

23.01.23

Vk

Unterrichtung
durch die Bundesregierung

**Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur - Telekommunikation
2020/2021**

mit

**12. Sektorgutachten Telekommunikation (2021) der
Monopolkommission - Wettbewerb im Umbruch
- Drucksache 20/1620 -****Stellungnahme der Bundesregierung**Bundesministerium
für Digitales
und Verkehr

Berlin, 20. Januar 2023

An den
Präsidenten des Bundesrates
Herrn Ersten Bürgermeister
Dr. Peter Tschentscher

Sehr geehrter Herr Bundesratspräsident,

anbei übersende ich Ihnen die in der Kabinettsitzung am 18. Januar 2023 beschlossene Stellungnahme der Bundesregierung zum Sektorgutachten Nr. 12 der Monopolkommission „Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch“ zu Ihrer Information.

Mit freundlichen Grüßen
Dr. Volker Wissing

Stellungnahme

der Bundesregierung

**Sektorgutachten Nr. 12 der Monopolkommission
„Telekommunikation 2021: Wettbewerb im
Umbruch“**

Inhalt

1	Vorbemerkung.....	5
2	Stellungnahme Telekommunikation - Festnetz	6
2.1	Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Festnetzbereich.....	6
2.2	Regulierung im Festnetz.....	10
2.2.1	Regulierung von Vorleistungsprodukten durch die Bundesnetzagentur.....	10
2.2.2	Migrationsprozess von Kupfer auf Glasfaser wettbewerbskonform und verbraucherfreundlich unterstützen	12
2.2.3	Kooperationen zwischen Marktteilnehmern zum gemeinsamen Ausbau – Einschätzung im Hinblick auf Ko-Investitionsmodelle.....	13
3	Stellungnahme Telekommunikation - Mobilfunk.....	17
3.1	Lageanalyse.....	17
3.2	Frequenzvergabeverfahren	18
3.3	Diensteanbieterpflichtung.....	20
3.4	Umsetzung der Vorgaben zu Zero-Rating	22
4	Interpersonelle Telekommunikationsdienste.....	24
4.1	Gesetzliche Definition von Telekommunikationsdiensten.....	24
4.2	Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen bei interpersonellen TK-Diensten	26

Abkürzungen

4G/LTE	Mobilfunkstandard der 4. Generation
5G	Mobilfunkstandard der 5. Generation
Art.	Artikel
BNG	Broadband Network Gateway
BMDV	Bundesministerium für Digitales und Verkehr
BNetzA	Bundesnetzagentur
DMA	Digital Markets Act
DOCSIS 3.1	Übertragungsstandard der HFC-Netze
EKEK	Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation
EoI	Equivalence of Input
ERT	Economic Replicability Test
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
FTTH/B	Fiber to the Home/Fiber to the Building
GB	Gigabyte
GEREK	Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GHz	Gigahertz
IoT	Internet of Things
Mbit/s	Megabit pro Sekunde
MHz	Megahertz
MVNO	Mobile Virtual Network Operator
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OTT	Over-the-Top (-Player)
SIM	Subscriber Identity Module

TAL	Teilnehmeranschlussleitung
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz	Textziffer
VDSL	Very High Speed Digital Subscriber Line
WIK	Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste

1 Vorbemerkung

1. Die Monopolkommission hat im Dezember 2021 – gemäß § 195 Abs. 2, 3 des TKG – ihr Sektorgutachten zur Wettbewerbsentwicklung im Telekommunikationssektor¹ vorgelegt.
2. Im Rahmen dieses Sektorgutachtens beurteilt die Monopolkommission den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs auf Telekommunikationsmärkten und nimmt zu der Frage Stellung, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte in Deutschland bestehen. Sie würdigt die Anwendung der Vorschriften des TKG über die Regulierung und Wettbewerbsaufsicht und nimmt zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung.
3. Die Bundesregierung nimmt gemäß § 195 Abs. 3 TKG zu dem Sektorgutachten der Monopolkommission gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes Stellung.
4. Die Sektorgutachten der Monopolkommission sind wichtige Instrumente zur Beurteilung der Entwicklung der Telekommunikationsmärkte und liefern einen substanziellen Beitrag zur erfolgreichen Umsetzung der politischen Ziele. Sie geben Anregungen für die Telekommunikations- und Regulierungspolitik in Deutschland und unterstützen die Bundesregierung bei der Entwicklung eines wettbewerbsorientierten und zugleich investitions- und innovationsfreundlichen Rechts- und Regulierungsrahmens. Dies ist insbesondere in einer Zeit wichtig, in der die Energiekrise und die Bewältigung der Covid-19-Pandemie Wirtschaft und Gesellschaft vor große Herausforderungen stellen.

¹ <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sektorgutachten-telekommunikation.html>

2 Stellungnahme Telekommunikation - Festnetz

2.1 Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Festnetzbereich

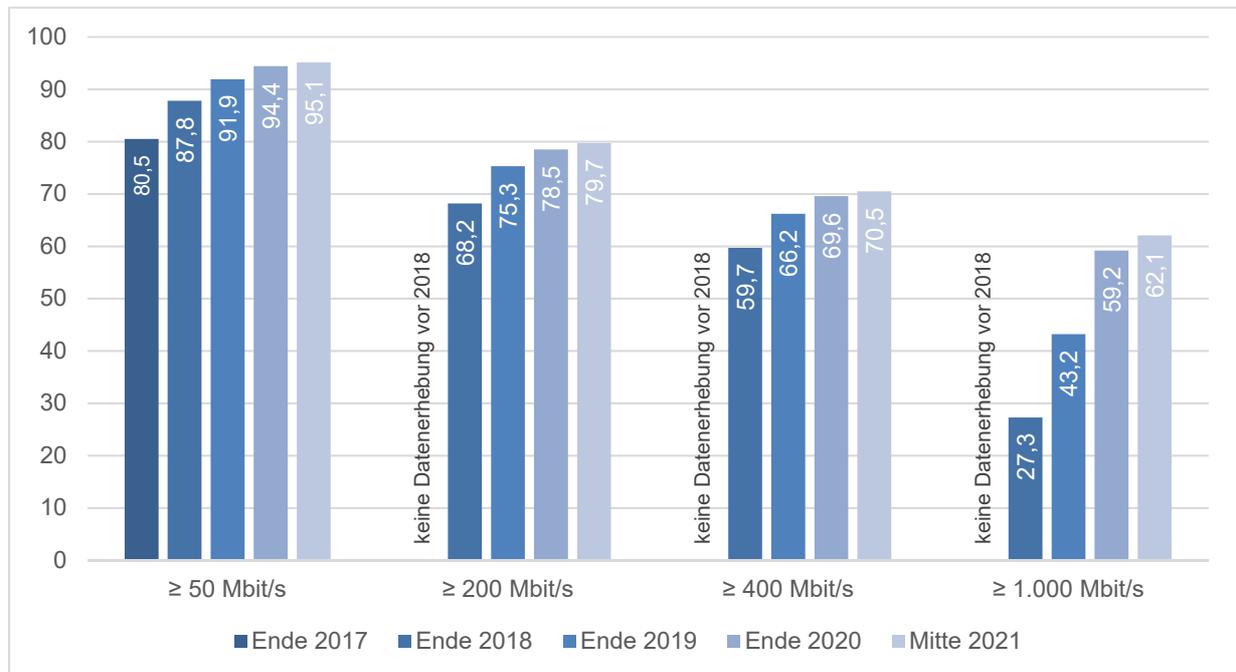
5. Die Monopolkommission stellt für die Entwicklung im Festnetz fest, dass zunehmend Anschlüsse mit höheren Datenübertragungsraten gebucht werden. Dieser Befund und die Zunahme des genutzten Datenvolumens belegen nach ihrer Ansicht die wachsende Bedeutung schneller Breitbandanschlüsse. Diese werde auch deshalb weiter zunehmen, da viele der über das Internet genutzten Dienste und Anwendungen immer datenintensiver werden (Tz. 1 ff.).
6. Im Jahr 2021 hat die Anzahl der vorhandenen Glasfaseranschlüsse um 40 Prozent gegenüber 2020 zugenommen; im Vergleich zu 2018 hat eine Verdoppelung stattgefunden. Die Monopolkommission konstatiert gleichwohl eine gegenüber dem Angebot vergleichsweise zurückhaltende Nachfrage. Der Anteil vermarkteter Glasfaseranschlüsse stagniere seit zwei Jahren bei etwa 30 Prozent. Angesichts steigender Daten- und Geschwindigkeitsanforderungen und einer zunehmenden Verfügbarkeit von FTTB/H-Anschlüssen geht die Monopolkommission aber von einer zunehmenden Take-up-Rate aus (Tz. 9).
7. Aus Sicht der Bundesregierung verläuft der Infrastrukturausbau derzeit dynamisch. Dank einer hohen Dynamik des marktgetriebenen Ausbaus und massiver Anstrengungen von Bund und Ländern einschließlich Kommunen beim Breitbandausbau in den vergangenen Jahren haben die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland von erheblichen Fortschritten bei der Versorgung mit leistungsfähigen Breitbandanschlüssen profitiert.

Nach den Zahlen des Breitbandatlas hatten Mitte 2021 mehr als 95 Prozent der privaten Haushalte in Deutschland Zugang zu Breitbandanschlüssen mit Bandbreiten von mindestens 50 Mbit/s. Für viele Anwendungen des heutigen Bedarfs, wie Videokonferenzen und die Nutzung von Streamingdiensten, reichen diese Bandbreiten derzeit häufig noch aus. In Zukunft werden jedoch Gigabitgeschwindigkeiten für viele Anwendungen unerlässlich sein.

Gigabitfähige Breitbandanschlüsse waren bundesweit für rund 62 Prozent der ca. 41 Millionen Haushalte buchbar. Das entspricht einer Steigerung von 127 Prozent innerhalb von zweieinhalb Jahren.

Der vergleichsweise hohe Zuwachs im Gigabitbereich geht im Wesentlichen auf die wettbewerbsgetriebene Aufrüstung von Breitbandkabelnetzen mit dem Übertragungsstandard DOCSIS 3.1 zurück. In den Bandbreitenkategorien ≥ 100 Mbit/s und ≥ 200 Mbit/s hat zudem die Aufrüstung der DSL-Netze mittels Super-Vectoring zu einer Verbesserung der Versorgungssituation beigetragen.

Abb. 1: Entwicklung der Breitbandverfügbarkeit in Deutschland in Prozent der Haushalte



Quelle: Bericht zum Breitbandatlas, Mitte 2021.

8. Von den Ausbaufortschritten der vergangenen Jahre hat auch der ländliche Raum profitiert. Regionale Unterschiede bei der Verfügbarkeit von Anschlüssen mit geringen Bandbreiten wurden weiter abgebaut. So war Mitte 2021 für knapp 83 Prozent der ca. 4,4 Millionen Haushalte in ländlichen Gebieten ein Anschluss mit mindestens 50 Mbit/s vorhanden (bundesweit: 95,1 Prozent). Das entspricht einem Zuwachs von mehr als 18 Prozentpunkten seit Ende 2018. Deutlicher fällt das Stadt-Land-Gefälle in den höheren Bandbreitenkategorien aus. Gigabitanschlüsse waren hier nur für knapp jeden vierten Haushalt buchbar (bundesweit: 62,1 Prozent).
9. Die im internationalen Vergleich hohe Verfügbarkeit von Breitbandanschlüssen und ein vergleichsweise moderates Preisniveau haben dazu beigetragen, dass in Deutschland ein hoher Anteil der Bevölkerung Breitbandanschlüsse auch tatsächlich nutzt.

Unter den 38 Mitgliedstaaten der OECD steht Deutschland an fünfter Stelle mit durchschnittlich über 43 festnetzbasieren Breitbandanschlüssen je 100 Einwohnern.

10. Deutlicher Nachholbedarf besteht aber mit Blick auf die Versorgung mit Glasfaseranschlüssen. Da die Leistungsreserven der kupferbasierten DSL-Netze durch die Ausrüstung mit VDSL-Vectoring weitgehend ausgeschöpft und ein Ausbau der gigabitfähigen Breitbandkabelnetze in der Fläche nicht zu erwarten ist, werden jetzt verstärkt Glasfasernetze ausgebaut. Zur Mitte des Jahres 2021 gab es laut Breitbandatlas des Bundes in Deutschland rund 7,3 Millionen FTTB/H-Anschlüsse für private, gewerbliche und öffentliche Endkunden. Das entspricht einer Versorgung von etwa 16 Prozent und nahezu einer Verdoppelung der Anschlusszahl seit Ende 2018 (3,8 Millionen bzw. 8,3 Prozent). Beim Ausbau zukunftsfähiger Glasfaseranschlüsse geht es mit großen Schritten voran. Nach den im Juni 2022 veröffentlichten Zahlen der Bundesnetzagentur ist die Anzahl der verfügbaren Glasfaseranschlüsse innerhalb eines Jahres von 6,7 Millionen (Ende 2020) auf 8,9 Millionen (Ende 2021) gestiegen.² Das ist ein Plus von mehr als 30 Prozent.
11. Aus Sicht der Bundesregierung ist ein rascher Ausbau mit zukunftsfähigen Infrastrukturen entscheidend für die erfolgreiche digitale Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft. In weiten Teilen des Landes wird dieser Ausbau marktgetrieben im Wettbewerb, ohne staatliches Zutun, erfolgen. Für die Bundesregierung hat deshalb der eigenwirtschaftliche Ausbau Vorrang; der Sicherung wettbewerblicher Prozesse im Telekommunikationsbereich kommt deshalb auch weiterhin eine zentrale gesamtwirtschaftliche Bedeutung zu.

Dies wird auch in der Gigabitstrategie der Bundesregierung betont, die den Kompass dafür darstellt, die flächendeckende Versorgung mit hochleistungsfähigen Netzen rasch zu erreichen. Die Unternehmen haben für die kommenden Jahre Investitionen in Milliardenhöhe für den Gigabitausbau angekündigt. Damit sie ihre Ankündigungen zeitnah umsetzen können, sollten aufwändige bürokratische Prozesse verschlankt, weitgehend digitalisiert und unnötige Ausbauehemmnisse aus dem Weg geräumt werden.

² Vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2021 – Unsere Zukunft sicher vorbereiten, S. 55.

12. Diese Strategie wurde nach konstruktiven und intensiven Diskussionen mit allen relevanten Akteuren auf Ebene des Bundes und der Länder (einschließlich Kommunen) sowie unter Einbeziehung der ausbauenden Telekommunikationsbranche erarbeitet. Sie wird als Teil der Digitalstrategie der Bundesregierung der zentrale Kompass auf dem Weg zu zukunftsfähigen Gigabitinfrastrukturen in Deutschland sein. Die Maßnahmen der Gigabitstrategie zielen darauf ab, dass es bis zum Jahr 2030 Glasfaser bis ins Haus und den neuesten Mobilfunkstandard überall dort gibt, wo Menschen leben, arbeiten oder unterwegs sind. In einem ersten Schritt wird angestrebt, dass bis Ende 2025 mindestens die Hälfte der Haushalte und Unternehmen mit Glasfaser bis ins Gebäude versorgt sind.
13. Die Grundlage der Gigabitpolitik der Bundesregierung wird eine aussagekräftige und dynamische Lageanalyse darstellen. Vorhandene Informationssysteme wie Breitband- und Infrastrukturatlas bieten hierzu eine ausbaufähige Grundlage. Des Weiteren forciert die Bundesregierung einen kontinuierlichen Informations- und Erfahrungsaustausch im In- und Ausland, um von Best Practices für innovative und effiziente Prozesse zu lernen. Zudem werden kooperative und vernetzte Vorgehensweisen und ein offener Informationsaustausch dazu beitragen, Ebenen übergreifend voneinander zu lernen. Der Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze wird zügig, wettbewerbskonform und verbraucherfreundlich gestaltet. Hierzu leistet das von der Bundesnetzagentur geleitete Gigabitforum (vgl. Tz. 24 ff.) einen wesentlichen Beitrag. Der Ausbau der Breitbandnetze erfolgt unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten; wo immer möglich, werden Synergiepotenziale genutzt. Der Umsetzungsprozess der Gigabitstrategie wird offen und transparent gestaltet. Die Bundesnetzagentur wird stärker in den Ausbauprozess integriert, die Zusammenarbeit und Arbeitsteilung mit der Mobilfunkinfrastrukturgesellschaft weiter optimiert. Zudem wird die Umsetzung der Strategie fortlaufend mit einem unabhängigen Monitoring evaluiert.
14. Mit der Gigabitstrategie hat die Bundesregierung eine Vielzahl von Maßnahmen auf den Weg gebracht, die alle auf das Ziel eines zügigen Ausbaus einzahlen. Hierzu zählen die Vereinfachung, Beschleunigung und Digitalisierung von Genehmigungsverfahren. Des Weiteren verspricht sich die Bundesregierung einen weiteren Schub für den Ausbau von Gigabitinfrastrukturen vom verstärkten Einsatz alternativer Verle-

getechniken. Beispiele dafür sind Trenching oder oberirdische Verlegungen. Ein weiterer wichtiger Hebel zur Beschleunigung von Ausbauprozessen ist die Information über vorhandene Infrastrukturen, die mitgenutzt werden können. Hierfür wird die Weiterentwicklung von Breitband- und Infrastrukturatlas zu einem „Gigabitgrundbuch“ sorgen. Voraussetzung für den Ausbau ist ferner, dass genügend Fachkräfte vorhanden sind, die den Ausbau umsetzen. Um dieses Ziel zu erreichen, wird ein Gesamtkonzept zur Fachkräftegewinnung erstellt. Für die Sicherstellung der Qualität des Ausbaus wird die Einführung eines Gütesiegels geprüft, um gleichzeitig hochleistungsfähige und nachhaltige Breitbandnetze entstehen zu lassen. Mit dem Gigabitbüro als zentraler Informations- und Beratungsstelle wird eine Informationskampagne gestartet, die die Bürgerinnen und Bürger von den vielfältigen Möglichkeiten digitaler Anwendungen überzeugt.

Auf Basis des Koalitionsvertrages und der Gigabitstrategie wird das bestehende Fördersystem weiterentwickelt. Ziel ist die weitere Beschleunigung und Optimierung der Verfahren sowie ein sinnvolles Ineinandergreifen aller Förderbausteine. Zukünftig wird zur Sicherstellung einer erhöhten Transparenz eine Potenzialanalyse zur Verfügung gestellt werden, die es Kommunen ermöglicht, die Perspektiven für einen privatwirtschaftlichen Ausbau zu erfahren und damit öffentliche Fördermaßnahmen auf das notwendige Maß zu beschränken.

2.2 Regulierung im Festnetz

2.2.1 Regulierung von Vorleistungsprodukten durch die Bundesnetzagentur

15. Im Zuge der Novellierung des TKG wurde das Ziel eines raschen Gigabitnetzausbaus ebenfalls betont und mithilfe entsprechender (de-)regulatorischer Ansätze unterstützt. Hierbei ist darauf zu achten, dass Regulierung den Ausbauprozess in einem wettbewerblichen Umfeld bestmöglich unterstützt. Der Bundesnetzagentur obliegt es, innerhalb dieses Rechtsrahmens ihre Entscheidungen zu treffen. Mit Blick auf die Unabhängigkeit der Behörde (z. B. im Bereich der Marktregulierung) nimmt die Bundesregierung zu konkreten Regulierungsentscheidungen nicht Stellung.

16. Um mit der gesamten Branche besonders wichtige Themen zu diskutieren und wesentliche Entwicklungen konsensorientiert voranzutreiben, wurde das Gigabitforum etabliert, das durch die Bundesnetzagentur moderiert wird.
17. Auch die Monopolkommission räumt dem Ziel des Ausbaus gigabitfähiger Infrastrukturen eine hohe Priorität ein. Nach ihrer Ansicht stellt die Ausgestaltung der sektorspezifischen Regulierung eine wichtige Determinante der Wirtschaftlichkeit des Netzausbaus und -betriebs dar. Auf diese Weise würden somit auch Investitionsentscheidungen der Unternehmen berührt.
18. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur den Zugang zu baulichen Anlagen erweitert. Dieser Zugang ist nun auch für den Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu gewähren und wird auf Masten und Trägersysteme oberirdischer Leitungen erweitert. Dies umfasst knapp drei Millionen Holzmasten mit einer Leitungslänge von rund 100.000 Kilometern (vgl. Tz. 25).
19. Aus Sicht der Bundesregierung kann die stärkere Nutzung alternativer Verlegemethoden wie die Nutzung von Holzmasten oder Freileitungen im Strombereich in Einzelfällen den Ausbauprozess beschleunigen und die Kosten reduzieren. Länder, die beim Glasfaserausbau vor Deutschland rangieren, nutzen in der Regel deutlich stärker oberirdische Verlegemethoden als dies hierzulande der Fall ist.
20. Um den Gigabitnetzausbau zügig vorantreiben zu können, sollten derartige alternative Methoden daher wesentlich stärker eingesetzt werden. Denn sie ermöglichen sowohl beträchtliche Zeit- als auch Kostenersparnisse und sind angesichts aktuell begrenzter Tiefbaukapazitäten und Materialknappheiten besonders wichtig.
21. Dieser Umstand muss demzufolge nicht nur etwa im Rahmen spezifischer breitbandpolitischer Maßnahmen, sondern auch im Regulierungskontext berücksichtigt werden, zumal die Bundesnetzagentur darauf verpflichtet ist, den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität regulatorisch zu unterstützen.
22. Im Zusammenhang mit der Regulierung von Glasfasernetzen der Deutschen Telekom AG hat die Bundesnetzagentur eine Änderung im Regulierungsregime vorgenommen (Ablösung der bisherigen Zugangs- und Entgeltregulierung durch Gleichbehandlungspflichten nach dem Equivalence of Input (EoI)-Prinzip), auch um den Investitionsprozess zu unterstützen.

2.2.2 Migrationsprozess von Kupfer auf Glasfaser wettbewerbskonform und verbraucherfreundlich unterstützen

23. Ein zentrales Thema stellt die Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze in Vorleistungs- und Endkundenmärkten dar. Nach Auffassung der Monopolkommission befindet sich der Wettbewerb im Telekommunikationssektor angesichts dieses bevorstehenden Umstiegs im Umbruch. Sie hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass dieser Übergang wettbewerbskonform erfolgen soll. Aus ihrer Sicht spricht viel dafür, die kupferbasierten Vorleistungsentgelte bis zum Abschluss des Migrationsprozesses real stabil zu halten, um Anreize für den Wechsel von Kupfer- auf Glasfasernetze zu setzen und die Planungssicherheit für die Marktteilnehmer zu erhöhen.
24. Die Ausgestaltung des Migrationsprozesses hin zu Glasfasernetzen wird durch ein in der vorherigen Legislaturperiode eingerichtetes Gigabitforum bei der Bundesnetzagentur mit relevanten Marktakteuren bereits seit längerem intensiv diskutiert. Auf diese Weise wird wesentlich dazu beigetragen, dass der Übergang von Kupfer- zu Glasfasernetzen bei der Umsetzung des neuen TKG in wettbewerbskonformer Weise bestmöglich regulatorisch flankiert wird und Verbraucherinteressen hinreichend Berücksichtigung finden.

Aus Sicht der Bundesregierung handelt es sich beim Gigabitforum um ein Dialogformat, das die wesentlichen Themenbereiche in zielgerichteter Weise konstruktiv vorantreibt. Der bei Regulierungsfragen unabhängigen Bundesnetzagentur kommt hierbei eine wichtige Rolle zu. Sie unterstützt auf Grundlage des Telekommunikationsgesetzes die Verfügbarkeit und den Ausbau von Hochleistungsnetzen und hat mit der Einrichtung des Gigabitforums einen Prozess gestartet, um gemeinsam mit Marktakteuren Rahmenbedingungen für den beschleunigten Übergang von Kupfer auf Glas zu diskutieren.

25. Mit Blick auf die Ankündigungen der Telekommunikationsbranche sowie in- und ausländischer Investoren, den Glasfaserausbau in Deutschland in den nächsten Jahren massiv und beschleunigt voranzutreiben, ist davon auszugehen, dass Fragen einer investitions-, wettbewerbs- und verbraucherfreundlichen Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze rasch an Bedeutung gewinnen. In einigen europäischen Ländern ist der Diskurs bzgl. des Übergangs auf Glasfasernetze und die Abschaltung von Kupfernetzen bereits weiter fortgeschritten (z.B. Frankreich, Schweden). So hat das

französische Unternehmen Orange (frühere France Telecom) Ende Januar 2022 dem französischen Regulierer (Arcep) seinen Plan zur Abschaltung des Kupfer-Teilnehmer-netzes bis 2030 vorgelegt.

26. Die Anregung der Monopolkommission, sich im Rahmen dieses Forums auf einen möglichst verbindlichen Migrationsplan mit Festlegung von Migrationsschritten und -zeitpunkten zu verständigen, ist aus Sicht der Bundesregierung prüfenswert.
27. Im Hinblick auf zukünftige Themen ist zu erwägen, die wesentlichen mit dem flächendeckenden Ausbau mit hochleistungsfähigen Infrastrukturen einhergehenden Fragestellungen auch im Rahmen dieser Gesprächsplattform – unter Berücksichtigung der kartellrechtlich gebotenen Grenzen – zu adressieren.

2.2.3 Kooperationen zwischen Marktteilnehmern zum gemeinsamen Ausbau – Einschätzung im Hinblick auf Ko-Investitionsmodelle

28. Aus Sicht der Monopolkommission bewegt sich die Möglichkeit, Ausbauprojekte im Rahmen von Ko-Investitionen zu realisieren, in einem Spannungsfeld zwischen einer Förderung des Glasfaserausbaus und der Sicherung des Wettbewerbs. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auf die europäischen Vorgaben. Der EKEK formuliert in Art. 1 Abs. 2 lit. a eine schnellere und breite Abdeckung mit Glasfasernetzen als Ziel an sich; zugleich wird in Erwägungsgrund 27 der Infrastrukturwettbewerb als das am besten geeignete Mittel betrachtet, um dieses Ziel zu erreichen (Tz. 66).
29. Vor diesem Hintergrund ist nach Ansicht der Monopolkommission bei der Beurteilung von Ko-Investitionsvereinbarungen im Blick zu behalten, welche Wirkungen in Richtung einer Beschleunigung des Netzausbaus einerseits sowie auf die Sicherung eines wirksamen Infrastrukturwettbewerbs andererseits von derartigen Modellen ausgehen. Obwohl Ko-Investitionsmodelle geeignet erscheinen, einen Dienstewettbewerb auf Endkundenebene zu etablieren, der anderenfalls nicht möglich wäre, steht die Monopolkommission diesen Modellen tendenziell kritisch gegenüber. Der Beschleunigungseffekt sei eher fraglich, da die Tiefbaukapazitäten ohnehin auf absehbare Zeit eine knappe Ressource darstellen werden.

30. Zudem dürften die Finanzkosten als günstig anzusehen seien; die Monopolkommission führt hierzu diverse öffentlicher Förderprogramme und die Verfügbarkeit privater Investitionsmittel sowie (zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Gutachtens) niedrige Zinsen an. Daher sei eine wesentliche Beschleunigung aufgrund von Ko-Investitionsvereinbarungen nicht zu erwarten (Tz. 67 ff.).
31. Ko-Investitionen sind zwar aus Sicht der Monopolkommission geeignet, das Risiko im Hinblick auf die künftige Nachfrage zu vermindern, denn Investitionen in Infrastrukturen stellten in erheblichem Ausmaß versunkene Kosten dar, die anderweitig nicht amortisierbar seien. Daher entstehe ein hemmender Effekt in Richtung des Glasfaserausbaus, falls Unsicherheiten über die künftige Nachfrage bestehen (Tz. 70). Derartige Unsicherheiten könnten aber nach Ansicht der Monopolkommission zum einen auch durch das Instrument der Vorvermarktung reduziert werden. Zum anderen würde das Nachfragerisiko aufgrund des durch die Covid-19-Pandemie ausgelösten Digitalisierungsschubs vermindert (Tz. 71).
32. Einen wesentlichen Nachteil von Ko-Investitionsvereinbarungen sieht die Monopolkommission darin, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen grundsätzlich das Potenzial aufweisen, den Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu Lasten von Verbraucherinnen und Verbrauchern zu beschränken. Sofern sie spürbare Folgen für den Markt nach sich ziehen, können derartige Ko-Investitionen folglich vom Kartellverbot gemäß Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB erfasst werden. Derartige Folgen seien insbesondere in den Fällen zu erwarten, in denen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Ko-Investitionen eingebunden sind. Im Hinblick auf Wirkungen von Ko-Investitionen hebt die Monopolkommission hervor, dass das „leitgebende Motiv“ der Ausgestaltung solcher Modelle sein sollte, soviel Infrastrukturwettbewerb zu bewahren bzw. zu fördern wie möglich (Tz. 79).
33. Für die Einschätzung potenzieller wettbewerblicher Effekte von Ko-Investitionsvereinbarungen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen sei relevant, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Infrastrukturwettbewerb ohne die Vereinbarungen zu erwarten sei. Insbesondere in den Gebieten, in denen sich aufgrund ökonomischer Gegebenheiten kein oder nur sehr begrenzter Infrastrukturwettbewerb einstel-

len würde, könnten Ko-Investitionsvereinbarungen die Wettbewerbsdynamik potenziell verbessern. Eine Freistellung der Vereinbarung sei in diesen Fällen möglicherweise sinnvoll; ggf. sei die Freistellung an Auflagen zu knüpfen.

34. Jedoch dominieren nach Auffassung der Monopolkommission die wettbewerblichen Bedenken in denjenigen Gebieten, in denen ein Infrastrukturwettbewerb wahrscheinlich sei. Die Monopolkommission plädiert dafür, dass Ko-Investitionsvereinbarungen unter Beteiligung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, die derartige Gebiete betreffen, untersagt werden (Tz. 80).
35. Ko-Investitionsvereinbarungen, bei denen ein marktmächtiges Unternehmen involviert ist, sollten demzufolge nach Auffassung der Monopolkommission auf Gebiete beschränkt werden, in denen sich sehr wahrscheinlich kein Infrastrukturwettbewerb entwickeln werde. Insgesamt sind nach Einschätzung der Monopolkommission mehr Erkenntnisse im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des eigenwirtschaftlichen Glasfaserausbaus erforderlich (Tz. 81).
36. Die Bundesregierung teilt die Einschätzung der Monopolkommission, dass Ko-Investitionsmodelle im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb und auf die Beschleunigung des Glasfasernetzausbaus sorgfältig zu prüfen sind. Die Praxis hat gezeigt, dass Ko-Investitionen in aller Regel unproblematisch sind und den Glasfaserausbau eher beflügeln als ihn verlangsamen. Dies gilt namentlich dann, wenn an der Kooperation keine unmittelbaren Wettbewerber beteiligt sind. Die meisten Ko-Investitionen finden aktuell in Form von Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung von Finanzinvestoren statt. Eine weitere Fallgestaltung betrifft so genannte private Betreibermodelle unter Beteiligung kommunaler Unternehmen, die selbst über keine hinreichende Expertise im Telekommunikationsbereich verfügen, die aber mangels Interesse von etablierten Telekommunikationsunternehmen den Glasfaserausbau in ihrer Kommune durch eine Risikobeteiligung vorantreiben möchten. Die von der Monopolkommission als problematisch eingestuften Ausbaukooperationen zwischen größeren und etablierten Wettbewerbern sind demgegenüber bislang eher die Ausnahme geblieben. Aber auch in diesen Fällen ist im Einzelfall – jetzt vor allem auch unter Berücksichtigung des mittlerweile geltenden regulatorischen Rahmens für Glasfaseranschlüsse und des darunter geltenden Zugangsregimes – zu prüfen, ob sich im Ergebnis durchgreifende wettbewerbliche Probleme ergeben.

37. Die Prüfung, inwiefern Infrastrukturwettbewerb zu erwarten sein wird, kann dabei auch aus Sicht der Bundesregierung innerhalb eines kartellrechtlichen Verfahrens als Teil der dort im Einzelfall vorzunehmenden Gesamtwürdigung durchaus zu berücksichtigen sein. Zudem besteht die Möglichkeit, dass zu erwartende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch von den beteiligten Unternehmen abzugebende Verpflichtungszusagen unterbunden werden können. Auch dies müsste im Rahmen des Verfahrens geprüft werden.
38. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass im Hinblick auf den eigenwirtschaftlichen Ausbau weitergehende Erkenntnisse erforderlich sind und hat im Zuge der Umsetzung der Gigabitstrategie eine Potenzialanalyse veranlasst. Denn um die Potenziale des eigenwirtschaftlichen Ausbaus für eine möglichst schnelle Versorgung mit Glasfaseranschlüssen zu nutzen, ist mehr Transparenz über die eigenwirtschaftliche Erschließbarkeit unterversorgter Gebiete notwendig. Aus Sicht von Kommunen ist häufig nicht hinreichend transparent, ob in einem Gebiet die betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen für einen eigenwirtschaftlichen Glasfaserausbau gegeben sind.
39. Vor diesem Hintergrund wird daher derzeit unter Beteiligung von Marktakteuren, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden eine bundesweite Potenzialanalyse durchgeführt. Im Rahmen dieser Analyse wird die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus quantitativ abgeschätzt und kartographisch dargestellt. Dieses Instrument ist geeignet, um in den Ländern auf Grundlage valider Ausbau- und Planungsdaten die Möglichkeiten für marktgetriebenen Ausbau (z.B. im Rahmen von Vorvermarktungen) kenntlich zu machen sowie darzustellen, wo ein Bedarf für geförderten Ausbau besteht und wo dieser am größten ist. Damit wird der geförderte Breitbandausbau insgesamt effektiver gestaltet. Hierdurch wird dazu beigetragen, den geförderten Ausbau auf das erforderliche Maß zu begrenzen.

3 Stellungnahme Telekommunikation - Mobilfunk

3.1 Lageanalyse

40. Im Rahmen ihrer Lageanalyse hinsichtlich des Standes und der Entwicklung des Wettbewerbs im Mobilfunk stellt die Monopolkommission nur geringfügige Verschiebungen der Marktanteile der drei auf dem deutschen Markt aktiven Mobilfunknetzbetreiber und der Service-Provider in den vergangenen beiden Jahren fest. Mit dem bevorstehenden Markteintritt des vierten Mobilfunkbetreibers dürfte ihrer Einschätzung zufolge auch insoweit eine Wettbewerbsbelebung zu erwarten sein (Tz. 97 f.).
41. Die dynamische Entwicklung von Anwendungsszenarien im Bereich des Internets der Dinge (IoT) zeigt sich daran, dass der Anteil der SIM-Karten, die ausschließlich für Maschine-zu-Maschine-Kommunikation genutzt werden, nach starkem Wachstum 25,5 % aller aktiven SIM-Karten erreicht hat (Tz. 99).
42. Die Monopolkommission stellt fest, dass die Anzahl der für 4G/LTE und 5G freigeschalteten SIM-Karten deutlich angestiegen ist. Diese Entwicklung ist maßgeblich auf die zwischenzeitlich vollständig abgeschlossene Abschaltung aller deutschen 3G-Netze und die Nachnutzung der damit freigewordenen Frequenzen für 4G und 5G zurückzuführen.
43. Wie die Bundesregierung bereits in der Gigabitstrategie dargelegt hat, vollzieht sich der Auf- und Ausbau der 5G-Netze aktuell mit hoher Dynamik. Nach neuesten Erhebungen des Mobilfunkmonitorings der Bundesnetzagentur (Stand Juli 2022) ist 4G bundesweit auf 96,24 Prozent und 5G (alle Technologien) auf über 62 Prozent der Fläche Deutschlands verfügbar. Für rund 51 Prozent der Fläche steht 5G mit all seinen höherwertigen Ausprägungen (Datenrate, Latenz) zur Verfügung.
44. Es ist festzustellen, dass die hohe Wettbewerbsintensität und die Versorgungsaufgaben die Haupttreiber des Ausbaus sind.
45. Das weiter stark auf 5,163 Milliarden GigaByte (GB) im Jahr 2021 gestiegene Datenvolumen im Mobilfunk ist Ausdruck der hohen und kontinuierlich wachsenden

Nachfrage nach Mobilfunkdatendiensten bei gleichzeitig steigender Leistungsfähigkeit der im Einsatz befindlichen Mobilfunktechnologie sowohl auf Netz- als auch auf Empfängerseite.

46. Angesichts seiner hohen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedeutung unterstützt und begleitet die Bundesregierung den Mobilfunkausbau mit einer Vielzahl von Maßnahmen, die im Rahmen der Umsetzung der Gigabitstrategie gebündelt, ergänzt und weiterentwickelt werden. Ziel ist die flächendeckende Verfügbarkeit einer Mobilfunkversorgung mit dem neuesten Mobilfunkstandard. Zentrale Maßnahmen sind die Verbesserung der Rahmenbedingungen, die Erhöhung der Transparenz beispielsweise durch die Einführung des Gigabit-Grundbuchs mit für den Mobilfunkausbau nutzbaren Infrastrukturen und Liegenschaften sowie die zielgerichtete Ergänzung des eigenwirtschaftlichen Ausbaus durch das Mobilfunkförderprogramm.

3.2 Frequenzvergabeverfahren

47. Mit der Novelle des Telekommunikationsgesetzes, die zum 1. Dezember 2021 in Kraft trat, wurde der Vorrang der Versteigerung als Regelverfahren bei der Bereitstellung von Frequenzen aufgehoben. Die Monopolkommission fordert in ihrem Gutachten, den Vorrang von Versteigerungen bei der Frequenzvergabe wieder in das TKG aufzunehmen, da es weiterhin das am besten geeignete Vergabeverfahren bei knappen Mobilfunkfrequenzen sei, insbesondere im Vergleich zum Auswahlverfahren. So könne auch die Rechtssicherheit erhöht werden, da durch den Wegfall des Vorrangs der Versteigerung das Risiko steige, dass die Verfahrenswahl Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen wird und sich die Frequenzvergabe verzögern könnte (Tz. 117-128 und 134 f.).
48. Eine kurzzeitige Verlängerung von Frequenznutzungsrechten im Bereich 800 MHz könne nur ausnahmsweise sinnvoll sein, um die Vergabe von Flächenspektrum im 700-MHz-, 800-MHz- und 900-MHz-Bereich zeitlich zu harmonisieren (Tz. 105).

Die gesetzlichen Rechtsgrundlagen für Verlängerungen nach § 92 Abs. 2 und Abs. 3 TKG würden durch die Grundrechte der Berufsfreiheit in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz überlagert. Jedem Bewerber müsse zumindest die Möglichkeit verschafft werden, die begehrten knappen Güter zu erhalten (Tz. 106).

49. Die Bundesregierung stimmt mit der Monopolkommission überein, dass das Versteigerungsverfahren bei der richtigen Ausgestaltung ein offenes, transparentes, diskriminierungsfreies und effizientes Verfahren zur Bereitstellung von Frequenzen darstellt. So wird erst im Verfahren der Wert der Frequenzen unter Berücksichtigung der mit der anschließenden Zuteilung verbundenen Nebenbestimmungen durch die Bieter bestimmt. Unter der Annahme, dass derjenige, der die Frequenzen am effizientesten nutzen kann, die größte Zahlungsbereitschaft aufweist, wird die Ressource Frequenz an die Marktteilnehmer verteilt.
50. Laut einer Studie für das Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) finden sich im internationalen Vergleich einschließlich Deutschland keine empirischen Belege, wonach sich Ausgaben für Frequenznutzungsrechte nachhaltig negativ auf Investitionen der Mobilfunknetzbetreiber auswirken.³ Zudem zeigt der Vergleich auf, dass die normalisierten Preise (pro Megahertz und Einwohner) in den vergangenen Frequenzvergaben in Deutschland relativ niedrig waren.
51. Gleichwohl kann es im konkreten Einzelfall für die Verwirklichung der gesetzlichen Ziele der Frequenzregulierung günstiger sein, eine andere Form der Bereitstellung als die Versteigerung zu wählen, im Falle bereits zugeteilter Frequenzen zum Beispiel die Verlängerung.
52. Mit der TKG-Novelle wurde der Ermessensspielraum für die Bundesnetzagentur erweitert. Auch mit der neuen Formulierung hat die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, die beste Form der Bereitstellung von Frequenzen zu wählen, um die Regulierungsziele wie die Verbesserung der Versorgung und des Wettbewerbs sowie die effiziente Frequenznutzung zu fördern. Eine Verlängerung von Frequenznutzungsrechten kann nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Nach § 92 Abs. 2 Nr. 4 TKG ist die Notwendigkeit zu berücksichtigen, im Einklang mit § 105 TKG den Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sowie nach § 92 Abs. 2 Nr. 7 TKG die Nachfrage nach Frequenzen bei anderen Unternehmen als denen, die im betreffenden Frequenzbereich über Nutzungsrechte verfügen, zu berücksichtigen.

³ Studie WIK-Consult „Internationale Vorbilder für eine gute Mobilfunkversorgung – Identifizierung von Erfolgsfaktoren“ vom 18.11.2021.

53. Die Bundesnetzagentur verfügt über einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Sie wird die Marktentwicklung berücksichtigen und in anstehenden Frequenzvergabeverfahren unter Abwägung der Regulierungsziele unabhängig eine Entscheidung über die Bereitstellung von Frequenzen treffen.
54. Es ist fraglich, ob die erneute Aufnahme des Vorrangs des Versteigerungsverfahrens das Risiko, dass die Verfahrenswahl der Bundesnetzagentur Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen wird und es dadurch zu Verzögerungen bei der Frequenzvergabe kommt, verringern würde. In der Vergangenheit wurde die Versteigerung als Regelverfahren zur Bereitstellung von knappen Frequenzen gewählt. Die Vergabeentscheidungen wurden regelmäßig beklagt. Diese Verfahren dauern aufgrund der Komplexität oft mehrere Jahre, ohne dass die Frequenzvergaben verzögert wurden.
55. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass in sämtlichen Arten der Frequenzbereitstellung Einnahmen erzielt werden. Bei einer Zuteilung auf Antrag oder einer Verlängerung werden Gebühren erhoben. Im Fall der Versteigerung werden Auktionserlöse generiert. Abweichend von der Darstellung im Sektorgutachten (Tz. 129) werden auch im Fall der Ausschreibung Einnahmen nach §100 Abs. 6 S. 4 TKG als Zuschlagspreise festgelegt.
56. Nicht zuletzt erfolgt der Verzicht auf den Vorrang der Versteigerung im TKG auch in Umsetzung des europäischen Rechtsrahmens. Art. 55 Abs. 2 EKEK nennt gleichrangig das wettbewerbsorientierte sowie das vergleichende Auswahlverfahren. Dies wird in §100 Abs. 1 TKG durch die Wahl zwischen Versteigerungsverfahren und Ausschreibungsverfahren umgesetzt. Nach §100 Abs. 2 S. 1 TKG ist dasjenige Vergabeverfahren durchzuführen, das am besten geeignet ist, die Regulierungsziele nach den §§ 2 und 87 TKG zu erreichen.

3.3 Diensteanbieterspflichtung

57. Eine Befragung von Diensteanbietern durch die Monopolkommission hat Zweifel aufgeworfen, ob ein funktionierender Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen in Deutschland existiert. Indizien könnten auf ein Marktversagen hindeuten. Für die Monopolkommission ist nicht

klar erkennbar, ob das in der Mobilfunkfrequenzvergabe 2019 auferlegte Verhandlungsgebot ausreicht, um das möglicherweise vorhandene Marktversagen zu beheben. Sollten positive Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot weiterhin ausbleiben, empfiehlt die Monopolkommission zu prüfen, ob bei der nächsten Frequenzvergabe den Mobilfunknetzbetreibern eine Diensteanbieterverpflichtung gemäß § 105 TKG auferlegt werden sollte. Diese sollte sowohl Full-MVNOs, die über ein eigenes Kernnetz verfügen, als auch Light-MVNOs, die sich auf den Wiederverkauf spezialisiert haben, einschließen (vgl. Tz. 138ff.).

58. Bei der Bereitstellung von Frequenzen entscheidet die Bundesnetzagentur unter Abwägung der Regulierungsziele unabhängig, welche Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs zu ergreifen sind. Die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung ist grundsätzlich nach §105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG möglich. Dabei stützt sich die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse. Sie prüft insbesondere, ob spezifische Maßnahmen – wie etwa die Diensteanbieterverpflichtung – zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind und die voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau, vgl. §105 Abs. 2 S. 3 TKG.

Dementsprechend ist auch bei der Prüfung zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung die Marktentwicklung zu berücksichtigen.

Vor einer Verpflichtung ist zu prüfen, ob im Vorleistungsmarkt im Mobilfunk marktbasierende Lösungen zustande kommen. Dabei kann beispielweise relevant sein, wie viele Vereinbarungen seit Einführung des Verhandlungsgebotes im Jahr 2019 geschlossen wurden, ob diese alle Technologien einschließlich 5G umfassen oder wie sich die Marktsituation im europäischen Vergleich darstellt, auch in Bezug auf die Marktsegmente (Endkunden, IoT, Fahrzeuge/Logistik). Die Monopolkommission argumentiert hier nachvollziehbar, dass insbesondere sogenannte Full-MVNOs einen Beitrag zu Innovationen leisten können, da sie technisch bedingt einen größeren Spielraum bei der Gestaltung neuer Produkte und Tarife haben.

59. Aus Sicht der Bundesregierung ist eine genaue, fundierte Betrachtung und Analyse des Marktes notwendig, um zu prüfen, ob eine Diensteanbieterverpflichtung notwendig ist. Die Bundesnetzagentur trifft hierüber unabhängig eine Entscheidung im Rahmen der Frequenzvergabe. Aus Sicht der Bundesregierung ist die Existenz eines wirksamen Dienstewettbewerbs im Mobilfunk von großer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung.

3.4 Umsetzung der Vorgaben zu Zero-Rating

60. Die Monopolkommission befasst sich in Kapitel 2 Abschnitt 4 (vgl. Tz. 143 ff.) mit den zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Sektorgutachtens auf dem deutschen Mobilfunkmarkt verfügbaren sog. Zero-Rating-Angeboten. Diese seien als Reaktion der Anbieter von traditionellen mobilen Telekommunikationsdiensten auf den starken Wettbewerbsdruck durch die sog. Over-The-Top-Dienste entstanden. Die Monopolkommission sieht das Zero-Rating als eine nicht-neutrale Form der Datenabrechnung an, da nur der Datenverkehr bestimmter Inhalteanbieter nicht auf das monatliche Datenvolumen angerechnet werde. Im Weiteren geht die Monopolkommission auf die Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur zu den Zero-Rating-Angeboten der Telekom Deutschland GmbH „StreamOn“ und der Vodafone Deutschland GmbH „Vodafone Pass“ ein und bewertet die rechtlichen Grundlagen gemäß der Verordnung (EU) 2015/2120. Die Monopolkommission stellt mit Blick auf die rechtlichen Vorgaben in Art. 3 Abs. 2 und 3 Verordnung (EU) 2015/2120 eine unscharfe Formulierung und eine entsprechende Auslegungsbedürftigkeit fest. In einem letzten Schritt wird die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere die Urteile vom 2. September 2021 zu „StreamOn“ und „Vodafone Pass“, dargestellt und bewertet. Die Entscheidungen des EuGH vom 2. September 2021 seien überraschend, da Stakeholder, GEREK und auch die Monopolkommission zu einer anderen Auslegung gelangt seien. Die Monopolkommission kritisiert in diesem Zusammenhang die lange Verfahrensdauer beim Vollzug der Verordnung (EU) 2015/2120, die es den Unternehmen ermöglichte, von einem rechtswidrigen Verhalten zu profitieren. Schließlich befürwortet die Monopolkommission eine rasche Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zu den Zero-Rating-Angeboten durch die Bundesnetzagentur.

61. Die Vorgaben zur sog. Netzneutralität, insbesondere Art. 3 Abs. 2 und 3 Verordnung (EU) 2015/2120, bedürfen unstreitig der Auslegung. Abs. 2 macht Vorgaben für die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die Bedingungen und Merkmale von Internetzugangsdiensten. Abs. 3 regelt Pflichten und Verbote für die Anbieter von Internetzugangsdiensten bei der Behandlung des Datenverkehrs im Netz. Die besondere Herausforderung für den Gesetzgeber bei der Formulierung der Vorschriften hat darin bestanden, eine hochdynamische Materie tatbestandlich zu erfassen. Die Abbildung unterschiedlicher Sachverhaltskonstellationen, die im Zeitpunkt der Erstellung der Rechtsvorschriften teilweise noch unbekannt waren und mit Blick auf die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle auch heute noch nicht bekannt sind, macht den in den Vorschriften enthaltenen Abstraktionsgrad erforderlich. Der Monopolkommission ist zuzustimmen; die Entscheidungen des EuGH vom 2. September 2021 sind insoweit überraschend gewesen, als sie über die Rechtsauffassung hinausgegangen sind, welche die Regulierungsbehörden in der EU in einem abgestimmten Verfahren entwickelt hatten.
62. Der Monopolkommission ist zudem dahingehend zuzustimmen, dass eine kürzere Verfahrensdauer beim Vollzug der Vorschriften zur Netzneutralität wünschenswert ist. Für die Zukunft hat der nationale Gesetzgeber, wie die Monopolkommission zutreffend feststellt, dafür Sorge getragen, dass sich Verstöße gegen die Netzneutralität für Unternehmen nicht mehr auszahlen werden. Bei Verstößen können Bußgelder bis zu 1 Million Euro, davon abweichend bei Unternehmen mit mehr als 100 Millionen Euro Jahresumsatz bis zu 1 Prozent des Umsatzes, verhängt werden.
63. Mit Blick auf die Empfehlung der Monopolkommission zu einer zügigen Umsetzung der EuGH-Entscheidungen verweist die Bundesregierung auf die Entscheidungen der Bundesnetzagentur vom 28. April 2022. Darin hat die Bundesnetzagentur die Vermarktung der Optionen „StreamOn“ und „Vodafone Pass“ über den 30. Juni 2022 hinaus untersagt und die Beendigung von Bestandskundenverträgen bis zum 31. März 2023 angeordnet. Mit Wegfall von Zero-Rating-Angeboten wird erwartet, dass sich die Entwicklung hin zu Tarifen mit höheren Datenvolumina und günstigeren Mobilfunk-Flatrates beschleunigen wird.

4 Interpersonelle Telekommunikationsdienste

4.1 Gesetzliche Definition von Telekommunikationsdiensten

64. Die Monopolkommission befasst sich in Kapitel 3 Abschnitt 2 (vgl. Tz. 158 ff.) mit der im Rahmen der Novellierung des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens (Richtlinie (EU) 2018/1972; EKEK) erfolgten Neufassung der Definition von Telekommunikationsdiensten. Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission die Anpassung an die technische Entwicklung, weist jedoch auf Abgrenzungsschwierigkeiten sowie die Folgen der Verknüpfung von Telekommunikations- und Inhaltsdiensten hin.
65. Auch die Bundesregierung teilt die Zustimmung zur funktional ausgerichteten Definition von Telekommunikationsdiensten im EKEK. Jedoch geht sie nicht davon aus, dass Abgrenzungsschwierigkeiten insbesondere bei der Definition der interpersonellen Telekommunikationsdienste ein Tätigwerden auf Unionsebene zwingend erforderlich machen. Vielmehr sind Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit unbestimmten Rechtsbegriffen nicht selten, insbesondere wenn es um komplexe Fragestellungen geht. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist im vorliegenden Fall aufgrund der dynamischen Entwicklung und heterogenen Struktur der Angebote auf dem Telekommunikationsmarkt erforderlich, um eine hinreichende Flexibilität der Vorschriften des TKG gewährleisten zu können. Dabei hat der Gesetzgeber mit der Definition interpersoneller Telekommunikationsdienste in § 3 Nummer 24 TKG bereits weitgehende Konkretisierungen vorgenommen, auch wenn dabei noch weitergehender Auslegungsbedarf im Einzelfall besteht.
66. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Bundesregierung die Vorschläge der Monopolkommission zur Abgrenzung von interpersonellen Telekommunikationsdiensten einerseits und Inhaltsdiensten andererseits. Die Herausforderungen beruhen in der Praxis darauf, einen Dienst der einen oder anderen Dienstkategorie zuzuordnen, sowie Dienste zu bewerten, die Funktionalitäten des jeweils anderen Typus dynamisch integrieren. Bei der Abgrenzung von interpersonellen Telekommunikationsdiensten zu Inhaltsdiensten auf die funktionale Austauschbarkeit (Tz. 165) abzustellen, hält die Bundesregierung dabei für eine diskussionswürdige Idee.

Gleiches gilt für den Vorschlag zur Bewertung neu eingeführter Funktionalitäten anhand des Kriteriums der „ökonomischen Untrennbarkeit“. Der Ansatz, neben der technischen Untrennbarkeit auch auf die ökonomische Untrennbarkeit abzustellen, erscheint sinnvoll. Dem steht nach Auffassung der Bundesregierung Erwägungsgrund 17 des EKEK, der lediglich auf technische Gründe abstellt, nicht entgegen. Erwägungsgrund 17 ist insoweit nicht abschließend.

67. Darüber hinaus erscheint die Kritik, im Hinblick auf das Abgrenzungskriterium der „untergeordneten Nebenfunktion“ eines interpersonellen Telekommunikationsdienstes auf den objektiven Wert der Funktion für den Endnutzer abzustellen, aus rechtlicher Sicht nicht zwingend. Eine objektive Empfängerbetrachtung ist dem deutschen Recht vertraut (etwa bei der Auslegung von Willenserklärungen). Der Vorschlag der Monopolkommission, stattdessen darauf abzustellen, ob sich der Gesamtdienst aus Sicht des Endnutzers in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten befindet (Tz. 176), erscheint demgegenüber nicht zwingend praktikabler. Bei der Beurteilung, ob die Funktionalität des zu bewertenden Dienstes einen anderen Telekommunikationsdienst ersetzen soll und aus diesem Grund in einem Wettbewerbsverhältnis zu diesem steht, ist gleichfalls der Standpunkt eines verständigen Endnutzers einzunehmen. Auch das Argument, das TKG sei im Kern ein Recht der Regulierung von Infrastrukturen (Tz. 176), überzeugt an dieser Stelle nicht vollständig. Die Kundenschutzvorschriften des TKG dienen in erster Linie dem Schutz von Verbraucher- und Kundenrechten, auch wenn bei der Frage der Einbeziehung von OTT-Diensten Wettbewerbsaspekte eine große Rolle gespielt haben.
68. Schließlich teilt die Bundesregierung nicht die Kritik der Monopolkommission, dass es zu einer Zersplitterung des EU-Rechts kommt, wenn die BNetzA weitere Abgrenzungskriterien für die Einzelfallbetrachtung festlegt (Tz. 177). Rechtstechnisch wären diese als Verwaltungsvorschriften zu beurteilen, die zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen und gerichtlich überprüfbar sind. Eine Richtlinie gewährt insofern (auch in anderen Bereichen) einen gewissen Umsetzungsspielraum, solange die Anforderungen der Richtlinie selbst gesetzlich umgesetzt sind.

Außerdem ist in der Praxis zu berücksichtigen, dass die BNetzA sich im Rahmen des GEREK bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe stets mit den übrigen Regulierungsbehörden abstimmt. Dies dient der Vermeidung der von der Monopolkommission befürchteten Zersplitterung der Regulierung. Davon unabhängig erkennt die Bundesregierung Vorteile darin, unklare Definitionen EU-einheitlich zu klären, um eine höhere Rechtssicherheit zu erlangen.

4.2 Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen bei interpersonellen TK-Diensten

69. Im Fall von nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten sind nach Ansicht der Monopolkommission sowohl symmetrische als auch asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtungen derzeit abzulehnen und demzufolge von der Bundesnetzagentur nicht anzustreben. Bezüglich der Ausgestaltung und Durchsetzung einer ggf. in der Zukunft erforderlichen asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung sei hierbei insbesondere im Blick zu behalten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthalte. Zudem müsse ausgeschlossen sein, dass diese Verpflichtung bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen aufweise und damit die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstige. Vielmehr sollte sie auf zu definierende Basisfunktionen begrenzt bleiben, sodass der Wettbewerb über innovative Zusatzfunktionen möglich bleibt.

Des Weiteren empfiehlt die Monopolkommission, dass die Interoperabilitätsverpflichtung durch Nichtdiskriminierungsregelungen für Application Programming Interfaces (APIs) bzw. Clearingstellen und ihre Nutzungsbestimmungen sowie Updates flankiert werden.

70. Mittlerweile ist das Gesetz über digitale Märkte (EU-Verordnung 2022/1925), der Digital Markets Act (DMA), in Kraft getreten. Danach sollen grundlegende Funktionen von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten, die von einem sog. Torwächter erbracht werden und als wichtiges Zugangstor von gewerblichen Nutzern zu Endnutzern dienen, auf Antrag anderer Anbieter kostenlos interoperabel werden.

Der Torwächter kommt seiner Pflicht u.a. dadurch nach, dass er die erforderlichen technischen Schnittstellen oder ähnliche Lösungen bereitstellt und ein Referenzangebot mit den technischen Einzelheiten und Bedingungen veröffentlicht. Dabei ist der Umfang der für die Interoperabilität seitens des Torwächters bereitzustellenden grundlegenden Funktionen zeitlich gestaffelt und an den Zeitpunkt der Benennung als Torwächter durch die Europäische Kommission geknüpft. Zunächst soll in einem ersten Schritt für die Eins-zu-Eins-Kommunikation individuelle Text- und Sprachnachrichten sowie das Versenden von Bildern, Videos und anderen Dateien interoperabel werden, wobei wenigstens eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung zu ermöglichen ist. In einem zweiten Schritt soll der Torwächter dafür sorgen, dass die Interoperabilität dieser grundlegenden Funktionen innerhalb von zwei Jahren nach seiner Benennung als Torwächter auch auf Gruppenchats erstreckt wird. In einer dritten Stufe soll der Torwächter innerhalb von vier Jahren nach seiner Benennung als Torwächter für die Interoperabilität von Sprach- und Videoanrufen zwischen Einzelpersonen und Gruppen sorgen. Der betroffene Torwächter hat die Interoperabilität grundsätzlich nach Erhalt eines zumutbaren Antrags innerhalb von drei Monaten für die beantragten grundlegenden Funktionen bereitzustellen.