

# VATM-Kurzpositionierung zur TKG-Novelle

## I. Regulierung

1. **Deregulierung bei der Zugangsregulierung zu weitgehend:** Grundsätzlich gilt, dass Maßnahmen zur Deregulierung des marktbeherrschenden Unternehmens nur erfolgen dürfen, wenn fairer Wettbewerb nachhaltig sichergestellt ist. Einmal getroffene Deregulierungsentscheidungen führen ansonsten zu unvorhersehbaren Wettbewerbsverzerrungen und irreparablen Schäden. Das Kartellrecht kann diese nicht zeitnah und wirksam heilen.

Das vom TK-Kodex eingeführte System der Verpflichtungszusagen ist daher verfahrensrechtlich zu lückenhaft. Es fehlen ausreichende Beteiligungsrechte für die betroffenen Nachfrager, so insbesondere z. B. in § 16 des Entwurfs eines RefE zum TKModG (nachfolgend TKModG-E). Es ist zu befürchten, dass die betroffenen Wettbewerber nicht ausreichend Gelegenheit haben werden, drohende Wettbewerbseinschränkungen zu thematisieren. Die sehr wortgetreue Umsetzung des TK-Kodex muss an dieser sensiblen Stelle an deutsche Gegebenheiten angepasst werden. **Beteiligungsrechte bei Verpflichtungszusagen müssen daher für den deutschen Markt präziser gefasst werden.** Keinesfalls darf es ausreichen, dass das marktbeherrschende Unternehmen Verpflichtungszusagen macht, die lediglich von der BNetzA überprüft werden. Vielmehr müssen diese Verpflichtungszusagen auch von einem Großteil des Marktes angenommen werden, damit sie nicht ins Leere laufen.

2. **Entgeltmaßstab:** Der bisher, aufgrund von regulierungsökonomischen Überlegungen gewählte Vorrang einer ex-ante-Regulierung für Zugangsprodukte des marktbeherrschenden Unternehmens wird mit den Regelungen der §§ 36 und 37 TKModG ohne überzeugende Begründung aufgehoben. Diese Abschwächung der Regulierung ist zu korrigieren. Der TK-Kodex sieht (wie bisher) weiterhin ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor: Randziffer 173: „Therefore, the imposition of ex ante regulatory controls based on an undertaking’s designation as having significant market power in wholesale markets should prevail.“ Mit der im TKG-E erfolgten Änderung, erhält die BNetzA einen erweiterten – nicht EU-rechtskonformen – Ermessensspielraum, welcher es erlaubt, Zugangsentgelte zu der Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens in einer nicht wettbewerberanalogen Höhe zu bestimmen. Solche Entgelte führen zwangsläufig zu höheren Endkundenpreisen.

- 3. Abschwächung des Entgeltmaßstabs:** Bei Feststellung von erheblichem Marktversagen, sind durch die Bundesnetzagentur Vorleistungsentgelte nach § 37 TKG-E zu bestimmen. Bisher wurde von der Bundesnetzagentur eingefordert, dass die Vorleistungsentgelte nicht höher sein dürfen, als auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb – die genehmigten Entgelte dürfen also die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Hiermit wird sichergestellt, dass auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt ebenfalls das beste Ergebnis erzielt wird. § 37 TKG-E, welcher die bestehenden Regelungen des § 31 Abs. 1 und 2 TKG aufgreift, sieht nunmehr bei der Bestimmung von Vorleistungsentgelten einen sehr großen Ermessensspielraum vor.

Im TKG-E wird das Verbot überhöhter Vorleistungsentgelte und damit der Schutz des Endkundemarktes vor Marktmachtmissbrauch ersatzlos gestrichen, da die Bundesnetzagentur durch die Gleichstellung der Verfahren nach § 40 TKG-E (Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung) und § 35 TKG-E (Missbrauchskontrolle) die Möglichkeit bekommt, objektiv nicht wettbewerbsanaloge Entgelte zu genehmigen. Besonders frappierend dabei ist, dass die Preissetzung der Missbrauchskontrolle (§ 35 TKG-E) sich wesentlich an der Endkunden-Preissetzung des regulierten Unternehmens orientiert. Im EECC ist eine solche Abschwächung der Methodik der Entgeltregulierung nicht angelegt.

- 4. Kontrolle über Zugang zu Endnutzern:** § 18 TKG (alt) ist bislang nicht an ein Marktabgrenzungsverfahren gekoppelt. Die Neuregelung in § 19 Abs. 5 TKModG sieht dies hingegen vor, was die Vorschrift ad absurdum führt. Sie dient gerade dazu, der BNetzA ein Instrument an die Hand zu geben, um eine **Zusammenschaltung über alle Netze hinweg ohne Marktabgrenzungsverfahren zu gewährleisten. Der Verweis in § 19 Abs. 5 TKModG sollte daher gestrichen werden.**

- 5. Zugang zu baulichen Anlagen:** Ist in § 24 Abs. 3 Nr. 10 TKModG-E nur unzureichend aufgegriffen worden. Tatsächlich handelt es sich um eine Neuerung, die im TK-Kodex vorgegeben wird und die einen möglichen Hebel darstellt, um den wettbewerblichen Glasfaser- sowie 5G-Mobilfunk-Ausbau zu unterstützen. Hinsichtlich der Inhalte des Art. 72 fehlt vor allem auch das Antragsrecht aus Abs. 1 S. 1. Daneben fehlt es an einer Definition des Rechtsbegriffs „bauliche Anlagen“. Der in § 24 Abs. 3 Nr. 10 gewählte Verweis auf ein in der Marktanalyse festgestelltes „Problem“ ist unklar und kein justiziables Tatbestandsmerkmal. Der TK-Kodex gibt demgegenüber klare Tatbestandsmerkmale wie die „Behinderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ oder „Endnutzerinteressen“ vor.

Die Regelung des Art. 72 Abs. 2 findet sich gar nicht wieder. Hiernach kann der Zugang auch angeordnet werden, ohne Teil der Marktanalyse zu sein. **Insgesamt müssen die Regelungen zum „Zugang zu baulichen Anlagen“ aus Art. 72 des TK-Kodex vollständig im neuen TKG umgesetzt werden.**

6. **Migration von Kupfer zur Glasfaser und Preisentwicklung:** Das Thema der Migration von den Kupfernetzen hin zu Glasfasernetzen ist im TKModG-E nicht ausreichend verankert. Besonderes Problem: Die steigenden Preise wegen unzeitgemäßer Regulierungsansätze.

Der VATM arbeitet an einem Migrationsmodell für Netze und Preise. Zentrales Ziel ist es, die regulierten Kupferentgelte auf einem angemessenen Niveau zu stabilisieren, um nicht den Wettbewerbern in unverhältnismäßigem Umfang Investitionsmittel zu entziehen, die für den Glasfaserausbau genutzt werden könnten. Würde man hingegen die bisherige Regulierungspraxis unverändert fortsetzen, käme es aufgrund der stetig abnehmenden Auslastung des Kupfernetzes zu extremen Steigerungen der Vorleistungspreise und das, obwohl keine nennenswerten Investitionen mehr in das Kupfernetz getätigt werden. **Es bedarf an dieser Stelle daher dringend einer Änderung der regulatorischen Ansätze.**

## II. Endkundenschutz/Dienste + Nummerierung

1. Der **Vollharmonisierungsansatz aus Art. 101** des TK-Kodex wird im TKModG-E nicht konsequent umgesetzt. So gehen die Vorgaben an mehreren Stellen deutlich über den Kodex hinaus, z. B.:
  - § 50 Abs. 2 TKModG sieht vor, dass Unternehmen Informationen den Kunden bereitstellen, der **Kodex sieht nur eine Veröffentlichung** vor.
  - **Datenträgerform für Vertragszusammenfassung** in § 52 Abs. 2 TKModG geht über die Vorgaben im Kodex aus Art. 102 Abs. 3 hinaus.
  - **Generelle Bestätigungslösung in § 52 Abs. 2 TKModG ist im Kodex so nicht vorgesehen.** Der Kodex sieht lediglich vor, dass die Vertragszusammenfassung zur Verfügung gestellt wird. TKModG-E geht von einem falschen Verständnis des Vertragschlusses aus.

- 2. Erreichbarkeit von Rufnummern:** Die Erreichbarkeit von Rufnummern ist an verschiedenen Stellen im Kodex genannt (u. a. EG 228), taucht aber im TKG nirgendwo auf. **Wir schlagen daher die Aufnahme eines entsprechenden Unterpunktes in die „Ziele der Regulierung“ in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKModG vor:**

*„neu) – auf die Erreichbarkeit aller zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes in den nationalen Nummerierungsplänen enthaltenen Rufnummern und die Nutzbarkeit der entsprechenden Dienste für die Endnutzer hinwirken und sicherstellen, dass sowohl geografisch gebundene als auch geografisch nicht gebundene Nummern, darunter gebührenfreie Rufnummern und Sonderrufnummern mit erhöhtem Tarif aus allen Netzen erreichbar sind. Soweit die Nummern nicht von vornherein nur für eine nationale Nutzung bestimmt sind, wird auf eine Erreichbarkeit auch aus den Mitgliedstaaten hingewirkt.“*

- 3. Mobilfunkentgelte für Service-Dienste:** Die in § 108 Absatz 4 TKModG-E vorgesehene Aufhebung der Differenzierung der Preishöchstgrenzen für die Nutzung der Service-Dienste über Fest- und Mobilfunknetz, lehnen alle Mitgliedsunternehmen ausdrücklich ab. Aus Sicht des Verbands bestehen die Gründe weiterhin, welche die Differenzierung rechtfertigen. Die Regeln zur Preishöchstgrenze sollten Preistransparenz zugunsten der Anrufer ermöglichen, aber nicht preisregulierend zu Lasten einzelner Marktbeteiligter in den Mehrwertdienstemarkt eingreifen. Entsprechend orientierte sich die Höchstpreisregelung für Service-Dienste an den bestehenden Marktpreisen und führte deshalb zu unterschiedlichen Preisen im Fest- und Mobilfunknetz. Nunmehr erfolgt eine gesetzliche Höchstpreisfestlegung und -absenkung, ohne dass für die Marktbeteiligten nachvollziehbar wäre, anhand welches Maßstabs die Festlegung erfolgt. Dies ist mit den Zielen des TKG nicht vereinbar und widerspricht auch ganz grundsätzlich der Regelungssystematik des TKG zu Fragen der Entgeltgestaltung, da die höheren Kosten und Marktpreise für die Mobilfunkzuführung in keiner Weise berücksichtigt werden.

- 4. Vertragslaufzeiten und vereinfachte Kündigung:** Die gesamte Telekommunikationsbranche begrüßt ausdrücklich, dass § 54 Abs. 1 TK-ModG-E nach wie vor eine anfängliche maximale Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten vorsieht. Dies entspricht auch der Vorgabe in Art. 105 Abs. 1, die eine zweijährige anfängliche Vertragslaufzeit als Regelfall vorsieht. Im Paket mit der Regelung in § 55 Abs. 3 TKModG-E, die den Kunden nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit eine monatliche Kündigung ermöglicht, sehen wir die

geplanten Regeln zur Vertragslaufzeit und zur Kündigung als einen gelungenen Kompromiss an, der sowohl die Interessen der Verbraucher als auch die Interessen der Anbieter und Investoren berücksichtigt.

- 5. Minderung** in § 55 Abs. 4 TKModG-E systemwidrig, da es der bewährten Systematik des BGB entgegensteht, die das Instrument der Minderung ausschließlich für Kauf- und Werkverträge, nicht aber für Dienstleistungen vorsieht, mit denen wir es im Telekommunikationsmarkt aber regelmäßig zu tun haben. Die Thematik abweichender Bandbreiten sollte vielmehr im Einklang mit bestehenden Rechtsgrundsätzen geregelt werden. Zudem bezieht sich das TKModG wie auch heutige Verbraucherbeschwerden auf das Messtool der BNetzA, das jedoch nachgewiesener Maßen Fehlerquoten aufweist – insbesondere, aber nicht nur, bei der Überprüfung von hohen Bandbreiten und im Mobilfunk. Unsere Forderung ist, dass nur förmlich zertifizierte Messtools zum Nachweis von Schlechtleistungen herangezogen werden dürfen und hierfür ein geeignetes Verfahren aufzusetzen ist. So verfügt etwas der österreichische Regulierer über ein förmlich zertifiziertes Messtool, das deutlich zuverlässigere Ergebnisse als das unzertifizierte Tool der BNetzA liefert. Darüber hinaus schlagen wir vor, dass Anbieter die Möglichkeit bekommen, nach der ersten Schaltung eines neuen Kunden, die tatsächlich erreichbare Bandbreite anhand von Messungen vertraglich zu konkretisieren. Insbesondere für Vorleistungsnachfrager ist bis zu diesem Zeitpunkt die tatsächliche Netzqualität unbekannt. Unabhängig von diesen grundsätzlichen Kritikpunkten, ist der § 55 Abs. 4 TKG-E vorgesehene „vereinbarte Preis“ kein taugliches Kriterium für einen Rechtsbehelf bei abweichender Bandbreite. Anbieter verkaufen ihren Kunden Bündelprodukte, die aus zahlreichen Bestandteilen bestehen. Der Internetzugangsdienst ist oftmals nur ein Bestandteil. Es muss gesetzlich klargestellt werden, dass allein der nicht vertragskonforme Bestandteil der Leistung Bezugspunkt für einen Rechtsbehelf des Kunden ist und deshalb z. B. bei Bündelprodukten nicht das gesamte monatliche Entgelt umfassen kann.
- 6. Ausweitung von Entstörungspflichten sehr kritisch – § 56 TKModG-E:** Bislang waren nur SMP-Unternehmen dazu verpflichtet, einer Störung unverzüglich nachzugehen. Nunmehr soll die Störung von allen Anbietern behoben werden – und zwar unabhängig davon, ob die Störung überhaupt innerhalb der Infrastruktur des jeweiligen Anbieters besteht oder der Anbieter auf die Störung Einfluss hatte. Entschädigungen sollen keine Höhenbegrenzung haben. Das könnte dazu führen, dass der Anbieter dem Kunden bei einer Störung – auch wenn er sie nicht zu vertreten hat, weil sie etwa durch Tiefbaumaßnahmen entstanden sind – deutlich mehr als das monatliche Entgelt zahlen müsste.

Die Verschuldensregelung im TKModG widerspricht damit allgemeinem Vertragsrecht und belässt Anbietern lediglich einen Entlastungsbeweis im Hinblick auf ein etwaiges Verschulden des Kunden – für Dritte soll der Anbieter indes unbeschränkt haftbar gemacht werden können. **Erforderlich ist insofern unbedingt ein gesetzlich geregelter Regressanspruch gegen Dritte, die eine Störung verursachen oder eine Entstörung verhindern, zu regeln, da ein solcher Anspruch sich nicht aus allgemeinen Rechtsvorschriften ableiten lässt.**

Wiederverkäufern muss zudem gesetzlich klar die Möglichkeit gegeben werden, gezahlte pauschalierte Vertragsstrafen bei einem Anbieterwechsel (§ 57 Abs. 2 TKG-E), bei einem Umzug (§ 58 Abs. 3 TKG-E) und bei einer Entstörung (§ 56 Abs. 3 TKG-E) sowie den Minderungsbetrag im Falle einer Schlechtleistung (§ 55 Abs. 4 TKG-E) an ihren Vorleister durchzureichen, sofern der Vorleister für die Zahlung der jeweiligen pauschalierten Vertragsstrafe oder die Minderung verantwortlich ist. Den Wiederverkäufern von Vorleistungen ist es bis dato nicht möglich, gegenüber ihren marktmächtigen Vorleistern vertraglich Regressansprüche durchzusetzen.

#### **7. Heute in § 44a TKG enthaltene Haftungsbeschränkung (12.500 € je Endnutzer/ 10 Mio. € Gesamtsumme) muss auch im TKModG erhalten bleiben**

Der Grund für die Haftungsbeschränkung liegt zum einen in der technischen Komplexität und zum anderen in den kaum abschätzbaren wirtschaftlichen Risiken, die sich bei Verzicht auf eine Haftungsbeschränkung für TK-Anbieter ergeben könnten. In Anbetracht potentiell folgenschwerer Störungen von TK-Dienstleistungen für Börsen, Banken oder Versicherungen wurde die Haftungsbeschränkung in der Vergangenheit zurecht als notwendig erachtet, da der telekommunikationsdienstliche Massenverkehr eine erhöhte Gefahrengeneignung aufweist.

#### **8. Sperre bei Zahlungsverzug, § 59 TKModG**

Die Anhebung der Verzugsschwelle von 75 € auf 100 € ist im TK-Kodex nicht vorgesehen und auch unabhängig davon nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass **in der Gesetzesbegründung** zu § 59 Abs. 3 bis 5 ausgeführt wird, dass für das Erreichen der 100 €-Schwelle nur Verbindungsleistungen, nicht aber die Grundgebühren berücksichtigt werden dürfen. Da es fast ausschließlich Flatrate-Verträge gibt, würde die Sperre künftig in der Praxis komplett ins Leere laufen. **Die Anhebung und die Begründung bedürfen daher dringend einer Korrektur (noch vor Kabinettsbeschluss).**

## 9. Faktische Unterbindung von Medien- u. Massenverkehrsdiensten:

Eine pauschale Gleichstellung der Rufnummernbereiche 0900 und 0137 (wie in § 3 Nr. 42 TKG-E vorgesehen) wird den Besonderheiten von Medien- und Massenverkehrsdiensten nicht gerecht, bei denen z. T. über 2 Mio. Anrufversuche innerhalb kürzester Zeit zu verarbeiten sind. Denn bei Votings und Gewinnspielen im TV und Radio fallen aufgrund der Regelung des § 8a RStV sowohl im Call- als auch im SMS-Bereich ohnehin nur **geringe Kosten von maximal 50 Cent** an.

Eine vorgeschaltete Preisansage (§ 106 Abs. 1 TKG-E) führt bei Massenverkehrsdiensten jedoch dazu, dass **die in der Bevölkerung so beliebten und millionenfach genutzten Votings und Gewinnspiele im Rundfunk faktisch unterbunden** werden. Diese Gefahr besteht zusätzlich auch im SMS-Bereich, wenn das „Handshake“-Verfahren des § 107 Abs. 1 TKG-E auch auf Kurzwahlen für Medien- und Massenverkehrsdienste angewendet werden sollte.

Wir schlagen deshalb eine **eigene Definition von Medien- und Massenverkehrsdiensten** vor, um den Besonderheiten sowohl im Call- wie auch im SMS-Bereich gerecht werden zu können. Alternativ könnten auch die bisherigen Regelungen der § 66b Abs. 2 TKG (alt) (nachgeschaltete Preisansage) und § 66c Abs. 1 TKG (alt) bestehen bleiben.

## 10. Die Vorgaben zur Rechnungsstellung werden mit § 60 TKModG deutlich geändert und ausgeweitet, obwohl hierzu keine Vorgaben im Kodex enthalten sind. Für die Umsetzung der neuen Vorgaben gibt es jedoch keine Schnittstellen und IT-Systeme, weswegen die überflüssigen Änderungen einen unzumutbaren Implementierungsaufwand nach sich ziehen.

Es sollten daher keine grundlegenden Änderungen vorgenommen und stattdessen klargestellt werden, dass sich die Norm nur auf Forderungen Dritter bezieht und nicht auf eigene Forderungen. **Es sollte insgesamt unbedingt die Systematik beibehalten werden, die bei der TKG-Novelle 2007 gefunden wurde.**

### III. Universaldienst/Recht auf schnelles Internet

#### 1. Universaldienst ist letztes Mittel (Ultima Ratio)

Der TKModG-E verknüpft das Recht auf schnelles Internet mit dem Universaldienst und verortet es in den dortigen Vorschriften. Aus Sicht des VATM ist dies grundsätzlich ein gangbarer Weg. Zu beachten ist jedoch, dass die Verpflichtung von Unternehmen zur Erbringung eines Universaldienstes weiterhin **Ultima Ratio** bleiben muss.

Vor diesem Hintergrund sollte in § 152 Abs. 1 TKModG klargestellt werden, welche möglichen Instrumente die BNetzA vor der Auferlegung einer Universaldienstverpflichtung prüfen muss. Aus Sicht des VATM sind dies:

- Möglichkeit der Versorgung über vorhandene Infrastrukturen (Festnetz, Mobilfunk, Satellit)
- Geplanter eigenwirtschaftlicher Ausbau in den nächsten 3 Jahren
- Möglichkeit der Erschließung über Förderung

#### 2. Auch bei freiwilliger Erbringung des Universaldienstes muss finanzieller Ausgleich möglich sein

Das TKModG sieht in § 152 einen Ausgleichmechanismus nur für den Fall vor, dass ein Unternehmen zur Universaldiensterbringung verpflichtet wird. Aus Sicht des VATM ist dies nicht sachgerecht. Gerade um den Anreiz dafür zu setzen, dass sich Unternehmen freiwillig zur Erbringung des Universaldienstes bereit erklären, ist hier eine Gleichbehandlung vorzusehen. Dabei sollte es allerdings dem Unternehmen, das sich freiwillig verpflichtet, überlassen bleiben, einen Ausgleich zu beantragen und den damit verbundenen Aufwand bzgl. Kostennachweisen etc. auf sich zu nehmen. **§ 152 Abs. 2 ist daher entsprechend zu ergänzen.**

#### 3. Einbeziehung von OTTs in die Umlagefinanzierung des Universaldienstes

Der TK-Kodex sieht vor, dass in die Umlagefinanzierung alle Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste einzubeziehen sind, wohingegen der Referentenentwurf OTTs bislang von dieser Verpflichtung ausnimmt. Hier bedarf es dringend einer Korrektur.

Zusätzlich sollte ggf. klargestellt werden, dass der Ausgleichsbetrag an Endnutzer weiter berechnet werden darf.

## IV. Mobilfunk

In § 96 Abs. 6 TKModG werden die EU-Vorgaben aus Art. 42 TK-Kodex umgesetzt. Äußerst kritisch bewerten wir es jedoch, dass die so genannte „**pay when available-Regelung**“ aus Art. 42 Abs. 2 c) unberücksichtigt geblieben ist. Wir sehen dies als eine EU-rechtswidrige Abweichung zu Lasten der Mobilfunknetzbetreiber an, die im Zuge des Konsultationsverfahrens korrigiert werden muss.

## V. Fehlende Umsetzungsfristen

Insbesondere zur technischen Implementierung der neuen Anforderungen im Bereich Kundenschutz müssen unbedingt Umsetzungsfristen in die Regelung zum Inkrafttreten aufgenommen werden. In diesem Zusammenhang verweisen wir ausdrücklich auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2012 (1 BvR 367/12), mit dem klargestellt wurde, dass Unternehmen nicht verpflichtet sind, mit der Implementierung von Gesetzen vor deren Verabschiedung zu beginnen.

Berlin, 07.10.2020