

eco Stellungnahme zum Vorschlag des BMVI eines 5. TKG-Änderungsgesetzes zu § 77i TKG

Berlin, den 13.08.2018

Das Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI) hat einen Entwurf für ein 5. TKG-Änderungsgesetz vom 25.07.2018 vorgelegt. Dieser ist noch nicht ressortabgestimmt. Ziel des Entwurfs ist es, in bestimmten Fällen den Überbau von geplanten Glasfasernetzen zu verhindern, soweit das geplante Glasfasernetz einen offenen, diskriminierungsfreien Zugang bietet.

eco bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und nimmt sie gerne wahr.

Wir sind der Auffassung, dass die Neuregelung

- **dem Sinn und Zweck des DigiNetzG nicht widersprechen darf,**
- **nicht im Widerspruch zur Kostensenkungs-RL stehen darf,**
- **technologieneutral sein muss,**
- **Infrastrukturwettbewerb nicht aushebeln darf,**
- **mit anderen Regulierungszielen des TKG im Einklang stehen muss,**
- **Neubaugebiete nicht erfassen darf,**
- **hinsichtlich Reichweite und Bestimmtheit zu präzisieren ist.**

I. Gegenstand „de lege ferenda“ im Entwurf

Nach dem Entwurf dem soll § 77i Absatz 3 TKG der folgende Satz 3 hinzugefügt werden:

„Anträge sind insbesondere dann unzumutbar, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde.“

Absatz 3 lautet dann zukünftig insgesamt, neu gelb hervorgehoben:

„3) ¹Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, haben zumutbaren Anträgen nach Absatz 2 zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben.

² Anträge sind insbesondere zumutbar, sofern



1. dadurch keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht werden; eine geringfügige zeitliche Verzögerung der Planung und geringfügige Mehraufwendungen für die Bearbeitung des Koordinierungsantrags gelten nicht als zusätzliche Kosten der ursprünglich geplanten Bauarbeiten,
2. die Kontrolle über die Koordinierung der Arbeiten nicht behindert wird,
3. der Koordinierungsantrag so früh wie möglich, spätestens aber einen Monat vor Einreichung des endgültigen Projektantrags bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gestellt wird und Bauarbeiten betrifft, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet.

³ Anträge sind insbesondere dann unzumutbar, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde.“

II. Bewertung

1. Vereinbarkeit mit nationalem Recht und Unionsrecht

a) Handlungsbedarf des Gesetzgebers nicht ersichtlich

Das DigiNetzG ist erst gegen Ende 2016 in Kraft getreten. Wir halten die vorgeschlagene, grundlegende Änderung nicht für erforderlich. Es ist eine längere Bewährung in Praxis abzuwarten, bspw. das Einbeziehen der Mitverlegungsszenarien in die Geschäftspläne, u. a. was Amortisation anbelangt. Diese Szenarien sind vom Gesetz gerade intendiert, da sie die Tiefbaukosten senken. Auch die EU-Kommission sieht keinen solchen Handlungsbedarf (BERICHT DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT über die Durchführung der Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, den 27.6.2018 COM(2018) 492 final - Kostensenkungsrichtlinie).

b) Widerspruch zum DigiNetzG

Das primäre Regelungsziel ist die Beschleunigung des Glasfaserausbau durch Kostensenkungseffekte. Weitreichende Ausnahmen zum Mitverlegungsgebot bei öffentlich finanzierten Bauvorhaben zu schaffen, steht damit nicht in Einklang. Daher ist deutliche Einschränkung des



Anwendungsbereiches der Neuregelung vorzunehmen. Anderenfalls würde auch das Regel-Ausnahmeverhältnis dem Sinn und Zweck des DigiNetzG zuwider verkehrt.

c) Widerspruch zur Kostensenkungsrichtlinie

In seiner bisherigen Formulierung steht der Gesetzesentwurf im Widerspruch zur Kostensenkungsrichtlinie. Deren Ziel ist u. a. die erhebliche Reduzierung der Baukosten für digitale Hochgeschwindigkeitsnetze. Das regelt derzeit § 77i Abs. 3 TKG, der die Kostensenkungsrichtlinie zutreffend umsetzt. Mit der nun vorgeschlagenen sehr weiten Ausnahmeregelung des Satzes 3 käme es zu einem deutschen Sonderweg. Auch ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission erscheint vor diesem Hintergrund durchaus möglich. Der vorliegende Entwurf ist der Rechts- und Planungssicherheit für die investierenden Netzbetreiber abträglich, da er nach nur kurzer Geltungsdauer des DigiNetzG auf eine substantielle Änderung zielt, die Sinn und Zweck der Kostensenkungsrichtlinie konterkariert.

d) Technologieneutralität

Der Entwurf des BMVI für § 77i Absatz 3 Satz 3 TKG verletzt die durch die Kostensenkungsrichtlinie EU/2014/61 vorgegebene Technologieneutralität. In deren Erwägungsgrund Nr. 29, Satz 2 heißt es:

„Hochgeschwindigkeitsnetze für die elektronische Kommunikation bis zum Standort des Endnutzers sollten unter Gewährleistung der Technologieneutralität gefördert werden, insbesondere durch hochgeschwindigkeitsfähige gebäudeinterne physische Infrastrukturen.“
Auch § 1 TKG postuliert das Gebot der technologieneutralen Regulierung.

eco erachtet Glasfaser derzeit als eine der wenigen, serienreifen Technologien, die Gigabitanschlüsse mit wenig Latenz, Jitter, und weiteren QoS auf hohem Niveau realisieren können. Indes sollte man dem technischen Fortschritt und der Innovation keinen ungerechtfertigten Riegel vorschieben.

Daher ist in § 77 Absatz 3 Satz 3 der Begriff „Glasfasernetze“ richtlinienkonform anzupassen und durch die Formulierung „Hochgeschwindigkeitsnetze für elektronische Kommunikation“ zu ersetzen.



d) Infrastrukturwettbewerb

aa) Im Allgemeinen

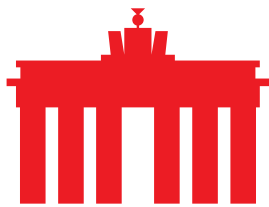
Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist ein Ziel der Regulierung die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze. Dieses Ziel wird in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG weiter präzisiert, indem die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu solchem erklärt wird. Schließlich betont § 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG den Schutz des Wettbewerbs zu Gunsten der Verbraucher durch die Bundesnetzagentur und, soweit sachgerecht, insbesondere die Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs.

In ihrer grundsätzlich Anwendungsbreite wird die vorgeschlagene Neuregelung dem Zweck und den eben genannten Zielen nicht gerecht. Gerade der Ausbau paralleler Infrastrukturen dient generell der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und zwar in einem deutlich stärkeren Umfang als dies durch einen „diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang“ ist. Auf Grund der höheren Investitionen, die zum Ausbau von Infrastrukturen notwendig sind, entsteht eine größere Wertschöpfungstiefe. Durch die Schaffung mehrerer Infrastrukturen im Rahmen von koordinierten Baumaßnahmen durch die Mitverlegung, werden auch die Verbraucherinteressen in besonderem Maße gewahrt, weil den Verbraucher eine größere Auswahl an unterschiedlichen Produkten zur Verfügung gestellt werden kann.

Ohne explizite und klare Beschränkung des vorgeschlagenen, benannten Ablehnungsgrundes ist eine Vereinbarkeit mit Zweck und Zielen des TKG nicht erreichbar, und würde gar die Entstehung von Gebiets-Monopolen gefördert.

Darüber hinaus setzen die Regelungen des § 2 Absatz 2 Nr. 2, Nr. 5 und Absatz 3 Nr. 3 TKG Vorgaben EU-Recht um. Es liegt auf der Hand, dass ohne Begrenzung des Anwendungsbereiches der Neuregelung, eine Vereinbarkeit mit Unionsrecht nicht gegeben ist. Auch in Zukunft wird das EU-Recht an diesem Ziel festhalten, vgl. aktuellen Entwurf der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (2016/0288(COD)). Im Erwägungsgrund 178 heißt es:

„In geografischen Gebieten, in denen künftig vom Ausbau zweier Zugangsnetze auszugehen ist, ist es wahrscheinlicher, dass die Endnutzer



aufgrund des Infrastrukturwettbewerbs von Verbesserungen der Netzqualität profitieren werden, als in Gebieten, in denen weiterhin nur ein Netz zur Verfügung steht.“

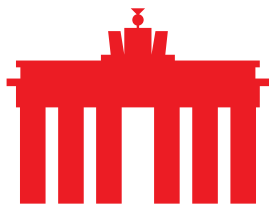
Insoweit ist insbesondere unter Berücksichtigung der Ziele der Regulierung nicht nachvollziehbar, wieso die Möglichkeit der koordinierten Mitverlegung nicht zur Verlegung mehrerer Infrastrukturen führen können soll.

Da der Wettbewerb von Infrastrukturen nach den Regulierungszielen ausdrücklich gewünscht ist, stellt die vorgeschlagene Regelung, die letztlich zur Rechtfertigung von Gebietsmonopolen herangezogen werden würde, einen Fremdkörper im Regelungsgefüge des TKG dar.

Ebenso wenig überzeugt der Vergleich mit der Regelung des § 77g Nr. 7 TKG, der einen Überbauschutz bei Mitnutzung vorsieht. Der Mitnutzung fremder passiver Netzinfrastuktur liegt eine gänzlich andere Interessenlage zugrunde, als es bei der koordinierten Mitverlegung der Fall ist: Während mit der Vorschrift des § 77g Nr. 7 TKG dem Eigentümer passiver Netzinfrastuktur die Möglichkeit gegeben wird, unter bestimmten Voraussetzungen eine Fremdnutzung seines Eigentums zu unterbinden, würde ein Überbauschutz im Falle der Mitverlegung das bereits planende Unternehmen lediglich vor gesetzlich gewolltem Wettbewerb schützen. Dessen Eigentum ist nämlich überhaupt nicht betroffen. Denn es nutzt, insbesondere im Fall der Erschließung von Neubaugebieten, regelmäßig ebenso wie das die parallele Verlegung begehrende Unternehmen die Synergieeffekte, die durch die Nutzung der durch die Erschließung vorhandenen offenen Gräben ohnehin bestehen.

bb) Infrastrukturwettbewerb in Neubaugebieten

Der Gesetzesvorschlag fokussiert Gebiete, in denen Marktversagen vorliegt. Das ist zu kurz gegriffen. In Gebieten, wo der Ausbau im Wettbewerb stattfinden würde, wird dadurch der Infrastrukturwettbewerb ungerechtfertigt eingeschränkt. Bspw. in Neubaugebieten wird es aufgrund des vereinfachten und gemeinsamen Tiefbaus mit anderen Versorgungsinfrastrukturen, der meist hohen Siedlungsdichte, der koordinierten Mitverlegung mehrerer TK-Unternehmen und zum Teil Erschließungsbeiträgen so gut wie nie zu einem Marktversagen bei der Versorgung mit Telekommunikationsnetzen kommen. Hier herrscht meistens ein intensiver Wettbewerb, von dem die zukünftigen Anwohner profitieren. Die Neuregelung würde daher, wenn sie Neubaugebiete nicht ausdrücklich von der Einschränkung der Mitverlegungsmöglichkeit ausnimmt, den wirksamen und nachhaltigen



Wettbewerb zu Gunsten regionaler Monopole beschränken. Selbst Vertreter der Bundesnetzagentur warnen, dass die Gesetzesänderung gerade den Abschied vom Infrastrukturwettbewerb in Neubaugebieten bedeuten könnte.

Darüber hinaus schafft das Gesetz ganz konkrete praktische Probleme: In Gebieten, in denen kein Marktversagen festgestellt wurde, ist nicht klar, wie der in der Gesetzesbegründung benannte „Erstverlegende“ zu bestimmen sein soll, der einen besonderen Schutz genießt. In Neubaugebieten zeigen in der Regel mehrere Netzbetreiber gleichermaßen Interesse am Ausbau. Wird nun künstlich ein „Erstverleger“ ausgesucht, dem das Recht zum Ausbau zugeschlagen wird, besteht die unmittelbare Gefahr, dass hierbei unsachgemäße Kriterien zur Anwendung kommen. Die hier gebotene Transparenz und eine rechtlich einwandfreie Vergabe des Ausbaurechts zu erreichen, erforderte aufwändige Ausschreibungsverfahren, die bei Zulassung eines auch für die Anwohner vorteilhaften Ausbaus im Infrastrukturwettbewerb komplett entfielen.

Wir weisen nur der Vollständigkeit halber darauf hin, dass wir diesbezüglich keine konkrete Formulierung vorschlagen.

2. Bestimmtheitsgebot

a) Tatbestandsmerkmal „insbesondere“

Der neue Satz 3 stellt sich inhaltlich sowohl als eine Ausnahmeregelung zum jetzigen § 77i Absatz 3 Satz 2 TKG als auch einen benannten Fall der Unzumutbarkeit dar. Durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ lässt das BMVI absichtlich die Möglichkeit, dass Anträge auch in anderen Fällen als unzumutbar abgelehnt werden können, als dem in Satz 3 konkret beschriebenen Fall. Dies widerspricht getroffenen Aussage in der Gesetzesbegründung: „Deshalb spricht der Regelungsentwurf explizit diesen Fall an und etabliert einen Überbauschutz, wenn die Koordinierung der Bauarbeiten dazu genutzt werden soll, ein bereits geplantes Glasfasernetz mit eigenen Telekommunikationsinfrastrukturen zu überbauen.“ Weiter ist diese Ausweitung der Unzumutbarkeit nicht erforderlich. Aus dem Umkehrschluss zu § 77 Absatz 3 Satz 2 TKG, der das Wort „insbesondere“ enthält, ergibt sich, dass dieser genügend Raum für eine flexible Anwendung betreffend die Zumutbarkeit von Anträgen lässt. Denklogisch sind „de lege lata“ damit Anträge, welche nicht unter § 77 Absatz 3 Satz 2 und Satz 3 TKG fallen, als unzumutbar ablehnbar.

Deshalb ist das Wort „insbesondere“ in § 77 Absatz 3 Satz 3 TKG-E zu streichen.



b) Tatbestandsmerkmal „offener Netzzugang“

Der Begriff „offener Netzzugang“ ist nicht hinreichend konkret. Um den Wettbewerbspetenten überhaupt einen vergleichbaren und wirtschaftlich sinnvoll nutzbaren Netzzugang einzuräumen, ist sicherzustellen, dass damit alle Ebenen des Netzes gemeint sind und dies zu angemessenen Bedingungen erfolgt.

Deswegen ist nach dem Wort in dem neuen Satz 3 „Netzzugang“ zu ergänzen „auf allen Ebenen des Netzes für mehr als einen anderen Betreiber öffentlich-zugänglicher Telekommunikationsnetze zu angemessenen Bedingungen“.

Diese Ergänzung erhöht den Kreis der Wettbewerber, für die es unabhängig von ihrer eigenen Netzstruktur, sinnvoll sein, einen Antrag gem. § 77i Absatz 3 TKG zu stellen. Dies stärkt den Wettbewerb, vgl. Erwägungsgrund 9 der Kostensenkungsrichtlinie. Ansonsten werden die Fälle zunehmen, in denen die Dimensionierung des verlegten Hochgeschwindigkeitsnetzes für elektronische Kommunikation für nur einen Betreiber, d. h. dem sogenannten Ankermieter ausreichend ist und somit in Ermangelung von Reservekapazitäten faktisch kein OpenAccess besteht oder nur zu überzogenen Bedingungen.

c) Zeitliche Einschränkung

Plant der Erstverlegende ein ganz oder teilweise mit Fördermitteln finanziertes Hochgeschwindigkeitsnetz für elektronische Kommunikation zu errichten und OpenAccess anzubieten, steht das zum Zeitpunkt des Zugangs von Anträgen von Wettbewerbern auf Mitverlegung fest. Daher ist es dem Erstverlegenden zumutbar, binnen eines Monats eine begründete Ablehnung mit dem Hinweis auf den Überbau und die Möglichkeit des offenen Netzzuganges dem Wettbewerber mitzuteilen. Dies dient der Rechts- und Planungssicherheit sowie der Beschleunigung des Netzausbaus. Für diese Fälle ist eine Anpassung der Regelung notwendig, welche jene Problematik adressiert. Der Zeitraum von einem Monat wird in Einklang mit § 77n Absatz 5 TKG vorgeschlagen. Dessen Regelung zielt auch auf Beantwortung von Anträgen im Sinne von § 77i Absatz 3 TKG binnen eines Monats.

Entsprechend ist folgender Satz 4 an § 77i Absatz 3 TKG anzuhängen:

„Auf Unzumutbarkeit im Sinne des Satzes 3 kann sich nicht berufen, wer nicht binnen eines Monats ab Zugang des Antrags dem Antragsteller



gegenüber eine mit Gründen versehene Ablehnung und den Hinweis auf Nutzung des offenen Netzzugangs mitteilt.“

d) Anwendung nur bei gefördertem Ausbau von TK-Netzen

Laut der Entwurfsbegründung soll der neue Ablehnungsgrund nach Satz 3 zukünftig nur im Kontext der Breitbandförderung einschlägig sein: es (S. 8):

„Werden die entsprechenden Strecken allerdings nicht durch Fördermittel, sondern auf anderem Wege (beispielsweise mittels Anliegerbeiträge) finanziert, liegt keine öffentliche Förderung vor und der Ausbau des Netzes ist an diesen Stellen nicht durch die Unzumutbarkeitsregelung geschützt.“

Aus Gründen der Rechtsklarheit ist diese gewollte Begrenzung des Anwendungsbereiches explizit in den Gesetzeswortlaut von Satz 3 aufzunehmen. Ansonsten wäre eine Anwendung der Regelung auch weiterhin bei einem nicht geförderten Breitbandausbau möglich (vgl. Streitbeilegungsverfahren BK11-17-001, BK11-17-002, BK11-17-020).

e) Zeitpunkt des Überbausches

Die lediglich in der Entwurfsbegründung enthaltene Erläuterung, ab wann ein Überbauschutz nach § 77 Absatz Satz 3 – neu TKG greift, nämlich ab Bekanntgabe des Zuwendungsbescheides ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit nicht ausreichend. Daher ist die Bewilligung der Fördermittel als Tatbestandsmerkmal vorzusehen, siehe sogleich.

III. „De lege ferenda“ aus Sicht ecos

Nach Ansicht des eco sollte die Neuregelung in Satz 3 und Satz 4 TKG insgesamt zukünftig lauten:

§ 77i TKG

1) ...

2) ...

3) Sätze 1 bis 2

} unverändert



§ 77i Absatz 3 Sätze 3 und 4 TKG - neu:

„³Anträge sind abweichend von Satz 2 unzumutbar, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Hochgeschwindigkeitsnetz für elektronische Kommunikation,

1. welches nicht selbst bereits eine Mitverlegung im Rahmen anderweitig geplanter öffentlicher Erschließungsmaßnahmen darstellt,
 2. das ganz oder teilweise mit bewilligten öffentlichen Fördermitteln finanziert wird, und
 3. das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang auf allen Ebenen des Netzes für mehr als einen anderen Betreiber öffentlich-zugänglicher Telekommunikationsnetze zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung stellt,
- überbaut würde.

⁴ Auf Unzumutbarkeit im Sinne des Satzes 3 kann sich nicht berufen, wer nicht binnen eines Monats ab Zugang des Antrags dem Antragsteller gegenüber eine mit Gründen versehene Ablehnung und den Hinweis auf Nutzung des offenen Netzzugangs mitteilt.“

Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass die Anforderungen in S. 3 Nr. 1 bis 3 TKG-E kumulativ erfüllt sein müssen.

Wir bitten das BMVI, die konkrete Formulierung zur Herausnahme von Neubaugebieten aus dem Anwendungsbereich von Satz 3 zu übernehmen.

Über eco: Mit über 1.000 Mitgliedsunternehmen ist eco der größte Verband der Internetwirtschaft in Europa. Seit 1995 gestaltet eco maßgeblich das Internet, fördert neue Technologien, formt Rahmenbedingungen und vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik und in internationalen Gremien. Leitthemen sind Zuverlässigkeit und Stärkung der digitalen Infrastruktur, IT-Sicherheit und Vertrauen sowie Ethik und Selbstregulierung. Deshalb setzt sich eco für ein freies, technikneutrales und leistungsstarkes Internet ein.