

Stellungnahme zu einzelnen Aspekten des Regierungsentwurfs für ein Telekommunikationsmodernisierungsgesetz

Bonn, 28. Februar 2021

Institut für das Recht der Netzwirtschaften,
Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK) GbR

Hausanschrift: Rheinweg 67, 53129 Bonn
Postanschrift: Postfach 15 01 61, 53040 Bonn
Telefon: (+49)-(0)228-8-50-79-97
Telefax: (+49)-(0)228-8-50-86-62
WWW: <http://www.irnik.de>
Elektronische Post: kontakt@irnik.de

Kontaktperson:

Andreas Neumann
IRNIK GbR
Postfach 15 01 61
53040 Bonn
Tel.: (+49)-(0)228-8-50-86-64
Fax: (+49)-(0)228-8-50-86-62
an@irnik.de

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Einleitung	1
Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 1 TKG-RegE)	1
Zugang zu baulichen Anlagen (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG-RegE)	3
Vorlage von Zugangsvereinbarungen (§ 28 Abs. 2 TKG-RegE)	5
Subsidiarität von Zugangsanordnungen (§ 35 Abs. 2 TKG-RegE)	6
Festlegung verfahrensübergreifender	
Entgeltgenehmigungselemente (§ 40 Abs. 2a [neu] TKG-RegE)	6
Feststellung einer Unterversorgung (§ 159 Abs. 1 TKG-RegE)	7

Einleitung

Am 16. Dezember 2020 hat die Bundesregierung den Entwurf eines „Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz)“ beschlossen.¹ Zu diesem Gesetzesvorhaben hat der Bundesrat am 12. Februar 2021 Stellung genommen.²

Der sog. Kommunikationskodex (oder EKEK als Abkürzung des amtlichen Titels der Richtlinie [EU] 2018/1972), dessen Umsetzung das geplante Gesetz in erster Linie dienen soll, hätte allerdings schon bis zum 21. Dezember 2020 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen (Art. 124 Abs. 1 des Kommunikationskodex). Das Gesetzgebungsverfahren sollte daher nun zügig zum Abschluss geführt werden. Deshalb sind grundlegendere Anmerkungen zu dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht mehr zielführend. Auch die folgenden Anregungen konzentrieren sich daher auf zwar für die künftige Rechtspraxis bedeutsame, aber aufwandsarm zu adressierende Einzelaspekte des Regierungsentwurfs für ein neues TKG (TKG-RegE).

Zugangspflichten (§ 26 Abs. 1 TKG-RegE)

Der Wortlaut von § 26 Abs. 1 TKG-RegE sieht u. a. zwei potentiell wichtige Änderungen gegenüber der bisherigen Regelung in § 21 Abs. 1 S. 1 TKG vor: Nach § 26 Abs. 1 TKG-RegE kann die Bundesnetzagentur ein marktmächtiges Unternehmen verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, „wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert *und* die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden“.³ In § 21 Abs. 1 S. 1 TKG sind die beiden (z. T. abweichend formulierten) Eingriffsanlässe noch alternativ („oder“) miteinander verknüpft⁴ und überdies nur beispielhaft genannt („insbesondere wenn“). Beide nun vorgesehene Änderungen sollen eine diesbezügliche Anpassung des Richtlinienwortlauts nachvollziehen.⁵

Legt man die englische Sprachfassung von Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex⁶ zugrunde, ist das zutreffend. Die deutsche Sprachfassung stimmt demgegenüber mit der bisherigen Formulierung insoweit überein, als beide Interventionsanlässe nach wie vor nur beispielhaft und

¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21.

² Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 29/21 (Beschluss).

³ Hervorhebung hinzugefügt.

⁴ In aller Regel wird die Behinderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes zwar mit einer Beeinträchtigung der Endnutzerinteressen einhergehen – und vice versa –; dennoch sind Konstellationen denkbar, in denen eine solche Parallelität nicht gegeben ist. Siehe zum Ganzen *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, § 21 Rn. 51 f.

⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 306 (zu § 26 Abs. 1 TKG-RegE).

⁶ „National regulatory authorities may ... impose obligations on undertakings to meet reasonable requests for access to, and use of, specific network elements and associated facilities, in situations where the national regulatory authorities consider that denial of access or unreasonable terms and conditions having a similar effect would hinder the emergence of a sustainable competitive market at the retail level, *and* would not be in the end-user's interest“ (Hervorhebung hinzugefügt).

alternativ genannt werden.⁷ Betrachtet man andere Sprachfassungen, finden sich dort sowohl diese beiden Extrempole⁸ als auch Mischformen, in denen beide Interventionsanlässe zwar – wie in der englischen Sprachfassung – mit „und“ verknüpft sind, aber – wie in der deutschen Sprachfassung – nur beispielhaft („unter anderem“ bzw. „insbesondere“) genannt werden.⁹

Weichen die verschiedenen Sprachfassungen eines Unionstextes voneinander ab, kann nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die in einer der Sprachfassungen verwendete Formulierung nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung der betreffenden Vorschrift herangezogen werden oder insoweit Vorrang vor den anderen sprachlichen Fassungen beanspruchen.¹⁰ Vielmehr muss in einer solchen Situation die fragliche Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.¹¹

Insoweit ist es einerseits richtig, wenn in der Begründung zu § 26 Abs. 1 TKG-RegE darauf hingewiesen wird, dass im Kommunikationskodex stärker als bislang „die Ausrichtung der Zugangsregulierung auf der Vorleistungsebene auf eine Beseitigung des Wettbewerbsproblems im Endkundenmarkt“¹² betont wird.¹³ Andererseits betrifft diese Ausrichtung aber die Marktregulierung insgesamt und nicht nur einzelne der möglichen Vorabverpflichtungen wie eben Zugangsverpflichtungen nach Art. 73 des Kodex. Dennoch finden sich vergleichbare Beschränkungen in den Regelungen zu Transparenzverpflichtungen (Art. 69 des Kommunikationskodex), Nichtdiskriminierungsverpflichtungen (Art. 70 des Kommunikationskodex) und Verpflichtungen zur getrennten Buchführung (Art. 71 des Kommunikationskodex) nicht. Das spricht eher gegen die Annahme, dass die nationalen Regulierungsbehörden ausgerechnet bei der zentralen Verpflichtung in Bezug auf das „Ob“ des Zugangs besonders engen Eingriffsvoraussetzungen unterliegen. Denn sonst könnten sie an einen freiwillig gewährten Zugang auch in derartigen Fällen Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen knüpfen, in denen sie den Zugang als solchen gerade nicht sicherstellen könnten. Das wäre ein kaum verständlicher Systembruch. Darüber hinaus soll das System der Vorabverpflichtungen den nationalen Regulierungsbehörden generell die Möglichkeit an die Hand geben, die jeweils problematisierende Regelung zu treffen (vgl. Art. 68 Abs. 4 des Kommunikationskodex). Auch das spricht tendenziell eher für ein weites Verständnis der jeweiligen Befugnisnormen.

⁷ „Die nationalen Regulierungsbehörden können ... Unternehmen dazu verpflichten, angemessenen Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, *unter anderem* wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endkundenebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁸ Wie die deutsche Sprachfassung etwa auch die niederländische („onder andere“ und „of“) sowie die slowenische („med drugim“ und „ali“) Sprachfassung und wie die englische Sprachfassung z. B. auch die spanische („y“), die portugiesische („e“), die dänische („og“) sowie die schwedische („och“) Sprachfassung.

⁹ So etwa die französische („notamment“ und „et“), die italienische („in particolare“ und „e“) sowie die polnische („w szczególności“ und „i“) Sprachfassung.

¹⁰ EuGH, EWS 2011, 299, 300 = ECLI:EU:C:2011:374, Rn. 23 (Urt. v. 9.6.2011 – Rs. C-52/10); NJW 2009, 165, 167 = ECLI:EU:C:2008:551, Rn. 38 (Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07).

¹¹ EuGH, EWS 2011, 299, 300 = ECLI:EU:C:2011:374, Rn. 24 (Urt. v. 9.6.2011 – Rs. C-52/10); NJW 2009, 165, 167 = ECLI:EU:C:2008:551, Rn. 39 (Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07).

¹² Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 306 (zu § 26 Abs. 1 TKG-RegE).

¹³ Vgl. etwa Erwägungsgrund 168 S. 1, Erwägungsgrund 171 S. 1 und Erwägungsgrund 173 S. 1 des Kommunikationskodex. Siehe bereits *Neumann*, N&R 2016, 262, 266.

Bei dieser offenen Rechtslage spricht viel dafür, sich bei § 26 Abs. 1 TKG-RegE eher am Wortlaut der deutschen Richtlinienfassung als am Wortlaut der englischen Fassung zu orientieren. Sollte sich nämlich ein weites Verständnis von Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex letzten Endes als zutreffend erweisen, wäre die bislang vorgesehene enge Umsetzung u. U. keine hinreichende gesetzliche Grundlage für (grundrechtseingreifende) Verpflichtungen in Situationen, in denen nicht beide ausdrücklich normierten Eingriffsanlässe kumulativ gegeben sind. Es läge dann u. U. ein Umsetzungsdefizit vor. Demgegenüber könnten im Falle einer weiten Umsetzung die dann offeneren Eingriffsvoraussetzungen nötigenfalls richtlinienkonform einschränkend – zugunsten der Verpflichtungsadressaten – ausgelegt werden, sollte sich am Ende ein enges Verständnis von Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex als zutreffend erweisen.

„§ 26

Zugangsverpflichtungen

(1) Die Bundesnetzagentur kann ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, **unter anderem** wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert ~~und~~ **oder** die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.

[...]"

Zugang zu baulichen Anlagen (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG-RegE)

In § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG-RegE wird nun ausdrücklich der „Zugang zu baulichen Anlagen“ als eine mögliche Form des aufzuerlegenden Zugangs genannt,¹⁴ die auf diese Weise gesetzgebungstechnisch elegant in die allgemeine Vorschrift über Zugangsverpflichtungen integriert wird. Im Kommunikationskodex ist der Zugang zu baulichen Anlagen hingegen mit Art. 72 Gegenstand einer eigenen Vorschrift. Außerdem sieht Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden prüfen müssen, „ob die bloße Auferlegung“ von Zugangsverpflichtungen in Bezug auf bauliche Anlagen ein verhältnismäßiges Mittel zur Förderung von Wettbewerb und Endnutzerinteressen wäre, wenn sie die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen erwägen. Dieser besondere („qualifizierte“) Prüfauftrag wird in § 26 TKG-RegE bisher nicht adressiert.

Dies hat auch die Monopolkommission bereits zu Recht kritisiert.¹⁵ Vorsichtiger ist jedoch der Lösungsvorschlag der Monopolkommission zu bewerten. Sie schlägt vor, eine Verpflichtung zur vorrangigen Prüfung eines Zugangs zu baulichen Anlagen zu verankern, und ergänzend die Bestimmung zu einer eigenständigen Regelung zu erheben oder sie zumindest an den Anfang von § 26 Abs. 3 TKG-RegE zu verschieben.¹⁶ Der Wortlaut der vorgeschlagenen Formulierung macht dabei allerdings nicht ganz deutlich, was mit einer vorrangigen Prüfung gemeint ist. Die Begründung legt nahe, dass die Monopolkommission in Art. 72, 73 des Kommunikationskodex einen „Vorrang des Zugangs zu baulichen Anlagen“ verankert sehen könnte, aufgrund dessen eine „Verpflichtung zum Zugang zu baulichen Anlagen“ „vorrangig anzuordne[n]“ sei.¹⁷ Hält man sich vor Augen, dass

¹⁴ Schon bisher waren bauliche Anlagen möglicher Gegenstand einer Zugangsverpflichtung, und zwar auch dann, wenn sie selbst nicht dem regulierten Markt zugehörten, siehe *Neumann*, N&R 2016, 262, 268.

¹⁵ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 7, 2021, S. 4 f.

¹⁶ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 7, 2021, S. 5.

¹⁷ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 7, 2021, S. 4 f.

Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex von der „*bloße[n]* Auferlegung von Verpflichtungen“¹⁸ in Bezug auf den Zugang zu baulichen Anlagen spricht,¹⁹ könnte das so verstanden werden, als wären Zugangsverpflichtungen vorrangig auf bauliche Anlagen zu beschränken und die Auferlegung weitergehender Zugangsverpflichtungen besonders begründungsbedürftig.²⁰ Genau ein solcher Vorrang war im Kommissionsentwurf²¹ noch vorgesehen gewesen.²² Er wurde jedoch auf Betreiben des Parlaments und des Rates durch den nun in Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex verankerten qualifizierten Prüfauftrag ersetzt.²³ Die von der Monopolkommission vorgeschlagene Verankerung einer vorrangigen Prüfung könnte – gerade im Lichte ihrer Begründung – dazu führen, diese Entscheidung des Richtliniengesetzgebers wieder zu konterkarieren. So sinnvoll die *ergänzende* Auferlegung einer Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen im Einzelfall sein kann,²⁴ so problematisch wäre eine Regelung, die es der Bundesnetzagentur im Ergebnis deutlich erschweren könnte, den Zugang zum Übertragungsmedium selbst bzw. zu entsprechenden Vorleistungen anzuordnen.

Es ist daher zu empfehlen, entsprechend dem Vorschlag der Monopolkommission der besonderen richtlinienrechtlichen Behandlung des Zugangs zu baulichen Anlagen besser gerecht zu werden. Insbesondere sollte auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Art. 72 des Kommunikationskodex für den Zugang zu baulichen Anlagen gerade keine umfassende Rechtfertigungsprüfung vorsieht, wie sie Art. 73 Abs. 2 UAbs. 1 des Kodex für den Grundfall der Zugangsverpflichtungen anordnet²⁵ und § 26 Abs. 2 TKG-RegE bewusst auch auf Verpflichtungen i. S. v. Art. 72 des Kommunikationskodex erstreckt.²⁶ Bei der Anpassung von § 26 TKG-RegE sollte aber ein Weg gewählt werden, der die Risiken meidet, die mit dem Lösungsvorschlag der Monopolkommission verbunden sind. Auch sollte an den regelungstechnisch eleganten Ansatz des Regierungsentwurfs angeknüpft werden. Dies ist aufwandsarm durch eine Anpassung der Berücksichtigungsvorgaben in § 26 Abs. 2 TKG-RegE möglich, mit denen die Regelungen in Art. 73 Abs. 2 des Kommunikationskodex umgesetzt werden sollen.

¹⁸ Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁹ In der englischen Sprachfassung: „the imposition of obligations in accordance with Article 72 *alone*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁰ Kritisch zu einer solchen erhöhten Rechtfertigungslast *Neumann*, N&R 2016, 262, 267; *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, CR 2017, 197, 200 f.

²¹ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM (2016) 590 final.

²² Art. 71 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommissionsentwurfs (entspricht nunmehr Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex) lautete: „Nur wenn die nationalen Regulierungsbehörden zu dem Schluss gelangen, dass die nach Artikel 70 auferlegten Verpflichtungen allein nicht ausreichen würden ...“.

²³ Siehe auch *Neumann*, N&R 2018, 204, 206.

²⁴ Allerdings sind mit einem solchen Zugang auch diverse Herausforderungen sowohl für das zugangsverpflichtete Unternehmen als auch für die Zugangsnachfrager verbunden. Überdies kann er dazu führen, dass die Zugangsnachfrager erst recht dauerhaft von dem zugangsverpflichteten Unternehmen abhängig werden, wenn ihre Übertragungsmedien (Kabel, Lichtwellenleiter) in den baulichen Anlagen des marktmächtigen Unternehmens verlegt werden. Eine solche Abhängigkeit hat sich etwa in Bezug auf die Nutzung der im Eigentum der Deutschen Telekom stehenden Kabelkanalanlagen durch Vodafone als Erwerberin des in diesen Anlagen verlegten Fernseekabelnetzes gezeigt, vgl. hierzu *Haus/Richter*, N&R 2017, 149, 150 f.

²⁵ *Neumann*, N&R 2018, 204, 207.

²⁶ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 309 (zu § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG-RegE).

„§ 26
Zugangspflichten

[...]

(2) Bei der Prüfung, ob und welche Zugangspflichten nach Absatz 1 gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 stehen, prüft die Bundesnetzagentur, **ob die bloße Auferlegung von Verpflichtungen nach Absatz 3 Nr. 10 zur Sicherstellung der in § 2 genannten Ziele ausreicht. In Bezug auf andere Zugangspflichten nach Absatz 1 prüft sie des Weiteren**, ob bereits oder absehbar auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder einem verbundenen Vorleistungsmarkt ~~insoweit zur Sicherstellung der in § 2 genannten Ziele ausreichen. Dabei berücksichtigt~~ die Bundesnetzagentur ~~berücksichtigt~~ insbesondere: [...]"

Vorlage von Zugangsvereinbarungen (§ 28 Abs. 2 TKG-RegE)

§ 28 Abs. 1 TKG-RegE enthält in Fortführung der Regelung in § 22 Abs. 1 TKG die Verpflichtung eines marktmächtigen Unternehmens, dem eine Zugangspflicht nach § 26 oder § 27 TKG-RegE auferlegt wurde, Nachfragern nach diesbezüglichen Leistungen einen entsprechenden Zugang anzubieten. § 28 Abs. 2 TKG-RegE zufolge sind „Zugangsvereinbarungen nach Absatz 1 ... der Bundesnetzagentur vorzulegen“. Abgesehen von der etwas unglücklichen Anknüpfung an Abs. 1, der gerade keine Zugangsvereinbarungen regelt, sondern lediglich die Verpflichtung, ein Zugangsangebot abzugeben,²⁷ würde damit die 2004 im damaligen § 22 Abs. 3 TKG vorgesehene gesetzesunmittelbare Vorlagepflicht wieder eingeführt.

Das erscheint deshalb nicht unproblematisch, als der Gesetzgeber diese Regelung im Jahr 2012 ausdrücklich gestrichen hatte.²⁸ Hintergrund waren verschiedene Entscheidungen des VG Köln, in denen das Gericht insbesondere die richtlinienrechtliche Zulässigkeit einer gesetzesunmittelbaren Verpflichtung zur Vertragsvorlage in Zweifel gezogen, die Frage aber letztlich nicht entschieden hatte.²⁹ An ihre Stelle ist 2012 eine Ermächtigung zum Erlass einer speziellen Transparenzpflicht nach § 20 Abs. 3 TKG getreten, die nun mit § 25 Abs. 3 TKG-RegE auch fortgeschrieben werden soll.

Zwar ist nicht gesagt, dass eine gesetzesunmittelbare Vorlagepflicht tatsächlich richtlinienwidrig wäre. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die in § 22 Abs. 3 S. 1 TKG 2004 enthaltene Vorlagepflicht – anders als nun die in § 28 Abs. 2 TKG-RegE vorgesehene Regelung – mit einer Veröffentlichungsbefugnis in § 22 Abs. 3 S. 2 TKG 2004 verbunden war, die in erster Linie Anlass für die Zweifel der Rechtsprechung gab.³⁰ Dennoch besteht das Risiko, dass sich auch die bloße Vorlagepflicht nach § 28 Abs. 2 TKG-RegE richtlinienrechtlichen Bedenken ausgesetzt sehen wird. Angesichts des Umstands, dass eine entsprechende Verpflichtung ohne weiteres in Ausübung des Regulierungsermessens auf § 25 Abs. 3 TKG-RegE gestützt werden kann (und ohnehin gestützt werden muss, wenn Zugangsnachfragern Einsicht in eine öffentliche Fassung er-

²⁷ Zum umstrittenen Regelungsgehalt dieser Verpflichtung *Neumann/Thomaschki* (Fn. 4), § 22 Rn. 6 ff.

²⁸ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 59 (zu Nr. 17 [§ 22]).

²⁹ VG Köln, Urt. v. 21.1.2009 – Az. 21 K 3967/07, Rn. 17 f. (NRWE); Beschl. v. 29.1.2010 – Az. 21 L 1499/09, S. 2.

³⁰ Siehe VG Köln, Urt. v. 21.1.2009 – Az. 21 K 3967/07, Rn. 17 (NRWE).

möglichst werden soll), spricht viel dafür, auf eine in ihrem Bestand unsichere gesetzesunmittelbare Vorlagepflicht zu verzichten.

„§ 28

Zugangsvereinbarungen

(1) Ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, dem eine Zugangsverpflichtung nach §§ 26 oder 27 auferlegt worden ist, hat gegenüber anderen Unternehmen, die diese Leistung nachfragen, um Telekommunikationsdienste erbringen zu können, unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung, einen entsprechenden Zugang anzubieten.

~~(2) Zugangsvereinbarungen nach Absatz 1 sind der Bundesnetzagentur vorzulegen.“~~

Subsidiarität von Zugangsanordnungen (§ 35 Abs. 2 TKG-RegE)

§ 35 Abs. 2 TKG-RegE führt den bislang in § 25 Abs. 2 TKG enthaltenen Vorrang privatautonomer Vereinbarungen vor behördlichen Zugangsanordnungen fort. Die Regelung übernimmt dabei die in der jetzigen Fassung enthaltene Bezugnahme auf eine „Zugangs- oder Zusammenschaltungsvereinbarung“. Diese ausdrückliche Nennung auch von Zusammenschaltungen als einer besonderen Form des Zugangs ist bereits in der aktuellen Gesetzesfassung überflüssig³¹ und von der Normstruktur bzw. insbesondere § 25 Abs. 1 TKG bzw. § 35 Abs. 1 TKG-RegE nicht veranlasst. Die Novelle sollte daher im Sinne einer Straffung des Normtextes und zur Vermeidung von Missverständnissen genutzt werden, die gesonderte Nennung der Zusammenschaltungsvereinbarungen zu streichen.

§ 35

Anordnungen im Rahmen der Zugangsregulierung

[...]

(2) Eine Anordnung nach Absatz 1 ist nur zulässig, soweit und solange die Beteiligten keine Zugangs- oder Zusammenschaltungsvereinbarung treffen.

[...]

Festlegung verfahrensübergreifender Entgeltgenehmigungselemente (§ 40 Abs. 2a [neu] TKG-RegE)

Die Vorschriften des TKG-RegE über die Entgeltgenehmigung schreiben im Wesentlichen das bisherige Genehmigungsregime fort, rechtssystematisch gestrafft und um einzelne neue Aspekte ergänzt. In der Praxis sind Entgeltgenehmigungsverfahren – nicht zuletzt dank der Anforderungen der Rechtsprechung an die erforderliche Abwägungs- und Begründungstiefe – in den letzten Jahren zunehmend komplexer geworden. Zugleich hat sich gezeigt, dass einige Elemente von Genehmigungsentscheidungen über die konkrete Entgeltgenehmigung hinaus relevant sind. Da das Genehmigungsverfahren bisher auf die konkret zur Genehmigung gestellten Entgelte fokussiert ist, muss allerdings auch über diese Genehmigungselemente in jedem Verfahren erneut entschieden werden. Beispielhaft zu nennen wären u. a. der sog. Opex-Basisfaktor,³² aber insbesondere auch

³¹ Siehe Kühling/Neumann, in: Säcker (Fn. 4), § 25 Rn. 22 Fn. 48.

³² Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.3.2017 – Az. BK 3a-16/104, S. 79 ff.; Beschl. v. 28.11.2019 – Az. BK3a-19/024, S. 65 ff.

weitergehende Zinssatzbestimmungen, die in alle Entgeltgenehmigungen einfließen, die auf denselben Ausgangsdaten (etwa Jahresabschlüssen des regulierten Unternehmens) beruhen.

Hier könnte es sich in Anlehnung an noch weitergehende Regulierungselemente im Energiewirtschaftsrecht³³ anbieten, der Bundesnetzagentur die Möglichkeit zu geben, geeignete Teilelemente einer Entgeltgenehmigung mit verfahrensübergreifender Wirkung festzulegen. Diese Entscheidungen könnten sich auf bestimmte Genehmigungszeiträume beziehen und/oder unter dem Vorbehalt einer Aufhebung oder Änderung bei Kenntnis entsprechender Tatsachenänderungen stehen. Beim Erlass solcher genehmigungsübergreifenden Entscheidungen sind natürlich die Verfahrensrechte sowohl des regulierten Unternehmens als auch der Zugangsnachfrager und etwaige unionsrechtliche Notifizierungspflichten uneingeschränkt zu wahren.

Durch die Möglichkeit, einzelne Genehmigungsaspekte verfahrensübergreifend festzulegen, würden die einzelnen Genehmigungsverfahren entlastet. Auch könnten sich gerichtliche Auseinandersetzungen auf die jeweils strittigen Entscheidungselemente konzentrieren, indem sich etwa gerichtlich erstrittene Änderungen von verfahrensübergreifenden Festlegungen entweder automatisch oder über entsprechende Änderungsvorbehalte auf die abschließenden Einzelgenehmigungen auswirken, so dass es keiner zusätzlichen Rechtsstreitigkeiten bedürfte. Die Schaffung einer zusätzlichen Entscheidungsebene, auf die einzelne Aspekte der abschließenden Einzelentscheidungen vorgezogen werden, stünde überdies mit entsprechenden Regelungsansätzen im Einklang, die namentlich im Instrument der Regulierungskonzepte/-grundsätze (§ 15a TKG bzw. § 17 TKG-RegE) Ausdruck gefunden haben, und würde sie sachgerecht für den Bereich der Entgeltregulierung konkretisieren.

§ 40

Verfahren der Entgeltgenehmigung

[...]

(2a) Sind Elemente der Entgeltgenehmigung nach Einschätzung der Bundesnetzagentur auch für künftige Genehmigungsentscheidungen von Bedeutung, kann sie über diese Elemente in einer gesonderten Festlegung entscheiden. Die Festlegung kann befristet oder auf bestimmte Genehmigungszeiträume bzw. -gegenstände beschränkt werden. Erhält die Bundesnetzagentur Kenntnis von Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Festlegung nach Satz 1 nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, leitet sie ein Verfahren zur Überprüfung der Festlegung ein, die sie ändert oder aufhebt, soweit sie nicht mehr als Grundlage für künftige Genehmigungsentscheidungen geeignet ist.

[...]

Feststellung einer Unterversorgung (§ 159 Abs. 1 TKG-RegE)

§ 159 Abs. 1 TKG-RegE ist Grundlage des Mechanismus, mit dem die Bundesnetzagentur künftig die Verfügbarkeit eines Mindestangebots an Telekommunikationsdiensten, den bislang sog. Universaldienst, sicherstellen soll.³⁴ Danach soll eine relevante Unterversorgung insbesondere dann vorliegen, wenn eine Versorgung mit dem erforderlichen Mindestangebot an Telekommunikationsdiensten „weder aktuell noch in absehbarer Zeit angemessen, ausreichend oder ... zu einem er-

³³ Vgl. insbesondere § 7 Abs. 6 StromNEV/GasNEV, § 30 StromNEV/GasNEV, § 32 ARegV.

³⁴ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 419 (zu § 159 Abs. 1 TKG-RegE).

schwinglichen Endnutzerpreis erbracht“ wird (§ 159 Abs. 1 Nr. TKG-RegE). Besteht überdies ein entsprechender Bedarf, muss die Bundesnetzagentur die nötigen und in § 159 Abs. 2 und § 160 TKG-RegE weiter ausdifferenzierten Schritte in die Wege leiten, um die Versorgung von Telekommunikationsdiensten durch eine entsprechende Verpflichtung einzelner Marktteilnehmer sicherzustellen.

Ausweislich der unionsrechtlichen Grundlagen kommen solchen Verpflichtungen erst in Betracht, wenn der betreffende Mitgliedstaat festgestellt hat, „dass die Verfügbarkeit... unter normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten oder durch andere mögliche politische Instrumente in seinem Hoheitsgebiet oder verschiedenen Teilen seines Hoheitsgebiets nicht gewährleistet werden kann“. Hierbei handelt es sich um einen ausdrücklichen Subsidiaritätstest, der nicht nur einen eigenwirtschaftlichen Ausbau, sondern explizit auch staatliche Maßnahmen³⁵ als vorrangige Mittel einschließt.³⁶ Diesen Vorrang will auch die Bundesregierung umsetzen, führt sie doch in den einleitenden Worten der Begründung zu §§ 155 ff. TKG-RegE aus, dass eine Versorgungssicherstellung auf Grundlage dieser Vorschriften ausschließlich dort erfolge, wo eine Versorgung weder aktuell gegeben ist „noch in absehbarer Zeit über eigenwirtschaftliche Ausbauaktivitäten und/oder öffentliche Förderprogramme bereitgestellt wird“.³⁷ Im Normtext von § 159 Abs. 1 Nr. 1 TKG-RegE selbst kommt diese Subsidiarität gegenüber anderen staatlichen Maßnahmen jedoch nur andeutungsweise („weder aktuell noch in absehbarer Zeit“) zum Ausdruck. Im Einklang mit der entsprechenden Kritik der Monopolkommission³⁸ sollte dieser Charakter der Sicherstellungsmaßnahmen als letztes Mittel noch deutlicher im Wortlaut der Vorschrift verankert werden, gerade auch um die vorrangige staatliche Verantwortung für die Gewährleistung einer telekommunikativen Grundversorgung zu verdeutlichen.

§ 159

Feststellung der Unterversorgung

(1) Stellt die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Überwachung gemäß § 156 Absatz 1 und § 157 Absatz 2 fest, dass einer der nachfolgenden Umstände vorliegt, so veröffentlicht sie spätestens vier Monate nach erstmaliger Kenntniserlangung diese Feststellung:

1. eine Versorgung mit Telekommunikationsdiensten nach § 156 Absatz 2 wird **auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit anderweitiger Maßnahmen etwa im Rahmen einer öffentlichen Förderung** weder aktuell noch in absehbarer Zeit angemessen, ausreichend oder nach § 157 Absatz 1 zu einem erschwinglichen Endnutzerpreis erbracht,

[...]

³⁵ Erwägungsgrund 229 S. 2 des Kommunikationskodex nennt beispielhaft „Finanzinstrumente im Rahmen des Europäischen Fonds für strategische Investitionen und der Fazilität ‚Connecting Europe‘, die Inanspruchnahme von Mitteln aus den europäischen Struktur- und Investitionsfonds, die Verknüpfung von Versorgungsverpflichtungen mit Funkfrequenznutzungsrechten zur Förderung des Breitbandnetzausbaus in dünner besiedelten Gebieten sowie öffentliche Investitionen im Einklang mit dem Beihilferecht der Union“.

³⁶ Neumann, Optionen für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf schnelles Internet aus telekommunikationsrechtlicher Sicht, 2019, S. 15 f.

³⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 29/21, 230, 412 (zu Teil 9).

³⁸ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 7, 2021, S. 3.