

## STELLUNGNAHME

# zur verbindlichen Festsetzung von Vorleistungspreisen durch das Bundesministerium für Digitales und Verkehr im Rahmen der Gigabitförderung 2.0

Berlin, 19. Juli 2024

*Der Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU) vertritt über 1.500 Stadtwerke und kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Immer mehr Mitgliedsunternehmen engagieren sich im Breitbandausbau: 206 Unternehmen investieren pro Jahr über 957 Millionen Euro. Künftig wollen 80 Prozent der kommunalen Unternehmen den Mobilfunkunternehmen Anschlüsse für Antennen an ihr Glasfasernetz anbieten.*

*Der BUGLAS vertritt mehr als 170 Unternehmen, die in Deutschland den Ausbau von Glasfasernetzen (Fiber to the Building/Home, FttB/H) vorantreiben. Dazu zählen ausbauende Unternehmen, Netzbetreiber und Ausrüster. Unsere Mitgliedsunternehmen versorgen über 70 Prozent aller Glasfaserkunden in Deutschland mit nachhaltiger digitaler Infrastruktur. Der BUGLAS setzt sich für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfasernetzen ein und spricht sich für investitionsfreundliche Rahmenbedingungen aus, in denen FttB/H-Geschäftsmodelle erfolgreich realisiert werden können.*

### **Interessenvertretung:**

Der VKU und der BUGLAS sind registrierte Interessenvertreter und werden im Lobbyregister des Bundes unter der Registernummer: R000098 (VKU) und R000088 (BUGLAS) geführt. Der VKU und der BUGLAS betreiben Interessenvertretung auf der Grundlage des „Verhaltenskodex für Interessenvertreterinnen und Interessenvertreter im Rahmen des Lobbyregistergesetzes“.

**Verband kommunaler Unternehmen e.V.** · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin

Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · [info@vku.de](mailto:info@vku.de) · [www.vku.de](http://www.vku.de)

**Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.** · Invalidenstr. 91 · 10115 Berlin

+49 228 909045-0 · Fax: +49 228 909045-88 · [info@buglas.de](mailto:info@buglas.de)

Das Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) beabsichtigt, verbindlich Preise für Zugangsprodukte in geförderten Gebieten festzulegen. Das Ministerium sieht sich dazu durch die europäischen Leitlinien zur Breitbandbeihilfe vom Januar 2023 veranlasst. Die Festlegung soll in enger Abstimmung mit der Bundesnetzagentur erfolgen.

Nach Planung des Ministeriums sollen im November 2024 die Preise festgelegt worden sein, da sie im aktuellen Förderaufruf angewendet werden sollen.

Ein Konsultationsdokument des BMDV existiert nicht. Gleichwohl sind Telekommunikationsverbände eingeladen, Hinweise zur geplanten Preisfestlegung zu geben. In Anbetracht der Betroffenheit ihrer Mitgliedsunternehmen machen der BUGLAS und VKU von dieser Möglichkeit gerne Gebrauch.

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) führt derzeit eine verpflichtende Marktumfrage (über das TK-Meldeportal) durch, um Preise für Vorleistungsprodukte zu ermitteln.

## Rechtssicherheit

Der VKU und der BUGLAS sind der Auffassung, dass die verbindliche Festlegung von Preisen für Vorleistungs-Zugangsprodukte im Rahmen der Breitbandförderung des Bundes einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Festsetzung von Preisen ist auch im Förderkontext ein zu rechtfertigender Eingriff in den Markt. Bisher hat die Beschlusskammer 11 der BNetzA auf Beschwerde im Einzelfall Preise festgelegt nach § 149 des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Hingegen stellt eine Festlegung durch das BMDV für alle betroffenen Marktteilnehmer einen wesentlich schwerwiegenderen Eingriff dar. Deswegen gilt nach unserer Ansicht im Sinne der Wesentlichkeitstheorie der Parlamentsvorbehalt. Das bedeutet, es bedarf eines rechtzeitigen, „vorgeschalteten“ parlamentarischen Verfahrens, um eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die das BMDV überhaupt erst ermächtigt, diese Preise festzulegen.

Unseres Erachtens erkennt das BMDV diese gesetzliche Anforderung selbst an. Denn ansonsten bedürfte es keiner späteren Änderung des § 155 TKG. Das BMDV möchte eine Änderung zu dieser Norm jedoch zu einem späteren, bisher nicht konkret benannten Zeitpunkt anstoßen. Wenn aber die Norm bereits in der jetzigen Fassung die Festlegung von Preisen abdecken würde, wäre eine Änderung der Norm dafür obsolet. Zudem würden dann bereits Fakten geschaffen, die „ceteris paribus“ den Markt nachhaltig verändern.

Das **oberste Ziel** von BUGLAS und VKU ist daher die **Herstellung von Rechtssicherheit** für die weitere Gigabitförderung des Bundes. Denn diese ist für die Erschließung von Gegenden mit ultraschnellem Internet unerlässlich, die andernfalls nicht eigenwirtschaftlich ausgebaut werden können.

## Wortlaut-Auslegung § 155 Abs. 4 TKG

**Nach unserer Auffassung ist nach einer Wortlautauslegung dieser Norm das BMDV nicht berechtigt, verbindlich Preise festzulegen.**

Nach § 155 Abs. 4 S. 1 TKG veröffentlicht die BNetzA im Einvernehmen mit dem heutigen Bundesministerium für Digitales und Verkehr sowie mit dem heutigen Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) Grundsätze zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs nach Absatz 1. Zum Erlass der Grundsätze wird folglich die BNetzA, nicht aber das BMDV ermächtigt. Indes könnte über die Einvernehmensregelung in § 155 Abs. 4 S. 1 TKG die vom BMDV angesonnene verbindliche Festlegung der Preise durchgesetzt werden (vorbehaltlich des Einvernehmens des BMWK).

**Der Wortlaut des § 155 Abs. 4 S. 1 TKG ermächtigt die BNetzA zum Erlass von Grundsätzen zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs nach Absatz 1.** Letzterer gibt vor, dass ein diskriminierungsfreier, offener Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen angeboten werden muss. Diese Tatbestandsmerkmale – Grundsätze zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs – schließen Preise nicht ein. Ausgehend von dem Wortlaut des § 155 Abs. 4 TKG könnte man geneigt sein, unter „Bedingungen“ im weiteren Sinne auch verbindliche Preise zu subsumieren. Eine derartige Auslegung verbietet sich jedoch vor dem Hintergrund, dass § 155 Abs. 4 TKG die BNetzA (nur) ermächtigt, „Grundsätze“ (hinsichtlich Bedingungen) zu veröffentlichen. Demnach könnten Maßstäbe, Preisermittlungsmethoden und Referenzgebiete veröffentlicht werden – mithin Grundsätze zur Preisermittlung – nicht jedoch die konkrete Vorgabe von Preisen. Auch aus einer systematischen Auslegung kommt man zu keinem anderen Ergebnis, denn eine Preisfestsetzung kennt das TKG nur gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen oder bei Marktversagen im Rahmen der Streitbeilegungsverfahren im Einzelfall. Dieses Vorgehen stellt somit einen tiefen und unbegründeten Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit dar. Es fehlt des Weiteren an einer tragfähigen Begründung zur Rechtfertigung dieses Eingriffs.

Nach § 155 Abs. 4 S. 2 TKG hat die BNetzA „dabei unionsrechtliche Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau in der jeweils gültigen Fassung“ zu berücksichtigen. „Dabei“ bezieht sich auf § 155 Abs. 4 S. 1 TKG, also auf die Veröffentlichung von Grundsätzen zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs. Änderungen in unionsrechtlichen Vorschriften können sich daher auf die Auslegung der Rechtsgrundlage nach § 155 Abs. 4 S. 1 TKG nur insoweit auswirken, als es sich dabei um Grundsätze handelt. **Die verbindliche Festlegung von Preisen ist jedoch nicht als Veröffentlichung von Grundsätzen (zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG) zu sehen.**

## Systematische Auslegung

Gemäß **§ 149 Abs. 4, Abs. 1 Nr. 5 TKG** trifft die BNetzA im Einzelfall, wenn keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrages beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes zustande kommt, auf Antrag eine verbindliche Entscheidung und legt in diesem Verfahren u. a. „die Entgelte (...) des jeweils beantragten Netzzugangs fest“, § 149 Abs. 4 TKG. Das BMDV und die BNetzA sind daher dazu verpflichtet, den bestehenden Rechtsrahmen wirksam und effektiv auszuschöpfen und das Antragsrecht der Parteien im Streitbeilegungsverfahren nicht durch eine generelle Preisfestsetzung zu unterlaufen und zu entwerten. Denn mit dem bisher verfolgten Ansatz zur bundesweiten Preisfestsetzung erscheint die Aufrechterhaltung von Streitbeilegungsverfahren obsolet bzw. systemwidrig, obwohl sich der europäische und deutsche Gesetzgeber gerade in Bezug auf die grundsätzliche Marktfreiheit für diesen Weg entschieden hat. Diese Regelung ist gleichzeitig mit § 155 Abs. 4 TKG eingeführt worden. Letzterer enthält weder die Worte „Entgelte“ noch „Preise“. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass nach § 155 Abs. 4 TKG auch Entgelte bzw. Preise festgelegt werden dürfen, hätte er dies wie in § 149 Abs. 4, Abs. 1 Nr. 5 TKG in den Wortlaut aufgenommen. **Die Formulierung in § 149 Abs. 4 TKG „einschließlich der Entgelte“ verdeutlicht, dass Preise bzw. Entgelte nicht ohne Weiteres unter „Bedingungen“ subsumiert werden können.**

**Sollte das BMDV ohne gesetzliche Grundlage verbindliche Preise in Bescheiden festlegen, besteht die ernstzunehmende Gefahr der Rechtswidrigkeit. Weder für Kommunen noch für TKU, die gefördert ausbauen wollen, bestünden Rechts- und Planungssicherheit. Hinzu kommt, dass auch der Rechtsschutz erschwert wird. Denn diese Preise könnten so nur inzident geprüft werden.**

**Vor diesem Hintergrund regen VKU und BUGLAS dringend an, dass **schnellstmöglich** eine ausreichende und bestimmte gesetzliche Grundlage, zum Beispiel über das TK-Netzausbau-Beschleunigungs-Gesetz, geschaffen wird, damit die Festlegung von Vorleistungspreisen geförderter Netze kein Einfallstor für Klageverfahren darstellt, die den Breitbandausbau hemmen, anstelle diesen zu beschleunigen.**

## Ermittlung der Preise

Die Ermittlung der Preise muss auf objektiven, sachgerechten Kriterien, Methoden und Maßstäben beruhen und muss nach Geschäftsmodellen (Wirtschaftlichkeitslücken- und Betreibermodell) unterscheiden.

Die aktuellen EU-Leitlinien (2023/C 36/01) unterscheiden sich hinsichtlich der Prüfreihefolge und den materiellen, inhaltlichen Vorgaben nicht von vorherigen Leitlinien (2013/C 25/01).

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 15.03.2024, Az. 1 L 2288/23 gibt nach Auffassung des BUGLAS und des VKU eine wichtige Orientierung zu deren Auslegung.

## Vorrang der Methoden

Zunächst ist festzuhalten, dass die beiden Versionen der Leitlinien eine Prüfreihefolge zur Ermittlung der Vorleistungspreise vorgeben. Danach ist die vorrangige Methode die Ermittlung und Festsetzung der durchschnittlichen veröffentlichten Vorleistungspreise, die in anderen vergleichbaren und wettbewerbsintensiveren Gebieten des Mitgliedstaats gelten. Dieser Vorrang ergibt sich auf Grund einer systematischen Auslegung. Diese Methode wird in aktuellen Leitlinien zuerst genannt, in Nr. 151 als Buchstabe a). Zudem ist diese Methode am ehesten geeignet, Verzerrungen bei der Preisfestlegung zu vermeiden. Beispielsweise führt die Methode nach Nr. 151 lit. b) eher zu niedrigeren Preisen, vgl. Fußnote 16, bisherige Leitlinien, als im freien Markt, der auch Infrastrukturwettbewerb kennt.

Noch deutlicher wird diese vorrangige Prüfung anhand der durchschnittlichen veröffentlichten Vorleistungspreise durch einen Vergleich mit den bisherigen Leitlinien. Dort heißt es: „falls solche Preise nicht veröffentlicht wurden“, soll auf regulierte Preise zurückgegriffen werden, vgl. (78) lit. h). Diese vorgegebene Prüfreihefolge sieht auch das VG Köln so, a. a. O., Rn. 91.

## Auslegung „durchschnittliche veröffentlichte Preise“

VKU und BUGLAS schließen sich hier der Auslegung des VG Köln an, a. a. O., Rn. 100. ff. Insbesondere wenden wir uns gegen eine Heranziehung von Vorleistungspreisen, die als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschützt sind.

Darüber hinaus spricht auch der Wortlaut der bisherigen Leitlinien „falls solche Preise nicht veröffentlicht wurden“, vgl. (78) lit. h), dafür, dass nur bereits veröffentlichte Preise herangezogen werden dürfen. Der zitierte Halbsatz ist im Präteritum formuliert. Daraus folgt, dass eine Veröffentlichung stattgefunden haben soll. Zudem gewährleistet die mit dem Halbsatz formulierte Bedingung („falls“) die Einhaltung der vorgegebenen Prüfreihefolge.

## Zu berücksichtigende Punkte bei der Preisermittlung

Aus Sicht des VKU und des BUGLAS ist eine ganzheitliche Betrachtung bezüglich der Preise notwendig, insbesondere für das Verhältnis verschiedener Arten und Komponenten von Entgelten. Wenn Einmalentgelte beispielsweise eher hoch angesetzt sind, dann sind wiederum die monatlichen Entgelte in Relation niedriger.

Darüber hinaus enthält nach Auffassung des BUGLAS und des VKU der Beschluss des VG Köln weitere sinnvolle Hinweise zur Entgeltermittlung, zum Beispiel was unter „wettbewerbsintensiveren Gebieten“ zu verstehen ist sowie bezüglich der Berücksichtigung von Commitment-Modellen.

Weiter regen wir an, in Betracht zu ziehen, anstelle verbindlicher Preise eine verbindliche Formel zu definieren mit feststehenden Faktoren und zusätzlich mit Variablen, die nur bei definierten Fällen zum Tragen kommt, um zum Beispiel **regionale oder lokale Gegebenheiten zu berücksichtigen**. Mit dieser Methodik ergibt sich auch jeweils ein verbindlicher Preis. Dessen Findung ist vorhersehbar und somit kalkulierbar und wird vom Wortlaut der Norm getragen.

Feststehende Faktoren könnten produktabhängige Kriterien sein wie Kosten für die Hauptbereiche Kabel, die Verzweigungen sowie die Baukosten.

Es sind unseres Erachtens zwingend Variablen vorzusehen, die **jedenfalls regionalen oder lokalen Gegebenheiten Rechnung tragen**.

## Fazit

Grundsätzlich sehen der VKU und der BUGLAS staatliche Preisfestsetzungen kritisch. Sie sollten prinzipiell vermieden werden. Wenn überhaupt, müssen sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, so dass das Parlament als Gesetzgeber diesem Eingriff in den freien Markt zustimmt. Wenn eine staatliche Preisfestsetzung erfolgt, darf diese nur Grundsätze der Preisfindung umfassen, die für alle Beteiligten Planungssicherheit schaffen und die unterschiedlichen Rahmenbedingungen, denen die Unternehmen ausgesetzt sind, hinreichend berücksichtigen. Deshalb schlagen wir beispielsweise eine verbindliche Formel vor, die um vordefinierte Variablen erweitert werden kann.

**Bei Rückfragen oder Anmerkungen stehen Ihnen zur Verfügung:**

**Bundesverband Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS):**

Nicolas Goß

Leiter Recht & Regulierung

Festnetz: 0228 909045 - 90

Mobil: +49 151 15616412

E-Mail: [goss@buglas.de](mailto:goss@buglas.de)

**Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU):**

Sören Pinnekamp

Senior-Fachgebietsleiter Telekommunikation

Bereich Digitales

Telefon: +49 30 58580-158

E-Mail: [pinnekamp@vku.de](mailto:pinnekamp@vku.de)