

Öffentliche Anhörung am 13. Februar 2019

Deutscher Bundestag Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

5. TKG-Änderungsgesetz (BT-Drs. 19/6336 und 19/6437)

Dr. Iris Henseler-Unger, Geschäftsführerin WIK – Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH

Stand 11.02.2019

Vorbemerkung

WIK hat sich bereits in der Vergangenheit mit der Umsetzung der EU-Kostensenkungsrichtlinie¹ in nationales Recht befasst, so in einer Studie für das BMVI vom September 2015 zu „Preissetzung für die Mitnutzung von Infrastrukturen – Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie“², dem Diskussionsbeitrag Nr. 405 zu „Entgelte für den Netzzugang zu staatlich geförderter Breitband-Infrastruktur“ (März 2016)³ oder in der „Studie über die Umsetzung und Überwachung von Maßnahmen im Rahmen der Richtlinie 61/2014 – Kostensenkungsrichtlinie“ (mit VVA Smart 2015/0066, Juni 2018)⁴ für die EU-Kommission. Im Übrigen haben wir in unseren Studien viele andere Aspekte des Breitbandausbaus und Breitbandförderung analysiert (siehe www.wik.org).

Insbesondere die Studie für die EU-Kommission zeigt, dass zwar generell die Zahl der Streitbeilegungsfälle im Laufe der Zeit nach der nationalen Umsetzung der EU-Kostensenkungsrichtlinie steigt. Der mit dem 5. TKG-Änderungsgesetz angesprochene Sachverhalt des Überbaus von (geplanten) Glasfaserinfrastrukturen durch ein zweites Telekommunikationsunternehmen scheint jedoch ein spezifisch deutsches Phänomen zu sein, das weder von der EU-Kommission noch vom nationalen Gesetzgeber so antizipiert und intendiert war. Dies mag daran liegen, dass der Glasfaserausbau hier vor allem durch eine Vielzahl kleinerer Unternehmen, von denen etliche Stadtwerke oder Töchter von Stadtwerken sind, vorangetrieben wird. Gemäß VATM 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018 wurden 2018 2,6 Mio. Glasfaseranschlüsse von den

1 Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation.

2 https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2016/Umsetzung_KostensenkungsRL_BMVI.pdf.

3 https://www.wik.org/index.php?id=diskussionsbeitraege&details&L=2&tx_ttnews%5Bcat%5D=4&tx_ttnews%5Byear%5D=2016&tx_ttnews%5BbackPid%5D=93&tx_ttnews%5Btt_news%5D=1801&cHash=4ff47f3c1350efb83cefbf211620261a.

4 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-implementation-and-monitoring-measures-under-broadband-cost-reduction-directive>.

Wettbewerbern der DTAG, von der DTAG selbst nur 0,8 Mio. angeboten. Eine flächendeckende Versorgung mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen kann kein Unternehmen allein gewährleisten. Es bedarf der gemeinsamen Anstrengungen vieler.

Die Auseinandersetzungen über die Mitverlegung dürften in Deutschland künftig noch zunehmen und die Komplexität der Streitbeilegungsverfahren bei der BNetzA dürfte weiter steigen. Mit der im Dezember 2018 beschlossenen Änderung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, die nun in nationales Recht umgesetzt wird, sollen Investitionen in „Very High Capacity Networks“ weiter unterstützt werden, Ko-Investment und Kooperationen werden besonders hervorgehoben. Hinzu kommt, dass durch die Förderprogramme von Bund und Ländern die Ausbauaktivitäten anziehen werden.

Die angestrebte Regelung des TKG ist auf der Schnittstelle

- der asymmetrischen Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens,
- der symmetrischen Auflagen aus der Kostensenkungsrichtlinie und des Digi-NetzG mit dem Ziel, Synergien beim Ausbau von Breitbandnetzen zu nutzen,
- sowie der Breitbandförderung mit ihren Auflagen für diskriminierungsfreien offenen Netzzugang, Markterkundungsverfahren und wirtschaftlichen Überlegungen.

Dies macht Lösungen schwierig, die allen Aspekten gerecht werden.

Eine Regelung, die die Unsicherheiten bei den ausbauenden Unternehmen durch einen potentiellen Überbau reduziert, (geförderte) Geschäftsmodelle nicht torpediert und den Glasfaserausbau beschleunigt, scheint erstrebenswert. Gleichwohl darf die grundlegende Zielsetzung der Kostensenkungsrichtlinie nicht torpediert werden, über die gemeinsame Nutzung von bestehenden Infrastrukturen und durch den gemeinsamen Ausbau die Tiefbaukosten für leistungsfähige Breitbandnetze zu senken und damit den Ausbau solcher Netze profitabler zu machen.

Zum Gesetzentwurf

Entsprechend der obigen Vorbemerkung kann die Argumentation der Bundesregierung in der Begründung des Entwurfs eines 5. TKG-Änderungsgesetzes im Grundsatz geteilt werden.

Unzumutbarkeit des Überbaus bei geplantem gefördertem Glasfaserausbau

Der Gesetzentwurf beschränkt sich auf die Unzumutbarkeit des Überbaus bei geplantem gefördertem Glasfaserausbau. Da sich die Förderung auf ein nachweislich unterversorgtes Gebiet bezieht, das wirtschaftlich selbsttragend nicht mit Glasfaser erschlossen werden kann, dürfte der doppelte Ausbau hier grundsätzlich eher die Ausnahme sein. Die vorgeschlagene TKG-Änderung dürfte daher nur wenige Fälle regeln, wenn auch die Zahl aufgrund des anziehenden Netzausbaus künftig etwas zunehmen dürfte.

Die im 5. TKG-Änderungsgesetz vorgeschlagene Regelung betrifft zudem Unternehmen, die nach der neuen Bundesförderrichtlinie gegenüber den wirtschaftlichen Risiken des Überbaus besonders abgesichert sind, da ihnen ein Ausgleich im Fall des Überbaus gewährt werden kann:

„6.9 Sollte im Laufe eines Förderprojektes nach Nr. 3.1 oder 3.2 ein Unternehmen einen Ausbau anmelden oder durchführen, der nicht im Markterkundungsverfahren gemeldet wurde, so kann die Bewilligungsbehörde auf Antrag und unter der Voraussetzung der Verfügbarkeit von Haushaltsmitteln im Einzelfall nach pflichtgemäßen Ermessen die Förderung nachträglich bis zum Ausgleich der dadurch vergrößerten Wirtschaftlichkeitslücke bzw. der dadurch verminderten Pachteinnahmen erhöhen.“⁵

Im Verhältnis zu dem nicht geförderten Unternehmen, das eine Mitverlegung anstrebt, ist wichtig, dass das geförderte Unternehmen nach den Förderauflagen der EU die Verpflichtung hat, physisch entbündelte Zugänge für Wettbewerber anzubieten. Ebenso macht das Materialkonzept des Bundes als Basis für die Förderung Auflagen für die Mitnutzbarkeit der geschaffenen geförderten Infrastrukturen. Die Verpflichtung der geförderten Netze zu einem diskriminierungsfreien offenen Netzzugang durch die Beihilferichtlinie macht deutlich, dass Wettbewerb und sogar Infrastrukturwettbewerb auf der Basis des Zugangs zu Leerrohren auch und gerade in den mit Steuermitteln geförderten Gebieten grundsätzlich gewollt ist. Andere Unternehmen, die im selben Gebiet wie das erstausbauende Unternehmen ihren Endkunden Dienste anbieten wollen, haben daher das zugesicherte Recht, auf die Vorleistungsprodukte wie z.B. Leerrohre aber auch VULA, Bitstrom Layer 2 zurückgreifen zu können. Sie wären durch einen gemäß dem Gesetzesvorschlag versagten Überbau nicht unbillig an ihrer Geschäftstätigkeit gehindert.

Fazit ist, dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung geringe Relevanz für die Gruppe der ausbauenden Unternehmen insgesamt, für die geförderten ausbauenden Unternehmen wie für die die Mitverlegung anstrebenden Unternehmen hat.

⁵ https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitales/foerderrichtlinie-breitbandausbau.pdf?__blob=publicationFile.

Wenn man gleichwohl an einer Regelung für die Fälle des geplanten geförderten Glasfaserausbaus festhalten will, so erscheint in Anbetracht oben ausgeführter Erwägungen und der notwendigen Klarheit für die Investitionsentscheidung die jetzige Formulierung im Gesetzentwurf zu unverbindlich und damit mit Unsicherheit behaftet. Hier wäre eine klare Regelung vorzuziehen:

- Ersatz im jetzigen Entwurf von „**können** insbesondere dann unzumutbar sein“ durch „**sind** insbesondere dann unzumutbar“, um wenigstens die Verbindlichkeit der vorgeschlagenen Regelung zu erhöhen.

Ausweitung der Unzumutbarkeitsregelung auf öffentliche Unternehmen

Die Leistungen kommunaler Unternehmen bei Investitionen in Breitband muss anerkannt werden. Sie sind zentrale Treiber des Glasfaserausbaus. Laut VKU befassen sich mehr als 150 kommunale Unternehmen mit dem Breitbandausbau. Sie sollten keinesfalls in ihren Aktivitäten gehindert und ausgebremst werden.

Soweit sie eine öffentliche Förderung z.B. aus dem Bundesförderprogramm erhalten, fielen öffentliche Unternehmen unter die Kompensationsregel der neuen Bundesförderrichtlinie sowie auch dann unter die im 5. TKG-Änderungsgesetz vorgeschlagene „Unzumutbarkeitsregelung“.

Eine generelle Ausweitung des Überbauschutzes auch auf kommunale Unternehmen, die eigenwirtschaftlich und ohne Zuwendungsförderung Breitband ausbauen, also losgelöst vom Tatbestand der Förderung, wäre jedoch zu pauschal. Eine solche generelle Ausnahme für alle öffentlichen Unternehmen, die in Glasfaserinfrastrukturen investieren, scheint angesichts der von der Kostensenkungsrichtlinie gewollten Kostenreduzierung beim Tiefbau durch gemeinsamen Ausbau und angesichts der Orientierung des neuen EU-Rechtsrahmens hin zu mehr Ko-Investment und Kooperation EU-rechtlich bedenklich.

Die auf kommunaler Ebene verfolgten Modelle für den Breitbandausbau, für das Engagement der Gemeinde, von Zweckverbänden und für die gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen bei Stadtwerken und Telekommunikationsunternehmen sowie für die Wahrnehmung des kommunalen Auftrags sind m. W. sehr heterogen. Eine „Unzumutbarkeitsregelung“ für öffentliche Unternehmen müsste unterscheiden (1) zwischen klassischen privatwirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand, die vergleichbar mit anderen privatwirtschaftlichen Unternehmen sind und mit diesen direkt im Wettbewerb stehen, und (2) solchen Konstrukten, die z.B. öffentlich (teil-) finanziert sind, gemeindliche Aufgabe wahrnehmen oder gar mögliche Umgehungstatbestände darstellen.

Ob die zweite Kategorie streng genommen heute schon der EU-Beihilferichtlinie unterläge, sollte dahin gestellt sein. Anders als die über Zuwendungen geförderten Unternehmen, die zur nachhaltigen diskriminierungsfreien Öffnung ihrer Netze gezwungen

sind, bieten die kommunalen Unternehmen der zweiten Kategorie jedoch allenfalls freiwillig diese Open-Access-Zugangsleistungen an. Diese sind jedoch nicht vereinheitlicht. Wünschenswert wäre, dass der von den Unternehmen freiwillig angebotene offene Zugang die Auflagen, die Unternehmen nach der Förderrichtlinie erfüllen müssen, einhält. Allerdings verdeutlicht schon die Erörterung der VULA-Zugangsprodukte als Voraussetzung für die Förderung des VDSL-Breitbandausbaus, die nach den Auflagen gewisse allgemeinen Kriterien einhalten müssen, die meist sehr unterschiedlichen Vorstellungen der ausbauenden Unternehmen, was ein „Förder-VULA“ sein könnte, und führt zu einem hohen regulatorischen Aufwand.⁶ Dieser Harmonisierungsaufwand, um ein wirkliches Open-Access-Angebot durchzusetzen, dürfte bei öffentlichen Unternehmen, die bisher nicht der Disziplin der Beihilfenkontrolle unterworfen sind, wohl noch gravierender sein.

Das Risiko, dass sich die Möglichkeit einer Mitverlegung durch Dritte negativ auf die Investitionsbereitschaft vor Ort auswirkt, sollte jedoch nicht vernachlässigt werden, insbesondere wenn es sich um kommunale Unternehmen kleiner und mittlerer Größe handelt, die bei einer Mitverlegung durch die DTAG und/oder andere große Anbieter Gefahr laufen, dass sich die Zahl der adressierbaren Kunden und damit der Business Case für den Glasfaserausbau deutlich verringert. Attentismus bei denjenigen, die heute den Glasfaserausbau tragen, könnte die unerwünschte Folge sein. Ein solcher differenzierter Überbauschutz für klassische privatwirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand, die vergleichbar mit anderen privatwirtschaftlichen Unternehmen sind und mit diesen direkt im Wettbewerb stehen, sollte dem entsprechen, der auch für den rein privatwirtschaftlichen Ausbau von Glasfasernetzen gilt. Die klare Grenzziehung zwischen diesen Unternehmen der öffentlichen Hand der Kategorie (1) und den Fällen der Kategorie (2), für die gerade der Überbauschutz nicht gelten sollte, gehörte m.E. jedoch nicht in ein Bundesgesetz, sondern es sollten im Rahmen der Streitschlichtung effektive Regelungen gefunden werden, z.B. durch eine Kriterienliste, Durchführungsverordnung oder Leitlinie. Dies erhöhte die Sicherheit der ausbauenden öffentlichen Unternehmen gegenüber der jetzigen Situation und führte einen Schritt weit weg von den Einzelfallentscheidungen durch die Streitschlichtungsstelle der Bundesnetzagentur, Beschlusskammer 11.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung für die Unzumutbarkeit des Überbaus ist sogar noch weitergehend. Sie umfasst generell Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen, damit auch von Strom, Wasser, Gas und Abwasser, die einem gewissen Überbauschutz unterliegen sollten. Kern der Kostensenkungsrichtlinie ist aber gerade die Kostensenkung durch Mitnutzung und Mitverlegung bei diesen Versorgungsinfrastrukturen. Die Bundesratsformulierung ließe die Kostensenkungsrichtlinie ins Leere laufen und ist in diesem Punkt nicht EU-richtlinienkonform.

⁶ Vgl. z.B. WIK-Studie „Assessment of the technicalities of VULA products in the context of a State aid investigation“, 2018, <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0418126enn.pdf>.

Definition von Glasfasernetzen

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Definition von Glasfasernetzen als FTTB/H-Netze ist zwar im Grundsatz nachvollziehbar. Sie steht sowohl für das TKG als auch für die Förderprogramme noch aus. Da diese Definition für das gesamte TKG Relevanz hat, müsste sie in § 3 TKG erfolgen. Eine solche Gesetzesänderung ist allerdings zum jetzigen Zeitpunkt nicht ratsam. Im Dezember 2018 ist der neue EU-Code für die elektronische Kommunikation beschlossen worden. Hier wird auf „Netze mit sehr hoher Kapazität“ (Very High Capacity Networks) als Ausgang für regulatorischen Maßnahmen Bezug genommen, die definiert werden als

„Netz mit sehr hoher Kapazität“: entweder ein elektronisches Kommunikationsnetz, das komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht, oder ein elektronisches Kommunikationsnetz, das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann; die Netzleistung kann als vergleichbar gelten, unabhängig davon, ob der Endnutzer Schwankungen feststellt, die auf die verschiedenen inhärenten Merkmale des Mediums zurückzuführen sind, über das das Netz letztlich mit dem Netzabschlusspunkt verbunden ist“⁷.

Diese komplexe Definition muss bei der Umsetzung des neuen EU-Rechtsrahmens in nationales Recht entsprechend gewertet, im Hinblick auf FTTB/H- und Kabel-TV-Netze diskutiert und in Bezug zu allen Regelungen des TKG eingeordnet werden.

Alternativen zum jetzigen Vorschlag

Natürlich existieren Alternativen zum jetzigen Vorschlag der Bundesregierung, die allerdings noch zum Teil rechtlich, zum Teil ökonomisch evaluiert werden müssten, insbesondere im Bezug auch auf die öffentlichen Unternehmen der 2. Kategorie:

(1) Anpassung der Kostenteilung für alle Glasfaser ausbauenden Unternehmen, nicht nur für die geförderten:

- Höhere Entgelte für die Mitverlegung zahlbar durch das zweite TK-Unternehmen an den Erstausbauenden, um eine Kompensation des Erlösausfalls zu gewährleisten. Ausreichende ökonomische Anreize für das Mitverlegungsszenario über diesen Weg zu erreichen, dürfte allerdings nicht einfach sein. Vielfach dürfte der alleinige Maßstab der Kosten für die Tiefbauarbeiten, z.B. bei einer Teilungsregel 50:50 für die Tiefbaukosten wie in der Entscheidung der Bundesnetzagentur BK 11-17-20 vom 20.04.2018 auferlegt, nicht ausreichend sein. Gravierender dürfte in vielen Fällen der Ausfall der Erlöse beim Endkunden für das Ge-

⁷ Art.2 Zif.2 RICHTLINIE (EU) 2018/1972 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

schäftsmodell des Erstausbauenden sein. Dies spricht dafür, **§ 77n Abs. 3 TKG** für die Mitnutzung auf den Fall der **Mitverlegung** bei einem geplanten geförderten Glasfasernetz auszudehnen.

- Grundsätzlich vorstellbar wären z.B. **Kostenteilungsmodelle** gemäß der jeweiligen **Endkundenzahl** und **Umsätze**, die das ausbauende und das mitverlegende Unternehmen im jeweiligen Ausbauggebiet ex post erreichen. Dies ermöglicht aber Wirtschaftlichkeitsberechnungen erst im Nachhinein, der Investor wird also in Unsicherheit belassen, und insgesamt dürfte daher ein solches Kostenteilungsmodell nicht leicht zu handhaben sein.
- Ein alternativer Ansatz zur Kostenteilung bestünde darin, **die Kostenteilung anhand der Marktanteile zum Zeitpunkt des Ausbaus** festzulegen und damit die Vertriebsstärke des ausbauenden und des mitverlegenden Unternehmens mit ins Kalkül einzubeziehen, um eine spätere Asymmetrie, die einem Infrastrukturwettbewerb entgegenlaufen würde, zu verhindern.

(2) Anpassung der Förderung

- Anpassung im **Förderregime** und nicht im TKG durch **Verbindlichkeit des Markterkundungsverfahrens** als Voraussetzung für die Förderung, um die Unternehmen, die einen privatwirtschaftlichen Ausbau in dem zur Rede stehenden Gebiet in dem Verfahren verneint haben, für einen gewissen Zeitraum davon abzuhalten, ihre Entscheidung zu revidieren.