

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

3&4/2019

S. 129–192

16. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Guido Beermann</i>
Die große TKG-Novelle: ein Rechtsrahmen für leistungsstarken Mobilfunk und Gigabit-Netze | 129 |
| ■ | <i>Christoph Arhold</i>
Beihilfenfreie Fördersysteme bei fehlendem Transfer staatlicher Mittel – Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 28. März 2019 – Rs. C-405/16 P | 130 |
| ■ | <i>Danielle Herrmann/Stefan Heilmann</i>
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2018 | 141 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i>
Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation – Die Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019 | 152 |
| ■ | <i>Ludwig Gramlich</i>
Haftung für Verlust von Sendungen bei Postuniversaldienstleistungen im Verlauf des Beförderungsvorgangs (nach Einlieferung und bis Zustellung) – Wechselwirkungen von Fracht- und Regulierungsrecht | 163 |
| ■ | <i>Birgit Ortlieb</i>
Anmerkung zum Beschluss des BGH: Gewinnabführungsverträge in der energierechtlichen Entgeltregulierung | 178 |
| ■ | <i>Norman Fricke</i>
Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a. M.: keine einseitige Änderung von vertraglich vereinbarten Preisänderungsklauseln durch öffentliche Bekanntmachung eines Fernwärmeversorgers | 183 |
| ■ | <i>Patrick Thomas</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH: keine Direktvergabe von Aufträgen für Busverkehre nach Art. 5 Abs. 2 der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1370/2007 | 187 |
| ■ | <i>Sebastian Lißek</i>
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln: Reichweite der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung bei eisenbahnrechtlichen Entscheidungen | 191 |

Andreas Neumann

Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

Die Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019

Am 21. Februar 2019 haben das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) und das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) „Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019“ vorgelegt. Primärer Anlass für die damit angesprochene Novellierung des deutschen Telekommunikationsrechtsrahmens und Quelle entsprechenden Handlungsbedarfes ist der europäische Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex), der in Form der Richtlinie (EU) 2018/1972 am 20. Dezember 2018 in Kraft getreten (Art. 126 des Kommunikationskodex) und im Wesentlichen bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzen ist (Art. 124 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex). Der folgende Beitrag stellt die in den nun veröffentlichten Eckpunkten dokumentierten Überlegungen zur Reform des deutschen Telekommunikationsrechts vor, wobei der Schwerpunkt auf den Bereich der klassischen netzwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen gelegt wird, aber auch darüber hinausreichende Aspekte zumindest gestreift werden sollen.

I. Einleitung

Mit dem Kommunikationskodex¹ hat die EU den bisher auf europäischer Ebene bestehenden Rechtsrahmen zur elektronischen Kommunikation nicht nur formal konsolidiert, indem die bisher auf vier Richtlinien² verteilten Regelungen in einen gemeinsamen Rechtsakt überführt wurden.³ Der Unionsgesetzgeber hat diesen Rechtsrahmen vielmehr auch materiell vertieft, weiterentwickelt und ergänzt. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, das deutsche TKG als Herzstück des deutschen Telekommunikationsrechts und primäres Gesetz zur Umsetzung der europäischen Vorgaben für diesen Rechtsbereich⁴ entsprechend anzupassen. Der hierfür vorgesehene Zeitrahmen von zwei Jahren ist angesichts des Umfangs der notwendigen Änderungen durchaus ehrgeizig, wenn auch angesichts der Dynamik des betroffenen Wirtschaftsbereichs in der Sache angemessen.

Die beiden für die Umsetzung auf Regierungsebene zuständigen Ministerien haben deshalb schon im Februar 2019 ein vergleichsweise ausführliches Eckpunktepapier zur TKG-Novelle veröffentlicht.⁵ Dieses ist nach eigenem Verständnis nicht etwa abschließend zu verstehen und auch keine Positionierung der Bundesregierung, sondern soll lediglich erste Vorschläge zur Änderung des TKG darstellen.⁶ Es ist inhaltlich auch nicht auf die bloße Umsetzung der Vorgaben des Kommunikationskodex beschränkt, sondern greift außerdem – u. a. unter dem Aspekt der Entbürokratisierung⁷ – darüber hinausgehende Themen für eine Reform des TKG auf. Im Folgenden sollen die in den Eckpunkten dokumentierten Vorschläge näher beleuchtet werden.

II. Allgemeiner Teil

Im allgemeinen – ersten – Teil des TKG sollen zunächst die Regulierungsziele in § 2 „um das Ziel durchgehender Konnektivität für alle Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen durch Zugang zu und Nutzung von Netzen mit sehr hoher

Kapazität ergänzt“ werden.⁸ Diese neue Zielvorgabe aus Art. 3 Abs. 2 lit. a des Kommunikationskodex⁹ ist äußerst facettenreich. Sie fasst letzten Endes Aspekte zusammen, die bereits Gegenstand der schon zuvor und auch künftig weiterhin (mit selbem Rang¹⁰) bestehenden drei weiteren Oberziele sind,¹¹ also der Förderung des Wettbewerbs, des Binnenmarktes und der Bürgerinteressen. Seine angebotsseitige Steuerungswirkung, die auf den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität als Voraussetzung für den Zugang zu solchen Netzen gerichtet ist,¹² dürfte zugleich das Ende des 2012 neu geschaffenen Regulierungsziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG bedeuten, dem zufolge die Regulierung den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation beschleunigen sollte. Für dieses spezifische Regulierungsziel des deutschen Telekommunikationsrechts hat das BVerwG im Übrigen erst unlängst auch einen entsprechenden

1 Einführend hierzu Kiparski, CR 2019, 179; zu dem dann auch formal von den Rechtssetzungsorganen der EU angenommenen Ergebnis der Trilogverhandlungen im Bereich der Marktregulierung Neumann, N&R 2018, 204; Nigge/Horstmann, MMR 2018, 721; zum Kodexentwurf der Kommission Gerpott, K&R 2016, 801; Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71; sowie zu den Regelungen des Entwurfs im Bereich der Marktregulierung Neumann, N&R 2016, 262.

2 Es handelt sich um die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, die Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG und die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG.

3 Rechtspolitisch hätte allerdings viel dafür gesprochen, bei Schaffung einer solchen einheitlichen Regelung zumindest auch die Kostensenkungsrichtlinie 2014/64/EU einzubeziehen, vgl. Neumann, N&R 2016, 262, 272, und im Sinne einer Überführung in den Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation bereits Neumann/Sickmann/Alkas/Koch, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 274.

4 Siehe zur wesentlichen Zielsetzung einer Umsetzung der Vorgaben des EU-Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation durch das bisherige TKG (2004) die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, sowie zur diesbezüglichen Zielsetzung bei der Reform des TKG (2012) die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43.

5 BMWi/BMVI, Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019, 2019, abrufbar etwa unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2019/03/05/190221_bmw-bmvi_eckp-tdkg-novelle-2019.pdf (zuletzt abgerufen am 6.5.2019). Zum Eckpunktepapier Neitzel/v. Voss, CMS-Deutschland-Blog-Beitrag „Eckpunktepapier BMWi/BMVI zur Umsetzung des EECC/TK-Kodex“ v. 19.3.2019.

6 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 2.

7 Vgl. etwa BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 4 f.

8 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 3.

9 Der Richtlinienentwurf bedient sich hier im Gegensatz zu den Eckpunkten zur Reform des TKG nur des generischen Maskulinums („durch alle Bürger“), interessanterweise anders als in Bezug auf das Regulierungsziel einer „Förderung der Interessen der Bürgerinnen und Bürger“ in Art. 3 Abs. 2 lit. d des Kommunikationskodex. Dieses spricht dann im Weiteren aber selbst wiederum nur von den „Endnutzern“ und erwähnt wie auch die Definition dieses Begriffes in Art. 2 Nr. 14 des Kommunikationskodex die weibliche Form („Endnutzerin“) nicht. Das deutet bereits die Schwierigkeiten an, die eine gleichermaßen geschlechtsneutrale wie sprachlich präzise Abfassung des Normtextes mit sich bringen wird.

10 Kiparski, CR 2019, 179, 181 Rn. 10; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71, 72; siehe den Hinweis in Art. 3 Abs. 2 des Kommunikationskodex, wonach die Reihenfolge, in der die Ziele aufgelistet sind, keiner Rangfolge der Prioritäten entspricht.

11 Siehe ausführlich Neumann, N&R 2018, 204, 204 f.; 2016, 262, 264.

12 Neumann, N&R 2016, 262, 264.

Querschnittscharakter in Bezug auf den Regulierungsgrundsatz der Investitionsförderung und das Regulierungsziel einer Förderung der Bürgerinteressen betont.¹³

In den Eckpunkten zur Reform des TKG wird hinsichtlich der notwendigen Anpassung der Zielvorgaben nun zwar betont, dass der Kodex „ein besonderes Augenmerk auf Anreize für Investitionen in Hochgeschwindigkeitsnetze“ lege.¹⁴ Das Konnektivitätsziel gibt aber ausdrücklich auch eine Förderung der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität vor. Die Schaffung von Investitionsanreizen muss daher in praktische Konkordanz mit der Schaffung von Nutzungsanreizen gebracht werden, was gerade auch wettbewerbsfördernde und preissenkende Regulierungsmaßnahmen einschließen kann.¹⁵ Gerade angesichts einer bisher noch eher geringen Nutzungsrate („Take-up“-Rate) insbesondere im Bereich von Glasfaseranschlüssen¹⁶ dürfte einiges dafür sprechen, diesen Aspekt bei der Umsetzung des künftigen Zielbündels nicht zu vernachlässigen.

Durchaus bedeutsame Änderungen wird auch der bisher in § 3 TKG enthaltene Katalog der Begriffsbestimmungen erfahren (müssen). Die Eckpunkte kündigen hierzu an, den Begriff des Telekommunikationsdienstes „in nummerngebundene bzw. nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, Internetzugangsdienste und elektronische Kommunikationsdienste“ zu unterteilen.¹⁷ Hiermit wird der neuen Legaldefinition in Art. 2 Nr. 4 des Kommunikationskodex entsprochen¹⁸ und dem Bedürfnis Rechnung getragen, „die Begriffsbestimmungen künftig stärker an der Funktionsweise und weniger technisch auszurichten“, um „einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der Endnutzer sicherzustellen“. ¹⁹ Auf diese Weise werden jedenfalls grundsätzlich auch solche plattformunabhängigen („Over The Top“, OTT) Dienste künftig explizit – als interpersonelle Kommunikationsdienste²⁰ – in den Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts einbezogen,²¹ die aus Endnutzersicht mit den „klassischen“ Telekommunikationsdiensten funktional austauschbar sind.²² Im selben Zuge soll dann die weitere Relevanz der Kategorie „telekommunikationsgestützter Dienste“ i. S. v. § 3 Nr. 25 TKG auf den Prüfstand gestellt werden.²³

Als weitere bedeutsame Änderung im Katalog der Begriffsbestimmungen nennen die Eckpunkte die Einfügung des Begriffes „Betreiber“. Dieser wird nach Maßgabe von Art. 2 Nr. 29 des Kommunikationskodex nicht nur solche Unternehmen erfassen, die ein öffentliches elektronisches Kommunikationsnetz bereitstellen (oder hierzu berechtigt sind), sondern auch Betreiber zugehöriger Einrichtungen einbeziehen.²⁴ Etwas irreführend ist allerdings, wenn in den Eckpunkten in diesem Zusammenhang ausgeführt wird, dass „die Regulierung passiver Infrastrukturen“ „[e]rst mit dem DigiNetzG ... ermöglicht“ worden sei.²⁵ Das kann sich nur auf passive Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationsbereichs beziehen. Passive Infrastrukturen, die mit einem Telekommunikationsnetz verbunden sind, waren nämlich bereits vor Inkrafttreten des DigiNetzG im Jahre 2016 jedenfalls als zugehörige Einrichtungen²⁶ Gegenstand der Zugangsregulierung (§ 3 Nr. 33c TKG).²⁷ Die primäre Bedeutung der geplanten Erweiterung des Betreiberbegriffs dürfte deshalb darin bestehen, dass künftig auch dort, wo bislang nur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze erfasst wurden (vgl. etwa §§ 16 ff. TKG), solche Unternehmen ebenfalls der sektorspezifischen Regulierung unterfallen können, die *ausschließlich* zugehörige Einrichtungen betreiben.²⁸ Zu denken wäre hier etwa an Unternehmen, die sich auf die Errichtung und Vermietung von Funkmasten spezialisiert haben.²⁹

Als weitere potentielle Änderung im allgemeinen Teil des TKG jenseits der Begriffsbestimmungen kündigen die Eckpunkte

eine Anpassung der in § 6 vorgesehenen Meldepflicht an: Diese könnte entweder „auch auf rufnummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste ausgeweitet oder ... im Sinne eines kontinuierlichen Bürokratieabbaus abgeschafft werden“.³⁰ Schlussendlich soll die Bestimmung über die Medien von Veröffentlichungen und Bekanntmachungen, zu denen die Bundesnetzagentur durch das TKG verpflichtet ist, klarstellend an die Rechtspraxis angepasst werden, in der das Amtsblatt der Bundesnetzagentur seit Anfang 2019 nur noch im Internet erscheint.³¹ Die bisherige Erstreckung der Veröffentlichungspflicht auf Amtsblatt *und* Internetseite der

13 BVerwG, N&R 2019, 113, 116 f. Rn. 52 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17); 97, 102 Rn. 50 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16).

14 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 3. Auch der Koalitionsvertrag betont einseitig das Ziel, Anreize zum Netzausbau zu schaffen, siehe CDU/CSU/SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag v. 12.3.2018, S. 38 Rn. 1649 f. Ähnlich: Bundesregierung, Digitalisierung gestalten, 2019, S. 32.

15 Vgl. Neumann, N&R 2016, 262, 264.

16 Siehe hierzu *Kopf/Vidal*, MMR 2018, 22, 24; *Neumann/Sickmann*, IRNIK-Diskussionspapier Nr. 5, 2018, S. 13. Zum ebenfalls zunächst noch (sogar etwas) gering(er)en Nutzungsgrad bei „Vectoring“-Anschlüssen siehe den *golem.de*-Beitrag „Glasfaser ist gefragter als Vectoring“ v. 8.5.2018.

17 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 3.

18 Zu den damit einhergehenden Redundanzen kritisch *Neumann*, N&R 2016, 262, 263 f.

19 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 3.

20 Siehe *Kiparski*, CR 2019, 179, 180 Rn. 4.

21 Zur Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen OTT-Dienste bereits dem geltenden Rechtsrahmen unterfallen, siehe etwa den Vorlagebeschluss des OVG Münster, K&R 2018, 348, 350 ff. (Beschl. v. 26.2.2018 – Az. 13 A 17/16); grundsätzlich bejahend VG Köln, K&R 2016, 141, 142 ff. (Urt. v. 11.11.2015 – Az. 21 K 450/15); siehe zur Diskussion auch *Gersdorf*, K&R 2016, 91; *Körber*, in: *Holz-nagel*, 20 Jahre Verantwortung für Netze, 2018, S. 33, 37 f.; *Kühling/Schall*, CR 2016, 185; 2015, 641; *Schumacher*, K&R 2015, 771; *Schuster*, CR 2016, 173.

22 Eine solche Ausweitung begrüßend *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, CR 2017, 197, 198. In diesem Sinne soll dann etwa auch der Begriff „öffentlich zugänglicher Telefondienst“ (§ 3 Nr. 17 TKG) durch „Sprachkommunikationsdienst“ (Art. 2 Nr. 32 des Kommunikationskodex) ersetzt werden, BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 4.

23 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 4. Für deren Beibehaltung Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (BIT-KOM), Stellungnahme „Umsetzung des europäischen Kodex für elektronische Kommunikation (2016/0288[COD]) – TKG-Novelle 2019“ v. 3.5.2019, S. 6 u. 14 f.

24 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 3.

25 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 3.

26 Zur Abgrenzung zwischen nicht aktiven Netzbestandteilen und physischen (passiven) Infrastrukturen *Neumann/Thomaschki*, in: *Säcker*, TKG, 3. A., 2013, § 21 Rn. 140 ff., 214; *Scherer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. A., 2015, § 21 Rn. 46.

27 Siehe auch *Lünenbürger/Stamm*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 3. A., 2018, § 3 Rn. 103; *Säcker*, in: *ders.* (Fn. 26), § 3 Rn. 95.

28 Dementsprechend betonen die Eckpunkte an anderer Stelle, dass durch die Neufassung des Betreiberbegriffs auch Betreiber (lediglich) zugehöriger Einrichtungen wie Türme oder Masten grundsätzlich regulatorischen Zugangs- oder Entgeltverpflichtungen unterliegen können, BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 12 f.

29 Es erscheint vor diesem Hintergrund nicht per se ausgeschlossen, dass auch eine staatliche Infrastrukturgesellschaft, wie sie derzeit als ein weiteres Instrument zur Schließung von „weißen Flecken“ der Mobilfunkversorgung diskutiert wird – vgl. etwa den *golem.de*-Beitrag „Unionsfraktion will staatliche Gesellschaft gegen Funklöcher“ v. 20.3.2019 –, je nach konkreter Ausgestaltung künftig potentiell von den betreiberbezogenen Bestimmungen des EU-Telekommunikationsrechts erfasst sein könnte. Das gilt zumal vor dem Hintergrund, dass jedenfalls im allgemeinen Wettbewerbsrecht die Gewinnerzielungsabsicht kein konstitutives Merkmal des dort geltenden (funktionalen) Unternehmensbegriffs ist, siehe EuGH, ECLI:EU:C:2017:496, Rn. 46 (Urt. v. 27.6.2017 – Rs. C-74/16) – *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*; BGH, WRP 2014, 185, 189 Rn. 43 (Urt. v. 6.11.2013 – Az. KZR 58/11).

30 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 4. Zu der diesbezüglichen Resonanz aus der Unternehmenspraxis siehe *Neitzel/v. Voss* (Fn. 5).

31 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 4. Das Amtsblatt ist abrufbar unter <https://www.bnetza-amtsblatt.de/> (zuletzt abgerufen am 6.5.2019).

Bundesnetzagentur ist damit in der Sache obsolet. Geprüft werden soll aber auch, „inwieweit weitere Vorgaben an die fortschreitende Digitalisierung angepasst werden können“, etwa in Bezug auf die Digitalisierung von Verfahrenskorrespondenz zur Senkung des Aufwands für alle Beteiligten.³² Diesbezügliche Entbürokratisierungsschritte erscheinen schon mit Blick auf die generelle Tendenz zu weitgehend elektronischer Aktenführung und Korrespondenz sinnvoll und konsequent.

III. Planungs- und Informationsinstrumente

Eine der interessantesten Neuerungen, die der Kommunikationskodex mit sich bringt, sind die Bestimmungen über die geographischen Erhebungen zum Netzausbau. Art. 22 des Kommunikationskodex sieht vor, dass in periodischen Abständen die Versorgungsbereiche der vorhandenen Breitbandnetze ermittelt werden, wobei ergänzend auch eine vorausschauende Erhebung zu entsprechenden Planungen erfolgen „kann“. Dieses Instrument verzahnt ausdrücklich das sektorspezifische Regulierungsrecht mit dem Beihilferecht (vgl. Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 des Kommunikationskodex).³³ Für jenes sind diesbezügliche Informationen ebenfalls von Bedeutung, um einen etwaigen Förderungsbedarf und die wettbewerblichen Auswirkungen möglicher Subventionen zu beurteilen.

Ausweislich der Eckpunkte soll künftig der bereits durch das BMVI geführte Breitbandatlas zu dem von Art. 22 des Kommunikationskodex vorgesehenen Erhebungsinstrument für den Ist-Zustand der Breitbandverfügbarkeit weiterentwickelt werden.³⁴ Die bisher freiwillige Bereitstellung der notwendigen Daten durch die Unternehmen³⁵ soll hierzu verpflichtend werden. In diesem Zuge sollen außerdem die bereits bestehenden Planungs- und Informationsinstrumente konsolidiert und zusammengeführt werden, soweit dies möglich ist. Das betrifft neben dem Breitbandatlas insbesondere das Breitbandmess-tool, die Funkloch-App und den Infrastrukturatlas, die alleamt bei der Bundesnetzagentur betrieben werden.³⁶ Da der Infrastrukturatlas gerade auch (für Telekommunikationszwecke nutzbare) Infrastruktur von Versorgungsnetzen anderer Branchen ausweist, dürfte das Konsolidierungspotential insoweit allerdings eher begrenzt sein.³⁷ Organisatorisch soll der Betrieb des Atlas auch künftig durch das BMVI gesteuert werden. Es spricht einiges dafür, dass dies richtlinienrechtlich zulässig sein dürfte, da Art. 22 des Kommunikationskodex ausdrücklich die Möglichkeit erwähnt, dass auch andere Behörden als die nationale Regulierungsbehörde insoweit zuständig sein können.³⁸ Die Bundesnetzagentur wird in die Durchführung der geographischen Erhebung des weiterentwickelten Breitbandatlas allerdings jedenfalls dort einzubeziehen sein, wo dies für ihre Aufgaben (namentlich im Bereich der Marktregulierung³⁹) von Belang sein kann (Art. 22 Abs. 1 UAbs. 6 des Kommunikationskodex).

Über die Dokumentation des Ist-Zustands hinausgehend erachten die Eckpunkte auch ein Instrument zur vorausschauenden Planung für grundsätzlich sinnvoll.⁴⁰ Gerade Regulierungsmaßnahmen mit prognostischem Charakter wie etwa im Bereich der Marktregulierung könnten von entsprechenden – mit Blick auf ihre wettbewerbliche Relevanz besonders sensiblen und besonders schutzbedürftigen – Informationen nicht unerheblich profitieren. Für die Zwecke der Breitbandförderung erachten die Eckpunkte dann jedoch „ein spezielles und damit passgenaues Instrument ... als effizienter“. Vor diesem Hintergrund ist dann auch nicht ganz klar, ob sich die unmittelbar im Anschluss angekündigte Aufnahme einer „Ermächtigungsnorm in das TKG zur Ausgestaltung eines vorausschauenden Planungsinstrumentes“ wirklich auf dieses spezielle Förderinstrument oder auf ein vorausschauendes

Planungsinstrument für die spezifisch telekommunikationsrechtlichen Zwecke bezieht.

IV. Marktregulierung

1. Grundsätzliche Aspekte

In Bezug auf die bislang im zweiten Teil des TKG ausgestaltete Marktregulierung kündigen die Eckpunkte zunächst an, dass angesichts der künftig geltenden längeren Fristen für die neuerliche Überprüfung regulierter Märkte⁴¹ geprüft werden soll, ob es hier eines Verfahrens bedarf, „um eine Kontrolle der Marktanalyse auch vor Ablauf der Frist zu ermöglichen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Regulierungsbedürftigkeit nicht mehr besteht (‘Fast-Track-Verfahren.’)“.⁴² Die Möglichkeit einer solchen vorzeitigen Überprüfung der Marktanalyse ist bereits in § 14 Abs. 1 S. 1 TKG vorgesehen. Sie erscheint auch künftig unionsrechtlich unbedenklich, da Art. 67 Abs. 5 S. 2 des Kommunikationskodex nur Höchstfristen vorsieht⁴³ und eine anlassbezogene Überprüfung auch in Art. 68 Abs. 6 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex ausdrücklich angelegt ist.⁴⁴

Dabei trifft es zwar zu, dass mit dieser Kontrollmöglichkeit gerade auch der Gefahr einer Überregulierung aufgrund geänderter Umstände entgegengewirkt werden soll,⁴⁵ so dass es insbesondere um die Fälle geht, in denen „eine Regulierungsbedürftigkeit nicht mehr besteht“.⁴⁶ Allerdings können die Regulierungsziele – etwa in Bezug auf die Verbraucherinteressen oder den Wettbewerb – auch durch unzureichende Regulierung gefährdet werden. Eine anlassbezogene Überprüfung muss daher sinnvollerweise ebenfalls in Betracht kommen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Vorabregulierung ausgedehnt werden muss. Das ist beispielweise denkbar, wenn sich eine Deregulierung bestimmter (sachlich

32 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 4.

33 Das ermöglicht zumindest grundsätzlich auch eine engere materielle Verknüpfung beider Regelungsbereiche, vgl. etwa in Bezug auf die Schaffung eines Anspruchs auf Zugang zu schnellem Internet *Neumann*, Optionen für die Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf schnelles Internet aus telekommunikationsrechtlicher Sicht, 2019, S. 6 f., 15.

34 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 6 f.; entsprechend auch *Kiparski*, CR 2019, 179, 181 Rn. 12.

35 Siehe auch TÜV Rheinland, Bericht zum Breitbandatlas Mitte 2018 im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), Teil 2, 2018, S. 33; *Kiparski*, CR 2019, 179, 191 Rn. 12.

36 Skeptisch zu diesen Planungen BITKOM (Fn. 23), S. 3.

37 Auch *Kiparski*, CR 2019, 179, 181 Rn. 12, geht davon aus, dass der Infrastrukturatlas neben dem weiterentwickelten Breitbandatlas bestehen bleiben wird.

38 Selbst wenn man in Betracht zieht, dass hier in erster Linie an Zuständigkeiten im Bereich der Breitbandförderung gedacht sein dürfte, stünde das einer Einbindung des BMVI wohl nicht entgegen, da das Ministerium für diesbezügliche Förderungen auf Bundesebene zuständig ist.

39 Siehe zu diesem Querbezug aus Sicht der Marktregulierung auch BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 8.

40 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 7. Eher zurückhaltend und die Notwendigkeit einer bloß freiwilligen Datenlieferung betonend BITKOM (Fn. 23), S. 2 f.

41 Zu dieser Verlängerung von – im Regelfall – drei auf fünf Jahren siehe *Kiparski*, CR 2019, 179, 181 Rn. 15; *Neumann*, N&R 2016, 262, 266; *Scherer/Heinickel*, MMR 2017, 71, 75.

42 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 8.

43 So zur bisherigen Rechtslage in Bezug auf § 14 Abs. 1 TKG auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 55.

44 Rechtspolitisch skeptisch aufgrund potentiell negativer Auswirkungen auf die Planungssicherheit der Unternehmen und auf den geplanten Bürokratieabbau *Neitzel/v. Voss* (Fn. 5).

45 Vgl. BVerwG, N&R 2019, 97, 100 Rn. 26 f. (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16).

46 So die Formulierung von BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 8.

oder räumlich) relevanter Märkten nicht mehr als gerechtfertigt erweist, weil es z. B. zu nicht vorhergesehenen Formen einer wettbewerbsdämpfenden Zusammenarbeit zwischen Netzbetreibern kommt, bis hin zu Unternehmenszusammenschlüssen, oder zum Marktaustritt bedeutsamer Marktteilnehmer.

Neben der erforderlichen Umsetzung neuer Vorgaben des Unionsrechts⁴⁷ – namentlich in Bezug auf

1. die (gegenständlich eng beschränkte) Doppelschloss- bzw. „double lock“-Vetobefugnis der Kommission auf Ebene der Abhilfemaßnahmen,⁴⁸
2. künftige Vorgaben von EU-Ebene in Fällen einer länderübergreifenden Nachfrage nach bestimmten Leistungen⁴⁹ und
3. die neuen Bestimmungen zu länderübergreifenden Märkten und Marktregulierungsverfahren⁵⁰ –

kündigen die Eckpunkte zur TKG-Reform auch eine Prüfung an, ob und wie „die derzeit sehr komplexen Verfahren der Marktregulierung einschließlich der Verfahren der Entgelt- und der Zugangsregulierung deutlich vereinfach[t]“ werden können.⁵¹ Das bezieht sich sowohl auf die materiellen als auch auf die formellen Vorgaben und zielt darauf, die Verfahren möglichst zu beschleunigen, sie jedenfalls aber in einen angemessenen Rahmen einzubetten.

Die Eckpunkte zielen damit völlig zu Recht auf einen zentralen Schwachpunkt der Telekommunikationsregulierung. Diese hat mittlerweile einen Komplexitätsgrad erreicht, angesichts dessen zumindest unklar ist, ob ein etwaiger Zugewinn an verfahrensbasierter Richtigkeitsgewähr die Nachteile für die Effizienz und Effektivität regulatorischer Entscheidungen aufwiegen kann.⁵² Zwar wären entsprechende Verbesserungen in weiten Teilen bereits auf EU-Ebene erforderlich gewesen, sind dort aber nicht nur unterblieben. Mehr noch: Mit dem Kommunikationskodex wird es sogar zu einer weiteren Erhöhung der unionsrechtlich vorgegebenen Regulierungskomplexität kommen.⁵³ Umso begrüßenswerter ist es deshalb, wenn bei der Reform des TKG die verbleibenden Ausgestaltungsspielräume zugunsten einer Optimierung der Regulierungsverfahren genutzt werden sollten und sich insbesondere die zusätzliche Komplexität auf Umsetzungsebene auf das notwendige Maß verringern ließe.

Das könnte insbesondere das Entgeltregulierungsverfahren betreffen. Aufgrund der Rechtsprechung zur grundsätzlichen Konsolidierungspflicht von Entgeltgenehmigungen⁵⁴ entspricht dieses Verfahren in der Regulierungsrealität ohnehin nicht mehr dem gesetzlichen Leitbild, dem zufolge Entgeltgenehmigungsverfahren in der Regel nicht mehr als zehn Wochen dauern sollen (§ 31 Abs. 4 S. 3 TKG). Darüber hinaus hat die Rechtsprechung eine klare systematische Trennung zwischen den Ebenen der Regulierungsverfügung einerseits und der Entgeltgenehmigung andererseits erkannt, in deren Folge grundsätzliche Fragen der Entgeltregulierung – namentlich nach dem anwendbaren Genehmigungsmaßstab – nicht zentral im Rahmen der Regulierungsverfügung geklärt werden dürfen.⁵⁵ Vielmehr müssen sie bei allen auf einer solchen Verfügung basierenden Entgeltgenehmigungen grundsätzlich erneut beantwortet werden.⁵⁶ Das führt auch zu Unklarheiten bei der Stellung entsprechender Anträge und damit einhergehenden Belastungen der Unternehmen.⁵⁷ Hier besteht ohne weiteres ein nicht von unionsrechtlichen Vorgaben beschränktes⁵⁸ Optimierungspotential.

Im Zusammenhang mit der geplanten Vereinfachung der Regulierungsverfahren soll auch geprüft werden, „inwieweit einzelne Bereiche gesetzlich vorstrukturiert werden können“.⁵⁹ Hier dürfte in Bezug auf die Ausgestaltung der

unionsrechtlich nicht abschließend ausgestalteten Verfahren ein gewisser Spielraum bestehen.⁶⁰ Demgegenüber dürfte eine legislative Vorstrukturierung dort an Grenzen stoßen, wo sie – ohne im Unionsrecht selbst angelegt zu sein⁶¹ – das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden (und die hieran anknüpfende Einflussnahmemöglichkeit des europäischen Regulierungsverbands) einschränkt.⁶² Allerdings ist hier möglicherweise das letzte Wort noch nicht gesprochen. Denn ausgerechnet das ansonsten sehr auf die Freihaltung der unionsrechtlich vorgegebenen Ermessensspielräume bedachte BVerwG hat unlängst der Sache nach die Möglichkeit einer gesetzlichen Vorstrukturierung des Regulierungsermessens im Bereich der Entgeltregulierung in Bezug auf die Auswahl von Prüfungsmethode, -verfahren und -maßstab anerkannt, wenn auch eher en passant und ohne nähere Begründung.⁶³

47 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 8 f.

48 Dazu *Gerpott*, *K&R* 2016, 801, 804; *Neumann*, *N&R* 2018, 204, 211; 2016, 262, 271.

49 Dazu *Gerpott*, *K&R* 2016, 801, 804; *Neumann*, *N&R* 2018, 204, 205; 2016, 262, 265.

50 Dazu *Gerpott*, *K&R* 2016, 801, 804; *Neumann*, *N&R* 2018, 204, 205; 2016, 262, 265.

51 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 9.

52 Kritisch zum erreichten Komplexitätsgrad beispielsweise *Abegg* u. a., *N&R*-Beilage 1/2015, 1, 12; *Körber*, *MMR* 2011, 215, 218.

53 Siehe hierzu kritisch *Eckhardt/Baran/Van Roosebeke*, *cepAnalyse* Nr. 36/2016, S. 4; *Gerpott*, *K&R* 2016, 801, 807; *Neitzel/v. Voss* (Fn. 5); *Neumann*, *N&R* 2018, 204, 211; 2016, 262, 271; vgl. auch *Nigge/Horstmann*, *MMR* 2018, 721, 726.

54 EuGH, *N&R* 2016, 178 = ECLI:EU:C:2016:9 (Urt. v. 16.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone* m. Anm. *Neumann*, *N&R* 2016, 146; BVerwG, *N&R* 2017, 174 (Urt. v. 31.1.2017 – Az. 6 C 2.16) m. Anm. *Cornils*.

55 BVerwG, *N&R* 2018, 307, 309 ff. Rn. 22 ff. (Urt. v. 30.5.2018 – Az. 6 C 4.17) m. Anm. *Herrmann*; VG Köln, *N&R* 2018, 119, 120 (Beschl. v. 31.1.2018 – Az. 21 L 2426/17); Urt. v. 21.12.2016 – Az. 21 K 5914/13, Rn. 74 ff. (NRWE).

56 Zumindest muss in der einzelnen Entgeltgenehmigung geprüft (und entschieden) werden, ob im Hinblick auf mögliche tatsächliche Entwicklungen oder neu vorgetragene Argumente an früheren – ggf. in der Regulierungsverfügung „vor die Klammer gezogenen“ – Überlegungen festzuhalten ist, BVerwG, *N&R* 2018, 307, 311 Rn. 35 (Urt. v. 30.5.2018 – Az. 6 C 4.17).

57 *Herrmann*, *N&R* 2018, 314, 317 f.

58 Vgl. BVerwG, *N&R* 2018, 307, 312 f. Rn. 42 f. (Urt. v. 30.5.2018 – Az. 6 C 4.17); VG Köln, Urt. v. 21.12.2016 – Az. 21 K 5914/13, Rn. 86 (NRWE).

59 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 9.

60 Vgl. etwa zur Ausgestaltung des Entgeltgenehmigungsverfahrens nochmals die Nachweise in Fn. 58.

61 Zu dieser Ausnahme BVerwG, *MMR* 2013, 677, 681 Rn. 42 (Urt. v. 12.6.2013 – Az. 6 C 10.12).

62 EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 91 ff. (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*; BVerwG, CR 2010, 440, 441 Rn. 15 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08). Vgl. auch *Neitzel/v. Voss* (Fn. 5), die auf Bedenken in Bezug auf die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde hinweisen. Diesen argumentativen Ansatz hatte die Kommission kürzlich im Energiebereich zulasten der deutschen Rechtslage gewählt, in der zahlreiche Einzelheiten der Entgelt- und Zugangsregulierung verordnungsrechtlich ausgestaltet sind, vgl. dazu *Ludwigs*, *N&R* 2018, 262, 263; *Schreiber*, *N&R* 2019, 66, 66 f.; keine Bedenken gegen die normierende Regulierung im deutschen Energiewirtschaftsrecht demgegenüber bei OLG Düsseldorf, *N&R* 2018, 181, 182 ff. (Beschl. v. 26.4.2018 – Az. VI-5 Kart 2/16 [V]). Im Telekommunikationssektor hatte die zitierte Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG allerdings bislang eher das unionsrechtlich vorgegebene Regulierungsermessen, dessen Ausübung in den europäischen Regulierungsverbund eingebunden ist und insoweit nicht durch legislative Vorfestlegungen beschränkt werden dürfte, als Grenze entsprechender Vorstrukturierungen angesehen.

63 BVerwG, *N&R* 2018, 307, 310 f. (Urt. v. 30.5.2018 – Az. 6 C 4.17): In Rn. 31 belastet das Gericht eine „Vorprägung“ der Ermessenausübung „im Hinblick auf den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“. In Rn. 33 führt das Gericht aus, dass das TKG die Kombination zwischen dem weniger strengen Missbrauchsmaßstab und dem eingriffsintensiveren Verfahren der Genehmigungspflicht nicht vorsehe. Und in Rn. 34 geht es ebenfalls von der Möglichkeit einer gesetzlichen Vorgabe für die Reihenfolge der Prüfungsverfahren aus. Bei allen drei Einschätzungen ist nicht ohne weiteres erkennbar, wie sie mit dem weiten Regulierungsermessen vereinbar

2. Zugangs- und Entgeltregulierung

Im Bereich der Zugangsregulierung thematisieren die Eckpunkte zunächst die Möglichkeit, Unternehmen unabhängig von deren Marktmacht Verpflichtungen zur Interoperabilität von Rufnummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten (wie z. B. WhatsApp, dem Facebook Messenger oder Skype) aufzuerlegen (Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c des Kommunikationskodex).⁶⁴ Die diesbezüglich durchaus anspruchsvollen Anforderungen (aus Art. 61 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex) sollen durch eine Anpassung der bislang in der Praxis bedeutungsarm gebliebenen Vorschrift des § 18 TKG in das deutsche Recht übertragen werden.⁶⁵ Die Entscheidung über entsprechende Vorgaben erscheint angesichts der vielfältigen Wirkungen solcher Interoperabilitätsanforderungen jedenfalls dann potentiell komplex, sofern die betreffenden Anbieter nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen: Insbesondere konkurrieren hier das an sich durchaus gewichtige Gemeinwohl- und Nutzerinteresse an plattformübergreifenden Kommunikationsmöglichkeiten⁶⁶ und der Verbesserung der Wahlmöglichkeiten für die Nutzer⁶⁷ sowie u. U. Erwägungen der wettbewerblichen Chancengleichheit⁶⁸ und der Senkung von Marktzutrittschürden⁶⁹ mit einer Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der Anbieter⁷⁰ sowie der daraus möglicherweise folgenden Gefahr innovations- und wettbewerbsdämpfender Effekte⁷¹.

Als weiteren allgemeinen – also marktmachtunabhängigen – Regulierungsaspekt sprechen die Eckpunkte dann die Regelung zur „Routerfreiheit“ an: Nachdem manche Telekommunikationsanbieter ihren Kunden nicht erlaubt hatten, eigene Router an ihren Breitbandanschlüssen zu nutzen, hatte der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2016 in § 45d Abs. 1 S. 2 TKG (klarstellend) geregelt, dass der Zugang (des Teilnehmers) zu einem öffentlichen Telekommunikationsfestnetz an einem passiven Netzabschlusspunkt zu gewähren ist. Ergänzend hat der Gesetzgeber – zunächst in § 11 Abs. 3 FTEG und nach dessen Aufhebung im Jahr 2017 dann in § 41b Abs. 1 TKG – (ebenfalls klarstellend) festgelegt, dass der Teilnehmer grundsätzlich berechtigt ist, Telekommunikationsendeinrichtungen seiner Wahl an das Netz anzuschließen.⁷² Art. 61 Abs. 7 des Kommunikationskodex sieht nun vor, dass das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) bis zum 21. Juni 2020 Leitlinien verabschiedet, die eine gemeinsame Vorgehensweise der nationalen Regulierungsbehörden bei der Bestimmung des Netzabschlusspunktes für verschiedene Netztopologien aufzeigen und denen die nationalen Regulierungsbehörden weitestmöglich Rechnung tragen müssen. Die Eckpunkte zur Reform des TKG formulieren nun das Ziel, dass diese Leitlinien der in Deutschland gefundenen Regelung zumindest nicht widersprechen, so dass die geltende Regelung zur „Routerfreiheit“ fortgelten kann. Richtigerweise wird damit das Ziel der Bemühungen in erster Linie auf Ebene der kommenden Leitlinien und weniger in der Neufassung des TKG verortet. In deren Rahmen könnte sich jedoch die Frage stellen, ob eine gesetzliche Festlegung des Netzabschlusspunktes auf einen passiven Anschluss – wie in § 45d Abs. 1 S. 2 TKG – mit der Regelung in Art. 61 Abs. 7 S. 2 des Kommunikationskodex vereinbar ist, die eher von einer Festlegung durch die Regulierungsbehörde ausgeht.

Eher wortkarg geben sich die Eckpunkte dann zu den neuen Vorgaben für die „symmetrische“⁷³ – i. S. v. „marktmachtunabhängige“ – Zugangsregulierung, wie sie in Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex nach einem sehr kontrovers geführten Gesetzgebungsprozess nun vorgesehen sind. Im TKG sollen „die Voraussetzungen dafür getroffen [werden], dass die symmetrische Zugangsregulierung nur in eng definierten, eingeschränkten und besonders gerechtfertigten Fällen möglich ist“, wobei die federführenden Ministerien „[n]egative Investitionsanreize ... in jedem Fall

vermeiden“ wollen. Hierin könnte das Bestreben nach einer konkretisierenden Ausgestaltung der unionsrechtlichen Vorgaben anklingen. Inwiefern diesbezügliche Spielräume bestehen, bedürfte bei einer derartigen Zielsetzung einer sorgfältigen Analyse, damit hier der deutschen Umsetzungsvorschrift nicht dasselbe Schicksal droht wie früheren Versuchen des Gesetzgebers, die Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben legislativ vorzusteuern und Regulierungseingriffe einzugrenzen.⁷⁴

Im Anschluss wenden sich die Eckpunkte zur Reform des TKG dann – wenn auch unter einer auf Kooperationen beschränkten Überschrift – einer Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens zu, der in der politischen Diskussion der letzten Jahre besonderes Gewicht zukam:⁷⁵ der „Möglichkeit von ‚Regulierungserleichterungen, für den ... Ausbau von gigabitfähigen Hochleistungsnetzen‘.“⁷⁶ Im Ausgangspunkt wird hierbei völlig zu Recht konstatiert, dass der Kommunikationskodex (weitere) Investitionsanreize für einen solchen Netzausbau setzen möchte,⁷⁷ auch wenn das nicht zwingend den Rückschluss auf regulatorische Erleichterungen für marktmächtige Unternehmen erlaubt, den die Eckpunkte zur TKG-Reform indes implizit zugrunde legen (und auf dem letztlich wohl auch die Vorgaben des Kommunikationskodex zumindest z. T. beruhen⁷⁸).

Die Eckpunkte verweisen dann auf die – im europäischen Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittenen⁷⁹ – Regelungen zu kooperativen Lösungen (einschließlich sog.

sind, das der Unionsgesetzgeber den nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahl der im jeweiligen Fall aufzuerlegenden Preiskontrollmaßnahme eingeräumt hat, siehe EuGH, N&R 2018, 107, 108 = ECLI:EU:C:2017:989, Rn. 32 (Urt. v. 20.12.2017 – Rs. C-277/16) – *Polkomtel*. Insbesondere die Anwendung der Vergleichsmarktmethode und von Kostenmodellen sind richtlinienrechtlich sogar ausdrücklich in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde gestellt (vgl. Art. 13 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG). Siehe zum Ganzen auch schon *Neumann*, N&R 2018, 111, 117.

64 Zu der Fassung des Kommissionsentwurfs *Gerpott*, K&R 2016, 801, 804.

65 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 10.

66 Für § 18 TKG *Nolte*, in: Säcker (Fn. 26), § 18 Rn. 2; aufgrund der Möglichkeit einer Nutzung verschiedener OTT-Dienste zurückhaltender: Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR), Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, 2016, S. 8.

67 Diese Überlegung wird gerne mit der Möglichkeit einer Entscheidung für besonders datenschutzfreundliche Angebote verknüpft, siehe die *golem.de*-Meldung „Justizministerin will Whatsapp für andere Messenger öffnen“ v. 1.6.2018. Dagegen *Kroon/Arnold*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 437, 2018, S. 43.

68 Siehe die *golem.de*-Meldung „Telekom und EU wollen Whatsapp und Facebook einschränken“ v. 23.4.2015.

69 BKartA, BT-Ausschussdr. 18 (24) 98, 20; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Regulierung von Messengerdiensten, WD 10 – 3000 – 060/16, 2016, S. 18.

70 BKartA, BT-Ausschussdr. 18 (24) 98, 20; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 69), S. 19.

71 *Kroon/Arnold* (Fn. 67), S. 39 ff.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 69), S. 18 f.; WAR (Fn. 66), S. 8 f.

72 Zum Ganzen *Koch/LiBek*, K&R 2016, 572; dies., in: Schwarz/Peschel-Mehner, Recht im Internet, Loseblattsammlung, Stand: 47. Ergänzungslieferung (4/2017), Kap. 14-A 1; zum Gesetzgebungsverfahren *Sörup*, CR 2015, 217.

73 Kritisch zu dem Begriff der „symmetrischen“ Regulierung *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 3), S. 160 ff.

74 Siehe namentlich zu § 9a TKG EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 91 ff. (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

75 Vgl. zur Diskussion etwa BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 88; *Briglaue/Cambini*, The Role of Regulation in Incentivizing Investment in New Communications Infrastructure, 2017; *Kopff/Vidal*, MMR 2018, 22, 24 f.; *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, 2017.

76 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 10 ff.

77 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 10 f., sowie bereits S. 3; siehe auch *Kiparski*, CR 2019, 179, 180 Rn. 2.

78 Vgl. *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, 721, 722, sowie zum Kommissionsentwurf die diesbezüglichen Nachweise bei *Neumann*, N&R 2016, 262, 264.

79 Vgl. *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, 92.

Koinvestitionszusagen⁸⁰). Solche Modelle werden durch Art. 76 und 79 des Kommunikationskodex⁸¹ nach Einschätzung der beiden Ministerien zukünftig stärkeres Gewicht erhalten und können u.U. zu Regulierungserleichterungen bis hin zu einer partiellen Regulierungsfreistellung führen.⁸² Hinsichtlich der Umsetzung in das deutsche Telekommunikationsrecht gehen die Eckpunkte davon aus, dass die komplexe Ausgestaltung der einschlägigen Richtlinienvorschriften „für eine relativ eng am Wortlaut der Richtlinie orientierte Umsetzung“ spreche.⁸³ Zugleich sollten die „verbleibenden Interpretationsspielräume ... von der Bundesnetzagentur in einem offenen und transparenten Diskussionsprozess mit den Marktbeteiligten konkretisiert werden“. Die hierin angedeutete Absicht legislatorischer Zurückhaltung bei exklusiver Zuweisung verbleibender Konkretisierungskompetenzen an die Bundesnetzagentur⁸⁴ ist im Sinne einer Vermeidung möglicher Richtlinienverstöße zu begrüßen.⁸⁵ Entsprechendes gilt für die Ankündigung, „für den Fall der Nichteinhaltung gegebener Verpflichtungszusagen wirkungsvolle Regulierungsverfahren bzw. Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen im TKG“ vorzusehen.⁸⁶

Im Folgenden verlassen die Eckpunkte dann den spezifischen Kontext kooperativer Lösungen beim Netzausbau. So wird, erstens, ausgeführt, dass aus Sicht des BMWi „eine einheitliche Regulierung“ der Netze mit sehr hoher Kapazität „(unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Errichtung) notwendig“ sei.⁸⁷ Diese Aussage könnte potentiell sehr weitreichend sein, legt sie doch nahe, dass etwa rückkanalfähige Kabelbreitbandnetze und Glasfasernetze generell einheitlichen regulatorischen Vorgaben unterliegen sollten. Das ist bisher nicht der Fall.⁸⁸ Unklar bleibt aber, inwieweit aus der Einschätzung des BMWi legislatorische Konsequenzen gezogen werden sollen und – mit Blick auf die richtlinienrechtlich vorgegebenen Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur – gezogen werden können. Hier wird erst der weitere Gesetzgebungsprozess Klarheit über die politischen Gestaltungsvorstellungen geben. Das gilt auch, soweit sich, zweitens, die Eckpunkte des Weiteren mit der Entgeltregulierung in Bezug auf Netze mit sehr hoher Kapazität befassen. Diese sei „grundsätzlich so auszugestalten, dass die im Vorleistungsmarkt erzielbaren Renditen nicht beschnitten werden“, was wiederum bedeute, dass hier „ein Übergang von der kostenbasierten Genehmigungsprozedur zu einer nachbildbarkeitsorientierten Missbrauchsaufsicht (Ex-post-Regulierung) durch die Bundesnetzagentur naheliegend“ sei.⁸⁹ Ob die Eckpunkte damit die Schaffung entsprechender gesetzlicher Vorgaben ankündigen (und inwieweit solche überhaupt unionsrechtlich zulässig wären⁹⁰) oder ob hier nur politische Erwartungen und Vorschläge an die künftige Regulierungspraxis formuliert werden, bleibt bislang noch eher undeutlich. Insoweit ist überdies daran zu erinnern, dass schon jetzt für rein glasfaserbasierte Zugangsprodukte entgeltregulatorische Erleichterungen vorgesehen sind⁹¹ und deren Weiterentwicklung in der Regulierungspraxis ganz im Sinne der Eckpunkte auch ohne diesbezügliche Interventionen des Gesetzgebers nachdrücklich diskutiert wird.⁹²

Das nächste Thema, das die Eckpunkte zur TKG-Reform streifen, ist dann die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen. Art. 81 des Kommunikationskodex verpflichtet Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, die beabsichtigen, vorabverpflichtungsrelevante Teile ihres Netzes außer Betrieb zu nehmen oder durch neue Infrastrukturen zu ersetzen, die Regulierungsbehörde hierüber vorab zu informieren, so dass diese einen angemessenen Migrationsprozess sicherstellen kann.⁹³ Die Eckpunkte weisen darauf hin, dass diese Regelung namentlich für kupferbasierte Vorleistungen auf „dem Weg in die Glasfaserwelt“ relevant sein wird, und erwägen, dass bei

einer solchen Migration auch bandbreitennachfrageorientierte Lösungsansätze für die gleichzeitige Nutzung von Gebäudeverkabelung durch „Vectoring“- und Glasfaseranschlüsse eine Rolle spielen könnten.⁹⁴

Damit wird ein Problem angesprochen, das unabhängig von einer Außerbetriebnahme einzelner Bestandteile des Kupferkabelnetzes auftritt, wenn in Mehrfamilienhäusern manche Wohnungen über vectorisierte DSL-Anschlüsse und andere über eine Glasfaseranbindung bis ans Gebäude („Fiber To The Building“, FTTB) versorgt werden. Anders als Glasfaseranschlüsse bis in die Wohnung („Fiber To The Home“, FTTH) nutzen FTTH-Anschlüsse u.U. (wenn auch nicht in jedem Fall) dieselbe kupferbasierte gebäudeinterne Verkabelung (Endleitung) wie DSL-Anschlüsse, so dass es zu gegenseitigen Beeinflussungen kommen kann. Die Bundesnetzagentur hat hierzu im Standardangebotsverfahren eine – von Wettbewerbsseite kritisierte – Regelung zum Schutz der Versorgung von DSL-Bestandskunden der marktmächtigen Telekom Deutschland GmbH (TDG) akzeptiert, die FTTB-Betreiber, welche für die Hausverteilung den regulierten Zugang zur Endleitung nutzen, zu einer Bandbreitenbeschränkung verpflichtet.⁹⁵ Da die Problematik somit gerade bei einem Parallelbetrieb von kupfer- und glasfaserbasierter Anschlusstechnik relevant wird, muss der weitere Novellierungsprozess zeigen, ob bzw. inwieweit es sinnvoll ist, sie im Kontext einer Migrationsregelung zu verorten – und ob das ggf. tatsächlich auf legislatorischer Ebene geschehen könnte (und sollte).

Die Eckpunkte wenden sich dann einem weiteren Problem der jüngeren Regulierungspraxis zu, das nicht unerhebliche öffentliche Aufmerksamkeit erfahren hatte: der Sicherstellung der terrestrischen Rundfunkverbreitung. Das regulierte Unternehmen MEDIA BROADCAST hatte seine gesamte Antennen- und Sendeinfrastruktur für die Übertragung von Ultrakurzwellen- bzw. UKW-Rundfunk veräußert.⁹⁶ Da die Erwerber der Antennen zunächst keine Einigung mit den Sendernetzbetreibern und Rundfunkveranstaltern über die Übertragungspreise erzielen konnten, konnte die lückenlose

80 Spezifisch hierzu *Gerpott*, K&R 2016, 801, 804 f.; *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, CR 2017, 197, 201.

81 Hierzu *Neumann*, NeR 2018, 204, 208 f., 210 f.; *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, 721, 723 ff.

82 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 11.

83 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 11. Grundsätzlich zustimmend BITKOM (Fn. 23), S. 4.

84 Auch die Mitwirkung an den in Art. 76 Abs. 4 des Kommunikationskodex vorgesehenen Leitlinien, mit denen das GEREK eine einheitliche Anwendung der Richtlinienvorgaben für Koinvestitionsvorhaben sicherstellen soll, wird in den Eckpunkten zur TKG-Reform explizit der Bundesnetzagentur zugewiesen, siehe BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 11.

85 Allerdings heißt es in der Einführung zu den Eckpunkten ausdrücklich im Zusammenhang mit kooperativen Lösungen, die Ministerien wollten „im Rahmen der TKG-Novelle ... die durch den Kodex geschaffenen Freiräume für investitionsfreundliche regulatorische Anreizmechanismen nutzen“, BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 2 (Hervorhebung hinzugefügt). Das wiederum liest sich so, als würde hier Spielraum für eine gesetzgeberische Ausgestaltung gesehen, der dann auch genutzt werden soll. Ein ähnliches Verständnis schien auch schon bei den Ankündigungen im Koalitionsvertrag zur künftigen Ausgestaltung der Zugangsregulierung durch, siehe CDU/CSU/SPD (Fn. 14), S. 38 Rn. 1649 ff.; hierzu *Sickmann/Neumann*, Wirtschaftsdienst 2018, 333, 337.

86 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 12.

87 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 12.

88 Siehe zum regulatorischen Status quo *Sickmann/Neumann* (Fn. 75), S. 64 ff.

89 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 12.

90 Siehe zur Frage von gesetzlichen Beschränkungen des regulierungsbehördlichen Ermessens oben, in Fn. 62.

91 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, Ziff. 1.5. u. 1.8.

92 Bundesnetzagentur, Fragen der Entgeltregulierung bei FttH/B-basierten Vorleistungsprodukten mit Blick auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasfaserinfrastrukturen, 2017. Vgl. zum Ganzen auch *Sickmann/Neumann*, Wirtschaftsdienst 2018, 333, 338.

93 Hierzu *Neumann*, NeR 2018, 204, 210; 2016, 262, 271.

94 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 12.

95 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.12.2018 – Az. BK3e-15/011, S. 508 ff.

96 Siehe hierzu ausführlicher *Herrmann/Heilmann*, NeR 2018, 145, 147.

Rundfunkverbreitung nur durch eine die Verhandlungen moderierende Vermittlung der Bundesnetzagentur und eines ehemaligen Bundesministers sichergestellt werden.⁹⁷

Die bereits damals vom Präsidenten der Bundesnetzagentur angeregte „Anpassung der Rechtslage“⁹⁸ soll den Eckpunkten zufolge nun im Rahmen der TKG-Novelle geprüft werden.⁹⁹ Neben der geplanten Erweiterung des Betreiberbegriffs¹⁰⁰ und der Schaffung einer eigenständigen (wenn auch überflüssigen¹⁰¹) Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen in Umsetzung von Art. 72 des Kommunikationskodex nennen die Eckpunkte zwei weitere Maßnahmen, die in diesem Kontext erwogen werden sollen: die Nichtberücksichtigung von „Aufwendungen, die auf einem Wechsel in der Person des Betreibers beruhen“, als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bei der Entgeltregulierung und die Schaffung einer Verpflichtung, entsprechend der für den Universaldienst in § 150 Abs. 9 TKG geltenden Regelung den geplanten Verkauf von Telekommunikationsnetzen oder zugehörigen Einrichtungen der Bundesnetzagentur mit einer Vorlauffrist anzuzeigen. Die Schaffung einer solchen Anzeigepflicht scheint prima facie ein sinnvoller Ansatz zu sein, um ggf. die nötigen regulatorischen Maßnahmen auf den künftigen Erwerber erstrecken zu können. Sie müsste aber – wie insbesondere auch eine Vorgabe für die Nichtberücksichtigung bestimmter Aufwendungen im Rahmen der Entgeltregulierung – in die unionsrechtlichen Vorgaben (hier vor allem aus Art. 13 Abs. 1 S. 1 und ggf. Art. 68 des Kommunikationskodex) eingepasst werden.

Zu guter Letzt greifen die Eckpunkte im Bereich der Zugangsregulierung noch kurz die bereits erwähnte eigenständige Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht (Art. 72 des Kommunikationskodex) auf. Insoweit weisen die Eckpunkte darauf hin, dass die baulichen Anlagen nicht Teil des relevanten Marktes sein müssten.¹⁰² Dies ist schon mit Blick auf Art. 72 Abs. 2 des Kodex zutreffend, entspricht aber letzten Endes jedenfalls grundsätzlich bereits der geltenden Rechtslage.¹⁰³ Erforderlich ist jedoch – schon weil Art. 72 Abs. 1 des Kommunikationskodex auf Art. 68 verweist –, dass es sich um ein Unternehmen handelt, das aufgrund einer Marktanalyse nach Art. 67 des Kodex als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuft wurde (Art. 68 Abs. 2 des Kommunikationskodex). Damit müssen zwar nicht die baulichen Anlagen Teil des relevanten Marktes sein. Es dürfte aber erforderlich sein, dass ihr Betreiber auf einem Markt für elektronische Kommunikation (Art. 67 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 64 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 des Kodex) über beträchtliche Marktmacht verfügt. Schlussendlich weisen die Eckpunkte darauf hin, dass bei der Umsetzung von Art. 72 des Kommunikationskodex „auf Konsistenz im Hinblick auf parallel bestehende Zugangsmöglichkeiten, insbesondere für die symmetrischen Zugangsmöglichkeiten nach DigiNetzG, zu achten“ ist.¹⁰⁴ Diese Forderung nach einer praktikablen, rechtssicheren und effizienten Abgrenzung der unterschiedlichen Zugangsregime ist uneingeschränkt zu begrüßen.¹⁰⁵ Es bleibt die im weiteren Reformprozess ggf. zu klärende Frage, ob und inwieweit dies auf legislatorischer Ebene oder erst bei der späteren Rechtsanwendung durch die Bundesnetzagentur¹⁰⁶ erfolgen sollte bzw. kann. Angesichts der in der Rechtsprechung sehr kritisch gesehenen Beschränkung des Regulierungsermessens im Bereich der Marktregulierung könnte jedenfalls auf den ersten Blick zumindest viel dafür sprechen, eine gesetzliche Regelung der Konsistenzfrage im Kontext der durch das DigiNetzG geschaffenen Vorschriften zu schaffen, wenn man eine legislatorische Klärung für vorzugswürdig hält.

V. Verbraucherschutz

Unter der Überschrift „Verbraucherschutz“ behandeln die Eckpunkte zur Reform des TKG dann Aspekte, die – jedenfalls derzeit – verschiedene Teile des Gesetzes betreffen.

Zunächst wird auf den Kern der verbraucher-schützenden Regeln des Telekommunikationsrechts eingegangen, also auf die Vorschriften zu den Endnutzerrechten, die als Bestimmungen über den „Kundenschutz“ gegenwärtig vor allem in §§ 43a ff. TKG und der auf Verordnungsermächtigungen in § 45n TKG beruhenden Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung, TKTransparenzV) enthalten sind. Art. 101 Abs. 1 des Kommunikationskodex sieht hier künftig grundsätzlich eine – im Vorfeld umstrittene¹⁰⁷ – Vollharmonisierung durch die Richtlinienvorgaben vor. Damit wird sowohl ein weniger strenges als auch (abweichend vom bisherigen Ansatz der Mindestharmonisierung¹⁰⁸) ein strengeres Verbraucherschutzniveau auf mitgliedstaatlicher Ebene nur noch zulässig sein, sofern der Kodex selbst dies zulässt. Die Vollharmonisierung beschränkt sich allerdings auf solche Aspekte, die von den Kodexvorschriften über die Endnutzerrechte auch tatsächlich erfasst werden, so dass nationale Verbraucherschutzregelungen in Bezug auf nicht erfasste Aspekte zulässig bleiben.¹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund kündigen die Eckpunkte folgerichtig an, dass nur die betroffenen Vorschriften des TKG an die Vorgaben des Kodex angepasst werden sollen;¹¹⁰ zugleich sollen die Kundenschutzvorschriften insgesamt modernisiert und ihre Struktur und Übersichtlichkeit verbessert werden.¹¹¹

An konkreten Neuerungen, deren Prüfung die Eckpunkte nun in Aussicht stellen, werden u. a. die Schaffung von Sanktionen für das Blockieren von Anschlüssen zulasten von neu eingezogenen Mietern (durch die Telekommunikationsanbieter der früheren Mieter) sowie die Ausweitung der bisher nur für marktmächtige Telefondienstanbieter geltenden Verpflichtung aus § 45b TKG zur Sicherstellung eines unverzüglichen Entstördienstes auf Unternehmen auch ohne Marktmacht¹¹² und auf die

97 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 6.7.2018.

98 Vgl. erneut Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 6.7.2018.

99 Siehe hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 12 f. Skeptisch BITKOM (Fn. 23), S. 5.

100 Siehe dazu bereits oben, unter II.

101 Siehe Neumann, N&R 2016, 262, 268. Zu dieser „neuen“ Zugangsverpflichtung siehe auch sogleich, am Ende dieses Abschnitts.

102 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 13.

103 Siehe dazu BVerwG, N&R 2019, 113, 115 Rn. 39 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17); 97, 101 Rn. 36 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16); MMR 2013, 677, 679 Rn. 26 (Urt. v. 12.6.2013 – Az. 6 C 10.12); CR 2010, 440, 442 Rn. 30 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08); Neumann/Thomaschki (Fn. 26), § 21 Rn. 128.

104 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 13.

105 Siehe auch Neumann/Sickmann/Alkas/Koch (Fn. 3), S. 281 ff.

106 Siehe etwa Bundesnetzagentur, Beschl. v. 26.11.2018 – Az. BK11-18/008, S. 17 Rn. 58 f., wonach eine Mitnutzung nach den durch das DigiNetzG eingefügten Vorschriften nicht in Betracht kommt, soweit sie unter die Vorgaben der Marktregulierung fällt.

107 Vgl. Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71, 76.

108 Kiparski, CR 2019, 179, 184 Rn. 32; Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197, 201.

109 Erwägungsgrund 257 S. 7 f. des Kommunikationskodex; Kiparski, CR 2019, 179, 184 Rn. 32; Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), Telekommunikationsmarkt verbraucherfreundlich gestalten, 2018, S. 8. Die eigentlich auf eine Beseitigung bzw. erhebliche Reduzierung der Rechtszersplitterung gerichtete Zielsetzung der Vollharmonisierung (Erwägungsgrund 275 S. 3 des Kodex) wird damit freilich ein Stück weit konterkariert.

110 Zu Vorschriften des Verbraucherschutzes im TKG, die von der Vollharmonisierung nicht erfasst werden, siehe Kiparski, CR 2019, 179, 184 Fn. 71. Es ist absehbar, dass die Frage, in welchen Bereichen der Kodex abschließende Regelungen trifft, im Einzelfall umstritten sein wird, vgl. bereits die diesbezüglich recht weitgehende Positionierung des BITKOM (Fn. 23), S. 7 ff.

111 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 14 f.

112 In den Eckpunkten ist von einer Ausweitung auf „alle Unternehmen“ die Rede, so dass möglicherweise auch eine Erstreckung auf andere Unternehmen als Anbieter öffentlich zugänglicher Telefondienste erwogen wird.

tatsächliche Behebung der konkreten Störung genannt.¹¹³ Auch ein insbesondere von Seiten der Verbraucherschutzorganisationen immer wieder betontes Problem¹¹⁴ soll die Novelle adressieren, nämlich die Wirksamkeit der den Verbrauchern zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe insbesondere für Fälle, in denen die tatsächlich zur Verfügung gestellte Dienstleistung von der vertraglich vereinbarten Qualität abweicht. Nach Art. 105 Abs. 5 des Kommunikationskodex müssen künftig anhaltende oder häufig auftretende Abweichungen als Anlass für die Inanspruchnahme der Rechtsbehelfe gelten, die Verbrauchern nach nationalem Recht zur Verfügung stehen, was ausdrücklich auch das Recht auf kostenfreie Vertragskündigung einschließt. Der Wortlaut der Vorschrift nimmt allerdings Internetzugangsdienste und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste hiervon aus. Das liegt daran, dass diese schon Gegenstand einer entsprechenden Regelung in Art. 4 Abs. 4 der Internetzugangsverordnung (EU) 2015/2120 sind.¹¹⁵ Die nun angekündigte Wirksamkeitsprüfung dürfte sich daher trotz des begrenzten Anwendungsbereichs von Art. 105 Abs. 5 des Kodex auch auf Rechtsbehelfe bei Leistungsabweichungen für Internetzugangsdienste erstrecken (müssen).¹¹⁶

Neben kleineren Änderungen in Bezug auf den Notruf (§ 108 TKG) und auf den Vermittlungsdienst für gehörlose und hörgeschädigte Endnutzer (§ 45 Abs. 3 TKG), dessen Nutzung für die Nutzer künftig kostenfrei sein soll,¹¹⁷ sowie mit Blick auf bessere Prüfmechanismen, um die Angabe falscher Rufnummern bei Anrufen und Textnachrichten zu verhindern,¹¹⁸ widmen sich die Eckpunkte im Bereich des Verbraucherschutzes relativ ausführlich der „Umlagefähigkeit der laufenden monatlichen Grundgebühren für den Breitbandanschluss“.¹¹⁹ Gemeint ist damit das sog. „Nebenkostenprivileg“ nach § 2 Nr. 15 lit. b der BetrKV, das es in Mehrparteienhäusern erlaubt, u. a. die laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse als Bestandteil der Betriebskosten über die Nebenkostenabrechnung auf die Gesamtheit der Mieter umzulegen, dabei aber in der Regel nur kabelfernsehnetzgestützte Breitbandanschlüsse erfasst. Diese Regelung führt dazu, dass Breitbandanschlüsse auf anderer technologischer Grundlage für die Mieter wirtschaftlich weniger interessant werden. Sie wird deshalb schon seit einiger Zeit auch als potentiell Wettbewerbshindernis kritisiert.¹²⁰ Von anderer Seite wird allerdings auch betont, dass das Nebenkostenprivileg den Wettbewerb lediglich vom Wettbewerb um den Einzelnutzer auf den Wettbewerb um Mehrnutzerverträge verlagere und ein solcher Gestattungswettbewerb nicht nur kleineren (Fernsehkabel-) Netzbetreibern die Teilnahme am Wettbewerb ermögliche, sondern insbesondere durch die Möglichkeit eines Sammelinkassos überdies erhebliche Kosteneinsparungen ermögliche, so dass dem Nebenkostenprivileg auch eine soziale Komponente zukomme.¹²¹ Den Eckpunkten ist nun zu entnehmen, dass das BMWi eher die nachteiligen Aspekte des Nebenkostenprivilegs sieht und die Möglichkeit seiner Abschaffung¹²² im Zuge der Gesetzesnovelle prüft.¹²³ Damit könnten auch verfassungsrechtliche Fragen relevant werden, sofern durch die Abschaffung des Nebenkostenprivilegs in bestehende langfristige Mehrnutzerverträge eingegriffen werden sollte.¹²⁴

VI. Frequenzen

In Bezug auf die richtlinienrechtlichen Vorgaben für die Frequenzverwaltung weisen die Eckpunkte zunächst darauf hin, dass zur Umsetzung der Vorgaben für die Laufzeit von Frequenznutzungsrechten für drahtlose Breitbanddienste, die nach Art. 49 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex Investitionssicherheit für mindestens 20 Jahre – etwa durch Laufzeiten von mindestens 15 Jahren mit einer Verlängerungsoption (Art. 49 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex)¹²⁵ – bieten müssen, eine Anpassung von § 55 TKG geplant ist.¹²⁶ Allerdings sollen auch unionsrechtlich nach Art. 49 Abs. 3 und 4 des Kommunikationskodex zulässige Ausnahmemöglichkeiten geschaffen werden, wobei namentlich die Synchronisierung des Auslaufens

von Nutzungsrechten genannt wird. Zu Recht betonen die Eckpunkte hier insgesamt die Notwendigkeit einer klaren und rechtssicheren Regelung. Das gilt auch für das in Art. 50 des Kommunikationskodex neu vorgesehene Verfahren zur Verlängerung von individuellen Frequenznutzungsrechten für harmonisierte Funkfrequenzen,¹²⁷ das im Rahmen des Erforderlichen mit der anstehenden Novelle ebenfalls in das TKG übernommen werden soll. Die Schaffung einer neuen Regelung wird darüber hinaus auch in Bezug auf die spezifischen Vorgaben für die Einrichtung und den Betrieb drahtloser Zugangspunkte mit geringer Reichweite („Small Cells“) nach Art. 57 des Kommunikationskodex angekündigt, die voraussichtlich auch Anpassungen landesbaurechtlicher Vorschriften zur Folge haben werde.¹²⁸

Die Eckpunkte zur Reform des TKG wenden sich dann den Vorgaben des Kommunikationskodex für eine weitere Verbesserung der Mobilfunkversorgung zu.¹²⁹ Sie verweisen hierfür insbesondere

1. auf die in Art. 45 Abs. 3 des Kodex vorgesehene und für Deutschland in das TKG aufzunehmende Befugnis der Mitgliedstaaten, unter bestimmten Bedingungen die alternative Nutzung eines Frequenzbandes zu genehmigen, sofern für die unionsweit harmonisierte Nutzung keine nationale Nachfrage besteht,
2. auf die in Art. 47 Abs. 2 des Kommunikationskodex angesprochene Befugnis der zuständigen Behörden (in Deutschland jedenfalls bislang also der Bundesnetzagentur), bei der Einräumung individueller Nutzungsrechte die Möglichkeit kommerzieller Roamingvereinbarungen sowie des gemeinsamen Aufbaus und der gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturen vorzusehen,¹³⁰ und

113 Ablehnend gegenüber einer deutlichen Verschärfung des § 45b TKG BITKOM (Fn. 23), S. 10 f.

114 Siehe etwa vzbv (Fn. 109), S. 10 f.; Abweichungen bei Breitbandgeschwindigkeiten im Festnetz, 2017, S. 3 ff.

115 Siehe auch vzbv (Fn. 109), S. 11.

116 Von Anbieterseite wird wenig überraschend von der Wirksamkeit der bestehenden Rechtsbehelfe ausgegangen, siehe BITKOM (Fn. 23), S. 13.

117 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 15.

118 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 16.

119 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 15 f.

120 Siehe etwa Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 61, BT-Drs. 17/8246, 169, 217 Tz. 158 f.; Busch/Riewerts, K&R 2017, 769.

121 Schulze zur Wiesche, Juconomy-Newsletter 3/2019, 4.

122 Zur Frage, ob sich eine etwaige Streichung auf § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV insgesamt oder nur auf dessen letzten Halbsatz („ferner die laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse“) beziehen sollte, siehe Verband Berlin-Brandenburgischer Wohnungsunternehmen (BBU) e. V., Mitteilung „Eckpunktepapier zur TKG-Novellierung – Streichung der Umlage für Kabelentgelte nach § 2 Nr. 15b Betriebskostenverordnung wird erwogen“ v. 20.3.2019.

123 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 16.

124 Vgl. Schulze zur Wiesche, Juconomy-Newsletter 3/2019, 4, 7.

125 Kritisch hierzu Kiparski, CR 2019, 179, 183 Rn. 23.

126 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 17.

127 Bisher unterlag der grundsätzliche Verlängerungsanspruch nach § 55 Abs. 9 S. 3 TKG dem Vorbehalt der Frequenzknappheit bzw. des in diesem Fall regelmäßig gebotenen Erlasses einer Vergabeordnung, siehe BVerwGE 139, 226, 235 Rn. 23 (Urt. v. 23.3.2011 – Az. 6 C 6.10). Diese Knappheitslage wird – allerdings nur in Bezug auf die Nachfrage von Unternehmen, die in dem betreffenden Frequenzband noch nicht über Nutzungsrechte verfügen – nach Art. 50 Abs. 3 des Kommunikationskodex in einem eigenständigen Verfahrensschritt bei der Entscheidung über eine Verlängerung bestehender Nutzungsrechte zu verarbeiten sein.

128 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 17 f.

129 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 18.

130 Diese Regelung wird im Schrifttum im Sinne der Schaffung einer Befugnis zur Vorgabe diesbezüglicher Verpflichtungen – und nicht bloß „Möglichkeiten“ – verstanden, siehe Kiparski, CR 2019, 179, 182 Rn. 22. Zu entsprechenden Verhandlungsgeboten, die für die im Frühjahr 2019 vergebenen Frequenzen im Bereich von 2,0 und 3,6

3. auf die nach Art. 61 Abs. 4 des Kommunikationskodex zu schaffende Befugnis der zuständigen Behörden, unter bestimmten – durchaus anspruchsvollen – Voraussetzungen, Netzbetreiber zum Abschluss lokaler Roamingvereinbarungen oder zur gemeinsamen Infrastrukturnutzung zu verpflichten,¹³¹ die ebenfalls in das TKG übernommen werden soll.

Zu guter Letzt wird in den Eckpunkten angekündigt, insbesondere Vorschriften zu den innerstaatlichen Zuständigkeiten hinsichtlich der neuen Vorgaben des Kommunikationskodex zur unionsweiten Koordinierung der Frequenzpolitik, zu den diesbezüglichen Aufsichtsbefugnissen sowie zu den darauf bezogenen Beteiligtenrechten der betroffenen Unternehmen in das TKG aufzunehmen.¹³²

VII. Wegrechte und Mitnutzung

Der nächste Abschnitt der Eckpunkte zur Reform des TKG widmet sich den Umsetzungsfragen, die sich hinsichtlich der gegenwärtig im dritten Abschnitt des fünften Gesetzsteils enthaltenen Bestimmungen zu Wegrechten und zur Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze stellen. Letztgenannte Mitnutzungsvorschriften wurden zuletzt umfassend durch das DigiNetzG in Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie 2014/64/EU ausgebaut. Sie sollen nun um die in Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex vorgesehenen Befugnisse zur „symmetrischen“ – marktmachtunabhängigen – Regulierung ergänzt werden.¹³³ Vor diesem Hintergrund kündigen die Eckpunkte insbesondere eine Überprüfung und Konsolidierung der bislang uneinheitlich im Gesetz verorteten Regelungen über den Zugang zu Grundstücken und Gebäuden an, da der Gigabit-Ausbau verständliche, einfache und („aber“) ausgewogene Zugangsregelungen benötigt.¹³⁴

Neben weiteren Detailänderungen kündigen die Eckpunkte außerdem an, die Regelungen über die Mitnutzung gebäudeinterner Infrastrukturen in § 77k TKG im Detail an die Vorgaben aus Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex anzupassen, wobei hier kein „umfänglicher“ Änderungsbedarf erwartet wird.¹³⁵ Außerdem soll im Rahmen der TKG-Novelle untersucht werden, ob weitere gesetzliche Regelungen erforderlich sind, um angesichts knapper werdender Tiefbaukapazitäten¹³⁶ den Einsatz von alternativen (insbesondere minimalinvasiven) Verletechniken oder die Nutzung von Oberleitungen¹³⁷ voranzutreiben.¹³⁸ Diesbezügliche Regelungen sind im TKG bereits vorhanden – etwa § 68 Abs. 2 S. 2 f. TKG für die Verlegung in geringerer Tiefe (etwa im Wege des sog. „Micro“- oder „Minitrenching“) sowie § 68 Abs. 3 S. 6 TKG für die Verlegung von Oberleitungen –, könnten aber ggf. noch ausgebaut werden.

Eine besondere Herausforderung ist insoweit das in der ausdifferenzierten Regelung des § 68 TKG zum Ausdruck kommende Nebeneinander telekommunikationsrechtlicher Bundeskompetenzen einerseits und (jedenfalls in Bezug auf Landes- und Gemeindestraßen) straßenrechtlicher Landeskompetenzen andererseits, das den Durchgriff bundesrechtlicher Beschleunigungsregelungen auf den Zustimmungsvorbehalt des (u.U. landesrechtlich bestimmten) Trägers der Wegebauaufgabe erschwert. Das BVerfG hatte noch in Bezug auf das TKG 1996 die Frage aufgeworfen, ob die Entscheidung über die Zustimmung zur Benutzung öffentlicher Wege für die Verlegung neuer oder die Änderung vorhandener Telekommunikationslinien zu den Hoheitsaufgaben im Bereich der Telekommunikation i. S. v. Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG gehört, die damit in bundeseigener Verwaltung auszuführen wären, diese Frage aber offengelassen.¹³⁹ Die Eckpunkte enthalten keinen Hinweis

darauf, dass diese Frage im Rahmen der anstehenden TKG-Novelle abweichend zur bisherigen Regelung in § 68 TKG beantwortet werden könnte, obwohl sich hier u. U. ein gewisses Beschleunigungspotential heben ließe.¹⁴⁰

VIII. Universaldienst

Der Kommunikationskodex wird eine – wenngleich im Ergebnis wohl eher behutsame – Reform auch der Bestimmungen über den Universaldienst im sechsten Teil des TKG erforderlich machen. Daneben haben die Regierungsparteien jedoch in ihrem Koalitionsvertrag vereinbart, einen rechtlich abgesicherten Anspruch auf Zugang zum schnellen Internet¹⁴¹ zum 1. Januar 2025 zu schaffen und diesen bis zur Mitte der Legislaturperiode auszugestalten.¹⁴² Das insoweit federführende BMVI strebt den Eckpunkten zufolge eine „ganzheitliche Lösung an, die Rechtsanspruch, Universaldienst sowie die Förderung sinnvoll miteinander verzahnt“.¹⁴³ Das erscheint zielführend¹⁴⁴ und etwa durch Etablierung eines Fördermodells möglich, das mit individualrechtlichen Ansprüchen auf Durchführung von Förderverfahren verknüpft wird und dessen Fruchtlosigkeit Voraussetzung für die Aktivierung des Universaldienstmechanismus als Ultima Ratio ist.¹⁴⁵ Die Eckpunkte halten sich zur konkreten Ausgestaltung der angestrebten ganzheitlichen Lösung allerdings noch bedeckt und verweisen hierfür auf ein gesondertes Papier, das „in absehbarer Zeit ... ausgearbeitet“ werden soll.¹⁴⁶ Stattdessen beschränken sich die weiteren Ausführungen in dem Eckpunktpapier auf die geplante Umgestaltung des Universaldienstregimes.¹⁴⁷

Erwartungsgemäß wird angekündigt, den geltenden Universaldienstkatalog des § 78 Abs. 2 TKG kritisch zu überprüfen,¹⁴⁸ wobei namentlich die Bereitstellung von öffentlichen Münz- und Kartentelefonen,

Gigahertz (GHz) vorgesehen wurden, siehe VG Köln, Beschl. v. 14.3.2019 – Az. 9 L 455/19, Rn. 4 ff. (NRWE); Beschl. v. 14.3.2019 – Az. 9 L 351/19, Rn. 140 ff. (NRWE); Beschl. v. 14.3.2019 – Az. 9 L 300/19, Rn. 184 ff. (NRWE); Beschl. v. 14.3.2019 – Az. 9 L 205/19, Rn. 215 ff. (NRWE).

131 Zu den umstrittenen Einzelheiten namentlich in Bezug auf die Umsetzung dieser Richtlinienvorschrift siehe *Fetzer*, Ergänzende Stellungnahme zu BT-Ausschussdr. 19 (15) 181-D; *Kühling*, BT-Ausschussdr. 19 (15) 181-B.

132 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 18 f.

133 Zu diesen siehe bereits oben, unter IV. 2.

134 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 20; zum Nutzen möglichst klarer Regelungen siehe gerade in Bezug auf die Mitnutzungsvorschriften bereits *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch* (Fn. 3), S. 274.

135 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 20.

136 *Wernick/Tenbrock/Gries/Henseler-Unger/Plückebaum*, Tiefbaukapazitäten als Engpass für den FTTB/H-Ausbau?, 2018, S. 15 ff.; siehe auch *Neumann/Sickmann*, IRNIK-Diskussionspapier Nr. 5, 2018, S. 12 m. w. N.

137 Zur Nutzung von Oberleitungen für den Glasfaserausbau siehe *Ufer*, N&R 2019, 84.

138 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 20 f. Bejahend für mindertiefe Verlegungstechniken (etwa das „Nanotrenching“) BITKOM (Fn. 23), S. 19.

139 BVerfGE 108, 169, 183 (Urt. v. 15.7.2003 – Az. 2 BvF 6/98).

140 In materiell-rechtlicher Hinsicht eine Konzentrationswirkung des Zustimmungsbeseids fordernd BITKOM (Fn. 23), S. 19.

141 Dieser Anspruchsgegenstand ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Koalitionsvertrag, aber aus seiner Systematik und der nachträglichen Interpretation durch die Fachpolitiker der vertragsschließenden Parteien, siehe *Neumann* (Fn. 33), S. 2 f.

142 CDU/CSU/SPD (Fn. 14), S. 38 Rn. 1649 ff.; *Neumann/Sickmann*, N&R-Beilage 1/2018, 1; *Sickmann/Neumann*, Wirtschaftsdienst 2018, 333, 338 f.

143 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 22.

144 BITKOM (Fn. 23), S. 19.

145 Siehe zu einem solchen Vorschlag *Neumann* (Fn. 33), S. 6 f., 22 f.

146 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 22.

147 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 22 ff.

148 Art. 87 des Kommunikationskodex lässt es zu, die Verfügbarkeit der bisherigen Universaldienstleistungen auch weiterhin sicherzustellen, „wenn die Notwendigkeit solcher Dienste angesichts der nationalen Gegebenheiten festgestellt wurde“.

telefonischen Auskunftsdiensten sowie öffentlichen Teilnehmerverzeichnissen voraussichtlich aus dem Katalog gestrichen werden soll. Zumindest missverständlich ist insoweit jedoch die in diesem Zusammenhang gegebene Begründung, es sei zu erwarten, „dass der Markt diese Dienste auch ohne Universaldienstverpflichtung weiterhin zur Verfügung stellen wird“.¹⁴⁹ Denn das beträfe nur die Frage, ob die Auferlegung von Verpflichtungen erforderlich sein wird, um die Verfügbarkeit dieser Dienste sicherzustellen, während die Zuordnung von Dienstleistungen zum Bereich des Universaldienstes in erster Linie die Frage betrifft, ob ihre Verfügbarkeit notwendig¹⁵⁰ ist, um die Gefahr einer sozialen Ausgrenzung zu vermeiden.¹⁵¹ Ein besonderes, angesichts der (wenngleich nicht immer problemfreien) Einführung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) mit hieran anknüpfender Nutzungspflicht aber etwas überraschendes Geschenk enthalten die Eckpunkte allerdings für die juristischen Berufe: Es wird erwogen, dass Telefaxübertragungen auch nach der Reform noch Bestandteil des Universaldienstes sein könnten – „aufgrund ihrer Bedeutung im deutschen Rechtsverkehr“.

Von dieser Besonderheit abgesehen dürfte sich der Universaldienst im reformierten TKG daher im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben (Art. 84 Abs. 1 des Kommunikationskodex) im Kern auf den Zugang zu einem angemessenen Breitbandinternetzugangsdienst und zu Sprachkommunikationsdiensten an einem festen Standort beschränken, also auf den „Anschlussdienst“¹⁵². Die qualitativen Anforderungen an die Universaldienstleistungen sollen – letztlich jedenfalls im Ansatz im Einklang mit der bisherigen Rechtslage für die Bestimmung eines „funktionalen“ Internetzugangs i. S. v. § 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG¹⁵³ – „dynamisch anhand der für eine Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten benötigten Bandbreiten bestimmt werden“. Sie werden damit ausdrücklich von „gigabitfähigen Anschlüsse[n]“ abgegrenzt, die Gegenstand öffentlicher Fördermaßnahmen sowie „auf den langfristigen Bedarf und auf die Förderung des Wirtschaftsstandorts Deutschland ausgerichtet“ seien. Die Eckpunkte erwägen jedoch („kann ... verankert werden“), abweichend von den derzeitigen Universaldienstvorschriften auf Verordnungsebene einen Mechanismus zur Bestimmung der für eine Breitbandgrundversorgung erforderlichen Qualitätsparameter (einschließlich der Geschwindigkeit) zu schaffen. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich die Gefahr erkannt, Anreize für den privatwirtschaftlichen Ausbau oder das Engagement der öffentlichen Fördergeber zu schwächen, und stattdessen eine sinnvolle und technologie neutrale Ergänzung dieser beiden Treiber des Breitbandausbaus angekündigt.

Soweit die Universaldienstleistung nicht nur die grundsätzliche Verfügbarkeit bestimmter Telekommunikationsangebote, sondern auch deren Erschwinglichkeit umfasst, erachten die Eckpunkte – anknüpfend an die Ausführungen des Richtliniensetzgebers in Erwägungsgrund 219 S. 3 und an die Bestimmung in Art. 85 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex – eine Regelung über das Sozialrecht ausdrücklich für sinnvoll.¹⁵⁴ Mit einer solchen Verortung stünde in Einklang, dass die finanzielle Unterstützung bestimmter Nachfrager mit Blick auf deren begrenzte finanzielle Leistungsfähigkeit typischerweise zum Instrumentenkasten des Sozialrechts zählt.¹⁵⁵ Davon zu unterscheiden sind freilich finanzielle Kompensationsmaßnahmen, die nicht an das geringe Einkommen (oder besondere soziale Bedürfnisse) der Verbraucher¹⁵⁶ anknüpfen, sondern die – wie etwa Breitbandgutscheine („Voucher“)¹⁵⁷ – gezielt eingesetzt werden sollen, um den Ausbau in unwirtschaftlichen Gegenden zu fördern und damit überhaupt erst die Verfügbarkeit entsprechender Dienste zu gewährleisten. Solche Instrumente dürften im Telekommunikationsrecht systematisch stimmiger verortet sein als im Sozialrecht.

Noch vollständig ergebnisoffen äußern sich die Eckpunkte zur künftigen Ausgestaltung des Finanzierungsmechanismus. Es werde derzeit geprüft, ob es bei dem bisherigen Umlagesystem einer Universaldienstabgabe („Branchenfonds“) bleibt, wie sie bislang in § 83 TKG geregelt ist, oder ob im novellierten TKG stattdessen die andere unionsrechtlich eröffnete Möglichkeit einer Finanzierung aus Haushaltsmitteln gewählt wird.¹⁵⁸ Allerdings wird bereits jetzt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im Rahmen eines Umlagesystems künftig grundsätzlich alle Anbieter von elektronischen Kommunikationsnetzen

und -diensten zur Finanzierung herangezogen werden könnten, während bisher nur die Unternehmen, die auf dem jeweils betroffenen sachlich relevanten Markt tätig sind, grundsätzlich abgabepflichtig sind (§ 83 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 80 S. 1 TKG).

IX. Datenschutz und Sicherheit

Für den Bereich des Datenschutzes und der (öffentlichen) Sicherheit, der gegenwärtig im siebten Gesetzesteil geregelt ist, kündigen die Eckpunkte zwei Themenkomplexe an, in denen Handlungsbedarf besteht:¹⁵⁹

Zum einen müssten – möglicherweise noch vor Umsetzung des Kommunikationskodex – diejenigen Anpassungen an den Datenschutzvorschriften vorgenommen werden, die erforderlich sind, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Reihe dieser Bestimmungen von der seit dem 25. Mai 2018 anwendbaren Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 verdrängt wird. Dies betrifft namentlich solche Vorschriften, die nicht durch die bis auf weiteres geltende Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG vorgegeben sind (vgl. Art. 95 der Datenschutzgrundverordnung [EU] 2016/679).¹⁶⁰

Allerdings sollen die Vorschriften dieser Richtlinie in modernisierter und ergänzter Form in eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation – in der öffentlichen Diskussion oft als „E-Privacy-Verordnung“ bezeichnet – überführt werden.¹⁶¹ Diese wird in ihrem Anwendungsbereich dann ebenfalls mitgliedstaatliche Regelungen verdrängen, so dass auch die nach einer Anpassung an die Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 verbleibenden Vorschriften zumindest weitgehend obsolet und aufzuheben wären. Allerdings befindet sich die politisch sehr umstrittene Verordnung noch in der legislatorischen Abstimmung. Es wird daher derzeit davon ausgegangen, dass sie – bei einer etwaigen Verabschiedung Ende 2019/Anfang 2020 – jedenfalls nicht vor 2022 anwendbar sein wird. Selbst wenn die Verordnung also noch während der TKG-Novelle finalisiert werden sollte, könnten die betroffenen Gesetzesvorschriften jedenfalls nicht einfach auch gestrichen werden. Denkbar bliebe in diesem Fall

149 Ähnlich auch *Kiparski*, CR 2019, 179, 183 Rn. 27.

150 Siehe hierzu nochmals Art. 87 des Kommunikationskodex („Notwendigkeit solcher Dienste“).

151 Siehe Erwägungsgrund 212 des Kommunikationskodex.

152 So BITKOM (Fn. 23), S. 21.

153 Zum dynamischen Charakter dieser Vorgabe siehe *Ahlers*, BJJ 2015, 51; *Fischer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich* (Fn. 26), § 78 Rn. 14.

154 Zustimmend BITKOM (Fn. 23), S. 21.

155 Siehe hierzu auch *Kühling*, in: *Bonner Kommentar zum GG, Loseblattsammlung*, Stand: 175. Ergänzungslieferung (10/2015), Art. 87f Rn. 64.

156 Vgl. zu diesem Ansatzpunkt der richtlinienrechtlichen Vorschriften über die Erschwinglichkeit des Universaldienstes Art. 85 Abs. 2 UAbs. 1 des Kommunikationskodex.

157 Hierzu etwa *Neumann* (Fn. 33), S. 6; *Wambach*, N&R 2017, 257; WIRTSCHAFTSRAT Recht Bremer Weitag Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Machbarkeitsstudie zur Förderung der Nachfrage zugunsten zukunftssicherer, ultraschneller Glasfaseranschlüsse bis ins Gebäude, 2018.

158 Für letztere Lösung, um „den Eingriff in den Markt so gering wie möglich zu gestalten“, BITKOM (Fn. 23), S. 21.

159 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 24.

160 Zum diesbezüglichen Verhältnis der Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 und der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG siehe etwa *Hunzinger/Sassenberg*, CR 2019, 188, 189; *Kiparski/Sassenberg*, CR 2018, 324, 324 ff.; zum Verordnungsentwurf auch *Nebel/Richter*, ZD 2012, 407, 407 f.

161 Zum Rechtssetzungsverfahren siehe Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM (2017) 10 final.

allerdings, in einem Artikelreformgesetz schon jetzt die Aufhebung dieser Vorschriften für den Zeitpunkt des Anwendungsbeginns der Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation vorzusehen.

In jedem Fall mit Blick auf die TKG-Reform kündigen die Eckpunkte zum anderen schließlich die Prüfung an, ob sich Anpassungsbedarf bei den Bestimmungen zur öffentlichen Sicherheit nach §§ 109 ff. TKG daraus ergibt, dass zukünftig die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Vorschriften auch auf Anbieter von Rufnummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten¹⁶² klargestellt sein wird.

X. Organisation, Verfahren und Befugnisse der Bundesnetzagentur

Hinsichtlich der Bestimmungen des achten Gesetzesteils soll mit der TKG-Reform zunächst der Spielraum für die Verhängung von Zwangsgeldern zur Durchsetzung von Anordnungen der Bundesnetzagentur von derzeit maximal 500.000 Euro (§ 126 Abs. 5 TKG) auf bis zu zehn Millionen Euro angehoben und so dem Energierecht (§ 94 S. 2 EnWG) angepasst werden.¹⁶³ In den beiden „großen“ Netzwirtschaftsbranchen stünden der Regulierungsbehörde damit weitaus abschreckendere Zwangsmaßnahmen zur Verfügung als im Eisenbahnbereich, wo die Höhe des Zwangsgelds wie auch bisher im TKG auf 500.000 Euro beschränkt ist (§ 67 Abs. 1 S. 2 ERegG). Angesichts der im Telekommunikationssektor gerade von den marktstarken Unternehmen erzielten Umsätze und Gewinne erscheint eine solche Erweiterung des Zwangsgeldrahmens durchaus sachgerecht, um die Durchsetzungskraft der regulierungsbehördlichen Anordnungen zu stärken.¹⁶⁴ Darüber hinaus sollen auch die Bußgeldvorschriften vollständig überarbeitet werden, wobei geprüft wird, die Bußgelder wie bereits im Wettbewerbsrecht (vgl. § 81 Abs. 4 GWB) am Jahresumsatz der Unternehmen auszurichten.¹⁶⁵ Hiervon sollten weitere Anreize für die im Telekommunikationssektor tätigen Anbieter zu rechtskonformem Handeln ausgehen.¹⁶⁶

Des Weiteren sollen der Bundesnetzagentur im TKG auch explizit Befugnisse eingeräumt werden, die ihr eine effektive Kontrolle und Durchsetzung der Förderbedingungen erlauben, etwa in Bezug auf Vorgaben für einen offenen Netzzugang („Open Access“).¹⁶⁷ Auch dieses Vorhaben erscheint jedenfalls auf den ersten Blick sinnvoll. Es wirft zugleich die Frage auf, ob das Förderregime nicht auch materiell-rechtlich stärker in das Telekommunikationsrecht überführt und beide Materien hierdurch auch formal noch stringenter miteinander verknüpft werden sollten.¹⁶⁸

In Bezug auf die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur wird dann in den Eckpunkten zunächst – evident zutreffend – darauf hingewiesen, dass durch die neue Definition des Diensteanbieterbegriffs zukünftig die grundsätzliche Anwendbarkeit auch auf Anbieter von Rufnummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten¹⁶⁹ klargestellt sein wird.¹⁷⁰ Spätestens im Rahmen der TKG-Reform, möglicherweise aber schon früher soll zudem sichergestellt werden, dass die Mobilfunknetzbetreiber gemäß § 127 TKG verpflichtet werden können, „Endkunden beim Vertragsabschluss über die konkrete, tatsächliche, standortbezogene und aktuelle Netzabdeckung zu informieren“, womit „die Befugnis der Bundesnetzagentur [einhergehe], ihrerseits die Öffentlichkeit anbieterscharf über die jeweilige Netzabdeckung zu informieren“. Bei dieser Informationspflicht und -befugnis handelt es sich um einen weiteren Baustein des politischen Instrumentenkastens, mit dem das im Koalitionsvertrag ausgearbeitete Ziel einer Beseitigung bestehender Funklöcher und weißer Flächen im Mobilfunk¹⁷¹ erreicht werden soll.

Zu guter Letzt kündigen die Eckpunkte an, dass eine markt-machtunabhängige Monitoringbefugnis der Bundesnetzagentur geschaffen wird, die sie in die Lage versetzen soll, „die

Marktentwicklung und die technologische Entwicklung der verschiedenen Arten von elektronischen Kommunikationsdiensten – insbesondere den rufnummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten – zu beobachten“.¹⁷² Hierbei wird auf Art. 123 des Kommunikationskodex verwiesen, also auf die entsprechende Monitoringbefugnis des GREK. Auf deren Grundlage gibt das Gremium eine Stellungnahme zur Änderung und ggf. Weiterentwicklung der Kodexvorschriften zu den Endnutzerrechten ab, d. h. in Bezug auf den unionalen Telekommunikationsverbraucherschutz. Eine gleichlaufende Monitoringbefugnis der Bundesnetzagentur könnte die Entscheidungsgrundlage für einen etwaigen Antrag auf Durchführung einer besonderen Überprüfung auf EU-Ebene vor Ablauf der Regelfrist (vgl. Art. 123 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex) sicherstellen.

XI. Fazit

Die nun vorgelegten Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019 verdeutlichen, dass bereits der durch den Kommunikationskodex hervorgerufene Anpassungsbedarf für das deutsche Telekommunikationsrecht alles andere als gering ist, obwohl es sich nicht um eine radikale Neufassung des europäischen Rechtsrahmens wie noch im Jahr 2002, sondern eher um dessen Weiterentwicklung handelt. Dabei wird sich angesichts des verbindlichen Umsetzungsbedarfs kaum verhindern lassen, dass mehrere Normungetüme in das TKG aufgenommen werden, die den überkomplexen Kompromisslösungen entsprechen, auf die man sich – wie etwa im Falle von Art. 76 des Kodex – auf EU-Ebene geeinigt hat. Umso begrüßenswerter ist es, dass die federführenden Ministerien in den Eckpunkten an verschiedenen Stellen angekündigt haben, bestehende Möglichkeiten zur Vereinfachung, Entbürokratisierung und Straffung der Regelungen zu nutzen. Das ist weitgehend problemlos dort möglich, wo das deutsche Telekommunikationsrecht in unionsrechtlich zulässiger Weise nationale Sonderwege geht. Es ist aber auch dort nicht ausgeschlossen, wo das Unionsrecht entsprechende Spielräume lässt. Diese so zu nutzen, dass kein Verstoß gegen Richtlinienrecht droht, insbesondere durch unzulässige Eingriffe in das Regulierungsermessens der Bundesnetzagentur, wird eine der großen Herausforderungen der anstehenden Gesetzesnovelle. Eine andere wird darin bestehen, die zahlreichen widerstreitenden Partikularinteressen innerhalb der bestehenden Gestaltungskorridore so zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen, dass daraus kein Komplexitätszuwachs folgt, der seinerseits die Effizienz und Effektivität der sektorspezifischen Regulierung gefährdet. Ein erster Schritt in diesem Prozess ist nun gemacht. Es wird sich zeigen, wohin die Reise letzten Endes führt – und ob sie tatsächlich schon in einer TKG-Reform im Jahr 2019 mündet, wie es der Titel der Eckpunkte optimistisch verheißt.

162 Zu dieser Kategorie bereits oben, unter II.

163 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 24 f.

164 Wenig überraschend wird die geplante Änderung von Seiten der Telekommunikationsunternehmen anders beurteilt, siehe BITKOM (Fn. 23), S. 23; *Neitzel/v. Voss* (Fn. 5).

165 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 25.

166 Auch diese Planungen werden von Unternehmensseite erwartungsgemäß kritisiert, siehe BITKOM (Fn. 23), S. 23; *Neitzel/v. Voss* (Fn. 5).

167 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 25.

168 Siehe bereits in Fn. 33.

169 Siehe zu dieser Kategorie nochmals bereits oben, unter II.

170 Hierzu und zum Folgenden BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 25.

171 CDU/CSU/SPD (Fn. 14), S. 39 Rn. 1686 f.

172 BMWi/BMVI (Fn. 5), S. 25 f.