Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
Ausschussdrucksache
19(15)181-C
Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019

BREKO
Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.

Öffentliche Anhörung am 13. Februar 2019

Deutscher Bundestag: Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Stellungnahme des Bundesverbands Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (5. TKG-Änderungsgesetz)

I. Einleitung

Bezugnehmend auf die Stellungnahme des Bundesrats vom 23. November 2018 und die daraufhin erfolgte Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12. Dezember 2018 nehmen wir, ergänzend zu unserer Stellungnahme vom 13. August 2018, zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes Stellung. Das 5. TKG-Änderungsgesetz ist so auszugestalten, dass der dringend benötigte flächendeckende Glasfaserausbau in Deutschland beschleunigt und strategisch destruktiver Überbau von geplanten Glasfaserleitungen verhindert wird.

II. Änderungsvorschläge zu § 77i Abs. 3 TKG

1. Begriffsdefinition der „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“

Entgegen der Auffassung der Bundesregierung ist eine Definition der „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“ im Gesetzestext dringend erforderlich, um hinreichende Rechtssicherheit und Chancengleichheit für alle Unternehmen herzustellen, die Glasfasernetze ausbauen bzw. beabsichtigen, diese zukünftig auszubauen.

Durch die fehlende Definition wird es letztlich der Bundesnetzagentur überlassen, diese Begrifflichkeit zu konkretisieren. Die bisher ergangenen Entscheidungen der Bundesnetzagentur haben den Anwendungsbereich der Mitverlegungspflicht jedoch so weit ausgelegt, dass auch kommunale Unternehmen wie Stadtwerke, Stadtwerke-Töchter oder andere Unternehmen mit kommunalen Anteilseignern, die eigene finanzielle Mittel einsetzen, von der Mitverlegungspflicht erfasst werden.

Kommunale Unternehmen, die schon heute maßgebliche Treiber des Glasfaserausbaus in Deutschland sind und auch zukünftig einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung der Gigabit-Ziele des Koalitionsvertrages beitragen möchten, werden nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung ohne rechtfertigenden Grund einem höheren Investitionsrisiko ausgesetzt als alle anderen Marktteilnehmer, mit denen sie im intensiven Wettbewerb stehen und die nicht von der Regelung umfasst werden. Das mit der Gesetzesänderung verfolgte Ziel der Beschleunigung des Glasfaserausbaus in der Fläche statt unsinnigem Doppelausbau wird nicht erreicht. Vielmehr besteht unverändert die Gefahr, dass insbesondere von kommunalen Unternehmen errichtete Glasfasernetze strategisch destruktiv überbaut werden und den betroffenen Unternehmen als Folge finanzielle Mittel und Anreize fehlen, in den weiteren Glasfaserausbau zu investieren. Vor dem Hintergrund der klaren Zielsetzung des Koalitionsvertrages und der darauf ausgerichteten Ausbauplanungen der Unternehmen, werden die Konfliktfälle in den nächsten Monaten und Jahren deutlich zunehmen. Daher ist ein schnelles Eingreifen des Gesetzgebers dringend geboten.

Aus den genannten Gründen fordert auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23.11.2018 eine gesetzliche Klarstellung der Begriffsdefinition der „ganz oder teilweise öffentlichen finanzierten Bauarbeiten“.

Die Gesetzesbegründung für Erläuterungen zum Grundtatbestand der Baustellenkoordinierung zu nutzen, wie in der Gegenäußerung der Bundesregierung vorgeschlagen, ist schon deshalb nicht zielführend, da die Ausführungen in der Gesetzesbegründung in sich widersprüchlich und vage bleiben und die Kernfrage, in welchen Fällen Bauarbeiten öffentlich (teil-) finanziert sind, unbeantwortet lassen.

Um die bestehende Rechtsunsicherheit für ausbauende Unternehmen zu lösen, schlagen wir daher vor, in § 77i Abs. 3 S. 1 TKG folgende Begriffsdefinition der „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten” aufzunehmen:

„Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die - ganz oder teilweise - unmittelbar aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, haben zumutbaren Anträgen nach Absatz 2 zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben.“

Der Änderungsvorschlag stellt klar bzw. konkretisiert, dass dem Grunde nach eine Mitverlegungspflicht nur für solche Bauarbeiten besteht, die - ganz oder teilweise - unmittelbar aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanziert werden und damit ein klarer Mittelbezug bzw. eine unmittelbare Zweckbindung der öffentlichen Mittel zur Finanzierung der jeweils konkret betroffenen Bauarbeiten vorliegt. So sind nur Haushaltsmittel, die einen klaren Mittelbezug zu Bauarbeiten aufweisen, als öffentliche Mittel zur Finanzierung von Bauarbeiten anzusehen. Etwaige Beteiligungsverhältnisse der öffentlichen Hand (z.B. am Stammkapital) an in privater Rechtsform organisierten juristischen Personen oder die Durchführung/Erfüllung von kommunalen Aufgaben sind dagegen unerheblich, da für einen Mitverlegungsanspruch ausschließlich die Finanzierung der jeweils konkret durchzuführenden Bauarbeiten ausschlaggebend sein kann. Auch die Verwendung von Erschließungsbeiträgen kann in diesem Zusammenhang nicht als Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln gelten[1].

2. Unzumutbarkeitsregel

Investitionen in Glasfasernetze sind mit erheblichen Risiken verbunden. Dies gilt, anders als nach Auffassung der Bundesregierung, auch und besonders dann, wenn sie mit eigenen finanziellen Mitteln realisiert werden. Insofern sollte die Regelung zum „Überbauschutz“, wie auch im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) und in der Stellungnahme des Bundesrats dargestellt, nicht nur auf Fälle des geförderten Breitbandausbaus beschränkt werden.

[1] So auch Holznagel, MMR 2018, 798ff.

Der Gesetzesvorschlag der Bundesregierung, der lediglich eine „Unzumutbarkeitsprüfung“ und diese explizit nur für den mit Fördermitteln unterstützten Glasfaserausbau vorsieht, verkennt die Überbauproblematik und schafft damit keinerlei Verbesserungen zur Erreichung der Ziele des Koalitionsvertrages. Die Rechtsunsicherheit bei Unternehmen, die grundsätzlich bereit sind in den Ausbau von Glasfasernetzen zu investieren, bleibt auch nach dem Gesetzesvorschlag der Bundesregierung unverändert bestehen, da die Entscheidung, ob eine Unzumutbarkeit des Doppelausbaus gegeben ist, in jedem Einzelfall durch die Bundesnetzagentur zu entscheiden wäre und diese Prüfung zudem nur auf „Förderfälle“ beschränkt wäre.

Die Ausgestaltung der Regelung in Form einer „Unzumutbarkeitsprüfung“ würde zudem zu einer deutlichen Verzögerung des Glasfaserausbaus führen, da im Streitfall zunächst eine Entscheidung der Bundesnetzagentur abgewartet werden müsste, die dann wiederum mit Rechtsbehelfen angegriffen und überprüft werden könnte. Dadurch werden potenzielle Investoren von vornherein auf Investitionen in Glasfaserinfrastruktur verzichten, da völlig offen ist, wie die Bundesnetzagentur im Einzelfall entscheiden wird. Zudem widerspricht die Aufnahme eines weitestmöglichen Ermessensspielraums zugunsten der Bundesnetzagentur der Systematik des § 77i Abs. 3 TKG, wonach Anträge auf Baustellenkoordinierung unter Einhaltung bestimmter Vorgaben zulässig sind („Anträge sind insbesondere zumutbar…“), ohne dass der Bundesnetzagentur ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird.

Eine gesetzliche Anpassung des § 77i Abs. 3 TKG und die Aufnahme eines Überbau- bzw. Doppelausbauschutzes in Form einer klaren und bindenden Unzumutbarkeitsregelung zugunsten ausbauwilliger Unternehmen ist daher dringend geboten und kann nicht durch eine das Ergebnis der Bundesnetzagentur offenlassende Unzumutbarkeitsprüfung ersetzt werden, wie sie im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen ist.

Ebenfalls nicht zielführend ist eine Lösung, die eine Teilung der Ausbaukosten vorsieht. Diese bietet nicht annähernd eine vergleichbare Grundlage für eine Rentabilität eines Glasfaserausbauprojekts. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um den Glasfaserausbau in einem Gebiet handelt, in dem das mitverlegende Unternehmen bereits über einen entsprechenden Marktanteil auf Basis kupferbasierter Breitbandnetze verfügt und damit über eine deutlich bessere Ausgangssituation bei der Vermarktung neuer Glasfaseranschlüsse verfügt. Im Ergebnis bedeutet das, dass ein wirtschaftlicher Glasfaserausbau für ein Unternehmen unter Berücksichtigung einer Mitverlegung, selbst bei einer Teilung der Grabungskosten, in der Regel schon dann nicht mehr wirtschaftlich möglich ist, wenn auch nur ein Unternehmen einen Mitverlegungsanspruch geltend macht. Noch eklatanter wird das Ergebnis, wenn zwei oder gar noch mehr Unternehmen einen Mitverlegungsanspruch geltend machen, da sich der potenzielle Endkundenmarkt nochmals deutlich verkleinert.

Um die bestehenden Hemmnisse für den Glasfaserausbau nicht auf die Frage zu verlagern, ob im Einzelfall „dieselben Endkundenanschlüsse” durch eine mögliche Mitverlegung versorgt werden, schlagen wir eine den Gesetzestext konkretisierende Ergänzung vor, die klarstellt, dass die Unzumutbarkeitsregel auch dann eingreift, wenn Teile des geplanten Glasfasernetzes überbaut werden sollen.

Diese Ergänzung ist zwingend notwendig, um sicherzustellen, dass die Unzumutbarkeitsregel nicht durch Weglassen oder Hinzufügen von Endkundenanschlüssen unterwandert wird. Eine offene Formulierung, die die Entscheidung der Frage der „Qualität der Überschneidung und der Beeinträchtigung des Geschäftsmodells“ (s. dazu Gesetzentwurf der BReg., S. 9) auf die Bundesnetzagentur abwälzt, birgt dagegen großes Missbrauchspotenzial, da zum einen offen und damit für den Erstinvestor unsicher bleibt, ab welchem Grad der Überschneidung des Gebietes eine Mitverlegung abgelehnt werden kann. Zum anderen begünstigt eine offene Formulierung ein mögliches „Rosinenpicken” (kleiner) lukrativer Teilbereiche eines zusammenhängenden Projektgebiets, was wiederum zu einer erheblichen Gefährdung des ursprünglichen Geschäftsplans führen kann, auch wenn die Quantität der Abweichung nur gering sein mag.

Da statt einer Mitverlegungsmöglichkeit ein offener, diskriminierungsfreier Netzzugang angeboten wird, wird auch der von einzelnen Marktteilnehmern ohne jede Begründung geäußerten Kritik, wonach die Gesetzesänderung zu einer Schaffung neuer Monopole führen würde, hinreichend begegnet.

Um die genannten Rechtsunsicherheiten zu lösen, schlagen wir vor, nach § 77i Abs. 3 S. 3 TKG folgenden Satz einzufügen:

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

Fazit:

- **Es bedarf einer gesetzlichen Klarstellung, dass kommunale Unternehmen, die maßgebliche Treiber des Glasfaserausbaus in Deutschland sind, nicht schlechter gestellt werden als andere privatwirtschaftliche Unternehmen, mit denen sie in intensivem Wettbewerb stehen.**
- **In das Gesetz sollte eine „Unzumutbarkeitsregel“ aufgenommen werden, die einen Überbau von Glasfaserinfrastrukturen im Wege der Mitverlegung wirksam verhindert, gleichzeitig aber einen offenen Netzzugang auf Vorleistungsebene vorsieht.**