

**Stellungnahme des Bundesverbands Breitbandkommunikation e. V.
(BREKO) zum „Diskussionsentwurf“ zur Modernisierung des TK-Rechts
(TKMoG) von BMWi und BMVI vom 06.11.2020**

Gliederung:

- I. Einleitung**
- II. Ziele und Grundsätze der Regulierung (§ 2 TKMoG-E)**
- III. Begriffsbestimmungen (§ 3 TKMoG-E)**
 1. Netz mit sehr hoher Kapazität (Nr. 30)
 2. Legaldefinition der Finanzierung aus “öffentlichen Mitteln” erforderlich
- IV. Marktregulierung (§§ 8 – 17 TKMoG-E)**
 1. Einleitung
 2. Verpflichtungszusagen (§§ 16, 17 TKMoG-E)
 - a. Rechtsfolgen für Ko-Investitionen und kommerzielle Vereinbarungen
 - aa. Rechtsfolgen der Verpflichtungszusage bei Ko-Investitions-angeboten
 - bb. Rechtsfolgen der Verpflichtungszusage bei sonstigen kommerziellen Vereinbarungen
 - b. Anforderungen an eine Verpflichtungszusage für Ko-Investitionsangebot nach § 16 Abs. 3 TKMoG-E
 3. Entgeltregulierung
- V. Symmetrische Regulierung (§ 20 TKMoG-E)**
 1. Einleitung
 2. Anspruchsvoraussetzungen
 - a. Fehlende Replizierbarkeit
 - b. Einschränkungen der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer
 - c. Vorrang des Gebäudezugangs nach § 142 Abs. 2 TKMoG-E
 3. Ausnahmen
 - a. Wholesale-Only-Anbieter
 - b. Gefährdung der wirtschaftlichen oder finanziellen Tragfähigkeit des Aufbaus neuer Netze
 - c. Open Access
 4. Rechtsfolgen

VI. Kupfer-Glas-Migration (§ 32 TKMoG-E)

1. Einleitung
2. § 32 TKMoG-E – unzureichende Umsetzung von Art. 81 EECC/Ermessensspielraum der BNetzA
3. Aufgaben- und Kompetenznorm BNetzA / Verfahren
4. Deregulierung des Kupfernetzes in Glasfaserausbaugebieten alternativer Betreiber
5. Sicherung der Entgeltstabilität für kupferbasierte Vorleistungsprodukte

VII. Informationen über Breitbandausbau und Ausbauplanung (§§ 75 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung
2. Bestandsausbau
 - a) Informationen über Infrastrukturen (§ 76 TKMoG-E)
 - b) Informationen zum Breitbandausbau (§ 77 TKMoG-E)
3. Ausbauplanung
4. Gebiete mit Ausbaufiziten (Mapping, § 81 TKMoG-E)

VIII. Frequenzregulierung - Obligatorische Auferlegung von Dienste- und MVNO-Verpflichtungen (§ 84 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung: Notwendigkeit einer Diensteanbieterverpflichtung
2. Umsetzung
 - a) Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung
 - b) Kein Vorrang der Marktregulierung
3. Neufassung der Begründung zu § 102 TKMoG-E

IX. Öffentliches Wegerecht (§§ 119-126 TKMoG-E)

1. Einleitung
2. Antragsfristen
3. Bündelung von Genehmigungen
4. Digitale Antragstellung
5. Mitnutzung und gemeinsame Unterbringung von Einrichtungen
6. Alternative Verlegeverfahren
7. Kostentragungsregelungen bei gebotenen Änderungen einer TK-Linie oder späteren besonderen Anlagen (§§ 127, 130 TKMoG-E)

X. Mitnutzung, Mitverlegung und Nutzung von Grundstücken (§§ 133 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung
2. Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze (§§ 133 ff. TKG-E)

3. Koordinierung von Bauarbeiten (§§ 139 ff. TKG-E)
4. Gebäudenetze (§142 TKMoG-E): Vorrang der leistungsstärkeren Technologie
5. Duldungsverpflichtung des Grundstückseigentümers (§ 131 TKMoG-E)
6. Zugangsanspruch zu geförderten Komponenten (§ 152 Abs. 1- 2 TKMoG-E)

XI. Universaldienst – Recht auf schnelles Internet (§§ 153 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung
2. Universaldienst als “Ultima Ratio”
 - a) Gemeinschaftskonforme Umsetzung (Art. 86 EECC)
 - b) Änderungsbedarf zur Subsidiarität des Universaldienstes
3. Versorgungsniveau - Verfügbarkeit der Telekommunikationsdienste (§ 154 TKMoG-E)
4. Erschwinglichkeit des Universaldienstes (§ 155 TKMoG-E)
5. Feststellung der Unterversorgung (§ 157 TKMoG-E)
6. Verpflichtung zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten (§ 158 TKMoG-E)
7. Finanzierung (§ 159 – 160 TKMoG-E)
 - a. Finanzierungsverfahren - Umsetzung von Art. 90 EECC
 - b. Beteiligung an der Umlagefinanzierung

XII. Technische Regulierung

1. Netzabschlusspunkt (§ 70 TKMoG-E - Anschluss von Telekommunikationsendeinrichtungen)
2. Nofallversorgung (ehem. PTSG) (§§ 181 ff. TKMoG-E)
3. Manuelles Auskunftsverfahren (§ 171 TKMoG-E)

XIII. Bundesnetzagentur

1. Beschlusskammerverfahren - Öffentlich mündliche Verhandlung (§ 212 TKMoG-E)
2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 213 TKMoG-E)

XIV. Änderung der BetriebskostenVO / “Umlagefähigkeit 2.0“

I. Einleitung

Die anstehende Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG), die mit der Veröffentlichung eines „Diskussionsentwurfs“ von BMWi und BMVI 23 Monate nach Inkrafttreten des Europäischen TK-Kodex (EECC) eingeleitet wird, stellt die regulatorischen Weichen für den Übergang von der Kupfer- in die Glasfaserwelt. Geht man davon aus, dass erfahrungsgemäß zwischen den größeren Revisionen des TKG ein Zeitraum von sieben bis acht Jahren vergeht, so werden der Ausbau von Glasfasernetzen und die Migration von Kupfer auf Glasfaser bis zur nächsten umfassenden Revision des TKG zumindest sehr weit fortgeschritten sein. Es ist daher wichtig, dass die TKG-Novellierung den richtigen Rahmen für Investitionen in Glasfasernetze und die Migration von Kupfer auf Glasfaser setzt. Dazu muss das neue TKG einerseits eine ausreichende Rechts- und Planungssicherheit vermitteln und andererseits eine Regulierungssystematik etablieren, die flexible regulatorische Reaktionen auf die Marktentwicklung ermöglicht.

Der im Zuge der TKG-Novellierung umzusetzende europäische TK-Kodex (EECC) eröffnet hier bereits ein entsprechendes Instrumentarium, das es präzise in nationales Recht zu übertragen und mit Blick auf die Besonderheiten des deutschen Telekommunikationsmarktes auszufüllen gilt. Die Umsetzung des EECC allein reicht allerdings nicht aus, um ein investitions- und planungsfreundliches regulatorisches Umfeld zu schaffen. Vielmehr bedarf es ergänzender Regelungen, insbesondere zur Gestaltung der Kupfer-Glas-Migration, zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, zur Modernisierung der Betriebskosten-Verordnung, zur Umsetzung des Universaldienstes und des damit einhergehenden „Rechts auf schnelles Internet“ und bei der Nutzung bestehender Gebäudeverkabelungen.

Gerne nehmen wir zu dem „Diskussionsentwurf“ Stellung, nicht ohne allerdings die für ein derart umfassendes Gesetzesvorhaben äußerst unzureichende Stellungnahmefrist zu rügen. Zudem sind noch wichtige Themenbereiche zwischen den Ministerien zu erörtern bzw. an die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH anzupassen. Diese Bereiche entziehen sich einer abschließenden Beurteilung. Wir gehen daher davon aus, dass zu einem ressortabgestimmten Referentenentwurf bzw. dann auch zum Kabinettsentwurf noch einmal mit ausreichender Frist Stellung genommen werden kann.

Für die Mitgliedsunternehmen des BREKO sind vor allem die folgenden Punkte von erheblicher Bedeutung:

1. Einführung einer **neuen Regulierungssystematik für echte Glasfasernetze (FTTB/FTTH)**, die wesentlich durch die Möglichkeit marktbeherrschender Unternehmen gekennzeichnet ist, durch **umfassende und marktakzeptierte Open-Access-Angebote (Verpflichtungszusagen) weitergehende Regulierungsaufgaben zu vermeiden.**
2. Beibehaltung der **bisherigen Regulierungsintensität** und langfristige Stabilität für das **Kupfernetz.**
3. Beschreibung eines Verfahrens, in dem die BNetzA zeitnah und im Einvernehmen mit der Branche ein **umfassendes Konzept für die Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze** festlegt (Migrationsbedingungen, Fristen, Vorleistungen etc.). Dieses Konzept betrifft nicht nur den in § 32 TKMoG abgebildeten Fall einer Migration in Glasfaserausbaugebieten der Telekom, sondern auch das Migrationsszenario in Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber. Im Ergebnis müssen mit Blick auf den Fortbestand oder Nicht-Fortbestand des Kupfernetzes **gleiche Spielregeln für alle Glasfaserausbaugebiete** gelten. Das Konzept muss auch Maßnahmen zur **Stabilität der Kupfer-Vorleistungspreise** während der Migrationsphase enthalten.
4. Bei der Umsetzung der **symmetrischen Regulierung ist Zurückhaltung geboten**, um nach der Einführung symmetrischer Zugangsansprüche durch das „DigiNetz-Gesetz“ weitere negative Investitionsanreize zu vermeiden. Die Anspruchsvoraussetzungen – insbesondere die Anforderungen an den Nachweis einer fehlenden Replizierbarkeit – sollten daher eng gefasst werden.
5. Bei der Koordinierung von Bauarbeiten sollte im Sinne eines möglichst flächendeckenden Glasfaserausbaus im Gesetz klargestellt werden, dass **Baumaßnahmen kommunaler Unternehmen grundsätzlich nicht** als aus „**öffentlichen Mitteln**“ finanzierte Baumaßnahmen anzusehen sind. Die öffentliche Finanzierung einer Baumaßnahme sollte nur angenommen werden, wenn die Finanzierung der Baumaßnahme direkt aus öffentlichen Haushalten bereitgestellt wird.
6. Bei der Nutzung der **Gebäudeinfrastruktur** sollte der **Vorrang der besseren Technologie als Grundsatz** in das neue TKG aufgenommen werden, wenn die bessere Technologie einen Vorleistungszugang anbietet. Ein befristeter Bestandsschutz kann insbesondere gewährt werden, soweit Investitionen infolge

von regulatorischen Ausbauzusagen oder mit Hilfe einer Förderung vorgenommen worden sind.

7. Bei der Einführung eines „**Rechtsanspruchs auf schnelles Internet**“ im Zuge des Universaldienstes sind die Vorgaben des EECC präzise umzusetzen. Gemäß Art. 86 EECC ist der **Universaldienst die „Ultima Ratio“**, wenn alle anderen Maßnahmen zur Behebung einer Unterversorgung – einschließlich der Durchführung eines Förderverfahrens - erfolglos geblieben sind. Diese Abstufung mit einem Universaldienst als „Ultima Ratio“ ist bei der Umsetzung in §§ 153ff. TK-MoG-E bisher **nicht gemeinschaftskonform berücksichtigt** worden.
8. Im Rahmen der **Frequenzregulierung** ist eine klare Rechtsgrundlage für die Auferlegung einer **Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung** als obligatorische Nebenbestimmungen zur Frequenzzuteilung zu schaffen. Bei den bisherigen Zuteilungen von 5G-Frequenzen an die Mobilfunknetzbetreiber hat die BNetzA keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Auferlegung der zur Wettbewerbssicherung zwingend erforderlichen Verpflichtungen gesehen. Auch die Regelungen in § 96 Abs. 2 und § 102 Abs. 2 Nr. 1 TKMoG-E sind diesbezüglich nicht ausreichend.
9. Die **Bündelung der erforderlichen Genehmigungen** bei einer zentralen Stelle („**One-Stop-Shop**“) und die weitere Strukturierung des Genehmigungsverfahrens durch die Aufnahme weiterer Fristen verbessern die Effizienz und Planbarkeit von Genehmigungsverfahren. Dies ist ein **ganz erheblicher Faktor für einen beschleunigten Glasfaserausbau**. Allerdings werden diese Maßnahmen nur greifen, wenn die hierzu notwendigen **finanziellen, personellen und technischen Ressourcen** für die Kreise und kreisfreien Städte, auf deren Ebene die zentrale Koordinierungsstelle angesiedelt werden sollte, zur Verfügung gestellt werden und die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen in der Praxis auch umgesetzt werden.
10. Die **Betriebskosten-Verordnung (BetrKV)** sollte dergestalt überarbeitet und modernisiert werden, dass Investitionsanreize für den Glasfaserausbau geschaffen werden und gleichzeitig mehr Wettbewerb eröffnet wird. Dies bedeutet, dass künftig nur noch solche Unternehmen ein Sammelinkasso mit der Wohnungswirtschaft vereinbaren können, die **Investitionen in die Glasfaseranbindung des Gebäudes oder eine Glasfaserverkabelung im Gebäude** vornehmen und gleichzeitig einen **offenen Zugang für andere Diensteanbieter** gewähren.

Zu den **Kundenschutzthemen** im 3. Teil des TK-ModG-E verweisen wir auf die **gemeinsame Stellungnahme** der Verbände, ANGA, Bitkom, BREKO, Buglas, eco, VATM und VKU.

II. Ziele und Grundsätze der Regulierung (§ 2 TKMoG-E)

Der BREKO begrüßt die Erweiterung des Zielekatalogs in § 2 TKG um das Ziel durchgehender Konnektivität sowie die ausdrückliche Betonung der Gleichrangigkeit der Regulierungsziele in der Gesetzesbegründung zu § 2 TKMoG-E (S.238). Die Sicherstellung der Konnektivität darf und muss nicht auf Kosten des Wettbewerbs gehen, zumal ausweislich der Erläuterung des Konnektivitätsziels in Erwägungsgrund 23 EECC "fairer und wirksamer Wettbewerb" Teil des Konnektivitätsziels ist. Wettbewerb ist auch zukünftig der maßgebliche Treiber für die Konnektivität. Der gesetzgeberische Hinweis, dass durch die Aufnahme des Konnektivitätsziels eine Priorisierungsverschiebung nicht beabsichtigt ist, wird der Bedeutung des Wettbewerbs gerecht.

III. Begriffsbestimmungen (§ 3 TKMoG-E)

1. Netz mit sehr hoher Kapazität (Nr. 30)

Zentraler Anknüpfungspunkt für eine Reihe wichtiger Vorschriften im TKMoG-E, allen voran der Marktregulierung, ist der Begriff des "*Netzes mit sehr hoher Kapazität*" ("Very-High-Capacity-Network" oder "VHC-Netz")

§ 3 Nr. 30 TKMoG-E definiert in enger Anlehnung an § 2 Ziffer 2 EECC ein "Netz mit besonders hoher Kapazität" als

"ein Telekommunikationsnetz mit sehr hoher Kapazität ist entweder ein elektronisches Kommunikationsnetz, das komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilpunkt am Ort der Nutzung besteht oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankungen bieten kann"

Die Definition führt im Ergebnis dazu, dass für Festnetze FTTB in jedem Fall den Maßstab für die VHC-Definition bilden.

Dieses Verständnis wird auch durch Erwägungsgrund 13 gestützt, in dem es heißt:

„Netze mit sehr hoher Kapazität werden in Zukunft Leistungsparameter erfordern, die jenen eines Netzes entsprechen, das zumindest bis zum Verteilpunkt am Ort der Nutzung aus Glasfaserkomponenten besteht. Bei Festnetzanschlüssen entspricht dies einer Netzleistung, die **eine Verlegung von Glasfaser bis zu einem Mehrfamilienhaus** als Ort der Nutzung bieten kann.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Die Bezugnahme auf Glasfaser bis zum Mehrfamilienhaus als Ort der Nutzung wird auch in der Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 30 TKMoG-E (S. 245) aufgegriffen.

In den seinen Leitlinien zu VHC-Netzen vom 01.10.2020¹ hat das europäische Regulierergremium BEREC sieben Qualitätsparameter definiert, die erfüllt sein müssen, damit Festnetze eine mit FTTB-Netzen vergleichbare Qualität aufweisen und als VHC-Netze eingestuft können. Auch wenn die Subsumtion dieser Kriterien den nationalen Regulierungsbehörden überlassen bleibt, ist nach dem Kriterienkatalog klar, dass FTTC-Netze nicht (auch nicht im Upgrade mit Vectoring- oder Super-Vectoring-Technik) als VHC-Netze angesehen werden können.

2. Legaldefinition der Finanzierung aus “öffentlichen Mitteln” erforderlich

Der BREKO regt dringend die Aufnahme einer Legaldefinition betreffend die Finanzierung aus “*öffentlichen Mitteln*” in den Definitionskatalog des § 3 TKMoG-E an. Dabei ist klarzustellen, dass es sich bei “*öffentlichen Mitteln*” ausschließlich um solche Mittel handelt, die **direkt aus öffentlichen Haushalten bereitgestellt** werden. Die Bezugnahme auf eine Finanzierung aus “öffentlichen Mitteln” findet sich an mehreren Stellen des TKMoG-E (§20 Abs. 2, § 140 Abs. 3, § 143 Abs. 2)

Überragend wichtig ist sie aber bei der Bestimmung der “*aus öffentlichen Mitteln finanzierten Baumaßnahme*”, bei der nach § 140 TKMoG-E im Grundsatz eine Mitverlegung beansprucht werden kann. Hier ist eine Eingrenzung durch eine entsprechende Legaldefinition dringend geboten, um Ausbauprojekte kommunaler Unternehmen nicht zu diskriminieren. Zur Begründung verweisen wir auf unseren ausführlichen Vortrag unter dem Punkte “Koordinierung von Bauarbeiten”.

¹ BEREC BoR 20(165)

IV. Marktregulierung (§§ 8 – 17 TKMoG-E)

1. Einleitung

Während die Regelungen zur Marktregulierung in allen Fassungen des TKG seit der Liberalisierung 1998 die Öffnung des Festnetzmonopols der Telekom und die Förderung und Sicherung des Wettbewerbs im Fokus hatten, kommt für das neue TKG eine wesentliche Aufgabe hinzu, nämlich die Gestaltung investitions- und wettbewerbsfreundlicher Rahmenbedingungen für den Aufbau von neuen Glasfasernetzen bis in die Gebäude und Wohnungen.

Die für den durch das ehemalige Monopol im Kupfermarkt entwickelten Instrumente der Marktregulierung bleiben dort weiter erforderlich. Die Regulierungsintensität im Kupfermarkt muss beibehalten werden, da dieser Markt trotz aller Liberalisierungserfolge immer noch stark vom ehemaligen Anschlussmonopol der Telekom gekennzeichnet ist, die bei den Anschlüssen immer noch einen sehr hohen Marktanteil hält.

Dieses Regulierungsinstrumentarium passt allerdings nicht auf den durch eine ganz andere Marktstruktur und eine andere Markthistorie charakterisierten Glasfasermarkt. Hier erfolgte der Ausbau von Anfang an durch zahlreiche lokal und regional tätige Unternehmen. Ausweislich der aktuellen BREKO-Marktanalyse²⁰ werden rund 80 Prozent der Glasfaserinvestitionen von alternativen Unternehmen und nicht von der Telekom vorgenommen. Die Glasfaserinfrastruktur ist damit viel diverser verteilt als das Kupfernetz, das nach wie vor in der Hand nur eines Unternehmens liegt.

Passen also die für die Wettbewerbsöffnung und -sicherung geschaffenen Regelungen für das Kupfernetz auf den Glasfasermarkt nicht, so kann dort wegen des engen Konnexes zwischen dem Kupfer- und dem Glasfasermarkt gegenwärtig noch nicht auf eine sektorspezifische Regulierung verzichtet werden. Ohne eine sektorspezifische Kontrolle auf dem Glasfasermarkt bestünde die Gefahr, dass die Telekom ihre Marktmacht aus dem Kupfermarkt leicht auf den Glasfasermarkt übertragen könnte.

Die Regelungen zur Marktregulierung müssen also einerseits hinreichend flexibel sein, um Glasfaserinvestitionen nicht regulatorisch abzubremsen und andererseits zu vorhersehbaren Ergebnissen führen, um allen Marktbeteiligten eine ausreichende Rechts- und Planungssicherheit zu vermitteln. Zudem müssen sie einen fairen Wettbewerb auf den Netzen ermöglichen, wobei die getätigten Investitionen berücksichtigt werden müssen.

Diese, zum Teil in einem Spannungsfeld stehenden Anforderungen, werden durch die Konzeption der zukünftigen Marktregulierung in Titel II des Europäischen TK-Kodex (Art. 59 ff. EECC) grundsätzlich sinnvoll gelöst. Jedoch sind an einigen Stellen Nachschärfungen in der nationalen Umsetzung erforderlich.

2. Verpflichtungszusagen (§§ 16, 17 TKMoG-E)

Für die Regulierung von VHC-Netzen gelten vom Grundsatz her zunächst einmal die gleichen Regeln wie für das herkömmliche Kupfernetz. Unternehmen, die nach der Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens als marktbeherrschend identifiziert worden sind, unterliegen hier wie dort grundsätzlich der Regulierung und sind Adressaten einer Regulierungsverfügung, durch die ihnen Vorabverpflichtungen auferlegt werden können. Der Paradigmenwechsel bei der Regulierung von VHC-Netzen liegt darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen durch Abgabe einer **Verpflichtungszusage** Regulierungsmaßnahmen abwenden kann, also letztlich selbst initiativ werden und bestimmen kann, ob bzw. wie weitgehend es reguliert wird.

a) Rechtsfolgen für Ko-Investitionen und kommerzielle Vereinbarungen

Die Rechtsfolgen einer Verpflichtungszusage unterscheiden sich dabei, je nachdem, ob die Zusage im Rahmen eines Ko-Investitionsangebotes erfolgt (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 TKMoG-E) oder im Wege einer „kommerziellen Vereinbarung“, die kein Ko-Investitionsangebot ist (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 TKMoG-E).

aa. Rechtsfolgen der Verpflichtungszusage bei Ko-Investitions-angeboten

Genügt die Verpflichtungszusage im Rahmen eines Ko-Investitionsangebotes den Anforderungen des § 16 Abs. 3 TKMoG-E und nimmt mindestens ein Ko-Investor das Angebot an, so sieht nach § 11 Abs. 4 Unterabsatz 2 TKMoG-E die BNetzA von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen ab bzw. widerruft bereits bestehende Regulierungsverpflichtungen. Der BREKO hält diese Konzeption im Grundsatz für eine angemessene Regulierungsintensität. Sie ist gut kompatibel mit dem vom Verband bereits seit fast drei Jahren vertretenen Regulierungskonzept für Glasfasernetze, das einen Verzicht auf weitere Regulierungsaufgaben vorsieht, wenn ein faires, diskriminierungsfreies und marktakzeptiertes Open-Access-Angebot unterbreitet wird.

Allerdings **fehlt im TKMoG-E eine effektive Sicherung** für den Fall, dass die Verpflichtungszusage nicht korrekt umgesetzt oder eingehalten wird. Zwar „überwacht“ nach § 17 Abs. 5 TKMoG-E die BNetzA die für verbindlich erklärte

Verpflichtungszusage und „gewährleistet“ deren Einhaltung. Zur Frage, in welcher Form diese Überwachung erfolgt, ist aber lediglich ausgeführt, dass die BNetzA „diesbezügliche Konformitätserklärungen“ des marktmächtigen Unternehmens verlangen kann. Dies dürfte für eine effektive Überwachung der Verpflichtungszusage aber kaum ausreichen.

Wir sprechen uns daher dafür aus, dass in § 11 Abs. 7 TKMoG-E nicht nur die Maßnahmen nach Abs. 1, sondern auch der Verzicht auf die Auferlegung weiterer Regulierungsmaßnahmen bzw. deren Widerruf nach § 11 Abs. 4 TKMoG-E **als Verwaltungsakt qualifiziert** wird, der obligatorisch mit einem **Widerrufsvorbehalt für den Fall gravierender oder fortgesetzter Verletzungen der Verpflichtungszusage** durch das marktmächtige Unternehmen versehen werden sollte.

bb. Rechtsfolgen der Verpflichtungszusage bei sonstigen kommerziellen Vereinbarungen

Verpflichtungszusagen zu sonstigen kommerziellen Vereinbarungen führen nicht automatisch zum Verzicht auf eine Auferlegung weiterer Regulierungsmaßnahmen. Sie sind nach § 11 Abs. 4 Unterabsatz 1 TKMoG-E von der BNetzA bei ihrer Entscheidung über die Auferlegung von Verpflichtungen im Rahmen einer Regulierungsverfügung lediglich zu „berücksichtigen“.

Das bietet marktbeherrschenden VHC-Unternehmen, die keine Ko-Investitionspartner finden oder aus bestimmten Gründen kein Ko-Investitionsangebot machen wollen, keine ausreichende Vorhersehbarkeit und Planungssicherheit, ob ihre den Maßstäben des § 16 Abs. 2 TKMoG-E genügenden und von der BNetzA nach § 17 TKMoG-E geprüften Verpflichtungszusagen tatsächlich zu regulatorischen Erleichterungen bis hin zu einem Absehen von Regularia führen.

Es sollte daher in § 11 Abs. 4 TKMoG-E mit Blick auf sonstige kommerzielle Vereinbarungen eine **Ermessensstrukturierung** vorgenommen werden, wonach die BNetzA von der Auferlegung **von weiteren Verpflichtungen absehen bzw. solche widerrufen „soll“**, wenn die Verpflichtungszusage die Kriterien des § 16 Abs. 2 TKMoG-E („fair, angemessen, nichtdiskriminierend und für alle Marktteilnehmer offen“) erfüllt sind und die BNetzA die Verpflichtungszusage nach § 17 TKMoG-E geprüft und für verbindlich erklärt hat.

Allerdings sollte dann in § 16 Abs. 2 TKG – wie im Übrigen mit Blick auf die Verpflichtungszusagen bei Ko-Investitionsangeboten in § 16 Abs. 3 Nr. 4 TKMoG-E –

der Begriff der „Nichtdiskriminierung“ im Sinne eines „**Equivalence of Input**“ (Eol) definiert werden.

Bereits im Jahr 2013 hat die EU-Kommission in ihrer „*Empfehlung über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen*“ (2013/466/EU vom 11.09.2013) festgestellt, dass der Eol-Ansatz

„...grundsätzlich am besten geeignet ist, einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung zu erreichen, da Zugangsinteressenten in die Lage versetzt werden, mit nachgelagerten Unternehmen des vertikal integrierten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht mit genau denselben regulierten Vorleistungsprodukten, zu den gleichen Entgelten und unter Anwendung derselben Geschäftsprozesse in Wettbewerb zu treten.“

Das Konzept der Gleichwertigkeit des Inputs sei im Vergleich zum Konzept der Gleichwertigkeit des Outputs besser geeignet, für Transparenz zu sorgen und das Problem der Informationssymmetrie zu lösen (Erwägungsgrund 13).

Trotz der europarechtlichen Vorgaben und der Vorzugswürdigkeit einer Eol-Lösung hat die BNetzA bisher unter Hinweis auf erforderliche komplexe IT-Umstellungen bei der Telekom davon abgesehen, das marktbeherrschende Unternehmen zu diesem Prinzip zu verpflichten. Die Zeiten, in denen Schwierigkeiten mit überkomplexen IT-Systemen marktbeherrschende Unternehmen vor effektiver Regulierung schützen, sollten allerdings vorbei sein. Für VHC-Netze marktbeherrschender Unternehmen muss Eol der Standard für die Einhaltung von Nichtdiskriminierungsverpflichtungen sein.

Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass - wie bei den Verpflichtungszusagen im Rahmen eines Ko-Investitionsangebots - auch bei einem Regulierungsverzicht im Falle einer Verpflichtungszusage bei sonstigen kommerziellen Angeboten eine effektive Absicherung für den Fall erheblicher oder wiederholter Verletzungen der Verpflichtungszusage installiert werden muss. Hierzu verweisen wir auf unsere Ausführungen unter Ziffer 1. oben.

b) Anforderungen an eine Verpflichtungszusage für Ko-Investitionsangebot nach § 16 Abs. 3 TKMoG-E

In § 16 Abs. 3 TKMoG-E sind die Anforderungen an eine Verpflichtungszusage für Ko-Investitionsangebote beschrieben. Die Vorschrift setzt Art. 76 Abs. 1 Unterabsatz 2 in Verbindung mit Anhang IV des EECC um, so dass diesbezüglich nur ein geringer Umsetzungsspielraum besteht.

Die Vorschrift differenziert zwischen den Anforderungen an das Angebot mit Blick auf die Ko-Investoren (Ziffer 1-2) sowie den Anforderungen gegenüber Vorleistungsnachfragern, die keine Ko-Investoren sind (Ziffer 4).

Ein wesentlicher Unterschied liegt vor allem darin, dass die anderen Ko-Investoren, die TK-Netzbetreiber oder Diensteanbieter sind, von vorneherein Anspruch auf Konditionen haben, die es ihnen ermöglichen, auf den nachgelagerten Märkten, auf denen der Marktbeherrscher tätig ist, langfristig und wirksam im Wettbewerb zu bestehen. Das bedeutet, die Ko-Investoren, die selbst TK-Netze betreiben oder TK-Dienste anbieten, müssen vom ersten Tag an die Vorleistungsqualität erhalten, die das marktmächtige Unternehmen selbst für seine Produkte nutzt.

Demgegenüber haben Vorleistungsnachfrager, die keine Ko-Investoren sind, zunächst nur einen Anspruch auf die Qualität, die Geschwindigkeit und die Endnutzereichweite, die sie vor Errichtung der von der Ko-Investition umfassten Infrastruktur erhalten haben. Die Verpflichtungszusage soll dann einen Anpassungsmechanismus beinhalten, der *„die Bedingungen mit Blick auf die Endkundenmärkte auch langfristig absichert.“*

Diese Differenzierung ist grundsätzlich sinnvoll, um die Anreize für die Ko-Investoren zu sichern und deren im Vergleich zu einem Vorleistungsnachfrager, der nicht in eine Ko-Investition geht, höheres Risiko zu honorieren. Die anspruchsvolle Aufgabe wird darin bestehen, den Anpassungsmechanismus zu justieren. Werden die Vorleistungsnachfrager zu früh auf die Qualität der Ko-Investoren gehoben, könnte der Anreiz für die Ko-Investition zu gering sein. Erfolgt die Anpassung zu spät, könnten die Vorleistungsnachfrager Schwierigkeiten haben, sich im Markt zu behaupten.

Praktisch nicht umsetzbar ist die Anforderung in § 16 Abs. 3 Nr. 1 TKMoG-E, nach der das Ko-Investitionsangebot für Betreiber öffentlicher TK-Netze oder Anbieter von TK-Diensten *„zu jedem Zeitpunkt während der Lebensdauer des Telekommunikationsnetzes“*, das durch die Ko-Investition errichtet wird, zugänglich sein muss. Die Rentabilität der Investition und des Projektes ist völlig unkalkulierbar, wenn während einer Lebensdauer des Netzes von mehreren Jahrzehnten zu jedem Zeitpunkt und beliebiger Anzahl weitere Unternehmen als Ko-Investoren in das Projekt eintreten können. Zwar ergibt sich diese Vorgabe aus Art. 76 EECC, allerdings sollten dringend Umsetzungsspielräume geprüft werden, da sich diese Bedingung als großer

„Showstopper“ für Ko-Investitionen auswirken könnte. So könnte z. B. darüber nachgedacht werden, dass nachträgliche Anträge auf Eintritt in die Ko-Investition dann abgelehnt werden können, wenn die bereits vorhandenen Ko-Investoren dem Nachfrager eine Vorleistung, die ihm von vorneherein, ohne Übergangsfrist und Anpassungsmechanismus der Nachfragemenge entsprechende Konditionen und Vorleistungsqualitäten sichern, welche die Ko-Investoren für sich in Anspruch nehmen, früher anbieten. Der Zeitraum für den Anpassungsmechanismus würde also ggf. verkürzt. Dies könnte den Interessen beider Parteien entgegenkommen.

3. Entgeltregulierung

Zur Vereinfachung und Stabilisierung der Überlassungsentgelte sollte unter §36 TKMoG-E der folgende Absatz 7 aufgenommen werden:

“(7) Betrifft eine Entgeltregulierung von Zugangsleistungen nach Absatz 1 den Zugang zu herkömmlichen Kupferkabelnetzen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, trägt die Bundesnetzagentur den Prinzipien, Kriterien und Parametern der Empfehlung (EU) 2013/466 weitestgehend Rechnung. Die Bundesnetzagentur fördert die Ausserbetriebsetzung und Ersetzung dieser herkömmlichen Kupferkabelnetze und die Entwicklung des Binnenmarktes dadurch, dass sie während des Zeitraums der Migration auf neue und verbesserte Infrastrukturen dauerhaft stabile Entgelte für den Zugang zu den herkömmlichen Kupferkabelnetzen festlegt.”

Das TKMoG will basierend auf der unionsrechtlichen Grundlage des EECC den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität („VHC-Netze“) entscheidend voranbringen. Hierfür bedarf es großer Anstrengungen aller Marktakteure, bisherige Kupfernetze außer Betrieb zu setzen und stattdessen Glasfasernetze auszubauen und in Betrieb zu nehmen („VHC-Netzmigration“). Auch die Marktregulierung durch die Bundesnetzagentur sollte ihren Schwerpunkt auf die Förderung der VHC-Netzmigration legen und dafür von althergebrachten Regulierungsverfahren und Rechtstreitverfahren aus der Kupferwelt befreit werden.

Eine seit den Anfängen des TKG bestehende Aufgabe der Bundesnetzagentur bestand darin, die Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung der entbündelten Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung festzulegen. In regelmäßigen, meist 2 bis 3-jährigen Abständen sind hierfür in sehr aufwändigen Regulierungsverfahren Entgeltanträge der marktmächtigen Telekom Deutschland zu prüfen, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anhand von sehr komplexen Kostenmodellen zu

prüfen und Entscheidungen zu treffen, deren Beschlusstexte stets weit mehr als 100 Seiten umfassen.

Die genehmigten Überlassungsentgelte für die Kuper-Teilnehmeranschlussleitungen wurden hierbei von der Bundesnetzagentur stets auf der Grundlage von Wiederbeschaffungswerten berechnet, welche die tatsächlichen Kosten („IST-Kosten“) der Telekom Deutschland aufgrund der weitgehend abbeschriebenen Netzkomponenten bei weitem übersteigen. Die Überschreitung der IST-Kosten durch die „modellierten Wiederbeschaffungskosten“ wurde in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur stets bestätigt.

Regelmäßig schließen sich an diese Entscheidungen der Bundesnetzagentur mehrjährige Rechtstreitigkeiten (bis zu 15 Jahren) an, aufgrund von Klagen der Telekom Deutschland, die eine Genehmigung höherer Entgelte anstrebt oder von Klagen der Zugangsnachfrager, die eine Absenkung begehren. Vielfach wurden Entscheidungen der Bundesnetzagentur durch die Gerichte rechtskräftig aufgehoben, so dass die Bundesnetzagentur neue, rückwirkend geltende Genehmigungen zu treffen hatte, die wiederum Gegenstand von Klagen geworden sind. Theoretisch sind unendliche Klageketten gegen stets neue Genehmigungen der Bundesnetzagentur denkbar. Die Aufwände sowohl der marktmächtigen Telekom Deutschland in diese Regulierungsverfahren und Rechtstreitigkeiten sind gleichfalls hoch wie diejenigen der Zugangsnachfrager, die um das „richtige“ Kuper-Entgelt streiten. Da der Kuperpreis die Funktion eines „Preisankers“ auch für andere Vorleistungsprodukte einnimmt, bleiben die Entscheidungen der Bundesnetzagentur weiterhin umstritten.

In der Phase der Migration von Kuper- zu Glasfasernetzen besteht nun die paradoxe Situation, dass die sinkende Nachfrage nach Kuper-Teilnehmeranschlussleitungen zu erheblich höheren „modellierten Wiederbeschaffungskosten“ führt, weil die Bundesnetzagentur den Wiederbeschaffungswert eines Kuper-Anschlussnetzes auf erheblich weniger Kuper-Anschlusskunden bezieht.

Diese Erhöhung der Stückkosten in der Phase der VHC-Netzmigration zeigt die aktuelle Entgeltentscheidung der Bundesnetzagentur aus Mitte 2019. Danach sind die Entgelte für die Überlassung einer Kuper-Teilnehmeranschlussleitung („Kuper-TAL“) nach einer Phase relativer Stabilität seit dem Jahr 2005 über mehrere Genehmigungsperioden um bis zu 11,7 % angestiegen.

Der gleiche Effekt einer Erhöhung von Stückkosten besteht in Bezug auf die Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte. In der aktuellen Genehmigung der Bundesnetzagentur aus 2020 sind diese Entgelte gegenüber den vorherigen Genehmigungen erneut deutlich angestiegen.

Das bisherige System der Entgeltregulierung muss daher in der Phase der VHC-Netzmigration komplett überdacht und neu ausgerichtet werden. Es kann heute nicht mehr darum gehen, regelmäßig einen „richtigen“ Wiederbeschaffungswert von „neuen“ Kupernetzen zu berechnen, diese Kosten auf immer weniger werdende Kuper-

Anschlussleitungen zu verteilen mit der Folge der kontinuierlichen Erhöhung dieser Entgelte. Es kann heute auch nicht mehr darum gehen, die Regulierungsarbeit mit diesen Fragen zu binden. Insbesondere sind Preisschocks jeder Art (nach unten und nach oben) der Entgelte für die Kupfer-TAL zu vermeiden, weil diese sich schädlich für die Phase der VHC-Netzmigration auswirken. Eine klar geregelte Stabilität der Kupfer-TAL führt dagegen zur Planungssicherheit für die VHC-Netzmigration.

Die Europäische Kommission hat sich in ihrer Empfehlung vom 11.09.2013 „über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen“ 2013/466/EU klar dafür ausgesprochen, gemäß dem Grundsatz der regulatorischen Transparenz und Vorhersehbarkeit und im Hinblick auf die notwendige Preisstabilität eine Preisspanne ohne erhebliche Schwankungen für die Kupfer-TAL festzulegen. Die EU-Empfehlung sieht ohne diese Festlegung ansonsten einen „Volumeneffekt“ (= Erhöhung von Stückkosten), wenn die Fixkosten für das Netz auf immer weniger beschaltete Kupferleitungen verteilt werden.

In der Anwendungspraxis wird allerdings erheblich darüber gestritten und es besteht Rechtsunsicherheit, inwieweit dieser EU-Empfehlung Folge zu leisten ist. Nach Art. 288 Abs. 4 AEUV sind Empfehlungen und Stellungnahmen nicht verbindlich. Dennoch kann aus Art. 38 EECC (bisher: Art. 19 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG) eine gewisse Bindungswirkung abgeleitet werden. Nach Art. 38 Abs. 2 des EECC stellen die Mitgliedsstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden den Empfehlungen gemäß Absatz 1 bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben weitestmöglich Rechnung tragen.

Zur Umsetzung dieser Verpflichtung des Art. 38 Abs. 2 EECC in Verbindung mit der Empfehlung 2013/466/EU sollte daher eine Rechtsgrundlage im TKG geschaffen werden, die folgende positiven Effekte erbringt:

- Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit für alle Marktakteure (einschließlich dem marktmächtigen Unternehmen), Transparenz, Vorhersehbarkeit durch eine eindeutige Rechtsgrundlage;
- Unterstützung der politischen Ziele der „Ersetzung herkömmlicher Kupferkabelnetze“, und dem Ausbau von „neuen und verbesserten Infrastrukturen“;
- Direkte Umsetzung der EU-Empfehlung in nationales Rechte und Vermeidung von „Methodendiskussionen“ um den „richtigen“ Kostenmaßstab für die Kupfer-TAL;
- Klare Preissetzungsvorgabe für die Kupfer-TAL und damit Vermeidung von Stückkosten-Veränderungen („Volumeneffekte“);

- Erhebliche Vereinfachung der Verfahren auch für die Bundesnetzagentur mit Vermeidung der ansonsten erheblich hohen Begründungsanforderungen nach der Rechtsprechung;
- Absicherung gerichtsfester Entscheidungen durch klare Rechtsgrundlagen und weitgehendes Überflüssigmachen von Rechtsstreitigkeiten.

Zur rechtspraktischen Umsetzung dieser Ziele entsprechend der EU-Empfehlung wird vorgeschlagen, nach dem textlichen Vorbild des § 36 Abs. 6 für die Terminierungsentgelte eine vergleichbare Regelung als § 36 Abs. 7 für die Kupfer-TAL-Entgelte einzufügen, welche die Inhalte der Empfehlung 2013/466/EU zum Bezug nimmt und diese umsetzt. Das Entgeltniveau sollte sich in der Anwendung der nationalen Rechtsgrundlage klar berechnen lassen können. Interpretationsspielräume sind zwingend zu vermeiden, weil ansonsten die hohen Begründungsanforderungen der Rechtsprechung an Entscheidungen der Bundesnetzagentur greifen und somit keine gerichtsfesten Entscheidungen getroffen werden können. Das Ausgangsentgeltniveau bei Inkrafttreten der Regelung sollte daher nach objektiven Maßstäben und mit Blick auf eine langfristige Stabilität für die herkömmlichen Kupferkabelnetzen berechnet werden. Durch diese Festlegung zur Berechnung des Entgeltniveaus wird sichergestellt, dass das festzulegende Entgelt innerhalb der durch die EU-Empfehlung vorgesehenen harmonisierten Preisspanne festgesetzt wird.

Nach der EU-Empfehlung sollen sich anschließende Preisänderungen nur noch nach einem geeigneten Preisindex verändern und ansonsten stabil bleiben (Erwägungsgründe 43 ff.). Auch die Veränderungen sollen sich leicht und vorhersehbar berechnen lassen. Die EU-Empfehlung schlägt hierzu den „Einzelhandelspreisindex“ vor und macht damit deutlich, dass Bezugspunkt für Preisveränderungen das allgemeine Niveau der Verbraucherpreise sein soll. Um die Berechnung zu erleichtern und die Vergleichbarkeit zu erhöhen, wird daher vorgeschlagen, den harmonisierten Verbraucherpreisindex (HVPI) zu verwenden, der von Eurostat auf der Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 2016/792 nach unionsweit einheitlichen Regeln berechnet und veröffentlicht wird (vgl. <https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/hicp>).

V. Symmetrische Regulierung (§ 20 TKG-E)

1. Einleitung

§ 20 TKMoG-E bezieht sich auf die Regelungen aus Art. 61 Abs. 3 EECG zu einer Ausweitung einer marktmachtunabhängigen (symmetrischen) Regulierung. Da der

rechtfertigende Tatbestand einer marktmächtigen Stellung des Verpflichteten fehlt, handelt es sich bei der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung um einen schwerwiegenden Eingriff, der besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegt und nur in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt werden kann.

So stellt das WIK in einer Studie aus dem Jahr 2017² mit Blick auf die seinerzeit über das DigiNetzG in das TKG eingebrachten symmetrischen Mitnutzungs- und Mitverlegungsansprüche zu passiven Infrastrukturen fest:

“Grundsätzlich gilt, dass symmetrische Regularisierungsaufgaben für alternative Anbieter und im Besonderen für regional aktive Wettbewerber einen starken regulatorischen Eingriff darstellen, welcher gerade bei einer unsachgemäßen, unangemessenen oder unklaren Ausgestaltung das Risiko für die Investitionen erhöht und damit tendenziell investitionshemmend wirkt. Dies ist in Deutschland insbesondere auch der Kleinteiligkeit des Marktes geschuldet, die zur Folge hat, dass gerade diejenigen Anbieter, die heute überwiegend in FTTB/H investieren, von einer solchen Regularierung primär betroffen wären. Falls sie nunmehr einen Zugang zu ihren Leerrohrinfrastrukturen auferlegt bekommen, müssen diese befürchten, dass Konkurrenten einen strategischen Überbau vornehmen und sie nur sehr geringe Entgelte für die Mitnutzung erstattet bekommen” (S. 22).

Die bisherigen Erfahrungen mit den seit November 2016 neu im TKG enthaltenen Mitnutzungs- und Mitverlegungsansprüchen nach §§ 77a ff. TKG haben sehr schnell gezeigt, wie berechtigt die in der WIK-Studie vorgetragenen Bedenken waren. Bereits die ersten von der BNetzA zu entscheidenden Streitschlichtungsverfahren betrafen Mitverlegungsansprüche großer und vermarktungsstarker Marktteilnehmer, in diesen Fällen Deutsche Telekom und Unitymedia, gegenüber lokalen Glasfaserausbauprojekten.

Die besonderen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit symmetrischer Regularisierungsaufgaben betont auch Erwägungsgrund 152 des EECC:

“Da solche Verpflichtungen in bestimmten Fällen schwerwiegende Eingriffe darstellen, Anreize für Investitionen zuwiderlaufen und die Wirkung haben können, die Position dominanter Akteure zu stärken, sollten sie jedoch nur auferlegt werden, wenn dies

² Henseler-Unger/Wernick/Tenbrock: Die Zukunft der Marktregulierung (Bad Honnef 2017)

gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, um auf den relevanten Märkten einen dauerhaften Wettbewerb zu bewirken”.

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Umsetzung des Art. 61 Abs. 3 EECC in das TKG so zurückhaltend und restriktiv wie möglich erfolgen muss. So müssen die Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen hoch sein, während die Ausnahmetatbestände weit zu fassen sind.

2. Anspruchsvoraussetzungen

Die komplexe Normstruktur des § 20 TKMoG-E nennt drei materielle Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, um marktmacht-unabhängig eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen:

- Die Verpflichtung muss erforderlich sein, um **beträchtliche und anhaltende wirtschaftliche oder physische Hindernisse für eine Replizierbarkeit** von Netzelementen zu beseitigen.
- Es muss eine Marktsituation bestehen oder sich abzeichnen, bei der sich erhebliche **Einschränkungen der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer** ergeben.
- Die Auferlegung von Verpflichtungen für einen Zugang im Gebäude bzw. bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt nach § 142 Abs. 2 TKMoG-E dürfen nicht ausreichen.

a. Fehlende Replizierbarkeit

Sind an den Nachweis der fehlenden technischen und wirtschaftlichen Replizierbarkeit von Netzelementen hohe Anforderungen zu stellen, so ist zu fragen, nach welchen **Kriterien** die BNetzA ihren diesbezüglich bestehenden **Beurteilungsspielraum** ausfüllt.

Einige dieser Kriterien liefern die Erwägungsgründe 152 und 154 des EECC. Danach spricht **das** Vorhandensein paralleler Infrastrukturen für eine Replizierbarkeit der entsprechenden Infrastruktur (Erw. 152).

Die Bewertung einer wirtschaftlich fehlenden Replizierbarkeit kann von der Dichte der Haushalte abhängen (Erw. 154 S. 7), so dass mindestens in Regionen mit einer hohen oder mittleren Haushaltsdichte regelmäßig nicht von einer fehlenden wirtschaftlichen Replizierbarkeit ausgegangen werden kann.

Ein weiteres Kriterium für die Replizierbarkeit kann die Verfügbarkeit räumlicher Kapazität zur Verlegung von Glasfasern in Gebäuden sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach § 142 Abs. 4 und 5 TKMoG-E Neubauten sowie Gebäude, die umfangreich renoviert werden mit passiven Netzinfrastrukturen für VHC-Netze auszustatten sind, so dass in diesen Fällen grundsätzlich ebenfalls nicht von einer fehlenden Replizierbarkeit ausgegangen werden kann.

Unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Replizierbarkeit ist weiter zu berücksichtigen, dass das TKG den Zugang zu öffentlich und privatem Grund großzügig regelt, so dass rechtliche Hindernisse (etwa die Weigerung eines Gebäudeeigentümers zu kooperieren) nicht plausibel als Argument für eine fehlende Replizierbarkeit vorgetragen werden können.

Schließlich ist unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten festzuhalten, dass an den Nachweis der fehlenden Replizierbarkeit im Zuge der *marktmachtunabhängigen* Auferlegung von Verpflichtungen höhere Anforderungen zu stellen sind, als bei der insoweit vergleichbaren Prüfung beträchtlicher Marktzutrittsschranken im Zuge des "3-Kriterien-Tests" nach § 9 Abs. 1 TKMoG-E, der zur Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit *marktbeherrschender* Unternehmen dient.

Wir regen an, dass diese und ggf. weitere Kriterien zur Ausfüllung des Beurteilungsspielraums der Behörde in § 20 TKMoG, mindestens aber in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

b. Einschränkungen der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer

Weitere Voraussetzung für eine symmetrische Verpflichtung sind gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 TKMoG-E bestehende oder sich abzeichnende Einschränkungen der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer. Zu prüfen ist also, ob eine Marktsituation besteht, aus der sich tatsächlich erhebliche Nachteile für die Endnutzer im Vergleich zu einer wettbewerblichen Situation ergeben, in der Verhaltensspielräume der Netzbetreiber durch den Wettbewerb hinreichend kontrolliert würden.³ Indizien hierfür wären etwa Preiserhöhungen für den Anschluss, die der allgemeinen Preisentwicklung für vergleichbare Anschlussprodukte zuwiderlaufen oder unterbleibende oder unzureichende Preisabsenkungen gegen den allgemeinen Markttrend. Kann nichts dergleichen festgestellt werden, spricht dies dafür, dass die Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer durch die fehlende Replizierbarkeit von Netzelementen nicht eingeschränkt sind.

³ vgl. Neumann/Sickmann: Erweiterte marktmachtunabhängige ("symmetrische") Zugangsverpflichtungen im neuen Telekommunikationsrecht in: *Netzwirtschaften & recht* 2020, 208 ff.

c. Vorrang des Gebäudezugangs nach § 142 Abs. 2 TKMoG-E

Schließlich ist die Auferlegung einer symmetrischen Verpflichtung nach § 20 TKMoG-E gegenüber dem Zugangsanspruch zur Gebäudeinfrastruktur, ggf. bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilpunkt subsidiär. Diese Prüfung ist wichtig und präzise vorzunehmen, weil sie über den Zugangspunkt und damit darüber entscheidet, welcher Investitionsaufwand dem Zugangsnachfrager selbst zuzumuten ist und welchen Wettbewerbsdruck er auf den Betreiber ausüben kann, der das Gebäude erschlossen hat.

3. Ausnahmen

Sind die Voraussetzungen für marktmachtunabhängige Verpflichtungen eines Unternehmens unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eng zu fassen, so müssen die in § 20 Abs. 2 TKMoG-E aufgeführten Ausnahmebestimmungen aus dem gleichen Grund weit gefasst werden.

a. Wholesale-Only-Anbieter

Eine symmetrische Regulierung soll grundsätzlich nicht in Betracht kommen, wenn es sich um ein Unternehmen im Sinne des § 31 TKMoG-E handelt, das ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig ist ("Wholesale-Only") und tragfähige Zugangsalternativen zu fairen, nichtdiskriminierenden und angemessenen Bedingungen anbietet. Dies ist auch sinnvoll, da ein offener Netzzugang das Geschäftsmodell dieser Unternehmen ist. Eine Ausnahme soll insoweit bestehen, als dass die BNetzA Verpflichtungen auferlegen kann, wenn das Unternehmen den Aufbau seines VHC-Netzes mit "öffentlichen Mitteln" finanziert.

Die Gesetzesbegründung irritiert allerdings, weil sie darauf hinweist, der europäische Gesetzgeber stelle somit "*insbesondere*" klar, dass im Falle eines durch Beihilfen geförderten Ausbaus aufgrund der verwendeten öffentlichen Mittel regelmäßig weitergehende Zugangsanforderungen gelten. Dies liest sich so, als seien neben der Gewährung einer Beihilfe, also Mitteln die aus öffentlichen Haushalten kommen, auch noch andere Formen der öffentlichen Finanzierung denkbar. Das ist aber aus Sicht des BREKO nicht der Fall. Insbesondere wenn öffentliche Unternehmen aus eigenen Mitteln VHC-Netze ausbauen, handelt es sich nach Auffassung des BREKO nicht um "öffentlich finanzierte" Netze. Es handelt sich um die gleiche Problematik wie bei der Bestimmung der mit "öffentlichen Mitteln finanzierten" Baumaßnahmen bei der Mitverlegung nach § 143 Abs. 2 TKMoG-E und zeigt, dass eine entsprechend enge

Legaldefinition der “öffentlichen Mittel” bzw. “öffentlichen Finanzierung” im Definitionskatalog des § 3 TKMoG-E erforderlich ist.

b. Gefährdung der wirtschaftlichen oder finanziellen Tragfähigkeit des Aufbaus neuer Netze

Von der Auferlegung einer symmetrischen Zugangsverpflichtung soll auch dann abgesehen werden, wenn dadurch die wirtschaftliche und finanzielle Tragfähigkeit des Aufbaus neuer Netze, insbesondere im Rahmen kleiner lokaler Projekte gefährdet würde. Da an die Rechtfertigung eines Eingriffs gegenüber einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen höhere Anforderungen zu stellen sind, als bei einem Eingriff gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen, sind im Rahmen der hier vorzunehmenden Abwägung die Interessen des verpflichteten Unternehmens besonders zu gewichten. Auch insoweit ist die Gesetzesbegründung zu § 20 Abs. 1 S. 2 TKMoG-E missverständlich, weil danach die Erwägungen des europäischen Gesetzgebers in Bezug auf die Verpflichtung eines marktmächtigen Unternehmens entsprechend gelten sollen. Tatsächlich handelt es sich aber um unterschiedliche Sachverhalte.

Weil die hier diskutierte Ausnahmeregelung “kleine lokale Projekte” noch einmal besonders hervorhebt, wären Kriterien zu bestimmen, unter denen von einem solchen Projekt auszugehen ist. Die Gesetzesbegründung gibt hierzu keinen Aufschluss. Auch der Entwurf der *“BEREC Guidelines on the criteria for a consistent application of Art. 61 (3)”* vom 11.06.2020 (Dokument BoR 20 (106)) gilt diesbezüglich eher bedingt Aufschluss. BEREC stellt dabei weniger auf das Projekt ab, sondern mehr auf das dahinterstehende Unternehmen. So seien große Unternehmen, die viele lokale Projekte initiieren, nach Auffassung des BEREC von der Ausnahmeregelung eher nicht adressiert, weil sie ihr Risiko streuen könnten. Gemeint seien vielmehr Unternehmen, deren wirtschaftliche Aktivitäten lokal begrenzt seien, wie kleinere Stadtwerke oder Bürgernetze oder Projekte lokal neu in den Markt eintretender Unternehmen. Als Indikator für ein kleines, lokales Projekt könne gelten, dass das Unternehmen höchstens 500 Teilnehmer habe.

Diese (vorläufige) Einschätzung des BEREC vermag noch nicht zu überzeugen. Insbesondere mit der Beschränkung auf Unternehmen mit maximal 500 Teilnehmern wird die Ausnahme für kleine, lokale Unternehmen viel zu stark begrenzt und der Schutz damit praktisch ausgehebelt. Auch kleinere Stadtwerke werden oft mehr als 500 Teilnehmer haben. Insofern wären weitergehende Ausführungen in der Gesetzesbegründung wünschenswert.

Umso wichtiger ist es, zu betonen, dass die Ausnahmeregelung nicht nur für kleinere, lokale Projekte gilt, sondern diese dort lediglich hervorgehoben werden. Insgesamt sind aber im Rahmen der Prüfung der Auferlegung einer marktmachtunabhängigen Zugangsverpflichtung die wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen auf das betreffende Projekt zu prüfen.

c. Open Access

Nach § 20 Abs. 2 Unterabsatz 2 Satz 2 TKMoG-E kann die BNetzA auch dann von der Auferlegung einer symmetrischen Zugangsverpflichtung absehen, wenn das betreffende Unternehmen freiwillig einen offenen Zugang zu seinem VHC-Netz zu fairen, objektiven, transparenten, nichtdiskriminierenden und verhältnismäßigen Konditionen anbietet.

Diese Regelung ist konsequent, da selbst marktbeherrschende Betreiber durch die Abgabe entsprechender Verpflichtungszusagen von weitergehenden Regulierungsaufgaben befreit werden können. Allerdings wäre auch hier eine Ermessensstrukturierung im Sinne einer "Soll-Vorschrift" vorzunehmen. Das gesetzgeberische Ziel, Zugangsnachfragern im Falle einer fehlenden Replizierbarkeit bestimmter Netzelemente mit negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Endkundenmarkt einen Netzzugang einzuräumen, ist mit einem angemessenen Open-Access-Angebot erreicht. Insofern gibt es dann keinen Grund und wäre auch nicht verhältnismäßig, gerade einem nicht-marktmächtigen Unternehmen weitere Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen.

4. Rechtsfolgen

Im Rahmen der symmetrischen Regulierung kann die BNetzA Unternehmen verpflichten, anderen Unternehmen an einem jenseits des ersten Konzentrations- und Verteilpunkts, aber möglichst endnutzernah gelegenen Punkt, Zugang zu gewähren. § 20 Abs. 1 Unterabsatz 2 TKMoG-E präzisiert diesen Zugang dahingehend, dass dieser insbesondere zu aktiven oder virtuell entbündelten Punkten, also als Bitstromzugang, zu gewähren ist. Ein Vorrang des aktiven oder virtuell entbündelten Zugangs vor einem Zugang zu passiven Netzelementen ist auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten folgerichtig, da er - im Vergleich zu anderen Zugangsvarianten – die größte Wertschöpfung bei dem verpflichteten Unternehmen belässt.

VI. Kupfer-Glas-Migration (§ 32 TKMoG-E)

1. Einleitung

Die Gestaltung eines fairen und erfolgreichen Migrationsprozesses von Kupfer- auf Glasfasernetze ist eine der wichtigsten Aufgaben, deren Lösung der neue Rechtsrahmen ermöglichen muss.

Dabei ist darauf zu achten, dass für alle Glasfaserausbaugebiete grundsätzlich gleiche Spielregeln gelten, unabhängig davon ob der Glasfaserausbau von der Telekom oder von anderen Unternehmen vorgenommen wird. Hierzu muss das neue TKG ergänzend zu den Regelungen in Art. 81 EECC, der vor allem die Migration innerhalb der Netze des marktbeherrschenden Unternehmens regelt, ein Verfahren bereitstellen, durch das diese gleichen Spielregeln durch die BNetzA gemeinsam mit der Branche erarbeitet und festgelegt werden.

Weiter ist sicherzustellen, dass trotz der im Zuge der Migration sinkenden Abnahmemengen für kupferbasierte Vorleistungsprodukte die Entgelte für diese Leistungen bis zum Abschluss des Migrationsprozesses stabil bleiben.

2. § 32 TKMoG-E – unzureichende Umsetzung von Art. 81 EECC/Ermessensspielraum der BNetzA

§ 32 TKMoG-E dient der Übertragung und Konkretisierung von Art. 81 EECC in deutsches Recht. Art. 81 EECC adressiert die Voraussetzungen, unter denen die nationale Regulierungsbehörde regulatorische Verpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens aufheben kann, weil dieser Teile seines bisher genutzten (Kupfer-)Netzes außer Betrieb nehmen will, um auf eine neue (Glasfaser-)Infrastruktur zu migrieren. Die Initiative für die Einleitung eines solchen Prozesses liegt dabei – mit Blick auf die außer Betrieb zu nehmende Infrastruktur – ausschließlich beim marktbeherrschenden Unternehmen.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass § 32 TKMoG-E die europarechtlichen Vorgaben nicht korrekt umsetzt. Während die nationale Regulierungsbehörde nach Art. 81 Abs. 2 Unterabsatz 2 EECC bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen die das alte Netz betreffenden regulatorischen Verpflichtungen aufheben kann, ihr also ein Ermessen eingeräumt wird, „wideruft“ die BNetzA nach § 32 Abs. 4 TKMoG-E unter den entsprechenden Voraussetzungen die mit Blick auf das außer Betrieb zu setzende Netz auferlegten Verpflichtungen, hat also diesbezüglich kein Ermessen. Das ist ein klares Umsetzungsdefizit, welches - mit Blick auf das *Urteil des EuGH vom 03.12.2009*

(Rs. C-424/07 *Kommission/Deutschland*) zum damaligen § 9a TKG - sogar zu einem Vertragsverletzungsverfahren führen kann. Es handelt sich bei der Umsetzung in § 32 TKMoG-E nicht lediglich, um eine ggf. noch als gemeinschaftsrechtskonform anzusehende Strukturierung des der Behörde eingeräumten Ermessens, sondern um eine komplette Streichung. Insofern gleicht die Konstellation derjenigen, die Gegenstand der oben angeführten EuGH-Entscheidung war.

Daher ist § 32 Abs. 4 TKMoG-E so zu fassen, dass die BNetzA bei Vorliegen der in der Vorschrift genannten Voraussetzungen die Regulierungsaufgaben für das marktbeherrschenden Unternehmen mit Blick *auf das außer Betrieb zu nehmende Netz* aufheben *kann* und diese nicht automatisch widerruft.

Das diesbezügliche Ermessen ist auch wichtig, weil es der BNetzA in einem Verfahren mit der Branche zur Erarbeitung und Festlegung gleicher Spielregeln für die Kupfer-Glas-Migration ermöglicht, einen gewissen Einigungsdruck aufzubauen.

3. Aufgaben- und Kompetenznorm BNetzA / Verfahren

Damit die BNetzA ein derartiges Verfahren zur Erarbeitung gleicher Regeln für die Kupfer-Glas-Migration überhaupt einleiten, moderieren und einem Ergebnis zuführen kann, sollte in Teil 11 Abschnitt 2 des Gesetzes eine entsprechende Aufgaben- und Befugnisnorm zugunsten der BNetzA aufgenommen werden, die der Behörde die entsprechenden Kompetenzen zuweist, aber auch klarstellt, dass sich die BNetzA dieser Aufgabe annehmen muss.

Die faire und interessengerechte Ausgestaltung der Kupfer-Glas-Migration - über die Regelungen für die lediglich interne Migration zwischen dem Telekom-Kupfer- und dem Telekom-Glasfasernetz hinaus – ist eine der wichtigsten Weichenstellungen für den zukünftigen Glasfaserausbau in Deutschland und wird auch entscheidend dafür sein, welche Marktstruktur es am Ende im deutschen Glasfasermarkt geben wird.

Ohne gleiche Spielregeln für die Glasfaserausbaugebiete der Telekom und die Glasfaserausbaugebiete der Wettbewerber können sich sehr unterschiedliche Investitionsbedingungen herausbilden. Würde auf gleiche Regeln verzichtet, so würde es der Telekom gestattet, eine „taktische Abschaltung“ ihres Kupfernetzes vorzunehmen. Es könnte erwartet werden, dass die Telekom dort, wo sie selbst Glasfaser ausgebaut hat, ihr Kupfernetz schnell abschaltet und dergestalt ihre eigenen Endkunden und die Kunden von Vorleistungsnachfragern auf ihr Glasfasernetz migriert, mit der Folge einer von Anfang an hohen Auslastung ihres Glasfasernetzes. Umgekehrt könnte sie in den Gebieten, in denen alternative Anbieter Glasfasernetze ausgebaut haben, das Kupfernetz langfristig weiter betreiben und zumindest für einen

gewissen Zeitraum durch den Einsatz von Vectoring, Super-Vectoring oder G.fast wettbewerbsfähig halten. Zwar ist nicht daran zu zweifeln, dass sich die höhere Qualität und Leistungsfähigkeit des Glasfasernetzes über die Zeit hin durchsetzen wird, jedoch würde der Migrationsprozess durch eine solche Strategie zumindest gebremst und die Auslastung des alternativen Glasfasernetzes verzögert. Eine schnelle Netzauslastung ist aber ein wesentlicher Faktor in allen Glasfaser-Business Cases.

Durch diese im Grunde noch aus den Marktverhältnissen der Kupferwelt resultierenden Verzerrungen, würde die Telekom in den Stand versetzt, aufgrund der unterschiedlich schnellen Netzauslastung möglicherweise schneller weiter zu investieren als ihre Wettbewerber. Dadurch könnte sie ihre Marktmacht aus der alten Kupferwelt ein Stück weit in die Glasfaserwelt übertragen, was kein volkswirtschaftlich gewünschtes Ergebnis sein kann.

Es ist hier nochmals klarzustellen, dass es nicht um eine „Enteignung“ der Telekom, die auch aus der Sicht des BREKO verfassungswidrig wäre, oder um eine „Zwangsschließung“ des Kupfernetzes geht. Ein Ergebnis des Prozesses kann auch sein, dass das Kupfernetz langfristig weiter betrieben wird - dann aber überall. Aus diesem Grund ist auch die korrekte Umsetzung des europarechtlich vorgesehenen Ermessens der BNetzA bei der Migrationsthematik in § 32 TKMoG-E von hoher Bedeutung.

Vielmehr geht es darum, in einem im neuen TKG in seinen wesentlichen Zügen beschriebenen und von der BNetzA einzuleitenden und zu moderierenden Verfahren mit der gesamten Branche faire, angemessene und gleiche Spielregeln für die Kupfer-Glas-Migration zu finden. Zudem bedarf es der Etablierung eines Prozesses der sowohl von der Telekom in ihren Glasfaserausbaugebieten als auch von den Wettbewerbern in den Gebieten, die sie mit Glasfaser erschlossen haben, in Gang gesetzt werden kann, sofern sie die Anforderungen erfüllen, d. h. insbesondere verbindliche, dauerhafte und angemessene Open-Access-Angebote unterbreiten. Dies könnte im Rahmen einer Verpflichtungszusage geschehen, die unabhängig von der vorherigen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung abgegeben werden kann.

Zudem müssten in diesem Verfahren die Einzelheiten einer Kupfer-Glas-Migration geklärt werden, wie z.B. Abschaltfristen nach Errichtung der Glasfaserinfrastruktur in einem Ausbaugbiet und einer entsprechenden Initiative der Telekom bzw. eines alternativen Glasfaserausbauers, Abschalteneinheiten (Ortsnetze?, Anschlussbereiche?), die Ausgestaltung der anzubietenden Vorleistungen, Kostentragungsregeln für den Migrationsprozess und Beschreibung des Migrationsprozesses etc.

4. Deregulierung des Kupfernetzes in Glasfaserausbaubereichen alternativer Betreiber

Eine mögliche Zwischenlösung auf dem Weg zu gleichen Bedingungen in allen Glasfaserausbaubereichen könnte es sein, die Telekom in Glasfaserausbaubereichen der Wettbewerber aus der Zugangs- und Entgeltregulierung für das Kupfernetz zu entlassen, sofern der lokale Glasfaserausbauer dies beantragt und gleichzeitig eine verbindliche und langfristige Verpflichtungszusage zum Angebot angemessener Vorleistungen abgibt.

Dazu könnten Angebote vergleichbare Verpflichtungszusagen von VHC-Netzbetreibern entsprechend den Verpflichtungszusagen der Marktmächtigen Unternehmens nach § 16 im Rahmen der Regulierungsverfügung verbindlich gemacht werden.

Es kann erwartet werden, dass die Telekom in diesen Gebieten ohne entsprechende regulatorische Auflagen perspektivisch keine kupferbasierten Vorleistungen mehr anbietet, so dass zumindest ihre Vorleistungsnachfrager zügig auf das neue Glasfasernetz migrieren würden. Sollte die Telekom diese lokale Deregulierung ihres Kupfernetzes allerdings zu einer strategischen Preissetzung im Vorleistungsbereich nutzen, müsste im Wege der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht oder durch die Wiederauferlegung der Zugangs- und Entgeltregulierung gegengesteuert werden.

Die Gefahr von strategischen Preissetzungsmaßnahmen durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann dadurch entgegengewirkt werden, dass

- die Entgeltregulierung nach § 36 Abs. Absatz 7 beibehalten wird; in diesem Fall sind strategische Preismaßnahmen wegen Verstoßes gegen § 35 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 (Nr. 3 oder Nr. 4) per se ausgeschlossen; oder
- eine ex post-Entgeltregulierung angewendet würde; auch in einem solchen Fall können strategische Preissetzungsmaßnahmen wirksam unterbunden werden.

Im Übrigen können strategische Preissetzungsmaßnahmen von marktbeherrschenden Unternehmen durch die Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes unterbunden werden, da insoweit einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. In einem solchen Fall stünde den betroffenen Wettbewerbern zudem ein Schadenersatzanspruch gegen das marktbeherrschende Unternehmen zu.

In jedem Fall müssten die möglichen wettbewerblichen Auswirkungen einer Deregulierung der Telekom in Glasfaserausbaugebieten von Wettbewerbern sorgfältig analysiert werden. Insofern ist dies ein Diskussionsvorschlag seitens des BREKO.

5. Sicherung der Entgeltstabilität für kupferbasierte Vorleistungsprodukte

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Kupfer-Glas-Migration ist die Sicherung der Entgeltstabilität für kupferbasierte Vorleistungen. Hierzu verweisen wir auf die Ausführungen zur Entgeltregulierung oben unter Punkt IV 3.

VII. Informationen über Breitbandausbau und Ausbauplanung (§§ 75 ff. TKG-E)

1. Einleitung

Die §§ 75 ff. TKMoG-E setzen die Vorgaben des Art. 22 EECC zur Schaffung eines umfassenden Informationsinstrumentariums zum Stand des Breitbandausbaus um. Dieses Ziel ist grundsätzlich zu begrüßen, allerdings ist darauf zu achten, dass der Aufwand für die Unternehmen zur Befüllung dieser Informationsinstrumente zumindest nicht weiter erhöht wird und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gewahrt werden. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen ist die Gesamtbelastung durch die Befüllung von Infrastruktur- und Breitbandatlas, aber auch durch die Beantwortung von Marktabfragen im Vorfeld von Entgeltverfahren oder Berichten der BNetzA bereits heute sehr hoch.

2. Bestandsausbau

a) Informationen über Infrastrukturen (§ 76 TKMoG-E)

Der Ansatz des TKMoG, zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein zentrales Datenportal einzurichten, in dem die bestehenden Instrumente, also vor allem der Infrastruktur- und der Breitbandatlas zusammengefasst werden, ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Mit dem Datenportal wird ein modernes Informationstool geschaffen, ohne dass der bisherige Aufwand für die Unternehmen notwendigerweise erhöht wird.

Fragwürdig ist die Erhebung der bisher nicht im Infrastrukturatlas verfügbare Information über die gegenwärtige Nutzung sowie die tatsächliche Verfügbarkeit der Leitungswege (§ 76 Abs. 2 TKMoG-E). Weil sich diese Umstände kurzfristig verändern können und sehr volatil sind, erscheint es wenig sinnvoll, sie in den Informationsteil zur Infrastruktur aufzunehmen.

Unklar erscheint, wer in welchem Verfahren über das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für eine Aufnahme in den Infrastrukturteil nach § 76 Abs. 3 TKMoG entscheidet. Dies können die "Zentrale Informationsstelle" (ZIS) oder das auskunftsverpflichtete Unternehmen selbst sein. Da die Einsichtnahme Dritter in Infrastrukturen, die die Sicherheit oder Integrität der Einrichtung selbst gefährden oder die Funktionsfähigkeit kritischer Infrastrukturen bzw. vertrauliche Informationen des verpflichteten Unternehmens betreffen, erhebliche Eingriffe darstellen können, sollte das Verfahren zur Feststellung des Vorliegens der genannten Ausnahmetatbestände, einschließlich möglicher Rechtsmittel, im Gesetz selbst geregelt werden.

b) Informationen zum Breitbandausbau (§ 77 TKMoG-E)

Gemäß §§ 77 Abs. 2 TKMoG-E sollen die Informationen über den Breitbandausbau "gebiets- und haushaltsgenau" erfolgen. Eine haushaltsgenaue Angabe der Breitbandverfügbarkeit stellt zumindest bei der erstmaligen Erstellung einen erheblichen Aufwand für die Unternehmen dar, der aber der Qualität und dem Informationsgehalt des Breitbandteils zugutekommen kann. Zwingende Voraussetzung für die Erstellung haushaltsgenauer Angaben zum Breitbandausbau ist aber, dass die Kommunen den Unternehmen rechtzeitig vorher offizielle Adresslisten zur Verfügung stellen, die nicht nur die Adressen, sondern auch die entsprechenden Haushalte hinter den Adressen enthalten (haushaltsbezogene Adresslisten) und diese Liste fortlaufend aktualisieren. Zudem sollten diese Verzeichnisse auch aktuelle Auskünfte z.B. über Neubauten, Baulücken oder Umwidmungen abbilden. Anderenfalls kann diese gesetzliche Anforderung von den Unternehmen nicht erfüllt werden.

Die Übermittlung entsprechender haushaltsbezogener Adressdaten durch die Kommunen, die nicht mit Kosten verbunden werden sollte, sollte daher auch in das TKG aufgenommen werden. Zudem sollen die Angaben "*hinreichende Details zu lokalen Gegebenheiten sowie ausreichende Informationen über die Dienstqualität und deren Parameter*" enthalten. Es wäre wünschenswert, wenn diese Anforderung im Gesetzestext oder zumindest in der Begründung noch einmal präzisiert würde.

Obwohl Art. 22 Abs. 1 EECC bis zu 3 Jahre für Updates der geografischen Erhebung vorsieht, will der deutsche Gesetzgeber an den bereits etablierten jährlichen Aktualisierungen festhalten. Dies ist nachvollziehbar, aber auch ausreichend.

3. Ausbauplanung

Als neue Information zum Breitbandausbau sehen § 22 Abs. 1 Unterabsatz 3 und 4 EECC die Möglichkeit einer Vorausschau auf die Ausplanung aller Unternehmen für

VHC-Netze bzw. Netze mit einer Downloadgeschwindigkeit von mindestens 100 Mbit/s vor. Das “Ob” bzw. das “Wie” der Umsetzung steht also im Ermessen der Mitgliedsstaaten. Da die Informationen über die Ausbauplanungen einen äußerst sensiblen Kernbereich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen betreffen, hat der BREKO von Anfang an zu einer zurückhaltenden und vorsichtigen Umsetzung geraten. Von daher sollte eine Erhebung über zukünftige Ausbauplanungen nur insoweit eingesetzt werden, als hierfür ein klarer, objektiver Zweck erkennbar ist. Insofern ist es richtig und nachvollziehbar, die Informationen zum zukünftigen Netzausbau zunächst auf die Mobilfunknetze zu beschränken, da die Informationen diesbezüglich der Kontrolle, der sich aus der Frequenzvergabe resultierenden Ausbaupflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber dienen. Dies entspricht auch der Regelung in § 77q des geltenden TKG.

Da die Übersicht über die Ausbauplanung nach der Systematik des Art. 22 EECC bis zum nächsten Update der geografischen Erhebung vorgenommen werden kann, würde der europäische Rechtsrahmen einen Zeitraum von bis zu 3 Jahren für die Vorausschau ermöglichen. Ein derart langer Zeitraum für die Erhebung wäre aber wenig zielführend, weil er nicht den Planungszyklen und der notwendigen Planungsflexibilität der Unternehmen entspricht.

Dabei ist insbesondere auch zu beachten, dass sich Investitionsentscheidungen für einen Ausbau bei steigender Nachfrage der Endkunden auch kurzfristig ändern können bzw. bei mangelnder Nachfrage in bestimmten Gebieten Endkunden mit konkreter Nachfrage priorisiert werden. Je länger der Zeitraum für die Vorausschau, desto weniger präzise und verbindlich können notwendigerweise die Angaben sein. Aus der gesetzgeberischen Absicht, die Angaben zum Breitbandausbau jährlich zu aktualisieren, folgt, dass auch der Zeitraum für die Ausbauplanung an sich auch nur auf ein Jahr ausgerichtet sein kann.

4. Gebiete mit Ausbaufiziten (Mapping, § 81 TKMoG-E)

Als neues Instrument zur Planung und Steuerung des Ausbaus von VHC-Netzen sieht § 81 TKMoG-E die Möglichkeit der “Zentralen Informationsstelle” (ZIS) zu Abfragen von konkreten Ausbauabsichten in einem eindeutig abgegrenzten Gebiet vor. Soweit ein Unternehmen oder eine öffentliche Stelle eine Ausbauabsicht bekundet, kann die ZIS die Ausbauabsichten weiterer Unternehmen und öffentliche Stellen abfragen. Ausweislich der Begründung schafft dieses Verfahren

“Transparenz für Unternehmen und öffentliche Stellen, die ihr Interesse bekundet haben, sich in diesem Gebiet zu engagieren, so dass sie bei der

Aufstellung ihrer Geschäftspläne die mögliche Konkurrenz durch andere Netze beurteilen können.” (S. 331 TKMoG-E).

Die Regelung bewerten wir aus mehreren Gründen als kritisch. Zum einen kann die Abfrage von Ausbauabsichten, die einem Förderverfahren beihilferechtlich zwingend vorangeschalteten lokalen Markterkundungsverfahren nicht ersetzen. Dies ist so in der Gesetzesbegründung zwar enthalten. Wir regen allerdings an, dies auch im Gesetzestext selbst klarzustellen. Zudem sind Gebiete mit Ausbaufizit nach den Vorgaben von § 22 EECC nur solche, in denen keine Möglichkeit zur Versorgung mit mindestens 100 Mbit/s im Download besteht. Um gerade die besonders schlecht versorgten Gebiete in Deutschland zu identifizieren, die auch in den nächsten Jahren sowohl eigenwirtschaftlich als auch im Rahmen von Förderprogrammen prioritär zu erschließen sind und damit eine digitale Spaltung zu verhindern, sollte diese Vorgabe aus dem EECC im TKMoG übernommen werden.

Ähnlich wie bei Markterkundungsverfahren können Meldungen bei Abfragen zu konkreten Ausbauabsichten auch hier aus Gründen unterbleiben, die nicht im Verantwortungsbereich der Unternehmen selbst liegen. So kann beispielsweise eine zu geringe Nachfrage oder fehlende Tiefbaukapazitäten dazu führen, dass eine Ausbauabsicht nicht angemeldet wird und ein Gebiet, für das ein eigenwirtschaftliches Ausbaupotenzial besteht, damit als potenzielles Fördergebiet ausgewiesen wird.

Die vorgesehene Logik, nach erfolgter Ausbauankündigung eines Unternehmen andere Unternehmen aufzufordern, ebenfalls eine etwaige Ausbauabsicht zu bekunden, wird nicht zu dem in der Begründung aufgeführten Ziel der besseren Planbarkeit des Geschäftsplans führen. Vielmehr würde diese dazu führen, Unternehmen, die bisher keinen Ausbau in diesem Gebiet geplant haben zu motivieren, einen strategisch destruktiven und volkswirtschaftlichen unsinnigen Überbau durchzuführen. Der BREKO spricht sich daher für eine Streichung von § 81 Abs. 2 S. 2 TKMoG-E aus.

Umgekehrt muss jedoch eine entsprechende, freiwillige Meldung des geplanten Ausbaus eines Unternehmens in Gebieten mit Ausbaufizit im Sinne des § 81 TKG unbedingt auch in den Markterkundungsverfahren berücksichtigt werden und damit eine Meldung des geplanten Ausbaus nicht durch die Erforderlichkeit einer wiederholten Meldung in jedem Markterkundungsverfahren berücksichtigt werden.

Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der ausbauwilligen Unternehmen verletzt werden.

VIII. Frequenzregulierung - Obligatorische Auferlegung von Dienste- und MVNO-Verpflichtungen (§ 84 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung: Notwendigkeit einer Diensteanbieterverpflichtung

Im Rahmen der Neufassung des Regulierungsregimes zur Frequenzvergabe betont Art. 52 des EECC den Aspekt der Förderung eines wirksamen Wettbewerbs bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten. Dabei wird der Wettbewerb in den Mobilfunkmärkten wesentlich durch die Existenz von Diensteanbietern und MVNO gesichert.

Bei den zum Aufbau von Mobilfunknetzen benötigten Frequenzen handelt es sich um nur im begrenzten Umfang verfügbare öffentliche Ressourcen. Daher wird die Anzahl der Unternehmen, die im Mobilfunkmarkt als Netzbetreiber (MNO) agieren können, neben ökonomischen Ressourcen naturgemäß durch die Verfügbarkeit dieser Ressourcen bestimmt. In der Folge hat es im deutschen Mobilfunkmarkt über alle Mobilfunkstandards hinweg nie mehr als vier - und nach dem Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus zunächst nur noch drei – Netzbetreiber gegeben, die zudem (jedenfalls nach dem Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus) vergleichbar hohe Marktanteile halten. Starke Skalierungseffekte auf der Netzebene, ein hoher Anteil fixer, versunkener Kosten und eine hohe mindestoptimale Betriebsgröße im Verhältnis zur relevanten Nachfrage stellen zudem erhebliche Markteintrittsbarrieren für neue Netzbetreiber dar. Aufgrund der besonderen Marktstruktur sprechen auch die Erfahrungen in der Vergangenheit dafür, dass der Binnenwettbewerb zwischen den MNO auch in der Zukunft begrenzt sein wird.

Bei der Zuteilung der LTE-Frequenzen (4G) meinte die BNetzA auf die ausdrückliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung verzichten zu können, da sie davon ausgegangen ist, dass die mit der Zuteilung der UMTS-Frequenzen auferlegte Diensteanbieterverpflichtung über § 150 Abs. 4 TKG technologieneutral und personengebunden für den LTE-Standard fortwirkt.

Allerdings wurde diese Rechtsauffassung der Behörde von den Netzbetreibern nicht oder nur sehr begrenzt anerkannt. So sah Vodafone in Bezug auf LTE allenfalls eine Verpflichtung zum Angebot des „Tarifportfolios von Vodafone“ vor, wodurch der Wettbewerb auf einen reinen Preiswettbewerb reduziert und die Gestaltung eigener innovativer Produkte durch die Diensteanbieter – eine zentrale Intention der Diensteanbieterverpflichtung – vereitelt wurde. Die Telekom hat eine Anwendbarkeit der Diensteanbieterverpflichtung auf LTE komplett abgestritten.

Einzig Telefónica musste im Zuge der Fusionskontrollentscheidung „Telefónica/E-Plus“ eine Diensteanbieterverpflichtung für ihr LTE-Netz bis zum Jahr 2025 akzeptieren, wobei das den Diensteanbietern angebotene Vorleistungsprodukt

hinsichtlich der erzielbaren Bandbreiten und anderer Qualitätsparameter hinter der von Telefónica für den eigenen Vertrieb genutzten Qualität zurückbleibt (“LTE light”).

In die Frequenznutzungsbedingungen für die 5G-Frequenzen hat die BNetzA trotzdem keine direkte Diensteanbieterspflicht aufgenommen, obwohl – nicht nur nach Auffassung des BREKO - diesbezüglich mit § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG und § 61 Abs. 6 TKG ausreichende Rechtsgrundlagen hierzu bestanden hätten (in diesem Sinn jüngst auch VG Köln Urt. v. 17.2.2020 – 9 K 8525/18, BeckRS 2020, 6478 Rn. 136 ff., beck-online; VG Köln Urt. v. 17.2.2020 – 9 K 8515/18, BeckRS 2020, 6477 Rn. 225 ff., beck-online). Allerdings gab es eine gutachterliche Auseinandersetzung zu der Frage, ob für die Auferlegung einer Diensteanbieterspflicht die Regelungen zur Marktregulierung gelten, also vorher eine marktmächtige Stellung der Mobilfunkbetreiber festgestellt werden muss (die nicht festgestellt worden ist).

Die BNetzA hat sich vor diesem Hintergrund bei der 5G-Frequenzteilung lediglich für die Aufnahme einer von ihr zu kontrollierenden “Verhandlungspflicht” der MNO über eine Diensteanbieterspflicht entschieden, mit der aber kein Abschluss- und Kontrahierungszwang verbunden ist.

Vielmehr *“beinhaltet das Verhandlungsgebot das Ziel, in privatautonomen Verhandlungen einen Vertragsschluss zu erreichen.”* (BK 1-17/001 Rz. 502).

Zudem soll die Verhandlungspflicht auch nicht von Anfang an durchgesetzt werden können, da den Mobilfunknetzbetreibern ein “Recht zu einem vorstoßenden Wettbewerb” - und damit ein Vermarktungsvorsprung - zuerkannt wird (Rz. 500/ 501).

Unter diesen Umständen ist es absehbar, dass es bei 5G kaum zu einem durch Diensteanbieter initiierten Wettbewerb kommen wird. Die Monopolkommission stellt in ihrem Sondergutachten aus dem Jahr 2017 das weitgehende Scheitern freiwilliger Zugangsvereinbarungen im Zusammenhang mit 4G-Produkten fest.⁴

Die hier geschilderte Entwicklung zeigt, dass die Auferlegung einer belastbaren Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung das notwendige Instrument zu der im Europäischen Kodex zu Recht geforderten Wettbewerbssicherung im Mobilfunk ist.

⁴ Monopolkommission Sondergutachten 78 „Telekommunikation 2017: „Auf Wettbewerb bauen!“ (2017) Rn. 42 S. 39f.

2. Umsetzung

a) Auferlegung einer Dienstanbieterverpflichtung

Das TKMoG bietet zwei mögliche Rechtsgrundlagen für die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung an.

Gemäß § 96 Abs. 2 TKMoG-E kann die Frequenzzuteilung zur Sicherung der Regulierungsziele aus § 2 TKMoG-E mit Nebenbestimmungen versehen werden. In Betracht kommen hier insbesondere die Regulierungsziele der

“Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte” (§ 2 Abs. 2 Nr.2 TKMoG-E) sowie “die Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen”, die die BNetzA und andere Behörden dadurch fördern sollen, “indem sie auf größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität auf der Grundlage eines wirksamen Wettbewerbs hinwirken” (§ 2 Abs. 2 Nr.3b TKMoG-E).

Noch naheliegender ist allerdings § 102 TKMoG-E, der Art. 52 EECC umsetzt. Nach Abs. 2 kann die BNetzA im Rahmen der Frequenzzuteilung zur Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs und der Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt “geeignete Maßnahmen” ergreifen. Hierzu zählt ausdrücklich auch die Verknüpfung der Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen, wie der **Gewährung eines Vorleistungszugangs**.

Vor dem Hintergrund des klaren gemeinschaftsrechtlichen Auftrags zur Wettbewerbssicherung und -förderung im Zuge Frequenzzuteilung einerseits und der schon strukturell wettbewerbsbeschränkend wirkenden Ressourcenknappheit bei den Mobilfunkfrequenzen sowie der geringen Erfolgsprognose bzgl. anderer Maßnahmen (Stichwort: Verhandlungspflicht) andererseits, wird die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung regelmäßig erforderlich sein.

Diesem Umstand sollte durch eine **Ermessensstrukturierung in § 102 Abs.2 TKMoG** dahingehend Rechnung getragen werden, dass die BNetzA die geeigneten Maßnahmen” im Rahmen der Frequenzzuteilung regelmäßig ergreifen **“soll”**.

b) Kein Vorrang der Marktregulierung

Wie oben dargestellt, war die Auseinandersetzung zur Einführung einer Diensteanbietauflage im Zuge der 5G-Frequenznutzungsbestimmungen stark von der rechtlichen Frage geprägt, ob die Feststellung beträchtlicher Marktmacht eine Voraussetzung für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach dem

Frequenzregime des TKG ist. In der Begründung zu § 9 Abs. 1 TKModG-E wird jetzt klargestellt, dass die Kommission u.a. in Art.52 EECC neue Eingriffsbefugnisse für Konstellationen geschaffen habe, in denen sie offenbar auch ohne die Feststellung einer beträchtlicher Marktmacht, nicht von wirksamem Wettbewerb ausgeht. Daraus folgt, dass bei der Einleitung von Maßnahmen nach § 102 Abs. 2 TKMoG-E die vorherige Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht erforderlich ist.

Allerdings sollte eine entsprechende Klarstellung nicht nur in der Gesetzesbegründung, sondern auch im Gesetz selbst vorgenommen werden. Am Ende von § 102 Abs. 2 TKMoG-E wäre daher ein Satz aufzunehmen, wonach die Feststellung beträchtlicher Marktmacht für die Einleitung geeigneter Maßnahmen nach diesem Absatz nicht erforderlich ist.

3. Neufassung der Begründung zu § 102 TKMoG-E

Die Begründung zu § 102 TKMoG-E beschreibt mögliche Risiken, die mit der Einleitung der in der Vorschrift genannten "geeigneten Maßnahmen" verbunden sein können und fordert vor diesem Hintergrund "eine eingehende und objektive Bewertung des Marktes und der entsprechenden Wettbewerbsbedingungen" (TKMoG-E, S.v343). Dagegen ist nichts einzuwenden, allerdings sollte dann in der Begründung auch ein Hinweis auf die durch die Frequenzknappheit schon strukturell bestehenden Wettbewerbshindernisse und den klaren Auftrag des Gemeinschaftsrechts, im Zuge der Frequenzvergabe Wettbewerb zu sichern und zu fördern, nicht fehlen. Diese müsste lauten:

„Der Förderung des Wettbewerbs kommt im Falle der Frequenzknappheit eine besondere Bedeutung zu (siehe § 96 Absatz 1 Satz 3). Folglich steht die Entscheidung über die Förderung des Wettbewerbs und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt gemäß Absatz 1 nicht im Ermessen der Bundesnetzagentur (Artikel 52 Absatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972). Hieraus ergibt sich auch für die Ergreifung von Maßnahmen nach Absatz 2 durch die Bundesnetzagentur eine ermessenslenkende Wirkung: Um der Pflicht zur Förderung des Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt gerecht zu werden, wird die Bundesnetzagentur diesen Zielen bei der Entscheidung über die Ergreifung von Maßnahmen nach Absatz 2 im Zweifel Vorrang vor anderen Regulierungszielen aus § 2 sowie § 83 einräumen müssen. Deshalb wird auch die Ergreifung geeigneter Maßnahmen im Sinne des Absatzes 2 regelmäßig erforderlich sein („soll“).

Die Rechtfertigung für Maßnahmen nach Absatz 2 liegt in der Knappheit von Frequenzen als öffentlichem Gut von hohem gesellschaftlichem, kulturellem und wirtschaftlichem Wert (siehe § 83 Absatz 1 Nr. 1) und den der Knappheit immanenten Wettbewerbsbeschränkungen. Der ausschließlich für Maßnahmen des Teil 2 geltende Grundsatz, die sektorspezifische Vorabregulierung je nach der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und letztendlich sicherzustellen, dass die Märkte für Telekommunikation nur dem Wettbewerbsrecht unterliegen (Erwägungsgrund 29), findet auf Maßnahmen nach Absatz 2 deshalb keine Anwendung. Aus Gründen der Rechtsklarheit wird daher am Ende des Absatzes darauf hingewiesen, dass die Auferlegung von Maßnahmen nach Absatz 2 nicht von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht abhängig ist (siehe Begründung zu § 9 Absatz 1).“

Vor diesem Hintergrund ist auch die Behauptung in der Gesetzesbegründung des Entwurfes zu streichen, eine Auferlegung von Maßnahmen des Absatzes komme nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht:

„So können beispielsweise Frequenzobergrenzen und die Reservierung von Frequenzen eine künstliche Knappheit erzeugen; Zugangsverpflichtungen auf der Vorleistungsebene können — sofern keine Marktmacht besteht — Geschäftsmodelle behindern, und Einschränkungen der Übertragung von Rechten können die Entwicklung von Sekundärmärkten hemmen. ~~GE — ine Auferlegung solcher Maßnahmen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen.~~ Daher ist eine einheitliche und objektive Wettbewerbsprüfung erforderlich und sollte konsequent angewendet werden, wenn solche Bedingungen auferlegt werden. Die Anwendung solcher Maßnahmen sollte daher auf einer eingehenden und objektiven Bewertung des Marktes und der entsprechenden Wettbewerbsbedingungen durch die Bundesnetzagentur beruhen.“

Art. 52 EECC sieht eine solche pauschale Einschränkung des Anwendungsbereichs der Maßnahmen gemäß Absatz 2 weder im Gesetzestext noch in den dazugehörigen Erwägungsgründen vor. Die Auferlegung von Maßnahmen in Art. 52 Absatz 2 Satz 1 EECC, die durch § 102 Absatz 2 TKModG-E in nationales Recht umgesetzt werden, ist von einer Vielzahl unterschiedlich strenger Rechtfertigungserfordernisse abhängig

(Absatz 2 Satz 1 lit. a) 2. Var EECC: „wenn die Umstände dies rechtfertigen“; Absatz 2 Satz 1 lit. b): „wenn dies angesichts der besonderen Lage auf dem nationalen Markt angemessen und

gerechtfertigt ist“; Absatz 2 Satz 1 lit. c): „um Wettbewerbsverzerrungen durch Zuteilung, Übertragung oder Anhäufung von Nutzungsrechten zu verhindern.“; Absatz 2 Satz 1 lit. d): „wenn wahrscheinlich ist, dass der Wettbewerb durch die Übertragung in beträchtlicher Weise beeinträchtigt würde“. Absatz 2 Satz 1 lit. e): „wenn dies erforderlich ist, um Wettbewerbsverzerrungen infolge der Übertragung oder Anhäufung von Frequenznutzungsrechten nachträglich zu beseitigen“).

Im direkten Vergleich der Anforderungen in Absatz 2 Satz 1 lit. a) mit denen in Absatz 2 Satz 1 lit. b) bis e) wird deutlich, dass an Maßnahmen gemäß Absatz 2 lit. a) deutlich geringere Rechtfertigungsanforderungen gestellt werden als an Maßnahmen gemäß Absatz 2 lit. b) bis e). Wenn der deutsche Gesetzgeber nunmehr in der Gesetzesbegründung zu § 102 TKG-E unterschiedslos von einer Ergreifung der Maßnahmen „nur in besonderen Ausnahmefällen“ spricht, dann verkennt er diese bewusste Differenzierung des europäischen Gesetzgebers zwischen den einzelnen Maßnahmen.

Hinzu kommt, dass eine derartig pauschale Einschränkung des Anwendungsbereiches der Vorschrift nicht geboten ist. Der europäische Gesetzgeber hat die Auferlegung entsprechender Maßnahmen ausdrücklich von einer eingehenden Prüfung der Marktbedingungen und einer Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse abhängig gemacht (vgl. Absatz 2 Satz 2). Damit ist für eine zusätzliche Einschränkung des Anwendungsbereiches der Vorschrift durch die Gesetzesbegründung kein Raum.

Eine solche pauschale Einschränkung des Anwendungsbereiches der Vorschrift wäre zudem ein nationaler Sonderweg. Er würde dem Ziel der europäischen Frequenzpolitik, eine Harmonisierung der Frequenznutzung zu erreichen und einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt zu fördern (vgl. EG 107 EECC i.V.m. Art. 1 Absatz 1, 2 lit. a) und b) der Entscheidung Nr. 676/2002/EG sowie Art. 1 und 2 Absatz 1 lit. b) und c) des Beschlusses Nr. 243/2012/EU), offensichtlich widersprechen.

Vielmehr verpflichtet Art. 52 Absatz 1 EECC (und entsprechend auch § 102 Absatz 1 TKModG-E) die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde dazu, u.a. bei der Zuteilung von Frequenzen Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt zu verhindern. Maßnahmen nach Absatz 2 sollen gerade dazu dienen, dieses Ziel zu erreichen. Eine nationale und im EECC nicht vorgesehene erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereiches solcher Maßnahmen würden die Erreichung dieses Zieles erschweren und damit Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt gerade begünstigen. Der sich hieraus ergebende Verstoß gegen Art. 4 Absatz 3 Unterabsatz 3 EUV liegt auf der Hand (effet utile).

IX. Öffentliches Wegerecht (§§ 119-126 TKMoG-E)

1. Einleitung

Die Effizienz, Geschwindigkeit und vor allem Berechenbarkeit von Genehmigungsverfahren sind ein entscheidender Faktor für einen zügigen Glasfaserausbau. Hier liegt ein erhebliches Beschleunigungspotenzial, das durch die Regelungen in §§ 122 ff. TKMoG-E zwar zu einem signifikanten Teil, aber noch nicht vollständig gehoben wird.

2. Antragsfristen

Die bisher schon nach § 68 Abs. 3 S. 2 TKG geltende Fiktion der Zustimmung des Wegebausträgers drei Monate nach Eingang des vollständigen Antrags wird in § 124 Abs. 3 S. 2 TKMoG-E um eine weitere Fiktion zur Vollständigkeit des Antrags einen Monat nach Antragstellung ergänzt. Diese Ergänzung ist sinnvoll und notwendig, weil einige Kommunen die Antragsverfahren durch Untätigkeit oder immer neue Anforderungen an die Antragsteller, bewusst in die Länge gezogen haben, um die 3-Monatsfrist für die Zustimmung nicht in Gang zu setzen.

Allerdings sind zwei Ergänzungen erforderlich, um ein Verzögerungspotenzial im Antragsverfahren auszuschließen. Zum einen sollte im Gesetz klargestellt werden, dass die Behörde die Monatsfrist bis zur Fiktion eines vollständigen Antrags nicht ausschöpft oder schlicht verstreichen lässt, wenn sie keine weiteren Einwände hat, sondern die Vollständigkeit des Antrags unverzüglich nach Abschluss ihrer Prüfung bestätigt.

Zum anderen sollte eine Verpflichtung der Kommunen aufgenommen werden, spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten des neuen TKG eine verbindliche Liste zu den für die Genehmigung erforderlichen Unterlagen und deren Formaten auf ihren Webseiten zu veröffentlichen. Auf diese Weise könnten Missverständnisse und Streitigkeiten bei der Antragstellung vermieden und eine von Anfang an hohe Antragsqualität gesichert werden.

Schließlich sollte auch geprüft werden, ob nicht eine stärkere Differenzierung zwischen einer unterirdischen oder einer oberirdischen Verlegung vorgenommen werden kann. Bei einer oberirdischen Verlegung wird der Prüfaufwand in der Regel höher sein, so dass für die Prüfung der Zustimmung zu einer unterirdischen Verlegung ggf. auch kürzere Fristen in Betracht gezogen werden könnten.

3. Bündelung von Genehmigungen

Als essentieller Beitrag zur Beschleunigung und Planbarkeit von Genehmigungsverfahren ist die Koordinierung und Erteilung der ggf. nach dem Naturschutzrecht, dem Denkmalschutzrecht, dem Wasserhaushaltsrecht und der Straßenverkehrsordnung erforderlichen Genehmigungen durch eine zentrale Stelle innerhalb der auch für die Erteilung von Baugenehmigungen geltenden Drei-Monats-Frist des § 147 TKMoG-E. Durch dieses "One-Stop-Shop"-Verfahren und die Anknüpfung an die Frist des § 147 TKMoG-E werden die Genehmigungsverfahren für die ausbauenden Unternehmen viel berechenbarer, so dass sie sich z. B. bereits um die erforderlichen Tiefbaukapazitäten bemühen können, während die Genehmigungsverfahren noch laufen.

Auch wenn anzuerkennen ist, dass die Bündelung der Genehmigungsverfahren bei einem zentralen "Kümmerer" für die Länder und vor allem die Kreise und kreisfreien Städte, auf deren Ebene die koordinierende Stelle nach Auffassung des BREKO sinnvollerweise angesiedelt werden sollte, da die meisten Genehmigungen auf dieser Ebene erfolgen, zumindest am Anfang mit einem erheblichen Umsetzungsaufwand verbunden ist, sollte die geplante Regelung unbedingt in das neue TKG aufgenommen und umgesetzt werden.

Umso wichtiger ist es, dass die Kreise und kreisfreien Städte mit dem erforderlichen Personal und Sachressourcen ausgestattet werden, um die koordinierenden Stellen einzurichten und deren Effizienz dauerhaft zu sichern.

Die Einbindung der zu beteiligenden Behörden, wie z. B. der unteren Naturschutz- oder der Denkmalschutzbehörde, in das Zustimmungsverfahren und die hierfür geltenden Fristen darf im Ergebnis nicht dazu führen, dass die Fachbehörden ihre Zustimmung sozusagen "präventiv" mit zusätzlichen Auflagen oder weiteren Nebenbestimmungen versehen, weil die Genehmigungsfrist des § 147 TKMoG-E kürzer ist als möglicherweise die Fristen in den entsprechenden Fachgesetzen, soweit diese überhaupt Fristen enthalten. Es muss für den Antragsteller berechenbar sein, mit welchen Auflagen er rechnen muss.

4. Digitale Antragstellung

Ein weiterer erheblicher Effizienzgewinn wird erreicht, wenn die Antragstellung und –abwicklung vollständig digital ablaufen könnte. Auch dies wird wesentlich von einer ausreichenden finanziellen Ausstattung der koordinierenden Stellen abhängen, nicht nur für eine leistungsfähige Hardware, sondern z. B. auch für Mitarbeiterschulungen. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 124 TKMoG-E (S. 360) wird die elektronische Durchführung des Verfahrens angestrebt. Wir nehmen dies zustimmend

zur Kenntnis und verweisen auf die bekannten Best-Practice-Beispiele für eine digitale Verwaltung (wie z. B. Estland)

5. Mitnutzung und gemeinsame Unterbringung von Einrichtungen

Einen erheblichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit und die betriebliche Organisation der Unternehmen stellt die neue Befugnis der BNetzA in § 125 Abs. 4 TKMoG-E dar, die Mitnutzung und gemeinsame Unterbringung der zugehörigen Einrichtungen anzuordnen, soweit die Ausübung der Nutzungsberechtigung nach § 122 TKMoG-E Belange des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Städteplanung und Raumordnung auch nur berührt. Man wird zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung oder Gefährdung der genannten Schutzgüter fordern müssen, bevor die zwangsweise Durchsetzung einer Mitnutzung bzw. eine Verweigerung der Genehmigung zulasten der ausbauenden Unternehmen gerechtfertigt sein können.

Auch wenn grundsätzlich nachvollziehbar ist, dass die Kommunen kurzfristig aufeinander folgende Baumaßnahmen unterschiedlicher Betreiber vermeiden wollen, wäre eine freiwillige Koordinierung der Beteiligten vorzugswürdig. So könnte eine Bestimmung eingeführt werden, nach der die BNetzA die beteiligten Unternehmen zu einer Kooperation auffordern kann. Sofern eine solche Maßnahme auf die Dauer nicht zu einer Verbesserung der Koordinierung führt, kann dann immer noch geprüft werden, welche Instrumente - ggf. auch in den Fachgesetzen - hier zielführend wären.

6. Alternative Verlegeverfahren

Die Einführung einer Widerspruchslösung anstelle des bisherigen Erfordernisses einer Zustimmung der Behörde beim Einsatz von alternativen Verletechniken in § 123 Abs. 2 TKMoG-E ist als gesetzgeberischer Fortschritt zu bewerten. Letztlich sollte aber das Regel-Ausnahmeverhältnis beim Einsatz dieser Verfahren grundsätzlich überdacht werden und diese als Standard anerkannt werden, um den Glasfaserausbau weiter zu beschleunigen.

7. Kostentragungsregelungen bei gebotenen Änderungen einer TK-Linie oder späteren besonderen Anlagen (§§ 127, 130 TKMoG-E)

Wie bereits nach §§ 72 und 75 des geltenden TKG sollen die Betreiber von TK-Netzen auch zukünftig verpflichtet werden, eine Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie auf eigene Kosten in Fällen vorzunehmen, in denen die TK-Linie spätere erforderliche Arbeiten des Wegebausträgers zur Unterhaltung oder Änderung des Verkehrsweges verhindert (§ 127 TKMoG-E) bzw. die Errichtung späterer baulicher

Anlagen, z. B. durch Unternehmen des öffentlichen Nahverkehrs, wesentlich erschweren (§ 130 TKMoG-E).

Diese Kostentragungsregelung hat sich in den vergangenen Jahren zu einer erheblichen finanziellen Belastung für die Branche entwickelt, da im Zuge der verstärkten Erneuerung öffentlicher Infrastrukturen (Straßen, Brücken), der Verbreiterung von Autobahnen, neuen Bahntrassen oder des stärkeren Ausbaus von Kreisverkehren deutlich häufiger und zum Teil auch umfangreichere Leitungsverlegungen erforderlich geworden sind.

Hinzu kommt, dass bei Glasfasernetzen eine Verlegung wesentlich aufwändiger zu bewerkstelligen ist. Während beim Kupfernetz oftmals nur ein Kabel oder ein DN50-Rohr verlegt werden muss, können bei einem großflächigeren Glasfaserausbau mehrere (ggf. bereits mit Glasfasern belegte) Flachverbände übereinander liegen. So enthalten z. B. Zubringerverbände zu Zwischenverteilern in der Regel x mal 288 Fasern. Hinzu kommen die Verbände, die direkt an die Gebäude angeschlossen sind. Wird hier eine Verlegung erforderlich, kann dies schnell zu einer finanziellen Belastung im fünfstelligen Bereich führen.

Wir halten es daher für angemessen, dass die Kosten für die notwendige Verlegung oder Beseitigung von TK-Linien entweder verursachungsgerecht den Veranlassern nachträglicher Baumaßnahmen bzw. später hinzukommender besonderer Anlagen zugerechnet werden (soweit diese Baumaßnahmen zum Zeitpunkt der Verlegung der TK-Linie noch nicht absehbar waren) oder eine Kostenübernahme bzw. eine Kostenbeteiligung der öffentlichen Hand, z. B. durch das "Sondervermögen Digitale Infrastruktur" erfolgt.

Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil eine leistungsfähige Kommunikationsinfrastruktur dem Gemeinwohl ebenso dient wie andere Netzinfrastrukturen. Es wäre daher nicht nachvollziehbar, warum im Rahmen einer Güterabwägung bei Interessenkollisionen allein die TK-Netzbetreiber die Lasten tragen sollten.

Eine Ausnahme vom Grundsatz einer verursachungsgerechten Kostenverteilung und somit einer Kosten(mit-)tragung durch die öffentliche Hand, könnte weiter für solche TK-Linien gemacht werden, die im Zuge eines Micro- oder Minitrenchings in geringerer Verlegetiefe verlegt worden sind. Da es durch die gewählte Bauweise eher zu einem Konflikt zu Maßnahmen des Wegebausträgers und anderen Infrastrukturträgern kommen kann, sollte es insoweit bei einer Kostentragung durch das betreffende TK-Unternehmen bleiben, um die Akzeptanz des Micro- und Minitrenchings bei den Kommunen nicht zu vermindern.

X. Mitnutzung, Mitverlegung und Nutzung von Grundstücken (§§ 133 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung

Bereits bei unseren Ausführungen zur symmetrischen Regulierung (oben unter V.) haben wir die erheblichen Risiken einer marktmachtunabhängigen Zugangsregulierung und die negativen Effekte auf Investitionsanreize ausführlich beschrieben. Zur Vermeidung von Wiederholungen nehmen wir auf die oben gemachten grundsätzlichen Ausführungen auch an dieser Stelle Bezug.

Die oben beschriebenen Risiken bilden sich hier allerdings noch schärfer ab als bei der Zugangsverpflichtung nach § 20 TKMoG-E, weil dem Infrastrukturinhaber bei der Anordnung eines Zugangs auf der passiven Ebene weniger eigene Wertschöpfung verbleibt, als bei einem aktiven oder virtuell entbündelten Zugang.

Mit der Verabschiedung der Kostensenkungs-Richtlinie (2014/61/EU), die die gemeinschafts-rechtliche Grundlage für die Regelungen zur Mitnutzung und Mitverlegung im deutschen Recht bildet, war die Erwartung verbunden, netzübergreifende Synergien zu aktivieren, um den Ausbau von Breitbandnetzen durch die Vermeidung von Tiefbaumaßnahmen zu beschleunigen und wirtschaftlicher zu machen (vgl. z.B. Erwägungsgrund 15 der Richtlinie). Allerdings besteht der Konstruktionsfehler der Kostensenkungs-Richtlinie darin, dass nicht nur branchenfremde Infrastrukturen für eine Mitnutzung geöffnet werden, sondern auch Infrastrukturen adressiert sind, die von Wettbewerbern auf dem Telekommunikationsmarkt errichtet oder betrieben werden.

Tatsächlich sind die meisten der seit Einführung der Regelungen zur Mitnutzung und Mitverlegung bei der BNetzA eingereichten Zugangsanträge nicht auf ausschließlich branchenfremde Infrastrukturen gerichtet, sondern haben einen Wettbewerbsbezug. Auf diese Weise wird aus einem für die Nutzung von Synergien gedachten Instrument ein Hebel für den Überbau.

Daher sind unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen und der Sicherung der Wirtschaftlichkeit von Ausbauprojekten die Regelungen zu Mitnutzung und Mitverlegung im TKG gemeinschaftsrechtskonform zu präzisieren (hierzu unter lit b und c).

Einer regulatorischen Öffnung für FTTB-Netze bedarf es dagegen beim Zugang zur Gebäude-Infrastruktur. Nachdem die Spruchpraxis der BNetzA der Telekom - unabhängig von der Frage des Eigentums, das in der Regel bei der Wohnungswirtschaft

liegen dürfte - zugestanden hat, die FTTB-basierten Wettbewerber zum Schutz von (Super-)Vectoring von bestimmten Frequenzbereichen der Kupferleitung im Gebäude auszuschließen, muss der Grundsatz des "Vorrangs der besseren Technologie" im TKG festgeschrieben werden. Können FTTB-Unternehmen den Frequenzbereich bis 40 MHz auf der Kupferleitung nicht nutzen, kann das zu Bandbreiteverlusten von bis zu 400 Mbit/s führen (hierzu unter 4.).

2. Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze (§§ 133 ff. TKMoG-E)

Die Regelungen zur Mitnutzung (§§ 133 ff TKMoG-E) haben durch den Diskussionsentwurf im Vergleich zum geltenden TKG lediglich redaktionelle Änderungen erfahren. Allerdings erscheint es als notwendig, die im Gesetz angeführten Ablehnungsgründe für eine Mitnutzung zu öffnen bzw. zu erweitern.

§ 138 Abs. 2 TKMoG-E enthält (wie schon § 77d TKG) einen abschließenden Katalog möglicher Versagungsgründe für eine Mitnutzung und setzt damit die Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie nicht korrekt um. § 3 Abs. 3 der Kostensenkungs-Richtlinie bestimmt dagegen, dass eine Ablehnung auf objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Kriterien beruhen muss und benennt dann einige Regelbeispiele, bei denen dies der Fall wäre. Diese gemeinschaftsrechtliche Regelung ist – anders als im TKG und TKMoG-E - also offen für weitere mögliche Ablehnungsgründe.

Schon vor dem Hintergrund bislang nur in begrenztem Maße vorhandener Erfahrungen mit Mitnutzungen erscheint die Auflistung eines abschließenden Katalogs von Ablehnungsgründen nicht sachgerecht. Durch eine offene Formulierung von Regelbeispielen wird eine größere Flexibilität im Hinblick auf die möglichen Ablehnungsgründe eröffnet. Der Überbauschutz bei beantragten Mitnutzungen sollte technologieneutral für alle VHC-Netze gemäß Art. 2 Abs. 2 EECC, also Glasfasernetze bis mindestens in die Gebäude (vgl. Erwägungsgrund 13 EECC), Anwendung finden und auch für im Bau befindliche oder konkret in den nächsten drei Jahren geplante VHC—Netze gelten, um privaten oder öffentlich geförderten Ausbauprojekten eine verlässliche Investitionssicherheit zu geben. Dies entspricht auch der Zielsetzung des der Kostensenkungs-Richtlinie und der mit dem DigiNetzG in das TKG eingeführten Bestimmungen, welche, anders als die Regulierungsvorgaben gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, nicht die Intensivierung oder Sicherung des Infrastrukturwettbewerbs durch einen Doppelausbau unterstützen sollen, sondern den Ausbau von hochleistungsfähiger digitaler Infrastruktur in der Fläche vorantreiben soll.

Die Regelbeispiele zur Beschränkung einer Mitnutzung nach § 138 Abs.2 TKMoG-E bedürfen zudem der Konkretisierung und Ergänzung.

So sollte in § 138 Abs. 2 Nr. 6 TKMoG-E ein klarstellender Hinweis dergestalt aufgenommen werden, dass die Bedingungen der Mitnutzung insbesondere dann als fair und angemessen anzusehen sind, wenn diese im Markt – durch andere Nachfrager – bereits Akzeptanz gefunden haben.

§ 138 Abs. 2 Nr. 7 TKMoG-E sollte konform zum EECC auf VHC-Netze, also Glasfasernetze bis mindestens in das Gebäude konkretisiert werden.

Zudem sollte in den Ablehnungsgründen des § 138 TKMoG-E die Möglichkeit der Zugangsverweigerung im Falle einer Gefährdung der wirtschaftlichen oder finanziellen Tragfähigkeit der Planung und Errichtung von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ berücksichtigt werden.

Schließlich sollte das nachträgliche Entstehen eines Ablehnungsgrundes oder einer nachträglichen Eigennutzung unter bestimmten Voraussetzungen im TKG geregelt werden.

In den Fällen, in denen Zugang zur passiven Infrastruktur eines nicht-marktbeherrschenden TK-Netzbetreibers begehrt wird, droht sich die Wettbewerbslage der letzteren Gruppe insgesamt zu verschlechtern, da Zugangsansprüche bei einem auf asymmetrischer Telekommunikationsregulierung basierenden Ansatz nur gegen das marktbeherrschende Unternehmen vorgesehen sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Mitnutzungsansprüche vom marktbeherrschenden Unternehmen selbst geltend gemacht werden können. Um keine übermäßige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit bzw. Berufsausübungsfreiheit auf Seiten der nicht-marktmächtigen TK-Netzbetreiber zu bewirken, sollte ihre besondere Lage im Rahmen der aufgelisteten Regelbeispiele berücksichtigt werden.

3. Koordinierung von Bauarbeiten (§§ 139 ff. TKMoG-E)

Der BREKO sieht durchaus das Bemühen der Ministerien, den Mitverlegungsanspruch bzgl. Bauarbeiten, die dem Ausbau von Glasfasernetzen dienen, im Sinne eines möglichst effizienten Glasfaserausbaus in der Fläche, zu begrenzen. So wird in § 140 Abs. 3 Nr. 4 TKGMoG-E als zusätzliche Fallgruppe, bei der Koordinierungsanträgen bei öffentlich finanzierten Bauarbeiten grundsätzlich stattzugeben ist, eine fehlende Beeinträchtigung des Hauptzwecks der Bauarbeiten aufgenommen. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass die Beeinträchtigung des Hauptzwecks der öffentlich finanzierten Bauarbeiten eine Ablehnung des Koordinierungsantrags rechtfertigt. Da die gesetzgeberische Absicht ausweislich der Begründung zu § 140 TKMoG-E darauf abzielt, eine Beeinträchtigung des Hauptzwecks zu verhindern, sollte die neue Regelung in die Ablehnungsgründe des Absatzes 4 aufgenommen werden.

Auch ergibt sich lediglich aus der Gesetzesbegründung, dass die Beeinträchtigung des Hauptzwecks der Bauarbeiten im Ergebnis auf die Beeinträchtigung des Geschäftsplans von Ausbauprojekten infolge der beantragte Mitverlegung abzielt. Das sollte dann aber auch so direkt in den Gesetzestext aufgenommen werden. Bei den Entgeltmaßstäben für die Mitnutzung einer TK-Infrastruktur in § 146 Abs. 3 S. 2 TKMoG-E werden die Auswirkungen auf den Geschäftsplan des verpflichteten Unternehmens ebenfalls direkt im Gesetzestext angeführt. Hilfreich wäre also eine Formulierung in Absatz 4, nach der ein Antrag auf Koordinierung abgelehnt werden kann, wenn durch die Maßnahme der Geschäftsplan des mit der Baumaßnahme verfolgten Glasfaserausbaus beeinträchtigt wird.

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Bauarbeiten "die ganz oder *überwiegend* auf öffentlichen Mitteln" finanziert werden, schafft keine zusätzliche Rechtssicherheit, solange der Begriff der "öffentlichen Mittel" nicht in § 3 TKMoG-E legaldefiniert wird. Dabei ist klarzustellen, dass als "öffentliche Mittel" ausschließlich Mittel, die direkt aus öffentlichen Haushalten bereit gestellt werden (insbesondere öffentliche Fördermittel), anzusehen sind und eine Beteiligung der öffentlichen Hand an dem Unternehmen, welches die Bauarbeiten beauftragt oder durchführt, alleine nicht ausreichend ist, um das Tatbestandsmerkmal einer Finanzierung aus öffentlichen Mitteln zu erfüllen.

Insbesondere kommunale Unternehmen, wie z. B. Stadtwerke und Tochterunternehmen von Stadtwerken, bauen nicht mit öffentlichen Mitteln, sondern, sofern nicht ein Förderprojekt umgesetzt wird, eigenfinanziert aus. Sie sind in der Regel privatrechtlich organisiert und stehen – jedenfalls hinsichtlich des Telekommunikationsgeschäfts - im direkten Wettbewerb mit anderen privaten Marktteilnehmern.

Die fehlende Begriffsdefinition der „ganz oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“ stellt eine deutliche Benachteiligung von kommunalen Unternehmen und deren Tochtergesellschaften gegenüber anderen Marktakteuren beim Glasfaserausbau dar. Dies verwundert umso mehr, als kommunale Unternehmen und deren Tochtergesellschaften wichtige Treiber beim Glasfaserausbau in Deutschland sind und in der Vergangenheit den Glasfaserausbau in großen Teilen aus eigenen Mitteln finanziert haben. Diese Investitionen und alle zukünftigen Investitionen müssen vor einem strategisch destruktiven Überbau anderer Marktteilnehmer geschützt werden.

In einer Stellungnahme zu der Entschließung des Bundesrates zum Fünften Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes (Drs. 186/20, v. 1. April 2020) hat die Bundesregierung zum Ausdruck gebracht, dass ein Glasfaser ausbauendes

Unternehmen, welches sich zwar ganz oder teilweise in Kommunalbesitz befindet, aber wie ein privatwirtschaftliches Unternehmen am Markt agiert, von der Verpflichtung zur Mitverlegung von vornherein ausgenommen ist.

Die TKG-Novellierung sollte nunmehr der Anlass sein, diese Rechtsauffassung der Bundesregierung in Form einer entsprechenden Legaldefinition der „ganz oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“ in den Katalog des § 3 TKMoG-E aufzunehmen und damit öffentlichen Unternehmen eine hinreichende Rechts- und Planungssicherheit zu geben.

4. Gebäudenetze (§ 142 TKMoG-E): Vorrang der leistungsstärkeren Technologie

Die Regelungen in § 142 TKMoG-E sind gegenüber dem bisherigen § 77k TKG praktisch unverändert. § 142 Abs. 3 TKMoG-E vermittelt einen Anspruch auf Zugang zu Netzinfrastrukturen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilpunkt gegen den Inhaber der Gebäudeinfrastruktur. Die Durchsetzung dieses Zugangsanspruchs mag unproblematisch möglich sein, wenn klar ist, wer Eigentümer der Gebäudeinfrastruktur ist und wenn das Eigentum an der Gebäudeverkabelung selbst und das Eigentum an dem zentralen Zugangspunkt zur Gebäudeverkabelung in einer Hand liegen. Deutlich schwieriger ist die Situation, wenn das Eigentum an der Gebäudeverkabelung und das Eigentum am zentralen Zugangspunkt auseinanderfallen. Dies ist regelmäßig beim Kupfergebäudenetz der Fall, das beim FTTB-Ausbau eine wichtige Rolle spielt. Hier steht die Gebäudeverkabelung in aller Regel im Eigentum des Wohnungseigentümers, während der Abschlusspunkt Linientechnik (APL) als der zentrale Zugangspunkt zur Gebäudeverkabelung gleichzeitig den Netzabschluss des Telekom-Netzes bildet. Zwar können Nutzer der Gebäudeverkabelung auch hinter dem APL – in Abstimmung mit dem Gebäudeeigentümer als Eigentümer der Gebäudeverkabelung - das Kupferkabel schneiden und die ihren Kunden zuzuordnenden Kupferdoppeladern auf einen eigenen Verteiler führen, jedoch ist dieses Verfahren aufwändig und z.B. bei Altbauten auch nicht zweckmäßig. Die Zugangsnachfrager zur Kupfer-Gebäudeverkabelung sind daher auf den APL-Zugang angewiesen. Zusätzlich kompliziert wird die Sache dadurch, dass die Telekom als marktbeherrschendes Unternehmen auch bzgl. des Zugangs zum APL der Marktregulierung unterliegt. Diese spielt sich bezüglich des APL im Rahmen eines Standardangebotsverfahrens ab, welches der Telekom erlaubt, zwar nicht das “Ob”, aber das “Wie” des Zugangs zunächst selbst auszugestalten. Die erkennende Beschlusskammer der BNetzA kann dann unter den Gesichtspunkten der “Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit” in einem aufwändigen Verfahren Korrekturen vornehmen.

Die Telekom hat somit eine große Freiheit bei der Ausgestaltung des APL-Zugangs, die sie wettbewerbsstrategisch nutzen kann und dies auch tut. Dieser Zugang würde idealerweise durch die Übergabe einer Kupferdoppelader auf einen vom Zugangsnachfrager zu errichtenden Verteiler gelöst, was dem Zugangsnachfrager einen direkten Zugriff auf die seinen Kunden zugeordneten Kupferdoppeladern ermöglichen würde. Einen solchen Zugang bietet die Telekom aber nicht an. Der Zugang wird somit ausschließlich *im* APL gewährt.

Ein weiterer gravierender Punkt, bei dem die Telekom ihre Gestaltungsmacht beim APL-Zugang ausnutzt, ist die Konfliktlösung bei der Einspeisung von eigenem VDSL-Vectoring/Super-Vectoring und dem FTTB/G.fast-Signal eines Glasfaserausbauers. Da auch G.fast eine auf Vectoring basierende Technologie ist, kann es hier zu Störungen zwischen den beiden Signalen kommen. Die von der Telekom in ihrem Standardangebot offerierte Konfliktlösung sah so aus, dass das FTTB-Unternehmen ggf. den gesamten unteren – und damit besonders leistungsstarken - Frequenzbereich bis zu 40 MHz ausblenden muss, damit die volle Leistungsfähigkeit von Vectoring und Super-Vectoring, die diesen Frequenzbereich nutzen, störungsfrei erhalten bleibt.

Für den FTTB-Anbieter bedeutet die Ausblendung von 40 MHz einen Bandbreitenverlust von bis zu 400 Mbit/s. Dies bedeutet, dass die Kunden in diesen Gebäuden bei weitem nicht von der vollen Leistungsfähigkeit eines Glasfaseranschlusses profitieren können und dem Anbieter die Möglichkeit genommen wird, sich im Wettbewerb durch das Angebot besonders leistungsfähiger Anschlussprodukte, nicht nur gegenüber der Telekom, sondern auch den Angeboten von Kabelnetzbetreibern, zu differenzieren. Die Bandbreite ist bei den Endkunden auch heute noch das wichtigste Kriterium bei der Entscheidung für oder gegen einen Anbieter.

Erstaunlicherweise hat die Beschlusskammer im Standardangebotsverfahren (BK3-15-011) kaum korrigierend eingegriffen und ist dem Ansatz der Telekom ganz überwiegend gefolgt, und zwar unabhängig davon, ob die Telekom Eigentümerin der Gebäudeverkabelung sei oder nicht (was fast immer der Fall ist, da das Eigentum im Regelfall beim Gebäudeeigentümer liegt). Die Befugnis der Telekom, den APL-Zugang in ihrem Sinne zu regeln, folge aus einer "Funktionsherrschaft" über die Gebäudeverkabelung. Diese "Funktionsherrschaft" leite sich aus dem Eigentum der Telekom am APL und der entsprechenden Gestattungsvereinbarungen mit der Wohnungswirtschaft ab. Über derartige Gestattungsvereinbarungen verfügen die FTTB-ausbauenden Unternehmen aber auch. Die Entscheidung der BNetzA ist umso weniger nachvollziehbar, als dass sie im Regulierungsverfahren zu "Vectoring im HVt-Nahbereich" (BK3-15-004) einen weitergehenden Bestandsschutz für die

Vorleistungsnachfrager an den Hauptverteilern (HVt) noch mit dem Argument des "Vorrangs der besseren Technologie" abgelehnt hat. Bei der Frage der Konfliktlösung zwischen dem (Super-)Vectoring der Telekom und "FTTB/G.fast" eines Wettbewerbers sollte dieses Prinzip dann nicht mehr zur Anwendung kommen.

Für die Glasfaser ausbauenden Unternehmen war diese Entscheidung natürlich ein herber Rückschlag. Sie steht auch im Widerspruch zum Gigabitziel der Bundesregierung und den Versorgungszielen der Europäischen Union.

Eine **sachgerechte Lösung** wäre es, den APL-Zugang aus der Marktregulierung herauszulösen und den Zugang zu diesem als zentralen Eingangstor zur Kupfer-Gebäudeinfrastruktur in § 142 TKMoG-E zu regeln. Als Grundsatz für den Konfliktlösungsmechanismus sollte dabei der "**Vorrang der besseren Technologie**" festgeschrieben werden. Dieser Grundsatz kommt dann zur Anwendung, wenn der davon profitierende **FTTB-Anbieter** im Rahmen einer **verbindlichen Verpflichtungszusage** der Telekom und anderen Netzbetreibern einen **angemessenen und diskriminierungsfreien offenen Netzzugang** in Form eines Bitstromzugangs anbietet. Zusagen für derartige Angebote gab es auch schon im Standardvertragsverfahren, wurden aber seitens der Beschlusskammer nicht weiter berücksichtigt. Die Kunden der Telekom und anderer Netzbetreiber würden von einem leistungsstärkeren Anschluss profitieren. Eine solche Lösung wäre ein **klares Signal für den Glasfaserausbau** in Deutschland.

Soweit aufgrund von Förderung oder Ausbauszusagen in Zusammenhang mit der Vectoring-Regulierung noch die Notwendigkeit zum Schutz bestimmter Vectoringnutzungen besteht, könnte ein Bestandsschutz in der Form akzeptiert werden, dass der FTTB-Anbieter für einen begrenzten Zeitraum auf die Nutzung des Frequenzbereichs bis 17 MHz verzichtet, was für den Schutz von einfachem Vectoring ausreichend wäre und zu Bandbreitenverlusten bei FTTB von immerhin noch 150 Mbit/s führen würde. Das von der Telekom später eingesetzte „Super-Vectoring“, das einen umfassenderen Schutz bis zu 40 MHz beanspruchen würde, ist dagegen nicht schutzwürdig, weil die Telekom bereits bei der Einführung von „Super-Vectoring“ die Konfliktlage kannte und offenbar im Vertrauen auf die BNetzA jeden Versuch einer vorherigen Koordinierung mit den FTTB-Ausbauern unterlassen hat.

Äußerst hilfsweise könnte der Grundsatz des "Vorrangs der besseren Technologie" auch in den Katalog der Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKMoG-E aufgenommen werden. Er wäre dann seitens der BNetzA im Rahmen der Marktregulierung zu beachten, stünde allerdings im Rahmen der Abwägungsentscheidung neben anderen Regulierungszielen und -grundsätzen, so dass seine Anwendung nicht garantiert wäre.

Keine Lösung dagegen wäre es, den FTTB-Ausbauer auf die Möglichkeit des Ausbaus einer eigenen Glasfaser-Infrastruktur (FTTH) zu verweisen. Ein Rollout von FTTH ist sicherlich das Ziel aber auf Basis der Gegebenheiten vor Ort nicht immer direkt möglich. Insbesondere bei Bestands-Mehrfamilienhäusern ist ein FTTH-Ausbau aufgrund der damit verbundenen Kosten und Einwirkungen auf die Gebäudesubstanz (Glasfaserkabel werden Inhouse in der Regel unter Putz verlegt) eine große Herausforderung. Die hierzu benötigten Investitionsmittel würden dann wieder für die Glasfaser-Gebäudeanbindung fehlen. Fiele FTTB als Zwischenschritt zum Komplettanschluss mit Glasfaser weg, würde sich der Glasfaser-Roll-out in Deutschland insgesamt verzögern.

Ebenfalls keine Option wäre es, abzuwarten, bis sich die Mehrheit der Teilnehmer in einem Gebäude für einen Glasfaseranschluss entschieden hat und dann einen Paradigmenwechsel in der Regulierung des APL vorzunehmen. Diese Möglichkeit wird von der BNetzA in der Standardvertragsentscheidung angedeutet. Allerdings in der Konsequenz, den FTTB-Betreibern einen erheblichen Teil ihres Anschlussqualität zu nehmen und dann darauf zu verweisen, dass sie erst eine ausreichende Zahl von Teilnehmern von dem Produkt überzeugen müssen, bevor sie einen nichtdiskriminierenden Zugang zur Gebäudeinfrastruktur beanspruchen können.

Das neue TKG wird erfahrungsgemäß eine Laufzeit von mindestens sieben bis acht Jahren haben. Entsprechend zukunftsweisend sollte die Konzeption sein. Die Etablierung des "Vorrangs der besseren Technologie" beim Zugang zur Gebäudeverkabelung wäre ein wesentlicher Baustein einer zukunftsfähigen Konzeption.

5. Duldungsverpflichtung des Grundstückseigentümers (§ 131 TKMoG-E)

Die Regelungen zur Duldungsverpflichtung des Grundstückseigentümers werden in § 131 Abs.1 N. 3 TKMoG-E um den praktisch zunehmend wichtigen Fall der Nutzung von öffentlichen Wirtschaftswegen ergänzt. Wie eine Abfrage unter den BREKO-Mitgliedsunternehmen im vergangenen Jahr ergeben hat, hat die Verlegung entlang von Feld,- Forst- und Waldwegen an Bedeutung gewonnen und inzwischen eine signifikante praktische Relevanz. Dieser Bedeutung wurde es nicht gerecht, dass zuständigen Forstwirtschaften die Nutzung von Wirtschaftswegen in der Praxis sehr unterschiedlich handhaben. Von einer relativ einfach umzusetzenden Nutzung bis zur vollständigen Nutzungsverweigerung ist im Prinzip alles zu beobachten. Ähnlich breit ist das Spektrum bei den seitens der Forstwirtschaften erhobenen Nutzungsentgelten.

Es ist daher sehr zu begrüßen, dass die Nutzung von öffentlichen Wirtschaftswegen durch die Aufnahme in den Tatbestand des § 131 TKMoG-E nunmehr auf ein sicheres rechtliches Fundament gestellt wird.

Ebenso ist positiv zu bewerten, dass ein Entgelt für die erweiterte Nutzung nach § 131 Abs. 3 S. 2 TKMoG-E für ein im öffentlichen Eigentum genutztes Grundstück sowie für den Gebäudeanschluss nicht beansprucht werden kann.

Ebenso kritisch wie beim Wegerecht nach § 125 Abs. 4 TKMoG-E ist die Befugnis der BNetzA in § 131 Abs. 5 zu sehen, den Unternehmen die gemeinsame Nutzung von Grundstücken vorzuschreiben. Auch wenn die in der Gesetzesbegründung aufgeführten Motive nachvollziehbar sind, kann dies einen erheblichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit und die Betriebshoheit der betroffenen Unternehmen darstellen. Vorzugswürdig wäre deshalb eine Lösung, durch die die BNetzA die betreffenden Unternehmen zu einer Kooperation und gemeinsamen Nutzung auf dem Grundstück auffordert. Die Entscheidung zur Kooperation sollte aber den Unternehmen überlassen bleiben. Erst wenn dieses Instrument nicht dauerhaft zur Verbesserung der gemeinsamen Nutzung von Grundstücken führt, könnte über eine verpflichtende Regelung nachgedacht werden.

6. Zugangsanspruch zu nicht geförderten Komponenten (§ 152 Abs. 1-2 TKMoG-E)

Mit § 152 TKMoG-E sollen Regelungen ins TKG aufgenommen werden, die sich aus dem EU-Beihilferecht und deren Auslegungshilfen (z.B. EU-Breitbandleitlinien) ergeben. Die neu aufgenommenen Regelungen dürfen aber nicht zu einer Entwertung der in Förderprojekte eingebrachten Bestandsinfrastruktur führen. Die Pflicht zum offenen Netzzugang kann sich nach unserer Auffassung nur auf geförderte Gebiete und Komponenten nicht auf das Gesamtnetz des Fördermittelbegünstigten beziehen. Hintergrund ist, dass die geltende Open Access-Verpflichtung, lediglich auf „geförderten Netzbestandteile“ aufzuerlegen ist. Andernfalls müsste für das betroffene Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt werden, da der Staat ansonsten unverhältnismäßig in einen Markt eingreifen würde, auf dem kein Marktversagen vorläge. Dies sollte im Gesetz, zumindest aber in der Begründung deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

XI. Universaldienst – Recht auf schnelles Internet (§§ 153 ff. TKMoG-E)

1. Einleitung

Gerade die aktuelle Covid19-Pandemie hat noch einmal die überragende Bedeutung der Digitalisierung und einer hochleistungsfähigen digitalen Infrastruktur als deren Basis für den Wirtschaftsstandort Deutschland und die soziale und wirtschaftliche Teilhabe der Bürger verdeutlicht.

Die Privatwirtschaft war und ist dabei der zentrale Treiber für den Ausbau einer leistungsstarken und zukunftsfähigen Glasfaserinfrastruktur für die Unternehmen und die Bürger Deutschland. Über erhebliche eigenwirtschaftliche Investitionen zum Ausbau moderner Glasfasernetze wird der nächste Innovationsschritt mit zunehmender Dynamik vollzogen, wie u.a. die Ergebnisse der aktuellen BREKO-Markanalyse⁵ zeigen.

Es ist daher die wichtigste Aufgabe der TKG-Novellierung, den eigenwirtschaftlichen Ausbau zu stärken und die richtigen Rahmenbedingungen für Investitionen in Glasfasernetze zu setzen.

In diesem Zusammenhang kommt auch der Neugestaltung des Universaldienstregimes eine wesentliche Bedeutung zu. Soll der Universaldienst nicht zur Investitionsbremse werden, darf er **nur die “Ultima Ratio”** sein und ausschließlich dort zum Einsatz kommen, wo weder ein eigenwirtschaftlicher Ausbau noch Anreizinstrumente, noch eine Förderung zu einer angemessenen Mindestversorgung führen. Dies ist auch die Rolle, die der Europäische TK-Kodex dem Universaldienst richtigerweise zuweist.

Diese in Art. 86 Abs.1 EEECC klar festgelegte Abstufung mit dem Universaldienst als letztem Mittel nach dem eigenwirtschaftlichen Ausbau, Anreizregulierung und Förderung wird im “Diskussionsentwurf” nicht umgesetzt. Hier steht der Universaldienst praktisch gleichberechtigt neben den anderen Instrumenten zur Gewährleistung einer Mindestversorgung, was ein **klares Umsetzungsdefizit** darstellt (dazu näher unter lit b.).

Zudem haben sich BMWi und BMVI dazu entschieden, den im Koalitionsvertrag verankerten **“Rechtsanspruch auf schnelles Internet”** im Rahmen des Universaldienstes umzusetzen. Gemäß § 153 TKMoG-E wird der Rechtsanspruch in Form eines Kontrahierungsanspruchs des Endnutzers gegen das dienstverpflichtete Unternehmen umgesetzt. Der BREKO hat im Vorfeld der TKG-Novellierung auf die

⁵ <https://brekoverband.de/themen/breko-research/marktanalyse>

Nachteile einer Universaldienstlösung hingewiesen. Diese liegen in der voraussichtlichen Dauer der Durchführung des sehr komplexen Universaldienstverfahrens sowie in der rechtlich zwingenden Beschränkung des Universaldienstes auf eine Mindestversorgung, die zu vielen Zwischenschritten auf dem Weg zu einem Glasfaseranschluss als der einzigen auf die Dauer zukunftsfähige Option führt. Beide Effekte könnten noch dadurch verstärkt werden, dass – bei unzureichender und nicht gemeinschaftsrechtskonformer Umsetzung des Universaldienstes – Städte und Kommunen auf die Beantragung von Fördermitteln verzichten, um eine Versorgung im Zuge des Universaldienstes abzuwarten.

Die aus unserer Sicht zielführendere Lösung für den Rechtsanspruch wären Mittel der Förder- und Anreizregulierung, wie etwa die vom BREKO vertretene nachfragestimulierende Voucher-Förderung oder ein Rechtsanspruch gegen die zuständige Gebietskörperschaft auf Beplanung eines unterversorgten Gebiets mit einer Förderung und der Einleitung eines entsprechenden Antragsverfahrens.⁶

Da die Entscheidung für eine Universaldienstlösung bei der Umsetzung des Rechtsanspruchs aber bereits gefallen zu sein scheint, gilt es, die Regelungen zum Universaldienst gemeinschaftsrechtskonform umzusetzen und negative Auswirkungen sowohl auf den eigenwirtschaftlichen als auch den flankierenden geförderten Ausbau zu vermeiden.

2. Universaldienst als “Ultima Ratio”

a) Gemeinschaftskonforme Umsetzung (Art. 86 EEECC)

Art. 86 EEECC legt eine klare Abstufung des Instrumentariums zur Sicherstellung einer Mindestversorgung fest. Danach darf ein Mitgliedsstaat nur dann angemessene Universaldienstverpflichtungen auferlegen, wenn er zuvor aufgrund der Ergebnisse der geografischen Erhebung nach Art. 22 EEECC und ggf. zusätzlichen Nachweisen festgestellt hat, dass die Verfügbarkeit von angemessenen Breitbandinternetzugangsdiensten *“unter normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten oder durch andere mögliche politische Instrumente”* nicht gewährleistet werden kann.

Was der Europäische Richtliniengabe dabei unter *“anderen politischen Instrumenten”* versteht wird durch die Erwägungsgründe 229 und 230 klar:

⁶ vgl. hierzu im Einzelnen: Andreas Neumann: Optionen für die Ausgestaltung eines Rechtsanspruchs auf schnelles Internet für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen (Bonn, 2019); abrufbar unter: <https://brekoverband.de/irnik-gutachten-optionen-fuer-die-ausgestaltung-eines-rechtlich-abgesicherten-anspruchs-auf-schnelles-internet-aus-telekommunikationsrechtlicher-sicht>

“In Gebieten, in denen der Markt keine entsprechende Versorgung hervorbringt, wird zur Förderung des angemessenen Breitbandzugangs auf andere Mittel zur Erreichung der Gemeinwohlziele zurückgegriffen, die grundsätzlich kosteneffizienter und weniger wettbewerbsverzerrend scheinen als Universaldienstverpflichtungen, so z.B. Finanzinstrumente im Rahmen des Europäischen Fonds für strategische Investitionen und der Fazilität “Connecting Europe”, die Inanspruchnahme von Mitteln aus dem Europäischen Struktur- und Investitionsfonds, die Verknüpfung von Versorgungsverpflichtungen mit Funkfrequenznutzungsrechten zur Förderung des Breitbandausbaus in dünner besiedelten Gebieten sowie öffentliche Investitionen in Einklang mit dem Beihilferecht der Union.”
(Erw. 229; Hervorhebung durch den Verfasser)

Auch Erwägungsgrund 230 betont die Funktion des Universaldienstes als letztem Mittel:

“Ergibt eine ordnungsgemäße Bewertung..., dass in bestimmten Gebieten voraussichtlich weder der Markt noch staatliche Investitionsmechanismen bewirken, dass Endnutzern an einem festen Standort eine Netzanbindung, die einem angemessenen Breitbandinternetzugangsdienst...entspricht, und Sprachkommunikationsdienste angeboten werden, so sollten die Mitgliedsstaaten berechtigt ein, ausnahmsweise verschiedene Anbieter oder Gruppen von Anbietern dieser Dienste in den betreffenden Gebieten...zu benennen.”

Diese klare Subsidiarität des Universaldienstes und das durch Art. 86 Abs.1 EECC vorgegebenen Prüfprogramm wird in den entsprechenden Regelungen im “Diskussionsentwurf” nicht umgesetzt. Vielmehr steht der Universaldienst hier gleichberechtigt neben anderen Instrumenten, wie der Förderung, der Anreizregulierung oder den Versorgungsverpflichtungen aus den Mobilfunkfrequenzzuteilungen. Die Umsetzung stellt damit einen klaren Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht dar.

b) Änderungsbedarf zur Subsidiarität des Universaldienstes

Aus den gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen ergibt sich daher Änderungsbedarf für das TKMoG. Der Vorrang anderer Instrumente – insbesondere auch der Förderung - vor dem Universaldienst, sowie das Prüfprogramm des Art. 86 Abs.1 EECC sind in die

Bestimmungen des § 157 TKMoG-E (Feststellung der Unterversorgung) und § 158 TKMoG-E (Verpflichtung der Versorgung mit Telekommunikationsdiensten) aufzunehmen.

Da die Wirksamkeit eines Förderverfahrens zur Behebung der Unterversorgung nicht abstrakt prognostiziert werden kann, ist darüber hinaus zu verlangen, dass ein Förderverfahren (Markterkundungsverfahren und Ausschreibung) tatsächlich eingeleitet wurde und erfolglos geblieben ist. Dies sollte auch so in das Gesetz aufgenommen werden.

3. Versorgungsniveau - Verfügbarkeit der Telekommunikationsdienste (§ 154 TKMoG-E)

Nach § 154 Abs. 2 TKMoG-E müssen Sprachkommunikationsdienste sowie ein schneller Internetanschluss, einschließlich des hierfür notwendigen Anschlusses an ein öffentliches Telekommunikationsnetz an einem festen Standort verfügbar sein. Gemäß Abs. 3 obliegt die Feststellung, welche Anforderungen ein Internetzugangsdienst bzw. ein Sprachkommunikationsdienst erfüllen müssen, der BNetzA. Das ist sachgerecht, da so die mit der dynamischen Entwicklung der Telekommunikationsmärkte erforderlichen Anpassungen zeitnah umgesetzt werden können.

Ebenfalls sachgerecht und der Empfehlung des Kommunikationsausschusses (CoCom) folgend ist die Bezugnahme auf die von mindestens 80 Prozent der Verbraucher tatsächlich genutzte Bandbreite als objektives Kriterium zur Bestimmung der verfügbaren Mindestbandbreite. Der Internetzugangsdienst muss dazu geeignet sein, dem Nutzer die Inanspruchnahme der in Anhang V des EECC angeführten Dienste zu ermöglichen.

Es lässt sich den gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen nicht eindeutig entnehmen, ob der Dienstekatalog in Anhang V abschließend sein soll oder ob die Mitgliedsstaaten weitere Dienste zur Bestimmung der Mindestqualität festlegen dürfen. Angesichts der Tatsache, dass der EECC die Bestimmung der Mindestanforderung grundsätzlich den Mitgliedsstaaten überantwortet, dürfte von letzterem auszugehen sein. Nach der Konzeption des § 154 TKMoG-E ist es dann aber Sache der BNetzA und nicht des Gesetzgebers über die Heranziehung weiterer Dienste zur Bestimmung der Mindestqualität zu befinden. Ob also angesichts der Entwicklungen auch die "Teleheimarbeit" als Teil der Mindestversorgung anzusehen ist oder ob neben Up- und Downloadraten auch Mindestdatenvolumina Teil des Universaldienstes sind, wie es in der Gesetzesbegründung (S.386/387) angeregt wird, obliegt daher allein der Entscheidung der BNetzA.

4. Erschwinglichkeit des Universaldienstes (§ 155 TKMoG-E)

Während die Verfügbarkeit des für den Breitbandinternetzugang und den Sprachtelefondienst festgesetzten Mindestniveaus für alle Endnutzer gewährleistet sein muss, bezieht sich die Erschwinglichkeit der Entgelte zunächst einmal lediglich auf Verbraucher. Gemäß Art. 84 Abs. 5 EECC können die Mitgliedsstaaten die Regelungen zur Erschwinglichkeit der Entgelte auf Kleinunternehmen, kleine Unternehmen und Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht ausweiten, wovon der "Diskussionsentwurf" in § 155 TKMoG-E auch Gebrauch macht. Allerdings fehlt es in den Gesetzesmaterialien an einer weiteren Begründung für die vorgenommene Ausweitung.

Der Verweis in der Gesetzesbegründung (S. 388) auf die (ggf. regional zu differenzierenden) Durchschnittspreise unter Einbeziehung der Anschlusskosten zur Bestimmung erschwinglicher Entgelte ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings kann die Grenze, oberhalb derer der Universaldienst als unerschwinglich zu klassifizieren ist beim 2,5fachen des Durchschnittspreises liegen.⁷ Insofern könnte über eine Differenzierung der Erschwinglichkeit der Entgelte zwischen Verbrauchern einerseits und Kleinunternehmen, kleinen Unternehmen und Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht andererseits nachgedacht werden.

5. Feststellung der Unterversorgung (§ 157 TKMoG-E)

Bei der Feststellung der Unterversorgung sind grundsätzlich alle technologischen Lösungen zur Erreichung des Mindestniveaus in Betracht einzubeziehen, auch Mobilfunk- und Satellitenlösungen. Für den Mobilfunk ergibt sich das aus Erwägungsgrund 229 EECC, in dem ausdrücklich auf die Versorgungsaufgaben bei der Zuteilung von Mobilfunk-Frequenzen verwiesen wird (Zitat. o. unter lit. b).

Bereits bei diesem Prüfungsschritt sollte die tatsächliche Durchführung eines Förderverfahrens (Markterkundungsverfahren und Ausschreibung) als vorrangige Möglichkeit zur Herstellung einer ausreichenden Versorgung einbezogen werden. Dies erscheint systematisch folgerichtig. Geschieht dies nicht, ist diese Prüfung zwingend im Rahmen der Versorgungsverpflichtung (§ 158 TKMoG-E) vorzunehmen.

⁷ Kühling/Toros: Rechtsgutachten über rechtliche Herausforderungen bei der Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen (2019) S. 32

6. Verpflichtung zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten (§ 158 TKMoG-E)

In den Regelungen zur Auferlegung einer Versorgungsverpflichtung sollte nochmals klargestellt werden, dass diese nur in Betracht kommt, wenn die Durchführung eines Förderverfahrens nachweislich ergeben hat, dass für die betroffenen Gebiete kein geförderter Ausbau erfolgen wird. In dem Zusammenhang sollte die Bundesregierung für besonders schwer erschließbare Einzellagen, für die eine Glasfaser-Förderung aufgrund begrenzter Tiefbaukapazitäten auch langfristig nicht in Betracht kommt, eine Förderung von Satellitenlösungen in Betracht ziehen, die eine Mindestversorgung sicherstellen können.

Eine Verpflichtung zu einem leitungsgebundenen Ausbau (§ 158 Abs. 3 TKG) ist unter den Aspekten der Technologieneutralität sowie der Verhältnismäßigkeit auch ausnahmsweise nicht gerechtfertigt, zumal die Gesetzesbegründung zu § 154 TKMoG-E (S. 385) betont, dass der Endnutzer genau darauf keinen Anspruch hat. Eine Verpflichtung zu einem leitungsgebundenen Ausbau dient nicht zur Sicherung des Mindestniveaus, sondern ermöglicht eine Versorgung mit Diensten von deutlich höherer Qualität. Eine solche Verpflichtung wäre daher nicht verhältnismäßig. Endkundenentgelte für die Errichtung eines leitungsgebundenen VHC-Netzes unterliegen auch nicht dem Erschwinglichkeitserfordernis. Die Regelung dieses Sachverhalts im 9. Teil des TKMoG-E ist daher auch systemwidrig.

7. Finanzierung (§ 159 – 160 TKMoG-E)

a) Finanzierungsverfahren - Umsetzung von Art. 90 EECC

Art. 90 EECC regelt die Finanzierung des Universaldienstes. Dazu stehen den Mitgliedsstaaten grundsätzlich mit der Finanzierung aus öffentlichen Mitteln und dem Umlageverfahren zwei Instrumente zur Verfügung, die auch kombiniert eingesetzt werden können.

Erwägungsgrund 242 legt den Mitgliedstaaten die Einführung eines Mechanismus nahe, der diese in die Lage versetzt, verschiedene Bestandteile des Universaldienstes durch unterschiedliche Mechanismen zu finanzieren oder alle Bestandteile über jeden Mechanismus oder eine Kombination von beiden Mechanismen zu finanzieren. Ein angemessener Breitbandinternetzugang komme nicht nur dem Sektor der elektronischen Kommunikation, sondern auch der Online-Wirtschaft und der Gesellschaft insgesamt zugute. Dies ist zutreffend, so dass es angemessen wäre, mit

Blick auf den Nutzen für das Gemeinwohl zumindest auch die Option einer öffentlichen Finanzierung in das TKMoG aufzunehmen.

Trotz dieser klaren und richtigen Aussagen in Erwägungsgrund 242 EECC haben sich die Ministerien ohne weitere Begründung in § 160 TKMoG-E ausschließlich für das Umlageverfahren entschieden.

Damit geht dann allerdings auch die Entscheidung einher, dass über den Universaldienst ausschließlich die Mindestversorgung abgebildet werden kann. Bereits aus Art. 92 EECC ergibt sich, dass eine Verpflichtung, über den Dienstekatalog des Anhangs V hinausgehende Dienste zu erbringen, nicht über eine Umlage, sondern zwingend aus öffentlichen Mitteln zu finanzieren wäre. Daher wäre die in der Gesetzesbegründung zu § 154 Abs. 3 TKG-E (S. 388) angesprochene Möglichkeit einer Erweiterung des sich aus Anhang V ergebenden Qualitätsniveaus schon deshalb versperrt. Darüber hinaus wären ohne die Möglichkeit einer öffentlichen Finanzierung einem über das Mindestversorgungsniveau hinausgehenden Universaldienst auch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt.⁸

Eine Belastung der Unternehmen mit einer Umlage zu einem über das Mindestniveau hinausgehenden Universaldienst wäre unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

b) Beteiligung an der Umlagefinanzierung

Nach § 160 Abs. 1 TKMoG-E und dem Verweis auf § 156 TKMoG-E sind an der Umlage grundsätzlich alle im Bundesgebiet tätigen Anbieter, die auf dem sachlich relevanten Markt der Versorgung mit entsprechenden Telekommunikationsdiensten tätig sind, zu beteiligen. Dies muss dann auch OTTs einschließen, die erheblich von einer im Wege des Universaldienstes geschaffenen Infrastruktur profitieren und ihre zum Teil zum Spektrum des Universaldienstes zählenden Dienste darüber anbieten würden.

Wie bereits § 83 iVm § 80 des geltenden TKG sieht auch § 160 Abs. 7 TGMoG-E eine "de-minimis-Regelung" vor, allerdings wird die Umsatzschwelle unterhalb derer Unternehmen nicht zur Finanzierung des Universaldienstes herangezogen werden, nicht mehr gesetzlich, sondern durch die BNetzA festgelegt. Die Aufnahme einer "de-minimis-Regelung" ist dabei grundsätzlich zu begrüßen.

⁸ Kühling/Toros: Rechtliche Herausforderungen bei der Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen (2019), S. 53
Andreas Neumann: Optionen für die Ausgestaltung eines Rechtsanspruchs auf schnelles Internet aus telekommunikationsrechtlicher Sicht (2019), S. 13

XII. Technische Regulierung

Der 10. Teil des TKMoG-E steht noch unter einem weitgehenden Erörterungsvorbehalt der Ministerien. Insofern ist eine diesbezügliche Stellungnahme nur eingeschränkt möglich. Wir behalten uns daher weiteren Vortrag, insbesondere auch mit Blick auf diesen Teil des TKMoG, ausdrücklich vor.

1. Netzabschlusspunkt (§ 70 TKMoG-E - Anschluss von Telekommunikationsendeinrichtungen

§ 70 Abs. 1 TKMoG-E sieht weiterhin vor, dass das öffentliche Telekommunikationsnetz am passiven Netzabschlusspunkt endet. In diesem Kontext sehen wir es als sehr positiv an, dass mit § 70 Abs. 2 TKMoG-E die Möglichkeit geschaffen wird, dass die Bundesnetzagentur durch Allgemeinverfügung Ausnahmen von Absatz 1 (passiver Netzabschlusspunkt) zulassen kann. Damit berücksichtigt der Gesetzgeber Art. 61 Absatz 7 EECC. Dies gibt der Bundesnetzagentur, betroffenen Unternehmen, Fachkreisen und Verbraucherverbänden die notwendige Flexibilität abweichende Regelungen zu § 70 Abs.1 TKG-E schaffen. Außerdem wird dadurch klargestellt, dass der Netzabschlusspunkt auch für unterschiedliche Technologien unterschiedlich definiert werden kann.

2. Nofallversorgung (ehem. PTSG) (§§ 181 ff. TKMoG-E)

Mit dem TKModG soll der Regelungsbereich der Telekommunikationssicherstellung und Telekommunikationsbevorrechtigung, der bisher im PTSG geregelt war, in das TKG überführt werden.

Dabei reichen insbesondere die unter § 182 Abs. 2 und 3 TKMoG-E beschriebenen Maßnahmen zur Umsetzung der Telekommunikationssicherungspflicht, wie die Einleitung von Verkehrsmanagementmaßnahmen oder eine Pflicht zu möglichen Kapazitätserweiterungen bei Engpässen an Netzübergabepunkten oder Steuerungssystemen, weit über das Instrumentarium des bisher geltenden § 5 PTSG hinaus (vgl. Gesetzesbegründung zu § 182 TKMoG-E, S. 409f.) .Diese erhebliche Ausweitung der Telekommunikationssicherstellung ist sicher von dem Eindruck der aktuellen Covid19-Pandemie geleitet, allerdings ist festzuhalten, dass sich die Telekommunikationsinfrastruktur in Deutschland während der Covid19-Krise als ausgesprochen leistungsstark und stabil herausgestellt hat und es zu keiner Zeit zu Engpässen gekommen ist.

Positiv zu vermerken ist, dass § 182 Abs. 2 TKMoG-E den Unternehmen im Rahmen der Telekommunikationssicherstellungspflicht eine klare Rechtsgrundlage für die Einleitung von Verkehrsmanagementmaßnahmen bietet, zumal die “EU-NetzneutralitätsVO” (EU 2015/2120) in der Norm ausdrücklich angesprochen wird.

Mit Blick auf die netzexternen Maßnahmen in § 182 Abs. 3 TKMoG-E wäre zu überlegen auch für Netzbetreiber mit weniger als 100.000 Teilnehmern eine „de-minimis“-Schwelle vorzusehen oder die Verpflichtungen auf bestimmte Maßnahmen zu beschränken. Für TK-Diensteanbieter ist bereits in § 182 Abs.1 TKMoG-E eine entsprechende Schwelle vorgesehen. Es ist aber auch kleineren Netzbetreibern kaum zuzumuten, im Falle vorübergehender Engpasssituationen umfangreiche Kapazitäts--erweiterungen, insbesondere bei den teuren “Session Border Controllern” (SBC), vorzunehmen, zumal die abschließenden Entschädigungsregelungen in § 186 TKMoG überschaubar sind.

3. Manuelles Auskunftsverfahren (§ 171 TKMoG-E)

Zum manuellen Auskunftsverfahren fehlt noch die Umsetzung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 27.05.2020. Das Bundesverfassungsgericht hatte das Fehlen besonderer Eingriffsschwellen, insbesondere auch in den Fachgesetzen, moniert. Das Urteil lässt dem Gesetzgeber aber einen erheblichen Umsetzungsspielraum. Insofern behalten wir uns, abhängig von der Ausgestaltung, auch an dieser Stelle ausdrücklich weiteren Vortrag vor.

XIII. Bundesnetzagentur

1. Beschlusskammerverfahren - Öffentlich mündliche Verhandlung (§ 212 TKMoG-E)

Gemäß § 212 Abs. 3 TKMoG-E entscheiden die Beschlusskammern der BNetzA auf Grund einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (ömV). Die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ihre Rechtsposition zu vertreten und Argumente hierzu vorzubringen, ist dabei Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG. Folgerichtig kann nach § 135 Abs. 3 des geltenden TKG auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung nur verzichtet werden, wenn alle Verfahrens-beteiligten dem zustimmen.

Gemäß § 212 Abs. 4 TKMoG-E soll in Zukunft auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden können, *“wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist.”* Die

Durchführung einer ömV steht damit faktisch im Ermessen der erkennenden Beschlusskammer. Dies ist abzulehnen. Die Entscheidungen der Beschlusskammern haben erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für die davon betroffenen Unternehmen. Diese Bedeutung kann im äußersten Fall bis zur Frage des Fortbestands bestimmter Geschäftsmodelle führen. Es wird daher der möglichen Tragweite der Beschlusskammerentscheidungen nicht gerecht, wenn die Durchführung einer ömV in das Ermessen der Beschlusskammer gestellt wird.

Hinzu kommt, dass wegen der umfangreichen Schwärzungen und der zurückhaltenden Praxis der BNetzA zu Entschwärzungen, insbesondere betreffend Entgeltanträgen der Telekom sowie der Mobilfunknetzbetreiber, die Verfahrensunterlagen in der Regel wenig aussagekräftig sind. Dies erschwert es den anderen Verfahrensbeteiligten oftmals im Vorfeld einer ömV Stellungnahmen abzugeben, die substantiiert auf den Entgeltantrag eingehen können. Auch die Ankündigungen der BNetzA, die Telekom dazu zu bewegen, ihren Entgeltanträgen zumindest eine Erläuterung beizufügen, die die Entgelte und insbesondere Veränderungen der beantragten zu den genehmigten oder in früheren Verfahren beantragten Entgelten erklärt, waren bislang nicht erfolgreich.

Die ömV ist in der Regel die einzige Möglichkeit der anderen Verfahrensbeteiligten, durch die Zusammenfassung des Entgeltantrags durch die Beschlusskammer und gezielte eigenes Nachfragen, etwas Licht in das Dunkel der Telekom-Anträge zu bringen und weitere Informationen zu den Anträgen zu erlangen. Diese können dann wiederum in den eigenen Stellungnahmen verargumentiert werden. Daher garantiert auch nur die Durchführung einer ömV die notwendige Tiefe des rechtlichen Austauschs.

Zumindest solange es nicht gelingt, durch deutlich weniger Schwärzungen in den Anträgen des marktmächtigen Unternehmens mehr Transparenz durchzusetzen, ist eine Lockerung der Verpflichtung, eine ömV durchzuführen, nicht diskutabel.

2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 213 TKMoG-E)

Wie oben dargelegt, verkürzen umfangreiche Schwärzungen, insbesondere in Regulierungsanträgen der Telekom, die Möglichkeiten der anderen Verfahrensbeteiligten, ihre rechtlichen Interessen zu vertreten und substantiiert zu den Anträgen Stellung zu nehmen. Nach § 213 TKMoG-E bzw. § 136 TKG sind Schwärzungen nur insoweit gerechtfertigt, soweit die geschwärzten Informationen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des regulierten Unternehmens berühren. Die BNetzA kann, sofern sie Schwärzungen für unberechtigt hält, die betreffenden

Informationen für Dritte offenlegen. Dies ist aber mindestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 zum Schutz- von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Telekom praktisch nicht mehr vorgekommen. Die BNetzA bemüht sich stattdessen mit überschaubarem Erfolg darum, die Telekom zur Entschwärzung einzelner Informationen und Passagen zu bewegen. Der Umfang der Schwärzungen liegt damit faktisch in der Entscheidungshoheit des regulierten Unternehmens selbst. Dies führt zu der zum Teil absurden Situation, dass selbst internationale Tarifvergleiche seitens der Telekom als "Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse" geschwärzt werden.

Im TKMoG sollte daher eine Legaldefinition der "Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse" aufgenommen bzw. auf eine bestehende Legaldefinition verwiesen werden, um der BNetzA eine größere rechtliche Sicherheit bei der Auseinandersetzung mit dem regulierten Unternehmen um die Offenlegung von Informationen zu geben. Rechtlicher Anknüpfungspunkt könnte dabei die Legaldefinition im "Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) vom 19.04.2019 sein. Dieses relativ neue, auf einer EU-Richtlinie⁹ basierende Gesetz regelt zwar in erster Linie den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Wettbewerbsrecht und stellt in § 1 Abs. 2 klar, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen vorgehen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Legaldefinition des "Geschäftsgeheimnisses" nicht in das öffentliche Recht übernommen oder darauf Bezug genommen werden dürfte.

§ 2 Abs. 1 GeschGehG definiert das "Geschäftsgeheimnis" als

"eine Information

a) die weder insgesamt noch in der Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist, und

b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist, und

c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht".

⁹ Richtlinie (EU) 2016/943 vom 08.Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnis) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (ABL. L 157 vom 15.06.2016)

Bei dieser, im Vergleich zur früher üblichen Definition z.B. des BGH engeren Definition, würde ein Geschäftsgeheimnis des marktmächtigen Unternehmens nur dann vorliegen, wenn die Information durch besondere Maßnahmen gesichert ist.

Die Aufnahme der Definition in das TKG bzw. einem entsprechenden gesetzgeberischen Verweis könnte ein fairer Kompromiss zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des regulierten Unternehmens und dem Interesse der übrigen Verfahrensbeteiligung an einer substantiierten Darlegung ihrer Rechtsposition.

XIV. Änderung der BetriebskostenVO / “Umlagefähigkeit 2.0“

Das TKMoG sieht eine Änderung der Betriebskostenverordnung (BetrkVO) und damit eine Streichung von § 2 Nr. 15b BetrKV im Rahmen der Gesetzesänderung vor. Somit würde die Möglichkeit der Umlagefähigkeit der Kosten für den Breitbandanschluss auf den Mieter entfallen. Aus Sicht des BREKO wird mit der ersatzlosen Streichung, statt einer zukunftsgerichteten und auf Infrastrukturinvestitionen ausgerichteten Weiterentwicklung, ein wichtiges Instrument verschenkt, um dem Glasfaserausbau bis mindestens in die Gebäude, insbesondere auch in den Städten, einen kräftigen Schub zu geben. Die Kosten für die Glasfaseranbindung eines Gebäudes kalkulieren die Glasfaser ausbauenden Unternehmen in der Regel mit Beträgen zwischen € 1.100 und € 1.500. Die Glasfaserverkabelung im Gebäude kostet pro Wohneinheit (WE) in der Regel zwischen € 300 und € 500 (abhängig davon, ob bereits ein Kabelkanal im Gebäude genutzt werden kann oder nicht), in Einzelfällen (z. B. besonderer Denkmalschutz oder Brandschutz) kann der Glasfaserausbau im Gebäude auch bis zu € 800 pro Wohneinheit kosten.

Die Umlagefähigkeit ist bei einer zukunftsgerichteten Ausgestaltung kein Relikt der Vergangenheit, sondern kann mit den richtigen Voraussetzungen zu einem Motor für den zukunftssicheren Glasfaserausbau in Mehrfamilienhäusern, insbesondere im städtischen Raum werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, ist es erforderlich, dass das Instrument der Umlagefähigkeit so gestaltet wird, dass es an Investitionen in Glasfaserinfrastruktur geknüpft wird. Dadurch würde die oft schwer kalkulierbare Einnahmenseite bei einem Glasfaserprojekt für einen bestimmten Zeitraum für die Anbieter berechenbarer, so dass die Unternehmen sich aufgrund einer sichereren Kalkulationsgrundlage früher oder überhaupt dazu entschließen, Gebäude mit Glasfaser zu erschließen bzw. den Glasfaserausbau im Gebäude selbst vorzunehmen. Die derzeitige Regelung eröffnet zwar grundsätzlich auch Unternehmen, die Glasfasernetze bauen die Möglichkeit, von

der Umlagefähigkeit zu profitieren, dies wird aber derzeit nur in Einzelfällen praktisch ermöglicht, da vielfach sehr lange Rahmenverträge mit Kabelnetzbetreibern bestehen.

Um dies zu ändern und eine zukunftsgerichtete und faire Lösung für alle Interessengruppen zu schaffen, macht sich der für eine **Modernisierung der Regelung zur Umlagefähigkeit** stark („Umlagefähigkeit 2.0“).

So kann eine modernisierte „Umlagefähigkeit 2.0“ aus Sicht des BREKO aussehen:

1. Die Möglichkeit der Abrechnung der Kosten des Breitbandanschlusses über die Betriebskosten wird zukünftig an neue **Investitionen in Glasfasernetze bis in die Gebäude und Wohnungen gekoppelt**. Die Unternehmen, die Gebäude, insbesondere Mehrfamilienhäuser, mit echten Glasfaseranschlüssen anbinden, können die Kosten für diesen Anschluss weiterhin über die Betriebskosten abrechnen. Technische Aufrüstungen bestehender Netze, ohne signifikante Infrastrukturinvestitionen, sollten davon nicht profitieren, weil dies wiederum ein Hemmnis für den zukunftsgerichteten Ausbau bedeuten würde.
2. Die Umlage soll **nicht „unendlich“** vereinbart werden können, sondern für einen Zeitraum, der dem Wert der Investitionen in die neue Glasfaserinfrastruktur hinreichend Rechnung trägt.
3. Um eine möglichst große Angebotsvielfalt zu schaffen, müssen die Unternehmen, die weiter vom Sammelinkasso profitieren wollen, zudem über die Gewährung eines **offenen Netzzugangs (Open-Access)** anderen Anbietern den Zugang zu den Kunden auf ihrem Netz ermöglichen. Auf diese Weise wird den Verbraucherinteressen in besonderer Weise Rechnung getragen. Der Mieter oder die Mieterin profitiert einerseits von einer maximalen Diensteauswahl und andererseits von den Preisvorteilen, die ein Sammelinkasso in aller Regel bietet.

Da der besondere Investitionsanreiz in der Planbarkeit der Einnahmeseite für einen mehrjährigen Zeitraum liegt, würde eine „opt-out-Regelung“ diesen Effekt konterkarieren. § 69 Abs.2 TKMoG-E könnte in der Weise verstanden werden und wäre deshalb zu streichen.

Durch die „Umlagefähigkeit 2.0“ könnten Mieterinnen und Mieter einen zukunftssicheren und nachhaltigen Glasfaseranschluss zu einem attraktiven Preis erhalten. Dieser läge deutlich unter den Kosten, die im Falle eines Wegfalls des Sammelinkasso bei der Buchung von Einzelanschlüssen entstehen würden. Zudem stünde den Mieterinnen und Mietern durch die Öffnung der Netze ein sehr viel umfassenderes Dienstangebot, insbesondere über das Internet Protokoll aber auch über SAT-Lösungen, zur Verfügung. Die Kabelnetzbetreiber bieten heute zumeist nur

eigene, beziehungsweise ausgewählte TV-Dienste an und transportieren beispielsweise TV-Angebote Dritter oft nicht. Da die alternativen Empfangswege in der Regel günstiger sind als ein Kabelanschluss und wir uns nicht für die Abschaffung sondern eine Modernisierung der Umlagefähigkeit aussprechen, läuft auch das Argument gegen eine Änderung der Umlagefähigkeit ins Leere, wonach insbesondere Rentner und Empfänger von Transferleistungen dann mit einer unzumutbaren Belastung konfrontiert seien.

Bei dem vom BREKO präferierten Open-Access-Konzept könnten Mieterinnen und Mieter aus einem umfassenden Dienstangebot und einer Vielzahl von Diensteanbietern auswählen. Dies würde insgesamt zu deutlich mehr Wettbewerb auf dem Diensteanbietermarkt führen, weil nicht nur ein TV-Produkt eines Kabelnetzbetreibers, sondern auch die Angebote anderer TV-Diensteanbieter zur Auswahl stünden.

Durch dieses neue Modell der „Umlagefähigkeit 2.0“ wird der Markt zum Endnutzer in Mehrfamilienhäusern für Glasfaseranbieter geöffnet und umgekehrt führt dies beim Endnutzer zu einer freien Wahl der TV-Anbieter. Durch die weiterhin gegebene Umlagefähigkeit und das damit verbundene Sammelinkasso bleibt der Preis für Mieterinnen und Mieter moderat, so dass auch das von einzelnen Marktteilnehmern vorgetragene Argument einer „Preisexplosion“ bei einer Anpassung der Regelung in der Praxis nicht zutrifft. Vielmehr erhalten die Mieter einen echten Anreiz auf deutlich höherwertige und zukunftssichere Zugangsprodukte zu wechseln.

Für Gebäudeeigentümer und Wohnungsbaugesellschaften, die ihre Immobilien durch eine leistungs- und zukunftsfähige Infrastruktur fit für die Zukunft und damit für private und gewerbliche Mieter attraktiv machen wollen, führt an Glasfaser kein Weg vorbei. Für sie ergäbe sich eine deutliche Wertsteigerung der Immobilien. Eigene Anstrengungen für die digitale Modernisierung der Gebäude würden dadurch obsolet. Wenn Gebäudeeigentümer und Wohnungsbaugesellschaften ihre Gebäude mit zukunftsfähigen Glasfaseranschlüssen ausstatten möchten, führt an einer Modernisierung der BetrKV kein Weg vorbei, da ansonsten das bestehende Quasi-Monopol der Kabelnetzbetreiber in den Gebäuden für einen sehr langen Zeitraum zementiert wird.

Schließlich sollten Anbieter, die bereits Glasfaser bis ins Gebäude oder die Wohnung verlegt haben und bereits ein Sammelinkasso mit der Wohnungswirtschaft vereinbart haben, entsprechend dem vorgenannten Vorschlag Bestandsschutz erhalten.