

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf TKG-Modernisierungsgesetz des BMWi und BMVI vom 06.11.2020

Berlin, 20.11.2020

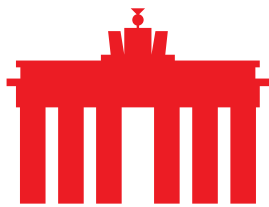
Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und das Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur haben am 06.11.2020 einen Diskussionsentwurf (DiskE-TKG) zur Neufassung des TKG veröffentlicht und lediglich bis 20.11.2020 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Vorbemerkung

Der Entwurf soll den Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation (EECC) umsetzen; es handelt sich dabei um eine Richtlinie der EU, welche bis zum 20.12.2020 von den Mitgliedsstaaten umzusetzen ist. Sie bestimmt den Rechtsrahmen für den Telekommunikationssektor für ungefähr der nächsten 10 Jahre. Zudem sind auch gesetzliche Neuerungen vorgesehen, die nicht europarechtlich vorgesehen sind. Diese Umsetzungsfrist ist nicht mehr einzuhalten. Maßgeblichen Anteil daran haben das Bundesministerium des Inneren und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, die sich mit den federführenden Ressorts nicht einigen können. Angesichts des 434 seitigen Umfangs des Entwurfs, v. a. aber aufgrund der Bedeutung für die ganze Telekommunikationsbranche ist die gewährte Frist zur Kommentierung vollkommen unzureichend.

Darüber hinaus fehlen in einigen Bereichen noch die endgültigen Fassungen von Normen, u. a. hinsichtlich Meldepflicht nach § 5, und der Abschnitt öffentliche Sicherheit ist unvollständig. Außerdem besteht vorhersehbarer Nachbesserungsbedarf hinsichtlich der manuellen Bestandsdatenauskunft gem. § 113 TKG, nun in § 171 DiskE-TKG geregelt. Der Gesetzgeber hat mit Verabschiedung des § 113 TKG gegen das Verbot der Normwiederholung verstoßen. Eine inhaltsgleiche Fassung einer Vorgängernorm wurde vom Bundesverfassungsgericht bereits am 02.03.2010 für verfassungswidrig erklärt. Durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.05.2020, 1 BvR 1873/13 ist Gesetzgeber verpflichtet, § 113 TKG und mehrere damit in Zusammenhang stehende Auskunftsermächtigungen für Behörden bis zum 31.12.2021 neu zu regeln.

Letztlich haben BMWi und BMVI nun anstatt einem offiziellen Referentenentwurf einen Diskussionsentwurf herausgegeben, da dass BMJV weiterhin der Versendung eines Referentenentwurfs widersprochen hat.



eco erachtet es für dringend geboten, dass alle Akteure im Gesetzgebungsverfahren größtmögliche Anstrengungen an Tag legen und auf taktische und sonstige Manöver verzichten, um der gesamten Branche und den anderen Marktakteuren Rechts- und Planungssicherheit zu verschaffen. Insbesondere muss die Diskontinuität vor dem Hintergrund des anstehenden Wahlkampfes für die Bundestagswahl vermieden werden.

Zu den Themen Verbraucherschutz und Versorgungspflichten im DiskE nimmt eco gemeinsam mit anderen Verbänden umfassend Stellung und bezieht sich darauf. Zum Thema Breitbandmessung und deren geplanter gesetzlicher Aufwertung nehmen wir hier ausführlicher Stellung.

Im Folgenden sollen aus Sicht des eco wesentliche TKG-Änderungen im Allgemeinen skizziert werden (A), und im Besonderen auf die bedeutsamsten eingegangen werden (B). §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind Normen des Diskussionsentwurfs (DiskE-TKG).

A. Im Allgemeinen

I. Ausdehnung des TK-Rechtsrahmens auf OTT

Eine wesentliche Neuerung gegenüber dem vorherigen Rechtsrahmen ist die Ausweitung des Rechtsrahmens für die Telekommunikation auf Dienste von Over-the-top-Anbietern (OTT). Dazu wurden neue Definitionen von Telekommunikationsdiensten eingeführt. In den zugehörigen Gesetzesbegründungen wird u. a. ausgeführt, dass aus Sicht der Nutzer eine Substituierbarkeit vorliege und es weniger auf technische Unterschiede bei der Erbringung der jeweiligen Dienste ankäme.

II. Ausgliederung Fernmeldegeheimnis u. sektorspezifischer Datenschutz

Geplant ist, dass die Regelungen zum Fernmeldegeheimnis und dem sektorspezifischen Datenschutz (aktuell Teil 7 des TKG, Abschnitt 1 und 2) in ein separates Gesetz überführt werden sollen. Dieses soll vor dem TKG in Kraft treten, zumindest aber gleichzeitig. Letzteres ist nach Auffassung des eco ist unabdingbar und zwingend geboten. Ohne die u. a. darin enthaltenen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände und anderen Regelungen stehen die Anbieter von Telekommunikationsdiensten und deren Kunden sowie die zuständigen Behörden vor unzumutbaren Rechtsunsicherheiten und Risiken.

III. Beibehaltung des SMP-Grundsatzes u. ex-ante-Regulierung

Auch der aktuelle Rechtsrahmen behält als Grundtatbestand für die sektorspezifische Regulierung die Marktmacht (SMP-Regulierung oder auch asymmetrische) bei. Entsprechend übernimmt der DiskE-TKG diese Grundsatzentscheidung. An einigen Schalthnormen der



klassischen TK-Regulierung wurden Änderungen vorgenommen. Im Hinblick auf das Regulierungsermessen der BNetzA ist zu beachten, dass Kooperationen im weiteren Sinne berücksichtigt werden können, bei Verpflichtungszusagen müssen.

IV. Absehen von Regulierung bei Vorliegen von Verpflichtungszusagen bei Ko-Investment- und Kooperationsmodellen

Wesentlich neu und ein Herzstück des Reformpakets im Bereich der Marktregulierung ist das Absehen-Können von Regulierung des marktmächtigen Unternehmens in Fällen von Kooperationen. Solche können auch in das Regulierungsermessen der Behörde einfließen. Dazu gehört insbesondere die Einführung der kommerziellen Vereinbarung (Art. 3 Abs. 4 lit. d) EECC) und des Ko-Investments (§§ 16 – 17 zur Umsetzung von Art. 76 u. 79 EECC). Marktmächtige Unternehmen können in Kooperation mit anderen Unternehmen Hochgeschwindigkeitsnetze bauen und diese Netze unterliegen nicht der ex ante-Regulierung. Dazu müssen sehr viele, teilweise enge Voraussetzungen vorliegen, wie ein offenes Angebot zum Ko-Investitionsprojekt und zugleich ein Angebot den offenen Netzzugang zu Bedingungen zu gewähren, die vor der Investition in ein Hochgeschwindigkeitsnetz gegolten haben bzw. hätten.

V. Symmetrische Regulierung § 20 (Art. 61 Abs. 3 EECC)

Eine deutliche Aufwertung innerhalb der EU erhält die symmetrische Regulierung gem. § 20. (ggü. Unternehmen ohne Marktmacht). Zugleich stellt sie in Deutschland in dieser Ausprägung ein Novum dar. Mittels der Regelung kann die Bundesnetzagentur Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung verpflichten anderen Unternehmen Zugangs zu ausgewählten, eigenen Infrastrukturen zu gewähren. Wichtige Voraussetzungen sind u. a., dass die Replizierbarkeit der nachgefragten Zugangskomponente bzw. -einrichtung physisch unmöglich oder wirtschaftlich unrentabel wäre.

VI. Kunden-/Verbraucherschutz §§ 49 bis 69 (Art. 98 - Artikel 116 EECC)

Der Referenten-Entwurf zum TKG soll viele, neuartige Verpflichtungen der Anbieter zum Kundenschutz einführen. Diese Verpflichtungen dürften teilweise hohe Kosten, Sach- und Zeitaufwände nach sich ziehen. Genannt seien Vorschriften zur Vertragszusammenfassung und Bündelprodukten. Diese Regelungen des DiskE-TKG gehen teilweise über die Vorgaben des EECC hinaus, u. a. mit pauschalen Minderungsrechten bzgl. Entstörung, Umzug und Anbieterwechsel. Hervorzuheben ist § 50. Er dürfte eine Art „Erhaltungsklausel“ für die TK-Transparenz-Verordnung darstellen, indem er die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Rechtsverordnung mit selbigen Regelungsgegenständen enthält, aktuell § 45n TKG.



Minderungsrechte/Pauschalersatz

Vom EECC nicht vorgesehen, schlägt der DiskE-TKG Minderungsrechte für Kunden mit gesetzlich vorgesehenen pauschalen Sätzen vor: Entstörung gem. § 56 und beim Anbieterwechsel nach § 57 und auch beim Umzug gem. § 58 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 57 Abs. 2 S. 4.

Bündelprodukte

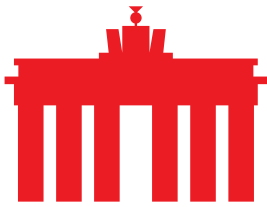
Bei Bündelprodukten soll bei einer erheblichen Leistungsstörung bei einem Bestandteil das ganze Bündel gekündigt werden können. Der DiskE-TKG legt ein sehr weites Verständnis von Bündel zu Grunde. Das erscheint nicht sachgerecht. Bestandteile eines Bündels können nur Produkte sein, welche dem Telekommunikationsrecht unterfallen, wie entsprechende Endeinrichtungen.

VII. DigiNetzG - §§ 133 - 148

Die Normen des DigiNetzG im TKG erfahren im Rahmen des DiskE-TKG teilweise einfache Anpassungen, um etwa dem Ziel des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetze besser Rechnung zu tragen. Teilweise sind erhebliche Änderungsvorschläge enthalten, wie die wiedervorgeschlagene Einschränkung des Mitverlegungsanspruches, vgl. § 140 Abs. 3. Genehmigungsprozesse sollen beschleunigt und vereinfacht werden. Die Vorgaben zur staatlichen Förderung sollen durchgesetzt werden können. Dazu gehören Regelungen hinsichtlich des offenen Netzzugangs, bspw. die Ausweitung der Mitnutzung öffentlicher Gebäude, und verbindlichere Markterkundungsverfahren, vgl. §§ 151 u. 152.

IX. Versorgungspflichten (vormals Universaldienst) / Anspruch auf schnelles Internet §§ 153 – 160

Der Gesetzgeber beabsichtigt im Rahmen des DiskE-TKG, den Anspruch auf schnelles Internet aus dem Koalitionsvertrag in das Universaldienstregime einzubetten. Dasjenige Unternehmen, welches sich er bietet den Universaldienst zu erbringen bzw. dazu verpflichtet wird, ist auch der Adressat des Anspruchs auf schnelles Internet (und Sprachkommunikationsdienst und Anschluss an ein öffentliches zugängliches TK-Netz und jeweils entsprechender Zugang). Es handelt es sich um ein mehrstufiges Verfahren, u. a. Überprüfung der Versorgung mit TK-Diensten und die Erschwinglichkeit der Entgelte, Feststellung der Unterversorgung und tatsächlichen Bedarfs, Ankündigung der ggf. Verpflichtung, beim Fehlen eines dann freiwilligen Angebots letztlich steht die Verpflichtung eines oder mehrerer Unternehmen im Raum. Es ist keine zwingende Verpflichtung des Staates zur Entschädigung des bzw. der in Anspruch genommenen Unternehmen/s vorgesehen, nur wenn es um eine unzumutbare Belastung handelt. Ein Umlageverfahren ist vorgesehen.



X. Sicherheit in Netzen/Standardisierung § 162

Hier wird der Adressatenkreis ebenfalls teilweise auf OTT-Anbieter ausgeweitet, etwa zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses und gegen die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten, vgl. § 162 Abs. 1 DiskE-TKG. Die Sicherheit von Telekommunikationsnetzen soll im Zusammenspiel mit anderen Vorschriften (NIS-RL und deren nationalen Umsetzungen) und durch eine harmonisierte Standardisierung gestärkt werden; Art. 40 Abs. 1 und 41 Abs. 1 EEECC sollen durch § 162 Abs. 2 DiskE-TKG (aktuell § 109 Abs. 2 TKG) umgesetzt werden.

XI. Sicherheitsanforderungen §§ 162 - 166

Durch die Ausdehnung der Legaldefinition des Telekommunikationsdienstes werden nun eine Vielzahl von Diensteanbietern erstmalig verpflichtet, Sicherheitsanforderungen des TKG zu erfüllen. Die seit langem andauernde Sicherheitsdebatte wirkt sich teilweise aus, indem sich Regelungen wie § 162 im TKG finden und auf das geplante IT-SiG 2.0 Bezug genommen wird. Andererseits fehlen relevante Normen noch, die erst mit IT-SiG 2.0 kommen sollen, bspw. die Legaldefinition der kritischen Komponenten in einem § 2 Nr. 13 BSIG, einer technischen Richtlinie des BSI zur Zertifizierung von kritischen Komponenten, einer Untersagungsnorm für den Einbau kritischer Komponenten mit politischem Vorbehalt und einer gesetzlichen Regelung zur Garantie-Erklärung von Herstellern (bisher Vertrauenswürdigkeitserklärung genannt) und einer Allgemeinverfügung zu den Einzelheiten einer solchen Garantie-Erklärung). Durch vorgenannte Verknüpfungen von de lege lata und de lege ferenda wird ein sehr komplexes Regelwerk durch verschiedene Gesetze und andere Rechtsvorschriften geschaffen.

XII. Telekommunikationsüberwachung/Bestandsdatenauskunft Automatisches Auskunftsverfahren §§ 167 - 169 - Hinweis: Innerhalb Bundesregierung besteht weiter Erörterungsbedarf

Die Regelungen zur TK-Überwachung, Bestandsdatenauskunft und zur Vorratsdatenspeicherung behalten ihre unter unterschiedlichen Adressaten, auch hinsichtlich der Erweiterung des TKG auf OTT-Dienste. Die TKÜ ist grundsätzlich durch alle Erbringer öffentlich zugänglicher Dienste umzusetzen, direkt oder mittelbar. Bei dem automatisierten Auskunftsverfahren (AAV) und der manuellen Auskunftsverfahren (Bestands- und Verkehrsdaten, letztere inkludieren Standortdaten) bleibt der Adressatenkreis wie bisher, d. h. OTT-Anbieter sind derzeit nicht verpflichtet. Die Vorschrift zur TKÜ nach § 167 Abs. 1 unterscheidet zw. jenen die Anlagen betreiben mit denen öffentlich zugängliche TK-Dienste erbracht werden. Wer Anlagen betreibt, ist unmittelbar Verpflichteter. Ohne solche Anlagen zu betreiben, müssen sich Anbieter von TK-Diensten vergewissern, dass der gewählte Anlagenbetreiber die Verpflichtungen erfüllt.



XIII. Vorratsdatenspeicherung §§ 172 - 180 - Hinweis: *Innerhalb Bundesregierung besteht weiter Erörterungsbedarf*

eco lehnt die Beibehaltung der Vorratsdatenspeicherung nach den §§ 172ff strikt ab. Die Beibehaltung der Regelungen verstoßen ohnehin bereits in ihrer zumeist inhaltsgleichen Wiederholung aus dem aktuellen TKG gegen das EU-Recht, vgl. EuGH C-511/18 et alt. vom 06.0.2020, C-203/15 und C293/14. Beim Bundesverfassungsgericht sind weiterhin die Verfahren zu den §§ 113a ff TKG anhängig. Trotz der entgegenstehenden Rechtsprechung des EuGH, zuletzt 06.10.2020 (C-511/18) und des Beschlusses des BVerfG vom 27.05.2020, 1 BvR 2618/13, 1 BvR 1873/13 will der Gesetzgeber im Rahmen des vorliegenden DiskE-TKG bedauerlicherweise an der Vorratsdatenspeicherung festhalten, wofür eco kein Verständnis aufbringt.

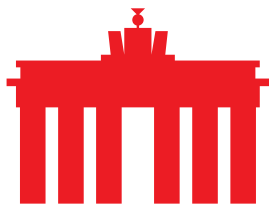
Wir appellieren auch im Zusammenhang des vorliegenden TKG-Disk-E erneut die Bundesregierung endgültig auf Vorratsdatenspeicherung zu verzichten. Anstatt dessen sollten Bund, Länder und Kommunen ausreichend ausgebildetes, entsprechend bezahltes Personal in den relevanten Stellen einstellen und technisch adäquat ausstatten.

XV.. Übernahme der PTSG-Vorschriften ins TKG §§ 181 - 187

Die tk-spezifischen Regelungen des Post- und Telekommunikationssicherungsgesetzes für Krisen- und Katastrophenfälle werden in das TKG übernommen. Durch die Ausweitung auf OTT-Anbieter insgesamt wird es nun mehr Verpflichtete geben, vgl. § 181 TKG-E (vgl. § 5 PTSG). Bspw. zählen nun alle Arten von E-Maildiensten als öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste. Mit mehr als 100.000 Nutzern unterfällt man der Telekommunikationssicherungspflicht gem. § 182 Abs. 1 TKG-E sowie der Pflicht Telekommunikationsbevorrechtigungen sicherzustellen, § 183 Abs. 1 TKG-E (vgl. § 6 - 7 PTSG).

XV. Sonstiges

Außerdem sieht der vorliegende Entwurf des DiskE-TKG noch die Neuregelung organisatorischer und verfahrensrechtlicher Fragen der Bundesnetzagentur, die Neukonzeption des Rechts zu Gebühren und Beiträgen sowie die Implementierung eines neuen Bußgeldregimes vor. Hinsichtlich verfahrensrechtlicher Fragen ist insbesondere das Auskunftsverlangen nach §§ 199 – 200 hervorzuheben. Bzgl. der Befugnisse ist besonders die erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereiches der Vermögensabschöpfung nun in § 205 zu erwähnen, derzeit § 43 TKG. Sie kann bei rechtswidrig erlangten Vorteilen eines Unternehmens vollzogen werden, wenn Bußgelder – und Schadensersatz an Geschädigte nicht ausreichen, um den Vorteil zu nehmen.



B. Im Besonderen

I. §§ 3 – 19; Ausdehnung auf OTT, Meldepflicht

Zu § 3 - Begriffsbestimmungen - Hinweis: Bundesregierung diskutiert Ausweitung des Adressatenkreises

Der DiskE-TKG enthält mehr als eine Verdoppelung der Legaldefinitionen in § 3. Bisher waren es 34 Stück, nun sollen es 76 werden. Sehr wesentliche sind die Nr. 23, 34, 37, 41 und 58 des § 3 hinsichtlich der Telekommunikationsdienste, da mit ihnen qua der Vorgabe durch den EECC der Anwendungsbereich des TKG grundsätzlich auf OTT-Anbieter ausgeweitet wird. § 3 Nr. 23 definiert den interpersonellen Kommunikationsdienst legal. Zwei Unterkategorien davon sind der nummerngebundene, interpersonelle Kommunikationsdienst nach § 3 Nr. 34 und gem. § 3 Nr. 37 der nummernunabhängige, interpersonelle Kommunikationsdienst. Zu letzterem zählen Messenger wie WhatsApp, Threema und Signal. Diese TKG-Regelungen dienen der Umsetzung von Art. 2 Abs. 4 EECC. Diese Ausweitung des TKG auf OTT-Anbieter hat vielfache Implikationen, bspw. die Meldepflicht (§ 5), die Verpflichtung zu technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen (§ 162), die Geltung des sektorspezifischen Datenschutzes (§ 166) und Verpflichtung zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen, Erteilung von Auskünften, § 167.

In den Gesetzesbegründungen des DiskE-TKG werden weitgehend den Inhalt der Erwägungsgründe 15 und 17 des EECC übernommen, letztere sind noch ausführlicher. Es wird vor allem auf die Sicht der Nutzer auf die Funktionalität der Dienste abgestellt und davon ausgehend auf eine Gleichwertigkeit bzw. Substituierbarkeit der bisherigen TK-Dienste durch OTT-Dienste geschlossen. Die technische Erbringung Dienste (Signalübertragung) soll nicht mehr so maßgeblich sein, wie bisher. In der Begründung zu § 3 Nr. 19 heißt es:

„Dementsprechend wird der Begriff des Telekommunikationsdienstes unterteilt in Internetzugangsdienste, interpersonelle Telekommunikationsdienste und Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen. Der interpersonelle Telekommunikationsdienst stellt dabei einen Dienst dar, der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch zwischen zwei oder mehreren, letztlich aber einer endlichen und nicht potenziell unbegrenzten Anzahl von Personen regelt, die vom Sender der Kommunikation bestimmt werden. Erfasst sind also beispielsweise Telefonate zwischen zwei Personen, E-Mails, Messengerdienste und Gruppenchats. Das interaktive Element des Informationsaustausches kennzeichnet, dass der Empfänger der Information in technischer Hinsicht die Möglichkeit zu einer Antwort hat.“

Deswegen sollen nicht darunter fallen Dienste wie der lineare Rundfunk, Websites, soziale Netzwerke, aber auch die Maschine-Maschine-Kommunikation und Dienste. Ebenso wenig erfasst seien auch Dienste, deren interpersonelle und interaktive Kommunikationseinrichtung nur eine untergeordnete und mit einem anderen Dienst verbundene Nebenfunktion einnimmt, die aus objektiv technischen Gründen nicht ohne den Hauptdienst genutzt werden kann



(Beispiel: Online-Spiele, die eine Chatfunktion enthalten). Entscheidend für die Frage der Einordnung, ob es sich um eine Nebenfunktion handelt, ist die Sichtweise eines objektiven Endnutzers.

Zu § 5 Meldepflicht (bisher § 6 TKG; Art. 12 u. 13 EECC) - Hinweis: Bundesregierung erörtert Ausweitung des Adressatenkreises

eco lehnt eine Ausweitung der vorliegenden Fassung der Meldepflicht, die gerade innerhalb der Bundesregierung erörtert wird, ab, da sie insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen nicht erforderlich ist. Der DiskE sieht unabhängig von der Meldepflicht eine Vielzahl von Vorgaben für nun erstmalig Verpflichtete vor, bspw. im Bereich der öffentlichen Sicherheit. Der EECC enthält diesbezüglich keine zwingend umzusetzenden Vorgaben und sieht eine solche Ausdehnung dieser Pflicht auch nicht vor. Vielmehr sprechen dessen Erwägungsgrund 44 für eine Ausklammerung nummernunabhängiger, interpersoneller Telekommunikationsdienste (§ 3 Nr. 37). Somit unterliegen Anbieter von Diensten, die unter diese Begriffsbestimmung fallen (beispielsweise Messengerdienste oder Web-gestützte E-Mail-Dienste) derzeit nicht der Meldepflicht nach § 5.

Zu § 19 Abs. 2 – Pflicht zur Zusammenschaltung/Interoperabilität

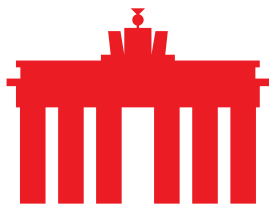
Die Umsetzung des Art. 61 Abs. 3 EECC durch den Normvorschlag greift aus Sicht des eco zu kurz. Der europäische Rechtsrahmen sieht eine erhebliche größere Zahl an Bedingungen vor, damit Anbietern nummernunabhängigen, interpersonellen Diensten eine Verpflichtung zur Interoperabilität auferlegt werden darf. Auf den EU-rechtlich vorgegebenen Ausnahmecharakter der Regelung sollte bereits im Tatbestand hingewiesen werden, etwa durch Umstellung und Ergänzung von § 19 Abs. 2 Nr. 4: „*die Kommission hat unter den engen Voraussetzungen des Artikel 61 Absatz 2 Unterabsatz 2 Buchstabe ii der Richtlinie (EU) 2018/1972 Durchführungsmaßnahmen erlassen.*“

III. Endnutzer-/Verbraucherschutz - §§ 49 - 69

eco wird gemeinsam mit anderen Verbänden umfassend zum Thema Verbraucherschutz im DiskE-TKG Stellung nehmen. Entsprechend fokussieren wir uns im Folgenden auf das Thema Breitbandmessung.

Zu § 55 Abs. 4 – Messtool, Sonderkündigungs- u. Minderungsrecht

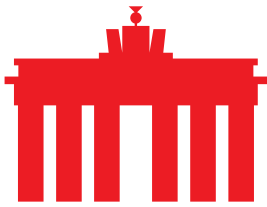
eco fordert die Streichung dieser Norm, da sie EU-rechtswidrig ist. Der EECC sieht eine solche Norm nicht vor. Mehr noch, nach Art. 1 Absatz 3 lit. d) EECC bleibt die TSM-VO unberührt. Art. 4 Abs. 4 der europäischen TSM-VO (EU/2015/2120) regelt abschließend die Beweiskraft eines zertifizierten Überwachungsmechanismus. Dort wird eine gesetzliche,



widerlegliche Vermutung für die nicht vertragskonforme Leistung eines Anbieters Internetzugangsanbieters aufgestellt, für den Fall, dass ein zertifizierter Überwachungsmechanismus feststellt, dass die Geschwindigkeit des Internetzugangsdienstes tatsächlich erheblich, kontinuierlich oder regelmäßig wiederkehrend von der vertraglich vereinbarten Geschwindigkeit abweicht. Diese Vermutung fehlt in § 55 Abs. 4 S. 1. Dies ist ein Verstoß gegen die o. g. Verordnung. Der nationale Gesetzgeber hat keine Abweichungsbefugnis von der Regelung des Art. 4 Abs. 4. Weiter verstößt diese fehlende Exkulpationsmöglichkeit gegen national zivilrechtliche und EU-rechtliche Grundsätze. Sinn und Zweck von Vermutungsregelungen ist u. a. die Beweiserleichterung für den aus Sicht des Gesetzgebers regelmäßig im Nachteil befindlichen Normadressat. Eine Beweiserleichterung ist eine Ausnahme vom Prinzip, dass jeder die für ihn günstigen, anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen, Rosenbergsche Formel. Dieses Regel-Ausnahme-Prinzip verletzt § 55 Abs. 4 S. 1, indem den Anbietern die Widerlegung darin nicht zugestanden wird. Hinzu kommt, dass die Regelung in § 55 Abs. 4 S. 1 nicht erforderlich ist, da Art. Abs. 4 TSM-VO ausreichend ist. Sie ist auch nicht erforderlich, was die außerordentliche, fristlose Kündigung oder die Minderung anbelangt. Diese Einschätzung wird auch von der BNetzA geteilt¹.

Darüber hinaus bestehen berechtigte Zweifel an der Validität des Messtools der BNetzA, das in der Desktop-App-Version als der zertifizierten Überwachungsmechanismus im Sinne der TSM-VO gilt. Diese Geltung erlangt das Messtool über die Leitlinien von GEREK, wonach eines von einer Behörde zu diesem Zweck ausgewähltes Messtool als zertifizierter Überwachungsmechanismus anzusehen ist, vgl. Nr. 161, S. 3 BoR (20) 112. Diese Leitlinien sind für die Auslegung der Verordnung durch die Behörden verbindlich. Eine Verbindlichkeit gegenüber anderen Rechtsteilnehmern haben diese Leitlinien nur sehr eingeschränkt. Sie verlieren jegliche Verbindlichkeit, wenn sie dem Wortlaut des maßgeblichen Rechtsaktes widersprechen. Art. 4 Abs. 4 TSM-VO spricht vom Überwachungsmechanismus, der von der Nationalen Regulierungsbehörde zertifiziert wurde. Die GEREK-Leitlinien lassen dafür ausreichen, dass die Nationale Regulierungsbehörde wie die BNetzA ein Messtool auswählt und es als zertifizierten Überwachungsmechanismus erklärt. Nach dem DIN ist eine Zertifizierung eine Sonderform der Konformitätsbewertung. Der Begriff Konformität beschreibt dabei eine Überprüfung der Erfüllung bzw. Einhaltung definierter Anforderungen, die an ein Produkt, ein System, einen Prozess oder auch an Personen gestellt werden. In der DIN EN ISO/IEC 17000:2004 Konformitätsbewertung – Allgemeine Begriffe sowie Grundlagen ist die Zertifizierung wie folgt definiert: „Maßnahme durch einen unparteiischen Dritten, die aufzeigt, dass ein angemessenes Vertrauen besteht, dass ein ordnungsgemäß bezeichnetes Erzeugnis, Verfahren oder eine ordnungsgemäß bezeichnete Dienstleistung in Übereinstimmung mit einer bestimmten Norm oder einem bestimmten anderen normativen

¹ Öffentliche Anhörung BT-Ausschuss, Vizepräsident Herr Dr. Eschweiler, [vgl. S. 11 des Wortprotokolls](#).



Dokument ist.“ Die BNetzA ist aus Sicht des eco kein unparteiischer Dritter. Sie ist im Sinne der TSM-VO die Behörde, die Anbieter Internetzugangsdiensten kontrolliert.

Unabhängig davon gibt es mehrere, konkrete Probleme bei den Messungen mit der Desktop-App-Version des Messtools. Es kommt immer wieder zu nicht nachvollziehbarem Routing der Datenpakete, die zu Messzwecken zwischen Endgerät des Kunden und den Servern der Zafaco (Auftragsentwickler für BNetzA), die am Kernnetz des Unternehmens Core Backbone angeschlossen sind. Ebenfalls wiederkehrend werden hochbreitbandige Anschlüsse, bspw. 500Mbit/s) nicht korrekt gemessen. Bei den Verbrauchern gibt es eine Vielzahl von Faktoren, welche die Messung verfälschen können, z. B. Netzwerkkarten, welche die Datenübertragung nur in geringerem Maße zulassen als der Anschluss es leistet, automatische Updates von Software während einer Messung, in einem Mehrpersonenhaushalt Beanspruchung des WLAN durch eine Person während ein anderes Haushaltsmitglied über LAN misst, minderwertige Innenhausverkabelung, usw.. Auch vor diesem Hintergrund ist eine fehlende Exkulpationsmöglichkeit inakzeptabel.

IV. Koordinierung von Bauarbeiten, Mitverlegung § 140 (DigiNetzG - § 77 TKG)

Auf größte Bedenken stößt der Vorschlag mit dem die Mitverlegungsmöglichkeit gem. § 140 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 erneut eingeschränkt werden soll. Die letzte ausgewogene Änderung erfolgte erst Ende 2019 mit dem Satz 3 des § 77i Abs. 3 TKG. Für diesen extrem kurzfristigen Änderungswunsch kann unseres Erachtens kein Bedarf nachgewiesen worden sein. Mithin fehlt die die Erforderlichkeit der geplanten Änderung. § 140 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG hebt die ganz oder überwiegende öffentliche Finanzierung wieder hervor und spricht von einer Gefährdung des Hauptzwecks. Letztlich würden kommunale Anbieter wieder mehr von Mitverlegungsansprüchen unberechtigt ausgespart. eco hält dies nicht für sachgerecht und zudem für EU-rechtswidrig. In der Kostensenkungs-Richtlinie EU/2014/61 ist keine solche Privilegierung vorgesehen und auch kein Gestaltungsspielraum für nationale Gesetzgeber.

Wir nehmen Bezug auf unsere [ausführliche Stellungnahme vom 13.08.2018](#) und erneuern unsere Kritik bezogen auf die hier vorgeschlagene Änderung.

V. Versorgungspflichten (vormals Universaldienst) / Anspruch auf schnelles Internet §§ 153 – 160

eco nimmt zu den Versorgungspflichten gemeinsam mit anderen Verbänden umfassend Stellung. Entsprechend folgt hier eine lediglich eine verkürzte Darstellung.

Die Verknüpfung des Anspruches auf schnelles Internet mit dem europarechtlichen vorgegebenen Universaldienst stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Art. 87f Abs. 2 GG sieht die Versorgung der Bevölkerung mit TK-Diensten durch die Privatwirtschaft vor. Der einklagbare Anspruch nach § 158 Abs. 3 eines Einzelnen gegen ein TK-Unternehmen, ihn mit einer Dienstleistung zu versorgen, insbesondere ihn anzuschließen ist dadurch nicht zu



rechtfertigen, da dieses einen unverhältnismäßigen Eingriff des betroffenen Unternehmens darstellt. Zudem sehen wir den Anspruch auf schnelles Internet in vielen Fällen als nicht erfüllbar, bspw. wenn sich der Eigentümer weigert eine erforderliche Innenhausverkabelung zu installieren. Tatsächlich oder rechtliches Unmögliches darf aber nicht abverlangt werden.

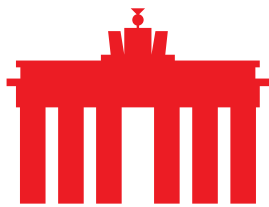
VI. Öffentliche Sicherheit - Hinweis: Für den ganzen Abschnitt besteht innerhalb der Bundesregierung noch Klärungsbedarf insbesondere zu folgenden Punkten: Kreis der erfassten Kommunikationsdienste, Verpflichtung von Erbringern von Telekommunikationsdiensten im Inland hinsichtlich der juristischen Erreichbarkeit, gesetzliche Normierung des Marktortprinzips, Erreichbarkeit der Telekommunikationsdienstleister, Anforderungen zur Offenlegung und Interoperabilität von Schnittstellen von Netzkomponenten einschließlich einzuhaltender technischer Standards

Hinsichtlich des ausstehenden Klärungsbedarfes und mit diesem TKG in Zusammenhang stehenden Regelungen, insbesondere auch noch zu verabschiedenden, wird eco die Entwicklungen weiterhin beobachten und seine Position aktiv im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einbringen.

eco sieht die geplante Auftrennung von § 109 TKG in die §§ 162 bis 164 positiv. Normadressaten und -anwendern verschafft das einen besseren Überblick und es trägt zur besseren Verständlichkeit bei.

Zu § 162 Technische und organisatorische Schutzmaßnahmen, § 162 TKG-E (teilweise § 109 TKG aktuell) - Hinweis: Änderungen durch IT SiG 2.0 werden hier lediglich nachvollzogen (aktuell § 109 TKG, hier §§ 162-164 TKG-E

eco erachtet es als bedauerlich, dass der vorliegende DisKE-TKG in diesem wichtigen Regelungsbereich noch nicht vollständig, sondern lediglich rudimentär in Teilstücken geblieben ist. Dementsprechend sind eine vollständige Einschätzung und Bewertung hinsichtlich der Auswirkungen und Tragweite nicht vollständig möglich. Das ist weder sinnvoll noch als einen Beitrag zur Stärkung der IT-Sicherheit und Integrität von Netzen und Diensten zu werten, da relevante Teile fehlen. § 162 Absätze 3 und 8 knüpfen an einen § 2 Nr. 13 BSIG an, der im Entwurf nicht vorgeschlagen wird, obwohl mit Artikel 10 das BSIG geändert werden soll. Die Regelung des 162 Abs. 8 S. 2 i. V. m. § 164 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 verletzt nach unserer Auffassung den Parlamentsvorbehalt. Im Ergebnis bewirken die Normen das die BNetzA, BSI und BfDI gemeinsam festlegen, nach welchen Vorgaben kritische Komponenten zu bestimmen und wer als Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze mit erhöhtem Gefährdungspotenzial einzustufen ist. Bei ersterem fehlt wiederum die Legaldefinition von § 2 Nr. 13 BSIG, s. o.. Bei zweiterem, die Einstufung als Netzbetreiber mit erhöhtem Gefährdungspotenzial hat i. V. m. dem Sicherheitskatalog in der notifizierten



Fassung (DE/2020/496) solche umfangreichen und intensiven Folgewirkungen für die betroffenen Unternehmen, dass der Wesentlichkeitsvorbehalt berührt ist und daher das Parlament zu entscheiden hat. Der Sicherheitskatalog sieht bspw. die Pflicht zur Meldung des Einbaus jeder einzelner Komponente vor, den Ausbau von Komponenten bei nachträglichem Entzug der Zertifizierung etc.. Allerdings führt § 162 Abs. 8 S. 2 nichts dazu aus, was unter einem Netzbetreiber mit erhöhtem Gefährdungspotenzial zu verstehen ist. Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes „Netzbetreiber mit erhöhtem Gefährdungspotenzial“ verknüpft mit der Befugnis die Allgemeinverfügung „Sicherheitskatalog“ zu erlassen, der ersichtlich schwerwiegende Eingriffe in Rechte der Unternehmen nach sich ziehen soll, entspricht nicht dem Bestimmtheitsgebot. Je belastender und vielfältiger die Eingriffe, desto normenklarer hat der parlamentarische Gesetzgeber die Grenzen zu ziehen und für verfassungsrechtliche Einhegungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit zu sorgen.

Die Möglichkeit der doppelten Prüfung auf Anordnung BNetzA durch eine qualifizierte unabhängige Stelle oder durch das BSI nach § 162 Abs. 8 S. 1 einerseits und andererseits durch die BNetzA selbst gem. § 163 Absätze 4 und 5 ist nicht erforderlich und unverhältnismäßig. Dies gilt erst recht für die zwingend stattfindend sollende Prüfung der Netzbetreiber mit erhöhtem Gefährdungspotenzial.

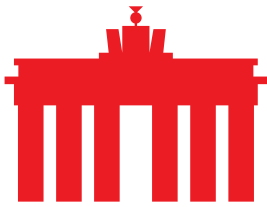
Die geplante Verschränkung von TKG, BSI-Gesetz und jeweils darauf beruhenden Allgemeinverfügungen (BNetzA Sicherheitskatalog, BNetzA Liste, BSI Technische Richtlinie und BMI zur Garantie-Erklärung) regelt diesen Themenbereich überkomplex, was der in Sache nicht sinnvoll ist. Durch das Fehlen relevanter Regelungsbereiche fehlt den betroffenen Rechts- und Planungssicherheit, was Investitionen hemmt und den Ausbau verzögert.

VII. Telekommunikationsüberwachung/Bestandsdatenauskunft/Automatisiertes Auskunfts- und manuelles Verfahren/Vorratsdatenspeicherung

In diesem Abschnitt „Öffentliche Sicherheit“ finden sich mit Abstand die meisten Hinweise auf weiterhin bestehenden Klärungsbedarf innerhalb der Bundesregierung.

Zu § 167 - Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen, Erteilung von Auskünften - Hinweis: *Bzgl. der genannten und ggf. zusätzlicher Mitwirkungspflichten besteht innerhalb der Bundesregierung noch Erörterungsbedarf*

eco kritisiert in aller Deutlichkeit, dass es offensichtlich innerhalb Bundesregierung seit Inkraft-Treten des EECC nicht möglich zu sein scheint, sich bzgl. des Umfangs und der Art von Mitwirkungspflichten gem. § 167 DiskE-TKG hinsichtlich der Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen zu einigen. Eine Kommentierung der Norm ist somit auch nicht sinnvoll und zielführend, da unklar ist, wie sich die zwischen den Ressorts abgestimmte



Fassung der Norm gegenüber dem vorliegenden Diskussionsentwurf darstellt. Einer sachgerechten Beteiligung im Sinne des § 47 GGO BM entspricht das nicht.

Gem. § 167 Abs. 1 S. 1 TKG-E (§ 110 TKG) müssen Betreiber von Anlagen, mit denen öffentlich zugängliche TK-Dienste erbracht werden, Vorkehrungen zur Umsetzung der TKÜ treffen. Ebenso haben Erbringer öffentlich zugänglicher TK-Dienste, die solche Anlagen Dritter nutzen, sich bei der Auswahl zu vergewissern, dass dieser Anordnungen zur Überwachung der Telekommunikation unverzüglich nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach Absatz 2 und der Technischen Richtlinie TKÜV umsetzen kann und der Bundesnetzagentur unverzüglich nach Aufnahme seines Dienstes mitzuteilen, welche Telekommunikationsdienste er erbringt, durch wen Überwachungsanordnungen, die seine Nutzer betreffen, umgesetzt werden und an welche im Inland gelegene Stelle Anordnungen zur Überwachung der Telekommunikation zu richten sind.

Zu § 169 - Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden (§ 111 TKG) -

Hinweis: *Bzgl. des Kreises des Verpflichteten besteht innerhalb der Bundesregierung noch Erörterungsbedarf*

Der Norm fehlt es an der erforderlichen Klarheit. Es ist unklar, welche Pflichten aus dieser Vorschrift den Adressaten letztlich treffen. Fraglich ist, ob in § 169 Abs. 2 Satz 1 TKG (neu) eine Pflicht zur Verifizierung von Kundendaten auch im Festnetz bzw. für Postpaid-Mobilfunkdienste geschaffen werden soll. Schon bereits der Wortlaut ist unklar. Das betrifft, insbesondere die Abgrenzung zu den Pflichten, die den Anbieter von im Voraus bezahlten mobilen Diensten treffen; diese Abgrenzung ist nicht nachvollziehbar. Wie soll die Überprüfung gem. Abs. 2 S. 1 erfolgen, wenn nicht anhand eines Ausweisdokumentes? Soll der Unterschied zwischen S. 1 und S. 2 also im Wesentlichen der zeitliche Aspekt ("vor der Freischaltung") sein? Dies wäre sprachlich jedoch nicht überzeugend, da die Vorlage der Ausweispapiere eindeutig auf die im Voraus bezahlten Mobilfunkdienste bezogen wird, so dass davon ausgegangen werden muss, dass die Überprüfung gem. Satz 1 auch anderweitig erfolgen könnte. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Daten dem Grunde nach gem. Abs. 1 der Norm vor der Freischaltung zu erheben sind. Dies führte zu einer doppelten Erhebung mit entsprechendem Aufwand. Vor dem Hintergrund, dass es in der Vergangenheit keine erwähnenswerten Probleme bei der Anschlussinhaberfeststellung im Festnetz gegeben hat, erscheint fragwürdig, wie diese umfassende Änderung begründet werden soll. Der im Rahmen einer derartigen händischen Prüfung entstehende finanzielle und organisatorische Aufwand für die Unternehmen ist immens.

Zu § 170 - Automatisiertes Auskunftsverfahren (§ 112 TKG) - Hinweis: *Bundesregierung diskutiert Kreis der Verpflichteten*

eco hielte es für ratsam, dass die Bundesregierung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur manuellen Bestandsdatenauskunft (1 BVR 1873/13) zum Anlass nimmt, die Norm zum automatisierten



Auskunftsverfahren gem. § 170 auf deren Verfassungskonformität zu prüfen. Die Vorschriften zum automatisierten Auskunftsverfahren nach § 170 richten sich derzeit noch an Anbieter von nummerngebundenen, interpersonellen Telekommunikationsdiensten.

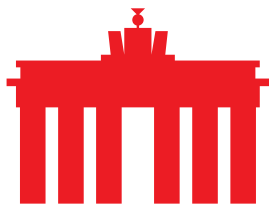
Zu § 171 - Manuelles Auskunftsverfahren (§ 113) - Hinweis: Bundesregierung erörtert Ausweitung des Adressatenkreises

Hinsichtlich des manuellen Verfahrens zu Bestands- und Verkehrsdaten (Vorratsdatenspeicherung nach § 171 Abs. 1 S. 1 TKG-E i. V. m. § 173 Abs. 1 TKG-E werden die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer verpflichtet, bei denen es sich nicht um nummernunabhängige, interpersonelle Telekommunikationsdienste handelt. Zumindest sind die letztgenannten derzeit nicht adressiert. Durch vorstehende Formulierung werden auch die Erbringer von Internetzugangsdiensten adressiert. Die Regelung zum Bereithalten einer ETSI-Schnittstelle ab 100.000 Nutzern (§ 171 Abs. 5 S. 2 TKG-E) blieb unverändert.

eco erwartet bzgl. der manuellen Bestandsdatenauskunft von der Bundesregierung mindestens die strikte Beachtung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch 1 BvR 1873/13 und das datenschutz- und unternehmensfreundliche Nutzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.

Zu § 172 – 180 Vorratsdatenspeicherung (113a ff TKG)

eco appelliert an den Gesetzgeber, endgültig von der Vorratsdatenspeicherung abzusehen und die Gesetze entsprechend aufzuheben. Würde die Vorratsdatenspeicherungen nach den Vorschriften des TKG vollzogen, würden alleine in Deutschland 520 Millionen Datensätze pro Tag erzeugt. Exemplarisch sei die Gruppe der 20 bis 66-Jährigen in Deutschland dargestellt. Bei einem Verbindungsaufbau in das Internet und einem Telefonat über das Mobilfunknetz an einem Tag, entstehen 112 Millionen Datensätze. Diese extreme Quantität an Grundrechtseingriffen und deren Qualität, die Kontakt- und Bewegungsprofile (Verkehrs- und Standortdaten) zulassen, ist der Gesetzgeber gehalten, die Erforderlichkeit solcher Verpflichtungen empirisch zu untersuchen sowie diejenige von Alternativen. Der deutsche Gesetzgeber unterlässt dies bewusst. Seit der Studie des MPI von 2011 ist seitens des deutschen Staates nichts nur ansatzweise Vergleichbares in Auftrag gegeben worden. Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur manuellen Bestandsdatenauskunft (1 BvR 1873/13) und den Urteilen des EuGH bzgl. der Vorratsdatenspeicherung (C-511/18 et. alt.) sind die Normen teils verfassungswidrig und können keinen Bestand haben und sind aufzuheben. Eine erneute Verabschiedung stellten eklatanten Verfassungsbruch und ebensolchen Bruch des Europarechts dar. Hinsichtlich letzterem ist eine Berufung auf eine inter-partes-Wirkung der EuGH-Urteile vom 06.10.2020 schlicht ausgeschlossen. Der EuGH urteilt, welche nationalen Regelungen mit der Richtlinie EG/2002/58 im Lichte der Grundrechte-Charta nicht zu vereinbaren sind. Jeder Mitgliedsstaat hat daraufhin zu prüfen, ob seine eigenen Regelungen im Einklang mit dem EU-Recht stehen. Offensichtlich genügen



die deutschen Regelungen, weder de lege lata noch die hiesigen de lege ferenda den Anforderungen des EuGH, da sie die anlasslose, generelle, uneingeschränkte Speicherung von weit mehr Daten zulassen, als der EuGH ausnahmsweise gestattet.

Zu § 173 - Pflichten zur Speicherung von Verkehrsdaten (113b TKG) - Hinweis: Bzgl. der Speicherung von IP-Adressen einschl. Portnummern besteht Erörterungsbedarf innerhalb der Bundesregierung)

Die Norm legt fest, welche Verkehrsdaten wie lange zu speichern sind. Inhaltlich entspricht sie § 113b TKG. Seit den Urteilen des EuGH (C-511/18 et. alt.) vom 06.10.2020 ist klar, dass diese Regelung nicht im Einklang mit Art. 15 Abs. 1 e-Privacy-RL (EG/2002/58) im Lichte der Art. 7, 8 und 52 der EU-Grundrechte-Charta steht. Dies gilt für die Absätze 2 und 4 des § 173 in Gänze. Sie sehen die anlasslose und generelle Speicherung von Daten vor, die der EuGH nicht als zulässig anerkennt.

Dem Hinweis im DiskE auf bestehenden Erörterungsbedarf innerhalb der Bundesregierung hinsichtlich Port- und IP-Adressen ermöglicht einen breiten Interpretationsspielraum. Einerseits könnte die Bundesregierung die Urteile berücksichtigen und versuchen die Urteile des EuGH vom 06.10.2020 einzubeziehen, s. § §173 (S. 12 u. 157 Stichworte IP-Adressen und Ports. Andererseits besteht die Möglichkeit, dass ohne Berücksichtigung der aktuellen EuGH-Rechtsprechung bei Nutzung des NAT-Verfahrens die Ermittlung von konkreten, individuellen IP-Adressen ermöglicht werden soll. Ebenfalls könnte auch eine Berücksichtigung der EuGH-Urteile und Erfassung des NAT-Verfahrens zugleich gemeint sein. Jedenfalls dürfte eine Einbeziehung und Erfassung des NAT-Verfahrens nach Einschätzung des eco beträchtliche Investitionen und Aufwände nach sich ziehen. eco lehnt die Vorratsdatenspeicherung aus grundsätzlichen Erwägungen ab. Zudem verbietet es sich, dass die betroffenen Unternehmen nun zum wiederholten, teilweise zum dritten Mal, investieren sollen müssen, um verfassungswidrige Maßnahmen zu ermöglichen.

Über eco: Mit über 1.100 Mitgliedsunternehmen ist eco der größte Verband der Internetwirtschaft in Europa. Seit 1995 gestaltet eco maßgeblich das Internet, fördert neue Technologien, formt Rahmenbedingungen und vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik und in internationalen Gremien. Leitthemen sind Zuverlässigkeit und Stärkung der digitalen Infrastruktur, IT-Sicherheit und Vertrauen sowie Ethik und Selbstregulierung. Deshalb setzt sich eco für ein freies, technikneutrales und leistungsstarkes Internet ein.