

Kapitel 6: Das Zusammenspiel verschiedener Handlungsoptionen auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft

Die Infrastrukturen, die für die fortschreitende Digitalisierung auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft erforderlich sind, sollen nach dem Willen der Bundesregierung bis zum Jahr 2025 ausgebaut werden. Ob dieses Ziel in die Tat umgesetzt werden kann, ist fraglich, da bereits die anvisierten Zwischenziele immer wieder verfehlt wurden. In Zukunft sollten aus diesem Grund flexiblere Ziele formuliert werden, die sich stärker an der Nachfrage der Verbraucher orientieren (Kapitel 2, A. II.).

I. Hochkomplexe Ausgangslage

Die Nachfrage nach gigabitfähigen Infrastrukturen stagniert im Vergleich zu deren Verfügbarkeit derzeit nämlich oder ist sogar rückläufig (Kapitel 2, C. I. 2.). Zugleich sind die Investitionen in die gigabitfähige Infrastruktur jedoch durch hohe Kosten und ein beträchtliches korrespondierendes Risiko geprägt (Kapitel 2, C. II.). Risikofaktoren sind insbesondere die Wettbewerbs-, Markt- und Regulierungsunsicherheit, die sich durch die Schwierigkeiten dabei, die Nachfrage zu prognostizieren, vervielfachen (Kapitel 2, C. II. 2.). Je ländlicher ein Gebiet geprägt ist, desto höher sind die Investitionskosten. Zugleich sinkt die Anzahl der Endkundenanschlüsse, mithilfe derer die Kosten amortisiert werden können. Hierdurch fallen die Unsicherheiten umso stärker ins Gewicht und stehen einem marktgetriebenen Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen in diesen Regionen entgegen. Steigt die Nachfrage, nehmen die Unternehmen den damit einhergehenden Markt- und Wettbewerbsdruck sowie die drohende Regulierung eher in Kauf. Sobald Applikationen verfügbar sind, die ausschließlich mithilfe gigabitfähiger Infrastrukturen genutzt werden können, wird die Bandbreitennachfrage sprunghaft ansteigen (Kapitel 2, C. II. 2.). Da der Ausbau entsprechender Infrastrukturen langwierig ist, sollten die – dann tatsächlich erforderlichen – Infrastrukturen zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits vorhanden sein.

Vor diesem Hintergrund wurden verschiedene Handlungsoptionen zur Beschleunigung des Ausbaus gigabitfähiger Infrastrukturen beleuchtet, mit deren Hilfe die Markt-, Wettbewerbs- und Regulierungsunsicherheit

gesenkt werden sollen, um hierdurch das Investitionsklima nachhaltig zu verbessern (Kapitel 2, C. II. 3.). Trotz des gemeinsamen Zieles sind die Ansätze heterogen. Im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll hierzu der Wettbewerb der Infrastrukturanbieter in den Konzessionsgebieten beseitigt werden (Kapitel 3, C.). Der fehlende Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt soll durch einen umfassenden Wettbewerb um das Konzessionsrecht und einen Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten kompensiert werden. Bei der Entflechtung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen steht die Frage im Vordergrund, ob das Geschäftsmodell des Wholesale-Only-Anbieters, das den Infrastrukturausbau beschleunigen könnte, mit staatlichem Zwang oder mithilfe staatlicher Anreize durchgesetzt werden sollte (Kapitel 4). Beim kooperativen Breitbandausbau steht die Aufteilung der skizzierten Risiken zwischen den beteiligten Unternehmen im Mittelpunkt des Interesses (Kapitel 5).

All diese Handlungsansätze sollen zwar in dem diffizilen ökonomischen Spannungsfeld Vorteile mit sich bringen, müssen sich jedoch auch in den rechtlichen Rahmen einfügen. Dabei besteht die besondere Herausforderung darin, dass dieser Rahmen nicht minder komplex ist als die ökonomische Ausgangssituation und insbesondere durch starke Interdependenzen geprägt ist. Eine marginale Modifikation einer Regelung führt häufig zu Friktionen in anderen Regelungsmaterien. Dies lässt sich etwa am Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte illustrieren. Im Fokus dieser Handlungsoption steht eine Anpassung der wegerechtlichen Spezialvorgaben. Letztlich ist diese Modifikation jedoch mit dem Verfassungsrecht, dem unionalen Wettbewerbsrecht und dem Vergaberecht unvereinbar (Kapitel 3, C.). Dennoch spielte die Analyse der rechtlichen Steuerungsvorgaben in der bisherigen Diskussion um die geeigneten Handlungsoptionen auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft nur eine untergeordnete Rolle.

II. Zielrichtung und Anpassungsfähigkeit des Telekommunikationsrechtsrahmens

Die wesentlichen speziellen Steuerungsvorgaben für den Telekommunikationssektor ergeben sich aus dem unionalen und nationalen Telekommunikationsrecht. Durch die umfassende unionsrechtliche Determinierung bestehen für den nationalen Gesetzgeber lediglich marginale Umsetzungsspielräume. Somit fehlt ihm für grundlegende, aber kurzfristige Änderun-

gen der rechtlichen Rahmenbedingungen, die für eine Erreichung der selbst gesteckten Zielvorgaben erforderlich wären, in weiten Teilen der Verbandskompetenz. Da erst im Dezember 2018 der unionale Rechtsrahmen umfassend aktualisiert wurde, ist kurzfristig nicht mit seiner weitergehenden Novellierung zu rechnen (hierzu etwa Kapitel 3, C. III. 2.). Er kann somit gewissermaßen als „statisch“ betrachtet werden. Der nationale Gesetzgeber müsste jedoch – sofern es die Umsetzung einer Maßnahme erfordert – allein deshalb kurzfristig handeln, weil mit einer Verzögerung zu rechnen ist, bis sich eine Änderung des Rechtsrahmens in der Ausbaurealität manifestiert. Der Kreativität des nationalen Gesetzgebers, wie sich das Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit gigabitfähigen Infrastrukturen bis zum Jahr 2025 erreichen lässt, sind damit bereits durch das unionale Telekommunikationsrecht enge Grenzen gesetzt.

Das Telekommunikationsrecht wurde ursprünglich dazu geschaffen, die Liberalisierung des zunächst durch staatliche Monopole geprägten Sektors zu flankieren.⁹⁴⁸ Dabei trieb den Gesetzgeber auch die Sorge an, dass ein allzu freier Wettbewerb dazu führen könnte, dass die Interessen der Verbraucher vernachlässigt werden. Aus diesem Grund wurden die potentiell widerstreitenden Interessen in Form von Regulierungszielen dem Gesetz vorangestellt, die dessen allgemeinen Zweck konkretisieren.⁹⁴⁹ Die Förderung des Wettbewerbs muss seitdem neben den Verbraucherinteressen bei jeder Anwendung der regulatorischen Vorgaben durch die nationale Regulierungsbehörde berücksichtigt werden.

Diese Grundausrichtung prägt jedoch nicht allein das sektorspezifische Telekommunikationsrecht. Auch das Energie-, Eisenbahn- und Postrecht sind vergleichbar konstruiert. Im Kontext der Novellierung des unionalen Telekommunikationsrechts wurde dessen Zielekanon um ein Konnektivitätsziel erweitert, das im deutschen Rechtsrahmen bereits angelegt war (Kapitel 3, C. III. 1.). Damit wird die Erhöhung des Vernetzungsgrades der Bevölkerung ein Ziel, das bei jeder Entscheidung der Regulierungsbehörde Berücksichtigung finden muss. Diese Diversifizierung des Rechtsrahmens führt dazu, dass die originäre Ausrichtung des Handelns der Regulierungsbehörden immer weiter aufgefächert wird. Je mehr widerstreitende Interessen miteinander in Einklang gebracht werden müssen, desto schwächer wird im Ergebnis der Kompromiss. Während die ursprünglichen Ziele des Rechtsrahmens eng miteinander verknüpft waren, steht das neue

948 Hierzu statt vieler *Kühling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 17.

949 *Schneider*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, S. 365, 369.

Ziel in loserem Zusammenhang zu ihnen. Dies verstärkt die Komplexität des Interessenausgleichs weiter.

Nicht in Frage gestellt werden soll an dieser Stelle, dass der Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen – wie jeder Ausbau von Zukunftstechnologien – positive volkswirtschaftliche Effekte generieren kann. Allerdings sollte nicht jedes politische Ziel in jeder regulatorischen Entscheidung berücksichtigt werden müssen. In Zukunft sollte der Zielekanon nur zurückhaltend erweitert werden. Vielmehr sollten sich Gesetzgeber, Wissenschaft und Praxis vor Augen führen, dass das Gesetz in seiner teleologischen Grundausrichtung, seinem systematischen Aufbau und den angelegten Kompetenzen ursprünglich vorrangig auf die Schaffung und den Schutz des Wettbewerbs ausgerichtet war. Werden zusätzliche Wirkungen – wie etwa ein verbesserter Kundenschutz – angestrebt, erfolgt dies in neuen systematischen Zusammenhängen, die klar von den bisherigen Regelungsmaterien abgegrenzt werden. So sind etwa die Vorgaben zum Kundenschutz sowohl im unionalen (Titel III des EKEK) als auch im nationalen Recht (Teil 3 des TKG) separat normiert und grenzen sich klar von den übrigen Vorschriften ab. Eine Erweiterung des Gesetzeszweckes muss der Gesetzgeber auch systematisch und kompetenziell abbilden (Kapitel 4, B. I. 2. b.). Dies gilt also auch für die Förderung der Konnektivität.

Eine Erweiterung der Zielrichtung bestehender Normen ist nur möglich, wenn sie sich systematisch und teleologisch in das Gesamtbild einfügt. Hierfür eignet sich nicht jede Rechtsgrundlage. Regulatorische Verpflichtungen können nicht einfach auferlegt werden, um die Konnektivität zu fördern. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass der regulatorische Maßnahmenkatalog der §§ 13 ff. TKG systematisch und hinsichtlich seines Zwecks darauf ausgerichtet ist, einen funktionsfähigen Wettbewerb in Märkten zu ermöglichen, die durch ein natürliches Monopol geprägt sind und von marktmächtigen Unternehmen dominiert werden. Dies wird insbesondere im Hinblick auf die Kompetenznormen zur Entflechtung von Unternehmen offenbar, welche die ultima ratio des regulatorischen Maßnahmenkataloges darstellen (Kapitel 4, B. I. 2. b.). Dessen Ertüchtigung zur Förderung der Konnektivität ließe sich weder mit dem Zweck der Vorgabe vereinbaren noch systematisch in das Marktregulierungsverfahren einfügen.

Handlungsoptionen zur Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen, die mit bestehenden regulatorischen Maßnahmen zusammenhängen, können mithin nicht einfach dadurch umgesetzt werden, dass der Anwendungsbereich dieser Bestandsnormen erweitert wird. Hierdurch würden systematische Fremdkörper entste-

hen, die den ausbalancierten Rechtsrahmen dysfunktional machen könnten. Vielmehr müssten – sofern dies für eine Handlungsoption erforderlich ist – eigenständige Rechtsgrundlagen geschaffen werden, die teleologisch auf die Förderung des Infrastrukturausbaus ausgerichtet sind und sich in einen neuen, auf dieses Ziel ausgerichteten systematischen Kontext einfügen. So kann es insbesondere nicht überzeugen, wenn Maßnahmen zur Förderung der Konnektivität ausschließlich gegenüber marktmächtigen Unternehmen verhängt würden. Dies wäre allerdings bei einer Einbettung in das Marktregulierungsverfahren der Fall. Dabei sind für den Infrastrukturausbau in ländlichen Gebieten auch solche Unternehmen von großer Bedeutung, deren Tätigkeit lediglich lokal ausgerichtet ist. Diese verfügen auf den Telekommunikationsmärkten, die von der Bundesnetzagentur aktuell (bis auf wenige Ausnahmen) bundesweit abgegrenzt werden (Kapitel 5, C. II. 2. a.), über keine beträchtliche Marktmacht. Sie können deswegen nicht Adressat der marktmachtabhängigen Regulierungsverpflichtungen sein. Dies würde dazu führen, dass diese Maßnahmen – insbesondere dort, wo sie am nötigsten gebraucht würden – nicht gegenüber all den Marktteilnehmern angewandt werden könnten, die entscheidend für den Infrastrukturausbau in der jeweiligen Region sind. Aus diesem Grund sollten alternative Verfahren etabliert werden, um solche Gebiete zu identifizieren, in denen Maßnahmen zur Förderung der Konnektivität nötig sind. In diesen Gebieten sollten dann alle Unternehmen, die im Rahmen des Infrastrukturausbaus tätig sind, durch die Maßnahmen zu dessen Beschleunigung adressiert werden können. Bislang gibt es jedoch keine verpflichtenden Maßnahmen, die sich hierfür eignen würden. Es handelt sich vielmehr um eine hypothetische Skizzierung der systematischen Verortung von Handlungsoptionen im Gesetz, die noch nicht entwickelt wurden. Dass insbesondere eine verpflichtende Entflechtung nicht dazu gehört, soll noch vertieft beleuchtet werden (hierzu VIII.).

Bei der Identifikation der Gebiete mit Netzausbaufizit könnte man sich an der Abgrenzung von Fördergebieten im Beihilfenrecht orientieren. Auch die geografische Erhebung gemäß Art. 22 EKEK, die noch in nationales Recht umgesetzt werden muss, kann eingesetzt werden (Kapitel 4, B. I. 2. b.). Hierbei handelt es sich um ein Kartierungssystem, mit dessen Hilfe bereits errichtete und geplante Telekommunikationsinfrastrukturen erfasst werden können. Diese Datenbasis eignet sich für verschiedene Handlungsoptionen zur Beschleunigung des Ausbaus gigabitfähiger Infrastrukturen.

Dass diese neuen Kompetenznormen am besten im Telekommunikationsgesetz geschaffen und dort in sinnvolle Verfahren eingebettet werden,

ist nicht zwingend. Aufgrund des hohen Determinierungsgrades des unionalen Telekommunikationsrechts ist die Schaffung nationaler Kompetenzgrundlagen im Alleingang nicht möglich. Diese müssten wohl zunächst in den unionalen Rechtsrahmen integriert und anschließend im nationalen Recht umgesetzt werden. Denkbar wäre hierfür auch ein speziell auf den Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen ausgerichtetes Gesetz, das systematisch und teleologisch ausschließlich die Konnektivität der Bevölkerung steigern soll. In diesem Gesetz könnte ein Maßnahmenkatalog festgelegt werden, der diejenigen Handlungsoptionen zusammenfasst, die den Infrastrukturausbau fördern sollen. Auf diese Weise könnten diese von bestehenden Instrumentarien des Telekommunikationsrechts, insbesondere vom Marktregulierungsverfahren, entkoppelt werden. Hierdurch würde ein eigenständiger, konsistenter Rechtsrahmen geschaffen, der zwar mit dem Telekommunikationsgesetz in Einklang gebracht werden müsste, aber flexibler wäre als in einem bestehenden Gesetz. Pfadabhängigkeiten, die bei der Ausgestaltung des Telekommunikationsgesetzes entstanden sind, würden den Gesetzgeber in diesem Fall weniger beschränken.

III. Zusammenspiel von allgemeinem und sektorspezifischem Wettbewerbsrecht

Das Telekommunikationsrecht bildet jedoch nicht die einzige Regelungsmaterie, an der sich alle Handlungsoptionen zur Beschleunigung des Ausbaus gigabitfähiger Infrastrukturen messen lassen müssen. Maßnahmen zur Reduktion der Markt- und Wettbewerbsunsicherheiten stehen auch in einem Spannungsverhältnis zum GWB, das das allgemeine Wettbewerbsrecht beinhaltet. Seine Vorgaben sind, sofern das Telekommunikationsgesetz keine abschließenden Spezialregelungen enthält, parallel anwendbar. Dies führt insbesondere im Kontext des Infrastrukturausbau zu einer sinnvollen Erweiterung des Wettbewerbsschutzes (Kapitel 5, E. I. 1.). Das GWB ist nämlich auf den Schutz des Wettbewerbs in allen Märkten ausgerichtet, während das TKG spezifisch den Wettbewerbsschutz im Telekommunikationssektor adressiert. Das GWB ermöglicht somit den Schutz solcher Märkte, die nicht direkt dem Telekommunikationssektor zuzuordnen sind, aber dennoch den Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen tangieren. Dies zeigt sich insbesondere am Beispiel des kooperativen Glasfaserausbau. So schützt das Kartellrecht auch den Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau (Kapitel 5, C. III.). Erst das Zusammenspiel der beiden Regelungsmaterien ermöglicht einen umfassenden Wettbe-

werbsschutz im Infrastrukturausbau. Zugleich offenbart jedoch die Einschlägigkeit der beiden Regelungsmaterien, dass den Handlungsoptionen zur Reduktion des Wettbewerbsdrucks, um den Glasfaserausbau zu beschleunigen, enge Grenzen gesetzt sind.

IV. Keine Instrumentalisierung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus

Während das Zusammenspiel des allgemeinen Wettbewerbsrechts und des Telekommunikationsrechts zu begrüßen ist, um einen umfassenden Wettbewerbsschutz sicherzustellen, sind weitere Tendenzen kritisch zu betrachten. Dazu gehört es, dass die Handlungsoptionen des GWB dazu genutzt werden, um den flächendeckenden Ausbau hochleistungsfähiger digitaler Infrastrukturen voranzutreiben. Ein solches Vorgehen des Bundeskartellamts war im Kartellverwaltungsverfahren bei der Gründung der Glasfaser Nordwest zu beobachten (Kapitel 5, E. I. 2.). Mit einer Ausbauzusage verpflichtete sich das Kooperationsunternehmen in einem Verfahren, das ausschließlich dem Schutz des Wettbewerbs dient, dazu, eine bestimmte Anzahl gigabitfähiger Teilnehmeranschlüsse im Kooperationsgebiet auszubauen. Das GWB ist jedoch nicht darauf ausgerichtet, den Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen zu beschleunigen. Auch wenn das Unternehmen die Verpflichtungszusage äußerlich freiwillig abgab, geschah dies nur auf Grund des behördlichen Drucks. Ohne die Abgabe weitreichender Verpflichtungszusagen wäre die Kooperation behördlich nicht genehmigt worden. Zwar ermöglicht der Ausbau der Glasfaserinfrastruktur in den betreffenden Gebieten aufgrund der Verfügbarkeit entsprechender Infrastrukturen einen Dienstewettbewerb überhaupt mit, der einen entsprechenden Bandbreitenbedarf voraussetzt. Zudem ist der Ausbau hochleistungsfähiger Technologien grundsätzlich volkswirtschaftlich positiv zu bewerten. Allerdings sollte die Genehmigung von Kooperationsvorhaben nur von solchen Verpflichtungszusagen abhängig gemacht werden, die in einem direkten Zusammenhang mit dem Telos des betreffenden Gesetzes stehen. Auch dieser fragwürdigen Vermengung verschiedener Ziele kann durch ein separates Gesetz vorgebeugt werden.

V. Zuständigkeit und Ausstattung von Behörden

Alle gesetzlichen Kompetenzgrundlagen müssen von den zuständigen Behörden angewandt werden. Im hiesigen Kontext sind dies die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt. Diese sind, dem Zweck der jeweiligen Gesetze folgend, kompetenziell so ausgestattet, dass sie insbesondere den Wettbewerbsschutz und den Schutz der Verbraucherinteressen bewerkstelligen können. Zudem spiegelt sich diese Ausrichtung auch im Aufbau und in der Ausstattung der Behörden wider. Die fortschreitende Diversifizierung des Zielekanons muss auch in diesem Kontext Anklang finden. Sollen die Behörden im Rahmen ihrer Tätigkeit auch den Infrastrukturausbau berücksichtigen, müssen sie hierzu über fachlich kompetentes Personal verfügen und mit entsprechenden Exekutivkompetenzen ausgestattet werden.

Hierzu könnte eine entsprechende Abteilung in einer bestehenden Behörde gegründet werden. Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass Maßnahmen zur Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs von solchen zur Förderung des Infrastrukturausbaus klar getrennt sind und die Aufgaben nicht in fragwürdiger Weise vermengt werden. Ein Austausch der Abteilungen und der Behörden untereinander könnte in Querschnittsmaterien durch umfassende Konsultationsmechanismen gewährleistet werden. Solche existieren bereits im Verhältnis zwischen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt und stellen sicher, dass die Behörden trotz im Detail abweichender Entscheidungen grundsätzlich eine schlüssige und aufeinander abgestimmte Spruchkammerpraxis verfolgen.

VI. Flexibilisierung des Marktregulierungsverfahrens durch Verpflichtungszusagen

Die Integration von Verpflichtungszusagen in den Telekommunikationsrechtsrahmen ist – trotz der Kritik an der Anwendung ihres kartellrechtlichen Pendantes durch das Bundeskartellamt im Einzelfall (hierzu IV.) – insgesamt positiv zu bewerten. Im Telekommunikationsrecht ist zu beobachten, dass der Rechtsrahmen immer weiter ausdifferenziert wird. Die Verfahren werden – insbesondere durch die Vielzahl der zu berücksichtigenden Interessen – immer komplexer. Ein umfassend durchstrukturiertes normatives Geflecht erhöht die Regulierungssicherheit. Behördliche Entscheidungen werden vorhersehbar und planbar. Darüber hinaus werden

im Verfahren bereits die Interessen umfassend abgewogen und die Verhältnismäßigkeit geprüft.

Die umfassende Normierung bringt jedoch auch Nachteile mit sich. Denn je ausdifferenzierter ein Rechtsrahmen ist, desto weniger Flexibilität bleibt der zuständigen Behörde im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung. Die Verpflichtungszusage durchbricht diese Tendenz und flexibilisiert das Verfahren (Kapitel 5, D. II. 3.). Dadurch, dass die Verpflichtungszusagen lediglich einen Einzeltopos ihrer Ermessenerwägungen darstellen, wird die Behörde in ihrer Entscheidungsfindung nicht eingeschränkt. Hierdurch fügt sich das Instrument schlüssig in den Rechtsrahmen ein. Insoweit bietet es einen Vorteil gegenüber der zuvor praktizierten Flexibilisierung des Marktregulierungsverfahrens mithilfe öffentlich-rechtlicher Verträge, die im TKG nicht explizit normiert waren.

Mit dem Instrument der Verpflichtungszusage verknüpfen sich Hoffnungen: Die Regulierung könnte, insbesondere aufgrund der Möglichkeit des umfassenden Rückgriffes auf das Instrument im Marktregulierungsverfahren gemäß Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK, zurückgeführt werden. Die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbes könnte dem Markt überantwortet werden, in den der Staat nicht mehr aktiv interveniert, sondern auf dem er passiv als Schiedsrichter sicherstellt, dass die wettbewerbsrechtlichen Spielregeln eingehalten werden. Ob die Verpflichtungszusage diese Hoffnungen erfüllen kann, bleibt abzuwarten. Dies hängt insbesondere davon ab, wie intensiv das Instrument in künftigen Marktregulierungsverfahren eingesetzt werden wird.

VII. Wettbewerb im Netz oder Wettbewerb um das Netz?

Die Komplexität des Zusammenspiels verschiedener Materien, die die Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger digitaler Telekommunikationsinfrastrukturen beeinflussen, offenbart sich bei einer kritischen Reflexion eines Detailspektes der Spruchkammerpraxis des Bundeskartellamtes im kooperativen Glasfaserausbau. Wo es keinen sinnvollen Wettbewerb der Infrastrukturanbieter gibt, stellt die Behörde einen funktionsfähigen Wettbewerb auf nachgelagerter Ebene sicher. Anstelle des Wettbewerbs der Infrastrukturanbieter wird ein Wettbewerb um den Infrastrukturmarkt durchgeführt. Dieser entsteht durch die exklusive Vergabe von Fördergeldern (Kapitel 5, C. III.). Genau dieses Kalkül liegt auch dem Kooperationsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte zu Grunde, das einen Wettbewerb der Infrastrukturanbieter durch einen Wettbewerb um den

Infrastrukturmarkt ersetzen möchte (Kapitel 3, C. IV. 5. a. aa.). In diesem Fall entstünde der Markt durch die exklusive Vergabe des Konzessionsrechtes. Der ausdifferenzierte Rechtsrahmen steht einer funktionsfähigen Institutionalisierung dieses Modells aber entgegen, die zudem impraktikabel und daher nicht realisierbar erscheint und aus volkswirtschaftlichen Gründen abzulehnen ist (Kapitel 3, C.).

In ländlichen Regionen, in denen das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte eingeführt werden soll, gibt es einen solchen Wettbewerb um das Netz jedoch faktisch bereits. In den Fördergebieten besteht das Problem, dass sich die Infrastruktur nicht marktgetrieben und kostendeckend ausbauen lässt. Der Förderrahmen ist grundsätzlich wettbewerbsfähig ausgerichtet, ermöglicht jedoch nur einen begrenzten Wettbewerb der Infrastrukturen, obgleich schon Unternehmen im Markt konkurrieren können. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass das EU-Beihilfenrecht und das Haushaltsrecht einer umfassenden Förderung eines parallelen Infrastrukturausbaus entgegenstehen. Der Förderrahmen ermöglicht mit dem „Graue-Flecken-Förderprogramm“ lediglich den Ausbau von zwei konkurrierenden Infrastrukturen (Kapitel 5, C. III.).⁹⁵⁰ Eine Förderung weiterer paralleler Infrastrukturen würde aber ohnehin dem Grundsatz des sparsamen Einsatzes von Haushaltsmitteln entgegenstehen. Durch umfassende Open-Access-Verpflichtungen wird trotzdem ein funktionsfähiger Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene sichergestellt. Aufgrund der Exklusivität in der Fördermittelvergabe entsteht ein Ausschreibungsmarkt im geförderten Breitbandausbau. Diese Folge der Konstruktion des EU-Beihilfenrechts sichert die Spruchkammerpraxis des Bundeskartellamtes zusätzlich, auch gegen Verschiebungen durch den kooperativen Breitbandausbau, ab. Das Bundeskartellamt geht mit den Folgen der Ausgestaltung des Förderregimes offensiv um und versucht, den funktionsfähigen Wettbewerb um den Markt sicherzustellen.

Die konkrete Umsetzung des Wettbewerbsschutzes durch das Bundeskartellamt in der Form, dass Unternehmen eine Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb verwehrt wird, ist hingegen zu kritisieren (Kapitel 5, E. I. 2.). Aufgrund der abgegebenen Verpflichtungszusagen können Unternehmen, die zentral für den Breitbandausbau in der Region sind, nicht mehr in einem integralen Marktbestandteil aktiv werden. Dies ist widersprüchlich und schädigt den Wettbewerb eher, als dass es ihm nützt. Vielmehr sollte die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs um die Fördergelder dadurch sichergestellt werden, dass die Marktpräsenz der Unternehmen

950 So auch *Kühling*, WuW 2019, S. 555, 556.

zwar ermöglicht, ein kollusives Verhalten jedoch verhindert wird. Zu den Missbrauchsgefahren zählt insbesondere ein selektives Ausbauverhalten in den Fördergebieten, in dem nur deren attraktive Bereiche ausgebaut werden. Hauptanknüpfungspunkt zur Verhinderung eines Missbrauchs wäre in dieser Hinsicht zwar das Förderprogramm, allerdings könnten Restrisiken für den Wettbewerb durch entsprechende Verpflichtungszusagen beseitigt werden. Ein Vorbild könnte insoweit die Ausbauzusage im selben Verfahren sein, die eine missbräuchliche Verlagerung der Ausbauaktivitäten verhindert (Kapitel 5, E. I. 2.). Anstelle eines pauschalen Vorgehens durch einen vollständigen Wettbewerbsausschluss müssten die konkret in den Verfahren identifizierten Missbrauchspotentiale durch einzelfallgerechte und spezifisch auf das konkrete Kooperationsgebiet ausgerichtete Maßnahmen ersetzt werden.

Grundsätzlich ist der Schutz des Wettbewerbs, um den Infrastrukturmärkte in Fördergebieten aber positiv zu bewerten, da er die Ausbaurealität wahrnimmt und einen Lösungsweg bietet. Der Wettbewerb der Infrastrukturanbieter wird in Fördergebieten durch einen Wettbewerb um die Fördergelder ersetzt.

VIII. Keine Verpflichtung zur Umsetzung von Geschäftsmodellen durch staatlichen Zwang

Kategorisch abzulehnen sind alle Handlungsoptionen, die das Wettbewerbsrecht instrumentalisieren, um Geschäftsmodelle mithilfe staatlichen Zwanges umzusetzen. Auch wenn von der Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter ein positiver Effekt für den Glasfaserausbau ausgehen kann, darf die Exekutive dieses Geschäftsmodell nicht mithilfe des Wettbewerbsrechts zwangsweise durchsetzen (Kapitel 4, B. I.). Ob tatsächlich flächendeckende positive Auswirkungen zu erwarten sind, müsste jedoch ohnehin zunächst mithilfe umfassender ökonomischer Studien nachgewiesen werden (Kapitel 4, A. I. 3.).

Es sollte keine Rechtsgrundlage dafür geschaffen werden, Unternehmen zu einer Entflechtung zu verpflichten, um den Infrastrukturausbau zu fördern, sofern eine Entflechtung nicht bereits aus wettbewerblichen Gründen geboten ist. Eine Ertüchtigung der bestehenden Norm ist aus systematischen und teleologischen Gründen nicht möglich. Die Anwendung einer neuen Rechtsgrundlage zur Entflechtung von Unternehmen zur Förderung der Konnektivität ließe sich im Einzelfall verfassungsrechtlich schwerlich rechtfertigen (Kapitel 4, B. I. 3.).

Vielmehr sollte der Gesetzgeber sich darauf beschränken, Anreize zu schaffen, um das Geschäftsmodell des Wholesale-Only-Anbieters attraktiver zu machen. Dies ist jedoch nur dort möglich, wo sich der spezifische Anreiz in den Regelungsrahmen einfügt. Im Regulierungsrecht sind im Rahmen des Marktregulierungsverfahrens demnach nur solche Anreize denkbar, die marktmächtige Unternehmen betreffen (Kapitel 4, C. III. 3.). Da jedoch im Infrastrukturausbau auch Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht aktiv sind, die nicht mit der Spruchpraxis der Wettbewerbschutzbehörden konfrontiert werden, können dadurch nur marginale Effekte erzielt werden. Hauptanknüpfungspunkt müssten demnach Anreize durch den Förderrahmen sein (Kapitel 4, E.). Insoweit ist es unverfänglich, wenn der Staat die Vergabe öffentlicher Gelder von Belangen abhängig macht, die volkswirtschaftlich positive Effekte mit sich bringen. Die Vorgaben können jedoch nur dann Steuerungswirkung entfalten, wenn nicht Unternehmen die Aktivität im Markt durch die behördliche Spruchpraxis untersagt wird (Kapitel 5, E. I. 2.). Auch aus dieser Perspektive ist die Verpflichtungszusage zu kritisieren, die der Glasfaser Nordwest die Beteiligung am Ausschreibungswettbewerb im geförderten Breitbandausbau verwehrt (hierzu VII.). Dies ist hier jedoch von untergeordneter Bedeutung, da die Glasfaser Nordwest ohnehin als Wholesale-Only-Anbieter tätig ist (Kapitel 5, B. I.) und deswegen keine zusätzlichen Anreize für eine Entflechtung gesetzt werden müssen.

Die Rolle des Fördermittelgebers kann auch aktiv und gestaltend sein. Hieraus ergibt sich ein differenziertes Handlungsprogramm für die Behörden. Die Wettbewerbsschutzbehörden sollten sich möglichst passiv verhalten und lediglich als Schiedsrichter einen funktionsfähigen Wettbewerb sicherstellen. Der Fördermittelgeber kann und darf hingegen aktiven Einfluss auf den Markt nehmen. Wer zahlt, bestimmt die Regeln, nach denen die Fördermittel vergeben werden.

Anders als die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen, denen sich das Unternehmen fügen muss, sind die Fördermittelvergaben von Freiwilligkeit geprägt. Möchte das Unternehmen bestimmte Bedingungen nicht akzeptieren, an welche die Vergabe von Fördermitteln geknüpft sind, kann es von einer Beteiligung an der Ausschreibung absehen. Diese freiwillige Verzichtsmöglichkeit besteht im Rahmen des üblichen Regulierungsrechts jedoch nicht, sodass Modifikationen des Rechtsrahmens hier eine höhere Eingriffsintensität aufweisen und sich schwerer mit den Grundrechten vereinbaren lassen.

In jedem Fall müssten zudem außerhalb des rechtlichen Rahmens die Bedingungen für eine vermehrte Marktpräsenz von Wholesale-Only-An-

bietern geschaffen werden. Hier steht die Branche in der Pflicht, Plattformen zu etablieren und Prozesse zu standardisieren, um Unternehmen den Vertrieb ihrer Infrastruktur zu ermöglichen. Gerade wenn Unternehmen nur lokal über Infrastruktur verfügen, ist es von Vorteil, wenn nicht in jedem Einzelfall komplexe technische Abläufe und Verträge entwickelt werden müssen, die zu hohen Transaktionskosten führen. Der Rechtsrahmen steht einer solchen Prozessoptimierung nicht entgegen (Kapitel 4, E.). Die Unternehmen müssten solche Aktivitäten freiwillig und im Markt organisieren. Die nationale Regulierungsbehörden kann und darf sie hierzu nicht verpflichten.

IX. Zusammenspiel der Anpassung des Rechtsregimes mit der Vergabe von Fördermitteln

Es ergibt sich ein differenziertes Bild der Handlungsoptionen, die sich für die Beschleunigung des Infrastrukturausbaus auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft eignen. Ungeeignet sind Konzessionsmodelle auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte, die sich nicht in den Rechtsrahmen einfügen. Alternative Konzessionsmodelle, die etwa die exklusive Vergabe von Fördermitteln betreffen, sind hingegen als Handlungsoptionen grundsätzlich geeignet und werden bereits großflächig angewandt. Ein differenziertes Bild zeigt sich auch bei Handlungsoptionen zur Steigerung der Marktpräsenz von Wholesale-Only-Anbietern. Eine verpflichtende Entflechtung zur Förderung der Konnektivität ist im bestehenden Rechtsrahmen nicht möglich. Eine Erweiterung der bestehenden Normen ließe einen systematischen und teleologischen Fremdkörper entstehen. Eine neue Rechtsgrundlage ließe sich im Einzelfall schwerlich grundrechtskonform anwenden. Unbedenklich sind hingegen Anreize für die Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter, die nicht die bestehenden rechtlichen Vorgaben verändern, sondern den Förderrahmen oder das Vertriebsumfeld optimieren sollen.

Kooperationen eignen sich durch die Aufteilung des Risikos zwischen verschiedenen Unternehmen grundsätzlich dazu, den Glasfaserausbau zu beschleunigen. Dabei ist jedoch stets darauf zu achten, dass sich die Ausgestaltung des konkreten Kooperationsvorhabens mit dem Wettbewerbsrecht vereinbaren lässt. Der Rechtsrahmen adressiert diese Gefahren effektiv, auch wenn die Spruchpraxis der Behörden im Einzelfall noch optimierungsbedürftig ist.

Eine weitere entscheidende Handlungsoption auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft ist die Vergabe von Fördermitteln. Alle näher untersuch-

ten und für vorteilhaft befundenen Handlungsoptionen haben gemeinsam, dass sie für sich genommen keine Lösung für ein weiteres entscheidendes Problem des flächendeckenden Ausbaus gigabitfähiger Infrastrukturen bieten. Das Verhältnis von Investitionskosten und Amortisationsmöglichkeiten bleibt auch bei einer Optimierung des Rechtsrahmens im ländlichen Raum um ein Vielfaches schlechter als im urbanen Bereich. Die Handlungsansätze optimieren einen bereits umfassend ausdifferenzierten Rechtsrahmen und stoßen dabei auf die skizzierten Grenzen. Die hohen Investitionskosten werden durch die untersuchten Handlungsoptionen nicht gesenkt. Der Staat kann diese aber in Form von Fördermitteln teilweise übernehmen und somit für Unternehmen tragbar machen. Wenn der Staat die Kosten übernimmt, kann auch in völlig abgelegenen Orten gigabitfähige Infrastruktur verlegt werden. Auf diese Weise lassen sich auch hochgesteckte politische Ziele – unabhängig von der Frage, wie sinnvoll diese sind – verfolgen. Dies findet seine Grenze lediglich in den Kapazitäten der Bauunternehmen. Fördermittel können auch zur Stimulation der Nachfrage, etwa in Form von Gigabit-Vouchern, eingesetzt werden und dazu beitragen, die Nachfrageunsicherheit zu reduzieren (Kapitel 2, C. II. 2.).

Der Weg in die Gigabit-Gesellschaft lässt sich mit einer Rennstrecke vergleichen. Alle beschriebenen Handlungsoptionen sind darauf ausgerichtet, an dem Rennauto High-End-Optimierungen vorzunehmen, um Zehntel-Sekunden zu gewinnen. Der eigentliche Motor für den Ausbau sind jedoch die Fördergelder. Die High-End-Optimierung des Rechtsrahmens kann nur dann seine Wirkung erzielen, wenn ein optimaler Motor verbaut wurde. Ansonsten kommt es bei den erheblichen Zeitverlusten nicht auf das Einsparen von Zehntel-Sekunden an, die mithilfe der High-End-Optimierung erreicht werden. Ein suffizienter Förderrahmen ist mithin entscheidend, damit die skizzierten Handlungsoptionen überhaupt sinnvoll eingesetzt werden können. Von ihnen geht jedoch – und das haben alle Ansätze gemeinsam – für sich genommen keine eklatante Beschleunigung des Infrastrukturausbaus aus. Ein flächendeckender Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen und ein zügiger Weg in die Gigabit-Gesellschaft können nur dann gelingen, wenn verschiedene Handlungsoptionen gemeinsam verfolgt werden. Eine Kombination der Vergabe von Fördermitteln mit einer Optimierung des Rechtsrahmens in Detailfragen verspricht hier den größten Erfolg.