

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

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht

Universität Mannheim

Direktor des Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI)

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Wirtschaft und Energie

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz)

BT-Drucksache 19/26108

I.	VORBEMERKUNG	1
II.	RECHTLICHER RAHMEN UND NATIONALER GESTALTUNGSSPIELRAUM	2
III.	TEIL 1 „WIRTSCHAFTSPOLITISCHE UND MARKTREGULATORISCHE ASPEKTE ZUR MODERNISIERUNG DES TELEKOMMUNIKATIONSRECHTS“	3
	1. NEBENKOSTENPRIVILEG, ART. 14 DES GESETZESENTWURFS.....	3
	a) Derzeitige Rechtslage	3
	b) Unzulässigkeit einer Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage	3
	c) VHC-Ausbau fördernde modifizierte Umlagefähigkeit	4
	2. VERPFLICHTUNG SZUSAGEN, § 18 TKG-E.....	8
IV.	TEIL 2 „INFRASTRUKTURELLE UND FREQUENZPOLITISCHE MODERNISIERUNG DES TELEKOMMUNIKATIONSRECHTS“	9
	1. AUSBAU DIGITALER INFRASTRUKTUREN.....	9
	2. FREQUENZREGULIERUNG	11
	a) Vorrang des Versteigerungsverfahrens, § 99 Abs. 2 TKG-E	11
	b) Verfahren zur Frequenzzuteilungsverlängerung, § 91 TKG-E	12
	3. UNIVERSALDIENST, §§ 155 FF. TKG-E	13

ANLAGE 1 – Formulierungsvorschlag „Modifizierte Umlagefähigkeit“

I. Vorbemerkung

Aufgrund des Umfangs und des Facettenreichtums des Gesetzgebungsvorhabens sowie der kurzen Stellungnahmefrist kann der Gesetzesentwurf in dieser schriftlichen Stellungnahme nicht vollumfänglich und im Detail bewertet werden. Die Kurzstellungnahme beschränkt sich daher auf eine grundsätzliche allgemeine Einordnung des rechtlichen Rahmens für das Gesetzgebungsvorhaben sowie auf ausgewählte Einzelfragen der beiden Anhörungsteile der öffentlichen Anhörung.

II. Rechtlicher Rahmen und nationaler Gestaltungsspielraum

Mit dem Gesetzesentwurf soll vorrangig die Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) umgesetzt werden. Obwohl es sich beim EKEK um eine Richtlinie handelt, die nach Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, den Mitgliedstaaten aber die Wahl von Form und Mitteln der Umsetzung überlässt, ist der EKEK in weiten Teilen so detailliert ausgestaltet, dass er vielfach eine Vollharmonisierung bewirkt. Das bringt es mit sich, dass **der nationale Gesetzgeber teilweise nur über geringe Umsetzungsspielräume verfügt**, der nationale Gestaltungsspielraum also vergleichsweise beschränkt ist. Dies betrifft unter anderem auch Bereiche, die im bisherigen Gesetzgebungsverfahren besonders umstritten waren, etwa die Einführung eines Rechts auf schnelles Internet und die Frequenzordnung.

Der EKEK ist aber auch für Bereiche relevant, für die er selbst keine ausdrücklichen Vorgaben enthält, die aber unmittelbare Auswirkungen auf vom EKEK erfasste Regelungsbereiche haben. Ein Beispiel hierfür ist das so genannte „Nebenkostenprivileg“, das auf den ersten Blick eine rein mietrechtliche Frage betrifft. Auch solche **nationalen Regelungen**, mit denen keine unionsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden, dürfen den **unionsrechtlichen Regelungen des EKEK jedenfalls nicht zuwiderlaufen**. Dies gebietet das europarechtliche Effektivitätsgebot, das von den Mitgliedstaaten verlangt, ihre Kompetenzen unionsrechtsfreundlich auszuüben.¹

Das Unionsrecht in Gestalt des EKEK bildet damit den wesentlichen rechtlichen Rahmen für die Modernisierung des Telekommunikationsrechts. Darüber hinaus ist bei einer Modernisierung des Telekommunikationsrechts auch das **Verfassungsrecht** zu beachten. Dies gilt uneingeschränkt für solche Regelungsbereiche, die nicht unionsrechtlich determiniert sind. Es gilt aber auch in unionsrechtlich geregelten Materien, soweit der EKEK Umsetzungsspielräume enthält, die vom nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht spielt zum einen eine wichtige Rolle, dass Art. 87f GG als Grundordnung für den Telekommunikationssektor die privatwirtschaftliche Leistungserbringung von Telekommunikation im Wettbewerb vorsieht, die mit einer Gewährleistungsverantwortung des Bundes für eine flächendeckend angemessene und ausreichende Versorgung mit Telekommunikationsdiensten einhergeht. Zum anderen ist im Blick zu behalten, dass regulatorische Maßnahmen für von ihnen Betroffene vielfach mit erheblichen Grundrechtseingriffen einhergehen, aus denen eine besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit folgen kann.

Für eine **rechtliche Bewertung** des Gesetzesentwurfs ist insofern vorrangig von Bedeutung, ob der **EKEK in europarechtskonformer Weise in nationales Recht** umgesetzt wird. Gemessen an diesem Maßstab ist festzustellen, dass der Gesetzesentwurf gerade in umstrittenen Bereichen wie dem Recht auf schnelles Internet und der Frequenzordnung unionsrechtlich

¹ Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV.

vorgesehene Umsetzungsspielräume sehr weitgehend nutzt, teilweise auch an deren Grenzen stößt. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen hingegen nicht.

III. Teil 1 „Wirtschaftspolitische und marktregulatorische Aspekte zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts“

Die schriftliche Stellungnahme zum ersten Teil der Anhörung beschränkt sich auf das so genannte „Nebenkostenprivileg“ bzw. die „Umlagefähigkeit der Betriebskosten“ einerseits sowie die mit dem EKEK erstmals vorgesehenen Verpflichtungszusagen andererseits.

1. Nebenkostenprivileg, Art. 14 des Gesetzesentwurfs

a) Derzeitige Rechtslage

Nach Art. 14 des Gesetzesentwurfs soll das bisher in § 2 Nummer 15 Buchstabe b BetrKV geregelte Nebenkostenprivileg für Breitbandanschlüsse vollständig abgeschafft werden.² Das Nebenkostenprivileg führt dazu, dass die Kosten eines Breitbandanschlusses als Betriebskosten nach § 556 Abs. 1 BGB auf alle Mieterinnen und Mieter eines Wohngebäudes umgelegt werden können. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Mietpartei einen solchen Breitbandanschluss bzw. die hierüber erbrachten Dienste überhaupt nutzen möchte. Das bestehende **Nebenkostenprivileg schränkt die Wahlfreiheit von Mieterinnen und Mietern gerade im Hinblick auf elektronische Kommunikationsdienste erheblich** ein, da sie zumindest de facto das Angebot des Telekommunikationsanbieters nutzen müssen, mit dem die Vermieterin bzw. der Vermieter einen oftmals langfristigen Gestattungsvertrag abgeschlossen hat. Aus rechtlicher Sicht könnten Mieterinnen und Mieter zwar unter Umständen mit einem anderen Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste einen Vertrag abschließen. Da sie aber weiterhin zur zusätzlichen Zahlung der Betriebskostenumlage verpflichtet wären, müssten sie die Kosten zweier Breitbandanschlüsse tragen, was ökonomisch sinnlos wäre. Das Nebenkostenprivileg in seiner derzeitigen Form führt daher nicht zuletzt nach Auffassung der Monopolkommission zu einer Behinderung des Wettbewerbs zwischen Telekommunikationsdiensteanbietern, insbesondere auch zwischen Rundfunkdiensteanbietern (etwa Kabelunternehmen und anderen IPTV-Anbietern). Die Monopolkommission hat sich deshalb für eine Abschaffung des Nebenkostenprivilegs ausgesprochen.³

b) Unzulässigkeit einer Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage

Aus rechtlicher Perspektive gilt im Hinblick auf das bestehende Nebenkostenprivileg, dass es unionsrechtlich nicht vorgegeben ist. Der nationale Gesetzgeber ist zu seiner Fortführung also nicht durch den EKEK verpflichtet. Wollte der Gesetzgeber das Nebenkostenprivileg in seiner

² In Folge dieser Abschaffung soll auch die Regelung des § 2 Nummer 15 Buchstabe a BetrKV aufgehoben werden, die sich auf die Umlagefähigkeit der Kosten von Gemeinschafts-Antennenanlagen und der Nutzungsentgelte bezieht.

³ *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten 2018, Tz. 980.

bisherigen Form beibehalten, müsste allerdings gleichwohl gewährleistet sein, dass dies nicht gegen europarechtliche Vorgaben des EKEK verstößt. Nationales Recht darf aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes dem Unionsrecht auch in solchen Bereichen nicht zuwiderlaufen, die nicht unmittelbar europarechtlich determiniert sind.⁴ Eine unveränderte Beibehaltung des Nebenkostenprivilegs würde tatsächlich erheblichen europarechtlichen Bedenken begegnen. Art. 105 Abs. 1 EKEK sieht vor, dass die **„Bedingungen und Verfahren“ für eine Vertragskündigung durch Verbraucherinnen und Verbraucher nicht von einem Anbieterwechsel abschrecken dürfen**. Aus Erwägungsgrund 273 EKEK ergibt sich, dass der EKEK damit nationalen Regelungen entgegenstehen soll, die die Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern bei elektronischen Kommunikationsdiensten rechtlich oder tatsächlich behindern. Verbraucherinnen und Verbraucher sollen nach Art. 105 Abs. 1 EKEK maximal 24 Monate an einen bestimmten Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste gebunden sein und sich im Anschluss entscheiden können, ob sie einen neuen Vertrag mit dem bisherigen Anbieter abschließen oder aber einen Anbieterwechsel vornehmen wollen. Mit dieser unionsrechtlichen Wertung würde eine unveränderte Fortführung des bestehenden Nebenkostenprivilegs kollidieren, das wie oben ausgeführt jedenfalls faktisch die Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbraucher einschränkt. Wie sich aus Art. 105 EKEK ebenso wie aus Erwägungsgrund 273 EKEK ergibt, steht der EKEK dabei nicht nur rechtlichen Einschränkungen der Wahlfreiheit entgegen, sondern verlangt auch eine Beseitigung faktischer Beschränkungen.

c) VHC-Ausbau fördernde modifizierte Umlagefähigkeit

Wäre einerseits eine unveränderte Beibehaltung der Umlagefähigkeit von Breitbandanschlusskosten damit unionsrechtlich bedenklich, ist aber andererseits zu erwägen, ob die Umlagefähigkeit nicht in unionsrechtskonformer Weise so modernisiert werden kann, dass die vom EKEK geforderte Wahlfreiheit bei elektronischen Kommunikationsdiensten gestärkt wird, zugleich aber zusätzliche Anreize geschaffen werden, in Neubauten ebenso wie in Bestandsbauten zukunftsfähige Anschlüsse an Netze mit sehr hoher Kapazität zu errichten. Eines der zentralen Ziele des EKEK ist nach Art. 1 Abs. 2 Buchstabe 1 nämlich das **Voranbringen des Ausbaus und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität** (so genannte „Very high capacity networks“ bzw. „VHC-Netze“). Als Netze mit sehr hoher Kapazität definiert Art. 2 Nummer 2 EKEK solche Netze, die entweder komplett, zumindest aber bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung, aus Glasfaserkomponenten bestehen oder über vergleichbare Leistungscharakteristika wie derartige FTTB-/FTTH-Netze verfügen. Dies liegt auf der Linie der Bundesregierung, die im **Koalitionsvertrag 2018** den Ausbau flächendeckender **Gigabit-Netze** als Ziel definiert hat.⁵ Betrachtet man die Anzahl der vorhandenen FTTB-/FTTH-Anschlüsse, die vom EKEK als Referenzmaßstab für einen VHC-Anschluss festgelegt werden, so waren nach dem Breitbandatlas des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur Mitte 2020

⁴ Vgl. dazu m.w.N. *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 71. EL August 2020, EUV Art. 4 Rn. 69.

⁵ *Bundesregierung*, Koalitionsvertrag 2018, Tz. 352 ff.

nur für 13,8% der Haushalte FTTB-/FTTH-Anschlüsse verfügbar.⁶ Obwohl bereits das aktuelle TKG Regelungen enthält (vgl. etwa § 77i Abs. 7 TKG), die insbesondere den FTTB-/FTTH-Ausbau voranbringen sollen, gibt es hier offensichtlich noch erhebliche Defizite, zu deren Beseitigung eine modifizierte Umlagefähigkeit von Breitbandanschlusskosten ggf. beitragen könnte.

Eine **Hürde für die Errichtung von FTTB-/FTTH-Anschlüssen** ist der damit verbundene erhebliche Infrastrukturinvestitionsbedarf, dem eine oftmals noch geringe bzw. **wenig planbare Nachfrage** nach solchen Anschlüssen gegenübersteht. Diese Hürde könnte eine modernisierte Umlagefähigkeit für neu errichtete VHC-Anschlüsse absenken, die ausbauwilligen Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze bzw. Vermieterinnen und Vermietern finanzielle Planungssicherheit gewährt. Durch eine Möglichkeit, Kosten eines neu errichteten VHC-Anschlusses als Betriebskosten auf alle Mieterinnen und Mieter umzulegen, würde die Nachfrageunsicherheit und damit das Investitionsrisiko minimiert und so ein zusätzlicher Anreiz für Vermieterinnen und Vermieter und somit auch für Anbieter von VHC-Anschlüssen geschaffen, zumindest Neubauten mit VHC-Netzanschlüssen auszurüsten. Um einen solchen Anreiz auch für Bestandsbauten zu schaffen, muss zudem das Nebenkostenprivileg für alle Anschlüsse, die nicht die Voraussetzungen eines VHC-Anschlusses erfüllen, abgeschafft werden.

Eine **uneingeschränkte Modifikation** der Umlagefähigkeit für neu errichtete VHC-Anschlüsse würde allerdings denselben **europarechtlichen Bedenken** ausgesetzt sein wie das bestehende Nebenkostenprivileg: Jedenfalls auf einer tatsächlichen Ebene bestünde die Gefahr, dass die unionsrechtlich geforderte Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern bei elektronischen Kommunikationsdiensten durch langfristige Gestattungsverträge zwischen Wohnungseigentümern und Telekommunikationsanbietern ausgehöhlt würde. Eine modifizierte Umlagefähigkeit für neu errichtete VHC-Anschlüsse müsste daher von verschiedenen **Voraussetzungen** abhängig gemacht werden, um die Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern abzusichern:

- (1) Um einen echten Anreiz für den Ausbau von VHC-Netzen zu schaffen, von denen auch Mieterinnen und Mieter, die bisher noch keinen VHC-Anschluss haben, aufgrund der dadurch verbesserten Konnektivität profitieren, sollten **nur neu errichtete VHC-Anschlüsse** von einer modifizierten Umlagefähigkeit erfasst werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der EKEK FTTB-/FTTH-Anschlüsse zwar zum Referenzmaßstab für einen VHC-Anschluss macht, zugleich aber auch der Technologieneutralität hohe Bedeutung beimisst.⁷ Auch wenn wohl davon ausgegangen werden kann, dass eine modifizierte Umlagefähigkeit in der Praxis jedenfalls bei Neubauten in erster Linie dem Ausbau von FTTH-Anschlüssen dienen würde, wäre eine ausdrückliche Beschränkung auf FTTH-Anschlüsse unter dem Gesichtspunkt der Technologieneutralität nicht

⁶ BMVI, Bericht zum Breitbandatlas Teil 1: Ergebnisse, Stand Mitte 2020.

⁷ Art. 3 Abs. 4 Buchstabe c) EKEK sowie Erwägungsgrund 13 EKEK.

unproblematisch. Zur Vermeidung einer europarechtlich möglicherweise angreifbaren Regelung empfiehlt sich daher eine technologieneutrale Anwendbarkeit auf alle VHC-Anschlüsse.

- (2) Um die europarechtlich geforderte Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern im Hinblick auf elektronische Kommunikationsdienste zu gewährleisten, dürfen nur solche VHC-Anschlüsse erfasst werden, die **Open Access für dritte Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste** auf Grundlage von angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Konditionen anbieten. Wer einen VHC-Anschluss neu errichtet und von der Umlagefähigkeit profitieren will, muss daher verpflichtet sein, dritten Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste ein Vorleistungsprodukt anzubieten, das es ihnen ermöglicht, Mieterinnen und Mietern einen elektronischen Kommunikationsdienst anzubieten. Um zu verhindern, dass durch unattraktive Open-Access-Konditionen die Wahlfreiheit für Mieterinnen und Mieter unterlaufen wird, muss sichergestellt werden, dass Open-Access-Entgelte keine Kosten des physischen Anschlusses beinhalten, die bereits als Betriebskosten umgelegt werden. Hierzu sollten die Open-Access-Entgelte zumindest der nachträglichen Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur entsprechend § 46 TKG-E unterworfen werden. Konsequenterweise müsste auch in § 148 Abs. 5 TKG-E klargestellt werden, dass Netzanschlusskosten, die bereits als Betriebskosten auf alle Mieterinnen und Mieter umgelegt werden, nicht in die Entgelte des Zugangs zur Inhouse-Verkabelung nach § 144 Abs. 2 TKG-E einbezogen werden dürfen. Nur ergänzend sei hier angemerkt, dass auch für den Zugang nach § 144 Abs. 2 TKG-E zu solchen Inhouse-Netzen, die nicht von einer modifizierten Umlagefähigkeit erfasst sind, sichergestellt werden muss, dass nicht durch überhöhte Entgelte diese Zugangsmöglichkeit zulasten der Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern faktisch unterlaufen wird.
- (3) Zum Schutz von Mieterinnen und Mietern vor einer Überkompensation von VHC-Anschlusskosten sollte eine modifizierte Umlagefähigkeit begrenzt werden.

Hierbei ist zum einen eine **zeitliche Begrenzung** vorzunehmen, die einerseits sicherstellt, dass eine angemessene Investitionssicherheit geschaffen wird, die aber andererseits verhindert, dass Mieterinnen und Mieter zeitlich unbegrenzt mit den Kosten eines VHC-Anschlusses belastet werden. Denkbar erscheint hier ein Zeitraum von sieben Jahren ab der Neuerrichtung eines Anschlusses. Dies entspräche dem Zeitraum, für den öffentlich geförderte Breitbandnetze Open Access anbieten müssen, würde also zu einer zeitlichen Harmonisierung der Open-Access-Verpflichtungen führen. Zugleich würde dieser Zeitraum dafür sorgen, dass sich die monatliche Belastung von Mieterinnen und Mietern für einen VHC-Anschluss nach Branchenangaben in einem einstelligen Eurobetrag bewegen würde. Eine Begrenzung von sieben Jahren würde auch nicht gegen die unionsrechtlich durch Art. 105 Abs. 1 EKEK vorgegebene maximale Vertragslaufzeit von 24 Monaten verstoßen. Der EKEK

sieht in Erwägungsgrund 273 ausdrücklich vor, dass diese Begrenzung uneingeschränkt nur für elektronische Kommunikationsdienste gelten soll, dass vertragliche Bindungen ausnahmsweise aber über 24 Monate hinausgehen können, soweit sie die Kosten physischer Anschlüsse betreffen. Eine längere vertragliche Regelung soll demnach insbesondere dann zulässig sein, wenn es um die „Erleichterung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität“ geht, was bei einer modifizierten Umlagefähigkeit der Fall wäre. Erwägungsgrund 273 spricht hier sogar ausdrücklich davon, dass in solchen Fällen längere vertragliche Bindungen „wünschenswert bzw. von Vorteil“ sein können.

Zum anderen ist auch eine **betragsmäßige Beschränkung** der Umlagefähigkeit zu erwägen. Ausgehend von den durchschnittlichen Kosten für einen FFTH-Anschluss, der vom Kodex als Referenzmaßstab bestimmt wird, die nach Branchenangaben zwischen 400-600 Euro pro Wohneinheit zuzüglich der Hausanschlusskosten liegen, könnte hier etwa ein Maximalbetrag von monatlich 5-6 Euro vorgesehen werden (durchschnittlich 500 Euro aufgeteilt auf 7 Jahre à 12 Monate). Bei einer betragsmäßigen Deckelung der Umlagefähigkeit ist allerdings zu bedenken, dass die **Gefahr von Fehlanreizen bzw. -belastungen** entsteht: Wird der Betrag zu niedrig angesetzt, reduziert dies Investitionsanreize für Vermieterinnen und Vermieter sowie Telekommunikationsanbieter. Wird der Betrag zu hoch angesetzt, müssen Mieterinnen und Mieter ggf. die Anschlusskosten überkompensieren. Um gleichwohl die Gefahr unangemessen hoher Belastungen von Mieterinnen und Mietern zu verringern, könnte zwar auf die Nennung eines konkreten Betrags im Gesetzestext verzichtet werden, in den Gesetzesmaterialien aber darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzgeber von den genannten Durchschnittsbeträgen ausgegangen ist. Nach § 556 Abs. 3 S. 1 BGB müssen Betriebskosten stets dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gerecht werden.⁸ Er verpflichtet den Vermieter bei Inanspruchnahme von Leistungen Dritter, deren Kosten als Betriebskosten umgelegt werden sollen, nur angemessene und marktübliche Entgelte zu akzeptieren.⁹ Wenn in den Gesetzesmaterialien niedergelegt wird, was der Gesetzgeber im Regelfall als marktüblich angesehen hat, würde dies bei einer deutlichen Überschreitung dieser Vorstellung in einem konkreten Streitfall jedenfalls dazu führen, dass die Beweislast für die Marktüblichkeit der Anschlusskosten beim Vermieter verschärft würde.

- (4) Zur Sicherstellung eines **reibungslosen Übergangs** vom derzeitigen Nebenkostenprivileg zu einer modifizierten Umlagefähigkeit ist zum einen zu erwägen, die Neuregelung auch auf solche VHC-Anschlüsse anzuwenden, die schon vor Inkrafttreten des neuen TKG, aber nach dem Inkrafttreten des EKEK neu errichtet

⁸ Vgl. Jauernig/Teichmann, 18. Aufl. 2021, BGB § 556 Rn. 1, 2 sowie MüKoBGB/Zehlele, 8. Aufl. 2020, BGB § 556 Rn. 113, 114 jeweils m.w.N.

⁹ MüKoBGB/Zehlele, 8. Aufl. 2020, BGB § 556 Rn. 117, 118 m.w.N.

worden sind und die Open Access im dargestellten Sinne ermöglichen. Damit wäre gewährleistet, dass erst jüngst getätigte Infrastrukturinvestitionen in VHC-Netzanschlüsse, die ggf. im Vertrauen auf deren Umlagefähigkeit erfolgt sind, nicht vollständig entwertet werden. Zum anderen ist zu erwägen, für nicht VHC-Anschlüsse, deren Kosten derzeit als Betriebskosten umgelegt werden, eine gewisse Übergangsfrist zu schaffen. Eine solche ist zwar unter dem Gesichtspunkt des Investitionsschutzes nicht zwingend, kann aber zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen administrativen Umstellung laufender Miet- und Gestattungsverträge beitragen. Durch höherrangiges Recht geboten erscheint eine solche Übergangsfrist allerdings im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt nicht, weil eine mögliche Abschaffung der bestehenden Umlagefähigkeit nach § 313 BGB die Vertragsparteien ohnehin zur Vertragsanpassung und ggf. auch zur Kündigung bestehender Verträge berechtigen würde. Sofern allerdings eine gesetzliche Übergangsfrist für Bestandsverträge getroffen werden soll, ist bei ihrer zeitlichen Ausgestaltung aus europarechtlicher Sicht zu bedenken, dass sie so kurz wie möglich zu bemessen ist, um die europarechtlich geforderte Wahlfreiheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern bei bestehenden Verträgen möglichst schnell herzustellen.

Eine modernisierte Umlagefähigkeit, die mit den dargestellten Bedingungen verknüpft wird, könnte ein wichtiger Baustein zur Schaffung von weiteren Investitionsanreizen insbesondere für den Ausbau von FTTH-Anschlüssen bilden und zugleich die europarechtlich geforderte volle Wahlfreiheit im Hinblick auf elektronische Kommunikationsdienste stärken.

Wie ein solche modernisierte Umlagefähigkeit konkret **formuliert** werden könnte, ist als **Anlage 1** dieser Stellungnahme beigelegt.

2. Verpflichtungszusagen, § 18 TKG-E

Mit § 18 TKG-E wird in Umsetzung von Art. 76 und 79 EKEK erstmals die aus dem Wettbewerbsrecht bekannte Möglichkeit der Verpflichtungszusagen durch Unternehmen in das Telekommunikationsrecht aufgenommen. Im Zusammenspiel mit dem etablierten Regime der Marktregulierung, das sowohl im EKEK als auch im Gesetzesentwurf in seinen wesentlichen Zügen unverändert fortgeführt wird, eröffnet das Instrument der Verpflichtungszusagen die Möglichkeit zu einer **Flexibilisierung der Regulierung**. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf mögliche Ko-Investitionsmodelle zum Aufbau von VHC-Netzen. Verpflichtungszusagen können damit nicht nur die Regulierungsintensität in einem positiven Sinne reduzieren, sondern zugleich auch zusätzliche Anreize für Kooperationen beim Ausbau von VHC-Netzen schaffen. Insgesamt ist die – europarechtlich vorgegebene – Einführung des Instruments der **Verpflichtungszusage daher zu begrüßen**. Dies gilt auch deshalb, weil der Bundesnetzagentur das bewährte Instrumentarium der marktmachtabhängigen Marktregulierung auch weiterhin zur Verfügung steht, sofern Verpflichtungszusagen nicht ausreichen, um mögliche Wettbewerbsprobleme angemessen zu adressieren.

Bei der konkreten Ausgestaltung des Instruments im Gesetzesentwurf ist festzustellen, dass im Wesentlichen eine Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben erfolgt. Der autonome Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ist in diesem Bereich gering. In der Praxis vorrangig bedeutsame Anwendungsfälle für Verpflichtungszusagen dürften die in § 18 Abs. 1 Nummer 2 TKG-E enthaltenen Ko-Investitionsangebote betreffend die Errichtung von VHC-Netzen einerseits und die kommerziellen Vereinbarungen nach § 18 Abs. 1 Nummer 1 TKG-E andererseits sein. Hierbei fällt auf, dass bei einer von der Bundesnetzagentur für verbindlich erklärten Verpflichtungszusage im Hinblick auf ein Ko-Investitionsangebot die Behörde nach § 13 Abs. 4 S. 2 TKG-E von der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen absehen bzw. diese widerrufen muss, sofern das Ko-Investitionsangebot von einem Nachfrager angenommen worden ist. Bei für verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen im Hinblick auf sonstige kommerzielle Vereinbarungen sieht der Gesetzesentwurf keinen entsprechenden Automatismus vor. Sie sind nach § 19 Abs. 4 S. 1 TKG-E von der Bundesnetzagentur im Rahmen einer Regulierungsverpflichtung lediglich zu berücksichtigen. Da auch **Verpflichtungszusagen über sonstige kommerzielle Vereinbarungen durchaus ein wirksames Instrument** sein könnten, um die Regulierungsintensität zu reduzieren, wenn sie Verpflichtungen enthalten, die die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen obsolet machen, wäre an dieser Stelle zu erwägen, ob verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen, die sonstige kommerzielle Vereinbarungen betreffen, nicht noch mehr Gewicht im Rahmen der Entscheidung der Bundesnetzagentur über eine Regulierungsverfügung erhalten könnten. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die **Differenzierung zwischen Verpflichtungszusagen, die Ko-Investitionsangebote betreffen, und Verpflichtungszusagen, die sonstige kommerzielle Vereinbarungen betreffen, europarechtlich in Art. 76, 79 EKEK angelegt** ist, so dass eine vollständige Gleichbehandlung dieser beiden Fallgruppen europarechtlichen Bedenken begegnen würde. In Betracht käme hier etwa eine verfahrensrechtlich engere Verknüpfung zwischen dem Verfahren zur Verbindlichmachung einer Verpflichtungszusage durch die Bundesnetzagentur, das in § 19 TKG-E geregelt ist, und der Marktregulierung in §§ 13 und 15 TKG-E.

IV. Teil 2 „Infrastrukturelle und frequenzpolitische Modernisierung des Telekommunikationsrechts“

Die schriftliche Stellungnahme zum zweiten Teil der Anhörung fokussiert zu den drei Anhörungsschwerpunkten „Ausbau digitaler Infrastruktur“, „Frequenzordnung“ und „Universaldienst/Recht auf schnelles Internet“ jeweils ausgewählte Einzelaspekte des Gesetzesentwurfs.

1. Ausbau digitaler Infrastrukturen

Bei den Regelungen zur Mitnutzung öffentlicher Verkehrsnetze in den §§ 77a ff. TKG wurde in der Vergangenheit insbesondere **§ 77i TKG häufig kritisiert**. Die Norm war aus diesem Grund

schon Gegenstand einer Änderung im Rahmen des 5. TKG-Änderungsgesetzes.¹⁰ Die Kritik entzündet sich auch nach dieser Änderung weiterhin vorrangig an zwei Punkten:¹¹ Zum einen wird kritisiert, dass die in § 77i Abs. 3 TKG enthaltene grundsätzliche Verpflichtung zur Duldung der Mitverlegung von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze insofern unbestimmt sei, als aus dem Gesetzestext nicht hinreichend deutlich werde, unter welchen Umständen Bauarbeiten „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln“ finanziert sind. Zum anderen wird die Regelung des § 77i Abs. 7 TKG deshalb kritisiert, weil ihr zufolge bei ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten regelmäßig passive Infrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, mitzuverlegen sind. Für Neubaugebiete ist eine Mitverlegung solcher Infrastrukturen nach § 77 Abs. 7 S. 2 TKG sogar verpflichtend vorgesehen. Der Gesetzesentwurf adressiert beide Kritikpunkte an der bestehenden Regelung. Formal soll die kritisierte Regelung des § 77i Abs. 3 TKG künftig in § 142 Abs. 3 und 4 TKG-E geregelt werden. § 77i Abs. 7 TKG wird in § 145 Abs. 2 TKG-E überführt.

Die **Neuregelung des § 142 Abs. 3 und 4 TKG-E** präzisiert das Kriterium der „Finanzierung aus öffentlichen Mitteln“ nunmehr dahingehend, dass eine „überwiegende“ Finanzierung vorausgesetzt wird. Das führt insofern zu einer **begrüßenswerten Konkretisierung**, weil dadurch deutlich gemacht wird, dass nicht jeglicher noch so geringfügige Einsatz öffentlicher Mittel für eine Anwendbarkeit der Norm ausreichen soll. Dies erhöht die Rechtssicherheit im Vergleich zur bisherigen Regelung deutlich. Vollständig **ausgeschlossen werden damit Rechtsstreitigkeiten allerdings voraussichtlich auch künftig nicht**, da offenbleibt, ob durch die Neuregelung nur die unmittelbare Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln erfasst wird oder ob auch Bauarbeiten erfasst werden, bei denen das ausbauende Unternehmen zwar in öffentlicher Hand ist, sich aber die konkreten Mittel für eine Baustelle wie ein privatwirtschaftliches Unternehmen am Kapitalmarkt besorgen muss. Hier könnte eine weitergehende Klarstellung in Gestalt einer entsprechenden Legaldefinition Rechtsklarheit schaffen. Zudem ist zu erwägen, ob in § 142 Abs. 4 TKG-E nicht – wie bisher in § 77i Abs. 3 S. 2 und Abs. 5 TKG – die Möglichkeit zur Ablehnung eines Mitverlegungsantrags mittels einer „**Kann-Vorschrift**“ statt durch eine gebundene Entscheidung geregelt werden sollte, um eine höhere Flexibilität zu erreichen.

Die Neuregelung **des § 145 Abs. 2 TKG-E greift die bisherige Kritik** an § 77i Abs. 7 TKG hingegen insoweit **auf**, als künftig die Mitverlegung von Glasfaserkabeln nicht mehr verpflichtend vorgesehen ist.

¹⁰ Fünftes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG), Gesetz vom 5.12.2019, BGBl. I 2019, S. 2005.

¹¹ Vgl. dazu m.w.N. *Scherer/Butler*, in: *Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 3. Aufl. 2021, § 77i Rn. 12 ff. sowie Rn. 46.

2. Frequenzregulierung

Die Frequenzregulierung wird künftig eine noch größere Bedeutung erlangen, da Frequenzen die wesentliche Voraussetzung für die flächendeckende Versorgung mit hochleistungsfähigen mobilen Internetzugängen sind. Hierbei ist allerdings festzustellen, dass die **Regelungen des EKEK** gerade in diesem Bereich mitunter **sehr detailliert** ausfallen, dem nationalen Gesetzgeber also vielfach nur ein beschränkter Umsetzungsspielraum zukommt. Dies gilt insbesondere auch für die bisher im Gesetzgebungsverfahren umstrittenen Regelungen zum lokalen und nationalen Roaming, für die der EKEK jeweils strenge Voraussetzungen vorsieht.¹²

Zudem sieht der EKEK für viele **Frequenzregulierungsentscheidungen** vor, dass den **nationalen Regulierungsbehörden ein selbstständiger Entscheidungsspielraum** zukommen muss. Der Gesetzgeber darf der Bundesnetzagentur insofern auch keine bestimmte Entscheidung vorzeichnen. Der Gesetzgeber kann hingegen – jedenfalls in gewissen Grenzen – solche Belange gesetzlich normieren, die die Bundesnetzagentur dann bei ihrer Ermessensentscheidung ausdrücklich zu berücksichtigen und entsprechend zu gewichten hat. Von Bedeutung sind zum einen die allgemeinen Regulierungsziele des § 2 TKG-E. Zum anderen sieht § 86 TKG-E frequenzspezifische Regulierungsziele vor. Dabei ist positiv zu bewerten, dass die Bundesnetzagentur – insoweit in Einklang mit dem im Koalitionsvertrag definierten Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunk insbesondere auch im ländlichen Raum – nach § 86 Abs. 2 Nummer 1 TKG-E insbesondere die Versorgung und die nutzbare Dienstqualität in ländlichen Räumen im Rahmen von frequenzregulatorischen Maßnahmen vorantreiben muss. Gerade durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ wird sichergestellt, dass diesem Belang von der Bundesnetzagentur im Rahmen von Frequenzregulierungsentscheidungen besondere Aufmerksamkeit zuteilwerden muss.

Während die grundsätzliche Konzeption der Frequenzregulierung insofern aus europarechtlicher Sicht ebenso wie im Hinblick auf das politische Ziel einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung durchaus stimmig erscheint, bestehen im Hinblick auf folgende Aspekte europarechtliche Bedenken bzw. mögliche Konflikte mit dem Ziel einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung:

a) Vorrang des Versteigerungsverfahrens, § 99 Abs. 2 TKG-E

Nach § 99 Abs. 2 TKG-E soll im Falle der Frequenzknappheit grundsätzlich ein Versteigerungsverfahren durchgeführt werden. Dies ist europarechtlich deshalb problematisch, weil Art. 55 Abs. 2 EKEK eine solche Vorfestlegung gerade nicht enthält, sondern die Entscheidung über das konkrete Verfahren zur Frequenzvergabe in Knappheitssituationen den nationalen Regulierungsbehörden überlässt. Zur Vermeidung einer **unionsrechtlich unzulässigen Vorstrukturierung der Entscheidung der**

¹² Vgl. dazu *Fetzer*, National Roaming auf Grundlage des Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation, MMR 2021, Heft 3.

Bundesnetzagentur sollte daher § 99 Abs. 2 TKG-E so angepasst werden, dass keinem bestimmten Verfahren ein gesetzlicher Vorrang eingeräumt wird.

Eine grundsätzliche Vorfestlegung auf ein Versteigerungsverfahren ist auch deshalb nicht unproblematisch, weil Konstellationen denkbar sind, in denen selbst in Knappheitssituationen beispielsweise die Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen unter bestimmten Voraussetzungen einen geeigneteren Weg darstellt, um die Regulierungsziele zu erreichen als eine Frequenzauktion. Selbst wenn die Versteigerung einer knappen Ressource in den meisten Fällen der sinnvollste Weg sein mag, kann es im Einzelfall aber durchaus auch gute Gründe dafür geben, dem Markt nicht Finanzmittel durch eine Versteigerung zu entziehen, sondern bestehende Frequenzzuteilungen zu verlängern, wenn etwa eine Frequenzzuteilungsinhaber in der Folge die Funkversorgung weiter verbessert. Im Lehrbuch wählen Teilnehmer einer Frequenzauktion ihr Höchstgebot zwar so, dass ihnen noch genug Finanzmittel für den anschließenden Netzausbau verbleiben. Vergangene Frequenzversteigerungen, insbesondere die UMTS-Versteigerung 2000, legen jedoch die Vermutung nahe, dass bei Frequenzversteigerungen nicht immer nur rational in diesem Sinne geboten worden ist. All diese Gesichtspunkte kann aber die Bundesnetzagentur in einem konkreten Fall am kompetentesten und sachnächsten bewerten und gewichten, so dass eine **gesetzliche Vorfestlegung** – jenseits der europarechtlichen Konfliktsituation – **nicht für jeden Fall sachgerecht** erscheint.

b) Verfahren zur Frequenzzuteilungsverlängerung, § 91 TKG-E

Der EKEK steht – in gewisser Abweichung von der bisherigen Rechtslage – der **Möglichkeit zur Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen** auch in Knappheitssituationen durchaus offen gegenüber. Dies zeigt sich insbesondere in Art. 50 Abs. 1 EKEK, nach dem die nationalen Regulierungsbehörden eine ausdrückliche Entscheidung über die Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen treffen müssen, also einen entsprechenden Verlängerungsprüfauftrag haben. § 91 Abs. 4 TKG-E nimmt diesen Gedanken auf und verpflichtet die Bundesnetzagentur, im Zweifel von Amts wegen, die Möglichkeit einer Frequenzzuteilungsverlängerung zu prüfen. Insofern übernimmt der Gesetzesentwurf die grundsätzliche Offenheit für Zuteilungsverlängerungen. Erwogen werden könnten hier allerdings zwei Präzisierungen:

Zum einen könnte in **§ 90 Abs. 9 TKG-E** nochmals – insofern klarstellend – ausdrücklich normiert werden, dass ein **Verlängerungsprüfauftrag der Bundesnetzagentur** grundsätzlich auch in Frequenzknappheitssituationen besteht.

Zum anderen könnte in **§ 91 TKG-E** nochmals – ebenfalls klarstellend – ausdrücklich normiert werden, dass auch im Falle einer **Zuteilungsverlängerung** die Bundesnetzagentur bestehende Frequenznutzungsbedingungen – etwa Versorgungsaufgaben – widerrufen und modifizieren kann bzw. auch **neue Frequenznutzungsbedingungen** festlegen kann. Dies ist zwar auch auf Grundlage der aktuellen Gesetzesformulierung schon zulässig: Bei einer Zuteilungsverlängerung handelt es sich rechtstechnisch um eine Neuzuteilung einer Frequenz. Frequenzzuteilungen können aber nach § 98 Abs. 2 Nummer 1 TKG-E mit

Nebenbestimmungen versehen werden, zu denen auch Versorgungsaufgaben zählen. Insofern ist eine ausdrückliche Regelung in § 91 TKG-E nicht erforderlich, sie wäre aber auch nicht unzulässig. Sollte eine solche Regelung getroffen werden, ist ggf. zu berücksichtigen, dass es unterschiedliche Konstellationen für Zuteilungsverlängerungen geben kann, die auch eine differenzierte Betrachtung erfordern können.

3. Universaldienst, §§ 155 ff. TKG-E

Die Regelungen zum Universaldienst sollen den EKEK umsetzen und zugleich das im Koalitionsvertrag vorgesehene „Recht auf schnelles Internet“ verwirklichen, indem im Falle der Unterversorgung nunmehr nach § 155 Abs. 1 TKG-E ein individueller Rechtsanspruch auf einen schnellen Internetzugang geschaffen werden soll. Insgesamt ist festzustellen, dass der Gesetzesentwurf jedenfalls im Hinblick auf den Umfang des Universaldienstes und insbesondere bezüglich der Qualität des Internetzugangs, der von ihm erfasst werden soll, den **unionsrechtlichen Rahmen vollständig ausschöpft, teilweise auch an dessen Grenzen stößt**. Der Universaldienst ist im EKEK als Auffangnetz konzipiert, das sicherstellen soll, dass jedermann Zugang zu einer gewissen Mindestversorgung mit elektronischen Kommunikationsdiensten hat, namentlich zu einem Sprachkommunikationsdienst sowie zu einem angemessenen Breitbandinternetzugangsdienst. Der EKEK sieht im **Universaldienst** ein **ultima-ratio-Instrument** für solche Fälle, in denen Verbraucherinnen und Verbraucher noch nicht einmal über einen solchen Internetzugang verfügen, der zum gegenwärtigen Zeitpunkt eigentlich den für eine soziale und wirtschaftliche Teilhabe erforderlichen Standard darstellt und der der Mehrheit aller Verbraucherinnen und Verbraucher auch schon zur Verfügung steht. Das Universaldienstregime ist insofern kein Instrument, um flächendeckende Gigabitanschlüsse voranzubringen, sondern nur der Weg, um eine angemessene Grundversorgung mit Breitbandanschlüssen zu gewährleisten. Soweit eine Versorgung erzielt werden sollte, die über diese Grundversorgung hinausgeht, lässt der EKEK dies nach Art. 92 EKEK zwar grundsätzlich zu. Eine solche Versorgung – etwa mit Gigabitanschlüssen – kann dann aber nicht mehr mittels eines – umlagefinanzierten – Universaldienstes hergestellt werden, sondern bedarf eines Ausbauregimes, das aus Steuergeldern finanziert wird.

Eine Ausdehnung des Universaldienstes über das im Gesetzesentwurf vorgesehene Maß wäre daher nicht nur europarechtlich ausgesprochen bedenklich, es stünde auch zu befürchten, dass es sich **negativ auf den privatwirtschaftlichen Glasfaserausbau** auswirken würde, wenn der schnelle Internetzugangsdienst, der nach § 156 Abs. 2 TKG-E eine Universaldienstleistung sein soll, über die Qualitätsanforderungen einer Grundversorgung hinaus festgelegt würde. Es bestünde dann zum einen die Gefahr, dass ausbauwillige Unternehmen Infrastrukturinvestitionen in der Hoffnung zurückstellen, zu einem späteren Zeitpunkt Zahlungen hierfür aus einer Universaldienstumlage zu erhalten. Zum anderen bestünde die Gefahr, dass die Nachfrage nach Gigabitanschlüssen, deren flächendeckender Aufbau ja das eigentliche Ziel der Bundesregierung ist, zurückginge. Weil Verbraucherinnen und Verbrauchern heute vielfach noch deutlich weniger leistungsfähige Anschlüsse als

Gigabitanschlüsse genügen, wäre voraussichtlich die Nachfrage nach Gigabitanschlüssen geringer, wenn der über den Universaldienst vorgegebene Internetzugang deutlich über eine Grundversorgung hinausginge. Eine geringere Nachfrage nach Gigabitanschlüssen würde deren privatwirtschaftlichen Ausbau aber weiter hemmen.

Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen des Gesetzesentwurfs zum Universaldienst grundsätzlich ein sinnvoller Weg, um sicherzustellen, dass künftig jedermann Zugang zu einem Internetzugang hat, der dem entspricht, was der Mehrheit schon zur Verfügung steht, und der eine angemessene soziale und wirtschaftliche Teilhabe ermöglicht. Der mit den Regelungen erreichte Zustand stellt insofern – auch im Hinblick auf ein Recht auf schnelles Internet – eine deutliche **Verbesserung des Status quo** dar. Eine weitere Ausdehnung wäre allerdings europarechtlich – jedenfalls als Universaldienst – in hohem Maße bedenklich.

An zwei Stellen erscheinen allerdings **Konkretisierungen** am aktuellen Gesetzesentwurf erwägenswert:

Zum einen sieht § 162 Abs. 1 TKG-E vor, dass zur **Universaldienstumlage** nur solche Unternehmen herangezogen werden sollen, die nach § 158 TKG-E auf dem sachlich relevanten Markt Telekommunikationsdienste nach § 156 Abs. 2 TKG erbringen. Zur Finanzierung des Universaldienstes werden also faktisch nur Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sowie die Anbieter nummerngebundener elektronischer Kommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nummer 37 TKG-E herangezogen werden. Anbieter nummernunabhängiger elektronischer Kommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nummer 40 TKG-E – so genannte **OTT-Dienste** – würden hingegen aus der Finanzierungsverantwortung herausfallen. Art. 90 Abs. 1 Buchstabe b) EKEK sieht hingegen ausdrücklich vor, dass diese Anbieter dem Grundsatz nach auch in die Finanzierung des Universaldienstes einbezogen werden können. Der Gesetzesentwurf sollte vor diesem Hintergrund klarstellen, dass die Bundesnetzagentur zumindest die Möglichkeit hat, alle Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste zur Finanzierung heranzuziehen.

Zum anderen könnte das Verfahren zur Aktivierung des Universaldienstes in zeitlicher Hinsicht dadurch **gestrafft** werden, dass etwa die **Frist zur Feststellung einer Unterversorgung** nach § 159 Abs. 1 TKG-E von vier Monaten verkürzt wird.

§ 71

Abweichende Vereinbarungen und Geltungsbereich Kundenschutz

(1) Von den Vorschriften dieses Teils oder der auf Grund dieses Teils erlassenen Rechtsverordnungen darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Endnutzers abgewichen werden.

(2) Wer im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages oder im Zusammenhang mit einem Miet- oder Pachtvertrag Telekommunikationsdienste zur Verfügung stellt, vereinbart, anbietet oder dem Endnutzer im Rahmen des Miet- oder Pachtvertrages oder im Zusammenhang mit einem Miet- oder Pachtvertrag Kosten für solche Dienste in Rechnung stellt, hat sicherzustellen, dass die Vorschriften dieses Teils gegenüber dem Endnutzer eingehalten werden. Diese Pflicht zur Sicherstellung gilt nur, wenn es sich weder um nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste noch um für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation genutzte Übertragungsdienste handelt. Verbraucher können entsprechend § 56 Absatz 3 Nummer 1 gegenüber ihrem Vermieter oder Verpächter die Beendigung der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten im Rahmen des Miet- oder Pachtverhältnisses erklären, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bereits 24 Monate oder länger besteht.

(3) Endnutzer können entsprechend § 56 Absatz 3 Nummer 1 gegenüber ihrem Vermieter oder Verpächter die Beendigung der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten sowie des Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz im Rahmen des Miet- oder Pachtverhältnisses nach Absatz 2 erklären, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bereits 24 Monate oder länger besteht. Dies gilt im Hinblick auf den Anschluss an ein öffentliches Telekommunikationsnetz, das die Voraussetzungen des § 3 Nr. 33 erfüllt, frühestens sieben Jahre nach der Errichtung des physischen Anschlusses an dieses Netz von der Grundstücksgrenze bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung oder bis zu den Räumen des Endnutzers, wenn

1. der Anschluss von der Grundstücksgrenze zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung ebenfalls die Voraussetzungen des § 3 Nr. 33 erfüllt und nach dem 20.12.2018 neu errichtet worden ist; und
2. der Anschlussanbieter anderen Telekommunikationsdiensteanbietern den Anschluss zu angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zum Angebot von Telekommunikationsdiensten zur Verfügung stellt.

Im Fall des Satzes 2 können Endnutzer auch die Beendigung der Inanspruchnahme des Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz nach Satz 1 vor Ablauf von sieben Jahren seit der erstmaligen Inbetriebnahme des Anschlusses erklären, soweit sie durch eine Einmalzahlung an den Vermieter oder Verpächter die Kosten des Anschlusses nach Satz 2 Nr. 1 übernehmen, die bis zum Zeitpunkt der Beendigungserklärung noch nicht durch Anschlussbeiträge gedeckt sind. Die Höhe der Kosten nach Satz 3 ist vom Vermieter oder Verpächter nachzuweisen. Die Bundesnetzagentur stellt sicher, dass Entgelte, die im Zusammenhang mit dem Zugang nach Satz 2 Nr. 2 anderen Telekommunikationsdiensteanbietern vom Anschlussinhaber in Rechnung gestellt werden, keine Kosten für die Errichtung des physischen Anschlusses nach Satz 2 enthalten. Für die Regulierung der Entgelte gilt § 46 entsprechend.

(4) § 52 Absatz 1 bis 3, § 54 Absatz 1 und 4, § 55, § 56 Absatz 1, § 57 Absatz 1, § 58, § 60, § 61, § 66 und § 71 Absatz 2 sind auch auf Kleinstunternehmen oder kleine Unternehmen sowie Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht anzuwenden, es sei denn,

diese haben nicht ausdrücklich dem Verzicht der Anwendung dieser Bestimmungen zugestimmt.

(5) Mit Ausnahme des § 51, 68, 69, 70 finden die Regelungen dieses Teils keine Anwendung auf Kleinunternehmen, wenn sie nur nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste erbringen. Kleinunternehmen nach Satz 1 müssen Endnutzer vor Vertragsschluss darüber informieren, dass die §§ 52 bis 67 auf den Vertrag nicht anzuwenden das Vorliegen einer solchen Ausnahme informieren.

Artikel 14

Änderung der Betriebskostenverordnung (FNA 2330-32-2)

§ 2 Nr. 15 der Betriebskostenverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346, 2347), die durch Artikel 4 des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. „bei einem Anschluss an ein Netz mit sehr hoher Kapazität i.S.d. § 3 Nr. 33 TKG, der nach dem 20.12.2018 errichtet worden ist, für höchstens sieben Jahre seit der Errichtung monatliche Kosten für den physischen Anschluss, sofern die Voraussetzungen des § 71 Abs. 3 S. 2 TKG erfüllt sind. Dies gilt dann nicht, wenn der Vermieter oder Verpächter vor Ablauf der Frist des Satz 1 die Netzanschlusskosten im Wege einer Einmalzahlung nach § 71 Abs. 2 S. 3 erhalten hat.“

Zu § 71(Abweichende Vereinbarungen und Geltungsbereich Kundenschutz)

§ 71 dient der Umsetzung von Artikel 101 Richtlinie (EU) 2018/1972, der eine vollständige Harmonisierung der in der Richtlinie enthaltenen Endnutzerrechte fordert.

Zu Absatz 1

Die Regelung des Absatzes 1 entspricht dem bisherigen § 47b und stellt klar, dass die gesetzlichen Regelungen dieses Teils nicht zivilvertraglich abdingbar sind.

Zu Absatz 2

Durch Absatz 2 soll sichergestellt werden, dass die Anwendung der Regelungen dieses Teils nicht durch miet- oder pachtvertragliche Konstruktionen umgangen werden kann. Die Regelung des Absatzes 2 wurde notwendig, da in jüngerer Zeit Zweifel darüber aufkamen, ob die Versorgung eines Mieters mit Telekommunikationsdiensten im Rahmen eines Mietvertrages in den Anwendungsbereich des TKG fällt (vgl. LG Essen, Urteil vom 31. Mai 2019 45 O 72/18).

Zu Absatz 3

Nach Absatz 3 Satz 1 können sich Mieter und Pächter nun aus der Bereitstellung und Bezahlung der Kosten eines physischen Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz sowie von Telekommunikationsdiensten entsprechend § 56 Abs. 3 lösen, sofern das Miet- oder Pachtverhältnis seit mindestens 24 Monaten besteht, ohne gleichzeitig ihren Miet- oder Pachtvertrag kündigen zu müssen.

Eine Ausnahme gilt für die Dauer von sieben Jahren ab der Errichtung des physischen Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz nach Satz 2 für dessen Kosten, wenn es sich um einen Anschluss an ein Netz mit sehr hoher Kapazität handelt, der nach dem Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2018/1972 neu errichtet worden ist. Dieser Anschluss muss selbst auch die Anforderungen eines Netzes mit sehr hoher Kapazität erfüllen. Durch die Voraussetzung der Neuerrichtung eines Anschlusses wird sichergestellt, dass nur solche Anschlüsse privilegiert werden, die auch neue Infrastrukturinvestition erfordern. Das trägt dem Ziel der Regelung Rechnung, Anreize für Neuinvestitionen in den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung bzw. bis in die Räume des Endnutzers zu schaffen. Durch das Abstellen auf das Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2018/1972 statt auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des novellierten Telekommunikationsgesetzes sollen zugleich unbillige Härten im Hinblick auf solche Anschlüsse an Netze mit sehr hoher Kapazität vermieden werden, die erst in den vergangenen beiden Jahren im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage erstmalig in Betrieb genommen worden sind.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausnahme ist zudem, dass der Anbieter des physischen Anschlusses anderen Telekommunikationsdiensteanbietern zu angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang gewährt, so dass andere Telekommunikationsdiensteanbieter ihre Telekommunikationsdienste über den vorhandenen physischen Anschluss an die Mieter bzw. Pächter erbringen können. Durch Satz 2 Nr. 2 wird sichergestellt, dass Endnutzer auch bei Anschlüssen an ein Netz mit sehr hoher Kapazität, deren Inanspruchnahme nicht nach Satz 1 beendet werden kann, die volle Wahlfreiheit bezogen auf Telekommunikationsdienste haben, wie dies von Art. 105 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 verlangt wird. Sie können diese Dienste entweder vom Anbieter des physischen Anschlusses beziehen oder von dritten Telekommunikationsdiensteanbietern, denen der Anbieter des physischen Anschlusses Open Access gewähren muss. Durch Absatz 3 Satz 4 wird bestimmt, dass Entgelte für diesen Open Access keine Kosten für die Errichtung des physischen Anschlusses beinhalten dürfen.

Satz 5 enthält einen Rechtsfolgenverweis auf die Regelungen der nachträglichen Entgeltregulierung für Open Access Entgelte. Hierdurch wird sichergestellt, dass die Wahlfreiheit der Endnutzer im Hinblick auf Telekommunikationsdienste nicht durch missbräuchliche Open Access Entgelte tatsächlich unterlaufen wird.

Zugleich erhalten Unternehmen, die Häuser bzw. Wohnungen erstmals an ein Netz mit sehr hoher Kapazität physisch anschließen, finanzielle Planungssicherheit für sieben Jahre, die als zusätzlicher Anreiz für den unionsrechtlich geforderten Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität wirkt. Unionsrechtlich ist es nach Art. 105 Absatz 1 UAbs. 2 Richtlinie (EU) 2018/1972 grundsätzlich zulässig, dass für die Bereitstellung eines physischen Anschlusses an ein Netz mit sehr hoher Kapazität auch Ratenzahlungsvereinbarungen getroffen werden, die über die in Art. 105 Absatz 1 UAbs. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 genannten Vertragslaufzeiten hinausgehen. Bestätigung findet dies in Erwägungsgrund 273 der Richtlinie:

„Unabhängig vom Vertrag über die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste ist für Verbraucher eine längere Rückzahlungsfrist für physische Anschlüsse möglicherweise eher wünschenswert bzw. von Vorteil. Solche Verbraucherverpflichtungen sind unter Umständen ein wichtiger Faktor zur Erleichterung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität, die bis zu oder nahezu bis zu den Gebäuden des Endnutzers reichen, u. a. durch die Nachfragebündelung, die es Netzinvestoren ermöglicht, die anfänglichen Akzeptanzrisiken in Bezug auf die Nutzung des Netzes gering zu halten. Die den Verbrauchern durch diese Richtlinie verliehenen Rechte, zwischen Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste zu wechseln, sollten nicht durch solche vertraglichen Rückzahlungsfristen für physische Anschlüsse beschränkt werden, und diese Verträge sollten sich nicht auf Endgeräte oder Internetzugangseinrichtungen beziehen, z. B. mobile Geräte, Router oder Modems. Die Mitgliedstaaten sollten die Gleichbehandlung der Rechtsträger — einschließlich Betreiber — sicherstellen, die den Ausbau einer physischen Verbindung mit sehr hoher Kapazität zu den Gebäuden von Endnutzern finanzieren, auch in Fällen, in denen diese Finanzierung mittels eines Ratenzahlungsvertrags erfolgt.“

Durch die Neuregelung des § 71 Absatz 3 soll damit insgesamt ein angemessener Ausgleich zwischen der unionsrechtlich geforderten vollen Wahlfreiheit der Endnutzer bezogen auf Telekommunikationsdienste einerseits sowie der ebenfalls unionsrechtlich determinierten Schaffung zusätzlicher Anreize in den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch die Gewährung finanzieller Planungssicherheit andererseits hergestellt werden.

Sofern die Voraussetzungen des § 71 Abs. 3 S. 2 TKG vorliegen, sind die Kosten des physischen Anschlusses nach der Neuregelung des § 2 Nr. 15 BetrKV für eine Höchstdauer von sieben Jahren ab der ersten Inbetriebnahme eines Anschlusses auch umlagefähig. Dies umfasst die Kosten für den Anschluss an ein Netz mit sehr hoher Kapazität von der Grundstücksgrenze bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung bzw. bis zur Wohnung. Dieser Anschluss muss selbst auch die Anforderungen an ein Netz mit sehr hoher Kapazität erfüllen. Auf diese Weise können Mieter bzw. Pächter nicht nur von zukunftsfähigen Netzen mit sehr hoher Kapazität, sondern auch von den Preisvorteilen des sog. Sammelinkassos profitieren.

Die Wahlfreiheit der Endnutzer wird durch § 71 Abs. 3 S. 3 auch im Hinblick auf den Anschlussanbieter gestärkt. Endnutzer können sich demnach auch schon vor Ablauf von sieben Jahren seit der Inbetriebnahme eines Anschlusses zu einem Netz mit sehr hoher Kapazität vom Anschlussanbieter lösen, sofern sie bis dahin noch nicht gedeckte Kosten des physischen Netzanschlusses im Wege einer Einmalzahlung an den Vermieter bzw. Verpächter übernehmen. Der Vermieter bzw. Verpächter ist in diesem Fall dazu verpflichtet, dies Höhe noch nicht gedeckter Anschlusskosten nachzuweisen.

Spätestens sieben Jahre nach der Errichtung eines Anschlusses an ein Netz mit sehr hoher Kapazität kann jeder Mieter bzw. Pächter unter den Voraussetzungen des Satzes 1 die Beendigung der Inanspruchnahme des Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz erklären.

Zu Absatz 4

Absatz 4 macht von den Regelungen in Artikel 102 Absatz 2, 105 Absatz 2 und 107 Absatz 4 sowie 115 in Verbindung mit Anhang VI Richtlinie (EU) 2018/1972 Gebrauch. Danach genießen Kleinstunternehmen, kleine Unternehmen und Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht größtenteils denselben Schutz wie Verbraucher. Für Kleinstunternehmen und Kleinunternehmen existieren die Empfehlung der Europäischen Kommission 2003/361/EG und die Richtlinie 2013/34/EU (Bilanzrichtlinie), die hinsichtlich der Anzahl von Arbeitnehmern übereinstimmen, sich aber bezüglich der Bilanzsumme unterscheiden. Obwohl Erwägungsgrund 68 Richtlinie (EU) 2018/1972 auf die Empfehlung verweist, werden in diesem Gesetzentwurf die Definitionen der Bilanzrichtlinie verwendet. Die Bilanzrichtlinie ist im Gegensatz zur Empfehlung der Kommission rechtlich bindend sowie neueren Datums und im Handelsgesetzbuch (HGB) bereits umgesetzt. In Anlehnung an §§ 267, 267a HGB gelten als Kleinstunternehmen solche Unternehmen, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten: 350 000 Euro Bilanzsumme; 700 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und im Jahresdurchschnitt zehn Arbeitnehmer. Kleine Unternehmen sind solche, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten: 6 000 000 Euro Bilanzsumme; 12 000 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und im Jahresdurchschnitt fünfzig Arbeitnehmer. Die Organisation ohne Gewinnerzielungsabsicht ist auf europäischer Ebene sowie im deutschen Recht nicht definiert. Darunter versteht man im Allgemeinen karitative oder andere gemeinnützige Organisationen oder Vereine, die keine Gewinne für ihre Eigentümer oder Mitglieder erwirtschaften. Dazu zählen zum Beispiel Wohltätigkeitsorganisationen oder Sportvereine. Regierungsorganisationen fallen nicht darunter. Wie Verbraucher, Kleinstunternehmen und kleine Unternehmen haben Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht keine starke Verhandlungsposition. Entsprechend Erwägungsgrund 259 Richtlinie (EU) 2018/1972 ist es daher legitim, Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht wie Kleinstunternehmen und kleine Unternehmen zu behandeln. Deswegen werden die Kriterien für kleine Unternehmen angewendet, wonach Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht solche sind, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten: 6.000.000 Euro Bilanzsumme; 12.000.000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und im Jahresdurchschnitt fünfzig Arbeitnehmer.

Zu Absatz 5

Absatz 5 enthält eine Ausnahme von den Verpflichtungen dieses Teils für Kleinstunternehmen, die ausschließlich nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste erbringen. Mit diesem Absatz wird Artikel 98 Richtlinie (EU) 2018/1972 umgesetzt.

Zu Artikel 14 (Änderung der Betriebskostenverordnung (FNA 2330-32-2))

Grundlage für einen funktionierenden Wettbewerb im Bereich der elektronischen Kommunikation ist die Möglichkeit der Verbraucher, frei zwischen verschiedenen Telekommunikationsdiensten, wie insbesondere Telefonie, Internetzugang oder TV, zu wählen. Stationäre Internetzugangsdienste können sowohl über herkömmliche Telefonnetze (Kupferdoppelader und/oder Glasfaser) als auch über Kabelnetze (Koaxialkabel und/oder Glasfaser) erbracht werden. Darüber hinaus hat die technologische Entwicklung dazu geführt, dass TV-Dienste nicht nur terrestrisch (DVB-T), per Satellit oder über das Kabelfernsehtnetz, sondern auch über das Internet (IP-TV oder Web-TV) empfangen werden können.

Die **derzeitige Umlagefähigkeit** der laufenden monatlichen Grundgebühren für **bestehende Breitbandanschlüsse** im Rahmen der Wohnnebenkosten gemäß § 2 Nummer 15 Buchstabe b Betriebskostenverordnung (BetrKV) hemmt die Wahlfreiheit der Verbraucher bei der Auswahl des Telekommunikations- bzw. TV-Dienste-Anbieters erheblich. Im Fall der zwischen den Anbietern eines Breitbandanschlusses und den Vermietern in der Regel langjährig geschlossenen Gestattungsverträgen werden die Mieter dauerhaft an einen einzelnen Anbieter gebunden. Die Regelung stellt nicht nur einen Nachteil für Verbraucher, sondern auch für den Wettbewerb dar. Letzteres hat auch die Monopolkommission wiederholt festgestellt.

Die Streichung des bisherigen Nebenkostenprivilegs aus § 2 Nummer 15 Buchstabe b BetrKV dient der Umsetzung des Artikel 105 Absatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972. Danach ist sicherzustellen, dass Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung nicht von einem Anbieterwechsel abschrecken und eine Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten nicht überschritten wird. Es muss unbeschadet der Regelungen zu Mindestvertragslaufzeiten dafür Sorge getragen werden, dass Verbraucher nicht durch rechtliche, technische oder praktische Hindernisse wie Vertragsbedingungen, Verfahren oder Gebühren vom Anbieterwechsel abgehalten werden (vgl. Erwägungsgrund 273 Richtlinie (EU) 2018/1972). Hierzu gehört auch die Freiheit, öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste, wie den Kabel-TV- Dienst oder sonstige Breitbanddienste, nicht in Anspruch zu nehmen. Aufgrund der Kollision der über § 2 Nummer 15 Buchstabe b BetrKV vermittelten Praxis zu langfristigen Gestattungsverträgen, die der Disposition des Mieters entzogen sind, werden die betroffenen Mieter von einem Anbieterwechsel abgehalten. Die Aufhebung der bestehenden Regelung der Nummer 15 aus dem Katalog des § 2 BetrKV ist daher geboten. Mieter werden so in die Lage versetzt, ihren Anbieter und die Art von Telekommunikationsdiensten frei zu wählen. Mieter dürfen – insbesondere bei Einzug – nicht im Rahmen eines Mietvertrages zur Inanspruchnahme einer bestimmten TK-Dienstleistung (in der Regel Kabel-TV) automatisch verpflichtet werden. Eine Koppelung, wie sie aufgrund von § 2 Nummer 15 Buchstabe b BetrKV in der Praxis erfolgt, steht der freien Anbieterwahl der Verbraucher entgegen und erschwert den Wechsel zu einem anderen Anbieter oder vergleichbaren Alternativprodukt.

Entsprechend der vorangegangenen Erwägungen ist § 2 Nummer 15 Buchstabe a BetrKV konsequenterweise ebenfalls zu streichen, da sich mit Blick auf die Kosten des Betriebs der Gemeinschafts-Antennenanlage und die Umlagefähigkeit des Nutzungsentgeltes die gleiche Problematik ergibt.

Ersetzt werden die bisherigen Vorschriften durch eine Regelung zur Umlagefähigkeit der Anschlusskosten an ein Netz mit sehr hoher Kapazität i.S.d. § 3 Nr. 33 TKG für eine Maximaldauer von sieben Jahren ab der Errichtung des physischen Anschlusses, sofern die

Errichtung nach dem Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2018/1972 liegt. Anschlusskosten in diesem Sinne sind die Kosten, die für Anbindung eines Hauses bzw. einer Wohnung von der Grundstücksgrenze bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung bzw. bis zur Wohnung an ein Netz mit sehr hoher Kapazität entstehen. Ein wesentliches Ziel des reformierten europäischen Rechtsrahmens ist der Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (Art. 2 Buchstabe a) Richtlinie (EU) 2018/1972). Durch die Neuregelung der Umlagefähigkeit wird sichergestellt, dass Unternehmen, die solche Netze zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung erstmalig errichten und hierfür Infrastrukturinvestitionen tätigen müssen, Investitionssicherheit für einen Zeitraum von sieben Jahren erhalten. Die Neuregelung der Umlagefähigkeit schafft so einen zusätzlichen Anreiz für Unternehmen sowie Vermieter und Verpächter, Neubauten mit Netzanschlüssen mit sehr hoher Kapazität auszustatten und Bestandsgebäude entsprechend auszurüsten. Durch die Beschränkung auf solche Anschlüsse, die nach dem Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2018/1972 errichtet werden, wird zum einen sichergestellt, dass nur zusätzliche Infrastrukturinvestitionen in neue Anschlüsse an Netze mit sehr hoher Kapazität erfasst werden. Zum anderen gewährleistet das Abstellen auf das Inkrafttreten der Richtlinie für solche Investitionen in Netzanschlüsse mit sehr hoher Kapazität, die erst in den vergangenen zwei Jahren im Vertrauen auf den Bestand des Sammelinkassos getätigt worden sind, einen angemessenen Vertrauensschutz. Für Gestattungsverträge, die Anschlüsse betreffen, die vor diesem Zeitpunkt erstmalig in Betrieb genommen worden sind, kann aufgrund der Änderung der Umlagefähigkeit eine Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 BGB vorliegen. Die Dauer von maximal sieben Jahren für die neue Umlagefähigkeit entspricht der typischen Refinanzierungsdauer für einen solchen Haus- bzw. Wohnungsanschluss. Zugleich wird durch das Abstellen auf die erstmalige Inbetriebnahme eines physischen Anschlusses sichergestellt, dass die Kosten für die Errichtung eines Haus- bzw. Wohnungsanschlusses für maximal diesen Zeitraum umlagefähig sind, auch wenn es während dieses Zeitraums zu einem Wechsel der Miet- bzw. Pachtvertragsparteien kommt.

Die Neuregelung schafft aber nicht nur Anreize zum Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung, sondern stärkt im Zusammenspiel mit der Neuregelung des § 71 Abs. 3 TKG zugleich die Wahlmöglichkeit der Endnutzer. Von der Neuregelung profitieren nur solche Anschlüsse an ein Netz mit sehr hoher Kapazität, die für dritte Telekommunikationsdiensteanbieter auf Grundlage von angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen für ein Angebot von Telekommunikationsdiensten offenstehen. Endnutzer erhalten damit im Rahmen der Regelungen des § 71 TKG die vollständige Wahlfreiheit hinsichtlich der von ihnen genutzten Telekommunikationsdienste, die sie künftig sowohl vom Anschlussanbieter als auch von anderen Telekommunikationsdiensteanbietern in Anspruch nehmen können. Mieter bzw. Pächter können so von Preisvorteilen des sog. Sammelinkasso profitieren. Zugleich wird ihre Wahlfreiheit aufgrund der Open Access-Verpflichtung für solche Anschlüsse im Hinblick auf Telekommunikationsdienste gestärkt. Um zu verhindern, dass diese Wahlfreiheit durch missbräuchliche Open-Access-Entgelte für andere Telekommunikationsdiensteanbieter unterlaufen wird, unterliegen diese Entgelte nach § 71 Abs. 3 Satz 5 der nachträglichen Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur.

Eine Umlagefähigkeit der Kosten des physischen Anschlusses scheidet dann aus, wenn sich ein Mieter oder Pächter entschließt, die Anschlusskosten nach § 71 Abs. 3 S. 2 TKG im Wege einer Einmalzahlung an den Vermieter oder Verpächter zu übernehmen.

Die Regelung des § 2 Nr. 15 BetrKV ist zum einen dahingehend abschließend, dass die Kosten für den Anschluss an ein öffentliches Telekommunikationsnetz, der nicht die Voraussetzungen des § 71 Abs. 3 erfüllt, künftig nicht mehr als Betriebskosten umgelegt werden können. Zum anderen ist die Regelung auch im Hinblick auf die Kosten des

physischen Haus- bzw. Wohnungsanschlusses an ein Netz mit sehr hoher Kapazität i.S.d. § 71 Abs. 3 Satz 2 für die Dauer der Umlagefähigkeit abschließend, also maximal für sieben Jahre ab der Errichtung des Anschlusses. Vermieter bzw. Verpächter können während dieses Zeitraums weitere Kosten des physischen Anschlusses weder als Betriebskosten umlegen noch im Rahmen einer Mieterhöhung vom Mieter verlangen. Die Umlagefähigkeit von Kosten für die Errichtung dieses physischen Anschlusses ist jedenfalls nach sieben Jahren ab der Errichtung des physischen Anschlusses ausgeschlossen.