oder die angemessene Preisgestaltung (Entgeltregulierung). Das Neue an diesem kartellrechtlichen bzw. kommunikationsrechtlichen Ansatz zu marktbeherrschenden Unternehmen ist, dass ein förmliches Verfahren zur Feststellung der beträchtlichen Marktmacht voranzugehen hat (Art. 16 RaRL), also die jeweilige Regulierungsbehörde mehr Spielraum bei der Einordnung dieser Unternehmen hat⁵⁸. Natürlich richtet sich die Regulierung zuvörderst an die Ex-Monopolisten vor allem hinsichtlich Kabel- und Festnetz. Andererseits wird auch im Bereich neuerer Telekommunikationsmärkte, wie dem Mobilfunk, Marktbeherrschung für denkbar erachtet⁵⁹. Unser Fall der WLAN ist jedoch noch nicht entwickelt genug, als dass auch nur auf mittlere Sicht einem Unternehmen beträchtliche Marktmacht zuerkannt werden müsste.

⁵⁵ Schütz/Attendorn, MMR, Beilage 4/2002, S. 8.

⁵⁶ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten vom 7.3.2002, ABl. vom 24.4.2002, L 108, S. 51 ff.

⁵⁷ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung vom 7.3.2002, ABl. L 108, S. 7 ff.

⁵⁸ Schütz/Attendorn, MMR, Beilage 4/2002, S. 32.

⁵⁹ Schütz/Attendorn, MMR, Beilage 4/2002, S. 34.

c) Sonstiges Telekommunikationsrecht

Hinsichtlich Verbraucherschutz, Fernmeldegeheimnis oder Datenschutz werden sich für WLAN keine allzu großen Änderungen ergeben⁶⁰. Hervorzuheben ist die voraussichtliche Veröffentlichungspflicht für AGB gemäß Anhang II der URL. Stärkere Neuerungen könnten sich für den Datenschutz ergeben, nachdem nun auch der EU-Richtlinienentwurf zum Datenschutz als Nachzügler des Richtlinienpakets verabschiedet ist⁶¹.

V. Ergebnis

Nach derzeit geltendem Telekommunikationsrecht sind WLANs anzeigepflichtig, soweit sie gewerblich genutzt werden, so dass geschlossene Netzwerke (z. B. Privat-WLAN und interne Firmennetzwerke) anzeigefrei sind. WLANs sind genehmigungspflichtig (Lizenzklasse 3), soweit sie für die Öffentlichkeit bestimmt sind und die Grenzen eines Grundstücks überschreiten. Damit sind geschlossene Netzwerke (interne Firmennetzwerke) sowie offene (externe) kleinere Netzwerke lizenzfrei. An materiellem Telekommunikationsrecht muss das Fernmeldegeheimnis, bei Geschäftsmäßigkeit auch Telekommunikationskundenschutz und Telekommunikationsdatenschutz beachtet werden. Durch das Kommunikationsrichtlinienpaket der Europäischen Union ist der deutsche Gesetzgeber gehalten, das Telekommunikationsrecht bis zum 24.7.2002 zu novellieren. Infolge der EU-rechtlichen Vorgaben wird die Lizenzpflicht sowie die Einzelzuteilung von Frequenzen entfallen. Damit entfällt zwar das Lizenzverfahren sowie die Lizenzgebührenpflicht. Telekommunikationsanbieter und damit Anbieter von WLAN-Diensten haben aber weiterhin das materielle Telekommunikationsrecht zu beachten.

Pflicht der Regulierung war bisher die Vermeidung besonderer Machtbeherrschung, die Vergabe von Lizenzen an zuverlässige Betreiber und die Ordnung der Frequenzvergabe. Inwiefern sich diese Grundsätze auch im „deregulierten“ Telekommunikationsmarkt in ausreichender Weise durchsetzen lassen, bleibt abzuwarten.²⁸ So die RegTP in der Allgemeinzuteilung zu WLAN, Verfügung, 154/1999 a.a.O Fn. 16.

This Update is a publication of Holme Roberts & Owen LLP and should not be construed as legal advice or a legal opinion on any specific facts or circumstances. Nor is it intended to address specific issues that may arise in particular circumstances or all of the provisions relating to the subject matter addressed. This Update is published for general information purposes only, and you are urged to consult legal counsel concerning your own situation and any specific legal questions you may have.

⁶⁰ Schütz/Attendorn, MMR, Beilage 4/2002, S. 42 ff.

⁶¹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation vom 12.7.2002, ABl. L 201, S. 37 ff.



Holme Roberts & Owen

Rechtsanwälte · Attorneys at Law

Maximiliansrasse 34 · D-80539 München

tel +49 (89) 38 39 80-0 · fax +49 (89) 38 39 80-99 · www.hro.com