

# Spannungsfeld Infrastrukturregulierung

von Philipp Lust

Zu den Neuerungen der TKG-Novelle 2015 und  
ihren unionsrechtlichen Wurzeln

## 1. Einleitung

1.1. Neben einigen die Kundenrechte betreffenden Änderungen – im Bereich „WAP-billing“<sup>1)</sup>, bei den Vertragslaufzeiten<sup>2)</sup> und der Papierrechnung<sup>3)</sup> – hat die Novelle BGBl I 134/2015 des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG) vor allem zu wesentlichen Neuerungen im 2. Abschnitt des TKG mit den Regelungen zur „Infrastrukturnutzung“ (früher: „Leitungs- und Mitbenutzungsrechte“) geführt. Auf diese Neuerungen soll im Folgenden eingegangen werden.

Die zwischenzeitig erfolgte, neuerliche Novellierung des TKG mit BGBl I 6/2016 umfasst primär Verweise auf das neue polizeiliche Staatsschutzgesetz im 11. und 12. Abschnitt. Das Vorhaben erweiterter staatlicher EDV-Überwachung über einen vagen und offenkundig unausgegorenen „Bundes-Trojaner“ ist angesichts verfassungsrechtlicher wie technischer Bedenken vorerst wieder zurückgestellt worden.<sup>4)</sup>

1.2. Hintergrund der TKG-Novelle 2015 war die Umsetzung der „Richtlinie 2014/61/EU [...] über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation“ (in weiterer Folge: Breitband-RL). Konkret soll das Verlegen neuer, hochgeschwindigkeitsfähiger Datenleitungen (mindestens 30 Mbit/s je Kunde; Art 2 Z 3 Breitband-RL) vereinfacht werden: Einerseits sollen Bauarbeiten koordiniert werden (Art 4 ff Breitband-RL). Andererseits soll das Verlegen von Datenleitungen vereinfacht werden, indem sie verstärkt auch in sonstige, außerhalb der Telekommunikationsbranche vorhandene Infrastrukturen (Verrohrungen) eingezogen werden dürfen (Art 3 Breitband-RL). Insoweit soll durch die weitere Intensivierung der sektorspezifischen Regulierung ein beschleunigtes Nachholen der gebotenen Netzmodernisierung erreicht werden, die aufgrund des aktuellen Regulierungsansatzes im letzten Jahrzehnt in vielen Teilen Europas zu wünschen übrig gelassen hat.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> § 3 Abs 4a, § 24 Abs 2 und § 29 Abs 2a TKG; siehe auch Lust, Telekommunikationsrechtliche Änderungen aus Kundensicht, VbR 2016, 17 (18 ff).

<sup>2)</sup> § 25 Abs 3 TKG. Siehe auch die mit BGBl II Nr 173/2016 novelierte, weiterhin fragwürdige Mitteilungsverordnung – MitV, BGBl Nr 239/2012.

<sup>3)</sup> § 100 Abs 1a TKG.

<sup>4)</sup> Siehe Ministerialentwurf 192/ME des BMJ vom 31. 3. 2016 samt Stellungnahmen dazu und die Ankündigung BM Brandstetter, immerhin den aktuellen Entwurf zurückzulegen. Standard 8. 6. 2016, <http://derstandard.at/2000038486797/Justizministerium-legt-offenbar-Plaene-fuer-Bundestrojaner-auf-Eis>.

<sup>5)</sup> Siehe bspw die regelmäßigen „State of the Internet Reports“ von Akamai (<https://www.akamai.com/us/en/multimedia/documents/report/q3-2015-soti-connectivity-final.pdf> – insb 38 ff)

1.3. Anstatt einen neuen oder verschlankten Regulierungsansatz anzudenken,<sup>6)</sup> soll der schon bisher zentralwirtschaftlich geprägte, marktzutrittsfördernde „Liberalisierungsansatz“ nun auch um direkte staatliche Zuschüsse ergänzt werden. Bei den neuen Regeln<sup>7)</sup> ist daher auch an die nationale Breitbandförderung zu denken. Sie wird derzeit über das Programm „Breitband Austria 2020“ (BBA 2020)<sup>8)</sup> des BMVIT über die Forschungsförderungsgesellschaft GmbH abgewickelt. Dieses besteht aus vier Sonderrichtlinien, nach denen in einem Zeitraum von insgesamt fünf Jahren eine Milliarde Euro verteilt werden soll, um so die Investitionen der Branche von derzeit grob 500 Mio. Euro jährlich auf zumindest 900 Mio. Euro zu steigern.<sup>9)</sup>

Im Detail zeigen sich dabei neben nationalen Unklarheiten und Wertungswidersprüchen auch so man-

Dr. Philipp Lust, LL.M. (Brügge);

[www.lust.wien/recht](http://www.lust.wien/recht)

und Lust, Telekommunikationsrecht<sup>2</sup> (2015), v f und lxx.

<sup>6)</sup> Technischer Fortschritt würde eine regulierungsentlastende und wettbewerbsfördernde Neudefinition von „Netz“ und „Dienst“ iSv „Internetzugang“ und darüber erbrachten Diensten gebieten (vgl Lust, Telekommunikationsrecht<sup>2</sup>, xxxiv f). Stattdessen wurde mit der VO (EU) 2015/2120 der Grundstein für eine wettbewerbsmindernde Ausweitung der Telekom-Regulierung auf die zu übertragenden Inhalte gelegt (vgl Lust, „Offenes Internet“ – was ist das?, ecolex 2016, 265).

<sup>7)</sup> Siehe § 4a TKG zu Zuschüssen und die neuen Begriffe in § 3 Z 5a und 5b TKG; Lust, § 3 TKG Rz 60 ff, und Schilchegger, § 4a TKG, jeweils in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016).

<sup>8)</sup> <http://www.bmvit.gv.at/bmvit/telekommunikation/breitbandstrategie/foerderungen/bba2020/index.html>. Die unionsrechtliche Genehmigung der Beihilfen durch die Europäische Kommission erfolgte am 17. 12. 2015, C(2015)9686 final (abrufbar unter [http://www.lust.wien/download/ek\\_c2015-9686\\_bba2020-foerderung.pdf](http://www.lust.wien/download/ek_c2015-9686_bba2020-foerderung.pdf)).

<sup>9)</sup> Das Programm „Access“ soll die Modernisierung der Anbindung der Kunden an die Breitbandnetze in bislang weniger erschlossenen Gebieten steigern. Über „Backhaul“ sollen die Leitungen auf höherer Netzebene „verstärkt“ werden, um den Anforderungen an den Datenverkehr der Zukunft zu entsprechen. Da sich dieser Investitionsbedarf regelmäßig auf zahlreiche Kunden verteilt und über herkömmliche Marktanreize bewerkstelligt werden kann, sollten hier nur selten staatliche Investitionsanreize nötig sein. Ebenso gibt es ein Programm zur Förderung von *Leerverrohrungen* (mit und ohne Kabel) iZm mit kommunalen Tiefbauarbeiten (soweit hierbei Gemeinden gefördert werden, konnten derartige Projekte schon im Sommer 2015 noch vor der beihilfenrechtlichen Freigabe der Europäischen Kommission [FN 8] beginnen). Schließlich können 15 Mio. Euro für das „bewährte“ Austrian Electronic Network-Programm AT:net zur Förderung der „Markteinführung von Breitbandanwendungen und -diensten“ verwendet werden.



214

materiellen Bestimmungen, die auf den Begriff aufbauen, das klare Ziel der Breitband-RL<sup>21)</sup> und wird daher unionsrechtskonform auszulegen sein. Auch auf Wortinterpretationsebene ist das unproblematisch, da das TKG jenseits der typischen Rohre und Masten nur „unbeschaltete Glasfaserkabel“ jenseits der Richtlinie zur physischen Infrastruktur zählt: Würde sie der Mieter beschalten und an sein Netz anschließen, würden sie somit aus dem Begriff der physischen Infrastruktur (§ 3 Z 29 TKG) und damit aus dem Anwendungsbereich von § 8 Abs 1a TKG fallen, während ein nicht verwendbares Glasfaserkabel kaum Mietinteressenten finden wird.

Bei § 8 Abs 1b TKG können sich hinsichtlich der explizit erwähnten „Verkabelungen“ ähnliche Fragen stellen. Aufgrund der historisch besonders intensiven – ebenso durchaus fragwürdigen, aber unionsrechtlich bestimmten – Regulierung auf der „letzten Meile“ zum Kunden<sup>22)</sup> kann hier jedoch von der Vereinbarkeit der Bestimmung mit dem unionsrechtsrechtlichen Umsetzungsspielraum ausgegangen werden.

#### 4. Hochgeschwindigkeitsnetze

##### 4.1. Unklare Umsetzung der Vorgabe „30 Mbit/s“

Der Begriff des „Hochgeschwindigkeitsnetzes“ ist zentral für das Verständnis der neuen Regelungen, deren Zweck gemäß Breitband-RL die Modernisierung der Kommunikationsinfrastruktur ist. Art 2 Z 3 der Breitband-RL definiert das „Hochgeschwindigkeitsnetz“ als „ein elektronisches Kommunikationsnetz, das die Möglichkeit bietet, Breitbandzugangsdienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 30 Mbit/s bereitzustellen“.

In Widerspruch zu dieser klaren Vorgabe hat der nationale Gesetzgeber den Anspruch in § 3 Z 27 TKG deutlich nach unten nivelliert, indem er diese Datenübertragungsraten nur für den Weg vom Anbieter zum Kunden („downstream“) verlangt. Die Erläuterungen wollen sich überhaupt – wie es vor dem Hintergrund der Breitband-RL kaum vernünftig nachvollziehbar ist – mit „theoretischen“ Geschwindigkeiten im Verteilernetz des Anbieters zufrieden geben, anstatt auf die beim Kunden real erzielbare Geschwindigkeit abzustellen.<sup>23)</sup> Damit

können einerseits die unionsrechtlichen Ziele der Digitalen Agenda nicht erreicht werden, da ein die Innovation, Produktivität und Interaktion sowie die Schaffung von Werten und Inhalten förderndes Internet, das nicht nur dem Konsum dienen soll, verlässliche hohe Geschwindigkeit in beiden Richtungen erfordert.<sup>24)</sup> Die nationale Norm in § 3 Z 27 TKG wird daher unionsrechtskonform iSv „in Downstreamrichtung wie auch in Upstreamrichtung“ auszulegen sein.

##### 4.2. Auswirkungen auf die Breitbandförderung

Vor allem sind damit Auswirkungen auf den geforderten technischen Standard eines modernen „Hochgeschwindigkeitsnetzes“ und letztlich auch auf die Verwendung der staatlichen „Breitband-Milliarde“<sup>25)</sup> verbunden:

30 Mbit/s „downstream“ zum Kunden sind mit jahrzehntealten Kupfer-Telefonleitungen und aktueller digitaler Modulationstechnik (VDSL) ebenso erreichbar wie bei „shared media“ wie Kabelfernsehtetzen, bei denen sich die vorhandene Übertragungskapazität der „letzten Meile“ zum Kunden auf mehrere Kunden aufteilt. Selbst bestehende 4G/LTE-Mobilfunktechnik kann dieses Erfordernis bei guten Empfangsverhältnissen und wenigen parallelen Nutzern erfüllen. Das Erfordernis, Daten in ähnlicher Geschwindigkeit auch verlässlich vom Kunden weg „upstream“ in das Netzwerk zu bringen, können diese bestehenden Technologien jedoch kaum bewerkstelligen. Hierfür wären beim klassischen Telefonnetz nachhaltig rasche Glasfaserleitungen oder geschirmte Netzwerkleitungen zum Kunden nötig. Ähnlich wären beim Kabelfernsehtetz aufwändige neue Leitungsverlegungen erforderlich,<sup>26)</sup> während im Mobilfunk nicht allzu bald mit flächendeckend derart raschen realen Netto-Übertragungsgeschwindigkeiten zu rechnen ist.

<sup>21)</sup> Ihr geht es um den Ausbau der Leitungsführungen und Leitungen, während das Beschalten vorhandener Reserveleitungen durch Konkurrenten des Leitungsinhabers unmittelbar zu keinem Versorgungsausbau führt, mittelbar die Investitionsanreize aber deutlich mindert. „Gemeinsame Nutzung“ wird daher nur bei den „physischen Infrastrukturen“ iSd Kabelführungen, nicht jedoch bei den Leitungen selbst angestrebt, um selbsttragenden Wettbewerb paralleler Infrastrukturen zu fördern.

<sup>22)</sup> Siehe neben der „Entbündelung“ der Teilnehmeranschlussleitung und der regelmäßig regulierungserweiternden Interpretation der Regelungen durch die Generaldirektion Connect in der EK auch Art 12 Abs 3 der Rahmen-RL 2002/21/EG.

<sup>23)</sup> Weitergehend EB RV 845 BlgNr XXV. GP, 2. Bei der im Gesetz genannten „Möglichkeit“, entsprechend schnelle Breitbanddienste bereitzustellen, kann nicht die physikalisch denkbare Übertragungsmöglichkeit gemeint sein, sondern nur die tatsächlich realisierbare Geschwindigkeit beim individuellen Kunden, der eben die Möglichkeit hat, aus Kostengründen auch ein günstigeres und weniger schnelles Internetangebot zu wählen (siehe *Lust*, § 3 TKG Rz 312 ff. in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg.) TKG).

<sup>24)</sup> Siehe nur den 2. ErwGr der Breitband-RL mit dem Ziel, „sicherzustellen, dass bis 2020 alle Europäer Zugang zu sehr viel höheren Internet-Geschwindigkeiten von mehr als 30 Mbit/s haben und mindestens 50 % der Haushalte in der Union Internetanschlüsse mit mehr als 100 Mbit/s nutzen können.“

<sup>25)</sup> Siehe Punkt 1.3. für die Maßnahmen, nach denen im Jahr 2016 rund 300 Mio Euro staatliches Fördergeld bereitgestellt werden soll, danach drei Jahre lang rund 200 Mio Euro und der Rest im Jahr 2020, in dem dann auch die Ziele gemäß europäischer Digitaler Agenda zu erreichen sind. Bewährt sich die staatliche Förderung, die mindestens ebenso hohe parallele Zusatzinvestitionen der privaten Anbieter verlangt, müssten während der nächsten Jahre jeweils grob 900 Mio. Euro in den Netzausbau investiert werden (200 Mio. Euro Staat plus mindestens 200 Mio. Euro privater „Hebel“ jenseits der vergleichsweise niedrigen Ausgangsbasis von 500 Mio. Euro in den vergangenen Jahren; siehe zu den Investitionen RTR Telekom Monitor 1/2016, 69).

<sup>26)</sup> In den letzten 20 Jahren der „Liberalisierung“ wurde beim leitungsgebundenen Anschluss zum Kunden hingegen typischerweise (und aus betriebswirtschaftlicher Sicht vernünftigerweise) nicht in modernen Ersatz der vor Jahrzehnten verlegten und betriebswirtschaftlich zwischenzeitig regelmäßig (intern) abgeschriebenen Leitungen investiert, sondern bloß in neuere Beschaltungselektronik für die alten Leitungen. Insoweit ist die aktuelle Beschaltung alter Leitungen trotz aktueller digitaler Signalverarbeitungstechnik bereits sehr nahe am physikalischen Limit. Ein Glasfaserkabel bis zum Kunden hätte hingegen deutliche Kapazitätsreserven, zahlt sich aber bei Normalkunden mit bestehender Leitung kurzfristig kaum aus.

Während das Unionsrecht mit der Erleichterung des Ausbaus physischer Infrastrukturen sowie der monetären Förderung de lege lata jedenfalls ein echtes Vorziehen einer nachhaltigen Netzmodernisierung erreichen möchte, könnte i.S. der österreichischen Umsetzung potenziell jede Tätigkeit der Netzbetreiber als hochgeschwindigkeitsrelevant angesehen werden. Dadurch besteht die Gefahr, dass die staatlichen Förderungen vielfach ohnehin entstehende „Sowieso“-Kosten der Anbieter abdecken.<sup>27)</sup> Diesfalls würden die staatlichen Mittel eher zur betriebswirtschaftlichen Profitabilitätssteigerung der großen Netzbetreiber beitragen als zu volkswirtschaftlich rechtfertigbaren Anliegen der Allgemeinheit, die ohne Einsatz von Steuergeldern nicht allzu bald erreicht werden würden. Zu letzteren könnte die moderne Erschließung entlegener Gebiete oder die nachhaltige Modernisierung der „letzten Meile“ zum Kunden zählen. Das von den Förderrichtlinien ebenfalls erfasste Nachholen des Standes der Technik auf höheren Netzebenen der Anbieter sollte hingegen vielfach auch ohne Förderung über die langjährigen Entgelte der Kun-

den rentabel sein, sofern es nicht schon in den letzten Jahren geboten gewesen wäre.<sup>28)</sup>

## 5. Fazit

Die aktuelle TKG-Novelle belegt, dass das in den 1990er-Jahren in Aussicht gestellte Auspendeln der sektorspezifischen Regulierung in weiter Ferne liegt.<sup>29)</sup> Stattdessen werden die großen nationalen Netzbetreiber auch großzügig mit direkten Förderungen versorgt. Der Grundzweck staatlicher Marktregulierung, den Einzelnen vor der Übermacht des Anbieteroligopols zu schützen, um z.B. die Weitergabe von Kostenvorteilen zu fördern oder durchsetzbare Ansprüche auf echte „30 Mbit/s“ zu schaffen, ist dagegen ins Hintertreffen geraten.

Es wird daher zu beobachten sein, ob der Staat mit den umfangreichen Breitbandförderungen in eine baldige, glasfaserbasierte Infrastruktur der Zukunft bis zum Kunden hin investiert<sup>30)</sup> oder ob er mit den Fördergeldern lediglich eine geringfügige Aufrüstung des Bestehenden sowie ein rascheres Verdauen der Lizenzgebühren für die Mobilnetzbetreiber ermöglichen wird.

<sup>27)</sup> Scheinbar ist hierzulande selbst in den regelmäßig profitabel erschließbaren Ballungsräumen die Inanspruchnahme von Fördergeldern möglich. Umgekehrt ist zu bedenken, dass die Grundgebühren bei leitungsbasierten Internetzugängen einen maßgeblichen Anteil für die in den letzten Jahren zurückgegangenen Netzinvestitionen (vgl. FN 25) enthalten. Außerdem sind bei Gesprächstarifen im Festnetz ebenso wie bei sämtlichen Preisen im Mobilfunkbereich (siehe BWB, *The Austrian Market for Mobile Telecommunication Services to Private Customers*, 19 f. 27 f. 33 und 35) grob 100 %-ige Aufschläge üblich (*Lust*, *Telekom-Branchenuntersuchung*, MR 2016, 105). Entsprechend sollten die langjährigen Margen ausreichen, um auch ohne staatliche Förderung hinreichend in den jeweiligen Stand der Technik investieren zu können.

<sup>28)</sup> Gemäß klarem Ziel in Art 1 Abs 1 der Breitband-RL geht es um die Schaffung physischer Infrastrukturen zur Aufnahme moderner Leitungen und den Ausbau moderner Glasfasernetze, sodass die modernere Beschaltung vorhandener Leitungen (auch mangels Notwendigkeit des Zugangs zu Rohren etc) nicht erfasst ist.

<sup>29)</sup> Siehe bereits *Lust*, *Telekommunikationsrecht*, lxxii ff.

<sup>30)</sup> Bezeichnend ist, dass der Marktführer im Festnetz zwischenzeitlich weniger mit Glasfasertechnik als mit „glasfaserschneller“ Technik wirbt.