

## **Referentenentwurf**

### **des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur**

#### **Entwurf eines fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes**

(5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)

##### **A. Problem und Ziel**

Mit dem Ende 2016 in Kraft getretenen Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) wurde § 77i in das Telekommunikationsgesetz (TKG) eingeführt.

Danach besteht unter anderem im Rahmen von öffentlich (teil-)finanzierten Bauarbeiten die Pflicht, Telekommunikationsunternehmen die Verlegung von Breitbandinfrastrukturen im Rahmen der Bauarbeiten zu ermöglichen. So sollen Synergien genutzt werden, wenn etwa bei der Verlegung von Abwasserkanälen ohnehin Tiefbauarbeiten durchgeführt werden müssen. Inzwischen wird aber vielfach ein Anspruch auf Mitverlegung geltend gemacht, wenn die Ausgangs-Tiefbauarbeiten ihrerseits dazu dienen, Breitbandinfrastrukturen auszurollen.

Wird die öffentliche (Teil-)Finanzierung bejaht, entsteht für den Erstausbauenden die Pflicht, im Rahmen seiner Bauarbeiten zur Verlegung des Netzes anderen Telekommunikationsnetzbetreibern – und damit Wettbewerbern – zu gestatten, ihr Netz parallel im gleichen Graben zu verlegen. Ein solcher Überbau kann dazu führen, dass sich das Geschäftsmodell des Erstverlegenden nicht mehr rechnet.

Das Ergebnis ist ein Hemmnis für den weiteren investitionsintensiven Glasfaserausbau insgesamt, gerade auch im Bereich der Förderprojekte.

##### **B. Lösung**

Im Rahmen des Rechts auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i Absatz 3 TKG wird eine Unzumutbarkeitsregel eingeführt. Demnach sind Anträge auf Koordinierung von Bauarbeiten dann unzumutbar, wenn die Koordinierung der Bauarbeiten dazu genutzt werden soll, ein bereits geplantes Glasfasernetz mit eigenen Telekommunikationsinfrastrukturen zu überbauen. Gleichzeitig wird der Überbauschutz nur bei Vorliegen eines offenen Netzzugangs gewährt und somit der Infrastrukturwettbewerb effizient ausgestaltet und Fehlanreize beseitigt.

##### **C. Alternativen**

Keine.

##### **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Keine.

## **E. Erfüllungsaufwand**

### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Die Bürgerinnen und Bürger sind nicht von der Rechtsänderung betroffen.

### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Für die Wirtschaft wird es voraussichtlich zu keiner nennenswerten Entlastung kommen.

### **E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung**

Die Erfüllungsaufwandsänderung für die Streitbeilegungsstelle nach § 77n TKG ist derzeit nicht quantifizierbar.

## **F. Weitere Kosten**

Sonstige Kosten für die Wirtschaft, Kosten für soziale Sicherungssysteme, Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

# **Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur**

## **Entwurf eines fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes**

### **(5. TKG-Änderungsgesetz – 5. TKGÄndG)**

Vom ...

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

#### **Artikel 1**

#### **Änderung des Telekommunikationsgesetzes**

Dem § 77i Absatz 3 des [Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 \(BGBl. I S. 1190\)](#), das zuletzt durch [Artikel 10 Absatz 12 des Gesetzes vom 30. Oktober 2017 \(BGBl. I S. 3618\)](#) geändert worden ist, wird folgender Satz angefügt:

„Anträge sind insbesondere dann unzumutbar, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde.“

#### **Artikel 2**

#### **Inkrafttreten**

Das Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen**

Die Änderung verfolgt das Ziel, den grundsätzlich im Telekommunikationsmarkt erwünschten Infrastrukturwettbewerb effizient auszugestalten und Fehlanreize zu beseitigen.

Mit dem Ende 2016 in Kraft getretenen DigiNetzG wurden in Umsetzung der europäischen Kostensenkungsrichtlinie die Regeln zur Koordinierung von Bauarbeiten für den Breitbandausbau in das TKG eingeführt. Danach besteht im Rahmen von öffentlich (teil-)finanzierten Bauarbeiten die Pflicht, Telekommunikationsunternehmen die Verlegung von Breitbandinfrastrukturen im Rahmen der Bauarbeiten zu ermöglichen. So sollen Synergien genutzt werden, wenn etwa bei der Verlegung von Abwasserkanälen ohnehin Tiefbauarbeiten durchgeführt werden müssen. Inzwischen wird aber vielfach ein Anspruch auf Mitverlegung von Breitbandinfrastrukturen geltend gemacht, wenn die Ausgangstiefbauarbeiten ihrerseits dazu dienen, Telekommunikationsinfrastrukturen auszurollen. Somit kann die Situation entstehen, dass ein Telekommunikationsnetzbetreiber gezwungen ist, dem eigenen Wettbewerber die kostengünstige Mitverlegung im gleichen Graben zu gestatten. Ein solcher Überbau kann dazu führen, dass sich das Geschäftsmodell des Erstverlegenden nicht mehr rechnet.

Ein paralleler Ausbau von Telekommunikationsinfrastrukturen als Infrastrukturwettbewerb ist grundsätzlich erwünscht. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass das Recht zur Koordinierung von Bauarbeiten nicht zu einem Investitionshemmnis in Glasfaserinfrastrukturen führt.

Durch den vorliegenden Entwurf werden nicht nur diese Investitionshemmnisse beseitigt, sondern er bietet durch die Ausrichtung auf Glasfaser sogar einen Anreiz für die Telekommunikationsnetzbetreiber, primär Glasfaser auszubauen.

#### **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

Der Gesetzentwurf dient der effektiven Ausgestaltung des Infrastrukturwettbewerbs im Rahmen der Koordinierung von Bauarbeiten und der Beseitigung von Fehlanreizen.

Nach § 77i Absatz 3 Satz 1 TKG muss einem Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten grundsätzlich stattgegeben werden, wenn dieser – neben der Erfüllung weiterer Merkmale – zumutbar ist. Satz 2 enthält besondere Merkmale, welche die Zumutbarkeit weiter ausgestalten. Der Gesetzentwurf ergänzt diese Regelungen mit einer Ausformung der Unzumutbarkeit eines Koordinierungsantrags.

So trägt die Koordination von öffentlich finanzierten Bauarbeiten weiterhin grundsätzlich dazu bei, dass Synergien für den Breitbandausbau genutzt werden. Sobald aber die ursprüngliche Baustelle auch bereits der Verlegung von Breitbandinfrastrukturen dient, führt die Verpflichtung zur Mitverlegung des Netzes des Wettbewerbers insgesamt zu einem Investitionshemmnis. Deshalb spricht der Regelungsentwurf explizit diesen Fall an und etabliert einen Überbauschutz, wenn die Koordinierung der Bauarbeiten dazu genutzt werden soll, ein bereits geplantes Glasfasernetz mit eigenen Telekommunikationsinfrastrukturen zu überbauen. Gleichzeitig wird der Überbauschutz nur bei Vorliegen eines

offenen Netzzugangs gewährt, um den Koordinierungspetenten nicht vom Wettbewerb auszuschließen.

### **III. Alternativen**

Keine.

### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 73 Absatz 1 Nummer 7 zweite Variante und Artikel 87f Absatz 1 zweite Variante des Grundgesetzes.

### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Das Gesetz ist mit dem Recht der Europäischen Union, insbesondere mit den Vorgaben der Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation (Kostensenkungsrichtlinie), und mit völkerrechtlichen Verträgen vereinbar.

Die vorgeschlagene Regelung konkretisiert die Vorgaben des Artikel 5 Absatz 2 Satz 1 Kostensenkungsrichtlinie, wonach die Netzbetreiber zumutbaren Anträgen auf Baustellenkoordination stattzugeben haben, und dient der inhaltlichen Klarstellung.

### **VI. Gesetzesfolgen**

Der Gesetzentwurf stärkt die Investitionssicherheit in den Ausbau gigabitfähiger Netze, indem es das Recht auf Koordination von Bauarbeiten zwischen Wettbewerbern auf ein effektives und nachhaltiges Maß beschränkt. Durch den Überbauschutz im Rahmen von öffentlich (teil-)finanzierten Bauarbeiten von Glasfasernetzen begünstigt er damit eine effektive und nachhaltige Verwendung öffentlicher Mittel und Ressourcen. Insgesamt wird dadurch der Ausbau von Glasfasernetzen in Deutschland und hieran anknüpfend auch die Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger am digitalen Leben und eine Angleichung der Lebensverhältnisse insgesamt gefördert.

#### **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Keine. Durch die Einfügung der Unzumutbarkeitsregel könnte jedoch in den erfassten Fällen im Streitfall ein Verfahren bei der nationalen Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur entfallen, soweit sie nicht durch Streitbeilegungsverfahren über die Voraussetzungen der Unzumutbarkeitsregel ersetzt werden. Insofern könnte der Gesetzentwurf sogar eher zu einer Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sinne der Streitbeilegung beitragen.

#### **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Der Gesetzentwurf steht im Einklang mit den Zielen der Nachhaltigkeitsstrategie.

#### **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Keine. Durch die Beschränkung der Koordinierungspflichten im Rahmen von öffentlich (teil-)finanzierten Bauarbeiten zur Verlegung von Glasfasernetzen fördert der Gesetzentwurf vielmehr die effektive und nachhaltige Verwendung der öffentlichen Haushaltsmittel.

## **4. Erfüllungsaufwand**

### **4.1 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Durch die Klarstellung, wann ein Antrag als unzumutbar gilt, kann es zu einem Rückgang der Antragstellungen kommen. Sollte der antragstellende Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze schon im Vorfeld vermuten, dass der Antrag als unzumutbar eingestuft wird, wird aufgrund der geringen Aussicht auf Erfolg in einigen Fällen voraussichtlich von einer Antragstellung abgesehen.

Das Statistische Bundesamt wurde 2015 bereits mit der Abschätzung des Erfüllungsaufwands des DigiNetzG betraut. In dieser Schätzung wurde davon ausgegangen, dass pro Antrag ein Zeitaufwand von 310 Minuten entsteht. Bei einem durchschnittlichen Lohnsatz von 47,50 Euro pro Stunde (Wirtschaftszweig J – Information und Kommunikation), ergibt sich pro Antragstellung ein Erfüllungsaufwand in Höhe von rund 245 Euro.

Für die Schätzung des DigiNetzG wurde von jährlich 150 Anträgen auf Koordinierung ausgegangen. Es kann nicht abgeschätzt werden, um wie viel Prozent die Antragstellungen zurückgehen könnten. Aufgrund der ohnehin geringen jährlichen Fallzahl und der Pro-Fall-Kosten wird es voraussichtlich zu keiner nennenswerten Entlastung kommen.

### **4.2 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung**

Die Gesetzesänderung kann auch Auswirkungen auf die Streitbeilegungsstelle der Bundesnetzagentur haben. Zum einen kann mit einem Rückgang der Antragstellungen nach § 77i Absatz 2 TKG auch ein Rückgang der bei der BNetzA zu bearbeitenden Streitfälle einhergehen. Zum anderen kann durch den neuen Versagungsgrund auch Mehraufwand entstehen, weil zu entscheiden sein wird, ob der neu geregelte Überbauschutz anwendbar ist.

Die genaue Entwicklung kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden. Es ist möglich, dass sich die Entlastungen und die Mehrbelastungen nivellieren, sodass für die Verwaltung keine nennenswerte Erfüllungsaufwandsänderung entsteht. Andererseits kann es in der Summe auch zu einer Entlastung oder Mehrbelastung kommen. Aufgrund der geringen jährlichen Fallzahl ist anzunehmen, dass die Aufwandsänderung, falls vorhanden, nur geringfügig ausfallen wird.

## **5. Weitere Gesetzesfolgen**

Keine.

## **VII. Befristung; Evaluierung**

Die Ergänzung in § 77i Absatz 3 TKG erfolgt unbefristet. Eine Evaluierung wird im Zuge der regelmäßigen Anpassungen des TKG erfolgen.

## **B. Besonderer Teil**

Die Ergänzung in § 77i Absatz 3 konkretisiert, unter welchen Bedingungen ein Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten nach § 77i Absatz 2 unzumutbar ist.

Nach § 77i Absatz 2 haben Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze das Recht, bei Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Koordinierung von Bauarbeiten zu beantragen. Diesen Anträgen ist gemäß § 77i Absatz 3 Satz 1 dann zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben,

wenn die Eigentümer oder Betreiber der öffentlichen Versorgungsnetze die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen.

Dieser Anspruch auf Koordinierung von Bauarbeiten unterliegt gesetzlichen Beschränkungen. Zum einen kann der Koordinierungsantrag gemäß § 77i Absatz 5 TKG ganz oder teilweise abgelehnt werden, soweit von dem Antrag Teile einer kritischen Infrastruktur, insbesondere deren Informationstechnik, betroffen sind, die nachweislich besonders schutzbedürftig und für die Funktionsfähigkeit der kritischen Infrastruktur maßgeblich sind (Nummer 1), und der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes zur Koordinierung der Bauarbeiten unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen (Nummer 2). Die unionsrechtliche Vorgabe für die genannten Ablehnungsgründe ist Artikel 5 Absatz 5 der Kostensenkungsrichtlinie.

Das Recht auf die Koordinierung von Bauarbeiten ist bald nach Inkrafttreten des Digi-NetzG auf praktische Schwierigkeiten gestoßen. Diese Schwierigkeiten betreffen die Frage, inwieweit das Recht auf Baustellenkoordinierung dazu genutzt werden darf, eigene Telekommunikationsinfrastrukturen parallel zu der mit den entsprechenden Bauarbeiten zu verlegenden Telekommunikationsinfrastruktur zu verlegen.

In der Praxis war bereits auch die als nationale Streitbeilegungsstelle eingerichtete Beschlusskammer der Bundesnetzagentur mit Fällen befasst, in denen bei Telekommunikationsnetzbetreibern Anträge auf Koordinierung von Bauarbeiten zum parallelen Ausbau des eigenen Netzes gestellt wurden.

Aus öffentlichen Mitteln finanziert sind Bauarbeiten klar in Fällen der öffentlichen Förderung. Erfolgt in einem Gebiet ausweislich eines erfolgten Markterkundungsverfahrens kein Breitbandausbau auf privatwirtschaftlicher Basis, können Bund und Länder den Breitbandausbau fördern. Wird der Ausbau eines Netzes gefördert, sind die Bauarbeiten zum Ausbau des Netzes im Sinne des § 77i Absatz 3 öffentlich (teil-)finanziert. Somit entsteht die Situation, dass der Anspruch auf die Koordinierung von Bauarbeiten auch gegen die Betreiber von Telekommunikationsinfrastruktur – und damit für Wettbewerber der Koordinierungspetenten – geltend gemacht werden kann.

Weiterhin könnte der bestehende Gesetzestext so ausgelegt werden, dass auch rein privatwirtschaftlich organisierte juristische Personen aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten erbringen können. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die öffentliche Hand an der juristischen Person beteiligt ist und/oder die Bauarbeiten der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dienen. Baut das betreffende Unternehmen in öffentlicher Hand Telekommunikationsinfrastrukturen, so kann es auch hier zu einem Überbau durch die Koordinierung von Bauarbeiten kommen.

Ein solches Szenario hat zur Folge, dass der Ausbau der erstausbauenden Infrastrukturbetreiber droht, unrentabel zu werden. Aus Sicht des erstausbauenden Betreibers reduzieren sich im Fall des Wechsels der Endkunden zum zweiten Betreiber die geplanten Einnahmen, so dass das Projekt insgesamt unrentabel wird. Somit entsteht nicht nur für ausbauende Netzbetreiber und Investoren ein ernsthaftes Hemmnis für den weiteren Ausbau von Glasfasernetzen. Auch die Kommunen könnten von weiteren Ausbauprojekten abgeschreckt werden, wenn sie befürchten müssen, wegen der drohenden Koordinierung keinen Betreiber für den Erstausbau zu finden. Denn der parallele Ausbau von Glasfasernetzen ist im Regelfall ökonomisch nicht effizient und erfolgt im Einzelfall aus rein (unternehmens-)strategischen Erwägungen. Dies gilt umso mehr, als es in Fördergebieten um solche Gebiete geht, in denen ausweislich des erfolgten Markterkundungsverfahrens kein Telekommunikationsnetzbetreiber eigenwirtschaftlich ausbaut. Insgesamt handelt es sich also um eine Fehlentwicklung, die weder vom Koalitionsvertrag noch vom europäischen Gesetzgeber in der Kostensenkungsrichtlinie gewollt ist. Hierzu bedarf es einer Korrektur in Form der neuen Unzumutbarkeitsregel. Hier soll der Gesetzentwurf den am

Telekommunikationsmarkt erwünschten Infrastrukturwettbewerb überhaupt erst effizient ausgestalten und Fehlanreize beseitigen.

Ähnlich wie beim Versagungsgrund des § 77g Absatz 2 Nummer 7 entfällt in diesen Gebieten teilweise der Rechtfertigungsgrund für eine gesetzliche Inanspruchnahme öffentlicher Bauarbeiten in Form der Koordinierung. Dies gilt insbesondere, wenn der nachfolgende Ausbau entgegen vorheriger Bekundungen im Rahmen des Markterkundungsverfahrens und damit aus rein strategischen Gründen erfolgt und das geplante Glasfasernetz einen offenen Netzzugang für Wettbewerber ermöglicht.

Die Ergänzung in § 77i Absatz 3 bildet daher den Versagungsgrund des § 77g Absatz 2 Nummer 7 nach und passt ihn entsprechend an die Fälle des Überbaus eines Glasfasernetzes an.

Die Regelung der Unzumutbarkeit ist beschränkt auf den Überbauschutz von Glasfasernetzen und unterstützt damit das Ziel des Koalitionsvertrages, den Netzinfrastrukturwechsel zur Glasfaser konsequent zu vollziehen.

Im Fall der öffentlichen Förderung bedeutet das, dass der Überbauschutz ab dem Moment besteht, in dem für den Bau des Netzes ein Zuwendungsbescheid bekanntgegeben wurde. Das Vorliegen des Zuwendungsbescheides ist jedoch erforderlich. Erst ab dem Vorliegen des Zuwendungsbescheides darf der Zuwendungsempfänger tätig werden (Verbot des vorzeitigen Maßnahmenbeginns) und ist eine Koordinierung von Bauarbeiten auch überhaupt erst möglich. Weiterhin gibt das Vorliegen eines Zuwendungsbescheides als Voraussetzung genügend Rechtssicherheit für die zeitliche Anwendung der Unzumutbarkeitsregel. Werden die entsprechenden Strecken allerdings nicht durch Fördermittel, sondern auf anderem Wege (beispielsweise mittels Anliegerbeiträge) finanziert, liegt keine öffentliche Förderung vor und der Ausbau des Netzes ist an diesen Stellen nicht durch die Unzumutbarkeitsregelung geschützt.

Die Angabe, dass die Koordinierung den Überbau eines geplanten Glasfasernetzes bewirken würde, ist erforderlich, da „Überbau“ gemäß der Definition in § 3 Nummer 27a nur die „nachträgliche Dopplung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung“ ist. Das Netz, das in Gefahr steht, mittels der Koordinierung von Bauarbeiten überbaut zu werden, existiert aber noch nicht.

Der Überbau nach der Definition in § 3 Nummer 27a erfordert weiterhin, dass mit der parallelen Errichtung dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll. Entscheidend ist hier nach Sinn und Zweck des Schutzes vor Überbau, dass mit dem mittels der Koordinierung zu verlegenden Netzes dieselben Endkundenanschlüsse versorgt werden sollen. Denn unrentabel wird der Ausbau durch den Umstand, dass dieselben Endkunden vom parallel errichteten Netz versorgt werden sollen und damit nicht mehr Erlöse beim erstausbauenden Betreiber generieren. Das bedeutet, dass bei Teilschnittmengen der Endkunden die nationale Streitbeilegungskammer im Einzelfall anhand der Quantität der Überschneidung und der Beeinträchtigung des Geschäftsmodells des Erstverlegenden entscheiden muss, ob der Überbauschutz angemessen ist. Sollen jedoch nachweislich andere Endkunden angebonden werden, greift die Überbaueinrede nicht. Diese Erwägungen folgen aus der Formulierung, dass die Koordinierung dann unzumutbar ist, soweit es sich um einen Überbau eines Glasfasernetzes handelt. Der Überbauschutz setzt wie der Versagungsgrund des § 77g Absatz 2 Nummer 7 weiterhin voraus, dass das geplante Glasfasernetz einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt. In den Fällen eines geförderten Glasfasernetzes wird ein diesem Kriterium entsprechender offener Netzzugang in den meisten Fällen bereits aufgrund der zuwendungsrechtlichen Vorgaben bestehen. Die Anwendung der Unzumutbarkeitsregelung als Ausnahme vom gesetzlichen Regelfall des Rechts auf Koordinierung der Bauarbeiten bedarf jedoch auch im Einzelfall zum einen der technischen Möglichkeit der Nutzung des offenen Netzzuganges als auch der Festsetzung eines diskriminierungsfreien und fairen Entgelts für den



offenen Netzzugang. Beides unterliegt im Streitfall der Überprüfung durch die nationale Streitbelegungsstelle.

Die freiwillige Gewährung der Koordinierung von Bauarbeiten bleibt weiterhin möglich. Dies stellt einen zusätzlichen Anreiz für Investitionen in offene Glasfasernetze dar.