

Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen

ZUSAMMENFASSUNG

Auf dem Weg in die Gigabitgesellschaft muss in Deutschland in den nächsten Jahren flächendeckend ein Glasfasernetz errichtet werden. Das ist auf dem vollständig liberalisierten Telekommunikationsmarkt in erster Linie eine Aufgabe der miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen. Namentlich in den ländlichen Räumen wird ein eigenwirtschaftlicher Ausbau aber nicht (zeitnah) gelingen. Die Kommunen - insbesondere die Landkreise - engagieren sich daher unterstützt durch Fördermittel des Bundes und der Länder für den Breitbandausbau in den schwerer zu versorgenden Gebieten, stoßen dabei aber zunehmend an Grenzen:

- In vielen der geförderten Projekte kommt die Vektorring-Technologie zum Einsatz. Der Übergang zu der schon jetzt klar absehbar unverzichtbaren Glasfaser-Technologie wird neuen Förderbedarf auslösen.*
- Der Erfolg der laufenden Förderprogramme wird durch das „Rosinenpicken“ nicht zuletzt der Deutschen Telekom AG, aber auch anderer Unternehmen stark gefährdet. Es findet eine Zersplitterung statt, die die Versorgung der verbleibenden Gebiete deutlich verteuert, weil die Möglichkeit einer kreisweiten, in sich schlüssigen Planung und Finanzierung verloren geht. Auch technisch wird die Erschließung solcher isolierter Gebiete schwierig.*
- Die zur Förderung des Breitbandausbaus zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel sind begrenzt. Sie müssen daher effizient eingesetzt werden. Es ist deshalb nach Wegen zu suchen, wie die Kosten des Breitbandausbaus nach Möglichkeit reduziert werden können.*

Vor diesem Hintergrund schlägt der Deutsche Landkreistag als einen ersten, sehr schnell und ohne Änderung bestehender Gesetze realisierbaren Schritt vor, das Markterkundungsverfahren verbindlicher auszugestalten. In einem zweiten Schritt sollten die besonders schwer zu versorgenden Gebiete des ländlichen Raums identifiziert werden. In diesen Gebieten sollte das Recht (und damit einhergehend die Pflicht) zum Netzausbau im Sinne einer

Konzession zeitlich begrenzt und auf der Grundlage eines fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens jeweils nur einem Anbieter übertragen werden.

Markterkundungsverfahren verbindlich ausgestalten

Vor der Vergabe von Fördermitteln ist in einem Markterkundungsverfahren zu ermitteln, ob private Unternehmen innerhalb der nächsten drei Jahre einen eigenwirtschaftlichen Netzausbau im Fördergebiet planen. Für diejenigen Teile des Projektgebietes, für die entsprechende Ausbauplanungen vorliegen, entfällt die Förderfähigkeit.

Die im Rahmen des Markterkundungsverfahrens erfolgten Bekundungen der Unternehmen binden diese derzeit in keiner Weise. Ein Unternehmen, das einen eigenwirtschaftlichen Ausbau ankündigt, ist also nicht verpflichtet, diesen Ausbau auch tatsächlich zu realisieren. Unternehmen, die sich nicht am Markterkundungsverfahren beteiligt bzw. erklärt haben, nicht eigenwirtschaftlich ausbauen zu wollen, sind nicht gehindert, im Projektgebiet nachfolgend dennoch eigenwirtschaftlich aktiv zu werden.

Erfolgt ein angekündigter Ausbau nicht, führt dies zu Verzögerungen bei der Erschließung des in Rede stehenden Gebiets mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen. Der Ausbau kann sich verteuern, der Förderbedarf steigen.

Ebenso negativ kann es sich auswirken, wenn ein Unternehmen zunächst erklärt hat, nicht ausbauen zu wollen, um dann doch aktiv zu werden. Bereits erfolgte Ausbauplanungen werden hinfällig und müssen erneut durchgeführt werden, Förderanträge müssen ggf. neu gestellt werden, die Versorgung des verbleibenden Gebiets kann wegen des Wegfalls der Möglichkeit einer einheitlichen Kostentragung auch im Ausgleich wirtschaftlich lohnenderen Gebietsteilen mit weniger lohnenden finanziell aufwändiger sein. Ferner ist nicht ausgeschlossen, dass die Erschließung dieser Restgebiete aus technischen Gründen nur durch die Rosinen pickende Unternehmen erfolgen kann, welches damit gleichsam eine Garantie für die Bereitstellung von Fördermitteln erhält.

In den Bedingungen der Förderprogramme des Bundes und der Länder sollte daher vorgesehen werden, dass Ausbauankündigungen im Rahmen der Markterkundungsverfahren mit einer verbindlichen, konkreten „Meilenstein“-Planung unterlegt werden, wie dies die EU-Beihilfenleitlinien sowie die NGA-Rahmenrichtlinie des Bundes bereits ermöglichen.

Des Weiteren sollten die Förderrichtlinien so ausgestaltet werden, dass Unternehmen, die entgegen ihren Bekundungen im Markterkundungsverfahren eigenwirtschaftliche Ausbauaktivitäten entfalten, von der Vergabe von Fördermitteln generell ausgeschlossen sind. Rechtliche Bedenken gegen eine solche Beschränkung des Zugangs zu den Fördermitteln bestehen nicht. Den Fördermittelgebern muss es möglich sein, Unternehmen, deren Verhalten den Erfolg des Förderprogramms gefährdet, von der Förderung auszuschließen.

Netzkonzessionen ermöglichen

In einem zweiten Schritt sollten die rechtlichen Grundlagen dafür geschaffen werden, dass die Bundesnetzagentur (BNetzA) oder eine dazu ermächtigte kommunale Gebietskörperschaft in einem räumlich und hinsichtlich der bestehenden Netzinfrastruktur umrissenen Gebiet für einen begrenzten Zeitraum jeweils nur einem Anbieter das mit einer Ausbaupflichtung verbundene Recht zur Errichtung und zum Betrieb eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes einräumen kann.

Anknüpfungspunkt einer solchen Netzkonzession ist das telekommunikationsrechtliche Wegerecht, das nach § 68 TKG dem Bund zusteht. Bislang überträgt die BNetzA auf Antrag jedem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Nutzungsberechtigung an diesem Wegerecht, wenn er bestimmte fachliche Anforderungen erfüllt (§ 69 TKG).

Wir schlagen vor, dass die BNetzA nach einem festzulegenden Kriterienkatalog Gebiete identifiziert, in denen ein eigenwirtschaftlicher Netzausbau nicht zu erwarten ist. Für diese Gebiete wird das Wegerecht nicht mehr jedem Antragsteller übertragen. Vielmehr ist – vergleichbar zu § 46 Abs. 2 EnWG – vorzusehen, dass das Wegerecht auf der Grundlage eines fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zeitlich begrenzt nur einem Anbieter eingeräumt wird, der zugleich verpflichtet ist, ein entsprechendes Netz zu errichten und zu betreiben. Für im Konzessionsgebiet bereits existierende Netze anderer Anbieter sind unterschiedliche Lösungen vorstellbar. Entsprechend § 46 Abs. 2 EnWG könnte vorgesehen werden, dass die zu wirtschaftlich angemessenen Bedingungen an den Inhaber der Konzession übertragen bzw. verpachtet werden. Ggf. reicht es aber auch aus, existierende Netze für die Dauer der Konzession mit einem Ausbauverbot zu belegen. Die Vergabe der Netzkonzession könnte durch die BNetzA oder – alternativ auf der Grund-

lage einer entsprechenden Übertragung – durch die kommunale Gebietskörperschaft erfolgen, auf deren Gebiet der Ausbau erfolgen soll.

Dieser Vorschlag steht mit Art. 87f GG in Einklang. Eingriffe in die Grundrechte der Telekommunikationsunternehmen aus Art. 12 und 14 GG sind angesichts des überragenden öffentlichen Interesses an einem schnellen Netzausbau gerechtfertigt. Die Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts stehen der Vergabe des Wegerechts an nur einen Anbieter nicht entgegen.

Diese Vorschläge beruhen auf folgenden Überlegungen:

1. Die Liberalisierung der TK-Märkte im Jahr 1996 hat sich grundsätzlich sehr positiv auf die Entwicklung neuer Dienstleistungen zu günstigen Preisen ausgewirkt. Auch der nunmehr gebotene Übergang von kupferbasierten zu glasfaserbasierten Breitbandnetzen, die die Grundlage für die Gigabitgesellschaft der Zukunft darstellen, vollzieht sich weithin eigenwirtschaftlich. Das ist nicht zuletzt den Wettbewerbern des ehemaligen Monopolanbieters, der Deutschen Telekom AG, zu verdanken, die gezielt in den Glasfaserausbau investieren. Demgegenüber setzt die Telekom nach wie vor auf die Übergangstechnologie des Vectoring – und zwar selbst in den Nahbereichen rund um die Hauptverteiler, die an sich für den Einsatz von Glasfasern prädestiniert sind. Diese Strategie ist aus einer betriebswirtschaftlichen Sicht nachvollziehbar, da das Unternehmen über ein flächendeckendes, vollständig abgedecktes Kupfernetz verfügt, die Ertüchtigung dieses Netzes mit verhältnismäßig geringem finanziellen Aufwand verbunden ist und sich der aktuelle Breitbandbedarf der meisten Nachfrager auf diese Weise (noch) decken lässt.
2. Die Erfahrung hat allerdings auch gezeigt, dass sich außerhalb der Ballungsgebiete die Errichtung hochleistungsfähiger Breitbandnetze nur sehr zögerlich vollzieht. Das beruht vor allem darauf, dass größere Entfernungen und eine geringere Bevölkerungsdichte die Kosten für den Infrastrukturausbau in den ländlichen Räumen deutlich nach oben treiben. Das gilt nicht nur für die Errichtung von Glasfasernetzen, die bis an die Gebäude (FTTB) bzw. bis in die Wohnungen (FFTH) der Endverbraucher reichen. Auch der Einsatz von Vectoring setzt voraus, dass die sog. Kabelverzweiger (KVz) mit Glasfaserleitungen erschlossen werden (FTTC). Da sich mit dieser Technologie eine Verbesserung der Leistungsfähigkeit des Kupfernetzes nur in einem relativ engen Radius rund um einen KVz erreichen lässt, machen es die in den ländlichen Räumen zu überwindenden Entfernungen ggf. erforderlich, weitere solcher Verteilerstellen zu errichten, um Übertragungsraten von 50 Mbit/s (oder mehr) auf der „letzten Meile“ zu gewährleisten. Eine

eigenwirtschaftliche Versorgung der ländlichen Räume mit hochleistungsfähigen Breitbandnetzen ist daher nicht überall zu erwarten.

3. Da die Verfügbarkeit solcher Netze einen wichtigen Standortfaktor darstellt und Voraussetzung der Zukunftsfähigkeit der ländlichen Räume ist, engagieren sich mittlerweile zahlreiche Kommunen – und namentlich die Landkreise – für den Breitbandausbau in ihrem Gebiet. Das kommunale Engagement für den Breitbandausbau unterscheidet sich dabei in mancher Hinsicht von eigenwirtschaftlichen Ausbauintiativen der Unternehmen. Folgende Aspekte sind insoweit zu berücksichtigen:
 - a) Kommunen geht es bei ihren Investitionen in den Breitbandausbau nicht darum, Gewinne aus dem Betrieb entsprechender Netze zu ziehen. Sie haben vielmehr vor allem andere Effekte (Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit und der Wirtschaftskraft vor Ort, Anstieg der Beschäftigung; Teilhabe; Anbindung Bildungs- und sonstiger öffentlicher Einrichtungen etc.) im Blick und sind deshalb auch in solchen Gebieten zu Investitionen bereit, in denen private Unternehmen nicht ausbauen würden. Hinzu kommt, dass Kommunen in der Lage sind, Investitionen über längere Zeiträume abzuschreiben. Das wirkt sich positiv auf die Finanzierungsbedingungen aus.
 - b) Diese anderen Rahmenbedingungen haben auch Folgen für die Wahl der Infrastruktur: Während es aus einer privatwirtschaftlichen Sicht rational sein kann, zunächst nur in Technologien wie Vectoring zu investieren, ist es das Anliegen von Kommunen, sich auf längere Sicht als Standort für Gewerbetreibende oder als attraktiver Wohnort zu positionieren. Das gelingt besonders gut, wenn bereits heute eine zukunftsfähige Infrastruktur wie ein Glasfasernetz angeboten werden kann. Unternehmen wie Private können sich dann im Rahmen ihrer Standortwahl darauf verlassen, sich nicht an einem Ort niederzulassen bzw. dort zu bleiben, wo ihnen die Gefahr droht, von der digitalen Entwicklung „abgehängt“ zu werden. Die praktische Erfahrung bestätigt diese theoretisch plausible Annahme: Landkreise, die sich für das sog. Betreibermodell entscheiden, also in eigene, passive Infrastrukturen investieren, setzen in der Regel auf Glasfasernetze bis in die Häuser.
 - c) Als besonders vorteilhaft erweist sich ein kreisweites, gemeindeübergreifendes Vorgehen. Die damit einhergehende Vergrößerung des Versorgungsgebiets erlaubt einen Ausgleich zwischen wirtschaftlich attraktiveren und unattraktiveren Gebieten. Auf diese Weise ist es daher möglich, auch Gebiete, deren isolierte Versorgung für die
- einzelne Kommune nicht mehr zu tragbaren Bedingungen realisierbar wäre, an das Netz anzuschließen. Tatsächlich hat sich mittlerweile in nahezu allen Bundesländern die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Landkreisebene für den Breitbandausbau prädestiniert ist.
4. Der Bund und die Länder unterstützen den Breitbandausbau in ländlichen Räumen durch Förderprogramme. Im Rahmen der Abwicklung dieser Förderprogramme hat sich eine Entwicklung gezeigt, vor der der Deutsche Landkreistag und andere schon sehr früh gewarnt haben: Das sog. Rosinenpicken durch private TK-Unternehmen, wobei namentlich die Deutsche Telekom AG eine Rolle spielt. Der Ablauf ist dabei im Grunde immer derselbe: Die Förderprogramme des Bundes und der Länder sehen entsprechend den beihilferechtlichen Vorgaben der EU die Durchführung sog. Markterkundungsverfahren vor. Im Rahmen dieser Verfahren sind die Unternehmen aufgefordert mitzuteilen, ob sie planen, innerhalb der nächsten drei Jahre in einem räumlich näher umrissenen Fördergebiet – häufig die Fläche eines ganzen Landkreises – eigenwirtschaftlich (also ohne Inanspruchnahme von Fördermitteln) hochleistungsfähige Breitbandinfrastrukturen zu errichten. Für die Teile des in den Blick genommenen Fördergebiets, für die solche Ausbauzusagen vorliegen, entfällt die Förderfähigkeit.

In den letzten Monaten war nahezu flächendeckend zu beobachten, dass namentlich die Telekom sich nicht an den Markterkundungsverfahren beteiligt hat. Für die Beantragung von Fördermitteln beim Bund und den Ländern war daher davon auszugehen, dass ein eigenwirtschaftlicher Ausbau im Fördergebiet nicht erfolgt. Die Höhe der benötigten Fördermittel wurde auf dieser Grundlage ermittelt und entsprechend durch den Bund/die Länder bewilligt. In dem Augenblick, in dem damit der Startschuss zur Abwicklung des geförderten Projektes gegeben werden sollte, meldet sich die Telekom (oder ein anderes Unternehmen) – in der Regel öffentlichkeitswirksam – zu Wort und kündigt an, nun doch einen Teil des Fördergebietes eigenwirtschaftlich ausbauen zu wollen. Eine solche Ankündigung kann verschiedene Folgen zeitigen:

 - a) In tatsächlicher Hinsicht kann eine solche „Ausbauandrohung“ andere TK-Anbieter davon abhalten, sich an der Ausschreibung des Förderprojektes zu beteiligen. Ggf. wird sich überhaupt kein Unternehmen finden, das bereit ist, sich für das Projekt zu engagieren.
 - b) In rechtlicher Hinsicht kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Ankündigung bekannt wird. Liegt noch kein Förderbescheid vor, wird

der Fördergeber die veränderte Sachlage im Rahmen seiner Prüfung berücksichtigen müssen. Die Gebiete, die von der Ausbauzusage umfasst sind, dürfen nicht mehr gefördert werden. Wenn es sich insoweit nicht nur um ganz punktuelle Bereiche handelt, dürfte die wirtschaftliche Gesamtkalkulation ins Wanken geraten, zumal sich das „Rosinenpicken“ gerade auf die wirtschaftlich einigermaßen attraktiven Gebiete bezieht. Damit entfällt die Grundlage für die oben erwähnte Gesamtbetrachtung. Dem Fördergeber bleibt in einer solchen Situation nur, den Antrag abzulehnen. Die antragstellende Körperschaft hat zwar die Möglichkeit, einen neuen Antrag auf den Weg zu bringen, der sich auf diejenigen Gebiete bezieht, die keine „Rosinen“ darstellen. Insoweit ist aber zu bedenken, dass die Fördermittel derzeit nahezu ausgeschöpft sind, und vor allem, dass das nicht eigenwirtschaftlich ausgebaute „Restgebiet“ in der Regel so zersplittert sein wird, dass eine isolierte Versorgung der verbleibenden Anschlüsse mit hochleistungsfähigem Breitband einen höheren finanziellen Aufwand bedeuten wird, als ursprünglich für das gesamte Projektgebiet kalkuliert wurde. Darüber hinaus ist es in vielen Fällen so, dass das „Restgebiet“ aus technischen Gründen nur von demjenigen Unternehmen ausgebaut werden kann, das die „Rosinen gepickt hat“. Die eigenwirtschaftlichen Investitionen würden sich als quasi mit einer Garantie auf weitere Fördermittel verbinden.

c) Für den Fall, dass bereits ein Förderbescheid vorliegt, hat das BMVI angekündigt, dessen Bestand nicht zu hinterfragen. Es bleibt dann aber dabei, dass es schwierig bzw. unmöglich sein wird, ein Wettbewerbsunternehmen zu finden, das bereit ist, im Schatten der Ausbauankündigung des Marktbeherrschers in das Projekt investieren zu wollen.

5. Ein solches Verhalten ist für das marktbeherrschende Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll und liegt daher nahe: Die Telekom kann mit den vergleichsweise geringen Investitionen, die notwendig sind, ihr überall vorhandenes, unter Monopolbedingungen errichtetes und ihr im Zuge der Privatisierung kostenfrei überlassenes Kupfernetz durch Vectoring aufzurüsten, zunächst so viel Nachfrage an sich binden, dass ein nachfolgendes Unternehmen keine Chance mehr hat, seine Markteintrittskosten zu decken.

Aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive hat ein solches Verhalten dagegen eine Reihe gravierender negativer Folgen:

- a) Günstige und schnell realisierbare Ausbauvarianten (wie Vectoring) werden zugunsten zukunftsicherer Technologien (Glasfaser) bevorzugt.
 - b) Anreize, diese weniger leistungsfähigeren Infrastrukturen zu einem späteren Zeitpunkt „upzupgraden“, sind kaum vorhanden, da bereits die Erstinvestition nicht unter betriebswirtschaftlichem Kalkül erfolgte, sondern unter der Prämisse, Wettbewerber außen vorzuhalten.
 - c) Zugleich werden damit Markteintrittsbarrieren geschaffen, die einen späteren Ausbau durch alternative Anbieter unrentabel machen.
6. Das BMVI hat erkannt, dass das beschriebene Verhalten der Telekom (und anderer Unternehmen) eine ernste Gefahr für den Erfolg des Förderprogramms darstellt. Es ist daher versucht worden, die Telekom im Rahmen einer Absprache zu einer Abkehr zu bewegen. In dieser Vereinbarung erklärt sich die Telekom bereit, eigenwirtschaftliche Ausbauvorhaben künftig im Rahmen von Markterkundungsverfahren anzukündigen. Für Ausbauankündigungen, die in der Vergangenheit nach Abschluss eines Markterkundungsverfahrens erfolgten, gilt ein „Wahlrecht“ der betroffenen Landkreise. Diese können das Angebot der Telekom für den angekündigten eigenwirtschaftlichen Ausbau annehmen oder das Fördergebiet wie bewilligt in die Ausschreibung geben. Im letzteren Fall wird sich die Telekom ihrerseits an der Ausschreibung beteiligen. Sollte sie nicht den Zuschlag erhalten, wird sie nach der Veröffentlichung der Ergebnisse „auf Basis einer ergebnisoffenen Neubewertung über einen eigenwirtschaftlichen Ausbau (also die Umsetzung der Nachmeldungen) entscheiden“.
7. Diese Vereinbarung wird – selbst wenn sie strikt beachtet werden sollte – die geschilderten Probleme für den Breitbandausbau in ländlichen Räumen nicht lösen können. Die Ankündigung, sich an den Markterkundungsverfahren beteiligen zu wollen, sorgt zwar insoweit für ein höheres Maß an Planbarkeit, als dann von vorneherein klar ist, in welchen Gebieten nach den derzeit gültigen Förderbedingungen überhaupt eine Förderung zulässig ist. Das ändert aber nichts daran, dass solche Ausbauankündigungen sich regelmäßig nur auf die wirtschaftlich attraktiveren Gebiete beziehen werden. Es bleibt also bei einer Form des „Rosinenpickens“ mit den beschriebenen Folgen:
- a) Die Förderung des „Restgebiets“ verursacht einen höheren Aufwand, weil Quersubventionierungen nicht möglich sind.

- b) Das Restgebiet kann so zersplittert sein, dass die Erschließung aus technischen Gründen nur noch einem Unternehmen möglich ist, das damit eine Garantie auf Förderung erhält.
- c) Für den „Incumbent“ besteht als First-Mover (s. o.) kein Anreiz, in Glasfaser zu investieren; ein Ausbau mit Vectoring lässt aber einen (geförderten) Glasfaserausbau nicht zu, weil dann kein weißer Fleck mehr vorliegt. Ein eigenwirtschaftliches Upgrade wird es nicht geben.

Hinzukommt, dass diese Vereinbarung keinerlei rechtliche Verbindlichkeit hat. Die Telekom ist also nicht gehindert, wie gehabt zu verfahren. Im Übrigen erzeugt selbst die im Rahmen einer Markterkundung abgegebene Ausbauankündigung keine Bindungswirkung: Die förderwillige Kommune darf also einerseits nicht fördern, sie hat andererseits aber keine Möglichkeit, den angekündigten Ausbau auch einzufordern. Ggf. kann auf diese Weise wertvolle Zeit vertan werden. Auf die strategischen Möglichkeiten, die ein solches Verhalten für den „Incumbent“ eröffnet, sei hier nur hingewiesen.

- 8. Vor diesem Hintergrund gilt es, den Blick auf neue Ansätze für den Breitbandausbau im ländlichen Raum zu richten. Diskutiert werden dazu gegenwärtig vor allem zwei Vorschläge:
 - a) Eine verbindlichere Ausgestaltung des Markterkundungsverfahrens sowie
 - b) die Einräumung eines Ausschließlichkeitsrechts auf der Ebene der Infrastruktur.
- 9. Was eine rechtlich verbindlichere Ausgestaltung des Markterkundungsverfahrens angeht, so sind zwei Aspekte zu unterscheiden.

Zum einen geht es um die derzeit – wie erwähnt – fehlende Verbindlichkeit einer erfolgten Ausbauankündigung. Insoweit ist allerdings eine Lösung bereits in den „Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“ (ABl. EU 2013/C25/1) angelegt. Deren Rn. 65 lässt den Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Unternehmen zu. Werden bestimmte „Meilensteine“ des Ausbaus nicht fristgerecht umgesetzt, wird eine Förderung (wieder) zulässig. Die NGA-Rahmenregelung des Bundes vom 15.6.2015 hat diese Regelung in § 4 Abs. 10 aufgenommen; in die dem aktuellen Bundesprogramm zugrundeliegende Förderrichtlinie hat diese Klausel aber keinen Eingang gefunden. Das ließe sich indes unschwer ändern.

Anders stellt sich die Lage im Hinblick auf die Folgen einer im Rahmen des Markterkundungsverfahrens unterbliebenen Ausbauankündigung dar. Zu diesem Fall verhalten sich die erwähnten EU-Leitlinien nicht. Ihnen lässt sich insbesondere nicht entnehmen, dass eine unterbliebene Ausbauankündigung einer „Ausbau Sperre“ gleichkommt, das private Unternehmen also gehindert ist, im Fördergebiet eigenwirtschaftlich tätig zu werden.

Ein solches Ausbauverbot ließe sich auf der Grundlage des Beihilfenrechts wohl auch nicht statuieren. Das Beihilfenrecht geht von einem Vorrang privater Investitionen aus. Das Markterkundungsverfahren dient daher dazu, „sicherzustellen, dass der staatliche Eingriff nicht private Investitionen hemmt“ (Rn. 63 der EU-Leitlinien).

Andererseits dürfte das europäische Beihilfenrecht einer nationalen Regelung, die das Ergebnis einer Markterkundung auch in dieser Hinsicht für verbindlich erklärt, nicht entgegenstehen. Mit der Durchführung der Markterkundung ist der Zweck, den Vorrang privater Investitionen zu sichern, erreicht. Unternehmen, die ihre Ausbauabsichten geäußert haben, haben die Gewähr, dass ihre Planungen nicht durch staatlich geförderte Maßnahmen anderer Anbieter (oder durch eigene Netze der Gebietskörperschaften) unterminiert werden. Wenn ein Unternehmen freiwillig auf diesen Schutz verzichtet, verdient es im weiteren Verlauf auch keinen Schutz mehr bzw. muss dieser Schutz in der Abwägung mit anderen Gesichtspunkten zurücktreten. Wie nicht zuletzt die EU-Kommission wiederholt betont hat, besteht ein hohes öffentliches Interesse an einer flächendeckenden Breitbandversorgung auch der ländlichen Räume. Nur deshalb ist es gerechtfertigt, Beihilfen zu zahlen. Die Breitbanderschließung ist ein sowohl in technischer wie wirtschaftlicher Hinsicht komplexer Vorgang. Allein die Erarbeitung eines Ausbaukonzepts für einen gesamten Landkreis erfordert einen erheblichen Aufwand, der – seinerseits häufig aus Mitteln des Bundes und der Länder gefördert – durch nachträgliche Ausbauaktivitäten hinfällig werden kann. Vor allem aber gefährden solche punktuellen Ausbauten aus den schon mehrfach genannten Gründen eine wirklich flächendeckende Erschließung bzw. bewirken, dass am Ende nur ein Unternehmen die Förderung erhalten kann. Beides kann nicht im Sinne des Beihilfenrechts sein.

Seitens des Deutschen Landkreistags schlagen wir daher vor, die Förderbedingungen des Bundes um Regelungen zu ergänzen, wonach Unternehmen von der Vergabe von Fördermitteln ausgeschlossen werden können, wenn sie – ggf. wiederholt – nach Abschluss eines Markterkundungsverfahrens eigenwirtschaftliche Ausbauvorhaben durchführen. Die betref-

fenden Unternehmen wären rechtlich nicht an einem solchen Ausbau gehindert, würden aber riskieren, künftig bei der Vergabe von Fördermitteln nicht mehr zum Zuge zu kommen. Durchgreifende (verfassungs-)rechtliche Bedenken bestehen u. E. nicht:

- a) Allerdings ist der Bund – wie jeder Fördergeber – bei der Vergabe von Fördermitteln an den Gleichheitssatz und das Willkürverbot gebunden. Von einer Ungleichbehandlung wäre indes nur auszugehen, wenn einzelnen Unternehmen bei der Vergabe von Fördermitteln diskriminiert werden. Da wäre nicht der Fall, wenn alle Unternehmen der vorgeschlagenen Regelung unterfallen würden. Auch das Willkürverbot ist nicht verletzt. Es ist nicht willkürlich, Unternehmen den Zugang zu Fördermitteln zu verwehren, wenn diese sich in der Vergangenheit – ggf. wiederholt – nicht an die Förderbedingungen gehalten haben und damit den Erfolg des gesamten Förderprogramms in Frage stellen. Ein solch destruktives Verhalten muss der Fördergeber nicht sehenden Auges hinnehmen (ähnliches gilt bspw. auch im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, das ebenfalls den Ausschuss von Bietern zulässt, die sich kartell-/vergaberechtswidrig verhalten haben). Eine Verletzung des Willkürverbotes liegt nur dann vor, wenn die maßgeblichen Kriterien unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen. Davon kann angesichts der beschriebenen Gefahren für den flächendeckenden Breitbandausbau nicht ausgegangen werden.
- b) Auch sonstiges Verfassungsrecht ist nicht tangiert. Das gilt namentlich für das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Die Vergabe von Subventionen ist nur dann am Maßstab dieses Grundrechts zu messen, wenn sie eine berufsregelnde Tendenz aufweisen. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn einzelne Unternehmen, die mit anderen Anbietern im Wettbewerb stehen, gezielt gefördert werden und es so zu einer Wettbewerbsverzerrung kommt. Eine solche Fallgestaltung würde hier aber nicht vorliegen. Die vorgeschlagene Regelung würde lediglich die Ausgestaltung des Verfahrens betreffen, in dessen Rahmen die Auswahl der zu fördernden Unternehmen erfolgt. Sie würde daher für alle Anbieter gleichermaßen gelten und kein

Unternehmen (gezielt) diskriminieren. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Unternehmen, die sich dieser Regelung nicht unterwerfen wollen, selbstverständlich nicht daran gehindert sind, eigenwirtschaftlich auszubauen. Ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit wird also nicht beschränkt. Im Übrigen gilt: Selbst wenn man von einer berufsregelnden Tendenz ausgehen wollte, wäre ein solcher Eingriff angesichts des überragenden öffentlichen Interesses am Breitbandausbau gerechtfertigt.

10. Deutlich komplexer und ambitionierter ist der Vorschlag, einzelnen Anbietern in bestimmten, abgegrenzten Gebieten des ländlichen Raums ein Ausschließlichkeitsrecht für die Errichtung einer Breitbandinfrastruktur einzuräumen. Derartige Ausschließlichkeitsrechte sind in einem vollständig liberalisierten Markt stets kritisch zu bewerten, allerdings auch nicht von vornherein ausgeschlossen. Das zeigt zum einen die gerade vom VG Köln bestätigte Entscheidung der BNetzA, der Telekom unter bestimmten Voraussetzungen ein ausschließliches Recht zum Einsatz der Vectoring-Technologie in den Nahbereichen einzuräumen. Auch das Kooperationsmodell, wie es in die EU-Kommission als Art. 74 des Entwurfs des TK-Kodex vorschlägt, läuft darauf hinaus, Wettbewerber unter bestimmten Voraussetzungen auszuschließen. In beiden Fällen werden die jeweils unvermeidlichen Beschränkungen des Wettbewerbs mit der Notwendigkeit einer Förderung des Breitbandausbaus begründet. Ganz auf dieser Linie liegt es, wenn im Folgenden vorgeschlagen wird, in aus wirtschaftlichen Gründen schwer zu versorgenden Gebieten des ländlichen Raums jeweils nur einem Unternehmen/Anbieter das zeitlich und räumlich begrenzte Recht zu gewähren, eine glasfaserbasierte Breitbandinfrastruktur zu errichten und zu betreiben bzw. betreiben zu lassen. Der Vorschlag orientiert sich dabei an § 46 Abs. 2 EnWG, knüpft wie diese Vorschrift also an den Wegerechten an, da die Benutzung der Verkehrswege eine unverzichtbare Voraussetzung für die Errichtung eines flächendeckenden Telekommunikationsnetzes ist.

Gemäß § 46 Abs. 2 EnWG können die Gemeinden mit Energieversorgungsunternehmen Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen schließen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Solche „Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung“ zeichnen sich dadurch aus, dass sie von ihrer Dimensionierung her nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für

die Versorgung jedes Letztverbrauchers offenstehen. Diese Verträge beziehen sich also nicht auf einzelne konkrete Leitungen, sie sind vielmehr auf das Gebiet einer Kommune bezogen. Sie werden als „Konzessionsverträge“ bezeichnet und gewähren ein ausschließliches Recht zur Errichtung eines entsprechenden Netzes, nicht aber zur Versorgung der Letztverbraucher. Der Konzessionsnehmer ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ein Netz zu errichten. Die „Konzessionen“ müssen regelmäßig neu ausgeschrieben werden; kommt es zu einem Wechsel des Konzessionsnehmers, muss der bisherige dem neuen Konzessionär das Netz zu wirtschaftlich angemessenen Bedingungen übereignen, wahlweise verpachten.

Dieses Modell lässt sich auch auf Breitbandnetze übertragen, wobei folgende Gesichtspunkte zu beachten sind:

- a) Das telekommunikationsrechtliche Wegerecht liegt gem. § 68 Abs. 1 TKG derzeit beim Bund, der es durch die BNetzA auf schriftlichen Antrag an die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze überträgt (§ 69 Abs. 1 TKG). Das Wegerecht kann räumlich begrenzt übertragen werden; es kommt aber auch eine bundesweite Übertragung in Betracht, was namentlich bei der Telekom der Fall sein soll. Auf die Übertragung des Wegerechts besteht ein Anspruch iS eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Der Anspruch hängt davon ab, dass der Antragsteller nachweislich fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig ist, Telekommunikationslinien zu errichten. Außerdem muss die Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG vereinbar sein.
- b) Zur Verwirklichung des vorgeschlagenen Modells müssten diese Vorschriften geändert werden. Das TKG sieht nicht vor, das Wegerecht des Bundes in einem bestimmten räumlich umgrenzten (Konzessions-)gebiet an nur einen Nutzungsberechtigten zu übertragen, wie das nach § 46 Abs. 2 EnWG der Fall ist.
- c) Die damit notwendige Änderung des § 69 Abs. 2 TKG könnte wie folgt aussehen:

Die BNetzA muss im Rahmen einer Marktanalyse feststellen, in welchen räumlich umgrenzten Teilmärkten der Bundesrepublik ein zeitnahe eigenwirtschaftlicher Aufbau von glasfaserbasierten Infrastrukturen nicht zu erwarten ist

Für diese räumlich umgrenzten Gebiete wird das Wegerecht nicht mehr nach dem bisherigen Verfahren vergeben; bereits erteilte Nutzungsberechtigungen müssten ggf. widerrufen werden.

Die Nutzungsberechtigung („Konzession“) für die einzelnen Gebiete wird seitens der BNetzA in einem fairen und diskriminierungsfreien Verfahren vergeben. Nach welchen Kriterien diese Vergabe erfolgen könnte, wäre noch im Einzelnen zu klären. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verleihung eines solchen Ausschließlichkeitsrecht die Notwendigkeit einer Förderung des Glasfaserausbaus nicht entfallen lässt, wäre zu überlegen, wie beide Verfahren miteinander verknüpft werden (etwa Vergabe an denjenigen Bewerber, der den geringsten Förderbedarf geltend macht). In jedem Fall ist allerdings damit zu rechnen, dass das vorgeschlagene Modell den Förderbedarf reduzieren wird.

Der Konzessionsnehmer wird verpflichtet, ein Netz der allgemeinen Versorgung zu errichten. Er kann dieses Netz entweder selbst betreiben oder – wiederum im Wege der Ausschreibung – einen Betreiber dafür suchen.

Die Konzession ist zeitlich zu befristen und muss in regelmäßigen Abständen neu vergeben werden.

Der Konzessionsnehmer ist verpflichtet, alle Letztverbraucher in dem jeweiligen Gebiet innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens mit Glasfaseranschlüssen zu versorgen.

Für die in dem jeweiligen Konzessionsgebiet bereits bestehende Netze bieten sich unterschiedliche Lösungen an. Entsprechend § 46 Abs. 2 EnWG könnten deren Inhaber verpflichtet werden, ihr Netz zu wirtschaftlich angemessenen Bedingungen an den Konzessionär zu übereignen oder zu verpachten. Ggf. reicht es aber auch aus, bestehende Netze für die Dauer der Konzession mit einem Ausbauverbot zu belegen.

- d) Die BNetzA – und nicht etwa kommunale Stellen oder Behörden der Länder – mit den vorstehend umrissenen Aufgaben zu betrauen, hat eine Reihe von Vorzügen:

Diese Behörde verfügt über das notwendige Fachwissen, um die Gebiete zu identifizieren, in denen ohne einen Eingriff in den Wettbewerb auf Infrastrukturebene ein zeitnaher Glasfaserausbau nicht zu erwarten ist.

In diesem Modell bleibt es dabei, dass der Bund Inhaber des telekommunikationsrechtlichen Wegerechts für sämtliche Verkehrswege ist. Das entspricht nicht nur deutscher Rechts-tradition und steht im Einklang mit dem Gewährleistungsauftrag des Bundes nach Art. 87f Abs. 1 GG. Es erlaubt vielmehr auch den sinnvollen Zuschnitt von Konzessionsgebieten, ohne dass es auf die Frage ankommt, wem das Wegerecht an den jeweils in Rede stehenden öffentlichen Verkehrswegen (Bundes-, Landes-, Kreis-, Gemeindestraßen) konkret zusteht.

Zu bedenken ist ferner, dass Art. 87f Abs. 2 Satz 2 GG die Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben im Bereich der Telekommunikation bundeseigener Verwaltung vorbehält. Es ist nicht auszuschließen, dass die Vergabe der beschriebenen Konzessionen als hoheitliche Aufgabe anzusehen ist. Wenn das so ist, wäre eine Übertragung dieser Aufgabe auf die Länder oder Kommunen wohl nur nach einer Änderung des Art. 87f Abs. 2 Satz 2 GG möglich.

Diese Lösung entkräftet von vornherein den zu erwartenden Vorwurf, die Kommunen würden ihre eigenen Unternehmen bei der Konzessionsvergabe bevorzugen.

- e) Ungeachtet dieser Überlegungen käme aber auch eine Konzessionsvergabe durch kommunale Gebietskörperschaften in Betracht.

Auch in einem solchen Fall liegt es allerdings nahe, der BNetzA die Aufgabe zuzuweisen, die in Frage kommende Gebiete zu identifizieren.

Um in sich geschlossene Konzessionsgebiete zu ermöglichen, ohne dass im Einzelnen geklärt werden müsste, wer Inhaber des Wegerechts ist, könnte es auch in diesem Modell

dabei bleiben, dass der Bund Inhaber des telekommunikationsrechtlichen Wegerechts an allen Verkehrswegen ist. Die BNetzA könnte die Befugnis zur Vergabe der Konzession an die jeweils in Betracht kommende kommunale Gebietskörperschaft übertragen.

- f) Verfassungs- oder europarechtliche Bedenken stehen einem solchen Konzessionsmodell nicht entgegen.

Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG wird nicht tangiert. Das gilt ohne Weiteres, wenn Konzessionsnehmer ein privates Unternehmen ist. Kommunale Einrichtungen dürfen sich um eine Konzession für die Errichtung des Netzes bewerben, müssten allerdings – wenn sie nicht ihrerseits in privater Rechtsform organisiert sind – den Betrieb des Netzes einem Privaten überlassen.

Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liegt vor, ist angesichts der überragenden Bedeutung des Netzausbaus aber gerechtfertigt. Das gilt auch mit Blick auf die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die ggf. ihr bisheriges Wegerecht verlieren.

Soweit diese infolgedessen ihre Netze an den (Neu-)Konzessionär übertragen müssten, liegt zwar ein Eingriff in Art. 14 GG vor. Es handelt sich allerdings nicht um eine Enteignung, sondern nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums. Dass die Übertragung/Verpachtung zu wirtschaftlichen angemessenen Bedingungen erfolgen muss, mindert die Eingriffsintensität. Dieser Eingriff lässt sich – wie derjenige in Art. 12 Abs. 1 GG – durch das überragende öffentliche Interesse an einem Netzausbau rechtfertigen.

Das Unionsrecht verlangt lediglich eine diskriminierungsfreie Einräumung von Wegerechten. Damit ist es vereinbar, dass Wegerecht auch nur an einen Betreiber zu vergeben, wenn dieser in einem fairen Verfahren ausgewählt wurde und wenn die Vergabe nur zeitlich befristet erfolgt.

Berlin, den 20.6.2017