

Professor Dr. iur. Dr. rer.pol. Dr. h.c. Christian Kirchner, LL.M. (Harvard)



HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

JURISTISCHE FAKULTÄT/WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales
Zivil- und Wirtschaftsrecht und Institutionenökonomik

e-mail: Christian.Kirchner@rewi.hu-berlin.de
Homepage: <http://kirchner.rewi.hu-berlin.de/>

Deutscher Bundestag
Ausschuß für Wirtschaft und Technologie
z.Hd. des Vorsitzenden
Herrn Ernst Hinsken
Platz der Republik 1
11011 Berlin
- per mail -

Berlin, den 6.6.2011

**Schriftliche Stellungnahme zum Anhörungsgegenstand der Anhörung des
Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen
Bundestages am 8.6.2011 zum ‚Entwurf eines Gesetzes zur Änderung
telekommunikations-rechtlicher Regelungen‘ (BT-Drs. 17/5707 – sowie
weitere BT-Drucksachen zu Anträgen der Fraktion der SPD, der Fraktion
DIE LINKE sowie der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

I. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf verfolgt eine heute allgemein konsentiertere Zielsetzung, nämlich die regulatorischen Vorgaben für Telekommunikationsmärkte so zu gestalten, daß Anreize für Investitionen in Hochgeschwindigkeitsnetze geschaffen werden. Daneben werden Verbraucherrechte, insbesondere in Bezug auf die Warteschleifenproblematik, gestärkt. Der Gesetzentwurf weist in die richtige Richtung, wie sie von den im Jahre 2009 verabschiedeten Änderungsrichtlinien zur Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste und -netze¹ vorgegeben ist.

¹ Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über

Die Regelungen zu Regulierungszielen und –grundsätzen entsprechen nicht den europarechtlichen Vorgaben. Hier besteht Nachbesserungsbedarf.

Die Regelungen, die im einzelnen dazu beitragen sollen, die Regulierung an Anreizen für Investitionen in neue Hochgeschwindigkeitsnetze auszurichten, verfehlen im einzelnen die Zielsetzung und werden den europarechtlichen Vorgaben nicht gerecht. Das gilt für Regelungen zur Rechts- und Planungssicherheit, solchen zur symmetrischen Infrastrukturnutzung, zu Risikoteilungskonzepten, zur geographischen Differenzierung der Regulierung und zum transitischen Charakter der Ex-ante-Regulierung. Regelungen zur Netzneutralität sollten nicht in den Gesetzentwurf aufgenommen werden. Die Problematik von Mindestqualitätsstandards für Dienste ist eine der Offenheit von Netzen und sollte auf europäischer Ebene geregelt werden. Eine Vorabdelegation von Regelungsbefugnissen an die Bundesregierung (mit der Möglichkeit einer Subdelegation dieser Befugnisse an die Bundesnetzagentur) erscheint beim gegenwärtigen europäischen Diskussionsstand nicht zweckdienlich. Der Bundestag würde damit eine wichtige Regelungsfrage aus der Hand geben.

Es wird vorgeschlagen, keine Regelungen zur Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung in das Gesetz aufzunehmen. Dagegen sprechen politische, ökonomische und rechtliche Argumente. Dort, wo es rechtlich möglich wäre, eine solche Verpflichtung einzuführen, kollidierte sie mit dem Ausbau der LTE-Technik. Ginge sie über die durch diese Technik erreichbaren Datenübertragungsgeschwindigkeiten hinaus, käme es zu Problemen mit europarechtlichen Vorgaben.

den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Änderungsrichtlinie „Better Regulation“), ABl. EU Nr. L 337 v. 18.12.2009, 37 ff.; Richtlinie 2009/136/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (Änderungsrichtlinie „Citizens’ Rights“), ABl. EU Nr. L 337 v. 18.12.2009, 11 ff.

II. Zielsetzung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung

Wenn es um die Ziele des Gesetzentwurfs geht, ist zwischen den dort genannten Zielen und Regulierungsgrundsätzen auf der einen Seite und der Einschätzung der Zielerreichung zu unterscheiden. Hier soll auf die im Gesetzentwurf genannten Ziele und Regulierungsgrundsätze eingegangen werden.

Das Ziel, den Breitbandausbau in Deutschland zügig voranzutreiben, ist Kernstück der Breitbandstrategie der Bundesregierung. Diese Zielsetzung spiegelt einen breiten Konsens in der Politik wider.

Gem. Art. 8 Ziff. 2 des Gesetzentwurfs (TKG-E) wird § 2 TKG insoweit neu gefasst, als nach Abs. 2 ein neuer Abs. 3 eingefügt wird, der einen nicht abschließenden Katalog von Regulierungsgrundsätzen enthält. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um die weitestgehend wortgetreue Wiedergabe des nach Art. 1 Ziff. 8 lit. h RL 2009/140/EG in Art. 8 der Rahmenrichtlinie neu eingefügten Abs. 5. Lediglich bei der Förderung infrastrukturbasierten Wettbewerbs, die nach den Vorgaben der Richtlinie „gegebenenfalls“ zu erfolgen hat, sieht der Referentenentwurf die Formulierung „soweit sachgerecht“ vor. Darin liegt keine inhaltliche Abänderung der Richtlinienvorschrift.

Gegenüber der Fassung von § 2 im TKG 2004 ergibt sich durch die Neufassung in TKG-E eine nicht unwesentliche Änderung. Es wird jetzt – was auch in der geänderten Überschrift zum Ausdruck kommt – zwischen „Zielen der Regulierung“ und „Grundsätzen der Regulierung“ unterschieden. Das ist durch den neu in Art. 8 der Rahmenrichtlinie einzufügenden Abs. 5 vorgegeben. In der neuen Richtlinienbestimmung wird das Verhältnis von Zielen und Grundsätzen der Regulierung dergestalt geklärt, daß bei der Verfolgung der Ziele die Regulierungsgrundsätze anzuwenden sind. Das geht aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 5 der Rahmenrichtlinie hervor. Dieser Vorrang der Grundsätze gegenüber den Zielen ist in dem neu in § 2 TKG einzufügenden Abs. 3 ebenfalls enthalten. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird der neu zu fassende Wortlaut von § 2 Abs. 3 TKG wiederholt.² Eine Klärung des Verhältnisses von Regulierungszielen und Regulierungsgrundsätzen erfolgt in der Begründung nicht. Es wird, wenn der vorgesehene neue Wortlaut ins Gesetz eingeht und eine solche

² Begründung, Teil B, S. 74 vorletzter Absatz.

Klärung unterbleibt, Sache der Interpretation sein, den Vorrang der Grundsätze der Regulierung – nebst den praktischen Schlussfolgerungen daraus – herauszuarbeiten.

Es fragt sich, ob eine wortgetreue Übernahme einer Richtlinienvorschrift notwendigerweise eine Umsetzung ist, die dem Sinn und Zweck der Richtlinie entspricht. Es geht dabei um das folgende Problem: Werden in der Richtlinie Fragen wie Risikoteilungskonzepte, geographische Differenzierung der Regulierung und transitorischer Charakter der Ex-ante-Regulierung in den Erwägungsgründen und in den Vorschriften zu den Regulierungsgrundsätzen behandelt, so verbindet sich damit die Aufforderung an den nationalen Gesetzgeber, dafür Sorge zu tragen, daß diese Ziele und Regulierungsgrundsätze effektiv umgesetzt werden. Übernimmt nun aber der nationale Gesetzgeber diese Ziele und Regulierungsgrundsätze lediglich in die Vorschrift zu den Regulierungsgrundsätzen, ist damit eine effektive Umsetzung noch nicht gewährleistet. Im nationalen Gesetz ginge es darum, den Regulierungsgrundsätzen konkrete Regelungen folgen zu lassen. In diesem Zusammenhang sind die Mitgliedsstaaten im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie verpflichtet, die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten. Es besteht insofern nicht nur eine Gestaltungsverantwortung, sondern vielmehr eine Gestaltungsverpflichtung der Legislative, die über die grundsätzlich belassene Entscheidungsfreiheit freilich hinausgehen. Bleibt der Gesetzgeber hinter dieser Verpflichtung zurück, kann auch in diesem Falle nicht von einer vollständigen Umsetzung der Richtlinie und muss somit von einem Umsetzungsdefizit ausgegangen werden.

Diese Gefahr ist keineswegs abstrakt. So wird in der Begründung³ darauf verwiesen, daß die „sachgerechte Berücksichtigung geographischer Besonderheiten“ nur begrenzte Auswirkungen für die Regulierungspraxis haben soll. Eine Marktabgrenzung solle nicht regional erfolgen. Es deutet somit einiges darauf hin, daß der entsprechende Begründungstext nicht im Einklang mit Art. 8 Abs. 5 der Rahmenrichtlinie steht, machen doch die Aussagen in der Begründung, deutlich, daß durch Nichtaufgreifen von Regulierungsgrundsätzen in konkreten Gesetzesvorschriften und durch einschränkende Interpretation in der Begründung ein Leerlaufen der Regulierungsgrundsätze nicht auszuschließen

³ Teil B, S. 75, 3. Absatz.

ist. Der Begründungstext erschwert eine europarechtskonforme Auslegung und sollte gestrichen werden.

Der europarechtliche Hintergrund

Art. 1 Nr. 8 Änderungsrichtlinie 2009/140/EG ändert Art. 8 Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), indem Art. 8 Abs. 2 c) gestrichen und ein neuer – fünfter – Absatz hinzugefügt wird. Die Streichung betrifft die Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden, den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste u.a. zu fördern, indem sie „effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern und die Innovation unterstützen“. Diese Zielsetzung hatte 2002 die Hinwendung zur Förderung infrastrukturbasierten Wettbewerbs markiert. Allerdings war die Zielsetzung recht vage gehalten.

An die Stelle der gestrichenen Verpflichtung effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und die Innovation zu unterstützen, tritt nunmehr der Katalog der Zielsetzungen im neu hinzugefügten Art. 8 Abs. 5. Nach Abs. 5a ist die Vorhersehbarkeit der Regulierung durch die nationale Regulierungsbehörde dadurch zu fördern, daß diese über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beizubehalten hat. Nach Abs. 5c hat die nationale Regulierungsbehörde den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher zu schützen und gegebenenfalls den infrastrukturbasierten Wettbewerb zu fördern. Nach Abs. 5d hat sie effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch zu unterstützen, daß sie dafür sorgt, daß bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird und daß sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulässt, während sie gleichzeitig gewährleistet, daß der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden. Nach Abs. 5e hat sie die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Mitgliedstaaten herrschen, gebührend zu berücksichtigen. Nach Abs. 5f hat sie regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann aufzuerlegen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt. Sie hat diese Verpflichtungen zu lockern oder aufzuheben, sobald diese Voraussetzung erfüllt ist.

Diese Neubestimmung der Zielsetzung soll sicherstellen, daß die Regulierung den Breitbandausbau nicht nur nicht behindert, sondern daß sie Anreize für private Investitionen setzt. Dies wird durch weitere Zielsetzungen in den Erwägungsgründen ergänzt.

Nach Erwägungsgrund 5 besteht das Ziel darin, die sektorspezifische Vorabregulierung je nach der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und letztendlich die elektronische Kommunikation nur durch das Wettbewerbsrecht zu regeln.

Nach Erwägungsgrund 8 ist es – um die Ziele der Lissabon-Agenda zu erreichen, erforderlich, geeignete Anreize für Investitionen in neue Hochgeschwindigkeitsnetze zu schaffen. Dies werde die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union stärken. Die Förderung nachhaltiger Investitionen in die Entwicklung der neuen Netze sei von ausschlaggebender Bedeutung. Der Wettbewerb sei zu gewährleisten und den Wahlmöglichkeiten der Verbraucher sei durch Vorhersehbarkeit und Kohärenz der Regulierung eine neue Dynamik zu verleihen.

Nach Erwägungsgrund 53 sind effiziente Investitionen wie auch der Wettbewerb gemeinsam zu fördern, um das Wirtschaftswachstum zu steigern, mehr Innovationen zu erreichen und für die Verbraucher mehr Wahlmöglichkeiten zu gewährleisten.

Der Investitionsförderung dient der in Erwägungsgrund 56 enthaltene Hinweis, daß die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auferlegung von Maßnahmen zur Preissteuerung

dafür sorgen sollen, daß die Investoren eine angemessene Rendite erhalten, insbesondere bei neuen Investitionsprojekten. Es könnten Risiken im Zusammenhang mit Investitionsprojekten für neue Zugangsnetze in Bezug auf die auf diesen Netzen anzubietenden Erzeugnisse bestehen, für die die Nachfrage zum Zeitpunkt der Investition ungewiss sei.

III. Regelungen im Kontext einer Förderung des Breitbandausbaus durch eine innovations- und investitionsorientierte Regulierung

Sollen Breitbandinvestitionen durch eine innovations- und investitionsorientierte Regulierung gefördert werden, geht es im einzelnen um Regelungen zur Rechts- und Planungssicherheit, zur symmetrischen Infrastrukturbenutzung, zu Risikoteilungskonzepten und zur geographischen Differenzierung der Regulierung.

1. Vorschriften zur Rechts- und Planungssicherheit

Das Ziel der Planungssicherheit wird in der Begründung des Gesetzentwurfs angesprochen,⁴ wenn es um die Ermächtigung der BNetzA geht, langfristige Regulierungskonzepte vorzugeben. Damit bleibt der Referentenentwurf erheblich hinter der Neufassung der Rahmenrichtlinie zurück.

Das gilt auch für die neu ins TKG einzufügende Vorschrift des § 15a (Regulierungskonzepte). Danach kann die BNetzA zur Verfolgung einheitlicher Regulierungskonzepte im Weg von Verwaltungsvorschriften ihre grundsätzliche Herangehensweise und Methoden für die Marktdefinition nach § 10, die Marktanalyse nach § 11 und die Regulierungsverfügungen für einen bestimmten, mehrere Marktregulierungszyklen nach § 14 Abs. 2 umfassenden Zeitraum beschreiben. Nach dem in die Rahmenrichtlinie neu eingefügten Art. 8 Abs. 5 lit. h ist die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch zu fördern, daß über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehalten wird. Damit wird hier konkretisiert, was zur Förderung der Planungssicherheit in Erwägungsgrund 55 ausgeführt wird.

Um den neu gefassten Art. 8 Abs. 5 lit. h der Rahmenrichtlinie korrekt in nationales Recht umzusetzen, ist es erforderlich, daß die Adressaten der Regu-

⁴ Teil A II, S. 67, 4. Absatz.

lierung sich im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung rechtlich auf die Beibehaltung des Regulierungskonzepts verlassen können. Eine solche Sicherheit würde den Regulierungsadressaten dann gegeben, wenn sie vor der Investitionsentscheidung auf Antrag von der BNetzA feststellen lassen könnten, welche regulatorische Herangehensweise für die geplante Investition zur Anwendung gelangt. Eine Verwaltungsvorschrift allein gewährt die erforderliche Planungssicherheit nicht. Darüber hinaus nimmt das Rechtsschutzgebot des Art. 4 der Rahmenrichtlinie den nationalen Gesetzgeber in die Pflicht, abstrakte Ziele derart auszugestalten, daß sie einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zugänglich sind. Mangels Außenwirkung geben die vom Regulierer zu erlassenden Regulierungskonzepte investitionsbereiten Unternehmen jedoch nicht die Möglichkeit einer eigenständigen gerichtlichen Überprüfung, so daß die erforderliche Rechts- und Planungssicherheit nicht gewährleistet ist. Die nicht wahrgenommene Gestaltungsverpflichtung der Legislative stellt ein Umsetzungsdefizit dar.

Europarechtliche Vorgaben:

Die Rechts- und Planungssicherheit wird in Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2009/140/EG indirekt angesprochen, wenn auf die Nachhaltigkeit der zu fördernden Netzinvestitionen abgestellt wird. Nach Erwägungsgrund 14 soll die Rechtssicherheit der Marktakteure dadurch gewährleistet werden, daß die Beschwerdestellen ihre Aufgaben wirksam wahrnehmen und die Beschwerdeverfahren nicht ungebührlich lange dauern. Nach Erwägungsgrund 48 soll eine Befristung der Marktüberprüfungen erforderlich sein, um den Marktbeteiligten Sicherheit hinsichtlich der Regulierungsbedingungen zu geben. Gem. Erwägungsgrund 55 soll den Investoren dadurch Planungssicherheit gegeben werden, daß die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein sollen, gegebenenfalls die Bedingungen für den Zugang festzulegen, die während angemessener Überprüfungszeiträume kohärent bleiben.

Nach dem gem. Art. 1 Ziff. 8 lit. h RL 2009/140/EG neu in die Rahmenrichtlinie einzufügenden Abs. 5 lit. h soll die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, daß über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehalten wird.

2. Regelungen zur symmetrischen Infrastrukturnutzung

Fragen der symmetrischen Infrastrukturnutzung werden im neu in das Gesetz eingefügten § 77a angesprochen. Diese Vorschrift beschränkt sich auf eine Minimalumsetzung der Richtlinienbestimmung, ohne zu klären, ob damit in Deutschland eine effektive Nutzung der bestehenden Einrichtungen tatsächlich zu erwarten ist. Auf eine solche effektive Nutzung zielt aber die Richtlinienvorschrift. Es ist von „Einrichtungen auf, über oder unter öffentli-

chen oder privaten Grundstücken“ die Rede. Damit ist die Vorschrift sehr weit gefasst und geht über ein Recht, öffentliche Wege zu nutzen, hinaus.

An diesem Umsetzungsdefizit ändern auch die bereits bestehenden Regelungen des TKG kaum etwas. So beinhaltet § 70 TKG lediglich das Recht, passive Infrastruktur bei öffentlichen Wegen zur Verlegung neuer Kabel mitzubnutzen. Es fehlt eine entsprechende Regelung für private Grundstücke. Zudem hat die Regulierungsbehörde nicht die Kompetenz, entsprechende Anordnungen auch durchzusetzen. Eine dementsprechende Kompetenz ist ebenso wenig ersichtlich bei § 45a TKG. Verfahrensrechtlich wird im Rahmen dieser Vorschrift vielmehr ein rein privatrechtliches Verhältnis ausgestaltet, das im Zug der Zivilgerichtsbarkeit durchsetzbar ist. Art. 12 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie gibt allerdings vor, daß die Regulierungsbehörde die Befugnis erhalten muss, eine Mitbenutzung auf öffentlichen und privaten Grundstücken durchzusetzen. Eine entsprechende Regelung fehlt ebenso im neuen § 77a, welcher als „Gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen“ überschrieben ist. Die Vorschrift setzt allenfalls Art. 12 Abs. 2–4 der Rahmenrichtlinie um. Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie ist die Umsetzung damit defizitär.

Indem der vorgesehene § 77a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG aber auf eine Nutzungsberechtigung nach § 69 Abs. 1 i.V.m. § 68 Abs. 1 TKG Bezug nimmt und vorgeschlagene Kompetenzen der BNetzA auf Einrichtungen von Betreibern von Telekommunikationsnetzen und Eigentümern von Hausverkabelungen begrenzt, kommt es zu einer mit der Richtlinie nicht zu vereinbarenden inhaltlichen Beschränkung der Vorschrift. Insbesondere geht es um die Mitbenutzung der Einrichtungen anderer geeigneter Infrastrukturen (Verkehr, Energie, Wasserwirtschaft etc.) sowie Einrichtungen auf öffentlichen Wegen und privaten Grundstücken. Diese sind bislang keiner Mitnutzungsanordnung zugänglich. Es ist nicht sicher, ob freiwillige Vereinbarungen scheitern. Für diesen Fall ist der BNetzA auf Antrag eine Anordnungsmöglichkeit einzuräumen, um die Nutzung von Synergieeffekten beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu ermöglichen. Die vorgesehene Regelung des § 77a TKG stellt sich als eine im Vergleich zu Art. 12 der Rahmenrichtlinie zu kurz greifende Norm dar. Für den erforderlichen Breitbandausbau und die dafür wichtige Nutzung von Synergieeffekten sind die Vorschriften des Regierungsentwurfs unzureichend.

Europarechtliche Vorgaben:

Gem. Art. 1 Ziff. 14 RL 2009/140/EG wird die Vorschrift des Art. 12 der Rahmenrichtlinie von 2002 (Kollokation und gemeinsame Nutzung von Einrichtungen) erheblich erweitert und im Wesentlichen neu gefasst. Es geht jetzt um „gemeinsame Unterbringung und gemeinsame Nutzung von Netzbestandteilen und dazugehörigen Einrichtungen durch Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze“. Im Einzelnen soll nach Abs. 1 die gemeinsame Nutzung von „Einrichtungen auf, über oder unter öffentlichen oder privaten Grundstücken“, die von einem Unternehmen, das elektronische Kommunikationsnetze bereitstellt, nach nationalem Recht installiert werden können, ermöglicht werden. Unter anderem geht es um Gebäude, Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte und Verteilerkästen. Nach Abs. 2 können die Mitgliedstaaten den Inhabern der in Abs. 1 genannten Rechte die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen oder Grundstücken (einschließlich physischer Kollokation) oder das Ergreifen von Maßnahmen zur Erleichterung der Koordinierung öffentlicher Bauarbeiten aus Gründen des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Städteplanung und Raumordnung unter näher bestimmten verfahrensrechtlichen Voraussetzungen vorschreiben. Nach Abs. 3 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß die nationalen Behörden nach einer öffentlichen Konsultation von angemessener Dauer, bei der alle interessierten Kreise Gelegenheit zur Meinungsäußerung erhalten, auch befugt sind, den Inhabern der in Abs. 1 genannten Rechte und/oder dem Eigentümer einer Verkabelung die gemeinsame Nutzung von Verkabelungen in Gebäuden oder zum ersten Konzentrations- oder Verteilungspunkt, sofern dieser außerhalb des Gebäudes liegt, vorzuschreiben, wenn dies dadurch gerechtfertigt ist, daß eine Verdopplung dieser Infrastruktur wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre.

3. Regelungen zu Risikoteilungskonzepten

Im Gesetzentwurf werden Risikoteilungskonzepte lediglich im Rahmen der Regulierungsgrundsätze angesprochen. Im vorgesehenen § 2 Abs. 3 c) Nr. 4 wird die entsprechende Formulierung in Bezug auf Kooperationsvereinbarungen aus Art. 8 Abs. 5 lit. d der Rahmenrichtlinie übernommen. Damit ist nicht sichergestellt, daß solche Kooperationsabkommen in der Praxis tatsächlich eingesetzt werden können. In der Begründung werden keine Angaben dazu gemacht, wie Kooperationen ermöglicht werden sollen. Es wird lediglich auf die existierenden kartellrechtlichen Schranken verwiesen,⁵ denen zufolge die kartellrechtliche Prüfung der Kooperationen durch das BKartA von § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG unberührt bleiben soll.

Fehlt es im TKG an einer konkretisierenden Vorschrift zu Kooperationen, hat dies den Effekt, daß bei der Anwendung von § 28 Abs. 1 TKG unklar bleibt, ob zu den möglichen Rechtfertigungsgründen für eine Verhaltensweise gegenüber dem Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung beträchtli-

⁵ Teil B, zu Nr. 2, S. 75, zweiter Absatz.

cher Marktmacht auch die Berufung auf § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG zu zählen ist. Es geht um das Verhältnis zwischen den konkreten Rechtfertigungsgründen, wie sie in § 28 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1-3 TKG genannt werden, und einem aus dem Regulierungsgrundsatz in § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG abzuleitenden Rechtfertigungsgrund. Diese Unklarheit liegt darin begründet, daß aus der fehlenden Ergänzung der Rechtfertigungsgründe in § 28 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1-3 TKG der Schluss gezogen werden könnte, der Gesetzgeber habe Kooperationsvereinbarungen nicht als Rechtfertigung i.S.v. § 28 Abs. 1, Satz 2 TKG ansehen wollen (*argumentum e contrario*). Eine solche Interpretation würde dem Sinn und Zweck des neuen TKG widersprechen. Dennoch ist sie nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Solange das der Fall ist, entspricht die Umsetzung von Kooperationskonzepten allein in § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG nicht den Richtlinienvorgaben.

Europarechtliche Vorgaben:

Gem. Art. 1 Ziff. 8 lit. h RL 2009/140/EG ist in Art. 8 Abs. 5 lit. d vorgesehen, daß effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch gefördert werden, daß die nationalen Regulierungsbehörden verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern unter der Bedingung zulassen, daß der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden.

4. Regelungen zur geographischen Differenzierung der Regulierung

Die geographische Differenzierung der Regulierung wird in § 2 Abs. 3 Nr. 5 des Gesetzentwurfs aufgegriffen. In der Begründung wird dann aber deutlich gemacht, daß nach Ansicht des Gesetzgebers die geographische Differenzierung nicht auf die Marktdefinition durchschlagen darf.⁶ Mit § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG werde der Bundesnetzagentur nicht vorgegeben, regionale Märkte unterhalb des Bundesgebiets zu definieren. Der Regulierungsgrundsatz der Erforderlichkeit der regionalen Differenzierung verdeutliche lediglich, „daß regionale Besonderheiten stets zu prüfen und zu berücksichtigen“ seien.

Es fragt sich, ob damit die Richtlinienvorgabe, der zufolge die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Verbrauchern, die in den verschiedenen geographischen Gebieten innerhalb der Mitgliedstaaten

⁶ Teil B, zu Nr. 2, S. 75, dritter Absatz.

herrschen, gebührend zu berücksichtigen sind, korrekt in deutsches Recht umgesetzt wird. Blicke es bei der jetzigen Fassung des Regierungsentwurfs, wäre mangels einer positiven Regelung zur Möglichkeit regionaler Marktdefinitionen und ihrer Ablehnung in der Begründung eine „gebührende Berücksichtigung“ der geographischen Differenzierung ausgeschlossen. Außerdem bliebe offen, ob und wie eine geographische Differenzierung auf die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen durchschlägt. Auch in diesem Zusammenhang stellt die nicht wahrgenommene Gestaltungsverpflichtung der Legislative ein Umsetzungsdefizit dar. Die Richtlinienvorgaben werden damit von der intendierten Umsetzung der Vorschriften zur geographischen Differenzierung deutlich verfehlt.

Europarechtliche Vorgaben:

Nach Erwägungsgrund 7 der RL 2009/140/EG sollen die nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit haben, Märkte unterhalb der nationalen Ebene zu definieren und Verpflichtungen in Märkten und/oder geographischen Gebieten aufzuheben, wenn effektiver Wettbewerb bei der Infrastruktur besteht. Dies solle einen verhältnismäßigen und den sich ändernden Wettbewerbsbedingungen angepassten Ansatz sicherstellen. Nach Erwägungsgrund 56 sollen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der aufzuerlegenden Verpflichtungen und Bedingungen die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Gebieten der betreffenden Mitgliedstaaten berücksichtigen.

Gem. Art. 1 Ziff. 8 lit. h RL 2009/140/EG ist in Art. 8 Abs. 5 lit. e vorgesehen, daß die nationalen Regulierungsbehörden die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Verbrauchern, die in den verschiedenen geographischen Gebieten innerhalb der Mitgliedstaaten herrschen, gebührend berücksichtigen.

IV. Regelungen zur Netzneutralität

„Netzneutralität“ besagt, daß Dienste, Inhalte und Anwendungen im Internet nicht diskriminiert werden. Es geht also um die Offenhaltung des Internets. Datenpakete sollen im Internet unabhängig von ihrer Herkunft behandelt werden. Das nennt Charles B. Blankart „technische Netzneutralität“. Vom Problem der technischen Netzneutralität zu trennen ist das Problem einer Gleichbehandlung kapazitätsintensiver Dienste, die verzögerungstolerant und teilweise zeitsensibel sind, und verzögerungsintoleranter, zeitintensiver Dienste. Die letzteren sind in der Regel weniger kapazitätsintensiv. Gleichbehandlung würde bedeuten, daß für unterschiedliche Dienste ein einheitlicher Preis gelten würde. Solange Netzkapazität ausreichend zur Verfügung steht, ist das hinnehmbar, da Knappheitspreise in dieser Situation weniger relevant sind. Wenn aber Kapazi-

tätsengpässe auftreten und es zu Datenstaus kommt, ändert sich die Sachlage. Jetzt sind Knappheitspreise notwendig. Eine ökonomische Gleichbehandlung zeitinsensibler und zeitsensibler Dienste bedeutet eine Diskriminierung der letzteren.

Wenn Netzneutralität gefordert wird, ist dies bezüglich der technischen Netzneutralität zu begrüßen. Die Forderung nach einer – von Charles B. Blankart so bezeichneten – ‚ökonomischen Netzneutralität‘ würde das Problem von Kapazitätsengpässen und damit verbundenen Datenstaus erheblich verschärfen.

Für den Gesetzgeber - bzw. für Regulierungspraxis – sind dann drei Fragen zu unterscheiden: (1) Wie kann eine inhaltliche Diskriminierung von Diensten im Internet verhindert werden? (2) Wie kann eine Ausdifferenzierung verschiedener Dienstklassen (Verkehrsklassen) so geregelt werden, daß eine inhaltliche Diskriminierung vermieden wird? (3) Ist die Offenheit des Internets dadurch zu fördern, daß Transparenz- und Mindestqualitätsvorgaben vorgegeben werden?

Die dritte Frage betrifft nicht die Netzneutralität als solche, sondern die Offenhaltung des Netzes. Die Diskussion über Mindestqualitätsvorgaben kann nicht allein auf deutscher Ebene geführt werden. Hier ist ein Vorgehen auf europäischer Ebene erforderlich. Die Europäische Kommission hat dazu am 19.4.2011 eine Mitteilung erlassen.⁷ Im Lichte dieser europäischen Diskussion sollte Vorabdelegation von Regelungsbefugnissen an die Bundesregierung (mit der Möglichkeit einer Subdelegation dieser Befugnisse an die Bundesnetzagentur) nicht erfolgen. Der Bundestag würde damit eine wichtige Regulationsfrage aus der Hand geben.

Das Problem des Verbots der technischen und inhaltlichen Diskriminierung ist bereits mit dem existierenden Instrumentarium lösbar.

7 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, „The open internet and net neutrality in Europe“; abrufbar im Netz unter:
http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/doc/library/communications_reports/netneutrality/comm-19042011.pdf

Die Möglichkeit der Ausdifferenzierung verschiedener Diensteklassen ist angesichts sich abzeichnender Kapazitätsengpässe ein ernst zu nehmendes Problem. Es ist wenig hilfreich, wenn eine solche Ausdifferenzierung durch eine breit gefaßte Zielsetzung ‚Netzneutralität‘ verhindert oder erschwert würde. Die Ausdifferenzierung muß allerdings dort ihre Grenzen finden, wo es um inhaltliche Diskriminierungen oder Verstöße gegen das allgemeine Wettbewerbs- und Kartellrecht geht.

V. Zu Regelungen zur Förderung des Breitbandausbaus neben solchen zu einer innovations- und investitionsorientierten Regulierung

1. Regelungen zur Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung
 - a) Aktuelle Rechtslage bei Berücksichtigung der Änderungen im Gesetzesentwurf

Die politisch geführte Diskussion um die Einführung einer Universal­dienstverpflichtung für Breitbandanschlüsse wird im vorliegenden Gesetzesentwurf - noch – nicht bzw. nur am Rande aufgenommen.

Es wird die Regelung zur Definition von Universal­dienstleistungen (§ 78 Abs. 2 TKG-E) gegenüber dem geltenden TKG nur unwesentlich geändert. In Abs. 2 Nr. 1 werden – um die systematischen Änderungen in Art. 4 der durch Richtlinie 2009/136/G geänderten Universal­dienstrichtlinie (UDR) umzusetzen – in Nr. 1 nunmehr unter anderem als Universal­dienstleistung definiert: „der Anschluss an ein öffentliches Telekommunikationsnetz an einem festen Standort, der Gespräche, Telefaxübertragungen und die Datenkommunikation mit Übertragungsraten ermöglicht, die für einen funktionalen Internetzugang ausreichen.“ Diese Formulierung setzt den neuen Art.4 Abs. 2 UDR wörtlich um. Im Richtlinien­text findet sich die zusätzliche Bestimmung, der zufolge dabei die von der Mehrzahl der Teilnehmer vorherrschend verwendeten Technologien und die technische Durchführbarkeit zu berücksichtigen seien.

Auch im Lichte dieser zusätzlichen Bestimmung bleibt § 78 Abs. 2 Nr. 1 auslegungsbedürftig. Die Auslegung entscheidet zugleich, wo rechtlich die Grenzen für eine national eingeführte Breitbanduniversaldienstverpflichtung

liegt. Nach der Systematik des Gesetzentwurfes ist es nach § 78 Abs. 4 Satz 1 Aufgabe der Bundesnetzagentur, nach Anhörung der Universaldienstverpflichteten den allgemeinen Bedarf der Universaldienstleistungen nach Abs. 2 hinsichtlich der Bedürfnisse der Endnutzer festzustellen. Nach Satz 2 dieser Norm ist sie befugt, den Unternehmen Verpflichtungen aufzuerlegen. Dabei hat sie die europarechtlichen Grenzen aus Art. 4 UDR einzuhalten. Zu Art. 4 UDR und Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2009/136/EG hat die Europäische Kommission am 10. Januar 2011 eine ‚Guidance‘ erlassen.⁸ Es wird eine zweistufige Prüfung vorgesehen. Zuerst ist zu überprüfen, ob eine kritische Menge aller Haushalte (mindestens 50 Prozent) Breitbandinternetanschlüsse nutzt. Sodann ist im zweiten Schritt zu überprüfen, welche Datenübertragungsrate von mindestens 80 Prozent der Breitbandanschlußbesitzer (*subscribers*) bezogen wird. Allerdings sind die Angaben in der ‚Guidance‘ alles andere als klar und eindeutig. So wird vor die 80-Prozent-Schwelle ein ‚beispielsweise‘ gesetzt.

Die Rechtslage stellt sich nach dem Gesetzentwurf dann wie folgt dar: Die Bundesnetzagentur kann im Rahmen ihrer Befugnisse in § 78 Abs. 4 darüber befinden, ob die Voraussetzungen einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung vorliegen. Sie ist, liegen die Voraussetzungen vor, befugt, entsprechende Verpflichtungen aufzuerlegen. Sie hat dabei gem. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2009/136/EG darauf zu achten, daß ‚Marktverzerrungen‘ zu mindern sind. Nach den bisher vorliegenden Verlautbarungen der Bundesnetzagentur ist nicht damit zu rechnen, daß ohne eine Änderung des Gesetzes eine Breitbanduniversaldienstverpflichtung von seiten der Behörde auferlegt werden wird, zumal im Zuge des LTE-Ausbaus als Folge der Verteilung der digitalen Dividende eine Versorgung auch der bisher unterversorgten Gebiete mit Datenübertragungsgeschwindigkeiten gewährleistet wird, die einen funktionalen Internetzugang gewährleistet.

b) Prüfung eines Änderungsbedarfs

Ob der vorliegende Gesetzesentwurf um eine Breitbanduniversaldienstverpflichtung ergänzt werden soll, liegt in den Händen des Gesetzgebers. Er hat

⁸ COCOM20-31 FINAL vom 10.1.2011 (veröffentlicht am 7.2.2011); http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/cocom1/library?l=/public_documents_2011/cocom10-31_finalpdf/_EN_1.0_&a=d

eine politische und zugleich wirtschaftliche Entscheidung zu treffen und dabei die europarechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten.

Politisch ist weithin konsentiertes Ziel, den Breitbandausbau in Deutschland zügig voranzutreiben und zu verhindern, daß es zu einer digitalen Spaltung zwischen Ballungsräumen und dünn besiedelten ländlichen Regionen kommt. Es besteht auch Einigkeit darüber, daß der Breitbandausbau mit erheblichen Investitionen verbunden sein wird und daß diesen Investitionen im ländlichen Raum möglicherweise nur eine Nachfrage gegenübersteht, die eine Amortisation der Investitionen in einem absehbaren Zeitraum nicht ermöglicht, so daß die Finanzierung solcher Investitionen über den Kapitalmarkt nicht sichergestellt ist.

Es stehen verschiedene Konzepte für die Beschleunigung des Breitbandausbaus – auch in ländlichen Regionen –, die sich teils ergänzen, sich aber auch teils gegenseitig ausschließen, zur Wahl:

- (1) Die Umstellung einer Regulierung bestehender Telekommunikationsmärkte und –netze von einer reinen Zugangsregulierung auf eine innovations- und investitionsorientierte Regulierung, die Anreize für den schnellen Breitbandausbau setzt.
- (2) Staatliche Förderprogramme für den Breitbandausbau in der Fläche im Rahmen bestehender beihilferechtlicher Regelungen.
- (3) Eröffnung der Nutzung von existierenden Infrastrukturen (etwa von Leerrohren) verschiedener Netzbetreiber (unter Einbezug von Netzen der leitungsgebundenen Energiewirtschaft).
- (4) Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung.

Während die ersten drei Konzepte von Politik und Unternehmen des Telekommunikationssektors weitgehend positiv gesehen werden, gibt es Dissens beim vierten Konzept. Die gegen die Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung vorgebrachten Argumente lassen sich in ökonomische, politische und rechtliche Argumente unterteilen.

Politisch wird argumentiert, daß es eine Pflicht des Staates sei, denjenigen eine Grundversorgung an Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich zur Verfügung zu stellen, die in Regionen angesiedelt sind, in denen eine marktliche Erschließung nicht oder nur verzögert erfolgt. Dann ist zu definieren,

was eine solche Grundversorgung ausmacht. Eben diese Diskussion ist angesichts der Verteilung der digitalen Dividende geführt worden. Die Einführung von LTE-Lösungen, die einen funktionalen Internetzugang ermöglichen, soll dem Ziel dienen, einen funktionalen Internetzugang flächendeckend zu gewährleisten. Wenn darüber hinaus für höhere Geschwindigkeiten ein Zugang zu Glasfasernetzen ins Spiel gebracht wird, ist politisch zu entscheiden, ob es hier noch um ‚Grundversorgung‘ geht.

Ökonomisch wird argumentiert, daß sich ein staatliches Eingreifen nur dort rechtfertigen lasse, wo ein Marktversagen festgestellt werden kann. Ob ein solches vorliegt, wenn aus Gründen der nicht ausreichend kaufkräftig unterlegten Nachfrage der Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen sich nicht flächendeckend rentiert, ist zweifelhaft. Die Universaldienstdiskussion trägt diesem Gedanken insofern Rechnung, als es nicht um nützliche Dienste geht, sondern um die Grundversorgung. Nur wo eine echte Grundversorgung sich marktlich nicht gewährleisten läßt, soll der Staat befugt sein, Universaldienstverpflichtungen aufzuerlegen.

Ökonomisch wird weiter argumentiert, daß dann, wenn für einen Dienst, etwa einen Hochgeschwindigkeitsnetzzugang, eine Universaldienstverpflichtung auferlegt wird, dies aus Nutzersicht bedeutet, daß ein – einklagbares – Recht geschaffen wird. An die Stelle der Marktlösung tritt dann die rechtliche Lösung. Es werden Eigentumsrechte geschaffen, die eine Marktlösung verdrängen. Aus Sicht potentieller Investoren bedeutet das, daß geplante Investitionen auf den Prüfstand gestellt werden, da sie möglicherweise entwertet werden. Das gilt grundsätzlich auch für bereits getätigte Investitionen. Dieser Aspekt ist auch in der rechtlichen Regelung angesprochen, wenn in Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2009/136/EG auf die Vermeidung von ‚Marktverzerrungen‘ abgestellt wird.

Rechtlich kann gefragt werden, ob dann, wenn zwei rechtliche Instrumente gleichzeitig eingesetzt werden sollen, nämlich die Verteilung der digitalen Dividende in Gestalt des LTE-Ausbaus und der Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung, es nicht zu rechtlichen Friktionen komme. Diese liegen dann auf der Hand, wenn alternativ die eine oder die andere Lösung für eine Region eingesetzt werden können und die LTE-Lösung bereits Teil des geltenden Rechts ist. Würde man auf die LTE-Lösung nunmehr eine Breitbanduniversaldienstverpflichtung setzen, würden die erforderlichen regionalen Ab-

grenzungen im Rahmen des § 81 Abs. 1 S. 1 TKG erhebliche Probleme bereiten. Allgemeiner gesagt wäre es systemwidrig, ein bereits in der Realisierungsphase laufendes Konzept durch ein neues Konzept zu gefährden. Liege die für die Breitbanduniversaldienstverpflichtung ins Auge gefaßten Datenübertragungsraten unter denen, die mit der LTE-Technologie erreichbar sind, ist zudem die Notwendigkeit der Auferlegung einer solchen Verpflichtung nicht gegeben. Eine Breitbanduniversaldienstverpflichtung käme dann nur für höhere Datenübertragungsraten in Betracht. Für diese wäre dann konkret zu prüfen, ob sie sich im Rahmen des europarechtlich Zulässigen halten.

Wägt man die politischen, ökonomischen und rechtlichen Argumente für oder gegen die gesetzlich verankerte Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung gegeneinander ab, ergibt sich folgendes Bild. Politisch ist unklar, von welcher Datenübertragungsrate an mit dem Vorliegen einer fehlenden Grundversorgung gesprochen werden kann. Ökonomisch bestehen aus ordnungsökonomischen Erwägungen Bedenken gegen eine staatliche Lösung dort, wo ein Marktversagen nicht erwiesen ist. Zudem ist auf erhebliche Verzerrungen hinzuweisen, die eine Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung in Bezug auf bereits getätigte und geplante Netzinvestitionen mit sich bringen würde. Rechtlich ist zu bedenken, daß eine Breitbanduniversaldienstverpflichtung, die unter den mit der LTE-Technik erzielbaren Datenübertragungsraten daran scheitert, daß eine Unterversorgung nicht vorliegt. Für höhere Datenübertragungsraten hingegen ist fraglich, ob sie den europarechtlichen Test bestehen.

Aus den genannten Gründen ist die Einführung einer Breitbanduniversaldienstverpflichtung im Rahmen der laufenden Novellierung des TKG nicht geraten.

2. Regelungen zum transitorischen Charakter der Ex-ante-Regulierung

Im Gesetzentwurf findet sich ein Hinweis auf den transitorischen Charakter der Regulierung in § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG, der wortgetreu Art. 8 Abs. 5 lit. f umsetzt. In der Begründung für diese Regelung⁹ wird hingegen die Aussage verkürzt. Es wird zwar darauf verwiesen, daß der BNetzA in § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG vorgegeben werde, sektorspezifische Ex-ante-Verpflich-

⁹ Teil B, zu Nr. 2, S. 75, vierter Absatz.

tungen nur aufzuerlegen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt. Von einer Pflicht zur Lockerung oder Aufhebung der regulatorischen Vorabverpflichtungen ist nicht die Rede. Soweit bei der teleologischen Auslegung einer Vorschrift des TKG auf die Begründung abgestellt wird, könnte dies zu Unsicherheiten führen. Es müsste dann die Begründung durch den deutschen Gesetzgeber im Lichte der Artikel der Rahmenrichtlinie und ihrer Erwägungsgründe überprüft werden. Erst über diesen Umweg käme man zum korrekten Ergebnis. Damit wird deutlich, daß hier die Begründung zum TKG vorzugsweise vor Verabschiedung des Gesetzes geändert werden sollte.

Europarechtliche Vorgaben:

Nach Erwägungsgrund 5 der RL 2009/140/EG besteht das Ziel der Regulierung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste darin, die sektorspezifische Vorabregulierung je nach der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und letztendlich die elektronische Kommunikation nur durch das Wettbewerbsrecht zu regeln. Erwägungsgrund 8 stellte eine Verbindung zwischen der Förderung nachhaltiger Investitionen in neue Netze und einer neuen Dynamik der Regulierung her. Erwägungsgrund 49 verweist auf die Notwendigkeit einer raschen Anpassung der Regulierung auf Gemeinschaftsebene. Dies sei wegen des hohen Maßes an technischer Innovation und der sehr dynamischen Märkte im Bereich der elektronischen Kommunikation erforderlich. Gem. Art. 1 Ziff. 8 lit. h RL 2009/140/EG ist in Art. 8 Abs. 5 lit. f vorgesehen, regulatorische Vorabverpflichtungen zu lockern oder aufzuheben, wenn sich wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb auf dem betreffenden Markt einstellt.

VI. Gesamteinschätzung des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf verfolgt die richtigen Ziele, enthält aber eine Reihe von Regelungen, die eine Erreichung dieser Ziele erheblich erschweren. Dabei werden zum Teil die europarechtlichen Vorgaben verletzt. Änderungen der kritisch beleuchteten Regelungen hätten den Effekt, eine tatsächlich innovations- und investitionsorientierte Regulierung zu verwirklichen und damit den notwendigen Paradigmawechsel einzuleiten, weg von einer Regulierung existierender Netze und hin zu einer Regulierung, die Anreize in Investitionen in neue Hochgeschwindigkeitsnetze setzt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die notwendigen Änderungen zu erörtern und vorzunehmen.



Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Christian Kirchner

