

BREKO Positionspapier: Novellierung des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG)

I. Hintergrund

Am 10. November 2016 ist das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) in Kraft getreten, welches insbesondere die Vorgaben aus der EU-Kostensenkungsrichtlinie (Richtlinie 2014/61/EU) in deutsches Recht umsetzt.

Das DigiNetzG verfolgt das Ziel, die Kosten für den Auf- und Ausbau nachhaltiger und flächendeckender digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze signifikant zu senken und „Deutschland fit zu machen für die Gigabitgesellschaft“. Hierfür enthält das Gesetz insbesondere Regelungen zur Mitnutzung bestehender passiver Infrastrukturen (Leerrohre, Leitungsrohre, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Masten, Antennenanlagen und andere Trägerstrukturen) öffentlicher Versorgungsnetze sowie zur Koordinierung von Bauarbeiten, um eine Mitverlegung von TK-Infrastrukturen zu ermöglichen.

Nach dem das Gesetz nun seit mehr als einem Jahr in Kraft ist, ist es Zeit für eine kritische Bewertung der Effektivität der gesetzlichen Neuregelungen. Nach den bisherigen Erfahrungen in der Praxis wird deutlich, dass das DigiNetzG seine hochgesteckten Ziele nicht erreicht und sich stattdessen vielmehr zu einem Hemmnis für den flächendeckenden Glasfaserausbau entwickelt hat.

Dem Ziel des Koalitionsvertrages für die 19. Legislaturperiode entsprechend, Deutschland in die digitale Weltspitze zu führen und den dazu dringend notwendigen Ausbau mit flächendeckend verfügbaren, reinen Glasfaseranschlüssen bis in alle Gebäude als Basis-Infrastruktur für die Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft voranzutreiben, spricht sich der BREKO für eine schnellstmögliche Überarbeitung des DigiNetzG aus, die die bestehenden Schwachstellen des Gesetzes korrigiert und damit eine Incentivierung von Überbau bestehender oder geplanter Glasfasernetze ausschließt und stattdessen einen Beitrag zur flächendeckenden Verfügbarkeit von Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude leistet.

Gleichzeitig sollte auf europäischer Ebene im Zuge der bis Juli 2018 erfolgenden Überprüfung der EU-Kostensenkungsrichtlinie eine Überarbeitung der EU-Kostensenkungsrichtlinie angestrebt werden.

Im Folgenden werden die in der Praxis besonders relevanten Regelungen des Gesetzes zu Mitnutzung und Mitverlegung auch unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus dem Markt sowie der bisherigen Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle kritisch untersucht und erste Vorschläge für eine sinnvolle Überarbeitung des Gesetzes unterbreitet, die weiter detailliert und ergänzt werden. Die notwendigen Anpassungen sollten schnellstmöglich umgesetzt werden, damit das DigiNetzG einen Beitrag zur Erreichung des im Koalitionsvertrag festgeschriebenen Glasfaserziels leisten kann.

II. Allgemeine Zielsetzung des DigiNetzG anpassen

Der BREKO unterstützt grundsätzlich das mit dem DigiNetzG verfolgte Ziel, die Kosten für den Auf- und Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu senken. Eine Kostensenkung beim Glasfaserausbau ist dabei jedoch kein Selbstzweck, sondern muss vielmehr zwingend im Zusammenhang mit einer flächendeckenden Erschließung Deutschlands mit ultraschnellen Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude betrachtet werden. Auch im Koalitionsvertrag wird als Ziel explizit eine flächendeckende Versorgung mit Glasfaseranschlüssen bis 2025 hervorgehoben („Netzinfrastrukturwechsel zur Glasfaser“). Das DigiNetzG als Glasfaserbeschleunigungs- und nicht Glasfaserausbauverhinderungsgesetz, welches erstmals Verpflichtungen sowohl für marktbeherrschende als auch nicht marktbeherrschende Unternehmen vorsieht, ist entsprechend den neuen Zielvorgaben des Koalitionsvertrages zu überarbeiten. Dabei ist sicherzustellen, dass die gesetzlichen Regelungen ausschließlich diesem Ziel dienen und nicht mehr zu einem strategischen Instrument für den Überbau bzw. Parallelausbau geplanter bzw. bereits realisierter Glasfaser-Ausbauprojekte missbraucht werden können, was im Ergebnis zu einer investitionshemmenden symmetrischen Regulierung nicht marktmächtiger Unternehmen führt.

Diesem klaren Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit Glasfaseranschlüssen für alle Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen in Deutschland folgend, bedarf es einer Anpassung des Gesetzesziels. Es ist daher in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass das DigiNetzG, entsprechend den Zielvorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie, einen Beitrag zur Senkung der Kosten beim erstmaligen Ausbau von Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude in den Gebieten Deutschlands leisten kann, in denen solche Glasfasernetze nicht bereits geplant bzw. nicht bereits vorhanden sind. Um eine flächendeckende Versorgung mit Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude zu realisieren, sind Investitionsanreize für den Ausbau in bisher nicht versorgten Gebieten erforderlich. Dagegen dient das DigiNetzG nicht dazu strategisch destruktive Ausbaumaßnahmen zur Duplizierung bereits vorhandener Telekommunikationsnetze zu fördern. Die Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs ist daher auch nicht Aufgabe des DigiNetzG, sondern der Marktregulierung, die aus guten Gründen auf marktbeherrschende Unternehmen beschränkt ist.

III. Regelungen zur Mitnutzung passiver Infrastrukturen (§ 77d ff. TKG) überarbeiten

Die gesetzlichen Regelungen zur Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen sind so anzupassen, dass sie Anreize für den Erstausbau von Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude in bisher unterversorgten Gebieten schaffen und gleichzeitig die Rentabilität von bereits geplanten bzw. realisierten Glasfaserausbauprojekten aufrechterhalten. Ein Überbau bestehender bzw. konkret geplanter Glasfasernetze, der die Wirtschaftlichkeit von Glasfaserausbauprojekten gefährdet bzw. diese verhindern kann und damit gleichzeitig zukünftige Investitionen in Frage stellt, darf gesetzgeberisch nicht unterstützt werden. § 77d und §77g TKG sind daher wie folgt zu überarbeiten und zu ergänzen¹:

¹ Neu hinzugekommene Textvorschläge sind kursiv hervorgehoben.

Änderungsvorschläge:

§ 77g TKG

(2) Der Antrag auf Mitnutzung ~~darf nur~~ *kann beispielsweise* abgelehnt werden, wenn einer der folgenden Gründe vorliegt:

...

6. die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen, soweit der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes diese Alternativen anbietet, sie sich für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eignen und die Mitnutzung zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt wird; *Die Bedingungen sind insbesondere dann fair und angemessen, wenn die Bedingungen im Markt bereits Akzeptanz gefunden haben.* Als Alternativen können geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste, der Zugang zu bestehenden Telekommunikationsnetzen oder die Mitnutzung anderer als der beantragten passiven Netzinfrastrukturen angeboten werden,

7. der Überbau von bestehenden *Hochgeschwindigkeitsnetzen insbesondere Glasfasernetzen*, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen

8. *die Gefährdung der wirtschaftlichen oder finanziellen Tragfähigkeit der Planung/Errichtung neuer Hochgeschwindigkeitsnetze, insbesondere Glasfasernetze.*

(3) Für den Fall, dass ein Ablehnungsgrund nachträglich entsteht bzw. nachträglich eine Eigennutzung beabsichtigt ist, kann der Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze die Mitnutzung unter bestimmten Bedingungen kündigen.

Begründung:

Die gesetzliche Regelung in § 77g Abs. 2 TKG enthält einen abschließenden Katalog möglicher Versagungsgründe für eine Mitnutzung und geht damit über die Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie 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 Hochgeschwindigkeitsnetze 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 neu vorgeschlagenen Regelbeispiele unterstreichen zudem die besonderen negativen Auswirkungen der durch die EU-Kostensenkungsrichtlinie 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-Netzbetreiber begehrt wird, droht sich die Wettbewerbslage der letzteren Gruppe insgesamt zu verschlechtern, da Zugangsansprüche bei einem auf asymmetrischer Telekommunikationsregulierung basierendem Marktdesign nur gegen das marktbeherrschende Unternehmen vorgesehen sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Mitnutzungsansprüche vom marktbeherrschenden Unternehmen selbst geltend gemacht werden. 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.

IV. Regelungen zur Mitverlegung (77i TKG) überarbeiten

Die durch das DigiNetzG neu geschaffenen gesetzlichen Regelungen zur Mitverlegung (§ 77i TKG) und deren Auslegung durch die nationale Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur haben zu einer erheblichen Investitionsverunsicherung im Markt geführt. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Regelungen entgegen der Zielsetzung der EU-Kostensenkungsrichtlinie und des DigiNetzG, den Glasfaserausbau in der Fläche zu beschleunigen, für einen strategischen Überbau neuer Glasfasernetze, ja sogar zu einem Verdrängungswettbewerb genutzt werden. Um dieses strategisch destruktive Vorgehen einzelner Marktteilnehmer wirksam zu verhindern und stattdessen verlässliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Glasfaserausbau in der Fläche voranzubringen, bedarf es einer Änderung der gesetzlichen Regelungen zur Mitverlegung.

Änderungsvorschläge:

§ 77i TKG

(3) Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die ~~ganz oder teilweise unmittelbar aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanzierte~~ ~~aus öffentlichen Mitteln finanzierte~~ Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, haben zumutbaren Anträgen nach Absatz 2 zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben. Anträge sind insbesondere zumutbar, sofern

...

(5) Der Antrag nach Absatz 2 kann ~~oder teilweise~~ *beispielsweise* abgelehnt werden, wenn einer der folgenden Gründe vorliegt:

....

3. *die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen zur beantragten Mitverlegung passiver Netzinfrastrukturen, soweit der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes diese Alternativen anbietet, sie sich für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eignen und die Mitnutzung zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt wird; Die Bedingungen sind insbesondere dann fair und angemessen, wenn die Bedingungen im Markt bereits Akzeptanz gefunden haben. Als Alternativen können geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste oder der Zugang zu den neu entstehenden Telekommunikationsnetzen sein.*

4. *der Überbau von bestehenden, im Bau befindlichen bzw. unmittelbar vor der Errichtung stehenden oder in den nächsten drei Jahren konkret geplanten Glasfasernetzen, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen.*

5. *die Gefährdung der wirtschaftlichen oder finanziellen Tragfähigkeit der Planung/Errichtung neuer Glasfasernetze.*

Begründung:

Eine Mitverlegung im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten an Versorgungsnetzen für Elektrizität, Fernwärme, Gas und Wasser entspricht den Zielen des DigiNetzG und des Koalitionsvertrages und ermöglicht die Nutzung von Synergieeffekten beim erstmaligen Ausbau von Glasfasernetzen.

Hiervon klar zu unterscheiden ist aber die Mitverlegung im Rahmen von aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten, in deren Zuge erstmals Glasfasernetze ausgebaut werden. Ein Mitverlegungsanspruch bei öffentlich finanzierten Glasfaserausbauprojekten birgt erhebliche Gefahren für die erfolgreiche Realisierung dieser Projekte und darf daher gesetzlich nicht ermöglicht werden. Diese Erwägungen sind im Gesetzgebungsverfahren zum DigiNetzG nicht hinreichend beachtet worden und müssen daher nun schnellstmöglich gesetzgeberisch korrigiert werden, um den weiteren Glasfaserausbau nicht zu gefährden.

Die aktuellen Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle und die dabei vorgenommene Auslegung des Gesetzes zeigen den dringenden Handlungs-/Klarstellungsbedarf in Bezug auf die Auslegung der Begrifflichkeit „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauvorhaben“ sowie mögliche Ablehnungsgründe für eine Mitverlegung auf.

Es ist zunächst gesetzlich klarzustellen, dass eine Mitverlegung überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn die Bauarbeiten, bei denen eine Mitverlegung erfolgen soll, unmittelbar aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanziert wird. Etwaige Beteiligungsverhältnisse der öffentlichen Hand an ausbauenden Unternehmen oder die Durchführung/Erfüllung von kommunalen Aufgaben sind dagegen unerheblich, da für einen Mitverlegungsanspruch ausschließlich die Finanzierung der jeweiligen Bauarbeiten ausschlaggebend sein kann. Es muss daher unmissverständlich klargestellt werden, dass eine Mitverlegung nur dann in Betracht kommen kann, wenn ein klarer Mittelbezug bzw. eine unmittelbare Zweckbindung der öffentlichen Mittel zur Finanzierung der jeweils betroffenen Bauarbeiten vorliegen. So sind nur Haushaltsmittel, die einen klaren Mittelbezug zu Bauarbeiten aufweisen, als öffentliche Mittel zur Finanzierung von Bauarbeiten anzusehen. Beteiligungen der öffentlichen Hand am Stammkapital einer selbständig in privater Rechtsform organisierten juristischen Person können dagegen ebenso wenig als Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln gelten wie die Verwendung von Erschließungsbeiträgen.

Darüber hinaus ist auch die Aufnahme zusätzlicher, als Regelbeispiele ausgestalteter, Ablehnungsgründe gegen eine Mitverlegung dringend erforderlich, um insbesondere den bei der Mitnutzung bereits vorgesehenen Überbauschutz auch auf den Fall einer möglichen Mitverlegung zu übertragen. Vor dem Hintergrund des Koalitionsvertrages, der eine flächendeckende Verfügbarkeit

von Glasfaseranschlüssen bis zum Jahr 2025 sowie einen Rechtsanspruch auf schnelles Internet vorsieht, darf das DigiNetzG den systematischen Überbau von bestehenden oder geplanten TK-Infrastrukturen zu inkrementellen Kosten keinesfalls incentivieren. Vielmehr sind die gesetzlichen Regelungen so anzupassen, dass sie die bestehende Investitionsverunsicherung beenden und stattdessen den Glasfaserausbau in der Fläche, d.h. in Gebieten, in denen dieser noch nicht erfolgt ist, vorantreiben.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass ein funktionierender Wettbewerb im Fall von aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanzierten Bauarbeiten durch Open-Access-Verpflichtungen gesichert werden kann. Dabei haben die Unternehmen, die Glasfasernetze ausbauen ein hohes eigenes Interesse an Open-Access-Kooperationen, da das schnelle Erreichen einer hinreichenden Netzauslastung ein wesentlicher Erfolgsfaktor für die Wirtschaftlichkeit eines Ausbauprojekts ist.

Die vorgeschlagenen gesetzlichen Anpassungen sind auch im Einklang mit der geltenden EU-Kostensenkungsrichtlinie möglich, da diese in Erwägungsgrund 25 die Mitverlegung ausdrücklich nur in den in den Fällen als sinnvoll erachtet, in denen der „Hauptzweck der öffentlich finanzierten Bauarbeiten nicht beeinträchtigt wird.“ Der Hauptzweck, ein Gebiet erstmals mit ultraschnellen Glasfaserleitungen zu versorgen, wird aber gerade dadurch gefährdet bzw. unterwandert, wenn nachträglich ein systematischer Überbau/Parallelausbau stattfindet, der den Geschäftsplan des Erstausbauern ad absurdum führt.

V. Entgeltregelungen (77n TKG) anpassen

Ergänzend zum Änderungsbedarf bei den Regelungen zur Mitnutzung und Mitverlegung sind auch die gesetzlichen Regelungen zu de Entgelten anzupassen.

Änderungsvorschläge:

§ 77n TKG

(3) Betrifft die Streitigkeit nach Absatz 1 die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes *oder einer öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinie*, so gilt Absatz 2 entsprechend ~~berücksichtigt die Bundesnetzagentur neben Absatz 2 auch die in § 2 Absatz 2 genannten Regulierungsziele.~~ Dabei stellt die Bundesnetzagentur sicher, dass Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken; sie berücksichtigt hierfür über die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß Absatz 2 hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf deren Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz.

(5) Kommt in den Fällen des § 77i Absatz 2 und 3 innerhalb eines Monats ab dem Tag des Eingangs des Antrages bei dem Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes keine Vereinbarung über die Koordinierung der Bauarbeiten zustande, so kann jede Partei die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle anrufen. Die Bundesnetzagentur legt in ihrer Entscheidung verbindlich faire und diskriminierungsfreie Bedingungen einschließlich der Entgelte der Koordinierungsvereinbarung fest. *Dabei stellt die Bundesnetzagentur sicher, dass Eigentümer und*

Betreiber des von einer Mitverlegung betroffenen öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken; sie berücksichtigt hierfür über die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß Absatz 2 hinaus auch die Folgen der beantragten Mitverlegung auf deren Geschäftsplan. Die Bundesnetzagentur entscheidet unverzüglich, spätestens aber innerhalb von zwei Monaten.

Begründung:

Bei § 77n Abs. 3 TKG fehlt der Verweis auf die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien. Hierbei handelt es sich ganz offensichtlich um ein Redaktionsversehen, da auch bei kommunalen Betreibermodellen, bei denen noch kein Netzbetreiber mit dem Netzbetrieb beauftragt wurde, erhebliche Auswirkungen auf den Geschäftsplan bestehen, die zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus ist eine Anpassung vorzunehmen, die klargestellt, dass die Intensivierung des Infrastrukturwettbewerbs kein Ziel des DigiNetzG ist und daher auch nicht bei der Berechnung der Entgelte herangezogen werden kann.

Die für die Mitnutzung in § 77n Abs. 3 TKG vorgesehenen Entgeltmaßstäbe sind auch auf die Entgeltmaßstäbe für die Mitverlegung (§ 77n Abs. 5 TKG) zu übertragen, da hier ebenfalls eine Gefährdung des Geschäftsplans vorliegt, die bei der Entgeltfestsetzung zwingend zu beachten ist.

Berlin, Mai 2018