

# Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

13.8.2018

Herrn  
Dr. Peter Letixerant  
Leiter Referat DG 13  
Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur

Bearbeitet von Stefan Birkenbusch (Buglas),  
Ulrike Lepper (VKU) und Dr. Klaus Ritgen  
(DLT)

Nur per E-Mail an: [Ref-DG13@bmvi.bund.de](mailto:Ref-DG13@bmvi.bund.de)

Telefon (0 30) 59 00 97 - 321  
Telefax (0 30) 59 00 97 - 400

E-Mail: [Klaus.Ritgen@Landkreistag.de](mailto:Klaus.Ritgen@Landkreistag.de)

Sehr geehrter Herr Dr. Letixerant,

die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, der Bundesverband Glasfaseranschluss (BUGLAS) und der Verband der kommunalen Unternehmen (VKU) bedanken sich für die Übersendung des Entwurfs eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Das Ziel des Referentenentwurfs wird von den Verbänden ausdrücklich begrüßt. Die vorgesehene Ergänzung von § 77i Abs. 3 TKG wird nach unserer gemeinsamen Einschätzung dazu beitragen, ein derzeit bestehendes Hemmnis für den Glasfaserausbau zu beseitigen, das durch einen drohenden Überbau dieser Netze im Rahmen von Koordinierungsansprüchen hervorgerufen wird.

Der mit dem Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) eingeführte § 77i Abs. 3 TKG legt den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Verpflichtung auf, im Rahmen von aus öffentlichen Mitteln (teil-)finanzierten Bauarbeiten die Verlegung von Breitbandinfrastrukturen durch Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu ermöglichen. Da Telekommunikationsnetze ihrerseits öffentliche Versorgungsnetze im Sinne dieser Vorschrift sind, sehen sich vielfach auch Telekommunikationsunternehmen bzw. Kommunen, die in einem bislang nicht

ausreichend versorgten Gebiet – häufig auch unter Einsatz von Fördermitteln aus den Breitbandförderprogrammen des Bundes und der Länder – als erstes ein Glasfasernetz errichten, Mitverlegungsansprüchen konkurrierender Telekommunikationsnetzbetreibern gegenüber. Wie der Referentenentwurf zu Recht ausführt, kann ein solcher Überbau dazu führen, dass sich das Geschäftsmodell des Erstverlegenden nicht mehr rechnet. Schon die Befürchtung, dass es zu einem solchen Überbau kommen könnte, hemmt daher die Investitionsbereitschaft ausbauender Unternehmen und hält – da die wirtschaftlichen Risiken nicht überschaut werden können und die Realisierung gefährdet sein kann – auch Kommunen davon ab, entsprechende Förderprojekte durchzuführen.

Die Regelung des § 77i Abs. 3 TKG in ihrer jetzigen Fassung stellt also ein erhebliches Hemmnis für das von der Bundesregierung verfolgte Ziel der Errichtung flächendeckender Glasfasernetze dar.

**Nachfolgend erlauben wir uns folgende Hinweise:**

### **I. Einführung einer Unzumutbarkeitsklausel**

Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass § 77i Abs. 3 TKG um eine Unzumutbarkeitsregel ergänzt werden soll, wonach Anträge auf Koordinierung von Bauarbeiten bzw. auf Mitverlegung insbesondere dann nicht stattgegeben werden muss, „soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde“. Die geplante Neuregelung stellt die richtigen Weichen für den von der Bundesregierung als Ziel ausgegebenen Netzinfrastrukturwechsel auf Glasfaser. Der hohe Investitionsaufwand eines FttB/H-Netzes lässt sich nur bei entsprechender Auslastung des Netzes refinanzieren. Dies kann sowohl über die direkte Versorgung der Endkunden oder über die Versorgung durch einen Dritten erfolgen, der über ein Open-Access-Angebot Vorleistungen in Anspruch nimmt. Daher ist die im Entwurf vorgeschlagene Regelung zielführend und ausgewogen, da ein schädlicher Überbau unterbleibt, gleichzeitig aber durch das Open-Access-Kriterium ein effektiver und effizienter Wettbewerb sichergestellt wird, von dem sowohl der Eigentümer der Infrastruktur durch eine bessere Netzauslastung als auch der Vorleistungsnachfrager durch ein hochwertiges Zugangsangebot und vor allem die Endnutzer durch vielfältige und attraktive Produkte und Konditionen profitieren.

Zudem begrüßen wir, dass die Neuregelung zum jetzigen Zeitpunkt erfolgen soll und nicht bis zu einer umfangreichen Überarbeitung des TKG wie bspw. der Umsetzung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation in voraussichtlich mehr als zwei Jahren aufgeschoben wird. Angesichts des wachsenden Bedarfs an Glasfasernetzen und den entsprechenden Zielen der Politik ginge dem dringend notwendigen Glasfaserausbau wertvolle Zeit verloren. Ein Aufschub darf daher nicht in Erwägung gezogen werden.

#### *1. Überarbeitung im Einklang mit der Kostensenkungsrichtlinie*

Das primäre Ziel der Richtlinie 2014/61/EU vom 15. Mai 2014, deren Art. 5 Abs. 2 der Regelung in § 77i TKG zugrunde liegt, besteht in der Schaffung von Anreizen für einen beschleunigten Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie) – in Übereinstimmung mit den gegenwärtigen Konnektivitätszielen der Europäischen Kommission. Die bestehende Regelung des § 77i TKG trägt jedoch nicht zu Anreizen für einen beschleunigten Ausbau bei, sondern erreicht vielmehr das Gegenteil, indem ein Glasfaserausbau gehemmt wird. Aufgrund dessen ist eine inhaltliche Konkretisierung von Art. 5 Abs. 2

Satz 1 RL 2014/61/EU durch den nationalen Gesetzgeber nicht nur zulässig, sondern mit Blick auf den Sinn und Zweck sowie den Effektivitätsgrundsatz (effet utile) auch geboten, um eine richtlinienkonforme Regelung zu erreichen. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie (vgl. auch Erwägungsgrund 11) lässt detailliertere Bestimmungen und Bedingungen sowie zusätzliche Maßnahmen durch die Mitgliedsstaaten ausdrücklich zu, um die Ziele der Richtlinie besser zu erreichen.

2. *Auch „teilweiser“ Überbau zur Vermeidung von Rosinenpicken*

Im Wortlaut der vorgesehenen Regelung sollte nach unserer Auffassung allerdings ergänzt werden, dass ein teilweiser Überbau bereits dafür ausreichend wäre, einen entsprechenden Koordinierungsantrag abzulehnen. Ansonsten dürfte es in der Praxis zu Streitfällen kommen, in denen ein Koordinierungspetent behaupten kann, dass das geplante Glasfasernetz nicht vollständig überbaut würde und somit die Tatbestandsvoraussetzungen der Regelung nicht gegeben sind. Der bisherige Wortlaut „soweit [...] überbaut würde“ trägt nicht hinreichend zur Streitvermeidung bei, sondern lädt vielmehr zu einer streitigen Klärung der Reichweite der Ausnahmeregelung ein. Dadurch könnten vor allem Fälle eines „Rosinenpickens“ begünstigt werden, in denen ein Überbau für besonders lukrative Teile eines geplanten Gesamtnetzes begehrt wird. Dies kann nach unserem Verständnis der Ziele des DigiNetzG für einen möglichst flächendeckenden Breitbandausbau nicht intendiert sein. Daher schlagen wir vor, die vorgesehene Regelung am Ende des neuen § 77i Abs. 3 Satz 3 TKG wie folgt zu ergänzen:

„[...] ganz oder teilweise überbaut würde.“

3. *Layer 2-Bitstromzugang als Beispiel für offenen Netzzugang*

Weiter wird auf Seite 8 der Begründung des Entwurfs auf das Erfordernis eines offenen Netzzugangs Bezug genommen. Hierzu eignet sich aus unserer Sicht insbesondere der Layer 2-Bitstromzugang, der schon vor einigen Jahren im NGA-Forum branchenweit spezifiziert wurde. Der Layer 2-Bitstromzugang ermöglicht es Zugangsnachfragern, hochwertige eigene Angebote auf der Infrastruktur anzubieten. Um Unsicherheiten zu beseitigen und spätere Konflikte zu vermeiden, möchten wir anregen, den Layer 2-Bitstromzugang als Beispiel für einen offenen Netzzugang in die Begründung aufzunehmen.

## **II. Begriffsdefinition „Öffentliche Mittel“**

1. *Zustimmung zum vorzeitigen Maßnahmenbeginn*

Der Anspruch auf Koordinierung der Bauarbeiten bzw. auf Mitverlegung besteht nach § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG nur, wenn es sich um ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten handelt. Eine solche öffentliche Finanzierung liegt fraglos vor, wenn der Netzausbau durch Fördermittel des Bundes oder der Länder (teil-)finanziert wird. Ausweislich der dem Entwurf beigegebenen Begründung soll in diesem Fall der Überbauschutz (erst) ab dem Moment bestehen, in dem für den Bau des Netzes ein Zuwendungsbescheid bekanntgegeben wurde. Das ist insoweit nachvollziehbar, als der Zuwendungsempfänger aufgrund des Verbots des vorzeitigen Maßnahmenbeginns in der Regel erst tätig werden darf, wenn der Zuwendungsbescheid vorliegt. Allerdings ist in der Zuwendungspraxis auch das Institut der Zustimmung zum vorzeitigen Maßnahmenbeginn allgemein akzeptiert. In der Begründung sollte daher klargestellt werden, dass es auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem der Beginn der geförderten Maßnahme zulässig ist.

2. *Kein richtlinienwidriger Automatismus bei „öffentlich finanzierten Bauarbeiten“*

Wir bitten des Weiteren darum, im Gesetzestext ausdrücklich klarzustellen, dass mit der Formulierung „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten“ in § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG nur dann ein Anspruch auf Koordinierung von Bauarbeiten bzw. auf Mitverlegung eingeräumt werden soll, wenn die zur Finanzierung der Bauarbeiten verwendeten Mittel unmittelbar aus einem öffentlichen Haushalt stammen. Anlass für eine solche Klarstellung bildet insbesondere die Entscheidung der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur vom 20.4.2018 (Az. BK 11-17/020), wonach Mittel auch schon dann „öffentlich“ im Sinne der genannten Vorschrift sind, wenn sie von einem öffentlichen Unternehmen – etwa einem Stadtwerk – für einen öffentlichen Zweck – wozu nach dem Dafürhalten der Beschlusskammer auch die Erschließung eines Neubaugebiets gehört – eingesetzt werden. Ein solches sehr weitgehendes Verständnis des Begriffs „öffentliche Mittel“ benachteiligt eigenwirtschaftlich tätige öffentliche Unternehmen ohne rechtfertigenden Grund im Wettbewerb mit privaten Anbietern.

Die Entwurfsbegründung knüpft – in distanzierender Weise – an diese Beschlusspraxis an, wenn dort auf Seite 7 ausgeführt wird, dass der bestehende Gesetzestext so ausgelegt werden *könnte*, dass eine öffentliche Finanzierung dann vorliegt, wenn die öffentliche Hand an der juristischen Person des ausbauenden Unternehmens beteiligt ist und/oder die Bauarbeiten der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dienen. Da eine solche Auslegung nach unserer Überzeugung aber gerade nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, sollte zum Schutz der Rechts- und Planungssicherheit ausbauender Unternehmen und im Sinne einer deutlichen Absage an einen solchen investitionshemmenden Automatismus eine Klarstellung im Wortlaut der Regelung und nicht lediglich in der Begründung erfolgen. Eine Gesetzesauslegung, die am Wortlaut der Norm beginnen muss, könnte andernfalls die Begründung des Gesetzesentwurfs ignorieren oder die Frage aufwerfen, warum sich der Gesetzgeber im Bewusstsein dieser missverständlichen Auslegungsmöglichkeit nicht um eine Klarstellung im Regelungstext bemüht hat. Wir möchten daher eine Klarstellung dahingehend anregen, dass für die Frage des Einsatzes öffentlicher Mittel alleine auf die unmittelbare Finanzierung konkreter Bauarbeiten aus Haushaltsmitteln bspw. durch Fördergelder abzustellen ist, nicht aber auf etwaige Beteiligungen der öffentlichen Hand am ausbauenden Unternehmen. Dies entspricht auch der Intention der Kostensenkungsrichtlinie, die in Erwägungsgrund 24 einen unmittelbaren Zusammenhang herstellt zur Finanzierung von Bauarbeiten durch öffentliche Mittel („Werden Bauarbeiten nicht durch öffentliche Mittel finanziert [...]“).

In § 77i Abs. 3 Satz 1 könnte sich zur Klarstellung der unmittelbaren Finanzierung der Bauarbeiten durch öffentliche Gelder eine Umstellung des Satzes empfehlen sowie die Einfügung des Wortes „unmittelbar“:

*„Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die direkt oder indirekt Bauarbeiten ausführen, die ganz oder teilweise unmittelbar aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, haben [...]“*

In der englischen sowie der französischen Sprachfassung des Art. 5 Abs. 2 der Kostensenkungsrichtlinie ist die Satzstellung zum oben gemachten Vorschlag eines doppelten Relativsatzes vergleichbar. Damit werden bereits durch den Satzbau die „Bauarbeiten“ in den Vordergrund gestellt, auf welche sich die Finanzierung bezieht. In der deutschen Sprachfassung der Kostensenkungsrichtlinie erfolgt dagegen zuerst die Nennung der öffentlichen Mittel, was in der Spruchpraxis der BNetzA dazu geführt hat, dass das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Mittel bereits dann bejaht wurde, wenn ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen tätig wird, an dem eine juristische Person des öffentlichen Rechts mehrheitlich

beteiligt ist (BK11-17/020, S. 42 ff.). Der konkrete Bezugspunkt, d.h. die konkret durchgeführten Bauarbeiten und deren Finanzierung wird hierdurch verlassen und das Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Mittel“ richtlinienwidrig mit der Tätigkeit von „öffentlichen Unternehmen“ gleichgesetzt.

3. *Missverständliche Entwurfsbegründung zu Anliegerbeiträgen*

Auf Seite 8 der Begründung des Entwurfs wird ausgeführt, dass im Falle einer Finanzierung des Netzausbaus bspw. durch Anliegerbeiträge keine öffentliche Förderung vorliege, weshalb der Ausbau des Netzes an dieser Stelle nicht durch die Unzumutbarkeitsregelung geschützt sei.

Die durch die doppelte Verneinung schwer verständliche Formulierung könnte zu dem Missverständnis führen, dass in einem solchen Falle ein Anspruch auf Koordinierung bestünde, was jedoch nicht der Fall ist, da bereits keine (teilweise) Finanzierung aus öffentlichen Mitteln vorliegt. Auf die Unzumutbarkeitsregelung kommt es daher in diesem Fall nicht mehr an. Eine entsprechende Klarstellung in der Begründung wäre bereits dann gegeben, wenn der durch „und“ eingeleitete Zusatz gestrichen würde. Nach unserem Verständnis des Gewollten, würde der Satz somit lauten:

*„Werden die entsprechenden Strecken allerdings nicht durch Fördermittel, sondern auf anderem Wege (beispielsweise mittels Anliegerbeiträge) finanziert, liegt keine öffentliche Förderung vor.“*

**III. Mitverlegung durch die Kommune gem. § 77i Abs. 7 TKG**

Schließlich regen wir eine weitere rechtliche Klarstellungen an: Im Gesetz sollte ebenfalls klargestellt werden, dass im Falle der Mitverlegung durch die Kommune (§ 77i Abs. 7 TKG), zwischen Einbau von Leerrohren (Kommune) und dem Verbringen von Glasfaserkabel (Telekommunikationsanbieter) unterschieden werden kann. Die Verlegung von Leerrohren ist im kommunalen Kontext das Mittel der Wahl und lässt insbesondere dem Telekommunikationsanbieter das Wahlrecht einer bevorzugten Kabelausstattung nach Materialkonzept. Technologische Weiterentwicklungen könnten so ohne verlorene Kosten umgesetzt werden.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung



Dr. Uda Bastians  
Beigeordnete  
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge  
Beigeordneter  
des Deutschen Landkreistages



Uwe Zimmermann  
Stellvertretender Hauptgeschäftsführer  
Beigeordneter  
des Deutschen Städte- und Gemeindebund



Wolfgang Heer  
Geschäftsführer  
BUGLAS



Thomas Abel  
Geschäftsführer Wasser/Abwasser  
und Telekommunikation  
Verband kommunaler Unternehmen