

Positionspapier des VATM e.V. zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung von Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation („Kostensenkungsrichtlinie der EU“)

I. Allgemein

Im Juni 2014 ist die Kostensenkungsrichtlinie der EU in Kraft getreten. Bis zum 01. Januar 2016 bleibt den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union Zeit die darin enthaltenen Vorgaben in nationales Recht umzusetzen.

Die mit der Richtlinie bezweckte Kostensenkung ist jedoch kein Selbstzweck. Ziel der Richtlinie ist es vielmehr, die Versorgung der Bevölkerung mit schnellen Internetanschlüssen auf hohem Niveau sicherzustellen. Dieses Ziel will die Richtlinie dadurch fördern, dass sie die Kostentreiber des Breitbandausbaus – die Hoch- und Tiefbaukosten –senkt und die Herstellung von Hochgeschwindigkeitsnetzen dadurch fördert.

Gegenwärtige Schätzungen gehen von einem erheblichen milliardenschweren Investitionsbedarf zur Umsetzung der europäischen und nationalen Zielvorstellungen aus. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesrat die Bundesregierung aufgefordert, im Rahmen der anstehenden TKG-Novelle ein „Infrastrukturgesetz“ zur Umsetzung der vorbenannten Richtlinie vorzulegen.

Der VATM unterstützt ausdrücklich die Ziele der Bundesregierung und der Europäischen Union im Bereich Breitbandausbau. Schnelle Internetzugänge und die damit verbundene leistungsfähige Datenkommunikation sind ein wichtiger Standortfaktor nicht nur für die Ansiedlung von Wirtschaftsunternehmen und somit Voraussetzung für wirtschaftliches Wachstum, sondern auch zur Verhinderung einer fortschreitenden digitalen Spaltung von Bürgern in urbanen und ländlichen Regionen.

II. Im Einzelnen

1. Artikel 3

Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie sieht eine symmetrische Zugangsregulierung vor. Jeder Netzbetreiber – losgelöst von einer marktbeherrschenden Stellung – soll verpflichtet sein, „allen zumutbaren Anträgen auf Zugang zu seinen physischen Infrastrukturen zwecks Ausbaus der Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation zu fairen und angemessenen Bedingungen – auch in Bezug auf den Preis – stattzugeben.“ Dies steht im Widerspruch zur geltenden Marktregulierung im TK-Bereich und stellt eine erhebliche Belastung für die betroffenen Wettbewerber dar.

Das geltende Regulierungsregime sieht einen derartigen belastenden Eingriff in die Grundrechtspositionen eines Netzbetreibers nur unter sehr engen – streng nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgestalteten – Voraussetzungen vor. Eine Zugangsverpflichtung ohne Heranziehung des Kriteriums der marktbeherrschenden Stellung dürfte erhebliche negative Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft der Unternehmen in die TK-Infrastruktur auslösen. Eine nicht nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgestaltete Verpflichtung jedes Telekommunikationsunternehmens, dem Konkurrenten einen Open-Access-Zugang zur eigenen Infrastruktur zu gewähren, setzt tragende Impulse für den Investitionswettbewerb außer Kraft und verkennt das unternehmerische Risiko des ausbauenden Unternehmens. Getätigte Investitionen werden nachträglich entwertet und unternehmerischer Mut sanktioniert. Sofern die Richtlinie Zugangsansprüche nicht nur zu alternativen Infrastrukturen, sondern zu passiven Telekommunikationsnetzen eröffnet, ist zu befürchten, dass private Investitionen in den Breitbandausbau nicht etwa angekurbelt werden, sondern dass diesen im Gegenteil letztlich die wirtschaftliche Grundlage entzogen wird.

Eine symmetrische Zugangsregulierung auf einem asymmetrischen Markt lässt massive negative Auswirkungen auf das bestehende Regulierungsregime befürchten. Die bestehende Zugangs- und Entgeltregulierung der marktmächtigen Unternehmen stellte sich bislang als die wesentlichen Säulen der sektorspezifischen Marktregulierung dar, ohne die nachhaltiger Wettbewerb auf vielen Telekommunikationsmärkten auf absehbare Zeit nicht funktionieren kann. Für das ausbauende Unternehmen hingegen würden in die Gesamtkalkulation eingestellte Geschäftsmodelle und Vermarktungsoptionen wegbrechen. Damit würde eine zukünftige Verpflichtung von Unternehmen auch ohne beträchtliche Marktmacht Zugang zu ihren Infrastrukturen anbieten zu müssen, zu einer ganz erheblichen Störung der regulatorischen Balance zu Lasten der alternativen Anbieter führen und dem effektiven Wettbewerb auf vielen TK-Märkten mit all seinen positiven Auswirkungen und Wohlfahrtseffekten die Grundlage entziehen.

In der Bundesrepublik Deutschland gibt es – anders als in einigen anderen europäischen Staaten – einen sehr gut funktionierenden und schützenswerten Wettbewerb zwischen den Telekommunikationsinfrastrukturen. Teilweise stellen sich Betreiber von Telekommunikationsnetzen auf freiwilliger Basis verschiedene Vorleistungen für ihre Hochgeschwindigkeitsnetze – insbesondere auch zur Auslastung derselben – zur Verfügung. Die Bedingungen hierbei werden auf Grundlage des in unserem Rechtssystem fest verankerten Prinzips der Vertragsfreiheit weitgehend frei zwischen den Parteien ausgehandelt.

Dies führt dazu, dass Infrastrukturen und Vorleistungen dort zwischen Wettbewerbern ausgetauscht werden, wo dies im Interesse beider Parteien ist. Verzerrungen des Wettbewerbs sind dadurch nicht ersichtlich. Eine zu weitgehende Umsetzung der Richtlinie mit einer Eröffnung von flächendeckenden Zugangsansprüchen in Telekommunikationsinfrastrukturen wird dagegen das regulatorisch hergestellte Gleichgewicht des Marktes massiv beschädigen. Die positiven Auswirkungen des funktionierenden Wettbewerbs könnten dadurch – entgegen dem Ziel der Richtlinie – gefährdet werden.

Ein verpflichtender Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur ohne den nachvollziehbaren und sachgerechten Anknüpfungspunkt einer marktbeherrschenden Stellung oder einer erfolgten Finanzierung durch öffentliche Mittel ist aufgrund der beschriebenen negativen Auswirkungen auf Telekommunikationsmärkte und den Breitbandausbau abzulehnen.

Zielorientierte Beschränkung von Zugangsansprüchen auf „weiße Flecken“: keine flächendeckenden Zugangsansprüche

Sofern die Richtlinie trotz teleologisch begründeter Zweifel unter Einschluss des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen umgesetzt wird, ist eine Beschränkung entsprechender Zugangsansprüche anhand des Sinn und Zwecks der Richtlinie vorzunehmen. Denn das Ziel der Richtlinie liegt – wie bereits aus dem Titel der Richtlinie ersichtlich – allein in der flächendeckenden Erschließung mit Hochgeschwindigkeitsnetzen. Das bedeutet, dass dort, wo solche Netze bereits vorhanden sind oder ein Netzausbau geplant ist, kein Grund für einen derart intensiven Eingriff in Wettbewerb und Eigentumsrechte von Telekommunikationsunternehmen besteht. Zugangsansprüche können demnach allenfalls dort in Betracht kommen, wo der Zugang zu TK-Netzen zur Herstellung einer flächendeckenden Versorgung notwendig ist und keine der vorgesehenen Zugangsverweigerungsrechte vorliegen.

Zugangsverweigerungsrechte

In jedem Fall sollte bei der Umsetzung der Richtlinie eine vollumfängliche Berücksichtigung der in Artikel 3 Abs. 3 der Regelung angelegten Kriterien für eine berechtigte Zugangsverweigerung zur eigenen Infrastruktur vorgenommen werden, um drohenden Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen. Benannt wird hier eine fehlende technische Eignung, fehlender verfügbarer Platz für den (auch zukünftig erwarteten) Bedarf sowie eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bzw. der Sicherheit oder Integrität des Netzes oder eine Gefährdung des ursprünglichen Betriebszweckes. Ebenso kann der Zugang verweigert werden, wenn tragfähige Alternativen auf der Vorleistungsebene verfügbar sind. Diese Einschränkungen sind für nicht marktmächtige Unternehmen vollständig anzuwenden; es muss aber sichergestellt werden, dass sie nicht von marktmächtigen Unternehmen als Vorwand missbraucht werden, Zugang zu verweigern.

Jedenfalls sollten ausbauende Unternehmen als tragfähige Alternative zum Zugang zur eigenen Infrastruktur jegliche Vorleistungsprodukte auf höherer Wertschöpfungsstufe anbieten dürfen. Eine Klarstellung im Umsetzungsgesetz ist dazu aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich. Als in Betracht kommende alternative Vorleistungsprodukte sollte die Nutzung von Lichtwellenleitern, Bitstromzugang oder Bandbreite beispielhaft genannt werden.

Aus ordnungspolitischer Perspektive ist ein verbindlicher Eingriff in die freie Preisgestaltung in Bezug auf nicht regulierte Unternehmen nicht gerechtfertigt. Der Zugang zu bestehenden Infrastrukturen zum Zweck des Breitbandausbaus ist bislang nicht reguliert, wird jedoch auf Grundlage von Verhandlungen bereits praktiziert. Unternehmen müssen die Preise auch in Zukunft gemäß ihrer wirtschaftlichen Planungen und Strategien gestalten können. Der „angemessene Preis“ muss gewährleisten, dass sämtliche Faktoren der Preisbildung berücksichtigt werden können, beispielsweise Betriebskosten, Folgekosten, die genutzte Kapazität, eine Kapitalverzinsung der mit der Infrastruktur in Zusammenhang stehenden Investitionen und eine angemessene Gewinnmarge.

Artikel 3 Abs. 5 der Richtlinie sieht vor, dass die in Absatz 4 genannte nationale Streitbelegungsstelle im Falle von Streitigkeiten über die Gewährung des Zugangs eine verbindliche Entscheidung treffen muss. Hierdurch erfolgt nach Auffassung des VATM eine erhebliche Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Unternehmen. Dies steht zudem im Widerspruch zur deutschen Regelung nach § 77b Abs. 3 TKG. Diese Vorschrift sieht vor, dass die Beteiligten des Schlichtungsverfahrens zur Annahme des Schlichtungsspruchs nicht verpflichtet sind. Im Übrigen sieht auch die Kostenreduzierungsrichtlinie in dem Erwägungsgrund (23) vor, dass in jedem Fall die Möglichkeit bestehen muss, dass Entscheidungen der Streitbelegungsstelle einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können. Vor diesem Hintergrund und zur Vermeidung weiterer Verfahrensverzögerungen erscheint es sinnvoll, die bestehende Regelung beizubehalten.

Einem verbindlichen Schlichtungsspruch, der dennoch einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann, ist kein Mehrwert zu entnehmen. Denn Unternehmen, deren Interessen im Rahmen eines Schlichtungsspruchs keine sachgerechte Abbildung erfahren haben, werden in beiden Fällen eine gerichtliche Klärung der Rechtslage herbeiführen. Eine Schlichtung kann insofern nur das Angebot enthalten, auf freiwilliger Basis eine sachgerechte Lösung im Einvernehmen mit den Parteien zu erzielen.

Neben der Unsicherheit bezüglich der Höhe eines von der Schlichtungsstelle festgesetzten Preises wird auch die zu erwartende Verfahrensdauer dazu führen, dass Investoren vor neuen Investitionen zurückschrecken. Angesichts vollkommener Rechts- und Planungsunsicherheit werden Investitionen möglicherweise zum Erliegen kommen, daneben besteht die Gefahr der Entwertung vergangener Investitionen. Es ist daher notwendig, dass die wesentlichen Gesichtspunkte, die für die Bemessung des Entgelts ausschlaggebend sein werden, bereits im Gesetz festgeschrieben werden.

2. Artikel 4 – Transparenz in Bezug auf bestehende Infrastrukturen

Artikel 4 sieht sowohl individuelle Informationsansprüche der Unternehmen als auch die Schaffung eines öffentlichen Informationskatalogs über physische Infrastrukturen vor. In Deutschland führt die Bundesnetzagentur einen Infrastrukturatlas, der in Umsetzung von Artikel 12 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) geschaffen worden ist. Dieser enthält umfangreiche Daten über Infrastrukturen in Deutschland beispielsweise über Glasfaserleitungen, Leerrohre, Funkstandorte und Gebäude. Zusammen mit dem vom Bund geführten Breitbandatlas stellt er eine wichtige Grundlage für den kostenoptimierten Breitbandausbau dar. Darüber hinaus gibt es in einigen Bundesländern bereits Baustellenatlanten, welche zentral die Tiefbaumaßnahmen der Kommunen und Versorgungsunternehmen abbilden und so eine koordinierte Mitverlegung von Leerrohren oder Glasfaserkabeln ermöglicht. Seit Jahrzehnten gelebte Praxis ist zudem, dass die lokalen Ver- und Entsorgungsunternehmen über geplante Tiefbaumaßnahmen informieren und Möglichkeiten zur gemeinsamen Verlegung gewähren. Die Vorgaben der Richtlinie sind damit de facto in Deutschland bereits umgesetzt. Der VATM lehnt eine Pflicht zur Veröffentlichung von Baumaßnahmen, die in zusätzlichem, die Unternehmen belastenden Verwaltungsaufwand, resultieren würde als kontraproduktiv ab.

Auch einer enthaltenen Verpflichtung zur Herausgabe der Mindestinformationen unmittelbar an nachfragende Unternehmen, sofern diese Informationen nicht bei der Meldestelle vorhanden sind, steht der VATM – außer im Falle von geförderten Maßnahmen – ablehnend gegenüber. Mit deutlich weniger Belastungen für die Unternehmen verbunden und von vergleichbarer Effizienz ist die Auferlegung einer Meldeverpflichtung der Unternehmen gegenüber der zentralen Informationsstelle. Informationsbegehren können dann zentral und effizient verwaltet werden.

Des Weiteren sind Vor-Ort-Untersuchungen von physischen Infrastrukturen bei Beantragung durch ein nachfragendes Unternehmen vorgesehen. Unklar bleibt, wie hier Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse effektiv geschützt werden können. Des Weiteren muss bei Umsetzung in nationales Recht die finanzielle Belastung des Unternehmens durch die bei Begehungen entstehenden Kosten (insbesondere durch Vorhalten von Personal) angemessene Berücksichtigung finden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass in der Bundesrepublik Deutschland die mit der Richtlinie verfolgten Zielsetzungen schon eine Umsetzung erfahren haben bzw. umgesetzt werden. Weitere Prozesse und Strukturen und der damit verbundene zusätzliche bürokratische Aufwand sollte daher vermieden werden.

3. Artikel 5 – Koordinierung von Bauarbeiten

Im Hinblick auf den Breitbandausbau im ländlichen Raum in Verbindung mit Fördermaßnahmen bietet Artikel 5 der Kostenreduktionsrichtlinie Chancen für die Realisierung einer effizienten Breitbandversorgung. So sollte eine Breitbandförderung in den förderfähigen Gebieten generell so ausgestaltet werden, dass sie den maximalen gesellschaftlichen Nutzen generiert. Nicht nur muss sichergestellt werden, dass Bürger und Gewerbetreibende in den Erschließungsgebieten eine möglichst breitbandige Festnetzanbindung erhalten, sondern es sollten auch die Belange anderer potentieller Nutzer, wie zum Beispiel der Mobilfunkbetreiber, bei der Planung und Koordinierung von Erschließungsmaßnahmen angemessene Berücksichtigung finden.

Dies gilt bei vorgenanntem Beispiel umso mehr, als mit der Vergabeentscheidung der Bundesnetzagentur zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1500 MHz und 1800 MHz eine Versorgungsverpflichtung von bundesweit 98% der Haushalte für Mobilfunkunternehmen festgelegt wurde.

Um diese Versorgungsverpflichtung umsetzen zu können, benötigen die Mobilfunknetzbetreiber – insbesondere in ländlichen Gebieten – eine Anbindung von LTE-Funkstandorten mit unbeschalteter Glasfaser oder anderen glasfaserbasierten Vorleistungsprodukten, die die Realisierung von High-Speed Mobilfunkangeboten ermöglichen (Mobile Backhaul). Der Rollout einer eigenen Glasfaserinfrastruktur pro Mobilfunknetzbetreiber wäre ökonomisch völlig ineffizient.

Daher sollte in den geförderten Gebieten sichergestellt werden, dass andere potentielle Nutzer – erfasst sind neben Mobilfunk- auch Festnetzbetreiber – auf Vorleistungsebene Zugang zu hochbitratigen Glasfaserprodukten erhalten. Insbesondere der *nachträgliche* Zugang zu bestehenden Glasfaserinfrastrukturen verursacht oftmals zusätzliche Kosten durch erneute Tiefbauarbeiten und zusätzliche Netzkomponenten und ist zudem häufig mit technischen Schwierigkeiten verbunden.

Es muss allen potenziellen Nutzern innerhalb eines Fördergebietes die Möglichkeit eingeräumt werden rechtzeitig im Vorfeld ihren Bedarf anzuzeigen, auch um eine effiziente Nutzung von Fördermitteln zu gewährleisten. Erforderlich ist auch eine rechtzeitige Koordination der Netzbetreiber nach Auftragsvergabe im Rahmen der dann tatsächlich durchzuführenden Baumaßnahmen vor Ort (Baustellen-Koordination), wenn zusätzliche Nutzer ihren Bedarf nach erfolgter Vorkalkulation konkretisieren. Sicherzustellen ist dabei jedoch, dass durch vorbenannte Planungs- und Koordinierungsmaßnahmen die Erschließungsverfahren keine relevante Verzögerung erfahren dürfen.

Dass bei geförderten Maßnahmen die Anforderungen anderer Netzbetreiber an mögliche Erschließungsvorhaben berücksichtigt werden müssen, ist in Artikel 5 Nr. 2 Kostenreduktionsrichtlinie im Rahmen der Koordinierung von Bauarbeiten bereits vorgesehen. Dieser wesentliche Aspekt sollte im Zuge des Infrastrukturgesetzes in nationales Recht umgesetzt werden.

Abschließend ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass bei einer Baustellenkoordination im Rahmen von Fördermaßnahmen zusätzlich anfallende Leistungen nicht vom ausbauenden Netzbetreiber, sondern von dem nachfragenden Unternehmen vollumfänglich zu entgelten sind.

4. Artikel 10 – Zuständige Stelle

Abschließend regt der VATM an die im Entwurf benannten Aufgabenbereiche der Bundesnetzagentur zuzuweisen. Die Schaffung neuer Behörden erscheint – insbesondere auch Effizienz- und Kostengründen wenig zielführend. Zudem ist die Bundesnetzagentur zentrale Regulierungsbehörde auch für die Betreiber alternativer Netze.

III. Abschließende Anmerkungen zur Umsetzung der Richtlinie

Der VATM begrüßt ausdrücklich das Ziel die Kosten beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen – insbesondere durch Nutzung von Synergieeffekten – zu senken. Nach Auffassung des VATM und der durch ihn vertretenen Mitgliedsunternehmen ist es jedoch erforderlich, die Richtlinie mit Augenmaß umzusetzen und darauf zu achten, dass das Umsetzungsgesetz keine dem Breitbandausbau in Deutschland entgegenstehenden Effekte mit sich bringt.

Der VATM weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das deutsche Telekommunikationsrecht bereits einige Regelungen und Instrumente zur gemeinsamen Nutzung verschiedenster Infrastrukturen (vgl. § 77a ff. TKG) vorsieht, die denen der Richtlinie im Wesentlichen entsprechen.

Wichtig ist es, die bereits bewährten Förderinstrumente für den Ausbau zu intensivieren und andere vielversprechende Ansätze, wie die derzeit geführte Diskussion über eine Veröffentlichung von aggregierten Informationen der Vectoring-Liste, ausreichend zu unterstützen. Diese Transparenz ermöglicht den Ländern und Kommunen eine effiziente und zielgerichtete und damit kostensparende Ausschreibung von Fördergebieten.

Ganz entscheidend beruht jedoch der erfolgreiche Ausbau von Netzen der nächsten Generation (NGN) derzeit auf der Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) im Wettbewerb. Der Zugang der Wettbewerbsunternehmen zu dieser „letzten Meile“ bis zum Endkunden muss erhalten bleiben. In ländlichen, dünn besiedelten Regionen, in denen einer neu zu bauenden Breitbandleitung nur wenige potentielle Kunden gegenüberstehen, wird ein Ausbau der Infrastruktur meist nur mit Unterstützung durch Fördermittel wirtschaftlich zu realisieren sein. Bewährte Fördermittel und -konzepte auf EU-, Bundes-, und Landesebene müssen daher nicht nur bewahrt, sondern sollten ausgebaut werden. Transparente, angemessene, verbindliche und einheitliche Ausschreibungsleitlinien sollten bundesweit Anwendung finden. Dabei ist stets zu Bedenken, dass der Einsatz von steuerfinanzierten Fördermitteln nicht zu einer ineffizienten Duplizierung schon vorhandener TK-Infrastruktur führen darf. Ein derartiger Überbau geht zu Lasten der Unternehmen, die aus eigenen Mitteln ausgebaut haben und konterkariert damit die Investitionsbereitschaft der ausbauenden Wettbewerbsunternehmen.

Durch private Investoren getriebene Investitionen in den flächendeckenden Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen sind dabei entscheidend für den Breitbandausbau. Notwendige Voraussetzung für Investitionen ist langfristige wirtschaftliche und rechtliche Planungssicherheit.

Bei Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht sollte daher die Schaffung und Erhaltung von verlässlichen Rahmenbedingungen für Investitionen von oberster Priorität sein.

Nach diesen kritischen Betrachtungen ist darauf hinzuweisen, dass die in Artikel 5 der Kostenreduktionsrichtlinie vorgesehene Koordinierung von Bauarbeiten Potenziale zur Realisierung von Synergien beim Breitbandausbau öffnet, die durch die bestehenden Regelungen des TKG sowie der Förderinstrumentarien noch nicht gehoben werden konnten. Hier besteht die Möglichkeit, mit der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht dem Breitbandausbau in Deutschland einen weiteren Impuls zu geben.