

# Stellungnahme

## Entwurf eines fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (Referentenentwurf vom 25. Juli 2018)

10. August 2018

Seite 1

### I. Zusammenfassung

Bitkom unterstützt das in den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag festgelegte Ziel, in Deutschland den flächendeckenden Ausbau von Gigabit-Netzen bis 2025 zu vollziehen. Seine Umsetzung erfordert massive Investitionen und Bautätigkeiten, die zum weit überwiegenden Großteil von den Mitgliedsunternehmen des Bitkom zu finanzieren sein werden. Treiber dieser Investitionen ist insbesondere der Infrastrukturwettbewerb, der zu leistungsfähigen Netzen führt und innovative Angebote für Verbraucher hervorbringt. Gleichzeitig gilt es, den Ausbau durch die Nutzung von Synergien bestmöglich zu unterstützen, um Beschleunigungs- und Kostensenkungspotenziale zu heben. Diesem Ziel hat sich das in der letzten Legislaturperiode intensiv erörterte und im November 2016 in Kraft getretene DigiNetzG verschrieben. Erste Erfolge des Gesetzes, die Kostensenkungspotenziale und Infrastrukturwettbewerb in eine Balance bringen, werden aktuell sichtbar. Diese Erfolge dürfen nun nicht durch vorschnelle Änderungen des DigiNetzG konterkariert werden.

Beim Aufbau von Glasfasernetzen bildet der Tiefbau mit einem Kostenanteil von 70 bis 80 Prozent den größten Kostenpunkt. Sinnvoll ist es daher, wie mit dem DigiNetzG vollzogen, den rechtlichen Rahmen für die Mitverlegung von TK-Netzen bei ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Baumaßnahmen zu verbessern. Eine Mitverlegung reduziert darüber hinaus die Verkehrs- und Umweltbelastungen, die anderenfalls bei zeitlich unkoordinierten Baumaßnahmen entstehen würden. Forderungen, hier nur einen einzigen Glasfaser-Netzbetreiber zum Zuge kommen zu lassen und damit de facto einen Gebietsschutz zu etablieren, sind ordnungspolitisch verfehlt und nicht mit dem Europarecht zu vereinbaren. Der Infrastrukturwettbewerb würde de facto ausgeschlossen und Verbraucher von vornherein nicht nur in der Auswahl unterschiedlicher Anbieter und Angebote beschnitten, sondern perspektivisch auch von leistungssteigernden Entwicklungen im Glasfasernetz abgehängt werden.

Es entstünden neue, lokale Monopole, wo Gebietskörperschaften exklusiv über die "Erschließungsrechte" entscheiden. Diese Monopole, mit entsprechend unkontrollierten und marktunüblichen Preisvorstellungen bzgl. des Netzzugangs für Dritte, würden Marktmechanismen zu Lasten des Ausbaus und für Verbraucher aushebeln.

Aus Sicht des Bitkom besteht kein Anlass für eine Anpassung der Gesetzgebung, die

Bitkom  
Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Nick Kriegeskotte**  
**Bereichsleiter**  
**Telekommunikationspolitik**  
T +49 30 27576-224  
n.kriegeskotte@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme Ref-E 5. TKGÄndG

Seite 2|7

erst vor 1 ½ Jahren in Kraft getreten ist. Die Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu den bisher nur vier Streitfällen zur Mitverlegung nach § 77i (3) TKG – es sind aktuell auch keine weiteren Streitbeilegungsverfahren zu dieser Regelung bei der BNetzA anhängig - basieren auf einer umfangreichen Abwägung zwischen den Anreizen für den Erstinvestor einerseits und dem TKG-Ziel des Infrastrukturwettbewerbs andererseits, und stellen eine faire Kostenverteilung in den Mittelpunkt der Betrachtung. Sorgen, dass First-Mover-Anreize für Gigabitnetze genommen würden, kann durch faire und angemessene Entgelte bzw. Kostenteilungsregelungen vollends begegnet werden. Eine Gesetzesänderung braucht es dazu nicht. Der Infrastrukturwettbewerb wird damit unterstützt, ohne dass der Ausbau in der Fläche beeinträchtigt oder gebremst würde.

Der auf europäischer Ebene bereits im politischen Konsens verhandelte, und im Herbst 2018 formal verabschiedete European Electronic Communications Code (EECC) wird zudem ohnehin eine umfangreiche TKG-Novelle in 2019 auslösen, inkl. neuer Vorgaben auch für den hier diskutierten Regulierungsbereich. Es macht aus unserer Perspektive keinen Sinn, jetzt einzelne DigiNetzG-Vorgaben zu ändern, wissend, dass 2019 ohnehin Änderungen anstehen. Eine Novelle in 2018, auf die eine weitere zu denselben Regelungen 2019 folgen wird, nimmt den investierenden Unternehmen die notwendige Rechts- und Planungssicherheit und schadet damit dem Ausbau von Gigabit-Netzen.

Eine solche Gesetzesänderung wäre zudem inkompatibel mit dem EU-Rahmen insgesamt und der EU-Kostensenkungsrichtlinie, die mit dem DigiNetzG umgesetzt wurde. Sie könnte daher ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission nach sich ziehen, was die Rechts- und Planungssicherheit für investierende Netzbetreiber gefährdet, statt sie zu stärken. Die EU-Kostensenkungsrichtlinie sieht in Artikel 5 zu Recht sehr weitreichende Mitverlegungsrechte vor, und regelt Ausnahmen hiervon abschließend. Der aktuelle Referentenentwurf ist von den EU-rechtlich vorgegebenen abschließenden Ausnahmen eindeutig nicht erfasst. Aus genau diesem Grund war eine bereits 2016 vom Bundesrat geforderte Regelung seinerzeit auch nicht ins DigiNetzG eingeführt worden. Der mit dem DigiNetzG eingeführte Begriff des "Überbaus", und darauf fußende Einschränkungen von Mitnutzungsrechten stehen bereits jetzt diametral im Gegensatz zum EU-Rechtsrahmen und dem Infrastrukturwettbewerb. Der flächendeckende Ausbau von Gigabit-Netzen erfordert stattdessen die Fortsetzung von Mitverlegungsmöglichkeiten bei ganz oder teilweise öffentlich-finanzierten Baumaßnahmen, ggf. die Verbesserung der hierfür erforderlichen Transparenz über öffentlich finanzierte Baumaßnahmen, sowie auch neue, darüber hinausgehende Ansätze, um Beschleunigungspotenziale im Bereich bau- und genehmigungsrechtlicher Fragestellungen zu heben. All diese Fragen im Zusammenhang mit einer Beschleunigung des Netzausbaus sollten sinnvollerweise in einem ganzheitlichen Ansatz und geordneten Verfahren im Rahmen der TKG-Novellierung zur Umsetzung des EECC 2019 diskutiert werden, anstatt nur ein Einzelaspekt in einem Vorab-Eilverfahren.

## **II. Begründung im Einzelnen**

### *1. Verfahren und Zeitpunkt*

Die Vorlage eines Gesetzesentwurfes, mit dem eine einzelne Vorschrift des DigiNetzG bereits anderthalb Jahre nach ihrem Inkrafttreten angepasst werden soll, ist aus Sicht des Bitkom übereilt und aus verschiedenen, im Folgenden näher ausgeführten Punkten, nicht nachvollziehbar. Die Bitkom-Unternehmen sind wesentlicher Treiber des Netzausbaus in Deutschland und engagieren sich auch in entsprechenden politischen BMVI-Foren wie der „Netzallianz Digitales Deutschland“, der AG Digitale Netze und Digitalgipfel-Plattform „Digitale Netze und Mobilität“. In keinem dieser Gremien ist das in dem überraschenden Referentenentwurf adressierte vermeintliche Problemfeld und etwaiger diesbezüglicher Gesetzesänderungsbedarf erörtert oder auch nur angekündigt worden. In der Netzallianz des BMVI wurde ganz im Gegensatz zu dieser nun angestoßenen Gesetzesänderung vereinbart, die Umsetzung des Gesetzes zu unterstützen, statt Änderungsbedarfe zu adressieren.

Zur Umsetzung der Vorgaben des EECC wird es zeitnah ohnehin einer umfangreichen TKG-Novelle bedürfen. Diese wird auch und vor allem den Themenkomplex des Breitbandausbaus umfassen. Deswegen ist die nun diskutierte Änderung auch kaum geeignet, mehr Rechts- und Planungssicherheit zu schaffen. Im Gegenteil: Wegen der bereits absehbaren erneuten Änderungen des rechtlichen Rahmens ist eine vorschnelle Anpassung zum jetzigen Zeitpunkt kaum tauglich, den Ausbau von Gigabit-Netzen zu unterstützen. Prozedural wird hier quasi ein „Eilverfahren“ gewählt, wenn man berücksichtigt, dass das Gesetz gerade einmal 1 ½ Jahre in Kraft ist und im Rahmen einer größeren TKG-Novelle diese und andere DigiNetzG-Regelungen im TKG ohnehin eine Novellierung erfahren.

Diese Eilbedürftigkeit ist zudem nicht konkret begründet. Zwar wird angeführt, dass „*vielfach ein Anspruch auf Mitverlegungen geltend gemacht*“ [würde], „*wenn die Ausgangstiefbauarbeiten ihrerseits dazu dienen, Breitbandinfrastrukturen auszurollen*“. Dies allein kann jedoch kein Grund für eine Gesetzesänderung sein, da auch diese Konstellationen grundsätzlich von der Kostensenkungsrichtlinie (2014/61/EU) und entsprechend gerade vom DigiNetzG erfasst sein sollen. Auch die wenigen Streitbeilegungsverfahren, die bis dato zu § 77i Abs. 3 TKG geführt wurden – ganze 4, bzw. 3 (2 betrafen einen identischen Sachverhalt in Linkenheim-Hochstetten) – können nicht hinreichend die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung belegen. Auf dieser Basis bereits eine „Überbauproblematik“ ausmachen zu wollen, ist verfrüht. Anderenfalls müsste grundsätzlich die Frage gestellt werden, ob jedes einzelne Streitbeilegungsverfahren – auch zu den anderen DigiNetzG-Regelungen – bereits Anlass zu einer Gesetzesänderung gibt.

## *2. Koordinierung und Infrastrukturwettbewerb*

Die Kostensenkungsrichtlinie (2014/61/EU) und DigiNetzG setzen sinnvollerweise bewusst primär auf die Erweiterung des Spielraums für kommerzielle Koordinierungsvereinbarungen: Zum einen ist ein koordinierter Ausbau verschiedener Gewerke grundsätzlich kosten-, verkehrs- und umweltschonend, und sollte daher möglichst immer maximal genutzt werden. Zum anderen kann durch kommerzielle Verhandlungen sehr viel flexibler und individueller eine Win-Win-Situation erzielt werden. Sollte es dennoch Auslegungsfragen geben, kann und soll die Streitbeilegungsstelle bei der BNetzA angerufen werden.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Mitverlegungs- bzw. Koordinierungspflicht gemäß § 77i Abs. 3 TKG allein in den Fällen einer (teilweisen) öffentlichen Finanzierung einschlägig ist. Im Falle eines eigenwirtschaftlichen Glasfaserausbaus kann sich die im Referentenentwurf beschriebene sog. „Überbauproblematik“ also bereits von vornherein nicht stellen. Gegenstand der Spruchpraxis der Streitbeilegungskammer der Bundesnetzagentur bzw. der dort anhängig gemachten Streitbeilegungsverfahren war deshalb gerade auch noch kein einziger Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten, der bei ausbauenden Telekommunikationsnetzbetreibern gestellt wurde.

Dabei gehen auch die in dem Gesetzesentwurf bzw. seiner Begründung aufgegriffenen Bezeichnungen des „Erstausbaus“ bzw. des „erstausbauenden Betreibers“ fehl. In den Fällen einer Koordinierung gemäß § 77i Abs. 1 ff. TKG geht es gerade nicht um Konstellationen, in denen bereits bestehende Netze nachträglich „überbaut“ werden, sondern Gegenstand bzw. Ziel der Regelung ist die Herbeiführung einer Abstimmung zur Koordinierung vor der Baumaßnahme und deren gemeinsame Durchführung unter angemessener Verteilung der Kosten zwischen den Beteiligten.

Insofern ist auch nicht nachvollziehbar, dass die Vorlage des hier in Rede stehenden Gesetzesentwurfes im Wesentlichen damit begründet wird, eine Ergänzung der Zumutbarkeitsregelungen des DigiNetzG sei im Lichte der Vorgaben des Koalitionsvertrages, namentlich der Zielsetzung eines konsequenten Glasfaserausbaus und der Notwendigkeit eines privatwirtschaftlichen Glasfaserausbaus, dringend geboten. Eine Gefahr eines parallelen Ausbaus durch andere Betreiber zusätzlich zu von Telekommunikationsnetzbetreibern eigenwirtschaftlich vorgenommenen Erschließungen wird durch den bisherigen Inhalt des § 77i TKG schlichtweg nicht begründet. Vielmehr konterkariert der Referentenentwurf die im Koalitionsvertrag proklamierte Schaffung von Anreizen für den privatwirtschaftlichen Glasfaserausbau.

Schließlich dürften nach derzeitigen Erfahrungen solche praktischen Anwendungsfälle nach der Regelung des § 77i Abs. 1 ff. TKG das größte Synergie-/Kostensenkungspotenzial

## Stellungnahme Ref-E 5. TKGÄndG

Seite 5|7

in Fällen erlangen, in denen eine Mitverlegung bei Baustellen und anderen Versorgungsnetzen (etwa im Verkehrsbereich) – also gerade bei Nicht-TK-Netzen – erfolgt. Umso mehr müssen etwaige einschränkende Anpassungen an den Gesetzesvorgaben sehr sorgfältig geprüft werden, um Synergie- und damit Ausbaupotenzial nicht wider den Grundsatz des Infrastrukturwettbewerbs und die Interessen letztlich aller TK-Netzbetreiber voreilig zu beschneiden.

### *3. Faire Kostenverteilung als Maßstab für Synergienutzung*

Wesentlicher Hebel für eine faire Balance zwischen den Interessen der Parteien sind die bereits im aktuellen Gesetz normierten Kostentragungsmaßstäbe, die auch die Bundesnetzagentur in ihren bisherigen Entscheidungen in den Mittelpunkt rückt. Den seitens der Befürworter einer Gesetzesänderung geäußerten Sorgen, dass Anreize für den Ausbau von Glasfasernetzen genommen würden, wenn nicht ein Ablehnungsgrund im Sinne eines „Überbauschutzes“ bei der Mitverlegung eingeführt wird, könnten nach unserer Auffassung durch faire und angemessene Kostenteilungsregelungen umfassend begegnet werden, ohne den Infrastrukturwettbewerb unnötig stark einzuschränken. Dabei wäre auch nicht ausgeschlossen, dass dies im Einzelfall ggf. auch dazu führen könnte, dass es letztlich nicht zu einer Mitverlegung kommt, weil die Höhe der für eine Mitverlegung anfallenden Entgelte dieser entgegensteht bzw. sich an den Eigenbaukosten orientiert.

Zudem hat die Bundesnetzagentur im Streitbeilegungsverfahren der HochrheinNetz gegen den LK Waldshut bewiesen, dass in extremen Konstellationen, in denen durch die Mitverlegung der geförderte Ausbau in Gänze gefährdet würde, diese eben auch ohne gesetzliche Änderung verhindert werden kann.

Die Vorlage des Änderungsentwurfes erscheint zudem mit Blick darauf verfrüht, dass Auswertungsergebnisse der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Konsultation zu „Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG“ noch nicht vorliegen. Auch insofern sollte zunächst entsprechend der Vorgaben der EU-Richtlinie und des DigiNetzG die in § 77 i (4) TKG angekündigte Veröffentlichung der Grundsätze für die Umlage der Kosten bei einer Koordinierung durch die BNetzA abgewartet werden in der Erwartung, dass diese in den meisten Fällen einen fairen Interessenausgleich herbeiführen können. Auch dieser Aspekt spricht dafür, den aktuellen Entwurf zurückzuziehen, und im Rahmen der Novelle 2019 etwaige offene Fragen und Problemstellungen der Thematik zu adressieren.

## Stellungnahme Ref-E 5. TKGÄndG

Seite 6|7

### 4. Mitverlegung bei Förderprojekten

Selbst zum Schutz für die in der Begründung zum Referentenentwurf angeführten Förderprojekte ist eine Gesetzesänderung weder erforderlich oder mit dem Leitbild des EU-Beihilferechts kompatibel. Das EU-Beihilferecht sieht vor, dass in Fördergebieten gerade aufgrund des Einsatzes öffentlicher Mittel (und der damit einhergehenden Wettbewerbsverzerrung) ein Mehr an Wettbewerb (im Vergleich zu nicht geförderten Gebieten) möglich sein soll. So sieht das EU-Beihilferecht für Fördergebiete zwingend umfangreiche Open-Access-Auflagen vor, die noch über den Umfang regulierter Vorleistungen hinausgehen, und die parallele, wettbewerbliche Erschließung von Fördergebieten auf allen Wertschöpfungsebenen gerade fördern sollen. Zudem hat das BMVI gerade erst (mit Inkrafttreten zum 1.8.2018) die neue Vorkehrung im Rahmen des Bundesförderprogramms getroffen, nach der ein geförderter Ausbau nachträglich einen finanziellen Zuschuss bekommen kann, sollte es durch die parallele Erschließung eines infrastrukturbasierten Wettbewerbers zu einer Verschlechterung der Wirtschaftlichkeit des geförderten Netzes kommen. Für den Förderkontext ist die vorgeschlagene Gesetzesänderung daher weder rechtlich noch ökonomisch angezeigt. Schließlich gilt auch mit Blick auf die Wahlfreiheit der Verbraucher in Fördergebieten: Gibt es dort keine zweite Infrastruktur, wird das mit öffentlichen Geldern errichtete Glasfaserinfrastrukturmonopol in ein paar Jahren veraltet sein. Dann werden die Kunden in Gebieten mit Infrastrukturwettbewerb von Innovationen profitieren, während in Gebieten mit lokalen Monopolen die Bürger erneut abgehängt sein werden. Das Stadt-Land-Gefälle wird zurückkehren.

### 5. Europarechtliche Vorgaben

Die Mitverlegung im Rahmen von ohnehin ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Baumaßnahmen ist unbestritten ein wesentlicher Hebel für kosten-, verkehrs- und umweltschonenden Netzausbau. Dies ist eine wesentliche Erkenntnis, die der EU-Kostensenkungsrichtlinie und dem DigiNetzG richtigerweise zugrunde liegt. Falsch wäre eine Einschränkung des *effet utile* der Richtlinie aus wirtschaftlichen Befürchtungen heraus. Überdies ist der Änderungsvorschlag zu § 77i TKG mit der Richtlinie unvereinbar.

Dies folgt schon aus einem Abgleich der erklärten Zielvorstellungen des Richtliniengebers mit den Motiven des Änderungsvorschlags. Erwägungsgrund 25 der EU-Kostensenkungsrichtlinie (2014/61/EU) statuiert „bei aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten sollte das Ziel sein, den kollektiven Nutzen zu maximieren, indem die positiven externen Effekte dieser Arbeiten für alle Bereiche genutzt [...] werden.“. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht bestritten werden, dass der Allgemeinheit mehrere, parallele TK-Infrastrukturen mehr nützen, als eine einzelne, unter alleiniger Kontrolle

## Stellungnahme Ref-E 5. TKGÄndG

Seite 7|7

eines Einzelnen. Parallele Infrastruktursysteme fordern die Leistungsfähigkeit und steigern den Wettbewerb, sie bringen dadurch Innovation hervor, die der Allgemeinheit zugutekommt. An keiner Stelle hingegen wird der Schutz langfristiger wirtschaftlicher Interessen einzelner Netzbetreiber, wie er dem Änderungsvorschlag zugrunde liegt, zum Ziel erhoben. Jene Interessen erfahren gebührende Berücksichtigung über Art. 5 Abs. 2 S. 3 der Richtlinie und die entsprechenden Entgeltregelungen im TKG. Der Änderungsentwurf ist sodann auch nicht mit den konkreten Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie vereinbar. So listet Artikel 5 der EU-Kostensenkungsrichtlinie (2014/61/EU) abschließend die Bedingungen auf, nach denen ein Koordinierungsantrag zumutbar ist und ihm somit stattzugeben ist. Eine Unzumutbarkeit aufgrund eines „Überbaus“ bzw. wirtschaftlicher Beeinträchtigung ist hier bewusst nicht Gegenstand der Versagungsgründe.

Es wäre entsprechend sowohl EU-rechtlich, als auch volkswirtschaftlich nicht begründbar, diese positiven Effekte gesetzlich zu beschneiden. Diese Synergiehebel müssen allen Unternehmen gleichermaßen zu Gute kommen und nicht nur kommunalen Netzbetreibern. Ansonsten wird das Level Playing Field weiter zugunsten einer einseitigen und unzulässigen Quersubventionierung durch kommunale Unternehmen ausgehöhlt.

In einem Gutachten von Prof. Kühling im Auftrag des BMVI zum DigiNetzG wurde 2016 treffend festgestellt: „Die ggfs. entstehende Nivellierung von Wettbewerbsvorteilen lokaler TK-Betreiber, die mit den Kommunen vernetzt sind und daher bei Ausbauvorhaben Synergien erzielen können, ist eine hinnehmbare und notwendige Konsequenz der beabsichtigten Beschleunigung und Kostensenkung des Breitbandausbaus“. Auch das Bundeskartellamt hat mehrfach betont, dass der Infrastrukturwettbewerb maßgebliches Ziel des TKG ist und Grundlage für nachhaltige und innovationsfördernde Angebote für Verbraucher ist.

Bitkom vertritt mehr als 2.600 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.800 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 400 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.