

## **Kommentierung BMVI-Diskussionspapier zu Open Access, Mitverlegung und Mitnutzung durch das Bundesförderprogramm Breitband geförderter Infrastrukturen**

Sehr geehrter Herr Schuldt,

haben Sie vielen Dank für die Möglichkeit zur Kommentierung des Diskussionspapiers Ihres Hauses und der ateneKOM zu Open Access, Mitverlegung und Mitnutzung im Zusammenhang mit geförderten Infrastrukturen. Gerne nehmen wir diese Möglichkeit im Folgenden gerne wahr.

### **Vorbemerkung**

In grundsätzlicher Hinsicht sollte klargestellt werden, dass zu Lasten der Fördermittelempfänger rückwirkend keine Änderungen für bereits begonnene oder in Ausschreibung befindliche Verfahren vorgenommen werden können.

Insgesamt wären zudem ergänzende detailliertere Hinweise wünschenswert, wie dann praktisch die Inrechnungstellung und Berücksichtigung von (Eigen-)Mitnutzungs- bzw. Mitverlegungskosten konkret aussehen soll – im Verhältnis der unterschiedlichen Beteiligten zueinander (ggf. Dritter – Netzbetreiber – ggf. Gemeinde – Fördermittelgeber), sowohl im Wirtschaftlichkeitslücken- als auch im Betreibermodell.

### **Zu Ziffer 1 – Mitverlegung**

Das BMVI und ateneKOM haben am 20.11.2018 ein umfassendes Schreiben an alle Zuwendungsempfänger und TK-Unternehmen im Bundesförderprogramm verschickt (s. Anlage). Das Schreiben beruht auf einer Weisung des BMVI vom 24.10.2018 an den Projektträger zur sog. „Eigen-Mitverlegung“. In dem Schreiben werden in 8 Ziffern Hinweise zur Mitverlegung in geförderten Gebieten gegeben. An die dort aufgeführten Bedingungen haben sich Kommunen und TK-Unternehmen seither orientiert. Die Thematik der bei der Eigen-Mitverlegung anfallenden Kosten ist in Ziffer 6 abschließend geregelt. Daher besteht kein Regelungsbedarf für diese Thematik in dem vorliegenden Diskussionspapier. Wir schlagen vor, die Ziffer 1 ersatzlos zu streichen bzw. auf das Schreiben vom 20.11.2018 zu verweisen.

Im Übrigen würde ein Anknüpfen an Nutzungsanteile die Zweckbindung der öffentlichen Mittel konterkarieren, mit denen die Baumaßnahme (teilweise) finanziert wird und welche dazu genutzt werden sollten, die Gesamtwohlfahrt durch die Nutzung positiver externer Effekte zu steigern, indem Anreize für eine Mitverlegung geschaffen werden (vgl. auch die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie).

Insofern ist auch nicht erkennbar, dass beihilferechtliche Erwägungen einer Kostenbeteiligung des (Eigen-)Mitverlegers, die sich auf die tatsächlichen zusätzlichen Kosten der Mitverlegung bezieht, entgegenstehen könnten. Im Gegenteil: Gerade eine Kostenzuschlüsselung nach Nutzungsanteilen würde in Bezug auf die tatsächlichen Kosten keine verursachungsgerechte Kostenzuschlüsselung bedeuten. Im Zweifel würden sogar Kosten in das Förderprojekt verschoben – nämlich immer dann, wenn bei einem verhältnismäßig geringen Nutzungsanteil der mitverlegten Infrastruktur unverhältnismäßig hohe zusätzliche Kosten für deren Mitverlegung entstanden sind.

Darüber hinaus erscheint die vorgeschlagene Kostenzuschlüsselung aus unserer Sicht äußerst komplex und aufwendig. Zumindest muss die Eigenmitverlegung, die häufig auf „Vorrat“ – auch für den Ausbau in weiteren Förderverfahren in angrenzenden Gebieten vorgenommen wird – hiervon ausgenommen werden, soweit die Bau- und Planungskosten sich durch die Eigenmitverlegung nicht erhöhen. Eine zwingende projektscharfe Zuschlüsselung nach Nutzungsanteilen verhindert eine technisch und wirtschaftlich sinnvolle Eigenmitverlegung und verteuert den Ausbau in folgenden Förderverfahren. Die Eigenmitverlegung stellt auch keinen beihilferechtlichen Sachverhalt dar, weil erst durch die Mitnutzung ein wirtschaftlicher Vorteil entsteht, der in Ziffer 2 geregelt ist.

Zudem erbitten wir, uns den unter Ziffer 1 erwähnten Vorschlag an die BNetzA zur Kenntnis zu übermitteln.

### **Zu Ziffern 2 und 3 Mitnutzung**

Dass für die Fremd- und die Eigennutzung geförderter Infrastruktur dieselbe Vergütungsstruktur für die entsprechenden Vorleistungsprodukte gelten muss, ist nach hiesiger Auffassung mit Blick auf Sinn und Zweck der beihilferechtlichen Open-Access-Vorgaben nachvollziehbar. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang aber die offenbar seitens der Telekom Deutschland vertretene Auffassung bzw. praktizierte Diskriminierung, Dritten gegenüber für die Nutzung geförderter Infrastruktur dieselben Entgelte anzusetzen wie bei der Nutzung eigenwirtschaftlicher errichteter Infrastruktur, sich selbst jedoch eine unentgeltliche Nutzung der geförderten Infrastruktur zuzugestehen.

Die Begrifflichkeiten sollten sich am Materialkonzept orientieren (in Bezug auf „NVt“). Eine als „Kann-Regelung“ ausgestaltete Regelung zur Bereitstellung am Glasfaserverteiler (NVt) ist aus unserer Sicht in Ordnung, soweit es sich dabei nicht um den Verteiler in der Straße handelt, an den regelmäßig nur eine Hand voll Haushalte angeschlossen sind.

#### **Zu Ziffer 4 – Bestandsinfrastruktur - Definition**

Eine Definition für den Begriff der „Bestandsinfrastruktur“ ist sinnvoll, jedoch müssen die Begriffe konkretisiert werden. Der Begriff „im Bau befindet“ ist zu unbestimmt, damit kann nicht gemeint sein, dass bereits Bauarbeiten vor Ort erfolgen. Es ist ausreichend, wenn für das betroffene Gebiet die erforderlichen Genehmigungen gestellt worden sind.

Darüber hinaus ist zwar die mit der Definition des Bestandsinfrastrukturbegriffes verfolgte Zielrichtung nachvollziehbar, Missbrauchsszenarien auszuschließen, mit denen die Verpflichtung zu einheitlichen Zugangsbedingungen (§ 7 Abs. 4 NGA-RR) ausgehebelt werden kann. Um die grds. aber ja wünschenswerte (da kostensenkende) Einbeziehung von Bestandsinfrastruktur nicht zu weitgehend einzuschränken, schlagen wir die folgende angepasste Definition vor: *„Es handelt sich um Bestandsinfrastruktur, soweit diese vor dem Markterkundungsverfahren bereits gebaut wurde oder für den Streckenabschnitt zu diesem Zeitpunkt ein Zustimmungsantrag für die Verlegung beim Wegebausträger gestellt wurde.“*

#### **Zu Ziffer 5 – Bestandsinfrastruktur – Zuleitung zu weißen Flecken**

Keinesfalls dürfen die Regelungen zu einer Entwertung der eingebrachten Bestandsinfrastruktur führen; die Pflicht zu Open Access bezieht sich auf geförderte Gebiete und nicht das Gesamtnetz des Fördermittelempfängers.

Insofern haben wir das Verständnis, dass bei der Nutzung von Bestandsinfrastruktur Ausnahmen von den Vorgaben des Materialkonzeptes grundsätzlich möglich sind bzw. möglich sein müssen, solange damit keine Einschränkung des physikalischen Open Access auf Gesamtnetzebene einhergeht. Dies sollte klarer herausgestellt werden. Es ist wünschenswert, dass eine eindeutige Regelung aufgenommen wird, in welchen Fällen ein Antrag auf Ausnahme vom Materialkonzept gestellt werden muss und wann Bestandsinfrastruktur ohne Ausnahme-genehmigung in Förderverfahren genutzt werden kann. Dies würde zu Planungs- und Rechtssicherheit beitragen.

Ein nicht nachvollziehbarer Bruch mit bestehen Grundsätzen und insofern systemwidrig ist die unter Buchstabe d.) vorgesehene Ausnahme zum physikalischen Open Access bei Einbringung bestehender oberirdisch verlegter Kabel in ein Förderprojekt. Erschwerend kommt hinzu, dass von dieser Privilegierung nahezu ausnahmslos ein einzelnes Unternehmen (nämlich die Telekom Deutschland) profitieren würde. Daher muss auch bei oberirdischen Linien (analog zu Buchstabe c.) gelten, dass die (weiteren) Fasern dieses Kabels dem Open Access unterliegen.

### **Zu Ziffer 6 – Neue Zugangspunkte zur geförderten Infrastruktur**

Mit Blick auf die neuen Zugangspunkte befürchten wir eine Zerstückelung der Infrastruktur, wenn neue Zugangspunkte ohne Rücksicht auf betriebliche und technische Belange des geförderten Unternehmens zu erstellen sind. So kann das beliebige Anbohren eines Leerrohrs zu Schwachstellen und Störungen im Netz führen. Wichtig ist, dass mit Blick auf die technische, aber auch die betriebswirtschaftliche Umsetzbarkeit nicht beliebige Zugangspunkte gesetzt werden können, sondern diese ggf. gebündelt werden. Insofern versteht es sich nach hiesiger Auffassung von selbst, dass dieser Anspruch nur im Rahmen der betrieblich-technischen Möglichkeiten des Netzeigentümers bzw. -betreibers gelten kann und die Errichtung neuer Zugangspunkte den anerkannten Regeln der Technik entsprechend zu erfolgen hat. Zudem fehlt eine Regelung, ob bei weiteren Zugangsnachfragern ggf. eine Kostenaufteilung vorzunehmen ist.

### **Zu Ziffer 7 – Spezifizierung des zu erschließenden Projektgebietes**

An dieser Stelle bitten wir um die Klarstellung, dass der „nachgewiesene Mehrbedarf in Höhe von bis zu 5 % der Angebotssumme“ so zu verstehen ist, dass der Aufschlag auf die angebotene Wirtschaftlichkeitslücke zu tätigen ist und nicht auf den Prozentwert der „vergessenen“ Adressen. Die Erschließungskosten je Adresse sind je nach Entfernung und Bauweise sehr unterschiedlich.

Zudem sollte bedacht werden, dass neben einem allgemein verbindlichen Satz an Adressen auch die an den spezifischen Adressen vorhandenen Haushalte verbindlich durch den Antragsteller ermittelt werden müssen. Abweichungen zwischen der Anzahl von Adressen und Haushalten können bei der hohen Anzahl an Fasern je Haushalt Einfluss auf die Netzstruktur und damit auf die Kosten haben. Bei zusätzlichen Adressen ist überdies Klarheit über die Anforderungen an ein Markterkundungsverfahren zu schaffen.

Berlin, 07.04.2020