

Verteiler

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi)
Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI)

1. August 2019

Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019 – Gemeinsame Stellungnahme der Verbände BREKO, BUGLAS und VKU

Sehr geehrter Herr Schnorr, sehr geehrter Herr Dr. Miethaner,

das BMWi und das BMVI haben am 21. Februar 2019 ein gemeinsames Eckpunktepapier zur TKG-Novelle 2019 vorgestellt und die interessierten Unternehmen und Verbände um Stellungnahme hierzu gebeten.

Die Verbände BREKO, BUGLAS und VKU begrüßen ausdrücklich die frühe Einbindung der Branche in den Prozess der TKG-Novellierung und die Überlegungen der Ministerien und nehmen im Folgenden die Gelegenheit zur Kommentierung der Eckpunkte gerne wahr. Diese Kommentierung ist nicht abschließend. Die unterzeichnenden Verbände werden in weiteren Stellungnahmen (gemeinsam oder einzeln) den Novellierungsprozess weiter eng begleiten.

Eckpunkt I: Allgemeiner Teil

Die unterzeichnenden Verbände begrüßen die Erweiterung des Zielekatalogs in § 2 TKG um das Ziel durchgehender Konnektivität sowie die ausdrückliche Betonung der Gleichrangigkeit der Regulierungsziele im Eckpunktepapier. Die Sicherstellung der Konnektivität darf und muss nicht auf Kosten des Wettbewerbs gehen. Vielmehr ist der Wettbewerb auch zukünftig maßgeblicher Treiber für die Konnektivität.

Bei den neu aufzunehmenden Legaldefinitionen in § 3 TKG ist vor allem der Begriff des „Netzes mit sehr hoher Kapazität“ (VHC-Netz) von Relevanz, weil hieran wesentliche Rechtsfolgen anknüpfen. So gelten z.B. die Regulierungserleichterungen für Kooperationen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen nach Art. 76, 79 EECC nur für den Ausbau von VHC-Netzen.

Gemäß Art. 2 Nr. 2 EECC gilt als „Netz mit sehr hoher Kapazität entweder ein elektronisches Kommunikationsnetz das komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum

Verteilpunkt am Ort der Nutzung besteht oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankungen bieten kann“.

Die Definition führt im Ergebnis dazu, dass nur FTTB/H-Netze, nicht aber FTTC-Netze (auch nicht im Upgrade mit Vectoring- oder Super-Vectoring-Technik) den Maßstab für die VHC-Definition bilden.

Dieses Verständnis wird auch durch Erwägungsgrund 13 gestützt, in dem es heißt:

„Netze mit sehr hoher Kapazität werden in Zukunft Leistungsparameter erfordern, die jenen eines Netzes entsprechen, das zumindest das zumindest bis zum Verteilpunkt am Ort der Nutzung aus Glasfaserkomponenten besteht. Bei Festnetzanschlüssen entspricht dies einer Netzleistung, die eine Verlegung von Glasfaser bis zu einem Mehrfamilienhaus als Ort der Nutzung bieten kann.“

Der Europäische Kodex trifft also klare Vorgaben zur Definition der VHC-Netze, so dass die Qualitätsparameter von FTTB/H-Netzen der Anknüpfungspunkt der Legaldefinition sein müssen. Wir verstehen auch die vom BEREC zur Konsultation gestellten Fragenkataloge zu den BEREC Guidelines zu VHC-Netzen vom 11. März 2019 und vom 14. Mai 2019 so, dass FTTB/H-Netze den zentralen Anknüpfungspunkt bilden und ermittelt werden soll, ob – und wenn ja welche – anderen Technologien diese Leistungsparameter erfüllen.

Die unterzeichneten Verbände sprechen sich für eine weitere Schärfung der Definition in Richtung von Glasfasernetzen bis mindestens in die Gebäude (mindestens FTTB) aus.

Eckpunkt II: Planungs- und Informationsinstrumente

Mit Blick auf die Umsetzung des Art. 22 EECC begrüßen die unterzeichnenden Verbände zunächst den insgesamt maßvollen Ansatz im Eckpunktepapier.

So ist es richtig und verhältnismäßig, dass keine neuen Instrumente geschaffen werden sollen, sondern die vorhandenen Planungs- und Informationsinstrumente, wie z.B. der Breitbandatlas oder der Infrastrukturatlas genutzt und optimiert werden sollen. Der Gedanke, die bestehenden Planungs- und Informationsinstrumente zusammenzuführen, ist im Grundsatz zwar positiv zu bewerten, es muss jedoch in jedem Fall sichergestellt werden, dass die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen vor dem Zugriff durch andere Unternehmen vollständig geschützt werden. Dies gilt insbesondere auch für telekommunikationsfremde, ggf. kritische Infrastrukturen. Die Herausforderung hierbei wird sein, die unterschiedliche Art und Tiefe der Informationen mit einem differenzierten System an Einsichtnahmebedingungen zu versehen, um das berechtigte Interesse an Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der zu-liefernden Unternehmen angemessen zu schützen. Insbesondere für telekommunikationsfremde Infrastrukturen (Energie, Wasser / Abwasser) ist der Aufwand für die Zulieferung der Informationen in einem angemessenen Rahmen zu halten.

Noch sensibler ist der Punkt der Einführung vorausschauender Planungsinstrumente.

Art. 22 EECC stellt diesen Punkt weitgehend in das Ermessen der Mitgliedsstaaten. Das Eckpunktepapier sieht eine Vorausschau des Netzausbaus für verschiedene Felder – Förderung, Marktanalysen, Prüfung von Versorgungsaufgaben bei der Frequenzverwaltung

und Universaldienst als grundsätzlich nützlich an. Nach Auffassung der unterzeichnenden Verbände sollte auf ein zentrales Instrument für eine Vorausschau (des eigenwirtschaftlichen/geförderten Breitbandausbaus) verzichtet werden.

Im Rahmen von Förderverfahren sollten auch zukünftig zwingend regionale Markterkundungsverfahren einem beabsichtigten Förderprojekt vorangestellt werden, die zeitlich zu entzerren sind.

Eine verbindliche – d.h. sanktionsbewehrte – Vorausschau über einen Zeitraum von mehreren Jahren kann von den Unternehmen nicht rechtssicher geleistet werden. Hinreichend konkretisierte Ausbauplanungen werden von den Unternehmen über einen so langen Zeitraum nicht vorgenommen. Außerdem müssen den Unternehmen Spielräume eröffnet bleiben, um in ihrer Ausbauplanung flexibel auf veränderte Umstände, wie z.B. sich ergebende Kooperationen oder freiwerdende Tiefbaukapazitäten, reagieren zu können.

Eckpunkt III: Marktregulierung

Mit Blick auf die Ausführungen des Eckpunktepapiers zur Marktregulierung ist positiv festzustellen, dass der EECC – und in der Folge auch das Eckpunktepapier der Ministerien – an der grundsätzlichen Systematik der SMP-Regulierung und dem Instrumentarium der Abhilfemaßnahmen festhalten. Diese Regulierungsintensität ist angesichts der Tatsache, dass die Deutsche Telekom auf ihrem Netz (also unter Einrechnung ihrer Bitstrom- und Resale-Kunden) immer noch rund 80 Prozent der Teilnehmeranschlüsse hält, uneingeschränkt erforderlich und angemessen.

Die unterzeichnenden Verbände stehen einer Verlängerung der Regulierungsperiode nicht ablehnend gegenüber. Insbesondere bei den „klassischen“ Vorleistungen, bei denen Prognoseentscheidungen zur Marktentwicklung mit hinreichender Sicherheit getroffen werden können, ist eine Verlängerung der Regulierungsperioden denkbar.

Soweit das Eckpunktepapier allerdings ein „Fast-Track-Verfahren“ anregt, wonach eine Kontrolle der Marktanalyse auch während deren Laufzeit möglich sein soll, ist dies nur akzeptabel, wenn eine solche Überprüfung in beide Richtungen möglich ist, also sowohl mit dem Ziel einer Entlassung eines marktmächtigen Unternehmens aus der sektorspezifischen Regulierung, als auch mit dem Ziel einer Einbeziehung in die sektorspezifische Regulierung für den Fall, dass ein Unternehmen, z.B. auch durch Übernahmen und Zusammenschlüsse, eine besondere Marktmacht erlangt oder eine (erneute) Durchführung des 3-Kriterien-Testes eine (Wieder-)Einbeziehung eines Unternehmens in die sektorspezifische Regulierung nahelegt. Dies wird in den Eckpunkten bislang nicht deutlich und sollte daher entsprechend korrigiert werden.

Der letzte Unterpunkt dieses Eckpunktes behandelt die Möglichkeit einer deutlichen Vereinfachung und Verkürzung der Verfahren zur Marktregulierung, einschließlich der Verfahren zur Zugangs- und Entgeltregulierung. Hierzu sollen sowohl die materiellen als auch die formellen Vorgaben überprüft werden.

BREKO, BUGLAS und VKU teilen die Zielsetzung einer Effektivierung und Verkürzung der Verfahren, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Planungssicherheit, die durch lange Verfahrensdauern beeinträchtigt wird. Allerdings darf dies nicht auf Kosten einer Verkürzung der Beteiligtenrechte im Verfahren gehen. Hier gibt es bereits in der Praxis mit teilweise sehr kurzen Stellungnahme- und Konsultationsfristen bedenkliche Tendenzen in diese Richtung.

Die Wahrung der Beteiligtenrechte ist umso wichtiger, als eine effektive Beteiligung in nachgelagerten verwaltungsgerichtlichen Verfahren so gut wie unmöglich ist. Dies fängt schon damit an, dass die Wettbewerber der Deutschen Telekom in der Regel nicht zeitnah erfahren, ob das marktbeherrschende Unternehmen gegen einen Beschluss der BNetzA eine Klage erhoben hat und daher keine – oder nur verspätet – Beiladungsanträge zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren stellen können. Hier könnte eine zeitnahe Information zur Klageerhebung auf der Webseite der BNetzA (ggf. in einem geschützten Bereich) Abhilfe schaffen. Zudem ist die Beiladungspraxis des VG Köln sehr restriktiv.

Haben die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens daher nur eine sehr begrenzte Möglichkeit eines Vortrags im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ist es umso wichtiger, dass sie ihre Argumente im Verwaltungsverfahren selbst umfangreich vorbringen können. Hierfür spricht auch, dass der Instanzenzug verkürzt ist und die Wahrnehmung schutzwürdiger Interessen durch die weiten Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Beschlusskammer erheblich eingeschränkt wird. Aus den genannten Gründen sind transparente Verwaltungsverfahren mit ausreichenden Stellungnahmemöglichkeiten auch für kommunale sowie kleine und mittlere Unternehmen unverzichtbar.

Zudem wäre eine gesetzgeberische Klarstellung mit Blick auf die Beiladungsfähigkeit von Verbänden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in § 65 VwGO wünschenswert.

Auch der im Eckpunktepapier als möglicher Faktor einer Verfahrenseffektivierung angesprochene „angemessene Begründungsaufwand“ ist zu hinterfragen. Der besondere Begründungsaufwand ist Ausfluss der weiten Beurteilungs- und Ermessensspielräume, die der europäische – und in der Folge auch der nationale Gesetzgeber – der nationalen Regulierungsbehörde einräumt. Da diese Beurteilungs- und Ermessensspielräume der inhaltlichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen sind, stellt das Verwaltungsgericht zu Recht hohe Anforderungen an die Ermessensausübung und eine ermessensfehlerfreie Entscheidung durch die Behörde.

Potenziale zu einer Straffung der Einzelverfahren, z. B. zum Netzzugang oder zur Entgeltregulierung, sehen wir in einer stärkeren Nutzung des § 15a TKG, der bereits mit der letzten großen TKG-Novelle (2012) in das Gesetz aufgenommen worden ist. Von der Möglichkeit, wesentliche Fragen bereits in einem vorgelagerten Regulierungskonzept zu diskutieren und zu lösen und dergestalt Fragen der Zugangs- und der Entgeltregulierung zu verbinden, hat die Behörde bisher keinen Gebrauch gemacht. Regulierungskonzepte bieten aber die Möglichkeit, eine verfahrensübergreifende Regulierungsstrategie und damit die „großen Linien“ zu entwickeln. Die letztlich „kleinteilig“ – in zwei Regulierungsverfügungen und einer Vielzahl von Zugangs- und Entgeltregulierungsverfahren entschiedene – Vectoring-Regulierung hätte von einem derartigen Vorgehen sehr profitieren können. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht insoweit nicht. Die vorhandenen Instrumente müssen nur praktisch angewendet werden.

Eckpunkt IV: Zugang und Zusammenschaltung, Entgelte

1. Differenzierte Regulierung für Kupfer- und Glasfasernetze

Unter diesem Eckpunkt werden zentrale Weichenstellungen für das künftige Regime der Zugangs- und Entgeltregulierung behandelt. Die Herausforderungen liegen dabei darin, die Anreize für Investitionen in VHC-Netze, also im Wesentlichen Glasfasernetze, zu erhalten und

zu intensivieren und gleichzeitig ein angemessenes Wettbewerbsniveau sicherzustellen und zu fördern. Dabei sind die Instrumente so zu wählen, dass die Regulierung für die Marktteilnehmer einerseits vorhersehbar bleibt, andererseits aber den investierenden Unternehmen in einem neuen und sich dynamisch entwickelnden Markt die notwendige Flexibilität und ausreichende Spielräume erhalten bleiben. Schließlich muss der Übergang von der Kupfer- in die Glasfaserwelt fair und mit hinreichender Rechtssicherheit gestaltet werden. Dies darf nicht allein dem marktbeherrschenden Kupfernetzbetreiber überlassen bleiben.

Die regulatorische Konzeption des EECC wird diesen Anforderungen ganz weitgehend gerecht. Es ist daher zu begrüßen, dass sich das Eckpunktepapier eng daran orientiert. Hinsichtlich der Regulierung des Kupfernetzes sieht der EECC mit Blick auf Regulierungsintensität, Verfahren und Instrumentarium keine wesentlichen Veränderungen zum Status quo vor. Dies ist auch richtig, weil die Konstellation im Kupfernetz nach wie vor dieselbe ist, für die dieses Instrumentarium geschaffen wurde. Es dient dazu, die durch das ehemalige Staatsmonopol geprägten Märkte für den Wettbewerb zu öffnen und ein möglichst hohes Wettbewerbsniveau zu erreichen und zu erhalten. Zwar konnte - nicht zuletzt dank der Regulierung – ein signifikantes Maß an Infrastruktur – und Dienstewettbewerb erreicht werden, gleichwohl hält die Deutsche Telekom technisch (also unter Einbeziehung ihrer Resale- und Bitstromnachfrager) rund 80 Prozent der Teilnehmeranschlüsse in Deutschland. Die Wettbewerbsentwicklung bietet daher keinen Anlass für einen Abbau der Regulierungsintensität des Kupfernetzes. Da das Kupfernetz der Telekom frühzeitig weitgehend abgeschrieben war, die Vorleistungsentgelte aber auf der Basis von aktuellen Wiederbeschaffungsentgelten reguliert wurden, hat die Telekom – entgegen ihrer anderslautenden Einlassungen – von der Regulierung sogar profitiert (und tut dies noch), was auch ihren Geschäftsberichten zu entnehmen ist.

Mit Blick auf Glasfasernetze ist die Situation jedoch grundlegend anders. Der Ausbau von Glasfasernetzen wird ganz wesentlich von zahlreichen lokalen und regionalen Carriern sowie Stadtwerken getrieben. Die unterzeichnenden Verbände repräsentieren rund 80 Prozent aller Glasfaseranschlüsse in Deutschland. Wegen der völlig anders gelagerten Marktentwicklung und Marktstruktur wäre es unangemessen, das Glasfasernetz in gleicher Weise zu regulieren wie das Kupfernetz. Die Anbieterstruktur ist im Glasfasersektor deutlich heterogener und vielfältiger als bei Kupfer. Zudem handelt es sich bei Glasfasernetzen, um Netze, die aktuell und zukünftig noch gebaut werden, so dass eine vollständige Abschreibung noch über mehrere Jahrzehnte erfolgt.

Für neue Glasfasernetze marktbeherrschender Betreiber bis in alle Gebäude (mindestens FTTB), sollte der Grundsatz des Vorrangs von marktverhandelten bzw. marktakzeptierten Open-Access-Lösungen gelten. Entscheidend für die "Marktakzeptanz" ist, dass das Open-Access-Angebotsportfolio des marktbeherrschenden Betreibers für tatsächliche Nachfrager unterschiedlicher Struktur und Größe sowie mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen angemessen ist und tatsächlich auch abgeschlossen wird. Regulierung hätte hier lediglich einen subsidiär sichernden Charakter, mit der Bundesnetzagentur (BNetzA) als verbindlicher Streitbeilegungsinstanz.

Dieser Ansatz wird durch die Art. 76 und 79 EECC auch ermöglicht. Danach kann ein marktbeherrschendes Unternehmen freiwillige Angebote zu Verpflichtungszusagen – in der Regel also Open-Access-Angebote – unterbreiten, die durch die BNetzA geprüft und für mindestens 7 Jahre für verbindlich erklärt werden. Akzeptiert die BNetzA (ggf. nach von ihr angestoßenen Korrekturen) das Verpflichtungszusagenangebot des Marktbeherrschers, so

verzichtet sie auf weitere regulatorische Eingriffe. Open-Access-Angebote, die von wesentlichen Teilen des Marktes, mit unterschiedlicher Anbieterstruktur akzeptiert werden, sollten im Rahmen der Prüfung durch die BNetzA die Angemessenheit indizieren.

2. Entgelte

Grundsätzlich sollten auch die Entgelte Bestandteil des Open-Access-Angebotes sein, so dass die Initiative auch diesbezüglich zunächst bei dem marktbeherrschenden Anbieter liegt. Allerdings ist absehbar, dass über die Frage der Entgelte am ehesten Uneinigkeit bestehen wird. In diesen Fällen wäre eine ergänzende Prüfung durch die BNetzA erforderlich. Das Eckpunktepapier betont hier, dass die im Vorleistungsmarkt erzielbaren Renditen grundsätzlich nicht beschnitten werden sollten und regt hierzu eine nachbildbarkeitsorientierte Missbrauchsaufsicht (ex-post-Regulierung) an. Ein Retail-Minus-Ansatz¹, wird von den unterzeichnenden Verbänden im Grundsatz – jedenfalls für aktive Vorleistungen (Bitstromzugang) als geeigneter Ansatz betrachtet, sofern die dafür notwendigen Rahmenbedingungen vorliegen.

Soweit im Rahmen eines Open-Access-Angebots auch passive Vorleistungen (Dark Fiber/Leerrohrzugang) angeboten werden sollen, wäre ein Retail-Minus-Ansatz allerdings nicht zielführend. Schon wegen der zu berücksichtigenden zwischengeschalteten Entgeltabstufungen tendiert ein Retail-Minus-Modell dazu, die Kosten für die Errichtung der passiven Infrastruktur erheblich unterzubewerten. Dies gilt umso mehr, wenn der jeweils niedrigste Retailpreis des Anbieters als Ausgangspunkt gewählt wird, um von dort aus die Abstufungen für die jeweilige Wertschöpfung vorzunehmen. In diesem Fall wird bei einer Retail-Minus-Regulierung – anders als in einem „Bottom-Up-Modell“ - das Vorleistungsentgelt für einen Leerrohrzugang die tatsächlichen Kosten für Aufbau und Betrieb der passiven Infrastruktur – und hier insbesondere die Tiefbaukosten als mit Abstand größten Faktor – nicht mehr abbilden. Hier sollten andere, an einem plausiblen Business-Case orientierte Entgeltbewertungsmechanismen gefunden werden, wie z. B. der bereits in den Niederlanden erprobte „Discounted Cash Flow“ Ansatz (DCF)².

3. Migration von Infrastrukturen

Zum Thema der Migration von der Kupfer- in die Glasfaserwelt sieht das Eckpunktepapier einen im Markt abgestimmten und von der BNetzA gebilligten Migrationsplan vor. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Die Einzelheiten der Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze sollten durch den Markt selbst in einem ggf. moderierten Prozess erarbeitet werden. Damit dies gelingen kann, sind allerdings einige „gesetzgeberische Leitplanken“ erforderlich, die im Zuge der TKG-Novellierung einzuziehen wären.

Dabei muss eine „taktische Abschaltung“ von Teilen des Kupfernetzes durch die Deutsche Telekom verhindert werden. Entscheidend ist, dass eine mögliche Abschaltung des Kupfernetzes für alle Marktteilnehmer nach den gleichen Kriterien und Spielregeln erfolgt. Dies bedeutet, dass sofern die Deutsche Telekom Teile ihres Kupfernetzes gebietsweise abschaltet

¹ Hierbei wird der Vorleistungspreis ausgehend vom Endkundenpreis des Anbieters abzüglich eines Wertes für die vom Vorleistungsnachfrager zu erbringenden Eigenleistungen abgeleitet.

² Hierbei wird das angemessene Vorleistungsentgelt über einen plausibel modellierten Business-Case des Anbieters ermittelt wird.

bzw. abschalten darf, weil sie es durch Glasfaserinfrastrukturen substituiert hat, auch ein FTTB/H ausbauender Wettbewerber die Abschaltung des Kupfernetzes in seinen Ausbaugebieten beanspruchen kann, sofern vergleichbare Bedingungen vorliegen. Die BNetzA muss gesetzgeberisch die Handhabe erhalten, für diesen Fall in einem Dialog mit dem Markt ggf. gleiche Spielregeln festzulegen, wenn im Markt kein gemeinsames Verständnis erzielt werden kann. Nur unter diesen Voraussetzungen wird die Deutsche Telekom überhaupt zu ernsthaften Gesprächen über die Zukunft des Kupfernetzes bereit sein.

Auch aus Art. 81 EECC ergibt sich, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Kupfernetz nicht einfach nur nach den eigenen Bedürfnissen abschalten darf. Die Vorschrift fordert vielmehr einen durch die nationalen Regulierungsbehörden kontrollierten, geordneten Übergang mit transparenten Bedingungen und einen transparenten Zeitplan mit angemessenen Übergangsfristen. Art. 81 EECC kann daher durchaus als Ermächtigungsnorm angesehen werden, der den nationalen Gesetzgebern die Einführung entsprechender Regelungen zur Steuerung des Migrationsprozesses erlaubt.

4. Symmetrische Regulierung

Gemäß Art. 61 Abs. 3 EECC sollen die nationalen Regulierungsbehörden dazu ermächtigt werden, den Unternehmen auch ohne Feststellung beträchtlicher Marktmacht in erheblichem Umfang Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen.

Das Eckpunktepapier der Ministerien gibt sich diesbezüglich zu Recht sehr zurückhaltend und betont den Ausnahmecharakter und die eng definierten Voraussetzungen einer Auferlegung symmetrischer Zugangsverpflichtungen.

So zeigen die Erfahrungen mit den Regelungen des sog. DigiNetzG, wie schnell symmetrische Zugangsregelungen, die die Kräfteverhältnisse im Markt naturgemäß nicht berücksichtigen, zu Marktverzerrungen führen, Investitionen gefährden und die Geschäftsmodelle investierender Unternehmen erheblich beeinträchtigen können (vgl. die Ausführungen unten zu Eckpunkt VII). Es ist daher richtig, die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 61 Abs. 3 EECC möglichst eng und die Ausnahmetatbestände für die Auferlegung marktmachtunabhängiger Verpflichtungen weit auszulegen. Über die Zusammenschaltungsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 2 EECC hinaus, muss die Auferlegung symmetrischer Zugangsverpflichtungen die absolute Ausnahme im Sinne einer Ultima Ratio bleiben.

5. Zugang zur Endleitung

In Zusammenhang mit der Steuerung des Migrationsprozesses spricht das Eckpunktepapier die Möglichkeit an, dass ein Migrationsplan auch „*an der Bandbreitennachfrage orientierte Lösungsansätze für die gleichzeitige Nutzung von Gebäudeverkabelung durch Vectoring- und Glasfaseranschlüsse*“ umfassen könne.

In der Tat bedarf die Blockade von Glasfaseranschlüssen durch die Privilegierung von Vectoring in der jüngsten Spruchpraxis der BNetzA (BK 3-15/011 - 1. Teilentscheidung) dringend der gesetzgeberischen Korrektur, wenn das politische Ziel einer Gigabit-Gesellschaft bis zum Jahr 2025 sowie der Netzinfrastrukturwechsel zu Glasfaser erreicht werden sollen.

Nach den Vorstellungen der Telekom sollen FTTB-Anbieter, die das im Gebäude vorhandene Kupfernetz unter Einsatz der „G.fast“-Technologie nutzen wollen, gerade den werthaltigen, weil reichweitenstarken unteren Frequenzbereichen bis zu 40 MHz ausblenden müssen, um die Kupfertechnologien der Telekom (VDSL-Vectoring, „Super-Vectoring“) zu schützen. Wie

Untersuchungen, u.a. der Technischen Hochschule Mittelhessen (THM), aber auch der Telekom selbst zeigen, würden FTTB-Anbieter damit bei der Übertragungsgeschwindigkeit bis zu 400 Mbit/s ausblenden müssen, wodurch die besondere Leistungsfähigkeit von Glasfasernetzen – und damit ein wesentlicher Vermarktungsvorteil – zumindest mit Blick auf das Qualitätsmerkmal der „Übertragungsgeschwindigkeit“ entfielen. Damit würden Investitionsanreize für Glasfasernetze erheblich beeinträchtigt. Hinsichtlich der Wettbewerbsrelevanz der so erzwungenen Leistungsreduzierung von Glasfasernetzen dürfen dabei nicht nur vectoringbasierte Angebote der Telekom betrachtet werden. Vielmehr muss auch die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber mit DOCSIS 3.1. aufgerüsteten Kabelnetzen herangezogen werden.

Eine angemessene gesetzgeberische Behandlung des Konflikts liegt dabei unserer Auffassung nach nicht in der im Eckpunktepapier „an der Bandbreitennachfrage orientierten“ Lösung. Dies würde bedeuten, dass vectoringbasierte Angebote der Telekom solange Vorrang genießen, bis dieses Angebot den meisten Endkunden nicht mehr genügt. Dieser Ansatz ist deshalb problematisch, weil kein fairer Wettbewerb zwischen Glasfaser- und Vectoringanbietern stattfinden würde. Es wäre für FTTB-Anbieter schwieriger, die Kunden von der besonderen Leistungsfähigkeit ihrer Netze zu überzeugen und damit die Bandbreitennachfrage - als das dann maßgebliche Kriterium für die Konfliktauflösung - zu stimulieren, wenn sie diese besondere Leistungsfähigkeit den Kunden gegenüber nicht in vollem Umfang demonstrieren können.

In Einklang mit dem Gigabit- und Glasfaserziel der Bundesregierung steht demgegenüber allein der von den unterzeichneten Verbänden vertretene „Grundsatz des Vorrangs der besseren Technologie“, der ja auch der Vectoring-Regulierung der BNetzA zugrunde gelegen hatte, bei der aktuellen Entscheidung aber offenbar keine Rolle mehr gespielt hat. Danach darf es jedenfalls keine Privilegierung von FTTC gegenüber FTTB geben. Zudem bieten bereits heute die meisten FTTB-Anbieter freiwillig einen Open Access an, dessen Konditionen regelmäßig denen der Telekom entsprechen oder besser sind.

Inwieweit in eng begrenzten Ausnahmefällen ein befristeter Bestandsschutz für vectoringbasierte Angebote gewährt werden kann, wäre dann ggf. noch im Einzelnen zu regeln.

Mit dem hier vertretenen „Vorrang der besseren Technologie“ und einer klaren Entscheidung für FTTB-Netze bei der Nutzung der Gebäudeverkabelung, würden die mit der BNetzA-Entscheidung bei den Glasfaseranbietern entstandenen Irritationen abgewendet und starke Investitionsimpulse gesetzt werden.

Die unterzeichnenden Verbände appellieren daher zur Auflösung des Konflikts zwischen FTTB/G.Fast und Vectoring bei der Nutzung der Gebäudeverkabelung an BMWi und BMVI, im Referentenentwurf eine am „Grundsatz des Vorrangs der besseren Technologie“ orientierte Lösung zu etablieren.

6. Netzabschlusspunkt

Nur der guten Ordnung halber sei festgehalten, dass die in Ziffer IV. Nr. 2 des Eckpunktepapiers dargestellte Akzeptanz der Branche bzgl. der Definition des Netzabschlusspunktes in § 3 Nr.12a TKG tatsächlich nicht gegeben ist. Für Betreiber von

Glasfaser- und Kabelnetzen ist die Festlegung des passiven Netzabschlusses als Netzabschlusspunkt problematisch, weil dahinter noch aktive Netzelemente genutzt werden. Das Thema soll aber hier nicht weiter vertieft, sondern in einer gesonderten Verbändestellungnahme adressiert werden.

Eckpunkt V: Verbraucherschutz

Zu den im Eckpunktepapier angesprochenen Verbraucherschutzthemen verweisen wir im Wesentlichen auf die bisherige Stellungnahme der Verbändegruppe vom 16. April 2019.

Darüber hinaus wirft das Eckpunktepapier die Frage einer möglichen Streichung der Umlagefähigkeit der laufenden monatlichen Grundgebühren für den Breitbandanschluss auf. Die unterzeichnenden Verbände raten von einer Streichung des § 2 Nr.15b BetrKV ab und halten im Gegenteil die Umlagefähigkeit des Breitbandanschlusses für einen Hebel zur Förderung und Beschleunigung des Glasfaserausbaus. Die im Eckpunktepapier angesprochene Wahlfreiheit der Verbraucher wird nicht durch die Umlagefähigkeit des Breitbandanschlusses beschränkt, sondern durch wettbewerbsrechtlich fragwürdige langfristige Exklusivitätsvereinbarungen, wie sie vor allem zwischen der Wohnungswirtschaft und den Kabelnetzbetreibern abgeschlossen worden sind. Derartige Exklusivitätsvereinbarungen sind bereits durch die Einführung des § 77k TKG relativiert worden und im Übrigen mit den Instrumenten des Kartellrechts in den Griff zu bekommen. Demgegenüber spricht nichts dagegen, dass die Wohnungswirtschaft ein Sammelinkasso nach der BetrKV auch für verschiedene Anbieter von Breitbandanschlüssen durchführt.

Die derzeit bestehende Möglichkeit der Betriebskostenumlage besteht nicht nur für Koaxialkabelprodukte, sondern auch für ultraschnelle Produkte über die zukunftsfähige Glasfaser. Für glasfaserausbauende Unternehmen kann dies ein attraktives Modell sein, um ihre Glasfasernetze weiter auszurollen. Insbesondere auch für kleine und mittlere sowie regional agierende Unternehmen bietet der Gestattungsmarkt die Möglichkeit, neue Kunden und Haushalte zu erreichen und diesen über ihr Glasfasernetz nicht nur TV, sondern auch Telefonie und ein wirklich schnelles Internetprodukt zur Verfügung zu stellen. Durch das Sammelinkasso/die Abrechnung über die Betriebskosten können die glasfaserausbauenden Unternehmen langfristig kalkulieren. Die hierüber generierten Einnahmen stehen verlässlich zur Verfügung und lassen sich dadurch auch für weitere Investitionen in die dringend benötigten Glasfasernetze verwenden. Auch die Inhouse-Infrastruktur kann dadurch profitieren, wenn so die Gebäudeverkabelung den immer weiter steigenden Anforderungen an Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit durch den Wechsel hin zur reinen Glasfaser gerecht werden kann. Die unterzeichnenden Verbände sprechen sich deswegen für die Beibehaltung des Modells des Sammelinkassos gem. § 2 Ziffer 15 Betriebskostenverordnung (BetrKV) aus und halten dies insbesondere vor dem Hintergrund der Breitband-Ziele der Bundesregierung für geboten.

Eckpunkt VI: Frequenzen

1. Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung

Bei den Ausführungen im Eckpunkt Papier zur Frequenzregulierung fehlen Ausführungen zur Klarstellung der Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung.

Die BNetzA hat sich bei der Formulierung der Vergabebedingungen für die 5G-Frequenzen außerstande gesehen, eine „harte“ Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung anzuordnen, da eine marktbeherrschende Stellung der Mobilfunknetzbetreiber bislang nicht festgestellt sei.

Diese Auffassung stellt zwar aus der Sicht der unterzeichnenden Verbände eine fehlerhafte Vermischung der Frequenz- mit der Zugangsregulierung dar, allerdings sollte mit Blick auf die 2023 bevorstehende Neu-Vergabe der 800-MHz-Frequenzen dringend eine gesetzgeberische Klarstellung erfolgen, um der BNetzA die – aus ihrer Sicht – erforderlichen Instrumente für die Festlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung an die Hand zu geben. Dies entspricht auch der gebotenen Umsetzung von Art. 52 EECC.

Entgegen dem ausdrücklichen Rat zahlreicher Experten – u.a. des Bundeskartellamts und der Monopolkommission – hat die BNetzA keine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung in die Vergaberegeln zu 5G aufgenommen. Stattdessen wurde lediglich eine „zahnlose“ Verhandlungspflicht auferlegt. Insbesondere aufgrund der Erfahrungen mit entsprechenden Verhandlungen bei 4G ist absehbar, dass diese Verhandlungspflicht – jedenfalls in einem akzeptablen zeitlichen Rahmen – zu keinem befriedigenden Ergebnis führen wird. Sollte hier tatsächlich eines Tages eine Vereinbarung erreicht werden, werden die 5G-Netzbetreiber den Markt bereits verteilt haben was einen Markteintritt für Diensteanbieter erheblich erschwert. Damit werden die Geschäftsmodelle der Diensteanbieter – nicht zuletzt zu Lasten der Endkunden und Verbraucher – deutlich gefährdet. Dies verdeutlicht auch die aktuelle LTE-Nutzung in Deutschland, welche derzeit lediglich bei 40 Prozent der verfügbaren Mobilfunkangebote liegt, was im Wesentlichen auf einen stark eingeschränkten Wettbewerb im Mobilfunkmarkt zurückzuführen ist.

Die BNetzA begründet die Nichtaufnahme einer echten Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung in die Vergaberegeln mit dem Argument, dies sei nach dem TKG rechtlich nicht möglich gewesen, da die an eine marktbeherrschende Stellung anknüpfenden Regelungen zur Marktregulierung gegenüber den §§ 60, 61 TKG vorrangig zu beachten seien und eine Marktbeherrschung der Mobilfunknetzbetreiber bisher nicht festgestellt worden sei. Die unterzeichnenden Verbände haben in mehreren Stellungnahmen an die BNetzA bzw. den Beirat der BNetzA dargelegt, warum sie diese Rechtsauffassung für unzutreffend halten. Die Marktregulierung und die Regelungen zur Frequenzvergabe regeln sehr unterschiedliche Sachverhalte. Während die Marktregulierung an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft und den daraus resultierenden möglichen Wettbewerbsstörungen begegnet, regeln die Vorschriften zur Frequenzvergabe die Verteilung einer knappen Ressource und die sich daraus ergebende Marktverengung. Beide Sachverhalte adressieren damit zwar mögliche Marktstörungen, sind aufgrund der unterschiedlichen Regelungsansätze aber nicht miteinander verzahnt und stehen daher auch nicht im Verhältnis der Spezialität, sondern vielmehr nebeneinander.

Da die BNetzA zur Möglichkeit der Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung aber eine andere Rechtsauffassung vertritt, ist im Zuge der TKG-Novellierung die Aufnahme einer klarstellenden Regelung im Kapitel zur Frequenzvergabe erforderlich. Danach sollte die Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung im Rahmen von Frequenzvergaben den Regelfall darstellen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die BNetzA im Rahmen der von ihr zu treffenden Prognose zweifelsfrei feststellt, dass die Auferlegung dem Wettbewerb schaden würde. Wie in den in § 123 TKG genannten Fällen, könnte es angesichts der wettbewerbsökonomischen Auswirkungen auf dem Mobilfunkmarkt sowie angrenzender Märkte durchaus sinnvoll sein, die Prognoseentscheidung zur Marktentwicklung an das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt zu knüpfen.

Durch die vorgeschlagene Lösung würden auch die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der BNetzA EU-rechtskonform berücksichtigt.

Die vorgeschlagene Regelung entspricht dem Ansatz des Art. 52 EECC. Nach Art. 52 Abs. 1 EECC fördern die nationalen Regulierungsbehörden bei der Erteilung, Änderung oder Verwaltung von Frequenznutzungsrechten einen wirksamen Wettbewerb und vermeiden Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt.

2. Regionale Frequenzen

BREKO, BUGLAS und VKU unterstützen ausdrücklich den ursprünglichen Ansatz der BNetzA, im Zuge der 5G-Frequenzzuteilungen einen Teil des Frequenzspektrums für lokale und regionale Anwendungen zu reservieren und zu vergeben. Allerdings haben sich die entsprechenden Antragsbedingungen, die anfangs noch auf die Vergabe lokaler und regionaler Frequenzen ausgerichtet waren, zunächst auf lokale Industrieanwendungen beschränkt. Darüber hinaus sind aber regionale Frequenzzuteilungen erforderlich, um z.B. Smart City-Anwendungen und eine digitale Verkehrssteuerung oder die regionale Energieerzeugung und -verteilung im Rahmen der Energiewende zu unterstützen. Insbesondere in Regionen, die bereits weitgehend mit FTTB/H-Netzen erschlossen sind, könnte der 5G-Rollout durch die Vergabe regionaler Frequenzen erheblich beschleunigt werden, da engmaschige Glasfasernetze aufgrund der technischen Anforderungen zwingende Voraussetzung für die Anbindung der 5G-Basisstationen sind. Somit könnten auch weitere Anreize gesetzt werden, in den FTTB/H-Ausbau zu investieren, da dieser gleichzeitig die notwendigen Voraussetzungen für regionale 5G-Angebote und darauf aufbauende innovative Dienste wie bspw. Smart City-Anwendungen schafft. Die Bedeutung dieser und vieler weitere Anwendungsfelder geht über die bloße technologische Ebene hinaus. Vielmehr sind diese Angebote unbedingt erforderlich, um vielfältige gesellschaftspolitische Zielsetzungen zu erreichen. So können intelligente Verkehrssysteme die Sicherheit im Straßenverkehr erhöhen, durch Stauverminderung die Luftqualität verbessern und CO₂-Emissionen erheblich reduzieren. Auch können Anwendungen im Bereich der Telemedizin die Gesundheitsversorgung insbesondere in ländlichen Regionen spürbar verbessern und somit einer Spaltung von Stadt und Land entgegenwirken. Viele weitere Anwendungsfelder sind auf Basis regionaler 5G-Netze umsetzbar, die konkrete Verbesserungen im Alltag der Menschen bedeuten.

Eine Beschränkung auf lokale Nutzungen würde die Entwicklung neuer Anwendungen gerade durch kleinere und mittlere Unternehmen faktisch verhindern und die immensen Innovationspotenziale von 5G ohne Not künstlich beschneiden. Dies würde auch nicht dem Ziel einer effizienten und bedarfsgerechten Frequenzzuteilung entsprechen, da bei lokalen Zuteilungen eher eine punktuelle Nutzung durch einzelne Industrieunternehmen zu erwarten

ist. Im Übrigen blieben die Frequenzen ungenutzt, obwohl regionale Anwendungen möglich wären. Für die 5G-Frequenzen sollten daher auch zügig regionale Anwendungen ermöglicht werden. Für zukünftige Frequenzuteilungen sollte gesetzgeberisch abgesichert werden, dass Teile des zu vergebenden Frequenzspektrums für regionale Anwendungen zur Verfügung gestellt werden.

Eckpunkt VII: Wegerechte und Mitnutzung

BREKO, BUGLAS und VKU begrüßen, dass das Eckpunktepapier eine Überprüfung der geltenden Wegerechtsbestimmungen vorsieht. Die Verbände haben hierzu konkrete Vorschläge.

1. Berücksichtigung von Wald- und Forstwegen / Wirtschaftswegen in § 68 TKG

Die §§ 68 ff. TKG regeln die Erteilung (unentgeltlicher) Berechtigungen zur Nutzung von Verkehrswegen zum Zweck der Verlegung von Telekommunikationslinien. Als „Verkehrswege“ gelten nach § 68 Abs. 1 S. 2 TKG öffentliche Wege, Plätze, Brücken und Tunnel sowie die öffentlichen Gewässer. Das Tatbestandsmerkmal „öffentlich“ ergibt sich dabei aus einer entsprechenden Widmung des Verkehrsweges.

Im Zuge des Ausbaus von modernen Hochgeschwindigkeitsnetzen besteht aber in den vergangenen Jahren immer häufiger die Notwendigkeit der Nutzung von öffentlichen Wald- und Forstwegen bzw. Wirtschaftswegen. Da diese in der Legaldefinition des § 68 Abs. 1 TKG nicht aufgeführt werden, sind bezüglich dieser Nutzungen Abstimmungen mit den zuständigen Forstverwaltungen zu treffen. In Ermangelung einer generellen Regelung zur Nutzung öffentlicher Wald- und Forstwege/Wirtschaftswege ergibt sich deutschlandweit ein buntes Bild. In einigen Regionen kann die Nutzung unentgeltlich erfolgen, während andere Forstverwaltungen für die Erteilung der Nutzung Abgaben oder Gebühren in regional erheblich unterschiedlicher Höhe erheben. Wieder andere Forstwirtschaften versuchen, eine Nutzung von Wald- und Forstwegen/Wirtschaftswegen zum Zweck der Verlegung von Telekommunikationslinien grundsätzlich zu verhindern oder zumindest einzuschränken. Durch diese höchst uneinheitliche und daher für den Einzelfall kaum zu prognostizierende Praxis der lokalen Forstverwaltungen wird der Ausbau moderner Glasfasernetze in vielen Fällen erschwert und verzögert. Eine einheitliche Handhabung durch die Forstverwaltungen wäre daher wünschenswert. Diese kann am einfachsten dadurch erreicht werden, dass die Wald- und Forstwege/Wirtschaftswege in die Legaldefinition des § 68 TKG einbezogen und somit rechts- und planungssicher dem Wegerechte-Regime der § 68 ff. TKG unterworfen werden.

2. „One-stop-shop“ für Genehmigungen

Eine weitere Maßnahme zu einer deutlichen Beschleunigung des Glasfaserausbaus wäre die Zusammenfassung der Zustimmung des Wegebausträgers, in der Regel den Kommunen, und der – in der Regel ebenfalls durch die Kommunen zu erteilenden – straßenrechtlichen Aufgrabegenehmigungen in einem Rechtsakt. Die Doppelung von Zustimmungs- und Genehmigungsverfahren führt bei den Unternehmen zu erheblichen Verwaltungsaufwänden und zu Zeitverlusten bei den Glasfaserausbauprojekten. Den Verbänden ist bewusst, dass die Problematik wegen der unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen nicht allein im Zuge der TKG-Novellierung angegangen werden kann, sondern im Wesentlichen durch die Straßen- und Wegegesetze der Länder gelöst werden muss. Wir regen aber an, im Zuge der TKG-

Novellierung bei den Bundesländern für eine Lösung zu werben, die die Zustimmung des Wegebausträgers nach § 68 TKG und die straßenrechtliche Aufgrabegenehmigung „uno actu“ ermöglicht. Mindestens aber sollten beide Rechtsakte durch einen für die Unternehmen zentralen Ansprechpartner bearbeitet werden.

3. Überarbeitung von Regeln der Grundstücks- und Gebäudenutzung

Im Zuge verschiedener Anpassungen des TKG über die Jahre finden sich an unterschiedlichen Stellen Regelungen zur Nutzung privater Grundstücke und Gebäude, die zum Teil systematisch unzusammenhängend über das TKG verteilt und teilweise inhaltlich widersprüchlich sind. So vermittelt § 45a Abs. 3 TKG Netzbetreibern zum Zweck der Versorgung eines Kunden einen Mitbenutzungsanspruch bezüglich der auf dem Grundstück und den darauf befindlichen Gebäuden verlegten Leitungen eines anderen – nutzungsberechtigten – Netzbetreibers, soweit der Grundstückseigentümer keine weiteren Nutzungsverträge abschließen möchte. Gemäß Satz 2 wird das Nutzungsentgelt durch die BNetzA nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgelegt. Der Mitnutzungsanspruch selbst ist aber zivilrechtlicher Natur.

Ein Mitbenutzungsanspruch hinsichtlich der in einem Gebäude und ggf. auf einem Grundstück verlegten Leitungen eines anderen Netzbetreibers lässt sich aber auch aus § 77k Abs. 3 TKG ableiten. Hier sieht § 77n Abs. 6 TKG mit den zusätzlichen Kosten der Mitnutzung einen anderen Kostenmaßstab vor. Zudem ist dieser Zugangsanspruch mittels einer Entscheidung der BNetzA durchzusetzen, gegen die wiederum der Verwaltungsweg eröffnet wäre.

§ 76 TKG wiederum regelt das Recht zur Leitungsverlegung auf Grundstücken bis zum Abschluss im Gebäude („Hausstich“) gegenüber dem Grundstückseigentümer, wobei es sich wiederum um einen zivilrechtlichen Duldungsanspruch handelt. Die weiterführende Duldungspflicht des Grundstückseigentümers bzgl. des Netzabschlusses in den Räumen des Teilnehmers („Wohnungstich“) ist demgegenüber in § 77k Abs.1 TKG geregelt.

BREKO, BUGLAS und VKU begrüßen, dass die Regelungen auf den Prüfstand gestellt werden sollen und regen an, im Zuge der TKG-Novellierung die Vorschriften hinsichtlich der Nutzung von Grundstücken und der darauf befindlichen Gebäude sowie der dort verlegten Leitungen in einem eigenen Abschnitt zusammenzufassen und die u.a. mit Blick auf die Entgeltregelungen bestehenden Widersprüche zu beseitigen.

4. Überarbeitung der Regeln zu Mitnutzung und Mitverlegung (§§ 77a ff. TKG)

Darüber hinaus sprechen sich die unterzeichnenden Verbände für eine grundlegende Überarbeitung der Regelungen zu Mitnutzung und Mitverlegung (§§ 77a ff. TKG) aus.

a. Anpassungen bei Änderung der Kostensenkungsrichtlinie

Im Laufe der gut zwei Jahre seit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze“ (DigiNetzG) ist ein nicht unerheblicher Korrekturbedarf deutlich geworden. Greift der Gesetzgeber hier nicht ein, werden auch weiterhin Anreize für Investitionen in Glasfaserinfrastrukturen verloren gehen. Da die Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU (KSRL) als europarechtliche Grundlage des DigiNetzG im Rahmen des EECC nicht modifiziert wurde, lässt sich der Grundfehler der gesetzlichen Regelung – die

Einbeziehung brancheneigener, und damit wettbewerblicher Infrastrukturen nicht marktbeherrschender Unternehmen in die Mitnutzungs- und Mitverlegungsansprüche der KSRL – bislang auf der nationalen Ebene leider nicht korrigieren. Sollte bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens eine entsprechende Überarbeitung der KSRL erfolgt sein, wäre eine Beschränkung der Ansprüche aus den §§ 77a-p TKG auf branchenfremde Infrastrukturen bzw. TK-Infrastrukturen marktbeherrschender Unternehmen dringend anzuraten.

b. Überbau im Rahmen der Mitverlegung verhindern (§ 77i TKG)

Aber auch im Rahmen der geltenden KSRL sind gesetzgeberische Korrekturen der mit dem DigiNetzG in das TKG eingeführten Regelungen möglich und erforderlich, um Investitionsanreize zu erhalten und zu fördern. In seiner gegenwärtigen Form bewirken die Regelungen aus den §§ 77a-p TKG exakt das Gegenteil der ursprünglichen, begrüßenswerten gesetzgeberischen Intention.

Der Bundestag hat in seiner Sitzung am 27. Juni das 5.Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes beschlossen. Der Bundesrat wird sich in seiner Sitzung am 20.September mit dem Gesetz, welches zustimmungspflichtig ist, befassen.

Sollte der Bundesrat dem Gesetzentwurf ohne Änderungen zustimmen, besteht aus Sicht der unterzeichnenden Verbände weiter dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf, da die Neuregelung keinen hinreichenden Schutz vor strategisch destruktivem Überbau gewährleistet.

Das Gesetz wird in seiner aktuellen Form vielfach dazu missbraucht, einen strategisch destruktiv motivierten Überbau/Doppelausbau zu erzeugen, wenn Gebiete erstmalig mit Glasfaser erschlossen und hierfür öffentliche Mittel genutzt werden. Die Möglichkeit der Mitverlegung wird dann nicht selten dazu genutzt, die Wirtschaftlichkeit dieser Ausbauprojekte – auch im ländlichen Raum – zu gefährden bzw. die Wirtschaftlichkeitslücke weiter zu erhöhen. Die daraus resultierende Erhöhung der Ausbaurkosten und erheblichen Unsicherheiten für ausbauwillige Unternehmen laufen dem Primärziel der §§ 77a-p TKG und der zugrundeliegenden KSRL evident zuwider.

In diesem Zusammenhang weisen wir auf zwei - im bisherigen Änderungsentwurf nicht berücksichtigte - Punkte hin, die den Glasfaserausbau durch kommunale Unternehmen bzw. deren Tochtergesellschaften erheblich gefährden und dringend änderungsbedürftig sind.

Insbesondere sehen wir durch die bislang fehlende Begriffsdefinition der *„ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“* eine deutliche Benachteiligung von kommunalen Unternehmen und deren Tochtergesellschaften gegenüber anderen Marktakteuren beim Glasfaserausbau. Dies verwundert umso mehr, als kommunale Unternehmen und deren Tochtergesellschaften die wesentlichen Treiber beim Glasfaserausbau in Deutschland sind und den Glasfaserausbau in großen Teilen (mit Ausnahme von geförderten Ausbauprojekten) aus eigenen Mitteln finanzieren. Diese Investitionen und alle zukünftigen Investitionen müssen vor einem strategisch destruktiven Überbau anderer Marktteilnehmer geschützt werden.

Auch der Bundesrat hat dies erkannt und in seiner Stellungnahme vom 23. November 2018 eine solche Begriffsdefinition ausdrücklich eingefordert. Der Bundestag hat dies in seinem Beschluss vom 27. Juni allerdings nicht berücksichtigt. Dies verwundert umso mehr, als die SPD in der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Verkehr und digitale

Infrastruktur ausdrücklich darauf hinweist, dass „insbesondere die Definition der ‚ganz oder teilweise aus öffentlichen Mittel finanzierten Bauarbeiten‘ klargestellt werden“ müsse, „um Rechtssicherheit und Chancengleichheit für alle Unternehmen herzustellen, die Glasfasernetze ausbauen“. Warum diese Forderung der Koalitionspartei SPD dann aber keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden hat, ist für uns völlig unverständlich.

Es sollte daher im Rahmen einer Legaldefinition klargestellt werden, dass der Begriff der „öffentliche Mittel“ im Sinne des § 77i Abs.3 TKG ausschließlich Fördermittel sowie Mittel, die direkt aus den Haushalten der Gebietskörperschaften stammen, umfasst.

Ferner sollte im Gesetz zwingend ein expliziter Überbauschutz vor Mitverlegung (Unzumutbarkeitserwägung) vorgesehen werden und dies unabhängig davon, ob die Glasfasernetze mit oder ohne Fördermittel errichtet werden. Sofern ein geplantes bzw. in der Errichtung befindliches Glasfasernetz einen diskriminierungsfreien und offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, macht ein Doppelausbau weder volks- noch betriebswirtschaftlich Sinn. Die im Gesetzentwurf vorgesehene „Unzumutbarkeitsüberprüfung“ im Einzelfall durch die BNetzA erscheint weder zeitlich praktikabel noch wirkungsvoll.

Auch die CDU/CSU-Bundestagsfraktion betont in der Beschlussempfehlung, dass ein Überbauschutz „wichtig und notwendig“ sei. Die Umsetzung im Entwurf zum 5. TKG-Änderungsgesetz bleibt aber weit hinter diesem Ziel zurück, da die vorgesehene Regelung die Verunsicherung bei investitionswilligen Unternehmen nicht beseitigt.

Daher sollte nach § 77i Abs. 3 S. 3 TKG ein Satz eingefügt werden, welcher klarstellt, dass Anträge auf Mitverlegung insbesondere dann unzumutbar sind, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, ganz oder teilweise überbaut würde.

c. Modifikation der Versagungsgründe bei der Mitnutzung (§ 77g TKG)

Auch die Regelungen zur Beschränkung einer Mitnutzung nach § 77g TKG bedürfen der Konkretisierung und Ergänzung.

Die gesetzliche Regelung in § 77g Abs. 2 TKG enthält einen abschließenden Katalog möglicher Versagungsgründe für eine Mitnutzung und geht damit über die Vorgaben der KSRL hinaus, die lediglich eine beispielhafte Aufzählung von Ablehnungsgründen für eine Verweigerung der Mitnutzung enthält. Schon vor dem Hintergrund bislang nur in begrenztem Maße vorhandener Erfahrungen mit Mitnutzungen erscheint die Auflistung eines abschließenden Katalogs von Ablehnungsgründen nicht sachgerecht. Durch eine offene Formulierung von Regelbeispielen wird eine größere Flexibilität im Hinblick auf die möglichen Ablehnungsgründe eröffnet. Der Überbauschutz bei beantragten Mitnutzungen sollte technologieneutral für „alle Netze mit sehr hoher Kapazität“ gemäß Art. 2 Abs. 2 EECC, also Glasfasernetze bis in die Gebäude (vgl. Erwägungsgrund 13 EECC) Anwendung finden und auch für im Bau befindliche oder konkret in den nächsten drei Jahren geplante Hochgeschwindigkeitsnetze gelten, um privaten oder öffentlich geförderten Ausbauprojekten eine verlässliche Investitionssicherheit zu geben. Dies entspricht auch der Zielsetzung des DigiNetzG, welches, anders als die Regulierungsvorgaben gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, nicht die Intensivierung oder Sicherung des Infrastrukturwettbewerbs durch einen Doppelausbau unterstützen soll, sondern den Ausbau in der Fläche vorantreiben soll.

Die Regelbeispiele zur Beschränkung einer Mitnutzung nach § 77g Abs. 2 TKG bedürfen der Konkretisierung und Ergänzung.

So sollte in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG ein klarstellender Hinweis dergestalt aufgenommen werden, dass die Bedingungen der Mitnutzung insbesondere dann als fair und angemessen anzusehen sind, wenn diese im Markt – durch andere Nachfrager – bereits Akzeptanz gefunden haben.

§ 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG sollte konform zum EECC auf „Netze mit sehr hoher Kapazität“, also Glasfasernetze bis in das Gebäude konkretisiert werden. Zudem sollte in den Ablehnungsgründen des § 77g TKG die Möglichkeit der Zugangsverweigerung im Falle einer Gefährdung der wirtschaftlichen oder finanziellen Tragfähigkeit der Planung und Errichtung von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ berücksichtigt werden.

Schließlich sollte das nachträgliche Entstehen eines Ablehnungsgrundes oder einer nachträglichen Eigennutzung unter bestimmten Voraussetzungen im TKG geregelt werden.

Die neu vorgeschlagenen Regelbeispiele unterstreichen die besonderen negativen Auswirkungen der durch die KSRL und dem DigiNetzG erstmals implementierten Mitnutzungsansprüche auf geplante Investitionen nicht-marktbeherrschender TK-Netzbetreiber.

In den Fällen, in denen Zugang zur passiven Infrastruktur eines nicht-marktbeherrschenden TK-Netzbetreibers begehrt wird, droht sich die Wettbewerbslage der letzteren Gruppe insgesamt zu verschlechtern, da Zugangsansprüche bei einem auf asymmetrischer Telekommunikationsregulierung basierenden Ansatz nur gegen das marktbeherrschende Unternehmen vorgesehen sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Mitnutzungsansprüche vom marktbeherrschenden Unternehmen selbst geltend gemacht werden können. Um keine übermäßige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit bzw. Berufsausübungsfreiheit auf Seiten der nicht-marktmächtigen TK-Netzbetreiber zu bewirken, sollte ihre besondere Lage im Rahmen der aufgelisteten Regelbeispiele berücksichtigt werden.

Eckpunkt VIII: Universaldienst

1. Universaldienst nach EECC

Art. 86 Abs. 1 EECC stellt deutlicher als bisher die Subsidiarität des Universaldienstes klar. Erst wenn alle anderen „politischen Instrumente“ ausgeschöpft sind, kommt eine Universaldienstlösung überhaupt erst in Betracht. Diese Klarstellung sollte auch in das TKG aufgenommen werden.

Für den Glasfaserausbau bis in alle Gebäude ist der Universaldienst vollkommen ungeeignet und würde ihn stattdessen konterkarieren. Der Universaldienst stellt als Grundversorgung stets nur das Mindestniveau sicher. Dies wurde bisher freiwillig durch die Deutsche Telekom gewährleistet. Die Implementierung eines bürokratischen Universaldienstes würde demgegenüber wertvolle Zeit kosten und den eigenwirtschaftlichen Glasfaserausbau hemmen.

Jedwede Anpassungen müssen dafür Sorge tragen, dass es sich bei diesem Instrument auch nach wie vor um eine allgemeine Grundversorgung handelt, die weder den eigenwirtschaftlichen Glasfaserausbau im Wettbewerb noch die laufenden und geplanten

Förderinitiativen gefährdet. Insbesondere ein Umlageverfahren zur Gegenfinanzierung auf mehrere oder gar alle Marktteilnehmer ist vor diesem Hintergrund klar abzulehnen, da dies letztlich in ein Förderprogramm für das marktbeherrschende Unternehmen münden könnte. Vorrangiges Ziel bleibt somit die Schaffung von Rahmenbedingungen, die es Unternehmen erlauben, den Glasfaserausbau bis mindestens in die Gebäude eigenwirtschaftlich zu stemmen. Wo dies aufgrund der schwierigen (geografischen, demografischen etc.) Umstände keinem Marktteilnehmer möglich ist, kann staatliche Förderung unter Beachtung des Beihilfenrechts und Festlegung fairer Bedingungen für eine effiziente Mittelverwendung den Ausbau vorantreiben.

Aus Art. 86 EEC in Zusammenhang mit der „Diensteliste“ im Anhang folgt zudem, dass der Universaldienst nicht über Bandbreiten, sondern über Dienste zu definieren ist. Dies sollte richtlinienkonform auch so in das TKG übernommen werden.

2. Rechtlich abgesicherter Anspruch auf schnelles Internet

BREKO, BUGLAS und VKU halten einen rechtlich abgesicherten Anspruch nicht für die beste Lösung, um allen Bürgern möglichst bald Zugang zu schnellem Internet zu verschaffen. Denn bereits die Diskussion um die Ausgestaltung und den Umfang eines solchen Anspruchs führt zur Investitionsverunsicherung bei Glasfaser-ausbauenden Unternehmen und hemmt so den eigenwirtschaftlichen Ausbau mit der zukunftssichersten und nachhaltigsten Technologie. Dies auch, weil wesentliche Fragen offenbleiben: Was ist der Gegenstand des Anspruchs, also „schnelles Internet“? Was ist die Rechtsnatur des Anspruchs? Handelt es sich um einen einklagbaren, subjektiven Anspruch oder lediglich einen objektiven Anspruch auf Sicherstellung? Wer soll Verpflichteter des Anspruchs sein: die Betreiber, die Kommunen, die Bundesrepublik Deutschland, also die BNetzA? Wie ist er umzusetzen? Durch den Ausbau einer entsprechenden Netzinfrastruktur oder die Verpflichtung eines Dritten zu einem Netzausbau oder durch Maßnahmen, die die Schaffung einer entsprechenden Zugangsmöglichkeit zur Folge haben, wie z.B. Fördermaßnahmen?

Grundsätzlich gibt es zwei mögliche Wege der Umsetzung: Verpflichtungsmodelle oder Anreizmodelle. Die unterzeichnenden Verbänden sprechen sich klar für anreizbezogene Lösungsmodelle aus:

Zum einen könnte der Gesetzgeber Dritte, in diesem Fall einzelne Telekommunikationsunternehmen, verpflichten (Verpflichtungsmodell). Dabei ist schon unter gemeinschaftsrechtlichen Aspekten, aber auch aus Gründen der Praktikabilität, eher von Ausgestaltungsmodellen auszugehen, welche eine Verpflichtung durch die BNetzA vorsehen und weniger an einem einklagbaren Individualanspruch des Nutzers gegen den Netzbetreiber seiner Wahl. Die Verpflichtung könnte über das im TKG angelegte Universaldienstmodell erfolgen oder durch ein „Lückenschlussmodell“, bei dem die BNetzA auf eine konkrete Verbraucheranfrage hin einen dort lokal tätigen Netzbetreiber verpflichtet, sein in der Nähe gelegenes Netz auszubauen. Diese Verpflichtungsmodelle sind allerdings sehr komplex und mit erheblichen rechtlichen Risiken behaftet. Zum einen müssen schon unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Ausgleichsmechanismen – etwa durch öffentliche Mittel oder einen Branchenfonds – gefunden werden, um den jeweils verpflichteten Netzbetreiber zu kompensieren.

Zum anderen könnten durch Verpflichtungsmodelle langjährige Rechtsstreitigkeiten drohen, die den Verbraucher gerade nicht in den Genuss eines zeitnahen Zugangs zum schnellen Internet bringen. Bei einer Universaldienstlösung kommt hinzu, dass sie nach Art. 86 Abs. 1

EECC nur dann in Betracht kommt, wenn der Mitgliedsstaat im Rahmen der nach Art. 212 Abs. 1 EECC vorzunehmenden Erhebung zu dem Ergebnis kommt, dass „die Verfügbarkeit eines gemäß Art. 84 Abs. 3 EECC festgelegten angemessenen Breitbandinternetzugangsdienstes (...) unter normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten oder durch andere politische Instrumente (...) nicht gewährleistet werden kann.“ Anders als die Vorgängerbestimmung in Art. 8 der Richtlinie 2002/22/EG formuliert Art. 86 Abs. 1 EECC eine klare Subsidiarität des Universaldienstes und zwar nicht nur gegenüber einem eigenwirtschaftlichen Ausbau, sondern auch gegen alle anderen staatlichen Instrumente der Breitbandförderung. Damit ist auch das Verhältnis des Universaldienstes zum Rechtsanspruch für schnelles Internet klar beschrieben. Der Rechtsanspruch ist vom Universaldienst zu unterscheiden und geht diesem vor. Nur wenn der Rechtsanspruch auf schnelles Internet nicht auf andere Weise umgesetzt werden könnte, käme eine Universaldienstlösung überhaupt in Betracht.

Der Gesetzgeber sollte bei der Ausgestaltung eines rechtlich abgesicherten Anspruchs auf schnelles Internet daher auf Modelle setzen, die Anreize für die ausbauenden Unternehmen bieten, den für die Versorgung mit schnellem Internet notwendigen Netzausbau ohne eine rechtliche Verpflichtung zu stemmen (Anreizmodell). Eine Ausbaupflichtung (z. B. Universaldienst) stellt als „ergänzende Absicherung“ lediglich das letztmögliche Mittel zum Ausbau verbliebener Gebiete ohne ausreichende Mindestversorgung dar. Die unterzeichnenden Verbände halten eine Kombination zweier anreizbezogener Modelle für sinnvoll: Bereits heute sollte der Glasfaserausbau durch die Vergabe von Gutscheinen („Vouchern“) forciert werden, mit denen Gebäudeeigentümer die Kosten für den Anschluss ihres Gebäudes an ein zukunftsicheres Glasfasernetz (Glasfaserhausanschluss) decken können. Die Verbände sprechen sich bereits seit Längerem für eine Förderung in Form sog. Voucher aus, um die Nachfrage nach schnellen Glasfaseranschlüssen und so auch den Ausbau im Wettbewerb deutlich anzukurbeln. Für die Zeit ab 2025 kann dann zusätzlich „ein Anspruch auf Durchführung von Förderverfahren in denjenigen Gebieten geschaffen“ werden, „die auch bis dahin nicht im privatwirtschaftlichen Netzausbau erschlossen wurden“ – etwa, weil sie in extrem ländlichen oder abgelegenen Regionen liegen. Nutzer hätten dann – je nach Ausgestaltung gegenüber der jeweiligen Kommune oder dem Bund – einen Anspruch auf die Durchführung eines Förderverfahrens zum Netzausbau in dem betroffenen Gebiet, auf das sich interessierte Unternehmen – wie auch schon bei heutigen Förderverfahren – im Rahmen einer Ausschreibung bewerben könnten. Die so genannte Wirtschaftlichkeitslücke würde durch die zur Verfügung gestellten Fördergelder geschlossen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stephan Albers
(Geschäftsführer BREKO)

Wolfgang Heer
(Geschäftsführer BUGLAS)

Thomas Abel
(Geschäftsführer Wasser
Abwasser & Telekommuni-
kation VKU)

*BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V., Invalidenstraße 91, 10115 Berlin
Tel.: 030 / 58580-415, Fax: 030 / 58580-412, E-Mail: breko@brekoverband.de*

*BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e. V., Eduard-Pflüger-Straße 58, 53113 Bonn
Tel.: 0228 / 909045-0, Fax: 0228 / 909045-88, E-Mail: info@buglas.de*

*VKU Verband Kommunaler Unternehmen e.V., Invalidenstraße 91, 10115 Berlin
Tel.: 030 58580-0, Fax: 30 58580-100 E-Mail: info@vku.de*