



Vodafone-Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts in der Fassung vom 02. November 2020

- Executive Summary -

Die seit dem 20. Dezember 2018 geltende Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (im Folgenden „EU-Kodex“) ist angetreten, der Digitalisierung Europas und dem Ausbau der dazu nötigen Netze einen gewaltigen Schub zu geben. Die dazu getroffenen Abwägungen haben ein im Wesentlichen ausgewogenes Regelwerk entstehen lassen, das berechtigte Hoffnung auf diesen Effekt geweckt hat. Nachdem jedoch der deutsche Gesetzgeber in knapp 24 Monaten lediglich einen vagen Diskussionsentwurf vorlegt, wird klar, dass von diesen hohen Zielen nahezu nichts übriggeblieben ist. Der Entwurf geht viele deutsche Sonderwege, die es nahezu unmöglich machen, die erhofften Synergien zu realisieren. Er ignoriert wesentliche Kernaspekte der europäischen Vorgaben und überdehnt das schon weit ausgebaute Kundenschutzregime in einer Art und Weise, dass für privatwirtschaftliche Investitionen ein immer geringerer finanzieller und rechtlicher Spielraum verbleibt. Anstatt ein Wachstumspaket für diejenigen Unternehmen zu schnüren, die in die Lebensadern der Digitalisierung in Deutschland investieren, lässt der Diskussionsentwurf eher ein Belastungspaket erwarten:

- Die in der Betriebskostenverordnung vorgesehene **Umlagefähigkeit** der Betriebskosten von Breitband-Inhausnetzen hat sich viele Jahre bewährt und ermöglicht für fast 12.5 Mio. Haushalte eine günstige TV-Grundversorgung sowie eine leistungsfähige Breitbandinfrastruktur. Die Abschaffung der Umlagefähigkeit erschwert bewusst die technologische Aufrüstung der Inhausnetze, verhindert so den Gigabit- und Glasfaserausbau und wird für Millionen Menschen, vor allem für sozial Schwache, den TV-Empfang spürbar verteuern und damit auch die Reichweite des öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks in Deutschland verringern.
- Der Entwurf zeigt nur wenige gute Ansätze, den **Gigabit-Ausbau in Deutschland** durch den Abbau von Hürden im Wegerecht und der Mitnutzung von Infrastrukturen zu stärken, die indes kaum einmal konsequent zu Ende geführt werden. Insbesondere aber wird die vom EU-Kodex vorgesehene primäre Gewährung eines **Zugangs zu Leerrohren** nicht umgesetzt. Damit stellt sich der Diskussionsentwurf nicht nur gegen zwingende europäische Vorgaben, sondern vergibt die seit Jahren geforderte Chance zur Befeuerung eines selbsttragenden Infrastrukturwettbewerbs und zur Beschleunigung des Glasfaser-Ausbaus.
- Die **Kundenschutzvorgaben** im Diskussionsentwurf lassen jedwede Abwägung vermissen, sondern fokussieren sich ausschließlich auf maximierte Verschärfungen bestehender Regelungen. Sie gehen dabei an vielen Stellen greifbar über das vollharmonisierte und damit zulässige Maß hinaus und steigern die Belastungen der Unternehmen erheblich. Die gerade mit der Vollharmonisierung erstrebten Effizienzgewinne hingegen können praktisch nicht realisiert werden.
- Die im Diskussionsentwurf angedeutete Ausweitung der Berücksichtigung von **Belangen der Sicherheitsbehörden** im Bereich der Frequenzordnung geben ebenso wie die an anderer Stelle angelegten Zugriffs- und Mitnutzungsrechte Anlass zur Sorge, dass hier in großem Umfang Rechte der Netzbetreiber ausgehöhlt werden sollen.
- Die Vorgaben zum **Universaldienst** sind an den wesentlichen Stellen fehlerhaft umgesetzt, womit zusätzliche Belastungen der TK-Branche einhergehen, während mit den OTT-Diensten die Profiteure der Digitalisierung von den Lasten befreit bleiben.



- Der Entwurf lässt insbesondere hinsichtlich der Verbraucherschutzvorgaben jedwede **Überleitungs- und Übergangsvorschriften** vermissen, was angesichts der Reichweite und Komplexität der Änderungen und der damit verbundenen Aufwände zwingend wäre.

Einleitung

Die umfassende Verfügbarkeit von Gigabit-Netzen ist eine wesentliche Voraussetzung für die Digitalisierung Deutschlands, für eine nachhaltigere Wirtschaft und für das Erreichen der Klimaziele der EU. Seit Beginn der Corona-Pandemie hat die Telekommunikationsindustrie deutlich gemacht, welchen essentiellen Beitrag sie zuverlässig zur Resilienz von Wirtschaft und Gesellschaft leistet. Gleichzeitig geht die Telekommunikationsbranche voran, wenn es darum geht, sich als Unternehmen mittels digitaler Lösungen auf die durch die Pandemie verursachten Einschränkungen einzustellen und die wirtschaftlichen Herausforderungen in Chancen zu verwandeln.

Oberstes Interesse des nunmehr vorliegenden Diskussionsentwurfes für eine Modernisierung des Telekommunikationsrechts („TKG-DiskE“) sollte es daher sein, die Bedingungen für Investitionen in und den Ausbau von Gigabit-Netzen noch einmal signifikant zu verbessern.

Hier ist in der jüngeren Vergangenheit in Deutschland Einiges erreicht worden, zum Beispiel im Zuge des Mobilfunkpfeils, mit dem Konjunkturpaket der Bundesregierung oder mit dem Entwurf zur Novelle des Baugesetzbuches. Der wesentliche Schritt ist aber der EU-Kodex. Er enthält die notwendigen Ansätze, die Rahmenbedingungen beim Gigabit-Ausbau und der Digitalisierung in die richtige Richtung zu lenken. Die Telekommunikationsbranche in Deutschland hat sich von einer richtliniengetreuen Umsetzung daher viel versprochen, muss nun aber **knapp zwei Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie** feststellen, dass der vorliegende Entwurf kaum einen der Ansätze aufgreift, sondern lediglich zusätzliche Bürokratie und direkte wie indirekte Belastungen für die Anbieter enthält.

Der Diskussionsentwurf setzt neuralgische Bestandteile des EU-Kodex im Bereich der Markt- und Frequenzregulierung nicht oder sogar gegen die europäischen Vorgaben um und überdehnt die bereits weitreichenden, eigentlich zu harmonisierenden Kundenschutzvorgaben. Essenzielle Bestandteile eines so großen Gesetzgebungsverfahrens wie **Übergangs- und Überleitungsvorschriften** fehlen ebenfalls, was erhebliche rechtliche und praktische Hindernisse bei der Umsetzung aufwirft.

Angemerkt sei zudem, dass es befremdet, nach einer derart langen Vorbereitungszeit lediglich einen Diskussionsentwurf kommentieren zu können, der erklärtermaßen nicht einmal den aktuellen Beratungsstand beinhaltet, sondern in Teilen lediglich auf bestehenden und nicht näher bezeichneten “Erörterungsbedarf” hinweist sowie wesentliche Teile der Regelung einem anderen, ebenfalls noch nicht kommentierfähigen Gesetz (TTDSG) überlässt. Dies erschwert nicht nur die Bewertung der Gesetzesvorschläge, sondern hinterlässt das ungute Gefühl einer von vornherein in die falsche Richtung gelenkten Kommentierung.

Mit großer Sorge betrachtet Vodafone in diesem Zusammenhang die angedeuteten Überlegungen, Mitnutzungsrechte und andere Belange der BDBOS für die Nutzung öffentlich-rechtlicher Telekommunikationsnetze gesetzlich zu verankern. Auch wenn der konkrete Umfang dieser Bestrebungen nicht abzusehen ist, liegt auf der Hand, dass derartige Regelungen erhebliche Auswirkungen auf den Netzbetrieb, die Geschäftstätigkeit der in Deutschland tätigen Mobilfunk- und Festnetzbetreiber und die Nutzung digitaler Dienste durch die Kunden hätten.



Dennoch möchte Vodafone auch abseits der eingeübten guten Tradition einer Konsultation die Gelegenheit zur Stellungnahme ergreifen. Zu den einzelnen Themenschwerpunkten des Entwurfs äußern wir uns wie folgt:

I. Umlagefähigkeit

Das System der sog. Umlagefähigkeit erlaubt es Vermietern, die Kosten für den Betrieb eines Breitband-Inhausnetzes auf die Mieter umzulegen. Über diese Inhausnetze empfangen die Mieter ein TV-Basisprodukt (z. B. TV-Kabelanschluss). Vermietern wird die Umlage durch die sog. Betriebskostenverordnung gestattet. Diese Regelung hat wesentlich dazu beigetragen, dass in Deutschland heute eine leistungsfähige (TV-Kabel-)Infrastruktur parallel zum Kupferkabel der Deutschen Telekom existiert. Durch das System der Umlagefähigkeit profitieren in Deutschland fast 12,5 Millionen Haushalte von einer **günstigen Rundfunk-Grundversorgung** und einer **leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur**.

BMWi und BMVI schlagen nun vor, dieses System abzuschaffen und darüber hinaus, Mietern das Recht einzuräumen, gegenüber ihrem Vermieter die Beendigung der Inanspruchnahme von TK-Diensten zu erklären, wenn das Mietverhältnis bereits 24 Monate oder länger besteht (sog. Opt-out).

Dieser Eingriff in das bewährte und zugleich zukunftstaugliche Umlagesystem ist entgegen der Auffassung des BMWi nicht durch die Kundenschutzvorschriften des EU-Kodex vorgeschrieben, sondern begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die zu befürchtenden negativen Folgen für den Ausbau hochleistungsfähiger Netze sowie den Medienempfang in deutschen Wohnzimmern sind immens.

1. Keine Vorgabe durch den EU-Kodex

Der EU-Kodex enthält keine Vorgaben, nach denen das Umlagesystem in Deutschland verändert, geschweige denn abgeschafft werden muss. Ein solch gravierender Eingriff kann insbesondere nicht auf Art. 105 Abs. 1 EU-Kodex gestützt werden, der eine Beschränkung der maximalen Mindestlaufzeit von Verträgen zwischen Verbrauchern und **TK-Anbietern** vorsieht. Insoweit sprechen wir uns insbesondere gegen die Streichung des Merkmals der **öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienste** aus.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Abschaffung der Umlagefähigkeit der Kabelanschlusskosten und die Einführung eines Beendigungsrechts des Mieters würden massiv in die grundrechtlich geschützte Berufs- und Eigentumsfreiheit der betroffenen Vermieter und Kabelnetzbetreiber eingreifen.¹ Der Umlage liegen die Kosten (Errichtung oder Modernisierung von Hausverteilnetz und Wohnungsanschluss, Schaffung der Gigabitfähigkeit) zugrunde, die in langfristigen Verträgen von in der Regel zehn Jahren zwischen Vermieter und Netzbetreiber vereinbart werden. Einem Eingriff in diese Balance käme eine **verfassungsrechtlich unzulässige echte Rückwir-**

¹ Vgl. *Grzeszick*, Gutachten zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Abschaffung der Umlagefähigkeit von Betriebskosten für Kabelfernsehen nach § 2 Nummer 15 b) Betriebskostenverordnung und der Einführung eines Rechts zur Beendigung der Inanspruchnahme von Kabelfernsehen im Rahmen von Mietverträgen, Heidelberg, 21. Juli 2020.



kung zu. Vodafone liegt ein Gutachten vor, das die Verfassungswidrigkeit eines solchen Vorgehens feststellt.²

3. Negative Folgen für Breitbandausbau und Medienempfang

Eine **Folgenabschätzung**, wie man sie bei einer gesetzlichen Maßnahme mit breiten Auswirkungen für so viele Menschen und Wirtschaftsteilnehmer mit Fug und Recht verlangen kann, bleibt der Diskussionsentwurf gänzlich schuldig. Aus Sicht von Vodafone jedenfalls würde eine Abschaffung den TV-Empfang für mehr als **12 Millionen Menschen** in Deutschland **ganz erheblich verteuern und erschweren**. Die entsprechenden Kosten würden sich nach einer Studie des Branchenverbandes ANGA mehr als verdoppeln und bedeuteten für jeden Haushalt zwischen 100 und 200 Euro Mehrbelastung pro Jahr.³ Insbesondere wären ca. **6 Millionen Rentner** betroffen, die heute Medieninhalte im Wesentlichen über den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk in Deutschland konsumieren.

Außerdem entfielen die **Erstattbarkeit der TV-Kosten für sozial Schwache im Rahmen der Leistungen des Arbeitslosengeldes II**. Darunter würden ca. **1 Million Menschen** leiden, die als Mieter entsprechende Leistungen beziehen. Diese sind nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts verpflichtet, alle denkbaren Maßnahmen zu ergreifen, um die Kosten zu senken, für welche sie unterstützende Leistungen beziehen.⁴ Mit der angestrebten Möglichkeit, u.a. den Bezug von TV-Leistungen zu beenden, wird genau solch eine Möglichkeit geschaffen. Es ist daher zu erwarten, dass alle diese auch tatsächlich keine TV-Leistungen mehr in Anspruch nehmen werden (können) und so von einem **Kernbereich gesellschaftlicher Teilhabe** abgehängt werden.

Schließlich würde in diesem Zuge auch der öffentlich-rechtliche und private Rundfunk signifikant an **Reichweite verlieren**, wenn Kunden, die heute über eine TV-Grundversorgung verfügen, gänzlich auf einen Anschluss verzichten oder zu OTT-Angeboten abwandern. Dies stärkt lediglich amerikanische OTT-Anbieter wie etwa Netflix und Amazon und schwächt Medienvielfalt, Pluralismus und ausgewogene Berichterstattung in Deutschland.

4. Negative Folgen für den Gigabit- und Glasfaserausbau

Die Kabelnetzbetreiber stehen für mehr als 80 Prozent der Gigabit-Anschlüsse in Deutschland. Langfristige Verträge zwischen Netzbetreibern und Wohnungseigentümern gewährleisten Investitions- und Planungssicherheit im Hinblick auf die Investitionen in die Modernisierung der Hausverteilnetze, der Herstellung der Gigabitfähigkeit der Anschlüsse in den Mietwohnungen sowie der außerhalb der Häuser liegenden Netzinfrastrukturen und nicht zuletzt auch im Hinblick auf den Glasfaserausbau. Die Abschaffung der Umlagefähigkeit **gefährdet den weiteren Gigabit- und Glasfaserausbau in Deutschland massiv**.

Die Kabelbranche würde geschätzt in den nächsten fünf Jahren rund eine Milliarde Euro allein in die Ausrüstung von Inhausnetzen investieren. Es ist sicher mit einer Neubewertung dieser Ausbauprojekte zu rechnen. Die Investitionen für neue oder aufgerüstete Netze können jedenfalls nur noch über einen sehr

² Grzeszick, a.a.O.

³ *goetzpartners*, Auswirkungen des Wegfalls der Umlagefähigkeit der Breitbandanschlussentgelte für über Betriebskosten abgerechnete TV-Haushalte, Köln, 2019; abrufbar unter <https://anga.de/?plid=141&plc=263b0eb56a>.

⁴ *Bundessozialgericht*, Urteil vom 19.02.2009 – B 4 AS 48/08 R.



begrenzten Zeitraum sicher refinanziert werden, was den Anreiz erheblich senkt, solche Investitionen weiter vorzunehmen.

Durch die geplante Gesetzesänderung wird zudem genau der Wettbewerbsdruck abgeschafft, der heute im Breitbandmarkt auf den Ex-Monopolisten ausgeübt wird und diesen zu eigenen Investitionen zwingt. Dieser Wettbewerbsdruck entsteht in der Hauptsache nicht durch den **Dienstewettbewerb** auf dem Netz der Telekom, sondern durch **Infrastrukturwettbewerb**, der durch die Kabelnetzbetreiber und die Aufrüstung ihrer hochleistungsfähigen Netze auf Gigabit-Geschwindigkeiten entstanden ist. Es ist folglich nicht mit einem Mehr sondern mit noch weniger Investitionen des Ex-Monopolisten zu rechnen.

II. Marktregulierung

Mit dem EU-Kodex hat der europäische Richtliniengeber das System der Marktregulierung modernisiert, ohne seine Fundamente infrage zu stellen. Auch unter dem neuen Rechtsrahmen wird es bei einer vorrangigen asymmetrischen Regulierung bleiben, wo Märkte entsprechende Wettbewerbsprobleme zeigen. Richtigerweise erkennt der Rechtsrahmen aber zugleich die Notwendigkeit an, den größer werdenden Herausforderungen des Gigabitausbaus und des Technologiewandels zu begegnen. Hierfür sieht er einen veränderten Fokus bei der Zugangsregulierung, partielle Regulierungserleichterungen (Ko-Investitionen) und punktuelle Regulierungsverschärfungen (symmetrische Regulierung) vor. Alle diese Maßnahmen, eingebettet in das bewährte System asymmetrischer Regulierung, bilden aus Sicht der Vodafone das geeignete Instrumentarium, mit den Herausforderungen der Zukunft Schritt zu halten.

Daneben hat der Richtliniengeber aber auch Vorsorge getroffen für den technologischen Übergang, welcher sich derzeit in immer größerer Geschwindigkeit vollzieht. Alte Technologien wie DSL-Netz werden durch leistungsfähigere Netze, namentlich FttB/H-Netze abgelöst, was regulatorische Verwerfungen und bedeutende Herausforderungen für Vorleistungsnachfrager mit sich bringt, die angemessen berücksichtigt werden müssen, um den mühsam geschaffenen Wettbewerb nicht wieder zu zerstören.

Umso erstaunlicher ist es daher, dass der Diskussionsentwurf dieses sinnvolle und abgestimmte System nicht umsetzt, sondern an mehreren Stellen Modifikationen vornimmt, die geeignet sind, die verfolgten Ziele wieder aus den Augen zu verlieren.

1. Regulierung beträchtlicher Marktmacht

Mit Sorge sieht Vodafone, dass nach in § 11 Abs. 1 TKG-DiskE die Auferlegung von Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht mehr obligatorisch ist, sondern im freien Ermessen der Regulierungsbehörde steht („Kann“-Regelung). Die Begründung rechtfertigt dies mit Art. 68 Abs. 2 EU-Kodex, der jedoch lediglich das Ziel verfolgt, eine europaweit einheitliche Regulierungspraxis herbeizuführen. Da in Deutschland aber schon immer klare Gesetzesgrundlage besteht, besteht auch kein Anlass, den Grundsatz einer marktmachtabhängigen Regulierung aufzuweichen und dadurch Rechtsunsicherheit zu schaffen.

Umgekehrt sollten **Regulierungserleichterungen** für marktbeherrschende Unternehmen nur dann erfolgen, wenn nachhaltiger und selbsttragender Wettbewerb **sichergestellt** ist.

Insbesondere das Instrument der Verpflichtungszusagen nach § 16 TKG-DiskE ist deshalb in seiner konkreten Ausgestaltung kritisch zu beurteilen. Es ist verfahrensrechtlich schwach und lückenhaft ausgestaltet, da ihm ausreichende Beteiligungsrechte für die betroffenen Nachfrager fehlen. In der jetzigen Form ist abzusehen, dass die betroffenen Wettbewerber keine ausreichende Gelegenheit haben werden, dro-



hende Wettbewerbsbeschränkungen aufzuzeigen und in einem ordentlichen Anhörungsverfahren zu adressieren. Nach § 17 Abs. 3 TKG-DiskE stimmt die BNetzA ihre vorläufige Feststellung der Ergebnisse nämlich allein mit dem marktmächtigen Unternehmen ab, während Wettbewerber nicht zu Gehör kommen. Dies wird auch nicht durch die in Abs.1 vorgesehene Marktkonsultation aufgefangen, da diese nicht die daraufhin erfolgenden Anpassungen gem. Abs. 2 umfasst. Diese Verkürzung der vom EuGH regelmäßig als zentral gewerteten Verfahrensrechten der Wettbewerber kann – soweit nicht durch eine entsprechende Marktuntersuchung und regelmäßige Überprüfung sowie Sanktionsmöglichkeiten gestützt – zu unvorhersehbaren Marktverzerrungen und Beschädigung des Wettbewerbs führen, der nicht mehr durch kartellrechtliche ex-post Kontrolle aufgefangen werden kann.

Die Anhörungs- und Beteiligungsrechte bei Verpflichtungszusagen müssen daher im neuen TKG deutlich präziser gefasst werden. Keinesfalls darf es ausreichen, dass das marktbeherrschende Unternehmen Verpflichtungszusagen macht, die von der BNetzA ohne Konsultation des Marktes überprüft werden. Vielmehr müssen diese Verpflichtungszusagen auch vom überwiegenden Teil des Marktes positiv beurteilt und angenommen werden, um Verwerfungen vorzubeugen. Darüber hinaus sollte klargestellt werden, dass die Möglichkeit von Konformitätserklärungen zu den verpflichtungszusagen des marktmächtigen Unternehmens nach § 17 Abs. 5 TKG-DiskE keinesfalls als Ersatz für eine regelmäßige Prüfung und Überwachung durch die BNetzA dienen können.

2. Zugang zu passiver Infrastruktur

Hinsichtlich des **regulierten Zugang zur passiven Infrastruktur** – namentlich Leerrohre – im Rahmen der asymmetrischen Regulierung lässt der Diskussionsentwurf eine europarechtskonforme Regelung vermissen.

Die Regulierungspraxis hat in den vergangenen Jahren immer deutlicher zu Tage treten lassen, dass für einen wirklich tragfähigen Wettbewerb mehr nötig ist als nur Zugangsansprüche zu Diensten der marktmächtigen Telekom. Gerade der dringend nötige Glasfaserausbau bedarf einer zunehmenden Verlagerung vom Dienste- zum Infrastrukturwettbewerb. Letzterer aber leidet darunter, dass die Errichtung von physischen Infrastrukturen nur unter Aufwendung erheblicher finanzieller Mittel möglich ist. Um hier doppelte Aufwände zu vermeiden und so Milliardensummen einzusparen, ist es nötig bestehende Infrastrukturen, die sich zumeist in der Hand marktmächtiger Unternehmen befinden, mitzunutzen – und zwar in bedeutend größerem Umfang als dies auf der Grundlage des DigiNetzG möglich ist.

Das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) hat in einer Studie für die Vodafone festgestellt, dass bei einer umfassenden Nutzung vorhandener Leerrohre die Option besteht, Investitionen in Höhe von **ca. 30 Mrd. Euro für den Glasfaserausbau (FTTB/H)** in Deutschland anzustoßen.⁵ Insgesamt könnten davon 24,4 Mio. Haushaltsanschlüsse, mithin mehr als **zwei Drittel der Haushalte**, profitieren. Der Grund für diese großen Synergieeffekte beim Glasfaserausbau liegt im enormen Kostenanteil des passiven Netzes an den Gesamtinvestitionen: Dieser beträgt zwischen 80 und 90 Prozent. Die Öffnung der passiven Infrastruktur für investitionswillige Wettbewerber ermöglicht damit einen Infrastrukturwettbewerb, von dem Privatkunden wie Unternehmen gleichsam profitieren. Zudem erleichtert das dabei entstehende Glasfasernetz die Anbindung von Mobilfunkstandorten und kann so die Voraussetzung für einen performanten und wettbewerblichen 5G-Markt schaffen.

Der EU-Kodex hat dieses Potenzial erkannt und in den Artt. 72, 73 festgelegt, dass Abhilfemaßnahmen im Rahmen der asymmetrischen Regulierung zunächst als Zugang zu einem weiten Katalog passiver Infrastrukturen erfolgen sollen und andere Maßnahmen nachrangig sind. Er konnte dabei auf Erfahrungen in anderen Mitgliedstaaten zurückgreifen, die bereits auf eine umfassende Regulierung des Zugangs zu

⁵ WIK, Bedeutung von Art. 72 EU-Kodex für einen schnelleren FTTH- und 5G-Ausbau, Mai 2020.



Leerrohren setzen (insbesondere Spanien, Portugal und Frankreich). Diese stehen heute beim Glasfaserausbau im Vergleich zu Deutschland wesentlich besser da⁶, zumal dort auch der Ex-Monopolist sich gezwungen sieht, massiv in den Ausbau von Glasfasernetzen zu investieren. Der Ausbau in Deutschland verläuft demgegenüber nachgerade im Schneckentempo, da die wesentlichen Impulse von den Wettbewerbern ausgehen, während die Telekom nur wenig Interesse zeigt.

Der Diskussionsentwurf, den BMWi und BMVI nunmehr vorlegen, greift diese europäischen Vorgaben nicht auf, sondern ignoriert mit der vorgeschlagenen Umsetzung in § 24 Nr. 10 TKG-DiskE die herausgehobene Bedeutung der vollständig neugefassten und separat von sonstigen Zugangsverpflichtungen im EU-Kodex verankerten Regelung beinahe vollständig. Die Kernbotschaft der Artt. 72, 73 EU-Kodex, dass der **Zugang zu passiver Infrastruktur das vorrangige Mittel der Wettbewerbsförderung** sein muss, findet sich allenfalls fragmentarisch. Der Gesetzestext selbst erwähnt eine Priorität mit keinem Wort und die Gesetzesbegründung lässt dies allenfalls anklingen. Flankierend verwendet der Entwurf den Begriff der „**baulichen Anlagen**“ als Synonym für passive Infrastruktur, ohne diesen unbestimmten Rechtsbegriff hinreichend zu definieren. Der EU-Kodex enthält in Art. 72 Abs. 1 eine (nicht abschließende) Legaldefinition, die zur korrekten Umsetzung der europäischen Vorgaben in den Gesetzestext integriert werden muss.

Der in § 24 Abs. 3 Nr. 10 gewählte Verweis auf ein in der Marktanalyse festgestelltes „Problem“ ist zudem unklar und kein justiziables Tatbestandsmerkmal. Der EU-Kodex gibt hierfür durchaus klare Tatbestandsmerkmale wie die „Behinderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ oder „Endnutzerinteressen“ vor, die insoweit übernommen werden sollten.

Auch die Regelung des Art. 72 Abs. 2 EU-Kodex, nach der ein Zugang auch angeordnet werden, ohne Teil der Marktanalyse zu sein, findet sich im Diskussionsentwurf nicht wieder. Zudem fehlt für eine vollständige und zielgerichtete Umsetzung des Art. 72 EU-Kodex auch das Antragsrecht aus Abs. 1 Satz. 1, welches für einen vollumfänglichen Schutz der Wettbewerber zwingend ist. Hier ist dringend nachzubessern.

Schließlich entspricht auch der in § 36 Abs. 5 S. 4 TKG-DiskE festgeschriebene **Entgeltmaßstab** für den Zugang zu baulichen Maßnahmen nicht den Vorgaben des EU-Kodex. Dieser hat mit Art. 74 eine grundlegende Regelung getroffen, welche Entgeltmaßstäbe für Zugangsverpflichtungen anzuwenden sind und sie Erwägungsgrund 187 noch weiter konkretisiert. Die vorgesehene Berücksichtigung des Geschäftsplanes widerspricht also der unionsrechtlichen Systematik. Besonders ins Gewicht fällt aber, dass die damit einhergehende Verteuerung des Zugangs zu baulichen Anlagen genau das Gegenteil dessen erreicht, was der Richtliniengeber ausweichlich des Erwägungsgrunds 187 erreichen will, nämlich die Erleichterung des Zugangs. Erforderlich wäre hingegen eine strikt kostenorientierte Regulierung der Zugangsentgelte unter vollständiger Berücksichtigung der Kostenrechnungs- und Nichtdiskriminierungsrichtlinie der Kommission (insb. für nicht replizierbare aber wiederverwendbare bauliche Anlagen). In der vorgelegten Fassung jedenfalls wird die Höhe der Entgelte für die Nutzung von Leerrohren dazu führen, dass die Wettbewerber des Ex-Monopolisten den sehr weitgehend, noch aus Monopolzeiten stammenden Infrastrukturvorteil praktisch nicht für einen schnelleren Glasfaserausbau nutzen können.

Eine zielgerichtete und vollständige Umsetzung des Art. 72 EU-Kodex kann durch folgenden Textvorschlag erreicht werden:

⁶ Während Spanien nach den aktuellsten Daten der OECD einen Glasfaseranteil (FTTH/B/P) von 62% an allen Festnetzbandanschlüssen erzielt, liegen Portugal (48%) und Frankreich (20%) ebenfalls in der Spitzengruppe der größeren Länder in Europa. Deutschland erreicht hier zum Vergleich etwa 3,5%. Quelle <http://www.oecd.org/internet/broadband/broadband-statistics-update.htm>.



§ 24a

Zugang zu baulichen Anlagen

(1) Die Bundesnetzagentur kann auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, angemessenen Anträgen auf Zugang zu baulichen Anlagen, wozu unter anderem auch Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen gehören, und auf deren Nutzung stattzugeben, wenn die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der Marktanalyse zu dem Schluss gelangt, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer oder der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zuwiderlaufen würden.

(2) Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, dazu verpflichten, den Zugang zu baulichen Anlagen nach Absatz 1 zu gewähren, unabhängig davon, ob die unter die Verpflichtung fallenden baulichen Anlagen gemäß der Marktanalyse Teil des sachlich und räumlich relevanten Marktes gemäß § 10 TKG sind, sofern die Verpflichtung im Hinblick auf die Erreichung der Regulierungsziele des § 2 notwendig und verhältnismäßig ist.

(3) Ein Unternehmen, dem eine Zugangsverpflichtung nach Absatz 1 auferlegt wurde, ist verpflichtet, Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze Informationen über die der Zugangsverpflichtung unterliegenden baulichen Anlagen bereitzustellen. Zu diesem Zweck ist von dem Unternehmen ein bundesweites Infrastruktorkataster einzurichten, das mindestens die folgenden Angaben beinhaltet:

- a) eine gebietsbezogene, Planungszwecken dienende Übersicht über die baulichen Anlagen einschließlich eines geografischen Übersichtsplans;
- b) die geografische Lage des Standortes, der Leitungswege, der Trassenführung sowie vorhandener Einstiegsschächte, an denen eine Koppelung mit dem Netz des Zugangsnachfragers möglich ist, der baulichen Anlage einschließlich eines geografischen Lageplans (Maßstab mindestens 1:500 maximal 1:1.000);
- b) die Art und gegenwärtige Nutzung der baulichen Anlage einschließlich der aktuellen Auslastung (insbes. freie Kapazitäten von Leitungs- und Leerrohren);
- c) die Planungsdaten für die Errichtung neuer baulicher Anlagen (insbesondere Trassenplanung) und die Nutzung bestehender baulicher Anlagen für die kommenden zwei Jahre, einschließlich der sich daraus ergebenden voraussichtlichen Auslastung;
- d) die Kontaktdaten eines oder mehrerer Ansprechpartner beim Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes.

Die Informationen zu baulichen Anlagen, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert sind, sind gesondert auszuweisen. Die Daten des Infrastruktorkatasters sind alle drei Monate zu aktualisieren. Die Einsicht in das Infrastruktorkataster erfolgt zeitlich und inhaltlich unbeschränkt mittels eines geeigneten Onlinezugangs, über den die Informationen nach Satz 2 direkt abgerufen werden können. Die Einsicht mittels Onlinezugang ist allen Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze innerhalb von zwei Wochen nach Eingang einer entsprechenden Anfrage unentgeltlich zu gewähren. Die Bundesnetzagentur kann bei der Auferlegung der Zugangsverpflichtung nach Absatz 1 weitere Einsichtsberechtigte vorsehen und die Einsichtnahmebedingungen ausgestalten. Die Einsichtnahmeberechtigten haben die Vertraulichkeit der Angaben nach Maßgabe des § 77m zu wahren.

(4) Entgelte für nach § 24a auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, sollen der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 37 unterliegen.



Vodafone hat zudem kürzlich ein Gutachten vorgelegt, das sich mit der Frage befasst, inwieweit der vorliegende Entwurf zur Umsetzung der Artt. 72, 73 EU-Kodex europarechtskonform ist.⁷ Dieses kommt zu dem klaren Schluss, dass der Diskussionsentwurf insoweit **evident unionsrechtswidrig** ist. Es ist verwunderlich, dass der Diskussionsentwurf auf so offenkundige Weise an einem neuralgischen Punkt des gesamten Regulierungssystems von den europäischen Vorgaben abweicht und damit die Zukunft des Gigabitbaus gefährdet. Gerade während seiner EU-Ratspräsidentschaft sollte Deutschland es vermeiden ein so greifbares Vertragsverletzungsverfahren der EU zu provozieren, um den Ex-Monopolist vor zusätzlichem Wettbewerb und dem daraus folgenden Investitionsdruck zu schützen.

3. Symmetrische Zugangsverpflichtungen

Die in § 20 Abs. 1 TKG-DiskE niedergelegte symmetrische Zugangsregulierung von Festnetzen soll die Vorgaben des Art. 61 Abs. 3 EU-Kodex umsetzen, was aus Sicht der Vodafone nur begrenzt gelingt. Schon die europäische Regelung birgt eine hohe Komplexität, die durch die Ausgestaltungen seitens BEREC eher gesteigert wurde. Daher ist es aus Sicht der Vodafone verfehlt, die europäischen Vorgaben lediglich wortgetreu zu übernehmen. Vielmehr muss dieses als Ausnahme konstruierte Instrument so in das Regulierungssystem des TKG eingebettet werden, dass sein Anwendungsbereich klar auf das Mindestmaß beschränkt bleibt.

Der Diskussionsentwurf betont insofern in seiner Begründung, dass es sich um einen Fremdkörper handelt. Dem ist zuzustimmen – die Möglichkeit einer symmetrischen Verpflichtung muss wegen ihrer enormen Folgen hinter die Instrumente der asymmetrischen Regulierung zurücktreten, um nicht unangemessene Belastungen zu zeitigen und damit das eigentliche Ziel – die Erleichterung des Netzausbaus – zu konterkarieren. In keinem Fall darf der Regulierer mit diesem Instrument eine ‚carte blanche‘ für Markteingriffe bekommen, um den weitaus aufwändigeren Weg der SMP-Regulierung zu umgehen.

Aus Sicht der Vodafone muss diese Kernaussage allerdings im Gesetzestext wiederzufinden sein und nicht nur aus der Begründung hervorgehen. Das bedeutet konkret, dass eine Regulierung immer vorrangig über das Regelungssystem der beträchtlichen Marktmacht zu erfolgen hat. Nur dort, wo ein förmliches Marktanalyseverfahren keine Eingriffe rechtfertigt oder ein SMP-regulierter Markt dennoch versagt, darf ein regulatorischer Eingriff im Wege der symmetrischen Regulierung erfolgen.

Insofern ist insbesondere § 20 Abs. 1 Nr. 2 TKG-DiskE zu ändern. Danach soll der BNetzA die Möglichkeit zur symmetrischen Zugangsregulierung bereits dann offenstehen, wenn Maßnahmen bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt (§§ 11, 137 TKG-DiskE) nicht ausreichend „wären“. Richtigerweise kann diese Möglichkeit nur dann bestehen, wenn diese Maßnahmen nicht ausreichend „sind“, sich also als unzureichend erwiesen haben. Nur dies ist mit dem Wortlaut des Art. 61 Abs. 3 UAbs 2 in Einklang zu bringen.

4. Übergang zu neuen Technologien

Mit dem vorgesehenen § 32 TKG-DiskE soll Art. 81 EU-Kodex umgesetzt werden. Er verfolgt das berechtigte Ziel, die Migration von herkömmlicher, insbesondere kupferbasierter Infrastruktur zu neuen, weitgehend auf Glasfaserkomponenten aufbauenden Netzen (VHC-Netzen) des marktbeherrschenden Unternehmens für alle davon Betroffenen – d.h. sowohl für die Deutsche Telekom als auch die auf herkömmliche Netze noch immer angewiesenen Vorleistungsnachfrager (Wettbewerber) – zu erleichtern und insbesondere wettbewerbliche Einschränkungen zu vermeiden. Vodafone ist jedoch der Auffassung, dass bei Ausgestaltung dieser Regelung die Interessen der Vorleistungsnachfrager sehr viel stärker als bisher vorgesehen berücksichtigt werden müssen.

⁷ *Gundel*, Die unionsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Umsetzung der Art. 72 und 73 EU-Kodex-Richtlinie.



Die vorgeschlagene Jahresfrist zur Migration von herkömmlichen Infrastrukturen ist als Mindestfrist deutlich zu kurz. Dies zeigen die Erfahrungen bei der Migration von PSTN-Anschlüssen auf NGN wie auch die in der Praxis aufgetretenen erheblichen Schwierigkeiten und Aufwände bei der Migration auf neue Vectoring-Anschlüsse der Telekom im Nahbereich. Der EU-Kodex selbst verzichtet bewusst auf eine konkrete Zeitangabe, sondern spricht von „im Voraus“ und vor allem von „**rechtzeitig**“. Diese offene Zeitangabe sollte vom deutschen Gesetzgeber an die besonderen Belange des deutschen Marktes, der nach wie vor von hoher Nutzung beispielsweise der Teilnehmeranschlussleitung geprägt ist, angepasst werden.

Eine hinreichende Frist und damit die Frage nach der Rechtzeitigkeit der Anzeige zur beabsichtigten Migration darf jedenfalls nicht im Ermessen des marktbeherrschenden Unternehmens liegen, sondern muss gesetzlich auf mindestens zwei Jahre normiert werden oder von der Bundesnetzagentur in einem transparenten Verfahren mit Anhörungsrechten für Wettbewerber festgelegt werden.

In jedem Fall ist ein im Markt **abgestimmter, unter aktiver Beteiligung der betroffenen Vorleistungsnachfrager entwickelter Migrationsplan** erforderlich. Nach bisherigen Erfahrungen mit bereits erfolgten, weniger aufwändigen bzw. einschneidenden Migrationen sind dafür mindestens zwei Jahre erforderlich. Deshalb erachten wir die vorgesehene **einseitige Ausrichtung** des auf die Migrationspläne des marktmächtigen Unternehmens als unzureichend. Konkrete Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte der Wettbewerber müssen deshalb Eingang in den Wortlaut des § 32 finden; ein allgemeiner Hinweis auf eine Konsultation ist nicht ausreichend.

III. Mobilfunk/Frequenzregulierung

Vodafone sieht die Neufassung der Vorschriften zur Frequenzordnung überwiegend positiv, wenngleich Anregungen und Kritik verbleiben.

1. Laufzeiten von Zuteilungen

Vodafone begrüßt, dass Frequenzzuteilungen für 15 Jahre mit der Möglichkeit einer Verlängerung um 5 Jahre vorgesehen sind. Allerdings sollte § 89 Abs. 4 TKG-DiskE dahingehend ergänzt werden, dass über Anträge auf Verlängerung von Frequenznutzungsrechten spätestens zwei Jahre nach deren Eingang zu entscheiden ist. Dies ist im Interesse der Rechts- und Planungssicherheit für die Anbieter notwendig und auch angesichts der umfangreichen Ermittlungen, welche für die Entscheidung anzustellen sind, angemessen.

2. Wettbewerbsförderung

Erheblich kritisch sieht Vodafone die Regelungen zur Wettbewerbsförderung in § 102 TKG-DiskE, welcher die Vorgaben des EU-Kodex fehlerhaft umsetzt. Mit dieser Vorschrift wird der BNetzA ein Instrumentarium überantwortet, um frequenzrechtliche Entscheidungen unter wettbewerbsfördernden Aspekten auszugestalten.

An dieser Stelle möchte Vodafone noch einmal betonen, dass der Mobilfunkmarkt anders als der Festnetzmarkt von Beginn an wettbewerblich gewachsen ist und auch heute Einigkeit über das **Vorliegen wirksamen Wettbewerbs** besteht, dies hat auch die Bundesnetzagentur immer wieder bekräftigt. Verpflichtende Vorgaben zur Wettbewerbsförderung hinsichtlich Roaming und Diensteanbietern bzw. MVNOs greifen massiv in das Kräfteverhältnis kommerzieller Verhandlungen ein. Deutschland weist heute mit 21,5 % den mit Abstand höchsten Anteil an Wiederverkäufern in den Europäischen Mobilfunkmärkten auf. Dabei beruhen diese rein kommerziellen Vereinbarungen zum ganz überwiegenden Teil nicht auf den Vorgaben der Diensteanbieterverpflichtung, sondern sind auf unregulierter Basis geschlossen worden, was zeigt, dass der Markt funktioniert.



Insbesondere lässt der Diskussionsentwurf jegliche handhabbaren Voraussetzungen für einen solch tiefgreifenden Eingriff vermissen. Zwar soll der „Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen“ nach § 9 Abs. 3 TKG-DiskE Berücksichtigung finden. Eine zwingende Vorgabe einer solchen gründlichen Prüfung gibt es aber nicht; die Ausführungen in der Begründung ersetzen sie nicht. Dies steht in diametralem Widerspruch zur Vorgabe des EU-Kodex, dass solche Markteingriffe nur bei Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht in einem mehrstufigen Verfahren zulässig sind. Erst recht aber ist das Erreichen „**wirksamen Wettbewerbs**“ als Voraussetzung unzureichend, da dieser Begriff nicht (mehr) definiert ist. Ein Rückgriff auf den in § 3 Nr. 23 TKG-DiskE enthaltenen Begriff des „**nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt**“ verbietet sich jedenfalls, da dieser keine beträchtliche Marktmacht voraussetzt.

3. Lokales und nationales/regionales Roaming

Hinsichtlich der Regelung zu lokalem Roaming begrüßt Vodafone ausdrücklich, dass sich der Entwurf eng an den Wortlaut von Art. 61 Abs. 4 des EU-Kodex hält. Es ist richtig sicherzustellen, dass derartige Verpflichtungen nur **ultima ratio** sein können. Der EU-Kodex sieht derartige Vorgaben daher auch bewusst nicht als Marktregulierungsinstrument vor, sondern regelt diese separat. Nach den insoweit eindeutigen europäischen Vorgaben sind Verpflichtungen zu lokalem Roaming nur dann erlaubt, wenn eine ausreichende Versorgung nicht anderweitig sichergestellt werden kann. Vorrang genießt insofern immer der Eigenausbau bzw. die Mitnutzung passiver Infrastruktur.

4. Teilwiderruf

Auch die Ergänzung der bestehenden Regelung zum Frequenzwiderruf, nunmehr § 99 Abs.1 TKG-DiskE – um die Möglichkeit eines Teilwiderrufs ist zu begrüßen. Es ist sinnvoll, insoweit den Optionenraum der Bundesnetzagentur zu erweitern.

Aktuell verfolgt die Bundesnetzagentur verstärkt den Ansatz, Zuteilungen zu erteilen, bei denen ein Zuteilungsnehmer sein Zuteilungsgebiet auf Antragsbasis selbst bestimmt (z.B. bei 3,7 GHz oder bei 26 GHz). Wesentlicher Bestandteil des Ansatzes ist hierbei das so genannte „Use-it-or-lose-it“-Prinzip, das auf einer Umsetzung von § 63 TKG basiert. Nach gängiger Praxis der Bundesnetzagentur ist es zur Erfüllung der Bedingungen von § 63 Absatz 1 TKG jedoch ausreichend, wenn ein Zuteilungsnehmer binnen eines Jahres eine einzige Basisstation innerhalb seines Zuteilungsgebiets für den mit der Zuteilung verfolgten Zweck betreibt. Hierdurch läuft das „Use-it-or-lose-it“-Prinzip in der Folge jedoch ins Leere, weil § 63 TKG nicht greift, auch wenn mit der einzelnen Basisstation weite Teile des Zuteilungsgebiets unversorgt bleiben sollten.

Ein vollständiger Widerruf wird in solchen Fällen häufig ein unangemessenes Mittel darstellen. Demgegenüber stellt ein teilweiser Frequenzwiderruf, mit dem das Zuteilungsgebiet in solchen Fällen nachträglich auf den Umfang der tatsächlich gegebenen Nutzung eingeschränkt wird, das mildere und zumeist angemessene Instrument dar.

5. Mobilfunkinfrastrukturgesellschaft

Vodafone weist darauf hin, dass die von der Bundesregierung angestrebte **Staatliche Mobilfunkinfrastrukturgesellschaft lediglich zur Flankierung und Beschleunigung** des Ausbaus im Mobilfunk gegründet werden soll. Insofern ist sicherzustellen, dass diese Gesellschaft keine Tätigkeiten entfaltet, die besser unternehmerisch durch die Mobilfunknetzbetreiber und die Betreiber passiver Mobilfunkinfrastruktur (sog. TowerCos) erbracht werden können.



6. Zahlungskonditionen

Der Diskussionsentwurf lässt die von Art. 42 Abs. 2 lit. c) EU-Kodex vorgesehene Regelung zu „pay when available“ vermissen. Danach soll die Zahlung von Entgelten für Frequenznutzungsrechte so weit wie möglich mit der tatsächlichen Verfügbarkeit der Frequenzen zur Nutzung gekoppelt werden. Der EU-Kodex verfolgt an dieser Stelle das bedeutsame Ziel, den investierenden Unternehmen nicht vorfristig finanzielle Mittel zu entziehen und stellt insofern eine zwingende Vorgabe des EU-Kodex dar. Vodafone fordert daher eine entsprechende Ergänzung in Art. 55 § 212 TKG-DiskE.

7. Belange von Sicherheitsbehörden

Schließlich fordert Vodafone dringend, auf eine Erweiterung der Rechte der Sicherheitsbehörden im Teil 6 des TKG zu verzichten. Gerade die Tatsache, dass es sich dabei bislang nur um einzelne Bausteine einer ansonsten nur angedeuteten umfassenden Ausweitung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden handelt, gibt jeden Anlass zu großer Sorge, dass hier Rechtspositionen und Geschäftsmodelle der TK-Branche massiv unter Missachtung ihrer verfassungsmäßigen Rechte ausgehöhlt werden.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die BOS bereits über eigene Frequenzuteilungen verfügen, die dementsprechend primär genutzt werden können und müssen. Darüber hinaus wurde den BOS bereits ein Mitnutzungsrecht in dem für Kritische Infrastrukturen vorgesehenen Frequenzbereich bei 450 MHz eingeräumt. Aus Sicht von Vodafone darf sich eine (weitere) Mitnutzungsverpflichtung daher allenfalls auf solche Frequenzuteilungen beziehen, deren Nutzungszweck dem der BOS vergleichbar ist.

1. Nutzung von Liegenschaften und Einrichtungen der öffentlichen Hand

Wie bereits früher ausgeführt, würde ein **umfassender, entgeltfreier Nutzungstatbestand** sowohl für Grundstücke bzw. Liegenschaften als auch Trägerstrukturen der öffentlichen Hand einen wichtigen Baustein für den Ausbau der Mobilfunkversorgung bilden. Der gute Ansatz im § 151 TKG-DiskE ist jedoch ohne Not auf den Aufbau von drahtlosen Zugangspunkten mit geringer Reichweite beschränkt. Im Zusammenspiel mit der zu eng geratenen Definition der „sonstigen physischen Infrastruktur“ in § 3 Nr. 51 TKG-DiskE sowie der dem DigiNetzG nachempfundenen, unpassenden Entgeltsystematik, kann bereits heute davon ausgegangen werden, dass die guten aber zaghaften Ansätze keine praktische Bedeutung erlangen werden.

2. Verbesserungen hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses

Dass der Diskussionsentwurf die Frist für die wegerechtliche **Zustimmungsfiktion** mit § 124 Abs. 3 S. 2 TKG-DiskE beibehält, ist zu bedauern, da er so erhebliche Beschleunigungspotenziale verschenkt. Eine Verkürzung auf 2 Monate hätte den praktischen Notwendigkeiten viel besser entsprochen und wäre auch ohne Weiteres umzusetzen gewesen. Ebenso erscheint es aus Sicht der Vodafone sinnvoll, die Fiktion nicht nur auf die wegerechtliche Zustimmung zu erstrecken, sondern auch die typischen weiteren Genehmigungen der gleichen Träger – namentlich die verkehrsrechtliche Anordnung nach § 45 Abs. 5 StVO – einzubeziehen.

Zwar sieht der Entwurf in Satz 6 zugleich die Möglichkeit vor, für „**geringfügige bauliche Maßnahmen**“ schon nach einem Monat ohne Widerspruch die Genehmigung zu fingieren. Jedoch soll diese Möglichkeit davon abhängen, dass der jeweilige Wegebausträger diesen Weg durch Verwaltungsvorschriften eröffnet. Es ist bereits heute abzusehen, dass dieses Instrument allenfalls zögerlich eingesetzt und zu einem sich stetig wandelnden Flickenteppich an unterschiedlichsten Regelungen führen wird. Aus praktischer Sicht wird damit nichts gewonnen, sondern ein zusätzliches Hindernis für einen raschen Ausbau geschaf-



fen. Sinnvoller wäre es hier, die Entscheidung über die Eröffnung dieses Weges nicht den einzelnen Wegebaulastträgern zu überlassen und den zentralen Begriff der „geringfügigen baulichen Maßnahme“ zu definieren. Eine solche Definition sollte typische Regelbeispiele aufzählen, wozu insbesondere drahtlose Netze geringer Reichweite gehören sollten, deren Errichtung typischerweise ohne hohen Aufwand und ohne nennenswerte Beeinträchtigung der in Anspruch genommenen Verkehrswege/Grundstücke/Liegenschaften und Einrichtungen auskommt.

Eine weitere sinnvolle Neuerung ist die Einführung einer Widerspruchsregelung für die Verlegung in geringerer Verlegetiefe (§ 123 Abs. 2 S. 2 TKG-DiskE). Insbesondere ist die abschließende Regelung der Voraussetzungen für einen Widerspruch ein mehr als nur sinnvoller Schritt. Leider ist eine entsprechende Regelung für die an sich sinnvolle Neuerung des § 124 Abs. 3 S. 2 TKG-DiskE unterblieben. Die dort verankerte **Fiktion der Vollständigkeit des wegerechtlichen Antrags** leidet daran, dass dem Wegebaulastträger die Möglichkeit eingeräumt wird, unbenannte Einwendungen gegen die Vollständigkeit zu erheben. In der Praxis wird hiermit der Beschleunigungszweck verfehlt werden. Vielmehr sind vermehrte Auseinandersetzungen über die Vollständigkeit eines Antrages zu erwarten, die schon heute aufgrund der Vielzahl intransparenter lokaler Verwaltungsvorgaben weitgehend ergebnislos auszufechten sind. Notwendig wäre es hier, die Voraussetzungen eines vollständigen Antrages klar und unmissverständlich zu regeln und einen Widerspruch nur unter Angabe einer detaillierten Begründung zu ermöglichen. Dies dürfte trotz des Grundsatzes der gemeindlichen Selbstverwaltung möglich sein, da das mögliche Prüfprogramm eines Antrages durch die abschließende Aufzählung von Nebenbestimmungen in § 124 Abs. 7 TKG-DiskE ohnehin eingeschränkt ist. In der Praxis zeigt sich gleichwohl, dass die Träger der Wegebaulast unterschiedlich intensive, aber häufig kaum zu erfüllende und kostenträchtige, Anforderungen an die Anträge stellen. So wird von einigen verlangt, den Plan der zu errichtenden Linie in einen Gesamttrassenplan aller im Verkehrsweg vorhandenen Gewerke einzuarbeiten, wobei der Gesamttrassenplan vom Unternehmen bei allen anderen Unternehmen abzufragen und auf eigene Kosten zu erstellen ist.

3. Nebenbestimmungen

Vodafone regt an, den immer noch interpretationsfähigen Katalog möglicher Nebenbestimmungen mit Blick auf die umfangreichen Erfahrungen der Praxis klar zu fassen.

Dazu gehören einige um sich greifende Praktiken, welche bei der Gelegenheit der Überarbeitung des TKG klarstellend untersagt werden sollten:

- Es wird seitens der Wegebaulastträger zunehmend versucht, mittels Nebenbestimmungen die Erkundung und Räumung von Kampfmitteln vom Eigentümer auf das ausbauende Unternehmen abzuwälzen.
- Immer öfter verlangen Wegebaulastträger die Durchführung kostenpflichtiger Abnahmen und Begutachtungen von Anlagen bzw. Baustellen, die in nahezu allen Fällen überflüssig sind.
- Schon seit längerem begegnet ausbauenden Unternehmen die Praxis, dass Wegebaulastträger in der Zustimmung die Ausführung durch ein bestimmtes Unternehmen vorschreiben, welches dann häufig deutlich überhöhte Preise verlangt. wird, das den Ausbau durchzuführen habe.
- Als verwaltungstechnische Hindernisse werden immer öfter Formzwänge bei der Antragstellung eingeführt oder die Antragstellung durch Bevollmächtigte nicht akzeptiert.
- Zustimmungen werden durch Wegbaulastträge einer Befristung unterworfen, wonach die avisierten Arbeiten innerhalb eines festgelegten Zeitraumes begonnen oder gar fertig gestellt sein müssen, da ansonsten die Zustimmung erlösche.



4. Beeinträchtigung von Grundstücken und Gebäuden

Auch die Änderungen am früheren § 76 TKG – nunmehr § 131 TKG-DiskE – sind nützlich (so z.B. die – nach hiesiger Auffassung klarstellende – Erstreckung des Duldungsanspruchs auf Grundstücke im Eigentum eines Schienenverkehrswegebetreibers in Abs. 1 S. 1 Nr. 4), gehen jedoch nicht weit genug.

So sollte der in Absatz 2 geregelte Duldungsanspruch für das Überfahren von Grundstücken auch ausdrücklich das Betreten umfassen, was ein Weniger an Eingriff aber ein deutliches Mehr an Handlungsfreiheit nach sich zöge.

In der Praxis zeigt sich zudem des Öfteren, dass Grundstückseigentümer die von § 76 TKG vermittelten Befugnisse nicht nur ignorieren sondern durch physische Maßnahmen bewusst vereiteln. Dies sind insbesondere Nachbarschaftsfälle, in denen die Inanspruchnahme eines solchen Grundstückes für den Anschluss eines anderen Grundstückes sorgen soll. Im Zusammenhang mit der in §131 Abs. 3 S. 6 TKG-DiskE vorgesehenen Pflicht zur Vorab-Information wird sich dieses Problem sicherlich deutlich verschärfen. Dem ausbauenden Unternehmen ist es verwehrt, physische Ausbauhindernisse selbst zu beseitigen. Da aber zugleich die Rechtsprechung einen Eilgrund in aller Regel ablehnt, muss in solchen Fällen das Recht zur Beeinträchtigung des Grundstücks in einem langwierigen gerichtlichen Hauptsacheverfahren durchgesetzt werden. Dies ist nicht nur für den auf den Anschluss wartenden Nutzer unzumutbar, sondern verzögert und verteuert den Ausbau erheblich. Vodafone schlägt insoweit vor, eine Klarstellung dahingehend aufzunehmen, dass es für die Durchsetzung der Verpflichtung des Eigentümers, den Bau oder die Reparatur zu dulden und sich hindernder Handlungen zu enthalten, keines Eilgrundes bedarf. Ebenso sollte klargestellt werden, dass sich die Duldungspflicht des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, da sich Instanzgerichte in dieser Frage immer wieder gegen die langjährige Rechtsprechung des BGH stellen und eine Revision häufig verwehrt bleibt.

Die in § 131 Abs. 3 S. 6 TKG-DiskE vorgesehene Pflicht ist heute schon aus praktischen Erwägungen bei den meisten ausbauenden Unternehmen gängig. Allerdings stoßen die Unternehmen immer wieder auf Probleme: So ist die Ermittlung des Eigentümers mit langwierigen Katasteranfragen verbunden und gerade in Reparaturfällen nicht in der Kürze der Zeit möglich. Außerdem sind Eigentümer und Nutzer eines Grundstückes häufig nicht die gleiche Person. Daher sollte die Information sinnvoller Weise an den Grundstücksnutzer gerichtet werden, wobei in eilbedürftigen Fällen auch der ernsthafte Versuch einer rechtzeitigen Kontaktaufnahme vor Ort genügen muss.

Schließlich regen wir an, § 127 Abs. 2 TKG-DiskE dahingehend zu ergänzen, dass nach der Einziehung eines Verkehrsweges die Nutzungsberechtigung sich unter den Voraussetzungen des § 131 TKG-DiskE fortsetzt. Diese Klarstellung würde in der Praxis das Bewusstsein dafür stärken, dass für bestehende Nutzungsrechte nach § 122 TKG-DiskE bei der Einziehung Vorsorge zu treffen ist. In der Praxis unterbleibt dies häufig mangels Kenntnis des heutigen § 76 TKG, was zu langwierigen Streitigkeiten mit Nachnutzern und Wegebauasträgern führt.

5. Mitnutzung und Transparenz über Infrastrukturen

Grundsätzlich begrüßt Vodafone jedwede Regelungen, die zu mehr Transparenz führen und durch verbesserte Mitnutzungsmöglichkeiten Synergien beim weiteren Netzausbau erhöhen. So normiert der TKG-DiskE in den §§ 75 ff. im Zusammenhang mit den Aufgaben und Befugnissen der Zentralen Informationsstelle durchaus einige wichtige Ergänzungen, die zu mehr Transparenz über potenziell mitnutzbare Infrastrukturen, Liegenschaften usw. führen können.

Demgegenüber fehlt es jedoch an der Normierung weitergehender Mitnutzungsmöglichkeiten, die insbesondere den Ausbau der Mobilfunkversorgung jenseits des Aufbaus von drahtlosen Zugangspunkten mit geringer Reichweite erheblich erleichtern und beschleunigen könnten.

Vodafone regt daher dringend die Schaffung eines umfassenden eigenen Nutzungstatbestandes sowohl



für **Grundstücke bzw. Liegenschaften als auch Träger- und sonstige Infrastrukturen der öffentlichen Hand** an. Für diese Nutzung sollte grundsätzlich Entgeltfreiheit herrschen; ein Ausgleichsanspruch erscheint jedoch analog zum bisherigem § 76 TKG für unzumutbare Beeinträchtigungen angemessen. Eine derartige Regelung könnte eine wesentliche Verbesserung für den Ausbau der Mobilfunkversorgung in Deutschland erreichen. In diesem Zusammenhang sollte zudem eine Erweiterung des Nutzungsanspruchs in § 122 TKG-DiskE auf mit Verkehrswegen im Zusammenhang stehende Grundstücke vorgesehen werden, um für diese durch die Erstreckung der wegerechtlichen Nutzungsberechtigung effektive Nutzungsmöglichkeiten zu schaffen.

a. Passive Netzinfrastrukturen

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb unbeschaltete Glasfaserkabel weiterhin nicht in den Katalog der „passiven Netzinfrastrukturen“ in § 3 Nr. 42 TKG-DiskE aufgenommen wurden.

Dark Fibre – neben Leerrohren die wichtigste mitnutzungsfähige Infrastruktur – bleibt damit dem Mitnutzungsregime der §§ 133 ff. TKG-DiskE entzogen, wodurch erhebliche Potenziale zur Senkung der Kosten des Breitbandausbaus ungenutzt bleiben. Auch sollen die Regelungen zur Mitnutzung nach dem Diskussionsentwurf künftig (nur) für den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zur Anwendung gelangen. Zwar soll ausweislich der Begründung zu § 125 Abs. 3 TKG-DiskE dabei eine Mitnutzung auch dann möglich sein, wenn das auszubauende Netz später in ein Netz mit sehr hoher Kapazität aufgerüstet werden kann. Gleichwohl ist jedoch nicht auszuschließen, dass damit Lücken im Anwendungsbereich der Mitnutzungstatbestände entstehen, die mit den Vorgaben der Richtlinie 2014/61/EU unvereinbar sind und sich nachteilig auf Möglichkeiten zur Verbesserung der Breitbandversorgung (insbesondere z.B. in bisher unversorgten Gebieten) auswirken.

b. Informationen über Infrastruktur und Netzausbau

Auch die in Teil 5 des TKG-DiskE vorgesehenen Regelungen greifen aus Sicht der Vodafone erheblich zu kurz oder sind aus anderen Gründen kritisch zu sehen.

Grundsätzlich begrüßen wir die Einrichtung einer Zentralen Informationsstelle und die vorgesehene Umsetzung in Form eines Datenportals. Das GIS-Planungs- bzw. Datenportal hat das Potenzial, ein deutlich effektiver nutzbares Instrument zur Identifizierung von Ausbau- bzw. Mitnutzungs- und Mitverlegungspotenzialen zu sein, als es Breitband- und Infrastrukturatlas bislang darstellen.

Vorgesehen ist, dass die Zentrale Informationsstelle des Bundes in der Verantwortung des BMVI stehen soll, aber auf nachgeordnete Behörden oder externe Dienstleister delegiert werden kann. Letzteres wirft Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben auf, da Art. 22 EU-Kodex eine Ausführung nur durch Behörden vorsieht. Dies gilt umso mehr, als die Daten eine Vorausschau zum künftigen Netzausbau ermöglichen sollen, sie also eine besondere Sensibilität mit sich bringen. Auf der anderen Seite kann eine Beleihung an Dritte natürlich eine Professionalisierung mit sich bringen. Insofern gilt es, die Vor- und Nachteile einer Beleihung intensiv abzuwägen und bei Beleihung Dritter die notwendigen Vorkehrungen bereits gesetzlich zu regeln. Dies betrifft insbesondere die Einsichtnahmemöglichkeiten in die über das Datenportal bereitgestellten Informationen und deren Erhebung. Hier muss schon in den Vorschriften des TKG-DiskE differenziert und abgestuft werden zwischen den Berechtigungen, die der Allgemeinheit, Telekommunikationsnetzbetreibern sowie Behörden, Gebietskörperschaften und sonstigen öffentlichen Stellen zuteilwerden. Es ist insbesondere klarzustellen, dass eine umfassende Einsichtnahme für öffentliche Stellen ohne triftigen Grund ebenso wenig möglich ist wie eine Zugänglichmachung von detaillierten Versorgungs- oder Ausbauinformationen gegenüber der allgemeinen Öffentlichkeit.

Die Einbeziehung von „sonstigen physischen Infrastrukturen“ (§ 76 Abs. 1 Nr. 3 TKG-DiskE) in den Kata-



log der Infrastrukturen, über die Informationen zu erheben sind, begrüßen wir mit Blick auf die Herausforderungen beim weiteren Mobilfunkausbau (insb. im Bereich 5G) nachdrücklich (ebenso wie die Erfassung von Informationen über Liegenschaften gemäß § 80 TKG-DiskE). Die Einbeziehung dieser Informationen ist mit Blick auf die Herausforderungen beim Mobilfunkausbau nur folgerichtig und hilft bei der Umsetzung der Mobilfunkstrategie der Bundesregierung. Um ihre volle Wirksamkeit auszuspielen, müssen die verbesserten Transparenz jedoch durch entsprechende Mitnutzungsnormen flankiert werden – namentlich durch solche, die dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich um Liegenschaften oder Infrastrukturen handelt, die der öffentlichen Hand zuzurechnen sind.

Eine wichtige Verbesserung der Identifizierung vorhandener Mitnutzungsmöglichkeiten gegenüber dem bisherigen Infrastrukturatlas dürfte allerdings die Erhebung von Informationen über die „tatsächliche Verfügbarkeit“ der erfassten Infrastrukturelemente mit sich bringen (§ 76 Abs. 2 S. 1 TKG-DiskE). Die tatsächliche Verfügbarkeit muss dabei nach hiesiger Auffassung auf Basis objektiver, im Rahmen der Umsetzung noch näher zu bestimmender Kriterien ermittelt werden und darf nicht etwa schon deshalb verneint werden, weil der Eigentümer oder Betreiber der betreffenden Infrastruktur einer etwaigen Mitnutzung gegenüber nicht aufgeschlossen ist.

Hinsichtlich der Erfassung von Informationen über den Breitbandausbau gemäß § 77 TKG-DiskE stellt sich die Frage, ob eine „haushaltbezogene“ Übersicht der richtige Terminus ist; sinnvoller scheint in jedem Fall eine adressbezogene Übersicht über Breitbandverfügbarkeiten. In Bezug auf die „Dienstqualität und deren Parameter“ ist anzumerken, dass Technologie- und Bandbreitenangaben diese Anforderung bereits erfüllen. Eine über die bisher für die Zwecke des Breitbandatlas‘ erfassten Informationen hinausgehende Detaillierung ist dagegen nicht erforderlich. Ebenso dürfte eine Einsichtnahmemöglichkeit bzw. Bereitstellung eines Informationswerkzeugs für Endnutzer in der Praxis nicht erforderlich sein, da entsprechende Informationsmöglichkeiten bereits auf dem Markt zur Verfügung stehen (nicht zuletzt in Form der Verfügbarkeitsabfragen bei den TK-Netzbetreibern).

Über § 78 TKG-DiskE Abs. 2 wird die Vorgabe aus Art. 22 EU-Kodex zum sog. Mapping umgesetzt und insoweit eine Ausweitung der Vorausschau (über Mobilfunknetze hinaus) auf sonstige TK-Netze vorgenommen. Richtigerweise ist diese Vorschrift als „kann“-Regelung ausgestaltet; erforderlich für die Anwendung ist also ein konkreter Bedarf, insbesondere im Rahmen der behördlichen Aufgabenerfüllung nach den Vorschriften des TKG. Denkbar wäre insofern, dass für die Zwecke der Identifizierung von Versorgungsdefiziten im Kontext des Universaldienstes auf dieser Grundlage eine umfassende Informationsermittlung erfolgen könnte. Die Durchführung von spezifischen Markterkundungsverfahren im Kontext des geförderten Ausbaus kann und soll eine solche Vorausschau nach hiesigem Verständnis jedoch nicht ersetzen. Insofern sollte die zuständige Stelle auch jeweils begründen müssen, warum die geforderte Vorausschau erforderlich ist.

Positiv zu werten ist die in § 79 TKG-DiskE vorgesehene allgemeine Melde- und Erfassungspflicht für die einer Koordinierung gemäß § 140 TKG-DiskE offenstehenden Bauarbeiten. Mitverlegungspotenziale wurden bislang häufig schon deshalb nicht genutzt oder überhaupt in Erwägung gezogen, weil die notwendigen Informationen bzw. die Kenntnis über bevorstehende Maßnahmen nicht (zentral) vorlagen.

Eine gegenüber dem 5. TKG-Änderungsgesetz noch weitergehende Einschränkung der Koordinierungsmöglichkeiten droht jedoch mit § 140 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG-DiskE, wonach diese künftig voraussetzen sollen, dass „der Hauptzweck der ganz oder überwiegend öffentlich finanzierten Bauarbeiten nicht beeinträchtigt wird.“ Warum eine solche zusätzliche Einschränkung notwendig sein sollte, erschließt sich nicht, zumal es keinerlei Indikation dafür gibt, dass die bisher in § 77i Abs. 3 S. 2 TKG vorgesehenen Zumutbarkeitsanforderungen die Hauptzweckerreichung der öffentlich finanzierten Bauarbeiten nicht hinreichend schützen würden. Diese zusätzliche, sehr unbestimmte Tatbestandsvoraussetzung ist deshalb abzulehnen.

Auch in Bezug auf die Regelungen zu den sog. Gebieten mit Ausbaudefizit in § 80 TKG-DiskE ist unklar, wie sich diese zu den im Kontext des geförderten Breitbandausbaus zwingend durchzuführenden Markter-



kundungsverfahren verhalten. Zudem wirft das Prozedere der Aufforderung für weitere Ausbaubekundungen gemäß § 81 Abs. 2 S. 2 TKG-DiskE Fragen hinsichtlich Sinn und Zweck auf und erscheint mit Blick auf den Infrastrukturwettbewerb und den Schutz des Geheimwettbewerbs zudem bedenklich. Da es sich um erst noch bevorstehenden Ausbau handelt, muss eine Informationserteilung nach § 81 Abs. 2 S. 4 TKG-DiskE in der praktischen Umsetzung jedenfalls sehr restriktiv gestaltet werden. Mit Blick auf die in § 82 Abs. 1 TKG-DiskE vorgesehene Veröffentlichung der Informationen aus der geographischen Erhebung ist bereits jetzt zu konstatieren, dass die betreffenden Informationen bereits auf dem Markt verfügbar sind und der Öffentlichkeit in Form von Verfügbarkeitsangaben der Telekommunikationsnetzbetreiber offenstehen.

6. Mitnutzung öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze und Telekommunikationslinien, Verbindlichkeit von Ausbauzusagen in der Förderung

Grundsätzlich sind aus Sicht der Vodafone eine stärkere Rolle der Bundesnetzagentur bei der Durchsetzung von Zugang auf Vorleistungsebene zu geförderter Infrastruktur und die Eröffnung der Streitbeilegung nach § 146 Abs. 1 Nr. 5 TKG-DiskE zu begrüßen, um die praktische Wirksamkeit der Open Access-Verpflichtungen zu erhöhen.

Die Nennung der Möglichkeit für Förderrichtliniengeber, Ausbaubekundungen in Markterkundungen nur zu berücksichtigen, wenn die Unternehmen sich vertraglich zur einer Ausbaudurchführung verpflichten (§ 152 Abs. 5 TKG-DiskE) sehen wir jedoch höchst kritisch. Unklar ist bereits, ob diese Vorschrift überhaupt einen Regelungsgehalt aufweist, da diese Möglichkeit in den einschlägigen Förderrichtlinien ohnehin schon vorgesehen ist. Eine rein deklaratorische Aussage, die zudem im Förderkontext zu verorten ist und auch insofern einen Fremdkörper im TKG darstellt, ist jedoch im Gesetzeswortlaut deplatziert. Zudem könnte sie dazu führen, dass Gebietskörperschaften bzw. zuständige Stellen künftig stets vertragliche Verpflichtungen für den eigenwirtschaftlichen Ausbau fordern. Dies würde einen erheblichen Mehraufwand für alle Beteiligten bedeuten, ohne dass dem per se eine rechtfertigende Problemrelevanz gegenüberstehen würde.

IV. Kundenschutzvorschriften

Vodafone ist davon überzeugt, dass der bestehende, intensive Wettbewerb zwischen den Anbietern um das Vertrauen der Verbraucher und Geschäftskunden **transparent und mit fairen Mitteln** ausgetragen werden muss. Dabei müssen die **mündigen Endkunden** in die Lage versetzt werden, mittels der ihnen zur Verfügung gestellten Informationen für ihre Bedürfnisse passende Entscheidungen zu treffen. Umgekehrt muss den Unternehmen Raum bleiben, sich durch unterschiedliche Produkte und abweichende Vertragsgestaltungen **von Wettbewerbern zu differenzieren**. Hierfür ausgewogene und EU-weit einheitliche Standards zu setzen und letztlich den Weg für einen pan-europäischen Telekommunikationsmarkt zu ebnen, ist eines der zentralen Anliegen des EU-Kodex. Der dort gewählte Ansatz einer konsequenten Vollharmonisierung soll im Interesse aller Beteiligten sicherstellen, dass Endkunden unabhängig von ihrem Wohnsitz innerhalb der EU ein hohes und im EU-Binnenmarkt harmonisiertes Schutzniveau genießen, während pan-europäisch agierende Anbieter die hohen Standards in den Mitgliedstaaten einheitlich und mit Blick auf die erheblichen Befolgungskosten möglichst effizient implementieren können.

Diesen auch für den deutschen Gesetzgeber verpflichtenden **Grundsatz der Vollharmonisierung** missachtet der vorliegende Diskussionsentwurf über weite Strecken. Anstelle eines ausgewogenen pan-europäischen Verbraucherschutzrechts enthält der Entwurf einen Flickenteppich deutscher Sonderwege und geht weit über berechnete Verbraucherbelange hinaus. Hinsichtlich der Einzelheiten verweist Vodafone auf die detaillierten Ausführungen, welche die Branchenverbände in großer Einigkeit separat angebracht haben. Dennoch seien einige besonders kritische Punkte hervorgehoben:



1. Laufzeit von Verträgen

Grundsätzlich begrüßt Vodafone ausdrücklich, dass gem. § 54 TKG-DiskE Verträge mit einer Laufzeit von 24 Monaten zulässig bleiben sollen. Indes ist die dazu getroffene Regelung missglückt, da sie im Gegensatz zum geltenden Recht (§ 43b TKG) nicht mehr eine maximal zulässige **Mindestvertragslaufzeit**, sondern eine maximal zulässige Vertragslaufzeit zulässt. Dies lässt die Frage offen, ob unbefristete Verträge – welche die überwältigende Mehrheit der Verträge stellen – erlaubt bleiben. Hier ist der Wortlaut dringend klarstellend anzupassen.

In jedem Fall aber sollte unbedingt daran festgehalten werden, dass Verbrauchern nur ein 12-Monats-Tarif zur Verfügung gestellt werden muss. Für eine Ausweitung auf alle Tarife besteht kein Bedarf; eine Umstellung würde aber gewaltige Aufwände und damit einhergehende Preissteigerungen verursachen.

2. Minderung und Kündigung bei Leistungsabweichungen

Das in § 55 Abs. 4 TKG-DiskE vorgesehene Minderungs- und Kündigungsrecht, das Verbrauchern im Falle der dort genannten erheblichen Abweichungen zustehen soll, ist rechtsdogmatisch **systemwidrig** und angesichts bereits bestehender allgemeiner zivilrechtlicher Rechtsbehelfe auch **nicht erforderlich**. Weder der EU-Kodex noch die TSM-Verordnung sehen eine Schaffung von telekommunikationsspezifischen Rechtsbehelfen vor, sondern stellen lediglich auf bestehende allgemeine Rechtsbehelfe ab. Im Lichte der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Verträge über Internetzugangsdienste aber dem Dienstvertragsrecht zuzuordnen, welche aus guten Gründen den Rechtsbehelf der Minderung nicht kennt. Diese Wertung darf nicht durch eine sektorspezifische Ausnahme ohne handhabbaren Minderungsmaßstab in Frage gestellt werden. Vodafone fordert deshalb, § 55 Abs. 4 TKG-DiskE zu streichen.

Ebenso sollte der Nachweis von Leistungsabweichungen nicht dem Messtool der BNetzA überlassen werden, welches keine Zertifizierung durchlaufen hat und dessen mangelnde Leistungsfähigkeit vielmehr mehrfach belegt worden ist. Auch darf den Anbietern auch nicht der Nachweis eines Verschuldens durch den messenden Verbraucher abgeschnitten werden, wie dies die letzte Änderung am Gesetzestext offenbar bezweckt.

Schließlich sollte die Angabe der Entwurfsbegründung korrigiert werden, dass der Verweis auf § 314 BGB eine Rechtsfolgenverweisung darstelle. Damit würde dem Anbieter die in § 314 BGB ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit genommen, Abhilfe zu leisten. Eine solche Verkürzung von Rechten der Anbieter ist nicht angemessen.

3. Zeitpunkt und Form der Vertragszusammenfassung

Der Diskussionsentwurf sieht nunmehr vor, dass die Vertragszusammenfassung nach § 52 TKG-DiskE grundsätzlich übersandt werden muss und nur bei **Unmöglichkeit** zum Herunterladen zur Verfügung gestellt werden kann. Aus gutem Grund erlaubt der EU-Kodex in Art. 102 Abs. 1 dieses Vorgehen schon, wenn die Übersendung **nicht realisierbar** ist. Die unkommentierte Verschärfung zum Vorentwurf steht damit in klarem Widerspruch zur vollharmonisierten Vorgabe und wird es nahezu unmöglich machen, Telekommunikationsdienste im Fernabsatz zu vertreiben. Gerade in Pandemiezeiten sind aber sowohl Anbieter als auch Kunden auf diesen Weg angewiesen.

Ähnliches gilt für die Regelung in § 52 Abs. 3 S. 4 TKG-DiskE, welche entgegen Art. 102 Abs. 3 EU-Kodex vorschreibt, dass eine Genehmigung des Vertragsschlusses durch den Verbraucher in Textform zu erfolgen hat. Eine solche Restriktion sieht der EU-Kodex nicht vor; auch sie wird einen Fernabsatz praktisch unmöglich machen.

Nicht nachvollziehbar und auch nicht umsetzbar ist in diesem Zusammenhang die nunmehr in § 2 der TK-



TransparenzVO (Art. 41 TKG-DiskE) vorgesehene Veröffentlichungspflicht hinsichtlich der Vertragszusammenfassungen. Diese Dokumente sind sowohl im EU-Kodex als auch in § 52 TKG-DiskE als individuell angelegt. Insoweit ist auch die vorgesehene Archivierungspflicht zu streichen. Dies gilt umso mehr, als mit der deutlichen Anhebung des Endkundenschutzniveaus durch den EU-Kodex ein erheblicher **operativer und finanzieller Aufwand** für die betroffenen Unternehmen verbunden ist. Eine Doppelbelastung, die durch eine Beibehaltung teils redundanter Regelungen verursacht würde, muss daher in jedem Fall vermieden werden. Stattdessen sollten nach dem von EU-Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen verkündeten Legislativprinzip „**One in, One out**“, der völlig zurecht auch von der Bundesregierung gelobt wird, mit der Einführung neuer Belastungen bestehende Belastungen entsprechend reduziert werden.

4. Entschädigung für Störungen

Es ist nicht sachgerecht, bei **Störungen** pauschale Schadensersatzansprüche auch dann zu gewähren, wenn den Anbietern kein Verschulden zur Last fällt. Störungen und Entstörungsverzögerungen sind in der Praxis **kein Ausdruck von Marktversagen** und auch nur selten tatsächlich vom Anbieter zu beeinflussen. Weitaus häufiger werden sie durch Dritte – etwa durch Bagger, die Kabel zerstören – verursacht, auf die mit diesen Regelungen kein relevanter Druck ausgeübt wird. Darüber hinaus kann eine mangelhafte Entstörung **nur im Festnetz** sinnvoll sanktioniert werden; eine Übertragung auf den Mobilfunk ist aufgrund der Mobilität der Nutzer und des häufig standortunabhängigen Nutzungsverhaltens schlichtweg nicht möglich.

5. Entschädigung für versäumte Technikertermine

Vodafone begrüßt es, dass nunmehr für versäumte Technikertermine Sanktionen vorgesehen werden sollen. Wir halten dieses Instrument für einen wichtigen Baustein in dem Bemühen, das heute zu beobachtende Marktversagen, bei dem Technikerressourcen bewusst einseitig allokiert werden, zu adressieren.

6. Sperre bei Zahlungsverzug

Die geplanten Änderungen zur Anschlussperre sind im Ergebnis grob unangemessen. Die durch nichts zu rechtfertigende und dementsprechend auch nicht näher begründete Verdoppelung des Schwellwerts von 75 Euro auf 150 Euro sowie die in der Begründung schlicht postulierte Nichtanrechnung von wiederkehrenden Entgelten führt im Ergebnis dazu, dass die Anschlussperre praktisch keinen Anwendungsbereich hat. Gerade im Festnetz-Internetzugangsgeschäft sind verbrauchsbezogene Leistungsabrechnungen faktisch nicht vorhanden (Flatrates). Für einen durchschnittlichen Nutzer bestehen die in einem normalen Monat zu zahlenden Entgelte daher schätzungsweise zu mehr als 90 Prozent aus wiederkehrenden Entgelten.

Faktisch können Verbraucher also ihrem Anbieter mehrere Hundert oder gar mehrere Tausend Euro schuldig bleiben, ohne dass dieser ein Leistungsverweigerungsrecht hätte. Es kann nicht ernsthaft Ziel des Gesetzgebers sein, ein derartig krasses vertragliches Ungleichgewicht als Verbraucherschutz zu deklarieren und die Anbieter stattdessen in massenhafte Klageverfahren zu treiben, die lediglich unnötig Geld und Justizressourcen verschwenden.

7. Tarifberatung

Die Vorgaben zur **Beratung hinsichtlich des besten Tarifs** weichen in unzulässiger Weise von jenen des Art. 105 Abs. 3 EU-Kodex ab. So soll die Beratung „auf einem dauerhaften Datenträger“ erfolgen, obwohl ein solches Formerfordernis sieht der EU-Kodex nicht vorgesehen ist. Vielmehr muss eine Beratung in anderer



Form, insbesondere telefonisch, möglich sein, zumal eine Beratung denknotwendig einen persönlichen Kontakt voraussetzt.

8. Haftung

Ausdrücklich begrüßt Vodafone die Wiederaufnahme der **Haftungsbeschränkung für Vermögensschäden** wie im heutigen § 44a TKG.

9. Übergangs- und Überleitungsvorschriften

Neben den vorstehenden inhaltlichen Forderungen weist Vodafone darauf hin, dass der Diskussionsentwurf keine **Übergangsfristen** für die notwendige Umsetzung neuer Vorgaben enthält. Nachdem der Diskussionsentwurf eben nicht nur die Vorgaben des EU-Kodex ausgestaltet, sondern überwiegend nationale Sondervorschriften vorsieht, sind die notwendigen Eingriff in IT-Systeme und Geschäftsprozesse deutlich komplexer und aufwändiger als bisher schon absehbar. Hierfür sind **18 Monate** als minimaler Umsetzungszeitraum anzusehen.

Wie schon durch die Anbieter mehrfach vorgetragen, sieht das **Bundesverfassungsgericht**⁸ in ständiger Rechtsprechung Unternehmen erst ab **Inkrafttreten** neuer Gesetze gehalten, mit der Umsetzung neuer Vorschriften zu beginnen. Das Gericht weist zutreffend darauf hin, dass Arbeits-, Diskussion-, Referenten- und andere Entwürfe keine sichere Abschätzung erlauben, welche Pflichten letztlich gesetzlich verankert werden. Diese können im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens jederzeit beliebige Änderungen erfahren, was im aktuellen Fall bereits zu beobachten ist. Es sei Unternehmen nicht zuzumuten, komplexe und damit auch teure Anpassungen vorzunehmen, deren finale Verwendbarkeit völlig offen ist; ebenso wenig sei es ihnen zuzumuten, mehrere unterschiedliche Anpassungen parallel vorzubereiten.

Ebenso ungeklärt ist die Frage, welche Vorschriften des neuen Rechts ab dessen Inkrafttreten auf bereits vorher begründete Rechtsverhältnisse Anwendung finden sollen. Es liegt auf der Hand, dass eine vollständige Anwendung auf bestehende Verträge teilweise unsinnig wäre. So muss etwa klargestellt werden, dass faktisch nicht mehr erfüllbare Anforderungen, nämlich die in § 53 TKG-DiskE niedergelegten Informationsanforderungen, keine Anwendung auf bestehende Vertragsverhältnisse finden. Auch die Vorgaben zum Vertragsschluss und zur Vertragszusammenfassung (§ 52 TKG-DiskE) können sich bereits nach ihrem Wortlaut sinnvoll nur auf Neuverträge beziehen.

Darüber hinaus ist das verfassungsrechtliche **Verbot der echten Rückwirkung** zu beachten. Die Laufzeitvorschriften des § 54 TKG-DiskE weichen erheblich von der aktuellen Gesetzeslage ab und hat damit direkte Auswirkungen auf die Kalkulationsgrundlage einzelner Verträge. Sie darf daher nicht auf Verträge anzuwenden sein, die bislang nicht dem § 43b TKG unterfielen – auch nicht durch Anwendung der Bündelregelung in § 64 TKG-DiskE. Einer derartigen nachträglichen Verkürzung von Amortisationszyklen kann nur durch massenhafte Neuaushandlung von Vertragspreisen (§ 313 BGB) wegen der veränderten Kalkulationsgrundlagen begegnet werden. Dieser Weg kann nicht im Interesse des Gesetzgebers oder irgendeiner Marktseite liegen. Insoweit fordert Vodafone die Schaffung von **Überleitungsvorschriften** in Bezug auf die Laufzeitvorschriften.

V. Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten

Vodafone begrüßt im Grundsatz die Verzahnung des Universaldienstes mit dem Bestreben, allen Bürgern einen rechtlich abgesicherten Zugang zu schnellen Internetanschlüssen zuzugestehen. Die damit einhergehende Rechtssicherheit ist ein nicht zu unterschätzendes Gut beim Netzausbau.

⁸ *Bundesverfassungsgericht*, Urteil v. 4. Mai 2012, Az. 1 BvR 367/12.



Da es sich aber insbesondere im Angesicht der europarechtlichen Vorgaben um zwei verschiedene Rechtsinstitute handelt, ist eine Umsetzung mit besonderer Vorsicht vorzunehmen, was im vorliegenden Entwurf nicht immer ausreichend gelungen ist. So legt der EU-Kodex in den Artt. 84 ff. die Grundlage für eine umfangreiche Universaldienstverpflichtung, begrenzt diese aber insbesondere bezüglich der zu erbringenden Dienste (Art. 84 Abs. 3). Wie insbesondere Art. 92 EU-Kodex zu entnehmen ist, ist eine Erweiterung dieser Dienstverpflichtungen zwar möglich, bedarf aber zwingend einer Steuerfinanzierung, welche im Diskussionsentwurf jedoch überhaupt nicht vorgesehen ist. Vodafone plädiert daher dafür, die unter die Universaldienstvorgaben fallenden Bestandteile sauber von den weitergehenden Pflichten abzugrenzen und diese entsprechend unterschiedlich zu behandeln.

Auch darüber hinaus bestehen systematische Ungenauigkeiten, welche ausgeräumt werden müssen. So ist insbesondere das Verhältnis zum Förderregime nicht hinreichend geregelt.

1. Dienstumfang

Der EU-Kodex gibt vor, dass jedermann ein Mindestangebot an Diensten zur Verfügung stehen muss. Im Gegensatz zum früheren Universaldienstregime konzentriert sich der Katalog jedoch auf zwei Dienste – Sprachkommunikation und Internetzugang. Der Umfang der zu ermöglichenden Dienste ist in Anhang V zum EU-Kodex näher beschrieben, wobei eine funktionale Beschreibung anhand bestimmter Anwendungen gewählt wurde. Der Internetzugangsdienst muss diese Dienste mindestens abbilden können (Art. 84 Abs. 3 S. 2).

Darüber hinaus soll es Aufgabe der Mitgliedstaaten sein, die für eine gesellschaftliche Teilhabe nötige Bandbreite anhand der nationalen Gegebenheiten und der von der Mehrheit genutzten Mindestbandbreite zu bestimmen.

Letztere Vorgabe ist im Diskussionsentwurf unzureichend umgesetzt. Der Entwurf wiederholt im Wesentlichen die europäischen Vorgaben, lässt jedoch offen, mit welcher Methodik die „von der Mehrheit der Verbraucher in seinem Hoheitsgebiet genutzte Mindestbandbreite“ zu bestimmen sein soll. Die Begründung des Entwurfs nimmt Bezug auf den in Art. 4 Abs. 1 lit. d) TSM-VO verwendeten Begriff der minimalen Download-Geschwindigkeit, auf die jedoch vom EU-Kodex überhaupt nicht verwiesen wird.

Vielmehr gibt der Erwägungsgrund 215 des EU-Kodex vor, dass die Mindestbandbreite ausschließlich an den **Notwendigkeiten der angemessenen gesellschaftlichen Teilhabe** zu orientieren ist. Es ist also festzustellen, mit welcher Bandbreite die in Anhang V zum EU-Kodex verzeichneten Dienste zur Verfügung stehen müssen, um eine solche Teilnahme in angemessenem Umfang zu ermöglichen.

Eine bloße rechnerische Feststellung anhand von abstrakt-juristischen Tatsachen ist für diese Aufgabe jedenfalls denkbar ungeeignet. Auch der in der Begründung hinterlegte Verweis auf einen europäischen „best practice“-Ansatz ist nicht geeignet, dem Charakter des Universaldienstes gerecht zu werden, da so nicht Mindestbandbreiten gefunden werden, sondern eine sich gegenseitig verstärkende Steigerung der Anforderungen ausgelöst wird. Stattdessen ist jeder im Anhang V zum EU-Kodex verzeichnete Dienst zunächst abstrakt auf seine Relevanz im tatsächlichen gesellschaftlichen Leben zu untersuchen. In einem weiteren Schritt sind sodann die Auswirkungen unterschiedlicher Bandbreiten bei der Inanspruchnahme dieser Dienste zu bewerten und in einer Gesamtschau festzustellen, welche Bandbreite in einem typischen Nutzungsszenario eine angemessene und teilhaberelevante Verwendung aller dieser Dienste ermöglicht.

Eine derartige Bewertung darf – entgegen der in der Begründung zu getätigten Ausführung zur Telearbeit – keine über Anhang V Dienste einbeziehen. Der Richtliniengeber hat den Katalog relevanter Dienste in Kenntnis der gesellschaftlichen Realität in Europa festgelegt. Eine Erweiterung – auch angesichts aktueller Entwicklungen durch die Corona-Pandemie – kann nur der Richtliniengeber selbst vornehmen. Jede Erweiterung durch nationale Vorgaben, bringt umfangreiche Belastungen der (potenziell und tatsächlich) Verpflichteten mit sich, die der Richtliniengeber ihnen offenbar nur in dem Mindestumfang des Anhangs V



zumuten wollte. Nationale Gesetzgebung und -anwendung können sich hierüber nicht hinwegsetzen.

2. Dienstberechtigte

Der Diskussionsentwurf sieht vor, dass das Recht zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten unterschiedslos allen Endnutzern zustehen soll. Dies umfasst also auch Unternehmen unabhängig von ihrer Größe. Der EU-Kodex hingegen sieht lediglich vor, dass ein Universaldienst grundsätzlich Verbrauchern vorbehalten ist (Art. 84 Abs. 1) und auf kleine/mittlere Unternehmen bzw. gemeinnützige Organisationen erweitert werden kann.

Für größere Unternehmen, die nicht unter diese Öffnungsklausel fallen, bedarf es keines Anspruches. Diese sind sehr wohl in der Lage, entsprechende Verträge auszuhandeln und ggf. zu finanzieren. Das Recht auf Versorgung mit erschwinglichen Diensten ist nicht dafür gedacht, „der Wirtschaft“ die Last der Digitalisierung abzunehmen. Selbstredend kann ein Anspruch durch den Gesetzgeber dennoch begründet werden. Er fällt jedoch nicht unter das Universaldienstregime im engeren Sinne, sondern wird von Art. 92 EU-Kodex erfasst und kann daher nicht mittels eines Umlageverfahrens finanziert werden. Der verfassungsrechtlich notwendige Ausgleich für die Dienstbereitstellung muss daher aus Steuermitteln erfolgen, wofür eine entsprechende Anspruchsgrundlage zu schaffen ist.

Zu weit gefasst ist auch der Leistungsort für die Versorgung. Der Diskussionsentwurf sieht hier in § 153 Abs. 1 vor, dass dieser für Unternehmen an deren Geschäftssitz zu erfüllen sei. Unklar bleibt hier, ob dies nur den Hauptsitz meint, oder ob auch Filialen und andere selbstständige oder unselbstständige Niederlassungen umfassen soll. Sinnvoll wäre eine Beschränkung auf den im Handelsregister verzeichneten Standort der Hauptniederlassung.

Klarzustellen ist auch, dass das Individualrecht der Endnutzer in § 153 Abs. 1 TKG-DiskE sich nicht pauschal gegen jedes beliebige Unternehmen richtet. Vielmehr kann sich dieser Anspruch nur auf das für das betreffende Gebiet förmlich verpflichtete – oder freiwillig in die Leistungspflicht eingetretene – Unternehmen handeln. In diesem Zusammenhang sollte auch das vorgesehene Schiedsverfahren verpflichtend sein, um die Gerichte zu entlasten und die Klärung fachlicher Vorfragen bei der BNetzA zu belassen.

Schließlich fehlen die heute in §§ 85, 86 TKG enthaltenen Regelungen zur Einstellung der Leistung und zu Sicherheitsleistungen, welche eine für angemessene Versorgung zu fairen Konditionen essenziell sind. Die Möglichkeit, bei Nichtzahlung Leistungen einstellen zu dürfen, sollte ebenso wie die Forderung einer Sicherheit eine Selbstverständlichkeit sein, so wie dies Erwägungsgrund 222 zum EU-Kodex auch voraussetzt.

3. Erschwinglichkeit der Entgelte

Vodafone begrüßt, dass für die Bestimmung der Erschwinglichkeit sinnvolle und handhabbare Referenzpunkte wie Durchschnittspreise inklusive Anschlusskosten sowie das Haushaltsnettoeinkommen herangezogen werden sollen. Ebenso zutreffend erscheint die Aussage, dass das Institut des Universaldienstes nicht die Aufgaben der Gemeinschaft, die im Sozialrecht geregelt sind, ersetzen kann.

Für zu weit erachten wir allerdings die Erstreckung der Regeln zur Erschwinglichkeit auf Unternehmen oder gemeinnützige Organisationen. Diese bedürfen keiner besonderen finanziellen Entlastungen, um die ihnen zustehende Teilhabe zu realisieren. Für diese Dienstberechtigten muss sich der Anspruch auf die



bloße Zugangsmöglichkeit beschränken.

4. Verpflichtung von Unternehmen

Die für die Festlegung von Verpflichtungen zentralen Normen der § 157, 158 TKG-DiskE sind zu weit und unklar gehalten.

Klarzustellen wäre zunächst, dass die Feststellung und -legung sich immer nur auf ein bestimmtes, abgegrenztes Gebiet beziehen kann. Insbesondere aber grenzt der Entwurf das Instrument der Dienstverpflichtung nicht genügend von anderen vorrangigen Instrumenten, namentlich Fördervorhaben, ab. Die bloße Erwähnung eines Vorrangverhältnisses in der Gesetzesbegründung ist aus Sicht der Vodafone nicht ausreichend, da damit eine praktische Missachtung der Priorität vorprogrammiert wäre. In § 157 Abs. 1 sollte dementsprechend nicht darauf abgestellt werden, dass andere Instrumente keine ausreichende Versorgung gewährleisten, sondern darauf, dass **alle** möglichen anderen Instrumente und unter diesen insbesondere Förderungsprogramme ausgeschöpft werden müssen, bevor eine Verpflichtung zur Dienstleistung in Betracht gezogen werden kann.

Gegen die in § 158 Abs. 3 vorgesehene Kompetenz der BNetzA, „ausnahmsweise“ ein Unternehmen zu verpflichten, sprechen aus Sicht der Vodafone viele Gründe, nicht zuletzt bestehen erhebliche Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit und Vereinbarkeit mit Europarecht.

Diese Regelung sieht vor, das förmliche Verpflichtungsverfahren und seine umfassenden Aufklärungs- und Abwägungsregeln zu umgehen, wenn das betroffene Unternehmen über Leerrohre am zu versorgenden Grundstück verfügt. Abgesehen davon, dass für eine „Ausnahmevorschrift“ zu wenige tragfähige Voraussetzungen geregelt werden, bedeutet das Vorhandensein von Leerrohren am zu versorgenden Grundstück nur in den seltensten Fällen, dass dort eine Versorgung ohne weiteren Aufwand möglich wäre. Dafür bedürfte es weiterer aktiver Netzinfrastruktur in der Nähe und entsprechender Rohrleitungen zur Anbindung an die Leerrohre vor Ort. Gäbe es auch diese Infrastruktur, so würde eine Dienstverpflichtung sicherlich überflüssig sein, da ein Anschluss zu günstigen Bedingungen herstellbar wäre. Gerade der Umstand, dass hier ein Fall geregelt werden soll, bei dem trotz Infrastruktur vor Ort ein Anschluss nicht errichtet wird, zeigt, dass es wirtschaftliche Gründe dafür geben muss, die nicht einfach „ausnahmsweise“ überstimmt werden können.

In europarechtlicher Hinsicht verletzt die vorgesehene Regelung das Gebot der Technologieneutralität, indem sie eine Erfüllung der Versorgungsverpflichtung ausschließlich durch Festnetze zulässt, die im Gegensatz zu Mobilfunkdiensten auf Leerrohre angewiesen wären. Hierin liegt ein Verstoß gegen die vom EU-Kodex ausdrücklich mit Erwägungsgrund 214 aufgestellte Maxime, dass es keine Beschränkungen hinsichtlich technischer Mittel und drahtloser oder -gebundener Technologien geben dürfe, die sich letztlich auch im Diskriminierungs- und Ausschlussverbot des Art. 86 Abs. 4 EU-Kodex niederschlägt.

5. Finanzierung

Der Diskussionsentwurf hat sich für eine Finanzierung ausschließlich durch Umlage unter den Dienstverpflichteten Anbietern entschieden, § 160 TKG-DiskE. Dies ist mit europäischen Vorgaben in mehrfacher Hinsicht nicht zu vereinbaren.

Wie schon ausgeführt, ist eine Umlagefinanzierung mit Blick auf Art. 92 EU-Kodex streng begrenzt auf die
- die Mindestdienste entsprechend Anhang V sowie



- die Nutzung durch Verbraucher sowie kleine/mittlere Unternehmen und gemeinnützige Organisationen.

Der Entwurf fordert jedoch sowohl hinsichtlich des Dienstumfangs – insbesondere die Einbeziehung von Telearbeit – als auch der Dienstberechtigten – durch die Einbeziehung größerer Unternehmen – weitergehende Leistungen. Die damit einhergehenden Aufwendungen dürfen aus europarechtlicher Sicht nicht durch ein Umlageverfahren gedeckt werden, sondern müssen durch Steuermittel finanziert werden.

In der Praxis bedeutet dies, dass es in erster Linie nötig ist, entsprechende Regelungen zur Steuerfinanzierung aufzunehmen. Darüber hinaus muss der BNetzA die Aufgabe zufallen, die zusätzlichen Dienste von den Mindestdiensten scharf abzugrenzen und insbesondere Vorkehrungen zu treffen, die durch die erweiterten Pflichten entstehenden Mehrkosten abzugrenzen.

Schließlich ist auch der zur Finanzierung der Umlage herangezogene Kreis von Unternehmen nicht mit Europarecht zu vereinbaren.

Während Art. 90 Abs. 1 lit. b) EU-Kodex eine Umlage unter den Anbietern von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten vorsieht, beschränkt der Diskussionsentwurf den Kreis der Verpflichteten auf die potenziellen Dienstbringer. Es sollen also nur die Unternehmen, welche die praktische Last des Universaldienstes tragen, die finanziellen Aufwände tragen. Dies ist aus Sicht der Vodafone nicht angemessen, da insbesondere die Anbieter sog. OTT-Dienste – die auch unter den Begriff der Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten fallen – von den zusätzlichen Breitbandanschlüssen profitieren werden, ohne dass sie hierzu in irgendeiner Form beitragen.

Vodafone fordert insoweit, dass eine Verteilung der Lasten wie im EU-Kodex vorgesehen auf alle Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten und -netzen erfolgt, wobei der konkrete Maßstab der Bundesnetzagentur nach Konsultation mit den betroffenen Unternehmen überlassen werden sollte.

VI. Nummerierung

Der Diskussionsentwurf überarbeitet die bestehenden und seit langem bewährten Nummerierungsvorschriften in ausgesprochen einseitiger Art und Weise und ohne Rücksprache mit der Branche. Die vorgesehenen Änderungen sind offenbar darauf ausgerichtet, bestehende und von den Nutzern gut angenommene Geschäftsmodelle zunehmend zu erschweren oder ganz zu verhindern. Viele Änderungen gehen zudem an den tatsächlichen Gegebenheiten vorbei und lassen sich gar nicht oder nur mit enormen Aufwänden erfüllen. Insbesondere aber im Bereich der Missbrauchsbekämpfung beschreitet der Entwurf einen enttäuschenden Weg, der die Bemühungen der Anbieter um zukunftsweisende Konzepte bei der Missbrauchsbekämpfung konterkariert.

Vodafone fordert daher in Übereinstimmung mit dem breiten Konsens der Anbieter, der separat angebracht wurde, dass die bestehenden Regelungen erhalten bleiben und Änderungen **im Dialog mit der Branche** besprochen und entworfen werden.

1. Grundsätzliches

In systematischer Hinsicht zeigen die Vorschriften der §§ 106 bis 120 TKG-DiskE – mit der Ausnahme des § 115 TKG-DiskE und von Teilen des § 120 TKG-DiskE – immer deutlicher ihren Charakter als ausschließliche Verbraucherschutzvorgaben. Da ein Bezug zur hoheitlichen Materie der Nummerierung faktisch



nicht mehr erkennbar ist, ist ihre Verortung im Teil 7 des TKG nicht mehr sinnvoll. Es wäre daher nur folgerichtig und mit Blick auf die Bemühung des EU-Kodex um eine Vollharmonisierung des Verbraucherschutzes sogar zwingend, diese Vorschriften in den Teil 3 des TKG zu integrieren.

In diesem Zusammenhang sind die genannten Vorschriften aber auch im Kontext des Art. 101 Abs. 1 EU-Kodex (Vollharmonisierung) zu bewerten. Namentlich die Vorschriften über das Rechnungslegungs- und Inkassoverbot (§§ 113 Nr. 9, 120 Abs. 5 TKG-DiskE) begegnen insofern hinsichtlich ihrer Zulässigkeit grundlegenden europarechtlichen Bedenken (s. nachfolgend).

2. Vorschriften zur Preistransparenz

Der Diskussionsentwurf sieht umfangreiche Änderungen an den Vorgaben zur Preistransparenz vor. Dies verwundert umso mehr, als ein Handlungsbedarf nicht erkennbar ist. So spricht noch der Jahresbericht der BNetzA für das Jahr 2019 davon, dass sich gerade einmal 6 % aller erfassten Beschwerden dieses Themengebiet und selbst davon nur ein geringer Bruchteil die Transparenz im Nummerierungsbereich betreffen.

Dies ist auch nicht verwunderlich, da die bestehenden Vorgaben auf intensiven Diskussionen mit der Branche zurückzuführen sind und einen ausgewogenen Kompromiss darstellen, der sowohl die wirtschaftlichen und praktischen Belange der Anbieter als auch die berechtigten Bedürfnisse der Endnutzer zu einem fairen Ausgleich bringen. Es gibt also keinen Grund, diese bewährte Austarierung nunmehr massiv zu einer Seite hin zu verändern. Der EU-Kodex jedenfalls fordert keinen derartigen Eingriff in den Markt.

a. Preisangabe (§ 106 TKG-DiskE)

Die Neufassung der Preisangabepflicht verlangt nicht mehr die Angabe für Anrufe tatsächlich zu zahlenden Preises, stattdessen soll nunmehr der höchstmögliche Preis genannt werden. In der Praxis wird aber nicht auszuschließen sein, dass irgendein Anbieter auf dem Markt den nach § 108 TKG-DiskE maximal möglichen Preis für einen Anruf zur beworbenen Rufnummer verlangt; schon aus kartellrechtlichen Gründen gibt es keine zentrale Information über die Preisgestaltung der Anbieter gegenüber ihren Endkunden. Damit kann die Preisangabe nur dann rechtmäßig erfolgen, wenn immer der **nach § 108 TKG-DiskE maximal zulässige Preis** genannt wird. Dass der in der Realität zu zahlende Preise für die weit überwiegende Zahl der Kunden nur einen Bruchteil dessen betragen wird, muss dabei unberücksichtigt bleiben.

Hieran ändert auch die im Diskussionsentwurf enthaltene Öffnungsklausel des Absatzes 1 S. 3 nichts, da die Kenntnis eines einheitlichen Preises für keinen Anbieter zu erlangen ist – und dies aus kartellrechtlichen Gründen auch nicht der Fall sein dürfte.

Mit dieser Vorgabe wird ohne nachvollziehbaren Grund das Prinzip von Preisklarheit und Preiswahrheit auf den Kopf gestellt. Kunden werden nur noch über theoretische Preise informiert, die sie und für das Marktgeschehen jedoch praktisch irrelevant sind. Interessierte Nutzer werden mit den Maximalpreisen getäuscht und manipuliert, um sie mittels unzutreffender Angaben systematisch von der Nutzung der erfassten Dienste abzuhalten. Anbietern von entsprechenden Diensten und TK-Anbietern wird zudem die Möglichkeit genommen, sich mittels Preisgestaltung für entsprechende Dienste von ihren Wettbewerbern abzuheben.

b. Preisansage (§ 106 TKG-DiskE)

Der Diskussionsentwurf lässt ohne nachvollziehbare Begründung die im Rahmen der Novellierung des TKG im Jahre 2012 in intensiven Diskussionen gefundene Regelung für Auskunftsdienste mit einem Preis



von weniger als 2,00 Euro entfallen. Warum Auskunftsdienstleister damit gegenüber Anbietern von entsprechenden OTT-Anwendungen benachteiligt werden sollen, erklärt der Diskussionsentwurf ebenfalls nicht. Tatsache ist, dass der Wettbewerb zwischen „klassischen“ Auskunftsdiensten und OTT-Anwendungen schon heute ein grobes Ungleichgewicht zu Lasten der „klassischen“ Anbieter aufweist, da OTT von den Nummerierungsvorschriften nicht erfasst werden. Dieses bestehende Problem wird hier weiter verschärft, ohne dass damit zumindest ein erkennbarer Vorteil für den Endnutzer verbunden wäre. Die Ausweitung fördert jedenfalls nicht – wie die Begründung des Entwurfes vermeint – die Transparenz, da für alle diese Dienste die in § 106 TKG-DiskE geregelte Preisangabepflicht gilt. Wenn diese sinnvoll geregelt wird – dazu s. vorstehend – ist der Endnutzer über die Preise der Dienste völlig ausreichend informiert.

In diesem Zusammenhang ist auch die Neufassung des Begriffes der „Premium-Dienste“ in § 3 Nr. 44 TKG-DiskE von Bedeutung. Im Gegensatz zur bestehenden Regelung werden nunmehr auch Massenverkehrsdienste der Gasse 0137 den „echten“ Premiumdiensten der Gasse 0900 gleichgestellt. Der Diskussionsentwurf führt dazu zwar aus, dass Massenverkehrsdienste praktisch Premium-Dienste darstellten. Dies ist jedoch für die weit überwiegende Zahl dieser Dienste unzutreffend, da diese Dienste hohe kurzzeitige Verkehrsaufkommen (insbesondere Voting-Dienste) abwickeln, was keinen für Premium-Dienste typischen Charakter darstellt. Es mag zutreffen, dass einzelne Dienste in der 0137er-Gasse Merkmale aufweisen, die sie einem Premium-Dienst vergleichbar erscheinen lassen. Diese ließen sich aber über eine sinnvolle Definition von Premium- und Massenverkehrs-Diensten und die Beschränkung der 0137er-Gasse auf „echte“ Massenverkehrsdienste ohne Weiteres adressieren, ohne den kompletten Massenverkehrsdienst zu unterbinden. Massenverkehrsdienste mit überwiegender Charakterisierung als Premium-Dienst können durchaus letzteren gleichgestellt werden, wobei sich die Schaffung eines eigenen Rufnummernbereichs anbietet (z.B. 0138).

Ohne eine derartige sinnhafte, nicht an Rufnummernbereichen, sondern an typischen Nutzungsmustern orientierten Definition von Premium-Diensten müssten etwa Voting-Calls der Nutzung eine Tarfansage vorschalten. Damit aber wird sich die Verkehrslast dieser Dienste um ein Vielfaches erhöhen, was technisch mit den bestehenden Kapazitäten nicht abzubilden wäre. Außerdem herrscht im betreffenden Markt ein starker Wettbewerb mit knapp kostendeckenden Preisen. Die durch Ansagen künstlich geschaffene zusätzliche Verbindungsdauer wird daher massive Preiserhöhungen erzwingen. Der vermeintliche Kundenschutz führt hier also dazu, beliebte und praktisch beschwerdefrei angebotene Dienste künstlich zu verteuern.

Vodafone plädiert daher dafür, echte Massenverkehrsdienste sowie Premium-Dienste sauber in ihren Definitionen zu trennen und die Gleichstellung beider wieder zu streichen.

c. Preisanzeige (§ 107 TKG-DiskE)

Aus den gleichen Gründen wie vorstehend unter b. ist nicht nachzuvollziehen, warum die Preisgrenze von 2,00 Euro gestrichen wurde. Auch hier besteht insbesondere kein Bedarf an einer Ausweitung der Transparenz, welcher mit einer sinnvollen Regelung der Preisangabe (§ 106 TKG-DiskE) ausreichend und viel besser Rechnung zu tragen wäre.

Darüber hinaus bringt die sog. Handshake-Regelung am Ende des Absatzes 1 zusätzliche, praktisch nicht mehr zu erfüllende Verpflichtungen für Anbieter mit sich. Die Regelung fordert, dass für Kurzwahl-Datendienste nicht mehr nur der Preis angezeigt werden muss. Vielmehr muss noch eine Bestätigung des Nutzers hinsichtlich des Erhalts der Informationen abgewartet werden. In der Praxis ist das Nutzungsverhalten solcher Dienste vor allem durch eine mehrfach wiederholte Inanspruchnahme geprägt. Welchen Sinn – insbesondere bei Massenverkehrsdiensten – eine mehrfache Bestätigung bereits bekannter und bestätigter Informationen bringen soll, erschließt sich nicht und wird vom Entwurf auch nicht angesprochen. Praktisch führt diese Regelung also nicht zu einem Mehr an Kundenschutz, sondern hindert nur eine praktikable Nutzung. Darüber hinaus führt der Versand zusätzlicher Nachrichten zur Bestätigung zu einer er-



heblichen Kostensteigerung. Dies wird namentlich bei Voting-Diensten (etwa bei Eurovision Song Contest), die heute schon nur kostendeckend angeboten werden, zu nachhaltigen Preissteigerungen oder Vergütungskürzungen.

3. Preishöchstgrenzen (§ 109 TKG-DiskE)

Gegenüber dem bestehenden Recht senkt der Diskussionsentwurf die regulierten Höchstpreise durchgehend um **ein Drittel** ab. Der Entwurf begründet dies damit, dass Nutzer damit vor unerwartet hohen Kosten geschützt werden sollen. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum einerseits vermeintliche Lücken in der Preistransparenz (§§ 106 bis 108 TKG-DiskE) geschlossen werden sollen, aber auf der anderen Seite mit „versteckten“ oder „unerwarteten“ Kosten argumentiert wird. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, nach welchem Maßstab die willkürlich erscheinende Kürzung erfolgt ist.

Tatsache ist jedenfalls, dass ein Schutzbedarf heute in der Praxis nicht erkennbar ist. Die Erfahrungen mit den bisherigen Höchstgrenzen zeigen, dass diese Preise auf Endnutzerseite als angemessen betrachtet werden und eine rege Nutzung solcher Angebote zulassen. Sie stellen insgesamt einen sinnvollen Ausgleich zwischen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Anbieter und dem Schutz der Nutzer vor finanzieller Überforderung dar. Die Endnutzer werden schließlich umfassend durch die scharfen Transparenzvorgaben zu Preisangabe, Preisansage und Preisanzeige weitestmöglich geschützt.

Des Weiteren ist nicht erkennbar, warum der Diskussionsentwurf nunmehr Kombinationstarife aus zeitabhängigen und zeitunabhängigen Leistungsanteilen verbieten möchte. Weder sind diese Dienste intransparent noch missbrauchsanfällig. Diese Angebote sind in der Praxis vielmehr sehr verbreitet, wobei die langjährigen Erfahrungen zeigen, dass es – entgegen der pauschalen und nicht belegten Behauptung in der Begründung – nur sehr selten Beanstandungen gibt. Das Verbot wird letztlich nur dazu führen, dass die angebotenen Dienste auf zeitabhängige oder zeitunabhängige Tarife umstellen und die höheren Risiken sich in deutlich höheren Tarifen als heute niederschlagen. Außerdem ist der Aufwand, der insbesondere für die zunehmende Vornahme von Vorab-Legitimationen gem. Abs. 6 anfällt, mehr als nur erheblich und letztlich sowohl für Anbieter als auch Endkunden unzumutbar.

Schließlich untersagt § 109 Abs. 7 TKG-DiskE Geschäftsmodelle, von denen auch angesichts der Begründung völlig unklar bleibt, was genau untersagt werden soll. Der verwendete Begriff „rufnummernbasierte Dauerschuldverhältnisse“ wird an keiner Stelle im Gesetz definiert und bleibt insofern völlig konturenlos; eine Konkretisierung in der Gesetzesbegründung genügt angesichts der Wortwahl jedenfalls nicht. Ohne nähere Erläuterung kann er jedenfalls ohne Weiteres sehr weit verstanden werden, im Extremfall sogar dahin, dass **jegliche** Dauerschuldverhältnisse, die unter Bezug auf eine Rufnummer abgerechnet werden, untersagt sind. Ein so weitreichender Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit kann nicht mit einem so unklaren Begriff erfolgen, da es Anbietern zumindest möglich sein muss, die Zulässigkeit ihrer Geschäftsmodelle sinnvoll abzuschätzen. Darüber hinaus erscheint es widersinnig, gängige und in keiner Weise missbrauchsanfällige Geschäftsmodelle wie Preselection und Call-by-Call zu verbieten.

4. Rufnummernübermittlung (§ 117 TKG-DiskE)

Die insgesamt überarbeitete Regelung zur Rufnummernübermittlung sieht völlig neue Pflichten der Anbieter vor, die im Ergebnis langwierige und aufwändige Änderungen an den TK-Netzen und anderen Systemen erfordern werden. Darüber hinaus werden bestehende und geplante Produktgestaltungen „mit einem Federstrich“ unmöglich gemacht. Dieser außergewöhnlich tiefgreifende Eingriff ist nicht durch Verweis auf eine lange bekannte Missbrauchsproblematik zu rechtfertigen. Die Folgen der Versäumnisse bei der Findung einer gemeinsamen, europaweiten Regelung für diese Problematik dürfen nicht einfach auf die TK-Anbieter abgewälzt werden. Diese haben im vergangenen Jahr vielmehr einen Vorschlag vorgelegt,



der deutlich schonendere Maßnahmen vorsieht, die nicht nur besseren Missbrauchsschutz bieten, sondern die Auswirkungen auf Geschäftsmodelle minimiert. Warum der Diskussionsentwurf jedwede Auseinandersetzung mit diesem detailliert begründeten Vorschlag vermissen lässt, ist nicht nachzuvollziehen.

5. Rechnungslegungs- und Inkassoverbot (§§ 113 Nr. 9, 120 Abs. 5 TKG-DiskE)

Die Ergänzungen zum Rechnungslegungs- und Inkassoverbot (im Folgenden „RIV“) setzen aus Sicht der Vodafone völlig falsche Akzente für die Missbrauchsbekämpfung. Der Entwurf enthält zwar sinnvolle Ansätze, die aber allenfalls halbherzig bleiben. Die eigentlich notwendigen Änderungen, die seit längerem von der Branche diskutiert werden, werden entweder gar nicht aufgegriffen oder ins Gegenteil verkehrt. Abgesehen davon, dass erhebliche Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des EU-Kodex bestehen, plädiert Vodafone eindringlich dafür, die vorgesehenen Änderung völlig zu überdenken und in ein sinnvolles und vor allem ausgewogenes System der Missbrauchsbekämpfung zu überführen.

Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass die bisher ungeklärte Wirkung von RIV mit § 113 Nr. 9 TKG-DiskE eine Klarstellung erfährt. Die Rechtsprechung hat bislang zu Recht mangels anderslautender gesetzlicher Vorgabe eine zivilrechtliche Wirkung der klar hoheitlich geprägten RIV verneint. Dies hat dazu geführt, dass zivilrechtlich durchsetzbare Ansprüche kraft behördlicher Auflage nicht erfüllt werden durften – ein widersprüchliches Ergebnis, für das eine Lösung bislang nicht gefunden werden konnte. Allerdings erscheint es unerklärlich, dass diese gesetzliche Regelung nach ihrem klaren Wortlaut nur auf das Verhältnis zwischen TK-Anbieter und Endkunden beschränkt bleiben soll und es für das Verhältnis von Anbietern untereinander im Umkehrschluss bei der nicht praktikablen Lösung bleibt. Dies ist umso bedenklicher, als sich in der Praxis das sog. Auszahlungsverbot, mit welchem Zahlungen unter den TK-Anbietern unterbunden werden können, für die Missbrauchsbekämpfung als weitaus bedeutsamer erwiesen hat. Dieses Instrument kann – so es denn richtig angewendet, insbesondere **rechtzeitig** erlassen wird – Zahlungsströme unterbrechen und damit verhindern, dass Missbrauchstäter die Früchte ihrer Taten erhalten. RIV im Verhältnis zum Endkunden sind dafür hingegen ungeeignet, da sie ohne rechtzeitiges Auszahlungsverbot nur eine Schadensverlagerung erreichen, aber den Missbrauch nicht bekämpfen – sie führen im Gegenteil sogar dazu, dass Missbrauch deutlich einfacher und wahrscheinlicher wird (dazu unten).

Das eigentliche Problem der Missbrauchsbekämpfung besteht in der Praxis darin, dass Auszahlungsverbote beinahe ausnahmslos zu spät kommen, um eine Zahlung unter den beteiligten Anbietern zu verhindern und faktisch keine Möglichkeit besteht, diese Gelder im Verhältnis der Anbieter untereinander wieder zurückzufordern. Gerade durch die Tatsache, dass die meisten Missbrauchsfälle unter Auslandsberührung stattfinden, sind entsprechende Gelder bei Erlass eines Auszahlungsverbotes bereits nicht einmal mehr aufzuspüren, geschweige denn zurückzufordern. Nicht einmal innerhalb der EU ist es möglich, Auszahlungsverbote insoweit Anerkennung zu verschaffen oder die branchenüblichen Zahlungsfristen anzupassen. Leider drängt die Branche seit langem erfolglos auf eine europaweit einheitliche Regelung dieser Problematik.

Die breit angelegten und intensiven Bemühungen der TK-Branche, gemeinsam mit der BNetzA die bereits heute schon hochentwickelten Präventionsmechanismen zu verbessern, werden durch den Diskussionsentwurf nicht nur konsequent ignoriert, sondern nachhaltig behindert. Die mit § 120 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 TKG-DiskE geschaffene Möglichkeit, ohne nähere Begründung auch bereits gezahlte Entgelte an Endkunden zurückzugewähren, führt im Zusammenspiel mit der fortbestehenden Problematik zu spät kommender Auszahlungsverbote dazu, dass unter dem Strich Missbrauchsfälle zwar nicht bekämpft, aber der entstehende Schaden ausschließlich auf die TK-Anbieter abgewälzt wird. Die obligatorische Entlastung der Endnutzer von den Risiken eines Rufnummernmissbrauchs führt aber absehbar dazu, dass die heute schon geringe Bereitschaft der Endkunden, grundlegende Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, völlig erlischt. Die entstehende Lücke in der Prävention ist durch die TK-Anbieter nicht zu schließen, soll ihnen aber als finanzielle Zusatzbelastung aufgebürdet werden.



In rechtlicher Hinsicht wirft nicht nur die greifbare Unausgewogenheit dieser Regeln Bedenken auf. Auch rechtssystematisch erscheint es in höchstem Maße fragwürdig, eine als Gefahrenabwehrmaßnahme konzipierte Eingriffsbefugnis zu einer reinen schadensverlagernden Verbraucherschutznorm auszuweiten. Zwar ist dem deutschen Recht die zivilrechtliche Wirkung behördlicher Entscheidungen gerade im TKG nicht fremd. Dennoch werden solche Maßnahmen zu Recht immer mit strengen Verfahrensvorgaben und Prüfkriterien flankiert, von denen vorliegend aber jeder Anklang fehlt. Ohnedies wäre eine heute überwiegend bis ausschließlich verbraucherschützende Norm im dafür vorgesehenen Teil 3 des TKG zu verankern.

Darüber hinaus steht das System der Rechnungslegungs- und Inkassoverbote nach Ansicht der Vodafone aber auch nicht im Einklang mit den inhaltlichen Vorgaben des EU-Kodex. Für eine dem Verbraucherschutz zuzuordnende Norm wäre insoweit der Vollharmonisierungsgrundsatz des Art. 101 Abs. 1 EU-Kodex zu beachten, der Verbraucherschutzvorschriften nur bei entsprechender Ermächtigung erlaubt. Selbst wenn man annähme, dass der nicht in den Verbraucherschutzvorgaben eingeordnete Art. 97 Abs. 2 EU-Kodex eine hinreichende Grundlage für behördliche Eingriffe in Zahlungspflichten usw. erlaubt, widersprechen ihm die vorgesehenen Regelungen ganz offensichtlich. In Art. 97 Abs. 2 EU-Kodex heißt es wörtlich:

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden von den Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze oder öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste verlangen können, dass sie den Zugang zu bestimmten Rufnummern oder Diensten im Einzelfall sperren, soweit dies wegen Betrugs oder Missbrauchs gerechtfertigt ist, und dass sie ferner verlangen können, dass Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste in diesen Fällen die entsprechenden Zusammenschaltungs- oder sonstigen Dienstentgelte einbehalten.

Diese Vorschrift, die nur vom „Einbehalten“ von Entgelten spricht, erfährt eine nähere Erläuterung durch Erwägungsgrund 254 S. 6 des EU-Kodex:

(254) ... Wenn Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste Zusammenschaltungs- oder sonstige Dienstentgelte aufgrund von Betrug oder Missbrauch einbehalten, sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die einbehaltenen Dienstentgelte den von dem jeweiligen Betrug oder Missbrauch betroffenen Endnutzern – sofern möglich – erstattet werden.

Hier wird unmissverständlich klargestellt, dass einbehaltene Entgelte (also solche, die aufgrund eines Auszahlungsverbot nicht abgeflossen sind) den betroffenen Endkunden erstattet werden sollen. Dort ist indes nicht die Rede davon, dass den Endnutzern die Entgelte in jedem Falle erstattet werden sollen. Beiden Vorgaben stellen auf ein „Einbehalten“ von Entgelten ab, nicht jedoch auf ein „Entschädigen“ von Endkunden. Der EU-Kodex zielt hier sinnvoller Weise ausschließlich darauf ab, Missbrauchsbekämpfung durch Entgelteinbehalte (Austrocknen von Zahlungsflüssen) zu erlauben. Eine Schadensverlagerung zu Gunsten von Endkunden sieht er hingegen nicht vor.

Düsseldorf, 20. November 2020