



Redigiertes Wortprotokoll der 33. Sitzung

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Berlin, den 13. Februar 2019, 11:00 Uhr
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Straße 1
Paul-Löbe-Haus
Raum E 600

Vorsitz: Cem Özdemir, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Seite 4

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)

BT-Drucksache 19/6336

Federführend:

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Ausschuss Digitale Agenda

Berichterstatter/in:

Abg. Daniela Kluckert [FDP]

b) Unterrichtung durch die Bundesregierung

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)

-19/6336-

Gegenäußerung der Bundesregierung

BT-Drucksache 19/6437

Federführend:

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Ausschuss Digitale Agenda

Berichterstatter/in:

Abg. Daniela Kluckert [FDP]

Anlagen:

Zusammenfassung der
Stellungnahmen A-Drs. 19(15)181-A-E

Seite 26

**Mitglieder des Ausschusses**

	Ordentliche Mitglieder	Stellvertretende Mitglieder
CDU/CSU	Behrens (Börde), Manfred Bellmann, Veronika Donth, Michael Holmeier, Karl Jarzombek, Thomas Ludwig, Daniela Obner, Florian Ploß, Dr. Christoph Pols, Eckhard Schnieder, Patrick Schreiner, Felix Sendker, Reinhold Simon, Björn Storjohann, Gero Uhl, Markus	Damerow, Astrid Erndl, Thomas Koeppen, Jens Lange, Ulrich Lips, Patricia Möring, Karsten Müller (Braunschweig), Carsten Rehberg, Eckhardt Riebsamen, Lothar Schweiger, Torsten Stracke, Stephan Tebroke, Dr. Hermann-Josef Vogel (Kleinsaara), Volkmar Wegner, Kai Whittaker, Kai
SPD	Burkert, Martin Herzog, Gustav Klare, Arno Korkmaz, Elvan Lühmann, Kirsten Müller (Chemnitz), Detlef Schiefner, Udo Schmidt, Uwe Stein, Mathias	Bartol, Sören De Ridder, Dr. Daniela Hartmann, Sebastian Hitschler, Thomas Nissen, Ulli Rimkus, Andreas Rützel, Bernd Schmid, Dr. Nils
AfD	Büttner, Matthias Holm, Leif-Erik Magnitz, Frank Mrosek, Andreas Spaniel, Dr. Dirk Wiehle, Wolfgang	Bernhard, Marc Ehrhorn, Thomas Komning, Enrico Kraft, Dr. Rainer Wildberg, Dr. Heiko
FDP	Herbst, Torsten Jung, Dr. Christian Kluckert, Daniela Luksic, Oliver Reuther, Bernd	Hessel, Katja Hocker, Dr. Gero Clemens Müller, Alexander Sauter, Christian Sitta, Frank
DIE LINKE.	Cezanne, Jörg Leidig, Sabine Remmers, Ingrid Wagner, Andreas	Domscheit-Berg, Anke Lenkert, Ralph Lutze, Thomas Zimmermann, Pia
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Gastel, Matthias Gelbhaar, Stefan Kühn (Dresden), Stephan Wagner, Daniela	Krischer, Oliver Nestle, Ingrid Özdemir, Cem Tressel, Markus



Liste der eingeladenen Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Mittwoch, 13. Februar 2019, 11.00 Uhr
Sitzungssaal E 600 des Paul-Löbe-Hauses

Josef Bednarski

Konzernbetriebsrat Deutsche Telekom AG

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

Universität Mannheim

Dr.-Ing. Thomas Haustein

Fraunhofer-Institut für Nachrichtentechnik

Dr. Iris Henseler-Unger

Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste

Michael Horn

Chaos Computer Club

Sven Knapp

BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Universität Regensburg

Dr. Kay Ruge

Deutscher Landkreistag e.V.



Einzigiger Tagesordnungspunkt

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)

BT-Drucksache 19/6336

b) Unterrichtung durch die Bundesregierung

Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG) -19/6336-

Gegenäußerung der Bundesregierung

BT-Drucksache 19/6437

Vorsitzender: Zu unserer Anhörung darf ich ganz besonders die Gäste und die Sachverständigen herzlich begrüßen: Herrn **Josef Bednarski** vom Betriebsrat der Deutschen Telekom AG, Herrn **Prof. Thomas Fetzer** von der Universität Mannheim, Herrn **Dr. Thomas Hauste**in vom Fraunhofer Institut für Nachrichtentechnik, Frau **Iris Henseler-Unger** vom Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste, Herrn **Michael Horn** vom Chaos Computer Club, Herrn **Sven Knapp** vom Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO e.V.), Herrn **Prof. Jürgen Kühling** von der Universität Regensburg und Herrn **Dr. Kay Ruge** vom Deutschen Landkreistag. Ich möchte den Sachverständigen, die schriftliche Stellungnahmen eingereicht haben, dafür herzlich danken. Ich gehe davon aus, dass alle Mitglieder unseres Ausschusses – wie üblich – diese vollständig gelesen haben. Diese sind als Ausschuss-Drucksache 19(15)181-A-E verteilt, liegen hier heute aus und sind im Internet abrufbar. Die Anhörung läuft nach folgendem Verfahren ab: Wir haben uns darauf verständigt, dass es keine Eingangsstatements der Sachverständigen gibt. In jeder Fragerunde können die Mitglieder unseres Ausschusses, die sich zu Wort melden, bis zu zwei Fragen stellen, die Fragesteller können außerdem in einer Fragerunde höchstens zwei Sachverständige befragen. Aufgrund eines Beschlusses des Ausschusses bitte ich die Fragesteller, sich auf eine Redezeit von drei Minuten zu beschränken. Oben auf dem Bildschirm wird als Hilfestellung die abgelaufene Redezeit angezeigt. Die Sachverständigen haben mehr Zeit; sie dürfen fünf Minuten pro Antwort in Anspruch nehmen. Damit

möglichst viele Fragen beantwortet werden, haben Sie dann bei zwei Fragen logischerweise zehn Minuten; das kann man ausschöpfen, muss man aber nicht. Und dann geht's weiter mit der nächsten Fragerunde. Wir gehen insgesamt von einem Zeitrahmen von 1 ¾ Stunde aus, also bis 12.45 Uhr. Eingeplant haben wir zwei Frage- und Antwortrunden. Von der öffentlichen Anhörung werden wir wie üblich ein Wortprotokoll erstellen, das für alle öffentlich zugänglich ist. Außerdem wird die Anhörung im Parlamentsfernsehen auf Kanal 2 zeitversetzt ab 18.00 Uhr übertragen und ist im Internet abrufbar. Die erste Fragerunde beginnt mit dem Kollege Lange von der CDU/CSU-Fraktion, Sie haben das Wort.

Abg. **Ulrich Lange** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen, meine Dame und meine Herren Sachverständige, zunächst von unserer Seite ein herzliches Dankeschön auch für die eingereichten Schriftsätze. Ich möchte vorab in einer kurzen Einleitung ein paar Dinge ein bisschen einordnen, die sich schon teilweise aus den schriftlichen Stellungnahmen ergeben haben. Wir sind im gesamten Bereich seit Mitte 2017 unterwegs, sehr intensiv, auch im Hinblick auf Mobilfunkversorgung. Wir stehen jetzt vor der 5G-Frequenz-Vergabe. Wir haben dort eine schwierige Situation mit einer Anrechnungsklausel, das brauche ich hier nicht weiter auszuführen. Wir haben natürlich die Sorge und Frage nach einer zuverlässigen Mobilfunknetzversorgung in allen Regionen. Um nicht einfach das Ganze weiterlaufen zu lassen, kommt jetzt dieses 5. TKG Änderungsgesetz ins Spiel, weil wir uns natürlich auch Gedanken über Instrumente machen, die wir unter Umständen hier in diesem Verfahren einbringen können, nämlich ob es denkbar ist, die Europäische Richtlinie zum lokalen Roaming hier schon umzusetzen und einzusetzen. Wir wissen – und das wissen Sie alle, die die Diskussion verfolgen - dass es im Detail durchaus eine divergierende Diskussionsgrundlage gibt. Nichtsdestotrotz möchte ich auf die rechtlichen und technischen Fragen hier kurz eingehen, insofern auch, ob es eine Ultima Ratio-Verpflichtungsmöglichkeit gibt. Meine beiden Fragen richten sich an Prof. Kühling. Die erste Frage: Welchen Zeitpunkt würden Sie auch im Hinblick auf das anstehende 5G-Vergabeverfahren für eine Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 Kodex empfehlen, so dass eine nationale Regelung eine möglichst positive Wirkung entfalten kann? Und



die zweite Frage: Wie beurteilen Sie die Reichweite einer Verpflichtungsmöglichkeit zum lokalen Roaming, insbesondere für die relevanten Frequenzen? Dankeschön.

Abg. **Matthias Büttner** (AfD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank auch an die Sachverständigen an dieser Stelle für ihre ausführlichen Stellungnahmen. Ich würde gleich mit einer etwas allgemeinen Frage anfangen wollen, diese richtet sich an Frau Dr. Henseler-Unger.

In Ihrer Stellungnahme schreiben Sie, dass es sich beim Sachverhalt des Überbaus um ein spezifisch deutsches Phänomen handelt. Gleichzeitig schreiben Sie auch, dass die vorgeschlagene Änderung des Telekommunikationsgesetzes nur wenige Fälle regeln dürfte, und dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung geringe Relevanz hat. Gelten denn diese Aussagen für alle drei Versionen des vorliegenden Gesetzesentwurfes, also sprich: dem Referentenentwurf vom BMVI, dem ressortabgestimmten Entwurf und der Version des Bundesrates und in welcher Reihenfolge von stark zu schwach würden Sie diese drei Entwürfe denn einordnen?

Eine ähnliche Frage hätte ich an Herrn Knapp. Die ist vielleicht doch etwas sehr theoretisch. Könnten Sie beziffern, in Monaten oder Jahren, wie stark die jeweiligen Versionen – also auch wieder: jetzige Fassung, Referentenentwurf, ressortabgestimmter Entwurf und Version Bundesrat – den Glasfaserausbau bremsen bzw. beschleunigen würden?

Vorsitzender: Vielen Dank, Kollege Herzog, bitte, für die SPD-Fraktion.

Abg. **Gustav Herzog** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen, die mediale Begleitung dieser Anhörung, die ich schon für besonders halte, zeigt ja, dass es heute um mehr geht als nur um die Frage, ob in den Graben ein zweites Glasfaser reingelegt werden darf, sondern dass es auch um eine grundsätzliche Erörterung von Fragen geht, wie wir den Ausbau der digitalen Infrastruktur vorantreiben. Für uns als SPD-Bundestagsfraktion sind die gleichwertigen Lebensverhältnisse in den Metropol-Regionen und in den ländlichen Räumen wichtig, die Teilhabe am digitalen Fortschritt ist für uns unteilbar. Wir reden heute über zwei Instrumente, die uns dabei helfen sollen. Das ist der Investitionsschutz bei

dem Glasfaserausbau und man könnte in diesem digitalen Bereich sagen, analog dazu, um den Investitionsschutz von Mobilfunkanbietern, die ihrerseits die Infrastruktur ausbauen, und die Frage ansteht, inwieweit diese Infrastruktur von Mitbewerbern mitbenutzt werden darf. Ich bitte aber um Nachsicht, dass die aktuelle Diskussion dazu geführt hat, dass Sie sozusagen zum zweiten Fragekomplex Fragen gestellt bekommen, auch wenn er nicht auf dem Tisch liegt. Das ist sozusagen ein virtueller Änderungsantrag, über den wir reden, der noch nicht das Licht der Welt erblickt hat.

Meine Frage geht an Herrn Bednarski und an Prof. Fetzer, nämlich: im Hinblick auf 77i, halten Sie die Regelungen, die jetzt die Bundesregierung vorgeschlagen hat, für „die“ passenden, um das Problem zu lösen? Das war ja eine Entscheidung der Bundesnetzagentur, es gibt noch Alternativen zu diesem Vorschlag. Halten Sie den Vorschlag der Bundesnetzagentur, der Bundesregierung, für den richtigen?

Und das Zweite: Herr Prof. Fetzer, vielen Dank für Ihre schriftliche Ausarbeitungen, auch insbesondere für die nachgereichte. Wie schätzen Sie denn die Reichweite der Regelung des Europäischen Codex ein und eine mögliche Umsetzung im TKG in Hinblick auf die rechtliche, die tatsächliche Wirkung? Also: wann könnte sozusagen die Bundesnetzagentur überhaupt mit diesem Instrument umgehen?

Herr Bednarski, Sie sind Diplom-Ingenieur, Elektrotechnik, Fachrichtung Nachrichtentechnik. Also Sie verstehen etwas von dem Handhaben der ganzen Sache, über die wir hier reden. Wie schätzen Sie den Aufwand ein, den die Mobilfunkbetreiber vor sich haben, um ein mögliches lokales Roaming zu organisieren, und was würden Sie als Kunde wählen, Infrastruktur-Sharing oder lokales Roaming?

Vorsitzender: Vielen Dank, Frau Kollegin Kluckert für die FDP-Fraktion, die zugleich auch stellvertretende Vorsitzende des Ausschusses ist, bitte sehr.

Abg. **Daniela Kluckert** (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, die digitale Infrastruktur ist ein wesentlicher Kernbestandteil überhaupt jeder Innovation, die wir in Deutschland tätigen können. Deswegen haben wir als Fraktion auch schon eine Vielzahl von Vorschlägen in den Bundestag einge-



bracht, um hier voranzukommen. Erst heute wieder haben wir einen Antrag im Ausschuss gestellt, damit wir schneller im Breitband, aber auch im Mobilfunk in Deutschland vorankommen. Die im jetzigen Änderungsgesetz vorgeschlagenen Regelungen betreffen ja vor allem Unternehmen, die durch die neue Förderrichtlinie sowieso schon besonders abgesichert sind, weil im Fall eines Überbaus eine Ausgleichszahlung gewährt werden kann.

Deswegen würde ich Sie bitten, Frau Dr. Henseler-Unger, einmal dazu Stellung zu nehmen, wie Sie diese vorgeschlagene Änderung daraufhin bewerten, dass der Überbau oder der Ausbau zunächst mit Steuergeldern gefördert wird, und dann, wenn sich die Wirtschaftslücke auch noch vergrößert, das noch einmal mit Steuergeldern ausgeglichen wird, also mit staatlichen Mitteln.

Meine zweite Frage geht auch an Sie, Frau Dr. Henseler-Unger, ich würde Sie bitten, einmal zu sagen, was Sie eigentlich glauben. Sie hatten ja in Ihrem Gutachten oder in ihrer Stellungnahme geschrieben, dass das so ein bisschen „weiße Salbe“ ist, die man probiert draufzulegen. Was würden Sie denn sagen, was gibt es sonst noch für Möglichkeiten, eine Kostenteilung der verschiedenen Akteure zu ermöglichen und einen sonstigen Überbau zu verhindern? Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke sehr, Frau Kollegin Domscheit-Berg, bitte, für DIE LINKE.

Abg. **Anke Domscheit-Berg** (DIE LINKE.): Wir haben in dem tatsächlich vorliegenden und dem virtuell vorliegenden Fall zum einen zu tun mit einem natürlichen Monopol, wie dem Zugang zu Glasfaser, der Infrastruktur der digitalen Gesellschaft, aber auch mit der begrenzten natürlichen Ressource, die wir bei Frequenzen vorliegen haben, wo wir jetzt über das Thema nationales/regionales Roaming reden. Bei beiden Voraussetzungen bin ich der festen Überzeugung, dass der Wettbewerb nicht auf der Infrastruktur-, sondern auf Dienste-Ebene stattfinden sollte und dass unbedingt für diese wichtigen digitalen Infrastrukturen ein Open-Access-Modell maßgebend sein sollte. Wir waren mit dem Ausschuss Digitale Agenda gerade letzte Woche unterwegs, in den Vereinigten Emiraten und im Oman. Im Oman finde ich besonders interessant, dass man genau das als Erkenntnis hatte, und zwar schon etwas

früher. Dort hatte man genau wie bei uns drei Mobilfunkbetreiber, die es nicht gebacken gekriegt haben, die weißen Flecken zu beseitigen, und man hatte die gleichen Firmen, die es nicht geschafft haben, Glasfaser auszubauen. Man hat demzufolge entschieden, eine staatliche Infrastrukturgesellschaft für den Ausbau von Glasfaser zu schaffen in Verbindung mit Open-Access, und der gleiche Ansatz im Bereich Mobilfunk mit Basisstationen, die durch den Staat gebaut werden ... eine Funkzelle gleich eine Basisstation, der Rest ist Open-Access.

Ich würde auf der Basis dieser Erkenntnisse gern Michael Horn vom Chaos Computer Club fragen, wie er im Bereich Mobilfunk die Themen „national“ oder „regionales Roaming“ im Zusammenhang oder im Vergleich sieht zum Thema Infrastruktur-Sharing? Was sind die jeweiligen Vor- und Nachteile, in welchen Fällen – zum Beispiel weiße Flecken vs. Verkehrsinfrastruktur, wo vielleicht ein Anbieter was hat, aber andere nicht?

Und ich hätte zusätzlich gern gewusst, was er zur Machbarkeit sagen kann, ob er Beispiele kennt, wo man Ähnliches schon getan hat und mit welchem Ergebnis, und wie er das bewerten würde für den deutschen Markt.

Vorsitzender: Danke sehr, Frau Kollegin Rößner, bitte, für DIE GRÜNEN.

Abg. **Tabea Rößner** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, auch für die Stellungnahmen, und wenn ich mal so ein bisschen zurückblicke auf die letzte Wahlperiode, wo wir das DigiNetzGesetz beraten haben, war ja gerade die Frage des strategischen Überbaus eine zentrale Frage. Wenn man sich angeguckt hat, wie vor Ort an einigen Stellen ausgebaut wurde, ist genau das passiert, was wir auch befürchtet hatten. Insofern glaube ich, ist es wichtig, dass wir uns damit befassen. Und deshalb meine erste Frage oder meine ersten beiden Fragen an Frau Dr. Henseler-Unger:

Die geplanten Regelungen hinsichtlich Breitbandausbau, gerade in den unwirtschaftlichen, unattraktiven ländlichen Regionen, kommen die denn mit diesen Regelungen jetzt in Schwung und falls nicht, woran hakt es denn und was fehlt?

Und die zweite Frage wäre: Sie erwähnen in Ihrer Stellungnahme, dass es ratsam wäre, das Markterkundungsverfahren verbindlicher zu machen, als



es jetzt derzeit ist, indem man festlegen würde, dass die Unternehmen sich an ihre in diesem Zusammenhang gemachten Angaben auch tatsächlich für eine gewisse Zeit halten müssen. Wie könnte denn so eine Regelung konkret aussehen und wo müsste die angesiedelt werden?

Und die dritte Frage an Herrn Knapp vom BREKO: Kommunale Unternehmen werden nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung ohne rechtfertigenden Grund einem höheren Investitionsrisiko ausgesetzt als alle anderen Marktteilnehmer, schreiben Sie in Ihrer Stellungnahme. Im Gegensatz dazu sagen aber andere Teilnehmer, dass es eine Privilegierung der kommunalen Unternehmen geben wird. Können Sie noch mal kurz erläutern, worin genau aus Ihrer Sicht die Benachteiligung kommunaler Unternehmen besteht? Danke.

Stellv. Vorsitzende: Ja, vielen Dank, Frau Kollegin, auch von dieser Stelle noch einmal ein herzlichen guten Tag an Sie, ich würde jetzt zuerst bitten, Frau Dr. Henseler-Unger, einmal in die Beantwortung der Fragen zu gehen.

Iris Henseler-Unger (Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste): Vielen Dank für die Fragen. Vielleicht zuerst zum internationalen Vergleich. Wir haben diese Studie durchgeführt und haben uns die Umsetzung der Kostensenkungsdirektive in Europa angesehen. Dabei muss man sagen, dass auch viele andere Mitgliedsstaaten wie Deutschland vorab – bevor die Kostensenkungsdirektive auf europäischer Ebene erlassen wurde – schon solche Regelungen hatten. Insofern kann man sich also die Fälle ansehen, die geregelt wurden. Und tatsächlich ist es so, dass die Fälle, die sich im weitesten Sinne um Überbau ranken, tatsächlich nur in Deutschland auftreten. Sie werden das finden in unserer Studie, dass wir da nur deutsche Fälle darlegen. Ich hatte ja versucht, in meiner Stellungnahme darzulegen, das mag an der typischen deutschen Situation liegen, wo sehr viele kleinere Unternehmen lokal vor Ort unterwegs sind und von daher natürlich es sehr viel komplexer ist, als wenn sehr große Unternehmen unterwegs sind, oder wenn der Ausbau – das ist die andere Alternative – eben nur durch Nutzung von Leerrohren erfolgen kann. Insofern ist das hier schon eine besondere Situation.

Dann haben Sie gefragt zur Relevanz der jetzigen

Regelung. Wenn man sich die Überbaudiskussion anguckt, verbergen sich hinter diesem Schlagwort eigentlich relative viele Vorgänge. Das fängt an mit dem Überbau, wie wir ihn heute diskutieren, wenn Gräben offen sind, also die Mitverlegung, geht aber auch hin zu Situationen, wo Leerrohre mitgenutzt werden und ähnliches. Und wenn man sich die Streitschlichtungsfälle anguckt, die bei der Bundesnetzagentur gelandet sind, ist das auch eine sehr heterogene Landschaft, die unter dem Stichwort Überbau genannt wird.

Was jetzt den § 77i angeht, hat Frau Kluckert, glaube ich, einen guten Punkt aufgegriffen. In vieler Hinsicht, glaube ich, umfasst dieser die Breite des Phänomens, das wir in Deutschland mit Überbau diskutieren, nicht, er regelt nur einen Einzelfall, in dem bei der Förderung und dann eben bei der neuen Regelung noch in den Förderrichtlinien, dass hier eine gewisse Kompensation eingefordert werden kann, wenn überbaut wird. Natürlich ist das – wenn Sie so wollen – mehr Geld ausgeben, wenn kompensiert wird, auf der anderen Seite ist es natürlich auch – wenn man so will – vielleicht gut angelegtes Geld, weil Wettbewerb in der Region gesteigert wird. Und letztlich geht es ja um den Endkunden, der eben Optionen haben könnte und hier vielleicht – ich sage mal – billiger als das eben vorher der Fall war.

Mich hat Herr Büttner gefragt, wie ich das sehe. Zum Referentenentwurf des BMVI, das sehen Sie auch an meiner Stellungnahme: ich würde gern etwas verbindlicher sein, das „sollen“ einführen, das wäre aus meiner Sicht schon richtig, die jetzige Formulierung mit dem „können“ ist sehr weich. Wenn man also schon einen § 77i macht, müsste man die härtere Formulierung des Referentenentwurfes nehmen. Die Regelungen aus dem Bundesrat heraus, halte ich für zu weitgehend, weil sie praktisch alle Fälle umfassen, die die Kostensenkungsrichtlinie regeln wollte. Sie liefere also ins Leere. Die Regelungen wären europarechtlich nicht statthaft, und sie umfassen auch Fälle, die – wenn man sich die Streitschlichtungsverfahren ansieht – bewusst ...natürlich... die Mitverlegung mit beinhalten sollten, zum Beispiel, wenn Anliegerbeiträge bezahlt werden. Dann ist das kein öffentliches Geld, was da investiert wird in den Ausbau, sondern das ist tatsächlich privates Geld der Endverbraucher. Der Bundesratsvorschlag ist aus meiner Sicht europarecht-



lich nicht statthaft und, wie gesagt, er ist so allgemein, dass er auch die im deutschen Zusammenhang genannten Fälle nicht alle abdecken kann. Ich hatte, wenn es um Alternativen geht, in meiner Stellungnahme angeregt, ob man nicht über Kostenteilungsmaßnahmen nachdenken will. Bisher hat man das so gemacht: Bei der Mitverlegung hat man die Kosten des Grabens oder die zusätzlichen Kosten des Grabens umgelegt; das ist im Zweifelsfall viel Geld. 80 Prozent der Kosten bei der Glasfasererschließung sind tatsächlich Tiefbaukosten. Auf der anderen Seite geht es auch um Kompensation, wenn Endkunden abspringen, das ist typischerweise der Fall, wenn ein sehr großer marktrelevanter Player die Mitverlegung einfordert und ein kleiner sozusagen der Leidtragende ist. Dann kann man sich überlegen, ob man die Regelungen, die ansonsten bei der Mitnutzung schon definiert worden sind, also eine Kompensation für den Endkundenbereich, mit aufnimmt. Das ist so ein bisschen der Versuch, Frau Kluckert, das, was jetzt aus der Förderrichtlinie, der Kompensation aus der Förderrichtlinie kommt, jetzt auf die Markt-Player zu verlagern. Und dann kann man sich auch vorstellen, dass für den einen oder anderen sich die Mitverlegung dann nicht mehr rechnen könnte.

Frau Rößner, ich glaube, wir beide sind soweit im Thema drin, dass wir wissen, dass eine § 77i-Regelung nicht den Breitbandausbau in Deutschland nennenswert voranbringen wird. Wir beobachten alle fasziniert, dass die Förderung hohe Summen hat, aber kaum abgerufen wird, das heißt, sehr, sehr langsam in Gang kommt, dass wir sehr viel Zeit hier verbringen. Man kann sich natürlich fragen, ob Änderungen der Förderrichtlinien, Änderungen im Gesetz tatsächlich dazu beitragen, das schneller zu machen, oder ob sie eher dazu beitragen, dass alle Beteiligten abwarten und sozusagen, die Rechtssicherheit infrage gestellt sehen. Ich glaube schon, dass wir an anderen Stellen ansetzen müssten, als am § 77i.

Markterkundungsverfahren verbindlicher zu machen, das ist – wenn man so will – ein gewisser Investitionsschutz für den Erstausbauenden, man kann dann über 3 oder 5 Jahre reden, in denen kein anderer in den Markt eintreten kann. Das ist rechtlich nicht einfach, das haben sich, glaube ich, schon viele angesehen, wie man das hinbekommt, weil es viele Fälle gibt. Da hat einer am

Markterkundungsverfahren gar nicht teilgenommen, da müsste man letztlich die Negativauskunft feststellen. Es gibt sehr viele Fälle, wo es auch gar nicht um strategischen Ausbau geht, sondern es hat sich einfach der Business Case geändert: ich habe einen großen Industriekunden gewonnen in der Region, dann baue ich natürlich die Gemeinde mit aus, das heißt, meine damalige Auskunft ist hinfällig vor dem Hintergrund der aktuellen wirtschaftlichen Situation. Das sozusagen ist in den Griff zu bekommen.

Stellv. Vorsitzende: Vielen Dank, Frau Dr. Henseler-Unger, Herr Knapp, bitte.

Sven Knapp (BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.): Vielen Dank. Zunächst auf die Frage von Herrn Büttner eingehend, ob ich beziffern kann, inwieweit die unterschiedlichen Gesetzentwürfe, die vorliegen, die Hemmnisse im Glasfaserausbau auflösen: da kann man sagen, das ist ein Blick in die Glaskugel. Zunächst einmal ist es so: das Ziel des Gesetzentwurfes, die Hemmnisse zu beseitigen, geht in die richtige Richtung.

Man muss zunächst mal sehen: der ursprüngliche Entwurf war darauf ausgerichtet, eine klare Unzumutbarkeitsregel einzuführen, das heißt, wenn ein Überbaufall vorliegen würde, wäre per se durchs Gesetz klargestellt, dass das nicht möglich wäre. Insofern ist der aus unserer Sicht deutlich besser geeignet, den Glasfaserausbau zu beschleunigen, als der jetzt vorliegende Entwurf der Bundesregierung. Der sieht ja nur – wie Frau Henseler-Unger auch schon gesagt hat – eine Prüfung vor, die letztlich in langwierigen Verfahren bei der Bundesnetzagentur endet. Das wird letztlich dazu führen, wenn wir uns die Investorenseite ansehen, dass ein ausbauwilliges Unternehmen sich dagegen entscheiden wird, in den Ausbau zu gehen, weil es einfach sagt, da sind so viele rechtliche Unwägbarkeiten für mich, ob sich mein Ausbau in der Praxis realisieren lässt – und vor allem wirtschaftlich realisieren lässt –, dass es im Zweifel sagen wird, dieses Risiko gehe ich nicht ein.

Aber was deutlich wichtiger ist, ist der Aspekt, der im Gesetzgebungsverfahren bisher nur am Rande oder gar nicht beleuchtet wurde, und zwar: wie geht man mit der unterschiedlichen Behandlung um, die wir aktuell haben, auf der einen Seite von kommunalen Unternehmen und auf der anderen Seite den sonstigen Unternehmen im



Markt.

Wir haben aktuell den Fall, dass sich sehr viele Akteure im Breitbandausbau bewegen; es ist ein sehr wettbewerbsintensiver Markt, und die Regelungen, die jetzt im Gesetz stehen, im § 77i, die benachteiligt kommunale Unternehmen insofern, dass sie nach den bisherigen ergangenen Entscheidungen der Bundesnetzagentur ...also dass die Bundesnetzagentur die Regelungen so auslegt, dass kommunale Unternehmen bei jedem Ausbau letztlich zu einer Mitverlegung verpflichtet werden können. Im Unterschied dazu: Ein rein privatwirtschaftliches Unternehmen, auch wenn das eigenwirtschaftlich ausbaut, wird nicht erfasst. Diese Regelung verkennt aber, oder diese Entscheidungen verkennen aber, dass auch kommunale Unternehmen im Schwerpunkt eigenwirtschaftlich ausbauen; auch kommunale Unternehmen besorgen sich Geld am Kapitalmarkt und machen eigenwirtschaftlichen Ausbau. In dem Zusammenhang würde ich auch gern auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts verweisen. Das ist eine relativ aktuelle Entscheidung, da ging es um das Thema Vectoring, und da sagt das Bundesverwaltungsgericht: auch kommunale Unternehmen sind, wenn sie eigene Mittel ansetzen, als private Anbieter zu sehen und insofern wäre diese Klarstellung im Gesetz – wir haben auch einen Vorschlag dazu gemacht – aus unserer Sicht besonders wichtig, um letztlich den Glasfaserausbau in Deutschland erheblich zu beschleunigen. Diese Klarstellung fehlt aus unserer Sicht, sie ist weder im Entwurf zum Gesetzestext bisher enthalten, noch ist das in der Begründung hinreichend deutlich klargestellt. Insofern ist unser klares Votum, dort nachzuschärfen, um letztlich gleiche Chancen für alle Marktteilnehmer herzustellen, um zu ermöglichen, dass wir möglichst in Deutschland jetzt endlich mal vorankommen im Glasfaserausbau.

Auf die Frage von Frau Rößner eingehend: ich glaube, die wesentlichen Punkte habe ich schon gesagt. Wenn kommunale Unternehmen eigenwirtschaftlich ausbauen, werden sie aktuell schlechter gestellt, als eben andere Unternehmen, wie beispielsweise eine Telekom, und aus unserer Sicht kann das nicht sein, weil sie beide auf dem gleichen Markt aktiv sind. Wir reden hier nicht über den Einsatz öffentlicher Mittel, also wenn es um Förderung geht, ist das ein anderer Regelfall,

aber solange wir uns im eigenwirtschaftlichen Bereich bewegen, müssen alle Unternehmen aus unserer Sicht gleichgestellt werden. Insofern ist da auch eine entsprechende Definition erforderlich.

Stellv. Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Knapp, als nächstes bitte ich Herrn Prof. Kühling ums Wort.

Prof. Dr. Jürgen Kühling (Universität Regensburg): Vielen Dank, Frau stellvertretende Vorsitzende, vielen Dank, Herr Abgeordneter Lange, für die zwei Fragen.

Bei der ersten Frage, um das noch in Erinnerung zu rufen, ging es um die Frage, welcher Zeitpunkt empfehlenswert wäre, um den Artikel 61 Absatz 4, also das „local Roaming“ wie es als Option in EKEK vorgesehen ist, umzusetzen. Um gewissermaßen im Tenor-Stil zu antworten: möglichst frühzeitig, wäre mein Hinweis, und auf jeden Fall vor Erteilung der Frequenznutzungsrechte. Warum? Aus meiner Sicht ergibt sich die Argumentation mit einem Blick auf den Artikel 61 Abs. 4, und deshalb habe ich den in meiner Stellungnahme auch noch mal im vollen Wortlaut zu Beginn abgedruckt.

Diese Norm ist schon relativ komplex, mit sehr, sehr vielen restriktiven zusätzlichen Bedingungen, mit einem erheblichen Anforderungsprofil auch an den Vollzug dieser Norm, damit also auch eine erhebliche Anforderung an die Bundesnetzagentur, wenn sie diese Norm aktivieren möchte. Die weitere Bestimmung, die relevant ist, habe ich auch abgedruckt: der Artikel 124 des EKEK sagt, dass diese Norm auf jeden Fall umgesetzt werden muss, wie bei jeder Richtlinie, und dann wird noch behördlich darauf hingewiesen gewissermaßen, dass sie auch vollzugsscharf gestellt werden muss zum Dezember 2020, also ab diesem Zeitpunkt soll die Norm anwendbar sein. Das bedarf einer ganzen Reihe von Voraussetzungen, und eine der Voraussetzungen hat die Bundesnetzagentur – und deswegen hab ich auch das zitiert in meiner Stellungnahme – schon hergestellt, indem sie in ihrer Präsidentenkammerentscheidung vom 26.11.2018 darauf hingewiesen hat, dass es diese Norm gibt, und dass sie Bestandteil des Versteigerungsverfahrens der Planung der betroffenen bietenden Unternehmen ist, dass sie sich darauf einstellen können, dass gegebenenfalls unter den Voraussetzungen, die diese Norm vorgibt, ein entsprechender Vollzug denkbar ist. Das heißt also,



der erste Schritt ist damit vollzogen, wie er auch in den Erwägungsgründen der Richtlinie, auch die habe ich abgedruckt, vorgesehen ist.

Nun ist ein wichtiger Punkt, darauf hinzuweisen, den ich als nächsten ausgeführt habe: diese Norm lässt relativ wenig Umsetzungsspielraum für den deutschen Gesetzgeber. Das wird ein Punkt sein, den das Haus noch an vielen Stellen beschäftigen wird, es handelt sich hier um eine zwingende Norm, die auch schon so ausdifferenziert ist, dass der Spielraum für die Umsetzung aus meiner Sicht äußerst beschränkt ist, insofern glaube ich, werden die Anforderungen eher anschließend beim Vollzug dieser Norm liegen, durch die Bundesnetzagentur.

Was aber wichtig ist, für den deutschen Gesetzgeber: wir haben den Gesetzesvorbehalt und in diesem EKEK ist ja im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Artikel 61 Absatz 4 noch eine zusätzliche Schutzvorschrift gewissermaßen für die betroffenen Mobilfunkunternehmen aufgenommen worden, nämlich gewissermaßen eine Warnhinweispflicht. Man soll als zuständige Behörde vor Erteilung der Zuweisung der Frequenzen gewissermaßen einen entsprechenden Warnhinweis geben, dass mit der Anwendung dieser Norm zu rechnen ist. Und dieser Warnhinweis, dafür bedarf es meines Erachtens, um etwaige Streitigkeiten möglichst zu vermeiden, einer gesetzlichen Umsetzung, und das wäre das, was jetzt aus meiner Sicht zügig herzustellen ist, denn ansonsten besteht faktisch die Gefahr, dass diese Norm nicht mehr in der jetzigen Versteigerung angewandt werden kann. Und das bedeutet, dass diese Norm erst 2025 angewandt werden kann, und das ist sicherlich bei dem grundsätzlichen Ziel, wie wir Richtlinien auszulegen haben, nämlich denen eine effektive Wirkung beizumessen, nicht im Sinne des Richtliniengebers, dass diese Norm erst 2025 bei 6G oder wo auch immer angewandt werden sollte. Also insofern ist der Tenor noch mal ganz klar: Möglichst zügig an die Umsetzung dieser Norm gehen und auf jeden Fall vor Erteilung der Frequenznutzungsrechte.

Damit verbunden – zweite Frage – in gewisser Weise ähnliche Auslegungsprinzipien. Aus meiner Sicht kommt es hier im Wesentlichen wieder auf das Unionsrecht an. Wir müssen hier den EKEK auslegen, auch hier ist der Spielraum des nationalen Gesetzgebers gering.

Die zweite Frage, um das noch in Erinnerung zu rufen, zielte darauf ab, wie weit denn der Anwendungsbereich dieser Norm zu sehen ist. Da habe ich in meiner Stellungnahme in Punkt 5 darauf hingewiesen, dass es denkbarerweise zwei Auslegungsarten gibt: Eine restriktive Auslegungsart, die davon ausgeht, dass die Norm immer nur dort angewandt werden kann, für die jeweilige Frequenz, auf die sie auch bezogen erfolgt ist, also wo der Warnhinweis quasi frequenzscharf erfolgt ist.

Die andere Auslegungsart ist eine etwas breitere, die davon ausgeht, dass diese Norm, wenn erst einmal der Hinweis erfolgt ist, dann auch frequenzflexibel angewandt werden kann. Auch hier wieder der Tenor: Ich halte die zweite Auslegungsart für die richtige, eine frequenzflexible Anwendung. Das muss sich durch Auslegung des Unionsrechts beantworten, und da schauen wir uns den Wortlaut an: der ist offen, da ist allgemein von lokalen Roaming-Vereinbarungen die Rede und von Funkfrequenzen und darauf gestützten Diensten, und beim Warnhinweis, da spricht er davon, dass der bei der Erteilung der Frequenz-Nutzungsrechte zu ergehen hat. Das heißt, wir haben hier an keiner Stelle eine Formulierung dahingehend, dass auf die spezifischen Frequenznutzungsrechte abgehoben wird, genauso wenig steht dort explizit drin, dass das frequenzflexibel zu verstehen ist. Der Wortlaut ist also offen. Die Genesis – meines Erachtens ist es so, dass im ursprünglichen Kommissionsentwurf gar nicht dieser Warnhinweis vorgesehen war. Insofern hielte ich es für seltsam, wenn diesem Warnhinweis jetzt eine Verengung auf eine frequenzspezifische Interpretation beigegeben wird. Denn letztlich – und darauf kommt es an, teleologische Interpretation, französisch schön gesagt: effet utile; wir wollen dieser Richtlinie eine praktische Wirksamkeit verleihen. Wenn ich jetzt davon ausgehe, dass das frequenzscharf zu erfolgen hat, dann reden wir davon, dass wir aktuell in diesem Versteigerungsverfahren nur eine sehr geringe Wirkung erzielen werden. Warum? Weil in Deutschland schon seit vielen Jahren die Bundesnetzagentur ein Frequenzflexibilisierungskonzept verfolgt, die Auflagen sind jeweils mit allen Frequenzen; können sie erfüllt werden. Und wenn wir jetzt tatsächlich an jedem lokalen Ort gucken, mit welcher Frequenz wird denn da gerade diese Verpflichtung erfüllt, und dann gibt es eine An-



wendung dieser Norm, dann können wir die Anwendung dieser Norm auch gleich ganz lassen. Denn dann wird sie praktisch nicht anwendbar. Aus der Perspektive des Zugangspetenten, derjenige, der Zugang haben möchte, heißt das, er muss sich dann auf die wechselhaften Spiele der Frequenznutzung durch das betroffene regulierte Unternehmen einstellen, und das wäre sicherlich faktisch nicht besonders sinnvoll, dass dieses Unternehmen jeweils reagieren muss, wenn gegebenenfalls doch wieder auf eine andere Frequenz zurückgegriffen wird.

Ich sehe sogar den Anreiz zu einer ineffizienten Frequenznutzung, indem ich sehe, wenn ich jetzt auf die 5G-Frequenz hier zurückgreife, dann habe ich die Gefahr, dass an diesem Standort eine Auf-erlegung dieses umgesetzten Artikel 61 Abs. 4 kommt; also nutze ich besser nicht diese neue Frequenz, sondern eine alte Frequenz. Jedenfalls führt das aus meiner Sicht dazu, dieses frequenzscharfe Verständnis, dass wir diese Norm faktisch leerlaufen lassen, da können wir 20, 30 Jahre warten, bis sie voll vollzugsfähig wird. Ich kann mir nicht vorstellen, dass das der Sinn des Richtlinienengebers gewesen ist, als er diese Bestimmung vorgesehen hat, und insofern glaube ich, wäre es sinnvoll, auch das möglichst – wenn ich das so formulieren darf – un kreativ umzusetzen, und nicht bei der Umsetzung jetzt besondere Beschränkungen/Einschränkungen zu überlegen, sondern einen weiten Spielraum vorzusehen und darauf zu hoffen – wie an vielen anderen Stellen des EKEK – dass die Bundesnetzagentur im anschließenden Normvollzug diese Norm volkswirtschaftlich sinnvoll anwendet, dafür hat die Norm hinreichend viele restriktive Bedingungen. Noch mal die Quintessenz: Ich bin der Meinung, dass das Richtlinienrecht so verstehen ist, dass hier eine frequenzflexible Anwendung vorgesehen ist.

Stellv. Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Horn, bitte.

Michael Horn (Chaos Computer Club e.V.): Vielleicht ein, zwei Worte zu meiner Person und zum Hintergrund: Ich habe neben dem CCC-Hut, den ich heute auf habe, für Carrier im Mobil- und Festnetzbereich gearbeitet, international in den letzten Jahren. Das größere Projekt zuletzt war die Begleitung des Ausbaus eines landesweiten 4G-Netzes in Indien. Zu der Frage Mobilfunk, „National Roaming“ in Gegenüberstellung zum Infrastruktur-

Sharing, deren Vor- und Nachteile und die Machbarkeit: wir hatten in Deutschland schon den Fall von „National Roaming“, das war zum Netzstart der VIAG Interkom vor vielen, vielen Jahren, die das Netz der T-Mobile als Rumpfnetz in Gegenden verwendet haben, wo sie noch keinen Ausbau hatten, der sich damals hauptsächlich auf die Städte beschränkt hat. Das beantwortet die Frage der Umsetzbarkeit: das gab's schon, mit erträglichem Aufwand, ist zeitnah umsetzbar. Es ist allerdings meiner Ansicht nach kein nachhaltiges Konzept. Es lohnt der Blick zum Beispiel nach Polen, wo die T-Mobile zusammen mit der ORANGE Infrastruktur-Sharing betreibt, gerade was die ländlicheren Gebiete angeht. Das führt dazu, und das ist definitiv auf der Seite der Vorteile von Infrastruktur-Sharing, dass man sich in diesen Gebieten den Ausbau teilen kann und damit die Kosten für beide Netzbetreiber oder für alle Netzbetreiber, sich senken, aber alle gleichzeitig die Kunden, die erreichbar sind, zufriedenstellen können. Bei einer Infrastruktur, die im ländlichen Raum steht, frage ich mich, ob es tatsächlich an jedem Standort – und oft werden da auch Standorte geteilt – drei Antennen braucht, oder ob ein dichter Ausbau von mehreren Standorten, die man sich auf der Netzebene teilt, nicht von Vorteil wäre. Es ist ohnehin so, dass bei 5G, also den Netzen der Zukunft, diese zusammenwachsen. 5G sieht eine Technologie namens „Network Slicing“ vor, das heißt, eine viel flexiblere Aufteilung der Ressourcen, um sie auch teilen zu können. Das ist quasi im Protokoll schon so vorgesehen, dass man das Netz viel flexibler behandelt und auch Möglichkeiten baut für Unternehmen, die mit innovativen Konzepten da herangehen, die vielleicht noch gar keine Carrier sind und sich des Netzes bedienen und darauf einen Dienst anbieten, der vom reinen Netzbetrieb komplett losgelöst ist. Das heißt: Wer am Ende des Tages die Basisstation betreibt, mit der ich den Dienst nutze, tritt in 5G weiter in den Hintergrund, das ist dann eine Frage, wie man das mit der Abrechnung der Nutzung ausgestalten soll.

Stellv. Vorsitzende: Sie hätten noch ein bisschen Zeit, aber Sie müssen es nicht nützen, dann bedanke ich mich und möchte Herrn Bednarski bitten, seine Frage zu beantworten.

Josef Bednarski (Betriebsrat der Deutschen Tele-



kom AG): Vielen Dank, Frau stellvertretende Vorsitzende, vielen Dank, MdB Gustav Herzog, für die beiden Fragen. Zum einen die Novellierung des § 77i und zum anderen, was das lokale Roaming im Hinblick auf eine technischen Realisierung anbetrifft. Zum § 77i: Ich bin der Auffassung, dass der vorliegende Gesetzentwurf ein sehr ausgewogener Kompromiss ist, wo Infrastruktur und Wettbewerb effizient dargestellt werden und der Zugang insbesondere diskriminierungsfrei ausgestattet werden kann. Wenn man sich anschaut, wo es die größten „Probleme“ gibt: das sind Kosten. Wie schon gesagt worden ist, sind 80 Prozent der Kosten im Durchschnitt Tiefbaukosten bei der Verlegung von Erdkabeln. Ich denke, da muss man – auch andere Länder sind schon genannt worden – über den Tellerrand Deutschlands hinausschauen, wie man auch effizient Kabel verlegen kann; nicht nur, was rechtliche Rahmenbedingungen anbetrifft, sondern auch, was Techniken anbetrifft. Micro-Trenching als Beispiel, da braucht man nur mal in die Niederlande zu gehen, dann weiß man, wie effizient und schnell so was gemacht werden kann. Man muss auch, denke ich, berücksichtigen, welche rechtlichen Regelungen angepasst werden müssen, gerade was Genehmigungsverfahren anbetrifft, um bestimmte Dinge zu beschleunigen. Denn wenn wir – und das ist so ein kleiner Bogen zum zweiten Teil der Frage – 5G-Infrastruktur schnell ausbauen wollen, dann brauchen wir auch das schnelle Auslegen von Glasfaserleitungen. Und das ist nicht nur – wie gesagt – eine Frage der Technik, sondern auch Frage der rechtlichen Rahmenbedingungen.

Zum zweiten Teil der Frage: lokales Roaming und technische Realisierbarkeit. Technisch lässt sich sehr viel realisieren. Ich war in meiner aktiven Zeit in der Planung der digitalen Vermittlungstechnik bei der ehemals Deutschen Bundespost tätig. Ich glaube, ich weiß, was es bedeutet, wenn man versucht, verschiedene Dinge miteinander zu verquicken; soll heißen, lokales Roaming – wenn es Software wie auch Hardware betrifft – zu realisieren, heißt, dass man auch zeitliche Verzögerungen in Kauf nehmen muss. Das ist einmal vielleicht etwas weniger, manchmal aber auch etwas mehr. 5G heißt, wir wollen geringe Latenzzeiten haben, insbesondere für Anwendungen, die wir in unserer Wirtschaft in diesem Lande brauchen. Wenn wir das haben wollen, müssen wir auch eine kurze Latenzzeit realisieren können. Alles,

was wir an zusätzlichen Dingen – auch softwaremäßig – einbauen, heißt, Latenzzeiten zu verlängern. Das heißt, alles das, was wir uns mit 5G vorstellen, wird so nicht realisierbar sein. Insofern, wenn ich die Frage lokales Roaming oder Infrastruktur-Sharing direkt beantworten darf, würde ich mich sofort für Infrastruktur-Sharing aussprechen. Es ist geübte Praxis in anderen Ländern und die Deutsche Telekom – wie auch Vodafone und Telefonica – praktizieren dies, es ist state of the art. Ich denke, Deutschland benötigt 5G, wir sind ein Industriestandort, und wir müssen dieses schnellstmöglich haben. Es ist industriepolitisch wichtig und beschäftigungspolitisch wichtig, denn wenn wir die technischen Voraussetzungen nicht haben, haben wir beschäftigungspolitische Probleme, die kann man nicht wegdiskutieren. Die Frage ist auch in dem Gesamtzusammenhang, wenn lokales Roaming kommen sollte – was ich in keinster Art und Weise befürworte – dann führt das mit absoluter Sicherheit zu geringeren Investitionen durch diejenigen, die Infrastruktur ausbauen. Damit sind Hemmnisse verbunden, und die führen, wie gesagt, zu geringeren Investitionen. Lokales Roaming konterkariert im Gesamtkontext beides: zum einen den wirtschaftlichen Fortschritt in diesem Land, wie auch das arbeitsmarktpolitische, was da dranhängt. Insofern von mir noch mal ganz klar ein Votum für Infrastruktur-Sharing. Die Frage ist für mich auch, warum die Eile, jetzt solche Dinge machen zu wollen. Die Frage müssen andere beantworten, ich stelle sie einfach nur.

Conclusio im Gesamtzusammenhang ist für mich: 5G mit keinem lokalem Roaming schafft industriepolitischen Fortschritt in dieser Republik, welchen wir brauchen. Wir diskutieren in der Republik sehr viel über Elektromobilität und über andere Dinge, die wir nach vorne bringen wollen, dazu brauchen wir auch 5G. Wir brauchen insbesondere Campus-Netze, die in keinster Art und Weise was mit lokalem Roaming zu tun haben, die Industrie muss schnellst möglich solche Netze haben, die auch miteinander verbunden werden, das stärkt diesen Standort Deutschland. Wir brauchen auch Daseinsvorsorge für die Menschen, das eine sticht aber nicht das andere aus. Wir müssen weiße Flecken ausbauen, das können wir allerdings auch ohne lokales Roaming machen, noch mal: Infrastruktur-Sharing ist eben genannt worden. Wir sichern dadurch Arbeitsplätze, nicht nur



in der Telekommunikationsindustrie, sondern im gesamten Land, denn dieses Land braucht Digitalisierung, und wir brauchen dieses gerade in der digitalisierten Welt, um am wissenschaftlichen Fortschritt und am Fortschritt in der Hightech-Industrie weiter teilnehmen zu können. Das brauchen wir, „Silicon Valley“ muss auch in Deutschland stattfinden, und wenn wir diesen technischen Fortschritt nicht haben, findet „Silicon Valley“ woanders statt, aber nicht in Deutschland.

Vorsitzender: Danke sehr, auch für die zeitliche Punktlandung, Prof. Fetzer, bitte.

Prof. Thomas Fetzer (Vanderbilt, Universität Mannheim): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, und Herrn Herzog für die beiden Fragen. Zunächst einmal zu § 77i. So wie ich es auch in meiner Stellungnahme geschrieben habe, halte ich die Fassung der Bundesregierung für eine angemessene Fassung, um die Probleme in den Griff bekommen zu können. Warum? Ich will das begründen.

Im Prinzip geht die Telekommunikationsregulierung davon aus, dass infrastrukturbasierter Wettbewerb der nachhaltige Wettbewerb ist, der auch erstrebt werden soll und dass womöglich infrastrukturbasierter Wettbewerb auch stimuliert werden soll. Die Kostensenkungsrichtlinie bzw. das die Kostensenkungsrichtlinie umsetzende Digi-NetzGesetz trägt dazu bei, indem sie in mehr Bereichen infrastrukturbasierten Wettbewerb ermöglicht, indem ein Mitverlegungs- bzw. hier ein Kooperationsanspruch besteht. Bei diesem Ziel ist es meines Erachtens die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, wenn man diese Pflicht einschränken will. Eine Begründung hierfür kann sein, dass öffentliche Investitionen entwertet werden und dass der eigentliche Zweck – nämlich dass ein Glasfasernetz zumindest mal vorhanden ist, gefährdet wird. Mit anderen Worten: Wenn eine öffentliche Investition dann nicht mehr stattfindet und statt Infrastrukturwettbewerb überhaupt kein Glasfasernetz da ist. Das kann mit der Regelung des § 77i Abs. 3 – wie sie nun vorgeschlagen ist – erreicht werden. Ich halte es auch für richtig, dass der Bundesnetzagentur dabei ein Ermessen zukommt. Das gibt der Bundesnetzagentur die nötige Flexibilität, um auch auf die Heterogenität im Markt in Hinblick beispielsweise auf die Anteilseignerstrukturen einzugehen.

Zur zweiten Frage, inwieweit der Artikel 61 Abs.

4 des Europäischen Kodex so umgesetzt werden könnte, dass er für das jetzt anstehende 5G-Vergabeverfahren noch anwendbar ist – ich will das, wie Kollege Kühling, tenormäßig beantworten, um es dann zu begründen: Ich halte es für nahezu ausgeschlossen, dass man ein Gesetzgebungsverfahren und die dann folgende Anwendung des Gesetzes so durchführt, dass es europarechtssicher noch auf die Vergabe der 5G-Frequenzen angewendet werden kann.

Warum habe ich diese erheblichen europarechtlichen Bedenken? Kollege Kühling hat völlig zu Recht gesagt, dass Artikel 124 des Kodex sagt, dass der Kodex umgesetzt werden muss bis zum 21.12.2020, und dass er angewendet werden muss ab dem 21.12.2020. Das steht nämlich nicht drin, er muss „spätestens zum 21.12.2020 angewendet“ werden, man kann also aus dieser Vorschrift meines Erachtens ein klares Anwendungsverbot des Kodex vor diesem Zeitpunkt ableiten. Das schränkt auch nicht die Idee der Vorwirkung von Richtlinien ein und das „effet utile“, denn natürlich dort, wo es heute schon Umsetzungsspielräume bzw. Ermessensspielräume für die Bundesnetzagentur gibt, müssen die Wertungen des Kodex – aber eben die Wertungen und nicht die Normen des Kodex – unmittelbar angewendet werden. Wenn es so ist, dass erst angewendet werden darf ab dem 21.12.2020, stellt sich natürlich die Frage, worin denn eigentlich eine Anwendung des Kodex liegt? Und da kann man – wie der Kollege Kühling – sicherlich der Auffassung sein, dass im Prinzip die Anwendung des Kodex darin liegt, dass in den Frequenzuteilungen oder den finalen Zuteilungen auch das Roaming auferlegt wird.

Ich wäre hier aber sehr dezidiert der Auffassung, dass eine Anwendung des Kodex eben schon in dem von Herrn Kühling als Warnhinweis bezeichneten Hinweis, der europarechtlich zwingend vorgesehen ist, liegt. Denn ein Warnhinweis, in dem einfach nur drinstünde, „Achtung, da gibt es ein neues Gesetz!“, wäre ja etwas sehr Seltsames; wir gehen davon aus, dass Rechtsunterworfenen wissen, dass es neue Gesetze gibt, die auch prinzipiell angewendet werden können. Der Warnhinweis, der da enthalten ist, ist meines Erachtens eine zwingende Tatbestandsvoraussetzung dafür, dass später überhaupt angewendet werden darf. Mit anderen Worten: Schon die Erteilung eines Warnhinweises, wenn wir mal diese Terminologie



so verwenden wollen, ist eine Anwendung des Kodex.

Wann muss dieser Warnhinweis erfolgen? Der muss erfolgen, wenn man in die englische Originalfassung der Richtlinie schaut, da steht es deutlich bei den „original conditions“, also bei den ursprünglichen Bedingungen. Und die ursprünglichen Bedingungen sind meines Erachtens die Vergabebedingungen, wie sie die Bundesnetzagentur am 28. November 2018 veröffentlicht hat. Nicht umsonst hat die Behörde auch in diesen Bedingungen schon auf Artikel 61 hingewiesen, ist also offenkundig selbst davon ausgegangen, dass sie jetzt – und nicht erst später – diesen Hinweis erteilen kann. Mit anderen Worten: Schon am 28. November 2018 hätte es einer gesetzlichen Grundlage bedurft. Die gab es aber nicht und da schließt sich jetzt der Kreis, die kann auf Grundlage von 124 auch nicht nachträglich rückwirkend erlassen werden. Selbst wenn man das einmal zur Seite lassen und sagen sollte, das geht – denn umsetzen kann der Gesetzgeber natürlich das Gesetz – es geht ja um die Frage der Anwendbarkeit. Wann er es anwenden kann, da hätte ich doch erhebliche Zweifel, dass kurz- und mittelfristig dieses Gesetz jemals angewendet werden kann. Warum? Aus den Erwägungsgründen in der Richtlinie ergibt sich sehr deutlich: das ist eine Ausnahmenvorschrift. In den Erwägungsgründen steht sogar „Ausnahmenvorschrift“ drin, das ist eine Ultima-Ratio-Vorschrift für den Fall, das nichts anderes mehr hilft. Das bedeutet, es muss feststehen, dass in einem Bereich nicht ausgebaut werden kann, aus wirtschaftlichen oder physischen Gründen. Das kann aber ernsthaft ja erst feststehen, wenn die Versorgungsverpflichtung hätte erfüllt werden müssen, also im Jahr 2022 oder wann auch immer die einzelnen Verpflichtungen auslaufen. Insofern würde man meines Erachtens kurzfristig damit ohnehin nichts bewirken können. Ich glaube auch, dass man durchaus begründen kann, dass diese Vorschriften frequenzbezogen sind, ich teile die Auffassung vom Kollegen Kühling, dass man das anders sehen kann, aber es stellt sich schon die Frage, warum in einer Frequenzzuteilung darauf hingewiesen werden muss. Ein letzter Satz vielleicht an der Stelle noch, ich glaube auch nicht, dass man damit dem europäischen Gesetzgeber Unrecht tut und den „effet utile“ verhindert. Denn wenn der europäische Gesetzgeber gewollt

hätte, dass diese Vorschriften schneller anwendbar sind, dann hätte er ohne weiteres – wie er es in anderen Fällen auch tut – bei den Inkrafttrittsvorschriften sagen können „Artikel 61 Absatz 4 gilt schon ab dem Tag des Inkrafttretens dieser Norm“. Lange Rede kurzer Sinn: Ich habe erhebliche Bedenken, ob man das Gesetzgebungsverfahren so umsetzen kann, dass es für die jetzt anstehende 5G-Versteigerung relevant werden wird.

Vorsitzender: Danke sehr, das Wort hat Kollege Jarzombek für die nächste Frage, bitte.

Abg. **Thomas Jarzombek** (CDU/CSU): Wir haben hier offenbar eine Spannbreite auch juristischer Einschätzungen. Das bringt mich dazu, auf den technischen Teil zu kommen.

Ich würde gerne Herrn Dr. Haustein befragen, und zwar über die Frage, wie eigentlich Kooperationen tatsächlich möglich sein können. Bisher wurde immer geredet von „local Roaming“, wobei es gar nicht unbedingt – glaube ich – Roaming sein muss. Deshalb würde ich Sie bitten, uns einmal zu erläutern, welche technischen Umsetzungsmöglichkeiten es hier gibt, wie zum Beispiel das Multi-Operator-Core-Netzwerkssystem oder ähnliche Dinge, und was das möglicherweise für eine betriebswirtschaftliche Auswirkung haben kann. Denn was wir auch bei Herrn Bednarski hörten, würde ja dieses MOCN quasi auch ein Infrastruktur-Sharing bedeuten und da mag es vielleicht unterschiedliche Größenordnungen von Aufwand geben. Es fragt sich, was das bedeutet in wirtschaftlich ohnehin sehr schwierig erschließbaren Regionen, denn das wäre ja die Voraussetzung, um diese Norm einsetzen zu können. Damit möchte ich die Frage verbinden, ob es am Ende auch möglich wäre, mit bestimmten oder einer dieser Technologien auch durchgehende Gespräche zu ermöglichen, ohne Verbindungsabbrüche.

Ich würde als zweites noch Herrn Ruge fragen vom Landkreistag, wie er insgesamt die gesamten Änderungen dieser 5. TKG-Änderungsnovelle beurteilt, insbesondere in Bezug auf die Aspekte des gemeinhin als DigiNetz bezeichneten Teils.

Vorsitzender: Danke sehr, Herr Wiehle bitte für die AfD-Fraktion.

Abg. **Wolfgang Wiehle** (AfD): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte gerne auch das Thema lokales Roaming aufgreifen, das die



Regierungsfraktion jetzt in die Anhörung hinein-
getragen haben.

Lokales Roaming bedeutet ja faktisch, dass in Ge-
bieten, wo es verpflichtend wird, kein Infrastruk-
turwettbewerb mehr stattfindet. Nun stellt sich
die Frage, wenn wir im mobilen Bereich keinen
Infrastrukturwettbewerb in bestimmten Regionen
wünschen, warum dann bei Ausbau des Glasfaser-
netzes? Sollte man das Breitbandnetz nicht zu-
sammen denken und eine übergreifende Strategie
veranschlagen? Müssen wir in diesem Hinblick,
statt über Glasfasermitverlegung zu reden, darüber
reden, die Betreiber in den unterversorgten Gebie-
ten, in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau
nicht möglich ist, zur gemeinsamen Nutzung von
Glasfaserinfrastruktur zu verpflichten? Hierzu
würde mich die Meinung von Prof. Kühling inter-
essieren.

Zweiter Punkt: Die Frage betrifft den Infrastruk-
turwettbewerb und geht an Herrn Knapp. Aus
Stellungnahmen verschiedener Sachverständiger
wird deutlich, dass die Tiefbaukosten nicht die re-
levante Kostengröße oder Motivation zum Über-
bau darstellen. Vielmehr sorgt die Veränderung
des Endkundenmarktes dafür, dass die Projekte
gegebenenfalls nicht mehr rentabel sind. Wenn
nun jedoch vor allem vom strategisch destruktiven
Überbau und dem Problem des „Rosinenpik-
kens“ auszugehen ist, erscheint eine abgekapsel-
te Lösung des Mitverlegungsproblems nicht
zielführend. Durch eine eigene strategisch einge-
setzte Tiefbauarbeit das Geschäftsmodell eines
Wettbewerbers unrentabel zu machen, wäre ja
weiterhin möglich. Stimmen Sie der Einschätzung
zu, dass ein Mitverlegungsschutz alleine nicht
ausreichend ist, und welche weiteren Maßnahmen
müssten Ihrer Ansicht nach getroffen werden, um
den Glasfaserausbau zu beschleunigen? Vielen
Dank.

Vorsitzender: Danke sehr, das Wort hat Kollege
Herzog für die SPD-Fraktion, bitte.

Abg. **Gustav Herzog** (SPD): Vielen Dank, Herr Vor-
sitzender. Fürs Protokoll will ich zunächst meine
Irritation ausdrücken, dass am Dienstag vom Aus-
schusssekretariat eine Kurzstudie des BMVI kam,
über die der Kollege Lange schon am Montag die
Presse informiert hat, und dass diese Studie von
dem Sachverständigen Dr. Haustein gemacht wor-
den ist. Ich weiß jetzt nicht, ob er jetzt als Autor

im Auftrag des BMVI Antwort gibt oder als unab-
hängiger Sachverständiger. Das ist sozusagen fürs
Protokoll, aber ich habe eine konkrete Frage.

Herr Haustein, Dankeschön für die Erläuterungen,
so langsam verstehe ich die technischen Zusam-
menhänge zwischen G2, G3, 4, 5. Sie beschreiben
die Schwierigkeiten, aber auch die Möglichkeiten.
Meine Frage geht dahin: 5G gibt als neue Qualität
auch das Network-Slicing, und ist das nicht eine
Möglichkeit, auf einer vorhandenen Infrastruktur
unabhängige Netze zu betreiben? Sodass ich dann
sozusagen das „local roaming“ überhaupt nicht
brauche, weil ich mit der 5G-Infrastruktur vonei-
nander getrennte Netze verwende, wobei die gan-
zen Probleme mit dem „handover“ und was hier
alles so sehr ausführlich an Schwierigkeiten be-
schrieben wurde, und was Herr Bednarski aus der
Praxis genannt hat, dann wegfallen würden.

Meine zweite Frage geht wiederum an Herrn Prof.
Fetzer. Ich nehme zur Kenntnis, dass es hier sehr
konträre Auffassungen gibt, zu welchem Zeit-
punkt die Regelung rechtliche und tatsächliche
Wirkung entfalten könnte.

Ich stimme Ihrer Auffassung zu, will jetzt aber
noch die Frage ergänzen um die Reichweite. Weil,
wenn ich gehört habe, es ist speziell anzumerken,
in der Frequenzvergabe, dass ein späteres lokales
Roaming kommen könnte, heißt das nicht, dass
sozusagen alle anderen Frequenzen – weil dort ist
es ja nicht angekündigt worden – ausfallen für
diese mögliche Regelung.

Und wenn ich Herrn Knapp noch fragen darf: Sie
haben das Thema angesprochen, dass kommunale
Unternehmen wohl immer noch beeinträchtigt
werden. Jetzt tue ich mich schwer, dafür noch
eine gesetzliche Regelung zu finden. Aber könnte
es Ihrer Auffassung nach ausreichen, wenn dieser
Ausschuss feststellt bei der Beschlussfassung,
dass wir das so auslegen, dass eben kommunale
Unternehmen, wenn sie eigenwirtschaftlich mit
eigenem Geld investieren, genauso zu behandeln
sind und nicht schlechter? Könnte das nach Ihrer
Auffassung ausreichen, um das Problem zu lösen?

Vorsitzender: Bevor ich das Wort dem Kollegen
Sitta gebe, wollte ich noch mal dezent drauf hin-
weisen, dass wir uns eigentlich verständigt haben,
dass wir immer zwei Sachverständigenfragen stel-
len. Herr Sitta.



Abg. **Frank Sitta** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe tatsächlich zwei Fragen an zwei Experten, ich hoffe, das ist ok.

Mich interessiert jeweils die Einschätzung von Prof. Fetzer und auch von Frau Henseler-Unger. Das BMU hat auf eine Kleine Anfrage der FDP-Bundestagesfraktion geantwortet, dass es für die Flächendeckung „National Roaming“ als geeignetes Instrument ansieht. Gleichzeitig hören wir jetzt von vielen Vertretern der Regierungsfraktion immer wieder von lokalem Roaming. Ich habe dazu auch schon eine schriftliche Einzelfrage an die Bundesregierung gestellt, aber bisher konnte man mir das noch nicht so richtig beantworten. Deshalb die erste Frage, würde mich von Ihnen interessieren, wie Sie das einschätzen, wie kann man „National Roaming“ von lokalem Roaming letztendlich unterscheiden? Und zweitens: Eignet sich Ihrer Meinung nach eine der beiden Maßnahmen zur Zielerreichung der Flächendeckung? Wird die Umsetzung von lokalem Roaming unter den Voraussetzungen, die von der EU beschrieben sind, kurz- bzw. mittelfristig unsere Probleme bei der Abdeckung lösen oder halten Sie andere Maßnahmen für sinnvoller? Vielen Dank.

Vorsitzender: Danke sehr, Frau Kollegin Domscheit-Berg für die Fraktion DIE LINKE., bitte.

Abg. **Anke Domscheit-Berg** (DIE LINKE.): Ich fange auch mit einer kleinen Protokollnotiz an und möchte mein Befremden darüber äußern, dass wir zwar sehr viel Zeit heute damit verbringen, über lokales Roaming zu reden, dass aber in den Informationen, die den Sachverständigen vorab zugegangen sind, im Prinzip das Thema gar nicht vorkam. Da waren nur die tatsächlichen Überbau-geschichten enthalten, und man hat dann in der Presse gelesen, dass es heute auch um lokales Roaming geht. Ich finde das kein gutes Vorgehen, und ich würde mir wünschen, dass wir das künftig anders machen.

Zu meinen Fragen: Ich möchte an Michael Horn gerichtet noch mal etwas vertiefend nachfragen. Ich hätte gerne noch etwas tiefer den Vergleich zwischen regionalem Roaming und Infrastruktur-Sharing, und zwar unter zwei Aspekten: Einmal unter dem Aspekt, welche dieser Varianten spezielle Vor- und Nachteile bei einer kurzfristigen – versus einer längerfristigen – Betrachtung hat und bei der Betrachtung zwischen „weiße Flecken“

bzw. sehr schlecht versorgte Flecken im ländlichen Raum versus Verkehrsinfrastrukturen. Da haben wir das anfangs schon erwähnte Problem, dass wir in der Frequenzvergabe in den Richtlinien eine Anrechnung haben, womit Unternehmen sich gegenseitig quasi die Erfüllung der Ziele anrechnen dürfen. Das nutzt natürlich dem normalen Nutzer nichts, wenn er immer noch mit dem falschen Handy auf der falschen Bahnlinie unterwegs ist. Denn Funkloch ist Funkloch, und es geht um die realen Funklöcher und nicht um die theoretischen. Also diesen Vergleich hätte ich gern für diese Fälle noch mal etwas tiefer.

Und dann interessiert mich, zweite Frage, was in Bezug auf „Open Access“ eigentlich die Parallelen sind zwischen den beiden Themen, die wir heute haben, nämlich der Festnetz-Glasfaser-Infrastruktur und dem Thema Zugang zum Mobilfunk, also 5G. Was sind die Parallelen zwischen diesen beiden digitalen Infrastrukturen mit Bezug auf „Open Access“, was sind die speziellen Chancen, die es da gibt? Reicht es eigentlich, wenn man für „Open Access“ ist und welche Vorteile hat das, wenn man das nur für die drei Wettbewerber – vielleicht auch vier – im Markt macht? Oder müsste man nicht eventuell darüber hinausgehen, auch darüber hinaus, was die EU-Richtlinie vorgibt, die ja sehr, sehr enge Kriterien hat? Da bleiben am Ende 3 ½ Dörfer in Deutschland übrig. Reicht das eigentlich, und brauchen wir nicht mehr? Ich hätte gern auch noch gewusst, ob Sie auch – wie die Deutsche Telekom – glauben, dass regionales Roaming den Ausbau verlangsamt und Investitionen verhindert. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, da gerade alle Protokollnotizen machen, mache ich jetzt auch eine. Ich weise noch mal darauf hin, dass die Öffentliche Anhörung sich auf einen Gesetzentwurf der Bundesregierung und auf eine Unterrichtung der Bundesregierung bezieht. Hätte es Änderungsanträge gegeben, hätten wir die selbstverständlich auch an die Sachverständigen weitergeleitet, aber da es sie nicht gab, können wir sie nicht erfinden. Das zur Erklärung, was die Themenauswahl angeht. Jetzt hat der Kollege Oliver Krischer das Wort für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Abg. **Oliver Krischer** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, ich finde das auch ein bisschen befremdlich, dass die



Koalitionsfraktionen, so nehme ich es jetzt jedenfalls wahr, ein Thema, was eigentlich nicht Gegenstand der Anhörung ist, zum virtuellen Gegenstand machen. Und dann liegt auch noch eine Studie auf dem Tisch aus dem Verkehrsministerium, die ein Sachverständiger gemacht hat. Also, das sind interessante Vorgehensweisen.

Ich möchte mich darauf konzentrieren, hier in der Runde zum strategischen Überbau zu fragen. Die Frage würde ich an Herrn Knapp und Herrn Ruge richten, und zwar noch mal das ganze Thema: kann die Verbindlichkeit der Markterkundungen tatsächlich dazu führen – indem man das verbindlich macht – dass man aufwendige und möglicherweise den Ausbau langwierig bremsende Überprüfungsverfahren der Bundesnetzagentur vermeiden kann? Ist das für Sie eine Lösungsmöglichkeit für die Problematik? Da würde ich von den beiden Herren gern noch mal eine Auskunft haben.

Und an Herrn Ruge noch ergänzend die Frage: Der Landkreistag hatte ein Modell vorgeschlagen, 2017 mit Konzessionen, das erwähnen Sie auch in Ihrer Stellungnahme. Da würde mich interessieren, wäre dieses Modell auch hier anwendbar? Wie wäre das in die ganze Thematik einführbar, und welche Wirkungen hätte das auf dieses ganze Thema?

Vorsitzender: Danke sehr, Herr Knapp, Sie haben die meisten Fragen, bitte sehr.

Sven Knapp (Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO) e.V.): Vielen Dank, ich gehe zunächst ein auf die Frage von Herrn Wiehle, ist dieser Mitverlegungsschutz ausreichend oder müssten man noch weitere Maßnahmen ergreifen?

Aus unserer Sicht ist es zunächst so, wir beurteilen: wenn der Mitverlegungsschutz hinreichend ausgestaltet wird – also im Sinne dessen, was ursprünglich im Entwurf des Bundesverkehrsministeriums stand – dann brauchen wir nicht über weitergehende Regelungen zu sprechen, weil – und das ist an der Stelle auch noch mal wichtig festzuhalten – es hier nicht um den Ausschluss von Wettbewerb geht. Der Wettbewerb wird – das haben Sie ja auch in Ihrer Frage formuliert – zum einen dadurch sichergestellt, dass ein Dritter, der jetzt im Nachhinein doch einen Ausbau in einem ähnlich gelagerten Gebiet vollziehen möchte, nicht daran gehindert wird, diesen Ausbau tatsächlich zu realisieren. Zum anderen besteht auch

– und das ist ja auch in dem Gesetzesvorschlag vorgesehen – eine „Open Access“-Verpflichtung. An der Stelle erlaube ich mir noch mal den Hinweis: es wird uns nicht gelingen, Deutschland flächendeckend mit Giga-Bit-Netzen auszubauen, wenn wir überall parallele Netze errichten. Ich glaube, das ist jedem Anwesenden klar, in Metropolregionen, in städtischen, in halbstädtischen Regionen, dort wird es Infrastrukturwettbewerb geben, aber im ländlichen Raum, wo es sowieso schon schwierig ist, das Ganze halbwegs wirtschaftlich zu realisieren, ist es auch heute schon der Regelfall, dass ein Unternehmen ausbaut, und das sollte nicht dadurch gehemmt oder verhindert werden, dass man letztlich einem Zweiten die Möglichkeit letztlich gibt, diesen offenen Graben einfach mit zu nutzen, um dann vielleicht die lukrativen Gebiete dieses eigentlich nicht besonders lukrativen Gebiets auszubauen.

Zur Frage von Herrn Herzog, da es die dritte Frage von ihm war, will ich sie auch kurz beantworten, Sie ist auch kurz zu beantworten. Ich stimme Ihnen zu, wenn diese Regelung eindeutig und unmissverständlich formuliert ist, also kommunale Unternehmen bzw. alle Marktteilnehmer werden gleich behandelt, wenn sie eigenwirtschaftlich ausbauen, sprich: wenn es eben nicht um den Einsatz von öffentlichen Haushaltsmitteln geht, dann ist das eine Lösung, die im Hinblick auf eine Investitionssicherheit für ausbauwillige Unternehmen mit Sicherheit sehr hilfreich wäre.

Und die dritte Frage von Herrn Krischer, zur Verbindlichkeit von Markterkundungsverfahren, das ist zum einen heute schon möglich, Markterkundungsverfahren verbindlich auszugestalten. In den EU-Beihilfe-Leitlinien ist ein entsprechender Paragraph vorhanden, der dies ausdrücklich den Mitgliedsstaaten ermöglicht. Das wird auch teilweise von kommunaler Seite heute schon so gehandhabt. Aus unserer Sicht kann das ein weiterer Beitrag sein, um eben dieses Thema Überbau, wenn man es global betrachtet, über diesen Anwendungsfall der Mitverlegung hinaus, sprich: wir haben einen offenen Graben – letztlich einzuschränken. Daher stehen wir dieser Regelung auch offen gegenüber.

Vorsitzender: Vielen Dank, als Nächstes Dr. Ruge, bitte.



Dr. Kay Ruge (Deutscher Landkreistag e.V.): Herzlichen Dank, zunächst zur Frage des Abgeordneten Jarzombek, zur Bewertung, insbesondere des DigiNetz-Teils. Der Deutsche Landkreistag begrüßt den vorgelegten Gesetzentwurf, so wie er vorliegt. Wir halten die Unzumutbarkeitsklausel für richtig; wir erwünschen uns eine Klarstellung mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der öffentlich finanzierten Bauarbeiten. Was fehlt, ist der virtuelle Teil. Da würden wir uns eine Ergänzung wünschen, die das lokale Roaming ermöglicht.

Im Einzelnen: Die Landkreise sind in vielfältiger Weise von den hier diskutierten Fragen berührt und sind in vielfältiger Weise beim Glasfaserausbau in den letzten Jahren engagiert gewesen. Die praktischen Erfahrungen im ländlichen Raum haben gezeigt, dass der Ausbau digitaler Infrastruktur alleine durch die Telekommunikationsunternehmen nicht ausreichend gewährleistet werden konnte. Genau deshalb haben Bund und Länder mit Förderprogrammen reagiert, genau deshalb gibt es inzwischen in 170 Landkreisen 294 kreisweite Projekte und Vorhaben, flächendeckend Glasfaserausbau und hochleistungsfähigen Breitbandausbau zu ermöglichen, immer da, wo wir keinen Ausbau durch die Telekommunikationsunternehmen sehen. Wo wir kreisverantwortete Betreibermodelle haben mit Glasfaserausbau, haben wir immer in gewisser Weise Mischkalkulationstatbestände. Wir haben immer weniger attraktive Gebiete, und wir haben auch immer attraktivere Gebiete in einem flächendeckend zusammenhängenden Gebiet und genau da setzt der Regelungsspielraum des § 71i an. Weil wir in genau diesem wirtschaftlich attraktiverem Teil der Gebiete eine Mitverlegung durch Mitbewerber sehen und erlebt haben. Deshalb auch die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die die Wirtschaftlichkeit des Gesamtvorhabens infrage gestellt haben, und die den Ausbauwillen und die Ausbaubereitschaft konterkariert haben, das ist, wenn Sie böse formulieren wollen, sozusagen „Rosinenpicken“ im ganz Kleinen, die aber Auswirkung im Großen hat. Deshalb ist die Unzumutbarkeitsregelung, wie sie im Gesetzentwurf vorgesehen ist, in § 71i Abs. 3 Satz 3 aus unserer Sicht richtig. Das entspricht auch sowohl dem zugrundeliegenden Teleos der Kostensenkungsrichtlinie, wie auch dem DigiNetzGesetz selber. Wir wollen Ausbau, Erstausbau von hochleistungsfähigem Breitband von Glasfaser befördern, und wir wollen ihn nicht verhindern,

und das Ganze findet ja ohnehin nur statt in Fördergebieten, die nachweisbar unterversorgt sind. Deshalb ist das richtig. Wir wünschen uns eine Klarstellung im Bereich des Tatbestandsmerkmals „öffentlich finanzierte Bauarbeiten“. Da gibt es ja auch gar keinen Sachwiderstand – sowohl die Länder im Bundesrat, als auch die Bundesregierung sehen die Notwendigkeit der Klarstellung. Die SPD hat darauf hingewiesen, kann man das nicht vielleicht über einen Entschließungsantrag machen. Besser und rechtssicherer ist es, so was im Gesetz direkt klarzustellen, das ist der Königsweg der Lösung. Da wären wir dankbar, weil es ja auch gar keinen Widerstand in der Sache gibt.

Lokales Roaming als letzten Aspekt des DigiNetz-Gesetzes: Wir halten es für richtig, den Art. 61 Absatz 4 unmittelbar umzusetzen. Im Rechtlichen will ich mich gar nicht dem Diskurs anschließen, ich schließe mich völlig den Auffassungen von Herrn Prof. Kühling an. Wir halten das für richtig, und wenn man das machen will mit Blick auf die Versteigerung, die jetzt ansteht, dann muss man es vorher machen, hinterher ist zu spät. Wenn wir Wirksamkeit und Flächendeckung realisieren wollen, müssen wir das jetzt machen. Ich will das im Praktischen belegen: Die Versorgungsaufgaben der Bundesnetzagentur reichen offensichtlich nicht, um Flächendeckung zu bewirken, weil sie nach wie vor auf Haushalte abzielen oder auf einzelne Infrastrukturstränge, wie Bundesstraßen und Bundesautobahnen und schon im Bereich der Landstraßen, Kreisstraßen, Gemeindestraßen entweder gar nicht wirken oder eine qualitativ schlechtere Versorgung sicherstellen. Und wir brauchen eben, um nicht gleich wieder mit einer Förderlogik zu kommen, jetzt Instrumente, die Flächendeckung, die eine Ausweitung des Netzes in bestehende Infrastrukturen ermöglichen und der Bundesnetzagentur im Grunde einen breiteren Instrumentenkasten zur Verfügung stellen. Ich will das in Blick auf Kreisstraßen erläutern: Wir haben insgesamt 92.000 Kilometer Kreisstraßen, der schlechteste Telekommunikationsanbieter hat eine Flächenabdeckung von 37 Prozent dieser Kreisstraßen, der beste 80 Prozent. Es kann sich jeder ausrechnen, welches Unternehmen jeweils gemeint ist. Bei 37 Prozent Flächenabdeckung haben wir im ländlichen Raum 57.000 Kilometer Kreisstraße unterversorgt, im schlechtesten Fall, bei dem anderen, haben wir viel mehr. Es muss möglich sein, an der Stelle auch über das Instrument lokales Roaming,



das ja – es ist ja dargelegt worden von den beiden Professoren – ohnehin sehr begrenzt ist, dafür zu sorgen, dass ich mit einem O₂-Netz an der Stelle auch abgedeckt werde. Denn wir sehen gerade jetzt, dass die Anrechnungsklausel der Bundesnetzagentur bei den Versorgungsaufgaben dazu führt, dass de facto 80 Prozent als versorgt gelten, real fahren sie aber im Funkloch. Das können wir mit lokalem Roaming im Kreisstraßenbeispiel beheben.

Zu der Frage von Herrn Krischer von den Grünen, also zur zweiten Frage: Der Deutsche Landkreistag hat in der Vergangenheit immer eine höhere Verbindlichkeit von Markterkundungsverfahren gefordert. Wir halten Markterkundungsverfahren, die ohne Sanktionen und ohne Verbindlichkeit stattfinden, im Grunde für ein „Nullum“; wir haben vielfach erlebt in der Vergangenheit, in den letzten 4, 5 Jahren, dass es strategische Ausbaumeldungen gegeben hat. Da die nicht verbindlich, nicht sanktionsbewehrt waren, hat das immer dazu geführt, dass zunächst mal öffentlich geförderter, flächendeckender Breitbandausbau nicht stattgefunden hat, und wir hatten keine Möglichkeit, darauf einzuwirken. Wir hatten auch keine Möglichkeit, selber den Ausbau in diesen Regionen zu betreiben, weil eben eine Zusage des Telekommunikationsunternehmens A, B, C bestanden hat, die nicht einklagbar für uns gewesen ist. Deshalb ist das Instrument sanktionsbewehrter echter Verbindlichkeit beim Markterkundungsverfahren aus unserer Sicht ein sehr wirksames. Noch wirksamer, aber im politischen Procedere bisher nicht durchsetzbar, ist die Frage der Konzessionen, auf die Herr Krischer ergänzend abgestellt hat. Wir sehen, dass der Glasfaserausbau in anderen europäischen Ländern teilweise über ein Konzessionsmodell realisiert worden ist, wir sehen das in Portugal. Das Land ist weiter im Glasfaserausbau und hat das relativ kleine Land in 4, 5, 6 Regionen aufgeteilt und Konzessionen vergeben. Wir sehen das in Teilen Nord-Italiens, wir sehen das in Tschechien. Wir halten es für richtig, gerade in ländlich peripheren Regionen, das ist nicht das Modell für Ballungsraumlandkreis, das ist nicht das Modell für Regionen, in denen wir Glasfaserausbau auch marktbetrieben bekommen, sondern das ist das Modell für periphere, entlegene Regionen. Daher halten wir es auch für richtig im Sinne des Investitionsschutzes und der Investitionsanreize, dass man sagt, wir grenzen einzeln solche Gebiete

ab, sagen Unternehmen A, Unternehmen B, Unternehmen C kann sich darauf bewerben, bekommt eine Konzession und baut aus und hat einen gewissen Zeitraum 3, 5, 10, 15 Jahre – da kann man politisch gucken und kann wirtschaftlich gucken, was ist sinnvoll und baut alleine aus, auch das kann ich koppeln im Dienstwettbewerb mit „Open Access“. Deshalb ist aus unserer Sicht das noch weitergehendere Modell, das Konzessionsmodell, immer noch richtig. Wir sehen allerdings, dass die politische Umsetzungswahrscheinlichkeiten eher gering sind.

Vorsitzender: Vielen Dank, Prof. Fetzer bitte, Sie hatten auch zwei Fragen.

Prof. Thomas Fetzer (Vanderbilt, Universität Mannheim): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, zu den beiden Fragen in der Reihenfolge. Zunächst mal die von Herr Herzog zur Reichweite, Artikel 1 Absatz 4 bezieht sich das auf eine Frequenz oder bezieht sich das auf ein Unternehmen? Konkret: Im anstehenden Verfahren würde es sich auf die Frequenzen für 5G beziehen. Der Wortlaut, das sagte ich schon, und da gebe ich auch Herrn Kühling insoweit Recht, scheint da offen zu sein, dass man das eben unternehmens- und frequenzbezogen verstehen könnte. Es stellt sich aber vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck schon die Frage, warum dieser Warnhinweis in einem Frequenzvergabeverfahren, und zwar in einem konkreten Frequenzvergabeverfahren, erfolgen soll. Das scheint dafür zu sprechen, dass es eben doch einen Konnex zu diesen Frequenzvergabeverfahren und zu den dort vergebenen Frequenzen gibt. Hätte der europäische Gesetzgeber an dieser Stelle hypothetisch gewollt, dass so etwas unabhängig von konkreten Frequenzen auferlegt werden kann, hätte er das ja auch so regeln können, indem er eine marktmachtunabhängige lokale Roaming-Verpflichtung als Grundlage geschaffen hätte. Man kann jetzt an der Stelle sagen, das hat den Sinn und Zweck, dass die betroffenen Unternehmen sich in einem anstehenden Versteigerungsverfahren in ihren Geboten darauf einrichten können und den entsprechenden Wert der Frequenzen besser bestimmen können. Auch das hat aber nur eine bestimmte Überzeugungskraft für die Frequenzen, die zur Vergabe anstehen. Die Gebote für Frequenzen, die schon vergeben worden sind, lassen sich ja nachträglich nicht mehr ändern. Im „schlimmsten Fall“ müsste man dann eigentlich



auch negative Gebote zulassen in einer solchen Versteigerung. Ich glaube auch, dass der Vergleich zu Versorgungsaufgaben, der oft angestellt wird, nur bis zu einem bestimmten Punkt trägt. Bei Versorgungsaufgaben ist es inzwischen wohl weitgehend anerkannt, dass diese erfüllt werden können, mit welchen Frequenzen auch immer das Unternehmen, das dazu verpflichtet ist, diese erfüllen will.

Bei Versorgungsaufgaben ist aber Sinn und Zweck des Ganzen, dass die eigenen Kunden des Unternehmens eine bessere Netzabdeckung bekommen. Beim lokalen Roaming ist Sinn und Zweck, dass ein Unternehmen seinen Wettbewerbern Zugang zur Infrastruktur bzw. Zugang über Roaming ermöglicht. Und das sind – glaube ich – zwei ganz unterschiedliche Interessenlagen, so dass ich Bedenken hätte, ob man die Argumentation des einen ohne weiteres auf das andere übertragen kann. Zu diesem Punkt möchte ich also sagen, ich sehe hier jedenfalls erhebliche rechtliche Unsicherheiten und durchaus ist es nicht ausgeschlossen, dass der EuGH, der es am Ende entscheiden müsste, hier zu dem Ergebnis käme, dass das frequenzbezogen und nicht unternehmensbezogen erfolgt. Die rechtliche Unsicherheit ist hier sehr klar.

Zu Ihrer Frage, Herr Sitta, zur Abgrenzung lokales Roaming, regionales Roaming, „National Roaming“: Ich kann Ihnen jetzt hier keine Quadratmeterzahlen nennen... aber es ist ziemlich klar, dass der europäische Gesetzgeber alle drei Begriffe verwendet und dass lokales Roaming noch kleiner als regionales Roaming ist und dass wir deswegen hier von der Gemeindeebene sprechen oder gegebenenfalls noch kleiner, da, wo eben die Funklöcher sind. Daraus ergibt sich meines Erachtens letztlich auch schon, dass Ihre Frage, ob das zur Flächendeckung ein geeignetes Instrument ist, mit „Nein“ zu beantworten ist. Es geht wirklich darum, dass lokal unterversorgte Gebiete, in denen es nur einen Netzbetreiber gibt, hier eine zweite Netzabdeckung bekommen. „National Roaming“, regionales Roaming, da sind andere Vorschriften im Kodex, die umgesetzt werden müssen, wenn man es dann gegebenenfalls anwendet.

Es gibt vielleicht noch ein zweites Argument, warum diese Vorschrift nicht dazu geeignet ist, um – das ist ja die Vorstellung – drei parallele Infrastrukturen bzw. eine Infrastruktur, die von drei

Netzbetreibern genutzt werden kann und dann den Kunden zur Verfügung stehen kann. Nach Artikel 1 Absatz 4 kann das lokale Roaming nämlich dann nicht angeordnet werden, wenn es einen alternativen Zugangsweg zum Kunden gibt. Und das bedeutet, wenn zwei Netzbetreiber versorgen, kann man sich der Auffassung sein, einer hat ein Netz, der andere versorgt über Infrastruktur-Sharing oder lokales Roaming, dann kann zugunsten des dritten Netzbetreibers ohnehin nicht angeordnet werden. Das würde in dem Beispielfall bedeuten, dass die Kunden von O₂ weiterhin ein Problem hätten, wenn z.B. Telekom und Vodafone hier zu einem Ergebnis kommen in Bezug auf Sharing. Also dann wären die O₂-Kunden weiterhin genauso unterversorgt, wie sie es jetzt sind. Deswegen sehe ich das nicht als Konzept zur Flächendeckung. Da gibt es andere Instrumente, die der Kodex umzusetzen sein, der verschiedene Roamingmöglichkeiten vorsieht, die die Bundesnetzagentur entsprechend auferlegen kann. Insgesamt würde ich sagen – insofern würde ich der Frau Domscheit-Berg auch Recht geben – wenn man eine Flächendeckung haben will, muss man ein Gesamtkonzept „mobil/fest“ erarbeiten, weil die Elemente in weiten Teilen komplementär sind und noch wesentlich komplementärer werden in den 5G-Zeiten.

Dr. Thomas Haustein (Fraunhofer-Institut): Vielen Dank für die Fragen. Vielleicht zur Klarstellung: Ich vertrete hier die Position von Fraunhofer. Wir sind ein Forschungsinstitut und seit 20 Jahren in der Mobilfunkforschung unterwegs. Wir haben vor geraumer Zeit eine Studie angefertigt zur digitalen Dividende. Die sollte die Grundlage bilden, um im ländlichen Raum Breitbandinternet zur Verfügung zu haben. Es gab dort 2G-Netze, 3G-Netze waren außerhalb der Großstädte nicht verfügbar. Deshalb kam die Idee, niedrige Frequenzen damals von den Rundfunkern wieder zu verwenden für den Breitbandausbau, besonders im ländlichen Raum. Das ist dann umgesetzt worden in einer besonderen Art, dass die drei oder vier Netzbetreiber akkumulativ gezählt wurden. Wenn einer ausgebaut hatte, reichte das, damit dieser ländliche Raum als ausgebaut galt. Das war seinerzeit in Ordnung. Wenn Sie einen USB-Stick kaufen, um ihren Laptop anzuschließen, war das quasi der Ersatz für einen DSL-Anschluss, den sie dort nicht hatten.



Heute und in Zeiten von Smartphones ist das nicht mehr adäquat, wenn Sie gewohnt sind, ständig Ihre Datendienste zur Verfügung zu haben; insofern geht es hier vor allen Dingen nach meinem Verständnis darum, Breitbandausbau umzusetzen.

Wir haben uns zu der technischen Machbarkeit geäußert. Um das zu erreichen, gibt es verschiedene Möglichkeiten. Diese „national-lokale Roaming-Option“ ist eine, das Infrastruktur-Sharing eine andere. Wenn Sie das aus Kundensicht sehen, ist für Sie wichtig, dass Sie durchgehende Verbindung zum Internet haben, also nicht nur telefonieren können – das können Sie weitestgehend, auch auf den Landstraßen –, aber Sie verlieren Ihre Verbindung zu Ihrer Bank oder was auch immer Sie an Applikationen fahren.

Deshalb ist es nicht ausreichend, dass es dort einen Anbieter gibt, den Sie nutzen könnten, indem Sie sozusagen Ihr Netz verlassen, sich dort einwählen, dann im neuen Netz eine neue IP-Nummer verwenden, Ihre Session aufsetzen und weitermachen, sondern es geht für Sie als Kunde in erster Linie darum, möglichst nahtlos durchs Netz zu gleiten und die Applikation weiterlaufen zu lassen. Das ist möglich. Wir haben in unserer Studie ein Konzept dazu im Detail erläutert. Das ist dieses „Mobil-Network-Operator-Core-Network-Sharing“. Sie müssen sich das so vorstellen: es gibt eine Basis-Station, und diese Basis-Station sendet in allen Netzen üblicherweise die Kennung des Mobilfunkbetreibers. Im konkreten Fall würde diese Basis-Station drei Kennungen senden und sagen, ich bin A, ich bin B, ich bin C. Das Spektrum dazu gehört den Mobilfunkbetreibern, die können das sogar teilen oder poolen, das heißt, wenn mal eine Überlast ist, kann man die Nutzer variabel verschieben. Und hinter der Basis-Station haben Sie zu jedem Kernnetz eine Verbindung. Das ist kein Zauberwerk, es ist normal, Tunnel aufzubauen, das machen Sie von Ihrem Telefon über die Basis-Station zu Ihrer Bank ganz normal, das heißt, Sie sind verbunden, und es ist für Sie wahrnehmbar als das Netz Ihres Betreibers. Das hat den großen Vorteil: Der Betreiber kann seine Netze planen, vergibt eine Kennung und kann den Bereich entsprechend weiterplanen. Es erfordert relativ wenig oder jedenfalls weniger Abstimmungsaufwand, als beim „National Roaming“, wo Sie jede Netzänderung den anderen mitteilen müssen, um die Nachbarschaftslisten der Basis-

Station zu aktivieren, und jeder Betreiber kann auch einen „vertikalen Handover“, sprich von 4G zu 2G, realisieren, das ist genau jetzt der Fall, wenn Sie in diese unterversorgten Gebiete reinfahren. Sie haben LTE, verlassen den Ort und wenn Sie in der Situation sind, beim falschen Anbieter für diesen Bereich zu sein, fallen Sie zurück auf 2G, können weiter telefonieren, aber Ihr Internet ist halt stark gedrosselt. Das wollen Sie nicht, im nächsten Ort haben Sie wieder Internet, das wäre somit abstellbar in der Technik.

Roaming wäre eine Lösung, es ist für etwas anderes gedacht, wo Sie eigentlich die Netzverbindung komplett verlieren und dann ein Ersatznetz nehmen. Es ist also eine technisch machbare Lösung mit starken Hürden, und um Ihre Frage zu beantworten: was bedeutet das für den Kunden? Wenn Sie das Netz wechseln, bekommen Sie eine andere IP-Adresse, das bedeutet für viele Anwendungen und Dienste, dass die nicht unterbrechungsfrei laufen, je nachdem wie gut das implementiert ist, wie sicher das sein muss, kann das bedeuten, dass Sie dadurch eine Unterbrechung haben im Dienst. Sie kennen das vielleicht bei WhatsApp, bei solchen Anwendungen, wenn Sie vom WLAN-System ins Mobilfunknetz gehen, dann sagt der „...ping, ping, ping...ich verbinde mich wieder...“ und das kann mehrere Sekunden dauern, das ist unangenehm. Das sind aber nur Sprachdienste. Sprachdienste können wir als Menschen gut kompensieren, indem wir uns dran gewöhnen, dass das jetzt einfach ein paar Sekunden dauert, unsere Internetapplikationen können das nicht so, deshalb braucht es da bessere Lösungen. Also: Unser Votum, unser Vorschlag wäre ganz klar, Infrastruktur-Sharing mit Frequenz-Pooling anzubieten. Das ermöglicht den Betreibern dann auch die neuen Frequenzen bei 700 Megahertz in ähnlicher Weise einzubinden durch sogenannte „Carrier Aggregation“, das heißt, man verwendet mehrere Spektren zusammen, um dann einen höheren Bedarf auch abzubilden.

Vielleicht noch eine kurze Antwort auf Ihre Frage zum „Network Slicing“: Das Network Slicing berücksichtigt, dass Sie für verschiedene Dienste, zum Beispiel für automatisiertes Fahren, eine hohe Zuverlässigkeit und niedrige Latenz brauchen, und bei anderen Diensten E-Mails lesen oder ein Videostreaming nutzen können, das man das unterscheiden kann. Das Netzwerk wird quasi



in Scheiben geschnitten, und auf jeder Scheibe läuft eine andere Dienstgüte. Das ist wichtig, denn pro Dienstgüte müssen alle Pakete gleich behandelt werden aufgrund der Netzneutralität, und dann kann man nicht alles mischen. Wenn Sie das konsequent durchsetzen – bis auf die Frequenz und den Zugang zum Netz – dann ist das ein Teil, um bei gescharter Infrastruktur auch verschiedene Dienste drauf laufen zu lassen, auf derselben oder auf unterschiedlichen Slices. Das ist denkbar. Der entscheidende Punkt für den Kunden ist, dass sein Endgerät in das Netz rein darf, und das kann die Frage erst stellen, wenn es das eigene Netz komplett verloren hat, also auch kein 2G da ist. Das ist in der Regel nicht der Fall. Dann muss Sie der andere Netzbetreiber reinlassen, Sie bekommen eine andere IP-Adresse, und Sie haben alle Problematiken dazu. Also 5G-Network-Slicing, wenn die Versorgung für Breitbandinternet gegeben ist, ist obendrauf zu setzen, um neue Dienste – wie automatisiertes Fahren – entsprechend den Landstraßen auch landesweit zur Verfügung zu stellen zu günstigen Kosten im Sinne moderater Infrastrukturkosten für Bereitstellung eines flächendeckenden Services. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Frau Dr. Henseler-Unger, bitte.

Frau Iris Henseler-Unger (Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste): Vielen Dank. Das Thema „National Roaming“ habe ich immer im Zusammenhang gesehen mit dem Newcomer, der in den Markt kommt; der natürlich anfangs, wenn er das Netz aufbaut, einen Bedarf hat, der über regionale oder lokale Anwendungen hinausgeht. Das ist eine andere Grundlage im Europäischen Rechtsrahmen, über die wir leider im Augenblick nicht diskutieren, insbesondere leider, weil wir natürlich einen Newcomer haben, und den möchte ich gern im deutschen Markt sehen, weil nämlich vier Wettbewerber besser sind als drei Wettbewerber.

Was wir im Augenblick beim lokalen Roaming diskutieren, ist im Prinzip: wie sortiere ich eine Situation, in der halt drei Wettbewerber untereinander sich irgendwie den Markt aufteilen und wenig Konkurrenz haben? Wie gesagt, mir wäre es lieber, wenn wir mehr Konkurrenz hätten, und dann würde ich gern auch über „National Roaming“ sprechen. Grundsätzlich, Herr Haustein, hat's ja schon gesagt: Roaming ist kein einfaches

Verfahren. Wenn wir hingehen und machen ein passives Roaming, was auch in dem Artikel 61 als Grundstandard genannt wird, ist es relativ einfach, dann shared man den Tower und alle damit verbundenen – ich sag mal nichtspezifischen – Anteile, das wird zum Teil ja auch freiwillig gemacht, das kann man intensivieren. Ich propagiere immer die Gründung einer „Tower Co“ für die ländlichen Regionen, also Turmanbindung mit Glasfaseranbindung mit Strom sozusagen. Vermietet wird an alle, die das wollen. Das ist aber ein ganz anderer Ansatz. Das aktive Sharing, das ist dasjenige, was auch in dem Gutachten von Fraunhofer sehr deutlich geschildert wird, bedingt eine Menge Signalisierungsverkehr, Übergabeverkehr u.ä., und wir als WIK haben uns angesehen, was passiert eigentlich mit Smart Cars oder Smart Mobility? Wo ich also nicht nur noch kleine Gebiete habe, die ich mit lokalem Roaming abdecke, sondern auch noch schnell unterwegs bin, da kann es mir durchaus passieren, dass ich solange brauche, bis ich in der neuen Funkzelle eingeloggt bin mit allen Informationen, dass ich schon wieder aus der Funkzelle heraus und schon wieder bei meinem ursprünglichen Anbieter bin. Das treibt das Thema „Latenz“, was Herr Haustein gebracht hat, auf die Spitze. Wo ich wirklich geringe Latenz brauche, komme ich über diesen Vorgang des Roamings dazu, dass ich relativ viele Probleme bekomme. Noch eine Bemerkung dazu: Egal, welche Art von Roaming wir wählen, das zeigt die Diskussion zwischen Herrn Kühling und Herrn Fetzner, wir laufen in eine Situation herein, die Rechtsunsicherheit bedingt. Egal, wie wir das konstruieren, egal, welcher Meinung man folgt. Ich bin sicher, ich kann jetzt aus der Sicht der Bundesnetzagentur, wo ich lange Vize-Präsidentin war, berichten: es ist sicher so, dass eine solche Entscheidung der BNetzA beklagt werden wird, und die Argumente haben wir schon gehört. Die Bundesnetzagentur wird natürlich versuchen, bei der Umsetzung – egal, wann sie denn erfolgt, ob sie jetzt erfolgt mit dem 5. TKG-Änderungsgesetz oder später – die Begriffe, die in dem Art. 61 genannt sind, oder auch beim „National Roaming“ genannt sind, durch ein Verfahren mit Anhörung, Konsultation und ähnlichem im Markt abzusichern, damit man alle Positionen hat und dann eine Entscheidung darauf basierend treffen kann. Vor dem Hintergrund dauert das eben länger, bis man tatsächlich weiß, was man will oder was man



durchsetzen kann im Markt, und auch dann ist man eben noch nicht auf der sicheren Seite. Ich persönlich würde vor diesem Hintergrund es auf jeden Fall unterstützen, dass die Bundesnetzagentur möglichst rasch in einen solchen Prozess geht, egal ob man im nationalen TKG schon eine Umsetzung hat oder nicht. Der Art. 61 im europäischen EKEK ist ja nun bekannt. Auf dieser Basis kann man schon mal versuchen, im Vorfeld des 21.12.2020, irgendeine im Markt halbwegs mitgetragene Regelung zu treffen. Ich glaube, das wäre ein vernünftiges Vorgehen, bei aller Diskussion, die wir haben. Wir müssen im Kopf haben, wir wollen an sich Infrastrukturwettbewerb. Ich möchte noch mal auf das zurückkommen, was ich eben sagte: Ich hätte lieber gerne vier als drei im Markt und die auch im Wettbewerb. Und wenn jemand ein Modell fährt, wo er sich bewusst aus der Fläche heraushält, weil er sagt, ich versorge Studenten in großen deutschen Städten, bin aber dafür preisgünstig, dann kann ich den Anbieter doch nicht zwingen, flächendeckend anzubieten, sondern ich muss das Geschäftsmodell so akzeptieren, wie es ist. Danke.

Prof. Jürgen Kühling (Universität Regensburg): vielen Dank Herr Vorsitzender, ich habe eine Frage von Herrn Abgeordneten Wiehle. Das gibt mir die Möglichkeit – die Frage, wenn ich sie noch mal im Kern zusammenfasse, geht ja dahin, wir diskutieren beim „local Roaming“ über die Frage, wie viel Infrastrukturwettbewerb wir dort in diesen Teilbereichen haben wollen. Müssten wir nicht umgekehrt die Frage diskutieren, wie viel Glasfasernetzwettbewerb wollen wir haben, und bräuchten wir da nicht eine vergleichbare Regelung? Das gibt mir die Möglichkeit, vielleicht noch einmal ganz kurz auch für die weitere parlamentarische Diskussion in Erinnerung zu rufen, was überhaupt Sinn und Zweck dieser „local Roaming-Bestimmung“ ist. Wir haben hier nämlich im Mobilfunkbereich ein Problem, was wir in dieser Form im Festnetzbereich nicht haben. Ob das jetzt die optimale Lösung ist und wie viel Beitrag sie leisten kann, darüber kann man streiten. Aber ich will noch mal den Unterschied ganz deutlich machen, denn wir, Kollege Fetzer, den ich sehr schätze, und ich hatten jetzt so eine „Hochreck-Jura-Diskussion“ über den Art. 124. Da möchte ich vielleicht, um das abzurunden, noch einen Satz hinzufügen. Die Vorschrift heißt ja „Die Mitgliedsstaaten wenden diese Vorschriften ab dem

21. Dezember 2020 an“. Ich hoffe, dass sich die Lesart von Herrn Fetzer durchsetzt, denn der ganze EKEK besteht im Wesentlichen aus geltendem Recht. Das würde ja faktisch bedeuten, wir haben aktuell gar kein geltendes Recht mehr, denn das dürfen wir ja alles erst ab dem 21. Dezember 2020. Dieser EKEK unterscheidet nicht zwischen neuem Recht und altem Recht. Das ist ein einheitlicher Kodex. Das heißt mit anderen Worten: Ich bin mir ziemlich sicher, dass wir auf nationaler Ebene selbstverständlich eine solche Regelung durchführen können, es sei denn, sie verstößt gegen das geltende Richtlinienrecht. Dann hätten wir ein Problem, aber dann müsste man das entsprechend begründen. Aber das ist wieder „juristisches Hochreck“.

Jetzt kommen wir zu der Frage, was ist der Unterschied zwischen Festnetz und Mobilfunk? Welches Problem haben wir? Wenn wir das ganz konkret schildern: Ich kann hierher fliegen nach Berlin von dem kleinen, schönen Städtchen Regensburg, oder ich kann mit Zügen hierher kommen. In beiden Fällen habe ich dasselbe Problem: Ich muss nämlich entweder durch irgendwelche Landstraßen fahren, wo ich keine vernünftige Mobilfunkversorgung habe, oder ich muss im Regional-Express sitzen, wo ich auch keinen Wi-Fi-Zugang habe, weil ich leider nicht nur ICE-Strecken fahre, und dort habe ich keine Mobilfunkversorgung. Und das Problem, was der Artikel 61 Absatz 4 jetzt lösen möchte, ist aber nur ein Teilproblem. Nämlich nicht das „weiße Flecken-Problem“, sondern das Problem „grauer Fleck“. Ich habe einen, ja, der hilft mir aber nicht, ich hüpfte von einem zum nächsten. Ich habe aber nicht drei Handys dabei, mit drei Netzen, sondern, dann bin ich mal drin, mal bin ich draußen, mal bin ich wieder drin. Dieser Art. 61 Abs. 4 löst jetzt aber – und da hat der Kollege Fetzer vollkommen Recht – nur ein Problem, nämlich dass ich, wenn ich einen habe – grau – mache ich es von grau nach dunkelgrau. Der Zweite bekommt Zugang zum Ersten. Der Dritte bekommt schon keinen Zugang mehr zum Ersten, denn dann findet diese Norm gar keine Anwendung. Das heißt also: die ganz große Lösung kann diese Norm gar nicht sein, sie kann nur eine Teillösung sein. Und jetzt komme ich, nachdem hier so viel Pessimismus verbreitet wird, zur optimistischen Interpretation dieser Norm: Meine Hoffnung wäre, dass diese Norm dazu führt, dass die Mobilfunkanbieter unter dem



Drohpotential dieser Norm das tun, was bislang nicht richtig gelaufen ist und ich bin natürlich auch Kartellrechtler, also zur Wahrung der kartellrechtlichen Grenzen in Verhandlungen eintreten, wie wir dieses Problem lösen. Damit wir – gern auch differenziert – ein Anbieter mit schlechtem Netz gerne für günstige Preise, ja, aber schön wäre es doch am Ende, ein gutes Netz zu haben, wo ich durchgängig eine Nutzung habe. Dafür müssen entsprechende Verhandlungen initiiert werden, und das wäre die optimistische Interpretation, dass diese Norm das ein wenig beflügelt. Denn – und das ist noch mal mir ganz wichtig – die Entscheidung liegt sowieso im Wesentlichen auf der Anwendungsebene dieser Norm. Diese Norm – und insofern stimme ich Frau Henseler-Unger vollkommen zu, die ja auch die größte Erfahrung hier am Tisch hat, wie man das in einer Behörde umsetzen kann – hat so viele komplizierte Voraussetzungen; Ultima Ratio – Kollege Fetzer hat es gesagt – das sehe ich genauso. Die muss ich alle Schritt für Schritt durchprüfen, damit sollte ich frühzeitig anfangen, um zu schauen, welchen Baustein leistet dieses Norm, denn die Frage des Abgeordneten Wiehle zielte ja darauf ab, wie viel Infrastrukturwettbewerb möchte ich haben, das muss dann die Bundesnetzagentur beantworten. Denn eine der Voraussetzungen dieser Norm ist, will ich überhaupt diese Norm aktivieren oder hemme ich nicht damit einen Infrastrukturwettbewerb. Denn Zwei wartet nur auf Eins; ich hätte vielleicht den schlechten Anreiz, dass ich mehr weiße Flecken demnächst habe, weil der Zweier auf den Einser wartet und keiner etwas macht. Ich glaube nicht, dass dieser Effekt eintritt, weil wir ja eine Versorgungsverpflichtung haben, da haben wir eine Anrechnungsklausel. Nach der Versorgungspflicht reicht es, wenn einer da ist, dies hilft aber nicht bei meinem Problem, wenn ich nach Berlin reise. Dankeschön.

Vorsitzender: Herr Horn, bitte.

Michael Horn (Chaos Computer Club e.V.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank auch an Frau Domscheit-Berg für die Fragen, die nochmal auf den Unterschied zwischen „National Roaming“ und Infrastruktur-Sharing eingehen. Wir sprechen im Grunde – seien wir ehrlich – im internationalen Vergleich von Aufholen und von Daseinsvorsorgen. Wenn ich auf dem Land mit meinem Mobilfunktelefon unterwegs bin, habe ich

heute schon eine Art „National Roaming“, und zwar für – Thema der Daseinsvorsorge – für Notrufe. Wenn ich auf einer Kreisstraße unterwegs bin und dringend einen Notruf absetzen möchte, dann kann ich auch schon heute alle Netze nutzen. So verstehe ich auch das regionale und das nationale Roaming zwischen den Netzen; als die unterste Schicht einer Daseinsvorsorge. Diese gewährleistet, dass Kommunikationsbasisdienste wie Telefonie genutzt werden können und dann wird auch ein Anreiz geschaffen für Mobilfunkanbieter, diese Servicegüte zu verbessern, indem sie sich überlegen, wie man das mit dem Standort-Sharing hinkommt, wie es eben in anderen Ländern schon länger Usus ist. Offenbar gibt es Gründe, warum das in Deutschland noch nicht attraktiv ist. Da besteht vielleicht Regulierungsbedarf. Längerfristig geht es auch gar nicht ohne Standort-Sharing, da ist zum einen die Risikoteilung beim Ausbau von ländlichen Standorten. Man weiß eben nicht im Voraus, ob ein Standort, den man sich erschließt, sich am Ende trägt. In dem Moment, wo er von den zwei anderen mitbenutzt wird oder vielleicht bei neuen Marktteilnehmern, ist die Wahrscheinlichkeit vielleicht größer und das ist daher ökonomisch sinnvoll an Stellen, wo man weiße Flecken schließt oder sich Verkehrswege zu teilen.

Zur zweiten Frage geht's quasi nahtlos über: Wie das ist mit dem Unterschied zwischen Mobilfunk und Festnetz. Da gibt es Parallelen. Wenn ich mit einer Basis-Station einen weißen Flecken erschließen kann und das ausreicht, frage ich mich, warum wir überhaupt in Häuser mehr als eine Faser reinlegen müssen; wenn zwei Fasern gelegt werden, warum legen wir die nicht in das eine Haus und in das andere Haus, dann ist die doppelte Anzahl von Teilnehmern erschlossen. Das funktioniert auch nur durch Open Access. Nur durch Open Access ist noch eine Wahlfreiheit gewährleistet, welchen Anbieter man über die Zugangswege, die zur Verfügung stehen, nutzt. Wenn wir das Thema Aufholen beim Infrastrukturausbau in diesem Land hinter uns lassen und in die Zukunft gucken: wie könnte Open Access auch auf anderen „Layern“ stattfinden? Was wären die Chancen für – ich möchte jetzt nicht sagen, eine Nummer vier, weil ich nicht glaube, dass man sich in Deutschland infrastrukturenmäßig noch eine Nummer vier auf dem Mobilfunkmarkt vorstellen kann. Was allerdings sehr vorstellbar ist, und wo



es auch schon Unternehmen gibt – Start-ups usw.: dass man auf diesen Infrastrukturen neue Dienste realisiert. Das funktioniert auch nur, wenn es für Neueinsteiger einen Zutritt zu diesen Infrastrukturen gibt, dass also eine 5G-Infrastruktur – vielleicht netzbetreiberunabhängig – zur Verfügung steht, dass ein Unternehmen, was ein innovatives Produkt auf Basis von Mobilfunk bringen möchte, einfach die Möglichkeit hat, weil es diese Open-Access-Schnittstellen gibt, und jeder Netzbetreiber diese bereitstellen muss, auf dieser Infrastruktur Dinge zu bauen. Natürlich nicht ohne Vergütung für die, die das Netz zur Verfügung stellen. Abschließend hoffe ich trotzdem, dass das autonome Fahren nicht von Netzwerklatenz abhängen wird. Vielen Dank.

Vorsitzender: Ja, meine Damen und Herren, wir sind damit am Ende unserer Anhörung. Ich darf insbesondere unseren Sachverständigen danken, dass sie uns zur Verfügung gestanden haben. Ich

glaube, das Thema wird uns weiterhin beschäftigen; davon würde ich wohl sicher ausgehen. Und vielen Dank dafür, dass Sie dazu beigetragen haben, uns hier etwas mehr Einsicht zu verschaffen. Alles Weitere werden wir dann sehen. Herzlichen Dank, ich wünsche Ihnen einen guten Nachhauseweg.

Die Kollegen, die nachher beim Mittagessen mit den Schweizern dabei sind, bitte ich, sich langsam auf den Weg zu machen.

Ich muss mich bei den Sachverständigen entschuldigen, dass ich mich nicht persönlich verabschieden kann; wir haben jetzt gleich eine Delegation aus der Schweiz, die ich nicht warten lassen darf. Alles Gute!

Schluss der Sitzung: 12:47 Uhr

Cem Özdemir, MdB
Vorsitzender



Zusammenfassung der Stellungnahmen

Öffentliche Anhörung am Mittwoch, 13. Februar 2019, 11.00 Uhr
Sitzungssaal E 600 des Paul-Löbe-Hauses

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

*Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes
(5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)*

Drucksache 19/6336

b) Unterrichtung durch die Bundesregierung

*Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes
(5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)
Gegenäußerung der Bundesregierung*

Drucksache 19/6437

A-Drs. 19(15)181-A

Dr. Iris Henseler-Unger
Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur
und Kommunikationsdienste

Seite 1

A-Drs. 19(15)181-B

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.
Universität Regensburg

Seite 8

A-Drs. 19(15)181-C

Sven Knapp
BREKO Bundesverband Breitband-
kommunikation e.V.

Seite 19

A-Drs. 19(15)181-D + ergänzende Stellungnahme

Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)
Universität Mannheim

Seite 23

A-Drs. 19(15)181-E

Dr. Kay Ruge
Deutscher Landkreistag e.V.

Seite 29

Öffentliche Anhörung am 13. Februar 2019

Deutscher Bundestag Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

5. TKG-Änderungsgesetz (BT-Drs. 19/6336 und 19/6437)

Dr. Iris Henseler-Unger, Geschäftsführerin WIK – Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH

Stand 11.02.2019

Vorbemerkung

WIK hat sich bereits in der Vergangenheit mit der Umsetzung der EU-Kostensenkungsrichtlinie¹ in nationales Recht befasst, so in einer Studie für das BMVI vom September 2015 zu „Preissetzung für die Mitnutzung von Infrastrukturen – Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie“², dem Diskussionsbeitrag Nr. 405 zu „Entgelte für den Netzzugang zu staatlich geförderter Breitband-Infrastruktur“ (März 2016)³ oder in der „Studie über die Umsetzung und Überwachung von Maßnahmen im Rahmen der Richtlinie 61/2014 – Kostensenkungsrichtlinie“ (mit VVA Smart 2015/0066, Juni 2018)⁴ für die EU-Kommission. Im Übrigen haben wir in unseren Studien viele andere Aspekte des Breitbandausbaus und Breitbandförderung analysiert (siehe www.wik.org).

Insbesondere die Studie für die EU-Kommission zeigt, dass zwar generell die Zahl der Streitbeilegungsfälle im Laufe der Zeit nach der nationalen Umsetzung der EU-Kostensenkungsrichtlinie steigt. Der mit dem 5. TKG-Änderungsgesetz angesprochene Sachverhalt des Überbaus von (geplanten) Glasfaserinfrastrukturen durch ein zweites Telekommunikationsunternehmen scheint jedoch ein spezifisch deutsches Phänomen zu sein, das weder von der EU-Kommission noch vom nationalen Gesetzgeber so antizipiert und intendiert war. Dies mag daran liegen, dass der Glasfaserausbau hier vor allem durch eine Vielzahl kleinerer Unternehmen, von denen etliche Stadtwerke oder Töchter von Stadtwerken sind, vorangetrieben wird. Gemäß VATM 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018 wurden 2018 2,6 Mio. Glasfaseranschlüsse von den

1 Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation.

2 https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2016/Umsetzung_KostensenkungsRL_BMVI.pdf.

3 https://www.wik.org/index.php?id=diskussionsbeitraege&details&L=2&tx_ttnews%5Bcat%5D=4&tx_ttnews%5Byear%5D=2016&tx_ttnews%5BbackPid%5D=93&tx_ttnews%5Btt_news%5D=1801&cHash=4ff47f3c1350efb83cefbf211620261a.

4 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-implementation-and-monitoring-measures-under-broadband-cost-reduction-directive>.

Wettbewerbern der DTAG, von der DTAG selbst nur 0,8 Mio. angeboten. Eine flächen-deckende Versorgung mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen kann kein Un-ternehmen allein gewährleisten. Es bedarf der gemeinsamen Anstrengungen vieler.

Die Auseinandersetzungen über die Mitverlegung dürften in Deutschland künftig noch zunehmen und die Komplexität der Streitbeilegungsverfahren bei der BNetzA dürfte weiter steigen. Mit der im Dezember 2018 beschlossenen Änderung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, die nun in nationales Recht umge- setzt wird, sollen Investitionen in „Very High Capacity Networks“ weiter unterstützt wer- den, Ko-Investment und Kooperationen werden besonders hervorgehoben. Hinzu kommt, dass durch die Förderprogramme von Bund und Ländern die Ausbauaktivitäten anziehen werden.

Die angestrebte Regelung des TKG ist auf der Schnittstelle

- der asymmetrischen Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens,
- der symmetrischen Auflagen aus der Kostensenkungsrichtlinie und des Digi-NetzG mit dem Ziel, Synergien beim Ausbau von Breitbandnetzen zu nutzen,
- sowie der Breitbandförderung mit ihren Auflagen für diskriminierungsfreien offe- nen Netzzugang, Markterkundungsverfahren und wirtschaftlichen Überlegungen.

Dies macht Lösungen schwierig, die allen Aspekten gerecht werden.

Eine Regelung, die die Unsicherheiten bei den ausbauenden Unternehmen durch einen potentiellen Überbau reduziert, (geförderte) Geschäftsmodelle nicht torpediert und den Glasfaserausbau beschleunigt, scheint erstrebenswert. Gleichwohl darf die grundle- gende Zielsetzung der Kostensenkungsrichtlinie nicht torpediert werden, über die ge- meinsame Nutzung von bestehenden Infrastrukturen und durch den gemeinsamen Ausbau die Tiefbaukosten für leistungsfähige Breitbandnetze zu senken und damit den Ausbau solcher Netze profitabler zu machen.

Zum Gesetzentwurf

Entsprechend der obigen Vorbemerkung kann die Argumentation der Bundesregierung in der Begründung des Entwurfs eines 5. TKG-Änderungsgesetzes im Grundsatz geteilt werden.

Unzumutbarkeit des Überbaus bei geplantem gefördertem Glasfaserausbau

Der Gesetzentwurf beschränkt sich auf die Unzumutbarkeit des Überbaus bei geplantem gefördertem Glasfaserausbau. Da sich die Förderung auf ein nachweislich unterversorgtes Gebiet bezieht, das wirtschaftlich selbsttragend nicht mit Glasfaser erschlossen werden kann, dürfte der doppelte Ausbau hier grundsätzlich eher die Ausnahme sein. Die vorgeschlagene TKG-Änderung dürfte daher nur wenige Fälle regeln, wenn auch die Zahl aufgrund des anziehenden Netzausbaus künftig etwas zunehmen dürfte.

Die im 5. TKG-Änderungsgesetz vorgeschlagene Regelung betrifft zudem Unternehmen, die nach der neuen Bundesförderrichtlinie gegenüber den wirtschaftlichen Risiken des Überbaus besonders abgesichert sind, da ihnen ein Ausgleich im Fall des Überbaus gewährt werden kann:

„6.9 Sollte im Laufe eines Förderprojektes nach Nr. 3.1 oder 3.2 ein Unternehmen einen Ausbau anmelden oder durchführen, der nicht im Markterkundungsverfahren gemeldet wurde, so kann die Bewilligungsbehörde auf Antrag und unter der Voraussetzung der Verfügbarkeit von Haushaltsmitteln im Einzelfall nach pflichtgemäßen Ermessen die Förderung nachträglich bis zum Ausgleich der dadurch vergrößerten Wirtschaftlichkeitslücke bzw. der dadurch verminderten Pachteinnahmen erhöhen.“⁵

Im Verhältnis zu dem nicht geförderten Unternehmen, das eine Mitverlegung anstrebt, ist wichtig, dass das geförderte Unternehmen nach den Förderauflagen der EU die Verpflichtung hat, physisch entbündelte Zugänge für Wettbewerber anzubieten. Ebenso macht das Materialkonzept des Bundes als Basis für die Förderung Auflagen für die Mitnutzbarkeit der geschaffenen geförderten Infrastrukturen. Die Verpflichtung der geförderten Netze zu einem diskriminierungsfreien offenen Netzzugang durch die Beihilferichtlinie macht deutlich, dass Wettbewerb und sogar Infrastrukturwettbewerb auf der Basis des Zugangs zu Leerrohren auch und gerade in den mit Steuermitteln geförderten Gebieten grundsätzlich gewollt ist. Andere Unternehmen, die im selben Gebiet wie das erstausbauende Unternehmen ihren Endkunden Dienste anbieten wollen, haben daher das zugesicherte Recht, auf die Vorleistungsprodukte wie z.B. Leerrohre aber auch VULA, Bitstrom Layer 2 zurückgreifen zu können. Sie wären durch einen gemäß dem Gesetzesvorschlag versagten Überbau nicht unbillig an ihrer Geschäftstätigkeit gehindert.

Fazit ist, dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung geringe Relevanz für die Gruppe der ausbauenden Unternehmen insgesamt, für die geförderten ausbauenden Unternehmen wie für die die Mitverlegung anstrebenden Unternehmen hat.

⁵ https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitales/foerderrichtlinie-breitbandausbau.pdf?__blob=publicationFile.

Wenn man gleichwohl an einer Regelung für die Fälle des geplanten geförderten Glasfaserausbaus festhalten will, so erscheint in Anbetracht oben ausgeführter Erwägungen und der notwendigen Klarheit für die Investitionsentscheidung die jetzige Formulierung im Gesetzentwurf zu unverbindlich und damit mit Unsicherheit behaftet. Hier wäre eine klare Regelung vorzuziehen:

- Ersatz im jetzigen Entwurf von „**können** insbesondere dann unzumutbar sein“ durch „**sind** insbesondere dann unzumutbar“, um wenigstens die Verbindlichkeit der vorgeschlagenen Regelung zu erhöhen.

Ausweitung der Unzumutbarkeitsregelung auf öffentliche Unternehmen

Die Leistungen kommunaler Unternehmen bei Investitionen in Breitband muss anerkannt werden. Sie sind zentrale Treiber des Glasfaserausbaus. Laut VKU befassen sich mehr als 150 kommunale Unternehmen mit dem Breitbandausbau. Sie sollten keinesfalls in ihren Aktivitäten gehindert und ausgebremst werden.

Soweit sie eine öffentliche Förderung z.B. aus dem Bundesförderprogramm erhalten, fielen öffentliche Unternehmen unter die Kompensationsregel der neuen Bundesförderrichtlinie sowie auch dann unter die im 5. TKG-Änderungsgesetz vorgeschlagene „Unzumutbarkeitsregelung“.

Eine generelle Ausweitung des Überbauschatzes auch auf kommunale Unternehmen, die eigenwirtschaftlich und ohne Zuwendungsförderung Breitband ausbauen, also losgelöst vom Tatbestand der Förderung, wäre jedoch zu pauschal. Eine solche generelle Ausnahme für alle öffentlichen Unternehmen, die in Glasfaserinfrastrukturen investieren, scheint angesichts der von der Kostensenkungsrichtlinie gewollten Kostenreduzierung beim Tiefbau durch gemeinsamen Ausbau und angesichts der Orientierung des neuen EU-Rechtsrahmens hin zu mehr Ko-Investment und Kooperation EU-rechtlich bedenklich.

Die auf kommunaler Ebene verfolgten Modelle für den Breitbandausbau, für das Engagement der Gemeinde, von Zweckverbänden und für die gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen bei Stadtwerken und Telekommunikationsunternehmen sowie für die Wahrnehmung des kommunalen Auftrags sind m. W. sehr heterogen. Eine „Unzumutbarkeitsregelung“ für öffentliche Unternehmen müsste unterscheiden (1) zwischen klassischen privatwirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand, die vergleichbar mit anderen privatwirtschaftlichen Unternehmen sind und mit diesen direkt im Wettbewerb stehen, und (2) solchen Konstrukten, die z.B. öffentlich (teil-) finanziert sind, gemeindliche Aufgabe wahrnehmen oder gar mögliche Umgehungstatbestände darstellen.

Ob die zweite Kategorie streng genommen heute schon der EU-Beihilferichtlinie unterläge, sollte dahin gestellt sein. Anders als die über Zuwendungen geförderten Unternehmen, die zur nachhaltigen diskriminierungsfreien Öffnung ihrer Netze gezwungen

sind, bieten die kommunalen Unternehmen der zweiten Kategorie jedoch allenfalls freiwillig diese Open-Access-Zugangsleistungen an. Diese sind jedoch nicht vereinheitlicht. Wünschenswert wäre, dass der von den Unternehmen freiwillig angebotene offene Zugang die Auflagen, die Unternehmen nach der Förderrichtlinie erfüllen müssen, einhält. Allerdings verdeutlicht schon die Erörterung der VULA-Zugangsprodukte als Voraussetzung für die Förderung des VDSL-Breitbandausbaus, die nach den Auflagen gewisse allgemeinen Kriterien einhalten müssen, die meist sehr unterschiedlichen Vorstellungen der ausbauenden Unternehmen, was ein „Förder-VULA“ sein könnte, und führt zu einem hohen regulatorischen Aufwand.⁶ Dieser Harmonisierungsaufwand, um ein wirkliches Open-Access-Angebot durchzusetzen, dürfte bei öffentlichen Unternehmen, die bisher nicht der Disziplin der Beihilfenkontrolle unterworfen sind, wohl noch gravierender sein.

Das Risiko, dass sich die Möglichkeit einer Mitverlegung durch Dritte negativ auf die Investitionsbereitschaft vor Ort auswirkt, sollte jedoch nicht vernachlässigt werden, insbesondere wenn es sich um kommunale Unternehmen kleiner und mittlerer Größe handelt, die bei einer Mitverlegung durch die DTAG und/oder andere große Anbieter Gefahr laufen, dass sich die Zahl der adressierbaren Kunden und damit der Business Case für den Glasfaserausbau deutlich verringert. Attentismus bei denjenigen, die heute den Glasfaserausbau tragen, könnte die unerwünschte Folge sein. Ein solcher differenzierter Überbauschutz für klassische privatwirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand, die vergleichbar mit anderen privatwirtschaftlichen Unternehmen sind und mit diesen direkt im Wettbewerb stehen, sollte dem entsprechen, der auch für den rein privatwirtschaftlichen Ausbau von Glasfasernetzen gilt. Die klare Grenzziehung zwischen diesen Unternehmen der öffentlichen Hand der Kategorie (1) und den Fällen der Kategorie (2), für die gerade der Überbauschutz nicht gelten sollte, gehörte m.E. jedoch nicht in ein Bundesgesetz, sondern es sollten im Rahmen der Streitschlichtung effektive Regelungen gefunden werden, z.B. durch eine Kriterienliste, Durchführungsverordnung oder Leitlinie. Dies erhöhte die Sicherheit der ausbauenden öffentlichen Unternehmen gegenüber der jetzigen Situation und führte einen Schritt weit weg von den Einzelfallentscheidungen durch die Streitschlichtungsstelle der Bundesnetzagentur, Beschlusskammer 11.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung für die Unzumutbarkeit des Überbaus ist sogar noch weitergehend. Sie umfasst generell Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen, damit auch von Strom, Wasser, Gas und Abwasser, die einem gewissen Überbauschutz unterliegen sollten. Kern der Kostensenkungsrichtlinie ist aber gerade die Kostensenkung durch Mitnutzung und Mitverlegung bei diesen Versorgungsinfrastrukturen. Die Bundesratsformulierung ließe die Kostensenkungsrichtlinie ins Leere laufen und ist in diesem Punkt nicht EU-richtlinienkonform.

⁶ Vgl. z.B. WIK-Studie „Assessment of the technicalities of VULA products in the context of a State aid investigation“, 2018, <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0418126enn.pdf>.

Definition von Glasfasernetzen

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Definition von Glasfasernetzen als FTTB/H-Netze ist zwar im Grundsatz nachvollziehbar. Sie steht sowohl für das TKG als auch für die Förderprogramme noch aus. Da diese Definition für das gesamte TKG Relevanz hat, müsste sie in § 3 TKG erfolgen. Eine solche Gesetzesänderung ist allerdings zum jetzigen Zeitpunkt nicht ratsam. Im Dezember 2018 ist der neue EU-Code für die elektronische Kommunikation beschlossen worden. Hier wird auf „Netze mit sehr hoher Kapazität“ (Very High Capacity Networks) als Ausgang für regulatorischen Maßnahmen Bezug genommen, die definiert werden als

„Netz mit sehr hoher Kapazität“: entweder ein elektronisches Kommunikationsnetz, das komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht, oder ein elektronisches Kommunikationsnetz, das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann; die Netzleistung kann als vergleichbar gelten, unabhängig davon, ob der Endnutzer Schwankungen feststellt, die auf die verschiedenen inhärenten Merkmale des Mediums zurückzuführen sind, über das das Netz letztlich mit dem Netzabschlusspunkt verbunden ist“⁷.

Diese komplexe Definition muss bei der Umsetzung des neuen EU-Rechtsrahmens in nationales Recht entsprechend gewertet, im Hinblick auf FTTB/H- und Kabel-TV-Netze diskutiert und in Bezug zu allen Regelungen des TKG eingeordnet werden.

Alternativen zum jetzigen Vorschlag

Natürlich existieren Alternativen zum jetzigen Vorschlag der Bundesregierung, die allerdings noch zum Teil rechtlich, zum Teil ökonomisch evaluiert werden müssten, insbesondere im Bezug auch auf die öffentlichen Unternehmen der 2. Kategorie:

(1) Anpassung der Kostenteilung für alle Glasfaser ausbauenden Unternehmen, nicht nur für die geförderten:

- Höhere Entgelte für die Mitverlegung zahlbar durch das zweite TK-Unternehmen an den Erstausbauenden, um eine Kompensation des Erlösausfalls zu gewährleisten. Ausreichende ökonomische Anreize für das Mitverlegungsszenario über diesen Weg zu erreichen, dürfte allerdings nicht einfach sein. Vielfach dürfte der alleinige Maßstab der Kosten für die Tiefbauarbeiten, z.B. bei einer Teilungsregel 50:50 für die Tiefbaukosten wie in der Entscheidung der Bundesnetzagentur BK 11-17-20 vom 20.04.2018 auferlegt, nicht ausreichend sein. Gravierender dürfte in vielen Fällen der Ausfall der Erlöse beim Endkunden für das Ge-

⁷ Art.2 Zif.2 RICHTLINIE (EU) 2018/1972 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

schäftsmodell des Erstausbauenden sein. Dies spricht dafür, **§ 77n Abs. 3 TKG** für die Mitnutzung auf den Fall der **Mitverlegung** bei einem geplanten geförderten Glasfasernetz auszudehnen.

- Grundsätzlich vorstellbar wären z.B. **Kostenteilungsmodelle** gemäß der jeweiligen **Endkundenzahl** und **Umsätze**, die das ausbauende und das mitverlegende Unternehmen im jeweiligen Ausbaugbiet ex post erreichen. Dies ermöglicht aber Wirtschaftlichkeitsberechnungen erst im Nachhinein, der Investor wird also in Unsicherheit belassen, und insgesamt dürfte daher ein solches Kostenteilungsmodell nicht leicht zu handhaben sein.
- Ein alternativer Ansatz zur Kostenteilung bestünde darin, **die Kostenteilung anhand der Marktanteile zum Zeitpunkt des Ausbaus** festzulegen und damit die Vertriebsstärke des ausbauenden und des mitverlegenden Unternehmens mit ins Kalkül einzubeziehen, um eine spätere Asymmetrie, die einem Infrastrukturwettbewerb entgegenlaufen würde, zu verhindern.

(2) Anpassung der Förderung

- Anpassung im **Förderregime** und nicht im TKG durch **Verbindlichkeit des Markterkundungsverfahrens** als Voraussetzung für die Förderung, um die Unternehmen, die einen privatwirtschaftlichen Ausbau in dem zur Rede stehenden Gebiet in dem Verfahren verneint haben, für einen gewissen Zeitraum davon abzuhalten, ihre Entscheidung zu revidieren.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
Ausschussdrucksache

19(15)181-B

Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

5. TKG-ÄnderG: Öffentliche Anhörung am 13. Februar 2019

Stellungnahme zum Thema „Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK (Lokales Roaming)“

Prof. Dr. Kühling (Universität Regensburg)

1. Vorbemerkung

Art. 61 Abs. 4 EKEK legt den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, der nationalen Regulierungsbehörde eine Ermächtigungsgrundlage zu verschaffen, damit diese Unternehmen, die öffentliche Mobilfunknetze bereitstellen, im Wege der Anordnung in Gebieten, in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau für weitere Mobilfunknetzbetreiber nicht möglich ist, zum lokalen Roaming oder zur gemeinsamen Nutzung von passiven und hilfsweise sogar auch aktiven Netzinfrastrukturen unter näher definierten strengen Voraussetzungen zu verpflichten. Im Einzelnen gibt die Vorschrift Folgendes vor:

„(4) Unbeschadet der Absätze 1 und 2 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die zuständigen Behörden befugt sind, Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze bereitstellen oder zu deren Bereitstellung berechtigt sind, im Einklang mit dem Unionsrecht Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung von passiven Infrastrukturen oder Verpflichtungen über den Abschluss lokaler Roamingzugangvereinbarungen aufzuerlegen, sofern dies in beiden Fällen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützter Dienste auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich ist und sofern keinem Unternehmen tragfähige und vergleichbare alternative Zugangswege zu den Endnutzern zu fairen und angemessenen Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Die zuständigen Behörden können derartige Verpflichtungen nur dann auferlegen, wenn diese Möglichkeit bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen wurde und wenn dies dadurch gerechtfertigt ist, dass in dem Gebiet, für das diese Verpflichtungen gelten, unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse für den marktgesteuerten Ausbau der Infrastruktur zur Bereitstellung funkfrequenzgestützter Netze oder Dienste bestehen, weshalb Endnutzer äußerst lückenhaften oder gar keinen Zugang zu Netzen oder Diensten haben. Lässt sich mithilfe des Zugangs zu und der gemeinsamen Nutzung passiver Infrastruktur allein keine Abhilfe schaffen, können die nationalen Regulierungsbehörden vorschreiben, dass aktive Infrastruktur gemeinsam genutzt wird.

Die zuständigen Regulierungsbehörden berücksichtigen Folgendes:

- a) das Erfordernis, die Netzanbindung in der gesamten Union, entlang wichtiger Verkehrswege und in bestimmten Gebieten zu maximieren, und die Möglichkeit, eine wesentlich größere Auswahl und höhere Dienstqualität für die Endnutzer zu erreichen;
- b) die effiziente Nutzung von Funkfrequenzen;
- c) die technische Durchführbarkeit der gemeinsamen Nutzung und die diesbezüglichen Bedingungen;
- e) technische Innovationen;
- f) die vorrangige Notwendigkeit, im Hinblick auf den Ausbau der Infrastruktur zunächst Anreize für den Bereitsteller zu schaffen.

Im Falle einer Streitbeilegung können die zuständigen Behörden dem Begünstigten der die gemeinsame Nutzung oder den Zugang betreffenden Verpflichtung unter anderem vorschreiben, Funkfrequenzen mit dem Bereitsteller der Infrastruktur in dem betreffenden Gebiet gemeinsam zu nutzen.“

Ergänzend führen die Erwägungsgrund 156 bis 158 des EKEK insoweit aus:

„Die gemeinsame Nutzung passiver Infrastrukturen, die der Bereitstellung drahtloser elektronischer Kommunikationsdienste unter Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Grundsätze dienen, kann besonders zweckmäßig sein, um eine bestmögliche Anbindung an Netze mit sehr hoher Kapazität in der gesamten Union zu ermöglichen, insbesondere in weniger dicht besiedelten Gebieten, in denen eine Replizierung nicht durchführbar ist und die Gefahr besteht, dass den Endnutzern keine solche Netzanbindung zur Verfügung gestellt wird. In Ausnahmefällen sollten die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden in der Lage sein, eine solche Nutzung oder den lokalisierten Roamingzugang nach dem Unionsrecht aufzuerlegen, wenn diese Möglichkeit im Rahmen der ursprünglichen Bedingungen für die Erteilung der Nutzungsrechte ausdrücklich niedergelegt wurde und wenn sie jeweils den Nutzen dahingehend nachweisen können, dass dadurch unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse, die dazu führen, dass der Zugang zu Netzen oder Diensten sehr lückenhaft oder unmöglich ist, ausgeräumt werden; hierbei müssen sie verschiedene Faktoren berücksichtigen, unter anderem insbesondere den Bedarf der Versorgung entlang wichtiger Verkehrswege, den Bedarf der Endnutzer an Auswahlmöglichkeiten und einer besseren Dienstqualität und das Erfordernis, Anreize für den Infrastrukturausbau zu bewahren. Haben Endnutzer keinen Zugang und kann diesem Umstand mit der gemeinsamen Nutzung passiver Infrastrukturen allein nicht abgeholfen werden, sollten die nationalen Regulierungsbehörden in der Lage sein, Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung aktiver Infrastrukturen aufzuerlegen. Hierdurch behalten die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden die Flexibilität, sich für die am besten geeignete Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung oder Zugangsverpflichtung zu entscheiden, die im Hinblick auf die Art des aufgetretenen Problems verhältnismäßig und gerechtfertigt sein sollte.

Unter bestimmten Umständen ist es zwar angemessen, dass eine nationale Regulierungsbehörde oder andere zuständige Behörde Unternehmen unabhängig von der Einstufung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen auferlegt, um Ziele wie durchgehende Konnektivität und Interoperabilität von Diensten zu erreichen, jedoch muss sichergestellt werden, dass solche Verpflichtungen im Einklang mit dem Rechtsrahmen und insbesondere dessen Notifizierungsverfahren auferlegt werden. Solche Verpflichtungen sollten nur auferlegt werden, wenn sie dadurch gerechtfertigt sind, dass sie der Erfüllung der Ziele dieser Richtlinie dienen, und wenn sie objektiv begründet, transparent, verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sind, damit durch sie Effizienz, ein nachhaltiger Wettbewerb, effiziente Investitionen und Innovationen gefördert werden und für den größtmöglichen Nutzen für die Endnutzer gesorgt wird, und wenn sie im Einklang mit den einschlägigen Notifizierungsverfahren auferlegt werden.

Zur Bewältigung ansonsten unüberwindbarer wirtschaftlicher oder physischer Hindernisse bei der Bereitstellung funkfrequenzgestützter Netze oder Dienste an Endnutzer und bei bestehenden Lücken bei der Mobilfunkabdeckung erfordert das Schließen dieser Lücken gegebenenfalls den Zugang zu oder die gemeinsame Nutzung passiver Infrastrukturen oder, sollte dies aufgrund der Gegebenheiten nicht ausreichen, aktiver Infrastrukturen oder den Abschluss lokaler Roamingzugangvereinbarungen. Beabsichtigen nationale Regulierungsbehörden oder andere zuständige Behörden — unbeschadet der aufgrund anderer Bestimmungen dieser Richtlinie an die Nutzungsrechte geknüpften Verpflichtungen zur gemeinsamen Nutzung und insbesondere der Maßnahmen zur Wettbewerbsförderung –, Maßnahmen zur Auferlegung von Verpflichtungen zur gemeinsamen Nutzung passiver Infrastrukturen zu ergreifen, oder beabsichtigen sie, wenn der Zugang zu und die gemeinsame Nutzung von passiven Infrastrukturen nicht ausreichen, eine gemeinsame Nutzung aktiver Infrastrukturen oder lokale Roamingzugangvereinbarungen, können sie jedoch auch gehalten sein, das potenzielle Risiko für Marktteilnehmer in unterversorgten Gebieten zu prüfen.“

In Bezug auf die Umsetzung des EKEK in nationales Recht ist ergänzend die allgemeine Vorschrift des Art. 124 EKEK zu beachten. Diese bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten erlassen und veröffentlichen bis zum 21. Dezember 2020 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen. Sie teilen der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Vorschriften mit.

Die Mitgliedstaaten wenden diese Vorschriften ab dem 21. Dezember 2020 an.

Bei Erlass dieser Vorschriften nehmen die Mitgliedstaaten in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. In diese Vorschriften fügen sie die Erklärung ein, dass Bezugnahmen in den geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf die durch diese Richtlinie geänderten Richtlinien als Bezugnahmen auf diese Richtlinie gelten. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten dieser Bezugnahme und die Formulierung dieser Erklärung.

(2) Abweichend von Absatz 1 dieses Artikels gilt Artikel 53 Absätze 2, 3 und 4 dieser Richtlinie ab dem 20. Dezember 2018, wenn harmonisierte Bedingungen durch technische

Umsetzungsmaßnahmen gemäß der Entscheidung Nr. 676/ 2002/EG festgelegt wurden, um die Nutzung harmonisierter Funkfrequenzen für drahtlose Breitbandnetze und -dienste zu ermöglichen. Für Funkfrequenzbänder, für die bis zum 20. Dezember 2018 keine harmonisierten Bedingungen festgelegt wurden, gilt Artikel 53 Absätze 2, 3 und 4 dieser Richtlinie ab dem Tag der Annahme der technischen Durchführungsmaßnahmen gemäß Artikel 4 der Entscheidung Nr. 676/2002/EG.

Abweichend von Absatz 1 dieses Artikels wenden die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung des Artikels 54 ab dem 31. Dezember 2020 an.

(3) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten nationalen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.“

Das Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI) erarbeitet derzeit einen Vorschlag für eine vorgezogene Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im Rahmen des 5. TKG-Änderungsgesetzes. So könnte in das TKG eine neue Vorschrift mit der Überschrift „Lokales Roaming, Zugang zu aktiven Netzkomponenten“ eingefügt werden. In diesem Zusammenhang stellen sich eine Reihe von Rechtsfragen auch mit Blick auf den gegenwärtig laufenden Vergabeprozess für 5G-Frequenzen.

Die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur (BNetzA) verweist in ihrer Entscheidung vom 26. November 2018¹ zu den Vergaberegeln bereits explizit auf die Vorgabe des Art. 61 Abs. 4 EKEK und die Umsetzung im nationalen Recht. So heißt es in Ziff 614:

„Die Kammer weist im Übrigen ausdrücklich darauf hin, dass Regelungen zum Infrastruktur-Sharing und Roaming auch in der zukünftig geltenden Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EECC) vorgesehen sind. Zum einen stellt die Richtlinie klar, dass Frequenzzuteilungen mit Auflagen zum Roaming verbunden werden dürfen. Zum anderen wird auch die Möglichkeit der Anordnung von passivem Infrastruktur-Sharing oder von lokalem Roaming adressiert, soweit dem Netzausbau unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen.“

Im Folgenden wird Art. 61 Abs. 4 EKEK im Wortlaut zitiert. Sodann ergänzt Ziff. 615:

„Die Umsetzung dieses neuen Rechtsrahmens in nationales Recht obliegt jedoch der Entscheidung und dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Bundesnetzagentur muss sich daher im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung vorbehalten, mit Blick auf eine das Unionsrecht umsetzende künftige TKG-Novelle die Auferlegung von

¹ Die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, Aktenzeichen: BK1-17/001, ist abrufbar im WWW: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Mobilfunk2020/20181126_Entsch_III_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

Roamingverpflichtungen im Einzelfall zu prüfen und erforderlichenfalls unter Beachtung der Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 TKG anzuordnen.“

Art. 61 Abs. 4 EKEK enthält eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen und ist auch im Übrigen in mancher Hinsicht in seiner Regelungswirkung unklar und gegebenenfalls auch unbefriedigend. Dies steigert die Unsicherheiten in Bezug auf seine Umsetzung und lässt eine frühzeitige Befassung mit Umsetzungsoptionen und gegebenenfalls auch eine vorgezogene Umsetzung als sinnvoll erscheinen. Die folgenden Hinweise verstehen sich als ein Beitrag, einen Teil der denkbaren Rechtsfragen, die sich im Rahmen der Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK stellen können, zu beantworten.

2. Zwingende Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 EKEK bis zum 21. Dezember 2020

Vor dem Hintergrund der klaren, unconditionierten Vorgaben des Art. 61 Abs. 4 EKEK („die Mitgliedsstaaten sorgen dafür...“, Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1) ist dieser gemäß Art. 124 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzen. Die Norm muss nach Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK ab jenem Stichtag auch anwendbar sein. Vor diesem Zeitpunkt besteht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, im Rahmen der Vorwirkung der Richtlinie eine möglichst umfassende Wirkung zu verleihen und jedenfalls Maßnahmen zu unterlassen, die eine entsprechende Wirkung unterminieren. Damit muss eine wirksame Anwendung des Art. 61 Abs. 4 EKEK ab dem 21. Dezember 2020 möglich sein. Eine vorzeitige Anwendung ist im Übrigen insoweit erlaubt, wie dies den Vorgaben des bisherigen Richtlinien nicht widerspricht. Dann könnte auch schon vor dem 21. Dezember 2020 eine mögliche Umsetzung im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen jener Bestimmung aktiviert werden. Angesichts der Komplexität seiner Anwendungsvoraussetzungen dürfte dies allerdings nur wenig realistisch sein. Jedenfalls kann die Bestimmung in rechtlicher Hinsicht und auch systematisch bereits vorgezogen umgesetzt werden.

3. Einfluss der Umsetzung im TKG auf die Vergabe der 5-G-Frequenzen

Die zügige Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK in nationales Recht dient insbesondere auch der Realisierung der Vorgabe des Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 EKEK. Danach können die Wirkungen jener Norm nur dann aktiviert werden, „wenn diese Möglichkeit bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen wurde“. Das bedeutet aber für das deutsche Recht, dass angesichts des Vorbehalts des Gesetzes eine entsprechende Ermächti-

gungsgrundlage vor Erteilung der Frequenznutzungsrechte im nationalen Recht zumindest empfehlenswert ist, um unnötige Streitigkeiten zu vermeiden, da es sich insoweit um eine die Unternehmen belastende Regelung handelt. Auf dieser Grundlage kann bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte der ausdrückliche Hinweis auf die Möglichkeit der späteren Auferlegung einer Roaming-Verpflichtung erfolgen.

Eine solche Vorgehensweise hat die BNetzA durch den in der Vorbemerkung zitierten Hinweis in Ziff. 614 f. der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 entsprechend vorbereitet. Insofern sollte jedenfalls bis zur konkreten Zuteilung der Frequenzen, besser jedoch vor dem Start der laufenden Versteigerung eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorliegen, um den an der Versteigerung teilnehmenden Unternehmen insoweit Rechtssicherheit zu verschaffen und die Möglichkeit zu eröffnen, die etwaigen zusätzlichen Risiken einer derartigen Regulierungsoption in die Gebote einzupreisen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass erst wieder im Rahmen einer folgenden Versteigerung die Möglichkeit besteht, die Handlungsoptionen des Art. 61 Abs. 4 EKEK zu aktivieren.

Insofern stellt die anstehende Versteigerung der 5-G-Frequenzen als wichtigste kurz- und mittelfristig anstehende Frequenzversteigerung den nötigen Anlass dar, eine Vollzugsfähigkeit des Art. 61 Abs. 4 EKEK herzustellen. Andernfalls würde das von der Richtlinie beabsichtigte Ziel, gerade in der anstehenden Vergabe von 5-G-Frequenzen, eine entsprechende Steuerungswirkung herzustellen, gefährdet, wenn nicht gar verfehlt. Die anstehende Versteigerung ist damit auch der Anlass der Regelung, keineswegs jedoch ein „Einzelfall“ im Sinne einer nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG verbotenen Einzelfallsregelung (vgl. hierzu BVerfGE 13, 225 (228 f.), BVerfGE 24, 33 (52), BVerfGE 99, 367 (400)). Denn jegliche konkrete Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im TKG muss abstrakt-generell formuliert sein, um die Vorgaben des EKEK umzusetzen und auch für weitere Frequenzversteigerungen im Laufe der Geltungsphase des EKEK anwendbar zu sein.

4. Gerichtliche Kontrolle der Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im TKG

Die unionsrechtskonforme Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im TKG kann einerseits bei Vorwürfen von Umsetzungsfehlern seitens der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens überprüft werden.

Andererseits kann sie inzident im Rahmen der Kontrolle der etwaigen anschließenden Anwendung der Norm durch die BNetzA erfolgen. In diesem Rahmen kann bei der gerichtlichen Über-

prüfung des Handelns der BNetzA eine Vorlage an den EuGH erfolgen, um zu klären, ob die Umsetzung unionsrechtskonform erfolgt ist. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass in diesem Rahmen auch eine inzidente Überprüfung der Verfassungskonformität der nationalen Regelung erfolgen kann sowie eine sonstige Prüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns der BNetzA. Vor diesem Hintergrund ist es eher zweifelhaft, dass das bloße Vorhandensein einer Regelungsbefugnis im deutschen TKG ohne dessen Aktivierung bereits eine Klagemöglichkeit der potenziell betroffenen Adressaten dieser Norm auslöst. Die prozessualen Hürden hinsichtlich einer Gesetzesverfassungsbeschwerde sind insoweit jedenfalls angesichts der Anforderungen an die Subsidiarität und Rechtswegerschöpfung hoch. Im Rahmen eines grundsätzlich möglichen verwaltungsgerichtlichen Vorgehens der (potenziellen) Teilnehmer am Versteigerungsverfahren bzw. der Adressaten von anschließenden Zuteilungsbescheiden gegen entsprechende ausdrückliche Verweise der BNetzA auf einen dann gegebenenfalls vorhandene Umsetzungsnorm im TKG (zur Aktivierung der Wirkung des Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 EKEK) müsste sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit eines etwaigen Angriffs erfolgreich geltend gemacht werden, inwiefern bereits durch den Verweis seitens der BNetzA in entsprechenden Verwaltungsakten eine spezifische Beschwer des Adressaten des Verwaltungsakts entsteht und inwiefern eine derartige – vom Richtlinienrecht ja verpflichtend vorgesehene – Handlungsmöglichkeit rechtswidrig sein sollte.

5. Reichweite der (potenziellen) Verpflichtung zum lokalen Roaming ratione materiae

Von großer Bedeutung für die Reichweite der (potenziellen) Verpflichtung zum lokalen Roaming ist sodann die Beantwortung der Frage, ob diese auf ein bestimmtes (lokales) Gebiet bezogen ist und dies unabhängig davon, welche Frequenzen konkret zur Mobilfunkversorgung eingesetzt werden („lokale, frequenzflexible Anwendung mit Bezug zu den jeweiligen Versorgungsaufgaben“), oder sie ausschließlich auf die konkret in diesem Vergabeverfahren zugeteilten Frequenzen (mit Blick auf die Versteigerung von 5-G-Frequenzen also die 2-GHz- und 3,6-GHz-Frequenzen) bezogen ist („frequenzscharfe Anwendung“).

Diese Frage ist durch Auslegung der Richtlinie nach Wortlaut, Genesis, Systematik und Telos zu beantworten. Denn angesichts der klaren Konditionierung der Regelung in der Richtlinie spricht vieles dafür, dass es sich insoweit um eine vollharmonisierende Bestimmung handelt, die auf nationaler Ebene weder über- noch unterschritten werden darf. Deshalb ist entscheidend, wie die Richtlinie zu verstehen ist.

Der Wortlaut ist insoweit offen. Art. 61 Abs. 4 UAbs. 4 S. 1 EKEK spricht allgemein von „lokalen Roamingzugangvereinbarungen“ in „Fällen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützter Dienste auf lokaler Ebene“. Art. 61 Abs. 4 UAbs. 4 S. 2 EKEK schränkt die Möglichkeit zur Auferlegung entsprechender Verpflichtungen sodann insoweit ein, dass diese „bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen wurde“. Letzteres kann ausgehend vom Wortlaut in einem engen Konnex so verstanden werden, dass für eine entsprechende Verpflichtung nur die jeweiligen Frequenzen herangezogen werden dürfen. Umgekehrt spricht der Wortlaut jedoch nicht davon, dass ein Hinweis bei der Erteilung der „jeweiligen“ Frequenznutzungsrechte erfolgt ist. Das spricht eher dafür, dass kein strenger Konnex in diesem Sinne erfolgen soll.

Der Genesis lassen sich nur begrenzt Hinweise entnehmen. Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission war eine entsprechende „Hinweispflicht“ noch nicht vorgesehen.² Im Rahmen des Trilog-Verfahrens wurden sodann entsprechende Ergänzungsvorschläge des Europäischen Parlamentes und des Rates zum EKEK eingebracht. In beiden Versionen ist eine Hinweisklausel integriert worden.³ Die Erwägungsgründe bringen für die zugrunde liegenden Motive jedoch keinen weiteren Aufschluss.

² Die Bestimmung in Art. 59 des Vorschlags lautete insoweit: „(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze bereitstellen oder zu deren Bereitstellung berechtigt sind, im Einklang mit dem Unionsrecht Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen, den Abschluss lokaler Roamingzugangvereinbarungen oder den gemeinsamen Ausbau von Infrastrukturen aufzuerlegen, die für die Bereitstellung auf Funkfrequenzen gestützter Dienste auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich sind, wenn dies dadurch gerechtfertigt ist, dass

- a) eine Replizierung dieser Infrastrukturen wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre, und
- b) die Netzanbindung in dem Gebiet, auch entlang wichtiger Verkehrswege, äußerst lückenhaft wäre oder die ansässige Bevölkerung erheblichen Einschränkungen hinsichtlich Auswahl oder Dienstqualität oder beiden ausgesetzt wäre.

Die nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigen Folgendes:

- a) die Notwendigkeit, die Netzanbindung in der gesamten Union und in bestimmten Gebieten zu maximieren;
- b) die effiziente Nutzung von Funkfrequenzen;
- c) die technische Durchführbarkeit der gemeinsamen Nutzung und die diesbezüglichen Bedingungen;
- d) den Stand des Infrastruktur- und des Dienstleistungswettbewerbs;
- e) die Möglichkeit, eine wesentlich größere Auswahl und höhere Dienstqualität für die Endnutzer zu erreichen;
- f) technische Innovationen;
- g) die vorrangige Notwendigkeit, im Hinblick auf den Ausbau der Infrastruktur zunächst Anreize für den Bereitsteller zu schaffen.

Diese die gemeinsame Nutzung, den Zugang oder die Koordinierung betreffenden Verpflichtungen sind Gegenstand von Vereinbarungen, die auf der Grundlage fairer und angemessener Bedingungen geschlossen werden. Im Falle einer Streitbeilegung können die nationalen Regulierungsbehörden dem Begünstigten der die gemeinsame Nutzung oder den Zugang betreffenden Verpflichtung unter anderem vorschreiben, seine Funkfrequenzen mit dem Bereitsteller der Infrastruktur in dem betreffenden Gebiet gemeinsam zu nutzen.“, vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation COM(2016) 590 final.

³ Die Vorschlag des Rates ergänzt Art. 59 Abs. 3 EKEK-E insoweit durch den Ausspruch „provided that this possibility has clearly set out when granting the rights of use in radio spectrum“, Vorschlag des Rates v. 9.10.2017 – 12797/1/17 REV 1. Der Vorschlag des Europäischen Parlamentes zu Art. 59 Abs. 3 EKEK-E ist

Entscheidend ist damit die teleologische Auslegung. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die nationalen Regulierungsbehörden und insbesondere die BNetzA gerade mit Blick auf die (internationale) Harmonisierung in den letzten Jahren alle Frequenzbereiche flexibilisiert haben. Die deutschen Mobilfunknetzbetreiber nutzen diese Flexibilität auch entsprechend. Dies korreliert auch mit dem Ansatz der BNetzA, dass das gesamte zugeteilte Spektrum zur Erfüllung der auferlegten Versorgungsaufgaben herangezogen werden kann.⁴ Vor dem Hintergrund dieses Flexibilisierungsansatzes wird es schwierig sein, jeweils zu identifizieren, wo welcher Mobilfunknetzbetreiber gerade welche Frequenz verwendet. Dies kann sich auch noch auf der Zeitschiene ändern, so dass etwaige Roaming-Verpflichtungen jeweils kontinuierlich an eine jeweils wechselnde Nutzung des Zugangsverpflichteten angepasst werden müssten. Die Zugangspetenten hätten in diesem Fall keine Rechtssicherheit und müssten ihre Planungen jeweils anpassen.

Auch wenn man das in der Verpflichtungsvoraussetzung, dass „Endnutzer äußerst lückenhaften oder gar keinen Zugang zu Netzen oder Diensten haben“ (Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 EKEK), implizierte Ziel der Regelung zugrunde legt, dass die Situation für die Endnutzer verbessert werden soll, wird sich dies mit einer derartig beschränkten und dann auch noch wechselnden Regelungswirkung kaum erreichen lassen. Im Übrigen wird auch hier jeweils auf die Versorgung als solches und nicht auf einer dem zugrundeliegenden Frequenz abgestellt.

Daher sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Benennung in der Frequenzzuteilung lediglich dem Zweck dient, dass das ersteigende Unternehmen möglichst früh (im Vorfeld der Angebotsabgabe) Kenntnis davon hat, dass eine Verpflichtung zum lokalen Roaming auferlegt werden kann, um dies im Rahmen der Kalkulation der Angebote zu berücksichtigen. Das Verständnis einer „frequenzscharfen Anwendung“ ließe die Norm *ratione materiae* weitgehend leer laufen, was nicht dem Grundsatz des „*effet utile*“ bei der Auslegung des Unionsrechts entspricht.

Schließlich kann der Ansatz einer bloß „frequenzscharfen Anwendung“ zu einer ineffizienten Frequenznutzung führen. Denn die potenziell verpflichteten Netzbetreiber könnten dazu ange-

vergleichbar formuliert: „Die nationalen Regulierungsbehörden können derartige Verpflichtungen nur dann auferlegen, wenn diese Möglichkeit bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich festgelegt wurde.“, Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017; zudem wurde ein entsprechender Passus in Erwägungsgrund 142 integriert.

⁴ Vgl. u. a. BNetzA-Vergabebedingungen (Fn. 1), Rn. 257, 277, 298, 319.

reizt werden, die neu erlangten Frequenzen zurückhaltend zu nutzen, um das Risiko korrelierender Roamingverpflichtungen zu reduzieren.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass auch eine grundrechtskonforme Interpretation mit dem Argument des Vertrauensschutzes nicht zu einem gegenteiligen Ergebnis führt, da der Bieter vor der Ersteigerung entsprechender Frequenzen durch den „Warnhinweis“ ja gerade sein Bietverhalten („Ob“ und „Wie“) in dieser Kenntnis anpassen kann. Nur wenn er Frequenzen ersteigert, entsteht eine entsprechende Verpflichtung. Die Risiken können bei der Höhe der Angebote eingepreist werden. Alle weiteren grundrechtlichen Erwägungen stellen sich sodann im Rahmen der Anwendung der Norm unter Beachtung der verschiedenen – strengen – Anwendungsvoraussetzungen.

6. Reichweite der (potenziellen) Berechtigung zum lokalen Roaming

Ferner stellen sich Fragen zur Ausgestaltung der Umsetzungsnorm *ratione personae*. So stellt sich mit Blick auf den Berechtigtenkreis die Frage, ob es Art. 61 Abs. 4 EKEK erlaubt, den Adressatenkreis der nationalen Umsetzung so einzugrenzen, dass beispielsweise nur Unternehmen davon profitieren, die „mindestens 95 % der Haushalte mit ihrem eigenen Mobilfunknetz versorgen“.

Da die besseren Gründe dafür sprechen, dass es sich bei Art. 61 Abs. 4 EKEK um eine Vollharmonisierung handelt (siehe oben unter 5.), müsste es sich insoweit um eine zulässige Konkretisierung der richtlinienrechtlichen Vorgabe handeln. Deren Inhalt ist wiederum nach ihrem Wortlaut, der Genesis, der Systematik und dem spezifischen *Telos* zu ermitteln.

Der Wortlaut liefert keinerlei Hinweise für eine derartige Beschränkung des Berechtigtenkreises. Zwar wird der Berechtigtenkreis in der Norm (anders als der Verpflichtetenkreis) nicht näher definiert. Insofern ist der Wortlaut daher zumindest dahin gehend offen, dies im nationalen Recht zu tun. Allerdings wäre es auch denkbar, auf eine solche Konkretisierung im nationalen Recht – wie im Unionsrecht – zu verzichten. Jedenfalls gibt es im Wortlaut keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass die Verpflichtung nur solche Zugangspetenten erfassen soll, die genau diese Vorgabe der Versorgung von 95 % der Haushalte mit einem eigenen Mobilfunknetz erfüllen.

Daher müssten Anhaltspunkte aus der Genesis, Systematik oder dem *Telos* erkennbar sein, die eine derartige restringierende Konkretisierung rechtfertigen können. Aus der Genesis der Vor-

schriften lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Beschränkung des Berechtigtenkreises entnehmen. Die Entwurfss Fassungen von Europäischer Kommission, Europäischem Parlament und Rat enthalten insoweit keine Hinweise. Dabei ist zu beachten, dass der EuGH mit Blick auf die damalige Normierung des § 9a TKG aus dem Richtlinienrecht sehr restriktive Vorgaben zur legislativen Vorsteuerung der regulierungsbehördlichen Tätigkeit abgeleitet hat (Urteil vom 3. Dezember 2009, Az. C-424/07). Gerade das vom EuGH in jenem Urteil zur Begründung herangezogene Argument, dass die nationale Regulierungsbehörde über weite Befugnisse und einen weiten Entscheidungsspielraum verfügen solle, gilt für den EKEK im Allgemeinen und für Art. 61 Abs. 4 EKEK im Besonderen gleichermaßen. Eine zulässige Konkretisierung läge daher nur vor, wenn sich die Einschränkung des Berechtigtenkreis „zwanglos“ insbesondere aus der Systematik und dem Telos ergäben.

In systematischer Hinsicht ist für eine Beschränkung kein Anhaltspunkt ersichtlicht. Aber auch in teleologischer Hinsicht ist kein Argument ersichtlicht, warum gerade diese Beschränkung gleichsam zwangsläufig vom EU-Gesetzgeber gewollt ist und jede andere Handlungsoption in der Hand der nationalen Regulierungsbehörde zu richtlinienwidrigen Ergebnisse führte. So wäre es zumindest theoretisch denkbar, dass künftig ein Anbieter infrastrukturbasiert mit einem beschränkten Geschäftsmodell einen ganz wesentlichen Beitrag zur Mobilfunkversorgung in bestimmten Regionen leistet (etwa die 5G-Anbindung von Landwirten), ohne über ein flächendeckendes Netz zu verfügen, aber gleichwohl – etwa aufgrund von physischen Hindernissen – in sehr begrenztem Umfang einen entsprechenden Anspruch auf lokales Roaming benötigt und daher als Zugangspetent auf den Plan tritt. Diesem Unternehmen Zugang zu gewähren, könnte dann nicht mehr von der BNetzA entschieden – und selbstverständlich angesichts der restriktiven Voraussetzungen auch abgelehnt – werden, sondern wäre letztverbindlich durch den deutschen Gesetzgeber determiniert, nämlich ausgeschlossen. Damit erfolgt eine relevante Beschränkung der Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde, die so nicht in der Richtlinie angelegt ist.

Kurzum, die BNetzA mag im Rahmen der Anwendung der Umsetzungsbestimmung faktisch nur im Sinne der vorgeschlagenen Beschränkung entscheiden und niemals Zugang jenseits des – beschränkten – Berechtigtenkreises gewähren. Es sprechen jedoch die besseren Argumente dafür, dass dies von der BNetzA entschieden werden muss, ohne eine derartige Einschränkung durch den Gesetzgeber. Jene von der Unionsrechtsnorm nicht angelegten Konkretisierungen bergen jedenfalls erhebliche Gefahren einer Sekundärrechtswidrigkeit.

Öffentliche Anhörung am 13. Februar 2019

Deutscher Bundestag: Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Stellungnahme des Bundesverbands Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz)

I. Einleitung

Bezugnehmend auf die Stellungnahme des Bundesrats vom 23. November 2018 und die daraufhin erfolgte Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12. Dezember 2018 nehmen wir, ergänzend zu unserer Stellungnahme vom 13. August 2018, zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes Stellung. Das 5. TKG-Änderungsgesetz ist so auszugestalten, dass der dringend benötigte flächendeckende Glasfaserausbau in Deutschland beschleunigt und strategisch destruktiver Überbau von geplanten Glasfaserleitungen verhindert wird.

II. Änderungsvorschläge zu § 77i Abs. 3 TKG

1. Begriffsdefinition der „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“

Entgegen der Auffassung der Bundesregierung ist eine Definition der „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“ im Gesetzestext dringend erforderlich, um hinreichende Rechtssicherheit und Chancengleichheit für alle Unternehmen herzustellen, die Glasfasernetze ausbauen bzw. beabsichtigen, diese zukünftig auszubauen.

Durch die fehlende Definition wird es letztlich der Bundesnetzagentur überlassen, diese Begrifflichkeit zu konkretisieren. Die bisher ergangenen Entscheidungen der Bundesnetzagentur haben den Anwendungsbereich der Mitverlegungspflicht jedoch so weit ausgelegt, dass auch kommunale Unternehmen wie Stadtwerke, Stadtwerke-Töchter oder andere Unternehmen mit kommunalen Anteilseignern, die eigene finanzielle Mittel einsetzen, von der Mitverlegungspflicht erfasst werden.

Kommunale Unternehmen, die schon heute maßgebliche Treiber des Glasfaserausbaus in Deutschland sind und auch zukünftig einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung der Gigabit-Ziele des Koalitionsvertrages beitragen möchten, werden nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung ohne rechtfertigenden Grund einem höheren Investitionsrisiko ausgesetzt als alle anderen Marktteilnehmer, mit denen sie im intensiven Wettbewerb stehen und die nicht von der Regelung umfasst werden. Das mit der Gesetzesänderung verfolgte Ziel der Beschleunigung des Glasfaserausbaus in der Fläche statt unsinnigem Doppelausbau wird nicht erreicht. Vielmehr besteht unverändert die Gefahr, dass insbesondere von kommunalen Unternehmen errichtete Glasfasernetze strategisch destruktiv überbaut werden und den betroffenen Unternehmen als Folge finanzielle Mittel und Anreize fehlen, in den weiteren Glasfaserausbau zu investieren. Vor dem Hintergrund der klaren Zielsetzung des Koalitionsvertrages und der darauf ausgerichteten Ausbauplanungen der Unternehmen, werden die Konfliktfälle in den nächsten Monaten und Jahren deutlich zunehmen. Daher ist ein schnelles Eingreifen des Gesetzgebers dringend geboten.

Aus den genannten Gründen fordert auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23.11.2018 eine gesetzliche Klarstellung der Begriffsdefinition der „ganz oder teilweise öffentlichen finanzierten Bauarbeiten“.

Die Gesetzesbegründung für Erläuterungen zum Grundtatbestand der Baustellenkoordinierung zu nutzen, wie in der Gegenäußerung der Bundesregierung vorgeschlagen, ist schon deshalb nicht zielführend, da die Ausführungen in der Gesetzesbegründung in sich widersprüchlich und vage bleiben und die Kernfrage, in welchen Fällen Bauarbeiten öffentlich (teil-) finanziert sind, unbeantwortet lassen.

Um die bestehende Rechtsunsicherheit für ausbauende Unternehmen zu lösen, schlagen wir daher vor, in § 77i Abs. 3 S. 1 TKG folgende Begriffsdefinition der „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“ aufzunehmen:

„Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die - ganz oder teilweise - unmittelbar aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, haben zumutbaren Anträgen nach Absatz 2 zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben.“

Der Änderungsvorschlag stellt klar bzw. konkretisiert, dass dem Grunde nach eine Mitverlegungspflicht nur für solche Bauarbeiten besteht, die - ganz oder teilweise - unmittelbar aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanziert werden und damit ein klarer Mittelbezug bzw. eine unmittelbare Zweckbindung der öffentlichen Mittel zur Finanzierung der jeweils konkret betroffenen Bauarbeiten vorliegt. So sind nur Haushaltsmittel, die einen klaren Mittelbezug zu Bauarbeiten aufweisen, als öffentliche Mittel zur Finanzierung von Bauarbeiten anzusehen. Etwaige Beteiligungsverhältnisse der öffentlichen Hand (z.B. am Stammkapital) an in privater Rechtsform organisierten juristischen Personen oder die Durchführung/Erfüllung von kommunalen Aufgaben sind dagegen unerheblich, da für einen Mitverlegungsanspruch ausschließlich die Finanzierung der jeweils konkret durchzuführenden Bauarbeiten ausschlaggebend sein kann. Auch die Verwendung von Erschließungsbeiträgen kann in diesem Zusammenhang nicht als Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln gelten¹.

2. Unzumutbarkeitsregel

Investitionen in Glasfasernetze sind mit erheblichen Risiken verbunden. Dies gilt, anders als nach Auffassung der Bundesregierung, auch und besonders dann, wenn sie mit eigenen finanziellen Mitteln realisiert werden. Insofern sollte die Regelung zum „Überbauschutz“, wie auch im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) und in der Stellungnahme des Bundesrats dargestellt, nicht nur auf Fälle des geförderten Breitbandausbaus beschränkt werden.

¹ So auch Holzner, MMR 2018, 798ff.

Der Gesetzesvorschlag der Bundesregierung, der lediglich eine „Unzumutbarkeitsprüfung“ und diese explizit nur für den mit Fördermitteln unterstützten Glasfaserausbau vorsieht, verkennt die Überbauproblematik und schafft damit keinerlei Verbesserungen zur Erreichung der Ziele des Koalitionsvertrages. Die Rechtsunsicherheit bei Unternehmen, die grundsätzlich bereit sind in den Ausbau von Glasfasernetzen zu investieren, bleibt auch nach dem Gesetzesvorschlag der Bundesregierung unverändert bestehen, da die Entscheidung, ob eine Unzumutbarkeit des Doppelausbaus gegeben ist, in jedem Einzelfall durch die Bundesnetzagentur zu entscheiden wäre und diese Prüfung zudem nur auf „Förderfälle“ beschränkt wäre.

Die Ausgestaltung der Regelung in Form einer „Unzumutbarkeitsprüfung“ würde zudem zu einer deutlichen Verzögerung des Glasfaserausbaus führen, da im Streitfall zunächst eine Entscheidung der Bundesnetzagentur abgewartet werden müsste, die dann wiederum mit Rechtsbehelfen angegriffen und überprüft werden könnte. Dadurch werden potenzielle Investoren von vornherein auf Investitionen in Glasfaserinfrastruktur verzichten, da völlig offen ist, wie die Bundesnetzagentur im Einzelfall entscheiden wird. Zudem widerspricht die Aufnahme eines weitestmöglichen Ermessensspielraums zugunsten der Bundesnetzagentur der Systematik des § 77i Abs. 3 TKG, wonach Anträge auf Baustellenkoordinierung unter Einhaltung bestimmter Vorgaben zulässig sind („Anträge sind insbesondere zumutbar...“), ohne dass der Bundesnetzagentur ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird.

Eine gesetzliche Anpassung des § 77i Abs. 3 TKG und die Aufnahme eines Überbau- bzw. Doppelausbaus schutzes in Form einer klaren und bindenden Unzumutbarkeitsregelung zugunsten ausbauwilliger Unternehmen ist daher dringend geboten und kann nicht durch eine das Ergebnis der Bundesnetzagentur offenlassende Unzumutbarkeitsprüfung ersetzt werden, wie sie im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen ist.

Ebenfalls nicht zielführend ist eine Lösung, die eine Teilung der Ausbaukosten vorsieht. Diese bietet nicht annähernd eine vergleichbare Grundlage für eine Rentabilität eines Glasfaserausbauprojekts. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um den Glasfaserausbau in einem Gebiet handelt, in dem das mitverlegende Unternehmen bereits über einen entsprechenden Marktanteil auf Basis kupferbasierter Breitbandnetze verfügt und damit über eine deutlich bessere Ausgangssituation bei der Vermarktung neuer Glasfaseranschlüsse verfügt. Im Ergebnis bedeutet das, dass ein wirtschaftlicher Glasfaserausbau für ein Unternehmen unter Berücksichtigung einer Mitverlegung, selbst bei einer Teilung der Grabungskosten, in der Regel schon dann nicht mehr wirtschaftlich möglich ist, wenn auch nur ein Unternehmen einen Mitverlegungsanspruch geltend macht. Noch eklatanter wird das Ergebnis, wenn zwei oder gar noch mehr Unternehmen einen Mitverlegungsanspruch geltend machen, da sich der potenzielle Endkundenmarkt nochmals deutlich verkleinert.

Um die bestehenden Hemmnisse für den Glasfaserausbau nicht auf die Frage zu verlagern, ob im Einzelfall „dieselben Endkundenanschlüsse“ durch eine mögliche Mitverlegung versorgt werden, schlagen wir eine den Gesetzestext konkretisierende Ergänzung vor, die klarstellt, dass die Unzumutbarkeitsregel auch dann eingreift, wenn Teile des geplanten Glasfasernetzes überbaut werden sollen.

Diese Ergänzung ist zwingend notwendig, um sicherzustellen, dass die Unzumutbarkeitsregel nicht durch Weglassen oder Hinzufügen von Endkundenanschlüssen unterwandert wird. Eine offene Formulierung, die die Entscheidung der Frage der „Qualität der Überschneidung und der Beeinträchtigung des Geschäftsmodells“ (s. dazu Gesetzentwurf der BReg., S. 9) auf die Bundesnetzagentur abwälzt, birgt dagegen großes Missbrauchspotenzial, da zum einen offen und damit für den Erstinvestor unsicher bleibt, ab welchem Grad der Überschneidung des Gebietes eine Mitverlegung abgelehnt werden kann. Zum anderen begünstigt eine offene Formulierung ein mögliches „Rosinenpicken“ (kleiner) lukrativer Teilbereiche eines zusammenhängenden Projektgebiets, was wiederum zu einer erheblichen Gefährdung des ursprünglichen Geschäftsplans führen kann, auch wenn die Quantität der Abweichung nur gering sein mag.

Da statt einer Mitverlegungsmöglichkeit ein offener, diskriminierungsfreier Netzzugang angeboten wird, wird auch der von einzelnen Marktteilnehmern ohne jede Begründung geäußerten Kritik, wonach die Gesetzesänderung zu einer Schaffung neuer Monopole führen würde, hinreichend begegnet.

Um die genannten Rechtsunsicherheiten zu lösen, schlagen wir vor, nach § 77i Abs. 3 S. 3 TKG folgenden Satz einzufügen:

„Anträge sind insbesondere dann unzumutbar, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, ganz oder teilweise überbaut würde.“

Fazit:

- **Es bedarf einer gesetzlichen Klarstellung, dass kommunale Unternehmen, die maßgebliche Treiber des Glasfaserausbaus in Deutschland sind, nicht schlechter gestellt werden als andere privatwirtschaftliche Unternehmen, mit denen sie in intensivem Wettbewerb stehen.**
- **In das Gesetz sollte eine „Unzumutbarkeitsregel“ aufgenommen werden, die einen Überbau von Glasfaserinfrastrukturen im Wege der Mitverlegung wirksam verhindert, gleichzeitig aber einen offenen Netzzugang auf Vorleistungsebene vorsieht.**

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

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

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
Ausschussdrucksache

19(15)181-D

Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019

Stellungnahme

zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des
Telekommunikationsgesetzes**

BT-Drs. 19/6336

I. Gegenstand der Stellungnahme

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

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

II. Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte

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

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

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

III. Vorgaben der Kostensenkungs-RL

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

Mannheim, den 11. Februar 2019



Prof. Dr. Thomas Fetzer

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

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

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
ergänzende
Stellungnahme zu
Ausschussdrucksache
19(15)181-D
Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019

Ergänzende Stellungnahme
zur Öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur
zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des
Telekommunikationsgesetzes
BT-Drs. 19/6336

I. Gegenstand der Stellungnahme

Hiermit ergänze ich meine Stellungnahme vom 11.02.2019, die ich in der Annahme verfasst habe, Gegenstand der Anhörung sei entsprechend der Einladung vom 05.02.2019 ausschließlich der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Ergänzung von § 77i Abs. 3 TKG. Da die Stellungnahme des Sachverständigen Professor Kühling vom 11.02.2019 nunmehr darüber hinaus Umsetzungsfragen zu Art. 61 Abs. 4 EECC zum lokalen Roaming thematisiert, möchte ich hierzu ergänzend Stellung nehmen. Dabei konzentriere ich meine diesbezüglichen Ausführungen aufgrund der Kürze der Zeit auf zwei zentrale Fragen: 1. Wann kann Art. 61 Abs. 4 EECC in nationales Recht umgesetzt werden bzw. ab wann kann ein nationales Umsetzungsgesetz angewendet werden? (dazu II.); 2. Welche grundlegenden Maßgaben gelten für eine mögliche Umsetzung im Hinblick auf den persönlichen und den sachlichen Anwendungsbereich und erlauben diese eine kurzfristige Auferlegung lokaler Roamingverpflichtungen? (dazu III.).

II. Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 EECC und Anwendbarkeit eines Umsetzungsgesetzes in zeitlicher Hinsicht

Die Vorgaben des EECC müssen gemäß Art. 124 Abs. 1 UAbs. 1 EECC grundsätzlich bis zum 21.12.2020 vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden. Der deutsche Gesetzgeber wäre dabei prinzipiell nicht daran gehindert, eine Umsetzung schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist vorzunehmen.

Allerdings enthält Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EECC darüber hinaus auch eine Regelung zur Anwendung nationaler Umsetzungsgesetze:

„Die Mitgliedstaaten wenden diese Vorschriften ab dem 21. Dezember 2020 an.“

Nach dem insofern eindeutigen Wortlaut von Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EECC dürfen die Mitgliedstaaten ein vor Ablauf der Umsetzungsfrist erlassenes nationales Umsetzungsgesetz daher gleichwohl nicht vor dem 21.12.2020 anwenden. Dieses Anwendungsverbot ist an die Mitgliedstaaten insgesamt gerichtet und erfasst insofern auch die nationalen

Regulierungsbehörden. Die BNetzA würde gegen dieses europarechtliche Anwendungsverbot verstoßen, wenn sie ein nationales Umsetzungsgesetz zu Art. 61 Abs. 4 EECC bereits vor dem 21.12.2020 anwenden würde.

Für das aktuelle Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz („5G-Vergabe“) bedeutet das, dass eine künftige Auferlegung von Verpflichtungen zum lokalen Roaming durch die BNetzA nur dann zulässig ist, wenn hierfür keine Anwendung von Art. 61 Abs. 4 EEC bzw. eines nationales Umsetzungsgesetzes vor dem 21.12.2020 erforderlich ist.

Das wirft die Frage auf, welche Maßnahme der Behörde eine relevante Anwendung von Art. 61 Abs. 4 EECC bzw. eines entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetzes darstellen würde. Grundsätzlich denkbar erscheinen dabei bezogen auf die 5G-Vergabe zwei Maßnahmen: Zum einen die Bekanntgabe der Auktions- und Vergabebedingungen durch die BNetzA am 26.11.2018, in denen die Behörde unter Bezugnahme auf Art. 61 Abs. 4 EECC auf eine spätere Möglichkeit zur Auferlegung lokaler Roamingverpflichtungen ausdrücklich verwiesen hat (*BNetzA*, Entscheidung der Präsidentenkammer über Vergabe- und Auktionsregeln für Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz v. 26.11.2018, BK1-17/001, Rn. 614 ff.). Zum anderen erst die spätere konkrete Auferlegung einer lokalen Roamingverpflichtung an ein bestimmtes Unternehmen auf Grundlage von Art. 61 Abs. 4 EECC bzw. des entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetzes.

Es sprechen gewichtige Gesichtspunkte dafür, dass eine relevante Anwendung eines nationalen Umsetzungsgesetzes i.S.d. Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EECC schon in dem Hinweis in den Vergabebedingungen zu sehen ist, wonach künftig den Frequenzzuteilungsinhabern Verpflichtungen zum lokalen Roaming auferlegt werden können. Ein solcher Hinweis wird in Art. 61 Abs. 4 S. 2 EECC als zwingende Tatbestandsvoraussetzung für eine spätere Auferlegung von lokalen Roamingverpflichtungen normiert. Einen Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber gibt es diesbezüglich nicht. Aus Erwägungsgrund 156 EECC ergibt sich insofern, dass dieser Hinweis „in den ursprünglichen Bedingungen für die Erteilung der Nutzungsrechte ausdrücklich niedergelegt“ worden sein muss. Die ursprünglichen Bedingungen in diesem Sinn stellen die Vergabebedingungen der BNetzA vom 26.11.2018 dar, da mit ihnen die wesentlichen Bedingungen für die nachfolgende Erteilung von Frequenznutzungsrechten bzw. für die Nutzung der Frequenzen festgelegt werden. Auch die BNetzA ist offensichtlich davon ausgegangen, dass ein Hinweis i.S.d. Art. 61 Abs. 4 S. 2 EECC schon in diesen Vergabebedingungen erfolgen muss und nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann. Andernfalls wären die Ausführungen in den Rn. 614 ff. der behördlichen Entscheidung nicht erforderlich gewesen. Dies überzeugt auch deshalb, weil die Hinweispflicht des Art. 61 Abs. 4 S. 2 EECC offenbar dazu dient, Frequenznutzungsinteressierten die Möglichkeit zu geben, hierauf in einem Vergabeverfahren reagieren zu können. Das ist jedoch nur dann möglich, wenn der Hinweis auch schon vor der Vergabe selbst in den Vergabebedingungen enthalten ist.

Der demnach gemäß Art. 61 Abs. 4 S. 2 EECC in den Vergabebedingungen erforderliche Hinweis stellt dabei auch schon eine rechtlich relevante Anwendung des EECC bzw. des möglichen

nationalen Umsetzungsgesetzes dar. Es handelt sich nicht um einen lediglich deklaratorischen Hinweis auf eine bestehende oder künftig bestehende Rechtslage. Vielmehr ist der Hinweis i.S.d. Art. 61 Abs. 4 S. 2 EECC selbst tatbestandliche Voraussetzung dafür, dass später eine lokale Roamingverpflichtung auferlegt werden kann. Der Hinweis selbst entfaltet hierdurch eine Regelungswirkung, die für die Betroffenen belastend wirkt und daher einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Eben eine solche Ermächtigungsgrundlage bestand zum relevanten Zeitpunkt der Bekanntgabe der Vergabebedingungen durch die BNetzA aber nicht. Sie kann auch nicht vom Gesetzgeber ohne Widerspruch zu Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EECC rückwirkend so geschaffen werden, dass sie von der BNetzA rückwirkend angewendet werden könnte.

Gemäß Art. 125 Abs. 1 EECC gelten zwar bis zum 21.12.2020 die Richtlinien des derzeitigen Rechtsrahmens fort. Auf diese kann eine lokale Roamingverpflichtung jedoch ebenfalls nicht gestützt werden, da es insofern an einer entsprechenden Rechtsgrundlage fehlt.

Es besteht daher eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass bei einer Anwendung von Art. 61 Abs. 4 EECC bzw. eines entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetzes vor dem 21.12.2020 – und schon in dem Hinweis nach Art. 61 Abs. 4 S. 2 EECC ist wie ausgeführt eine relevante Anwendung in diesem Sinne zu sehen - gegen Europarecht verstoßen würde.

III. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich von Art. 61 Abs. 4 EECC

Zum materiellen Anwendungsbereich des Art. 61 Abs. 4 EECC ist allgemein festzustellen, dass es sich hierbei um eine enge Ausnahmenvorschrift mit Ultima-Ratio-Charakter handelt.

Dies zeigt sich im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich insbesondere daran, dass die Norm mit zahlreichen einschränkenden Tatbestandsmerkmalen konzipiert ist. Zentral ist dabei, dass eine Verpflichtung zum lokalen Roaming von der BNetzA – neben weiteren engen Tatbestandsvoraussetzungen – überhaupt nur für solche Gebiete auferlegt werden kann, in denen unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Ausbauhindernisse bestehen. Vor dem Hintergrund dieser Konzeption als Ultima Ratio spricht viel dafür, dass die Norm daher selbst im Falle einer europarechtskonformen Umsetzung und Anwendung nicht kurz- oder mittelfristig aktiviert werden könnte. Eine entsprechende Auferlegung lokaler Roamingverpflichtungen würde unter anderem eben die behördliche Feststellung voraussetzen, dass in bestimmten lokalen Gebieten ein marktgesteuerter Ausbau wirtschaftlich oder physikalisch nicht möglich ist. Mit einiger Sicherheit wird sich dies aber erst dann sagen lassen, wenn die Fristen zur Erfüllung der Versorgungsaufgaben verstrichen sind.

Darüber hinaus erscheint im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich ausgesprochen fraglich, ob sich eine entsprechende lokale Roamingverpflichtung auch auf Frequenzen beziehen könnte, in deren Vergabeverfahren nicht auf die Möglichkeit zur Auferlegung lokaler Roamingverpflichtungen zulässigerweise hingewiesen wurde oder ob die Möglichkeit zur Auferlegung von lokalem Roaming nicht auf Frequenzen beschränkt ist, bei deren Vergabe darauf ausdrücklich hingewiesen worden ist. Der Wortlaut von Art. 61 Abs. 4 EECC lässt dies offen. Es stellt sich aber die Frage, weshalb der europäische Richtliniengeber einen Hinweis in den

Vergabebedingungen für bestimmte Frequenzen voraussetzt, wenn sich die entsprechende Verpflichtung nicht nur auf diese Frequenzen beziehen sollte. Eine rein personenbezogene Verpflichtung zum lokalen Roaming für Mobilfunknetzbetreiber hätte insofern auch ohne Verknüpfung zu einem konkreten Frequenzvergabeverfahren geregelt werden können. Auch ein Vergleich zu Versorgungsverpflichtungen, bei denen es dem betroffenen Mobilfunknetzbetreiber überlassen bleibt, mit welchen Frequenzen er diese erfüllt, verfängt hier insoweit nicht: Versorgungsverpflichtungen wirken zugunsten der Kunden eines Netzbetreibers; eine Verpflichtung zum lokalen Roaming begründet einen Zugangsanspruch für Wettbewerber eines Netzbetreibers. Es erscheint angesichts dieser unterschiedlichen Ausgangslagen daher problematisch, die versorgungspflichtbezogene Argumentation ohne Weiteres auf das lokale Roaming zu übertragen.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass gewichtige Gründe dafür sprechen, dass selbst bei einer kurzfristigen Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 EEC in nationales Recht eine kurzfristige Anwendung, insbesondere mit Blick auf das laufende 5G-Vergabeverfahren europarechtlich nicht zulässig wäre.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, wäre angesichts des Ultima-Ratio-Charakters der Vorschrift eine kurz- oder mittelfristige konkrete Auferlegung lokaler Roamingverpflichtungen nicht zu erwarten.

Mannheim, den 12. Februar 2019



Prof. Dr. Thomas Fetzer

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur

Ausschussdrucksache

19(15)181-E

Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019



**DEUTSCHER
LANDKREISTAG**

Deutscher Landkreistag, Postfach 11 02 52, 10832 Berlin

Ulrich-von-Hassell-Haus
Lennéstraße 11
10785 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr und
digitale Infrastruktur
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Tel.: 0 30 / 59 00 97 – 3 21
Fax: 0 30 / 59 00 97 – 4 00

E-Mail: Klaus.Ritgen
@Landkreistag.de

AZ: II/21

Datum: 12.2.2019

Nur per Mail an: verkehrs-ausschuss@bundestag.de

Stellungnahme zum Entwurf eines 5. TKG-Änderungsgesetzes

Sehr geehrter Herr Özdemir,
sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Landkreistag bedankt sich für die Einladung zur öffentlichen Anhörung über den Entwurf der Bundesregierung für ein „Fünftes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz - 5. TKGÄndG)“ einschließlich der Stellungnahme des Deutschen Bundesrates dazu auf Drucksache 19/6336 und der diesbezüglichen Gegenäußerung der Bundesregierung auf Drucksache 19/6437. Gerne machen wir von der Möglichkeit einer vorherigen schriftlichen Stellungnahme zu diesen Unterlagen Gebrauch.

I. Notwendigkeit einer Novellierung des § 77i Abs. 3 TKG

Das Ziel des Gesetzentwurfs wird von uns ausdrücklich begrüßt. Die vorgesehene Ergänzung von § 77i Abs. 3 TKG wird nach unserer Einschätzung dazu beitragen, ein derzeit bestehendes Hemmnis für den Glasfaserausbau zu beseitigen, das durch einen drohenden Überbau geförderter Glasfasernetze im Rahmen von Koordinierungsansprüchen hervorgerufen wird.

Der mit dem Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) eingeführte § 77i Abs. 3 TKG legt den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Verpflichtung auf, im Rahmen von aus öffentlichen Mitteln (teil-)finanzierten Bauarbeiten die Verlegung von Breitbandinfrastrukturen durch Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu ermöglichen. Da Telekommunikationsnetze ihrerseits öffentliche Versorgungsnetze im Sinne dieser Vorschrift sind, sehen sich vielfach auch Landkreise bzw. von diesen beauftragte Telekommunikationsunternehmen, die in einem bislang nicht ausreichend versorgten Gebiet – häufig auch unter Einsatz von Fördermitteln aus den Breitbandförderprogrammen des Bundes und der Länder – als erste ein Glasfasernetz errichten, Mitverlegungsansprüchen konkurrierender Telekommunikationsnetzbetreibern gegenüber. Wie in der Begründung zum Gesetzentwurf zu Recht ausgeführt wird, kann ein solcher Überbau dazu führen, dass sich das Geschäftsmodell des Erstverlegenden nicht mehr rechnet.

Der Deutsche Landkreistag hat den Grundansatz des DigiNetzG stets begrüßt. Auch nach unserer Auffassung sollten Bauarbeiten, die ohnehin stattfinden und dafür geeignet sind, zur Mitverlegung von Breitbandinfrastrukturen genutzt werden. Daran ändert sich durch die vorgeschlagene Änderung auch nichts. Mit der Neuregelung des §71i Abs. 3 TKG soll lediglich der Fall ausgeschlossen werden, dass TK-Unternehmen bzw. Kommunen, die in einem bislang nicht ausreichend versorgten Gebiet – häufig auch unter Einsatz von Fördermitteln aus den Breitbandförderprogrammen des Bundes und der Länder – als erstes ein Glasfasernetz errichten, Mitverlegungsansprüchen konkurrierender TK-Netzbetreibern stattgeben müssen.

Nach unserem Dafürhalten muss in diesem Fall der Aspekt der Nutzung von Synergien hinter dem Umstand zurücktreten, dass ein solcher Überbau eines geförderten und/oder aus Haushaltsmitteln der Kommunen finanzierten Netzes nicht nur im konkreten Fall das Geschäftsmodell des Erstausbauenden gefährden, sondern darüber hinaus auch dazu führen kann, dass das Engagement der Kommunen für den Breitbandausbau insgesamt beeinträchtigt wird, weil die wirtschaftlichen Risiken von Ausbauprojekten nicht mehr zu überschauen sind.

Insoweit ist vor allem darauf hinzuweisen, dass der Überbau aller Erfahrung nach strategisch motiviert ist und sehr punktuell – ganz im Sinne eines Rosinenpickens – nur in solchen Teilgebieten eines Ausbauprojektes stattfindet, die (etwa aufgrund ihrer Anschlussdichte) attraktiv sind und von deren Einbeziehung vielfach abhängt, dass ein größeres, flächendeckendes und auch „unattraktivere“ Gebiete umfassendes Ausbauprojekt zu wirtschaftlich noch tragbaren Bindungen realisiert werden kann. Werden diese Gebiete aus einem solchen Ausbauprojekt herausgebrochen, führt das zwangsläufig dazu, dass für die Realisierung des Gesamtprojekts mehr Fördermittel zur Verfügung gestellt werden müssten, und kann – wie bereits erwähnt – auch zur Folge haben, dass das konkrete Projekt scheitert und andere Projekte erst gar nicht in Angriff genommen werden. Der nach § 77i Abs. 3 TKG derzeit noch zulässige Überbau geförderter und/oder aus Haushaltsmitteln der Kommunen finanzierter Breitbandinfrastrukturen stellt damit auch eine Gefahr für das Förderprogramm des Bundes und für die Breitbandziele der Bundesregierung im Ganzen dar.

Dass solche Szenarien nicht nur theoretischer Natur sind zeigt der Umstand, dass sich die Bundesnetzagentur bereits mit einer ganzen Reihe entsprechender Streitfälle befassen musste. Wenn noch keine größere Zahl von Fällen streitig gestellt wurde, so beruht dies ohne Zweifel auch auf der bisherigen Spruchpraxis der Behörde, wonach die Erfolgsaussichten kommunaler Projekte, die sich gegen einen Überbau wehren wollen, auf der Grundlage des bisherigen Rechts sehr gering jedenfalls aber ungewiss sind.

Mit der Verhinderung eines solchen Überbaus wird der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten im Übrigen in keiner Weise beeinträchtigt. Abgesehen davon, dass Telekommunikationsunternehmen auch nach der vorgeschlagenen Neuregelung nicht gehindert sind, parallele Leitungen zu verlegen und mit dem öffentlich finanzierten Netz damit auch auf der Ebene der Infrastrukturen in Wettbewerb zu treten, greift der vorgesehene Überbauschutz nur, wenn das entstehende Glasfaser im Wege des Open Access allen TK-Unternehmen zur Nutzung für ihre eigenen Angebote offensteht.

Vor diesem Hintergrund ist gelegentlich zu hörenden Vorwürfen, die vorgeschlagene Regelung würde dem Ziel des DigiNetzG, durch die Nutzung von Synergien zu einer Senkung der Kosten für den Breitbandausbau beizutragen, zu widersprechen. Ebenso unhaltbar ist der weitere Vorwurf, mit dem Entwurf würde die Grundlage für örtliche oder regionale Monopole gelegt und der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten beeinträchtigt. Richtig ist dagegen, dass die Regelung des § 77i Abs. 3 TKG in ihrer jetzigen Fassung ein erhebliches Hemmnis für das von der Bundesregierung verfolgte Ziel der Errichtung flächendeckender Glasfasernetze darstellt. Es ist daher wichtig, dass diese Vorschrift im Lichte der seit Inkrafttreten des DigiNetzG gemachten Erfahrungen nunmehr novelliert werden soll.

II. Im Einzelnen

Im Einzelnen ist auf folgende Aspekte hinzuweisen:

Einführung einer Unzumutbarkeitsklausel

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht des Deutschen Landkreistags ausdrücklich zu begrüßen, dass § 77i Abs. 3 TKG um eine Unzumutbarkeitsregel ergänzt werden soll, wonach Anträgen auf Koordinierung von Bauarbeiten bzw. auf Mitverlegung insbesondere dann nicht stattgegeben werden muss, „soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes öffentlich gefördertes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde“. Die geplante Neuregelung stellt die richtigen Weichen für den von der Bundesregierung als Ziel ausgegebenen Netzinfrastrukturwechsel zur Glasfaser. Der hohe Investitionsaufwand eines FttB/H-Netzes lässt sich nur bei entsprechender Auslastung des Netzes refinanzieren. Dies kann sowohl über die direkte Versorgung der Endkunden oder über die Versorgung durch einen Dritten erfolgen, der über ein Open-Access-Angebot Vorleistungen in Anspruch nimmt.

Daher ist die im Entwurf vorgeschlagene Regelung zielführend und ausgewogen, da ein schädlicher Überbau unterbleibt, gleichzeitig aber durch das Open-Access-Kriterium ein effektiver und effizienter Wettbewerb sichergestellt wird, von dem sowohl der Eigentümer der Infrastruktur durch eine bessere Netzauslastung als auch der Vorleistungsnachfrager durch ein hochwertiges Zugangsangebot und vor allem die Endnutzer durch vielfältige und attraktive Produkte und Konditionen profitieren.

Zudem begrüßen wir, dass die Neuregelung zum jetzigen Zeitpunkt erfolgen soll und nicht bis zu einer umfangreichen Überarbeitung des TKG im Rahmen der anstehenden Umsetzung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation aufgeschoben wird. Angesichts des wachsenden Bedarfs an Glasfasernetzen und der entsprechenden Ziele der Politik ginge dem dringend notwendigen Glasfaserausbau anderenfalls wertvolle Zeit verloren.

Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Die vorgeschlagene Regelung steht nach unserer Überzeugung in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht. Das primäre Ziel der Richtlinie 2014/61/EU vom 15. Mai 2014, deren Art. 5 Abs. 2 der Regelung in § 77i TKG zugrunde liegt, besteht in der Schaffung von Anreizen für einen beschleunigten Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie) – in Übereinstimmung mit den gegenwärtigen Konnektivitätszielen der Europäischen Kommission. Die bestehende Regelung des § 77i TKG trägt jedoch nicht zu Anreizen für einen beschleunigten Ausbau bei, sondern erreicht vielmehr das Gegenteil, indem ein Glasfaserausbau gehemmt wird. Aufgrund dessen ist eine inhaltliche Konkretisierung von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 RL 2014/61/EU durch den nationalen Gesetzgeber nicht nur zulässig, sondern mit Blick auf den Sinn und Zweck sowie den Effektivitätsgrundsatz (effet utile) auch geboten, um eine richtlinienkonforme Regelung zu erreichen. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie (vgl. auch Erwägungsgrund 11) lässt detailliertere Bestimmungen und Bedingungen sowie zusätzliche Maßnahmen durch die Mitgliedsstaaten ausdrücklich zu, um die Ziele der Richtlinie besser zu erreichen.

Regelung zum „teilweisen“ Überbau zur Vermeidung von Rosinenpicken erforderlich

Im Wortlaut der vorgesehenen Regelung sollte nach unserer Auffassung allerdings ergänzt werden, dass ein teilweiser Überbau bereits ausreichend wäre, um einen entsprechenden Koordinierungsantrag abzulehnen. Ansonsten dürfte es in der Praxis zu Streiffällen kommen, in denen ein Koordinierungspetent behaupten kann, dass das geplante Glasfasernetz nicht vollständig überbaut würde und somit die Tatbestandsvoraussetzungen der Regelung nicht gegeben sind. Der bisherige Wortlaut „soweit [...] überbaut würde“ trägt nicht hinreichend zur

Streitvermeidung bei, sondern lädt vielmehr zu einer streitigen Klärung der Reichweite der Ausnahmeregelung ein. Dadurch könnten vor allem Fälle eines „Rosinenpickens“ begünstigt werden, in denen ein Überbau für besonders lukrative Teile eines geplanten Gesamtnetzes begehrt wird. Dies kann nach unserem Verständnis der Ziele des DigiNetzG für einen möglichst flächendeckenden Breitbandausbau nicht intendiert sein. Daher schlagen wir vor, die vorgesehene Regelung am Ende des neuen § 77i Abs. 3 Satz 3 TKG um die (hier kursiv gesetzten) Worte „[...] ganz oder teilweise überbaut würde“ zu ergänzen.

III. Zur Stellungnahme des Bundesrates und zur Gegenäußerung der Bundesregierung

Der Deutsche Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung einige Änderungen vorgeschlagen.

Ausweitung der Überbaueinrede

Insbesondere schlägt der Bundesrat eine Ausweitung der Überbaueinrede vor. Entfallen soll die von der Bundesregierung vorgesehene Beschränkung auf öffentlich geförderte Netze. Stattdessen ist vorgesehen, dass es sich um Glasfasernetzen „in bislang mit Glasfasernetzen unversorgten Gebieten“ handeln muss. Beibehalten werden soll die auch in der Vorlage der Bundesregierung enthaltene Einschränkung, wonach es sich um ein Netz handeln müsse, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt.

Eine solche Ausweitung des Überbauschatzes ist aus Sicht des Deutschen Landkreistags nicht erforderlich, um dem von der Bundesregierung verfolgten Ziel angemessen Rechnung zu tragen.

Wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu Recht deutlich macht, liegen bei vollständig privat, d.h. insbesondere ohne Inanspruchnahme von Fördermitteln finanzierten Glasfasernetzen bereits die Tatbestandsvoraussetzungen des § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG nicht vor. Telekommunikationsunternehmen, die Glasfasernetze eigenwirtschaftlich errichten, können also von vornherein nicht in die Lage kommen, Mitverlegungsansprüchen konkurrierender Telekommunikationsunternehmen ausgesetzt zu sein. Insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zu Landkreisen bzw. von ihnen beauftragte Telekommunikationsunternehmen, die Glasfasernetze unter Inanspruchnahme von Fördermitteln errichten und die nach aktueller Rechtslage befürchten müssen, dass andere Anbieter im Wege der Mitverlegung von der Förderung einerseits durch eine deutliche Reduzierung der Netzerrichtungskosten profitieren, ohne andererseits jedoch ihrerseits zu einem flächendeckenden Ausbau im gesamten Fördergebiet oder zur Bereitstellung eines offenen Netzzugangs verpflichtet zu sein. Diese Nachteile treten neben die einleitend bereits erwähnte Gefahr einer Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit des geförderten Projektes.

Da die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung zur Verhinderung gerade derjenigen Überbaufälle, die die Bundesregierung mit ihrem Vorschlag ausschließen will, mithin von vornherein nicht erforderlich ist, kann die von der Länderkammer gewünschte Erweiterung des Überbauschatzes nur so interpretiert werden, dass sie auch Mitverlegungsansprüchen entgegenstehen soll, die sich nicht auf Bauarbeiten zu Errichtung eines Glasfasernetzes, sondern auf ebenfalls von § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG erfasste Bauarbeiten zu Errichtung sonstiger Versorgungsnetze (wie z. B. eines Energienetzes) beziehen. Dem entspricht ist, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahmen ausdrücklich von einem Überbauschatz für alle Erstinvestitionen in Glasfasernetze spricht.

Auch der Deutsche Landkreistag ist – insbesondere in Form eines von uns vorgeschlagenen Konzessionsmodells – dafür eingetreten, in wirtschaftlich nur schwer zu versorgenden Gebieten den Infrastrukturwettbewerb einzuschränken. Insofern verdient der Vorschlag des Bundesrates durchaus Anerkennung.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dieser Vorschlag den Infrastrukturwettbewerb nicht nur in den wirtschaftlich schwer zu versorgenden Gebieten, sondern generell einschränken würde, indem Überbauschutz stets dem erstausbauenden Unternehmen zugutekäme.

Hinzukommt, dass ein derart weitgehender Überbauschutz den Intentionen und rechtlich bindenden Vorgaben der europäischen Kostensenkungsrichtlinie klar entgegenstehen dürfte, so dass im Falle einer Umsetzung des Vorschlags des Bundesrates zu befürchten sein würde, dass die Novellierung des § 77i Abs. 3 TKG auch in ihrem berechtigten Kern keinen Bestand haben könnte.

Schließlich ist anzumerken, dass auch die Reichweite der seitens des Bundesrates vorgeschlagenen Regelung mit erheblichen Unsicherheiten belastet wäre. Ebenso wie die Bundesregierung fordert der Bundesrat, dass der Überbauschutz nur solchen Netzen zustehen soll, die einen diskriminierungsfreien und offenen Netzzugang zur Verfügung stellen. Dieses Erfordernis ist bei geförderten Netzen schon wegen der Vorgaben des Zuwendungsrechts dauerhaft erfüllt. Bei rein eigenwirtschaftlich errichteten Netzen müsste der Eigentümer oder Betreiber eines solchen Netzes sich dagegen ausdrücklich zur Einhaltung dieser Vorgaben verpflichten. Auf welche Weise eine solche Verpflichtung – zumal mit Blick auf erst geplante Netze – wirksam begründet werden könnte, erschließt sich nicht.

Klarstellung zum Tatbestandsmerkmal „öffentlich finanzierte Bauarbeiten“

Der Bundesrat spricht sich ferner auch für eine gesetzliche Klarstellung des Tatbestandsmerkmals „öffentlich finanzierte Bauarbeiten“ aus.

Eine solche Klarstellung ist in der Tat erforderlich. Anlass dafür bildet insbesondere die Entscheidung der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur vom 20.4.2018 (Az. BK 11-17/020), wonach Mittel auch schon dann „öffentlich“ im Sinne der genannten Vorschrift sind, wenn sie von einem öffentlichen Unternehmen für einen öffentlichen Zweck – wozu nach dem Dafürhalten der Beschlusskammer auch die Breitband-Erschließung eines Neubaugebiets gehört – eingesetzt werden. Ein solches sehr weitgehendes Verständnis des Begriffs „öffentliche Mittel“ benachteiligt eigenwirtschaftlich tätige öffentliche Unternehmen ohne rechtfertigenden Grund im Wettbewerb mit privaten Anbietern.

In der Sache besteht insoweit auch kein Dissens zwischen der Bundesregierung und dem Bundesrat. Anders als die Länderkammer hält die Bundesregierung allerdings einen entsprechenden klarstellenden Hinweis in der Gesetzesbegründung für ausreichend. Begründet wird die Ablehnung des Vorschlags des Bundesrates auch damit, dass die Übernahme der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regelungen in den Normtext des § 77i Abs. 3 TKG die Unionsrechtskonformität der Mitverlegungsvorschriften insgesamt in Frage stellen würde. Diesen Hinweis halten wir für nachvollziehbar.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung



Dr. Ruge