

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) der Bundesregierung Drucksache 18/8332

Stellungnahme des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V. (BREKO)

I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) sollen u.a. die Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/61/EU („EU-Kostensenkungsrichtlinie“) in deutsches Recht umgesetzt werden.

Nach aktuellen Zahlen haben derzeit 70,1 Prozent der Haushalte in Deutschland Zugang zu Breitbandanschlüssen mit mindestens 50 MBit/s (Quelle: TÜV Rheinland, Bericht zum Breitbandatlas des BMVI, Ende 2015).

Um die Breitbandversorgung von Bürgerinnen und Bürgern und Unternehmen in Deutschland weiter voranzutreiben und Deutschland in die Gigabit-Gesellschaft zu führen, sind die im DigiNetzG vorgesehenen Neuregelungen im Telekommunikationsgesetz (TKG) so auszugestalten, dass sie, entsprechend den Breitbandzielen der Bundesregierung, einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der flächendeckenden Breitbandversorgung mit Bandbreiten von mindestens 50Mbit/s bis Ende 2018 leisten und nicht durch einen verstärkten Überbau bestehender digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu einem Ausbauehemnis führen.

Die gesetzlichen Neuregelungen dürfen nicht dazu führen, dass dringend benötigte Investitionen in Breitbandinfrastrukturen nachträglich entwertet werden bzw. zukünftig ausbleiben und potenzielle Investoren abgeschreckt werden.

Aus diesem Grund sind insbesondere die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen zur Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze mit Augenmaß und mit dem klaren Fokus auf eine Verbesserung der Breitbandversorgung in der Fläche auszugestalten.

In diesem Sinne sollte der in § 77d TKG-E vorgesehene Anspruch auf Mitnutzung öffentlicher Ver-

sorgungsnetze ausdrücklich auf unterversorgte Gebiete („weiße Flecken“) beschränkt werden.

Bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Neuregelungen im TKG ist im besonderen Maße zu berücksichtigen, dass der Gesetzentwurf erstmals und abweichend von den bisherigen Grundsätzen im TKG, eine symmetrische Zugangsregulierung, unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung, vorsieht. Diese Abkehr von der bestehenden Regulierungssystematik sollte in den gesetzlichen Regelungen, insbesondere bei der Ausgestaltung des Mitnutzungsanspruchs, den möglichen Ausnahmen von einer Mitnutzungsverpflichtung und der Bestimmung einer angemessenen Entgelthöhe für eine Mitnutzung, hinreichend berücksichtigt werden.

So sind insbesondere die Regelungen, die zu über die EU-Kostensenkungsrichtlinie hinausgehenden Belastungen und Einschränkungen für investierende, nicht marktbeherrschende Unternehmen führen, zurückzunehmen. Das gilt beispielsweise für die Ausgestaltung der Ausnahmegründe beim Mitnutzungsanspruch, die nach der Richtlinie offen formuliert und nach dem DigiNetz-Gesetzentwurf abschließend ausgestaltet sind.

II. Regelungen im Einzelnen

Im Folgenden gehen wir auf die aus unserer Sicht besonders wichtigen und kritischen Regelungen im Gesetzentwurf der Bundesregierung ein. Im Übrigen verweisen wir auch auf die von Prof. Dr. Holznagel erstellte Stellungnahme vom 02.03.2015, welches eine verfassungsrechtliche Bewertung und Einordnung des Mitnutzungsanspruchs vornimmt (s. Anlage).

1. Mitnutzung und Mitverlegung

a) § 77d TKG-E (Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze)

Im Mai 2012 hat der deutsche Gesetzgeber mit § 77b TKG eine Regelung zur Mitnutzung alternativer Infrastrukturen in das TKG aufgenommen, der entsprechend der Regelung in Art. 3 Abs. 2 der EU-Kostensenkungsrichtlinie, die Mitnutzung von passiven Infrastrukturen vorsieht. Die dabei vorgesehene Verpflichtung des angefragten Unternehmens, Verhandlungen mit dem Nachfrager zu führen, ist aus unserer Sicht auf Grundlage der praktischen Erfahrungen mit dieser Regelung in den letzten Jahren ausreichend und dafür geeignet die Breitbandausbau in Kooperationsmodellen voranzubringen.

Der BREKO unterstützt Open-Access-Modelle und hält freiwillige Kooperationen, wie in § 77b TKG vorgesehen, für am besten geeignet eine ausgewogene und interessengerechte Lösung zwischen Nachfrager und Infrastrukturihaber zu erzielen.

Die Einführung einer verbindlichen Mitnutzung verschiebt demgegenüber das Verhandlungsgleichgewicht, da der Nachfrager einer Mitnutzung kein Interesse an einer freiwilligen Kooperation haben muss, da er seinen Mitnutzungsanspruch ggf. auch regulatorisch bei der Bundesnetzagentur als Streitschlichtungsstelle durchsetzen kann. Es ist daher darauf zu achten, dass die Durchführung ernsthafter Verhandlungen der regulatorischen Durchsetzung des Mitnutzungsanspruchs als zwingende Voraussetzung vorgelagert ist.

Bei der konkreten Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung zur Mitnutzung ist in jedem Fall der Grundgedanke der EU-Kostensenkungsrichtlinie zu beachten.

Sinn und Zweck der Regelungen der EU-Kostensenkungsrichtlinie, die durch das DigiNetzG in deutsches Recht umgesetzt werden sollen, ist insbesondere, im Interesse der Verbraucher und der Wirtschaft, den flächendeckenden Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze voranzutreiben (Art. 1 Abs. 1 EU-Kostensenkungsrichtlinie).

Außerdem ist in Art. 3 Abs. 2 der EU-Kostensenkungsrichtlinie ausdrücklich geregelt, dass Netzbetreiber „nur“ dazu verpflichtet werden, *„zumutbaren Anträgen auf Zugang zu seinen physischen Infrastrukturen zwecks Ausbaus der Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation zu fairen und angemessenen Bedingungen – auch in Bezug auf den Preis – stattzugeben.“* In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu bedenken, dass mit der in § 77d TKE-E vorgesehenen Regelungen alle Infrastrukturinhaber unabhängig davon erfasst und verpflichtet werden, ob sie eine marktbeherrschende Stellung haben oder nicht.

Entsprechend der Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie hat beispielsweise Österreich in § 8 des österreichischen Telekommunikationsgesetzes die Regelungen zur Mitnutzung auf Grundlage des Kriteriums der Zumutbarkeit umgesetzt (*„Netzbereitsteller haben Bereitstellern öffentlicher Kommunikationsnetze für Zwecke des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation auf schriftliche Nachfrage die Mitbenutzung ihrer physischen Infrastrukturen insoweit zu gestatten, als ihnen dies wirtschaftlich zumutbar und es, insbesondere technisch, vertretbar ist.“*)

Dem Sinn und Zweck der Richtlinie folgend und unter Wahrung des dort ausdrücklich genannten Kriteriums der Zumutbarkeit, ist die Regelung zur Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze in § 77d TKG-E so auszugestalten, dass ein Anspruch auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze im Sinne des weiteren Glasfaserausbaus in Deutschland, aber auch im Sinne der Zumutbarkeit von Eingriffen in bestehendes Eigentum der betroffenen Unternehmen, auf unterversorgte Gebiete („weiße Flecken“) begrenzt wird.

Entsprechend der (aktuell geltenden) Definition von „weißen Flecken“ in den EU-Breitbandleitlinien und der NGA-Rahmenregelung, sollte ein über § 77d Abs. 2 TKG-E geltend zu machender Anspruch auf Mitnutzung demnach auf Gebiete beschränkt werden, in denen heute keine Infrastruktur vorhanden ist, die Bandbreiten von min. 30Mbit/s ermöglicht. Um auch bereits konkretisierte Planungen nicht zu gefährden, sollten auch die für die kommenden drei Jahre bestehenden Ausbauplanungen mit in die Betrachtung einzubeziehen. Die Miteinbeziehung der Ausbauplanungen entspricht dem Vorgehen bei (geplanten) geförderten Ausbauprojekten. In dem einer Breitbandausschreibung (zwingend) vorgelagerten Markterkundungsverfahren, werden die (eigenwirtschaftlichen) Ausbaubehelfen der TK-Unternehmen für einen Prognosezeitraum von drei Jahren abgefragt.

Der Begriff der „weißen Flecken“ ist auch hinreichend dynamisch, und kann auch bei einer (absehbaren) Änderung der in den EU-Breitbandleitlinien vorgesehenen Aufgreifschwelle in der Praxis unproblematisch angewendet werden.

Durch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des Mitnutzungsanspruchs, werden die (aktuell) für eine flächendeckende Breitbandversorgung mit mindestens 50 Mbit/s dringend benötigten Investitionen in die Bereiche Deutschlands gelenkt, in denen heute noch keine hochbitratigen Breitbandanschlüsse verfügbar sind. Da die Tiefbaukosten, insbesondere in derzeit noch unterversorg-

ten ländlichen Gebieten, bis zu 80 Prozent der Gesamtausbaukosten ausmachen, bedarf es besonderer Investitionsanreize, um auch in diesen Gebieten (nur 28,3 Prozent der Haushalte im ländlichen Raum haben Zugang zu Anschlüssen mit min. 50Mbit/s, Quelle: Breitbandatlas des Bundes, Ende 2015) digitale Hochgeschwindigkeitsnetze auszurollen und damit eine digitale Spaltung der Gesellschaft zu verhindern.

Nur durch eine Beschränkung des Mitnutzungsanspruchs auf unterversorgte Gebiete wird gewährleistet, dass das DigiNetzG einen Beitrag zur Erreichung der aktuellen Breitbandziele der Bundesregierung leistet, andererseits aber auch der Ausbau von gigabitfähigen Glasfasernetzen beschleunigt wird, da anstatt negativer Investitionsanreize für einen volkswirtschaftlich ineffizienten Überbau bestehender hochleistungsfähiger Infrastrukturen, Anreize für den weiteren Roll-Out von gigabitfähigen Glasfasernetzen bis in die Gebäude und Wohnungen für die Unternehmen geschaffen werden, die bereits heute unterversorgte Gebiete erschlossen haben bzw. dies konkret planen, geschaffen werden.

Gleichzeitig würde damit der mit einer Verpflichtung zur Mitnutzung verbundene Eingriff in das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) von Unternehmen, unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, durch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf „weiße Flecken“, abgemildert.

Ein uneingeschränktes Mitnutzungsrecht hätte zur Folge, dass zukünftig insbesondere in verdichteten, bereits heute sehr gut versorgten Innenstadtbereichen, Mitnutzungsansprüche geltend gemacht werden und neue Baustellen entstehen.

Der im Regierungsentwurf gewählte Ansatz, zur Verhinderung von volkswirtschaftlich unsinnigem Überbau, den Anspruch auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze durch die Aufnahme eines (neuen) Ausnahmetatbestandes in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG-E zu begrenzen, ist dagegen aus unserer Sicht aus verschiedenen Gründen nicht hinreichend, um die notwendige Rechtssicherheit für ausbauwillige Unternehmen zu gewährleisten.

Anders als bei einer Beschränkung des Anwendungsbereichs des Mitnutzungsanspruchs in § 77d TKG-E, trägt der zur Mitnutzung grundsätzlich Verpflichtete die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines der in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG-E aufgeführten Ausnahmetatbestände (S. 81 Gesetzentwurf BReg.). Diese „Beweislastproblematik“ wird in der Praxis dazu führen, dass in jedem Einzelfall erhebliche und langwierige Streitigkeiten über die Anwendung des Ausnahmetatbestandes zu erwarten sind, was zu einem Hemmnis für weitere Investitionen in Breitbandinfrastruktur und zu einer Abschreckung potenzieller Investoren führt. Gegenwärtig ist nicht absehbar, wie die Streitschlichtungsstelle die bei den Ausnahmetatbeständen zu klärenden Rechtsfragen beantworten wird. An dieser Stelle weisen wir darauf hin, dass es sich bei den von der Bundesnetzagentur als Streitschlichtungsstelle zu entscheidenden Streitfragen, um völlig neue Sachverhalte handelt, bei denen die Bundesnetzagentur auf keine gefestigte Spruchpraxis zurückgreifen kann.

Zudem würde die von uns vorgeschlagene Terminologie, die Abgrenzung, wann ein „Überbau bestehender Glasfasernetze“ vorliegt, im Vergleich zu einer Regelung in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG-E, in der Praxis deutlich vereinfachen und nur schwer lösbare Auslegungsfragen auf ein Minimum begrenzen, da die Gebiete, in denen bereits heute Bandbreiten von mindestens 30Mbit/s verfügbar sind, aus dem Breitbandatlas ersichtlich sind.

Sollten im Einzelfall Streitfälle über den tatsächlichen Versorgungsgrad vor Ort zu klären sein, könnten diese, angelehnt an die bereits heute gängige Praxis in mit staatlichen Mitteln geförderten

Gebieten, durch die Vorlage des technischen Konzepts (unter Berücksichtigung bestehender Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse), gelöst werden.

Formulierungsvorschlag:

Auf Grundlage der von uns vorgetragenen Argumente schlagen wir vor, nach § 77d Abs. 1 TKG-E folgenden neuen Abs. 2 einzufügen:

„Der Antrag auf Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze nach Abs. 1 ist in Gebieten möglich, in denen aktuell keine NGA-Versorgung vorhanden ist („weiße Flecken“) und in den nächsten drei Jahren auch nicht entstehen wird.“

Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs widerspricht auch nicht den Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie. Zur näheren Erläuterung dieser Frage, verweisen wir auf die Stellungnahme von Prof. Dr. Holznagel, S. 4ff, die wir unserer Stellungnahme beigelegt haben.

Zugleich sollte § 77d Abs. 3 TKG, auch und insbesondere vor dem Hintergrund des mit einer Mitnutzung verbundenen erheblichen Eingriffs in Art. 14 Abs. 1 GG, um eine Regelung zur Kündigungsmöglichkeit für den Fall der beabsichtigten Eigennutzung der passiven Netzinfrastrukturen ergänzt werden. Als Kündigungsfrist erachten wir eine Vorankündigung von einem Jahr als angemessen.

b) § 77f TKG-E (Einnahmen aus Mitnutzungen)

Die Regelung in § 77f TKG-E ist ausdrücklich zu begrüßen und entspricht den Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie (Erwägungsgrund 16 S. 3). Durch die Regelung wird ein Anreiz für eine Beschleunigung Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze in bisher unterversorgten Gebieten gesetzt, da in diesen Gebieten der Ausbau aufgrund der topographischen Begebenheiten besonders kostenintensiv und die Mitnutzung von passiver Infrastruktur zur Senkung der Ausbaurkosten beitragen kann.

c) § 77g Abs. 2 TKG-E (Ablehnung der Mitnutzung, Versagungsgründe)

Entsprechend Art. 3 Abs. 3 EU-Kostensenkungsrichtlinie, der lediglich Beispiele für mögliche Versagungsgründe aufführt, sollten die in § 77g Abs. 2 TKG genannten Versagungsgründe offen und flexibel und nicht abschließend geregelt werden.

Für eine offene, nicht abschließende Ausgestaltung der Versagungsgründe, spricht insbesondere der mit einer Verpflichtung zur Mitnutzung verbundene unmittelbare Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG sowie die auch in der Begründung des Gesetzentwurfs selbst angemerkten fehlenden Anwendungsfälle von Mitnutzungsanträgen in der Praxis.

Eine abschließende Aufzählung von Versagungsgründen birgt die erhebliche Gefahr, dass Versagungsgründe mit erheblichem Gewicht nicht erfasst werden, die sich erst in der tatsächlichen Anwendungspraxis der gesetzlichen Regelungen ergeben und heute noch nicht absehbar sind.

Das von der Bundesregierung beabsichtigte Ziel der Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit (S. 81 Gesetzentwurf BReg.), kann mangels praktischer Erfahrungen mit durchsetzbaren

Mitnutzungsansprüchen, nur durch eine offene Ausgestaltung der Versagungsgründe erreicht werden.

Formulierungsvorschlag § 77g Abs. 2 S. 1 TKG-E:

„Der Antrag auf Mitnutzung darf insbesondere abgelehnt werden, wenn, ...“

Die Gesetzesbegründung zu § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG-E stellt richtigerweise fest, dass nicht jede Mitnutzung im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegt (S. 83 Gesetzentwurf der BReg.). Dies gilt insbesondere dann, wenn eine tragfähige und vergleichbare Alternative von den zur Mitnutzung verpflichteten Unternehmen angeboten werden kann. Klarstellend und unter Berücksichtigung des Eingriffscharakters einer Mitnutzung auf das Geschäftsmodell und Investitionsanreize, ist der Gesetzestext dahingehend anzupassen, dass der grundsätzlich zur Mitnutzung Verpflichtete einen Mitnutzungsanspruch ablehnen kann, wenn er eine tragfähige Alternative anbietet. Um einen fairen Ausgleich der unterschiedlichen Interessen zu realisieren, darf es nicht dem Belieben des Nachfragers überlassen werden, welches Vorleistungsprodukt gefordert wird.

Darüber hinaus lässt sich durch eine Einschränkung von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG-E verhindern, dass der Versagungsgrund leerläuft, weil der Nachfrager die angebotene Alternativlösung ablehnt.

Die von uns vorgeschlagene Einschränkung könnte im Ergebnis auch dazu führen, dass die Deutsche Telekom, wie von den Wettbewerbern bereits seit längerer Zeit gefordert, Vorleistungsprodukte bei ihren Wettbewerbern einkauft („Wholebuy“), anstatt bestehende bzw. bereits geplante Ausbaugebiete zu überbauen.

Darüber hinaus ist in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG-E aus systematischen Gründen eine Anpassung vorzunehmen, da es sich bei dieser Regelung gerade nicht um eine „Mitnutzung“, sondern vielmehr um eine Alternative zur Mitnutzung in Form eines Versagungsgrundes handelt. Dass in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG-E eine Alternativlösung zur Mitnutzung geregelt wird, sollte dadurch zum Ausdruck kommen, dass die Alternative zu „marktüblichen Bedingungen“ anzubieten ist, da es sich dabei, anders als bei der Mitnutzung, um einen weniger intensiven Eingriff in die Rechte der betroffenen Unternehmen handelt. Gerade in Hinblick auf den mit der Regelung verbundenen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG, sollte auf die Marktüblichkeit als weniger belastenden Eingriff abgestellt werden. Hierdurch könnte auch der mit der symmetrischen Ausgestaltung der Regelungen einhergehende intensive Eingriff in die Rechte nicht marktbeherrschender Unternehmen etwas abgeschwächt werden. Marktübliche Preise für die Vermietung von unbeschalteter Glasfaser sowie für Bitstromvorleistungsprodukte sind bereits seit einigen Jahren im Markt akzeptiert und Gegenstand zahlreicher bestehender Kooperationen.

Formulierungsvorschlag § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG-E:

„...das Angebot einer tragfähigen Alternative zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen, soweit der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes eine dieser Alternativen anbietet, sie sich für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eignet und die Alternative zu marktüblichen Bedingungen gewährt wird; als mögliche Alternativen kann z.B. ein geeignetes Vorleistungsprodukt für Telekommunikationsdienste, der Zugang zu bestehenden Kommunikationsnetzen oder die Mitnutzung anderer als der beantragten passiven Netzinfrastrukturen angeboten werden“

Aus Klarstellungsgründen und um spätere Auslegungsfragen zu vermeiden, sollten Bitstromvorleistungsprodukte und unbeschaltete Glasfaser, als zentrale Vorleistungsprodukte, zumindest in der Gesetzesbegründung explizit als Beispiele für tragfähige Alternativen zur Mitnutzung aufgeführt werden.

d) § 77k TKG-E (Netzinfrastruktur von Gebäuden)

aa) Eigentum an der Gebäudeinfrastruktur

Die gesetzliche Regelung zur Netzinfrastruktur von Gebäuden darf nicht dazu führen, dass ein FTTB/H-Ausbau gegenüber einem FTTC-Ausbau benachteiligt bzw. beschränkt wird.

Im Sinne eines von Politik und Unternehmen gleichermaßen befürworteten verstärkten Glasfaserausbaus bis in die Gebäude und Wohnungen, dürfen die bestehenden eigentumsrechtlichen Grundsätze betreffend die Gebäudeinfrastruktur (TK-Leitungen und TK-Anlagen) keinesfalls angefasst bzw. geändert werden. Hierfür besteht auch aus rechtlicher Sicht kein Grund, da die eigentumsrechtlichen Fragen zur Gebäudeinfrastruktur seit langem geklärt sind. Sofern keine vertragliche Regelung in Form eines Gestattungsvertrages mit dem Gebäudeeigentümer vorliegt, finden die allgemeinen Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) Anwendung. Da die TK-Leitungen innerhalb der Häuser im Regelfall unter Putz in Kabelschutzrohren und verlegt werden und damit wesentliche Bestandteile des Gebäudes im Sinne von §§ 93, 94 BGB sind, erstreckt sich das Eigentum am Gebäude gem. § 946 BGB i.V.m. § 93 BGB auch auf die TK-Leitungen und TK-Anlagen. Dass die unter Putz verlegten TK-Leitungen und TK-Anlagen wesentlicher Bestandteil des Gebäudes nach § 93 BGB sind, ist bereits deshalb unstrittig, weil eine Entfernung der TK-Leitungen bzw. TK-Anlagen ohne Veränderung und Beschädigung des Gebäudes oder der Leitung nicht denkbar ist (s. OLG Jena, Urteil vom 07.09.2004; materiell-rechtlich wurde dies Entscheidung des OLG Jena vom BGH bestätigt, s. BGH MMR 2006 ff.). Davon losgelöst sind TK-Leitungen und sonstige Installationen auch wesentliche Bestandteile gem. § 94 Abs. 2 BGB.

Die Gebäudeinfrastruktur ist auch kein Scheinbestandteil i.S.v. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. § 95 Abs. 2 BGB.

Eine Abweichung von diesen eigentumsrechtlichen Grundsätzen hätte zur Folge, dass ein FTTB-Ausbau, bei dem die Glasfaser in den Keller des Hauses verlegt wird und der Weg im Haus über die bestehende Kupferverkabelung erfolgt, von demjenigen verhindert und untersagt werden könnte, der die Kupferleitung in der Vergangenheit errichtet hat. Ein solches Szenario würde den weiteren Glasfaserausbau und die damit einhergehende Digitalisierung der Gesellschaft entscheidend zurückwerfen und glasfaserausbauende Unternehmen massiv beschränken.

Des Weiteren muss auch zukünftig gewährleistet werden, dass bei einem FTTH-Ausbau die in den Gebäuden vorhandenen TK-Anlagen wie Kabelschutzrohre und Kabelkanalanlagen mitgenutzt werden können. Insofern darf es auch in Bezug auf den FTTH-Ausbau keine Änderung der eigentumsrechtlichen Regelungen der Gebäudeinfrastruktur geben. Nur durch die Beibehaltung der bestehenden (oben dargestellte) eigentumsrechtliche Regelung, kann auch in Zukunft der FTTH-Ausbau, der heute zu mehr als 80 Prozent von den Wettbewerbern getätigt wird, weiter vorangetrieben werden. Die Mitnutzung der bestehenden Gebäudeinfrastruktur führt in der Regel zu einer deutlichen Absenkung der Kosten für die Verlegung der Glasfaser-Gebäudeinfrastruktur.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Frage wer Eigentümer der Gebäudeinfrastruktur ist, rechtlich nicht umstritten ist, sondern klaren gesetzlichen Vorgaben folgt.

Im Sinne eines verstärkten Glasfaserausbaus bis in die Gebäude (FTTB) und Wohnungen (FTTH) darf die bestehende Rechtslage zum Eigentum an der Gebäudeinfrastruktur nicht geändert werden. Eine Änderung ist auch deshalb nicht erforderlich, da es den Unternehmen schon nach geltender Rechtslage freisteht, eine entsprechende vertragliche Regelung mit dem Gebäudeeigentümer zu vereinbaren. Die Erfahrungen unserer Mitgliedsunternehmen zeigen, dass im Konsens getroffene Entscheidungen zugunsten eines FTTB/H-Ausbaus im Ergebnis zu einem auch wirtschaftlich erfolgreichen Projekt erheblich beitragen, während gesetzliche Zwangsregelungen eher das Gegenteil erreichen würden und die Nachfrage nach FTTB/H-Anschlüssen hemmen können.

bb) Änderungsvorschläge zu §§ 77k Abs. 1 und 2 TKG-E

Die Regelung in § 77k Abs. 1 TKG-E bedarf zur Beschleunigung des Ausbaus von FTTH-Netzen jedenfalls dann einer textlichen Anpassung, wenn vom Gesetzgeber auch eine Kupferverkabelung als hochgeschwindigkeitsfähige gebäudeinterne Infrastruktur angesehen wird.

Formulierungsvorschlag § 77k Abs. 1 TKG-E:

„Verfügt ein Gebäude nicht über eine hochgeschwindigkeitsfähige digitale Glasfaserinfrastruktur, so darf der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz in den Räumen des Teilnehmers abschließen. Der Abschluss ist nur statthaft, wenn der Teilnehmer zustimmt, und Eingriffe in Eigentumsrechte Dritter so geringfügig wie möglich erfolgen.“

Darüber hinaus bedarf aus unserer Sicht auch § 77k Abs. 2 TKG einer Anpassung, da dieser hinter der bisherigen Regelung in § 77a TKG zurückbleibt.

Nach der gesetzlichen Neuregelung soll ein Abschluss eines Telekommunikationsnetzes in den Räumen des Endnutzers nur noch dann möglich sein, wenn es sich dabei um ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz handelt. Um den gebäudeinternen Mitnutzungsanspruch nicht hinter die geltende gesetzliche Regelung zurückfallen zu lassen, sollte die bestehende Formulierung in § 77a TKG übernommen und auf den Zusatz „digitales Hochgeschwindigkeitsnetz verzichtet werden.

Formulierungsvorschlag § 77k Abs. 2 TKG-E:

„Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze können bei den Eigentümern oder Betreibern von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze oder von gebäudeinternen passiven Netzinfrastrukturen am Standort des Endnutzers die Mitnutzung der gebäudeinternen Infrastruktur beantragen. Liegt der erste Konzentrations- oder Verteiler eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes außerhalb des Gebäudes, so gilt Satz 1 ab diesem Punkt entsprechend.“

e) § 77i TKG-E (Kordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung)

Bei der Mitverlegung und Kordinierung von Bauarbeiten sollte, analog zu unseren Vorschlägen betreffend die Mitnutzung passiver Infrastrukturen, eine Regelung zum Schutz von Überbau bestehender, im Bau befindlicher oder in den kommenden drei Jahren geplanter digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, aufgenommen werden und eine Mitverlegung auf unterversorgte Gebiete beschränkt werden.

Die Mitverlegungsverpflichtungen in § 77i Abs. Abs. 6 und 7 TKG-E sind grundsätzlich zu begrüßen und können einen wichtigen Beitrag zum beschleunigten Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen leisten.

Positiv zu bewerten ist insbesondere, dass entsprechend den in der NGA-Rahmenregelung (Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung v. 15. Juni 2015) und der Förderrichtlinie des Bundes (Richtlinie Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland v. 22. Oktober 2015) festgelegten Grundsätzen auch die Verlegung von unbeschalteter Glasfaser vorgesehen ist.

Eine verpflichtende Mitverlegung ist aber nur dort sinnvoll wo bisher keine Infrastruktur zur Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze vorhanden ist. Daher sollte die Mitverlegungsverpflichtung unter dem Vorbehalt stehen, dass weder eine entsprechende Infrastruktur vorhanden, noch in den kommenden drei Jahren konkret geplant ist.

Wichtig und im Gesetz klarzustellen ist weiter, dass eine Mitverlegung nur dann nachhaltig und sinnvoll ist, wenn sich die Verlegung in ein bestehendes Netzkonzept und bereits vorhandene Netzinfrastrukturen einfügt und die Infrastruktur zur Nutzung durch die vor Ort tätigen TK-Anbieter geeignet ist. Vor einer entsprechenden Verlegung sind daher die technischen Anforderungen an die passive Infrastruktur in jedem Fall zu prüfen.

Nicht abschließend geklärt und damit im weiteren Gesetzgebungsverfahren erläuterungs- und klarstellungsbedürftig, ist des Weiteren, wer die Kosten für die Verlegung der mit Glasfaserkabeln ausgestatteten passiven Netzinfrastrukturen zu tragen hat.

f) § 77n TKG-E (Fristen, Entgeltmaßstäbe und Regulierungsziele der nationalen Streitbeilegung)

Nach § 77n Abs. 2 TKG-E hat die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle faire und angemessene Entgelte für eine Mitnutzung gem. § 77d TKG-E festzusetzen.

Aus unserer Sicht sollten die Maßstäbe für die Entgeltfestsetzung im DigiNetzG konkreter ausgestaltet werden. Nach den allgemeinen Vorgaben im Gesetz, verbleiben erhebliche Rechtsunsicherheiten auf Seiten investitionswilliger Unternehmen, da nicht absehbar ist, wie die Ausgestaltung der Entgelte von der Bundesnetzagentur vorgenommen wird. Um bereits getätigte Investitionen nicht zu entwerten und geplante Investitionen nicht zu gefährden, sollte der Entgeltmaßstab konkreter gefasst werden und insbesondere auch eine Unterscheidung zwischen marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Unternehmen vorsehen.

Zur diesbezüglichen Unterscheidung schlagen wir vor, dass die Entgelte, die ein marktbeherrschendes Unternehmen für eine Mitnutzung seiner Infrastruktur erhält, den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gem. § 32 TKG entsprechen müssen.

Beruft sich ein marktbeherrschendes Unternehmen auf den Mitnutzungsanspruch, muss der ursprüngliche Investitionsplan des nicht-marktbeherrschenden Unternehmens bei der Festlegung des Entgelts voll berücksichtigt werden. Keinesfalls dürfen die regulierten Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Grundlage der Entgeltentscheidung herangezogen werden, weil dies zu einer Verzerrung des Wettbewerbs und im Ergebnis zu einer Verringerung von Investitionen in den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze führen würde (s. hierzu Stellungnahme von Prof. Dr. Holznapel, S. 7).

Ohne eine solche Unterscheidung von marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Unternehmen, sehen wir die große Gefahr, dass die Entgeltfestsetzung für Mitnutzungen sich an

(niedrigen) regulierten Entgelten (der Entscheidungsentwurf der Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur im Verfahren zur Festlegung der Entgelte für den Zugang zu Kabelkanälen gegenüber der Telekom – Aktenzeichen: BK3-16/006 sieht ein monatliches Entgelt von 0,004 EUR je laufenden Rohrmeter vor) orientieren wird, unabhängig davon, ob das verpflichtete Unternehmen marktbeherrschend ist oder nicht. Sollte dieses Entgelt als Grundlage der Entgeltentscheidung bei zur Mitnutzung verpflichteten Unternehmen herangezogen werden, die nicht marktbeherrschend sind, würde dies zu einer zu einer Wettbewerbsverzerrung zugunsten des Ex-Monopolisten führen. Andererseits würde man hierdurch einen zusätzlichen Anreiz für einen volkswirtschaftlich unsinnigen Überbau bestehender digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze setzen.

In Bezug auf die Ausgestaltung der Entgelte für tragfähige Alternativen im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG-E, ist zu berücksichtigen, dass es hierbei um Alternativen zur Mitnutzung und nicht um eine von der BNetzA anzuordnende Verpflichtung zur Mitnutzung geht. Dies sollte dadurch zum Ausdruck kommen, dass die Alternative zu „marktüblichen Bedingungen“ anzubieten ist, da es sich dabei, anders als bei der Mitnutzung, um einen weniger intensiven Eingriff in die Rechte der betroffenen Unternehmen handelt, was insbesondere durch eine entsprechende Ausgestaltung des Entgeltmaßstabs zum Ausdruck kommen muss.

2. Weitere gesetzliche (Neu-)Regelungen im TKG

a) § 68 Abs. 2 S. 2 TKG-E (Errichtung von TK-Linien)

Positiv hervorzuheben ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf den allgemeinen Begriff der „untiefen Verlegung“. Eine Reihe von positiven Praxisbeispielen belegen, dass eine untiefe Verlegung die Ausbaurkosten pro Meter von typischerweise 80 EUR auf 30 EUR oder weniger pro verlegtem Meter senken kann.

Selbstverständlich muss dabei sichergestellt werden, dass die untiefe Verlegung nicht zu einer nachhaltigen Schädigung des Straßenkörpers führt. Um diese zu vermeiden, existieren bereits seit 2014 „Hinweise für die Anwendung des Trenchingverfahrens bei der Verlegung von Glasfaserkabeln in Verkehrsflächen in Asphaltbauweise“ der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen. Diese sollten, ggf. erweitert durch aktuelle Erkenntnisse, für den Ausbau verbindlich vorgegeben werden.

Die oberirdische Verlegung auf Masten sollte der unterirdischen Verlegung keinesfalls gleichgestellt werden. Die bestehende gesetzliche Regelung sollte nicht angetastet werden. Schon nach der heute geltenden gesetzlichen Regelung ist eine oberirdische Verlegung und das Aufstellen neuer Masten möglich. Die oberirdische Verlegung hat insbesondere bei den aktuell zunehmenden Starkwindereignissen Nachteile gegenüber der unterirdischen, was sich letztlich insbesondere bei der Verfügbarkeit negativ auswirken kann.

b) § 68 Abs. 3 S. 1 TKG-E (Zustimmung des Wegebausträgers)

Wir begrüßen ausdrücklich die in § 68 Abs. 3 S. 1 TKG-E vorgesehene Möglichkeit, die Antragstellung, Bearbeitung und Bescheidung auch auf elektronischem Wege durchzuführen. Dies kann zu einer Beschleunigung der Zustimmung und damit zu einer Beschleunigung des Ausbaus beitragen.

c) § 69 TKG-E (Übertragung des Wegerechts)

Die Erweiterung des Kreises der Aktivlegitimierten um die Eigentümer und Betreiber von Telekommunikationslinien, die öffentlichen Zwecken dienen, bewerten wir ebenfalls als positiv. Im Hinblick auf die zunehmende Zahl von erfolgreichen kommunalen Betreibermodellen, bei denen eine Gebietskörperschaft die passive Infrastruktur errichtet und diese dann von einem TK-Unternehmen betreiben lässt, ist eine gesetzliche Änderung und Erweiterung des Kreises der Antragsteller dringend geboten, um die aktuell bestehende Benachteiligung kommunaler Betreibermodelle gegenüber dem Ausbau durch TK-Unternehmen aufzuheben.

d) § 76 TKG (Hausstich)

Die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Regelungen zum Hausstich werden von uns unterstützt.

Im Übrigen erachten wir die von einem Marktteilnehmer geforderte zusätzliche gesetzliche Verpflichtung der Gebäudeeigentümer zur Schaffung der Voraussetzungen für den Anschluss von aktiven Komponenten an die Stromversorgung, für nicht zielführend sondern kontraproduktiv. Wir sehen die Gefahr, dass aufgrund der Erweiterung der Verpflichtung Konfliktpotenzial geschaffen wird und Widerstand der Gebäudeeigentümer provoziert wird. Unsere Mitgliedsunternehmen schließen Gestattungsverträge mit den Eigentümern ab und lösen etwaige Fragen im Verhandlungswege. Nur wenn die Gebäudeeigentümer davon überzeugt sind, dass eine Verbesserung der Breitbandversorgung sinnvoll ist, werden entsprechende Projekte erfolgreich sein.

e) Nichtumsetzung von Art. 7 Abs. 3 EU-Kostensenkungsrichtlinie

Die Umsetzung von Art. 7 Abs. 3 der EU-Kostensenkungsrichtlinie, die lediglich allgemeine Verfahrensregeln zur Verringerung der Frist bei Bauvorhaben beinhaltet, ist aus unserer Sicht von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG gedeckt und damit auch in § 68 TKG-E aufzunehmen und umzusetzen.

f) Nichtumsetzung von Art. 8 Abs. 1 und 2 EU-Kostensenkungsrichtlinie

Anders als im Gesetzentwurf der Bundesregierung ausgeführt, erachten wir Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG als hinreichende Kompetenzgrundlage für eine bundeseinheitliche Umsetzung der Vorgaben aus Art. 8 EU-Kostensenkungsrichtlinie zur Ausstattung von Gebäuden mit hochgeschwindigkeitsfähigen gebäudeinternen physischen Infrastrukturen bis zu den Netzabschlusspunkten. Entgegen den Ausführungen auf S. 45 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, betrifft die vorgesehene „Ausstattungsverpflichtung“ im Kern nicht Bauordnungsrecht, sondern den Bereich der klassischen Telekommunikation, da auch die gebäudeinterne Infrastruktur zur Telekommunikationsinfrastruktur zählt. Zudem verkennt der Regierungsentwurf, dass es sich bei Bauordnungsrecht um besonderes Gefahrenabwehrrecht handelt, bei dem der sachliche Zusammenhang zur „Ausstattungsverpflichtung“ nicht ersichtlich ist.

Im Übrigen birgt eine Übertragung der Verpflichtung zur Umsetzung auf die einzelnen Bundesländer die Gefahr, dass es zu uneinheitlichen gesetzlichen Regelungen kommt, was wiederum in der Praxisanwendung zu Problemen führen könnte und im Ergebnis dem mit der Regelung verfolgten Ziel eines verstärkten Ausbaus von FTTB/H - Glasfaserinfrastrukturen zuwiderläuft.

Aus den genannten Gründen sollten die Vorgaben aus Art. 8 Abs. 1 und 2 der EU-Kostensenkungsrichtlinie bundeseinheitlich in § 77k Abs. 4 ff. TKG-E umgesetzt werden.

Darüber hinaus sollte die gesetzliche Formulierung im Sinne einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise klarstellen, dass es sich bei der gebäudeinternen Infrastruktur um Glasfaserinfrastruktur bis zur Telekommunikationsendeinrichtung handeln muss.

III. Einsparpotenzial

Für das Szenario eines Ausbaus im gesamten Bundesgebiet im Wege der Mitbenutzung geht der Gesetzentwurf von einem Einsparpotenzial von 25 Prozent aus. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen unserer Mitgliedsunternehmen halten wir diesen Wert für zu hoch gegriffen.

Aufgrund der unterschiedlichen Struktur von Telekommunikationsnetzen und Netzen der Versorgungswirtschaft sind Synergien zwar im Einzelfall erreichbar, oft aber auch nicht wirtschaftlich zu realisieren. Versorgungsnetze werden oft mit der Netztopologie als Ringnetz oder vermaschtes Netz aufgebaut. Telekommunikationsnetze (speziell FTTB/FTTH-Netze) werden in der Regel als Strahlennetze konzipiert. Die Ringstrukturen werden hier eher im Backbone genutzt. Es gibt somit nur begrenzte Schnittmengen, in denen ein strahlenförmiges Netz und ein Ring- oder Maschen-Netz die gleichen Trassen nutzen können. Hinzu kommt, dass die Netze der Energie- und Wasserversorgung von den Standorten von Wasserhochbehältern, Umspannwerken oder Gasdruckregelanlagen hin zum Kunden keine Zugangspunkte mehr vorsehen. Sofern der Verteilpunkt für die TK-Leitungen nicht den gleichen Standort wie die oben genannten Anlagen hat, reduziert dies nochmals die Anzahl der Trassen, in denen eine Mitverlegung möglich wäre.

Dem begrenzten (und gegenwärtig schwer zu bewertenden) Kostensenkungspotenzial stehen dagegen sichere Aufwände gegenüber, deren Schätzung als deutlich zu niedrig erscheint und nicht mit den erwarteten Zielen in Einklang zu bringen ist. Wenn die Zugangsansprüche tatsächlich intensiv genutzt werden würden, würde der Aufwand der Unternehmen für Informations-, Prüf-, Kommunikations-, Verhandlungs-, Vertragsabschluss- und Vertragsüberwachungsaufwand sowie für ggf. erforderliche Streitbeilegungs- und Gerichtsverfahren deutlich höher ausfallen als veranschlagt.

Auch die Darstellung von sinkenden Verbraucherpreisen ist nicht überzeugend. Für den flächendeckenden Ausbau notwendige Investitionen sind bislang unterblieben, weil sie wirtschaftlich nicht darstellbar waren. Sofern die Investitionskosten für die Anbindung unterversorgter Gebiete nun tatsächlich soweit sinken, dass Investitionen getätigt werden können, ist damit aber noch nichts über den Grad der Wirtschaftlichkeit gesagt. Sofern sinkende Verbraucherpreise aber nur durch erhöhte Konkurrenz in bereits versorgten Gebieten erreicht werden, ist zu berücksichtigen, dass damit kein positiver Beitrag zum Ziel der EU-Kostensenkungsrichtlinie – Schließung unterversorgter Gebiete – geleistet würde, und dass damit erhebliche Eingriffe in Grundrechte und in einen nach wie vor nur durch Regulierung funktionierenden Markt verbunden wären, die sich möglicherweise nicht als nachhaltig erweisen werden.

Stellungnahme

zum Zugangsanspruch nach Art. 3 Kostenreduzierungsrichtlinie

I. Gegenstand

Die Wettbewerber haben in den letzten Jahren - auch in den ländlichen Regionen - den Breitbandausbau in Deutschland vorangetrieben und im Zeitraum 2004-2013 mehr als 55 % der Investitionen in den Telekommunikationsmarkt getätigt (WAR Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Bundesnetzagentur, April 2014). Zu diesem Zweck sind umfangreich u.a. Leerrohre verlegt und Standorte für die aktive Technik aufgebaut worden. All diese Investitionen sind von den Unternehmen in der Erwartung getroffen worden, die errichteten Netze und ihre Komponenten selbst zu nutzen bzw. in einem gesetzgeberisch unbeeinflussten und ausgewogenen Verhandlungsumfeld „Open-Access-Kooperationen“ zu vereinbaren, die zu der für den wirtschaftlichen Betrieb der Netze unerlässlichen schnellen Netzauslastung beitragen. Diese Einschätzung gründet auf einer Rechtslage, wie sie seit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte im Jahre 1996 besteht. Ein Duldungsanspruch auf Mitbenutzung nach § 70 TKG kam und kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Der 2012 ins TKG eingeführte § 77 b TKG verpflichtet nur dazu, (Verhandlungs-)Angebote zur Mitbenutzung von Einrichtungen abzugeben. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen können, fungiert zwar die Bundesnetzagentur als Schiedsrichter. Sie ist aber nicht befugt, einen bindenden Schiedsspruch zu fällen.

Diese Lage wird sich durch die Umsetzung der Kostenreduzierungsrichtlinie (KRL) in das nationale Recht grundlegend ändern. Nach Art. 3 Abs. 2 KRL ist zukünftig jeder Netzbetreiber verpflichtet, allen zumutbaren Anträgen auf Zugang zu seinen physischen

Infrastrukturen stattzugeben. Zu den Netzbetreibern gehören Infrastrukturanbieter (Gas, Strom, etc.), aber auch Unternehmen, die ihrerseits öffentliche Kommunikationsnetze bereitstellen oder hierfür zugelassen sind. Eine Begrenzung auf den Kreis der marktmächtigen Unternehmen findet hier nicht statt. Die Richtlinie sieht für den Fall gescheiterter Vertragsverhandlungen in Art. 3 Abs. 5 KRL vor, dass eine Streitbeilegungsstelle eine verbindliche Entscheidung trifft und Bedingungen für den Zugang festlegt.

Der Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) hat mich gebeten, diese Neuregelung in einem an Sie gerichteten Schreiben verfassungsrechtlich zu bewerten. Dieser Bitte komme ich gern nach.

II. Grundrechtlicher Überprüfungsmaßstab

Der grundrechtliche Überprüfungsmaßstab richtet sich maßgeblich danach, ob eine Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume belässt oder nicht (hierzu insbesondere BVerfGE 125, 260 (308)). Bestehen keine Umsetzungsspielräume, scheidet eine Überprüfung der Maßnahme anhand der im Grundgesetz verankerten Grundrechte nach der Solange-II-Rechtsprechung (BVerfGE 73, 339) von vornherein aus. Es gilt der Vorrang des Europarechts. Allenfalls ein Verstoß gegen die Grundrechtecharta kommt noch in Betracht. So ist die Lage hier. Der Richtliniengeber verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, eine Kontrahierungsverpflichtung (Art. 3 Abs. 2 KRL) und einen bindenden Schiedsspruch bei mangelndem Einvernehmen über das Zugangsbegehren (Art. 3 Abs. 5 KRL) in ihr nationales Recht einzuführen. Damit ist nur noch an eine Überprüfung anhand der Vorgaben der Grundrechtecharta zu denken. Sie müsste vom EuGH vorgenommen werden. Ein Verstoß der Art. 3 Abs. 2 und 5 KRL gegen die Grundrechtecharta wird hier nicht vorgetragen.

Umsetzungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber bestehen aber im Hinblick auf die für den Schiedsspruch maßgeblichen Entscheidungskriterien. Für die inhaltliche Lösung der Streitigkeiten bestimmt Art. 3 Abs. 5 KRL, dass die Streitbeilegungsstelle gegebenenfalls faire und angemessene Bedingungen, einschließlich des Preises, festlegen muss. Die in Art. 8 RRL niedergelegten Ziele sind überdies zu berücksichtigen, wenn es um den Zugang zur Infrastruktur eines Anbieters elektronischer Kommunikationsnetze geht und die nationale Regulierungsbehörde als Streitbeilegungsstelle fungieren soll.

Sowohl die Formel von den „fairen und angemessenen Bedingungen“ als auch die in Art. 8 RRL verankerten Ziele lassen hinreichenden Spielraum für eine gesetzgeberische Konkretisierung auf der Ebene der Mitgliedstaaten. Die nationalen Gesetzgeber können damit Gewichtungen der berührten Belange vornehmen und Entscheidungsregeln für eine vorrangige Berücksichtigung festlegen. Sie können so den nationalen Besonderheiten Rechnung tragen und damit das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 AEUV) zur Geltung bringen.

Bei der Wahrnehmung seiner Konkretisierungsbefugnis hat der nationale Gesetzgeber zunächst die Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Vorschriften der Grundrechtecharta zu berücksichtigen. Nach Art. 51 Abs. 1 GRCh gilt die Charta für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Die Durchführung des Rechts der Union kann in der Umsetzung von Richtlinien bestehen. Die Mitgliedstaaten sind dann an EU-Grundrechte gebunden. Die Vorgaben der Richtlinie, aber auch das nationale Umsetzungsrecht sind dann grundrechtskonform auszulegen.

Der durch Art. 3 Abs. 2 und 5 KRL begründete Kontrahierungszwang greift in die unternehmerische Freiheit des Netzbetreibers nach Art. 16 GRCh und in seine Freiheit des Eigentums nach Art. 17 GRCh ein. Die unternehmerische Freiheit schützt die Freiheit, eine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit auszuüben sowie die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb (EuGH, Rs. 283, MMR 2013, 265 (266)). Nach Art. 3 Abs. 2 KRL muss der Netzbetreiber einen „zumutbaren Antrag“ annehmen. Der Netzbetreiber kann nicht mehr frei entscheiden, ob er auf vertraglicher Basis Zugang zu seinen physischen Infrastrukturen gewähren will oder nicht. Ein bindender Schiedsspruch, der auf einen Kontrahierungszwang und eine Zugangsgewährung hinausläuft, beschränkt den Netzbetreiber, seine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit allein nach seinen unternehmerischen Einschätzungen auszurichten. Auch wird seine Befugnis beschränkt, über die Art und Weise der Nutzung seines Netzeigentums zu befinden.

Darüber hinaus muss der nationale Umsetzungsakt mit den deutschen Grundrechten vereinbar sein. Betroffen ist hier zunächst die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit (Zum Anspruch auf Zugang zu TK-Netzen BVerfG, NVwZ 2012, 694; BVerfG MMR 2001, 681 (689 f.)). Durch den Kontrahierungszwang des Art. 3 Abs. 2 KRL und einen die Einigung der Parteien ersetzenden bindenden Schiedsspruch werden gewichtige Vorgaben für die berufliche Betätigung des Netzbetreibers geschaffen. Dementsprechend wird sein Freiheitsraum verkürzt. Zugleich wird sein

Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG berührt. Dieses schließt die Freiheit, sein Eigentum beliebig zu nutzen, mit ein. Eine zwangsweise Mitbenutzung durch einen Dritten greift in diese Freiheit ein (Zum Anspruch auf Zugang zum „blanken Draht“ OVG Münster, NVwZ 2000, 697 (701); Fuhr/Kerkhoff, MMR 1998, 9). Die Pflicht zur Zugangsgewährleistung stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Wie auch bei den EU-Grundrechten (vgl. Art. 52 Abs. 1 GRCh) kann deshalb auch im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte nach dem Grundgesetz ein Eingriff durch ein verhältnismäßiges Gesetz legitimiert werden.

III. Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

1. Kein Zugangsgewährleistungsanspruch in bereits mit Hochgeschwindigkeitsinfrastruktur versorgten Gebieten

Die Vorgaben der KRL sollen mittels eines Gesetzes umgesetzt werden. Der Entwurf soll im ersten Quartal 2015 vorgestellt werden. Der Anspruch auf Zugang zur physischen Infrastruktur und seinen Komponenten verfolgt den Zweck, den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation voranzutreiben. Angesichts des exponentiellen Anstiegs des Breitbandverkehrs und der Nachfrage nach elektronischen Dienstleistungen werden Hochgeschwindigkeitsnetze heute als wichtiger Baustein für die Sicherung von Produktivität und Wachstum angesehen. Die Unterstützung ihres Ausbaus fördert Gemeinwohlziele, wie sie u.a. in der Digitalen Agenda der EU niedergelegt sind.

Ein Anspruch auf Zugangsgewährleistung ist auch geeignet, dieser Zielsetzung zu dienen. Ein Großteil der Kosten für den Netzausbau (ca. 60-80 %) entfällt heute auf den Tiefbau. Die Verlegung von Leerrohren und Glasfaserleitungen erfordert umfangreiche Grabungsarbeiten. Durch eine obligatorische Mitbenutzung passiver Infrastrukturen wie Leerrohre, Masten usw. lassen sich diese Kosten senken. Dies soll dazu führen, dass in weißen Flecken, in denen keine Hochgeschwindigkeitsinfrastruktur verfügbar ist, die Ausbauziele der Bundesregierung zügiger umgesetzt werden können.

Zudem muss die Maßnahme erforderlich und angemessen sein. Das Merkmal der Erforderlichkeit beschränkt die Reichweite der ergriffenen Maßnahme. Es bedeutet zunächst, dass die Maßnahme nur soweit gehen kann, wie dies zur Erreichung des Ziels „wirklich notwendig“ ist (Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union,

Kommentar, 2. Aufl. 2013, Rn. 38). Zudem muss das mildeste Mittel ausgewählt werden. Bei der Angemessenheit geht es um eine „ausgewogene“ Gewichtung des der Maßnahme zugrunde liegenden Gemeinwohlbelangs auf der einen und des Interesses des Grundrechtsträgers auf der anderen Seite. Je stärker in die Grundrechtsposition des Netzbetreibers eingegriffen wird, desto schwieriger ist es, die Maßnahme im Einzelfall zu rechtfertigen.

Gegen beide Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird verstoßen, wenn Zugang zu physischen Komponenten eines bereits bestehenden Hochleistungsnetzes für die elektronische Kommunikation beansprucht wird. Zunächst ist hier ein Zugangsgewährleistungsanspruch nicht „wirklich notwendig“. Denn das Ziel, die Endkunden mit höheren Internetgeschwindigkeiten zu versorgen, ist bereits erreicht.

Die Maßnahme stellt überdies auch eine unangemessene Belastung der Grundrechte des Netzbetreibers dar. Die Einräumung von Zugang zur Infrastruktur stellt einen schweren Eingriff in die unternehmerische Freiheit bzw. Berufsausübungsfreiheit des Netzbetreibers dar. Die Entscheidung, Hochgeschwindigkeitsnetze zu errichten und damit hohe Investitionen in den Tiefbau zu tätigen, basiert auf langfristig angelegten Wirtschaftlichkeitsberechnungen. Hierbei spielt die Anzahl der Kunden, die in einem über ein MFG (Multifunktionsgehäuse) *versorgten Gebiet zum Vertragsschluss mit dem Netzbetreiber bereit sind, eine maßgebliche Rolle. Die Einführung eines Kontrahierungszwangs schränkt die Befugnis des Netzbetreibers ein, seine Infrastruktur exklusiv zu nutzen. Zudem wird das zugangsbefugte Unternehmen in die Lage versetzt, in dem betreffenden Gebiet selbst hochleistungsfähige Breitbandanschlüsse zu vermarkten. Dies verändert die Wettbewerbsbedingungen des betroffenen Netzbetreibers maßgeblich. Das konkurrierende Angebot kann zunächst dazu führen, dass die projektierte Zahl von Endnutzerverträgen nicht erreicht wird. In der Folge würde sich ein weiterer Netzausbau nicht mehr lohnen. Die bisherige Investition kann sich schnell in ein Verlustgeschäft verwandeln. Eine solche Lage ist insbesondere dann zu erwarten, wenn das Unternehmen leistungsfähige Internetanschlüsse etwa durch die Einsparung der Tiefbaukosten für Leerrohre und ein günstiges Zugangsentgelt besonders erfolgreich vermarkten kann. Konkurrierende Unternehmen könnten überdies dazu übergehen, den Zugangsgewährleistungsanspruch strategisch zu nutzen. Im Wege des Rosinenpickens könnte Zugang zu den Leerrohren und zu MFG-Standorten begehrt werden, die für die Umsetzung des Geschäftsmodells des Netzbetreibers besonders wichtig sind. Auf diese Weise könnten die

Investitionspläne des Netzbetreibers in einem bestimmten Gebiet gezielt unterlaufen werden. Gerade marktstarke Unternehmen haben hinreichende finanzielle Möglichkeiten, um sich solcher Strategien zu bedienen. Der Zugangsgewährungsanspruch kann so in seiner Wirkung letztlich auf eine Entziehung der Substanz des Eigentums am Netz hinauslaufen.

Demgegenüber ist das Interesse des Zugang begehrenden Unternehmens nur in geringem Maße schützenswert. Zwar kann es sich auf seine grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit bzw. die Berufsausübungsfreiheit berufen. Eine zweite Hochleistungsgeschwindigkeitsinfrastruktur lässt sich in einem Gebiet aber regelmäßig nicht ökonomisch sinnvoll betreiben. Vor diesem Hintergrund erscheint es ehemals angezeigt, in ländlichen Räumen eine „Überbauung“ bestehender hochleistungsfähiger Netze mit aktiver Technik zu vermeiden.

Gegen die hier vertretene Sichtweise kann nicht überzeugend eingewendet werden, dass in der Praxis der Zugang zu Leerrohren oder aktiver Technik häufig auf vertraglicher Basis gewährt wird. Demnach könne die Gewährung eines entsprechenden Anspruchs nicht auf einen schweren Grundrechtseingriff hinauslaufen. Hier ist jedoch zu beachten, dass es allein dem Netzbetreiber obliegt, die Vor- und Nachteile einer solchen Maßnahme abzuwägen. Gerade diese Entscheidungsbefugnis ist Ausdruck seiner Berufsausübungsfreiheit. Auch ist der durch staatliche Mittel geförderte Ausbau nicht mit der hier zu untersuchenden Konstellation vergleichbar. Bei der Inanspruchnahme von Fördermitteln ist der Netzbetreiber nach dem Open-Access-Prinzip verpflichtet, Zugang zum Netz zu gewähren. Die hiermit verbundenen ökonomischen Risiken werden jedoch vom Netzbetreiber bereits bei der Kalkulierung der Wirtschaftlichkeitslücke „eingepreist“.

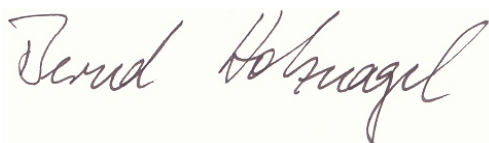
Um diese durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezogene Grenze, in der Praxis zur Geltung zu bringen, sollte der Gesetzgeber den Kontrahierungszwang im Hinblick auf bestehende Hochgeschwindigkeitsnetze und ihrer Komponenten ausschließen. Nur soweit hochleistungsfähige Internetanschlüsse in dem betreffenden Gebiet nicht verfügbar sind, sollte der Zugangsgewährleistungsanspruch Anwendung finden. Das Instrumentarium des Art. 3 Abs. 2 und 5 KRL wäre damit auf das Vorliegen weißer Flecken zu begrenzen. Eine solche Sicht der Dinge steht auch im Einklang mit den in Art. 8 RRL verankerten Zielen effizienter Infrastrukturinvestitionen und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Die hier vorgeschlagene Lösung sollte als Einschränkung des Zugangsanspruchs, jedenfalls aber als weiterer

Ausnahmetatbestand (vgl. Art. 3 Abs. 3 KRL) in das Umsetzungsgesetz aufgenommen werden. Dabei sollte die Darlegungs- und Beweislast für die Schließung weißer Flecken mithilfe des Zugangs dem Anspruchsteller obliegen.

2. Bedingungen des Zugangsgewährleistungsanspruchs in weißen Flecken

Soweit Zugang zu Komponenten der physischen Infrastruktur eines Netzbetreibers begehrt wird, die nicht in Gebieten liegen, die bereits mit Hochgeschwindigkeitsnetzen versorgt sind, muss im Einzelfall eine sorgfältige Interessenabwägung stattfinden. In dem Fall, dass ein marktmächtiger Anbieter eines Kommunikationsnetzes Zugang zur Infrastruktur eines nicht-marktmächtigen Anbieters begehrt, droht sich die Wettbewerbslage der letzteren Gruppe insgesamt zu verschlechtern. Denn Zugangsansprüche gibt es bei einem auf asymmetrischer Telekommunikationsregulierung basierenden Marktdesign im Grundsatz nur gegen das marktmächtige Unternehmen. Um keine übermäßige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit bzw. Berufsausübungsfreiheit auf Seiten der nicht-marktmächtigen Telekommunikationsnetzbetreiber zu bewirken, sollte ihre besondere Lage bei der Festlegung der Entgelte für die Zugangsgewährung berücksichtigt werden. Die Formel von „fairen und angemessenen Preisen“ überlässt dem nationalen Gesetzgeber einen hinreichenden Gestaltungsspielraum. Beruft sich das marktbeherrschende Unternehmen auf den Zugangsgewährleistungsanspruch, sollte ein hinreichender Gewinn der nicht-marktbeherrschenden Unternehmen möglich sein. Die Berücksichtigung des ursprünglichen Investitionsplans muss gewährleistet sein. Insofern sind als Entgeltmaßstab die in § 28 TKG niedergelegten Kriterien anzuwenden. Begehrt indes ein nicht-marktbeherrschender Netzbetreiber Zugang, gilt der strenge Kostenmaßstab des § 32 TKG und es ist nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abzurechnen. Eine andere Lösung würde zu Wertungswidersprüchen mit dem im TKG verfolgten Regelungsansatz führen. Dies soll aber ausweislich Art. 1 Abs. 4 KRL vermieden werden.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M.