

VATM-Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG)

Am 27. Januar 2016 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf des DigiNetzG verabschiedet. Verbunden mit der Bitte um Einbeziehung in die weiteren Beratungen finden Sie im Folgenden eine Kommentierung des VATM zu den aus Sicht der Telekommunikationsbranche relevanten Punkten.

Vorbemerkung

Ein möglichst schneller flächendeckender und wirtschaftlicher Ausbau moderner Breitbandnetze ist erklärtes Ziel von Politik und Wirtschaft. Zu Recht steht daher die Frage im Fokus, welche rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen geschaffen werden können, um den weiteren Ausbau moderner Hochleistungsnetze voranzubringen und effizienter zu machen. Insbesondere im Festnetzbereich ist eine Erschließung mit enormen Kosten verbunden, die bei aggregierter Betrachtung zu rund 80 % auf den Tiefbau und nur zu rund 20 % auf den Technologieeinsatz entfallen. Insofern begrüßen wir grundsätzlich den Ansatz der EU-Kommission, Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen festzuschreiben, die nun im Rahmen des DigiNetzG in deutsches Recht implementiert werden sollen.

Instrumente wie die Mitverlegung und die Mitnutzung passiver Infrastrukturen in öffentlichen Versorgungsnetzen sind zu einem Teil geeignet, um Breitbandausbaukosten zu verringern. Gleichzeitig bedeuten Mitnutzungsrechte jedoch auch einen Eingriff in die Eigentumsrechte des Infrastrukturihabers und in die Geschäftspläne von engagierten Investoren im Breitbandausbau, ohne dass diese Belastung durch eine marktbeherrschende Stellung gerechtfertigt würde. Hier muss im Zuge der Beratungen zum DigiNetzG zwingend dafür Sorge getragen werden, dass nicht bereits getätigte Infrastrukturinvestitionen entwertet werden, da sich dies als ein massives Hemmnis für den künftigen Breitbandausbau erweisen würde.

Hinweisen möchten wir auch darauf, dass die Prognose des BMVI, mit Hilfe der Regelungen im DigiNetzG bis zu 20 Milliarden Euro in den nächsten drei Jahren einsparen zu können (E. Erfüllungsaufwand), so nicht nachvollziehbar und unserer Einschätzung nach definitiv

deutlich zu hoch angesetzt ist. Bei der Berechnung wird offenbar davon ausgegangen, dass der flächendeckende Rollout von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen mit einem Gesamtinvestment in Höhe von 80 Milliarden Euro in den nächsten drei Jahren erfolgt und dass dieser Rollout zu 100 % über Mitnutzungs- oder Mitverlegungsansprüche realisiert wird. Aus unserer Sicht liegen der Ermittlung des Einsparpotenzials daher mehrere unrealistische Annahmen zugrunde. Diese sollten im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens korrigiert werden, damit öffentlich keine übersteigerten Erwartungen – zum Einen an die Auswirkungen des DigiNetzG und zum Zweiten an den Breitbandausbau in den nächsten drei Jahren – geweckt werden. Die Gefahr, dass durch unrealistische Erwartungen an die DigiNetz-Effekte andere dringend notwendige politische Maßnahmen für den Breitbandausbau ausbleiben, ist sonst zu groß.

Um das Einsparpotenzial des DigiNetzG zu identifizieren wäre eine genaue Analyse erforderlich, in welchen Fällen die Mitnutzung alternativer Infrastrukturen überhaupt zur Schließung weißer NGA-Flecken beitragen kann. Dies hängt von verschiedenen Faktoren ab, begonnen bei der Lage und Beschaffenheit der unterschiedlichen Netze bis hin zur Bodenbeschaffenheit und Bebauung, die ganz wesentlich über die Höhe der Tiefbaukosten und damit über die Wirtschaftlichkeit eines Rückgriffs auf die Mitnutzung alternativer Infrastrukturen entscheiden. Sofern Mitnutzungsansprüche sich in der Praxis hauptsächlich auf TK-Infrastrukturen richten sollten, ist eine starke Beeinträchtigung des Telekommunikationsmarktes zu befürchten, die an der Nachhaltigkeit des Gesetzes zweifeln ließe.

Für den Investitionsstandort Deutschland ist es von enormer Bedeutung, dass durch Mitnutzungsansprüche nicht der bereits erfolgte NGA-Ausbau nachträglich entwertet wird oder der anstehende Ausbau durch alternative, nicht marktbeherrschende Anbieter gestoppt wird. Vor diesem Hintergrund ist es unsere Hauptforderung, dass eine Mitnutzung passiver Infrastrukturen abgelehnt werden kann, wenn zu befürchten ist, dass es ansonsten zu einer Überlagerung bereits bestehender Hochgeschwindigkeitsnetze durch neue parallele Infrastrukturen kommt.

Im Einzelnen:

Zu Artikel 1 – Änderung des Telekommunikationsgesetzes

1. Zu § 77d TKG-E – Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze

In § 77d Abs. 1 TKG-E soll das neue Recht zur Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze verankert werden. Hier würden wir uns eine ausdrückliche Klarstellung wünschen, dass die gesetzliche Verpflichtung des DigiNetzG den heute hervorragend funktionierenden Markt auf vertraglicher Basis unberührt lässt.

In den Ziffern eins bis drei des neuen Mitnutzungsanspruches wird geregelt, welche Angaben im Antrag enthalten sein müssen. Um die notwendige Qualität einer Mitnutzung sicherzustellen und missbräuchliche Anträge möglichst auszuschließen, schlagen wir vor, folgende ergänzende Regelung in § 77d Abs. 1 TKG-E aufzunehmen:

„4. Auf entsprechende Nachfrage hat der Antragsteller dem Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze einen Nachweis über seine Sachkunde und Zuverlässigkeit als Netzbetreiber sowie über seine Solvenz zu übermitteln.“

2. Zu § 77g Abs. 2 TKG-E – Ablehnung der Mitnutzung, Versagungsgründe

In § 77 g Abs. 2 TKG-E werden Gründe aufgeführt, aufgrund derer Anträge auf Mitnutzung abgelehnt werden dürfen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Netzinfrastrukturen, zu denen Zugang begehrt wird, hierfür aus technischen Gründen nicht geeignet sind, wenn die Mitnutzung die öffentliche Sicherheit oder Gesundheit konkret gefährden würde oder wenn tragfähige Alternativen, wie etwa Vorleistungsprodukte zur Verfügung stehen.

a) Katalog der Versagensgründe in § 77g Abs. 2 TKG muss offen formuliert werden

Ein wichtiges Petitum aus unserer Sicht ist, dass die Liste der möglichen Versagensgründe in § 77 g Abs. 2 TKG-E nicht abschließend formuliert wird, sondern offen. Dies wäre auch richtlinienkonform, da Artikel 3 Abs. 3 der Kostensenkungsrichtlinie lediglich beispielhaft einige Zugangsverweigerungsgründe aufzählt und im Übrigen bestimmt, dass eine Zugangsverweigerung nur aus objektiven transparenten und verhältnismäßigen Gründen erfolgen darf. Wir halten eine offenere Formulierung vor allem vor dem Hintergrund der

bisher fehlenden Erfahrung mit Mitnutzungsanträgen für sinnvoll und wegen der erheblichen Eingriffstiefe durch Mitnutzungsansprüche andererseits für dringend erforderlich. Nicht ausgeschlossen ist es, dass im Einzelfall Umstände gegeben sind, die eine Zugangsverweigerung aus objektiven und verhältnismäßigen Kriterien erforderlich machen.

Vorschlagen möchten wir daher, in § 77g Abs. 2 TKG-E erster Halbsatz wie folgt zu ändern:

„(2) Als Gründe für die Ablehnung eines Antrags auf Mitnutzung dürfen **insbesondere** ~~nur~~ angeführt werden.“

b) Stärkere Einbeziehung alternativer Mitnutzungsmöglichkeiten

Änderungsbedarf sehen wir darüber hinaus bei § 77g Abs. 2 Nr.6 TKG-E, der derzeit noch zu einschränkend formuliert ist. Hier soll geregelt werden, dass die Mitnutzung verweigert werden kann, wenn alternative Mitnutzungsmöglichkeiten oder auch Vorleistungsprodukte zur Verfügung stehen. Dies halten wir ausdrücklich für sachgerecht und sinnvoll. Klargestellt werden sollte jedoch, dass diese Vorleistungsprodukte nicht zwingend von dem Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze angeboten werden müssen, demgegenüber die Mitnutzung beantragt wurde, sondern dass es insoweit ausreichend ist, wenn ein drittes Unternehmen ein geeignetes Vorleistungsprodukt anbietet.

Darüber hinaus halten wir die Vorgabe, dass die Vorleistungsentgelte zu fairen und angemessenen Bedingungen angeboten werden müssen für unbedingt konkretisierungsbedürftig. Um Unsicherheiten auf Seiten der Netzbetreiber und Investoren vorzubeugen sowie langwierige juristische Auseinandersetzungen zu vermeiden, sollte besser der **Begriff der „marktüblichen“ Bedingungen bzw. Preise** verwandt werden. Da bereits heute auf freiwilliger Basis ein funktionierender Markt für genau diese Vorleistungsprodukte besteht, lässt sich die Marktüblichkeit im Zweifelsfall von der Bundesnetzagentur deutlich einfacher überprüfen, als andere auslegungsbedürftige Vorgaben.

Vor diesem Hintergrund sollte § 77g Abs. 7 Nr. 6 TKG-E wie folgt geändert werden:

„6. ...die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen, soweit der Eigentümer, ~~oder~~ **der** Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes **oder ein Dritter** diese Alternativen anbietet, sie sich für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eignen und die ~~Mitnutzung-Alternative~~ **Alternative** zu ~~fairen und angemessenen~~ **marktüblichen Bedingungen** gewährt wird; ...“

c) **Künftigen Breitbandausbau nicht gefährden und bereits getätigte Breitbandinvestitionen nicht entwerten**

Im Folgenden möchten wir auf unsere wichtigste Forderung eingehen, die dem Ziel dient, die wirtschaftliche Integrität bereits getätigter Investitionen in Breitbandinfrastrukturen zu wahren und den künftigen Ausbau moderner NGA-Netze nicht zu gefährden.

Gemeinsames Ziel von Politik und Wirtschaft ist es, die Breitbandziele des Bundes zu erreichen und darüber hinaus mittel- bis langfristig FTTB-/H-Netze zur Ermöglichung einer Gigabit-Gesellschaft möglichst flächendeckend auszubauen.

Es ist sinnvoll, zu versuchen, die Kosten des Breitbandausbaus weiter zu senken, um eine Erschließung so zu beschleunigen. Grundsätzlich hält der VATM auch die in der Kostensenkungsrichtlinie und im Entwurf des DigiNetzG hierfür vorgesehenen Instrumente für geeignet. Es muss jedoch zwingend darauf geachtet werden, dass insbesondere das Recht auf Mitnutzung passiver Infrastrukturen aus § 77d TKG-E nicht dazu führt, dass der bisher erfolgte Breitbandausbau nachträglich dadurch entwertet wird, dass Konkurrenten mit lediglich geringen finanziellen Aufwand bereits bestehende zukunftsfähige Glasfasernetze im Zuge einer Mitnutzung überbauen. **Die wirtschaftliche Integrität der NGA-Netze des Erstinvestors muss unbedingt gewahrt bleiben, um nicht ungewollt einen Stopp beim weiteren eigenwirtschaftlichen Netzausbau zu bewirken.**

Dies sollte durch eine ergänzende Regelung in § 77g Abs. 2 (Versagungsgründe) umgesetzt werden. Wie oben bereits erwähnt sind hier die Gründe aufgeführt, aus denen eine Mitnutzung verweigert werden kann. In Ziffer 4 wird in Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 d) der Kostensenkungsrichtlinie geregelt, dass dies auch der Fall ist, wenn die Integrität oder die Sicherheit bereits bestehender Netze konkret gefährdet ist. In einer neuen Ziffer sollte ausdrücklich festgeschrieben werden, dass auch die wirtschaftliche Integrität bestehender Netze nicht soweit beeinträchtigt werden darf, dass der Betrieb für den Erstinvestor nicht mehr rentabel ist. **Insofern sollte das Mitnutzungsrecht faktisch auf das Ziel der Schließung weißer NGA-Flecken beschränkt werden.** Dass es sich hierbei um das eigentliche Ziel der umzusetzenden Richtlinie handelt, ergibt sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie und der Bezugnahme auf die Digitale Agenda.

Konkret schlagen wir daher eine Änderung von § 77 g Abs. 2 Nr. 7 vor:

„7. ...der Überbau von bestehenden **NGA- oder sonstigen** Glasfasernetzen.–~~die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen.~~“

3. Zu § 77n TKG-E – Fristen, Entgeltmaßstäbe und Regulierungsziele der nationalen Streitbeilegung

In § 77n TKG-E sollen Regeln für Streitbeilegungsverfahren durch die BNetzA festgeschrieben werden. Gemäß § 77n Abs. 2 TKG-E hat die BNetzA Mitnutzungsentgelte im Rahmen der Streitbeilegung fair und angemessen zu bestimmen. Hier halten wir es für erforderlich, dass der Gesetzgeber die Maßstäbe für die Festlegung der Entgelte genauer vorgibt, so dass anerkannte betriebswirtschaftliche Erwägungen abgebildet werden können. Anderenfalls wird die Planungsunsicherheit zu einem Investitionshindernis werden und es ist mit unnötigen Streitigkeiten und Verfahren zu rechnen.

Positiv bewerten wir, dass gem. § 77n Abs. 3 TKG-E die besonderen Folgen der Mitnutzungsansprüche von Telekommunikationsnetzen für Telekommunikationsnetzbetreiber und für die Ziele der asymmetrischen Regulierung sowie für das Anreizsystem für Investitionen in den Breitbandausbau Berücksichtigung finden. Entsprechend müssen für marktmächtige Unternehmen andere Maßstäbe greifen als für Unternehmen ohne solche Marktmacht. Auch hier bitten wir jedoch um genauere Vorgaben zur Art und Weise der Berücksichtigung.

Klargestellt werden sollte in § 77n Abs. 3 TKG-E darüber hinaus, dass die Regelung ebenfalls Anwendung findet, wenn die BNetzA als Streitschlichtungsstelle in Folge einer Zugangsverweigerung nach § 77g Abs.2 TKG-E tätig wird.

Weiterhin muss gewährleistet werden, dass auch die wirtschaftlichen Auswirkungen auf Vertragspartner Berücksichtigung finden, sofern durch Mitnutzungsansprüche in bestehende Verträge zwischen Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze, Telekommunikationsdiensteanbietern und Telekommunikationsnetzbetreibern eingegriffen wird. Denn Telekommunikationsanbieter können auch dadurch betroffen sein, dass Zugangsansprüche ihre Rechte aus Verträgen, etwa Netznutzungsverträgen oder Kooperationsverträgen, entwerten. Die Auswirkung auf bestehende langfristige und umfangreiche Verträge sind bisher nicht betrachtet worden; hier kann die Gefahr von Vertragsbeendigungen zu hoher Unsicherheit bei den Investoren führen.

Berlin, den 15. März 2016