

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

1/2022

S. 1 – 64

19. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert

Geschäftsführender

Herausgeber
Christian Koenig

Schriftleitung

Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|----|
| ■ | <i>Cara Schwarz-Schilling</i>
Neues TKG in Kraft: Was steht an? | 1 |
| ■ | <i>Robert Klotz/Michael Hofmann</i>
Entwicklungen des Unionsrechts
in den Netzwirtschaften im Jahr 2021 | 2 |
| ■ | <i>Knut Werner Lange/Nora Hofmann</i>
Nutzung von Flexibilitätspotentialen
auf Verteilernetzebene nach der Reform
des EnWG vom Juli 2021 | 13 |
| ■ | <i>Lorenz Nett/Bernd Sörries/Konrad Zoz</i>
Eine anreizökonomische Analyse
des neuen Universaldienstregimes zur Versorgung
mit schnellem Internet in Deutschland | 19 |
| ■ | <i>Valentine Lemonnier/Axel Kallmayer</i>
Wassergebühren ohne Missbrauchskontrolle –
kann das gutgehen? | 28 |
| ■ | <i>Christoph Enaux/Lucas Wüsthof</i>
Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 18. November 2021 – Az. I ZR 106/20 | 43 |
| ■ | <i>Sebastian Louven</i>
Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf
vom 22. September 2021 – Az. VI-Kart 5/20 (V) | 59 |
| ■ | <i>Marc Schütze</i>
Zu guter Letzt ... quo vadis
Telekommunikationsregulierung? | 63 |

Dr. Lorenz Nett, Dr. Bernd Sörries und Konrad Zoz*

Eine anreizökonomische Analyse des neuen Universaldienstregimes zur Versorgung mit schnellem Internet in Deutschland

Universaldienst mit Bezug auf schnelles Internet zur Gewährleistung der sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe wird in naher Zukunft gemäß den rechtlichen Vorgaben des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes in Deutschland verfügbar sein. Bei der Festlegung des konkreten Universaldienstregimes ist darauf zu achten, dass es mit dem eigenwirtschaftlichen Ausbau und dem geförderten Breitbandausbau anreizverträglich ist, so dass der eigenwirtschaftliche Ausbau und die Inanspruchnahme der Förderprogramme vorrangig erfolgen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, welche Erfahrungen im europäischen Ausland vorliegen und dass insbesondere von einem Universaldienst, der über einen Glasfaserausbau bis zu den Kabelverzweigern („Fiber To The Cabinet/Curb“, FTTC) und schnellen Mobilfunk nach den Standards LTE/5G realisiert wird, keine negativen Anreize ausgehen.

I. Einleitung

Nach dem im Frühjahr 2021 verabschiedeten neuen TKG¹ haben die Bürger der Bundesrepublik Deutschland seit Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Dezember 2021 einen Anspruch auf schnelles Internet. Dieser Anspruch soll dann greifen, wenn eine Versorgung der Bürger mit hinreichend leistungsfähigen Anschlüssen über den Markt oder über Förderprogramme nicht zu erwarten ist. Insofern soll das Recht auf schnelles Internet auch diese Ausbauinstrumente nicht verdrängen, mithin also anreizkompatibel sein. Mit den entsprechenden Regelungen (§§ 156 bis 163 TKG) wird der neuzufassende Universaldienst der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) in nationales Recht umgesetzt. Der Anspruch auf schnelles Internet bzw. das neue Universaldienstkonzept verfolgen das grundsätzliche Ziel, dass alle Bürger über einen hinreichend leistungsfähigen Internetanschluss verfügen. Angestrebt wird somit nicht eine Versorgung mit Breitbandanschlüssen auf maximal möglichem Niveau, sondern die Ermöglichung der sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe. Der Universaldienst nimmt demzufolge die Haushalte in den Fokus, die weder über den eigenwirtschaftlichen Ausbau noch über den geförderten Breitbandausbau mit hinreichend leistungsfähigen Breitbandanschlüssen versorgt werden. Insofern könnte es über das neue Universaldienstregime zu einer Schließung aktueller Lücken in der Breitbandversorgung kommen. Da das Universaldienstkonzept vom Grundsatz her technologieneutral ist, gibt es auf Ebene des Gesetzes keine Präferenz hinsichtlich leitungsgebundener oder drahtloser Breitbandanbindungen. Voraussetzung ist jedoch, dass die technischen Parameter eines Universaldienstanschlusses, die noch festzusetzen sind, durch die gewählte Anschluss-technologie erfüllt werden können.

Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes wird es nun darum gehen, die Leistungsparameter des neuen Universaldienstes festzulegen, die geeignet sind, die in Anhang V des Kommunikationskodex spezifizierten Dienste und diejenigen, die zusätzlich im neuen TKG angeführt sind, wie beispielsweise Telearbeit, technisch umzusetzen. Im Rahmen der Debatten im Deutschen Bundestag äußerten Marktteilnehmer dabei die Befürchtung, dass ein zu ambitioniert ausgestalteter Universaldienst eigenwirtschaftliche und geförderte Ausbauprojekte verzögern oder gänzlich verdrängen könnte.² Von der Ausgestaltung des

Universaldienstes hänge insoweit auch der künftige Erfolg des weiteren Gigabit-Ausbau ab. Verbraucherschützer dagegen kritisierten, dass ohne die gesetzliche Festlegung einer Mindestbandbreite der neue Universaldienst keine Verbesserung für die betroffenen Haushalte brächte.³ Zur Ausgestaltung des Universaldienstes hat der Verbraucherzentrale Bundesverband ein Positionspapier veröffentlicht, in dem eine Abrufrate für Daten („Download“) i. H. v. 50 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) als Mindestvoraussetzung vorgeschlagen wird.⁴

Vor dem Hintergrund der politischen Debatte und der rechtlichen Anforderungen wird in diesem Beitrag der Frage nachgegangen, wie sich potentielle technische Vorgaben hinsichtlich der Leistungsfähigkeit von Universaldienstanschlüssen auf den eigenwirtschaftlichen und geförderten Ausbau von leitungs- und drahtgebundenen Netzinfrastrukturen auswirken können.⁵ Dazu werden modellhaft zwei Realisierungsoptionen vor allem hinsichtlich ihrer Investitionen und Refinanzierungsmöglichkeiten diskutiert. Die Höhe der Investitionskosten ist hierbei von Bedeutung, da diese als Bestandteil der Nettokosten über den Universaldienstfonds durch die Marktteilnehmer finanziert werden. Dies kann wettbewerbliche Verzerrungen zur Folge haben.

Der Beitrag ist wie folgt strukturiert: Zunächst werden die wesentlichen rechtlichen Elemente des Universaldienstregimes dargestellt. Nachfolgend wird anhand internationaler Umsetzungen des Universaldienstes illustriert, wie eine Umsetzung in Deutschland aussehen könnte. Danach werden die beiden Optionen mit Blick auf das Kriterium der aktuellen Nutzung durch 80% der Breitbandnutzer in Deutschland sowie die mögliche Umsetzung bzw. Realisierbarkeit in angemessener Zeit und zu vertretbaren Kosten bei der Errichtung der Infrastruktur diskutiert. Hier disqualifiziert sich die erste Option, so dass danach die Anreizverträglichkeit fokussiert auf die zweite Option mit Blick auf den eigenwirtschaftlichen Ausbau und die Nutzung von Förderprogrammen dargestellt wird. Der Beitrag schließt mit einem Fazit.

II. Das Universaldienstregime nach dem neuen TKG

Die rechtlichen Vorgaben zur Implementierung eines Universaldienstregimes sind auf EU-Ebene in Art. 84 bis 92 des Kommunikationskodex sowie in dessen Annexen V, VI, VII und X zum Universaldienst verankert.⁶ Die nationale

* Der Beitrag beruht auf einem durch die Bundesnetzagentur finanzierten Zuwendungsprojekt.

1 BGBI. 2021 I, 1858.

2 Vgl. den tagesschau.de-Beitrag „Wie schnell muss schnelles Internet sein?“ v. 22.4.2021.

3 Vgl. Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv), Breitband(ausbau) in Deutschland: bitte warten ..., Positionspapier v. 15.11.2019, S. 8 ff.

4 Siehe hierzu vzbv, Universaldienst als Daseinsvorsorge, 2021, abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/2021-11/21-11-12_Positionspapier_zur_Ausgestaltung_Universaldienst_Verbandsthe_ma_0.pdf (zuletzt abgerufen am 14.12.2021).

5 Eine Darstellung der verschiedenen Breitbandanschlussarten findet sich bei Godlovitch u. a., Future electronic communications product and service markets subject to ex-ante regulation, 2020, S. 8 ff.

6 Diese Regelungen werden von Nett, Ausgestaltung und Umsetzung eines Universaldienstregimes (insbesondere mit Blick auf die Realisierung einer Versorgung mit schnellem Internet) in anderen Ländern, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 474, 2021, S. 4 ff., dargestellt.

Umsetzung der Regelungen findet sich in §§ 156 bis 163 TKG. Wesentliche Neuerung ist hierbei, dass nunmehr ein Universaldienst festgelegt werden soll, der eine Reihe von spezifizierten Internetdiensten zur sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe ermöglichen soll.

Das Universaldienstregime umfasst im Wesentlichen die folgenden Elemente:

- Festlegung der technischen Mindestanforderungen,
- Festlegung eines erschwinglichen Preises für das Universaldienstangebot,
- Identifizierung von Universaldienstgebieten,
- Bestimmung eines Universaldienstbringers,
- Kompensation der zu belegenden Nettokosten des Universaldienstleisters,
- Finanzierungsregime zur Deckung der unzumutbaren Nettokosten des oder der Universaldienstbringer(s).

Nach § 156 TKG besteht ein Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten. Endnutzer haben gegenüber Unternehmen, die durch die Bundesnetzagentur zur Erbringung eines Universaldienstes in dem entsprechenden Gebiet verpflichtet worden sind, einen Anspruch auf Versorgung mit den von der Verpflichtung erfassten Telekommunikationsdienstleistungen (Kontrahierungszwang). Die Versorgung ist innerhalb einer angemessenen Frist nach Geltendmachung durch den Nutzer sicherzustellen. Endnutzer, für die ein Universaldienst bereitgestellt werden soll, können nach geltendem Recht nicht nur private Haushalte, sondern auch kleine und mittlere Unternehmen und Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht sein.

1. Festlegung der Mindestanforderungen an den Universaldienstes (§ 157 TKG)

Der Universaldienst umfasst nach § 157 TKG Sprachkommunikationsdienste sowie einen schnellen Internetzugangsdienst für eine angemessene soziale und wirtschaftliche Teilhabe einschließlich des hierfür notwendigen Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz an einem festen Standort (§ 157 Abs. 2 TKG). Die Bundesnetzagentur veröffentlicht die Anforderungen an den Universaldienst innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des TKG, also bis zum 30. Juni 2022 (§ 157 Abs. 4 TKG). Die Mindestanforderungen ermöglichen die in Anhang V des Kommunikationskodex gelisteten Dienste, also

1. E-Mail,
2. Suchmaschinen, die das Suchen und Auffinden aller Arten von Informationen ermöglichen,
3. grundlegende Online-Werkzeuge für die Aus- und Weiterbildung,
4. Online-Zeitungen oder Online-Nachrichten,
5. Online-Einkauf oder Online-Bestellung von Waren und Dienstleistungen,
6. Arbeitssuche und Werkzeuge für die Arbeitssuche,
7. berufliche Vernetzung,
8. Online-Banking,
9. Nutzung elektronischer Behördendienste,
10. soziale Medien und Sofortnachrichtenübermittlung und
11. Anrufe und Videoanruf (Standardqualität),

des Weiteren Teleheimarbeit einschließlich Verschlüsselungsverfahren im üblichen Umfang und eine für Verbraucher national marktübliche Nutzung von Online-Inhaltendiensten (§ 157 Abs. 3 TKG). Mit Blick auf die Festlegung weiterer Qualitätsparameter ist zu beachten, dass die Parameter, Definitionen und Messverfahren für die Dienstqualität gemäß

Anhang X des Kommunikationskodex verwendet werden sollen. Zudem soll der Universaldienst die von mindestens 80 % der Verbraucher im Bundesgebiet genutzte Mindestbandbreite (§ 157 Abs. 3 S. 2 TKG) garantieren. Bei der Festsetzung der Mindestanforderungen sollen die Auswirkungen der festgelegten Qualität auf Anreize zum privatwirtschaftlichen Breitbandausbau und Breitbandfördermaßnahmen (§ 157 Abs. 3 S. 2 TKG) berücksichtigt werden.

2. Erschwinglicher Preis für das Universaldienstangebot (§ 158 TKG)

Das Angebot des Universaldienstes soll zu einem erschwinglichen Preis erfolgen. Die Grundsätze zur Bestimmung eines erschwinglichen Preises werden von der Bundesnetzagentur innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten dieser Regelung veröffentlicht. Eine dynamische Anpassung des Universaldienstes und des erschwinglichen Preises auf Basis eines Monitorings der Bundesnetzagentur ist intendiert. In der Begründung zum Gesetzentwurf wird angeführt, dass ein Referenzpunkt die nationalen Durchschnittspreise sein können, jedoch auch regionale Besonderheiten, z. B. die Zusammensetzung der Haushaltsnettoeinkommen, berücksichtigt werden können.⁷

3. Identifizierung von Universaldienstgebieten (§ 160 TKG)

Um Gebiete mit einer Unterversorgung zu identifizieren, beobachtet bzw. überwacht die Bundesnetzagentur die Marktgegebenheiten in Deutschland in regelmäßigen Abständen. Hierzu werden Daten verwendet, die von der zentralen Informationsstelle des Bundes gemäß §§ 80, 81 und 84 TKG (Endnutzerbeschwerden und aufgrund von Daten im Rahmen der Marktanalyse, Auskunftseinholung auf Basis von § 203 TKG) erhoben bzw. dokumentiert werden. Nach § 160 TKG erfolgt die Identifikation von „Universaldienstgebieten“ und öffentliche Feststellung derselbigen zwei Monate nach der Kenntnis der Ergebnisse des Monitorings,⁸ wo

- keine Versorgung mit Universaldienst in absehbarer Zeit angemessen, ausreichend und zu einem erschwinglichen Preis erfolgt und
- eine Versorgung zukünftig nicht gewährleistet wird.

Spätestens einen Monat danach kündigt die Bundesnetzagentur an, für dieses Gebiet einen Universaldienstversorger zu bestimmen, wenn

- ein tatsächlicher Bedarf (Indikatoren: Beschwerden von Endnutzern oder Kommunen) für eine Versorgung festgestellt wird und
- kein Unternehmen innerhalb eines Monats zusagt, dieses Gebiet freiwillig ohne Kompensation zu versorgen.

4. Bestimmung eines Universaldienstbringers (§ 161 TKG)

Die Bestimmung eines Universaldienstbringers für ein Gebiet erfolgt nur dann, wenn ein Gebiet nicht durch den Markt bzw. den geförderten Ausbau mit dem Universaldienst versorgt wird. Die Verpflichtung eines Universaldienstbringers erfolgt innerhalb von drei Monaten (und ggf. einem Monat Verlängerung) nach Veröffentlichung der Feststellung der Unterversorgung. Die freiwillige Verpflichtung eines Unternehmens als Universaldienstbringer kann als bindend erklärt werden, wenn dieses Unternehmen nach Ansicht der

7 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 353.

8 Die Bundesnetzagentur kann die ihr gesetzte Frist für die Veröffentlichung der Unterversorgungsfeststellung bei außergewöhnlichen Umständen um bis zu einen Monat überschreiten. Die Umstände sind hinreichend zu begründen (§ 160 Abs. 1 TKG).

Bundesnetzagentur die Erbringung des Universaldienstes gewährleistet (§ 161 Abs. 1 TKG). Eine Verpflichtung erfolgt ansonsten nach Anhörung eines oder mehrerer der in Betracht kommenden Unternehmen. Ein verpflichteter Universaldienst-erbringer muss spätestens nach drei Monaten mit dem Prozess der Erbringung beginnen. Bei der Art der Verpflichtung kann die Bundesnetzagentur ausnahmsweise die Erbringung eines leitungsgebundenen Anschlusses festlegen. Eine derartige Verpflichtung wird in der Regel dann als zumutbar angesehen, wenn geeignete Leerrohrinfrastruktur am zu versorgenden Grundstück anliegt.

5. Kompensation des Universaldienst-erbringers (§ 162 TKG)

Auf begründeten Antrag nach Ablauf des Kalenderjahres, nach dem ein Defizit aufgrund der Universaldienstverpflichtung entsteht, gewährt die Bundesnetzagentur ggf. einen Ausgleich (§ 162 Abs. 1 TKG). Hierzu ermittelt die Bundesnetzagentur die voraussichtliche Höhe der Nettokosten. Auf Basis der Kostenrechnung des Universaldienst-erbringers und weiterer zugrundeliegender Informationen (§ 162 Abs. 3 TKG) wird von Seiten der Bundesnetzagentur geprüft, ob die Nettokosten eine unzumutbare Belastung darstellen. Sofern dies festgestellt wird, erfolgt eine Festsetzung der Höhe des Ausgleichsbetrags zusätzlich einer angemessenen Verzinsung ab dem Zeitpunkt des Beginns des Kalenderjahrs der Antragstellung (§ 162 Abs. 4 TKG).

6. Finanzierungsregime zur Deckung der unzumutbaren Nettokosten

Die Finanzierung der festgesetzten Ausgleichsbeträge der Universaldienst-erbringer erfolgt über einen Universaldienstfonds. Dieser Fonds wird gemäß einem Umlageverfahren nach dem Verhältnis des Jahresumsatzes auf dem sachlich relevanten Markt (unter Berücksichtigung der freiwilligen Verpflichtung der Erbringung des Universaldienstes ohne Kompensation) finanziert. Zu einem Beitrag sind alle Unternehmen auf dem relevanten Markt verpflichtet, die oberhalb einer festgesetzten Umsatzschwelle liegen bzw. die nicht aufgrund unbilliger Härte von der Abgabepflicht befreit sind. Zudem kann die Bundesnetzagentur Anbieter, die nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste in Deutschland erbringen, dazu verpflichten, zum Universaldienstfonds beizutragen. In diesem Fall wird für diese als Bemessungsgrundlage an Stelle des Jahresinlandsumsatzes die Anzahl der monatlich aktiven Nutzer im Inland verwendet.

III. Zu beachtenden Aspekte bei der Festsetzung von Minimalanforderungen an einen Universaldienst

Ob ein Universaldienstregime anreizverträglich mit Blick auf den eigenwirtschaftlichen Ausbau und die Nutzung von Förderprogrammen ausgestaltet ist, wird im Wesentlichen durch die Festlegung der Mindestanforderungen hinsichtlich technischer Qualitätsparameter bestimmt. Aus der Analyse aktueller internationaler Entwicklungen ergeben sich erste Hinweise, wie das Universaldienstregime in Deutschland ausgeprägt sein könnte.

1. Technische Minimalanforderungen für einen Universaldienstanschluss zur Realisierung der eingeforderten Dienste

Die technischen Mindestanforderungen beinhalten im Wesentlichen drei Parameter: die minimale Abruf-/„Download“-Datenrate, die minimale Sende-/„Upload“-Datenrate und die maximale Latenz. Diese Parameter müssen die Nutzbarkeit der

im Anhang V des Kommunikationskodex genannten Dienste sowie zusätzlich der Telearbeit ermöglichen.

a) „Download“-Anforderungen

Jüngst wurden in Großbritannien, Schweden, der Schweiz und Slowenien neue Festlegungen hinsichtlich „Download“-Erfordernissen für einen Universaldienstanschluss getroffen. Diese betragen gegenwärtig in den benannten Ländern 10 Mbit/s für den Datenabruf („Download“). Diese Übertragungsgeschwindigkeit wird als hinreichend für die Nutzung von digitalen Anwendungen zur sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe angesehen. In Malta werden aktuell 30 Mbit/s in einem Konsultationsentwurf als im Einklang mit dem Kommunikationskodex vorgeschlagen und von der Regulierungsbehörde konsultiert.⁹ In Australien besteht die Vorgabe von 25 Mbit/s als „Download“-Geschwindigkeit. Dies ist auch die Mindestnorm für das staatliche Infrastrukturunternehmen NBN Co Limited (NBN Co), das als reiner Vorleistungsbetreiber in Australien die hochbitratige Breitbandinfrastruktur ausbaut und nach erfolgtem Ausbau meist der Universaldienst-erbringer ist.¹⁰

In den Gesetzesmaterialien zum neuen TKG wird diesbezüglich angenommen, dass die zu realisierenden Dienste mit einer „Download“-Datenrate von 30 Mbit/s („30-Mbit-Produkt“) auf jeden Fall nutzbar seien.¹¹

b) „Upload“-Anforderungen

„Upload“-Datenraten wurden in den hier betrachteten europäischen Ländern mit 1 Mbit/s angesetzt. Der maximale diesbezügliche Wert wurde mit 5 Mbit/s in Australien festgelegt.

c) Anforderungen an die Latenz

Die aktuellen Anforderungen an die Latenz in anderen Ländern beinhalten entweder, dass die Latenz der in wettbewerblich erstellten Netzen entsprechen soll, und/oder aber die Anforderung, dass die Latenz hinreichend gering ist, um Telefonie und Videoanrufe in angemessener Qualität zu ermöglichen.

d) Resümee

Vor dem Hintergrund der internationalen Erfahrungen kann davon ausgegangen werden, dass die festzulegenden Mindestwerte in Bezug auf die Übertragungsdatenraten und Latenz derart gesetzt werden, dass ein dazu korrespondierender Universaldienstanschluss grundsätzlich sowohl mit Mobilfunktechnologien ab der vierten Generation („Long Term Evolution“) als auch mit VDSL-Vectoring (FTTC) angeboten werden kann.¹² Bei einer Bandbreite von 20 Megahertz (MHz) in 4G-Netzen können im „Downlink“ Datenraten von 160 Mbit/s erreicht werden. In dem von der Fachzeitschrift connect in Kooperation mit umlaut durchgeführten Mobilfunktest für die Region Deutschland/Österreich/Schweiz sieht man basierend auf „Crowd“-Daten, dass bei den deutschen Netzen in mehr als 93% aller Fälle kürzere Latenzen als 100 Millisekunden erreicht werden (dort als „Over-The-Top“ [OTT] „Voice Class“ ausgewiesen); in mehr als 75% der Fälle wird sogar ein Wert von 50 Millisekunden („Gaming Class“) eingehalten bzw. unterboten.¹³

⁹ Zu beachten ist hier, dass Malta weitgehend ein Stadtstaat mit mehreren nahezu flächendeckenden hochleistungsfähigen Breitbandinfrastrukturen ist. Somit kann Malta im Vergleich zu einem Flächenland wie Deutschland höhere technische Anforderungen an den Dienst deutlich einfacher und kostengünstiger umsetzen.

¹⁰ Die Erkenntnisse aus anderen Ländern beruhen auf *Nett* (Fn. 6), S. 27 ff.

¹¹ Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/28865, 370, 404. Siehe hierzu auch *Koenig*, *K&R* 2021, 478.

¹² Angaben zu der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Anschlussarten finden sich bei *Godlovitch* u. a. (Fn. 5), Tabelle 2-1 (S. 9 ff.).

¹³ Umlaut/connect, connect 1/2021, 74, abrufbar unter <https://www.umlaut.com/uploads/documents/Reports-Certificates/Mobilfunk-Netze-st-DACH-connect-2021-umlaut.pdf> (zuletzt aufgerufen am 14.12.2021).

Tabelle 1: Entwicklung der gebuchten Produktkategorien nach vermarkteten „Download“-Datenraten in Deutschland, 2017 bis 2025 in Millionen und in Prozent der Breitbandanschlüsse

Produktkategorie nach „Download“-Datenrate	Einheit	2021	2022	2023	2024	2025
Gesamtheit	Mio. Haushalte	37,2	38,0	38,8	39,5	40,1
davon						
100 Mbit/s und mehr		13,5	16,4	19,3	22,8	26,2
30 bis unter 100 Mbit/s		14,0	13,1	13,2	11,6	9,8
10 bis unter 30 Mbit/s		8,1	7,2	5,7	5,0	4,1
unter 10 Mbit/s		1,7	1,3	0,5	0,1	
Gesamtheit	%	100	100	100	100	100
davon (gerundet)						
100 Mbit/s und mehr		36	43	50	58	65
30 bis unter 100 Mbit/s		38	34	34	29	24
10 bis unter 30 Mbit/s		22	19	15	13	10
unter 10 Mbit/s		4	3	1	0	0

Quelle: Goldmedia Analyse 2019 nach den Jahresberichten 2009 bis 2018 der Bundesnetzagentur; DESTATIS Mikrozensus – Haushalte und Familien 2017, S. 49; Goldmedia Prognose 2019 bis 2025

Es bedarf soweit keiner Glasfaseranschlüsse bis zum Gebäude oder zur Wohnung („Fiber To The Building/Home“, FTTB/H) und auch keines hybriden Glasfaserkoaxialnetzes („Hybrid Fibre Coaxial“, HFC), um diese Datenraten anzubieten.

Diese Einschätzung wird von der britischen Telekommunikationsregulierungsbehörde Ofcom bestätigt. Ofcom vertritt in einer Vorabanschätzung die Auffassung, dass die folgenden Netzinfrastrukturen einen Universaldienst gewährleisten (können):¹⁴

- eine FTTB/H-Glasfaserinfrastruktur,
- FTTC, zumindest in den Fällen, in denen die Wohneinheit nicht allzu weit vom Kabelverzweiger entfernt ist,
- drahtlose Teilnehmeranschlüsse („Fixed-Wireless-Access“-Netze) sowie
- 4G/LTE-Mobilfunkinfrastrukturen.

Ofcom sieht es als unwahrscheinlich an, dass die technischen Leistungsmerkmale aktuell von Satellitenangeboten oder von Angeboten, die auf nicht genutzten Rundfunkfrequenzen basieren („TV White Space“), erfüllt werden. In der Schweiz dagegen steht es dem Universaldienstbringer unter Beachtung technischer Anforderungen frei, auch Angebote über Satelliten zu machen.

2. Das Kriterium der aktuellen Nutzung durch 80 % der Breitbandnutzer

Die Festsetzung der Mindestanforderungen ist nach oben beschränkt:¹⁵ So sollen jeweils aktuell (bzw. in naher Zukunft) bereits über 80 % der Bevölkerung in der faktischen Nutzung Zugang zu einem Breitbandanschluss haben, der den Anforderungen an einen Universaldienst genügt.¹⁶ Daten über die Nutzung von leitungsgebundenen Breitbandanschlüssen im Jahr 2020 zeigen,¹⁷ dass 93 % aller vermarkteten Breitbandanschlüsse eine Datenübertragung von mehr als 10 Mbit/s im

„Download“ ermöglichen. 71 % der Anschlüsse erlauben dabei Datenraten von mindestens 30 Mbit/s. Somit verfügten Ende des Jahres 2020 weniger als 80 % der Haushalte über die in den Gesetzesmaterialien genannten 30 Mbit/s.

Hinsichtlich der künftigen Penetration von Breitbandanschlüssen zeigt sich der Trend, dass Anschlüsse mit Datenraten oberhalb von 100 Mbit/s zunehmend attraktiver werden. Eine Prognose über die Entwicklung der vermarkteten „Download“-Datenraten in Deutschland bis zum Jahr 2025 zeigt Tabelle 1. Demnach besteht die These, dass erst im Jahr 2023 mehr als 80 % der Haushalte über einen Breitbandanschluss mit mindestens 30 Mbit/s verfügen werden.

Hinsichtlich der leistungsfähigeren Anschlüsse (100 Mbit/s und mehr) wird in der Prognose für das Jahr 2025 davon ausgegangen, dass der Anteil solcher Anschlüsse in einer Größenordnung von 65 % liegen wird.

Es deutet sich somit an, dass bereits eine „Download“-Datenrate deutlich unterhalb von 30 Mbit/s den EU-rechtlichen Anforderungen genügt. Spiegelt man diese Datenrate mit der technischen Leistungsfähigkeit von leitungsgebundenen und drahtlosen Technologien, so kommen in erster Näherung grundsätzlich die öffentlichen Mobilfunknetze unter Verwendung von Technologien der vierten und fünften Generation¹⁸

¹⁴ Siehe dazu *Nett* (Fn. 6), S. 30.

¹⁵ Siehe dazu oben, unter II. 1., bezüglich § 157 TKG.

¹⁶ Die Bandbreite muss, um Marktverzerrungen möglichst gering zu halten, von 80 % der angeschlossenen Haushalte auch tatsächlich genutzt werden. Vgl. hierzu auch Kommission, Arbeitspapier „Implementation of the revised Universal Service Directive: internet related aspects of Article 4“, COCOM10-31 Final, S. 4.

¹⁷ Böcker, Breko Marktanalyse21, Präsentation v. 27.7.2021, Folie 6 (basierend auf den Daten in Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2020, 2021).

¹⁸ So weist Opensignal in Deutschland abhängig vom gewählten Betreiber eine durchschnittliche Datenrate im „Download“ von 29,3 bis 49,5 Mbit/s aus, siehe die Opensignal-Seite „Deutschland –

Tabelle 2: Versorgung der Haushalte mit FTTH/B oder durch HFC-Netze (DOCSIS 3.0/1)¹⁹

	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Absolute Anzahl der unversorgten Haushalte in Millionen	12,62	11,22	9,62	7,81	5,78	3,55
Anteil der Haushalte in Prozent	30,40	26,98	23,08	18,70	13,84	8,50

Quelle: Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK)

und Festnetze unter Verwendung von VDSL bei der Realisierung des Universaldienstes in Betracht. Hinsichtlich der Eignetheit des öffentlichen Mobilfunks ist festzuhalten, dass die beim Endkunden ankommende Datenrate maßgeblich davon abhängt, wie viele Teilnehmer sich in einer Zelle befinden, wie weit der Endkunde von der Sendeanlage entfernt ist und wie groß der Umfang der eingesetzten Frequenzen an der Sendeanlage ist. Beim Festnetz hängt die Datenrate vorrangig von der Länge der Kupferanschlussleitung und somit davon ab, wie weit der Endkunde vom nächsten Konzentrationspunkt außerhalb des Gebäudes entfernt ist. Hinzu kommen Faktoren wie die Zahl der Kunden mit Breitbanddiensten auf demselben Anschlusskabel – sofern nicht „Vectoring“ die Nebensprecheffekte deutlich reduziert. Inwieweit Satellitendienste auch potentiell zur Erbringung des Universaldienstes genutzt werden können, wird hier nicht thematisiert.

3. Mögliche Umsetzung bzw. Realisierbarkeit in angemessener Zeit und zu vertretbaren Kosten bei der Errichtung der Infrastruktur

Auch ohne die Kenntnis der genauen Lage der Haushalte, die potentiell vom Universaldienst profitieren könnten, deutet sich an, dass es ergänzender oder gar neuer leitungs- und funkbasierter Netzinfrastrukturen bedarf, um den Universaldienst umzusetzen, denn die vor Ort bestehenden Netze können die Mindestanforderungen dort nicht erfüllen. Sofern es also neuer Netzinfrastrukturen bedarf, sollten aus volkswirtschaftlicher Sicht ineffiziente Investitionen auf dem Weg zur Gigabit-Gesellschaft vermieden werden, d. h. es sollte nicht zu gestrandeten Investitionen („stranded investments“) kommen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bei leitungsgebundenen Infrastrukturen Tiefbaumaßnahmen anfallen, deren Kosten nicht von der Art der nachfolgend eingesetzten Technologie (kupfer- oder glasfaserbasiert) abhängen. Da jedoch die Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze auch aus ökologischen Gründen mittelfristig ansteht, könnte es bei der Verlegung von Kupferleitungen und entsprechenden aktiven Netzelementen, die nicht bis zu den Gebäuden verlegt werden müssen, zu „stranded investments“ kommen.

Zudem sollten angesichts der rechtlichen Regelungen die zu errichtenden fehlenden Infrastrukturen möglichst schnell ausbaubar sein. Die Förderpraxis im Festnetz zeigt, dass von der Planung bis zur vollständigen Realisierung teilweise mehrere Jahre vergehen. Im Mobilfunk sind Realisierungszeiträume zur Errichtung von Sendeanlagen von bis zu zwei Jahren auch keine Seltenheit. Einschränkungen bei der Akquise und dem Aufbau neuer Mobilfunkstandorte (schwierige Erteilung von Baugenehmigungen, Berücksichtigung von Naturschutzbelangen, Bürgerinitiativen usw.) beeinflussen die Realisierung.

Darüber hinaus sollte die Höhe der entstehenden Kosten vertretbar sein. Dies ist insoweit bei leitungsgebundenen Netzen eine Herausforderung, weil bei der Breitbandförderung gerade in der ersten Phase der Förderung, als es noch ein „Scoring“-Modell zur Bewertung von Förderanträgen gab, einzelne Antragsteller Gebäude bei Fördergebieten ausgenommen haben,

deren Versorgung mit vergleichsweise hohen Investitionen verbunden war.²⁰ Insoweit würden gerade vergleichsweise teure Breitbandanschlüsse nun nicht über Steuermittel finanziert, sondern über die Marktteilnehmer und den Universaldienstfonds. Es ist folglich damit zu rechnen, dass die induzierten Investitionen signifikant sind, woraus ein nicht zu vernachlässigender volkswirtschaftlich negativer Effekt resultieren kann, da die Universaldienstkosten von den Marktteilnehmern getragen und die Marktteilnehmer wiederum die Kosten auf Endnutzerpreise im Markt umlegen werden.

Um die Effekte zu verdeutlichen, werden im Weiteren zwei Optionen zur Ausgestaltung des Universaldienstes diskutiert:

- Option 1: ein Universaldienst, der nur durch FTTH/B- oder HFC-Anschlüsse realisierbar ist.²¹ Insoweit ist die Festlegung technischer Mindestanforderungen de facto unerheblich.
- Option 2: ein Universaldienst, der durch den öffentlichen Mobilfunk erbracht wird, also die Verfügbarkeit von 4G und/oder 5G voraussetzt. Damit verbunden ist, dass technische Mindestanforderungen festgelegt werden, wie sie beispielsweise in Großbritannien und der Schweiz vorgegeben wurden.

a) Option 1: Universaldienstanforderungen, die nur durch FTTH/B- oder HFC-Netze erbracht werden können

In dieser Umsetzungsoption des Universaldienstes kommt es bei der anreizökonomischen Analyse darauf an, wie viele Haushalte künftig Anspruch auf einen solchen Universaldienst hätten. Durch eine der beiden Anschlussarten unversorgt waren Ende 2020 ca. 30 % der Haushalte. Die voraussichtliche Versorgung bis 2025 entweder mit FTTH/B oder durch HFC-Netze (DOCSIS 3.0 bzw. DOCSIS 3.1) ist in der obigen Tabelle 2 angeführt.

Demnach verbleiben beispielsweise Ende 2021 noch 11,22 Millionen zu versorgende Haushalte.

Ergebnisbericht zum Mobilfunknetz Mai 2021“, abrufbar unter <https://www.opensignal.com/de/reports/2021/05/germany/mobile-network-experience> (zuletzt abgerufen am 14.12.2021). In Österreich wird ein Großteil des Breitbandverkehrs über öffentliche Mobilfunknetze abgewickelt.

¹⁹ Zur Abschätzung unversorgter Haushalte mit FTTH/B oder breitbandigen HFC-Netzen (DOCSIS 3.0 bzw. DOCSIS 3.1) wurde zunächst die aktuelle Versorgungslage aus den Angaben zum Breitbandatlas verwendet. Darin ist die Breitbandverfügbarkeit in Deutschland nach Bandbreitenklassen für alle Technologien für die Jahre Ende 2018 bis Ende 2020 wiedergegeben. Aus diesen Angaben lässt sich für die Kategorie >=400 Mbit/s ein durchschnittlicher jährlicher Zuwachs von 4,95 Prozentpunkten in der Versorgung der Haushalte ableiten (im Zeitraum wurden jährlich 4,95% der Haushalte zusätzlich mit Anschlüssen >= 400 Mbit/s versorgt). Da im Breitbandatlas die Kategorien mit den niedrigeren Bandbreiten die Anschlusszahlen der Kategorien mit höherer Bandbreite beinhalten, bündelt die Kategorie >= 400 Mbit/s die Technologien DOCSIS 3.0, DOCSIS 3.1 und FTTH/B mit einer Mindestbandbreite pro Anschluss von 400 Mbit/s.

²⁰ Siehe dazu auch unten, unter IV.

²¹ FTTH-Netze hätten gegenüber HFC-Netzen sowohl aus technischer als auch aus ökologischer Sicht deutliche Vorteile, so dass in der Praxis die Erfüllung des Universaldienstes über HFC-Netze nicht zu erwarten wäre.

Tabelle 3: Abschätzung der Kosten einer Versorgung der verbleibenden weißen Flecken, die nicht über FTTB/H- oder HFC-Anschlüsse (DOCSIS 3.0/1) verfügen

	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Abschätzung der Kosten für eine Versorgung durch FTTB in Millionen Euro	40.635,7	36.154,1	30.989,8	25.144,9	18.627,9	11.446,3

Quelle: WIK

Tabelle 4: Abschätzung der benötigten Zeit zur Versorgung der verbleibenden unversorgten Gebiete

	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Zahl der unversorgten Haushalte in Millionen	12,62	11,22	9,62	7,81	5,78	3,55
Notwendiger Zeitraum zur Versorgung der unversorgten Haushalte in Monaten	79,55	71,06	58,10	45,09	32,06	19,00

Quelle: WIK

aa) Abschätzung der Kosten der Versorgung der unversorgten Haushalte

Die Versorgung der verbleibenden unversorgten Gebiete mit FTTB würde in den jeweiligen Jahren (Zeitraum 2020 bis 2025) die in Tabelle 3 ausgewiesenen Investitionskosten verursachen.

Die Versorgung der Ende 2021 noch verbleibenden 11,22 Millionen unversorgten Haushalte verursacht also beispielsweise Kosten i. H. v. ca. 36 Milliarden Euro.

bb) Erforderlicher Zeitraum zur Versorgung der unversorgten Haushalte

Die Versorgung der derart unversorgten Haushalte benötigt eine bestimmte Zeit. In Tabelle 4 findet sich eine Abschätzung, wie lange es voraussichtlich dauern würde, die Haushalte in den jeweils unversorgt bleibenden Gebiete zu versorgen.²²

Um die verbleibenden unversorgten Haushalte Ende 2021 mit Glasfaser zu versorgen, bedürfte es schätzungsweise ca. 71 Monate, somit knapp sechs Jahre. Im Jahr 2023 verblieben immer noch drei Jahre und neun Monate.

cc) Resümee

Aufgrund der aufwendigen Arbeiten, heute beschränkter Tiefbaukapazität und notwendiger Planungs- und Genehmigungszeiträume im Vorfeld ist es schlichtweg nicht möglich, innerhalb weniger Monate einen Ausbau einer Glasfaserinfrastruktur im angestrebten Umfang vorzunehmen. Dem Universalienkontrahierungszwang könnte somit nicht Rechnung getragen werden, da entsprechende Glasfaseranschlüsse nicht überall verfügbar wären oder gemacht werden könnten.

Auch die Kosten einer solchen Umsetzung des Universalien diensts wären immens. Diese würden ggf. über einen durch die Unternehmen finanzierten Universalien diensts fonds getragen und von diesen an die Nutzer von Breitbandanschlüssen bundesweit weitergegeben. Hier sind Wettbewerbsverzerrungen nicht ausschließbar, insbesondere weil die Anteile an der Finanzierung unterschiedlich hoch sind. Gleichwohl ist allerdings zu bemerken, dass ggf. Art. 92 des Kommunikationskodex zur Anwendung kommt. Danach wären Anforderungen, die über die essentiellen Mindestanforderungen hinausgehen, durch staatliche Mittel zu finanzieren.²³

b) Option 2: Universalien dienstanforderungen, die auch durch LTE/5G realisierbar sind

Geht man davon aus, dass die Festsetzung der Anforderungen an einen Breitbandanschluss eine Erfüllung durch mindestens 4G-Technologie erlaubt, sieht die Analyse wie folgt aus:

aa) Aktuelle Versorgung der Haushalte in Deutschland mit Blick auf LTE

Die Erfüllung von Versorgungsaufgaben und der Zusagen im Rahmen des Mobilfunkgipfels führt dazu, dass sich die Mobilfunkversorgung kontinuierlich verbessert. Somit illustriert die nachfolgende Analyse die aus Sicht des Mobilfunks relevanten Zusammenhänge.

Die Auswertung der von der Bundesnetzagentur veröffentlichten LTE-Versorgung²⁴ zeigt, dass 100 706 Haushalte zum Zeitpunkt der Datenerhebung nicht mit LTE versorgt waren.²⁵

Die „Monitoring“-Daten für LTE beruhen auf einem Empfangsfeldstärkewert des Referenzsignals („Reference Signals Received Power“, RSRP) von -109 Dezibel Milliwatt (dBm). Die Mobilfunknetzbetreiber sollen grundsätzlich bei der Versorgung von Haushalten 100 Mbit/s in der Abwärtsstrecke („Downlink“) an der Grenze der Funkzelle bereitstellen.

Die Daten zur LTE-Versorgung wurden nachfolgend mit Daten über die Verfügbarkeit von leitungsgebundenen Breitbandanschlüssen mit einer „Download“-Rate von mehr als

22 Aus den Angaben zur Breitbandverfügbarkeit – Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) (Hrsg.), Aktuelle Breitbandverfügbarkeit in Deutschland (Stand Ende 2020), 2020 – ergibt sich nach unseren Berechnungen für den dort ausgewiesenen Zeitraum (2018–2020) eine prozentuale Aufteilung der Versorgung nach Technologie ohne Doppelanbindungen sowie deren Zuwächse in Prozent der Haushalte pro Jahr von 2,41 für Kabelfernsehnetze („Cable Television“, CATV) und 2,54 für FTTH/B (in Summe 4,95). Die genannten jährlichen Zuwächse in Prozentpunkten für 2020 bedeuten eine jährliche Erhöhung der Verfügbarkeit um 2,05 Mio. Haushalte, die sich auf rund 1 Mio. CATV-Anschlüsse und 1,05 Mio. FTTH/B-Anschlüsse verteilen. Für Kabelnetze wird unterstellt, dass sie ihren aktuellen Abdeckungsbereich („Footprint“) nicht erweitern werden, der nach den Angaben für 16 Mbit/s CATV bei 67,5% der Haushalte liegt. Für Ende 2020 ermitteln wir daraus rund 0,834 Mio. CATV-Anschlüsse, die bis zur vollständigen Versorgung im aktuellen „Footprint“ mit Bandbreiten ≥ 400 Mbit noch fehlen. Diese werden in unseren Annahmen gleichmäßig auf fünf Jahre verteilt (konservative Abschätzung). Für FTTH/B gehen wir davon aus, dass der aktuelle jährliche Zuwachs der letzten drei Jahre i. H. v. 1,05 Mio. Haushalten fortgeführt werden kann und ein zusätzlicher kapazitiver Aufwuchs von 200 000 Haushalten pro Jahr realisierbar erscheint (Verdoppelung in fünf Jahren und Verdreifachung in zehn Jahren). Daraus leitet sich eine Zeitreihe für die pro Jahr zusätzlich versorgten Haushalte ab. Für die einzelnen Jahre wurde nun ermittelt, wie viele Jahre/Monate in Summe benötigt würden, bis alle für das betreffende Jahr ermittelten unversorgten Haushalte versorgt wären.

23 Siehe Koenig, K&R 2021, 478, 483 f.

24 Stand Oktober 2020.

25 Siehe hierzu und für die folgenden Ausführungen Sörries/Zoz, Quantitative Analyse von Haushalten ohne LTE-Versorgung und leistungsfähigen leitungsgebundenen Breitbandanschlüssen, 2021.

30 Mbit/s verschnitten. (Diese Vorgehensweise ist durch die Gesetzesmaterialien motiviert, denen zufolge ein „30-Mbit-Produkt“ auf jeden Fall den Universaldienst ermöglicht.) Für die Analyse sind nur die Haushalte relevant, die weder eine ausreichende leitungsgebundene Breitband- noch eine Mobilfunkversorgung haben. Der Abgleich der jeweiligen Daten zeigt, dass die Anzahl der Haushalte in Gebäuden ohne LTE-Versorgung und ohne einen leitungsgebundenen Breitbandanschluss ≥ 30 Mbit/s in einer Größenordnung von 29 379 liegt.²⁶ D. h. 71 327 der 100 706 Haushalte, die nicht über LTE versorgt sind, haben einen leitungsgebundenen Breitbandanschluss ≥ 30 Mbit/s. Von diesen Haushalten befinden sich 497 in einem Gewerbegebiet, das mit Glasfaser angeschlossen ist. Von den übrigen 28 882 Haushalten befinden sich 15 139 Haushalte in einem Breitbandfördergebiet. Somit verbleiben 13 743 Haushalte ohne die betrachtete Mobilfunk- und leitungsgebundene Breitbandversorgung.

bb) Abschätzung der Kosten der Versorgung der unversorgten Haushalte

Die nachfolgende Tabelle 5 zeigt auf, wie viele Basisstationen bei einer vereinfachten, modellhaften Planung zu errichten wären, um diese unversorgten Haushalte mit 4G zu versorgen, und wie hoch die Kosten ausfallen, die dafür entstehen würden.

Tabelle 5: Anzahl der Basisstationen zur Versorgung potentiell unversorgter Haushalte und Investitionen in Mobilfunksendeanlagen

	2021
Anzahl der erforderlichen Basisstationen ²⁷	zwischen 1325 und 1430
Abschätzung der Investitionen in Millionen Euro ²⁸	225 bis 243

Quelle: Berechnungen des WIK auf Basis der Daten des Breitbandatlas

Die durchschnittlichen Investitionen für die Glasfaseranbindung eines Standortes an einen Übergabepunkt liegen in einer Größenordnung von 198.790 Euro. Bei der Berechnung wurde eine Verlegung von Glasfaser zum nächstgelegenen Hauptverteilerstandort oder zu einer Glasfaserinfrastruktur entlang von Verkehrswegen modelliert.²⁹

Die Gesamtinvestitionskosten für die Glasfaseranbindung bewegen sich somit in dem Intervall von 263.396.744 Euro (1325 Standorte) und 284.269.693 Euro (1430 Standorte).

Abschließend ist noch zu erwähnen, dass die an einem Sendemast nutzbare Kapazität maßgeblich von der Versorgungssituation (u. a. Anzahl der Teilnehmer, eingesetztes Frequenzspektrum) abhängig ist. Somit bedarf es stets einer Einzelfallbetrachtung, ob in der jeweiligen Mobilfunkzelle eine hinreichende Kapazität besteht, um Universaldienstkunden zu versorgen. Durch den zusätzlichen Einsatz von Frequenzen kann die Kapazität einer Mobilfunkzelle erhöht werden.³⁰ Die Empfangsqualität eines Universaldienstkunden kann auch durch Priorisierung, Frequenzbündelung („Carrier Aggregation“), Nutzung von (optimal ausgerichteten) Außenantennen sowie „Network Slicing“ bei 5G verbessert werden.

cc) Resümee

Der weitere eigenwirtschaftliche und geförderte Mobilfunkausbau wird dazu führen, dass sich die Zahl der unversorgten Haushalte weiter reduzieren wird. Insbesondere der geförderte Mobilfunkausbau kann dazu führen, dass sich die Anzahl weißer Flecken reduzieren wird. Offen bleibt somit, wie viele Haushalte auch künftig ohne Versorgung bleiben und ob die

tatsächlich nutzbaren Datenraten für die Haushalte im Mobilfunk mit den noch festzulegenden Mindestdatenraten des Universaldienstes kompatibel sind.

Die anfallenden Investitionskosten für die Erbringung des Universaldienstes erscheinen jedoch vergleichsweise gering (sofern die Kapazitäten der Mobilfunkzellen hinreichend sind bzw. durch graduelle Maßnahmen – d. h. zusätzliche Frequenzen, Außenantennen usw. – die Kapazitäten ausreichend erhöht werden können), so dass sich die damit verbundenen potentiellen wettbewerblichen Verzerrungen aufgrund unterschiedlicher Anteile der im Markt agierenden Unternehmen bei der Finanzierung über einen Universaldienstfonds in einem akzeptablen Rahmen bewegen dürften.

IV. Anreizverträglichkeit eines Universaldienstbreitbandanschlusses, der über VDSL und/oder LTE/5G angeboten werden kann

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob ein Universaldienstanschluss, welcher (neben FTTB/H und HFC-Netzen) auch über FTTC bzw. Mobilfunk (4G/5G) realisiert werden kann, anreizverträglich mit Blick auf den Eigenausbau und die Nutzung von Förderprogrammen ist. Es wird somit untersucht, ob ein Universaldienstregime dazu führt, dass ein Eigenausbau unterbleibt bzw. die Förderprogramme weniger in Anspruch genommen werden.

Bei der Prüfung der Anreizverträglichkeit unterscheiden wir in Bezug auf die Förderprogramme dahingehend, ob diese für den leitungsgebundenen Ausbau von Breitbandinfrastrukturen vorgesehen sind oder ob es sich um eine Mobilfunkförderung handelt. Die Frage der Anreizverträglichkeit stellt

- 26 Eine exakte Angabe ist nicht möglich, weil der Breitbandatlas keine adressscharfen Daten enthält.
- 27 Die Anzahl der Mobilfunkstandorte leitet sich aus der geographischen Verteilung der Haushalte ohne Versorgung im Zusammenspiel mit einer unterstellten Flächenversorgung eines Mobilfunkstandortes in der Größenordnung von 7,5 km² her. Dazu wurde in mehreren Schritten versucht, über eine Variation der Suchkreise um die Nachfragepunkte (eigentlich Rasterflächen der Größe 100 m x 100 m) und die nachfolgende Vereinigung sich überlappender Suchkreise eine möglichst geringe Anzahl von Suchkreisen herzuleiten, die eine Abdeckung der Haushalte ohne Versorgung erlaubt. Jeder der sich so ergebenden Suchkreise wird dann als Standort gewertet. Bei einigen Abdeckungsgebieten ist ein Teil der Nachfrage weiter entfernt vom Mittelpunkt als 1546 m. Für diese Gebiete wurden dann zwei Basisstationen unterstellt. Der Prozess führt zu einer groben Abschätzung der Anzahl Basisstationen und entspringt nicht einer genauen Netzplanung. Da die Lage und Anzahl der Mobilfunkstationen der Betreiber nicht bekannt sind, ist auch nicht einzuschätzen, ob einige der Haushalte über eine Aufrüstung bestehender Antennenstandorte der Betreiber oder über neu zu errichtende Antennen aufgrund von Versorgungsaufgaben bereits abgedeckt wären.
- 28 Hierbei handelt es sich um indikative Werte für die Investitionskosten. Unterstellt wurden pro Standort 120.000 Euro für bauliche Anlagen und 50.000 Euro für aktive Einrichtungen. Nicht enthalten ist die Anbindung der Basisstation mit Glasfaser oder Richtfunk, um den Verkehr zu- und abzuleiten. In den Investitionen sind keine Betriebskosten enthalten.
- 29 Für die Verlegung von Glasfaser wurden Kosten von 85 Euro pro m angenommen. Detailliertere Berechnungen zu den Kosten für die Anbindung eines zukünftig geförderten Mobilfunkstandortes mit unbeschalteter Glasfaser und den daraus resultierenden jährlichen Betriebskosten finden sich bei Sörries u. a., Gutachterliche Betrachtung ausgewählter anreizwirksamer Parameter aus der Konzeption der Mobilfunkförderung und beratende Begleitung der Konsultations- und Genehmigungsverfahren, 2020, Kap. 5 (S. 18 ff.).
- 30 Die jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber setzen in ihren Funkzellen bisher nicht alle zugeteilten Frequenzen ein. Durch Nutzung sämtlicher dem jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber zugeteilten Frequenzen wäre eine Erhöhung der Übertragungskapazitäten an einzelnen Standorten mit vergleichsweise geringen Kosten verbunden. Die statische Tragfähigkeit des Standortes und die Vorgaben zum Schutz vor elektromagnetischer Strahlung können die Nutzung weiterer Frequenzbereiche jedoch einschränken oder ausschließen.

sich unmittelbar nur mit Blick auf Universaldienstgebiete, d. h. die Gebiete, die aktuell nicht den notwendigen Versorgungsgrad in Einklang mit den Mindestanforderungen an einen Universaldienstanschluss haben. Nur dort verändert das Universaldienstregime den Status quo der zu errichtenden Infrastruktur und kann damit Anreizwirkungen entfalten. In anderen Gebieten kann jedoch vorübergehend eine attraktive Netzinvestition verbunden mit einem Netzausbau aufgrund zu erfüllender Universaldienstverpflichtungen vorübergehend aufgeschoben werden.

1. Potentieller vorübergehender Verdrängungseffekt aufgrund beschränkter Netzaufbaukapazitäten

Universaldienstbringer müssen nach ihrer Benennung bzw. Verpflichtung innerhalb von sechs Monaten den Universaldienst potentiellen Endkunden bereitstellen. Hierzu ist es notwendig, in unversorgten Gebieten ergänzende Netzinfrastrukturen aufzubauen. Dies führt zu staatlich induzierten, zeitlich priorisierten Netzinvestitionen. Hierbei ist zu beachten, dass es sich in der Regel nicht um größere Gebiete handeln wird. Vielmehr verteilen sich die unversorgten Haushalte in allen Flächenkategorien.

Sofern es weiterhin Kapazitätsengpässe für den Netzaufbau gibt, kann dies dazu führen, dass Netzausbaupläne in anderen Regionen zeitlich verschoben werden müssen. Ein bereits geplanter Netzausbau würde erst später erfolgen. Allerdings wird dafür ein unzumutbar schlecht versorgter Kunde versorgt. Je höher die Mindestanforderungen an einen Universaldienstanschluss (beispielsweise in der Option 1 [FTTB/H bzw. DOCSIS]) ist, umso größer werden die potentiellen vorübergehenden Verdrängungseffekte mit Blick auf den Netzausbau in anderen Regionen. Sofern jedoch ein Universaldienst auch durch FTTC und 4G/5G realisiert werden kann, fällt der potentielle Verdrängungseffekt tendenziell gering aus.

Hinsichtlich des Einsatzes von Mobilfunk könnte der Ausbau in Konflikt mit der Erfüllung von Versorgungsaufgaben stehen. Insoweit ist zu prüfen, ob und wie das Universaldienstregime Netzinvestitionen zur Erfüllung der Universaldienstverpflichtung induziert und Netzausbaukapazitäten in höherem Maße bindet.

2. Anreizverträglichkeit zu Förderprogrammen für den leitungsgebundenen Ausbau auf Bundes- und Länderebene

a) Aktuelle Sachlage

Auch wenn noch nicht alle weißen Flecken hinsichtlich leitungsgebundener Breitbandanschlüsse geschlossen sind, ist das erste Breitbandförderprogramm des Bundes mit der entsprechenden Zielsetzung ausgelaufen. Die von Bund und Ländern geförderten Breitbandprojekte sind dabei noch nicht alle abgeschlossen. Somit wird sich die Versorgungslage auch in den Gebieten weiter verbessern, die nicht vom eigenwirtschaftlichen Ausbau profitieren. Seit dem 26. April 2021 können im Rahmen des „Graue Flecken“-Förderprogramms Förderungen für solche Gebiete innerhalb einer Kommune beantragt werden, wenn den Teilnehmern keine 100 Mbit/s im „Download“ zuverlässig zur Verfügung stehen.³¹ Gefördert werden sollen Netze, die Bandbreiten von mindestens einem Gigabit pro Sekunde symmetrisch ermöglichen.³² Von dem neuen Förderinstrument können auch Haushalte in Randlagen von Gemeinden profitieren, die ggf. im Rahmen des ersten Förderprogramms ausgespart wurden. Das Förderprogramm spricht hier von schwer erschließbaren Einzellagen, die mehr als 400 Meter vom letztmöglichen Anschlusspunkt entfernt liegen. Hier werden die Fördermittel gedeckelt. Sofern die

Investitionen darüber liegen, muss der Grundstückseigentümer einen Eigenbeitrag leisten.

b) Resümee mit Blick auf die Nutzung von Förderprogrammen und den eigenwirtschaftlichen Ausbau und die Anreizverträglichkeit zu einem Universaldienstregime

Die bisherigen und aktuellen Förderprogramme im Festnetzbereich sind auf den Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen bis hin zu den Gebäuden ausgerichtet. Während zunächst die weißen Flecken im Vordergrund standen, sollen künftig die Gebiete mit Glasfaseranschlüssen versorgt werden, in denen es bisher nur VDSL-„Vectoring“ gibt, die Infrastruktur also nicht gigabitfähig ist. Obwohl das Förderprogramm auch auf schwer erschließbare Einzellagen abzielt, ist offen, ob eine vollständige Schließung sämtlicher weißer Flecken erfolgt.

Ein Universaldienstregime, welches die FTTC-Versorgung komplettieren soll, führt somit zu Investitionen in nahezu vollständig disjunkten Gebieten im Vergleich zu den geförderten Regionen mit Blick auf den Festnetzbereich. Zudem hat das Förderprogramm den Fokus auf Glasfaser, während insbesondere die internationalen Erfahrungen anzeigen, dass ein kosteneffizienter und angemessener Universaldienst auf eine Basisversorgung mit einer „Download“-Rate unterhalb von 30 Mbit/s abzielen wird. Es ist davon auszugehen, dass diese am kosteneffizientesten mit einer Technologie, die sich von FTTB/H unterscheidet, generiert werden kann. Insofern besteht an dieser Stelle kein Konflikt zwischen beiden staatlichen Instrumentarien. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Förderprogramm für die Errichtung einer leitungsgebundenen Glasfaserstruktur bis zum Gebäude und ein Universaldienstregime, welches nahezu umfänglich entweder über Mobilfunk oder FTTC realisiert werden wird, parallel und unabhängig voneinander sein werden. Kommunen haben unabhängig von der Ausgestaltung des Universaldienstregimes ein Interesse daran, Förderprogramme in Anspruch zu nehmen, die einen Gigabit-Anschluss für Gebäude generieren.

Die Anreizverträglichkeit zum Eigenausbau ist somit auch implizit gegeben, da der Möglichkeit, das Breitbandförderprogramm zu nutzen, ein Markterkundungsverfahren vorausgeht. Hierbei wird geprüft, ob ein eigenwirtschaftlicher Ausbau von Seiten eines Unternehmens geplant ist. In den Gebieten, wo dies erfolgt, hat ein unterstelltes Universaldienstregime keine direkte Implikation auf die zu generierende Infrastruktur zur Ermöglichung des Universaldienstes. In diesen Regionen besteht bereits eine Anschlussart, die den Mindestanforderungen des Universaldienstregimes genügt.

Zudem gilt: Förderprogramme werden von einem Unternehmen in Anspruch genommen, wenn man durch sie in den Gebieten durch einen Ausbau, der eigenwirtschaftlich nicht attraktiv ist, einen Gewinn erzielen kann. Als Universaldienstbringer wird man in derartigen Gebieten negative Gewinne erwirtschaften, da man die Nettokosten, die ggf. erstattet werden, über den Universaldienstfonds anteilig mitfinanzieren muss. Zudem hat der Universaldienstbringer das Risiko, dass die Nettokosten von Seiten der Bundesnetzagentur als zumutbar angesehen werden. In diesem Fall erhält dieser keine Kompensationszahlungen. Von daher ist die Anreizverträglichkeit zu Förderprogrammen grundsätzlich gewährleistet.

31 BMVI, Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ v. 26.4.2021.

32 Siehe hierzu BMVI, Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“ v. 13.11.2020.

3. Anreizverträglichkeit zu Mobilfunkförderprogrammen auf Bundes- und Länderebene

a) Aktuelle Sachlage

Die Bundesregierung setzt sich nicht zuletzt seit der Verabschiedung der Mobilfunkstrategie³³ für eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft mit leistungsfähigen Mobilfunkprodukten ein. Letztendlich bedeutet dies, dass mittelfristig eine fast 100%ige Versorgung der Haushalte mit 4G intendiert ist. Aufgrund des bereits erfolgten Netzausbaus und freiwilliger Versorgungszusagen der Mobilfunknetzbetreiber ergibt sich eine 99%ige Versorgung der Haushalte.³⁴ Die aktuelle Flächenversorgung mit 4G beträgt (Stand: April 2021) 96%.³⁵ Ein weiteres Instrument zur Versorgung der verbleibenden weißen Flecken ist auf Bundesebene ein Mobilfunkförderprogramm.³⁶

Das Mobilfunkförderprogramm des Bundes fördert die Errichtung von passiven Infrastrukturen (Mobilfunkmasten einschließlich einer unbeschalteten Glasfaseranbindung) in Gebieten, in denen es mindestens drei Jahre nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens keinen marktgetriebenen Ausbau geben wird. Gebiete, die im Rahmen der Erfüllung von Versorgungsauflagen oder im Rahmen vertraglicher Zusagen mit Mobilfunk versorgt werden, sind von der Förderung ausgeschlossen.³⁷ Zuwendungsempfänger ist das Unternehmen, das den Standort aufbaut und betreibt. Der Standortbetreiber kann durch die staatliche Förderung zumindest in den ersten sieben Jahren nachfragenden Mobilfunknetzbetreibern ein vergleichsweise niedriges Überlassungsentgelt zur Nutzung der Infrastruktur anbieten.

Da von diesen Standorten nur sehr wenige Kunden erreicht werden, ist aus einer rein betriebswirtschaftlichen Sicht offen, ob bei entsprechend niedrigen Überlassungsentgelten die Mobilfunknetzbetreiber mittelbar vom Förderprogramm Gebrauch machen werden. Auch bei niedrigen Überlassungsentgelten kann es der Fall sein, dass ein Mobilfunknetzbetreiber keinen Gewinn erwirtschaftet, denn er muss immer noch selbst in die Sendeeinrichtungen und deren Betrieb investieren. Der Anreiz zur mittelbaren Inanspruchnahme der Förderung besteht jedoch dann, wenn durch den zusätzlichen Standort der Marktauftritt des Unternehmens verbessert werden kann. Ein weiterer Beweggrund der Mobilfunknetzbetreiber zur Nutzung des Förderprogramms könnte die Vermeidung zukünftiger Versorgungsauflagen im Rahmen anstehender Frequenzuteilungen sein. Hierbei ist davon auszugehen, dass die Vergabebedingungen für die auslaufenden Frequenzen im Bereich von 800 Megahertz und 2,6 Gigahertz spätestens im Jahre 2024 rechtlich verbindlich von der Bundesnetzagentur festgelegt werden. In diesem Fall wären sämtliche Kosten für die Nutzung eines neuen Standortes innerhalb eines weißen Fleckens von einem Mobilfunknetzbetreiber zu tragen. Die zusätzlichen Kosten (d. h. abzüglich eines Förderbetrags, der in den Überlassungsentgelten weitergereicht würde) wären für einen Mobilfunknetzbetreiber durchaus merklich.³⁸

Die Markterfahrungen und statistischen Auswertungen zeigen, dass die weißen Mobilfunkflecken tendenziell auch Universaldienstgebiete sein werden. Es stellt sich somit bei der Prüfung der Anreizverträglichkeit die Frage, ob in diesen Gebieten die Bestimmung eines Universaldienstbringers, der die Infrastruktur universaldienstfähig machen muss, einen Einfluss auf die Nutzung der Mobilfunkförderprogramme hat.

b) Resümee mit Blick auf den eigenwirtschaftlichen Mobilfunkausbau und die Nutzung von Mobilfunkförderprogrammen

Es ist davon auszugehen, dass die aktuell nicht mit 4G-Mobilfunk versorgten Gebiete ohne Förderung betriebswirtschaftlich nicht attraktiv sind. Ein eigenwirtschaftlicher Ausbau ist

nicht zu erwarten. Von daher hat ein Universaldienstregime keine Implikationen auf den eigenwirtschaftlichen Ausbau.

Aktuell fokussieren Mobilfunknetzbetreiber ihre Netzaufbauaktivität zur Vermeidung von Pönalen auf die Erfüllung der Versorgungsauflagen und vertraglich vereinbarter Ausbaumaßnahmen. Auf einen potentiellen Verdrängungseffekt wurde bereits oben (unter 1.) hingewiesen.

Universaldienstbringer zu werden lohnt sich betriebswirtschaftlich grundsätzlich nicht. Sofern unzumutbare Nettokosten entstehen, werden diese zwar jährlich entschädigt. Allerdings muss der Universaldienstbringer über den Universal dienstfonds anteilig beitragen. Je höher der Umsatz eines Unternehmens ist, umso höher ist auch sein Anteil zur Finanzierung. Würde der Universaldienstbringer einen Gewinn erzielen, hätte er auch ohne das Universaldienstregime einen Anreiz, das Netz auszubauen und Dienste anzubieten. Wenn aktuell mit der Inanspruchnahme der Mobilfunkförderung an einem Standort ein Gewinn erzielt werden kann, hat ein Mobilfunkunternehmen auch weiterhin einen Anreiz, dieses Mobilfunkförderprogramm an derartigen Standorten in Anspruch zu nehmen. Sofern die Mobilfunkförderung an diesem Standort auch später noch in Anspruch genommen werden könnte, würden keine unzumutbaren Nettokosten anfallen, so dass keine zusätzlichen Kompensationszahlungen erfolgen würden. Sofern die Mobilfunkförderung im Universaldienstregime wegfällt, ist davon auszugehen, dass die Standorterrichtung zur Versorgung der Haushalte als Universaldienstbringer Verluste bedingen würde. Ein Universaldienstregime schafft somit keine negativen Anreize für die Inanspruchnahme eines Mobilfunkförderprogramms an einem spezifischen Standort zur Versorgung weißer Flecken, die profitabel sind.

Allerdings ist es durchaus denkbar, dass ein Universaldienstregime positive Anreize für die Inanspruchnahme des Mobilfunkförderprogramms an betriebswirtschaftlich unattraktiven Standorten schafft. Dies ist dann der Fall, wenn die Mobilfunkförderung für Universaldienstbringer wegfiel und die zu erwartenden Kompensationszahlung für die Nettokosten abzüglich eigener Beiträge im Universal dienstfonds betriebswirtschaftlich schlechter wäre als der Verlust, der bei der Inanspruchnahme der Mobilfunkförderung an einem Standort resultieren würde.

V. Fazit

Die Festsetzung eines Universaldienststandards, der nur durch FTTB/H oder einen HFC-Anschluss aktuell erfüllt werden kann und dabei, sofern dieses überhaupt zulässig wäre, über einen Universal dienstfonds finanziert werden soll, ist mit den Vorgaben im Kommunikationskodex und im neuen TKG nicht vereinbar. Selbst wenn man die rechtlichen Rahmenbedingungen des Universal diensts ausklammert, wäre ein solches Vorgehen mit der Priorität des eigenwirtschaftlichen Ausbaus nicht vereinbar. Mindestanforderungen an einen Universal dienstanschluss, die durch einen LTE/5G-Anschluss oder FTTC

33 Siehe hierzu Bundesregierung, Mobilfunkstrategie der Bundesregierung, 2019.

34 Siehe die BMVI-Übersichtsseite zum „Mobilfunkgipfel“, abrufbar unter <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/DG/mobilfunkgipfel.html> (zuletzt abgerufen am 14.12.2021).

35 Vgl. die Übersicht „Monitoring Mobilfunk – Flächenversorgung nach Bundesland“, abrufbar unter https://download.breitband-monitor.de/202104_Auswertung_Bund_Zusammenfassung.pdf (zuletzt abgerufen am 14.12.2021).

36 Siehe die BMVI-Übersichtsseite zur „Mobilfunkförderung“, abrufbar unter <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/DG/foerderprogramm-mobilfunkfoerderung.html> (zuletzt abgerufen am 14.12.2021).

37 Siehe hierzu Sörries u. a. (Fn. 29), S. 31.

38 Sörries u. a. (Fn. 29), S. 10.

generierbar sind, führen zu einem Universaldienstregime, von dem auszugehen ist, dass negative Anreize für die Inanspruchnahme der Mobilfunkförderprogramme und der Breitbandförderprogramme vernachlässigbar sind. Verdrängungseffekte sind aber auch hier nicht ausgeschlossen. Ein derartiger Effekt ist umso geringer, je mehr Anschlussarten einen Universaldienstanschluss generieren können. Insbesondere dann, wenn auch LTE-Mobilfunk neben den leitungsbasierten

Breitbandanschlüssen einen derartigen Anschluss generiert, ist dieser Effekt vergleichsweise gering. Ein Universaldienstregime, das mit Umsetzungen in der Schweiz oder Großbritannien vergleichbar ist, würde die Zahl der diesbezüglich unversorgten Haushalte deutlich reduzieren. Die mit der Gewährleistung des Universaldienstes verbundenen Nettokosten und die damit einhergehenden potentiellen Wettbewerbsverzerrungen wären somit ebenfalls vergleichsweise gering.

Valentine Lemonnier und Dr. Axel Kallmayer*

Wassergebühren ohne Missbrauchskontrolle – kann das gutgehen?

Die Kontrolle der öffentlich-rechtlich erhobenen Wassergebühren ist nach § 185 Abs. 1 S. 2 GWB der Kontrolle durch die deutschen Wettbewerbsbehörden entzogen. Anders als privat-rechtlich erhobene Wasserpreise unterliegen die Wassergebühren damit nicht der Missbrauchskontrolle nach §§ 31, 19, 20 GWB. Der Beitrag stellt die Hintergründe der Regelung vor, zeigt die aufgrund dieser Regelung auftretenden Missstände in der Praxis auf und gibt einen Überblick über die regulatorischen Lösungsvorschläge.

I. Einführung

Mit der 8. GWB-Novelle wurde die Kontrolle der öffentlich-rechtlich erhobenen Trinkwassergebühren den Wettbewerbsbehörden entzogen. Seitdem können die deutschen Wettbewerbsbehörden nur noch Wasserpreise, d. h. privat-rechtlich erhobene Wassernutzungsentgelte, einer Missbrauchskontrolle nach §§ 19, 20 GWB unterziehen.

Acht Jahre nach der 8. GWB-Novelle und zehn Jahre nach der Entscheidung des BGH zum Niederbarnimer Wasserverband ist der Moment gekommen, auf die Entwicklungen seit diesen zwei Meilensteinen zurückzublicken. Wir erläutern zunächst die Hintergründe der Gesetzesänderung (sogleich, unter II.) und zeigen die Unterschiede zwischen den öffentlich-rechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Prüfungsmaßstäben auf (unten, unter III.). Dem schließt sich eine vergleichende Bewertung dieser Prüfungsmaßstäbe an, welche die besonderen Strukturen in der deutschen Trinkwasserversorgung berücksichtigt (unten, unter IV.) Schließlich stellen wir Vorschläge für eine bundesweit einheitlichere, fairere und im Ergebnis verbraucherfreundlichere Kontrolle der Wasserpreise vor (unten, unter V.).

II. Sinn und Zweck der Neuregelung in der 8. GWB-Novelle

Die 8. GWB-Novelle verfolgte u. a. den Zweck, einen lange währenden Streit über das anwendbare Regime für die Kontrolle der Wassergebühren und -preise zu beenden. Der Streit wurde damit in der Tat beendet – wie aufgezeigt werden wird, wurde das eigentliche Problem aber nicht gelöst (siehe unten, unter IV.).

Ursprung der Auseinandersetzung war, dass der Staat seine Aufgaben entweder in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Ausgestaltung wahrnehmen kann. Wählt eine Kommune bei der Erbringung einer Leistung die öffentlich-rechtliche Organisationsform, z. B. Erbringung der Trinkwasserversorgung in einem Eigenbetrieb, kann sie wählen, ob das

Nutzungsverhältnis ebenfalls öffentlich-rechtlich auszugestalten ist oder aber privatrechtlich sein soll. Im ersteren Fall werden von den Nutzern Gebühren erhoben, im letzteren Preise.¹ Hat das Trinkwasserversorgungsunternehmen hingegen eine privatrechtliche Organisationsform (z. B. GmbH oder AG), können nur Wasserpreise festgesetzt werden.

Lange herrschte Unklarheit darüber, welchem rechtlichen Kontrollregime beide Entgeltkategorien unterfallen sollten. Dies spitzte sich in einem Beschluss des BGH zu: Der BGH stellte einerseits fest, dass eine öffentlich-rechtliche Gebührenerhebung grundsätzlich dem Anwendungsbereich des GWB entzogen ist.² Er warf andererseits die Frage auf, ob dieser Grundsatz auch dann Geltung beanspruchen kann, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung – wie im Fall der Wasserversorgung – weitgehend austauschbar sind. In der Folge könnte der öffentlich-rechtlich organisierte Wasserversorger auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zu seinen Abnehmern grundsätzlich als Unternehmen im wettbewerbsrechtlichen Sinne anzusehen sein.³ Der BGH ließ die Beantwortung dieser Frage zwar offen. Der Kampf um die Deutungshoheit war damit aber eröffnet.

Der Gesetzgeber löste mit der 8. GWB-Novelle diesen Streit, noch bevor er weitere Kreise ziehen konnte. Der neue § 130 Abs. 1 S. 2 GWB 2013 stellte klar, dass die Vorschriften über die wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle (d. h. §§ 31b Abs. 5, 19, 20 GWB) nicht auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge Anwendung finden.⁴ Diese Klarstellung wurde später in den § 185 Abs. 1 S. 2 GWB verschoben und im Wortlaut verändert, blieb jedoch sinngemäß dieselbe.⁵

Die Reaktion des Gesetzgebers hat zwar die gewünschte Klarheit in der Praxis geschaffen. Das hinter der Diskussion um die Zuständigkeit stehende Problem der unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe wurde damit aber nicht gelöst.

* Dank gilt Rechtsreferendarin Julia Beckmann, LL. M., für eine sorgfältige Durchsicht des Manuskripts verbunden mit kritischen Anmerkungen.

- 1 Vgl. Reinhardt, LKV 2010, 296, 297; Scholl, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. A., 2020, § 31 GWB Rn. 18.
- 2 BGH, NJW 2012, 1150, 1151 Rn. 10 (Beschl. v. 18.10.2011 – Az. KVR 9/11) (= N&R 2012, 117) – Niederbarnimer Wasserverband.
- 3 BGH, NJW 2012, 1150, 1151 Rn. 11 f. (Beschl. v. 18.10.2011 – Az. KVR 9/11) (= N&R 2012, 117) – Niederbarnimer Wasserverband.
- 4 Wortlaut des § 130 Abs. 1 S. 2 GWB vom 30.6.2013 bis zum 17.4.2016: „Die §§ 19, 20 und 31b Absatz 5 finden keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge.“
- 5 Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) v. 17.2.2016, BGBl. 2016 I, 203.