

MUTH & PARTNER

Wirtschaftsprüfer · Steuerberater · Rechtsanwälte mbB

DigiNetzG

(Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze)

Was kommt auf Kommunen zu?

Ein Überblick unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung

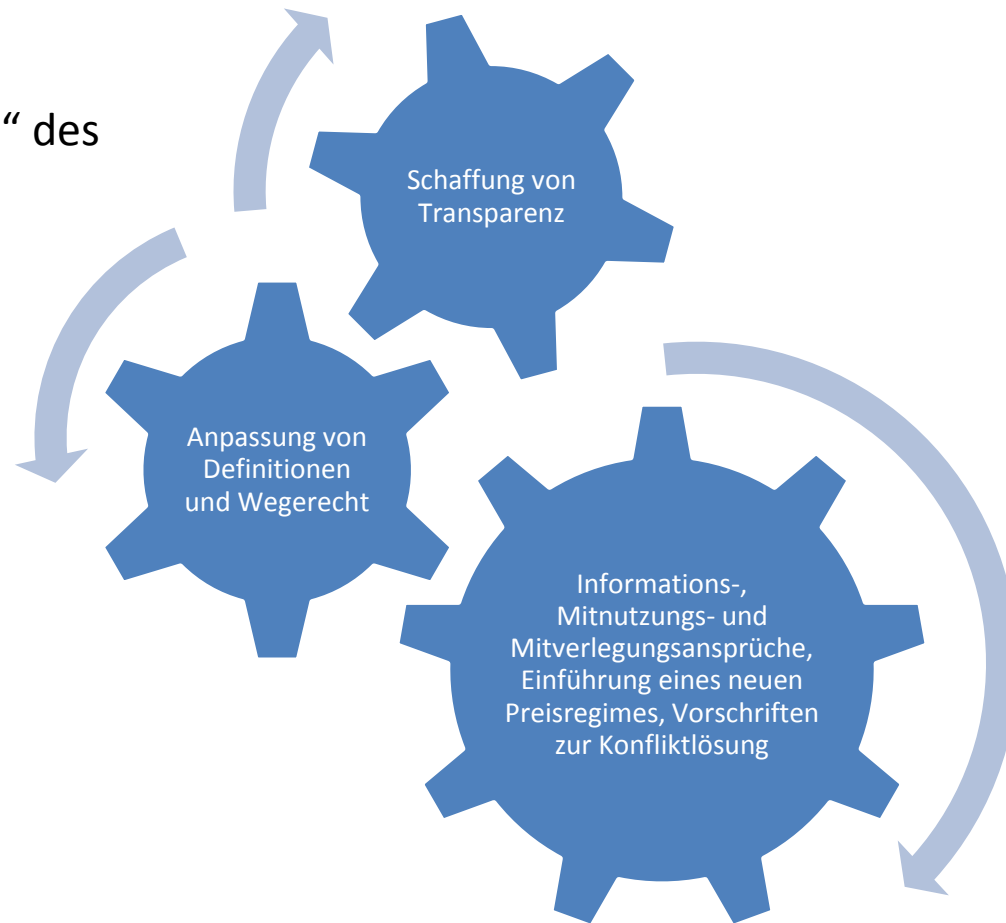
Dr. Matthias Freund

Partner | Rechtsanwalt

Muth & Partner Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte mbB

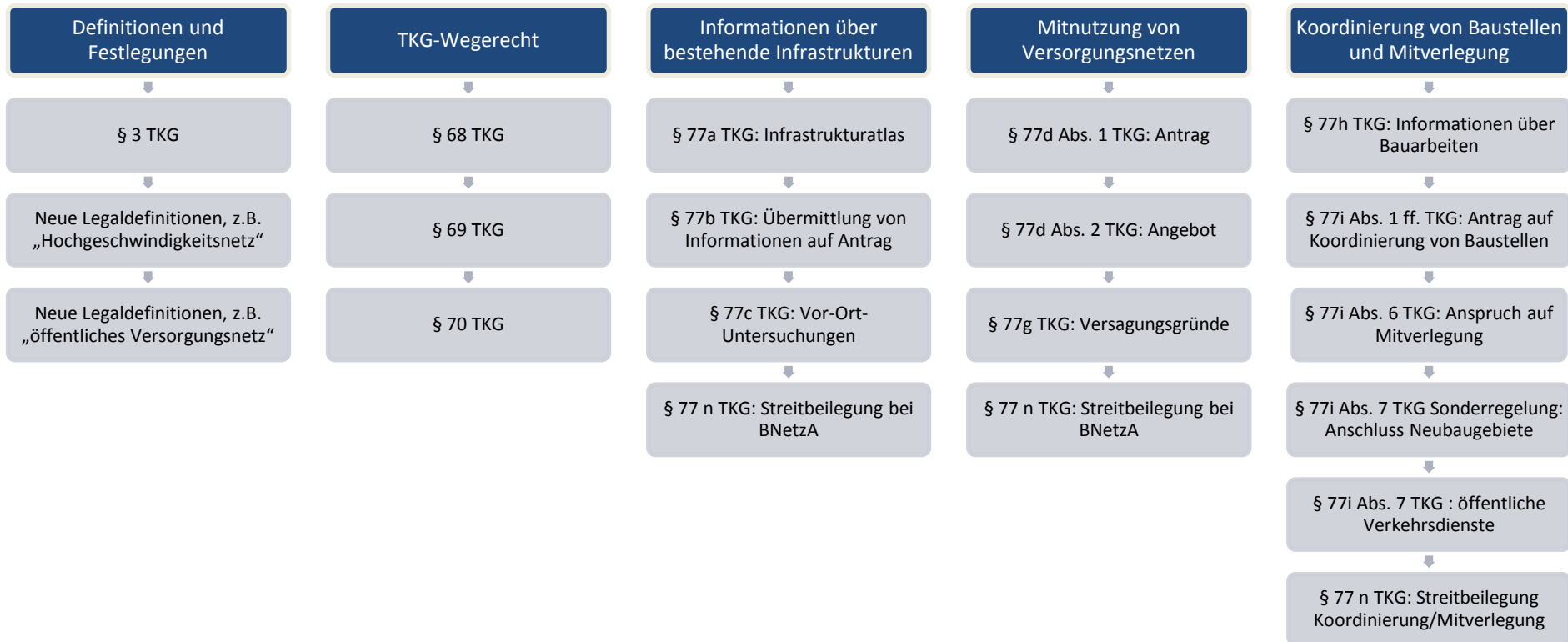
Regelungsinhalte des DigiNetzG (in Kraft seit 10.11.2016)

- Einführung eines umfassenden Konzepts zur Synergienutzung auf allen relevanten Ebenen
- „Stellschrauben“ des DigiNetzG:



Regelungsinhalte des DigiNetzG

■ Überblick über die gesetzlichen Neuregelungen im TKG:



Informationsansprüche sowie Mitnutzungs- und Mitverlegungsansprüche Überblick über die Anspruchsvoraussetzungen

- 1. Ordnungsgemäßer Antrag**
- 2. Anspruchsverpflichtete/-
berechtigte**
- 3. Erfasste Infrastruktur**
- 4. Weitere Anspruchsvoraus-
setzungen**
- 5. Versagungsgründe**
- 6. Angebot des Verpflichteten**
- 7. Verfahren zur Streitbeilegung**

Anforderungen an Antragstellungen

Anspruchsvoraussetzungen:

1. **Ornungsgemäßer Antrag**
2. **Anspruchsverpflichtete/-berechtigte**
3. **Erfasste Infrastruktur**
4. **Weitere Anspruchsvoraussetzungen**
5. **Versagungsgründe**
6. **Angebot des Verpflichteten**
7. **Verfahren zur Streitbeilegung**

- In den jeweiligen Regelungen Anforderungen für recht **detaillierte Angaben im Antrag**
 - Generell Angabe des Gebiets, das mit Hochgeschwindigkeitsnetzen erschlossen werden soll
 - Angaben zu betroffenen „Netzkomponenten“ bei Vor-Ort-Untersuchungen (§ 77c Abs. 1 TKG)
 - Detaillierte Projektbeschreibung, betroffene Netzkomponenten, Zeitplan Versorgungsgebiet bei Mitnutzung (§ 77d Abs. 1 TKG)
 - Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten, zu errichtende Komponenten bei Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung (§ 77i Abs. 1 TKG)
- Anforderungen zur Tiefe der Angaben **im Detail ungeklärt**
- Nach bisherigen Erfahrungen in der Praxis Angaben in Anträgen aber **oft unzureichend**

Wer kann Synergieansprüche geltend machen?

Anspruchsvoraussetzungen:

1. Ordnungsgemäßer Antrag
2. **Anspruchsverpflichtete/-berechtigte**
3. Erfasste Infrastruktur
4. Weitere Anspruchsvoraussetzungen
5. Versagungsgründe
6. Angebot des Verpflichteten
7. Verfahren zur Streitbeilegung

- „Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“
- Erstreckung auf **Betreiber und Eigentümer** bereits durch TKG-Novelle 2012 eingeleitet: Erleichterung für Verpachtungsmodelle (erstmalig konnte Eigentümern neben Betreibern ausdrücklich das Wegerecht eingeräumt werden)

Gegen wen können sich die Ansprüche richten?

Anspruchsvoraussetzungen:

1. Ordnungsgemäßer Antrag
2. **Anspruchsverpflichtete/-berechtigte**
3. Erfasste Infrastruktur
4. Weitere Anspruchsvoraussetzungen
5. Versagungsgründe
6. Angebot des Verpflichteten
7. Verfahren zur Streitbeilegung

- „Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze“
- Neue Legaldefinition des Begriffs des öffentlichen Versorgungsnetzes in § 3 Nr. 16b TKG (auch **Telekommunikation** erfasst)
 - Einführung einer **symmetrischen Zugangsregulierung** unabhängig von dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung
 - Art. 3 Abs. 2 Kostensenkungsrichtlinie: Jeder Anspruchsverpflichtete soll *„allen zumutbaren Anträgen auf Zugang zu seiner physischen Infrastruktur zwecks Ausbaus der Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation zu fairen und angemessenen Bedingungen – auch in Bezug auf den Preis – stattgeben“*

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- **Vorbemerkungen:** Neues Verfahren zur Streitbeilegung bei der BNetzA geschaffen
 - Nach § 77n TKG kann die BNetzA bei Streitigkeiten über Ansprüche nach dem DigiNetzG als **nationale Streitbeilegungsstelle** angerufen werden
 - Hierfür wurde bei der BNetzA ein neues Beschlusskammerverfahren etabliert (§ 134a TKG); zuständig ist die **11. Beschlusskammer**
 - Innerhalb von **4 Monaten (Mitnutzung) bzw. 2 Monaten** muss eine verbindliche Entscheidung ergehen, die Entscheidung erfolgt durch **Verwaltungsakt**
 - Gemäß § 137 Abs. 2 TKG findet ein **Vorverfahren nicht statt**, daher ist die Einlegung eines Widerspruchs gegen die Entscheidung nicht statthaft
 - Statthaft ist die Einlegung einer **verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage**, die gemäß § 137 Abs. 1 TKG **keine aufschiebende Wirkung** hat
 - Gemäß § 80 Abs. 5 VwGO kann im Wege einstweiligen Rechtsschutzes Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage beantragt werden
 - **Besonderheit:** VG Köln hat erste Verfahren zu örtlichen Verwaltungsgerichten verwiesen (!). Zuletzt auch in Rechtsbehelfsbelehrungen BNetzA Zuweisung an lokale Verwaltungsgerichte

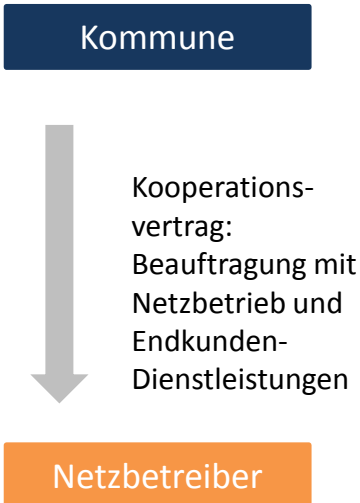
Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

Mitnutzungsansprüche § 77d TKG **(korrespondierende Informationsansprüche § 77b TKG)**

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- **Mitnutzungsansprüche § 77d TKG / Informationsansprüche § 77b TKG**
 - **NYNEX satellite OHG / Wissenschaftsstadt Darmstadt (BK 11-17/004 und 006):** Mitnutzung von Kabelführungseinrichtungen (insb. Rohre und Schächte), die vornehmlich für Ampelsignalanlagen genutzt werden; Einrichtungen sind an lokalen Energieversorger verpachtet
 - **eifelnet-net GmbH / Gemeinde Gebstättel (BK 11-17/007 und 009):** Mitnutzung von Leerrohrinfrastrukturen, die im Rahmen eines Betreibermodells exklusiv bereits an ein anderes Telekommunikationsunternehmen verpachtet worden waren
 - **hochrheinNet GmbH / Stadt Laufenburg (BK 11-17/014):** Mitnutzung von Leerrohrinfrastrukturen, die im Rahmen eines Betreibermodells exklusiv bereits an ein anderes Telekommunikationsunternehmen verpachtet worden waren
 - **Inexio Informationstechnologie und Telekommunikation GmbH / Abstadtwerke GmbH (BK 11 17/012 und 013):** Mitnutzung eines stillgelegten Wasserrohres
- BNetzA gab Anträgen ersten drei genannten Fällen statt, im Fall Inexio lehnte es des Antrag wegen Eingreifens eines Versagungsgrundes ab

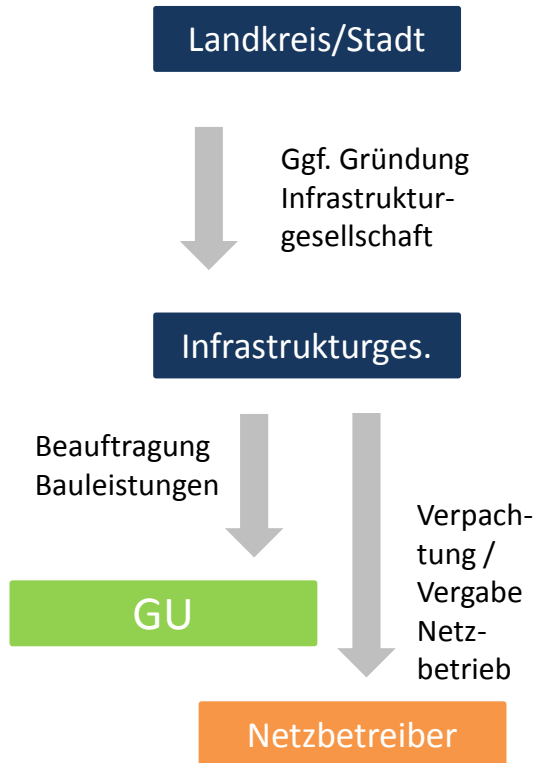
EXKURS: Wirtschaftlichkeitslückenmodell



Rechtlich relevante Anknüpfungspunkte:

- **Beihilferecht (Art. 107 ff. AEUV):**
 - AGVO, NGA-Rahmenregelung, Einzelnotifizierung?
 - Förderfähigkeit Projektgebiet: Weißer NGA-Fleck
- **Vergaberecht:**
 - Auftragsgegenstand i.d.R. Baukonzession oder Dienstleistungskonzession
 - I.d.R. Verhandlungsverfahren mit funktionaler Leistungsbeschreibung zulässig
 - Ausnahmetatbestand des § 149 Nr. 8 GWB wohl anwendbar
- **Telekommunikationsrecht**

EXKURS: Betreibermodell



Rechtliche Anknüpfungspunkte:

▪ Beihilferecht:

- Anwendbare Rechtsgrundlage, NGA-RR, AGVO, EU-Breitbandleitlinien/Einzelnotifizierung?
- Förderfähiges Projektgebiet: Weißer NGA-Fleck
- Beihilfe liegt ggf. in:
 - Kapitalausstattung Infrastrukturgesellschaft: Marktübliche Eigenkapitalrendite?
 - Verpachtung des Netzes (marktunüblich niedrige Pacht?)

▪ Vergaberecht:

- Beauftragung Infrastrukturgesellschaft: Baukonzession? Ggf. vergabefreies Inhouse-Geschäft. Nach unserem Verständnis Errichtung unmittelbar durch Gebietskörperschaft geplant.
- Beschaffung Bauleistungen (§ 116 Abs. 2 GWB)
- Verpachtung des Netzes: i.d.R. Dienstleistungskonzession

▪ Kommunalrecht

▪ Telekommunikationsrecht

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Mitnutzungsansprüche § 77d TKG / Informationsansprüche § 77b TKG (Darmstadt, BK 11-17/004 und 006; Gemeinde Gebstadel, BK 11-17/007 und 009; Stadt Laufenburg, BK 11-17/014), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Kommunen als Eigentümerin der Kabelführungseinrichtungen**
Anspruchsgegner: Leerrohre regelmäßig zwar „Scheinbestandteil“ der Straße, anders aber wenn die Kommune auch Versorgungsträger
 - **Keine Versagungsgründe im konkreten Fall:**
 - Betonung, dass Versagungsgründe in §§ 77b Abs. 4, 77g Abs. 2 TKG abschließend sind
 - **§ 77b Abs. 4 Nr. 1 TKG, Sicherheit und Integrität der Versorgungsnetze:** Hohe Voraussetzungen, Hinweise auf „allgemeine Gefährdungen“ der Einrichtungen nicht ausreichend
 - **§ 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG, fehlender Platz:** Hohe Voraussetzungen für Darlegung, **konkrete Investitionsplanungen** für eigene Ausbauten erforderlich, allgemeiner Hinweis auf behindertengerechten Ausbau von Signalanlagen nicht ausreichend

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Mitnutzungsansprüche § 77d TKG / Informationsansprüche § 77b TKG (BNetzA BK 11-17/004 und 006; eifernet-net GmbH; BK 11-17/007 und 009), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **§ 77g Abs. 2 Nr. 3 bis 5 TKG, drohende Beschädigungen und Gefahren für Straßenverkehr bei Ausfall Signalanlagen:**
 - Sehr hohe Voraussetzungen für Darlegung
 - Allein Hinweis auf allgemeine Auswirkungen eines Ampelausfalls bei sehr stark befahrener Kreuzung mit Straßenbahnverkehr nicht ausreichend

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Mitnutzungsansprüche § 77d TKG / Informationsansprüche § 77b TKG (BNetzA BK 11-17/004 und 006; eifernet-net GmbH; BK 11-17/007 und 009; Stadt Laufenburg, BK 11-17/014), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **§ 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG, Überbau bestehender Glasfaserinfrastrukturen (Fall Darmstadt):**
 - Hinweis auf erfolgte Erschließung auf NGA-Niveau (mind. 30 Mbit/s im download, flächendeckende FTTC-Versorgung) **nicht** ausreichend
 - **Bestehende Versorgung müsse Anforderungen an ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz** erfüllen (§ 3 Nr. 7a TKG, mind. 50 Mbit/s im download), Gesetzgeber strebe Verbesserung der Versorgung an
 - Selbst nachgewiesene FTTB-Verbindungen reichten BNetzA nicht aus, um Überbau bestehender Glasfasernetze zu bejahen; allgemeiner Hinweis auf nicht nachgewiesene Zugangsoffenheit dieser Versorgung

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Mitnutzungsansprüche § 77d TKG / Informationsansprüche § 77b TKG (BNetzA BK 11-17/004 und 006; eifernet-net GmbH; BK 11-17/007 und 009; Stadt Laufenburg, BK 11-17/014), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Vermietung/Verpachtung an dritte Unternehmen nach Ansicht BNetzA ebenfalls kein Versagungsgrund):**
 - Hinweis in Gesetzesbegründung, dass bereits abgeschlossene Verträge unberührt bleiben, wird nicht im Sinne eines „Bestandsschutzes“ gewertet
 - Keine Auseinandersetzung BNetzA mit Argument verfassungswidriger Rückwirkung und rechtlicher Unmöglichkeit der Zugangsgewährung
 - Kein Verständnis BNetzA dahingehend, dass § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG („fehlender Platz“) einschlägig
 - Konsequenzen für bestehende Überlassungsverträge und entsprechende Risiken für Verpächter unklar; insgesamt **erhebliches Risiko für geförderte Betreibermodelle!**

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Mitnutzungsansprüche § 77d TKG (Inexio / Albstadtwerke, BK 11-17/012 und 013),
wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:
 - **Antrag auf Mitnutzung abgelehnt**
 - **Versagungsgründe im konkreten Fall:**
 - Betonung, dass Versagungsgründe in §§ 77b Abs. 4, 77g Abs. 2 TKG abschließend sind
 - **§ 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG, die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen:** Es wurden bereits verlegte unbeschaltete Glasfaser als Alternative angeboten; detaillierte Prüfung der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Alternative (Entgelt 0,89 bis 0,92 €/m, hierbei keine Anwendung des Entgeltmaßstabs aus § 77n Abs. 2 S. 2 TKG) durch BNetzA

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Mitnutzungsansprüche § 77d TKG, **Bemessung von Mitnutzungsentgelten:**
 - Orientierung an tatsächlichen Kosten der Leistungsbereitstellung; es läuft **Konsultationsverfahren** der BNetzA zu Eckpunkten der Entgeltbemessung
 - **Erste Entscheidung der BNetzA** für Nutzung von Leerrohren (HochrheinNet GmbH / Stadt Laufenburg, BK 11-18/005):
 - Tragung zusätzlicher Kosten durch Antragsteller per Beschluss festgesetzt
 - Im konkreten Fall Aufschlag: jährlich 0,25 EUR / lfd. Meter; bei kurzen Strecken bis zu 100 Metern 25 EUR jährlich
 - Sehr detaillierte Sachverhaltsanalyse im Beschluss, im Ergebnis Festlegung verbindlicher vertraglicher Kostentragungsregelungen per Verwaltungsakt, hierbei Anpassung der im Verfahren durch Antragsgegnerin vorgelegter Entwurfsregelungen
 - **Ähnliches Vorgehen in weiterer Entscheidung der BNetzA** (IIm-Provider UG / Telekom Deutschland GmbH, BK 11-18/003): Unterscheidung von Angebots-, Bereitstellungs- und Überlassungsphase bei der Mitnutzung.

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

**Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i
Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i
Abs. 6 TKG)**

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- **Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG)**
 - **Gemeinde Linkenheim-Hochstetten (BK 11-17/001 und 002):** Anträge von UnityMedia und Telekom auf Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung
 - LK Karlsruhe hatte Markterkundung zur Vorbereitung eines Betreibermodells durchgeführt, UnityMedia nahm an Markterkundung **nicht** teil
 - Im Rahmen des Betreibermodells wurden öffentliche passive Infrastrukturen durch den LK an einen dritten Betreiber (Inexio KGaA) verpachtet
 - Der mit diesem dritten Betreiber geschlossene Netzbetriebsvertrag sieht vor, dass anderen TKU (also auch den Antragstellerinnen im Streitbeilegungsverfahren) offener Netzzugang zu gewähren ist

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- **Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG) bei ganz oder teilweise öffentlich finanzierten Bauarbeiten**
 - **Gemeinde Linkenheim-Hochstetten (BK 11-17/001 und 002):** Anträge von UnityMedia und Telekom auf Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung
 - Die Gemeinde erschließt Neubaugebiet und weigert sich, einer Verlegung weiterer Netze im Vertragsgebiet Inexio zuzustimmen; ein vertraglich beauftragter Erschließungsträger wird angewiesen, keine weiteren Netze zu errichten und für fünf Jahre den Straßendeckbelag nicht wieder zu öffnen („Aufbruchssperre“)
- BNetzA verpflichtete die Gemeinde gleichwohl zur Koordinierung von Bauarbeiten zur Mitverlegung

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/001 und 002), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Antrag auf Koordinierung nach § 77i Abs. 3 TKG zumutbar:**
 - **Maßnahme war aus öffentlichen Mitteln finanziert (da direkt von Gemeinde ausgeführt), § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG**
 - **Keine zusätzlichen Kosten der Gemeinde und nur geringfügige Verzögerungen der eigenen Bauarbeiten (Abs. 3 Satz 2 Nr. 1)**
 - BNetzA stellt auf Zumutbarkeit von weiteren Kosten ab, die im konkreten Fall als nicht sehr hoch einschätzt; Wortlaut Nr. 1 aber „keine zusätzlichen Kosten“ (?)
 - Ungeklärt: **Zumutbarkeit abhängig von Verlegeart**, z.B. bei Spülbohren oder Trenching?

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- **Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/001 und 002), wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Antrag auf Koordinierung nach § 77i Abs. 3 TKG zumutbar:**
 - **Keine Behinderung der Kontrolle der Bauarbeiten im konkreten Fall (Abs. 3 Satz 2 Nr. 2)**
 - Ungeklärt: **Behinderung abhängig von Verlegeart**, z.B. bei Spülbohren oder Trenching?
 - **Koordinierungsantrag rechtzeitig gestellt, Bauarbeiten überschreiten anfänglich geplante Dauer von 8 Wochen nicht (Abs. 3 Satz 2 Nr. 2)**
 - Ungeklärt: Verständnis Kriterium 8 Wochen, gedankliche „Stückelung“ umfangreicher Ausbaumaßnahmen notwendig?

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/001 und 002), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Antrag auf Koordinierung nach § 77i Abs. 3 TKG zumutbar:**
 - **Weitere Zumutbarkeitserwägungen der BNetzA**
 - Keine „automatische“ Zumutbarkeit der Koordinierung, nur weil Anspruchsgegnerin als Gemeinde hoheitliche Stellung innehat
 - Allein die **Open-Access-Verpflichtungen** des Betreibers, die dieser aufgrund der beihilferechtlichen Vorgaben im Betreibermodell hat, **ändern an der Zumutbarkeit nichts**
 - Zielvorstellungen des DigiNetzG gehen weiter (keine Beschränkung auf Vorleistungsprodukte, sondern Förderung Infrastrukturwettbewerb bezweckt)
 - **Keine entsprechende Anwendung Versagungsgrund § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG (Überbau bestehender Glasfasernetze)**, Arg.: Numerus Clausus der Versagungsgründe in § 77i TKG, ansonsten keine Transparenz für Investoren, s. aber **EXKURS** auf nächster Folie

EXKURS: Gesetzentwurf zur Novellierung des DigiNetzG (Entwurf 5. TKGÄndG aus Juli 2018)

Nach dem Gesetzentwurf ist beabsichtigt, in § 77i Abs. 3 TKG folgenden Satz anzufügen:

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

Probleme / Fragestellungen:

- Begriff des Glasfasernetzes?
- Überbauschutz für FTTC-Infrastrukturen? Klarere Formulierung in Gesetzentwurf wäre hilfreich

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/001 und 002), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Antrag auf Koordinierung nach § 77i Abs. 3 TKG zumutbar:**
 - **Weitere Zumutbarkeitserwägungen der BNetzA**
 - Betonung Regulierungsziele des TKG (gerichtet auf Ausbau paralleler Infrastrukturen und Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger TK-Netze); **Schutz von Erstinvestoren vor Wettbewerb tritt zurück**, Verlorengeden von Investitionsanreizen hinnehmbar
 - Die gelte selbst dann, wenn – wie im vorliegenden öffentlich geförderten Betreibermodell – Verpflichtungen zum offenen Netzzugang bestehen
 - Dass sich die Antragsteller **nicht an Markterkundungsverfahren beteiligten**, sei unerheblich. Verhinderung von „Cherry-Picking“ muss nach BNetzA wenn überhaupt über das Beihilferecht erfolgen (!)

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/001 und 002), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Koordinierung von Bauarbeiten: Kein Versagungsgrund**
 - **Keine entsprechende Anwendung Versagungsgründe § 77g Abs. 2 TKG** (insb. fehlender Platz, Überbau bestehender Glasfasernetze), s.o.; keine Regelungslücke im Gesetz, die eine entsprechende Anwendung rechtfertigen könnte, Gesetzgeber hat sich mit einer Übertragung der Ablehnungsgründe auf § 77i TKG befasst, sich dann aber dagegen entschieden
 - Daher nur **Versagungsgründe nach Abs. 5** denkbar:
 - Nr. 1: Kritische Infrastrukturen betroffen
 - Nr. 2: unverhältnismäßige Maßnahmen zur Erfüllung von Schutzpflichten des Versorgungsnetzbetreibers erforderlich (beides nur in Ausnahmefällen einschlägig.)

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- Koordinierung von Bauarbeiten (§ 77i Abs. 2 TKG) und Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/001 und 002), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidungen:**
 - **Aufteilung der Kosten, die mit Koordinierung der Bauarbeiten verbunden sind, auf Antragsteller oder Antragsgegner (§ 77i Abs. 4 TKG)**
 - Einzelfallentscheidung, nach BNetzA ausdrücklich kein Präjudiz für künftige Fälle; Gemeinde muss Kosten tragen, die deshalb entstehen, weil sie trotz des Koordinierungsantrags bereits mit eigenen Ausbauten begonnen hat
 - Zugangswilliger Betreiber muss generell aber zusätzliche Kosten tragen, die ohne die Koordinierung nicht entstanden wäre

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

▪ Anspruch auf Mitverlegung (§ 77i Abs. 6 TKG)

➤ **HochrheinNET GmbH / Landkreis Waldshut (BK 11-17/010):** Antrag auf Mitverlegung in einem kommunalen Eigenausbauprojekt

- LK Waldshut führt ein Betreibermodell durch (Vergabe aller Bauleistungen zur Errichtung der passiven Netzinfrastrukturen an einen Generalübernehmer (GÜ), Verpachtung der Infrastrukturen an einen Netzbetreiber)
- Ast. begehrt Mitverlegung; möchte letztlich eine Mitverlegung von Rohren direkt durch den GÜ
- Die Feinplanung zur Netzerrichtung, insbesondere auch die Wahl von Verlegemethoden, obliegt dem GÜ; aufgrund von topographischen Besonderheiten soll ein Mix von Verlegetechniken zum Einsatz kommen (u.a. Pflug-, Bohrspül- und Felsradverfahren)

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- HochrheinNET GmbH / Landkreis Waldshut (BK 11-17/010) (Mitverlegung, § 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/010), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidung:**
 - **Antrag auf Mitverlegung nach § 77i Abs. 3 TKG wurde abgelehnt, weil Mitverlegung unzumutbar:**
 - **§ 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 TKG: Behinderung der Kontrolle über die Koordinierung der Bauarbeiten**
 - Spürbare Erschwernis im konkreten Fall, weil Flexibilität hinsichtlich Verlegungsmethoden für Projekt essentiell
 - Planungsleistungen des GÜ schon ohne Mitverlegung äußerst komplex
 - Bei Pflügen und Bohren Einbringung von Infrastruktur in einem Arbeitsgang erforderlich, im konkreten Fall selten Arbeiten „am offenen Graben“
 - Auswirkungen auf öffentliche Förderung bei Verzögerungen

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- HochrheinNET GmbH / Landkreis Waldshut (BK 11-17/010) (Mitverlegung, § 77i Abs. 6 TKG, BK 11-17/010), **wesentliche Eckpunkte der Entscheidung:**
 - **Weitere Zumutbarkeitserwägungen der BNetzA:**
 - **Sinn und Zweck DigiNetzG / Erwägungsgründe der KostensenkungsRiLi:**
 - Verringerung von Tiefbaukosten durch Synergien im gesamten Breitbandsektor bezweckt
 - Damit einhergehender gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn bezweckt / erforderlich
 - Bei den geplanten „minimal-invasiven“ Verlegungsmethoden und flexible Bauausführung wird aber bereits die vom Gesetz angestrebte Verringerung von Tiefbaukosten erreicht
 - Mitverlegung würde diese Vorteile eliminieren und zu einer gesamtwirtschaftlichen Verteuerung führen

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- SEG Entwicklungsgesellschaft Wiesbaden mbH sowie Stadt Wiesbaden / Telekom Deutschland GmbH (BK 11-17/020, Mitverlegung) **wesentliche Eckpunkte der Entscheidung:**
 - **Entscheidung zunächst beachtlich in Bezug auf Anforderungen „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten“, § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG:**
 - Bauarbeiten können nach § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG „direkt“ durch Betreiber öffentlichen Versorgungsnetzes oder „indirekt“ durch beauftragten Dritten ausgeführt werden:
 - daher auch gegeben, wenn über städtebaulichen Vertrag an privatrechtliche GmbH delegiert;
 - dies insbesondere dann, wenn sich diese GmbH überwiegend in öffentlichem Eigentum (der Kommune) befindet.
 - Öffentliche Finanzierung jedenfalls dann immer, wenn Mittel aus öffentlichen Haushalten einfließen: aber auch nur anteilige Tragung von Erschließungskosten durch Kommune ausreichend

Streitbeilegung vor der BNetzA: Bisherige Erfahrungen

- SEG Entwicklungsgesellschaft Wiesbaden mbH sowie Stadt Wiesbaden / Telekom Deutschland GmbH (BK 11-17/020, Mitverlegung) **wesentliche Eckpunkte der Entscheidung:**
 - **Tragung zusätzlicher Kosten durch Antragsteller (Telekom):**
 - Sofern Telekom eigenen Graben nutzt: Telekom trägt Kosten allein.
 - Soweit Telekom innerhalb einer Leitungszone mit einer anderen Partei Infrastrukturen in einem gemeinsamen Graben einbringt, sind die Kosten zu gleichen Teilen von den Beteiligten zu tragen.

Streitbeilegung vor der BNetzA: Schlussfolgerungen

- 11. Beschlusskammer der BNetzA betont **in ersten Entscheidungen** in sehr starkem Ausmaß Regelungsziele des TKG und Stoßrichtung des DiginetzG, den Netzausbau zu beschleunigen und (Tief-) Baukosten zu sparen
- Schutz von Erstinvestitionen vor diesem Hintergrund zunächst als tendenziell zweitrangig, daher Gefahren für Business Case des „first mover“; „Abhilfe“ könnte hierzu Entwurf für 5. TKGÄnderungsG schaffen
- Insbesondere Belangen öffentlich geförderte Betreibermodelle wurde zunächst kein Vorrang gewährt, Verweis auf notwendige Klarstellungen im EU-Beihilferecht
- **Deutliche und wünschenswerte Relativierung** aber im Verfahren Landkreis Waldshut: Deutliche Konturierung der Zumutbarkeitskriterien, Interesse an einer wirksamen Kontrolle über zunächst geplante Bauarbeiten und Frage eines gesamtwirtschaftlichen Effizienzgewinns durch Mitverlegung in den Vordergrund gestellt
- Insgesamt politische Diskussion und Gesetzesnovellierungen abzuwarten

Kontakt

Dr. Matthias Freund

Partner | Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Muth & Partner Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte mbB

Rangstraße 5

36037 Fulda

Tel. 0661 9736 522

Fax 0661 9736 503

matthias.freund@muth-partner.de

www.muth-partner.de