

## **„Konsultationsentwurf der Grundsätze nach § 77i Abs. 4 TKG zur Umlegung der mit der Koordinierung von Bauarbeiten verbundenen Kosten“**

Vielen Dank für die Gelegenheit, zu dem Konsultationsentwurf der Grundsätze nach § 77i Abs. 4 TKG zur Umlegung der mit der Koordinierung von Bauarbeiten verbundenen Kosten Stellung zu nehmen. Die Konsultation dient dazu, die Grundsätze, die laut Gesetz nach § 77i Abs. 4 TKG zu definieren sind, festzulegen.

Wir begrüßen die Konsultation, damit weitere Transparenz darüber herrscht, wie die Kostenteilung bei der Koordinierung von Bauarbeiten im Falle eines Streitbeilegungsverfahrens berechnet wird. Bereits im April 2018 haben wir in unserer Stellungnahme „Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG“ Stellung genommen, auf die wir an dieser Stelle nochmals verweisen möchten.

### **I. Allgemeines**

Die Koordinierung von Bauarbeiten und die damit verbundenen Entgelte sind zwischen den Parteien zu verhandeln und werden nur im Streitfall Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens bei der BNetzA. Die hier konsultierten Grundsätze sollten das Ziel haben, vertragliche Vereinbarungen zu erleichtern. Wie der zurückliegende Zeitraum bereits gezeigt hat, sehen wir die Notwendigkeit einer Streitbeilegung nur für eine vergleichbar geringe Anzahl von Fällen. Von unserer Seite sind wir bestrebt derartige Fälle nicht auftreten zu lassen, sondern diese mit den Parteien einvernehmlich zu lösen.

Bevor wir im Einzelnen auf den Konsultationsentwurf eingehen, müssen wir hervorheben, dass sowohl der Entwurf als auch bereits vorliegende Streitbeilegungsentscheidungen im Kontext des § 77i TKG von einer unzutreffenden rechtlichen Prämisse ausgehen.

Unserer Überzeugung nach sind Gegenstand der Konsultation allein die „Kosten, die mit der Koordinierung der Bauarbeiten verbunden sind“ (so wörtlich § 77i Abs. 4 Satz 1 TKG). Die etwaige Streitbeilegungsentscheidung bezieht sich demgemäß auch nur auf die Situation, in der keine „Vereinbarung über die Koordinierung der Bauarbeiten zustande“ kommt (§ 77n Abs. 5 Satz 1 TKG). Dies zeigt unserer Überzeugung nach, dass die BNetzA nur über die fairen und angemessenen „Entgelte der Koordinierungsvereinbarung“ (§ 77n Abs. 5 Satz 2 TKG) verbindlich entscheiden darf. Es geht – wie der Wortlaut zeigt, nur um die Kosten, die mit der Koordinierung selbst verbunden sind.

§ 77n Abs. 4 Satz 1 und 2 TKG ermächtigen die BNetzA deswegen nicht, die (anteiligen) Kosten für Erdarbeiten, die einem Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes entstanden sind, im Fall der Mitnutzung des Grabens durch den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes diesem teilweise aufzuerlegen.

Die nachstehenden Ausführungen machen wir in Bezug auf derartige Kostenpositionen daher nur äußerst vorsorglich für den Fall, dass die bisherige Praxis der Beschlusskammer 11, die derartige Kosten miterfasst, gerichtlich unbeanstandet bleiben sollte.

Hierbei erachten wir eine einfache, vorhersehbare und möglichst praxisnahe Kostenteilungsmethode für sachgerecht, um das Ziel von Kooperationen und mehr Nutzung von Synergien bei einer Beibehaltung von Investitionsanreizen unter Berücksichtigung von Risiken schneller zu erreichen.

Vorliegend ist sicherzustellen, dass eine Kostenmethode in die Grundsätze aufgenommen wird, die berücksichtigt, wer der ursprüngliche Bauherr und wer der (Mitverlegungs-) Petent ist. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Bauherr ein öffentliches Versorgungsunternehmen ist, oder ob es sich um einen Telekommunikationsnetzbetreiber handelt. Eine solche Unterscheidung hatte bereits die BNetzA in ihrer Konsultation aus Februar 2018 vorgenommen:

“Aus ökonomischer Sicht gibt es Argumente, auch bei der Mitverlegung eine Differenzierung nach dem Typ des verpflichteten Versorgungsnetzeigentümers bzw. -betreibers vorzunehmen und zwischen TK-Netzeigentümern bzw. -betreibern sowie anderen Versorgungsnetzeigentümern bzw. -betreibern ohne TK-Geschäft zu unterscheiden. Denn bei Ersteren dürfte in vielen Fällen das eigentliche Geschäftsfeld und der jeweilige Investitionsplan durch die Verpflichtung zur Koordinierung von Bauarbeiten berührt sein, während bei Letzteren eine koordinierte Mitverlegung keine direkten Auswirkungen auf deren jeweilige geschäftliche Interessen haben dürfte. Das vorliegende Papier geht – um etwaige Folgen einer solchen Unterscheidung trennschärfer zu ermitteln und übersichtlicher darzustellen – von der vorgenannten Differenzierung aus.” (S. 35 des Konsultationsdokuments<sup>1</sup> der BNetzA aus 2018).

Auch im Begleitdokument zur aktuellen Konsultation schreibt BNetzA:

“Eine Differenzierung danach, ob durch die Mitverlegung ein weiteres digitales Hochgeschwindigkeitsnetz tangiert wird, erscheint sinnvoll.” (S. 4 des Begleitdokuments von 2020).

Davon ist abhängig, ob die ursprünglichen Stand-Alone-Kosten des Bauherrn überhaupt geteilt werden. Wir plädieren dafür, dass im Fall öffentlicher Versorgungsunternehmen der Petent nur die zusätzlichen Kosten trägt und sich nicht an den ursprünglichen Investitionen des Versorgers beteiligt. Denn zweifelsohne verursachen Abwasserkanäle bedingt durch Grabentiefe und -breite, Notwendigkeit eines Gefälles und Errichtung i.d.R. unter dem Straßenverlauf höhere Kosten als ein TK-Kabel. Nur bei einer derartigen Kostenaufteilung besteht überhaupt ein hinreichend finanzieller Anreiz für den TK-Anbieter sein Kabel in das vorgesehene Bauvorhaben mit hinzuzufügen.

Vorab möchten wir noch darauf hinweisen, dass die hier konsultierten Kostenmethoden nicht im Förderkontext gelten. Nach der Stellungnahme der Atene KOM vom 24.07.2020, die wir begrüßen, wird im Förderkontext eine differenzierte Kostenteilung vorgenommen. Demzufolge sind die Kosten für den Tiefbau anteilig nach der Anzahl der Rohre/Rohrverbünde aufzuteilen. Werden z.B. drei Rohre für die geförderte Maßnahme und ein weiteres Rohr für den eigenwirtschaftlichen Ausbau verlegt, dann ist nach diesem Beispiel ein Viertel der Tiefbaukosten, unabhängig von der Rohrgröße, vom Mitverlegenden zu tragen.

---

<sup>1</sup> Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG, BNetzA, 6.2.2018.

## II. Kostenabgrenzung

Wir teilen die Ansicht aus dem Konsultationsentwurf, die Kosten zwischen nicht direkt zuordenbaren Kosten und den einer Partei direkt zuordenbaren Kosten zu unterscheiden. Es ist mehr als fair und verhältnismäßig, Kosten, die einzelnen Parteien direkt zugeordnet werden können, von diesen nach dem Verursacherprinzip selbst tragen zu lassen.

## III. Kostenzuordnungsmethoden

A) Die Kostenteilung anhand von Zusatzkosten sehen wir als die zu präferierende Kostenmethode an. Dabei trägt der Petent nur die durch ihn verursachten zusätzlichen Kosten. Wir teilen die Ansicht der BNetzA, dass dieses Verfahren zu einer verursachungsgerechten Kostenteilung führt. Dabei müssen die Stand-Alone-Kosten u.E. nicht geschätzt werden, da nur ermittelt werden muss, wie viel Mehrkosten tatsächlich angefallen sind, die durch die Mitverlegung des Petenten entstanden sind.

Wie bereits in unserer Stellungnahme aus 2018 dargelegt, müssen hierbei zwei Fallkonstellationen unterschieden werden.

### 1. Mitverlegung beim Bau von Versorgungsunternehmen

Bei der Mitverlegung von Rohren/Rohrverbänden, die ursprünglich durch Versorgungsunternehmen initiiert werden und von einem TK-Unternehmen mitgenutzt werden sollen, erachten wir eine einfache und praxisnahe Kostenaufteilung für sachgerecht.

Der Petent sollte allein die durch sein Hinzutreten entstehenden Zusatzkosten gemäß Abschnitt 3.2.1 des Konsultationsentwurfs tragen. Dies sind bspw. zusätzliche Planungskosten für den erweiterten Grubenbau, wie auch zusätzliche Kosten für den erweiterten Tiefbau. Oder etwa auch zusätzliche Gebühren, die bei bauaufsichtlichen Behörden entrichtet werden müssen. Dieses Vorgehen entspricht damit den Vorgaben der EU-Kostensenkungsrichtlinie, dass die vom Petenten verursachten Kosten von ihm zu entrichten sind.

Bezüglich der Kostenteilung für die Tiefbaumaßnahmen erachten wir die in Abschnitt 3.2.2 des Konsultationsentwurfs vorgeschlagene Aufteilung der Tiefbaukosten nach der Grabendimension nicht für sachgerecht. Ebenso ist damit die sich im anschließenden Text beschriebene Differenzierung, wonach die Kosten für die Herstellung der Oberfläche und die des darunterliegenden Grabens jeweils separat anhand ihrer Querschnittsflächen ermittelt werden, auch nicht anzuwenden. Dagegen sprechen die zu umfangreichen Ermittlungsfragen für den jeweiligen Einzelfall, aber auch die Tatsache, dass der überwiegende Teil der Tiefbaukosten durch die Aufnahme und die Wiederherstellung der Oberfläche verursacht werden. Damit ergeben sich Kosten, die im Wesentlichen unabhängig von der Tiefe des Grabens oder des in Anspruch genommenen Raumes sind.

Auch eine Schlüsselung nach Anzahl verlegter Leitungen ist abzulehnen. Diese Methode berücksichtigt nämlich nicht, welchen Durchmesser ggfls. die Leitung hat, die verlegt wird, da dies kostentechnisch im Falle von Bautätigkeiten durch Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, wie oben beschrieben, in Bezug auf Durchmesser und Verlegetiefe einen großen Unterschied machen kann. Letztlich verbliebe lediglich eine pauschale,

prozentuale Kostenteilung der Tiefbaukosten, die jedoch grundsätzlich nicht zu den erhofften Synergieeffekten führt und zu einer sehr geringen Inanspruchnahme der Mitverlegung führen würde.

Auch eine hälftige Teilung der Tiefbaukosten halten wir für nicht angemessen. Dies würde grundsätzlich dazu führen, dass sich das TK-Unternehmen seltener für die Möglichkeit der Mitverlegung entschieden würde, weil die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (oder anders ausgedrückt, der Business Case des mitverlegenden TK-Unternehmens) sich dadurch so verschlechtert, dass das Unternehmen von der Mitverlegungs- und damit Ausbauabsicht zurücktreten würde.

Eine derartige Regelung würde auch nicht der Regelungsintuition der EU-Kostensenkungsrichtlinie entsprechen. Dort sind „faire“ Entgelte bzw. Preise für Mitnutzung und Koordinierung von Bauvorhaben vorgesehen (siehe Art. 3 Abs. 5 bzw. Art. 5 Abs. 4). Die Begleichung der ursprünglichen Tiefbaukosten initiiert durch ein Versorgungsunternehmen, sowohl für die Grabendimensionierung als auch für die Wiederherstellung der Oberfläche, sind vollständig vom ursprünglichen Bauherren zu tragen, der die Tiefbaumaßnahmen initiiert hat.

## **2. Mitverlegung beim Bau von TK-Unternehmen**

Bei der Mitverlegung von Rohren/Rohrverbänden, die von einem TK-Unternehmen initiiert und von einem zweiten TK-Unternehmen mitgenutzt werden sollen, halten wir eine andere Kostenaufteilungsregelung für angemessen und sachgerecht.

Hier ist es geboten, dass sich der Petent neben den Zusatzkosten auch an den Tiefbaukosten beteiligt. Die Zusatzkosten bestehen aus zusätzlichen Planungskosten, sowie dem zusätzlichen Tiefbau, etwa für einen breiteren Graben oder für eine zusätzliche Absicherung des Grabens, die der Petent mit zu übernehmen hat. Diese beinhalten auch ggf. zusätzliche Verwaltungskosten, die für zusätzliche Genehmigungen etwa bei bauaufsichtlichen Behörden erforderlich sind.

Bei den Kosten für die Tiefbaumaßnahmen erachten wir eine pauschale, prozentuale Kostenteilungsregel für praxistauglich und empfehlenswert. Der in Abschnitt 3.2.2 dargelegten Aufteilung nach der Grabendimensionierung können wir uns methodisch nicht anschließen. Wir empfehlen stattdessen, sich an der bereits in der Praxis häufig anzutreffenden Kostenaufteilungsregel zu orientieren, wonach 45% der Kosten vom verpflichtenden Unternehmen und 55% der Kosten vom nachfragenden Unternehmen (Petent) übernommen werden. Durch diese Aufteilungsquote werden Anreize geschaffen, dass ein TK-Unternehmen sich um den Ausbau der TK-Versorgung durch entsprechende Marktuntersuchungen und Klärung der behördlichen Vorgaben bemüht und dann das nachfolgende, zweite (mitverlegende) TK-Unternehmen davon profitiert, aber dann einen höheren Anteil der Tiefbaukosten zu entrichten hat. Hierdurch werden finanzielle Anreize gesetzt, möglichst frühzeitig eine Realisierung von TK-Netzen voranzutreiben und nicht zu warten, bis dies ein anderer Mitwettbewerber aus dem TK-Bereich initiiert.

B) Die Kostenteilung anhand der Stand-Alone-Kosten (Shapley-Wert) gemäß Abschnitt 3.3.1 und 3.3.2 des Konsultationsentwurfs sehen wir als zu komplex an und ist aus unserer Sicht abzulehnen. Hier wäre es notwendig, dass das Bauprojekt vom jeweiligen Netzbetreiber bis in alle Details durchkalkuliert werden müsste, obwohl

dieses Projekt als Einzelbaumaßnahme so nicht umgesetzt werden soll, sondern bereits in der Planung als gemeinschaftliches Projekt von zwei oder drei Unternehmen geplant ist, zu dem nun das vierte Unternehmen hinzutritt. Da die Unternehmen i.d.R. auf unterschiedliche Bauträger mit unterschiedlichen Preissetzungen zurückgreifen, müsste dann im nächsten Schritt eine Preisnormierung für dieses Bauprojekt, in dieser Region und mit dem entsprechenden Zeithorizont ermittelt werden. Selbst die BNetzA hat den Shapley-Ansatz im Entgeltgenehmigungsverfahren (so z.B. BK3a - 14/011) – obwohl inhaltlich und methodisch eindeutig allen anderen Ermittlungsmethoden überlegen – als eine Methode abgelehnt, welche für eine personell gut ausgestattete Fachbehörde binnen einer 10-wöchigen Bearbeitungsfrist nicht berechenbar ist. Damit überspannt dies die Kenntnisse und Möglichkeiten der beteiligten Netzeigentümer bzw. Nachfrager für den vorliegenden Fall einer pragmatischen Kostenaufteilung bei einer Streitbeilegung nach §77i Abs. 4 TKG. Diesen unverhältnismäßig hohen Nachweis- und Prüfungsaufwand für eine Kostenaufteilung anhand des Shapley-Wertes haben wir daher in unserer Stellungnahme aus April 2018 bereits ablehnend kommentiert.

C) Wie ebenfalls in unserer Stellungnahme aus 2018 ausgeführt, möchten wir nochmals betonen, dass der Opportunitätskostenansatz für den hier vorliegenden Fall aufgrund von methodischen Schwächen abzulehnen ist. Die Bestimmung der einzelnen Opportunitätskosten ist aufwändig und kann im konkreten Fall nicht zweifelsfrei belegt werden, da die Schätzungen auf unternehmensinternen Annahmen basieren, die ggf. zudem schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen und für das nachfragende Unternehmen dann intransparent wären. Auch werden hierbei zusätzliche Informationen, wie die zukünftig erwarteten Erlöse aus der Realisierung der Rohrverlegung in einer weiten zeitlichen Vorausschau benötigt. Diese sind von einer Vielzahl von Prognosen (technische Entwicklung, Preisniveau, Nachfrageverhalten, Wettbewerbssituation, u.a.) abhängig, die sich nicht mit abschließender Sicherheit für den zu betrachtenden Zeitraum vorab ermitteln lassen. Darauf basierende Entgeltgrundsätze halten wir hier vorliegend für methodisch nicht hinreichend präzise ermittelbar und führen daher zu einer unsicheren Einschätzung der Akteure über den zu tragenden Kostenanteil, verbunden mit einem nicht vertretbaren Ermittlungsaufwand bei allen Akteuren. Zudem spricht auch gegen diesen Ansatz das Argument, dass dieser nicht mit der für Verwaltungsvorschriften erforderlichen Bestimmtheit festgelegt werden kann.

#### **IV. Fazit**

Nach Erörterung der konsultierten und vorgeschlagenen Kostenmethoden ist festzustellen, dass ein vorhandener Synergieeffekt vor allem durch die Methode der Übernahme der Zusatzkosten durch den Petenten erreicht werden kann. So wird sichergestellt, dass auch nur jene Kosten dem Petenten zugeordnet werden, die er letztlich durch seine Mitverlegung verursacht. Bei den nicht direkt zuordenbaren Kosten der Tiefbaumaßnahmen sehen wir eine zweigeteilte Fallkonstellation für sachgerecht an. Bei der Mitverlegung von Rohren/Rohrverbänden, die ursprünglich von einem Versorgungsunternehmen initiiert wurden, erachten wir es für angemessen, dass die Tiefbaukosten vollständig von diesem Unternehmen getragen werden. Bei der Mitverlegung, die von einem TK-Unternehmen initiiert wurden und dann von einem zweiten TK-Unternehmen mitgenutzt werden sollen, sehen wir eine Kostenverteilung für die Tiefbaumaßnahmen von 45% für das verpflichtete Unternehmen und für 55% für das nachfragende Unternehmen für praxisrelevant und daher auch hier vorliegend für sachgerecht an.