

Stellungnahme

zum Gesetzesentwurf des BMVI zur Änderung des Telekommuni- kationsgesetzes (5. TKGÄndG)

§ 77i TKG, Lösung der Überbauproblematik

Berlin, 10. August 2018

1 Einleitung

Der BDEW bedankt sich für die Möglichkeit, zum Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zur Änderung des TKG (5. TKGÄndG) vom 25. Juli 2018 aus Sicht der Energie- und Wasserwirtschaft Stellung nehmen zu können.

Die Gesetzesinitiative wird vom BDEW ausdrücklich unterstützt, um Investitionshemmnisse beim Glasfaserausbau, die im Zusammenhang mit dem Mitverlegungsanspruch im Rahmen der sog. Baustellenkoordination (§ 77i TKG) entstehen können, abzubauen.

Wir können die Feststellung des BMVI bestätigen, dass sich der Mitverlegungsanspruch in der aktuell geltenden Fassung des § 77i TKG in der praktischen Anwendung zu einer Investitionsbremse entwickelt hat, da er in einer Vielzahl von Fällen zu einer Dopplung der Glasfaserinfrastruktur führt, mit der Folge, dass die Investitionsplanung des erstausbauenden Netzbetreibers wirtschaftlich unrentabel zu werden droht. Dies gilt umso mehr, als dass es sich bei den betroffenen Ausbauprojekten in der Regel um Gebiete handelt, in denen bislang der Breitbandausbau auf privatwirtschaftlicher Basis nicht realisiert wurde, da die mögliche Anzahl der versorgten Endkunden die Investitionskosten des Netzausbaus nicht decken wird.

Weiterhin können wir den Befund bestätigen, dass der Mitverlegungsanspruch in der Regel aus unternehmensstrategischen Gründen vom Wettbewerber genutzt wird und wenig zur Verbesserung der Versorgungssituation vor Ort beiträgt. Dies wird allein schon daraus deutlich, dass der Mitverlegungsanspruch typischerweise beim Ausrollen eines Glasfasernetzes geltend gemacht wird und bei Bauarbeiten in öffentlichen Energie und Wasserversorgungsnetzen lediglich eine untergeordnete Rolle spielt. Das heißt, gerade in den Anwendungsfällen, in denen der Gesetzgeber die eigentlichen Synergiepotenziale vermutet hat, wird der gesetzliche Mitverlegungsanspruch durch den TK-Netzbetreiber kaum genutzt.

Vor diesem Hintergrund hat eine Vielzahl unserer Mitgliedsunternehmen aus der Energie- und Wasserwirtschaft erhebliche Bedenken, in den Ausbau des Glasfasernetzes vor Ort zu investieren und Investitionsentscheidungen werden nicht getroffen. Dies betrifft sowohl Ausbauprojekte, die durch Fördermittel unterstützt werden, als auch eigenfinanzierte Projekte, für die unter den Voraussetzungen des § 77i TKG ebenfalls ein Mitverlegungsanspruch in Betracht kommen kann.

2 Anmerkungen zum Gesetzesentwurf im Einzelnen

Der Ansatz des Gesetzesentwurfes, dass im Interesse des zügigen und flächendeckenden Breitbandausbaus ein Mitverlegungsanspruch nicht mehr erforderlich ist, wenn in dem betroffenen Gebiet bereits ein Glasfasernetz errichtet wird, ist zutreffend. Der parallele Ausbau von TK-Infrastrukturen ist zwar aus wettbewerbspolitischen Gründen grundsätzlich positiv zu beurteilen, allerdings bedarf es hierfür keiner Förderung des hinzutretenden Wettbewerbers. Der Ausbau zusätzlicher TK-Infrastruktur (sog. Überbau) ist daher aus eigenen Mitteln und nicht zulasten des erstausbauenden TK-Netzbetreibers zu finanzieren. Die mit dem Gesetzesentwurf beabsichtigte Einführung des Überbaus als gesetzliche Konkretisierung der Unzumutbarkeit und damit als Ablehnungsgrund der Mitnutzung ist grundsätzlich zielführend. Allerdings sehen wir in folgenden Punkten noch Konkretisierungsbedarf:

2.1 Konkretisierung des Begriffes „geplantes Glasfasernetz“

Nach der im Gesetzesentwurf vorgesehenen Formulierung sollen Anträge auf Mitverlegung dann unzumutbar sein, wenn durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein **geplantes Glasfasernetz**, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu Verfügung stellt, überbaut würde.

In der Gesetzesbegründung zum 5. TKGÄndG (B. Besonderer Teil, S. 8) wird darauf hingewiesen, dass ein geplantes Glasfasernetz zumindest dann besteht, wenn ein öffentlicher Zuwendungsbescheid vorliegt.

„Im Fall der öffentlichen Förderung bedeutet das, dass der Überbauschutz ab dem Moment besteht, in dem für den Bau des Netzes ein Zuwendungsbescheid bekanntgegeben wurde. Das Vorliegen des Zuwendungsbescheides ist jedoch erforderlich. Erst ab dem Vorliegen des Zuwendungsbescheides darf der Zuwendungsempfänger tätig werden (Verbot des vorzeitigen Maßnahmenbeginns) und ist eine Koordinierung von Bauarbeiten auch überhaupt erst möglich. Weiterhin gibt das Vorliegen eines Zuwendungsbescheides als Voraussetzung genügend Rechtssicherheit für die zeitliche Anwendung der Unzumutbarkeitsregel. Werden die entsprechenden Strecken allerdings nicht durch Fördermittel, sondern auf anderem Wege (beispielsweise mittels Anliegerbeiträge) finanziert, liegt keine öffentliche Förderung vor und der Ausbau des Netzes ist an diesen Stellen nicht durch die Unzumutbarkeitsregelung geschützt.“

Damit ist bezüglich der öffentlich geförderten Ausbauprojekte ausführlich beschrieben, wie die Unzumutbarkeit der Mitverlegung nachgewiesen wird.

Demgegenüber ist für eigenfinanzierte Ausbauprojekte, bei denen ein Zuwendungsbescheid naturgemäß nicht vorliegt, kein Hinweis enthalten, wann ein geplantes Glasfasernetz im Sinne der neuen Regelung vorliegt. Soweit die Gesetzesbegründung davon ausgehen sollte, dass in diesen Fällen grundsätzlich keine öffentliche Förderung vorliegt und damit kein Mitverlegungsanspruch bestünde oder ein Überbauschutz nicht erforderlich sei, wäre das nicht nachvollziehbar.

Auch in den Fällen eigenfinanzierter Ausbauprojekte kann unter Umständen ein Mitverlegungsanspruch gegenüber kommunalen Unternehmen nach § 77i TKG begründet sein, worauf in der Gesetzesbegründung an anderer Stelle auch hingewiesen wird. In diesen Fällen ist es dem Unternehmen erst recht nicht zumutbar, einem Wettbewerber nahezu kostenlos die Mitnutzung des Rohrgrabens gestatten zu müssen. Das heißt, auch für den eigenfinanzierten Ausbau eines Glasfasernetzes bedarf es eines Überbauschutzes, um gewünschte Investitionsentscheidungen der Unternehmen zum Breitbandausbau nicht zu verhindern.

BDEW schlägt daher vor, dass in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt wird, dass die Regelung auch auf eigenfinanzierte Glasfaserausbauprojekte Anwendung findet. Weiterhin sollte eine Konkretisierung erfolgen, unter welchen Voraussetzungen ein geplantes Glasfasernetz vorliegt. Anknüpfungspunkt hierfür könnte die Vorlage der Investitionsplanung sein, mit der der erstausbauende Netzbetreiber seine Ausbauabsichten nachweisen könnte.

2.2 Konkretisierung des Begriffes „mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten“

Weiterhin besteht aktuell erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, wie der Begriff der „**ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten**“ im Sinne des § 77i Absatz 3 Satz 1 TKG als Tatbestandsvoraussetzung des Mitverlegungsanspruches auszulegen ist. Insbesondere ist unklar, inwieweit privatrechtliche Unternehmen mit kommunalen Anteilseignern (z. B. Stadtwerke) grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des § 77i Abs. 3 TKG fallen.

In der Gesetzesbegründung zum 5. TKGÄndG (B. Besonderer Teil, S. 7) wird zwar auf den Umstand der bestehenden Rechtsunsicherheit hingewiesen, ohne das hierzu jedoch eine gesetzgeberische Klärung erfolgt:

„Aus öffentlichen Mitteln finanziert sind Bauarbeiten klar in Fällen der öffentlichen Förderung. Erfolgt in einem Gebiet ausweislich eines erfolgten Markterkundungsverfahrens kein Breitbandausbau auf privatwirtschaftlicher Basis, können Bund und Länder den Breitbandausbau fördern. Wird der Ausbau eines Netzes gefördert, sind die Bauarbeiten zum Ausbau des Netzes im Sinne des § 77i Absatz 3 öffentlich (teil-)finanziert. Somit entsteht die Situation, dass der Anspruch auf die Koordinierung von Bauarbeiten auch gegen die Betreiber von Telekommunikationsinfrastruktur – und damit für Wettbewerber der Koordinierungspetenten – geltend gemacht werden kann.

Weiterhin könnte der bestehende Gesetzestext so ausgelegt werden, dass auch rein privatwirtschaftlich organisierte juristische Personen aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten erbringen können. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die öffentliche Hand an der juristischen Person beteiligt ist und/oder die Bauarbeiten der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dienen. Baut das betreffende Unternehmen in öffentlicher Hand Telekommunikationsinfrastrukturen, so kann es auch hier zu einem Überbau durch die Koordinierung von Bauarbeiten kommen.“

Gegen eine derart weitgehende Auslegung spricht insbesondere, dass privatrechtlich organisierte Unternehmen mit kommunaler Beteiligung im vollen Wettbewerb mit privaten Unternehmen ohne kommunaler Beteiligung stehen. Ein Mitverlegungsanspruch zulasten kommunaler Unternehmen führt zu erheblichen Wettbewerbsverfälschungen zugunsten der Unternehmen ohne kommunale Anteilseigner. Für eine Ungleichbehandlung dieser Unternehmen beim TK-Netzausbau ist kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich, zumal auch die kommunal geführten Unternehmen in gleicher Weise wie die privat geführten Unternehmen auf ein wirtschaftliches Geschäftsmodell angewiesen sind.

Hinzu kommt, dass die kommunalen Energie- und Wasserversorgungsunternehmen nicht über öffentliche Gelder finanziert werden, sondern auf Grundlage eigener Erträge wirtschaften und mit gleichem unternehmerischen Risiko investieren wie die nicht kommunalen Unternehmen. Insofern besteht auch vor diesem Hintergrund kein Anlass, die Eigenschaft der Anteilseigner als Abgrenzungsmerkmal für den Begriff der „öffentlichen Mittel“ heranzuziehen.

Selbst die Streitbeilegungsstelle der BNetzA, die grundsätzlich eine weite Auslegung des Begriffes der „öffentlichen Mittel“ vertritt, weist in ihrem richtungsweisenden Beschluss vom 20.4.2018 (BK 11-17/020, Rn. 136) ausdrücklich darauf hin, dass es nicht sachgerecht sei,

automatisch jedes öffentliche Unternehmen, das im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand steht, der Koordinierungspflicht nach § 77i Abs. 3 TKG zu unterwerfen.

Der BDEW regt daher an, anlässlich des 5. TKGÄndG auch den Begriff der öffentlichen Mittel zu konkretisieren und klarzustellen, dass nicht jedes Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung automatisch dem Anwendungsbereich des § 77i Abs. 3 TKG unterfällt. Öffentliche Mittel im Sinne des § 77i Abs. 3 TKG liegen nur dann vor, wenn für die Bauarbeiten öffentliche Finanz- oder Sachleistungen erbracht werden.

Ansprechpartner:

Carsten Wesche

Telefon: +49 30 300199-1522

carsten.wesche@bdew.de