



Stellungnahme

zum Diskussionsentwurf

„Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts“

Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG)

Bonn, 20. November 2020

Vorbemerkung

Der Bundesverband Glasfaseranschluss (BUGLAS) vertritt seit 2009 die Interessen der Unternehmen, die in Deutschland mindestens bis in die Gebäude reichende Glasfasernetze (Fiber to the Building/Home, FTTB/H) errichten und betreiben. Die aktuell 160 Mitgliedsunternehmen des Verbandes versorgen hierzulande einen Großteil aller Glasfaserkunden (FttB/H, über 60% aller Privat- und Gewerbekunden, Verwaltungen und sozioökonomischer Treiber).

Mit dem vorliegenden Diskussionsentwurf für das Gesetz zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (TKMoG) sollen sowohl die Vorgaben des Europäischen Kodex für Elektronische Kommunikation (RL 2018/1972) umgesetzt als auch davon unabhängige Anpassungen des Telekommunikationsrechts vorgenommen werden.

Der BUGLAS begrüßt, dass in den Entwurf zahlreiche Vorschläge der Branche aus den vergangenen Jahren insbesondere zur Erleichterung des Einsatzes alternativer Verlegungsmethoden sowie zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren eingeflossen sind. Gleichzeitig führen neue Verpflichtungen zur Erhebung und Lieferung von Daten, sowie praxisferne und über die unionsrechtlichen Vorgaben hinausgehende Kundenschutzbestimmungen zu einer unverhältnismäßigen Kostenbelastung der Branche. Insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen werden mit den neuen Vorschriften vor erhebliche Herausforderungen gestellt, die nicht nur in dem generell höheren finanziellen und personellen Aufwand liegen, sondern auch in der zur Umsetzung erforderlichen Anpassung zahlreicher Strukturen und Prozesse. Insbesondere die Regelungen zum Kundenschutz bedürfen daher einer angemessenen Umsetzungsfrist von mindestens 18 Monaten, um den Unternehmen überhaupt eine Chance zu geben, die notwendigen Umstellungen vorzunehmen.

Mit Sorge sehen wir auch die insbesondere durch den EECC getriebene Tendenz, regulatorische Verpflichtungen des marktmächtigen Unternehmens zu reduzieren, gleichzeitig aber auch kleinere Wettbewerber stärker zu regulieren. Diese Tendenz ist nach unserer festen Überzeugung eine besorgniserregende Fehlentwicklung, die einen Bruch mit den wesentlichen Grundsätzen der SMP-Regulierung darstellt.

Der nun vorliegende Diskussionsentwurf ist inhaltlich noch nicht abschließend innerhalb der Bundesregierung abgestimmt und wurde der Branche mit einer Frist von 14 Tagen zur Kommentierung übersandt. Wir begrüßen, dass die Branche damit bereits noch vor Veröffentlichung des offiziellen Referentenentwurfs angehört wird. Angesichts der herausragenden Bedeutung für die Telekommunikationswirtschaft und den Breitbandausbau in Deutschland halten wir es allerdings für dringend erforderlich, dass der Branche bei Vorliegen des abgestimmten Referentenentwurfs eine angemessene Frist von mindestens sechs Wochen eingeräumt wird, um zum finalen Entwurf in angemessener Weise Stellung nehmen zu können.

Artikel 1 – Telekommunikationsgesetz

§ 2 – Ziele der Regulierung

Wir begrüßen die Klarstellung in der Entwurfsbegründung, dass die Regulierungsziele keiner Priorisierung unterliegen, sondern gleichrangig verfolgt werden. Die gleichzeitige Verfolgung der verschiedenen Ziele führt nach unserem Verständnis auch nicht zwingend zu einem Zielkonflikt. Vielmehr ist beispielsweise ein lebendiger Wettbewerb der beste Garant für den Ausbau hochleistungsfähiger Netzinfrastrukturen und die Wahrung der Interessen der Endnutzer.

VHC-Konnektivitätsziel

Die Aufnahme des Ziels der Förderung der Konnektivität sowie des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (Very High Capacity Networks; VHC-Netze) bei gleichzeitigem Wegfall des bisherigen NGA-Ziels ist nicht nur vor dem Hintergrund der Vorgaben des Europäischen Kodex für Elektronische Kommunikation (European Electronic Communications Code; EECC) erforderlich, sondern auch als ein zentraler Baustein für die Ausrichtung hin zu einem flächendeckenden Glasfaserausbau zu begrüßen.

Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs

Die Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs bzw. die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte bleiben aufgrund der stark asymmetrisch verteilten Marktanteile auch weiterhin wichtige Zielsetzungen. Angesichts des noch lange nicht flächendeckenden FTTB/H-Ausbaus in Deutschland und vor dem Hintergrund der Vorgaben des EECC ist auch nachvollziehbar, dass hierunter sowohl der Dienste- als auch der Infrastrukturwettbewerb verstanden wird. Allerdings darf der Infrastrukturwettbewerb aus unserer Sicht nicht als Selbstzweck begriffen werden, sondern soll zu einer technologischen Verbesserung der Netzinfrastrukturen führen. Wo also bereits Glasfaseranschlussnetze ausgebaut sind und somit nach derzeitigem Stand keine technologische Verbesserung mehr möglich ist, stößt der Infrastrukturwettbewerb an seine Grenzen. Statt des Überbaus von Glasfasernetzen muss der Fokus dort auf den

Dienstewettbewerb gerichtet werden. Mit dem voranschreitenden Glasfaserausbau muss Wettbewerb nach unserem Dafürhalten daher zunehmend als Dienstewettbewerb verstanden werden. Es ist daher zu begrüßen, dass der Entwurf ausschließlich die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs vorsieht. Ein ineffizienter Infrastrukturwettbewerb, der beispielsweise durch den Überbau von Glasfasernetzen durch gleichwertige oder weniger leistungsfähige Infrastrukturen entsteht, ist daher nach unserem Verständnis gerade nicht von diesem Regulierungsziel umfasst.

§ 3 – Begriffsbestimmungen

Interpersonelle Kommunikationsdienste

Mit der Übernahme des im EECC angelegten Begriffs der interpersonellen Kommunikationsdienste eröffnet sich der Weg in Richtung eines Level Playing Field zwischen OTTs und klassischen TK-Diensteanbietern. Angesichts der massiv vorangeschrittenen Substitution sowohl von sprach- als auch von textbasierten klassischen TK-Diensten durch entsprechende OTT-Dienste ist dieser Schritt dringend erforderlich. Gleichwohl verbleibt auch mit dem Begriff der interpersonellen Kommunikationsdienste eine erhebliche Asymmetrie zulasten der klassischen TK-Unternehmen, die im Gegensatz zu den OTTs in ganz erheblichem Umfang in den Ausbau der Netzinfrastrukturen investieren, wovon die OTTs wiederum maßgeblich profitieren, ohne jedoch einen signifikanten Beitrag zur Finanzierung zu leisten. Die begriffliche Annäherung zwischen OTTs und klassischen TK-Diensten als nummernunabhängige und nummernabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste bzw. die daran anknüpfenden Vorschriften können daher nur ein erster Schritt sein. Eine Klarstellung dahingehend, dass Dienste, die eine Nummer lediglich zur Identifikation nutzen, aber nicht auf Nummerierungsressourcen zugreifen, als nummernunabhängig gelten, halten wir aus Gründen der Rechtsklarheit und zur besseren Abgrenzbarkeit der Begriffe für sinnvoll. Die Zielsetzung muss angesichts der direkten Substitutionsbeziehung in einem einheitlichen Wettbewerbsrahmen bestehen, damit klassische TK-Unternehmen nicht länger benachteiligt werden und Verbraucher sich auf einem einheitlichen Kundenschutzstandard verlassen können.

Netze mit sehr hoher Kapazität

Die Ablösung der Begriffe des NGA-Netzes sowie des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes durch den des VHC-Netzes stellt eine sinnvolle Anpassung an die technologische Entwicklung und an die wirtschaftlichen sowie gesellschaftlichen Erfordernisse dar. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die Definition Glasfasernetze als Referenzpunkt wählt, von dem die zu erfüllenden technischen Parameter abgeleitet werden. Gleichwohl wäre eine vollständig infrastrukturbasierte Definition im Sinne von FTTH/H im Rahmen des EECC zielführender gewesen, um den im Koalitionsvertrag vereinbarten Netzinfrastukturwechsel zu Glasfaser zu beschleunigen. Die BNetzA hat nun unter Berücksichtigung der Leitlinien des BEREC die Möglichkeit, durch die konkrete Ausgestaltung des VHC-Begriffs Anreize für Investitionen in Glasfaseranschlussnetze zu setzen.

§ 5 – Meldepflicht

Dass der Meldepflicht künftig auch durch eine Erklärung in Textform, statt der bisher erforderlichen Schriftform nachgekommen werden kann, ist zu begrüßen.

§ 8 – Marktdefinition

Dass das Verfahren der Marktregulierung in seiner grundlegenden Systematik erhalten bleibt, ist zu begrüßen.

Die Verschiebung des Drei-Kriterien-Tests aus den Regelungen über die Marktdefinition in die Regelungen über die Marktanalyse halten wir vor dem Hintergrund der Ausführungen der Entwurfsbegründung für sachgerecht.

Die Regelung zur expliziten Berücksichtigung der Intensität des Infrastrukturwettbewerbs in einzelnen Gebieten sowie ggf. der Ergebnisse der geographischen Erhebungen der zentralen Informationsstelle erfolgen zur Umsetzung entsprechender Vorgaben des EECC. Gleichwohl lassen sich die Regelungen als Tendenz zu einer stärkeren Regionalisierung der Marktregulierung interpretieren. Diese Entwicklung betrachten wir

insbesondere in der Zusammenschau mit der Möglichkeit symmetrischer Regulierungsverpflichtungen äußerst kritisch, da sie insbesondere lokal oder regional tätige Unternehmen bedroht, die ihre Netze im Wettbewerb errichtet haben. Es ist daher dringend erforderlich, dass die Regelungen nur mit äußerster Zurückhaltung zur Anwendung kommen, damit die negativen Effekte auf die Investitionstätigkeit der Unternehmen so gering wie möglich ausfallen. Eine stärker regionalisierte Regulierung würde zudem zu einem massiven bürokratischen Mehraufwand sowohl für die zuständigen Behörden als auch für die Unternehmen führen. Eine derartige Mikroregulierung wäre zudem mit dem ordnungspolitischen Rahmen einer Marktwirtschaft kaum vereinbar. Daher ist ein Festhalten an der bisherigen grundsätzlich nationalen Marktabgrenzung erforderlich.

§ 9 – Marktanalyse

Die Übernahme des Drei-Kriterien-Tests aus der Marktdefinition in die Marktanalyse, sowie die Straffung der Formulierungen zum Bestehen wirksamen Wettbewerbs sind sachgerecht.

Die stärkere Betonung der Prognose in Absatz 3 dient der Umsetzung des EECC und erscheint bei einer theoretischen Betrachtung zwar nicht grundsätzlich falsch, dürfte aufgrund der Komplexität sowie der hohen Dynamik der Märkte in der Praxis aber Fragen aufwerfen. Eine hinreichend sichere Prognose über die zukünftige Entwicklung von Märkten zu treffen, die derartig vielen verschiedenen Einflussfaktoren unterliegen, dürfte kaum leistbar sein. Daher ist der praktische Mehrwert der Neuregelung aus unserer Sicht äußerst fragwürdig.

§ 11 – Regulierungsverfügung

Dass die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen künftig zu einer Ermessensvorschrift herabgestuft wird, ist wie auch einige andere dem EECC entstammende Regelungen als Schritt in Richtung einer stärkeren Deregulierung marktmächtiger Unternehmen kritisch zu bewerten. Auch bisher hatte die BNetzA die

Möglichkeit, je nach Fallkonstellation auch „minimalinvasive“ Regulierungsverpflichtungen aufzulegen, soweit dies sachgerecht war. Ein vollständiges Absehen selbst von Transparenzverpflichtungen bei gleichzeitigem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht erscheint jedoch in keinem Fall angemessen. In jedem Fall muss sichergestellt sein, dass es bei der Bewertung von Selbstverpflichtungen gegenüber den Regulierungsverpflichtungen, die ansonsten auferlegt worden wären, keinen „Rabatt“ gibt. Das Wettbewerbsniveau bzw. die Zugangsmöglichkeiten und sonstigen Rechte der Wettbewerber dürfen also nicht hinter dem zurückstehen, was ohne Selbstverpflichtung im Rahmen von Regulierungsverpflichtungen auferlegt worden wäre. Insbesondere ist dabei die heterogene Struktur der Wettbewerber zu berücksichtigen. Da neben einigen großen, national tätigen Wettbewerbern auch zahlreiche kleine und mittlere Wettbewerber auf Vorleistungsprodukte des marktmächtigen Unternehmens angewiesen sind, die nur auf lokaler oder regionaler Ebene tätig sind, kann es nicht genügen, dass die Konditionen der Verpflichtungszusage für wenige große Wettbewerber tragfähig sind. Kriterien wie die Offenheit der Verpflichtungszusage gegenüber allen Marktteilnehmern dürfen daher nicht rein formal verstanden werden, sondern müssen im Ergebnis sicherstellen, dass auch kleinere Wettbewerber und Neueinsteiger auf der Basis etwaiger Verpflichtungszusagen des marktmächtigen Unternehmens wettbewerbsfähig arbeiten können. Sollte dies auf Basis der vorgelegten Verpflichtungszusage nicht gewährleistet sein, müssen flankierend entsprechende Verpflichtungen durch die BNetzA auferlegt werden.

§ 13 – Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung

Die durch den EECC vorgesehene Verlängerung der regelmäßigen Regulierungsperiode von drei auf fünf Jahre nach § 13 Abs. 2 ist in Verbindung mit der Möglichkeit nach § 13 Abs. 1, beim Bekanntwerden neuer relevanter Tatsachen eine neue Marktdefinition und Marktanalyse durchzuführen insgesamt sinnvoll. Die Regelung schafft einen angemessenen Ausgleich zwischen Planungssicherheit einerseits und der notwendigen Flexibilität zur Reaktion auf die dynamischen Entwicklungen des Telekommunikationsmarkts andererseits.

§ 15 – Verwaltungsvorschriften zu Regulierungsgrundsätzen und Anträge auf Auskunft über den Regulierungsrahmen für Netze mit sehr hoher Kapazität

Die Anpassung des bisherigen § 15a an den Begriff der Netze mit sehr hoher Kapazität sowie an die Regelungen zur symmetrischen Regulierung und zu kommerziellen Vereinbarungen ist sinnvoll und zu begrüßen. Auch wenn es für die Auswirkungen auf den Ausbau von VHC-Netzen am Ende auf den konkreten Inhalt der zu erlassenden Verwaltungsvorschriften ankommen wird, ist die Regelung grundsätzlich dazu geeignet, ausbauenden Unternehmen im Voraus ein höheres Maß an Rechtssicherheit bzgl. etwaiger regulatorischer Verpflichtungen zu bieten und somit die Investitionsrisiken vorher besser abschätzen zu können. Eine Konkretisierung der vergleichsweise abstrakten gesetzlichen Regelungen durch eine Verwaltungsvorschrift ist dazu ein sinnvolles Instrument. Wir möchten hierbei insbesondere die Notwendigkeit einer umfassenden Konsultation unterstreichen, wie sie in § 13 Abs. 3 vorgesehen ist, um sicherzustellen, dass die zu treffenden Regelungen sich an der Realität des VHC-Netzausbaus orientieren.

Zu begrüßen ist auch die Klarstellung, dass das Auskunftsrecht nach § 15 Abs. 4 allen Unternehmen zusteht, die VHC-Netze ausbauen und die Auskunft verbindlich ist.

§ 16 – Verpflichtungszusagen

Der flächendeckende Ausbau von Glasfasernetzen ist eine Herausforderung, die kein Unternehmen allein bewältigen kann. Kooperationen sind daher ein wichtiges Element zur Beschleunigung des Ausbaus. Der Grat zwischen wünschenswerten Kooperationen einerseits und wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen andererseits kann jedoch im Einzelfall schmal sein, weshalb Klarheit über die Anforderungen geschaffen werden muss, die für die verschiedenen Formen der Kooperation gelten.

Die Regelungen in § 16 orientieren sich in ihrer Formulierung stark an den entsprechenden Regelungen im EECC. Sowohl die Begriffe der kommerziellen Vereinbarungen, Ko-Investitions- und Zugangsangebote in § 16 Abs. 1, als auch die materiellen Kriterien in § 16 Abs. 3 - 4, denen diese entsprechen müssen, sind jedoch in hohem Maße unbestimmt und erlauben daher keine genaue Vorstellung davon, welche

konkreten Konsequenzen in der Praxis zu erwarten sind. Der Bundesnetzagentur wird daher eine zentrale Rolle bei der Auslegung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in der Regelung zukommen. Da eine außerordentlich hohe Bandbreite an möglichen Auslegungen besteht, ist eine umfassende Konsultation der Branche aus unserer Sicht unerlässlich, um ein möglichst einheitliches Verständnis über die konkrete Ausgestaltung der Anforderungen des § 16 herzustellen.

Bei den Anforderungen sowohl an kommerzielle Vereinbarungen als auch an Ko-Investitionsangebote als auch an Zugangsangebote ist es zwingend erforderlich, dass diese nicht nur gegenüber wenigen großen Netzbetreibern oder Diensteanbietern Wirkung entfalten, sondern auch kleine und mittlere Unternehmen die verschiedenen Angebote effektiv in Anspruch nehmen können. So ist es beispielsweise erforderlich, dass auch kleinere Unternehmen sich unter wirtschaftlich tragfähigen Bedingungen an einem Ko-Investitionsmodell beteiligen oder die anderen in § 16 vorgesehenen Zugangsmöglichkeiten nutzen können. Die Angebote dürfen also nicht so ausgestaltet sein, dass sie ausschließlich für größere Unternehmen geeignet sind, die aufgrund besonders großer Anschlusszahlen hohe Skaleneffekte realisieren können.

Beispielsweise stellen die hohen Abnahmeverpflichtungen im Rahmen des derzeitigen Kontingentmodells für den Layer 2-Bitstromzugang – wenngleich dieses nach unserer Überzeugung kein Ko-Investitionsmodell im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 darstellt – eine unüberwindbare Hürde für lokale oder regionale Netzbetreiber dar. Wenn derartige Vereinbarungen also ausschließlich für wenige große Unternehmen wirtschaftlich tragfähig sind, wirken sie im Ergebnis als Beschränkung des Wettbewerbs, der sowohl im Sinne der Endkunden für ein attraktives Dienstangebot sorgt als auch den Netzausbau insgesamt beschleunigt.

Die auch von uns ausdrücklich geteilte Offenheit für Kooperationen darf also nicht dazu führen, sich beim Netzausbau auf das Zusammenwirken vermeintlicher nationaler Champions zu verlassen.

§ 17 – Marktprüfungsverfahren für Verpflichtungszusagen

Der vorgeschlagene Rahmen des Marktprüfungsverfahrens für Verpflichtungszusagen sieht nur unzureichende Beteiligungsrechte der Wettbewerber vor. Die einzige

Möglichkeit zur Stellungnahme bleibt die regelmäßig einmonatige Frist nach § 17 Abs. 2. Nach unserer Überzeugung müssen dringend eine Konsultation der Bewertung der BNetzA nach § 17 Abs. 3 S. 1 sowie eine Stellungnahmemöglichkeit zu der überarbeiteten Verpflichtungszusage nach § 17 Abs. 3 S. 3 vorgesehen werden. Die Überprüfung der Verpflichtungszusage bzw. die Bewertung und ggf. anschließende Änderungen dienen gerade der Sicherstellung des Wettbewerbs. Insofern ist es dringend erforderlich, dass die im Wettbewerb zum marktmächtigen Unternehmen stehenden Unternehmen die Möglichkeit erhalten, die praktischen Auswirkungen der Bewertung der BNetzA bzw. der ggf. daraus resultierenden Änderungen an der Verpflichtungszusage in einem geregelten Verfahren darlegen zu können.

§ 19 – Zugangsverpflichtung und Zusammenschaltung bei Kontrolle über Zugang zu Endnutzern

Die grundsätzliche Möglichkeit, neben den klassischen TK-Diensteanbietern künftig auch die Anbieter nummernunabhängiger elektronischer Kommunikationsdienste, also OTTs eine Zusammenschaltungs- bzw. Interoperabilitätsverpflichtung aufzuerlegen, ist angesichts der erheblichen Substitutionswirkung sowohl von Voice- als auch von Messagingdiensten gegenüber den klassischen TK-Diensten ein Schritt in die richtige Richtung. Allerdings sind die Hürden für eine tatsächliche Verpflichtung so hoch, dass diese in der Praxis extrem unwahrscheinlich wird. Das Ziel eines echten level playing fields mit gleichwertigen Regelungen für klassische TK-Diensteanbieter einerseits und OTTs andererseits wird durch die Regelungen in § 19 somit zwar grundsätzlich anvisiert, aber noch nicht mit der notwendigen Konsequenz verfolgt.

§ 20 – Zugangsverpflichtung bei Hindernissen der Replizierbarkeit

Die Regelung in § 20 bzw. die entsprechende Vorgabe in Art. 61 Abs. 3 EECC bedeuten einen schwerwiegenden Bruch mit dem bisherigen Fundament der Marktregulierung. Voraussetzung für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen war angesichts der tiefen Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen des jeweiligen Unternehmens bisher

stets das Vorhandensein beträchtlicher Marktmacht vor dem Hintergrund der Überführung eines staatlichen Monopols in einen wettbewerblichen Rahmen. Dass der Richtliniengeber nun mit diesem Grundsatz bricht, ist ein außerordentlich negatives Signal an alle Unternehmen, die im Wettbewerb zu marktmächtigen Unternehmen stehen und überwiegend eigenwirtschaftlich in neue Netzinfrastrukturen investieren.

Die Regelung führt dazu, dass künftig potenziell allen ausbauenden Unternehmen die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung droht, was die Investitionsrisiken deutlich erhöht und den Ausbau somit verlangsamt. Insbesondere für dünn besiedelte oder aufgrund ihrer Lage oder Bodenbeschaffenheit schwer erschließbare Gebiete dürfte die Regelung besonders negative Folgen haben. Denn gerade in diesen Regionen liegen die wirtschaftlichen Hürden für den Ausbau besonders hoch, sodass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 20 vergleichsweise wahrscheinlich wird. Gleichzeitig sind die Investitionsrisiken aufgrund der schwierigen Ausbaubedingungen ohnehin schon so hoch, dass das zusätzliche Risiko einer symmetrischen Zugangsverpflichtung den Ausbau neuer Netzinfrastrukturen gerade dort verhindern dürfte, wo er dringend benötigt wird.

Zwar sieht § 20 Abs. 2 richtigerweise Ausnahmeregelungen für „Wholesale Only“-Geschäftsmodelle sowie bei der Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit und besonders kleinen Ausbauprojekten vor. Diese Ausnahmen genügen allerdings schon aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht, um den ausbauenden Unternehmen ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit zu bieten. Auch die Rückausnahme in § 20 Abs. 2 S. 2 bei der Verwendung öffentlicher Mittel schafft lediglich weitere Unsicherheiten. In der Vergangenheit haben bereits umfassende Diskussionen über den Begriff der öffentlichen Mittel im Zusammenhang mit dem bisherigen § 77i Abs. 3 S. 1 stattgefunden. Aus unserer Sicht ist der Begriff gleichbedeutend mit öffentlichen Haushaltsmitteln, die beispielsweise im Rahmen von Förderprogrammen ausgereicht werden, wie es auch in der Entwurfsbegründung beispielhaft erwähnt wird. Die zum Teil vertretene Interpretation, dass auch die Beteiligung der öffentlichen Hand an einem TK-Unternehmen dessen Mittel unter bestimmten Voraussetzungen als öffentliche Mittel qualifiziert, überzeugt nach unserer Auffassung nicht, da sich die Unternehmen regelmäßig unabhängig von ihrer Eigentümerstruktur gleichermaßen über den Kapitalmarkt finanzieren. Diese Interpretation würde kommunale Unternehmen im Wettbewerb erheblich benachteiligen.

Da Netze, die im Rahmen von Förderprogrammen errichtet wurden, aber ohnehin einer Open Access-Verpflichtung unterliegen, die unabhängig von den Regelungen des TKG, aber künftig auch gemäß dem neuen § 152 besteht, schafft die Rückausnahme lediglich weitere Verunsicherungen über die Anwendbarkeit der Vorschrift und keinen erkennbaren Mehrwert. Die Regelung zur Rückausnahme sollte daher nach unserer Auffassung entweder gestrichen oder mit einer Klarstellung über den Begriff der öffentlichen Mittel im oben genannten Sinne versehen werden. In jedem Fall muss vermieden werden, dass neue Diskussionen über den Begriff der öffentlichen Mittel pauschal die Ausbauprojekte sämtlicher kommunalen Unternehmen bedrohen.

Wenngleich die Regelung im Rahmen der Umsetzung des EECC grundsätzlich erforderlich sein mag, möchten wir dennoch anmerken, dass nach unserer Erfahrung die meisten Netzbetreiber bereit sind, auf freiwilliger Basis anderen Unternehmen Zugang zu ihren Netzen zu gewähren. Zahlreiche Beispiele aus der Praxis belegen dies. Auf dieser Basis können die ausbauenden Unternehmen die Auslastung ihrer Netze erhöhen, die Zugangsnachfrager ohne neue Investitionen mehr Endkunden versorgen und die Endkunden wiederum profitieren von einer größeren Auswahl an Dienstangeboten. Im Regelfall besteht also bereits heute schon ein Anreiz zur Öffnung der eigenen Netze. Wo dies in Ausnahmefällen nicht erfolgt, liegen regelmäßig besondere Gründe vor, die ein Open Access-Angebot im konkreten Fall unattraktiv werden lassen.

Nach unserer Überzeugung muss in jedem Fall gelten, dass jegliche symmetrische Regulierungsverpflichtung ausscheiden muss, sofern das Unternehmen einen offenen Netzzugang zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen zur Verfügung stellt. Die Begrenzung auf „Wholesale Only“-Unternehmen bzw. eine bloße Ermessensentscheidung der BNetzA über die Anwendung auf vertikal integrierte Unternehmen ist insgesamt unverhältnismäßig.

Zudem sollte im Fall einer Zugangsverpflichtung ein aktives Vorleistungsprodukt wie der Layer 2-Bitstromzugang das standardmäßige Vorleistungsprodukt sein. Die Zugangsgewährung auf aktiver Ebene ist das mildere Mittel im Vergleich zur Gewährung des Zugangs auf Ebene der passiven Infrastruktur, da sie dem betroffenen Unternehmen einen höheren Wertschöpfungsgrad ermöglicht, das Ziel der Versorgung des Endkunden durch andere Unternehmen aber in gleichem Maße erreicht.

§ 22 – Diskriminierungsverbot

Die überarbeitete Regelung betont die Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots nach dem Prinzip der Equivalence of Input (EoI). Wir begrüßen die Priorisierung dahingehend, dass das EoI-Prinzip der Standard und das Prinzip der Equivalence of Output (EoO) die Ausnahme sein muss. So kann der Grad der Diskriminierungsfreiheit deutlich erhöht und der Wettbewerb in einem höheren Maße gewährleistet werden. Insbesondere im Zuge des technologischen Wandels von kupferbasierten zu glasfaserbasierten Anschlussnetzen bietet sich ein Wechsel vom EoO- zum EoI-Prinzip besonders an.

§ 24 – Zugangsverpflichtungen

Dass das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Zugangsregulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch den EECC aufgehoben und die Entscheidung darüber, ob dem marktmächtigen Unternehmen überhaupt Zugangsverpflichtungen auferlegt werden sollen, künftig gemäß § 24 Abs. 3 im Ermessen der BNetzA liegen soll, bewerten wir kritisch. Die BNetzA hatte auch bisher die Möglichkeit, in atypischen Fällen von der Auferlegung einzelner Verpflichtungen aus dem Katalog abzusehen, soweit dies im konkreten Fall angemessen war. Eine Notwendigkeit für die „Öffnung“ der Vorschrift als Ermessensentscheidung ist also nicht ersichtlich. Gleichzeitig nimmt die geplante Regelung den Zugangsnachfragern Rechts- und Planungssicherheit, da die Wahrscheinlichkeit steigt, dass bestehende Zugangsverpflichtungen künftig zurückgenommen bzw. nicht neu auferlegt werden.

§ 32 – Migration von herkömmlichen Infrastrukturen

Angesichts des voranschreitenden Glasfaserausbaus ist es zu begrüßen, dass mit dem neuen § 32 Regelungen zur Migration ins TKG aufgenommen werden, um dem Migrationsprozess einen Rahmen zu geben und die Rechts- und Planungssicherheit für alle Beteiligten zu verbessern.

Unzureichend ist aus unserer Sicht jedoch die Vorankündigungsfrist von gerade einmal einem Jahr vor Beginn der Abschaltung oder Ersetzung der bisherigen Infrastrukturen. Innerhalb dieser Frist muss schließlich noch das Verfahren nach § 32 Abs. 3 durchgeführt werden. Erst nach Ende des Verfahrens steht schließlich für die Zugangsnachfrager fest, wie genau der Zeitplan aussieht, welche Alternativprodukte zur Verfügung stehen, etc. Die notwendigen Umstellungen auf Seite der Zugangsnachfrager müssten also unter Umständen in außerordentlich kurzer Zeit vollzogen werden, um die über Vorleistungsprodukte des marktmächtigen Unternehmens angebotenen Endkunden weiter zu versorgen.

Weiterhin ist es aus unserer Sicht geboten, dass die zur Verfügung gestellten Alternativprodukte für die migrierten Anschlussbestände zumindest für einen Übergangszeitraum nicht höher bepreist werden dürfen als die bisherigen Vorleistungen. Andernfalls würde die Kalkulationsgrundlage der Zugangsnachfrager nachträglich und ohne ihr Zutun erheblich verschlechtert. Im Rahmen laufender Endkundenverträge könnte durch eine Erhöhung der Vorleistungsentgelte sogar eine Kostenunterdeckung eintreten, was unbedingt verhindert werden muss.

Um den Wettbewerb auf dem Wholesalemärkte zu stärken, ist es ebenfalls vorstellbar, dass marktmächtige Unternehmen in den Gebieten aus der Zugangsverpflichtung für bestehende Kupferinfrastrukturen zu entlassen, in denen durch einen Wettbewerber ein Glasfasernetz errichtet wurde, für das ein offener Netzzugang zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen zur Verfügung gestellt wird. Dadurch hätten Vorleistungsnachfrager einen zusätzlichen Anreiz, auf Glasfaserinfrastrukturen zu migrieren, während gleichzeitig die Netzauslastung und damit die Refinanzierbarkeit des Glasfasernetzes verbessert würde.

§ 36 – Entgeltregulierung

Die neuen Regelungen zur Entgeltregulierung sind insgesamt flexibler ausgestaltet als die bisherigen Vorschriften und gewähren der BNetzA einen breiteren Entscheidungsspielraum in der Frage ob und wenn ja welche Maßnahmen der Entgeltregulierung sie ergreift.

Hinsichtlich der Wahl des konkreten Maßstabs für das jeweilige Vorleistungsprodukt halten wir den Zugewinn an Flexibilität für sinnvoll. Insbesondere mit Blick auf den Ausbau von Glasfasernetzen ergeben sich je nach Ausbauprojekt höchst unterschiedliche Kostenstrukturen, die eine entsprechende Flexibilität im Rahmen der Entgeltregulierung erfordern, um den Wettbewerb zu gewährleisten und gleichzeitig Investitionsanreize zu erhalten.

Die neue Regelung ermöglicht es der BNetzA jedoch auch, vollständig von entsprechenden Maßnahmen abzusehen, obwohl es sich um regulierte Zugangsprodukte handelt. Dies halten wir für zu weitgehend, da der BNetzA auch in Fällen, die ggf. eine weniger stark eingreifende Entgeltregulierung erfordern, auch entsprechende Instrumente wie das Verfahren der Entgeltanzeige nach § 43 zur Verfügung stehen, die in derartigen Fällen zur Anwendung kommen können. Ein gänzliches Absehen von Maßnahmen der Entgeltregulierung halten wir im Bereich zugangsregulierter Produkte eines marktmächtigen Unternehmens jedoch nicht für angemessen. Die Zugangsverpflichtung droht ins Leere zu laufen, wenn die Konditionen für regulierte Vorleistungsprodukte prohibitiv ausgestaltet werden und ggf. erst nachträglich im Zuge der Missbrauchskontrolle korrigiert werden können.

Dass Entgelte für Zugangsleistungen, die im Rahmen einer symmetrischen Verpflichtung nach § 20 erbracht werden, der Entgeltregulierung unterfallen, ist aus unserer Sicht nicht angemessen. Die Zugangsverpflichtung allein stellt bereits einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Unternehmens dar. Die zusätzliche Pflicht zur Genehmigung der entsprechenden Entgelte verschärft diesen Eingriff noch weiter, zumal es sich um Unternehmen handelt, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die besondere Rechtfertigung des Eingriffs, die im Falle eines marktmächtigen Unternehmens besteht, liegt hier also gerade nicht vor. Dass kleine und mittlere Unternehmen, die in lokalen Projekten Glasfasernetze errichten, Entgelte bei der BNetzA anmelden müssen und ggf. sogar den gleichen Entgeltgenehmigungspflichten unterliegen können wie ein national tätiges Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, ist kaum zu rechtfertigen.

§ 37 – Maßstäbe der Entgeltgenehmigung

Der höhere Grad an Flexibilität bei der Wahl des Entgeltgenehmigungsmaßstabs sowie bei Frage, zu welchem Zeitpunkt über die Wahl des Maßstabs entschieden wird, ist aus unserer Sicht sinnvoll und den oben beschriebenen besonderen Anforderungen beim Ausbau von Glasfasernetzen angemessen.

§ 39 – Rechtsschutz bei Entgeltgenehmigung

Die in § 39 Abs. 2 gewählte Umsatzschwelle von 100 Mio. € ist erheblich zu niedrig angesetzt und zwingt viele kleine Unternehmen dazu, unverhältnismäßig hohe Rückstellungen über den Zeitraum der gerichtlichen Verfahren zu bilden. Die Umsatzschwelle von 100 Mio. € bedeutete bezogen auf einen Gesamtumsatz des relevanten Marktes von rund 60 Mrd. €, dass ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 0,16 % bereits als „groß“ gelten und nicht mehr vom Schutz der Regelung profitieren soll. Die Regelung bietet für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zudem ein hohes Missbrauchspotenzial. Diese können im Rahmen der Entgeltgenehmigung überhöhte Entgelte beantragen, welche durch die BNetzA nur deutlich niedriger genehmigt werden und anschließend auf die Genehmigung der beantragten Entgelte klagen. Die Wettbewerber sind nun gezwungen, Rückstellungen in Höhe der Differenz zwischen genehmigten und beantragten Entgelten zu bilden und ggf. entsprechend hohe Nachzahlungen zu leisten. Durch die strategische Beantragung völlig überhöhter Entgelte und die langen Verfahrensdauern können Unternehmen, die ohnehin schon über beträchtliche Marktmacht verfügen also die Liquidität der Wettbewerber ganz erheblich beschneiden.

Die Umsatzschwelle sollte daher entsprechend erhöht werden, um sicherzustellen, dass die Investitionstätigkeit gerade kleinerer und mittlerer Wettbewerber nicht durch übermäßige Rückstellungen negativ beeinträchtigt wird. Eine Schwelle von 4% des Umsatzes am relevanten Markt, alternativ aber von mindestens einer Milliarde Euro könnte die Problematik erheblich entschärfen.

§§ 49 – 69 – Kundenschutz

Bezüglich der Regelungen zum Kundenschutz verweisen wir auf die gemeinsame Stellungnahme der Verbände vom 20.11.2020.

§ 70 – Anschluss von Telekommunikationsendeinrichtungen

Die in § 70 Abs. 1 vorgesehene Regelung zur Bereitstellung eines passiven Netzabschlusspunkts ist sowohl für den Betrieb von GPON-FTTH-Netzen unzweckmäßig als auch mit den Vorgaben des EECC unvereinbar und sollte daher entfallen.

In GPON-FTTH-Netzen und anderen Point-to-Multipoint-Netzen findet die Adressierung der einzelnen Endkunden nicht auf Basis einer bestimmten Leitung, sondern auf Basis eines aktiven Geräts statt, in FTTH-Netzen das ONT, das die optischen Signale in elektrische Signale übersetzt. Über das ONT wird nicht nur die korrekte Adressierung des Endkunden sichergestellt, sondern auch die Freischaltung der korrekten Dienstparameter durch den Anbieter. Die im jeweiligen Netzsegment befindlichen ONTs handeln permanent Zeitpunkte und Kanäle für die Aussendung von Signalen aus. Daher ist es für die Funktionsfähigkeit und Integrität des Netzbetriebs zwingend erforderlich, dass alle ONTs miteinander kompatibel sind.

Bei kundeneigenen ONTs können die entsprechenden Funktionalitäten nicht sichergestellt werden. Es besteht somit nicht nur das Risiko, dass Kunden unbefugt Dienste beziehen, die vertraglich nicht vereinbart sind. Insbesondere besteht das Risiko, dass ungeeignete ONTs verwendet werden, die dauerhaft Signale in Netzrichtung aussenden und damit den Datenverkehr im gesamten Netzsegment stören, was zu Ausfällen bei den anderen Endkunden führen kann.

Unabhängig vom jeweiligen ONT des Anbieters haben die Endkunden selbstverständlich die Möglichkeit, einen eigenen Router ihrer Wahl am ONT anzuschließen.

Art. 61 Abs. 7 des EECC sieht ausdrücklich vor, dass die Lage der Netzabschlusspunkte nach den jeweiligen Netztopologien differenzieren soll. Während ein passiver Netzabschlusspunkt bei klassischen VDSL-Anschlüssen unproblematisch ist, ist er bei FTTH-Anschlüssen aufgrund der anderen technischen Anforderungen regelmäßig nicht realisierbar.

Art. 61 Abs. 7 des EECG schreibt darüber hinaus ausdrücklich vor, dass die Festlegung der Lage der Netzabschlusspunkte durch die nationalen Regulierungsbehörden erfolgt. Eine Festlegung durch den Gesetzgeber, wie sie hier mit § 70 Abs. 1 vorgesehen ist, ist daher eindeutig nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Auch die Ausnahmeregelung in § 70 Abs. 2 ändert nichts daran, da die nationalen Regulierungsbehörden entsprechend der Vorgaben des EECG allein unter Berücksichtigung der Empfehlung des GEREK generell über die Lage der Netzabschlusspunkte zu entscheiden haben und nicht nur über etwaige Ausnahmefälle. Die gesetzliche Vorzeichnung eines standardmäßigen passiven Netzabschlusspunkts muss daher sowohl aus Gründen der Integrität der Netzinfrastrukturen sowie auch aus unionsrechtlichen Gründen unterbleiben.

§ 75 – Zentrale Informationsstelle des Bundes

Mit der Errichtung der zentralen Informationsstelle des Bundes werden die verschiedenen bestehenden sowie neuen Informationsinstrumente zentral zusammengeführt. Wenngleich die Arbeit mit einem zentralen Werkzeug ggf. effizienter erfolgen kann als mit mehreren getrennten Werkzeugen, ist auch der potenziell entstehende Schaden bei unbefugter Einsichtnahme in die hinterlegten Daten um ein Vielfaches höher. Die Daten über bestehende Infrastrukturen sowie die Informationen über künftige Ausbauprojekte sind allein schon äußerst sensible Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, erlauben in ihrer Kombination aber einen noch deutlicheren Blick in das jeweilige Unternehmen.

Diesem Umstand muss zwingend durch eine restriktive Handhabung der Einsichtnahmeberechtigungen sowie durch hohe Anforderungen an die Sicherheit der entsprechenden Daten Rechnung getragen werden.

Die folgenden Regelungen enthalten zahlreiche neue bzw. ausgeweitete Verpflichtungen der Unternehmen zur Übermittlung von Daten an die Zentrale Informationsstelle. Neben der angesprochenen Sensibilität der Daten ist aus unserer Sicht der mit den neuen Regelungen einhergehende höhere administrative und personelle Aufwand ein großes Problem. Diese höheren Aufwände treffen kleinere und mittlere Unternehmen in besonderem Maße, da sie die Aufwände aufgrund der im Vergleich geringeren

Ressourcen deutlich schlechter abfedern können als große Unternehmen. Zudem erscheint der konkrete Nutzen der Datenlieferungsverpflichtungen im Verhältnis zu dem gegenüberstehenden Aufwand oftmals fraglich. Wir halten es daher für unbedingt geboten, die Verpflichtungen einer umfassenden Revision zu unterziehen und dabei die Kosten dem tatsächlichen Nutzen für den Netzausbau gegenüberzustellen.

§ 76 – Informationen über Infrastruktur

Die Regelung führt die bisherigen Vorschriften zum Infrastrukturatlas fort. Die Erfahrungen mit dem bisherigen Infrastrukturatlas zeigen, dass die erforderlichen Datenlieferungen in den betroffenen Unternehmen einen erheblichen personellen Aufwand verursachen. Insbesondere kleinere Unternehmen können diese zusätzlichen Aufwände nur schlecht abfedern. Bei der Abwägung über die Sinnhaftigkeit der immer weiter zunehmenden Datenlieferungsverpflichtungen an die verschiedenen Stellen, bzw. an die künftige zentrale Informationsstelle des Bundes müssen diese Kosten immer berücksichtigt werden. Ob der durch die Datenlieferungen erzielte Nutzen die der Branche entstehenden Kosten überwiegt, ist aus unserer Sicht zumindest fraglich.

§ 76 Abs. 2 enthält nun zudem die neue Verpflichtung, auch Informationen über die tatsächliche Verfügbarkeit der jeweiligen Infrastrukturen zur Nutzung für Telekommunikationszwecke bereitzustellen. Damit wird der Umfang der Datenlieferungsverpflichtung bzw. der dadurch entstehende Aufwand weiter erhöht. Zudem ist der Nutzen fraglich, da die Information nur dann einen Mehrwert bietet, wenn sie ständig aktuell ist. Sollte anhand der Informationen die Verlegung von TK-Infrastrukturen durch die Mitnutzung der vorhandenen Infrastrukturen geplant werden, wird im Einzelfall ohnehin noch eine Anfrage beim jeweiligen Eigentümer oder Betreiber der Infrastruktur erfolgen, um die Verfügbarkeit der Infrastruktur zu verifizieren und die Mitnutzung zu vereinbaren. Es ist also nicht ersichtlich, dass die neue Regelung zu einer signifikanten Beschleunigung des Infrastrukturausbaus beitragen kann. Im Gegenteil verursacht sie zusätzliche Kosten für die Unternehmen, die deren Ausbautätigkeit belasten.

§ 77 – Informationen über Breitbandausbau

Die bisher von den Netzbetreibern freiwillige Lieferung von Daten an den Breitbandatlas soll künftig verpflichtend werden. Dies ist zwar grundsätzlich durch den EECC vorgezeichnet, das Intervall zur Aktualisierung der Daten wird im EECC jedoch auf drei Jahre festgelegt, wohingegen der Entwurf des § 77 ein einjähriges Intervall vorsieht. Die Argumentation in der Entwurfsbegründung, dass das bisherige Intervall im Breitbandatlas ebenfalls bei einem Jahr liegt, ist insofern nicht überzeugend, als dass es sich dabei eben nicht um eine gesetzliche Verpflichtung, sondern um eine freiwillige Bereitstellung von Daten handelte. Sollen Betreiber zur Lieferung von Daten verpflichtet werden, ist ein anderer Maßstab anzulegen als bei dem freiwilligen Breitbandatlas. Auch hier sollten insbesondere kleine Netzbetreiber in den Blick genommen werden, die nicht ohne weiteres zusätzlich personelle Kapazitäten aufbauen können, um die zahlreichen neuen Verpflichtungen zu erfüllen. Dies gilt insbesondere, da die Daten haushaltsscharf geliefert werden sollen, also im höchstmöglichen Detailgrad. Diese Verpflichtung setzt zudem voraus, dass die Daten in diesem Detailgrad überhaupt vorliegen, was nicht immer der Fall sein dürfte. Daher sollte das im EECC vorgesehene Intervall von drei Jahren übernommen und eine weniger scharfer Detailgrad in Erwägung gezogen werden, bzw. dieser unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die Daten in dem Detailgrad verfügbar sind. Eine häufigere Aktualisierung der Daten bzw. eine detailschärfere Abgrenzung bliebe den Unternehmen schließlich unbenommen.

§ 78 – Informationen über künftigen Netzausbau

Die zur Umsetzung der Vorgaben des EECC dienende Vorschrift in § 78 Abs. 2 zur Erstellung einer Übersicht über die künftige örtliche Verfügbarkeit sonstiger öffentlicher Telekommunikationsnetze bedeutet nicht nur einen weiteren erheblichen Aufwand für die Branche, sondern stellt auch einen erheblichen Eingriff in höchst sensible Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen dar.

Darüber hinaus ist der praktische Nutzen der Vorschrift höchst fraglich. Die Dynamik des Netzausbaus erlaubt es regelmäßig nicht, valide Informationen über die langfristige

Netzausbauplanung zur Verfügung zu stellen. Die Ausbauplanung kann sich oft kurzfristig ändern, wenn bspw. Vorvermarktungsquoten nicht erreicht werden, Förderprojekte scheitern, oder sonstige Umstände eintreten, die für den Netzausbau relevant sind. Je länger der Prognosezeitraum ist, desto ungenauer und fehleranfälliger ist regelmäßig auch das Ergebnis der Prognose. Schon die Erfahrung mit den punktuellen Markterkundungsverfahren im Kontext der Breitbandförderung zeigt, dass sowohl positive als auch negative Rückmeldungen sich innerhalb des Prognosezeitraums ändern können. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese natürliche Fehleranfälligkeit im Rahmen einer bundesweiten Abfrage zu sämtlichen Ausbauplanungen erheblich größer wäre als im Rahmen der geographisch stark begrenzten Markterkundungsverfahren. Da § 78 Abs. 4 vorsieht, dass die Prognose für allgemeine Planungs- und Förderzwecke verwendet werden können, wäre eine hohe Genauigkeit der Prognosen jedoch absolut notwendig, um die Fehlallokation von Fördergeldern oder sonstigen Ressourcen zu vermeiden. Da diese Genauigkeit aber angesichts der Realität des Infrastrukturausbaus nicht gewährleistet werden kann, ist aus unserer Sicht höchst fraglich, wie die Vorschrift einen positiven Beitrag zum Ausbau von Telekommunikationsinfrastrukturen leisten kann.

§ 80 – Informationen über Liegenschaften

Die neu geschaffene Regelung des § 80 sieht vor, dass die öffentliche Hand sämtliche eigenen Liegenschaften, Grundstücke, Infrastrukturen und Trägerstrukturen an die Zentrale Informationsstelle des Bundes melden muss.

Aus der Regelung selbst und auch aus der Entwurfsbegründung geht nicht eindeutig hervor, ob davon auch mittelbar im Eigentum der öffentlichen Hand stehende Infrastrukturen erfasst sein sollen, also bspw. solche Infrastrukturen, die im Eigentum kommunaler Unternehmen stehen. In diesem Fall wäre die vorgeschlagene Regel klar abzulehnen. Auch diese Verpflichtung würde nur weitere bürokratische Aufwände verursachen. Zudem sind die kommunalen Telekommunikationsunternehmen in der Regel gerne bereit, mit den Mobilfunknetzbetreibern über den Zugang zu Infrastrukturen und die Anbindung von Mobilfunkmasten zu verhandeln und entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Ein Regelungsbedarf besteht daher aus unserer Sicht insofern nicht.

§ 81 – Gebiete mit Ausbaufizit

Da die Informationen über künftigen Netzausbau nach § 78 die Grundlage der Ausweisung der Gebiete mit Ausbaufizit darstellen, erstrecken sich unsere Bedenken über den Mehrwert der Regelungen auch auf die Vorschriften des § 81.

Schon der Grundgedanke, der der entsprechenden Regelung im EECC zugrunde liegt, geht nach unserer Überzeugung in die falsche Richtung und verkehrt grundlegende ordnungspolitische Prinzipien ins Gegenteil. In einem marktwirtschaftlichen Rahmen werden Entscheidungen über den Ausbau von Telekommunikationsnetzen in Abhängigkeit von den jeweiligen örtlichen Gegebenheiten von den im Wettbewerb zueinanderstehenden Unternehmen frei und eigenverantwortlich getroffen. Die verfügbaren Informationen werden dezentral im Markt verarbeitet und führen zu einer im Rahmen der Möglichkeiten ökonomisch effizienten Verteilung der Ausbaressourcen. Dieses „bottom up“-Modell der Marktwirtschaft ist nach unserer festen Überzeugung der einzig richtige Weg für einen schnellen und effizienten Infrastrukturausbau.

Die staatliche Identifikation und Ausweisung von Gebieten mit Ausbaufizit stellt eine schrittweise Abkehr vom „bottom up“-Modell und die Hinwendung zu einem „top down“-Ansatz dar, in dem nicht mehr alleine die Marktakteure in einem dezentralen Marktmechanismus Ausbauentscheidungen treffen, sondern staatlicherseits in den Marktmechanismus eingegriffen wird und Ausbauentscheidungen dadurch beeinflusst werden. Diesem Ansatz einer staatlichen Netzausbauplanung stehen wir äußerst kritisch gegenüber. Wir sind davon überzeugt, dass staatliche Stellen keine effizientere Informationsverarbeitung leisten und keine besseren Ausbauentscheidungen treffen können als die Marktakteure selbst. Zudem haben wir erhebliche Zweifel daran, dass die Informationsgrundlage, auf der die Gebiete ausgewiesen werden sollen, so valide ist, dass darauf tatsächlich effiziente Ausbauentscheidungen getroffen werden können.

Sowohl im eigenwirtschaftlichen Ausbau als auch in Förderverfahren haben sich dezentrale Prozesse bewährt und sollten beibehalten werden. Eine Zentralisierung würde nach unserer Einschätzung zu einer höheren Fehleranfälligkeit und Effizienzverlusten führen und ist daher abzulehnen.

§ 123 – Pflichten der Eigentümer und Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze oder öffentlichen Zwecken dienender Telekommunikationslinien

Die Erleichterung für den Einsatz alternativer Verlegemethoden in § 123 Abs. 2 ist eine sinnvolle Maßnahme, die den Breitbandausbau nicht nur deutlich beschleunigen, sondern angesichts des erheblichen Anteils der Tiefbaukosten an den Gesamtkosten auch deutlich effizienter gestalten kann. Die Neuregelung wird von uns daher ausdrücklich begrüßt.

§ 124 – Verlegung und Änderung von Telekommunikationslinien

Genehmigungsfiktion

Die Erweiterung der Genehmigungsfiktion in § 124 Abs. 3 um eine Fiktion bzgl. der Vollständigkeit des Antrags ist eine äußerst begrüßenswerte Ergänzung der bisherigen Regelung.

In der Praxis ist jedoch zu beobachten, dass der Eintritt der Genehmigungsfiktion gegenüber Tiefbauunternehmen oft nur schwer kommunizierbar ist und vor Beginn der Bauarbeiten eine schriftliche Genehmigung eingefordert wird. Daher läuft die im Grunde sehr sinnvolle Regelung vielfach leider ins Leere.

Wir schlagen daher vor, dass dem Unternehmen in Anlehnung an § 42a Abs. 3 VwVfG der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich bescheinigt wird. Im Unterschied zu § 42a Abs. 3 VwVfG sollte dies jedoch automatisch erfolgen, da ansonsten weitere Verzögerungen zu befürchten wären, wenn die Bescheinigung erst beantragt werden müsste.

Dazu könnte nach § 124 Abs. 3 S. 1 folgender neuer Satz 2 eingefügt werden:

„Der Eintritt der Genehmigungsfiktion ist dem Antragsteller schriftlich zu bescheinigen.“

Wir verstehen die Regelung so, dass die Fiktion sich nicht auch auf die Genehmigungen nach § 124 Abs. 5 bezieht. Dies wäre aus unserer Sicht unbedingt erforderlich, um den gewünschten Beschleunigungseffekt auch in der Praxis zu erzielen. Ansonsten besteht

die Gefahr, dass die Genehmigungen nach § 124 Abs. 5 einen Flaschenhals bilden und die Bauarbeiten trotz des Eintritts der Genehmigungsfiktion nach § 124 Abs. 3 nicht beginnen können. Wir möchten daher eine entsprechende Klarstellung bzw. Erweiterung der Regelung vorschlagen, damit bestehende Hürden für den zügigen Netzausbau wirksam beseitigt werden.

One-Stop-Shop-Prinzip

Die Einführung des One-Stop-Shop-Prinzips bei den Genehmigungsverfahren ist eine weitere sinnvolle Maßnahme zur Vereinfachung und Beschleunigung des Infrastrukturausbaus, die von uns ausdrücklich begrüßt wird.

Oberirdische Verlegung

Die Regelung zur oberirdischen Verlegung stellt einen sinnvollen und angemessenen Ausgleich zwischen dem Ziel der Beschleunigung des Netzausbaus sowie den städtebaulichen Belangen dar. Gerade in halbstädtischen und ländlichen Gebieten ist die Anbindung vereinzelter abgelegener Gebäude oder Weiler unter Anwendung regulärer Tiefbauverfahren wirtschaftlich regelmäßig nicht tragfähig. Die oberirdische Verlegung kann in diesen Fällen eine vergleichsweise kostengünstige Alternative sein, um dennoch eine Versorgung zu realisieren.

§ 125 – Mitnutzung und Wegerecht

Die aus den Vorgaben des EECC folgende Regelung in § 125 Abs. 4 ist aus unserer Sicht problematisch. Allein der Umstand, dass Baumaßnahmen Belange des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Städteplanung und Raumordnung berühren, ist nach unserer Auffassung kein geeignetes Kriterium für das Tätigwerden der BNetzA. Schließlich berührt so gut wie jede Baumaßnahme einen der angeführten Belange, wenn auch vielleicht nur in äußerst geringfügiger Weise. Aus unserer Sicht wäre im Sinne der Verhältnismäßigkeit eine andere Formulierung vorzugswürdig. Beispielsweise indem die Regelung dann eröffnet wird, wenn die aufgeführten Belange „erheblich beeinträchtigt“ und nicht nur „berührt“ werden.

Auch unabhängig davon wird die Regelung unserer Auffassung nach nicht zu einem effizienten Ausbau in einem marktwirtschaftlichen Rahmen beitragen. Mit dem Anspruch auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze nach § 135 bzw. dem bisherigen § 77d sowie dem Anspruch auf Koordinierung von Bauarbeiten nach § 140 bzw. dem bisherigen § 77i bestehen bereits Regelungen, die eine gemeinsame Unterbringung von Telekommunikationsinfrastrukturen in Leerrohren, bzw. die gleichzeitige Verlegung von Telekommunikationsinfrastrukturen mit anderen Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen ermöglichen. Dort, wo dies effizient ist, haben die jeweiligen Unternehmen schon von sich aus einen Anreiz, die Mitnutzung bzw. Koordinierung zu beantragen. Im Konfliktfall besteht zudem die Möglichkeit der Streitbeilegung bei der BNetzA. Eine Vorschrift, die das Tätigwerden der BNetzA von Amts wegen vorsieht, ist daher unserer Auffassung nach nicht erforderlich, zumal die genauen Voraussetzungen, unter denen eine Anordnung erfolgt, angesichts der generalklauselartigen Formulierungen im Gesetzentwurf höchst unklar sind.

§ 131 – Beeinträchtigung von Grundstücken und Gebäuden

Die Erweiterung der Duldungspflicht um Wirtschaftswege ist eine begrüßenswerte Neuerung der Vorschrift zur Erleichterung des Netzausbaus.

Bezüglich der Regelung in § 131 Abs. 5 verweisen wir auf die Ausführungen zu § 125.

§ 133 – Informationen über passive Netzinfrastrukturen

Die Ersetzung des Begriffs des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes durch den Begriff des Netzes mit sehr hoher Kapazität in dieser sowie den folgenden Vorschriften ist aus unserer Sicht sinnvoll und sachgerecht.

§ 139 - Informationen über Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen

Die Regelung sieht in § 139 Abs. 6 eine anlasslose Übermittlung von Informationen über Baustellen an die Zentrale Informationsstelle vor. Diese neue Verpflichtung generiert wie auch die zahlreichen anderen Datenlieferungsverpflichtungen zusätzliche finanzielle und personelle Aufwände in den betroffenen Unternehmen. Eine tatsächliche Notwendigkeit der Regelung ist indes nicht erkennbar. Informationen über Bauarbeiten konnten auch bisher eingeholt werden, wenn die Koordinierung von Bauarbeiten geplant war. In aller Regel ist der Kreis der Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, bei denen eine Koordinierung überhaupt in Frage kommt, ohne weiteres leicht auf wenige Unternehmen einzugrenzen. Falls ein Unternehmen die Koordinierung von Bauarbeiten in Erwägung zieht, ist es in jedem Fall zumutbar, eine entsprechende Anfrage an die in Frage kommenden Versorgungsnetzbetreiber zu richten. Die pauschale Verpflichtung, vorab sämtliche nicht nach § 139 Abs. 4 ausscheidenden Bauarbeiten an die Zentrale Informationsstelle zu melden, steht daher außer Verhältnis zu dem minimalen Nutzen, der sich aus der Regelung ergeben mag. Die vorgesehene Regelung zur anlasslosen Übermittlung sollte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit daher entfallen.

§ 140 – Koordinierung von Bauarbeiten

Die Neuregelung in § 140 Abs. 3 ist ein grundsätzlich begrüßenswerter Ansatz, um bisher bestehende Probleme hinsichtlich des Überbaus neu entstehender Glasfasernetze zu beseitigen. In der Vergangenheit war es wiederholt vorgekommen, dass parallel zu eigenwirtschaftlichen Glasfaserausbauprojekten von Unternehmen in kommunalem Eigentum Koordinierungsanträge gestellt wurden und der Anspruch mit der Behauptung gerechtfertigt wurde, die Bauarbeiten würden aus öffentlichen Mitteln finanziert. Dieses Szenario führte zu einem Anreiz für Trittbrettfahrer, die Ausbauprojekte kommunaler TK-Unternehmen für den eigenen Ausbau zu „kapern“. Die Klarstellung in § 140 Abs. 3 Nr. 4 stellt nun klar, dass derartige Anträge künftig dann abgelehnt werden dürfen, wenn durch den Parallelausbau der Betrieb des Netzes unwirtschaftlich würde, was in derartigen Konstellationen regelmäßig der Fall sein dürfte, sofern es sich dabei um den Hauptzweck der jeweiligen Bauarbeiten handelt.

Probleme bereiten könnte die genaue Abgrenzung des Hauptzwecks der Bauarbeiten in Szenarien, in denen bspw. ein Neubaugebiet nicht nur mit

Telekommunikationsinfrastrukturen, sondern auch mit anderen Infrastrukturen wie Wasser, Abwasser, Elektrizität, etc. im Rahmen einer Gesamtbaumaßnahme versorgt wird.

In diesen Fällen könnten Zweifel daran bestehen, ob der wirtschaftliche Betrieb eines Telekommunikationsnetzes der Hauptzweck der Baumaßnahme ist. Gleichwohl würde der Betrieb des ursprünglich geplanten Telekommunikationsnetzes durch den parallelen Ausbau eines weiteren TK-Netzes regelmäßig unwirtschaftlich.

Auch die Änderung dahingehend, dass künftig die vollständige oder überwiegende Finanzierung aus öffentlichen Mitteln Voraussetzung nach § 140 Abs. 3 ist und eine nur teilweise, aber eben nicht überwiegende Finanzierung aus öffentlichen Mitteln nicht mehr ausreicht, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Wir möchten jedoch anregen, eine Definition des Begriffs der öffentlichen Mittel aufzunehmen. Diese sollte klarstellen, dass öffentliche Mittel im Rahmen der Vorschrift Mittel aus öffentlichen Haushalten sind, also bspw. Mittel aus Förderprogrammen. Damit könnte der Problematik des Parallelausbaus nach unserer Überzeugung noch besser begegnet werden.

§ 143 – Mitverlegung, Sicherstellung und Betrieb der Infrastruktur für Netze mit sehr hoher Kapazität

Die Streichung des Begriffs der Glasfaserkabel in § 143 Abs. 1, 2 ist an dieser Stelle sinnvoll. Die mitverlegten Infrastrukturen sollen perspektivisch von Netzbetreibern genutzt werden, die regelmäßig eigene Anforderungen an die verwendeten Glasfaserkabel haben, die von mitverlegten Glasfaserkabeln ggf. nicht erfüllt werden. Die Einbringung eigener Glasfaserkabel durch den oder die Netzbetreiber in die mitverlegten Leerrohre ist daher die bessere Alternative.

Die Anfrage an TK-Netzbetreiber bzgl. der Anforderungen an den Betrieb der jeweiligen Infrastrukturen ist grundsätzlich sinnvoll. Allerdings enthält die Regelung derzeit keine Vorgaben zur Auswahl der zu befragenden Netzbetreiber. Es besteht daher die Gefahr, dass im Regelfall ausschließlich besonders große Unternehmen befragt werden, sodass

die mitverlegten Infrastrukturen im Ergebnis auf die Anforderungen eines einzigen oder weniger großer Unternehmen abgestimmt sind und kleinere Wettbewerber das Nachsehen haben.

§ 144 – Antragsform und Reihenfolge der Verfahren

Die neu geschaffene Möglichkeit, Anträge künftig auch elektronisch zu stellen, ist ausdrücklich zu begrüßen.

§ 146 – Regulierungsziele, Entgeltmaßstäbe und Fristen der nationalen Streitbeilegung

Die Neuregelung in § 146 Abs. 5 S. 2 zu den Mitnutzungsentgelten für gebäudeinterne Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität, die nach Inkrafttreten des Gesetzes errichtet werden, ist grundsätzlich sinnvoll, da sie es grundsätzlich ermöglicht, dass die Werthaltigkeit insbesondere von FTTH-Gebäudeinfrastrukturen besser in den Entgelten abgebildet wird.

Allerdings besteht aus unserer Sicht das Risiko, dass Gebäudeeigentümer, die nach § 94 Abs. 2 BGB Eigentümer eines solchen Netzes geworden sind, im Anschluss von den Telekommunikationsunternehmen Gebühren für die Benutzung der Infrastruktur verlangen, damit die in dem Gebäude befindlichen Haushalte versorgt werden. Ein derartiger „Wegzoll“ zugunsten des Gebäudeeigentümers für die Versorgung der in dem Gebäude wohnenden Mieter sollte aus unserer Sicht unbedingt vermieden werden.

Wir schlagen daher vor, die Regelung auf die Infrastrukturen zu begrenzen, die im Eigentum eines Betreibers öffentlicher Telekommunikationsnetze bzw. einem mit diesem verbundenen Unternehmen stehen.

§ 152 – Offener Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationslinien, Verbindlichkeit von Ausbauszusagen in der Förderung

Die in § 152 Abs. 1 festgelegte Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs in Fördergebieten gilt bereits im Rahmen der derzeit noch gültigen NGA-Rahmenregelung. Die gesetzliche Klarstellung, dass der Einsatz von Fördermitteln mit einer Open Access-Verpflichtung einhergeht, ist daher unproblematisch.

Die Regelung des § 152 Abs. 5 ermöglicht es künftig, die Verbindlichkeit von Markterkundungsverfahren zu erhöhen. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen, da die Auswirkungen von rein strategisch motivierten Ausbaumeldungen so in Zukunft begrenzt werden können.

§§ 153 – 160 Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten

Bzgl. der Regelungen der §§ 153 – 160 verweisen wir auf die gemeinsame Stellungnahme der Verbände vom 20.11.2020.

§ 160 – Umlageverfahren

In Ergänzung zu den Ausführungen in der gemeinsamen Stellungnahme der Verbände möchten wir ergänzend zu der grundsätzlichen Kritik am vorgesehenen Verfahren die Notwendigkeit einer Umsatzschwelle betonen, unterhalb derer von der Verpflichtung zur Leistung einer Abgabe befreit sind. Die derzeit in § 160 Abs. 7 festgelegte Schwelle, die auf die KMU-Definition der Kommission abstellt, ist hierfür jedoch nicht geeignet, da sie unangemessen niedrig ausfällt.

Die für den bisherigen Universaldienst im derzeitigen § 80 vorgesehene Schwelle von 4% Umsatzanteil am jeweils relevanten Markt hat sich bewährt und sollte daher beibehalten werden. Es wäre unverhältnismäßig, wenn bspw. Unternehmen mit einem rein regionalen Ausbaugbiet, die in diesem eine flächendeckende Versorgung sicherstellen, in anderen Regionen den Ausbau subventionieren müssen. Es wäre daher sachgerecht, dass ausschließlich die Unternehmen zur Finanzierung herangezogen werden, die bundesweit tätig sind und entsprechend hohe Umsätze erzielen. Dies kann mit der bislang

bestehenden Marktanteilsschwelle von 4% sichergestellt werden, während die nun vorgesehene Regelung zu einer zusätzlichen Belastung derjenigen Unternehmen führt, die regional flächendeckende Glasfasernetze errichten und dadurch bereits einen erheblichen Anteil zur Verbesserung der Versorgung beitragen.

Artikel 14 – Änderung der Betriebskostenverordnung

Die vorgesehene Streichung von § 2 Nr. 15 bedeutet eine erhebliche Verschlechterung der Voraussetzungen für einen flächendeckenden FTTH-Ausbau. Daher sprechen wir uns für eine Beibehaltung der bestehenden Regelung aus.

Die Umlagefähigkeit gibt den Unternehmen die notwendige Investitionssicherheit, um den kostenintensiven FTTH-Ausbau überhaupt realisieren zu können. Die abgeschlossenen Verträge sind zudem auch regelmäßig als Sicherheit zur Vergabe von Bankkrediten erforderlich und somit ein wichtiger Baustein für den weiteren Glasfaserausbau.

Für die Endkunden ist die Umlagefähigkeit die Grundlage einer kostengünstigen TV-Versorgung, die im Falle von Einzelverträgen mit jedem einzelnen Mieter nur zu erheblich höheren Kosten realisierbar wäre.

Eine europarechtliche Notwendigkeit zur Streichung der Umlagefähigkeit besteht im Gegensatz zu den Ausführungen in der Entwurfsbegründung nicht. Art. 105 Abs. 1 EECC beschränkt sich ausdrücklich auf Verträge zwischen Verbrauchern und den Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste. Hier besteht das Vertragsverhältnis jedoch zwischen dem TK-Unternehmen und dem Vermieter bzw. zwischen dem Vermieter und dem Mieter. Ein Vertrag zwischen dem TK-Unternehmen und dem Mieter besteht also gerade nicht, weshalb Art. 105 Abs. 1 EECC in dieser Konstellation nicht einschlägig ist.