

Von: REPRAESENTANZ [mailto:repraesentanz@telefonica.com]

Gesendet: Donnerstag, 25. Februar 2021 11:45

Betreff: Telekommunikationsgesetz und IT-Sicherheit / Anhörung 1.3.

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete der Ausschüsse für Wirtschaft und Energie, Verkehr und digitale Infrastruktur, Inneres und Heimat, Digitale Agenda,

für die künftige Ausgestaltung des Rechtsrahmens der Telekommunikation in Deutschland beraten Sie derzeit über sehr wesentliche Gesetzgebungsverfahren. Der Entwurf der Novelle des Telekommunikationsgesetzes (BT 19/26108) und der Gesetzesentwurf zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz 2, BT 19/26106) sind die Basis für die Entwicklung der digitalen Infrastruktur in den kommenden Jahren. Aus Sicht von Telefónica / O2 wird von Ihren Entscheidungen abhängen, ob wir aus Fehlern der Vergangenheit lernen und stabile Rahmenbedingungen für die notwendigen immensen Investitionen in eine exzellente digitale Infrastruktur bekommen werden.

Beim Telekommunikationsgesetz (TKG) halten wir folgende Veränderungen im Gesetzgebungsprozess dringend für notwendig:

- 1.) Schaffung einer Frequenzpolitik, die investitionsfreundlich ist und daher keine Vorfestlegung auf ein einzelnes Vergabeverfahren (Auktion) vornimmt. Der Regierungsentwurf steht hier weder im Einklang mit dem umzusetzenden EU-Kodex noch lernt er aus den Fehlern der Vergangenheit, die zu einer im internationalen Vergleich spürbaren Investitionslücke geführt haben.
- 2.) Regelung von Übergangsfristen, um die komplexen Veränderungen umsetzen zu können. Das Fehlen jeglicher Übergangsfristen ist angesichts der notwendigen Anpassungen in sehr großen IT-Systemen mit etlichen Millionen Kunden nicht nachvollziehbar.

Beim IT-Sicherheitsgesetz gibt es trotz eines mittlerweile deutlich klareren Entwurfs nach wie vor nicht ausreichend geregelte Bereiche, die Betreiber von Telekommunikationsinfrastrukturen stark belasten:

- 1.) Die Verpflichtung zur Zertifizierung knüpft fälschlicherweise bei den Telekommunikationsbetreibern an. Es muss hier dringend eine klare Zuordnung von Verantwortlichkeiten erfolgen.
- 2.) Im Falle eines Ausschlusses eines Anbieters sind die Rechtsfolgen überhaupt nicht ausreichend geklärt. Es gibt keine Übergangsfristen, und es werden keine Schadensersatzregeln verankert. Es wäre sehr ratsam, diese Fragen im Gesetzgebungsverfahren und nicht erst gerichtlich einer Klärung zuzuführen.

Zu beiden Gesetzgebungsverfahren finden Sie unsere Stellungnahmen anbei. Wir bitten Sie dringend, die Entwürfe so zu verabschieden, dass die Rahmenbedingungen für Investitionen in exzellente digitale Infrastrukturen in Deutschland besser werden. Für weitere Informationen steht Ihnen das Government Relations-Team gerne zur Verfügung.

Mit den besten Grüßen

Philippe Gröschel, Harald Geywitz und Marina Grigorian

Telefónica Deutschland

Government Relations | Repräsentanz

Unter den Linden 26 10117 Berlin

T +49 (0)30 2369 1157

repraesentanz@telefonica.com | www.telefonica.de | www.basecamp.digital

Bitte finden Sie hier die handelsrechtlichen Pflichtangaben: www.telefonica.de/pflichtangaben

Este mensaje y sus adjuntos se dirigen exclusivamente a su destinatario, puede contener información privilegiada o confidencial y es para uso exclusivo de la persona o entidad de destino. Si no es usted, el destinatario indicado, queda notificado de que la lectura, utilización, divulgación y/o copia sin autorización puede estar prohibida en virtud de la legislación vigente. Si ha recibido este mensaje por error, le rogamos que nos lo comunique inmediatamente por esta misma vía y proceda a su destrucción.

The information contained in this transmission is privileged and confidential information intended only for the use of the individual or entity named above. If the reader of this message is not the intended recipient, you are hereby notified that any dissemination, distribution or copying of this communication is strictly prohibited. If you have received this transmission in error, do not read it. Please immediately reply to the sender that you have received this communication in error and then delete it.

Esta mensagem e seus anexos se dirigem exclusivamente ao seu destinatário, pode conter informação privilegiada ou confidencial e é para uso exclusivo da pessoa ou entidade de destino. Se não é vossa senhoria o destinatário indicado, fica notificado de que a leitura, utilização, divulgação e/ou cópia sem autorização pode estar proibida em virtude da legislação vigente. Se recebeu esta mensagem por erro, rogamos-lhe que nos o comunique imediatamente por esta mesma via e proceda a sua destruição

Stellungnahme von Telefónica Deutschland zum Diskussionsentwurf eines zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-SiG 2.0)

Stand: 24. Februar 2021

Telefónica Deutschland (im weiteren Telefónica) ist mit 43,5 Millionen Mobilfunkanschlüssen und 2,2 Millionen Breitbandanschlüssen einer der führenden integrierten Telekommunikationsanbieter in Deutschland. Das Unternehmen bietet Mobilfunk- und Festnetzdienste für Privat- und Geschäftskunden an und betreibt eine eigene Mobilfunkinfrastruktur, die derzeit aus etwa 26.000 Mobilfunkstandorten sowie einem hochleistungsfähigen Verbindungs- und Kernnetz besteht. In den kommenden Jahren plant Telefónica, jährlich rund 1,3 Milliarden Euro in digitale Infrastruktur in Deutschland zu investieren.¹

Telefónica begrüßt vor dem Hintergrund der aktuellen Bedeutung von Telekommunikationsnetzen für Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland eine steigende Sensibilität für Fragen der IT-Sicherheit.

Vor allem im Zuge der anstehenden Verabschiedung der NIS2 Richtlinie und der zwingenden Notwendigkeit eines stärker harmonisierten und zukunftsorientierten Cybersicherheitsrahmens auf europäischer Ebene weisen wir im Zusammenhang mit der nun diskutierten nationalen Regulierung jedoch ausdrücklich auf die Entwicklung und Umsetzung europaweit einheitlicher Standards hin. Vorgaben auf nationaler Ebene sollten zwingend mit den EU-Empfehlungen oder zukünftigen EU-Richtlinien harmonisiert werden.

Im vorliegenden Entwurf der Bundesregierung zum IT-Sicherheitsgesetz vom 16.12.2020 ist aus Sicht von Telefónica eine starke einseitige Belastung der betroffenen Mobilfunkunternehmen zu Grunde gelegt. Als Betreiberin einer kritischen Infrastruktur im Sinne des §2 Abs. 10 BSIG ist Telefónica unmittelbar von der geplanten Gesetzesänderung des IT-SiG 2.0 betroffen. Teile des vorliegenden Entwurfs der Bundesregierung haben Einfluss auf den Betrieb und Ausbau der digitalen Infrastruktur und die Geschäftstätigkeit von Telefónica.

In der vorliegenden Stellungnahme legt Telefónica einen Fokus auf ausgewählte Aspekte des Gesetzentwurfs und verweist im Übrigen auf die ausführlichen Stellungnahmen der Verbände Bitkom und VATM, zu deren Mitgliedern Telefónica zählt.

Im Speziellen legt Telefónica den Fokus dieser Kurzstellungnahme auf folgende Aspekte:

- **Massive rechtliche und ökonomische Risiken für die Betreiber von kritischen Infrastrukturen:** Sämtliche Folgen, die eine Untersagung der Nutzung einzelner Komponenten gemäß § 9b Abs. 3 BSIG-E hätte, sind im vorliegenden Gesetzentwurf nicht geregelt. Dringend erforderlich ist für das Szenario einer Untersagung eine Regelung, die eine mindestens fünfjährige Übergangsphase für den Rückbau und Austausch einzelner Komponenten vorsieht. Auch eine bisher gänzlich fehlende Regelung des Schadensersatzes sollte in das Gesetz aufgenommen werden. Es darf nicht sein, dass Betreiber, die in Deutschland private Mittel in den Ausbau kritischer Infrastrukturen investieren, den ökonomischen Schaden zu tragen haben, wenn der Bund aufgrund einer politischen Entscheidung Lieferanten dieser Betreiber als nicht vertrauenswürdig einstuft. Vor allem, wenn die infrage kommenden Komponenten zuvor durch eine Bundesbehörde geprüft und zertifiziert worden sind, der Betreiber der kritischen Infrastruktur also unverschuldet einen Schaden erleidet. Hier sollte im Falle einer potenziellen Untersagungsentscheidung dringend eine Kompensationsregelung gefunden werden, um einen stabilen Weiterbetrieb der Mobilfunknetze zu gewährleisten.
- **Keine Rechtssicherheit, da wesentliche Entscheidungen an Behörden ausgelagert werden:** Wesentliche Entscheidungen im Regime der Untersagung der Nutzung einzelner Komponenten würde der Gesetzgeber



¹ Weitere Fakten und Kennzahlen von Telefónica Deutschland finden Sie unter www.telefonica.de/unternehmen.html

mit dem vorliegenden Entwurf an die Verwaltung übertragen. Von den Anforderungen an die Garantieerklärung über die Liste kritischer Komponenten bis hin zum gesamten Ablauf und Inhalt des Zertifizierungsverfahrens sollen letztlich Behörden über Verordnungen, Verfügungen und Richtlinien das Sagen haben. Der vorliegende Gesetzentwurf bietet daher nicht die Rechtssicherheit, die für Betreiber kritischer Infrastrukturen dringend erforderlich wäre.

- **Bestandsnetze dürfen nicht von neuer Regulierung erfasst sein:** Es fehlen in dem Gesetzentwurf wichtige Überleitungsvorschriften, die festlegen, dass der Regulierungsmechanismus sowie die Folgen des § 9b BSIG-E nur für Komponenten angewendet werden, deren Nutzung zukünftig beim BMI angezeigt wird. Eine Rückwirkung auf Bestandsnetze muss schon aus Gründen des Investitions- und Vertrauensschutzes dringend ausgeschlossen werden.
- **Fehlende Rechtsfolgen:**

Im Einzelnen

1. Ausweitung der Aufgaben des BSI, § 3 BSIG-E

Der Gesetzentwurf intendiert die Einführung eines Parallelsystems, bei dem das BSI für den Bereich IT-Sicherheit mehrere zuvor voneinander getrennte Kompetenzen wie Standardisierung, Prüfung und Zertifizierung sowie typische Aufgaben von Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden gleichzeitig übernehmen soll. Ein derartiges Kompetenzgeflecht schafft unnötige zusätzliche Bürokratie, doppelte und längere Verfahren und verspielt das Potenzial für zügiges Verwaltungshandeln. Es steht zu befürchten, dass die Arbeit des BSI aufgrund des geplanten Wachstums der Behörde zur Innovationsbremse wird. Bürokratie und langsames Verwaltungshandeln würden letztlich zu weniger Rechtssicherheit und in letzter Konsequenz zu erheblichen Verzögerungen beim Ausbau von Netzen mit kritischen Komponenten führen. Telefónica plädiert aus diesen Erwägungen heraus dafür, dass die Aufgaben des BSI gesetzlich auf Schutzziele beschränkt werden.

2. Adressat der Zertifizierungspflicht, § 9 BSIG

Adressaten der Zertifizierungspflicht müssen die Hersteller kritischer Komponenten selbst sein. Dies sollte im IT-Sicherheitsgesetz klar festgelegt werden. Bisher ist im Gesetzesentwurf lediglich geregelt, dass kritische Komponenten von Betreibern nur eingesetzt werden dürfen, wenn eine Garantieerklärung der Hersteller über deren Vertrauenswürdigkeit vorliegt, die Komponente zertifiziert wurde und die Nutzung der Komponente beim BMI angezeigt wurde. Hier scheint der vorliegende Gesetzentwurf darauf zu vertrauen, dass die Betreiber von Infrastrukturen mit kritischen Komponenten die Frage, wer für die Zertifizierung einer Komponente überhaupt verantwortlich ist, auf vertraglicher Ebene mit den Herstellern klären. Da für die Durchführung der Zertifizierung jedoch zwingend die Mitwirkung sowie Dokumentationen und Fachkenntnisse des Herstellers erforderlich sind, sollte die Pflicht einer Zertifizierung klar an den Hersteller adressiert werden. Telefónica regt daher an, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die klarstellt, dass ein Hersteller, der kritische Komponenten in den Verkehr bringt, diese auch zertifizieren lassen muss. Adressat des Zertifizierungs-Regimes sollte nicht der Betreiber sein, sondern der Hersteller!

3. Voraussetzungen für Anmeldung kritischer Komponenten sind nicht hinreichend gesetzlich geregelt, § 9b Abs. 1, 2 BSIG-E

Zahlreiche Voraussetzungen und Definitionen, die für eine rechtssichere Anwendung des § 9b BSIG-E erforderlich sind, sollen später von Behörden auf untergesetzlicher Ebene definiert werden. Dies führt dazu, dass die potenziellen Folgen des § 9b BSIG-E basierend auf dem vorliegenden Entwurf nicht abschließend beurteilt werden können und die Wirksamkeit und Wirkungsweise des Mechanismus auch nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens jederzeit von den Behörden geändert werden kann, indem einzelne Verordnungen geändert werden. Die Betreiber kritischer Infrastrukturen werden so auch nach

Inkrafttreten des IT-SiG 2.0 weiterhin keine Rechtssicherheit betreffend der Nutzung kritischer Komponenten zu erwarten haben.

Es ist derzeit unbekannt, welche Komponenten tatsächlich als kritische Komponenten im Sinne des Gesetzes anzusehen sind, da eine Liste der Komponenten gemäß § 2 Abs. 13 BSIG-E nachgelagert von BNetzA, BSI und BfDI festgelegt wird. Auch die Anforderungen an die Garantieerklärung sollen nach § 9b Abs. 2 BSIG-E erst zu einem späteren Zeitpunkt im Zuge der Allgemeinverfügung durch das BSI festgelegt werden. Schließlich werden auch Ablauf und Inhalt des zwingend zu durchlaufenden Zertifizierungsverfahrens durch das BSI festgelegt, ohne dass diese schon jetzt bekannt wären, siehe § 9 Abs. 4 BSIG-E. Da all diese Voraussetzungen für die Anmeldung der Nutzung kritischer Komponenten beim BSI im Sinne des § 9b Abs. 1 BSIG-E jedoch zwingend bekannt sein müssen, ist das aktuell vorgesehene Regime der Untersagung stark von Entscheidungen der Behörden und faktischem Verwaltungshandeln abhängig.

Während bei der Erstellung der Liste kritischer Komponenten sowie bei der Ausgestaltung des Zertifizierungsverfahrens für eine Ermächtigung der Behörden sprechen könnte, dass auf diese Weise ein innovationsoffener und technologieneutraler Ansatz in der Gesetzgebung gewählt wird, ist es nicht ersichtlich, warum Anforderungen an die Garantieerklärung nicht von vornherein gesetzlich geregelt werden können. Aus Sicht von Telefónica sollte der Gesetzgeber sich daher nicht davor drücken, über entscheidende Definitionen und Voraussetzungen selbst zu entscheiden.

4. Fehlende Regelung zu den Folgen im Falle einer Untersagung führen zu unverhältnismäßiger Belastung der Betreiber, § 9b Abs. 3, 4 BSIG-E

a. Pflichten des § 9b belasten einseitig die Betreiber

Die Auferlegung sämtlicher Pflichten und Risiken des § 9b BSIG-E auf die Schultern des Betreibers - von der Einholung der Garantieerklärung für kritische Komponenten und deren Administration über die potenziellen betrieblichen und wirtschaftlichen Folgeschäden durch die Einbeziehung von Behörden bis hin zur Untersagung eines Komponenteneinsatzes - ist unverhältnismäßig. Das Vorgehen greift durch die Zwangsvorgaben auch in das EU-Ausschreibungsrecht zu Lasten der betroffenen Unternehmen ein und führt ggf. zu Marktverzerrungen wegen Ungleichbehandlung.

b. Übergangsregelung für den Phase-Out

Für den Fall, dass es aufgrund mangelnder Vertrauenswürdigkeit ultima-ratio zu einer Untersagung der Nutzung einer kritischen Komponente kommt, ist dringend eine Übergangsregelung von mindestens fünf Jahren erforderlich, die einen Rückbau bzw. Austausch der Komponenten ermöglicht, ohne dass der Betrieb und der weitere Ausbau der Infrastruktur dadurch massiv beeinträchtigt werden. Neben den angemessenen Übergangsfristen für einen eventuellen Rückbau bereits verbauter Komponenten muss eine Norm für die Risikoübernahme bzw. entsprechende Entschädigungen für die Aufwendungen vorgesehen werden.

c. Kompensationsregelung

Nach der derzeitigen Regelung kann es im Falle einer potenziellen Untersagung zur unverhältnismäßigen Belastung von Betreibern der kritischen Infrastrukturen kommen. Die potenziellen wirtschaftlichen sowie betrieblichen Folgeschäden dürfen auf keinen Fall zu Lasten der Betreiber gehen. Sollte es trotz einer Zertifizierung der Komponenten und einer wirksam erteilten Garantieerklärung dennoch aufgrund einer später festgestellten fehlenden Vertrauenswürdigkeit zu einer politisch beschlossenen Untersagung kommen, sollte eine spezialgesetzliche Regelung die verschuldensabhängige Herstellerhaftung festlegen. Eine solche Regelung allein kann die wirtschaftlichen Risiken der Betreiber jedoch nicht ausreichend kompensieren. Wenn ein Hersteller tatsächlich aufgrund fehlender Vertrauenswürdigkeit de facto vom deutschen Markt ausgeschlossen werden würde, so würde er sich vermutlich binnen kurzer Zeit sehr hohen Schadensersatzforderungen ausgesetzt sehen. Das Risiko der Insolvenz des Herstellers wäre in diesem Fall unkalkulierbar groß, was wiederum zu einem nicht tragbaren Risiko für die Betreiber werden würden. Aus diesem Grund sollte als zweite Stufe, wenn

Schadensersatzansprüche der Betreiber nicht aus einer Herstellerhaftung befriedigt werden können, auch eine Haftung des Staates für die Folgen des Ausschlusses geregelt werden. Nach Ansicht von Telefónica sollte dieser Aspekt dringend unmittelbar im BSI-G geregelt werden. Daher wird vorgeschlagen, einen neuen §14b in das Gesetz aufzunehmen, der folgend lauten könnte:

§14b Zur Entschädigung verpflichtende Maßnahmen

(1) Ein Hersteller, der sich nach § 9b Abs. 4, Abs. 5 als nicht vertrauenswürdig erwiesen hat, ist dem Betreiber zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Satz 1 kann nicht vertraglich ausgeschlossen werden.

(2) Erhält der Betreiber keinen Ersatz für den Schaden nach Abs. 1 oder auf andere Weise, so ist ihm der Schaden zu ersetzen, der infolge einer Inanspruchnahme nach § 9b Abs. 4 entstanden ist, gleichgültig, ob das BMI ein Verschulden trifft oder nicht.

(3) Soweit die Entschädigungspflicht wegen rechtmäßiger Maßnahmen der Ordnungsbehörden in anderen gesetzlichen Vorschriften geregelt ist, finden diese Anwendung.

(4) Die Entschädigung nach Abs. 2 wird für entgangenen Gewinn und alle Vermögensschäden gewährt, unabhängig davon, ob sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der zu entschädigenden Maßnahme stehen oder nicht.

(5) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Betreibers mitgewirkt, so ist das Mitverschulden bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen.

(6) Soweit die zur Entschädigung verpflichtende Maßnahme auch eine Amtspflichtverletzung darstellt, bleiben die weitergehenden Ersatzansprüche unberührt.

(7) Für die Verjährung des Entschädigungsanspruchs gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung von Schadensersatzansprüchen entsprechend.

(8) Entschädigungspflichtig ist die Bundesrepublik Deutschland.

(9) Über die Entschädigungsansprüche nach dieser Vorschrift entscheiden im Streitfall die ordentlichen Gerichte.

Anderenfalls sind die Betreiber, die aus privaten Mitteln die Digitalisierung und die Positionierung Deutschlands als 5G-Leitmarkt vorantreiben, unverhältnismäßig und einseitig belastet.

Analog der Regelung zur Entschädigung der Energiewirtschaft bei der Energiewende sollte für betroffene Mobilfunkunternehmen ein **Netzbetriebs-Stabilitätsfonds** eingerichtet werden, um eine reibungslose, stabile Weiterversorgung sowie den flächendeckenden Ausbau der Mobilfunknetze der nächsten Generation zu gewährleisten. Dies wäre insbesondere dann dringend erforderlich, wenn die von den Folgen der Untersagung negativ betroffenen Betreiber kritischer Infrastrukturen rechtlich und tatsächlich keine Möglichkeit haben, ihren Schaden durch Ansprüche gegenüber den Lieferanten der entsprechenden Komponenten zu kompensieren, beispielsweise weil Lieferanten in Deutschland in Folge des Marktausschlusses insolvent sind.

5. Technische Zertifizierung kritischer Komponenten, § 2 Abs. 13 BSI-G, § 109 Abs. 2 TKG-E

Grundsätzlich bewertet Telefónica den Ansatz positiv, dass kritische Komponenten einer Zertifizierung unterzogen werden sollen und ist bereit, sich im Dialog mit dem BSI in die Entwicklung und regelmäßige Evaluation des Zertifizierungsverfahrens einzubringen.

Kritische Komponenten bzw. Komponenten mit kritischen Funktionen können i. S. dieses Gesetzes nur dann kritisch sein, wenn ihre Funktionalitäten in Bezug auf die Einsatzumgebung im Falle ihrer Beeinträchtigung den KRITIS-Schutzzielen zuwiderlaufen. Daher sollte die Zertifizierung sich nur auf ausgewählte Elemente des Kernnetzes konzentrieren, da hier die Datenströme aus dem Zugangsnetz zusammenlaufen sowie zentrale Netzfunktionalitäten und Datenbanken angesiedelt sind, wodurch diese primär zum Ziel eines Angriffs werden

könnten. Eine Einbeziehung der Zugangsnetze dürfte Zertifizierungsverfahren und Vertrauenswürdigkeitsprüfung zu einem Bottleneck machen. Die in § 2 Abs. 13 BSiG-E zugrunde gelegte Definition kritischer Komponenten sollte nach Auffassung von Telefonica daher dringend auf solche Komponenten beschränkt werden, die in zentralen Netzwerkebenen zum Einsatz kommen.

Ebenfalls wichtig ist, dass Zertifizierungen anderer EU-Behörden ohne weitere Hürden anerkannt werden. Wenn eine Komponente von einer Behörde eines anderen EU-Mitgliedsstaates zertifiziert wurde, sollte diese nicht erneut beim BSI vorgelegt werden müssen.

6. Keine rückwirkende Belastung für Bestandsnetze, § 9b Abs. 4 BSiG-E

Eine Untersagung des Einsatzes von bereits eingesetzten Komponenten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes muss ausgeschlossen werden (Bestandsschutz). Im Sinne eines Investitionsschutzes dürfen die Folgen einer möglicherweise festgestellten mangelnden Vertrauenswürdigkeit sich nicht auf Komponenten erstrecken, die bereits vor Inkrafttreten des IT-SiG 2.0 verbaut wurden. Es bedarf zudem einer Klarstellung, dass auch die Pflicht zur Meldung des Einsatzes kritischer Komponenten an das BMI sich nicht auf bereits im Netz verbaute Komponenten beziehen darf (die z. B. im Rahmen einer Wartung oder Fehlerbehebung ausgetauscht werden müssen), sondern nur auf solche Komponenten, die erstmals neu im Netz in Betrieb genommen werden. Im Gesetz bedarf es daher dringend einer entsprechenden Überleitungsvorschrift, die klarstellt, dass das gesamte Regelungsregime des § 9b BSiG-E nur für Komponenten einschlägig ist, die zukünftig neu im Netz verbaut werden.

7. Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, § 10 Abs. 6 BSiG-E

Telefonica begrüßt den hier angestrebten Ansatz, IT-Security als einen dynamischen Prozess und nicht als ein starres Konstrukt zu begreifen. Das gesuchte Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie sowie die Einbeziehung der Wirtschaftsverbände begrüßen wir ebenfalls.

Dennoch sehen wir es als äußerst kritisch an, dass die Interoperabilität und Schnittstellenkompatibilität von Komponenten und Systemen pauschal und unabhängig von deren Kritikalität und/oder Funktionalität über eine Verordnung geregelt werden kann. Dies konterkariert die Bestrebungen des vorliegenden Gesetzentwurfs, der im Wesentlichen auf kritische Komponenten bzw. kritische Funktionen abstellt. Zudem steht es im krassen Widerspruch zu einer EU-weiten Harmonisierung der IT-Sicherheitsregulierung, dass hier die nationalen Behörden unabhängig von EU-Standards selbst Vorgaben zu technischen Standards machen können. Diese sehr weit und unbestimmt gefasste Vorschrift muss im Sinne des Bestimmtheitsgrundsatzes, sowie um Rechts- und Planungssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu ermöglichen, zwingend angepasst und konkretisiert werden. Denkbar wäre hier eine Eingrenzung auf die Liste der kritischen Funktionen und Komponenten nach § 109 Abs. 6 TKG-E und die Einbeziehung der Maßnahmen nach der EU-5G-Tool-Box.

Ansprechpartner

Philippe Gröschel, Head of Government Relations, philippe.groeschel@telefonica.com

Stellungnahme von Telefónica Deutschland zum Kabinettsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (TKG-E) vom 16. Dezember 2020

Stand der Stellungnahme: Februar 2021

Telefónica Deutschland (im weiteren Telefónica) ist mit 44,3 Millionen Mobilfunkanschlüssen und 2,3 Millionen Breitbandanschlüssen einer der führenden integrierten Telekommunikationsanbieter in Deutschland. Das Unternehmen bietet Mobilfunk- und Festnetzdienste für Privat- und Geschäftskunden an und betreibt eine eigene Mobilfunkinfrastruktur, die derzeit aus etwa 26.000 Mobilfunkstandorten sowie einem hochleistungsfähigen Verbindungs- und Kernnetz besteht. In den kommenden Jahren plant Telefónica jährlich rund 1,3 Milliarden Euro in digitale Infrastruktur in Deutschland zu investieren.¹

Weite Teile des vorliegenden Regierungsentwurfs zur Modernisierung des Telekommunikationsgesetzes vom 16.12.2021 (im weiteren TKG-E) haben unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftstätigkeit und die Produkte von Telefónica. Weil es sich bei dem TKG-E um das vermutlich wichtigste Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Telekommunikationsregulierung in den nächsten Jahren handelt, sieht Telefónica es kritisch, dass bei zahlreichen Abschnitten des Gesetzes noch Klärungsbedarf in technischer und rechtlicher Hinsicht besteht. Dies ist auch damit begründet, dass die Konsultationsfrist der Entwürfe im Vorfeld des Kabinettsbeschlusses vom 16.12.2020 deutlich zu kurz war und damit die Chance verpasst wurde, mit den betroffenen Kreisen ungenaue Formulierungen klarzustellen und besser umsetzbare Lösungen zu erarbeiten.

Aus Sicht von Telefónica sollte sich der Gesetzgeber in Deutschland bei der Überarbeitung des Telekommunikationsrechts noch stärker darauf fokussieren, das überragende politische Ziel, die privaten Investitionen in digitale Infrastruktur in Deutschland zu erhöhen und damit den Netzausbau zu beschleunigen, zu fördern. An vielen Stellen erhöht der Gesetzentwurf das ohnehin schon intensive Regulierungsniveau für den Telekommunikationssektor und führt neue, in ihrer Umsetzung aufwendige Pflichten ein, ohne ausreichenden Ausgleich auf der Seite der Investitionsanreize zu bieten. An den vielen Stellen, wo das Regulierungsniveau des bisher vorliegenden Gesetzesentwurfs über den EECC hinausgeht, sollte der Gesetzgeber hinterfragen, ob eine zusätzliche Belastung der Telekommunikationsunternehmen in Deutschland erforderlich und angemessen ist.

In der vorliegenden Stellungnahme legt Telefónica einen Fokus auf ausgewählte Aspekte des Gesetzentwurfs und verweist im Übrigen auf die ausführlichen Stellungnahmen der Verbände Bitkom und VATM, zu deren Mitgliedern Telefónica zählt.

Im speziellen regt Telefónica Änderungen in folgenden Bereichen des Gesetzentwurfs an:

- Im Bereich der Regulierung des **Kundenschutzes** umfasst der Entwurf des TKG-E zahlreiche Regelungen, die über den EECC hinausgehen und damit eine Schlechterstellung von in Deutschland tätigen Telekommunikationsunternehmen im Vergleich zu europäischen Wettbewerbern darstellen. Konkret sollten die Regelungen zur Bereitstellung der Vertragszusammenfassung, zum

¹ Weitere Fakten und Kennzahlen von Telefónica Deutschland finden Sie unter www.telefonica.de/unternehmen.html

Minderungsrecht bei Parameterabweichungen, zu Gebühren bei der Portierung von Rufnummern sowie zur Sperre bei Zahlungsverzug aus Sicht von Telefónica überarbeitet werden.

- Wir begrüßen, dass nach dem derzeitigen TKG-E weiterhin Verträge mit einer anfänglichen **Vertragslaufzeit** von 24 Monaten angeboten werden dürfen. Ausdrücklich wenden wir uns aber gegen eine Preisregulierung der zusätzlich zwangsweise anzubietenden 12-Monatsverträge. Diese Regelung greift tief in die Vertragsfreiheit der Telekommunikationsunternehmen ein und verteuert die Vermarktung durch einen erheblichen, neuen Bürokratieaufwand. Auch die Rechtsfolge der Unwirksamkeit eines längeren Laufzeitvertrages für den Fall, dass eine kürzere Laufzeit zuvor nicht angeboten wurde, ist unverhältnismäßig, führt zu neuem Dokumentationsaufwand und eröffnet rechtliche Risiken für Verbraucher und Unternehmer.
- Der in Deutschland gültige Rahmen der **Frequenzregulierung** wurde im Kontext der 2019 stattgefundenen Versteigerung von Frequenznutzungsrechten für 5G intensiv diskutiert. Dies führte allerdings bisher nicht zu einer Modernisierung der veralteten Systematik der Frequenzbereitstellung. Die im Gesetzentwurf weiterhin bestehende Vorprägung zu Gunsten des Versteigerungsverfahrens im Falle einer Frequenzknappheit ist kontraproduktiv und schließt alternative Vergabemodelle faktisch von vornherein aus. Die neu eingeführte Regelung zur Verlängerung von Frequenznutzungsrechten ist in ihrer Systematik nahezu unverständlich und würde in ihrer bisherigen Ausgestaltung voraussichtlich nicht greifen.
- Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung geschaffene Angebotspflicht von Telekommunikationsunternehmen gegenüber dem **Behördenfunk BOS** lehnt Telefónica entschieden als Eingriff in die Privatautonomie der Netzbetreiber ab. Es darf nicht sein, dass der Staat sich selbst in seiner Rolle als Gesetzgeber eine Angebots- und Verhandlungspflicht zu seinen Gunsten schafft, anstatt auf und freiwilliger kommerzieller Basis als Nachfrager mit den Netzbetreibern über einen solchen Zugang zu verhandeln.
- Dringend sollten im TKG-E angemessene **Umsetzungsfristen** definiert werden, die eine technische und organisatorische Implementierung der neuen Regelungen möglich machen. Viele Anforderungen des TKG-E erfordern Anpassungen in bestehender Software sowie die Schulung des Personals im Bereich der Kundenbetreuung. Dies ist nur innerhalb einer Umsetzungsfrist von mindestens 12 Monaten zu realisieren.
- Neben den Umsetzungsfristen fehlen im Entwurf der Bundesregierung auch **Überleitungsvorschriften**, die eine **Rückwirkung** neuer Vorschriften auf bestehende Vertragsverhältnisse Regeln. Um Klarheit und Zuverlässigkeit im Rechtsverkehr zu erhalten, sollte der Gesetzgeber aus Sicht von Telefónica dringend klarstellen, dass eine Rückwirkung auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse ausgeschlossen ist und neue gesetzliche Vorschriften nur für Rechtsverhältnisse nach Inkraft-Treten des TKE-E Anwendung finden.

Im Einzelnen

1. Kundenschutz

a. Vertragszusammenfassung und Folgen verspäteter Bereitstellung (§ 54 Abs. 3 TKG-E)

Die Vorgaben zum Zeitpunkt und zur Form der Bereitstellung der Vertragszusammenfassung und die Regelungen bei deren verspäteter Bereitstellung gehen weit über die Vorgaben des EECC hinaus und verletzen das Prinzip der Vollharmonisierung nach Art. 101 Abs. 1 EECC:

aa. Die in der Begründung des TKG-E enthaltene Formvorgabe geht weit über die Vorgaben des EECC hinaus, findet keinen Anknüpfungspunkt im Normtext des § 54 Abs. 3 TKG-E und widerspricht sogar den Vorgaben des EECC. Während die vorvertraglichen Informationen auf einem dauerhaften Datenträger oder in einem leicht herunterladbaren Dokument bereitgestellt werden müssen (Art. 102 Abs. 1 EU-Kodex), sieht der EU-Kodex für die Vertragszusammenfassung gerade keine bestimmte Form vor (vgl. Art. 102 Abs. 3 EU-Kodex). Dennoch wird in der Gesetzesbegründung des TKG-E nun davon ausgegangen, dass die Vertragszusammenfassung stets auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden muss. Dieses Verständnis würde dazu führen, dass der fernmündliche Vertragsschluss faktisch unmöglich gemacht würde. Dies hat der EU-Gesetzgeber gerade nicht intendiert, weshalb die Erteilung der Vertragszusammenfassung an keine bestimmte Form gebunden ist. Eine derart wesentliche Abweichung vom Normwortlaut des EU-Kodex verletzt das Prinzip der Vollharmonisierung nach Art. 101 Abs. 1 EECC. Telefónica regt daher eine gesetzliche Klarstellung in § 54 Abs. 3 TKG-E.

bb. Nach dem TKG-E soll die Vertragszusammenfassung dem Kunden bereits vor Abgabe seiner Vertragserklärung zugehen. Der EECC sieht jedoch vor, dass die Vertragszusammenfassung gegenüber dem Kunden lediglich „vor Vertragsschluss“, also nach Abgabe der Bestellung des Kunden, aber vor deren Annahme durch den Anbieter erfolgen muss. Der TKG-E verlagert die Pflicht der Bereitstellung der Zusammenfassung damit zeitlich nach vorne. Dies widerspricht den eindeutigen Vorgaben des Kodex, verletzt das Prinzip der Vollharmonisierung und hat erhebliche negative Auswirkungen auf den Vertriebsprozess. Im Übrigen würde die Zusendung einer *Vertragszusammenfassung* vor Abgabe seiner Vertragserklärung beim Verbraucher naheliegender Weise den Verdacht erwecken, ihm werde ein *Vertrag* untergeschoben, obwohl er noch gar keine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben hat. Dies führt zu einer Verunsicherung des Verbrauchers. Telefónica regt deshalb an, § 54 Abs. 3 Satz 1 TKG-E entsprechend den Vorgaben des Kodex dahin zu ändern, dass die Vertragszusammenfassung „vor Abschluss des Vertrages“ bereitgestellt werden muss, jedoch nach der Erklärung der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers erfolgen kann.

cc. Zu streichen sind die Regelungen der §§ 1-3 der in Art. 42 TKModG angepassten TK-Transparenzverordnung. Diese Regelungen sehen u.a. eine Bereitstellung der Vertragszusammenfassung bereits ab Beginn der Vermarktung des jeweiligen Tarifs vor, entsprechend der jetzigen Regelung für die Produktinformationsblätter. Diese Regelungen sind redundant zum System der Bereitstellung nach § 54 Abs. 3 TKG-E und stellen die inhaltliche Gestaltung der Vertragszusammenfassungen in Frage. Nach der Durchführungsverordnung (EU) 2019/2243 der Kommission sind in der Vertragszusammenfassung unter anderem Rabatte, Gerätepreise oder Sonderangebotspreise auszuweisen, so dass Vertragszusammenfassungen letztlich spezifisch bestellbezogene Preiskomponenten enthalten sollen. Bei einer Bereitstellung von Vertragszusammenfassungen bereits zu Beginn der Vermarktung wäre es nicht möglich, spezifisch bestellbezogene Preisinformationen anzugeben. Zu diesem Zeitpunkt könnten lediglich die Standardkonditionen des Tarifs ausgewiesen werden, so wie derzeit in den Produktinformationsblättern.

dd. Das Erfordernis einer Genehmigung in Textform bei verspäteter Bereitstellung der Vertragszusammenfassung geht ebenfalls über die Vorgaben des EECC hinaus, der in Artikel 102 Abs. 3 eine formfreie Bestätigung des Einverständnisses vorsieht. Für die Bestätigung in Textform kann auch nicht – wie in der Begründung zum TKG-E – die besondere Bedeutung dieser Erklärung herangezogen werden. Es wäre widersprüchlich, dass die Vertragserklärung selbst formfrei ist, die Genehmigung des Vertrages aber nicht. Auch andere gestaltende Erklärungen, wie z.B. der Widerruf des Verbrauchers beim Fernabsatzgeschäft, sind formfrei möglich. Telefónica regt deshalb an, in § 54 Abs. 3 Satz 4 TKG-E die Worte „in Textform“ zu streichen.

ee. Letztlich ist auch die Regelung in § 54 Abs. 3 Satz 5 TKG-E, die eine Berechnung der vertraglichen Entgelte oder von Wertersatz nur im Falle der Genehmigung durch den Verbraucher zulässt, nicht vom EU-Kodex vorgesehen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Verbraucher im Hinblick auf eine bestellte und ggf. auch bewusst in Anspruch genommene Leistung nicht entgeltspflichtig werden sollte. Dies kann zudem Missbrauch begünstigen, zumal die Vorschrift nach § 66 Abs. 1 TKG-E auch für Angebotspakete und somit u.U. auch für bereitgestellte Endgeräte gilt. Durch den zusätzlichen Ausschluss des Wertersatzes wird zudem das Bereicherungsrecht außer Kraft gesetzt, was ebenfalls mit dem Vollharmonisierungsansatz nicht zu vereinbaren ist. Schließlich ergibt sich auch ein Widerspruch zu § 357 Abs. 8 BGB, (sowie im Fall von Angebotspaketen ggf. zusätzlich zu § 357 Abs. 7 BGB) der abweichende Regelungen zum Wertersatz bei Verträgen regelt, bei denen ein Widerrufsrecht besteht. Telefónica regt an, § 54 Abs. 3 S. 5 TKG-E ersatzlos aus dem Gesetzentwurf zu streichen

b. Bereitstellung der Vorvertraglichen Informationen (§ 54 Abs. 1 TKG-E)

Aus Sicht von Telefónica sollte es stets ausreichen, dem Kunden die vorvertraglichen Informationen im Rahmen des Bestellprozesses auf einem leicht herunterladbaren Dokument zur Verfügung zu stellen. Gemäß § 54 Abs. 2 TKG-E soll dies jedoch nur ausreichend sein, wenn eine Bereitstellung auf einem dauerhaften Datenträger „nicht möglich“ ist. Nach dem verbindlichen, englischen Richtlinienwortlaut soll eine herunterladbare Information dagegen bereits dann genügen, wenn die Bereitstellung auf einem dauerhaften Datenträger „nicht praktikabel“ („not feasible“) ist. Telefónica regt an, § 54 Abs. 1 TKG-E entsprechend anzupassen.

c. Anfängliche Vertragslaufzeit (§ 56 Abs. 1 TKG-E)

Wir begrüßen, dass sich eine Verkürzung der anfänglichen Vertragslaufzeit auf 12 Monate, wie sie bisher immer wieder diskutiert wurde aktuell nicht im Entwurf des neuen TKG findet. Eine solche Regelung ist weder erforderlich noch angemessen. Bereits heute sind alle Telekommunikationsanbieter im Mobilfunk und Festnetz dazu verpflichtet, auch einen Tarif mit einer 12-monatigen Laufzeit anzubieten. Eine generelle Verpflichtung, nur 12-monatige Verträge anbieten zu dürfen, würde für den Verbraucher keine Verbesserung bedeuten. Es existieren auch aufgrund von Nachfrage und Wettbewerb zahlreiche Tarife und Angebote mit kürzeren Vertragslaufzeiten. Jeder Verbraucher hat die freie Wahl, ob er sich - unter Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile - 24, 12 oder noch weniger Monate binden oder aber einen Prepaid-Tarif wählen möchte. Tatsächlich entscheiden sich viele Verbraucher für Laufzeitverträge mit einer 24-monatigen Bindung, da sie die Sicherheit, Kontinuität und Preisstabilität einer verlässlichen Versorgung schätzen. Viele Verbraucher profitieren zudem von den Vorteilen der Kombi-Verträge und der Möglichkeit, Endgeräte kostengünstig bei gleichzeitigem Abschluss eines 24-Monats-Vertrages zu erhalten. Ähnliches gilt für

Festnetz- und DSL-Anschlüsse. Die hohen Erst-Anschlusskosten (Technikereinsatz bei Leitungsschaltung) werden hier sukzessive über die Laufzeit von 24 Monaten kompensiert. Ein pauschales Verbot von 24-monatigen Vertragslaufzeiten würde die Vorteile von Laufzeitverträgen deutlich verringern, zu steigenden Preisen führen und die Angebotsvielfalt zu Lasten der Verbraucher einschränken.

Eine generelle Verkürzung der maximalen Vertragslaufzeiten würde es für die Telekommunikationsanbieter erheblich erschweren, den zukünftigen Umsatz zu prognostizieren und damit die Investitionsmöglichkeiten begrenzen. Dies würde beispielsweise den investitionsintensiven, möglichst flächendeckenden Ausbau von hochleistungsfähigen Mobilfunknetzen konterkarieren und die Investitions- und Planungssicherheit derjenigen Unternehmen verschlechtern, die in die digitale Infrastruktur und Zukunft investieren.

Ausdrücklich wenden wir uns aber gegen die in § 56 Abs. 1 S. 2 TKG-E vorgesehene Preisregulierung der zusätzlich zwangsweise anzubietenden 12-Monatsverträge. Dies stellt einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Vor Abschluss eines jeden Zweijahresvertrages und damit zu hunderten von Produktvarianten sollen den Kunden in Zukunft zwangsweise Verträge mit einjähriger Laufzeit zu regulierten Konditionen angeboten werden. Diese im deutschen Recht einmalige Regelung würde die Entwicklung und Vermarktung neuer Tarife durch einen erheblichen, neuen Bürokratieaufwand verkomplizieren. Zudem ist die vorgeschlagene Regelung unnötig, da bereits heute Verträge mit einjähriger oder sogar noch kürzerer Laufzeit angeboten werden müssen und weiterhin Monats- und Prepaid-Verträge im Markt verfügbar sind.

Darüber hinaus ist auch eine angemessene Überleitungsvorschrift für diese Regelung zu ergänzen. Während das Gesetz für faire Verbraucherverträge („FVVG“) in Art. 2 eine klare Überleitungsvorschrift zur Vermeidung von unerwünschter Rückwirkung enthält, fehlt eine solche Regelung im TKG-E trotz z.T. identischer Neuregelungen. Wir können keine Gründe erkennen, die eine Abweichung allein zu Lasten des TK-Sektors rechtfertigt. Denn gerade im TK-Sektor führen fehlende Überleitungsvorschriften vielfach auch in den Bereich verfassungsrechtlich problematischer Rückwirkung.

d. Tarifberatung in Textform (§ 57 Abs. 3 TKG-E)

Nach der Begründung zu § 57 Abs. 3 TKG-E soll die jährliche Tarifberatung auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen. Dies missachtet, dass der Kodex gerade keine Formvorgaben zur Tarifberatung macht. Damit missachtet der TKG-E auch hier das Prinzip der Vollharmonisierung. Die Vorgabe kann zu erheblichen Mehraufwänden, Mehrkosten und Ressourcenverbrauch führen, wenn Kunden z.B. keine E-Mail-Adresse angeben möchten und eine Information dann per Post erfolgen müsste.

Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Tarifberatung auch dann nach einem Jahr erfolgen soll, wenn die anfängliche Mindestvertragslaufzeit 24 Monate beträgt. Telefónica regt an, dass Erfordernis, die Tarifberatung auf einem dauerhaften Datenträger zu erfolgen hat, aus der Begründung zu § 57 Abs. 3 TKG-E zu streichen und klarzustellen, dass eine Beratung jährlich, frühestens aber zum Ablauf einer vereinbarten Mindestlaufzeit erfolgen soll.

e. Minderungsrecht bei Abweichung von Geschwindigkeit oder anderen Dienstparametern (§ 57 Abs. 4 TKG-E)

Das im Regierungsentwurf geregelte Minderungsrecht bei Abweichung von Geschwindigkeit und anderen Qualitätsparametern ist aus der Sicht von Telefónica ein erheblicher und nicht gerechtfertigter Eingriff in die Geschäftstätigkeit. Zwei Beispiele zeigen, warum das Minderungsrecht etablierte Geschäftsmodelle im Telekommunikationsmarkt erheblich beeinträchtigt. Bei einem Mobilfunkanschluss variiert die Bandbreite je nach Standort und lokaler Nutzung des Mobilfunknetzes durch den Kunden. Für den Mobilfunkbereich ist daher eine solche Regelung problematisch, da der Kunde die Bandbreitenmessungen z. B. in einem Keller vornehmen kann, in dem kein oder nur sehr eingeschränkter Empfang besteht. In diesem Fall würde er die Leistung um 100 % mindern können, auch wenn die Leistung ansonsten einwandfrei nutzbar ist. Auch unterscheidet sich die Bandbreite je nach Standort. So kann die Messung vom Kunden dadurch beeinflusst werden, wo die Messung vorgenommen wird. Dadurch könnte der Kunde die Kosten seines Mobilfunkvertrages selbst beeinflussen.

Auch Produkte, die auf Festnetzvorleistungen basieren, werden durch das Minderungsrecht gefährdet. In der Regel können Marktteilnehmer als Vorleistung nur einen bestimmten Bandbreitenbereich bestellen, ohne die tatsächliche Bandbreite vorab ermitteln zu können. Wenn die Bandbreite vom Vorleistungserbringer nicht ausreichend erbracht wird, hätte der Kunde ein Minderungsrecht gegenüber seinem Anbieter. Dabei kann es zu der Situation kommen, dass der Kunde weniger Entgelt zahlen muss als der Anbieter selbst für die Vorleistung. Diese Minderung kann nach den derzeitigen regulierten Verträgen der Telekom („Bitstream Access“) auch nicht an den Vorleistungserbringer „weitergegeben“ werden, da sich das Leistungsversprechen der Telekom auf eine Übertragungsgeschwindigkeit innerhalb eines relativ breiten Korridors beschränkt. So liegt beispielsweise die Download-Geschwindigkeit für einen Vorleistungsanschluss mit einer Bandbreite von 100 Mbit/s gemäß den Vorleistungsverträgen der Telekom innerhalb eines Korridors von 55 Mbit/s (minimal erwartete Geschwindigkeit) bis 100 Mbit/s (maximale Geschwindigkeit). Zudem ist die Erreichbarkeit der in der Produktspezifikation angegebenen Übertragungsgeschwindigkeit generell unter den Vorbehalt gestellt, dass die physikalischen Gegebenheiten der Anschlussleitung, über die ein Endkundenstandort versorgt wird, dies ermöglichen. Auch in Vorleistungsverträgen alternativer Vorleistungsanbieter wird das Leistungsversprechen dahingehend eingeschränkt, dass die Übertragungsgeschwindigkeiten von den physischen Gegebenheiten der Netzinfrastruktur abhängen. Ist der Anbieter gegenüber dem Endkunden zur Minderung verpflichtet, ohne selbst entsprechende Ansprüche gegenüber dem Vorleistungserbringer zu haben, trägt er allein die finanziellen Folgen von technisch bedingten Leistungseinbußen. Dies kann sehr schnell dazu führen, dass das Produkt des Endkunden nicht mehr profitabel erbracht werden kann und für den Anbieter zu einem Verlustgeschäft wird. Damit führt die Regelung zu einer ungerechtfertigten Verlagerung wirtschaftlicher Risiken in die Sphäre der Diensteanbieter.

Zudem hat die von der BNetzA bereitgestellte Breitbandmessapplikation Ergebnisse geliefert, die zum Teil stark von der technisch gemessenen Bandbreite abweichen. Eine Abweichung muss daher auch mit anderen Messapplikationen überprüft und gegebenenfalls widerlegt werden können. Aber auch generell ist die Ermittlung der Bandbreite ungenau. Vom Kunden am Netzabschlusspunkt eingesetzte Telefonanlagen (diese sind vor allem im Kleingewerbe häufig im Einsatz) oder Router sowie die Inhouseverkabelung, welche nicht im Machtbereich des Anbieters des Telekommunikationsdienstes

liegt, können massiven Einfluss auf die Bandbreite und Qualität des Netzzugangs haben. Auch in diesen Fällen würde das Recht zur Minderung letztlich dazu führen, dass Kunden zwar ihre Entgeltzahlungen mindern können, die Anbieter aber keine Möglichkeit zur Nachbesserung haben.

Aus diesen Gründen spricht sich Telefónica dafür aus, dass in § 57 Abs. 4 enthaltene Minderungsrecht zu streichen. Zum einen entspricht eine solche Regelung nicht den Vorgaben des EECC, da dieser nur einen Bezug auf "die dem Verbraucher nach nationalem Recht, ..., zur Verfügung stehen." (Artikel 105 Abs. 5 EECC) fordert und keine Einführung neuer Rechtsbehelfe vorsieht. Darüber hinaus ist eine dauerhafte Minderung des Entgeltes im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages auch im deutschen Recht nicht vorgesehen, da das von den Vertragsparteien intendierte Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erheblich verändert wird. Dies könnte insbesondere auf den Vorleistungsmärkten erhebliche Folgen haben.

Sollte das Minderungsrecht dennoch beibehalten werden, ist die Regelung dahingehend anzupassen, dass

- Im Falle einer Minderung auch der Anbieter den Vertrag kündigen kann
- Der Anbieter sich exkulpieren kann, wenn der Grund für die Leistungseinschränkung im Bereich eines Dritten liegen
- Die Möglichkeit besteht, bei Vorleistungsprodukten die Leistung nach Schaltung des Anschlusses festzulegen
- Mobilfunkleistungen vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen sind

Um Wiederholungen zu vermeiden, verweisen wir zudem auf die umfängliche Stellungnahme des VATM zu diesem Thema.

f. Kosten für Rufnummernmitnahme (§ 59 Abs. 3 TKG-E)

Der Diskussionsentwurf definiert in der Begründung zu § 59 Abs. 3 und 5 TKG-E den Begriff des „Anbieterwechsels“ entgegen der derzeitigen Rechtslage und weitert damit die Regelungen in ihrer Anwendbarkeit aus, ohne dass dies im EECC vorgesehen ist.

Die Regelungen knüpfen beide – ebenso wie der heute geltende § 46 TKG – an den Begriff des „Anbieterwechsels“ an. Die BNetzA hat sich u. a. im Beschluss BK2d-19/021 vom 26.09.2019 (Seite 9ff.) eingehend mit diesem Begriff auseinandergesetzt und kam zu dem Ergebnis, dass Voraussetzung für einen Anbieterwechsel der Wechsel des Kunden von einem Dienstleister zu einem anderen Dienstleister ist. Demgegenüber ist ein reiner Netzwechsel „bei Auslegung nach Wortsinn und Systematik sowie der Historie als auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift und den europarechtlichen Grundlagen weder als ein Fall des Anbieterwechsels i.S.d. Vorschrift des § 46 Abs. 1 S. 1 TKG noch als ein sonstiger Wechselfall i.S.d. § 46 Abs. 5“ (Beschluss BK2d-19/021 vom 26.09.2019 Ziffer 2.2.2) anzusehen.

Die Gesetzesbegründung des Diskussionsentwurfs scheint nun davon auszugehen, dass auch der reine Netzwechsel von der Regulierung erfasst sein soll. So wird in der Begründung zu Absatz 3 ausgeführt: „Eine Rufnummernübertragung ist somit auch unabhängig von einem Anbieterwechsel in Form eines reinen Netzwechsels möglich.“ und zu Absatz 5: „Es sind jedoch auch Rufnummernportierungen ohne Anbieterwechsel, also reine Netzwechsel, möglich, wenn der Kunde bei seinem bisherigen

Vertragspartner bleibt, dieser jedoch auf der Vorleistungsebene das Mobilfunknetz wechselt. [...] Alle diese Sachverhalte unterfallen dieser Bestimmung.“

Dies wäre eine Ausweitung des bisherigen Anwendungsbereichs, der vom Wortlaut des EECC nicht gedeckt ist und dem Ergebnis der detaillierten Auseinandersetzung der BNetzA mit diesem Thema konträr entgegensteht. Die vorstehend zitierten Sätze sollten daher aus der Gesetzesbegründung gestrichen werden.

g. Sperre bei Zahlungsverzug (§ 61 Abs. 4 TKG-E)

Das Recht der TK-Anbieter, Kunden wegen Zahlungsverzug den Telekommunikationsanschluss zu sperren, ist bereits nach dem jetzigen Recht (§ 45k TKG) gegenüber den allgemeinen Regelungen des bürgerlichen Rechts (§§ 273, 320 BGB) stark eingeschränkt. So dürfen u.a. bestrittene Forderungen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, der Zahlungsverzug muss mindestens 75€ betragen und die Sperre muss mit einem Vorlauf von zwei Wochen angekündigt werden. In § 61 Abs. 4 TKG-E wird die Möglichkeit zur Sperre wegen Zahlungsverzugs nun nochmals erheblich eingeschränkt.

Hervorzuheben ist zum einen die Nichtanrechenbarkeit der Grundentgelte bei der Berechnung der Verzugsschwelle, die sich in der Gesetzesbegründung findet. Bei der Berechnung der Verzugsschwelle sollen danach nur Forderungen für Verbindungsleistungen, nicht aber „Grundgebühren“ einbezogen werden dürfen. Da es inzwischen Marktüblich ist, dass beinahe sämtliche TK-Leistungen durch Flatrates oder Pakete abgedeckt sind, fallen bei normaler Nutzung im Prinzip keine Verbindungsentgelte mehr an. Dies gilt weitgehend auch für die Nutzung im EU-Ausland. Damit bleiben von vorne herein nahezu sämtliche Entgeltforderungen unberücksichtigt.

Zum anderen ist die im Regierungsentwurf geplante Anhebung der Sperrgrenze von 75€ auf 150€ hervorzuheben, die in der Gesetzesbegründung mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Internetzugangsdienste begründet wird. Dies überzeugt aus zwei Gründen nicht: Zum einen weil Internetdienste praktisch ausschließlich verbrauchunabhängig bepreist werden (z.B. Flatrate/ Volumenpaket) und daher verbrauchsabhängige Kosten (die allein berücksichtigt werden sollen) überhaupt nicht anfallen. Zum anderen deshalb, weil es marktüblich ist, dass im Basispreis nahezu alle Tarife Sprach- und Internetleitungen enthalten sind, und sich deshalb zumeist nicht einmal eine Steigerung der verbrauchsunabhängigen Preise ergibt. Tatsächlich würde die Preisentwicklung im TK-Bereich in den vergangenen Jahren eher eine Absenkung der Verzugsschwelle nahelegen. So sind beispielsweise ausweislich des Verbraucherpreiseindex des Statistischen Bundesamtes die Kosten für Mobilfunkleistung im Zeitraum 2015 bis 2020 um 5,5% gesunken.

Damit werden die Anbieter von TK-Diensten durch die sektorspezifische Regelung nochmals deutlich schlechter gestellt als andere Branchen und als nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Faktisch wäre eine Sperre unter den Voraussetzungen des § 59 Abs. 4 TKG-E nicht mehr durchführbar und Anbieter werden gezwungen auch bei dauerhafter vollständiger und unbegründeter Zahlungsverweigerung des Verbrauchers immer weiter ihre Dienste zu erbringen. Zu befürchten sind deutlich höhere Zahlungsausfälle, die kaufmännisch über den Grundpreis auf alle Verbraucher umgelegt werden müssten. Zu befürchten ist aber auch ein Anstieg kostenträchtiger Inkasso- oder Gerichtsverfahren zur Beitreibung offener Forderungen, die säumige Kunden zusätzlich belasten würden. Die Regelungen sind insbesondere auch nicht erforderlich, um eine ungerechtfertigte Sperre von TK-Leitungen (Art. 88 Abs. 2 EECC) zu unterbinden. Denn sämtliche Rechnungsbeträge

(insbesondere auch für Drittanbieterdienste) die der Kunde beanstandet, müssen bereits nach jetziger Rechtslage für die Sperre unberücksichtigt bleiben. Die Neuregelungen privilegieren daher im wesentlichen die Einstellung von Zahlungen für unstrittige TK-Forderungen wie z.B. Grundgebühren und damit Missbrauch durch unbegründete Zahlungsverweigerung. Die Regelung stellt damit einen weitgehenden Eingriff in die Handlungsfreiheit der TK-Unternehmen dar, an dessen Verhältnismäßigkeit diesseits erhebliche Zweifel bestehen.

2. Informationen über den Netzausbau

a. Zentrale Informationsstelle des Bundes (§ 77 Abs. 2 TKG-E)

Die zentrale Informationsstelle des Bundes (ZiB) sollte zwingend bei der Bundesnetzagentur angesiedelt werden. Die bisher im TKG-E vorgesehene Verortung beim Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur mit der bloßen Möglichkeit, die Aufgaben der ZiB ganz oder teilweise zu übertragen, sollte durch eine direkte Aufgabenzuweisung an die Bundesnetzagentur ersetzt werden. Schon heute besteht eine ZiB, die gemäß § 77a der aktuellen Fassung des TKGs bei der Bundesnetzagentur angesiedelt ist. Es ist nicht ersichtlich, warum dies für die Zukunft anders geregelt werden sollte. Ein Übergang der Aufgaben der ZiB von der Bundesnetzagentur auf das BMVI würde zwangsläufig zu Reibungsverlusten führen und faktisch nur Zeit und Aufwand kosten, ohne einen Mehrwert zu liefern.

b. Informationen über künftigen Netzausbau (§ 80 Abs. 1 TKG-E)

Einen staatlichen Eingriff in die Planungsprozesse der privaten Mobilfunkunternehmen, wie er in § 80 Abs. 1 TKG-E vorgesehen ist, lehnt Telefónica grundsätzlich ab. Dies würde zu zusätzlicher Bürokratie und Personalaufwand bei den Telekommunikationsunternehmen führen, ohne erkennbaren Vorteil für den Netzausbau zu bieten. Belastbare Aussagen über die Ausbauplanungen bzw. den zeitlichen Verlauf von Ausbauprojekten sind häufig nicht möglich, weil für die Realisierung von Standorten, Zuwegungen, Anbindungen mit Strom und Glasfaser bzw. Richtfunk und die Errichtung von Basisstationen eine Vielzahl von Gewerken und Genehmigungsprozessen ineinandergreifen müssen. Insbesondere ist der im § 80 Abs. 1 TKG-E vorgesehene Planungszeitraum von 24 Monaten ungeeignet und unverhältnismäßig, weil er weder den Planungszeiträumen der Mobilfunkwirtschaft noch den für die Investitionsplanung maßgeblichen Geschäftsjahren entspricht. Zur Realisierung von Förderprogrammen werden ohnehin Markterkundungsverfahren durchgeführt, mit denen die Ausbauplanung der Netzbetreiber für ein geografisch bestimmtes Gebiet abgefragt wird. Es besteht keinerlei erkennbarer Mehrwert der Regelung, die jedoch aufgrund des geplanten staatlichen Zugriffs auf schutzbedürftige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen deutlich in deren Grundrechte eingreifen würden. Die Norm ist aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit daher rundum abzulehnen und aus dem TKG-E zu löschen.

3. Frequenzordnung

a. Zugang für Behördenfunk BOS (Art. 9 TKMoG-E)

Der in Art. 9 TKMoG-E formulierte § 24 Abs. 1 des BDBOS-Gesetzes-E sieht vor, dass Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsleistungen anbieten, der Bundesanstalt auf deren Verlangen hin unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Zugang des Angebotsverlangens, ein annahmefähiges Angebot zur Erfüllung der Aufgaben der Bundesanstalt nach § 2 Absatz 1 für die Bereitstellung von Telekommunikationsleistungen zu unterbreiten haben. Telefónica steht einer solchen Festlegung kritisch gegenüber, wonach ein gesetzlicher Anspruch auf Mitnutzung der privatwirtschaftlich betriebenen Mobilfunknetzbetreiber für den Behördenfunk BOS geschaffen werden soll. Es erscheint insofern äußerst fragwürdig, wenn der Staat sich in seiner Rolle als Gesetzgeber einen Zugangsanspruch für seinen eigenen Bedarfsträger schaffen möchte. Dies kommt einer nachträglichen Entwertung getätigter Investitionen der Mobilfunknetzbetreiber und einer nachgelagerte Neudefinition von Auflagen einer Frequenzuteilung gleich. Hinzu kommt, dass ein solcher Zugang negativen Einfluss auf die Versorgung der Bevölkerung mit hochbitratigem Mobilfunk haben könnte.

b. Ziele der Frequenzregulierung (§ 86 Abs. 2 TKG-E)

Vor dem Hintergrund der weiter steigenden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedeutung von Mobilfunk sollte aus Sicht von Telefónica in § 86 Abs. 2 TKG-E ein weiteres Regulierungsziel aufgenommen werden, welches festlegt, dass Frequenzbänder, die gemäß internationaler Standardisierung und Harmonisierung für den öffentlichen Mobilfunk gewidmet sind, in Deutschland auch ausschließlich für diesen Zweck bereitgestellt werden dürfen. Das steigende Bedürfnis der Bevölkerung und der Industrie, Anwendungen der drahtlosen Vernetzung zu nutzen, sollte nicht dadurch konterkariert werden, dass verfügbare Frequenzen, die gemäß internationaler Standardisierung für den öffentlichen Mobilfunk genutzt werden können, in Deutschland für andere Anwendung vergeben werden. Eine solche Verknappung von Mobilfunkfrequenzen, wie sie beispielsweise durch die exklusive Zuweisung von Mobilfunkspektrum für industrielle, lokale Anwendungen in Deutschland bereits geschehen ist, führt letztlich zu einer künstlichen Verknappung von Mobilfunkfrequenzen und hat zudem negative Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit und verfügbare Bandbreite der öffentlichen Mobilfunknetze. Der Mobilfunkmarkt am Standort Deutschland würde dadurch als im internationalen Vergleich zurückfallen.

Telefónica regt daher die Ergänzung eines § 86 Abs. 2 Nr. 9 an:

Die Bundesregierung handelt bei der Verfolgung der in Absatz 1 genannten Ziele im Einklang mit § 195 und mit der Entscheidung Nr. 676/2002/EG, in dem sie unter anderem

(...)

9. verfügbare Frequenzen, die gemäß internationaler Harmonisierung und Standardisierung dem öffentlichen Mobilfunk gewidmet sind, ausschließlich zur Nutzung durch den öffentlichen Mobilfunk bereitstellt.

c. Bedarfsermittlung sollte gesetzlich geregelt werden (§ 90 Abs. 10 TKG-E)

§ 90 Abs. 9 TKG-E legt fest, dass die Bundesnetzagentur im Falle eines Bedarfsüberhangs ein Vergabeverfahren nach § 999 TKG-E anordnen kann. Das Bedarfsermittlungsverfahren, durch welches die Bundesnetzagentur regelmäßig feststellt, ob ein solcher Bedarfsüberhang besteht, ist gesetzlich jedoch nicht geregelt, sondern bisher nur durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in seinen Grundzügen definiert (z.B. BVerwG Urteil vom 22.06.2011, 6 C 3.10). Da ein Bedarfsüberhang unmittelbare Voraussetzung für die etwaige Anordnung eines Vergabeverfahrens ist und somit erhebliche Auswirkungen auf die Marktteilnehmer haben kann, sollten die Anforderungen an die Bedarfsmeldung aus Sicht von Telefónica gesetzlich geregelt werden. Nur die Bedarfsmeldung eines Bedarfsträgers, der von Anfang an die subjektiven Voraussetzungen für die Zuteilung von Frequenzen erfüllt, sollte im Rahmen der Bedarfsermittlung maßgeblich sein.

Telefónica regt daher die Ergänzung eines § 90 Abs. 10 an:

10. Die Feststellung, ob die Voraussetzungen für Abs. 9 gegeben sind, erfolgt auf Basis eines qualifizierten Bedarfsermittlungsverfahrens. Unternehmen müssen im Rahmen eines solchen qualifizierten Bedarfsermittlungsverfahrens daher die subjektiven, fachlichen und sachlichen Anforderungen gemäß § 99 Abs. 4 Nr. 1 erfüllen.

d. Befristung und Verlängerung der Frequenzzuteilung (§ 91 TKG-E)

aa. Dauer der Zuteilung

Frequenznutzungsrechte für drahtlose Breitbanddienste sollten zukünftig grundsätzlich immer für einen Zeitraum von mindestens 20 Jahren bereitgestellt werden, damit künftig Verlängerungen von Frequenznutzungsrechten, wie sie in § 91 Abs. 2, Abs. 3 geregelt sind, gar nicht mehr erforderlich sind.

Telefónica regt daher folgenden Änderung in § 91 Abs. 3 Satz 1 an:

Harmonisierte Frequenzen für drahtlose Breitbandnetze und –dienste werden für mindestens 20 Jahre zugeteilt bzw. entsprechend verlängert.

bb. Ausgestaltung der Verlängerung

In § 91 Abs. 3 S. 4 TKG-E wird darauf hingewiesen, die Zuteilung harmonisierter Frequenzen für drahtlose Breitbanddienste zu verlängern, *damit der Regelungsrahmen für Investitionen in Netzinfrastrukturen für die Nutzung solcher Frequenzen während eines Zeitraums von mindestens 20 Jahren für die Inhaber der Frequenznutzungsrechte vorhersehbar ist*. Als Grund dafür wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass eine Verlängerung der Zuteilung Planungssicherheit über mindestens 20 Jahre gewähren soll. Abs. 3 S. 5 stellt sodann klar, dass § 91 Abs. 2 davon unberührt bleibt. Dieser sieht wiederum vor, dass S. 3 unberührt bleibt, ohne aber direkt zu erwähnen, ob denn nun wirklich S. 3 von § 91 Abs. 2 gemeint ist. Wir unterstellen an dieser Stelle, dass es so ist. § 91 Abs. 2 S. 3 wiederum verweist auf eine entsprechende Anwendung von § 90 Abs. 9, welcher die Anordnung eines Vergabeverfahrens vorsieht, wenn für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind. Unabhängig von der Unübersichtlichkeit dieser gesetzlichen Systematik (zu allem Überfluss wird in § 91 Abs. 2 S. 3 auch noch auf § 89 Abs. 9 S. 1 verwiesen, den es überhaupt nicht gibt) würde die

Verlängerung nach § 91 Abs. 2 TKG-E in Ansehung des in Spruchpraxis der Bundesnetzagentur faktisch immer bestehenden „Vorrangs des Vergabeverfahrens“ prinzipiell immer leerlaufen. Um dem entgegenzuwirken, sollten Frequenzen, die für einen kürzeren Zeitraum als 20 Jahre vergeben wurden auf Antrag ohne weitere Voraussetzungen auf eine Gesamtlaufzeit von mindestens 20 Jahren verlängert werden, selbst wenn die Voraussetzungen für die Anordnung eines Vergabeverfahrens gem. § 90 Abs. 9 TKG-E vorliegen. Jedenfalls darf es nicht Voraussetzung für eine Verlängerung sein, dass in der Zuteilung die Anforderungen des § 98 Abs.1 Ziff. 2 TKG-E erfüllt sind, da andernfalls die Möglichkeit einer Verlängerung von bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes zugeteilten Frequenzen ausgeschlossen wäre. Zudem zementiert der bisher faktisch bestehende Regelfall eines Vergabeverfahrens in § 90 Abs. 9 TKG-E in Verbindung mit der Vorprägung auf die Versteigerung gem. § 99 Abs. 2 TKG-E permanente Planungsunsicherheit bei den Zuteilungsnehmern zugeteilter Frequenzen. Der Erwägungsgrund in der Gesetzesbegründung zu § 91 Abs. 3, nämlich Gewährung von Planungssicherheit für mindestens 20 Jahre, wird dadurch unterlaufen.

Telefónica regt aus diesen Gründen an, die Regelung in § 91 Abs. 3 ab S. 3 folgend auszugestalten:

(S. 3) Die Zuteilung ist auf Antrag bis zu einer Gesamtdauer von 20 Jahren zu verlängern. (S. 4) § 90 Abs. 9 TKG-E findet im Falle des § 91 Abs. 3 S. 3 TKG-E keine Anwendung. (S. 5) Über diesen Zeitraum hinaus ist die Zuteilung angemessen zu verlängern, damit der Regelungsrahmen für Investitionen in Netzinfrastrukturen für die Nutzung solcher Frequenzen für die Inhaber der Frequenznutzungsrechte vorhersehbar ist. (S.6) § 90 Abs. 9 TKG-E findet im Falle des § 91 Abs. 3 S. 5 TKG-E dieses Absatzes nur dann Anwendung, wenn besondere, überwiegende, schwerwiegende Gründe für ein Vergabeverfahren sprechen und ein Vergabeverfahren für den Zuteilungsnehmer nicht unzumutbar ist. (S.7) Die allgemeinen Kriterien der Verlängerung beziehen sich auf: [...]

Zusätzlich sollte folgender § 91 Abs. 5 TKG-E eingefügt werden:

(5) § 99 Abs. 2 S. 1 TKG-E findet auf § 91 TKG-E keine Anwendung.

Als Alternative empfiehlt sich auch eine komplette Streichung von § 99 Abs. 2 S.1 TKG-E (siehe auch unten).

Klarstellend sollte in diesem Zusammenhang auch § 90 Abs. 9 TKG-E wie folgt ergänzt werden:

(9) Sind für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder sind für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt, kann die Bundesnetzagentur vorbehaltlich der Regelungen in § 91 TKG-E anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein Vergabeverfahren nach § 99 voranzugehen hat. Die Voraussetzungen einer Einzelzuteilung nach Absatz 5 bleiben hiervon unberührt. Vor der Entscheidung sind die betroffenen Kreise anzuhören. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur ist zu veröffentlichen.

e. Nachträgliche Änderung von Nebenbestimmungen der Frequenzzuteilung (§ 98 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E)

§ 98 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E stellt die überarbeitete Fassung des § 60 Abs. 2 S. 2 TKG (alt) dar. Dadurch sollen die Vorgaben des Art. 18 Abs. 1 EECC, welche durch Art 45 abs. 2 g) EECC eine Konkretisierung erfahren, umgesetzt werden. Gem. Art 45 abs. 2 g) EECC haben die Mitgliedstaaten u. a. Regeln für die Änderung von Funkfrequenznutzungsrechten anzuwenden, die klar und transparent festgelegt werden, um die Rechtssicherheit, Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit der Regulierung zu gewährleisten. § 98 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E gewährleistet das nicht. Die Möglichkeit die Frequenz, Nebenstimmungen zur Frequenzzuteilung sowie Art und Umfang der Frequenznutzung unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nachträglich ändern zu können, gewährleistet weder Rechtssicherheit, Einheitlichkeit noch Vorhersehbarkeit der Regulierung. Der Regulierungsbehörde wird hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, nachträgliche (belastende) Änderungen an bestandskräftigen Frequenzzuteilungen vorzunehmen ohne die Kriterien, unter denen das geschahen darf – so wie es nach dem aktuell gültigen § 60 Abs. 2 S. 2 TKG der Fall ist – zu bestimmen. Daher sollte an der alten Formulierung unter § 60 Abs. 2 S. 2 TKG (alt) festgehalten werden, zumal § 101 Abs. 1 TKG und § 49 Abs. 2 TKG der BNetzA bereits mannigfaltige Möglichkeiten einräumen, um nachträglich in bestehende Frequenzzuteilungen einzugreifen.

f. Vorprägung zu Gunsten der Versteigerung im Vergabeverfahren (§ 99 Abs. 2 TKG-E)

Im Bereich der Frequenzzuteilung wird mit dem vorliegenden Entwurf von § 99 Abs. 2 TKG-E die bisherige gesetzliche Vorprägung zugunsten von Versteigerungsverfahren zementiert, die regelmäßig zu Auktionen geführt hat. Diese Auktionen haben das Investitionsklima für Mobilfunkinfrastrukturen in Deutschland viele Jahre getrübt. Der EU-Kodex sieht hingegen ausdrücklich eine Öffnung für alternative Verfahren vor. Die Frequenzvergabe sollte sich daher strikt an den Regulierungszielen, wie der Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze oder der Gewährleistung der Versorgungssicherheit, ausrichten. Keinesfalls sollte im Vorgriff ein Verfahren als Regelverfahren der Frequenzvergabe festgelegt werden, sondern entsprechend dem EECC eine Öffnung für andere Bereitstellungsformen umgesetzt werden. Die Ausschreibung oder die Versteigerung sind nicht per se vorzugswürdig.

Telefónica regt daher folgende Änderungen an in § 99 Abs. 2 den folgenden Satz zu streichen:

Grundsätzlich ist das in Absatz 5 geregelte Versteigerungsverfahren durchzuführen.

Die nachfolgenden Sätze von § 97 Abs. 2 TKG-E sollten entsprechend angepasst werden.

g. Zahlungsbedingungen

Die Zahlung von Entgelten für Frequenznutzungsrechte soll laut Art. 42 EECC an die tatsächliche Verfügbarkeit der Frequenzen gekoppelt werden („pay-when-available“). Diese sehr sinnvolle Regelung, um den investierenden Unternehmen nicht vorfristig finanzielle Mittel zu entziehen, wird im TKG-E bedauerlicher Weise nicht ausreichend umgesetzt. § 222 Abs. 3 ermächtigt zwar das BMWi im Einvernehmen mit weiteren Ressorts die Höhe der zu erhebenden Gebühren näher zu bestimmen und dabei auch eine bestimmte Zahlungsweise der Gebühren anzuordnen. Diese Regelung umfasst jedoch nur die Gebühren für die Zuteilung von Frequenzen und nicht die beispielsweise im Rahmen einer Auktion erzielten Erlöse. Sie bleibt damit hinter dem Regelungsbereich des Art. 42 EECC zurück.

Zudem handelt es sich um eine Kann-Regelung, die der klaren Vorprägung des EECC zu Gunsten des "pay-when available"- wie auch des "pay-as-you-use"-Prinzips nicht gerecht wird.

Es sollte daher ein neuer § 222 Abs. 4 eingefügt werden, der klarstellt, dass Frequenzuteilungsgebühren sowie Zahlungsverpflichtungen aus Frequenzvergabeverfahren erst bei Verfügbarkeit der betroffenen Frequenzen fällig werden und zudem jährliche Ratenzahlungen über die Laufzeit der Zuteilung hinweg festgelegt werden sollen.

4. Marktregulierung

a. Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 2 TKG-E)

§ 26 Abs. 2 TKG-E regelt, dass bei der Prüfung der Auferlegung von marktmachtabhängigen Zugangsverpflichtungen auch abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen berücksichtigt werden sollen. Der Verweis auf angebotene Vereinbarungen führt jedoch zu erheblicher Planungsunsicherheit, da das Bestehen eines Angebots allein nichts darüber aussagt, inwiefern dieses aus Nachfragersicht kommerziell tragfähig ist und inwieweit damit die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes überhaupt gefördert würde. Die Vorlage eines Angebots allein kann daher keinesfalls ausschlaggebend sein. Maßgeblich ist einzig das Vorliegen einer konkreten kommerziellen Vereinbarung mit einem Nachfrager, die im Grundsatz auch auf andere Marktteilnehmer übertragbar ist. Der Verweis auf „künftig abgeschlossene Vereinbarungen“ ist zudem auch nicht durch den Wortlaut des EECC abgedeckt.

b. Maßstäbe bei Entgeltgenehmigung (§ 39 Abs. 2 TKG-E)

Die neue Form des § 39 Abs. 2 TKG-E weicht die bisherige eindeutige Vorprägung zu Gunsten der Anwendung des KeL-Maßstabs auf und räumt der Bundesnetzagentur „ein weites Ermessen mit Blick auf die Wahl des Maßstabs“ ein. Damit fällt die jetzige Formulierung hinter die bestehende Regelung zurück, welche ein klares Regel-Ausnahmeverhältnis definiert. Letztlich führt dies zu Planungsunsicherheit für alle Marktbeteiligten und konterkariert zudem die im Gesetzesentwurf definierten Ausnahmetatbestände, beispielsweise für Netze mit sehr hoher Kapazität oder Wholesale-Only-Anbieter. So sollte bei Feststellung beträchtlicher Marktmacht die Auferlegung des ex-ante Entgeltmaßstabs weiterhin die Regel sein.

5. Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten

Es ist zu begrüßen, dass in § 156 Abs. 2 TKG-E die Versorgung mit einem angemessenen Breitbandzugangsdienst vorgesehen ist. Dies entspricht den Vorgaben des Art. 84 Abs. 3 EECC. Soweit die Versorgung mit einer höheren Bandbreite oder Qualität verpflichtend werden soll, müsste diese Verpflichtung staatlich und nicht mittels eines Umlageverfahrens finanziert werden.

Die Versorgungspflicht stellt jedoch einen erheblichen Eingriff in den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt dar, kann für die verpflichteten Unternehmen zu einer erheblichen Bindung von Unternehmensressourcen führen und letztlich deren Geschäftstätigkeit erheblich beeinträchtigen. Durch das Umlageverfahren belastet die Versorgungspflicht auch alle anderen Telekommunikationsunternehmen. Aus Sicht von Telefónica muss die Regelung zur Ermittlung einer

Unterversorgung (§ 156, 159 TKG-E) daher technologieneutral ausgestaltet sein. Alle Telekommunikationstechnologien müssen bei der Ermittlung der ausreichenden Versorgung mit einbezogen werden. Dies sollte insbesondere auch die Versorgung über Satellit und per Mobilfunk einbeziehen. Die Versorgungspflicht ist wie dargelegt eine erhebliche Beeinträchtigung für alle Telekommunikationsunternehmen und darf daher nur als letztes Mittel genutzt werden, wenn mit allen anderen technologischen Möglichkeiten keine ausreichende Versorgung erreicht werden kann.

Aus demselben Grund müssen vor einer Anordnung der Versorgungspflicht auch alle anderen Möglichkeiten der Förderungen des Netzausbaues zunächst ausgeschöpft werden. Es muss in diesem Zusammenhang immer der Vorrang der bestehenden Förderprogramme von Bund und Ländern gelten, da dieses Mittel die Telekommunikationsunternehmen weit weniger belastet.

Das vorgesehene Umlageverfahren ist sehr bürokratisch und wird die Verfahren zur Versorgungsverpflichtung erheblich verkomplizieren und verzögern. Im Übrigen wird die Umlage faktisch zu steigenden Endkundenpreisen oder zu sinkenden Umsätzen in der Telekommunikationsbranche führen. Dies wiederum hätte negativen Einfluss auf die Investitionsfähigkeit der Branche und könnte den Netzausbau insgesamt sogar verlangsamen. Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns dafür aus, dass eine staatliche Finanzierung zumindest in dem TKG-E vorgesehen wird.

Im Übrigen verweisen wir im Einzelnen auch auf die Stellungnahme der Telekommunikationsverbände zu den Versorgungspflichten.

6. Wegerechte und Mitnutzung

Die Regelungen des Abschnitt 8 TKG-E, die sich mit den Wegerechten und den Zugang zu öffentlicher Infrastruktur für den Netzausbau befassen, begrüßt Telefónica grundsätzlich. Schon die bisherigen Regelungen hierzu aus §§ 68 ff. und 77a ff. TKG haben über die Jahre hinweg deutliche Verbesserungen für den praktischen Netzausbau gebracht. Kritisch bewertet Telefónica jedoch insgesamt, dass sämtliche Maßnahmen und Ansprüche, die im neuen Abschnitt 8 geregelt sind, lediglich zu Gunsten der Netze mit hoher Kapazität ausgestaltet sind. Dies würde explizit Mobilfunknetze, die nicht per se glasfaserbasiert sind, ausschließen. Daher regt Telefónica an, die Ansprüche des gesamten Abschnitt 8 auch auf drahtlose Breitbandnetze und –dienste im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 11 TKG-E auszuweiten.

7. Angemessene Übergangsfristen notwendig

Für die Umsetzung der neuen Vorgaben des TKG-E ist eine angemessene Umsetzungsfrist von mindestens 12 Monaten ab Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zu gewähren.

Rechtlicher Ausgangspunkt ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2012 (1 BvR 367/12) wonach Unternehmen mit der Implementierung von Gesetzen nicht vor deren Zustandekommen beginnen müssen.

Die Anwendung dieses Grundsatzes halten wir im vorliegenden Fall für essentiell. Bei der derzeitigen Entwurfsfassung des TKG-E können sich einzelnen Regelungen durch den Konsultationsprozess oder später im politischen Gesetzgebungsprozess ändern. Damit besteht für die Unternehmen keine hinreichende Sicherheit, welche Vorgaben umgesetzt werden müssen. Diese Sicherheit ist erst nach dem Erlass des Gesetzes gegeben.

Aus dem derzeitigen Entwurfsstand des Gesetzes ergibt sich unserer Ansicht nach zum Beispiel noch nicht, ob die Neuregelungen nur für Verträge gelten sollen, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen wurden oder auch für Bestandsverträge. Diese Frage hat erhebliche Auswirkungen auf die Umsetzung. Gelten die Regeln nur für neu abgeschlossene Verträge, müssten nur die Vertragsgestaltung für die Zukunft angepasst werden. Bei einer Geltung für alle Verträge müssten alle Bestandsverträge analysiert und gegebenenfalls angepasst werden. Auch scheint immer noch nicht abschließend geklärt zu sein, wie die Regelung zur Mindestvertragslaufzeit ausgestaltet wird. Neben der rein technischen Umsetzung in Kundenmanagement- und Vertragsverwaltungssystemen, die beispielsweise bei der Umsetzung der Pflicht zur Tarifberatung nach § 55 Abs. III TKG-E erforderlich ist oder der Umsetzung der Informationspflichten in allen Vertriebskanälen (Onlineshop, Telesales, Point of Sales) müssen auch zahlreiche organisatorische Maßnahmen ergriffen werden. So muss beispielsweise das Personal in der Kundenbetreuung für die neuen gesetzlichen Regelungen geschult werden und für die Abwicklung neuer Prozesse wie die Tarifberatung muss ggfs. auch zusätzliches Personal angestellt werden.

Wir möchte in diesem Zusammenhang unterstreichen, dass die Forderung nach einer ausreichenden Umsetzungsfrist den tatsächlichen Gegebenheiten geschuldet ist. Wird mit der konkreten Umsetzung vor der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Gesetzes begonnen, entstehen bei den Unternehmen erhebliche Kosten und Verzögerungen. Wenn auf Basis einer erwarteten Regelung der oben genannte Entwicklungsprozess gestartet wird und die Regelungen später geändert werden, muss der Umsetzungsprozess gestoppt und angepasst werden. Damit verzögert sich die Umsetzung und eine fristgerechte Einführung kann nicht gewährleistet werden. Ebenso ist es möglich, dass die geänderten Vorgaben nicht mehr berücksichtigt werden können. In diesem Fall würde die fristgemäße Umsetzung auf dem alten Entwurf des Gesetzes basieren und die neuen Änderungen nicht berücksichtigen. Anschließend müsste aufgrund der Endfassung des Gesetzes ein Änderungsprozess angestoßen werden, der erst Monate später umgesetzt werden kann.

8. Verfassungsgemäße Überleitungsvorschrift

Zusätzlich zu der angemessenen Umsetzungsfrist ist es rechtsstaatlich geboten, die Geltung der neuen EECC Regelungen ausschließlich auf neue abgeschlossene Verträge zu beziehen. Ansonsten würden die neuen Regelungen in bestehende Rechtsverhältnisse eingreifen. Die kommerziellen Voraussetzungen, unter denen die Parteien die bestehenden Verträge geschlossen haben, würden damit nachträglich und unzumutbar verändert. So hat die Dauer der initialen Laufzeit und der Vertragsverlängerung eine erhebliche kommerzielle Auswirkung auf das Entgelt. Ein nicht unerheblicher Anteil der Kosten eines Telekommunikationsvertrages fällt bei der Anbahnung und Einrichtung des Vertrages an. Diese Kosten werden nicht selten auf die gesamte vereinbarte Laufzeit verrechnet. Dies gilt insbesondere auch für Provisionen. Wenn die Vertragslaufzeit nachträglich angepasst wird, wird die vereinbarte kommerzielle Grundlage des Vertrages zerstört.

Dieses Vorgehen entspricht im Übrigen den üblichen Überleitungsregelungen für vertragsrelevante Regelungen gemäß Art. 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB).

Ansprechpartner:

Philippe Gröschel, Head of Government Relations, philippe.groeschel@telefonica.com