

**Ergänzende Stellungnahme des Bundesverbands
Breitbandkommunikation e. V. (BREKO) zum Referentenentwurf zur
Modernisierung des TK-Rechts (TKMoG) von BMWi und BMVI vom
09.12.2020**

I. Einleitung

Mit Schriftsatz vom 20.11.2020 hat der Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO e. V.) den „Diskussionsentwurf“ von BMWi und BMVI zur Modernisierung des TK-Rechts (TKMoG) ausführlich kommentiert. Unter dem 09.12.2020 haben die Ministerien auf der Basis des „Diskussionsentwurfs“ nunmehr einen Referentenentwurf erstellt und für eine sehr kurzfristig zu übersendende weitere Kommentierung veröffentlicht.

Da der Referentenentwurf auf der Grundlage des zuvor veröffentlichten „Diskussionsentwurfs“ erarbeitet worden ist und mit diesem weitgehend übereinstimmt, halten wir an unserer ausführlichen Stellungnahme vom 20.11.2020 vollumfänglich fest und werden im Folgenden zum Referentenentwurf ergänzend Stellung nehmen. Unsere Stellungnahme vom 20.11.2020 fügen wir als **Anlage 3** nochmals bei, um sie auch „offiziell“ in das Beteiligungsverfahren nach § 47 GGO einzubringen.

Hervorheben möchten wir die konkreten Formulierungsvorschläge und ausführlichen Gesetzesbegründungen von Herrn Professor Dr. Thomas Fetzer (Universität Mannheim). Der erste Formulierungsvorschlag betrifft die Regelung des Universaldienstes, einschließlich des Rechts auf schnelles Internet (**Anlage 1**). Der Zweite enthält einen Vorschlag zur gesetzgeberischen Umsetzung unseres Konzepts zur zukünftigen Ausgestaltung der „Umlagefähigkeit von VHC-Anschlüssen“ (**Anlage 2**). Beides werden wir im Folgenden erläutern und dieser ergänzenden Stellungnahme als Anlagen beifügen.

Die zentrale Aufgabe des neuen Rechtsrahmens wird darin liegen, ein optimales regulatorisches Umfeld für Investitionen in echte Glasfasernetze (FTTB/FTTH) zu schaffen und den anstehenden technologischen Wandel von den Kupfernetzen auf echte Glasfasernetze zu gestalten. An diesem Anspruch muss sich der Referentenentwurf zum TKMoG (im Folgenden „Ref-E“) messen lassen. Auch wenn wir konzedieren, dass der Referentenentwurf an einigen Stellen Verbesserungen im Vergleich zum „Diskussionsentwurf“ enthält und offenbar auch einige Anregungen und

Argumente aus unserer Stellungnahme vom 20.11.2020 aufgreift, so ist doch insgesamt festzustellen, dass der Referentenentwurf gerade in sehr wichtigen Punkten das Potenzial für eine moderne, investitionsfreundliche und zukunftsgestaltende Regulierung für den zügigen Aufbau von Glasfasernetzen und die Migration von Kupfer auf Glasfaser bei Weitem nicht ausschöpft und hinter dem zurück bleibt, was für einen kräftigen gesetzgeberischen Impuls für Glasfaserinvestitionen und die notwendige Rechts- und Planungssicherheit der Unternehmen erforderlich wäre.

Dies betrifft nicht ausschließlich, aber vor allem die genannten Punkte, zu denen wir im Weiteren noch einmal in Ergänzung zu unserer Stellungnahme vom 20.11.2020 ausführen:

- Gerade im System der Verpflichtungszusagen wird der **Nichtdiskriminierungsverpflichtung** noch eine wichtigere Funktion als bisher schon zuteil werden. Um die Auseinandersetzungen zwischen dem marktmächtigen Unternehmen und seinen Vorleistungsnachfragern, die die Kupferwelt 20 Jahre lang geprägt haben, in der Glasfaserwelt zu vermeiden - und im Sinne einer modernen Nichtdiskriminierungsregulierung - sollte daher mindestens im Bereich der Verpflichtungszusagen für VHC-Netze die **„Gleichwertigkeit des Inputs“ (Equivalence of Input „Eol“) als Prinzip im Gesetz festgeschrieben** werden.
- Bezüglich der **Kupfer-Glas-Migration** enthält § 32 Ref-E im Vergleich zum „Diskussionsentwurf“ einige Verbesserungen. Jedoch sind der **Gestaltungsauftrag und die entsprechenden Kompetenzen für die BNetzA** zur Erarbeitung und Festlegung eines – in einem konkreten Verfahren gemeinsam mit der Branche zu findenden - umfassenden und betreiberübergreifenden **Migrationskonzepts** noch immer nicht im Referentenentwurf verankert. Ein wesentlicher Teil dieses Migrationskonzeptes muss dabei die **Stabilität der Entgelte für die kupferbasierten Vorleistungen der Telekom** für die Zeit des Übergangs von Kupfer- auf Glasfasernetze sein, die auch im Referentenentwurf noch nicht ausreichend gesetzgeberisch abgesichert ist.
- Die Regelungen zum Thema **„Universaldienst/Recht auf schnelles Internet“** im Referentenentwurf haben im Vergleich zum „Diskussionsentwurf“ vom 06.11.2020 kaum eine Überarbeitung erfahren. Dies bedeutet, dass das eklatante **Umsetzungsdefizit zum „Ultima-Ratio“-Konzept in Art. 86 EECC bisher nicht behoben** worden ist. Hier wäre zum einen klarzustellen, dass **alle Technologien im Rahmen der Prüfung einer möglichen Unterversorgung**

zu betrachten sind. Zum anderen wäre zwingend eine Regelung aufzunehmen, die den **Vorrang aller anderen Abhilfemaßnahmen – und insbesondere die vorgeschaltete Durchführung eines Förderverfahrens** – umsetzt.

- Zwar ist die die Übergangsfrist zur **Umlagefähigkeit der Kosten für den Breitbandanschluss** bei der Betriebskostenabrechnung in § 2 Nr. 15 BetrKVO auf zwei Jahre nach Inkrafttreten des TKMoG verkürzt worden, jedoch werden die erheblichen Investitionsanreize, die mit der Umlagefähigkeit verbunden werden könnten, nicht genutzt. Der BREKO hat daher einen Vorschlag für eine **moderne Umgestaltung der Umlagefähigkeit** erarbeitet, der auf **Investitionsanreizen** für den zügigeren Ausbau von Glasfasernetzen und der **Herstellung eines stärkeren Wettbewerbs und einer größeren Dienstvielfalt durch einem offenen Netzzugang** basiert. Wir schärfen dieses Konzept nunmehr durch einen **konkreten Formulierungsvorschlag (einschließlich Begründung)**, der von Herrn Professor Dr. Thomas Fetzer (**Universität Mannheim**) erarbeitet worden ist. Der Formulierungsvorschlag sieht eine gesetzliche Regelung in § 69 Ref-E vor, an den § 2 Nr. 15 BetrKVO anknüpft.
- Schließlich fehlt im Referentenentwurf weiter eine Regelung, durch die der **Grundsatz des „Vorrangs der besseren Technologie“ als Prinzip für die Nutzung des (Kupfer-)Gebäudenetzes festgeschrieben** und die bisher wenig innovative und nicht investitionsfreundliche Spruchpraxis der BNetzA zu dieser Thematik korrigiert wird. Andernfalls droht hier eine erhebliche Bremse für FTTB-Investitionen.

Weitere ergänzende Ausführungen werden wir zu einigen Aspekten der in unserem Schriftsatz vom 20.11.2020 noch nicht behandelten Themen des Kundenschutzes (insofern verweisen wir aber weitgehend auf das Verbändepapier vom 20.11.2020), des manuellen Auskunftsverfahrens nach § 171 Ref-E und der Verbindlichkeit von Ausbauszusagen nach § 152 Abs. 5 Ref-E machen.

II. Moderne Glasfaserregulierung

1. Anforderungen an Verpflichtungszusagen - „EoI“ als Prinzip der Nichtdiskriminierungsverpflichtung

Wie bereits mehrfach dargelegt, erfordert die im Vergleich zum Kupfernetz deutlich andere Markthistorie bzw. Marktstruktur bei den Glasfasernetzen einen dies-

bezüglichen regulatorischen Paradigmenwechsel und ein grundsätzlich anderes Regulierungsinstrumentarium.

Es ist daher zu begrüßen, dass der Referentenentwurf die Regelungen der Art. 76 und 79 EECR konsequent umsetzt und freiwillige Open-Access-Angebote in Form von Verpflichtungszusagen ins Zentrum der Regulierung von VHC-Netzen marktmächtiger Betreiber stellt. Werden aber damit einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bei Glasfasernetzen im Vergleich zur Kupferregulierung deutlich weniger regulatorische Leitplanken gesetzt, ist es wichtig diese Leitplanken hinreichend genau zu bestimmen. § 16 Abs. 3 Ref-E schreibt als notwendigen Inhalt einer Verpflichtungszusage sowohl gegenüber möglichen Ko-Investitionspartnern des marktmächtigen Unternehmens (Abs. 3 Nr. 2a) als auch gegenüber Vorleistungsnachfragern, die keine Ko-Investoren sind (Abs. 3 Nr. 4) „nicht-diskriminierende Bedingungen“ vor. Der Begriff der „Nichtdiskriminierung“ wird aber weder im Gesetz selbst noch in der Gesetzesbegründung weiter konkretisiert.

Der BREKO regt hier dringend an, **EoI** als Prinzip der Nichtdiskriminierung im Rahmen von Verpflichtungszusagen festzuschreiben. Das bedeutet, dass Ko-Investitionspartner bzw. Vorleistungsnachfrager auf exakt dieselben Systeme, Ressourcen (insbesondere Technikerressourcen), Datenbanken, Planungstools, Verfahren und Geschäftsprozesse zu den gleichen Entgelten zurückgreifen können wie der Retailbereich des marktmächtigen Unternehmens. Im Gegensatz dazu setzt der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bei einem „EoO-Modell“ („Gleichwertigkeit des Outputs“) spezielle Systeme, Prozesse und Ressourcen für die Vorleistungsnachfrager auf.

In der EU-Empfehlung *„Empfehlung über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen“* (2013/466/EU vom 11.09.2013) hat die EU-Kommission die beiden möglichen Nichtdiskriminierungsmodelle miteinander verglichen und ist dabei – insbesondere unter den Gesichtspunkten der Transparenz und der Informationssymmetrie – zu dem klaren Ergebnis gekommen, dass das EoI-Modell den deutlich besseren und effektiveren Schutz vor Diskriminierung bietet, als ein EoO-Ansatz (insbesondere Erwägungsgrund 13). Wir haben die diesbezüglichen Ausführungen der Kommission bereits in unserer Stellungnahme zum Diskussionsentwurf vom 20.11.2020 ausführlich dargestellt, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen hier verwiesen werden soll.

Der Befund der Kommission deckt sich aber mit den Erfahrungen der Vorleistungsnachfrager der Telekom Deutschland bei Kupferprodukten. Diesbezüglich basiert das Diskriminierungsverbot ausschließlich auf dem EoO-Prinzip, was in den

gerade in den Bereichen Planung, Bereitstellung und Entstörung in den vergangenen 20 Jahren immer wieder zu erheblichen Diskriminierungen und langwierigen Streitigkeiten zwischen der Telekom Deutschland und ihren Vorleistungsnachfragern geführt hat. Die Etablierung einer modernen Regulierung für Glasfasernetze marktmächtiger Betreiber und die ohnehin notwendige Anpassung von IT-Systemen und Prozessen sollten nunmehr der Anlass sein, das alte EoO-System nicht fortzuschreiben, sondern Diskriminierungsfreiheit im Sinne EoI-Prinzips zu definieren.

Für andere Netzwirtschaften, z. B. den Energiesektor, ist der EoI-Grundsatz schon länger festgeschrieben. Auch das erste große Ko-Investitionsprojekt im Glasfaserbereich, die „Glasfaser Nordwest“ bietet ihre Vorleistungen auf der Basis von EoI an.

2. Berechenbarkeit der Regulierungsintensität für sonstige kommerzielle Angebote

Genügt eine im Rahmen eines Ko-Investitionsprojektes abgegebene Verpflichtungszusage den Anforderungen des § 16 Abs. 3 Ref-E und erklärt die BNetzA die Verpflichtungszusage für verbindlich, so sieht § 11 Abs.4 S.2 Ref-E obligatorisch den Verzicht auf die Auferlegung weiterer regulierungsaufgaben bzw. deren Widerruf vor, sofern ein Ko-Investitionspartner das Angebot annimmt. Dies ist zu begrüßen, da die Regulierungsintensität in diesem Fall durch den Umfang der Verpflichtungszusage bestimmt wird und das Unternehmen seine regulatorischen Verpflichtungen frühzeitig vorhersehen und in seinen Planungen berücksichtigen kann.

Anders verhält es sich in den Konstellationen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen keinen Ko-Investitionspartner findet bzw. aus anderen Gründen kein Ko-Investitionsprojekt aufsetzen möchte, aber im Rahmen einer „kommerziellen Vereinbarung“ in Sinne des §16 Abs.1 Nr. 1 Ref-E bereit ist, eine Verpflichtungszusage nach den Maßstäben des § 16 Abs. 3 Ref-E abzugeben. In diesem Fall sieht der Referentenentwurf lediglich eine „Berücksichtigung“ der Verpflichtungszusage durch die BNetzA vor. Dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht in einem VHC-Markt, der lediglich eine „kommerzielle Vereinbarung“ anbieten kann bzw. anbieten möchte, wird somit nicht annähernd das gleiche Maß an Rechts- und Planungssicherheit zuteil, wie den Anbietern eines Ko-Investitionsprojekts. Zwar mag eine gewisse Differenzierung beider Sachverhalte gerechtfertigt sein, weil das Ko-Investitionsangebot die intensivere Form der Wettbewerbsöffnung ist, allerdings sollten auch marktmächtige Unternehmen, die ihr Netz im Rahmen kommerzieller (Open-Access-)Vereinbarungen öffnen und bereit

sind, eine Verpflichtungszusage nach den Maßstäben des § 16 Abs. 3 Nr. 4 Ref-E abzugeben, ein höheres Maß an Rechts- und Planungs-sicherheit zugute kommen.

Der BREKO regt daher eine Ermessensstrukturierung dergestalt an, dass die BNetzA in Fällen, in denen ein im VHC-Markt marktbeherrschendes Unternehmen im Rahmen einer als Verpflichtungszusage nach den Maßstäben des § 16 Abs. 3 Ref-E ausgestalteten und von der BNetzA anerkannten kommerziellen (Open-Access)-Vereinbarung anbietet, von weiteren Regulierungsaufgaben absehen „soll“.

3. Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungszusage

In unserer Stellungnahme vom 20.11.2020 hatten wir darauf hingewiesen, dass im „Diskussionsentwurf“ keine Regelung für den Fall vorgesehen war, dass eine für verbindlich erklärte Verpflichtungszusage des marktmächtigen Unternehmens nicht eingehalten wird. Hier bietet der Referentenentwurf jetzt insoweit eine Verbesserung, als dass die BNetzA nach § 13 Abs. 2 Satz 2 Ref-E Verpflichtungen (wieder-) auferlegen kann. Unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten könnte zusätzlich daran gedacht werden, den Widerruf von Regulierungsaufgaben im Zuge der Abgabe einer Verpflichtungszusage seinerseits mit einem Widerrufsvorbehalt zu versehen.

III. Kupfer-Glas-Migration

1. Ausgestaltung des Verfahrens nach § 32 Ref-E

Mit Blick auf die Regelungen zur Migration vom Kupfer- auf Glasfasernetze der Telekom Deutschland enthält der Referentenentwurf gegenüber dem „Diskussionsentwurf“ zwei signifikante Verbesserungen.

Zum einen ist die Rechtsfolge in § 32 Abs. 5 Ref-E keine gebundene Entscheidung der BNetzA mehr, nach der das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei Vorliegen der Bedingungen des Absatzes 4 Satz 2 und 3 (ist wohl gemeint und wäre in Absatz 5 noch redaktionell anzupassen) aus den regulatorischen Verpflichtungen für das zur Außerbetriebnahme vorgesehene Netz zwingend zu entlassen ist. Vielmehr besteht – nunmehr konform zur Regelung in Art. 81 EECC – diesbezüglich ein Ermessen der BNetzA.

Zum anderen werden mit dem durch den Referentenentwurf neu eingeführten Absatz 3 Informations- und Beteiligungsrechte der „interessierten Parteien“ begründet. Dies ist wichtig, weil sowohl die Vorleistungsnachfrager des marktmächtigen Unternehmens als auch dessen Wettbewerber durch die Migration erheblich betroffen

sind und sie und ihre Belange im Verfahren nach § 32 Ref-E vertreten sein und berücksichtigt werden müssen.

2. Notwendigkeit eines umfassenden Migrationskonzeptes

Wie wir bereits in unserer Stellungnahme vom 20.11.2020 ausführlich dargelegt haben, wäre es verkürzt und für den Ausbau von Glasfasernetzen ausgesprochen schädlich, wenn die Migrationsthematik regulatorisch ausschließlich auf die Netze der Telekom reduziert würde. Anders als bei der weitgehenden Monokultur des Kupfernetzes ist der Ausbau von Glasfasernetzen in Deutschland vielfältig und wird stark durch regionale und lokale Initiativen getrieben. Daher ist auch die Thematik zu erörtern und zu lösen, wie mit dem Kupfernetz in Glasfaser-Ausbaugebieten von Wettbewerbern der Telekom zu verfahren ist.

Bleibe diese Frage ungelöst, so würden sich in den Glasfaser-Ausbaugebieten der Telekom und den Glasfaserausbaugebieten alternativer Betreiber strukturell unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen etablieren und ein erhebliches Marktmachtübertragungspotenzial zugunsten der Telekom geschaffen. Während die Telekom durch eine entsprechende Migrationsstrategie und die am Ausbaustand des eigenen Glasfasernetzes orientierte Außerbetriebnahme ihres Kupfernetzes sowohl ihre eigenen Endkunden als auch die ihrer Vorleistungsnachfrager auf das eigene Glasfasernetz ziehen und auf diese Weise schnell für eine hohe Netzauslastung sorgen könnte, müssten sich die alternativen Glasfaserausbauer in ihren Ausbaugebieten möglicherweise noch längerfristig mit dem (ggf. mit Vectoring, Super-Vectoring oder G.fast ausgerüsteten) Kupfernetz der Telekom auseinandersetzen. Sie würden also für eine vergleichbar gute Auslastung strukturell länger benötigen. Die Netzauslastung ist aber ein wesentlicher Faktor für den Erfolg eines Business-Cases und hat erhebliche Auswirkungen auf Amortisationszeiträume und neue Investitionsmittel. Da sich die Glasfasernetze in den Ausbaugebieten der Telekom aufgrund des Wegfalls der Kupfernetze und der daraus resultierenden - von Anfang an hohen - Netzauslastung schneller rechnen würden, als die Glasfasernetze alternativer Betreiber, könnte die Telekom aus ihrer Stellung als marktmächtiges Unternehmen im Kupfernetz erhebliche Wettbewerbsvorteile beim Ausbau von Glasfasernetzen und ein erhebliches Marktmachtübertragungspotenzial generieren.

Zwar bestehen auch ansonsten strukturelle Unterschiede zwischen Ausbaugebieten, etwa durch unterschiedliche Topografien – diese jedoch resultieren nicht aus den strategischen Optionen eines marktmächtigen Unternehmens.

Zwingend erforderlich ist daher ein umfassendes Migrationskonzept, das allgemeine und gleiche Spielregeln für eine Außerbetriebnahme (oder eben die dauerhafte

Beibehaltung) des Kupfernetzes festlegt. Wird der Telekom gestattet, in ihren eigenen Glasfaser-Ausbaugebieten das Kupfernetz außer Betrieb zu nehmen, so muss es eine entsprechende Option auch für die Glasfaser-Ausbaugebiete alternativer Betreiber geben, sofern das dort ausbauende Unternehmen dies wünscht und bereit ist, einen zu den Vorleistungsangeboten der Telekom gleichwertigen „Open Access“ anzubieten.

Dabei geht es nicht um irgendeine Form der „Enteignung“ der Deutschen Telekom AG, die auch aus der Sicht des BREKO verfassungsrechtlich höchst problematisch wäre. Vielmehr ist in einem durch die BNetzA einzuleitenden und moderierten Verfahren unter Mitwirkung der gesamten Branche (natürlich einschließlich der Telekom) ein umfassendes Migrationskonzept mit gleichen Spielregeln für alle Glasfaser-Ausbaugebiete in Deutschland zu entwickeln. Hierzu bedarf es einer gesetzlichen Zuweisung dieser Aufgabe an die BNetzA, der gesetzlichen Ausgestaltung der wesentlichen Grundzüge des Verfahrens und der Ausstattung der BNetzA mit entsprechenden Kompetenzen im neuen TKG.

Die Ermessensentscheidung der BNetzA nach § 32 Abs. 5 Ref-E bzgl. einer Außerbetriebnahme von Teilen des Kupfernetzes kann und sollte dabei auch wesentlich von der konstruktiven Mitwirkung der Telekom am Prozess zur Festlegung des Migrationskonzepts und dessen Ergebnis abhängig gemacht werden.

Der BREKO wird bezüglich der Aufgabenzuweisung an die BNetzA zeitnah einen Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung vorlegen.

3. Entgeltstabilität als Teil des Migrationsprozesses

Ein wesentlicher Aspekt des Migrationsprozesses ist die Sicherung stabiler Entgelte für die kupferbasierten Vorleistungen der Telekom. Da sich im Zuge der Migration auf Glasfasernetze die Abnahmemengen für die kupferbasierten Vorleistungen der Telekom reduzieren, kommt es zu höheren Stückkosten und damit zu höheren Preisen für diese Leistungen. Wir haben diese Problematik bereits ausführlich in unserer Stellungnahme vom 20.11.2020 zum „Diskussionsentwurf“ adressiert, so dass auf die dort gemachten Ausführungen weitgehend verwiesen werden kann.

Ein mögliches Instrument zur Entgeltstabilisierung findet sich nunmehr in § 40 Abs. 3 Nr. 5 Ref-E, wonach die BNetzA bei der Festlegung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Rahmen der KEL-Regulierung „*die Methode der Kommission zur Schätzung der gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (WACC)*“ berücksichtigt. Daraus würde - jedenfalls derzeit - ein entgeltreduzierender

Effekt resultieren und somit im Ergebnis ein Korrektiv zum entgelterhöhenden Effekt der sinkenden Abnahmemengen bestehen. Allerdings hat die erkennende Beschlusskammer auch schon bei ihren letzten Entscheidungen den von der Kommission ermittelten WACC berücksichtigt, allerdings nicht in vollem Umfang, was im Ergebnis zu weiteren Entgelterhöhungen geführt hat. Insofern müsste diesbezüglich noch eine weitergehende gesetzliche Vorstrukturierung erfolgen.

Anstelle einer Fortführung der KEL-Regulierung für die Kupfernetze wäre die, in unserer Stellungnahme vom 20.11.2020 (S. 14 ff.) in Anlehnung an die EU-Empfehlung 2013/466/EU ausführlich beschriebene Methodik der Festlegung eines Ausgangsentgeltniveaus nach objektiven Maßstäben richtig. Mit Blick auf eine langfristige Preistabilität für herkömmliche Kupferkabelnetze, sollte das Kupferentgelt in der Folge nur noch unter Anwendung eines Preisindex angepasst werden. Hierzu könnte der harmonisierte Verbraucherpreisindex (HVPI) herangezogen werden, der von Eurostat auf der Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 2016/792 nach unionsweit einheitlichen Regeln berechnet und veröffentlicht wird.

IV. Universaldienst

1. Einleitung

Der Themenkomplex des Universaldienstes wird in den §§ 153ff. Ref-E gegenüber den Regelungen im Geltenden grundsätzlich neu ausgestaltet. Die Maßstäbe ergeben sich dabei aus den Art. 83 ff. der Richtlinie (EU)2018/1972 (EECC). Allerdings wird das gemeinschaftsrechtliche Konzept des Universaldienstes als „Ultima Ratio“ im Referentenentwurf nicht korrekt umgesetzt.

Gleichzeitig soll auch der im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD verankerte Rechtsanspruch auf einen schnellen Internetzugang in den Regelungen zum Universaldienst umgesetzt werden. Der BREKO hätte diesbezüglich eine Lösung im Rahmen einer Anreizregulierung, z. B. durch eine Voucher-Förderung oder einen Anspruch des Endnutzers gegen die Gebietskörperschaft auf Beplanung mit einer Förderung bevorzugt.

2. Rechtsanspruch gegen den Dienstverpflichteten (§ 153 Ref-E)

§ 153 Ref-E vermittelt Endnutzern gegenüber Unternehmen, die durch die BNetzA nach § 158 Ref-E zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet worden sind einen Rechtsanspruch auf Versorgung mit den von der Verpflichtung umfassten Telekommunikationsdienstleistungen. Es ist festzuhalten, dass der Rechtsanspruch

keine rechtliche Grundlage im Europäischen TK-Kodex findet. Weiter ist festzuhalten, dass die vorherige Verpflichtung des betreffenden Unternehmens durch die BNetzA oder die Abgabe einer entsprechenden Verpflichtungszusage durch das Unternehmen die zwingende Voraussetzung für einen entsprechenden Kontrahierungsanspruch des Endnutzers ist. § 153 Ref-E vermittelt also keinen allgemeinen Rechtsanspruch des Endnutzers gegen beliebige Unternehmen. Die vorherige Inpflichtnahme des betreffenden Unternehmens durch die BNetzA nach § 158 Ref-E oder die vorherige Abgabe einer Verpflichtungszusage ist für den Anspruch des Endnutzers auf Versorgung konstitutiv. Der Endnutzer kann auch nur die Versorgung mit den Diensten und in der Qualität verlangen, die in der Verpflichtung durch die BNetzA oder in der Verpflichtungszusage des Unternehmens begründet ist.

3. Verfügbarkeit der Telekommunikationsdienste (§ 154 Ref-E)

§ 154 Abs. 3 Ref-E definiert als Maßstäbe für die Definition des schnellen Internetzugangsdienstes die von mindestens 80 Prozent der Verbraucher im Bundesgebiet genutzte Mindestbandbreite sowie die in Anhang V des EECC in der jeweils aktuellen Fassung angeführten Dienste. Diese Kriterien erscheinen als sachgerecht, da die 80-Prozent-Regelung an die CoCom-Empfehlung zum Universaldienst anknüpfen, so dass auch europäisch einheitliche Maßstäbe gewährleistet sind.

Da beide Kriterien dynamisch sind, sollte die BNetzA in regelmäßigen Abständen die tatsächlich genutzten Mindestbandbreiten erheben. Die in Absatz 1 durch die Zentrale Informationsstelle (ZIS) nach den §§ 77, 78 und 81 Ref-E zu erhebenden Daten werden insoweit keinen Aufschluss geben, da die ZIS in diesem Rahmen zwar die verfügbaren, nicht aber die tatsächlich genutzten Bandbreiten erhebt.

Die BNetzA ist frei darin, über das Mindestversorgungsniveau hinaus weitere Anforderungen zu definieren. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass über das Mindestniveau hinausgehende Anforderungen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht mehr über eine Umlage finanziert werden können. Zu diesem Ergebnis kommen auch mehrere Rechtsgutachten (Kühling u. a. (2019) und A. Neumann (2019)).

4. Erschwinglichkeit des Universaldienstes

Abweichend vom „Diskussionsentwurf“ bezieht der Referenten-Entwurf die Anforderung der Erschwinglichkeit der Entgelte für den Universaldienst nur noch auf Verbraucher und nicht mehr auf Kleinstunternehmen, kleine Unternehmen und

gemeinnützige Organisationen. Diese Einschränkung ist sachgerecht, weil auch der EECC die Erschwinglichkeit der Entgelte nur für Verbraucher vorschreibt und die Größe eines Unternehmens oder einer Organisation keine Rückschlüsse auf dessen wirtschaftliche Situation zulässt. Es wäre nicht angemessen, wenn sich die Erschwinglichkeit des Universaldienstes auch auf Geschäftskunden des Diensteverpflichteten bezieht.

5. Feststellung der Unterversorgung (§ 157 Ref-E)

Erster Prüfungsschritt einer möglichen Universaldienstverpflichtung ist die Feststellung einer Unterversorgung in einem bestimmten Gebiet. In der Vorschrift ist klarzustellen, dass alle Technologien – sowohl leitungsgebundene als auch funkgestützte Technologien – in die Prüfung der Unterversorgung einzubeziehen sind. Es ist also auch zu prüfen, ob Mobilfunk-, Richtfunk- oder satellitengestützte Anwendungen in dem ausgewiesenen Gebiet verfügbar sind. Ist dies der Fall und kann über die vorhandenen Technologien das nach § 154 definierte Mindestniveau abgedeckt werden, ist keine Unterversorgung gegeben.

Darüber hinaus ist nach § 157 Abs. 2 Ref-E auch zu prüfen, ob in dem ausgewiesenen Gebiet ein tatsächlicher Bedarf für die Mindestversorgung besteht.

6. Verpflichtung zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten (§ 158 Ref-E)

In einem weiteren Prüfungsschritt sind die Voraussetzungen der Verpflichtung eines Unternehmens zum Universaldienst zu prüfen. Hier besteht ein erhebliches Umsetzungsdefizit zu Art. 86 EECC. Die gemeinschaftsrechtliche Regelung ist so konzipiert, dass der Universaldienst ausschließlich als „Ultima Ratio“ zur Behebung des vorher festgestellten Versorgungsdefizits in Betracht kommt. Vorher sind alle anderen möglichen Instrumente zu prüfen. Dies wird auch durch Erwägungsgrund 229 des EECC noch einmal ausdrücklich klargestellt. Neben Anreizen für einen privatwirtschaftlichen Ausbau und den Ausbauverpflichtungen im Rahmen der Frequenzuteilungen im Mobilfunk sind insbesondere ist insbesondere die Durchführung eines Förderverfahrens zu prüfen. Diese abgestufte Konzeption des EECC wird § 158 Ref-E nicht abgebildet. Die Regelung muss in ihrer gegenwärtigen Fassung daher als nicht gemeinschaftsrechtskonform angesehen werden.

7. Finanzierung (§ 160 Ref-E)

Obwohl Art.90 EECC sowohl eine Umlagenfinanzierung als auch eine öffentliche Finanzierung des Universaldienstes anbietet, wird in § 160 Ref-E lediglich eine Umlagenfinanzierung umgesetzt. Dies steht auch im Widerspruch zu Erwägungsgrund 242, der den Mitgliedstaaten eine flexible Finanzierung der verschiedenen Bestandteile und die Möglichkeit einer Mischfinanzierung aus der Umlage und aus öffentlichen Mitteln nahelegt (vgl. im Einzelnen unsere Ausführungen aus der Stellungnahme vom 20.11.2020 S. 56 ff. zum „Diskussionsentwurf“). Die auf das Umlageverfahren verkürzte Umsetzung in § 160 Ref-E begibt sich der Möglichkeit einer flexiblen und ggf. kombinierten Finanzierung des Universaldienstes. Dies bedeutet aber auch, dass ein über die Mindestversorgung hinausgehendes Versorgungsniveau nicht beansprucht werden kann (obwohl diese Möglichkeit grundsätzlich bestünde), da die Umlagefinanzierung diesbezüglich an ihre verfassungsrechtlichen Grenzen stößt.

Wie §§ 83,80 des geltenden TKG sieht auch § 160 Ref-E eine De-Minimis-Regelung vor, die Unternehmen unterhalb bestimmter Umsatzschwellen von der Umlagenfinanzierung zu befreien. Anders als im geltenden TKG werden die entsprechenden Umsatzgrenzen nicht gesetzlich, sondern durch die BNetzA festgelegt, was sachgerecht ist.

Schließlich ist zu fordern, dass auch die OTTs an der Finanzierung des Universaldienstes beteiligt werden, da sie maßgeblich von den im ege des Universaldienstes errichteten Infrastrukturen profitieren.

8. Formulierungsvorschlag von Prof. Dr. Thomas Fetzer zu den §§ 153, 154, 157 und 158 Ref-E

Als Anlage 1 zu dieser Stellungnahme fügen wir einen Formulierungsvorschlag von Professor Dr. Thomas Fetzer (Universität Mannheim) nebst ausführlicher Gesetzesbegründung bei. Der Formulierungsvorschlag setzt das Prüfprogramm der §§ 153, 154, 157 und 158 Ref-E stringent und gemeinschaftsrechtskonform um. So ist im Rahmen des § 153 klarzustellen, dass der Kontrahierungsanspruch des Endnutzers nicht nur gegenüber Unternehmen besteht, die seitens der BNetzA zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet worden sind, sondern auch gegenüber solchen Unternehmen gilt, die eine entsprechende Verpflichtungszusage abgegeben haben.

Die Regelung zur Verfügbarkeit der Telekommunikationsdienste in § 154 Ref-E ist dergestalt zu ergänzen, dass die BNetzA die *tatsächlich* genutzten Bandbreiten in regelmäßigen Abständen erheben muss, da diese Information nicht über die Erhebungen der ZIS generiert wird.

Bei der Feststellung der Unterversorgung in § 157 Ref-E ist die zweistufige Prüfung mit der „Unterversorgungsfeststellung“ und der „Versorgungsbedarfsfeststellung“ umzusetzen.

Darüber hinaus ist klarzustellen, dass im Rahmen der Unterversorgungsfeststellung alle im betrachteten Gebiet verfügbaren leitungsgebundenen und funkgestützten Lösungen (einschließlich Satellitenlösungen) zu betrachten sind.

Der Formulierungsvorschlag zu § 158 Ref-E behebt die gemeinschaftsrechtswidrige Regelung des Referentenentwurfs. Insbesondere wird das vorgelagerte Prüfprogramm des § 157 Ref-E sowie der Vorrang aller anderen Instrumente klar umgesetzt. Dies gilt in Sonderheit für den Vorrang von Fördermaßnahmen. In § 158 Abs. 2 Nr. 4 des Formulierungsvorschlags wird herausgearbeitet, dass ein Förderverfahren im Einklang mit dem Europäischen Beihilfenrecht nicht lediglich abstrakt geprüft, sondern konkret eingeleitet worden sein (Markterkundung und Ausschreibung) und erfolglos geblieben sein muss, damit eine Universaldiensteverpflichtung in Betracht gezogen werden kann.

V. Neugestaltung der Umlagefähigkeit

1. Einleitung

Die Beibehaltung oder Streichung der Umlagefähigkeit der Kosten für einen Breitbandanschluss nach § 2 Nr. 15 BetrVO bestimmt bislang weitgehend die öffentliche Diskussion rund um die anstehende TKG-Novellierung. Während u. a. die Telekom und einige Vertreter des Verbraucherschutzes für eine komplette Streichung der Umlagefähigkeit plädieren, setzen sich die Kabelnetzbetreiber und Teile der Wohnungswirtschaft für eine dauerhafte Beibehaltung der gegenwärtigen Regelung ein.

Der BREKO nimmt zu dieser Frage eine differenzierte Position ein, die einerseits darauf abzielt, die investitionsfördernde Wirkung der Umlagefähigkeit für den weiteren Ausbau von Glasfasernetzen zu und in Gebäuden für einen begrenzten Zeitraum weiter zu nutzen und andererseits die wettbewerbsbeschränkenden Effekte der heute geltenden Regelung zu eliminieren.

Nach dem von uns eingebrachten Vorschlag wird dies dadurch erreicht, dass ein über die Betriebskostenabrechnung abrechenbares Sammelinkasso durch die Wohnungswirtschaft nur noch mit solchen Telekommunikationsunternehmen vereinbart werden kann, die **nennenswerte Investitionen in neue VHC-Netze** vornehmen bzw. in jüngerer Vergangenheit vorgenommen haben. Da die gesetzliche Regelung den Wert dieser Investition berücksichtigen soll, wäre ein über die Betriebskosten abrechenbares Sammelinkasso auf sieben Jahre ab Inbetriebnahme des durch die Investition geschaffenen VHC-Netzes begrenzt.

Zweite Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vereinbarung eines über die Betriebskosten abrechenbaren Sammelinkassos wäre, dass der hiervon profitierende Betreiber anderen Diensteanbietern **einen offenen Netzzugang („Open Access“)** anbietet. Da die großen Kabelanbieter (und insbesondere Vodafone), die heute im Wesentlichen von der Umlagefähigkeit profitieren, keinen offenen und diskriminierungsfreien Netzzugang anbieten, hätte die Festschreibung einer Open-Access-Verpflichtung einen deutlich wettbewerbsöffnenden Effekt.

Von dem seitens des BREKO vorgeschlagenen Konzeptes würden am Ende alle Seiten profitieren.

Die TK-Unternehmen, die moderne Glasfasernetze ausbauen, würden über einen begrenzten Zeitraum mit festen Deckungsbeiträgen kalkulieren können. Dadurch würde die Unsicherheit über die Einnahmeseite, die den wunden Punkt vieler Business-Cases darstellt, deutlich reduziert, was die Unternehmen wiederum dazu veranlassen könnte, den Anschluss bestimmter Gebäude an das Glasfasernetz oder die Glasfaserausstattung im Gebäude zeitlich vorzuziehen.

Die Kalkulationssicherheit für das ausbauende Unternehmen würde allerdings konterkariert, wenn während des Zeitraums der Umlagefähigkeit umfangreiche „Opt-Out-Möglichkeiten“ für die Mieterinnen und Mieter eingeführt würden. Vertragspartner der TK-Unternehmen sind nicht die Mieterinnen und Mieter, sondern ist die Wohnungswirtschaft, mit der eine feste, regelmäßige Zahlung für die VHC-Anschlüsse im Gebäude vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung könnte die Wohnungswirtschaft aber kaum treffen, wenn sie nicht ihrerseits Sicherheit über die im Umlageverfahren über die Betriebskostenabrechnung zu erwartenden Einnahmen hat. Insofern ist es wichtig, dass für die Dauer der Umlagefähigkeit alle Mieterinnen und Mieter an dem Verfahren teilnehmen.

Die hier vorgeschlagene Regelung zielt deutlich auf das **Ausbau- und Investitionsziel** - als das **Leitmotiv** - der neuen Telekommunikationsregulierung ein.

Die Mieterinnen und Mieter profitieren von einem qualitativ hochwertigerem Anschluss, einer im Vergleich zur heutigen Situation deutlich größeren Dienstvielfalt und

weiterhin von dem im Verhältnis zur Buchung von Einzelanschlüssen günstigeren Preisen eines Sammelinkassos.

Schließlich erhöht der Anschluss an das Glasfasernetz oder die Glasfaserausstattung im Gebäude auch die Attraktivität und den Wert der Immobilie, was dem wohlverstandenen Interesse der Wohnungswirtschaft entsprechen sollte.

2. Formulierungsvorschlag von Professor Dr. Thomas Fetzer

Als **Anlage 2** fügen wir dieser Stellungnahme einen Formulierungsvorschlag mit Gesetzesbegründung von Herrn Professor Dr. Thomas Fetzer bei. Der Vorschlag zeigt, wie das oben beschriebene Konzept gesetzgeberisch umgesetzt werden könnte. Der Ausgangspunkt ist die in § 69 Abs. 3 Ref-E bestehende Regelung, wonach die Endnutzer ihrem Vermieter/Verpächter gegenüber die Beendigung der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten sowie des Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz im Rahmen des Miet- oder Pachtverhältnisses erklären können, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bereits 24 Monate besteht.

Anknüpfend hieran soll in § 69 Abs. 3 TKG ein neuer Satz 2 aufgenommen werden, wonach eine entsprechende Erklärung frühestens nach sieben Jahren möglich ist,

- wenn der Anschluss die Voraussetzungen des § 3 Nr. 30 (Legaldefinition VHC-Netz) erfüllt und nach dem 20.12.2018 erstmals in Betrieb genommen worden ist; und
- der Anschlussanbieter anderen Telekommunikationsanbietern den Anschluss zu angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zum Angebot von Telekommunikationsdiensten zur Verfügung stellt.

Eine Opt-Out-Möglichkeit vor Ablauf der sieben Jahre soll gemäß dem ebenfalls neu aufzunehmenden Satz 3 nur insoweit bestehen, als der Endnutzer im Wege einer Einmalzahlung an den Vermieter oder Verpächter die Kosten des Anschlusses übernimmt, die bis zum Zeitpunkt der Beendigungserklärung noch nicht durch Anschlussbeiträge abgedeckt sind. Diese Regelung ist notwendig, um die Kalkulationssicherheit für die Wohnungswirtschaft und das TK-Unternehmen, die letztlich der Schlüssel für die getätigte Investition ist, zu erhalten (siehe oben).

In § 2 Nr. 15 der BetrKVO ist dann ein Verweis auf die Voraussetzungen des § 69 Abs. 3 S.2 und 3 TKG aufzunehmen.

Für die Einzelheiten wird auf den Formulierungsvorschlag sowie die ausführliche Gesetzesbegründung in **Anlage 2** verwiesen.

VI. Verbindlichkeit von Ausbauzusagen im Markterkundungsverfahren (§ 152 Abs. 5 Ref-E)

Mit § 152 Abs. 5 TKG-E wird das Ziel verfolgt, die Verbindlichkeit von Ausbauzusagen im Rahmen von lokalen Markterkundungsverfahren vor der Durchführung einer staatlichen Fördermaßnahme zu erhöhen.

Ausbaumeldungen der Unternehmen im Rahmen von Markterkundungsverfahren werden bereits heute mit viel Bedacht und nach bestem Wissen der Unternehmen getätigt. Kein ausbauendes Unternehmen kann es sich auch vor dem Hintergrund des immensen politischen Drucks erlauben, Ausbaumeldungen „ins Blaue hinein“ abzugeben.

Der eigenwirtschaftliche Glasfaserausbau ist davon geprägt, dass dieser in der Regel dort erfolgt, wo eine konkrete Nachfrage der Bürger (z. B. durch eine Nachfragebündelung) nachgewiesen werden kann. Verbindliche Zusagen sind insbesondere deshalb sehr schwierig, da nicht immer absehbar ist, wie hoch die Nachfrage der Bürger und Unternehmen in den betroffenen Gebieten tatsächlich sein wird und die, für die Wirtschaftlichkeit der Projekte erforderliche, Schwelle erreicht wird. Insbesondere vor dem Hintergrund der aufgrund des geplanten „graue-Flecken-Förderprogramms“ deutlich anwachsenden Zahl parallel stattfindender Markterkundungsverfahren, sehen wir die große Gefahr, dass Ausbaumeldungen bei vielen Markterkundungsverfahren zukünftig unterbleiben, obwohl diese Gebiete aufgrund der konkreten Rahmenbedingungen eigenwirtschaftlich ausbaubar wären. Dies würde nicht zu dem gewünschten Ergebnis eines möglichst schnellen Glasfaserausbaus führen sondern dazu, dass staatliche Fördermittel in Gebieten gebunden werden, wo der Einsatz der Mittel nicht notwendig ist. Da bekanntermaßen der geförderte Ausbau aufgrund der dabei einzuhaltenden formalen Anforderungen deutlich mehr Zeit in Anspruch nimmt als ein eigenwirtschaftlich realisierter Ausbau, würde dies zu einer Verzögerung des Glasfaserausbaus insgesamt führen.

Zudem liegen Ausbauverzögerungen nicht per se im Verantwortungsbereich der ausbauenden Unternehmen. In nicht wenigen Fällen liegen die Gründe für Verzögerungen im Ausbau an fehlenden oder verspätet ergehenden Genehmigungen z.B. im Bereich des Denkmalschutz- oder Naturschutzrechts. Zudem kommen auch witterungs- oder pandemiebedingte Gründe in Betracht, die vom jeweils ausbauenden Unternehmen nicht zu vertreten sind. Eine Sanktionierung betroffener Unternehmen wäre unverhältnismäßig.

§ 152 Abs. 5 S. 2 TKG-E widerspricht dem Sinn und Zweck des Markterkundungsverfahrens und ist daher ebenfalls zu streichen. Dieses dient nicht

dazu einen Ausbau in einem festgelegten Gebiet innerhalb eines bestimmten Zeitraums sicherzustellen. Vielmehr geht es ausweislich des EU-Beihilferechts darum, privaten Investitionen den Vorrang vor staatlichen Fördermaßnahmen zu gewähren.

VII. Kundenschutzregelungen

1. Einleitung

Durch den Diskussionsentwurf sowie durch den Referentenentwurf ist es nochmals zu erheblichen Verschärfungen der Kundenschutzregelungen im geplanten 3. Teil des neuen TKG gekommen. Wir verweisen hierzu auf die ausführliche Verbändestellungnahme zum Diskussionsentwurf vom 20.11.2020, an der sich der BREKO beteiligt hat und nehmen daher im Folgenden nur kurz zu einigen ausgewählten Punkten Stellung.

2. Vertragslaufzeiten (§ 54 Ref-E)

Der Referentenentwurf behält in § 54 Abs. 1 zwar die Möglichkeit des Angebots von Verträgen mit einer Mindestlaufzeit von 24 Monaten grundsätzlich bei, verlangt aber gleichzeitig, dass der Anbieter dem Verbraucher einen Vertrag „über die gleiche Leistung“ mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten zu einem Preis anbietet, der den Preis für den Vertrag mit der längeren Laufzeit um nicht mehr als 25 % im Monatsdurchschnitt übersteigt. Diese Regelung ist nicht akzeptabel. Sie bedeutet, dass der Anbieter für *jeden* 24-Monatsstarif eine 12-Monats-Variante vorhalten und dem Kunden aktiv anbieten muss. Dies stellt zum einen hohen Aufwand für die Unternehmen dar, ist zudem ein erheblicher und sachlich nicht gerechtfertigter Eingriff in die Vertrags- und Dispositionsfreiheit der TK-Unternehmen. Dies gilt noch mehr für die Preisdeckelung für die 12-Monats-Verträge, durch die praktisch eine marktmachtunabhängige Regulierung von Endkundenpreisen durch die Hintertür eingeführt wird.

Diese Regelungen sind auch nicht durch den Europäischen TK-Kodex (EECC) indiziert, der in Art. 105 Verträge mit einer Mindestlaufzeit von 24 Monaten ohne weitere Bedingungen zulässt.

Es ist auch nicht bekannt, dass in irgendeiner anderen Branche bei der Regelung von Mindestlaufzeiten ähnlich tief in die Vertrags- und Dispositionsfreiheit der Unternehmen eingegriffen wird. Sowohl die Verpflichtung für jeden 24-Monatsstarif eine 12-Monatsvariante vorzuhalten als auch die Preisdeckelung sind daher zu streichen.

3. Minderungsrecht des Kunden (§ 55 Ref-E)

Auch die Ausgestaltung des neuen Minderungs- und Sonderkündigungsrechts des Verbrauchers im Falle erheblicher, kontinuierlicher oder regelmäßig wiederkehrender Abweichungen bei der Geschwindigkeit oder anderen Dienstparametern des Internetzugangsdienstes in § 55 Abs. 4 Ref-E ist extrem unausgewogen. Dies gilt insbesondere für die Heranziehung des Messtools der BNetzA zur unwiderleglichen Ermittlung der Leistungsabweichung. Die Branche weist seit Jahren auf die erheblichen Schwächen des BNetzA-Messtools hin. Dieses blendet insbesondere die Endkundenumgebung aus. Auch wenn die BNetzA entsprechende Hinweise zur Nutzung des Messtools gibt, ist nicht sichergestellt, dass der Verbraucher die Messung nicht doch über WLAN (statt über das LAN-Kabel) durchführt oder während der Messung verschiedene Sessions geöffnet hat. Beides kann die Messergebnisse zu Lasten des Anbieters deutlich verzerren. Das BNetzA-Messtool ist daher zur zivilrechtlichen Beweisführung ungeeignet. Im schlimmsten Fall kann der Verbraucher die Messungen einfach manipulieren, um in den Genuss des Minderungsrechtes zu kommen oder über das Sonderkündigungsrecht die Vertragslaufzeit zu verkürzen.

Verschärft wird diese Situation dadurch, dass dem Anbieter im Referentenentwurf sogar die Möglichkeit zur Führung eines Gegenbeweises genommen wird. Sahen die (inoffiziellen) Vor-Entwürfe zwar eine Beweislastumkehr, aber immerhin noch die Widerlegbarkeit der Ergebnisse des Messtools durch den Anbieter vor, ist diese Möglichkeit im Referentenentwurf (und vorher schon im „Diskussionsentwurf“) gestrichen worden. Insgesamt dürfte die Ausgestaltung des § 55 Abs. 4 Ref-E den rechtsstaatlichen Anforderungen kaum genügen.

4. Entstörung

Weiter sind auch die Regelungen zur Entstörung in § 56 Ref-E unausgewogen und korrekturbedürftig. Dabei richten sich die Einwände weniger gegen die Begründung einer gesetzlichen Entstörpflicht für alle Anbieter, die bisher nur für marktbeherrschende Unternehmen galt, sondern vor allem gegen die Ausgestaltung der Vertragsstrafe.

Gelingt eine Entstörung bis zum dritten auf die Störungsmeldung folgenden Tag nicht, soll der Anbieter verpflichtet werden, dem Verbraucher eine Entschädigung von täglich 5 Euro bzw. 10 Prozent des vereinbarten Monatsentgelts sowie ab dem fünften Tag in Höhe von 10 Euro oder 20 Prozent des vereinbarten Monatsentgelts zu zahlen. Diese Entschädigungspflicht gilt verschuldensunabhängig, es sei denn der Kunde hat die Störung zu vertreten.

Eine verschuldensunabhängige Entschädigungsregelung ist aber unangemessen. Wird z. B. im Zuge von Arbeiten Dritter fahrlässig ein Kabel des TK-Anbieters durchtrennt, ist das dem TK-Anbieter nicht zuzurechnen. Ob er den Dritten für die zu zahlenden Entschädigungen in jedem Fall in Regress nehmen kann, ist zumindest fraglich.

Auch fehlt es bei der dynamischen Entschädigung an einer Deckelung. Je nach Art des Schadens (Stichwort: Bagger) können viele Kunden des TK-Anbieters über einen längeren Zeitraum betroffen sein. Hier können schnell hohe Entschädigungssummen auflaufen.

Zudem passt die Entschädigungsregelung nicht zu den entsprechenden Regelungen in den Vorleistungsverträgen der Telekom. Diese enthalten zwar zum Teil Entschädigungsregelungen – im Bereich der verspäteten Entstörung nur bei Buchung der kostenpflichtigen Carrier-Express-Entstörung – allerdings sind deren Voraussetzungen komplex und die Entschädigungsbeträge bleiben weit hinter in § 56 Ref-E festgelegten Beträgen zurück. Entstört die Telekom z. B. eine TAL nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Entstörzeiten, bleibt der TK-Anbieter auf der Differenz zwischen der Entschädigung der Telekom für die (verspätete) Express-Entstörung und der von ihm an den Verbraucher zu zahlenden Entschädigung sitzen. Hier ist zumindest eine Synchronisierung der Entschädigungsbeträge vorzunehmen.

VIII. Manuelles Auskunftsverfahren (§ 171 Ref-E)

Nach § 171 Abs. 7 Ref-E sollen verpflichtete Unternehmen mit mehr 100.000 Nutzern künftig sowohl das ETSI-basierte Übertragungsverfahren als auch das E-Mail-basierte Übermittlungsverfahren nach der TR TKÜV vorhalten. Diese doppelte Verpflichtung stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte zusätzliche Belastung der betroffenen Unternehmen dar. Unternehmen mit mehr als 100.000 Nutzern sind bisher nur zur Nutzung des ETSI-basierten Übertragungsverfahrens verpflichtet. Unternehmen unter 100.000 Nutzern halten das E-Mail-basierte Übertragungsverfahren vor. Diese Aufteilung ist sinnvoll, aber auch ausreichend.