

freenet AG · Deelbögenkamp 4 · 22297 Hamburg

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur

- ausschließlich per Mail –

TKG-Novelle@bmwi.bund.de und **ref-DG13@bmvi.bund.de**.

freenet AG

Deelbögenkamp 4
22297 Hamburg

www.freenet-group.de

Lutz Dammast
040 51306 719
040 51306 971

20. November 2020

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TKModG)

Sehr geehrte Frau Ding, sehr geehrte Frau Husch,

wir bedanken uns für die Möglichkeit der Stellungnahme zu dem jetzt vorliegenden Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur für ein Gesetz 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 (TKModG).

Wichtige inhaltliche Fragen zu wesentlichen Regelungen sind zwischen den beteiligten Ministerien weiterhin ungeklärt, so dass ein formeller Referentenentwurf bis heute leider nicht vorliegt. Es muss sichergestellt werden, dass für die betroffenen Unternehmen angemessene Kommentierungsmöglichkeiten zum formellen Referentenentwurf gegeben sind, insbesondere wegen der Tragweite der Punkte, die bisher noch nicht abschließend geklärt sind. Da die von der Richtlinie (EU) 2018/1972 gesetzte Umsetzungsfrist bis zum 21.12.2020 ohnehin nicht mehr zu halten ist, ist bis zum Ende der Legislaturperiode durchaus noch ausreichend Zeit für ein ordnungsgemäßes, den Vorgaben der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien entsprechendes Konsultationsverfahren gegeben.

In der Sache beziehen wir uns auf die Stellungnahme des VATM, der zu den einzelnen Punkten umfassend auch in unserem Sinne vorträgt. Wir haben an der Erstellung dieser Stellungnahme mitgewirkt.

HRB 7306 KI, Amtsgericht Kiel,
Gläubiger-ID DE30ZZZ00000139788
Vorstand: Christoph Vilanek (Vorsitzender), Ingo Arnold,
Stephan Esch, Antonius Fromme, Rickmann von Platen
Vorsitzender des Aufsichtsrats: Prof. Dr. Helmut Thoma

Sitz der Gesellschaft: Büdelsdorf
Bankverbindung: Commerzbank AG,
BLZ 200 400 00, Konto 643 600 002,
IBAN DE87200400000643600002, BIC COBADEFFXXX

Allerdings erlauben wir uns mit diesem Schreiben einige wenige Punkte herauszuheben, bei denen ein Diensteanbieter ohne eigene Netzinfrastruktur solitäre Interessen hat, oder die wir für besonders wichtig halten.

1. Rückwirkung des Gesetzes

Bis heute ist in dem Diskussionsentwurf zum TKModG nicht klar geregelt, ob das Gesetz oder seine einzelnen Normen – wie zum Beispiel die Normen aus dem Bereich des Kundenschutzes – Rückwirkung auf Verträge und Sachverhalte, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begründet worden sind, entfalten will. Es stellt sich die Frage, ob das Gesetz im Sinne einer echten/unechten Rückwirkung in die bestehenden Endkundenverträge eingreifen und so zum Beispiel die mit den Kunden vor Inkrafttreten des Gesetzes vereinbarten Laufzeiten anpassen will, oder ob von den neuen Regeln nur solche Verträge erfasst werden sollen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes begründet worden sind. Hierzu wäre eine Regelung im Bereich der Übergangsvorschriften üblich aber auch extrem hilfreich. Ohne eine solche Regelung müsste jedes Unternehmen für sich die Entscheidung treffen, ob es von einer Rückwirkung ausgehen will oder nicht.

Wir plädieren dafür, dem Gesetz keine Rückwirkung beizumessen. Die Änderungen in den IT-Systemen der Telekommunikationsunternehmen werden ungleich komplexer und daher auch langwieriger ausfallen, wenn auch die Bestandsverträge geändert werden müssten. Dies gilt umso mehr für Wettbewerber ohne eigene Infrastruktur, die alle ihre Verträge in den Systemen auch in unterschiedlichen Netzen abbilden müssen.

Wir regen daher dringend an, in den Übergangsvorschriften eindeutige Regelungen dazu aufzunehmen, dass zumindest die Vorschriften zum Kundenschutz keine Rückwirkung entfalten und daher erst für Verträge gelten, die ab Inkrafttreten des TKModG abgeschlossen werden.

2. Wettbewerbsförderung

In § 102 TKModG ist heute in enger Anlehnung an Artikel 52 des EECC zur Förderung und zum Schutz des Wettbewerbs eine Regelung zur marktmachtunabhängigen Auferlegung von Zugangsverpflichtungen im Rahmen von Frequenzvergabeverfahren vorgesehen. Darin wird der BNetzA die Möglichkeit eingeräumt, eine Zugangsverpflichtung als Nebenbestimmung zu den Frequenzzuteilungen aufzuerlegen, ohne dass vorher festgestellt wurde, dass die betroffenen Mobilfunkunternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Wir gehen weiter davon aus, dass auch das bisherige Richtlinienensystem diese Vorgaben schon so enthalten hatte und dass die BNetzA auch unter dem geltenden TKG marktmachtunabhängig Zugangsverpflichtungen hätte auferlegen können; allerdings begrüßen wir, dass nunmehr eine ausdrückliche Klarstellung in § 102 TKModG erfolgt. So können wir davon ausgehen, dass man sich

zukünftig über die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung von Verpflichtungen im Rahmen von anstehenden Frequenzvergabeverfahren auseinandersetzen kann und nicht darüber, ob die BNetzA überhaupt eine ausreichend bestimmte rechtliche Grundlage hat, eine Zugangsverpflichtung in der Frequenzvergabe aufzuerlegen.

Damit es bei dieser Klarheit der Voraussetzungen bleibt, muss sichergestellt werden, in § 102 Abs. 2 TKModG zu den Voraussetzungen der marktmachtunabhängigen Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nicht auf den kompletten § 9 TKModG (wie es in einer Vorversion des Diskussionsentwurfes geschehen ist) verwiesen wird, sondern lediglich auf § 9 **Abs. 3** TKModG. Denn der Verweis auch auf die Absätze 1 und 2 des § 9 TKModG, in denen der Drei-Kriterien-Test und das Verfahren der Marktmachtfeststellung beschrieben werden, würde erneut die Auslegung ermöglichen, dass § 102 im Sinne eines Rechtsgrundverweises auch die Durchführung der Marktanalyse erforderlich machen wollte. Nur mit einem Verweis allein auf Absatz 3 - genauso wie im EECC vorgegeben - kann der Wettbewerb auch zukünftig durch die BNetzA im Rahmen von Frequenzvergabeverfahren geschützt werden.

Ferner wäre es für diese Klarheit des Gesetzes sinnvoll, wenn in der Begründung auf Seite 343 der Satz gestrichen werden würde, wonach die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen die Ausnahme bilden soll, da so der zwar falsche aber dann doch verwirrende Eindruck erweckt werden könnte, dass hier doch ähnlich restriktiv vorgegangen werden muss, wie im Rahmen der Zugangsregulierung. Die Voraussetzungen, unter denen die BNetzA berechtigt wäre, Zugangsverpflichtungen auch gegenüber nicht marktmächtigen Unternehmen auszusprechen, sind im Gesetz nämlich umfassend und hinreichend klar festgeschrieben. Ob diese Möglichkeit zur Regel wird oder nur ausnahmsweise in Betracht kommt, hängt mithin allein von den wettbewerblichen Bedingungen auf dem Mobilfunkmarkt ab und nicht von einer allgemeingültigen Regel.

3. Laufzeit von TK Verträgen

Ein für die Branche eminent wichtiger und ein bis heute offensichtlich noch nicht geklärt Punkt betrifft die Regelung zur Laufzeit der Telekommunikationsverträge. Einleitend möchten wir darauf hinweisen, dass fehlende Klarheit in diesem Punkt sämtliche Anstrengungen der Branche bei der Erhöhung der Umsetzungsgeschwindigkeit zerstört. Wenn sich die Laufzeitregeln zu einem so späten Zeitpunkt im Gesetzgebungsprozess noch ändern sollten, wird die Umsetzung des TKModG erneut mindestens 12 weitere Monate in Anspruch nehmen. Sämtliche heute bereits von der Branche getätigten, kostenintensiven Vorbereitungsleistungen wären dann hinfällig.

Nach wie vor ist es für uns unverständlich, warum überhaupt eine neue und vom EECC abweichende Regelung zur Höchstlaufzeit erfolgen soll. Ca. 35% unserer Kunden haben heute einen Vertrag mit einer geringeren Laufzeit als 24 Monate. Wir bieten heute für die Kunden, die kein Interesse am Erwerb eines Smartphones haben, Laufzeiten bis zu einem Tag an. Dabei handelt es sich auch nicht, wie

häufig kolportiert wird, um Verträge, die für die Kunden nicht attraktiv sind. Unter der Marke freenetFUNK bieten wir den Endkunden eine Fullflat unlimited für rechnerisch 30 €/Monat an, können dann aber auch kein subventioniertes Endgerät finanzieren.

Die Kunden mit einem 24-Monatsvertrag bekommen – auch nach Aussage der Stiftung Warentest – in der Regel hingegen ein sehr günstiges Angebot aus attraktivem Tarif verbunden mit einem im Verhältnis zum Barkauf günstigen Endgeräteangebot. Aber noch wichtiger scheint uns, dass wir durch ein Verbot von 24-Monatsverträgen nicht den Wunsch des Kunden ändern, ein Endgerät zu erwerben, dass er sich im Einzelbarkauf gerade nicht leisten kann. Diese Kunden werden dann einen Kleinkredit aufnehmen und zahlen so am Ende noch erheblich mehr als in der heutigen Situation.

Darüber hinaus ist heute völlig unklar, wie diese Regelung im Einzelnen ausgestaltet werden soll. Wir erwarten uns in der Sache Klarheit darüber, inwieweit der Verkauf, die Finanzierung und die Subventionierung von Endgeräten Teil dieser Laufzeitregeln sein soll. Zumindest dann, wenn es beim Vergleich zwischen 12- und 24-Monatsverträgen auch zu einer Preisregulierung kommen sollte, muss das Endgerät und der dafür zu zahlende Einmalpreis bei dieser Betrachtung außen vor bleiben.

Tatsächlich halten wir einen solchen Eingriff in den freien Wettbewerb und die Grundrechte der Unternehmen auch für nicht gerechtfertigt und verfassungsrechtlich bedenklich. Daher könnten wir uns vorstellen, dass die Branche sich freiwillig dazu verpflichtet, einen gewissen Anteil aller Tarife auch in einer 12-Monatsvariante anzubieten. Dabei denken wir uns, dass wir unser 24-Monatsstarifportfolio in 3 ungefähr gleichgroße Teile (S, M, und L) einstufen und dann für jedes dieser Segmente eine 12-Monatsvariante anbieten könnten.

Wenn wir jedoch gesetzlich verpflichtet werden würden, alle von uns angebotenen Tarife auch als 12-Monatsvariante zu erstellen, erhöhen wir lediglich die Komplexität für den Kunden. Auf der anderen Seite stellen wir die Unternehmen vor erhebliche technische Herausforderungen. Die IT-Umsetzung würde allein bei Betrachtung dieser Variante mindestens 12 Monate andauern. Für Diensteanbieter wie uns würde sich dieses Problem dann noch einmal verdreifachen, da wir alle ca. 230 Tarife, die wir heute aktiv vermarkten, verdoppeln müssten. Diese, im Vergleich zu anderen Telekommunikationsanbietern hohe Zahl, resultiert daraus, dass wir als netzunabhängiger Diensteanbieter jeden unserer Tarife in allen drei Netzen anbieten. Ein solcher Aufwand, verbunden mit einem erheblichem Komplexitätszuwachs für den Kunden, erscheint uns in Anbetracht der dann sinkenden Übersichtlichkeit und Transparenz nicht akzeptabel. Für die Unternehmen stellt dieses Vorhaben eine erhebliche Belastung dar, die man in der Corona Krise gerade vermeiden wollte.

Dabei weisen wir darauf hin, dass die tatsächlich für den Kunden häufig ärgerliche automatische Verlängerung um 12 Monate bereits heute vom Tisch ist und durch den EECC und seine Umsetzung bereits ohne eine Regelung zur Mindestlaufzeit abgeschafft werden wird.

In der Sache würden wir es – nicht zuletzt auch wegen der grundrechtlichen Bedenken eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit und die Grundrechte der Unternehmen - für hilfreich halten, wenn man mit der Branche über eine Selbstverpflichtung verhandeln würde, anstatt zu versuchen per gesetzlicher Regelung Probleme zu lösen, die so nicht existieren.

Wir würden uns freuen, wenn wir Ihnen diese Punkte in einem kurzen Videocall genauer erläutern könnten. Nicht zuletzt wird Klarheit in diesen drei Punkten die Umsetzungsgeschwindigkeit der Branche nach Inkrafttreten des Gesetzes ganz erheblich beschleunigen.

Mit freundlichen Grüßen



Rickmann v. Platen
Vorstand



Lutz Dammast
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)
Leiter IT-Recht, Datenschutz, Vertrags- & Wettbewerbsrecht