

Prof. Dr. Thomas Fetzter, LL.M. (Vanderbilt)

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht
Universität Mannheim
Direktor des Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI)

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
Ausschussdrucksache

19(15)181-D

Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019

Stellungnahme

zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes

BT-Drs. 19/6336

I. Gegenstand der Stellungnahme

Der Bundesrat hat in seiner 972. Sitzung am 23. November 2018 eine Stellungnahme gemäß Art. 76 Abs. 2 GG beschlossen, die Ergänzungen des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vorschlägt, durch die in der Sache der Anwendungsbereich von § 77i Abs. 3 S. 1 TKG weiter eingeschränkt würde, indem zum einen durch einen neuen Satz 2 der Kreis der Bauarbeiten reduziert würde, auf den § 77i Abs. 3 TKG anwendbar ist. Zum anderen soll der Unzumutbarkeitseinwand – anders als von der Bundesregierung vorgesehen – nicht nur in Fördergebieten, sondern in allen Gebieten zur Anwendung kommen, die bisher noch nicht mit einem Glasfasernetz versorgt sind.

Beide Änderungsvorschläge sind mit der Gegenäußerung der Bundesregierung aus rechtlichen Gründen abzulehnen. Zum einen konfligiert eine durch die beiden Änderungsvorschläge bewirkte Reduktion des Anwendungsbereichs von § 77i Abs. 3 S. 1 TKG mit dem Regulierungsziel der Förderung des Wettbewerbs des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie mit dem Ziel des Aufbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG. Eine solche Reduktion ist nur zulässig, wenn es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gibt (dazu II.). Zum anderen ist der nationale Gesetzgeber bei der Anpassung von § 77i Abs. 3 TKG an die Vorgaben der europäischen Kostensenkungs-RL gebunden, die einer Reduktion des Anwendungsbereichs von § 77i Abs. 3 TKG enge Grenzen ziehen (dazu III.).

II. Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte

Ein zentrales Ziel der Telekommunikationsregulierung ist die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt, wobei es nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG insbesondere auch um die Förderung „nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation“ geht. Prinzipiell ist Wettbewerb dabei einerseits in Form des dienstebasierten Wettbewerbs möglich, bei dem mehrere Telekommunikationsdiensteanbieter eine Infrastruktur gemeinsam nutzen. Andererseits kann Wettbewerb infrastrukturbasiert erfolgen, indem Telekommunikationsdienste über mehrere (parallele) Infrastrukturen erbracht werden können. Grundsätzlich entspricht der infrastrukturbasierte Wettbewerb eher dem Kriterium der Nachhaltigkeit, weil er regelmäßig weniger ex-ante-Regulierung erfordert, da die vorhandene Netzinfrastuktur nicht von einem Unternehmen kontrolliert wird, das diese Stellung missbrauchen

kann. Vor diesem Hintergrund geraten regulatorische Maßnahmen, die Infrastrukturwettbewerb behindern, potenziell in Konflikt mit dem Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Der in § 77i Abs. 3 S. 3 TKG-E konkretisierte Unzumutbarkeitseinwand schränkt den Infrastrukturwettbewerb insofern ein, als er unter bestimmten Voraussetzungen den Ausbau einer zweiten Glasfaserinfrastruktur in einem Gebiet erschwert, indem er den grundsätzlichen Koordinierungsanspruch des § 77i Abs. 3 S. 1 TKG einschränkt. Eine solche Einschränkung ist vor dem Hintergrund des Wettbewerbsziels eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.

Ein Rechtfertigungsgrund kann vorliegend darin liegen, dass durch eine Mitverlegung einer zweiten Glasfaserinfrastruktur ein öffentlich gefördertes Glasfaserausbauvorhaben gefährdet würde. In diesem Fall würde die Mitverlegung nicht nur zu einer Entwertung öffentlicher Investitionen beitragen, sondern zugleich die Versorgung eines bisher unversorgten Gebietes insgesamt gefährden und damit mit dem Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG in Konflikt geraten. Die Kombination dieser beiden Aspekte kann es rechtfertigen, den Koordinierungsanspruch einzuschränken. Dies wird durch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Ergänzung angemessen erreicht. Weitergehende Einschränkungen sind zum Schutz der beiden genannten Aspekte nicht erforderlich und würden das Ziel nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte insofern übermäßig einschränken.

III. Vorgaben der Kostensenkungs-RL

Die Vorgaben zur Mitverlegung im TKG sind in weiten Teilen europarechtlich durch die Kostensenkungs-RL determiniert. Eine Änderung von § 77i Abs. 3 TKG muss daher auch deren Vorgaben berücksichtigen. Grundlage von § 77i Abs. 3 TKG ist Art. 5 Abs. 2 Kostensenkungs-RL. Dieser sieht zwar ebenfalls eine Einschränkung der Koordinierungspflicht bei unzumutbaren Anträgen vor, definiert allerdings nicht weiter, unter welchen Voraussetzungen ein Antrag unzumutbar ist. Den Mitgliedstaaten kommt insofern gleichwohl kein unbegrenzter Umsetzungsspielraum zu. Vielmehr ist hier insbesondere Erwägungsgrund 25 der Kostensenkungs-RL in den Blick zu nehmen. Demnach soll eine Koordinierungspflicht bei öffentlich finanzierten Bauarbeiten nur dann nicht gegeben sein, wenn hierdurch der Hauptzweck der öffentlich finanzierten Bauarbeiten beeinträchtigt würde. Dies zeigt, dass auch die Kostensenkungs-RL davon ausgeht, dass Einschränkungen der Koordinierungspflicht bei ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten eine Ausnahme sein sollen, wenn hierdurch der Hauptzweck der öffentlich finanzierten Bauarbeiten beeinträchtigt würde. Daraus folgt, dass eine weitergehende Einschränkung des Koordinierungsanspruchs aus § 77i Abs. 3 TKG als die von der Bundesregierung eingebrachte europarechtlich ausgesprochen problematisch wäre.

Mannheim, den 11. Februar 2019



Prof. Dr. Thomas Fetzer