

Kommentar

TKG – TTDSG

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker,
Freie Universität Berlin

und

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley),
Universität zu Köln

Bearbeitet von

Patrick Bär; Dr. Max Baumgart; Martin Böttcher; Dr. Konstantina Bourazeri,
LL.M.; Michael Deubert; Johanna Dirkes; Dr. Thomas Dörmer, LL.M.;
Dr. Rosemarie Eißer-Höfler; Alisa Elias; Eunike Elkettani; Patrick Embacher;
Dr. Julian Fischer; Dr. Oliver Helge Franz; Oliver Füg, LL.M.; Dr. Laura Gellisch;
Univ.-Prof. Dr. Torsten J. Gerpott; Prof. Dr. Hubertus Gersdorf; Dr. Annegret
Groebel, M.A.; Univ.-Prof. Dr. Elke Gurlit; Carsten Hahn; Anne Heinen-Hosseini,
LL.M./D.E.A.; Axel Kafka; Dr. Gerd Kiparski, MBA;
Dr. Silke Klaes; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski; Dr. Johann Klinge; Dr. Daniela
Klingner; Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley); Jan Kreutzberg;
Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.; Andreas Lange; Kati Leder; Dr. Claus Leitzke;
Dr. Stefan Lewe; Tim Lichtenberg; Sebastian Lißek; Dr. Sebastian Louven; Prof.
Dr. Jörn Lüdemann; Dr. Julia Marquier; Dr. Kim Sophie Mengerling; Dr. Martin
Mozek; Andreas Neumann; Prof. Dr. Norbert Nolte; Dr. Philipp Offenbächer;
Christine Ohlerich, LL.M. (Nottingham); Sarah Ott, LL.M. (University College
London); Prof. Dr. Matthias Ruffert; Dr. Hans-Jürgen Ruhl; Prof. Dr. Dr. Dres.
h.c. Franz Jürgen Säcker; Christian Schmidt, LL.M.oec.; Dr. Matthias Schneider;
Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer; Dr. Susanne Wende, LL.M.;
Dr. Christoph Werkmeister, LL.M. (Cambridge); Julien Wilmes-Horváth;
Hendrik Witt, LL.M. (College of Europe); Wolfgang Woesler

4., überarbeitete und erweiterte Auflage 2023

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Zitierweise: Säcker/Körper/*Bearbeiter*, TKG/TTDSG

Alle im Buch verwendeten Begriffe verstehen sich geschlechterneutral. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet – entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat lediglich redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-0003-1

© 2023 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: CPI books, 25917 Leck

Printed in Germany

§ 2 Ziele und Grundsätze der Regulierung

(1) Die Regulierung der Telekommunikation ist eine hoheitliche Aufgabe des Bundes.

(2) Ziele der Regulierung sind

1. die Sicherstellung der Konnektivität sowie die Förderung des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen,
2. die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich eines effizienten infrastruktur-basierten Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche,
3. die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation; die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn (Bundesnetzagentur) und andere nach diesem Gesetz zuständige Behörden fördern die Interessen der Nutzer, indem sie
 - a) die Konnektivität, die breite Verfügbarkeit sowie den beschleunigten Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität wie auch von Telekommunikationsdiensten sicherstellen und deren Nutzung fördern,
 - b) auf größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs hinwirken,
 - c) die Interessen der öffentlichen Sicherheit wahren und die Sicherheit der Netze und Dienste gewährleisten,
 - d) gleichwertige Lebensverhältnisse in städtischen und ländlichen Räumen sowie ein hohes gemeinsames Schutzniveau für die Endnutzer sicherstellen und die Bedürfnisse – wie beispielsweise erschwingliche Preise – bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, insbesondere von Endnutzern mit Behinderungen, älteren Endnutzern und Endnutzern mit besonderen sozialen Bedürfnissen, sowie die Wahlmöglichkeiten und den gleichwertigen Zugang für Endnutzer mit Behinderungen berücksichtigen,
 - e) sicherstellen, dass im Bereich der Telekommunikation keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen bestehen,
4. die Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union, indem die Bundesnetzagentur und andere nach diesem Gesetz zuständige Behörden verbleibende Hindernisse für Investitionen in Telekommunikationsnetze, Telekommunikationsdienste, zugehörige Einrichtungen und zugehörige Dienste sowie für deren Bereitstellung in der gesamten Europäischen Union abbauen helfen und die Schaffung konvergierender Bedingungen hierfür erleichtern, gemeinsame Regeln und vorhersehbare Regulierungskonzepte entwickeln und ferner offene Innovationen, den Aufbau und die Entwicklung transeuropäischer Netze, die Bereitstellung, Verfügbarkeit und Interoperabilität europaweiter Dienste und die durchgehende Konnektivität fördern,
5. die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks.

(3) Die Bundesnetzagentur und andere nach diesem Gesetz zuständige Behörden wenden bei der Verfolgung der in Absatz 2 festgelegten Ziele objektive, transparente,

nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, indem sie unter anderem

1. die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch fördern, dass sie über angemessene Überprüfungszeiträume und im Wege der Zusammenarbeit untereinander, mit dem GEREK, mit der Gruppe für Frequenzpolitik und mit der Kommission ein einheitliches Regulierungskonzept wahren,
2. gewährleisten, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden,
3. das Unionsrecht in technologieneutraler Weise anwenden, soweit dies mit der Erfüllung der Ziele des Absatzes 2 vereinbar ist,
4. effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördern, dass sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird und dass sie verschiedene kommerzielle Vereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren untereinander sowie zwischen Investoren und Zugangsnachfragern zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden,
5. die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Infrastrukturen, Wettbewerb, Gegebenheiten der Endnutzer und insbesondere der Verbraucher, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland vorhanden sind, gebührend berücksichtigen und
6. regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann auferlegen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb im Interesse der Endnutzer gibt und gewährleisten, dass diese Verpflichtungen gelockert oder aufgehoben werden, sobald es einen solchen Wettbewerb gibt.

(4) Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben, soweit nicht durch dieses Gesetz ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden, anwendbar. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt.

(5) Die hoheitlichen Rechte des Bundesministeriums der Verteidigung bleiben unberührt.

(6) Die Belange der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben des Bundes und der Länder sind zu berücksichtigen, ebenso nach Maßgabe dieses Gesetzes die Belange der Bundeswehr.

(7) Die Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien sind unabhängig von der Art der Übertragung zu berücksichtigen. Die medienrechtlichen Bestimmungen der Länder bleiben unberührt.

Schrifttum: *Börnsen/Coppik*, Investitionsanreize für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen durch gesetzliche Regulierungsvorgaben, TKMR 2003, 317; *Büchner*, Post und Telekommunikation, 1999; *Bücking/Emmert/Schurer*, Telekommunikationsrecht, 2005; *Bunte/Welfens*, Wettbewerbsdynamik und Marktabgrenzung auf Telekommunikationsmärkten, 2002; *Busch/Koenig*, Zur Umsetzung der unionsrechtlich kodifizierten Investitionsanreize nach dem TK-Review im deutschen Telekommunikationsrecht, CR 2010, 357; *Coppik*, Die sektorspezifische ex post-Entgeltkontrolle von Teilnehmernetzbetreibern, MMR 2007, 225; *Cox* (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000; *Dahlke*, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikati-

§ 2 Ziele und Grundsätze der Regulierung

onsrecht, 2004; *Doll/Rommel/Wehmeier*, Der Referentenentwurf für ein neues TKG – Einstieg in den Ausstieg aus der Regulierung?, MMR 2003, 522; *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998; *Eisenblätter*, Regulierung in der Telekommunikation, 2000; *di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 237; *Fetzer*, Next Generation Regulierung für Next Generation Networks – Juristische und ökonomische Anforderungen an die Novellierung des TKG, MMR 2010, 515; *Fink/Wilfert*, Handbuch Telekommunikation und Wirtschaft, 1999; *Haus*, Kommunikationskartellrecht – Ein Rahmen für den Wettbewerb in Kommunikationsmärkten, WuW 2004, 171; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Telekommunikation, 2000; *Immenga/Kirchner*, Zur Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts, TKMR 2002, 340; *Kirchner*, TKG-E 2011: Investitionsanreizregulierung und Breitbandausbau, CR 2011, 365; *Klotz*, Die neuen EU-Richtlinien über elektronische Kommunikation: Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Kartellrecht, K&R Beilage 1/2003, 3; *Koenig/Busch*, Zur Umsetzung der unionsrechtlich kodifizierten Investitionsanreize nach dem TK-Review im deutschen Telekommunikationsrecht, CR 2010, 357; *Koenig/Kühling/Ifo*, Liberalisierung der Telekommunikationsordnungen, 2000; *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes – Eine Untersuchung zu den Umsetzungsspielräumen des EG-Richtlinienpakets auf dem Gebiet der Telekommunikation und ihrer verfassungsrechtlichen Begrenzung sowie zur Optimierung der Verwaltungs- und Rechtsbehelfsverfahren, 2003; *Koenig/Loetz/Neumann*, Sektorspezifische Regulierung im neuen Telekommunikationsrecht, K&R Beilage 2/2003, 1; *Kopf*, Schnelle Umsetzung des Investitionsfördernden Rechtsrahmens in deutsches Recht notwendig, WuV 2010, 143; *Körber*, TKG-Novelle 2011 – Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, MMR 2011, 215; *Kühling*, Freiheitsverluste im Austausch gegen Sicherheitshoffnungen im künftigen Telekommunikationsgesetz?, K&R 2004, 105; *Kühling*, Legislative Handlungsbedürfnisse in der neuen Telekommunikationswelt der Next Generation Networks, K&R 2008, 351; *Ludwigs/Möschel*, Investitionsförderung als Regulierungsziel, MMR 2010, 450; *Möschel/Haug*, Der Referentenentwurf zur Novellierung des TKG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, MMR 2003, 505; *Neumann/Stamm*, Wettbewerb in der Telekommunikation – wie geht es weiter?, 2002; *Otto*, Entmonopolisierung der Telekommunikation, 1989; *Paulweber*, Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, 1999; *Picot/Burr*, Regulierung und Deregulierung im Telekommunikationssektor, ZfbF 48 (1996), 173; *Rädler/Elspaß*, Regulierung im Winterschlaf?, CR 2004, 418; *Reimann*, Zielsetzung, Rechtfertigung und Verfahren der Entgeltregulierung nach dem TKG, 2003; *Reinke*, Der Zweck des Telekommunikationsgesetzes, 2001; *Rittaler*, Der Wettbewerb in der Telekommunikation, WuW 1996, 699; *Säcker*, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, 1971; *ders.*, Vom Referentenentwurf zum Regierungsentwurf eines TKG, K&R Beilage 1/2004, 2; *Schrey/Frevert*, Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? – Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Bandbreitenmanagements, MMR 2010, 596; *Schulz*, Der Zugang zum „blanken Draht“ im Telekommunikationsrecht: Wettbewerb im Netz oder zwischen Netzen, 2001; *Vogel*, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965; *Vogelsang*, Die Zukunft der Entgeltregulierung im deutschen Telekommunikationssektor, 2002; *ders.*, Ökonomische Aspekte der Referentenentwurfs zum TKG, MMR 2003, 509; *Wegmann*, Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation, 2001; *Wissmann/Kreitlow*, Übertragbarkeit von Frequenzen, K&R 2003, 257; *Zagouras*, Digitale Dividende: Zwischen Frequenzregulierung und Rundfunkbelangen; CR 2006, 819; zu den europarechtlichen Vorgaben bezüglich der Regulierungsziele vgl. die Literaturhinweise zu Einl. II.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Bedeutung der Norm	1	2. Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs auch in der Fläche (Abs. 2 Nr. 2)	5
II. Ziele der Regulierung (Abs. 2)	3		
1. Förderung der Konnektivität sowie des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (Abs. 2 Nr. 1)	3		

3. Wahrung und Förderung der Nutzer- und der Verbraucherinteressen (Abs. 2 Nr. 3)	7	6. Reduzierung der regulatorischen Vorabverpflichtungen (Abs. 3 Nr. 6)	22
4. Förderung der Entwicklung des EU-Binnenmarktes (Nr. 4)	15	IV. Verhältnis des TKG zum GWB und zu Art. 101 ff. AEUV	23
III. Regulierungsgrundsätze (Abs. 3)	16	V. Der Vorbehalt der hoheitlichen Rechte des Bundesverteidigungsministeriums (Abs. 5)	31
1. Vorhersehbarkeit der Regulierung (Abs. 3 Nr. 1)	17	VI. Berücksichtigung der Belange der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (Abs. 6)	32
2. Gewährleistung der Diskriminierungsfreiheit (Abs. 3 Nr. 2)	18	VII. Berücksichtigung der Belange des Rundfunks (Abs. 7)	34
3. Technologieneutrale Anwendung des Unionsrechts (Abs. 3 Nr. 3)	19		
4. Investitions- und Infrastrukturförderung (Abs. 3 Nr. 4)	20		
5. Gebührende Berücksichtigung der geografischen Bedingungen (Abs. 3 Nr. 5)	21		

I. Bedeutung der Norm

§ 2 stellt in Abs. 1 klar, dass für die Rechtsordnungen, die zwischen öffentlichem und privatem Recht unterscheiden, die Regulierung der Telekommunikation durch eine Regulierungsbehörde eine hoheitliche Aufgabe des Staates ist (zur Zuständigkeit des Bundes für das TKG vgl. → § 1 Rn. 2). Eine Bundesaufsichtsbehörde, die gegenüber den Telekommunikationsdienste anbietenden Unternehmen mit dem Instrument des Verwaltungsaktes die vom Gesetz eingeräumten Eingriffskompetenzen ausübt, um „Liberalisierung“ und „Deregulierung“ regulierend umzusetzen, handelt ex definitione hoheitlich.¹ Im Übrigen konkretisiert § 2 Abs. 2 den in § 1 des Gesetzes positivierten doppelfunktionellen Zweck des Gesetzes in vier Zielen, die den Charakter von programmatischen Zielvorgaben („Programmsätzen“) haben. Diese Zielvorgaben werden in Abs. 3 durch sechs Regulierungsgrundsätze konkretisiert, die objektiv, transparent, nicht diskriminierend und verhältnismäßig sein sollen und entsprechend ausgelegt werden müssen. Angesichts der Vagheit der Zielvorgaben, bedingt durch die Dynamik der Märkte, ist eine präzise und ausdifferenzierte materielle („kausale“) Programmierung der staatlichen Telekommunikationsziele durch Gesetz nicht möglich.²

Der europäische und der deutsche Rechtsrahmen der Telekommunikation bedürfen einer ausreichenden Flexibilität, um auf die technologisch bedingten Veränderungen der Märkte situationsgerecht und technologieneutral reagieren zu können. Dies führt de facto zu einer gewissen Verselbstständigung der Tätigkeit der Regulierungsbehörde, die in einem nicht zu leugnenden Spannungsverhältnis zum traditionellen Verwaltungsrechtskonzept der auf dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts basierenden Eingriffsverwaltung steht.³ Immerhin

1 Ebenso *Trute/Spoerr/Bosch*, § 1 Rn. 10. Zur Abgrenzung des hoheitlichen vom privatrechtlichen Handeln des Staates, vgl. MünchKommEUWettbR/Säcker, 2007, Einl. Rn. 992 ff.

2 Ebenso *Trute/Spoerr/Bosch*, § 1 Rn. 12 ff.; *Ladeur*, in: Hoffmann-Riem, Innovation und Telekommunikation, S. 56 ff.; *Hoffmann-Riem/Eifert*, in: Hoffmann-Riem, Innovation und Telekommunikation, S. 9 ff.; *Schneider*, ZHR 164 (2000), 513, 517 ff.

3 Überzogen *Trute/Spoerr/Bosch*, § 1 Rn. 15 ff. Die Ermächtigungsgrundlagen des Polizei- und Sicherheitsrechts zeichnen sich nicht durch größere Bestimmtheit aus. Insbesondere bedarf es nicht

§ 2 Ziele und Grundsätze der Regulierung

weisen die Regulierungsziele als Leitprinzipien der Ermessensausübung im Einzelnen die Richtung und haben insoweit eine ermessenseinschränkende und ermessenslenkende Bedeutung, die das Regulierungsermessen auch bei komplexen, zukunftsbezogenen Entscheidungen kanalisiert.⁴

II. Ziele der Regulierung (Abs. 2)

- 3 **1. Förderung der Konnektivität sowie des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (Abs. 2 Nr. 1).** – Das in Nr. 1 neu eingefügte Ziel stellt auf der Grundlage des Erwägungsgrundes 23 der Richtlinie eine Fortführung des bisherigen Ziels der „Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation“ dar (bisheriger § 2 Abs. 2 Nr. 5) und präzisiert das Konnektivitätsziel.⁵ Die Kennzeichnung dieser Netze als „Netze mit sehr hoher Kapazität“ (statt wie bisher als „hochleistungsfähige öffentliche Telekommunikationsnetze der nächsten Generation“ in § 2 Abs. 2 Nr. 5, womit ein Ausbau von 50 Mbit/s gemeint war) soll das Gesetz in Bezug auf den zu erwartenden Infrastrukturaufbau entwicklungssoffen bleiben.⁶
- 4 Dies bedeutet nach der Regierungsbegründung (Drs. 29/21, S. 261) aber keine Bevorzugung des Konnektivitätsziels, sondern das Ziel tritt gleichrangig neben die Ziele der Förderung des Wettbewerbs, des Binnenmarktes und der Nutzerinteressen. Durch Erwägungsgrund 23 der TK-Kodex wird das Konnektivitätsziel definiert durch die Schaffung eines breiten Zugangs zu den Netzen mit sehr hoher Kapazität für alle Bürger und Unternehmen auf der Grundlage von angemessenen Preisen und angemessener Auswahl, wirksamem und fairem Wettbewerb, offener Innovation, effizienter Frequenznutzung, gemeinsamen Regeln im Binnenmarkt sowie den erforderlichen sektorspezifischen Vorschriften zum Schutz der Interessen der Unionsbürger. Bei der Zielsetzung, Netze und Dienste mit der höchstmöglichen wirtschaftlich nachhaltigen Kapazität anzustreben, andererseits aber einen territorialen Zusammenhalt i. S. einer Konvergenz der in den verschiedenen Gebieten verfügbaren Kapazität zu verfolgen, können sich in der praktischen Umsetzung u. U. Schwierigkeiten ergeben. Die gesetzliche Formulierung bleibt im Hinblick auf den zukünftig zu erwartenden Infrastrukturausbau entwicklungssoffen und erlaubt es, die Zielsetzung von Nr. 1 (zurzeit die Errichtung flächendeckender Gigabit-Netz bis 2025) stets im Zusammenhang mit der Marktdynamik weiterzuentwickeln.
- 5 **2. Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs auch in der Fläche (Abs. 2 Nr. 2).** – Die Nr. 2 konkretisiert das in § 1 enthaltene Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen, effektiven Wettbewerbs. Dies bedingt die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte auch im ländlichen Bereich durch Ausbau der Telekommunikationsnetze sowie der dazugehörigen Einrichtungen und Dienste. Die Förderverpflichtung ist unverzichtbar, weil die Wettbewerber der DTAG nach

der kompensatorischen Mobilisierung der „Öffentlichkeit als Steuerungsressource“; vgl. dazu auch *di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 237 ff.

4 Ebenso Scheurle/Mayen/Gärditz, § 2 Rn. 5; Fetzer/Scherer/Graulich/Ruthig, § 2 Rn. 16.

5 BT-Drs. 19/26108, S. 227; Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch, 12. Sektorgutachten, 2022, S. 40 ff.

6 Vgl. BT-Drs. 17/5707, S. 113.

wie vor in weitem Umfang darauf angewiesen sind, auf Telekommunikationsdienstleistungen der DTAG zurückzugreifen, um ihre Leistungen überhaupt anbieten zu können.⁷ Die mit den Mitteln des Kartellrechts (§§ 19, 20 GWB) mögliche Unterbindung von Behinderungspraktiken des Marktbeherrschers allein reicht nicht aus, um effektiven Wettbewerb herzustellen. Es bedarf vielmehr besonderer regulatorischer Fördermaßnahmen, um den Markteintritt anderer Wettbewerber zu erreichen.⁸ Durch die gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. b TK-Kodex erfolgte Erweiterung der Nummer 2 wurde klargestellt, dass zur Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs auch die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs gehört.

Das telekommunikationsrechtliche Ziel der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs spiegelt sich namentlich in folgenden Normen des TKG wider und dient im Einzelnen bei den jeweiligen Normen als Leitbild für die Interpretation: 6

- (a) Strukturelle Separierung (§ 7);
- (b) Getrennte Rechnungslegung (§ 30);
- (c) Verpflichtung zur Erbringung von Universaldienstleistungen (§ 161);
- (d) Ausschluss von der Vergabe knapper Frequenzen (§ 10);
- (e) Zusammenschaltungsgebote (§ 21);
- (f) Entgeltregulierung (§§ 37 ff.);
- (g) Besondere Missbrauchsaufsicht (§ 50).

3. Wahrung und Förderung der Nutzer- und der Verbraucherinteressen (Abs. 2 Nr. 3). – Nutzer sind diejenigen natürlichen Personen, die einen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke verwenden (näher dazu → § 3 Rn. 54 ff.). Es geht, wie sich aus der neu in das Gesetz aufgenommenen Schutzgruppe der Verbraucher erkennen lässt, nicht nur um den Schutz gewerblicher Kunden (z. B. Reseller, die zugleich Wettbewerber sein können), sondern „insbesondere“ auch um die Verbraucherinteressen. Die Interessen der Nutzer und Verbraucher werden gewahrt, wenn sich die Regulierungsbehörde bemüht, eine quantitativ und qualitativ hochwertige und preisgünstige Versorgung mit allen Telekommunikationsdienstleistungen sicherzustellen.⁹ Die Ergänzung resultiert aus der Änderung des Art. 8 Abs. 2a und b RRL. Die BNetzA soll die Möglichkeit der Nutzer einschließlich solcher mit besonderen Bedürfnissen fördern, Informationen abzurufen und zu verbreiten sowie Dienste und Anwendungen ihrer Wahl zu nutzen.¹⁰ 7

Die in § 2 Abs. 2 Nr. 3 angesprochene Zielsetzung ist über die Einzelbestimmungen des Gesetzes zu verwirklichen, namentlich durch die Vorschriften über den Kundenschutz, aber auch durch eine effiziente Frequenzverwaltung (§§ 86 ff.). 8

Der durch Art. 10 GG geforderte Schutz des **Fernmeldegeheimnisses** ist im TTDSG näher geregelt. Die Nutzung der privatwirtschaftlich organisierten elektronischen Kommunikation für private und geschäftliche Mitteilungen ist ohne Wahrung der Vertraulichkeit des gesprochenen oder in sonstiger Weise elektronisch übermittelten Wortes praktisch ausge- 9

⁷ Vgl. dazu bereits die Regierungsbegründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 33 f.; dazu BeckTKG-Komm/Cornils, § 2 Rn. 34 ff.

⁸ Zutr. Trute/Spoerr/Bosch, § 2 Rn. 11 f.

⁹ Ebenso Trute/Spoerr/Bosch, § 2 Rn. 8; BeckTKG-Komm/Cornils, § 2 Rn. 26.

¹⁰ So Begr. RegE, BT-Drs. 17/5707, S. 47.

§ 2 Ziele und Grundsätze der Regulierung

schlossen. Deshalb ist es zutreffend, wenn der Gesetzgeber der Regulierungsbehörde auch den Schutz des Fernmeldegeheimnisses als Ziel vorgibt, um den Schutz der Persönlichkeitssphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch im Bereich der elektronischen Kommunikation sicherzustellen.¹¹ Zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses zählt auch der Datenschutz, der im TTDSG geregelt wird.¹² Um die Nutzerinteressen zu wahren, verpflichtet das Gesetz die Bundesnetzagentur insbesondere zur Wahrung und Förderung von fünf im einzelnen benannten Aufgaben:

- 10 **(a) Förderung der Konnektivität und der breiten Verfügbarkeit von Netzen und von Telekommunikationsdiensten sowie die Beschleunigung des Ausbaus und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (Nr. 3a).**
- 11 **(b) Hinwirken auf größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs (Nr. 3b)** – Die Sorge um die Erbringung einer flächendeckenden (landesweiten) und preiswerten Grundversorgung trifft die Regulierungsbehörde in Vollzug der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Bundes aus Art. 87f Abs. 1 GG. In Konkretisierung dieser Verpflichtung hat der Gesetzgeber die Vorschriften über die Versorgung mit Telekommunikationsdiensten (§§ 156 ff.) in das Gesetz aufgenommen, um ein ausreichendes, sozialstaatsgemäßes Versorgungsniveau (sog. Mindestangebot) sicherzustellen.¹³
- 12 **(c) Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit und Gewährleistung der Sicherheit der Netze und Dienste (Nr. 3c)** – Das im Telekommunikationssektor besonders bedeutsame Ziel der öffentlichen Sicherheit ist im Gesetz durch die §§ 165 ff. abgesichert. Ein spezifisches Regulierungsziel kann darin allerdings nicht erblickt werden.¹⁴ Insoweit kann die Aufnahme dieses Schutzziels in den Katalog des § 2 Abs. 2 systematisch nicht überzeugen.
- 13 **(d) Sicherstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse in städtischen und ländlichen Räumen sowie eines hohen gemeinsamen Schutzniveaus für die Endnutzer unter Berücksichtigung der Bedürfnisse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen insbesondere von Endkunden mit Behinderungen bzw. mit besonderen sozialen Bedürfnissen.**
- 14 **(e) Sicherstellung, dass im Bereich der Telekommunikation keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen bestehen (Nr. 3e).**
- 15 **4. Förderung der Entwicklung des EU-Binnenmarktes (Nr. 4).** – Diese Zielsetzung hat ihren Ursprung bereits in Art. 2 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 RRL. Ziel der Vorschrift ist die Integration der nationalen Teilmärkte zu einem europäischen Binnenmarkt für Telekommunikationsdienstleistungen durch verbesserte Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden und durch intensive Zusammenarbeit mit der EG-Kommission.¹⁵ Die Integration ist aber kein Selbstzweck, sondern hat nur eine ancilliarische Funktion. Sie steht im Dienste der Förderung leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen und eines chancen-

11 Ebenso *Trute/Spoerr/Bosch*, § 2 Rn. 9; *BeckTKG-Komm/Cornils*, § 2 Rn. 31; näher unten S. 3185 ff.

12 Vgl. dazu bereits die Begründung zum Entwurf des TKG 1996, BT-Drs. 13/3609, S. 53.

13 Vgl. dazu *Trute/Spoerr/Bosch*, § 2 Rn. 22; *BeckTKG-Komm/Cornils*, § 2 Rn. 48 ff.

14 Ebenso *Manssen*, § 1 Rn. 10; *BeckTKG-Komm/Cornils*, § 2 Rn. 76.

15 Vgl. dazu auch die Regierungsbegründung zu § 2, BT-Drs. 15/2316, S. 56.

gleichen Wettbewerbs (§ 1).¹⁶ Zu diesem Zweck haben die BNetzA sowie andere, nach dem TKG zuständige Behörden zu helfen, Hindernisse für Investitionen in TK-Netze, TK-Dienste, zugehörige Einrichtungen und zugehörige Dienste sowie für deren Bereitstellung in der gesamten Union abzubauen und die Schaffung konvergierender Bedingungen hierfür zu erleichtern. Die Unterstützung umfasst auch die Aufgabe, gemeinsam Regeln und praktikable (das Gesetz spricht von vorhersehbaren) Regulierungskonzepte zu entwickeln, und weiterhin die Aufgabe, die effiziente und störungsfreie Nutzung von Funkfrequenzen, offene Investitionen, den Aufbau und die Entwicklung transeuropäischer Netze, die Bereitstellung, Verfügbarkeit und Interoperabilität europaweiter Dienste und die durchgehende Konnektivität zu fördern.

III. Regulierungsgrundsätze (Abs. 3)

Absatz 3 stellt zur Verfolgung der vier Regulierungsziele sechs Regulierungsgrundsätze auf, die objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Kriterien entsprechen müssen.¹⁷ Die Regulierungsziele formulieren die Politik des Gesetzes; sie legen im Sinne finaler Programmierung fest, was in Zukunft anzustreben ist, während die Regulierungsgrundsätze normativ fixieren, wie diese Ziele erreicht werden sollen. Sie fungieren als Richtschnur auf dem Weg zur Erfüllung der Ziele.¹⁸ Diese systematische Abgrenzung kann inhaltlich an Art. 3 Abs. 4 TK-Kodex anknüpfen. Die sechs Regulierungsgrundsätze sind wie folgt konkretisiert:

1. Vorhersehbarkeit der Regulierung (Abs. 3 Nr. 1). – Die Vorhersehbarkeit der Regulierung soll durch die Beibehaltung von einheitlichen Regulierungskonzepten gewährleistet werden und setzt damit Art. 3 Abs. 4a des TK-Kodex um. § 17 ermächtigt die Bundesnetzagentur zum Erlass von Verwaltungsvorschriften zur Verfolgung einheitlicher Regulierungskonzepte. Diese Verwaltungsvorschriften sollen die grundsätzliche Herangehensweise und Methoden bei der Marktdefinition (§ 10), der Marktanalyse (§ 11) und bei den Regulierungsverfügungen (§ 13) beschreiben. Ziel ist es, durch eine Selbstbindung der Behörde gesteigerte Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen. Seitens der Marktteilnehmer ist die Vorschrift – m. E. zu Unrecht – kritisiert worden, da sie mangels Einklagbarkeit nicht zu einer Steigerung der Rechtssicherheit führe.¹⁹ Ein Regulierungskonzept verliert allerdings seine Relevanz, wenn entgegenstehende Vetoentscheidungen, Leitlinien oder Empfehlungen der Kommission ergehen.²⁰ Um dieser Gefahr frühzeitig entgegenzuwirken, regelt § 14 das Verfahren der Regulierungsverfügung unter Beachtung des Konsultations- und Konsolidierungsprozesses (§ 12).

2. Gewährleistung der Diskriminierungsfreiheit (Abs. 3 Nr. 2). – Abs. 3 Nr. 2 schreibt in Umsetzung von Art. 3 Abs. 4b der TK-Kodex Richtlinie als Grundsatz fest, dass die Re-

¹⁶ Insoweit gilt ein Gleiches wie für die EG-Wettbewerbspolitik; vgl. dazu EG/VO Nr. 2790/1999, Erwägungen 4 ff. Die Wahrung der Nutzerinteressen durch Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs ist und bleibt das primäre Ziel; das Integrationsziel ist dieser Zielsetzung untergeordnet.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Holznapel*, K&R 2010, 761.

¹⁸ Ähnlich bereits *Begr. Reg. BT-Drs. 17/5707*, S. 48.

¹⁹ So auch *VATM*, Stellungnahme zum RefE vom 5.11.2010, S. 12, www.vatm.de/uploads/media/05-11-2010.

²⁰ Vgl. *Holznapel*, K&R 2010, 761.

§ 2 Ziele und Grundsätze der Regulierung

gulierung **diskriminierungsfrei** zu erfolgen hat. Dies ist juristisch eine Selbstverständlichkeit; denn als staatlicher Eingriff muss die Regulierung diskriminierungsfrei erfolgen. Die BNetzA würde bei Auferlegung einer diskriminierenden Verpflichtung ihr Ermessen überschreiten, sodass die Rechtswidrigkeit der Regulierungsverfügung die Folge wäre.

- 19 3. Technologieneutrale Anwendung des Unionsrechts (Abs. 3 Nr. 3).** – Die Vorschrift legt in Umsetzung von Art. 3 Abs. 4c des TK-Kodex fest, dass bei der Verfolgung der TK-Ziele die Anwendung des Unionsrechts durch die Behörden nicht einseitig eine bestimmte technologische Richtung favorisieren darf, sondern technologieneutral und wettbewerbsfördernd bleiben muss.
- 20 4. Investitions- und Infrastrukturförderung (Abs. 3 Nr. 4).** – Die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen war bisher als Regulierungsziel geregelt und ist nunmehr im Einklang mit Art. 3 Abs. 4d des TK-Kodex als Regulierungsgrundsatz formuliert worden. Dadurch soll die Förderung jedoch keine Schwächung erfahren.²¹ Neu ist, dass der Regulierungsbehörde aufgegeben wird, wie sie Investitionen und Innovationen zu fördern hat, nämlich durch Berücksichtigung der Risiken des investierenden Unternehmens und durch Zulassung von Kooperationen zwischen dem investierenden Unternehmen und den zugangsbegehrenden Wettbewerbern. Die Regulierungsbehörde hat daher verschiedene Vereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und untereinander sowie zwischen Investoren und Zugangsnachfragern zuzulassen. Die Kooperationserlaubnis entbindet die Unternehmen jedoch nicht von der Einhaltung der kartellrechtlichen Grenzen für Kooperationen. Sie müssen den Wettbewerb auf dem Markt und den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wahren. Eine kartellrechtliche Prüfung der Kooperation durch das BKartA bleibt von Abs. 3 Nr. 4 unberührt.²²
- 21 5. Gebührende Berücksichtigung der geografischen Bedingungen (Abs. 3 Nr. 5).** – Nr. 5 diente bereits der Umsetzung von Art. 3 Abs. 4e der TK-Richtlinie. Die BNetzA soll sowohl bei der Marktdefinition und Marktanalyse als auch bei den konkreten Abhilfemaßnahmen geografische Besonderheiten, insbesondere die lokale Infrastruktur sachgerecht berücksichtigen und ggf. differenzierte Verpflichtungen entsprechend den Gegebenheiten bei den Endnutzern und Verbrauchern auferlegen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die BNetzA verpflichtet ist, regionale Märkte unterhalb der Bundesebene zu definieren.²³
- 22 6. Reduzierung der regulatorischen Vorabverpflichtungen (Abs. 3 Nr. 6).** – Nr. 6 setzt Art. 3 Abs. 4f des TK-Kodex um. Der Grundsatz, dass die Regulierung auf das Mindestmaß beschränkt wird, das zur Herstellung von wirksamem und nachhaltigem Wettbewerb erforderlich ist, wird mit Nr. 6 als Regulierungsgrundsatz verankert. Wenn eine Marktanalyse ergibt, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt ist, sondern das vom AEU-Vertrag intendierte System unverfälschten Wettbewerbs funktioniert, ist der staatliche Eingriff seinerseits eine Störung der angestrebten wettbewerblichen Ordnung der Telekommunikationsmärkte. Die Auferlegung von Vorabverpflichtungen, also die Ex-ante-Regulierung, ist im Verhältnis zur Ex-post-Missbrauchsaufsicht der stärkere Eingriff in die Handlungsfreiheit der Unternehmen. Der Regulierungsgrundsatz dient dazu sicherzustellen, dass die Regulierung stets das mildeste Mittel zur Zielerreichung zu wählen hat, d. h. Vorabverpflichtungen auch gelockert bzw. aufgehoben werden, sobald es wirksamen Wettbewerb gibt. Da

21 Begr. RegE, BT-Drs. 17/5707, S. 48.

22 Begr. RegE, BT-Drs. 17/5707, S. 48.

23 Begr. RegE, BT-Drs. 17/5707, S. 48.

wirksamer Wettbewerb immer nachhaltig ist, verwendet das Gesetz mit dem wirksamen Wettbewerb nur ein deklaratorisch verstärkendes Hendiadyon.

IV. Verhältnis des TKG zum GWB und zu Art. 101 ff. AEUV

Der Gesetzgeber stellt in § 2 Abs. 4 klar, dass die Vorschriften des GWB neben dem TKG anwendbar bleiben, soweit nicht durch das TKG ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Ebenso bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt. Die Verweisung auf das GWB hat dynamischen Charakter; sie bezieht sich auf das GWB in seiner jeweils aktuellen Fassung. Die Tragweite dieser Vorschrift wird in den Gesetzesmaterialien nicht näher erläutert. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage nach dem Verhältnis von TKG und GWB ist die Problematik bereits in der → Einl. I Rn. 54 ff. dargestellt. 23

§ 2 Abs. 4 erklärt nicht nur die allgemeinen Vorschriften des GWB für anwendbar,²⁴ sondern sämtliche Vorschriften, auch die Vorschriften über die Missbrauchskontrolle (§§ 18 ff. GWB), die i. S. des EU-Rechts europakonform auszulegen sind. Zu beachten sind künftig auch die Vorschriften des DMA.²⁵ Es kann daher das TKG nicht generell als das „speziellere Gesetz“²⁶ bezeichnet werden. Es gilt vielmehr der Grundsatz der parallelen Anwendung beider Gesetze. Aus diesem Grunde stellt § 2 Abs. 4 S. 2 klar, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden zur Anwendung des GWB unberührt bleiben. 24

Als praktisches Problem der Rechtsanwendung stellt sich daher nur die Frage, ob durch das TKG „ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden“. Eine Lektüre der Normen des TKG ergibt, dass keine einzige TKG-Vorschrift – anders als z. B. § 111 EnWG – nach ihrem Wortlaut eine Anwendung des GWB ausschließt. Verlangt man, wie es der semantische Sinn des Wortes „ausdrücklich“ (als Gegenbegriff zum Ausdruck „stillschweigend“) nahelegt, im Gegensatz zu einer stillschweigenden Regelung, dass im Wortlaut der Vorschrift der abschließende Charakter der TKG-Regelung zumindest angedeutet sein muss, so bestünde überhaupt keine Ausschlusswirkung. Der „Soweit“-Satz liefe damit leer. Es ist also zu prüfen, ob der Ausdrücklichkeitsklausel nach dem Zweck des Gesetzes kein abweichender Sinn zukommt; denn teleologisch wäre es nicht überzeugend, neben den sektorspezifischen wettbewerbsorientierten Verhaltenskontrollen (insbesondere gemäß § 37) durch die BNetzA, die inhaltlich an § 19 GWB orientiert sind, zusätzlich § 19 GWB durch das Bundeskartellamt anzuwenden.²⁷ 25

²⁴ Unzutreffend BeckTKG-Komm/*Cornils*, § 2 Rn. 96 ff.

²⁵ Vgl. *Zimmer/Göhsel*, New Competition Tool zum Digital Markets Act, ZWeR 2021, 29 ff., 36; *Colomo*, The Draft Digital Markets Act, 5.8.2021, S. 22 ff., <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3790276>, zuletzt abgerufen am 10.1.2022; näher MünchKommWettbR, Bd. 1/2, 4. Aufl. 2022 DMA.

²⁶ So zu Unrecht *Scheurle/Mayen/Gärditz*, § 2 Rn. 76; *Manssen*, § 2 Rn. 11; zutr. *Trute/Spoerr/Bosch*, § 2 Rn. 26 f. unter Hinweis auf *Picot/Burr*, ZfbF 48, 1996, 173, 198; eine Berufung auf die Regierungsbegründung zum TKG 1996 (BT-Drs. 13/3609, S. 36) ist angesichts des veränderten Wortlauts und des Schweigens der Materialien nicht möglich.

²⁷ Vgl. dazu auch die sehr differenzierten Überlegungen bei *Trute/Spoerr/Bosch*, § 2 Rn. 33 f.; *Paulweber*, Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, S. 65 ff.; ebenso ausführlich *Chr. Säcker*, Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts, 2006.