



Institut für
Informations-,
Telekommunikations-
und Medienrecht
(ITM)

Prof. Dr.
Bernd Holznagel,
LL.M.
Direktor

Münster, 06.06.2011

Thesen zur Öffentlichen Anhörung zur TKG-Novelle 2011 am 8.6.2011

I. Netzneutralität

1. Die im TKG-E vorgesehenen Vorgaben zur Sicherung der Netzneutralität sind nicht ausreichend.
2. Der Begriff der Netzneutralität sollte im TKG definiert werden. In der Sache geht es hier um die Sicherung einer diskriminierungsfreien Ende-zu-Ende-Nutzung von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten im Rahmen geltender Gesetze.
3. Der TKG-E differenziert zwischen Zielen und Grundsätzen der Regulierung (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 TKG-E). Den Grundsätzen kommt eine besondere Bedeutung zu. Es ist zu empfehlen, das Gebot der Netzneutralität nicht nur als Regulierungsziel, sondern als Regulierungsgrundsatz in das TKG aufzunehmen.
4. Der Regierungsentwurf vertraut auf Transparenzregeln. Diese können aber nur wirkungsvoll sein, wenn der Nutzer bei Verstößen gegen das Gebot der Netzneutralität tatsächlich den Anbieter wechseln kann. Um diesen Prozess zu erleichtern, sollte ein Sonderkündigungsrecht eingeführt werden. Dieses Recht sollte geltend gemacht werden kön-

nen, wenn nachhaltig gegen das Gebot der Netzneutralität verstoßen wird. Im diesem Kontext sind auch Nachweisfragen zu regeln.

5. Soweit Dienstklassen eingeführt werden, müssen diese vom Netzbetreiber diskriminierungsfrei angeboten werden. Maßgeblich ist, dass der Nutzer die Hoheit darüber behält, wie er verschiedene Zugangs-klassen zum Internet nutzt. Die Entscheidung darüber, welche Quali-tätsklasse (Quality of Service) für welche Anwendungen verwendet wird, ist also dem Endnutzer zu überlassen, nicht dem Netzbetreiber. Diese Vorkehrungen dienen dazu, die Innovationsoffenheit des Inter-nets und die chancengleiche Kommunikation zu sichern.
6. Der Begriff der Dienstqualität (§ 43a Abs. 2 Nr. 3, § 45o TKG-E) ist ebenfalls zu definieren. Dies kann anhand von technischen Parame-tern wie der Latenzzeit, der Abweichung der Latenzzeit von ihrem Mit-telwert, der Paketverlustrate und dem Durchsatz erfolgen.
7. Bei der Festlegung von Mindestanforderung an die Dienstqualität (§ 45o Abs. 3 TKG-E) ist darauf zu achten, dass ein Best-Effort-Basisstandard gewährleistet wird. Dieser ist laufend an die fortschreiten-de technologische Entwicklung anzupassen. Diese Verpflichtungen sollten im TKG festgeschrieben werden. Diese Vorkehrung ist erforder-lich, um die kommunikative Grundversorgung sicher zu stellen.
8. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann die Befug-nis, Vorgaben für die Transparenz und die Mindeststandards an Dienstqualität als Rechtsverordnung zu erlassen, auf die Bundesnetz-agentur delegieren. Der Erlass der Rechtsverordnung bedarf jedoch des Einvernehmens zahlreicher Ministerien und der Zustimmung des Bundestags (§§ 45n Abs. 6, 45o Abs. 5 TKG-E). Eine solche Regelung ist unpraktikabel und verfassungsrechtlich nicht geboten. Der Kreis der Beteiligten sollte stark reduziert werden.
9. Die Verordnung sollte im Benehmen mit den Landesmedienanstalten und Rundfunkanstalten erlassen werden. Denn die Fragen der Netz-neutralität berühren Vielfaltsbelange, soweit Rundfunk und vergleich-bare Telemedien im Internet transportiert werden.

II. Breitband-Universaldienst

10. Der TKG-E enthält bislang keine Festlegungen hinsichtlich konkreter Übertragungsraten für Internetzugänge. Gleichwohl ist bereits nach gegenwärtiger Rechtslage eine Verpflichtung zum breitbandigen Universaldienst möglich. Der Rechtsbegriff des „funktionalen Internetzugangs“ ist im jetzigen § 3 Nr. 16 TKG zu finden und lässt sich vor dem Hintergrund der Universaldienstrichtlinie 2009 und ihrer Erwägungsgründe in diese Richtung auslegen. Das in § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG-E neu aufgenommene Regulierungsziel stellt ausdrücklich klar, dass eine flächendeckende gleichartige Grundversorgung in städtischen und ländlichen Räumen mit Telekommunikationsdiensten sicherzustellen ist.
11. Die Bundesnetzagentur hat schon jetzt zu prüfen, ob aufgrund des Standes der Breitbandversorgung in Deutschland eine Mangelsituation i.S.v. § 81 Abs. 1 Satz 1 TKG vorliegt und dann mithilfe der Auferlegung einer Universaldienstverpflichtung Abhilfe zu schaffen ist.
12. Der Gesetzgeber kann im Hinblick auf den Universaldienst konkretisierende Vorgaben machen bzw. die Bandbreite selbst bestimmen. Hieran ist er auch nicht durch das § 9a-Urteil des EuGH gehindert. Jedoch muss er die europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten.
13. Zentral ist insoweit die Universaldienstrichtlinie 2009. Danach ist gem. Erwägungsgrund 5 bei der Bestimmung eines funktionalen Internetzugangs „die von der überwiegenden Mehrheit der Nutzer im jeweiligen Mitgliedstaat verwendete Bandbreite“ zu berücksichtigen. Darüber hinaus folgen aus der Richtlinie die Prinzipien der Technologieneutralität, der technischen Durchführbarkeit und der Minimierung von Wettbewerbsverzerrungen. Diese sind v.a. für die Ausgestaltung der Universaldiensterbringung relevant. Bspw. müssen alle Anbieter diskriminierungsfreien Zugang zur Universaldienst-Infrastruktur bekommen. Angesichts der großen gesellschaftlichen und regionalpolitischen Bedeutung eines leistungsfähigen Internetzugangs sowie der erheblichen öffentlichen, auf leistungsfähigen Breitbanduniversaldienst abzielenden Initiativen in Ländern innerhalb und außerhalb der EU, mit denen sich

Deutschland vergleichen muss (u.a. Finnland, Schweden, Korea, Australien), ist ein Anstoß des Parlaments zu begrüßen.

14. Zur Umsetzung dieser Vorgaben hat der Kommunikationsausschuss der EU-Kommission (COCOM) Vorschläge gemacht. Er schlägt ein zweistufiges Verfahren vor. Auf der ersten Stufe sollen die Mitgliedstaaten feststellen, wie hoch der aktuelle Anteil aller Haushalte mit Breitbandanschluss einer bestimmten Leistungsklasse im Vergleich zur Gesamtsumme aller Haushalte ist. Nur wenn dieser Anteil 50 Prozent übersteige, sei die Einführung eines breitbandigen Universaldienstes gerechtfertigt. Soweit dieses Kriterium erfüllt ist, soll in einem zweiten Schritt die konkrete Übertragungsgeschwindigkeit ermittelt werden. Als Ausgangspunkt gibt Art. 4 Abs. 2 UDRL 2009 die „von der Mehrzahl der Teilnehmer“ verwendete Bandbreite vor. Um wettbewerbsverzerrende Auswirkungen zu vermeiden, soll „die Mehrzahl“ im Sinne einer qualifizierten Mehrheit ausgelegt werden. Der COCOM schlägt eine Mehrheit von 80 Prozent aller Breitbandnutzer vor.
15. Soweit in Deutschland ein Breitband-Universaldienst mit Übertragungsraten vorgeschrieben werden soll, die darüber hinausgehen, wäre dies wohl definitorisch nicht mehr von der UDRL 2009 erfasst. Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass eine solche Verpflichtung europarechtlich unzulässig wäre. Folgen ergeben sich in erster Linie für Fragen der Finanzierung einer entsprechenden Universaldienstverpflichtung. Diese könnte aufgrund der Sperrwirkung von Art. 32 UDRL 2009 nur aus Steuermitteln erfolgen.
16. Verfassungsrechtlich zeichnet v.a. Art. 87f GG den Handlungsrahmen des Gesetzgebers vor. Als Spezialausprägung des Sozialstaatsprinzips steht die Vorschrift der Einführung eines (privatwirtschaftlich erbrachten) Breitband-Universaldienstes nicht entgegen. Sie erlaubt sogar eine begrenzte regionale Differenzierung einer entsprechenden Verpflichtung. Zu beachten ist zudem, dass sowohl das Gebot der angemessenen Versorgung in Art. 87f GG als auch die UDRL 2009 mit der Bezugnahme auf die Mehrheit der Nutzer eine dynamische Regelung des Universaldienstes nahe legen.

17. Hinsichtlich der Finanzierung des breitbandigen Universaldienstes belässt es der TKG-E bei dem spezifischen Fonds-Modell des aktuell geltenden § 83 TKG, das sich aus (Sonder-)Abgaben der Telekommunikationsanbieter mit einem bestimmten Mindestmarktanteil speist. Angesichts seiner Ausgestaltung (Beitragsbemessung am Marktanteil, Ausnahmen für Kleinstanbieter, strenge Defizitbegrenzung) minimiert der Fonds die Wettbewerbsverzerrungen im Sinne der UDRL. Da mit der Öffnung des TK-Marktes die primäre Erfüllungsverantwortung für flächendeckend angemessene und ausreichende TK-Dienste auf die Anbieter überging, ist ihre Sonderabgabe auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Demgegenüber wäre es mit der verfassungsgemäßlichen Rechtsprechung nicht vereinbar, wenn die Gesamtheit der Endkunden mit einer (Breitband-)Abgabe belastet würde. Denn diese stehen der Gewährleistung der Universaldienste weder evident näher als die Anbieter noch als die Allgemeinheit der Steuerzahler.
18. Der Antrag 17/5902 bewegt sich im vorgezeichneten Rahmen. Die Bundesregierung könnte im TKG zur Vorlage eines Berichts zum Breitbandausbau im Jahre 2013 verpflichtet werden. Über das Ausmaß der Universaldienstverpflichtung entscheidet auf dieser Basis der Bundestag selbst. Es handelt sich um eine „wesentliche“ Entscheidung, die nicht im Wege der Rechtsverordnung zu konkretisieren ist.

III. Ausbau von Netzen der nächsten Generation

19. Der TKG-E enthält zahlreiche neue Instrumente, die den Ausbau von Netzen der nächsten Generation vorantreiben sollen. Hierdurch sollen die Planungssicherheit erhöht, Investitionsrisiken berücksichtigt und eine gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen angeregt werden (vgl. nur §§ 3 Nr. 32, 15a Abs. 2, 32 Abs. 3 Nr. 3, 77a TKG). Dies ist zu begrüßen.
20. Nicht geregelt werden Fragen des Zugangs zu anderen Infrastrukturen (Strom-, Bahnnetze usw.). Hierfür sollte unter Einbeziehung der schon im EnWG bestehenden Regelungen (§§ 46 ff.) ein gesondertes Infrastruk-

turgesetz ausgearbeitet werden. Dort wären auch Verpflichtungen zur Mitverlegung von Leerrohren, des Aufbaus einer Baustellendatenbank u.ä. zu regeln. Eine baldige derartige gesetzliche Regelung ist aus wirtschaftlichen und Gründen der Rechtsklarheit zu begrüßen.

21. Die Vorschriften über Wegerechte sollten auch für Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze gelten, die keine Netzbetreiber sind. Eine solche Regelung würde dem Trend Rechnung tragen, dass immer mehr Investoren Breitbandnetze der nächsten Generation errichten, ohne selbst als Betreiber aufzutreten.
22. Die Förderprogramme für den ländlichen Raum sollten auch auf den Ausbau von Breitbandnetzen der nächsten Generation ausgerichtet werden. Darüber hinaus ist auszuloten, ob z.B. Kommunen für den Netzausbau durch die KfW günstige Kredite eingeräumt werden könnten. Staatlich geförderte Netze sollten den Geboten der Netzneutralität und des Open Access unterworfen werden.