

# Stellungnahme

## Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG-E)

22. Februar 2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

### I. Zusammenfassung

Deutschland steht vor der Aufgabe, eine im weltweiten Maßstab wettbewerbsfähige digitale Netzinfrastruktur als Voraussetzung für zukünftige Wachstumschancen in einer zunehmend vernetzten und digitalen Wirtschaft zu schaffen. Die flächendeckende Versorgung mit Hochgeschwindigkeitsnetzen erfordert Milliardeninvestitionen. Hierbei ist insbesondere der erforderliche Tiefbau der zentrale Kostentreiber. Auf den Tiefbau können bis zu 80 Prozent der Kosten entfallen.

Die TK-Netzbetreiber im Bitkom investieren pro Jahr mehrere Milliarden in den Ausbau der verschiedensten Hochgeschwindigkeitsnetze. Bitkom begrüßt daher grundsätzlich gesetzliche Erleichterungen für den weiteren Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Technologiemix. Dabei muss es einen klaren Vorrang privater Investitionen vor Investitionen der öffentlichen Hand geben.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der Bitkom auch grundsätzlich die Vorlage des Entwurfs für ein Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze („DigiNetzG“). Mit dem Entwurf soll die europäische Richtlinie 2014/61/EU über

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  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 2|20

Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation („Kostensenkungsrichtlinie“) in Deutschland umgesetzt werden. Darüber hinaus enthält das DigiNetzG eine Reihe von Änderungen, die nicht durch die Kostensenkungsrichtlinie vorgegeben sind.

Der Entwurf enthält gute Vorschläge, wie z. B. die Koordinierungspflicht bei öffentlich finanzierten Baumaßnahmen. Die Koordinierung von Bauarbeiten ist ein wichtiger Hebel zur Kostensenkung, der jedoch noch wirksamer ausgestaltet werden sollte. Darüber hinaus werden andere effektive Kostenreduzierungsmaßnahmen nicht angelegt. Hier ist insbesondere die fehlende Erleichterung für die Möglichkeit einer oberirdischen Verlegung zu nennen. Diese sollte nachgeholt werden. Diese Änderungen würden schnell und effizient erhebliches Einsparungspotenzial heben, und sich somit positiv auf die Flächenversorgung mit Hochgeschwindigkeitsnetzen und das Breitbandziel 2018 auswirken.

Allerdings erscheint das im Entwurf angegebene Einsparungspotenzial i. H. v. bis zu €20 Milliarden bis 2018 deutlich zu hoch gegriffen. Einsparungen in dieser Höhe würden zunächst voraussetzen, dass ein Vielfaches des Betrags bis 2018 investiert würde. Dies ist derzeit nicht erkennbar.

Daneben enthält der Entwurf eine Reihe von Änderungen, im Wesentlichen das Wege-recht betreffend, die sich nicht aus der Kostenreduzierungsrichtlinie ergeben, und die mehrheitlich zu Lasten der investierenden TK-Netzbetreiber gehen. Diese Änderungen begünstigen die öffentliche Hand, bergen das Risiko des ineffizienten Mitteleinsatzes und von Quersubventionierung und sind zudem ordnungspolitisch, verfassungs- und beihilferechtlich bedenklich. Hier sind dringende Korrekturen geboten.

Schließlich weist der Entwurf darauf hin, dass aus der EU-Richtlinie resultierende Vorgaben für Hauseigentümer zur Errichtung von gebäudeinternen passiven Trägerinfrastrukturen, sowie zu Baugenehmigungsfristen nicht Bestandteil des Entwurfs sind, da sie in die Zuständigkeit der Länder fallen. Aus Sicht der TK-Netzbetreiber sind gerade diese Vorgaben wichtige Hebel zur Beschleunigung des weiteren Breitbandausbaus. Insbesondere gebäudeinterne Netzinfrastrukturen werfen derzeit aus Sicht von TK-Netzbetreibern mit Blick auf Fiber-to-the-Home-Strategien diverse Fragen auf. Daher sollte unbedingt – erneut – geprüft werden, einheitliche gesetzliche Vorgaben auf Bundesebene, insbesondere mit Blick auf gebäudeinterne Netzinfrastrukturen, zu regeln. Nur hilfsweise sollte der Bund gegenüber den Ländern darauf hinwirken, dass diese die Vorgaben der Richtlinie zeitnah und fristgemäß sowie länderübergreifend harmonisiert umsetzen. Anderenfalls würde die Komplexität der Rahmenbedingungen für die Netzbetreiber erhöht und der weitere Ausbau eher gehemmt als gefördert.

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 3|20

Nicht zuletzt müssen Umsetzungsfristen für die Versorgungsnetzbetreiber für die Implementierung der erforderlichen Prozesse zur Bereitstellung von Informationen, Erstellung von Angeboten und Mitnutzungsverträgen etc. vorgesehen werden.

### II. Detailbewertung

Im Folgenden nehmen wir zu den aus unserer Sicht wichtigsten Änderungsbedarfen in chronologischer Folge Stellung:

#### 1. Begriffsbestimmungen (§ 3)

Die Änderung von Nr. 26 („Telekommunikationslinien“) wird grundsätzlich begrüßt, da sie der technischen Entwicklung Rechnung trägt. Sie sollte lediglich noch dahingehend präzisiert werden, dass nicht nur Bezug genommen wird auf diejenigen Einrichtungen, die für das Erbringen von öffentlich zugänglichen TK-Diensten erforderlich sind, sondern auch auf über Kabel verbundene Funkeinrichtungen sowie weitere zugehörige technische Einrichtungen, die für den Betrieb erforderlich sind.

Als äußerst kritisch bewertet Bitkom die neu aufgenommene Definition eines „Überbaus“, § 3 Nr. 27b. Der „Überbau“ soll zudem in die Liste der Ablehnungsgründe nach §77g aufgenommen werden. Die Einführung dieser Begriffsdefinition, die den Aufbau einer konkurrierenden Infrastruktur pauschal als ineffizient kennzeichnet und die Verhinderung einer Verdopplung von Infrastrukturen – also eines infrastrukturbasierten Wettbewerbs – zum Ziel des Gesetzes erklärt, ist vollkommen unvereinbar mit dem deutschen und europäischen Telekommunikationsrecht. Dadurch würde ein grundsätzlicher Wertungswiderspruch in das TKG eingeführt.

Die Aufnahme des – negativ konnotierten – Begriffs in das TKG ist grundsätzlich abzulehnen, da nicht mit den Zielen des TKG (Infrastrukturwettbewerb) vereinbar. Die Intention dieser TKG-Änderung würde zudem klar der Zielsetzung der EU-Richtlinie zuwiderlaufen. Auch und insbes. die Begründung zur Definition des Begriffs „Überbau“ ist mindestens sehr missverständlich bis ordnungspolitisch fragwürdig, und bedarf dringend der Anpassung. So ist völlig unklar, warum bzw. in welcher Weise die „nachträgliche Dopplung von parallelen Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung“, basierend auf einer Mitnutzung oder Koordinierung, gem. der Begründung eine „mögliche Verfälschung des Wettbewerbs“ zur Folge haben könnte. Infrastrukturbasierter Wettbewerb kann gerade erst durch die parallele Errichtung von TK-Infrastrukturen entstehen. Der Wettbewerb würde also gefördert und nicht etwa gehemmt oder ver-

fälscht. Auch ist die Begründung mit dem „Gedanken der zu vermeidenden Duplizierung“ nicht nachvollziehbar und ordnungspolitisch nicht durchsetzbar.

## **2. Wegerechte (§§ 68 – 77 neu)**

Bitkom begrüßt, dass nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG-E die Zustimmung des Wegebau- lastträgers künftig schriftlich oder elektronisch erteilt werden kann. Elektronische Prozesse erleichtern und beschleunigen die Bearbeitung für beide Seiten. Wichtig ist, in § 68 Abs. 3 TKG-E auch die in der EU-Richtlinie (Art. 7 Abs. 3) vorgesehene Genehmigungsfrist zu verankern. Die Genehmigung für die Verlegung oder Änderung von TK-Linien ist bereits heute durch das Erfordernis der Zustimmung des Wegebau- lastträgers in § 68 Abs. 3 TKG bundesrechtlich geregelt. Diese Regelung ist durch die ausschließliche Gesetzgebungs- kompetenz des Bundes aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG gedeckt<sup>1</sup>. Diese Vorschrift wird von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt (Art. 83 GG). Nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG kann der Bund in einem solchen Bereich auch das Verwaltungsverfahren, insbeson- dere auch Fristen, regeln<sup>2</sup>. Jenseits dieser Zustimmung ist für die Errichtung von TK- Linien regelmäßig keine weitere Genehmigung erforderlich. Insbesondere nehmen die Landesbauordnungen die Errichtung von Telekommunikationsleitungen ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BauO NRW). Lediglich aus- nahmsweise wird eine weitere Genehmigung nach Landesrecht erforderlich (bspw. nach Naturschutz- oder Wasserrecht). Nur insoweit fehlt dann eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

Bislang wird jedoch die Gelegenheit versäumt, durch weitere Erleichterungen bei den Vorschriften zur Verlegung von Telekommunikationslinien weitergehendes Einsparpo- tenzial zu realisieren. Dies betrifft insbesondere den verstärkten Einsatz oberirdischer Verlegung.

Auch wenn die Kostensenkungsrichtlinie keine Vorgaben hinsichtlich dieser bautechni- schen Anforderungen der Verlegung von Telekommunikationslinien macht, so entsprä- chen diese Änderungen jedoch der zentralen gesetzgeberischen Zielsetzung sowie auch einer Forderung aus dem Koalitionsantrag „Moderne Netze“, Maßnahmen zur Kosten- senkung des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu schaffen. Durch oberirdische Verlegung könnten Betreiber von Telekommunikationsnetzen mit derselben Investition in den Netzausbau eine umso größere Reichweite erreichen. Hierauf zielende Änderun- gen leisten daher einen nennenswerten zusätzlichen Beitrag zur Erreichung der Ziele der

<sup>1</sup> Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 68 Rn. 8.

<sup>2</sup> Dittmann, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 84 Rn. 5 und 11.

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 5|20

Digitalen Agenda der Europäischen Union und der Breitbandstrategie der Bundesregierung. In Fördergebieten kann durch diese Erleichterungen zudem die öffentlichen Haushalte entlastet werden.

Der Entwurf des DigiNetzG lässt den faktischen Vorrang der unterirdischen Verlegung nach § 68 Abs. 3 TKG unberührt. Die bisherigen Regelungen zur vorrangigen unterirdischen Verlegung von Telekommunikationslinien gemäß § 68 Absatz 3 Satz 2 und 3 TKG haben sich aus Sicht des Bitkom als nicht sachgerecht erwiesen, da trotz der gesetzlichen Gleichstellung von unter- und oberirdischer Verlegungsform faktisch eine einseitige Bevorzugung der unterirdischen Verlegung entstanden ist.

Vor diesem Hintergrund sollte eine oberirdische Verlegung von Telekommunikationslinien grundsätzlich nur noch dann abgelehnt werden können, wenn dem überwiegende städtebauliche Belange entgegenstehen, d. h. es sollte ein Rechtsanspruch auf die Zustimmung zur oberirdischen Verlegung geschaffen werden, der lediglich dann ausgeschlossen ist, wenn bei der notwendigen Abwägung der Interessen des Betreibers des Telekommunikationsnetzes und der städtebaulichen Belange ein tatsächlicher Vorrang der öffentlichen Interessen festgestellt wird.

Ein solcher Rechtsanspruch lässt sich mit der durch das DigiNetzG vorgesehenen Koordination von Bauarbeiten (§ 77i TKG-E) verknüpfen, indem ein regelmäßiger Vorrang der unterirdischen Verlegung nur dann besteht, wenn der Betreiber des Telekommunikationsnetzes Anspruch auf den Abschluss einer Vereinbarung zur Koordinierung von Bauarbeiten hat. Dadurch erhielte der Betreiber des Telekommunikationsnetzes mehr Planungs- und Rechtssicherheit.

Keine Lösung gibt es für das drängende Problem, dass immer mehr Straßenbauverwaltungen den Neubau oberirdischen Linien und Masten durch unsachgemäße und überzogene Auflagen bezüglich der Verkehrssicherheit verteuern oder sogar ganz verhindern. Sogar für bestehende oberirdische Linien wird in bestimmten Fällen verlangt, diese unterirdisch zu verlegen oder mit Schutzeinrichtungen (z.B. Leitplanken) zu versehen. Dies führt bei den TK-Unternehmen zu sehr hohen zusätzlichen Kosten, ohne dass sich dadurch die Breitbandversorgung verbessert. Daher sollte in § 68 TKG ebenfalls klar gestellt werden, dass Holzmasten keine Hindernisse im Sinne der Richtlinien für passiven Schutz an Straßen durch Fahrzeug-Rückhaltesysteme (RPS) sind. Dies entspricht auch der seit Jahrzehnten gültigen faktischen Rechtslage.

## 2.1 Ausweitung der Wegerechtsübertragung bedenklich (§ 69)

Die geplante Neufassung des § 69 Abs. 1 TKG sieht die Möglichkeit einer Übertragung von Wegerechten auch auf die Eigentümer und Betreiber von Telekommunikationslinien, die öffentlichen Zwecken dienen, vor. Damit soll auch eine Übertragung an Eigentümer reiner Leerrohrnetze möglich werden, soweit eine spätere Nutzung für den Betrieb eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes glaubhaft gemacht werden kann. Diese Änderung erfolgt unabhängig von den Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie laut Gesetzesbegründung i. W. mit dem Ziel, den Bedürfnissen sog. Betreibermodelle entgegenkommen zu wollen. Diese Ausweitung erscheint nicht erforderlich (Betreibermodelle werden auch heute bereits ohne diese Anpassung umgesetzt).

## 2.2 Mitnutzung und Wegerecht (§ 70)

§ 70 Abs. 2 TKG-E erstreckt die durch das DigiNetzG geschaffenen Mitnutzungsansprüche auf die Nutzung für Nicht-Hochgeschwindigkeitsnetze für den Fall, dass die Verlegung neuer Telekommunikationslinien mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist.

Die Erstreckung auf Nicht-Hochgeschwindigkeitsnetze in Abs. 2 erfolgt unabhängig von den Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie. Da diese Ausweitung der Mitnutzungsansprüche nicht auf den weiteren Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen einzahlt, ihn vermutlich sogar hemmt, ist sie unverhältnismäßig und kontraproduktiv, und sollte daher gestrichen werden.

## 2.3 § 75 TKG-E (Spätere besondere Anlagen) geht zulasten der TK-Netzbetreiber

Die vorgeschlagene Erweiterung des Anwendungsbereichs erfolgt unabhängig von den Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie und geht zulasten der TK-Netzbetreiber. Die bestehende Fassung von § 75 sieht vor, dass der TK-Netzbetreiber sich bei Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen weigern kann, die TK-Linie zu verlegen. Diese Möglichkeit soll es jetzt nicht mehr geben. Nun soll die Maßnahme (Errichtung einer besonderen Anlage) in jedem Fall durchgeführt werden können. Wenn die Kosten unverhältnismäßig hoch sind, gleicht der Inhaber oder Betreiber der Anlage das Ungleichgewicht durch Teilzahlung aus und stellt so Verhältnismäßigkeit der Kosten her. So lange nicht eindeutig und nachvollziehbar geklärt ist, was verhältnismäßig ist und was nicht, besteht die Gefahr, dass neben den Verlegekosten auch noch erhebliche Kosten für die dann regelmäßig zu erwartende gerichtliche Klärung anfallen. Der unbestimmte Rechtsbegriff „unverhältnismäßig“ bedarf daher zwingend der Definition im Gesetzestext, da

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 7|20

es ansonsten immer zu Rechtsstreitigkeiten kommen wird und die Unwägbarkeiten anderenfalls stets zulasten der TK-Netzbetreiber gehen.

### **2.4 Erweiterte Hausstichregelung sinnvoll; Mitnutzung bedarf jedoch Stärkung (§ 76 -Beeinträchtigung von Grundstücken und Gebäuden)**

Die Änderung setzt die Kostensenkungsrichtlinie um. Das DigiNetzG erstreckt mit der geplanten Änderung die Regelung zum sog. „Hausstich“ auf die Errichtung von Hochgeschwindigkeitsnetzen. Im Hinblick auf die Mitnutzung bestehender Infrastrukturen zur Durchführung eines Hausstichs verweist die Regelung auf die durch das DigiNetzG geschaffenen Mitnutzungsansprüche der §§ 77d ff. TKG-E. Voraussetzung hierfür soll allerdings sein, dass die Errichtung eigener Anlagen nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist. Es ist zum einen allerdings wohl i. d. R. davon auszugehen, dass ein paralleler, zweiter „Hausstich“ nicht im Interesse des Hauseigentümers ist, so dass ein zweiter Hausstich i. d. R. nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist. Zum anderen steht die vorgeschlagene Konditionierung in § 76 im Widerspruch zu § 77d, die diese Konditionierung von Mitnutzungsansprüchen gerade nicht vorsieht. Wenngleich der Bitkom daher grundsätzlich die Erweiterung des § 76 TKG für die Zwecke der Errichtung von Hochleistungsnetzen als kostensenkende Maßnahme begrüßt, muss Abs. 3 jedoch angepasst werden, damit das volle Kostensenkungspotenzial gehoben, und die Regelung konsistent wird zu § 77d, auf den hier verwiesen wird.

Neben dem FTTH-Ausbau werden TK-Netzbetreiber in vielen Gebieten auch weiterhin aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf einen FTTB-Ausbau setzen. Der Fortschritt der Technologien erlaubt es bereits heute, unter Einsatz von aktiver Technik im jeweils erschlossenen Gebäude sehr hohe Bandbreiten über die herkömmliche gebäudeinterne Verkabelung zu realisieren. Für diese Form des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen bietet bereits die heutige Rechtslage durch die Duldungspflichten des § 76 Abs. 1 TKG (sog. Hausstich) eine Grundlage, die es den TK-Netzbetreibern erlaubt, die Gebäude an ihr TK-Netz der nächsten Generation anzuschließen. Bitkom begrüßt die Beibehaltung und Fortentwicklung dieser Duldungsansprüche durch das DigiNetzG. Über eine FTTB-Netzarchitektur lassen sich sehr hohe Bandbreiten aber nur durch den Einsatz aktiver Technik auf dem Grundstück bzw. im Gebäude erreichen. Die Installation dieser aktiven Technik und der Betrieb dieser aktiven Komponenten mit Strom sind daher Voraussetzung eines FTTB-Breitbandausbaus. Der Duldungsanspruch aus § 76 Abs. 1 TKG bedarf daher im Hinblick auf den technologischen Fortschritt einer entsprechenden Ergänzung.

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 8|20

Eine analoge Verpflichtung hinsichtlich der Betriebsstromversorgung digitaler Netzkomponenten findet sich auch im § 77 e Abs. 2 TKG-E, der den Umfang des Mitnutzungsanspruchs von Elektrizitätsversorgungsnetzen regelt.

Darüber hinaus muss im Abs. 3 klargestellt werden, dass die Mitnutzungsansprüche auch in diesem Bereich nur zur Errichtung von Anschlüssen von öffentlichen TK-Netzen der nächsten Generation oder öffentlichen digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen dienen. Darüber hinausgehende Mitnutzungsansprüche wären aus Sicht des Bitkom nicht sinnvoll, da damit der Ausbau mit hochleistungsfähigen Netzen nicht vorangetrieben und so das Ziel der Richtlinie verfehlt würde.

### 3. Transparenzvorgaben

#### 3.1 Fristen für die Erteilung von Auskünften und Angebotserstellung (§ 77b)

Die in § 77b Abs. 2 vorgesehene Frist von 2 Monaten für die Erteilung einer (bilateralen) Auskunft setzt die Richtlinie um, verschlechtert aber die Transparenz gegenüber der zeitlich mehr oder weniger unmittelbar mit Einsichtnahmeantrag an BNetzA gewährten Information an den Mitnutzungsinteressierten oder gegenüber der bis dato geltenden Regelung in § 77b, die bereits nach einer Frist von 4 Wochen ab Zugang der Anfrage den Schlichtungsweg über die BNetzA vorsieht. Zusammen mit dem Zeitraum für die Beantragung einer Vor-Ort-Untersuchung von 1 Monat (§ 77c Abs. 4) und der Frist zur Angebotsunterbreitung von 2 Monaten (§ 77d Abs. 1) würden somit in Summe 5 Monate von der ersten Anfrage bis zur Angebotserstellung benötigt. In der Praxis bedeutet dies eine erhebliche Verzögerung des Netzausbaus und macht die Nutzung von passiven Infrastrukturen Dritter unattraktiv.

#### 3.2 Vor-Ort-Untersuchungen dürfen nicht zu Lasten der Infrastrukturbetreiber gehen (§ 77c)

§ 77c DigiNetzG setzt die Kostensenkungsrichtlinie um. Über den bloßen Auskunftsanspruch des § 77a hinaus gewährt die Vorschrift Netzbetreibern die Möglichkeit, Mitnutzungsansprüche durch eine Vor-Ort-Untersuchung vorzubereiten. Über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinaus soll nach § 77c Abs. 2 Satz 2 DigiNetzG ein Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung jedoch auch dann zumutbar sein, wenn diese für die Koordinierung von Bauarbeiten erforderlich ist. Damit wird der Anwendungsbereich der Vor-Ort-Untersuchungen in aus Sicht des Bitkom sachfremder und unverhältnismäßiger Weise

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 9|20

über den Bereich der Mitnutzung hinaus ausgedehnt, ohne dass im Zusammenhang mit der Koordinierung von Baumaßnahmen, die erst in Zukunft erfolgen, überhaupt ein praktischer Bedarf für eine vorbereitende Vor-Ort-Untersuchung erkennbar wäre. Insgesamt ist die Zumutbarkeitsregelung in § 77c Abs. 2 Satz 2 DigiNetzG („[...]insbesondere dann zumutbar, wenn die Untersuchung [...] erforderlich ist.“) aus Sicht des Bitkom kritisch zu sehen, da sie kaum Klarheit schafft und letztlich eine Verkürzung der gebotenen Verhältnismäßigkeitsbetrachtung im jeweiligen Einzelfall zu Lasten der Infrastrukturbetreiber bedeutet.

Nach Abs. 4 hat der Antragsteller die Kosten der Vor-Ort-Untersuchung zu tragen; ausweislich der Gesetzesbegründung dürfen dabei jedoch ausschließlich die „reinen Untersuchungsaufwendungen“ berechnet werden (S. 65). Diese Kostenregelung greift zu kurz, in dem sie die Hürde für die Beantragung einer Vor-Ort-Untersuchung unverhältnismäßig niedrig ansetzt. Den Eigentümern und Betreibern von Versorgungsnetzen entstehen durch die Vor-Ort-Untersuchung jenseits des reinen Aufwands für den individuellen Untersuchungstermin hinaus Kosten. Insbesondere Eigentümer größerer Netze, die mit einer Vielzahl von Anträgen auf Vor-Ort-Untersuchung rechnen müssen, sind gezwungen, interne Prozesse einzurichten, um die entsprechende Nachfrage bedienen zu können. Diese Gemeinkosten der Prozessimplementierung, insbesondere auch die entsprechenden IT-Kosten, sollten auf die Antragsteller, in deren alleinigem Interesse die Vor-Ort-Untersuchungen durchgeführt werden, umgelegt werden. Auch die Kostensenkungsrichtlinie schreibt vor, dass die Vor-Ort-Untersuchung unter verhältnismäßigen Bedingungen gewährt werden muss. Dies spricht insbesondere auch für eine verhältnismäßige Kostenregelung, nach der auf das Entgelt auch ein angemessener Zuschlag für die einzeluntersuchungsunabhängigen Gemeinkosten aufgeschlagen werden kann.

### **3.3 Veröffentlichung öffentlich finanzierter Bauarbeiten an zentraler Stelle vergünstigt und beschleunigt den Breitbandausbau (§ 77h - Informationen über Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen)**

Bitkom begrüßt die neuen Vorgaben zur Transparenz über geplante Bauarbeiten, da die Koordinierung von Bauarbeiten ein wesentlicher Kostensenkungshebel sein kann. Bitkom unterstützt auch die diesbezügliche, kurze Frist von zwei Wochen für die Erteilung der Mindestinformationen, die eine zügige Synergiehebung ermöglicht.

§ 77i differenziert bzgl. der Koordinierungspflicht sinnvollerweise zwischen privat finanzierten und öffentlich finanzierten Bauarbeiten. Lediglich für letztere besteht nach § 77i (3) eine grundsätzliche Pflicht zur Gewährung eines Koordinierungsantrags. Das volle Kostensenkungspotential bei öffentlich finanzierten Bauarbeiten wird jedoch nur geho-

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 10|20

ben, wenn die öffentlich finanzierten Bauarbeiten grundsätzlich proaktiv (d. h. nicht erst auf Antrag) an die zentrale Stelle (BNetzA, z. B. in Form eines „Atlas öffentlich finanzierter Bauarbeiten“) bzw. hilfsweise zentralen Stellen (z. B. Internetportale auf Landes-, oder alternativ Kreisebene) veröffentlicht werden, und von am Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen interessierten TK-Netzbetreibern dort abgerufen und eingesehen werden können. Dies erscheint sowohl verhältnismäßig sowie insbes. auch grundsätzlich mach- und leistbar von der öffentlichen Hand, inklusive Kommunen. Die Veröffentlichung aktueller Informationen zu sämtlichen Breitband-Förderausschreibungen aus ganz Deutschland unter „www.breitbandausschreibungen.de“ ist ein Beleg. Das würde es TK-Netzbetreibern z. B. auch ermöglichen, eine Vorziehung eines eigentlich erst für einen späteren Zeitpunkt geplanten Eigenausbaus vor dem Hintergrund der Kostensenkung durch die Koordinierungsoption zu erwägen. Dies würde die Flächenversorgung auch beschleunigen. Anderenfalls müsste ein Interessierter vergleichsweise aufwändig zum Zeitpunkt seiner Bauplanung Anträge auf Mindestinformationen an die betreffenden Gebietskörperschaften stellen und käme mit dem Antrag möglicherweise wenige Wochen zu spät, um von einer Koordinierungsmöglichkeit zu profitieren. Die proaktive Veröffentlichungspflicht erscheint nicht zuletzt mit Blick auf die neuen Regelungen in § 77i Abs. 7 zwingend geboten, um weiterhin den Vorrang privater Investitionen zu gewährleisten (s. zu § 77i Abs. 7 auch weiter unten).

Bei der Koordinierung von Bauarbeiten stellt sich die Frage, wer die Koordinierungsaufgaben zu übernehmen hat. Unsere Empfehlung wäre hier, den Umfang und die Größe der Bauarbeiten anhand von Trassenmetern oder einem anderen geeigneten, einfach handhabbaren Maßstab anzusetzen: Wer den größten Anteil an den auszuführenden Bauarbeiten hat, sollte auch die Koordinierung übernehmen. Diese Regelung darf jedoch nicht dazu führen, dass derjenige, der seine (kleinere) Baumaßnahme als erste angezeigt hat, durch die Zeitplanung des anderen Unternehmens mit der größeren Baumaßnahme eine unzumutbare Zeitverzögerung in der Fertigstellung hinnehmen muss. Die Kosten der Koordinierungen sind auf alle beteiligten Parteien umzulegen. Hier empfehlen wir die Festlegung von pauschalen Kostensätzen. Es wird zudem empfohlen, Kostenteilungsmodelle für koordinierte Baumaßnahmen zu entwickeln (z. B. ähnlich der Kostenteilungslogik, die dem Artikel 2.2 im „Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für den Telekommunikationsbetrieb“ vom August 2012 zugrunde liegt). Grundsätzlich sollten sich die daraus ergebenden Kosteneinsparungen anteilig auf die an der Koordinierungsmaßnahme beteiligten Partner verteilen. Entsprechend ausgestaltete Kostenteilungsmodelle können die Motivation zur Beteiligung an koordinierten Baumaßnahmen stärken. Im Fall der Schaffung einer zentralen Stelle sollte diese eine Mustervereinbarung über die koordinierte Durchführung von Bauarbeiten vorhalten. Schließlich sollte geregelt werden, über welche Übertragungs-

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 11|20

medien der Koordinierungsantrag eingereicht werden kann. Erstrebenswert ist auf jeden Fall die Möglichkeit der Antragstellung per E-Mail.

Aufgrund von Praxiserfahrungen mit der gegenwärtigen Situation sollte geprüft werden, inwieweit die Umsetzung der „Kann-Bestimmung“ in Art. 7 Abs. 2 der Kostenreduzierungsrichtlinie möglich ist. Zusätzlich zu den genannten Maßnahmen sollten im Interesse eines einheitlichen und vereinfachten Verfahrens die Prüfung und intensivere Umsetzung folgender zusätzlicher Maßnahmen geprüft werden:

- Die Schaffung zentraler Eingangstore zur Beantragung von Baugenehmigungen. Bei einer Stelle des Bundes, z. B. der Bundesnetzagentur, könnten allgemeine Informationen zu bundeseinheitlichen Rechtsvorschriften vorgehalten sowie Links zu entsprechend von den Ländern einzurichtenden Stellen bereitgestellt werden. Vorstellbar wäre etwa, die bereits in allen Ländern in Umsetzung der sogenannten Dienstleistungsrichtlinie eingerichteten „einheitlichen Ansprechpartner“ auch mit den Aufgaben nach Artikel 7 Abs. 1 und 2 der EU-Richtlinie Kostensenkung zu betrauen.
- Die Beantwortung des Antrags zur Baugenehmigung soll behördenintern koordiniert werden (Hintergrund: Bisher müssen Anträge oftmals bei mehreren Ämtern einer Stadt getrennt eingereicht werden).
- Auflagen dürfen nur unter strenger Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte erteilt werden und Ablehnungen von Bauanträgen müssen stets detailliert begründet werden.
- Im Fall der Schaffung einer zentralen Stelle sollte diese eine einheitliche Beschreibung der IT-gestützten Prozesse für Genehmigungen in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich vorhalten.

## 4. Mitnutzung

### 4.1 Mitnutzungsrechte effizienter gestalten (§ 77d - Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze)

Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen den Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie. § 77d regelt als zentrale Vorschrift des DigiNetzG die grundsätzlich sinnvolle – sowie qua § 77b TKG (gültige Fassung) bereits bestehende – Vorgabe, dass die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 12|20

Telekommunikationsnetze auf Antrag innerhalb einer bestimmten Frist ein Angebot zur Mitnutzung ihrer passiven Infrastrukturen unterbreiten müssen.

Fraglich erscheint allerdings, ob die für den Mitnutzungsantrag erforderlichen Angaben durch den Nachfrager nicht auf die jeweils erforderlichen Informationen beschränkt werden sollten. Nicht in jedem Fall werden sämtliche der in Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 beschriebenen Unterlagen und Informationen für den Mitbenutzungsantrag notwendig sein, insbesondere nicht bei kleineren Projekten. Zudem sollte der Nachfrager nicht gezwungen sein, vertrauliche Informationen (insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wie konkrete Ausbauplanungen, die insbesondere wettbewerbssensitiv sind) zu offenbaren, um die Möglichkeit der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen zu nutzen.

Eine solche Beschränkung der vorzulegenden Unterlagen und Informationen erscheint auch mit Artikel 3 Abs. 2 der Kostensenkungsrichtlinie vereinbar: Anders als § 77d DigiNetzG-E fordert dieser nicht in jedem Fall eine „detaillierte Beschreibung“ des Projekts und der betroffenen Netzkomponenten.

Schließlich sollte geprüft werden, ob die Vorgabe in Abs. 4 (die sich nicht aus der Richtlinie ergibt) und der damit einhergehende Verwaltungsaufwand auf Seiten der Netzbetreiber und der BNetzA nicht verzichtbar ist.

### 4.2 § 77e TKG-E (Umfang des Mitnutzungsanspruchs)

Nach § 77e Abs. 1 TKG-E umfasst die Mitnutzung im Falle eines Elektrizitätsversorgungsnetzes auch Dachständer, Giebelanschlüsse und die Hauseinführung. Nach Abs. 2 hat der Betreiber des Elektrizitätsversorgungsnetzes zudem entgeltlich einen Anschluss für den notwendigen Betriebsstrom zu liefern. Aus Sicht des Bitkom ist nicht ersichtlich, warum sich die Bestimmungen ausschließlich auf das Elektrizitätsversorgungsnetz beziehen. Die Ausweitung dieser Regelung auf sämtliche öffentlichen Versorgungsnetze sollte geprüft werden.

### 4.3 Ablehnungsgründe bei Mitnutzungsanträgen müssen Eigentümerbelange stärker berücksichtigen (§ 77g - Ablehnung der Mitnutzung, Versagungsgründe)

Die Vorschrift setzt grundsätzlich die Kostensenkungsrichtlinie um. Abs. 2 nennt dabei – allerdings im Gegensatz zur Richtlinie abschließend – als geeignete Gründe die fehlende technische Eignung, fehlenden oder zukünftig fehlenden Platz für die beabsichtigte Unterbringung, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit oder der Integrität

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 13|20

oder Sicherheit öffentlicher Versorgungsnetze (insbes. nationaler kritischer Infrastrukturen), eine zu erwartende ernsthafte Störung des Versorgungsdienstes und die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen, oder den Überbau bestehender, offener Glasfasernetze.

Die Regelung geht allerdings insoweit über die Richtlinie hinaus, als eine abschließende Aufzählung der Ablehnungsgründe erfolgt. Die Richtlinie enthält dagegen eine Aufzählung von Regelbeispielen. Dieser Regelungsansatz erscheint vorzugswürdig. Um den Betrieb des öffentlichen Versorgungsnetzes nicht zu gefährden, müssen auch weitere vergleichbare Zugangsverweigerungsgründe anerkannt werden.

Gem. § 77g Abs.2 Nr.3 TKG-E kann der Mitnutzungsantrag abgelehnt werden kann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Mitnutzung die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit gefährdet. Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit soll aber nur dann bestehen, wenn es sich bei den mit zu nutzenden Teilen des Versorgungsnetzes um solche handelt, die durch den Bund zur Verwirklichung einer sicheren Behördenkommunikation genutzt werden. Eine solche Einschränkung ist nicht sachgerecht. Es sind durchaus weitere Fälle denkbar, in denen Anhaltspunkte für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit gegeben sein können (z.B. Kommunikation von Landesbehörden, Betroffenheit sonstiger sicherheitsrelevanter Einrichtungen wie Flughäfen etc.). Richtiger Weise ist daher in § 77a TKG-E die Nutzung des Versorgungsnetzes durch den Bund zur Verwirklichung der sicheren Behördenkommunikation sogar ein separat - neben der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit - bestehender Ablehnungsgrund. Auch die Ablehnungsgründe in den §§ 77b, c und h TKG-E enthalten keine solche Einschränkung.

Im Übrigen sei angemerkt, dass nach § 109 Abs. 5 TKG eine Gefährdungslage bereits dann zu bejahen ist, wenn Beeinträchtigungen von TK-Netzen und -diensten zu beträchtlichen Sicherheitsverletzungen führen können. Es bestehen derzeit noch keine Erfahrungen zur Auslegung dieser mit dem IT-Sicherheitsgesetz im Juli 2015 eingeführten Vorschrift. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde allerdings deutlich, dass der Anwendungsbereich eher weit auszulegen ist und auch nur denkbare Sicherheitsverletzungen erfasst sind. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht die Mitnutzung an sich ein vermeidbares zusätzliches Sicherheitsrisiko nach dieser Vorschrift darstellt. Jedenfalls erhöht eine Mitnutzung das Risiko der Beeinträchtigung von Netzen und Diensten, und sei es auch nur durch eine stärkere vertragsgemäße Nutzung durch mehrere Nutzer.

Auch ist den Netzbetreibern eine ausreichende Betriebsreserve (z. B. für den Entstörungsfall) zuzugestehen, die ebenfalls zur Ablehnung eines Mitnutzungsantrags berechtigt.

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 14|20

Voraussetzung für eine Mitnutzung sollte natürlich auch sein, dass auch ein ernsthaftes Interesse und ein belastbare Planung nicht nur für die Mitnutzung selbst, sondern auch für den sich daraus ergebenden tatsächlichen Anschluss von Endkunden an ein Hochgeschwindigkeitsnetz vorliegen. Die Mitnutzung muss dann abgelehnt werden können, wenn diese erkennbar nicht dazu dient, ein Hochgeschwindigkeitsnetz konkret und mit einem festen Zeitplan zu bauen und in Betrieb zu nehmen (§ 77g DigiNetzG-E). Die Mitnutzung muss konkret etwa abgelehnt werden können, wenn sie erkennbar lediglich zur Errichtung eines Backbonenetzes dient, ohne dass die Mitnutzung innerhalb eines bestimmten Zeitraums konkret zur Versorgung von Endkunden dient. Der Eingriff in die Eigentumsrechte durch eine Mitnutzung wäre nämlich dann nicht zu rechtfertigen, wenn der Aufbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen als Ziel des Gesetzes letztlich unterbliebe. Die Mitnutzungsgestattung könnte sich in einem solchen Fall gar kontraproduktiv auswirken.

Zudem lassen sich gute verfassungsrechtliche Gründe dafür anführen, dass wegen des Eigentumsschutzes aus Art. 14 GG auch die Möglichkeit einer nachträglichen Ablehnung, d. h. einer Eigenbedarfskündigung, geschaffen werden muss. Die bevorzugte Nutzung des Eigentums durch den Eigentümer selbst ist Kern des Grundrechts aus Artikel 14 Absatz 1 GG. Das durch Artikel 14 GG gewährleistete Eigentum ist durch seine Privatnützigkeit sowie die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über seinen Gegenstand gekennzeichnet und muss dem Rechtsinhaber selbst im eigenen Interesse von Nutzen sein. Die Bevorzugung des Eigenbedarfs des Eigentümers passiver Infrastrukturen ist auch im Telekommunikationsrecht anerkannt.

Einer vollständigen Streichung Bedarf aus Sicht des Bitkom jedoch aus mehreren Gründen die in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG-E (in Verbindung mit § 3 Nr. 27b TKG-E) vorgesehene Ablehnung einer Mitnutzung wegen „Überbaus“ eines bestehenden Glasfasernetzes:

Das deutsche und das europäische TK-Recht zielen ausdrücklich auf die Förderung eines effizienten Infrastrukturwettbewerbs. Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene geht der Gesetzgeber dabei davon aus, dass gerade langfristig gesehen ein infrastrukturbasierter Wettbewerb zur strukturellen Sicherung von Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation unverzichtbar ist<sup>3</sup>. Der Aufbau paralleler Netzinfrastrukturen durch konkurrierende Unternehmen ist daher aus Sicht des TK-Rechts im Grundsatz wünschenswert.

Die Kostensenkungsrichtlinie weicht von dieser Strukturentscheidung des TK-Rechtsrahmens nicht ab. Vielmehr ist es das Ziel der Kostensenkungsrichtlinie, den Infrastrukturausbau zu fördern, indem unnötige Kosten dieses Ausbaus durch die Nutzung

<sup>3</sup> vgl. Neumann/Thomaschki, TKG, 3. Aufl. 2013, § 21 Rn. 97.

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 15|20

von bereits bestehenden passiven Infrastrukturen eingespart werden. Ein wirksamer Wettbewerb soll dabei ausdrücklich aufrechterhalten werden (Erwägungsgrund Nr. 9). Hinzukommt, dass der Ablehnungsgrund den Anwendungsbereich der Mitnutzungsansprüche substantiell einschränkt. Vor diesem Hintergrund erscheint äußerst fraglich, ob der Ablehnungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG-E überhaupt mit der Kostensenkungsrichtlinie vereinbar ist.

Schließlich würde der faktische Anwendungsfall eine Untergruppe des Ablehnungsgrunds in § 77g Abs. 2 Nr. 6 darstellen, so dass auch insofern Nr. 7 ersatzlos zu streichen ist.

Zudem bedarf aus Sicht des Bitkom Abs. 2 Aufzählungspunkt 6 einer Klarstellung, da der Anwendungsfall und das Verhältnis zum Umfang der Mitnutzungsverpflichtung unklar sind. Dazu muss – jedenfalls in der Gesetzesbegründung – dringend Klarheit darüber geschaffen werden, wann ein Vorleistungsprodukt „geeignet“ und damit eine „tragfähige Alternative“ für die begehrte Mitnutzung ist. Aus Sicht des Bitkom sollte hierbei auf den spezifischen Bedarf des nachfragenden Unternehmens abgestellt werden. So darf es nicht möglich sein, einen Nachfrager auf ein verfügbares (aktives) Vorleistungsprodukt – beispielsweise einen Bitstromzugang – zu verweisen, wenn dieses bestimmte Produkte des Nachfragers nicht abzubilden in der Lage ist. So kann ein aktives Vorleistungsprodukt beispielsweise keine tragfähige Alternative zur Mitnutzung passiver Infrastruktur sein, wenn darüber zwar Dienste mit mindestens 50 Mbit/s erbracht werden können, der Zugangsnachfrager jedoch den Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes plant, welches für die Nutzer weit höhere (z.B. Gigabit-) Bandbreiten ermöglichen soll. In solchen Fällen muss die Mitnutzung der passiven Infrastrukturen möglich bleiben. Als Substitut für eine begehrte Leerrohrmitnutzung etwa kann dann allenfalls ein Zugang zur unbeschalteten Glasfaser in Betracht kommen.

## 5. Fairen Wettbewerb sicherstellen

### 5.1 Unrechtmäßige Quersubventionierung muss explizit verboten, § 77f DigiNetzG-E gestrichen werden (§ 77f - Einnahmen aus Mitnutzungen)

§ 77f DigiNetzG-E gestattet es explizit (integrierten) Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze (z. B. Energieversorgern), mit den durch die Vermietung ihrer passiven Infrastruktur erzielten Entgelten zusätzliche Erlöse zu erzielen, ohne dass diese mindernd auf – regulierte – Tarife im Hauptgeschäft anzurechnen sind. Diese Regelung entspricht

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 16|20

nicht einer Vorgabe aus der EU-Kostenreduzierungsrichtlinie. Sie legalisiert förmlich die ohnehin oftmals bereits praktizierte (jedoch kaum nachzuweisende) Vorgehensweise von kommunalen Unternehmen, Stadtwerken oder Energieversorgern, die durch ihre herkömmlichen (regulierten) Geschäftsfelder den (neuen) Geschäftsbereich der TK-Dienstleistungen mitfinanzieren, ohne dass sie die Einnahmen aus der Mitverlegung oder Mitnutzung von Leerrohren und/oder Glasfaser für Zwecke der Errichtung von Breitbandnetzen mindernd auf Entgelte im Hauptgeschäft anrechnen. Dies ist jedoch geboten, insofern das Hauptgeschäft reguliert ist (wie bei Energieversorgern) oder ausschließlich von der öffentlichen Hand betrieben wird und insofern ein staatliches Monopol bildet (wie z. B. Bau und Betrieb von Abwassernetzen). Die vorgeschlagene Regelung führt somit eindeutig zu einer drastischen Verzerrung im Wettbewerb zwischen diesen „hybriden“ Unternehmen und „klassischen“ TK-Netzbetreibern zulasten letzterer. Eine Motivation für diese Regelung ist nicht erkennbar. Sie ist daher in jedem Fall zu streichen.

### **5.2 Vorrang privater Investitionen muss gewahrt bleiben, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (§ 77i - Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung)**

Bitkom begrüßt die sich aus der Richtlinie ergebenden Vorschriften in § 77i Abs. 3 DigiNetzG-E. Die Absätze 6 und 7 entbehren jedoch einer Grundlage in der Kostensenkungsrichtlinie. Sie wirken im Gegenteil der Grundlogik der Kostensenkungsrichtlinie sowie des TKG und des EU-TK-Rechtsrahmens generell entgegen.

Nach den §§ 68 und 69 TKG bedarf es für die Verlegung von Telekommunikationslinien grundsätzlich eines Wegerechts. Voraussetzung für die Übertragung eines Wegerechts ist nach § 69 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 TKG (geltende Fassung), dass der Antragsteller (i) Betreiber oder Eigentümer eines TK-Netzes ist, (ii) ausreichende Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nachweisen kann und (iii) die Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen des TKG vereinbar ist.

#### **§ 77i Abs. 6 und 7 brechen TKG-Wegerechtssystematik bedenklich auf**

§ 77i Abs. 6 und 7 DigiNetzG-E enthalten somit – neben § 69 Abs. 1 DigiNetzG-E – eine weitere Erweiterung von § 69 TKG. Durch § 77i Abs. 6 TKG-E wird die Errichtung von Telekommunikationslinien nun auch solchen Versorgungsnetzbetreibern erlaubt, die zwar kein eigenes Wegerecht besitzen, die Telekommunikationslinien aber für die Nutzung durch einen (potentiellen) Wegerechtsinhaber errichten. Da diese Berechtigung ohne die Voraussetzungen des § 69 TKG (geltende Fassung) erteilt wird, fügen sich die beiden Vorschriften nicht in die bestehende Systematik des TKG ein. Daher ist zumindest

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 17|20

— eine Regelung erforderlich, nach der sich entweder der Versorgungsnetzbetreiber, der die Telekommunikationslinien verlegen will, ein Wegerecht einräumen lässt – ggf. nach den erleichterten Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 DigiNetzG-E; oder dass die Verlegung durch den Versorgungsnetzbetreiber im Hinblick auf die konkrete Nachfrage eines wegeberechtigten Telekommunikationsnetzbetreibers erfolgt. In beiden Fällen wären dann die bestehenden (und bewährten) Voraussetzungen für den Erwerb von Wegerechten nach dem TKG gewahrt.

### Unklare tatbestandliche Voraussetzungen

— Unklar ist zudem, wie die Voraussetzungen des Abs. 6 genau zu verstehen sind. Nicht klar ist, wie konkret das Vorhaben einer Mitnutzung bereits sein muss. Zudem setzt das Vorhaben, eine Mitnutzung zuzulassen, begrifflich voraus, dass die entsprechenden Infrastrukturen auch selbst genutzt werden. Das würde voraussetzen, dass der durch Abs. 6 Berechtigte selbst ein TK-Netz betreibt. Damit würde der Abs. 6 aber (wiederum jenseits der sonstigen gesetzlichen Systematik) schlicht die Verlegung von TK-Linien ermöglichen.

Unseres Erachtens liegt es daher näher, den Abs. 6 DigiNetzG-E so zu verstehen, dass er den Fall regelt, dass ein Eigentümer eines öffentlichen Versorgungsnetzes zusätzlich zu seinen ohnehin geplanten Baumaßnahmen (etwa Strom- oder Wasserversorgung betreffend) passive Infrastrukturen und unbeschaltete Glasfaserkabel errichtet. In diesen Fällen handelt es sich jedoch nicht um eine „Mitnutzung“, sondern eher um die Absicht, eine (exklusive) Fremdnutzung zu ermöglichen.

Die alternative Voraussetzung der Ermöglichung des Betriebs eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes erscheint demgegenüber letztlich inhaltsleer: die Verlegung von Glasfaserkabeln kann eigentlich gar keinen anderen Zweck haben. Sollte dies tatsächlich wörtlich zu verstehen sein, würde dies wiederum die Verlegung von TK-Linien ohne Einschränkung zu eigenen Zwecken außerhalb der gesetzlichen Systematik erlauben.

### Gefahr von Fehlanreizen

Zudem fehlt – insbesondere in Abs. 6 – eine Einschränkung auf eine konkrete Nachfrage, um Fehlanreize zu vermeiden. Ausdrückliches Ziel der Kostensenkungsrichtlinie ist es, Effizienzgewinne für die Errichtung von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu erzielen, und dabei einen wirksamen Wettbewerb zu erhalten (vgl. etwa Erwägungsgrund Nr. 9 der Kostensenkungsrichtlinie). Die Kostensenkungsrichtlinie verschafft daher den TK-Netzbetreibern das Recht, auf Antrag Zugang zu bestehenden Infrastrukturen oder Möglichkeiten der Koordinierung von Baumaßnahmen zu erhalten. Durch diese Steuerung

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 18|20

wird sichergestellt, dass entsprechender Bedarf im Markt tatsächlich vorhanden ist. Diese Bedarfsorientierung würde durch eine (ineffiziente) Errichtung von Netzinfrastrukturen „auf Vorrat“ konterkariert.

### **Vorrang privater Investition muss zwingend gewahrt werden**

— Der zentrale rechtspolitische Einwand gegen die Ausbaupflichtung in § 77i Abs. 7 TKG-E besteht jedoch darin, dass dieser in der vorliegenden Form den Vorrang privater TK-Tätigkeit gefährdet. Das widerspricht dem – seit der Liberalisierung der Telekommunikation in den 1990er Jahren fundamentalen – regulatorischen Grundsatz der privatwirtschaftlichen und wettbewerblichen Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen.

— Dieser Grundsatz des Vorrangs privater Investition und privater Leistungserbringung hat in Deutschland Verfassungsrang. Nach Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG erfolgt die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen durch die private Hand, während dem Bund insoweit lediglich eine Gewährleistungsverantwortung zukommt. Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung enthält ein Privatwirtschaftlichkeitsgebot, dass die schlicht hoheitliche Erbringung von TK-Dienstleistungen im Sinne einer Daseinsvorsorge ausschließen soll<sup>4</sup>. Zwar ist damit eine staatliche Einflussnahme auf die Dienstleistungstätigkeit nicht ausgeschlossen; diese erfolgt insbesondere durch das Regulierungsrecht und ggf. durch Subventionen<sup>5</sup>.

§ 77i Abs. 7 TKG-E ist mit diesem Privatwirtschaftlichkeitsgebot aber nicht vereinbar. In Abs. 7 muss die Subsidiarität eines Netzausbaus durch die öffentliche Hand gegenüber einem privatwirtschaftlichen Ausbau abgesichert werden. Ein solcher Vorrang der Ausbau- und Investitionstätigkeit privater Telekommunikationsnetzbetreiber erscheint verfassungsrechtlich zwingend geboten.

### **Unvereinbarkeit mit dem europäischen Beihilfenrecht**

Die Vorschrift in Abs. 7 trägt den Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts im Bereich des Breitbandausbaus keine Rechnung. Dabei ist davon auszugehen, dass sowohl Zuschüsse gegenüber Privaten als auch die Errichtung durch die öffentliche Hand selbst als Beihilfe einzuordnen sind. Für den Umgang mit dieser komplexen Problematik existieren inzwischen ausführliche Regelwerke (insbesondere die einschlägige Mitteilung der Kommission (2013/C 25/01) sowie die (diese Vorgaben umsetzende) NGA-Rahmenregelung der Bundesregierung und die Förderrichtlinie des Bundes, die sowohl

<sup>4</sup> Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, Einleitung Rn. 18.

<sup>5</sup> Cornils, a.a.O.

## Stellungnahme DigiNetzG-E

Seite 19|20

die Voraussetzungen solcher Beihilfen („weiße NGA-Flecken“), die Verfahren der Marktsondierung und der Auswahl der Betreiber, die Open-Access-Anforderungen an die so entstehenden Netze, sowie das Monitoring der Beihilfenvergabe detailliert regeln.

### 5.3 Rechtsrahmen für gebäudeinterne Netzinfrastruktur (§ 77k - Netzinfrastruktur von Gebäuden)

§ 77k DigiNetzG-E soll die Netzinfrastruktur von Gebäuden regeln und im Wesentlichen Artikel 9 der EU-Richtlinie umsetzen.

Eine schnellere Versorgung von Haushalten mit FTTH kann zum Einen erreicht werden durch Verpflichtungen der Gebäudeeigentümer zur Errichtung von gebäudeinternen Glasfasernetzen bis in jede Wohnung, oder zumindest von passiven Trägerinfrastrukturen, wie es die EU-Richtlinie bei Neubauten und umfangreichen Modernisierungen vorsieht. Der vorliegende Entwurf setzt diese Verpflichtung nicht um, sondern verweist diesbezüglich auf die Zuständigkeit der Länder. Unseres Erachtens liegt die Zuständigkeit für Bauvorgaben jedoch grundsätzlich beim Bund. Nur für Fragen betreffend die Bausicherheit liegt die Zuständigkeit bei den Ländern. Daher sollte unbedingt erneut eingehend geprüft werden, wie die Verpflichtungen für Gebäudeeigentümer aus der EU-Richtlinie im Rahmen des DigiNetzG, etwa im § 77k – oder hilfsweise eines eigenständigen Bundesgesetzes – geregelt werden können.

### 5.4 Entgeltrahmen (§ 77n – Fristen, Entgeltmaßstäbe und Regulierungsziele der nationalen Streitbeilegung)

§ 77n DigiNetzG-E differenziert bei der Festsetzung des Mitnutzungsentgeltes im Rahmen der Streitbeilegung zwischen Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze einerseits (Abs. 2), und Eigentümern und Betreibern eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes andererseits (Abs. 3). Zu begrüßen ist dabei aus Sicht der TK-Netzbetreiber insbesondere, dass der Gesetzentwurf im Einklang mit den Erwägungsgründen der Kostensenkungsrichtlinie für TK-Netze eine Berücksichtigung der Folgen für die Investitionen vorschreibt. Im Hinblick auf die Zielsetzungen des Gesetzes hilft dies zu verhindern, dass die Mitnutzungsansprüche des DigiNetzG für TK-Netzbetreiber negative Investitionsanreize setzen.

Die im Gesetzentwurf angelegte Entgeltdifferenzierung muss aber konsequenter umgesetzt werden. Es ist nicht erkennbar, welche Funktion der „Anreiz-Aufschlag“ aus § 77n Abs. 2 Satz 3 TKG-E haben soll: auf der Grundlage der Änderungen des DigiNetzG besteht ein Anspruch auf Mitnutzung der fraglichen Infrastrukturen, der zudem recht zügig durchgesetzt werden kann. Zuzustimmen ist, dass Grundlage für das von der BNetzA

festzusetzende Entgelt die zusätzlichen Kosten sein sollten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber der mitzunutzenden Infrastruktur ergeben. Zudem ist die Gesetzesformulierung insoweit nicht eindeutig. Während in Abs. 2 noch von einem „Aufschlag als Anreiz“ die Rede ist, heißt es in Abs. 3 „eine angemessene Verzinsung gemäß Absatz 2“. Diese Formulierung birgt die Gefahr, dass der in Absatz 2 aufgestellte und in der Gesetzesbegründung klar formulierte Grundsatz, dass eine Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen insoweit nicht stattfindet, in Frage gestellt wird.

Der Entgeltmaßstab nach § 77n Abs. 3 ist zudem zwingend so zu interpretieren, dass eine etwaige Abschreibung der Netzanlagen bei der Entgeltfestsetzung nicht berücksichtigt wird. Dies vor dem Hintergrund, dass eine Berücksichtigung derselben sich kontraproduktiv auf weitere Netzausbauinvestitionen auswirken könnte. Zudem sind Netzinvestitionen über ihre Lebensdauer auch wartungs-, erhaltungs- und erneuerungsbedürftig, was bei Orientierung der Entgeltfestsetzung an einer etwaigen Abschreibung nicht berücksichtigt würde.