

Stellungnahme der ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG-E)

I. Einleitung und Zusammenfassung

Der Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. (ANGA) vertritt die Interessen von über 190 Unternehmen der deutschen Breitbandkabelbranche, darunter Vodafone, Unitymedia, Tele Columbus, PrimaCom, NetCologne, wilhelm.tel und Pepcom. Die Kabelnetzbetreiber der ANGA versorgen direkt oder indirekt mehr als 17 Millionen Kabelkunden in Deutschland. Davon nutzen ca. 6 Millionen Haushalte ihren Kabelanschluss auch als breitbandigen Internetzugang und für Telefonie.

1. Hintergrund der Stellungnahme

Die Bundesregierung hat im Januar 2016 einen Entwurf für ein Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG-E) vorgelegt. Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation. Die Richtlinie wäre von den Mitgliedstaaten bis zum 1. Januar 2016 in nationales Recht umzusetzen gewesen.

Die ANGA begrüßt das grundsätzliche Ziel des europäischen wie auch deutschen Gesetzgebers, die Kosten beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu senken und hierbei auch auf Synergieeffekte zu setzen. Schnelle und ultraschnelle Internetverbindungen werden zunehmend wichtig für Verbraucher und Wirtschaft. Ein zügiger Ausbau der hierfür erforderlichen Infrastrukturen ist Grundvoraussetzung für die Deckung des steigenden Bandbreitenbedarfs.

Die ANGA sieht allerdings einige Aspekte des geplanten DigiNetzG kritisch. Insbesondere die Einführung einer undifferenzierten symmetrischen Zugangsregulierung im TK-Bereich weicht erheblich vom bisherigen Ansatz der Regulierung marktmächtiger Unternehmen ab. Durch eine Verpflichtung aller TK-Unternehmen, Zugang zu ihren (passiven) Netzen zu gewähren, drohen erhebliche Wettbewerbsverzerrungen, die im Ergebnis dem Ziel des Gesetzes – dem schnellen Ausbau hochleistungsfähiger Breitbandinfrastruktur – sogar zuwider laufen können.

Zudem erscheint es fraglich, ob die angestrebten Synergieeffekte tatsächlich erreicht werden können. Richtig ist, dass die für die Leitungsverlegung erforderlichen Tiefbauarbeiten den größten Teil der Kosten beim Breitbandausbau ausmachen. Entsprechend besteht hier auch ein gewisses Einsparpotenzial. Dass allerdings durch die vorgeschlagenen Maßnahmen bis zu 25 Prozent (!) der Gesamtinvestitionskosten eingespart werden könnten, wie der Gesetzentwurf ausführt, bestreitet die ANGA vor dem Hintergrund der praktischen Erfahrungen der Kabelnetzbetreiber.

Die ANGA hatte bereits in der Erarbeitungsphase des Gesetzentwurfs umfassend gegenüber dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) Stellung zu zentralen Aspekten des Referentenentwurfs genommen. Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, nunmehr zum Regierungsentwurf Stellung zu nehmen wie folgt:

2. Zusammenfassung der Positionen

- Symmetrische Zugangsregulierung sollte nicht undifferenziert ins deutsche Recht übernommen werden
- Keine überhöhten Erwartungen an Synergieeffekte
- Glasfaserausbauverpflichtung in Neubaugebieten darf nicht zu Behinderung sonstiger ausbauender Netzbetreiber führen
- Keine Mitnutzungsansprüche für den Ausbau nicht-hochleistungsfähiger Infrastrukturen
- Klare Kostentragungsregelungen

II. Kritik der Kabelbranche im Einzelnen

1. § 77d und § 77g des Entwurfs – Mitnutzungsanspruch, Ablehnungsgründe

(1) Keine symmetrische Regulierung im TK-Sektor!

§ 77d Abs. 1 DigiNetzG-E sieht vor, dass „Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze (...) bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze beantragen“ können. Zu den in Anspruch zu nehmenden öffentlichen Versorgungsnetzen gehören nach der Definition in § 3 Nr. 16b auch Telekommunikationsnetze.

Abs. 2 der Regelung sieht vor, dass in Anspruch genommene Netzbetreiber innerhalb von zwei Monaten ein Angebot zur Mitnutzung unterbreiten müssen, sofern nicht einer der abschließend aufgezählten Ablehnungsgründe nach § 77g Abs. 2 des Entwurfs einschlägig ist. Das heißt, dass jeder TK-Netzbetreiber einem anderen TK-Netzbetreiber und damit Wettbewerber grundsätzlich auf Antrag den Zugang zu seinen passiven Infrastrukturen gewähren muss.

Diese symmetrische Regulierung innerhalb des TK-Marktes stellt eine Abkehr vom Grundsatz der geltenden europäischen Marktregulierung dar. Das bewertet die Kabelbranche äußerst kritisch.

Das TK-Recht hat als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht die Aufgabe, Wettbewerbsverzerrungen und den Missbrauch von Marktmacht durch einzelne Unternehmen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund sieht das europäische TK-Recht – und hier insbesondere die Rahmenrichtlinie (RRL) – vor, dass marktmächtige Unternehmen im Hinblick auf den Zugang zu ihren Infrastrukturen reguliert werden müssen. Hierdurch soll ein Gleichgewicht geschaffen werden, das auch kleineren Unternehmen die Markttätigkeit ermöglicht, damit Wettbewerb entsteht. Diese Regelungen sind im deutschen TKG umgesetzt.

Diesem Grundsatz widerspricht es, dass der vorliegende Gesetzentwurf neben Betreibern alternativer Infrastrukturen nunmehr explizit auch alle TK-Netzbetreiber verpflichten will, ihre passiven Infrastrukturen Wettbewerbern auf Nachfrage zum Ausbau ihrer Netze zur Verfügung zu stellen.

Insbesondere die mit einer pauschalen Zugangsregulierung verbundenen Eingriffe in die Eigentumsfreiheit von Netzbetreibern verbieten eine pauschale symmetrische Regulierung. Die Errichtung selbstfinanzierter Infrastruktur für eigene Belange wird vom grundgesetzlich verbürgten Eigentumsrecht geschützt. Die Einführung einer faktischen und strikten symmetrischen Zugangsregulierung ist dabei unverhältnismäßig und stellt außerdem einen Bruch bzw. eine Abkehr von den bisherigen, möglichst

weitgehend an wettbewerbsrechtlichen Prinzipien orientierten Regulierungsgrundsätzen dar. Zwar beschränkt sich der Gesetzentwurf auf passive Infrastrukturen. Die symmetrische Regulierung passiver Infrastrukturen hat aber direkte und zwangsläufige Auswirkungen auf die Märkte auf Basis aktiver Netze. Hier besteht die Gefahr, dass ohne Nachweis einer zwingenden Erforderlichkeit wettbewerbs- und eigentumsrechtliche Grundprinzipien über Bord geworfen werden.

Darüber hinaus reduziert eine vollkommen symmetrische Auferlegung von Zugangsverpflichtungen potenziell immer auch Investitionsanreize. Dies gilt zwar insbesondere für den Aufbau von vollständigen aktiven Netzen und Netzkomponenten. Negative Auswirkungen können aber langfristig auch auf die Erstellung vielfältiger und damit ausfallsicherer, weil redundanter passiver Infrastrukturen entstehen.

Auch der Deutsche Bundestag fordert in seinem Beschluss „Moderne Netze für ein modernes Land – Schnelles Internet für alle“ (BTDrucks 18/1973) nur eine Heranziehung alternativer Infrastrukturen für den Breitbandausbau, also Strom- Gas-, Fernwärme- und Abwassernetze sowie die Verkehrsnetze (Schiene, Straße, Häfen und Flughäfen) (s. S. 6 und S. 7). Die Inanspruchnahme solcher „Betreiber anderer Infrastrukturen“ reicht aus Sicht des Bundestages offenbar aus, um die gewünschten Synergieeffekte zu erzielen, ohne dabei in wettbewerbsverzerrender Weise in den TK-Markt eingreifen zu müssen.

Darüber hinaus weist die ANGA darauf hin, dass Deutschland das europäische TK-Paket von 2009 erst im Mai 2012 in nationales Recht implementiert hat. In § 77b TKG findet sich bereits eine Regelung zur Mitnutzung alternativer Infrastrukturen, die der in Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie inhaltlich sehr nahe kommt. Auch die bisherige deutsche Regelung sieht vor, dass alternative Infrastrukturen wie kommunale Abwasserkanäle, Energieleitungen und Kabelkanäle in Straßen usw. für den Breitbandausbau nutzbar gemacht werden (vgl. hierzu die Gesetzesbegründung). Der entscheidende Unterschied besteht allerdings darin, dass das angefragte Unternehmen lediglich dazu verpflichtet ist, in Verhandlungen mit dem Nachfrager einzutreten. Eine durchsetzbare Pflicht zur Bereitstellung der nachgefragten Infrastrukturen besteht im TKG nicht. Dies ist aus Sicht der Kabelbranche derzeit auch absolut ausreichend, um den Breitbandausbau voranzutreiben. Der ANGA liegen keine Informationen vor, dass es im Bereich der Mitnutzung alternativer Infrastrukturen zu Schwierigkeiten gekommen und ein Bauvorhaben hierdurch erschwert worden wäre. Die bisherige deutsche Regelung stellt durch ihren Freiwilligkeitscharakter die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen in den Vordergrund. Diese ist mit dem angestrebten Ziel des schnellen Breitbandausbaus abzuwägen und ein möglichst wenig einschneidender Ausgleich der Interessen auf beiden Seiten herzustellen. Solange kein Versagen des freiwilligen Systems vorliegt, besteht aus Sicht der Kabelbranche keine Rechtfertigung für die Einführung einer gesetzlichen Pflicht.

Die Kostensenkungsrichtlinie sieht denn auch vor (Art. 3 Abs. 2), dass ein angefragter Netzbetreiber lediglich *zumutbaren* Anträgen auf Mitnutzung stattgeben muss. Das Kriterium der Zumutbarkeit schafft aus Sicht der ANGA den Raum, Zugangsanfragen eines TK-Unternehmens gegenüber einem anderen TK-unternehmen qualitativ anders zu bewerten, als Ansprüche gegen die Betreiber alternativer Netze (Strom, Wärme, Wasser etc.).

Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb bei der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in deutsches Recht am Grundsatz der Marktregulierung marktbeherrschender Unternehmen festhalten. Eine symmetrische Regulierung aller TK-Netzbetreiber ist abzulehnen.

(2) Kritik an vorgeschlagenen Ablehnungsgründen, § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7

§ 77g DigiNetzG-E regelt mögliche Gründe zur Ablehnung eines gestellten Mitnutzungsanspruchs nach § 77d des Entwurfs. In § 77g Abs. 2 Nr. 6 sieht der Gesetzentwurf als Ablehnungsgrund vor, dass Alternativen zur beantragten Mitnutzung verfügbar sind. Zu den Alternativen sollen auch „geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste“ und „der Zugang zu bestehenden Telekommunikationsnetzen“ zählen. Der Wortlaut ist aus Sicht der ANGA als unklar zu kritisieren. Die Richtlinie zielt auf den Breitbandausbau und damit die Schaffung von Infrastrukturen ab. Dabei dürften aktive Vorleistungsprodukte regelmäßig keine geeignete Alternative für die Mitnutzung passiver Infrastrukturen sein, die den Breitbandausbau sinnvoll befördern können.

In Bezug auf den Ablehnungsgrund in Nr. 6 muss daher – jedenfalls in der Gesetzesbegründung – dringend Klarheit darüber geschaffen werden, wann ein Vorleistungsprodukt „geeignet“ und damit eine „tragfähige Alternative“ für die begehrte Mitnutzung ist. Aus Sicht der ANGA sollte hierbei auf den spezifischen Bedarf des nachfragenden Unternehmens abgestellt werden. So darf es aus Sicht der ANGA nicht möglich sein, einen Nachfrager auf ein verfügbares aktives Vorleistungsprodukt – beispielsweise einen Bitstromzugang – zu verweisen, wenn dieses bestimmte Produkte des Nachfragers nicht abzubilden in der Lage ist. Ein aktives Vorleistungsprodukt kann keine tragfähige Alternative zur Mitnutzung passiver Infrastruktur sein, wenn darüber zwar Dienste mit mindestens 50 Mbit/s erbracht werden können, der Zugangsnachfrager jedoch den Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes plant, welches für die Nutzer weit höhere (z.B. Gigabit-) Bandbreiten ermöglichen soll. In solchen Fällen muss die Mitnutzung der passiven Infrastrukturen möglich bleiben. Als Substitut für eine begehrte Leerrohrmitnutzung etwa kann dann allenfalls ein Zugang zur unbeschalteten Glasfaser in Betracht kommen.

Nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 des Entwurfs soll ein Anspruch auf Mitnutzung passiver Infrastrukturen dann abgelehnt werden können, wenn „bestehende Glasfasernetze, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen“ überbaut würden. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass ein Ausbau paralleler Glasfasernetze im Regelfall ökonomisch nicht sinnvoll sei, da eine Verbesserung der Versorgungslage in diesem Fall nicht zu erzielen sei.

Ergänzt wird diese Einschätzung durch eine neu zu schaffende Legaldefinition des Überbau-Begriffs in § 3 Nr. 27b. Ein solcher Überbau wird hier definiert als „die nachträgliche Dopplung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll“. Die Gesetzesbegründung erläutert zu § 3 Nr. 27b, eine „mögliche Verfälschung des Wettbewerbs, eine Entwertung bereits getätigter Investitionen sowie eine volkswirtschaftlich ineffiziente Duplizierung von Hochgeschwindigkeitsnetzen“ solle durch die Verhinderung des Überbaus vermieden werden.

Die ANGA kritisiert den neu vorgeschlagenen Ablehnungsgrund; die Regelung steht im Widerspruch zum Gebot des Infrastrukturwettbewerbs und dem Grundsatz der Technologieneutralität.

Unter der Prämisse des Infrastrukturwettbewerbs darf es aus Sicht der ANGA nicht möglich sein, den Bau paralleler Infrastrukturen – auch unter Nutzung vorhandener alternativer passiver Infrastrukturen – zu verhindern. Der Infrastrukturwettbewerb war und ist der Treiber für den Breitbandausbau in Deutschland. Dieser muss durch die Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie weiter gestärkt und nicht geschwächt wer-

den. Insbesondere darf das DigiNetzG nicht dazu herangezogen werden, bestimmte Technologien gegenüber anderen, ebenfalls hochgeschwindigkeitsfähigen, zu bevorzugen und hierdurch Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Netzen zu verhindern oder jedenfalls zu verzerren. Durch den Fokus auf das Vorhandensein (reiner) Glasfasernetze verletzt die Regelung deshalb gleichfalls den Grundsatz der Technologieneutralität.

Der neu in den Regierungsentwurf aufgenommene Ablehnungsgrund in § 77g Abs. 2 Nr. 7 sollte deshalb gestrichen werden.

2. Kostenreduzierungs­potenzial durch Synergieeffekte

Die Bundesregierung geht in ihrem Gesetzentwurf von erheblichen Kostenreduzierungs­potenzialen bei der Mitnutzung vorhandener Infrastrukturen beim Breitbandausbau aus. Die vorgeschlagenen Maßnahmen könnten zu einer Einsparung von bis zu 25 Prozent (!) der Gesamtinvestitionskosten (das wären nach Angaben des Entwurfs bis zu 20 Milliarden Euro in den nächsten drei Jahren) führen. Das bestreitet die ANGA vor dem Hintergrund der praktischen Erfahrungen der Kabelnetzbetreiber nachdrücklich. Selbst nach den vorsichtigsten Schätzungen des BMVI läge die Einsparung bundesweit noch bei 800 Millionen bis 6,4 Milliarden Euro.

Die Unterstellung derart hoher Einsparungen ist aus zwei Gründen nicht sachgerecht und bedarf einer Korrektur. Zum einen beruht sie augenscheinlich auf der Annahme, dass der gesamte noch ausstehende Breitbandausbau durch Nutzung alternativer Infrastrukturen bewerkstelligt werden kann. Dies ist aber nicht realistisch: Die Mitnutzung passiver Infrastrukturen ist schon bislang nicht in größerem Maße erfolgt, obwohl sie gesetzlich nicht verboten war, sondern sogar durch den Infrastrukturatlas gefördert werden sollte. Der Grund für die Nichtnutzung der Mitverlegungsmöglichkeiten ist der, dass die Mitverlegung meist nicht wirtschaftlich ist, sondern die organisatorischen Mehraufwände die potentiellen Einsparungen übersteigen. Beispiele für Mitnutzungen finden sich überwiegend in Städten, wo die Durchführung von Tiefbauarbeiten besonders aufwändig und kostenintensiv ist. Aber auch hier gilt, dass z.B. (Ab-)Wasserleitungen straßenmittig liegen, ein TK-Betreiber aber zum Anschluss neuer Objekte ständig leichten Zugriff auf seine Leitung haben muss, so dass nur eine Verlegung im Bürgersteig sinnvoll ist. In ländlichen Gebieten sind die Tiefbaukosten dagegen meist deutlich günstiger, so dass dort überwiegend keine Einsparungen durch den Einsatz von Mitnutzungstechniken erzielt werden können. Auch die höheren Folgekosten und Risiken durch Wartungs- oder Reparaturarbeiten beider Infrastrukturen sind bei der Gesamtrechnung zu berücksichtigen. Die Mitnutzung alternativer Infrastrukturen kommt also überwiegend nur innerstädtisch in Betracht. Gerade dort ist aber bereits eine flächendeckende Versorgung mit Hochgeschwindigkeitsnetzen gegeben. Dagegen werden dort, wo die Versorgung lückenhaft ist, also in ländlichen Gebieten, die Mitnutzungsansprüche überwiegend nicht zu der vom Gesetz beabsichtigten Kostensenkung führen können.

Zum anderen handelt es sich nicht um Einsparungen im eigentlichen Sinne des Wortes, nämlich Einsparungen gegenüber bisherigen oder bereits eingeplanten Ausgaben. Im Gegenteil geht es beim Ausbau nach wie vor um Kosten, die mit dem Gesetz lediglich verringert werden können.

Den ungewissen Kostensenkungen stehen dagegen sichere Aufwände gegenüber, deren Schätzung als deutlich zu niedrig erscheint und nicht mit den erwarteten Zielen in Einklang zu bringen ist. Denn wenn die Zugangsansprüche tatsächlich intensiv genutzt werden sollten, würde der Informations-, Prüf-, Kommunikations-, Verhandlungs-, Vertragsabschluss- und Vertragsüberwachungsaufwand sowie für ggf. unver-

meidliche Streitbeilegungs- und Gerichtsverfahren für die Unternehmen deutlich höher ausfallen als bisher veranschlagt. Aufgrund der zu erwartenden Entscheidungen der Bundesnetzagentur (BNetzA) über das Ob und Wie des Zugangs ist auch mit gerichtlichen Verfahren zu rechnen, die bislang weder beim Aufwand für die Wirtschaft noch für die Verwaltung berücksichtigt worden sind.

Der Gesetzentwurf unterschätzt vor allem die Schwierigkeiten bei der (zeitgleichen) Planung, Organisation und Umsetzung von gemeinsamen Infrastrukturmaßnahmen durch mehrere Unternehmen. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb sowohl national als auch international den Eindruck vermeiden, neue Regelungen zur Mitnutzung von bestehenden Infrastrukturen allein könnten das Ziel der Bundesregierung, bis 2018 eine flächendeckende Versorgung mit 50 Mbit/s zu gewährleisten, erreichen. Aufgrund der Probleme in der Praxis sollten die Erwartungen an die neuen Vorgaben nicht überhöht werden.

3. § 76 des Entwurfs – Keine Förderung veralteter Netze durch Mitnutzungsansprüche

§ 76 TKG regelt den sog. Hausstich. Hiernach kann der Eigentümer eines Grundstücks die Einrichtung, den Betrieb und die Erneuerung von TK-Linien auf dem Grundstück sowie den Anschluss der auf dem Grundstück befindlichen Gebäude an öffentliche NGA-Netze (sowie nach dem DigiNetzG-E an öffentliche digitale Hochgeschwindigkeitsnetze) in bestimmten Fällen nicht verbieten. Das DigiNetzG-E sieht nun in einem neuen Abs. 3 zu § 76 vor, dass bei unverhältnismäßigem Aufwand zur Ausübung dieses Rechts durch TK-Netzbetreiber auch bestehende passive Infrastrukturen Dritter mitgenutzt werden können. Das betrifft ausweislich Abs. 1 nicht nur Hochgeschwindigkeitsnetze, sondern auch sonstige TK-Linien. Im Ergebnis könnten damit auch veraltete – nicht hochleistungsfähige Netze – unter Heranziehung passiver Infrastrukturen Dritter – also auch solche von anderen TK-Netzbetreibern – eingerichtet, betrieben und erneuert werden. Das ist aus Sicht der ANGA nicht sinnvoll, weil damit der Ausbau mit hochleistungsfähigen Netzen nicht vorangetrieben und damit das Ziel der Richtlinie verfehlt wird.

Die ANGA schlägt deshalb folgende Einschränkung in § 76 Abs. 3 des Gesetzentwurfs vor:

„(3) Soweit die Durchführung von nach Absatz 1 zu duldenen Maßnahmen **in Bezug auf den Anschluss von öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation oder öffentliche digitale Hochgeschwindigkeitsnetze** nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist, können bestehende passive Netzinfrastrukturen Dritter unter den Voraussetzungen der §§ 77d, 77e und 77g mitgenutzt werden.“

4. § 70 des Entwurfs – Mitnutzung und Wegerecht

§ 70 Abs. 2 DigiNetzG-E sieht vor: „Soweit die Ausübung der Nutzungsberechtigung nach § 68 für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist, können passive Netzinfrastrukturen Dritter unter den Voraussetzungen der §§ 77d, 77e und 77g mitgenutzt werden. Dies gilt auch, wenn die Telekommunikationslinie nicht zum Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes genutzt werden kann.“

Kritisch erscheint hierbei die Befugnis, bestehende Infrastrukturen auch für den Ausbau von nicht hochleistungsfähigen Netzen mitnutzen zu können – insofern besteht ein paralleles Problem zur geschilderten Regelung des Hausstichs nach § 76 TKG. Eine solche Regelung hat keine Grundlage in der Kostensenkungsrichtlinie und wider-

spricht der Ratio von Richtlinie und DigiNetzG-E: Beide zielen bereits ausweislich des Titels auf den schnellen Ausbau von Hochleistungsnetzen ab. Eine Erklärung, warum es gleichwohl nötig ist, einen solchen Mitnutzungsanspruch zu schaffen, gibt die Gesetzesbegründung nicht. Deshalb sollte Absatz 2 gestrichen werden.

Andernfalls würde der Kreis der Anspruchsberechtigten betreffend die Mitnutzung noch einmal erweitert, ohne dass ein ernsthafter Bedarf besteht. Im Gegenteil würde damit die Errichtung von Netzen mit veralteter Technologie um den Preis der Belastung fremden Eigentums gefördert. Diese Fehlallokation von Mitteln würde einen sinnvollen Einsatz beim Ausbau der tatsächlich benötigten schnellen Netze behindern.

5. § 75 des Entwurfs – spätere besondere Anlagen

Anders als bisher sollen mit den vorgesehenen Änderungen in § 75 TKG Netzbetreiber die Verlegung von TK-Linien nicht mehr verweigern können. Nunmehr soll die Errichtung einer besonderen Anlage in jedem Fall erfolgen können, wobei bei unverhältnismäßig hohen Kosten für den TK-Netzbetreiber diese durch den Betreiber oder Inhaber der besonderen Anlage teilweise auszugleichen sind. Diese zusätzliche Belastung für TK-Netzbetreiber ist aus Sicht der ANGA abzulehnen. Jedenfalls aber bedarf der unbestimmte Rechtsbegriff "unverhältnismäßig" einer näheren gesetzlichen Konkretisierung, um zulasten der TK-Netzbetreiber gehende programmierte Rechtsstreitigkeiten und Rechtsunsicherheiten weitestgehend zu vermeiden.

6. § 77b des Entwurfs – Anspruch auf Gewährung von Mindestinformationen

§ 77b des Entwurfs gewährt TK-Netzbetreibern einen Informationsanspruch über die passive Netzinfrastruktur von Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze. Entsprechende Anträge können gem. Absatz 4 nur in engen Ausnahmefällen abgelehnt werden, u.a., wenn durch die Erteilung der Informationen die Vertraulichkeit gem. § 77m verletzt wird. § 77m sieht vor, dass die Verfahrensbeteiligten die aus den Verhandlungen oder Vereinbarungen gewonnenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben. Das reicht aus Sicht der ANGA nicht. Das Auskunftsrecht muss angesichts der Bedeutung des Geheimnisschutzes in ausreichendem Umfang begrenzt werden (Artt. 12, 14 GG). Insbesondere der Schutz der eigenen Netztopologie und des damit verbundenen Know-Hows ist zu gering dimensioniert. Gerade wenn erkennbar nicht gewollte Projekte zur Auskunftserlangung bemüht werden – also in Missbrauchsfällen –, muss eine Ablehnung möglich sein.

Darüber hinaus sollte § 77b um eine Regelung zur Kostentragung zu Lasten des Antragsstellers ergänzt werden. Dies gilt umso mehr als die Aufwendungen bei später nicht mehr realisierten Projekten nicht mehr amortisiert werden können. Insoweit handelt es sich auch um eine abschreckende Maßnahme gegen „Ausforschungsanträge“, die sonst abgelehnt werden müssten.

7. § 77c des Entwurfs – Vor-Ort-Untersuchungen

Über den Auskunftsanspruch des § 77b hinaus soll mit § 77c TK-Netzbetreibern die Möglichkeit eingeräumt werden, Mitnutzungsansprüche durch Vor-Ort-Untersuchungen vorzubereiten. Über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinausgehend soll nach Abs. 2 Satz 2 ein Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung auch dann zumutbar sein, wenn diese für die Koordinierung von Bauarbeiten erforderlich ist. Damit wird der Anwendungsbereich der Vor-Ort-Untersuchungen in aus Sicht der ANGA sachfremder und unverhältnismäßiger Weise über den Bereich der Mitnutzung hinaus ausgedehnt, ohne dass im Zusammenhang mit der Koordinierung von Baumaßnahmen, die erst in Zukunft erfolgen, überhaupt ein praktischer Bedarf für eine vorbereitende Vor-Ort-Untersuchung erkennbar wäre. Insgesamt ist die geplante Zumutbar-

keitsregelung in §77c Abs. 2 Satz 2 („...insbesondere dann zumutbar, wenn die Untersuchung ... erforderlich ist“) aus Sicht der Kabelnetzbetreiber kritisch zu sehen, da sie kaum Klarheit schafft und letztlich eine Verkürzung der gebotenen Verhältnismäßigkeitsbetrachtung im jeweiligen Einzelfall zu Lasten der Infrastrukturbetreiber bedeutet.

Grundsätzlich ist aus Sicht der ANGA eine deutlich restriktivere Ausgestaltung der Regelungen zu Vor-Ort-Untersuchungen angezeigt. Insbesondere drängt sich die Frage auf, ob Vor-Ort-Untersuchungen nicht bereits dann ausscheiden bzw. abgelehnt werden können müssen, wenn gemäß § 77a oder b die Mindestinformationen zu der vorhandenen passiven Infrastruktur bereitgestellt wurden.

8. § 77h des Entwurfs – Mindestinformationen über Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen

In § 77h DigiNetzG-E fehlt – ebenso wie in § 77b des Entwurfs – eine Regelung zur Kostentragung zu Lasten des Antragsstellers.

9. § 77i des Entwurfs – Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung

§ 77i Absatz 7 DigiNetzG-E sieht vor, dass bei der Erschließung von Neubaugebieten „stets geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, mitzuverlegen“ sind.

Ein verpflichtender Ausbau von Neubaugebieten mit Glasfaser ist grundsätzlich ein nachvollziehbarer Ansatz. Bei einem gleichzeitigen privatwirtschaftlichen Ausbau mit Koax-Leitungen würde es dann aber zu einer Doppelschließung kommen, bei der ein Teil (Glasfaser) nur aufgrund gesetzlicher Verpflichtung aber nicht aufgrund tragfähiger wirtschaftlicher Entscheidungen errichtet wird. Besser geeignet erscheint deshalb eine Verpflichtung zur Errichtung von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen – auf die das Gesetz ja auch abzielt. Auch der Ausbau mit Koax-Leitungen erfüllt dieses Kriterium (s.o.).

Jedenfalls muss sichergestellt werden, dass auch andere Netzbetreiber Baustellen mitnutzen können, die im Rahmen der Erschließung von Neubaugebieten eröffnet werden. Hier kommt es maßgeblich auf das Funktionieren der Regelungen zur Mitnutzung von Baustellen und das Greifen der entsprechenden Informationspflichten an (§ 77h).

10. § 77n Fristen, Entgeltmaßstäbe und Regulierungsziele der nationalen Streitbeilegung

§ 77n DigiNetzG-E regelt eine umfassende Streitschlichtungsbefugnis der BNetzA im Falle von Streitigkeiten der nach dem Gesetz bestehenden Ansprüche.

Absatz 3 beinhaltet besondere Vorgaben, die die BNetzA im Falle von Streitigkeiten über die Mitnutzung von TK-Netzen zu berücksichtigen hat: „Betrifft die Streitigkeit die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, berücksichtigt die Bundesnetzagentur neben Absatz 2 auch die in § 2 Absatz 2 genannten Regulierungsziele. Dabei stellt die Bundesnetzagentur sicher, dass Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken; sie berücksichtigt hierfür über die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß Absatz 2 hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf deren Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz.“

Sofern das Gesetz weiterhin eine symmetrische Inanspruchnahme aller TK-Netzbetreiber vorsehen sollte, sind jedenfalls Schutzmaßnahmen im Gesetz vorzusehen, die verhindern, dass eine solche Mitnutzung wettbewerbsverzerrend wirkt. Bei der Inanspruchnahme von Wettbewerbern durch TK-Netzbetreiber drohen wie oben dargestellt auch immer Investitionsanreize in den Breitbandausbau zerstört zu werden.

Deshalb müssen für marktmächtige Unternehmen andere Maßstäbe gelten als für Unternehmen ohne solche Marktmacht. Die Vorgaben für die BNetzA im Gesetzentwurf sind allerdings zu vage (Möglichkeit der Kostendeckung, Berücksichtigung der Folgen auf Geschäftsplan und Investitionen). Hier sind genauere Vorgaben notwendig, zudem muss die genaue Art und Weise der Berücksichtigung als verbindliche Rechtsfolge vorgesehen werden.

Der Anwendungsbereich von Absatz 3 ist bislang zudem begrenzt auf die „Mitnutzung eines öffentlichen TK-Netzes“. Dieser sollte ausgeweitet werden auf Fälle, in denen die Ablehnung eines gestellten Mitnutzungsantrags streitig ist, damit die TK-rechtlichen Besonderheiten auch im Falle der Entscheidung über eine verweigerter Mitnutzung oder einer Alternativlösung berücksichtigt werden können.

Wir schlagen insoweit folgende Ergänzung in Absatz 3 vor:

„Betrifft die Streitigkeit die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes **oder ein diesbezüglich geltend gemachtes Verweigerungsrecht im Sinne von § 77g Abs. 2**, berücksichtigt die Bundesnetzagentur neben Absatz 2 auch die in § 2 Absatz 2 genannten Regulierungsziele. (...)“

Sofern durch Mitnutzungsansprüche in bestehende Verträge zwischen Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze, Telekommunikationsdiensteanbietern und Telekommunikationsnetzbetreibern eingegriffen wird, müssen bei der Festlegung der fairen und angemessenen Bedingungen auch die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Vertragspartner berücksichtigt werden können. Denn Telekommunikationsanbieter können auch dadurch betroffen sein, dass Zugangsansprüche ihre Rechte aus Verträgen, etwa Netznutzungsverträgen oder Kooperationsverträgen, entwerfen.

Berlin/Köln, den 29. Februar 2016