

Prof. Dr. Thomas Fetzer, 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 Digitales

Ausschussdrucksache

20(23)72

15.09.2022

Stellungnahme
Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Digitales
zur Gigabitstrategie der Bundesregierung
am 19. September 2022

Aufgrund des Umfangs und der inhaltlichen Breite des vorab versandten Fragebogens sowie der kurzen Stellungnahmefrist beschränke ich mich in dieser Kurzstellungnahme auf ausgewählte Fragen, die schwerpunktmäßig auch rechtliche Aspekte betreffen.

- 1) Was erhoffen Sie sich von der in der Gigabitstrategie vorgesehenen Potenzialanalyse? Welche Maßnahmen sollten ergriffen werden, sollte die Anzahl der MEVs im Zuge der sich verändernden Regelungen zur Aufgreifschwelle ab 01.01.2023 massiv in die Höhe schnellen, wie seitens mancher Stakeholder befürchtet wird?**
- 12) Welche rechtlichen Hürden ergeben sich bei der Einführung einer Potenzialanalyse und wie bewerten Sie die Formulierung aus der Gigabitstrategie, dass die aus der Potenzialanalyse abzuleitenden Ergebnisse „keine unmittelbare Sperrwirkung“ entfalten (Gigabitstrategie, Seite 31)?**

(1) Es erscheint grundsätzlich sinnvoll, systematisch durch eine Potenzialanalyse zu erfassen, welche Gebiete für einen eigenwirtschaftlichen Ausbau generell in Betracht kommen. Damit kann nicht nur eine umfassendere Grundlage als bisher für eine gezielte Förderung solcher Gebiete geschaffen werden, die nicht für einen eigenwirtschaftlichen Ausbau in Betracht kommen. Zudem erscheint es denkbar, dass mögliche private Investoren auf dieser Grundlage positive Investitionsentscheidungen bezogen auf bisher noch nicht ausreichend versorgte Gebiete treffen. Angesichts der sich dynamisch verändernden Markt- und Wirtschaftsbedingungen ist allerdings auch zu bedenken, dass eine Potenzialanalyse mit Zeitablauf an Aussagekraft verlieren wird und daher regelmäßig aktualisiert werden müsste, um eine valide Datengrundlage zu liefern.

(2) Sollte es in Folge der Änderungen der Aufgreifschwelle zu einer massiven Erhöhung der MEV kommen, könnte dies die Potenzialanalyse allein nicht verhindern. Es bestünde aber die

Möglichkeit, die Aufgreifschwelle entsprechend wieder anzupassen. Beihilfenrechtlich wäre die Bundesrepublik hieran nicht gehindert, da das Europarecht insofern nur die Befugnis der Mitgliedstaaten, nicht aber eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Absenkung der Aufgreifschwelle regelt.

(3) Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen gegen die grundsätzliche Kompetenz des Bundes zur Durchführung einer Potenzialanalyse keine Bedenken. Sofern die Potenzialanalyse zu einem späteren Zeitpunkt zur Grundlage von bundesrechtlichen Entscheidungen gemacht werden soll, die insbesondere Grundrechte von Unternehmen betreffen, kann es ggf. erforderlich werden, hierfür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Da dem Bund aber nach Art. 78 Nr. 7 GG und Art. 87f Abs. 1 GG eine weitreichende Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der Telekommunikation zusteht, ist dies – je nach konkreter Zielsetzung und Ausgestaltung – ebenfalls grundsätzlich zulässig.

(4) Auch aus europarechtlicher Sicht bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Durchführung einer Potenzialanalyse, selbst wenn ein solches Verfahren vom europäischen Recht nicht zwingend vorgesehen ist. Zum einen sieht das Europarecht im Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EKEK, insbesondere Art. 22 EKEK) und dem Beihilfenrecht (insbesondere Art. 52 AGVO) selbst vor, dass umfangreiche Mappingmaßnahmen durchzuführen sind, um die Erforderlichkeit von Regulierungsmaßnahmen und die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen besser abschätzen zu können. Zum anderen handelt es sich beim EKEK um eine Richtlinie, die nach der Konzeption des Art. 288 UAbs. 2 AEUV den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belässt. Aus dem EKEK selbst lässt sich nicht ableiten, dass er eine Sperrwirkung gegenüber der Potenzialanalyse entfalten würde.

(5) Aus europarechtlicher Sicht entfaltet die Potenzialanalyse per se keine formelle Sperrwirkung im Hinblick auf Fördermaßnahmen, da eine Potenzialanalyse als solche nicht europarechtlich vorgegeben ist. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen bestimmen sich vorrangig nach dem Europäischen Beihilfenrecht. Dessen Voraussetzungen können durch die Potenzialanalyse weder verengt noch erweitert werden, da insoweit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt. Denkbar ist allerdings, dass der Potenzialanalyse bundesrechtlich die Funktion zugewiesen wird, solche Gebiete zu identifizieren, für die die europarechtlichen Voraussetzungen einer Förderung bejaht werden. In diesem Fall könnte die Potenzialanalyse materielle Sperrwirkung im Hinblick auf eine Bundesförderung entfalten.

2) Laut der Gigabitstrategie hat das Betreibermodell Vorrang, beschleunigt werden soll dies durch die Vorgabe eines Mustervertrages mit kommunenfreundlichem Ansatz. Welche weiteren Anreizmodelle sehen Sie, um den Vorrang des Betreibermodells umzusetzen?

Neben der Förderung solcher Modelle ist ein relevanter Anreizfaktor, ob und wenn ja, inwieweit solche Netze bei einer künftig möglicherweise stärker geographisch differenzierten Regulierung der Zugangsregulierung unterliegen. Hier sieht aber das Telekommunikationsgesetz sowohl für symmetrische als auch für asymmetrische

Regulierungsmaßnahmen Regelungen vor, die eine weitgehende Freistellung jedenfalls von Wholesale-Only- bzw. Open-Access-Betreibermodellen von der Zugangsregulierung erlauben.

3) Die TKG-Novellierung setzte die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz alternativer Verlegemethoden wie bspw. das Trenching. Wichtig ist das DIN-Verfahren, welches die Standardisierungsgrundlage schaffen und Informationsdefizite insbesondere für die Kommunen aufheben soll. Wie ordnen Sie das bisherige Verfahren ein? Das BMDV prüft zudem derzeit Instrumente zur Abfederung von Ausbaurisiken. Welche Instrumente würden Sie befürworten, z.B. auch bzgl. Haftungsfragen im Zusammenhang mit am Ausbau beteiligten TKUs?

Die Normierung und Standardisierung ist aus rechtlicher Sicht ein zentraler Baustein dafür, dass alternative Verlegemethoden in größerem Umfang als bisher eingesetzt werden können. Durch sie würde klarer, wann Wegebausträger den Einsatz solcher Verlegeverfahren ohne Erfüllung besonderer weiterer Voraussetzungen dulden müssen, wie diese derzeit in § 127 Abs. 2 S. 2 TKG vorgesehen sind. Zugleich würden derzeit bestehende Haftungsunsicherheiten für Wegebausträger reduziert. Wichtig ist dabei, dass im Rahmen des Standardisierungsprozesses eine ausgewogene Beteiligung aller relevanten Stakeholder erfolgt, um nicht nur einen technisch überzeugenden, sondern auch allgemein akzeptierten Standard zu entwickeln.

Soweit die derzeitige Zurückhaltung von Wegebausträgern, ihre Zustimmung zum Einsatz alternativer Verlegemethoden zu erteilen, darauf beruht, dass sie ein finanzielles Risiko darin sehen, dass sie die Kosten möglicherweise am Straßenkörper entstehender Schäden durch den Einsatz alternativer Verlegemethoden selbst tragen müssen, wäre es aus rechtlicher Sicht zulässig, einen entsprechenden staatlichen Ausfallfonds zu etablieren. Dieser sollte allerdings nicht zu weitgehend ausgestaltet werden, um negative Anreize für ausbauende Unternehmen zu vermeiden, Tiefbauarbeiten mit der gebotenen Sorgfalt durchzuführen.

4) Wie schätzen Sie das Verhältnis zwischen eigenwirtschaftlichen und geförderten Ausbau bei den Glasfaser- und Mobilfunknetzen ein?

Aus rechtlicher Sicht sieht sowohl das europäische Telekommunikationsrecht als auch das Beihilfenrecht einen klaren Vorrang des eigenwirtschaftlichen Ausbaus vor. Der geförderte Ausbau ist auf die Gebiete zu begrenzen, in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau nicht möglich ist. Zugleich haben die Mitgliedstaaten aber auch den Auftrag, den Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität für alle Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen voranzubringen. Dieser Auftrag kann insbesondere in ländlichen Gebieten vielfach nur durch eine Ausbauförderung erfüllt werden.

5) In der Gigabitstrategie ist das Prinzip des Open Access für den Ausbau der digitalen Infrastruktur angelegt. Wie schätzen sie die Ausgestaltung dieses Ansatzes in der Strategie ein?

Aus rechtlicher Sicht gibt es verbindliche Regelungen zum Open Access nur im Bereich des geförderten Ausbaus (vgl. etwa § 155 TKG). Darüber hinaus sieht das Telekommunikations-

recht Regulierungserleichterungen für solche Unternehmen vor, die freiwillig Open Access anbieten (vgl. z.B. §§ 18, 22 Abs. 2 S. 3 TKG). Soweit Open-Access-Standards in einem Aushandlungsprozess aller Marktbeteiligten im Rahmen des Gigabitforums entwickelt werden, kann dies positive Wirkungen für ein breiteres Open-Access-Angebot und damit auch für die Wettbewerbsintensität auf Endnutzermärkten haben. Konzeptionell werden damit Ansätze des NGA-Forums weitergeführt.

6) Das Gigabitforum wird Spezifikationen zu wesentlichen Geschäftsprozessen zur Unterstützung von Open Access diskutieren und Standards festlegen. Welche Standards sehen Sie als wünschenswert für einen effektiven Open Access?

-

7) Welches Ziel sehen Sie für den Bereich Mobilfunk bzw. den Ausbau des Mobilfunknetzes am dringendsten an und wie kann dies Ihrer Meinung nach am besten erreicht werden?

-

8) Mit Blick auf den Bereich Mobilfunkversorgung: Wie schätzen Sie die in der Gigabitstrategie angelegten Instrumente – insbesondere das Instrument der Versorgungsaufgaben – und die geplanten Konzepte zur Verbesserung der Mobilfunkversorgung ein?

Grundsätzlich können Versorgungsaufgaben einen wichtigen Beitrag zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung leisten. Ihr Einsatz muss jedoch stets im Gesamtkontext mit anderen (Förder- und Regulierungs-) Maßnahmen betrachtet werden, da sie allein nicht in der Lage sind, alle weißen Flecken zu schließen und flächendeckend Wettbewerb zugunsten von Endnutzerinnen und -nutzern sicherzustellen. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf das Zusammenspiel zwischen Mobilfunkförderung und Versorgungsaufgaben zu richten. Dies kommt nunmehr auch gesetzlich ausdrücklich in § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG zum Ausdruck, wonach bei der Ausgestaltung (insbesondere der Reichweite) einer Versorgungsaufgabe auch berücksichtigt werden muss, inwieweit öffentliche oder öffentlich geförderte Infrastrukturen mitgenutzt oder aufgebaut werden können.

9) Mit welchen in der Gigabit-Strategie angekündigten regulatorischen Flankierungen könnte der Glasfaser-Ausbau weiter unterstützt werden, zusätzlich zu der bereits verabschiedeten TKG-Novelle, auf die sich die Gigabit-Strategie bezieht?

Erwägenswert wäre hier eine Evaluation des im Rahmen der TKG-Novelle 2021 in § 72 TKG eingeführten Glasfaserbereitstellungsentgeltes sowie ggf. seine Weiterentwicklung. Hierbei könnte insbesondere überprüft werden, welche Auswirkungen die Kostendeckelung in § 72 Abs. 2 TKG hat und ob diese ggf. an die aktuelle Kostenentwicklung angepasst werden sollte, um die Effektivität des Glasfaserbereitstellungsentgeltes zu verbessern.

10) Wie werden die in der Gigabit-Strategie angekündigten „Erprobungen“ der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz bewertet, Genehmigungsverfahren zu digitalisieren und

wird mit einer Übernahme einer erprobten Lösung durch andere Bundesländer gerechnet?

11) Wie bewerten Sie das Ziel in der Gigabitstrategie (Seite 4) einer flächendeckenden Glasfaserversorgung mit FTTH (fiber-to-the-home)?

Trotz seines grundsätzlich technologieutralen Ansatzes sieht auch der EKEK insbesondere Netze, die idealerweise vollständig aus Glasfaser bestehen, als „Netze mit sehr hoher Kapazität“ und zugleich als Referenzmaßstab für solche Telekommunikationsnetze an (Art. 2 Nr. 2 EKEK), deren flächendeckende Verfügbarkeit Ziel der Regulierung ist (Art. 3 Abs. 2 lit, a) EKEK). Dies wurde entsprechend in § 3 Nr. 33, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG in nationales Recht umgesetzt. Insofern ist das Ausbauziel flächendeckender FTTH-Netze sowohl aus europarechtlicher als auch telekommunikationsrechtlicher Sicht nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

13) Sehen Sie den Überbau von Glasfasernetzen als Problem an und sollten rechtliche Möglichkeiten eingeführt werden, um diesen zu begrenzen?

Aus wettbewerblicher Sicht ist zunächst festzustellen, dass der Aufbau einer zweiten Infrastruktur grundsätzlich begrüßenswert ist, weil damit die Wettbewerbsintensität und die Wettbewerbsstabilität im Vergleich zu einem reinen Dienstwettbewerb zugunsten von Endnutzerinnen und -nutzern gestärkt werden können. Vor diesem Hintergrund sollten Begrenzungen des Überbaus im Wesentlichen auf zwei Konstellationen beschränkt sein: Zum einen muss verhindert werden, dass allein die Gefahr eines Überbaus dazu führt, dass in einem weißen Fleck bereits ein potenzieller Erstinvestor vom Aufbau eines ersten Netzes mit sehr hoher Kapazität abgehalten wird. Hierfür sind klare und vorhersehbare Kriterien erforderlich, unter welchen Voraussetzungen ein Überbau unzulässig ist. Zum anderen – und eng mit der ersten Konstellation zusammenhängend – muss verhindert werden, dass Marktakteure gezielt in Regionen ein vorhandenes Netz mit sehr hoher Kapazität überbauen, mit dem alleinigen Ziel den Wettbewerb zu behindern. In dieser Konstellation ist nicht nur das Telekommunikationsrecht in den Blick zu nehmen, sondern auch das allgemeine Wettbewerbsrecht zu prüfen, da ein solch strategisches Verhalten ggf. schon den Tatbestand eines Behinderungsmissbrauchs erfüllen könnte.

14) Sind die in der Gigabitstrategie angekündigten Maßnahmen ausreichend, um Bahnfahrern tatsächlich jederzeit einen stabilen und leistungsfähigen Internetzugang über WLAN und Mobilfunk zu ermöglichen

15) Deutschland hinkt beim Glasfaserausbau hinter anderen Ländern immer noch hinterher, wie bewerten Sie die Gigabitstrategie in Hinsicht darauf, ob sie die notwendigen Verbesserungen für einen raschen Ausbau-Fortschritt schafft, insbesondere hinsichtlich der Erreichbarkeit des Ziels, Glasfaser bis ins Haus überall dort zu verlegen, wo Menschen leben, arbeiten und unterwegs sind?

Der flächendeckende Ausbau von Glasfasernetzen hängt nicht allein von infrastrukturbezogenen Maßnahmen im engeren Sinne ab, sondern wird wesentlich durch den Fortschritt der Digitalisierung in einem weiteren Sinne beeinflusst. Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel der Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen, die nicht nur von der Verfügbarkeit und unmittelbaren Förderung solcher Anschlüsse abhängt, sondern auch davon, inwieweit Endverbraucherinnen und -verbraucher sowie Unternehmen Dienste und Inhalte nutzen können, die Glasfaseranschlüsse benötigen. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, dass neben der gezielten Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Infrastrukturausbau auch institutionell sichergestellt wird, dass ein ganzheitlicher Blick auf den Fortgang der Digitalisierung geworfen wird, um mögliche Defizite frühzeitig auch im Wechselspiel mit anderen Einflussfaktoren erkennen und beseitigen zu können. In diesem Rahmen wäre es auch wichtig, dass die öffentliche Hand systematisch eine bessere Datenbasis aufbaut, mit der die Grundlage für eine stärker evidenzbasierte Digitalpolitik gelegt wird. Hierzu ist zu erwägen, entweder die vorhandenen Akteure (z.B. die BNetzA) entsprechend zu stärken oder eine neue Digitalagentur zu etablieren, die über alle Stufen der Digitalisierung und alle Ebenen des föderalen Systems hinweg eine koordinierende Aufgabe übernimmt.

16) *Fördert die Gigabit-Strategie nach Ihrer Einschätzung den Glasfaserausbau hinreichend als Teil der Daseinsvorsorge insbesondere mit Blick auf die Förderung primär gemeinwohlorientierter Ausbaumaßnahmen, wie genossenschaftlichen oder kommunalen Glasfaserausbau?*

Für den flächendeckenden Ausbau von Glasfasernetzen ist es wichtig, dass alle privaten und öffentlichen Akteure gemeinsam zusammenwirken. Gerade im ländlichen Raum können kommunale Akteure und private Initiativen einen wichtigen Beitrag leisten. Hierbei kommt es allerdings wesentlich auch auf die Länder und Kommunen selbst an, denen nach der föderalen Kompetenzordnung im Bereich der Daseinsvorsorge weitreichende Kompetenzen zukommen.

Mannheim, den 15. September 2022

Prof. Dr. Thomas Fetzner