

Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum

1. Breitbandanbindung des ländlichen Raums

1.1 Die Breitbandkluft zwischen städtischen Ballungsgebieten und ländlichen Regionen

Eine flächendeckende Breitbandinfrastruktur ist von zentraler wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bedeutung. Es handelt sich um eine Schlüsselinfrastruktur, die Basis für innovative Breitbanddienste ist. Diese sind ein entscheidender Faktor für die internationale Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands. In der Versorgungsdichte mit Breitbandanschlüssen nimmt Deutschland weltweit eine gute Position ein. Dieses positive Bild wird erheblich durch die Existenz unter- und unversorgter Gebiete getrübt. Im Jahre 2008 sollten etwa 5 Millionen Bürger ohne Breitbandanschluss gewesen sein.¹ Die Kommunikationsinfrastruktur ist in Deutschland durch eine Breitbandkluft zwischen den Ballungsräumen und ländlichen Regionen gekennzeichnet. Die Ursachen für diese Unterversorgung des ländlichen Raums mit Breitbandinfrastruktur sind vielfältig: Neben geringen Skalenvorteilen in Gebieten mit dünner Besiedlung sind es Probleme im Wettbewerbs- und Kartellrecht, besonders aber in der sektorspezifischen Regulierung der Telekommunikationsmärkte, die einen zügigen Breitbandausbau im ländlichen Bereich behindern.

Die Folgen der Unterversorgung des ländlichen Raums mit Breitbandinfrastruktur sind gravierend. Kommunen ohne Anschluss an moderne Breitbandnetze sind als Standort von Unternehmen unattraktiv; sie sind sogar von der Abwanderung ansässiger Betriebe bedroht. Aber auch für die Bürger in ländlichen Regionen bedeutet ein fehlender Zugriff auf eine moderne Breitbandinfrastruktur eine erhebliche Einbuße beim Zugang zum Internet und zu modernen Kommunikationsformen.

^{*)} Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Christian Kirchner, LL.M. (Harvard) Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät / Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
1 DStGB Dokumentation No. 80, Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde INTERAKTIV“ Ausgabe 5/2008, S. 6.

Die Notwendigkeit, die Breitbandkluff zwischen den Ballungsgebieten und dem ländlichen Raum zu schließen, wird heute allgemein anerkannt. Die Schließung der Breitbandkluff ist eine Aufgabe von hoher politischer Priorität.

1.2 Politischer Wille zur Überwindung der Breitbandkluff

Auf der Grundlage der Vorarbeiten dreier nationaler IT-Gipfel² hat die Bundesregierung ihre Breitbandstrategie am 18. Februar dieses Jahres vorgestellt.³ Daneben gibt es Initiativen auf europäischer Ebene, auf der Ebene der Bundesländer sowie auf kommunaler Ebene. Das Problem ist erkannt. Es geht um die Realisierung der Ziele. Entscheidend ist, die notwendigen Investitionen in einem kurzen Zeitraum zu mobilisieren. Dafür müssen Anreize geschaffen und Hindernisse beseitigt werden.

Die Bundesregierung hat in ihrer am 18.02.2009 beschlossenen Breitbandstrategie ihre Absicht bekräftigt, den Breitbandausbau in Deutschland massiv voranzutreiben, da dieser ein wesentliches Fundament für wirtschaftliches Wachstum in Deutschland sei. Neben der Zielsetzung, dem Ausbau schneller Netze (Übertragungsraten ab 50 MBit/s) neue Impulse zu geben, geht es um die Schließung der bestehenden Lücken in der Breitbandversorgung. Flächendeckend leistungsfähige Breitbandanschlüsse⁴ sollen bis Ende 2010 zur Verfügung stehen. Um diese Ziele zu erreichen, schlägt die Bundesregierung einen anreizorientierten Regulierungsansatz vor, indem sie sich unter anderem für eine wachstums- und innovationsorientierte Regulierung einsetzt.⁵ Hierbei geht sie davon aus, dass bereits der geltende Rechtsrahmen alle Möglichkeiten einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung biete.⁶

So beeindruckend die Liste der finanziellen Fördermaßnahmen für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum auch ist, kann dadurch allein nicht das notwendige Investitionsvolumen und das erforderliche Tempo des Infrastrukturausbaus gewährleistet werden. Entscheidende Bedeutung kommt

2 Zuletzt: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Dritter nationaler IT-Gipfel, Breitband der Zukunft, Berlin 2008.

3 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Breitbandstrategie der Bundesregierung, Berlin 2009.

4 Unter Breitbandanschlüssen versteht die Breitbandstrategie der Bundesregierung Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 1 MBit/s.

5 BMWI, a.a.O. (Fn. 3), S. 18.

6 BMWI, a.a.O., (Fn. 3), S. 19.

den Verbesserungen des rechtlich-institutionellen Rahmens für die Infrastrukturinvestitionen zu. Geht die Bundesregierung in ihrer neuen Breitbandstrategie davon aus, dass bereits der geltende Rechtsrahmen alle Möglichkeiten einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung biete, kommt den „Klarstellungen“ erhebliche Bedeutung zu, die von der Bundesnetzagentur zu Grundsatzfragen einer perspektivischen Regulierung in Gestalt eines Eckpunkte-Papiers⁷ zu formulieren seien. Zu Recht weist aber die Bundesregierung darauf hin dass konkrete Einzelfallentscheidungen durch ein Grundsatzpapier nicht vorweg genommen werden könnten. Es fragt sich dann, ob Unternehmen, die bereit sind, in die Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum zu investieren, die notwendige Planungssicherheit haben. Hier weist die Breitbandstrategie der Bundesregierung eine Lücke auf, die es zu schließen gilt. Im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen steht die Frage, wie sich durch eine Verbesserung des Rechts- und Regulierungsrahmens die Anreize für die notwendigen Investitionen entscheidend verbessert lassen und wie hinreichend Rechts- und Planungssicherheit gewährleistet werden kann.

2. Anreize für Investitionen in die Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum

Ein Unternehmen, das eine Investition in die Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum in Erwägung zieht, ist unter anderem mit drei Problemen konfrontiert:

- (1) Geringe Skalenvorteile (im Vergleich zu Investitionen in die Breitbandinfrastruktur in Ballungsräumen)
- (2) Unsicherheiten in Bezug auf die Marktentwicklung
- (3) Rechtliche und regulatorische Unsicherheiten

Die Investitionslücke beim Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum ist Folge des Zusammentreffens dieser drei Probleme. Daraus lässt sich Handlungsbedarf auf verschiedenen Ebenen ableiten.

7 Der Beirat bei der Bundesnetzagentur hat sich in seiner Sitzung am 16. März 2009 mit der Breitbandstrategie der Bundesregierung und den Beiträgen der Bundesnetzagentur in Gestalt eines Eckpunktepapiers ‚über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur‘ befasst. Er bringt dabei die ‚regulatorische und wettbewerbsrechtliche Absicherung von Infrastruktur-Sharing‘ ins Spiel und spricht sich für mehr Planungssicherheit aus.

- Durch öffentliche Fördermaßnahmen lässt sich die Wirtschaftlichkeit konkreter Investitionen erhöhen, so dass private Investitionen, die ohne diese Förderung unterblieben, nunmehr getätigt werden können.
- Unsicherheiten in Bezug auf die Marktentwicklung können durch lokale und regionale Initiativen verringert werden, sind aber nicht direkt durch die Politik steuerbar.⁸
- Um rechtliche und regulatorische Unsicherheiten zu beseitigen, gibt es mehrere Ansätze auf je unterschiedlichen Ebenen, nämlich der Ebene der Bundesnetzagentur (Eckpunkte), des nationalen Gesetzgebers (TKG-Novelle) und der europäischen Ebene (Aufnahme wachstums- und innovationsorientierter Regulierungselemente in die Verabschiedung des europäischen Richtlinienpakets zur Regulierung der Telekommunikationsmärkte).

Entscheidend ist, dass alle drei Probleme simultan und aufeinander abgestimmt angegangen werden.

3. Der existierende Regulierungsrahmen als Hindernis für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum

3.1 Das Regulierungskonzept

Die derzeit geltenden Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (TKG) gehen auf die Probleme der Marktregulierung nach der Öffnung der Telekommunikationsmärkte im Jahre 1998 zurück. Damals erhoffte man sich eine schnelle Entwicklung des Wettbewerbs auf diesen Märkten durch die Ermöglichung von Wettbewerb auf einem Netz (dem existierenden Festnetz der Deutschen Telekom AG). Das zentrale Regulierungsinstrument war (und ist) die Regulierung des Netzzugangs in Gestalt der Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zum Netz bei gleichzeitiger Regulierung der für den Netzzugang zu entrichtenden Zugangsentgelte. So konnten Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen auf den betreffenden Märkten ohne eigenes Netz tätig werden.

⁸ Etwa das Engagement des Bürgervereins in Brunn (Landkreis Regensburg) bei der Kundengewinnung:
http://www.linux-magazin.de/news/cebit_2009_telekom_holt_wettbewerber_ins_vdsl_netz

In der zweiten Phase der Regulierung (Umsetzung des europäischen Richtlinienpakets für die Regulierung der Telekommunikationsmärkte aus dem Jahr 2002)⁹ erfolgte eine teilweise Umorientierung. Es wurde nun stärker auf den Infrastrukturwettbewerb abgestellt, also auf den Wettbewerb von Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen, die über eigene Netze verfügen. Es wurde das Ziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Innovationen in den Zielkatalog der Rahmenrichtlinie (Art. 8 Abs. 2 lit. 2) und des TKG 2004 (§ 2 Abs. 2 Nr. 3) aufgenommen. Das Konzept der Regulierung des Zugangs zum bestehenden Netz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht wurde aber grundsätzlich beibehalten, nämlich in § 21 TKG. Investiert ein solches Unternehmen also in die Kommunikationsinfrastruktur, muß es damit rechnen, dass es Mitwettbewerbern den Zugang auch zur neuen Infrastruktur zu regulierten Entgelten gewähren muß (§ 21 Abs. 1 TKG).

3.2 Konkrete regulatorische Probleme für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum

Ein Regulierungskonzept, das allein auf den diskriminierungsfreien Zugang zu einem existierenden Netz ausgerichtet ist, klammert die Frage aus, wie sich die Gewährung eines solchen diskriminierungsfreien Netzzugangs auf den Ausbau neuer Infrastruktur auswirkt. Um eben diese Frage geht es heute, wenn der Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Bereich oder der Bau neuer Hochgeschwindigkeitsnetze (NGN: *next generation networks*) vorangetrieben werden soll. Für beide Formen des Netzausbaus bzw. –neubaus sind die Probleme ähnlich gelagert, ohne sich aber in allen Punkten zu gleichen.

Muß ein Unternehmen, das in ein neues Netz investiert, damit rechnen, dass andere Unternehmen, die kein Investitionsrisiko auf sich genommen haben, nach Fertigstellung des Netzes ihr Recht auf diskriminierungsfreien Zugang (zu regulierten Zugangsentgelten) geltend machen werden, wird es mit der Investition abwarten und anderen potentiellen Investoren den Vortritt lassen, um dann

⁹ In Deutschland durch die grundlegende Neufassung des TKG im Jahre 2004 umgesetzt.

das fremde Netz zu nutzen. In einer solchen Situation lohnt sich Trittbrettfahren. Das setzt allerdings voraus, dass ein Unternehmen bereit ist, ungeschützt das Investitionsrisiko zu tragen, und anderen das Trittbrettfahren zu ermöglichen. Eine derartige asymmetrische Risikoverteilung wirkt sich als Hindernis für Investitionen in den Ausbau der Kommunikationsinfrastruktur aus. Die erforderlichen Investitionen werden entweder gar nicht getätigt, oder sie werden mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen vorgenommen.

Der gegenwärtige Regulierungsansatz erweist sich damit als entscheidendes Hindernis für den Ausbau der vorhandenen Telekommunikationsinfrastruktur und damit auch für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum. Hinzu kommen die Unsicherheiten, die sich für einen Investor aus den kurzen Regulierungsperioden ergeben. Diese führen zu mangelnder ökonomischer und rechtlicher Planungssicherheit. Diese Defizite lassen sich nicht dadurch beheben, dass die betreffenden Investitionen mit öffentlichen Mitteln gefördert werden. Neben die finanzielle Förderung muß eine Förderung durch Regulierungsreform treten.

4. Ein neues wachstums- und innovationsorientiertes Regulierungskonzept: Risk-Sharing (Risikoteilung)

4.1 Differenzierung unterschiedlicher Netzzugangsverträge

Risk-Sharing bedeutet die Verteilung des Risikos einer Investition in den Ausbau der Breitbandinfrastruktur auf mehrere Unternehmen. Der eigentliche Investor bietet anderen Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen unterschiedliche Typen von Zugangsverträgen an. Diese Art der Risikoteilung bietet sich an, weil auf diese Art und Weise der Breitbandausbau mit vergleichsweise niedrigeren Investitionssummen realisiert werden kann. Grundsätzlich wird zwischen Risikoteilungsverträgen und Verträgen ohne Risikoteilung unterschieden. In Risikoteilungsverträgen können die Unternehmen, die bereit sind, sich am Risiko des Investors zu beteiligen, entweder eine Anfangszahlung (*upfront payment*) leisten, oder sie können sich in Langzeitverträgen (differenziert nach Vertragslaufzeiten) binden oder sich zur Abnahme bestimmter Kontingente und Mengen verpflichten. Die Gegenleistung für die Risikoteilung besteht darin, dass bereits vor der Fertigstellung der neuen

Breitbandinfrastruktur die Zugangsentgelte zwischen dem Investor und seinen Vertragspartnern ausgehandelt und vereinbart werden. In der Höhe der Entgelte spiegelt sich der Umfang des vom Vertragspartner übernommenen Risikos wider. Eine höhere Risikobeteiligung – etwa in Gestalt größerer Mindestabnahmemengen – schlägt sich dann in einem niedrigeren Zugangsentgelt nieder. Für den Investor hat dies den Vorteil, dass er die Netzauslastung besser im voraus bestimmen kann. Er erhält auch hier keine vollständige Sicherheit. Letztlich ist entscheidend, wie die Endabnehmer entscheiden. Es wird bei Risikoverteilungsverträgen aber sichergestellt, dass nicht der Investor das Risiko allein trägt und andere Unternehmen ihre Entscheidung der Netznutzung erst dann treffen, wenn sich gezeigt hat, wie die Endabnehmer reagieren. Es kann also nicht zum Trittbrettfahren kommen. Die Risikoteilung hat den weiteren Vorteil, dass nunmehr alle Vertragspartner von Risikoteilungsverträgen ein starkes Eigeninteresse an einem aktiven Marketing der neuen Dienstleistungen haben, die sie über das Netz anbieten können. Damit erhöht sich die Chance einer schnelleren Amortisation der Investition. Im Ergebnis wird das Investitionsrisiko, in dem sich mehrere Unternehmen darin teilen, gesenkt.

Der Abschluss von Risikoteilungsverträgen ist allen Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen freigestellt. Sie können davon Gebrauch machen, müssen dies aber nicht. Entscheiden sie sich dagegen, steht es ihnen später frei, – wenn sich etwa der Erfolg der Investition im Markt herausgestellt hat – mit dem Investor Zugangsverträge ohne Risikoteilung zu schließen. Die Entgelte spiegeln jetzt aber wider, dass eine Beteiligung am Risiko nicht stattgefunden hat. Diejenigen, die solche Verträge ohne Risikoteilung abschließen, können nicht geltend machen, zu denselben Konditionen Zugang zum Netz zu erhalten, wie diejenigen, die Risikoteilungsverträge abgeschlossen haben. Eine Diskriminierung liegt insofern nicht vor, weil ungleiche Sachverhalte auch konsequent ungleich behandelt werden. Zudem hat jedes Unternehmen die Freiheit der Wahl zwischen den unterschiedlichen Vertragstypen. Die Entscheidung für einen Risikoteilungsvertrag muß allerdings fallen, bevor die Investition abgeschlossen ist. Der Effekt dieser Differenzierung zwischen unterschiedlichen Zugangsverträgen ist das Ausschalten des Trittbrettfahrerproblems. Es war dieses Problem gewesen, das unter den Bedingungen des derzeitigen Regulierungsrahmens zur Investitionsabstinenz bzw. zur starken Verlangsamung des Inves-

tionstempos geführt hatte. Diese Probleme können mit Hilfe des neuen Regulierungsinstruments Risk-Sharing (Risikoteilung) beseitigt werden.

Dieses neue wachstums- und innovationsorientierte Regulierungskonzept, das für die Regulierung von neuen Hochgeschwindigkeitsnetzen auf europäischer Ebene ins Spiel gebracht worden war, eignet sich für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Bereich besonders gut: Bei der Schließung der Lücken in der Breitbandversorgung im ländlichen Raum handelt es sich um konkrete Investitionsvorhaben, bei denen dann alle Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen vor Beginn der Investition abschätzen können, ob es für sie vorteilhafter ist, sich den Netzzugang durch den Abschluss eines Risikoteilungsvertrages zu sichern oder aber den Markterfolg abzuwarten und dann vergleichsweise höhere Zugangsentgelte in Kauf zu nehmen.

4.2 Verbesserung der Rechts- und Planungssicherheit

Die Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen, die sich im Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum engagieren, lässt sich entscheidend verbessern, indem die Fristen der Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur verlängert werden. Eine Verlängerung dieser Fristen auf fünf Jahre erscheint angemessen und durchführbar.

5. Kooperationsmodelle

5.1 Regelungsproblem

Neben der Risikoteilung durch Netzzugangsrisikoteilungsverträge bietet sich eine weitere Variante der Risikoteilung an, die im Ausbau der Mobilfunkinfrastruktur erfolgreich eingesetzt worden ist: Die gemeinsame Erstellung der Infrastruktur durch Unternehmen, die als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Es geht dann um projektbezogene Kooperationen auf der Infrastrukturebene. Da die kooperierenden Unternehmen aber auf den Dienstmärkten miteinander im Wettbewerb stehen, ist eine Kooperation beim Netzausbau so zu gestalten, dass sie es nicht zu Wettbewerbsbeschränkungen auf den Dienstmärkten kommt. Grundsätzlich ist eine Ausstrahlung der Kooperation auf einem vorgelagerten Markt auf den

nachgelagerten Markt nicht ausgeschlossen. Dann geht es um ein Problem des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, nämlich darum, ob in Kooperationen beim Infrastrukturausbau möglicherweise eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne von § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) liegt.

5.2 Anwendung der §§ 1 und 2 GWB

Das Problem für Unternehmen, die zum Zwecke des Ausbaus von Breitbandinfrastruktur kooperieren, liegt in der Rechtsunsicherheit, ob mögliche wettbewerbschädliche Auswirkungen auf ihren Wettbewerb auf den nachgelagerten Dienstmärkten das Verbot der Kooperationsvereinbarung zur Folge haben oder nicht. Der Wortlaut von § 1 GWB wurde im Jahre 2005 in der siebenten GWB-Novelle der Vorschrift des Art. 81 Abs. 1 des EG-Vertrages angepasst. Verboten ist demnach eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Es kommt also nicht auf den Zweck der Vereinbarung an. Es geht nur um die tatsächlich – möglicherweise nicht intendierte – Wirkung. Und es reicht jede Verfälschung des Wettbewerbs. Das ist eine extrem weite Fassung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Sie war in den EG-Vertrag deshalb aufgenommen, da neben dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in Art. 81 Abs. 3 EG eine Freistellungsregelung in Abs. 3 der Vorschrift eingefügt war, die dann dazu führen sollten, dass nur die schädlichen Vereinbarungen dem Verbot unterfielen.

Es gibt grundsätzlich zwei Ansatzpunkte, um den Kooperationspartnern mehr Rechtssicherheit zu geben. Man kann an eine Tatbestandsrestriktion von § 1 GWB denken, die eine Nichtanwendung des Verbots für strategische Kooperationen oder Allianzen zur Folge hat, wenn durch eben diese Kooperation Wettbewerb überhaupt erst geschaffen wird, der ohne die Kooperation nicht existierte. Oder man kann prüfen, ob eine Freistellung vom Verbot des § 1 GWB durch die Anwendung von § 2 GWB vorliegt. Für diesen zweiten Weg müsste man zwischen einer Einzelfreistellung und einer Freistellung aufgrund der Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung unterscheiden.

Ob strategische Kooperationen oder Allianzen durch eine Tatbestandsreduktion des § 1 GWB zu privilegieren sind, ist in Bezug auf sogenannte Strategische Allianzen und auf elektronische Marktplätze (oder Internetplattformen) ausführlich erörtert worden.¹⁰ Im Ergebnis ist eine allgemeine Privilegierung solcher Formen der Kooperationen nicht erfolgt. Es kommt auf die Prüfung möglicher konkreter Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelfall an. Man könnte Kooperationen beim Ausbau von Breitbandinfrastruktur insofern von den bisher in Literatur und Rechtsprechung behandelten Fallkonstellationen unterscheiden, dass es ohne den Ausbau der betreffenden Infrastruktur ja keinen nachgelagerten Markt gäbe. Selbst wenn es zu gewissen Ausstrahlungen der Kooperation beim Netzausbau auf den Wettbewerb auf den Dienstmärkten käme, gäbe es dort immerhin Wettbewerb, der ohne die Kooperation nicht existierte. Diese Argumentation hatte bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Strategischen Allianzen auch bereits eine Rolle gespielt, ohne dass es aber zur Herausbildung einer allgemeinen Doktrin dahingehend gekommen wäre, dass bei einer positiven Differenz zwischen (beschränktem) Wettbewerb und Nichtwettbewerb das Verbot des § 1 GWB nicht greife.

Seit der 7. GWB-Novelle ist die tatbestandliche Reduktion des § 1 GWB nicht mehr der einzige Weg, um zu einer Nichtanwendung des Verbots zu gelangen. Gemäß § 2 Abs. 2 GWB ist eine unter § 1 GWB fallende Vereinbarung dann freigestellt, wenn eine EG-Gruppenfreistellungsverordnung entsprechend zur Anwendung gelangt, nach der die betreffende Vereinbarung freigestellt ist. § 2 Abs. 2 GWB enthält damit eine Verweisung auf die jeweils geltenden EG-Gruppenfreistellungsverordnungen. Da aber keine dieser Verordnungen auf den Fall der Kooperation beim Ausbau von Breitbandinfrastruktur anwendbar ist, kommt nur eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB in Betracht. Diese Freistellungsnorm, die Art. 81 Abs. 3 EG nachgebildet ist, korrigiert die extrem weite Fassung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen des § 1 GWB. Im Prinzip sind solche Vereinbarungen freigestellt, bei denen die Vorteile (Gewinne aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder aus der Förderung des technischen Fortschritts) gegenüber den wettbewerbslichen Nachteilen überwiegen, soweit die Vorteile den Verbrauchern zu Gute kommen und soweit keine unverhältnismäßigen Beschränkungen auferlegt

¹⁰ Vgl. Zimmer, Daniel, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rdnrn. 338 – 340.

werden. Diese Freistellungsregelung lässt sich auf den Fall der Kooperation beim Ausbau der Breitbandinfrastruktur anwenden.

Der entscheidende Vorteil, den eine Kooperation beim Breitbandausbau mit sich bringt, liegt darin, dass den Unternehmen und Verbrauchern in den betreffenden Gebieten nunmehr der Zugang zum Breitband mit all seinen Vorteilen zur Verfügung steht. Damit liegt sowohl eine Verbesserung der Warenerzeugung und –verteilung (auch bezogen auf Dienstleistungen) als auch eine Förderung des technischen Fortschritts vor. Außerdem ist im Fall des Netzausbaus durch zwei oder mehr Kooperationspartner sichergestellt, dass es zum Wettbewerb auf den betreffenden Dienstmärkten kommen wird. Ein Übermaß von Beschränkungen ist nicht ersichtlich. Die Kooperation beim Ausbau von Telekommunikationsinfrastruktur ist also grundsätzlich geeignet, die Freistellungsvoraussetzungen von § 2 Abs. 1 GWB zu erfüllen. Das ist der Grund, warum solche Kooperationen beim Ausbau der Mobilfunkinfrastruktur erfolgreich eingesetzt worden sind.

§ 2 Abs. 1 GWB sieht nicht die Freistellung durch das Bundeskartellamt vor, sondern nennt die tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen eine Kooperation freigestellt ist. Da eine Gruppenfreistellungsverordnung nicht zur Anwendung gelangt, bedeutet dies im Grunde, dass in jedem einzelnen Kooperationsfall zu prüfen wäre, ob die betreffende Kooperation freigestellt ist. Das ist unter dem Aspekt der Rechts- und Planungsunsicherheit unbefriedigend. Abhilfe kann aber in der Art und Weise geschaffen werden, dass man vorab klärt, wie Kooperationsvereinbarungen abgefasst sein müssen, damit mit Sicherheit von einer Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB ausgegangen werden kann. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Vertragspartner explizit jede über den Netzausbau hinausgehende Kooperation ausschließen und auch den späteren Informationsaustausch streng auf Fragen der Netzinfrastruktur beschränken. Sie müssen sogenannte „Chinese Walls“ zwischen der Infrastrukturebene und der Ebene der Dienstmärkte errichten.

6. Umsetzung von Regulierungsvorschlägen in Eckpunkten der Bundesnetzagentur

6.1 Eckpunkte der Bundesnetzagentur und Verwaltungsvorschriften

Damit Unternehmen, die in den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum, über hinreichende Rechts- und Planungssicherheit verfügen, reicht es nicht aus, dass in Bezug auf eine neue wachstums- und innovationsorientierte Regulierung ein Konsens erzielt wird und die Fristen der Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur durch diese verlängert werden. Es bedarf der Verankerung des Risk-Sharing-Konzepts und der Fristenverlängerung in konkreten Eckpunkten der Bundesnetzagentur, die dann in Form von Verwaltungsvorschriften rechtlich verbindlich gemacht werden.

6.2 Eckpunkte zum Risk-Sharing

Das Risk-Sharing-Konzept sollte dergestalt Eingang in die Eckpunkte der Bundesnetzagentur finden, als diese für die Netzzugangsregulierung bei neuen Netzen (das sind neben der neuen Breitbandinfrastruktur insbesondere die neuen Hochgeschwindigkeitsnetze) explizit für Risikoteilungsverträge die Nicht-Missbräuchlichkeit durch Voarbfeststellungsbescheide nach § 28 TKG feststellt. Die differenzierte Ausgestaltung von Risikoteilungsverträgen und Verträgen ohne Risikoteilung ist als Möglichkeit für den Netzzugang zu neuen Netzen vorzusehen. Schließlich ist festzustellen, dass auch ein Nicht-Investor und ein Unternehmen, das keinen Risikoteilungsvertrag geschlossen hat, Netzzugang erhält, allerdings unter der Maßgabe einer angemessenen Berücksichtigung der Tatsache, dass er sich nicht bereits vor Fertigstellung des neuen Netzes am Investitionsrisiko beteiligt hat.

6.3 Auslegung von Vorschriften zu den Zielen des TKG im Sinne einer Wachstums- und Innovationsorientierung

In § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG wird auf das Ziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Investitionen abgestellt. Hier sollte in den Eckpunkten klargestellt werden, dass ‚Unterstützung von Investitionen‘ solche in den Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum umfasst.

7. Novellierung des TKG

7.1 Vorteile einer Novellierung

Auch für den Fall, dass Investitionen in den Breitbandausbau im ländlichen Raum durch die hier erörterten Änderungen des Rechts- und Regulierungsrahmens in Gestalt von Eckpunkten der Bundesnetzagentur, die dann in Form von Verwaltungsvorschriften erlassen werden, gefördert werden, erscheint eine Verankerung des Risk-Sharing, der Fristenverlängerung und die Erweiterung der Zielsetzung in Form einer Novellierung des TKG geboten. Eine solche Novellierung kann dann gleichzeitig die Problematik der Förderung des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen durch entsprechende Änderungen der Rechtsrahmens umfassen.

Die Regelung durch den Gesetzgeber hat den Vorteil der demokratischen Legitimation. Die Bundesnetzagentur kann die Transparenz ihres Entscheidungsfindungsprozesses durch Grundsatzserklärungen in Gestalt von Eckpunkten zwar erhöhen. Die Bundesregierung hat aber zu Recht darauf verwiesen, dass allein durch solche Eckpunkte konkrete Einzelfallentscheidungen nicht vorweg genommen werden können (oben 1.2). Die Planungssicherheit wird durch entsprechende Verwaltungsvorschriften erhöht. Die volle Legitimation erhält die Ausrichtung der Regulierung an Wachstum und Innovation aber erst durch den Akt des Gesetzgebers.

Das Tätigwerden des Gesetzgebers kann sich auch dann als notwendig erweisen, sollten die von der Bundesnetzagentur erarbeiteten Eckpunkte das Regulierungsziel verfehlen. Dann wäre der Gesetzgeber zu einer Nachsteuerung berufen. In diesem Falle wäre aber wertvolle Zeit verstrichen, da eine Tag-Novellierung nach realistischer Einschätzung erst in der nächsten Legislaturperiode in Betracht kommt. Dann könnte das Ziel, eine flächendeckende Breitbandinfrastruktur bis Ende 2010 zu schaffen, gefährdet werden. Aus diesem Grunde wäre eine Lösung vorzuziehen, in der bereits die Bundesnetzagentur die regulatorischen Weichen richtig stellt, so dass der Gesetzgeber den Eckpunkten der Bundesnetzagentur dann in der TKG-Novellierung lediglich Gesetzesrang zu verleihen hätte.

7.2 Konkrete Novellierungsvorschläge

§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG wird um den folgenden Nachsatz ergänzt:

„, insbesondere den flächendeckenden Ausbau leistungsfähiger Breitbandanschlüsse (Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 1 MBit/s.“

Wegen der parallel gelagerten Problematik beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen könnte dem dann noch hinzugefügt werden: „ und den Aufbau eines Netzes hochleistungsfähiger Internetanschlüsse (Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 50 MBit/s“.

In § 28 TKG wird ein neuer Absatz 3 eingefügt:

„Die Bundesnetzagentur stellt für Risikoteilungsverträge, die zwischen dem Netzbetreiber, der in neue Breitbandnetze investiert, und Unternehmen, die mit diesem ein Entgelt für den Netzzugang vereinbart haben, auf Antrag des investierenden Unternehmens die Nichtmißbräuchlichkeit nach § 28 fest. Risikoteilungsverträge sind insbesondere solche Verträge, in denen entweder eine Anfangszahlung für die Übernahmen des Investitionsrisikos geleistet wird, oder solche, in § 31 TKG wird ein Absatz 7 mit folgendem Wortlaut eingefügt:

„Bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit eines nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 Satz 1 genehmigungsbedürftigen Entgelts ist die Bundesnetzagentur nicht an die Obergrenze der Kosten der effizienten Leistungserstellung im Sinne von Abs. 2 gebunden, wenn das Netz, zu dem der Antrag auf Zugang im Sinn von § 21 Abs. 1 gestellt wird, ein neues Breitbandnetz im Sinne von § 28 Abs. 3 ist. Wird der Antrag von einem Unternehmen gestellt, das keinen Risikoteilungsvertrag im Sinne von § 28 Abs. 3 abgeschlossen hat, gestellt, so berücksichtigt die Bundesnetzagentur bei der Genehmigung des Entgelts einen Zuschlag, der unter der Annahme der Übernahme des vollen Investitionsrisikos und unter Berücksichtigung einer langfristigen Risikoverteilung durch den Netzbetreiber errechnet wird.“

In § 35 TKG Abs. 4 wird nach Satz 1 der folgende Satz eingefügt:

„Bei einer Entscheidung nach § 31 Abs. 7 legt die Bundesnetzagentur die Befristung entsprechend dem Antrag des regulierten Unternehmens fest. Die Höchstdauer der Befristung ist fünf Jahre.

Dieser Novellierungsvorschlag kann entsprechend auf andere Regulierungsfristen erweitert werden, bei denen die Planungssicherheit eines Unternehmens, das in neue Netze investiert, betroffen ist.

8. Aufnahme des Risk-Sharing-Konzeptes in die Neugestaltung des europäischen Regulierungsrahmen für die Telekommunikationsmärkte

In der Europäischen Union steht die Reform des Richtlinienpakets zur Regulierung der Telekommunikationsmärkte (Review) vor dem Abschluss.¹¹ Das neue Geschäftsmodell ‚Risikoteilung‘ ist in den neuen Rechtsrahmen, mit dessen Verabschiedung durch das Europäische Parlament in der zweiten Lesung in allernächster Zukunft zu rechnen ist, aufgenommen worden. Dabei geht es um die Beteiligung von Mitwettbewerbern am Investitionsrisiko bei einer Infrastrukturinvestition über langfristige Verträge oder die Vereinbarung von Mindestabnahmemengen. Dieses Risikoteilungskonzept ist von Vertretern des Europäischen Parlaments insbesondere in Bezug auf den Ausbau moderner Hochgeschwindigkeitsnetze entwickelt worden.

Die Aufnahme des Risikoteilungskonzeptes in den neuen europäischen Rechtsrahmen ist für Einführung dieses Konzeptes auch für den flächendeckenden Ausbau der Breitbandinfrastruktur in Deutschland deshalb von Bedeutung, da damit die Verträglichkeit der betreffenden Änderungen des TKG mit europäischem Gemeinschaftsrecht außer Frage steht. Auch auf europäischer Ebene findet nunmehr eine Neuausrichtung der Regulierung an Wachstum und Innovationsförderung statt. Das bestätigt den Weg, den die Bundesregierung mit ihrer neuen Breitbandstrategie eingeschlagen hat. Gleichzeitig wird damit ein deutliches Signal für die notwendige Novellierung des TKG gesetzt.

11 Quelle: <http://de.news.yahoo.com/26/20090429/tpl-eu-bekommt-neuen-rechtsrahmen-fr-tel-c2b1abd.html>

9. Zusammenspiel von öffentlicher Förderung des Ausbaus der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum und den regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Förderkonzepten

Die Bundesregierung und verschiedene Landesregierungen stellen im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ und der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ finanzielle Mittel auch für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum bereit.¹² Insgesamt geht es um einen maximalen Förderungsbetrag von 150 Mio. Euro. Die Länder reichen diese Mittel auf der Grundlage spezifischer Förderrichtlinien aus. Empfänger dieser Mittel können Kommunen (Gemeinden und Landkreise) sowie kommunale oder private Netzbetreiber sein. Aus diesen Mitteln kann die Wirtschaftlichkeitslücke bei Projekten des Breitbandinfrastrukturausbaus zwar nicht geschlossen, so doch aber reduziert werden.

Das Problem des Einsatzes dieser Fördermittel für Kommunen, die an einer Anbindung an die Breitbandinfrastruktur interessiert sind, ist der Eigenbeitrag, der verlangt wird. Gerade in der gegenwärtigen Wirtschafts- und Finanzkrise bedeutet dies, dass finanzschwache Kommunen, die besonders auf den Breitbandanschluss angewiesen sind, die Fördermittel nicht in Anspruch nehmen können. Hier sind zwei Problemlösungen möglich: Eine Kommune kann den Eigenmittelanteil durch Sachleistungen erbringen. Der Eigenmittelanteil wird gesenkt. Dieses erscheint insofern konsequent, als es darum geht, dass die Wirksamkeit eines Konjunkturpakets davon abhängig ist, dass die Mittel schnell abgerufen und wirksam werden.

In ihrer Breitbandstrategie stellt die Bundesregierung fest, dass die Breitbandförderungsmaßnahmen so zuzuschneiden sind, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird.¹³ Im Lichte der hier zum Rechts- und Regulierungsrahmen angestellten Überlegungen wäre diese Forderung wie folgt zu ergänzen: Breit-

12 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Breitbandstrategie der Bundesregierung, Berlin 2009, S. 15 – 17; vgl. Ritgen, Klaus, Die Schaffung von Breitband-Internetverbindungen im ländlichen Raum, Der Landkreis, 2009/3, S. 2 (Quelle: <http://www.kreisnavigator.de/bband/dok/ritgen.pdf>)

13 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Breitbandstrategie der Bundesregierung, Berlin 2009, S.15.

bandförderungsmaßnahmen sollten so ausgestaltet werden, dass sie mit einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung im Einklang stehen.

Dann geht es zuerst um die Frage, in welcher Form die Fördermittel eingesetzt werden sollten, um die Lücken in der Breitbandinfrastruktur zu schließen. Man kann nicht davon ausgehen, dass diese Mittel ausreichen werden, um Kommunen in die Lage zu versetzen, nunmehr eigene kommunale Netze zu bauen. Es fragt sich auch, ob das angesichts der Anforderungen an das technologische Know How überhaupt sinnvoll wäre. Bisher haben sich bei einer Reihe von Projekten, in denen gezielt einzelne Lücken in der Breitbandinfrastruktur geschlossen worden sind, Kooperationen von Kommunen und Netzbetreibern in Gestalt von Public-Private-Partnerships bewährt. Die Kommune leistet im Rahmen einer solchen Partnerschaft einen Beitrag zur Schließung der Wirtschaftlichkeitslücke eines Projektes. Dafür setzt sie die Fördermittel ein. Sie wird den Breitbandausbau aber auch durch das Zurverfügungstellen eigener Infrastruktur (etwa vorhandene Leerrohre) fördern. Es ist dann Sache des privaten Partners, ob er Kooperationen mit anderen Netzbetreibern eingeht (Kooperationsmodell) oder ob er mit anderen Netzbetreibern vor Beginn der Investition Risikoteilungsverträge schließt. Voraussetzung für den Netzausbau ist Planungssicherheit für den Investor in Bezug auf die Netzzugangsbedingungen nach Fertigstellung des Netzes. An der Wettbewerbssituation ist also durch die Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel nichts zu ändern.

Kommunen können bei der Förderung des Ausbaus der Breitbandinfrastruktur über das Problem der eigentlichen Lückenschließung des herkömmlichen Breitbandnetzes hinausgehen, in dem sie die Voraussetzungen für den späteren Anschluss an moderne Hochgeschwindigkeitsnetze verbessern. Das lässt sich etwa dergestalt bewerkstelligen, dass beim Bau von Leerrohren entsprechende Kapazitäten für Glasfaserkabel vorgesehen werden. Die regulatorischen Voraussetzungen für den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetze sind mit denen für den Ausbau der herkömmlichen Breitbandinfrastruktur in einer Reihe von Aspekten vergleichbar. Auch hier geht es – wie die Reform des europäischen Rechts- und Regulierungsrahmen für Telekommunikationsmärkte beweist - um Risk-Sharing-Konzepte und die wettbewerbsrechtliche Ermöglichung von Kooperation beim Bau der neuen Netze. Soweit es in Ballungsge-

bieten wirtschaftlich möglich ist, parallele Netzinfrastrukturen zu errichten, verschiebt sich dann die Regulierungsbedürftigkeit von der ex ante-Regulierung der §§ 30 ff. TKG zu einer ex-post-Kontrolle nach § 28 TKG.

Aus Sicht der Kommunen, die bisher bezüglich der herkömmlichen Breitbandinfrastruktur un- oder unterversorgt gewesen sind, eröffnen sich durch die öffentliche Förderung des Breitbandausbaus gute Chancen, schnell den Zugang auch zu neuen Hochgeschwindigkeitsnetzen zu erhalten. Denn durch den herkömmlichen Breitbandausbau können die Kosten, die dann zusätzlich für den Ausbau der neuen Netze anfallen, erheblich gesenkt werden.

10. Ausblick

Der Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum wirft ein Licht auf ein Regulierungsproblem, das gegenwärtig dringend der Lösung bedarf, nämlich der regionalen Differenzierung der Regulierung.¹⁴ Es wird immer sichtbarer, dass in Ballungsgebieten der Wettbewerb der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen immer stärker infrastrukturbasierter Wettbewerb ist. Die Zugangsregulierung verliert als Instrument der Erschließung des Marktes an Bedeutung. Das erlaubt es, die Regulierung auf diejenigen Gebiete zu fokussieren, wo Wettbewerb zwischen konkurrierenden Netzen aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist. Im Vereinigten Königreich und in Österreich werden bereits Konzepte der regionalen Differenzierung entwickelt und in die Tat umgesetzt. Für die Bewohner ländlicher Regionen bedeutet eine solche regionale Differenzierung, dass das Augenmerk der sektorspezifischen Regulierung auf diesen Regionen liegt. Hier ist durch Regulierung sicher zu stellen, dass sowohl optimale Anreize für den Netzausbau aber auch die optimale Nutzung der neu erstellten Netze gesetzt werden.

Gelingt der Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum mit Hilfe sowohl der finanziellen Förderprogramme als auch der hier vorgeschlagenen Verbesserungen des Rechts- und Regulierungsrahmens, und wird auf dieser Grundlage der Bau von Hochgeschwindigkeitsnetzen energisch vorangetrieben, hat Deutschland eine gute Chance, seine internationale Wettbewerbssituation entscheidend zu stärken. Das ist wichtig nicht nur für die Zeit nach der

¹⁴ Vgl. dazu das Konsultationspapier der Bundesnetzagentur zur Thematik einer regional differenzierten Regulierung; Amtsblatt der BNetzA Nr. 16/2008 vom 27. August 2008.

gegenwärtigen internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise, sondern für die Geschwindigkeit, mit der diese Krise in Deutschland überwunden werden kann.

Die internationale Krise hat deutlich gemacht, dass es nicht allein um die Stellung Deutschlands in Europa geht, sondern um seine Stellung in der Welt. Es sind insbesondere die Vereinigten Staaten von Amerika, Japan und Südkorea, die heute in Bezug auf ihre Kommunikationsinfrastruktur bei Hochgeschwindigkeitsnetzen über einen erheblichen Vorsprung gegenüber Deutschland verfügen. Diesen Vorsprung gilt es aufzuholen. Die Schließung der Lücke in der Versorgung des ländlichen Raums mit moderner Breitbandinfrastruktur ist dabei ein kleiner, aber ein wichtiger Schritt.

Kontakt:

Deutscher Städte- und Gemeindebund: Franz-Reinhard Habbel,
Pressesprecher, Tel.: 030/7 73 07-225,
Mail: franz-reinhard.habbel@dstgb.de