

## Konsultation des Entwurfs von Grundsätzen nach § 77i Abs. 4 TKG zur Umlegung der mit der Koordinierung von Bauarbeiten verbundenen Kosten

### Stellungnahme der Vodafone

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) hat am 5. August 2020 Grundsätze im Entwurf veröffentlicht und zur Konsultation gestellt, wie die Kosten, die mit der Koordinierung von Bauarbeiten verbunden sind, auf die Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes umgelegt werden sollen.

Die Veröffentlichung solcher Grundsätze, welche gemäß § 77i Abs. 4 TKG vorgesehen ist, kann rund vier Jahre nach Inkrafttreten des DigiNetzG für alle Beteiligten zu mehr Rechtssicherheit führen und einen wichtigen Impuls für eine stärkere Nutzung von Synergien beim Hochgeschwindigkeits-Breitbandausbau in Form der koordinierten Mitverlegung gemäß § 77i TKG setzen. Sie folgt dabei auf eine bereits im Jahr 2018 von der BNetzA durchgeführte Konsultation zu „Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG“<sup>1</sup>.

Die Vodafone GmbH (im Folgenden „Vodafone“) bedankt sich für die eingeräumte Gelegenheit zur Kommentierung und nimmt wie folgt Stellung zu den Inhalten von Konsultationsentwurf und Begleitdokument:

#### 1. Vorgesehene (Zusatz-)Kostenallokationsmethoden sachgerecht und praxistauglich

Vodafone teilt die im Entwurf sowie dem Begleitdokument von der BNetzA gezogenen Schlüsse hinsichtlich der verschiedenen in Frage kommenden Kostenallokationsmethoden, wonach für die Ermittlung der vom Mitverlegungspetenten zu tragenden Zusatzkosten für die Bemessung vorrangig in Frage kommen entweder die

- *kostenbasierte Ermittlung der Zusatzkosten:*

*Abzug der Stand-Alone-Kosten, die für das ursprünglich geplante Versorgungsnetz angefallen werden von den bei gemeinsamer Realisierung anfallenden Kosten (sofern valide Schätzung der Stand-Alone-Kosten möglich oder Einigkeit über deren Höhe) oder eine*

- *Zusatzkostenermittlung anhand der Grabenquerschnittsflächen:*

*Prozentualer Anteil der sich durch die Mitverlegung ergebenden zusätzlichen Grabenfläche in Bezug auf die Gesamtgrabenquerschnittsfläche als Faktor für die Ermittlung der Zusatzkosten auf Basis der Gesamtkosten für die gemeinsame Realisierung.*

Die damit erzielte Korrelation der Schlüsselungsgrößen mit den Kostentreibern der Bauarbeiten gewährleistet, dass der Mitverlegungspetent (nur) die von ihm verursachten zusätzlichen Kosten trägt, so wie es die Vorgaben von Richtlinien- und Gesetzgeber vorsehen.

---

<sup>1</sup> Vgl. [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/Entgeltmassstaebe\\_DigiNetzG/EntgeltmassstaebeDigiNetzG-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Entgeltmassstaebe_DigiNetzG/EntgeltmassstaebeDigiNetzG-node.html).

Auch wird damit sichergestellt, dass sich insofern das ursprüngliche Bauvorhaben nicht verteuert (i.S.d. Zumutbarkeit nach § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 TKG).

## **2. Kostenteilung auch bei Mitverlegung bei TK-Netzen nicht regelmäßig angezeigt**

Wie bereits in unserer Stellungnahme vom 16.04.2018 ausführlich dargelegt, ist eine Unterscheidung zwischen Versorgungsnetzbetreibern mit und ohne TK-Geschäft im Rahmen der Mitverlegung bzw. eine über die Zusatzkosten der Mitverlegung hinausgehende Kostenteilung bei einer Mitverlegung bei Telekommunikationsnetzen in der Regel nicht erforderlich.

Zwar sind auch die von der BNetzA dargelegten Erwägungen zu Bemessungsmethoden für eine Kostenteilung insoweit nachvollziehbar, als insbesondere pauschale Kostenschlüsselungen nach Anzahl der Parteien, Rohre oder Leitungen regelmäßig nicht sachgerecht zu einer Kostenteilung (sondern zu einer den Synergieeffekt aus der gemeinsamen Verlegung sogar übersteigenden Überkompensation) führen können. Die BNetzA zieht deshalb in Betracht:

- „Shapley-Wert“:

*Errechnung des Kostenanteils anhand der Stand-Alone-Kosten der jeweiligen Parteien, indem diese jeweils durch die Summe der Stand-Alone-Kosten über alle Parteien dividiert werden (sofern valide Schätzung der Stand-Alone-Kosten möglich oder Einigkeit über deren Höhe)*

oder

- *Kostenteilung nach Platzbedarf im Graben:*

*Ermittlung des Kostenanteils durch Division der Grabenquerschnittsflächen der jeweiligen Parteien durch die Summe der Stand-Alone-Grabenquerschnittsflächen aller Parteien und Multiplikation mit den Kosten der gemeinsamen Verlegung.*

Vodafone begrüßt insoweit ebenfalls, dass die BNetzA aufgrund der geringeren Eingriffstiefe der Mitverlegung einer analogen Gewährung eines Anreizaufschlags, wie er für die Mitnutzung nach § 77n Abs. 2 TKG vorgesehen ist, eine Absage erteilt, weil – so die BNetzA zutreffend – dies die Mitverlegung verteuern würde und gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Nicht haltbar ist jedoch aus unserer Sicht die Feststellung der BNetzA, eine ein anderes Telekommunikationsnetz betreffende Mitverlegung habe in der Regel Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt, weshalb eine über die Erstattung der Zusatzkosten hinausgehende Kostenteilung (nach den vorstehend genannten Methoden) angezeigt sei, „um für gleiche Ausgangsbedingungen der Parteien zu sorgen“<sup>2</sup> bzw. um „die Auswirkungen der durch die Mitverlegung wegfallenden künftigen Erlöse auf den Investitions- bzw. Geschäftsplan des Erstinvestors“<sup>3</sup> zu berücksichtigen und befürchteten Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen.

Für eine solche grundsätzliche Differenzierung zwischen der Mitverlegung bei einem sonstigen Versorgungsnetz einerseits (reine Zusatzkosten) und der Mitverlegung bei einem anderen TK-Netz andererseits, bei welcher eine Teilung sämtlicher nicht direkt zuordenbarer Kosten zwischen den

---

<sup>2</sup> Begleitdokument, Ziff. 3.3, S. 4.

<sup>3</sup> Begleitdokument, Ziff. 3.4, S. 6.

Parteien erfolgen solle (weitergehende Kostenteilung), besteht weder ein Anknüpfungspunkt im Gesetz, noch ist diese regelmäßig erforderlich:

– **Mitnutzungsentgeltmaßstäbe nicht übertragbar**

In diesem Zusammenhang ist entscheidend, dass ein Netzbetreiber gem. § 77i Abs. 3 TKG nur dann gesetzlich verpflichtet ist, eine entsprechende Mitverlegung zu dulden, wenn die zugrundeliegenden Bauarbeiten ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Damit unterscheidet sich die Verpflichtung im Kontext einer Mitverlegung wesentlich von der Verpflichtung im Zusammenhang mit einer Mitnutzung.

Bei der Verwendung öffentlicher Mittel ist gerade kein zusätzlicher Anreiz zur Koordinierung erforderlich, und an der Mitverlegung beteiligte öffentliche Träger bzw. von der Bereitstellung öffentlicher Mittel profitierende Unternehmen sind den gesetzlichen Zielen der Erleichterung des Ausbaus hochgeschwindigkeitsfähiger TK-Netze in besonderem Maße verpflichtet. Der Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 3 TKG, der die Mitnutzung betrifft, ist daher gerade nicht per se auf Mitverlegungssachverhalte übertragbar.

– **Gesetzgeber hat keine differenzierenden Kostentragungsgrundsätze vorgesehen**

Eben dieser wesentliche Unterschied zwischen Mitnutzungs- und Mitverlegungsstatbestand hat den Gesetzgeber offensichtlich vielmehr dazu veranlasst, im Mitverlegungsfall gerade keine Differenzierung zwischen verpflichteten TK-Netzbetreibern und Nicht-TK-Netzbetreibern in Bezug auf Entgelt- bzw. Kostenteilungsmaßstäbe in § 77n TKG vorzunehmen.

Mit dem 5. TKGÄndG von Ende 2019 wurde insoweit auch gerade keine Anpassung vorgenommen, obwohl der gesetzgeberische Handlungsbedarf damit begründet wurde, die Mitverlegung könne die Wirtschaftlichkeit eines geförderten Netzes im Infrastrukturwettbewerb beeinträchtigen oder gefährden.

Mit Blick auf den immer noch inoffiziellen Referentenentwurf für ein Telekommunikationsmodernisierungsgesetz<sup>4</sup> scheint sich an dieser Haltung des Gesetzgebers auch künftig nichts zu ändern;<sup>5</sup> eine Notwendigkeit für eine gesetzliche Konkretisierung von Kostenteilungsgrundsätzen im Sinne einer Differenzierung dahingehend, ob sich das Mitverlegungsbegehren gegen einen TK- oder einen sonstigen Versorgungsnetzbetreiber richtet, wird weiterhin nicht gesehen.

– **Gesetzliche Rahmenbedingungen durch 5. TKGÄndG grundlegend verändert**

Vielmehr wurde mit § 77i Abs. 3 S. 3 TKG eine „Ausformung der Unzumutbarkeit eines Koordinierungsantrags“ (BT-Drs. 506/18) eingeführt, mit der die von der BNetzA im Entwurf der Grundsätze und im Begleitdokument angeführten vermeintlichen negativen Auswirkungen auf den Geschäftsplan des „Erstinvestors“ bereits von vornherein vermieden werden.

---

<sup>4</sup> Stand 7. August 2020.

<sup>5</sup> Vielmehr sollen offenbar gemäß § 136 Abs. 2 S. 1 TKMoG-E die Möglichkeiten einer Zurückweisung von Mitverlegungen noch ausgeweitet werden, indem das Fehlen einer Beeinträchtigung des *Hauptzwecks* der öffentlich finanzierten Bauarbeiten als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen einer Koordinierungspflicht aufgenommen werden soll.

Diese zwischenzeitlich entscheidend geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen lässt die BNetzA jedoch vorliegend in ihrem Konsultationsentwurf vollkommen außer Acht. Mitverlegungsfolgen auf den Investitionsplan des koordinierungsverpflichteten TK-Unternehmens stellen nach Inkrafttreten des 5. TKGÄndG regelmäßig gerade kein Risiko (mehr) dar, dem durch eine Kostenteilung begegnet werden müsste.

Im Gegenteil: Bei den in der Praxis<sup>6</sup> (wenn überhaupt noch) stattfindenden Konstellationen einer Mitverlegung bei einem anderen TK-Netz ist davon auszugehen, dass – wie bei der Mitverlegung bei sonstigen Versorgungsnetzen – in der Regel keine über die Erstattung der Zusatzkosten hinausgehende Kostenbeteiligung des Mitverlegenden angezeigt ist.

Regelmäßig übt die Mitverlegung keinen Einfluss auf das Endkundengeschäft<sup>7</sup> des Verpflichteten aus, weshalb im Grundsatz die Mitverlegungsentgelte nicht über die Zusatzkosten der Mitverlegung hinausgehen dürfen. Andernfalls käme es auch zu einer ungerechtfertigten Subvention der – ohnehin öffentlich finanzierten – Baukosten durch den Mitverlegungspetenten (Mitnahmeeffekt) sowie einer unnötigen Erhöhung der Breitbandausbaukosten bei Nutzung der Mitverlegung.

#### – Nur in Ausnahmefällen kann Kostenteilung angezeigt sein

Allenfalls höchst ausnahmsweise und in eingeschränktem Maße kann demnach eine Kostenteilung in Betracht kommen, wenn wider Erwarten eine nicht bereits als unzumutbar zurückzuweisende Mitverlegung dennoch Auswirkungen auf das Endkundengeschäft des Verpflichteten hat,<sup>8</sup> und in Abhängigkeit vom Umfang der Finanzierung der koordinierungsverpflichteten Bauarbeiten durch öffentliche Mittel.

Dabei müssen im Fall einer nur teilweisen Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln und Rückwirkungen der Mitverlegung auf das Endkundengeschäft des Verpflichteten die Mitverlegungsentgelte so bemessen sein, dass der Anteil der zwischen Verpflichtetem und Mitverlegungspetent aufteilbaren Baukosten den Anteil der privaten Mittel an der Finanzierung der Bauarbeiten nicht übersteigen. Wenn also z.B. die Bauarbeiten zu 30 % aus privaten Mitteln finanziert werden, sollten maximal 30 % der Baukosten zwischen Anbieter und Nachfrager der Mitverlegung aufgeteilt werden können.

---

<sup>6</sup> Auch denkbare Konstellationen außerhalb des geförderten Breitbandausbaus im engeren Sinne, bei denen aufgrund einer teilweisen oder vollständigen öffentlichen Finanzierung von TK-Netzbetreibern, abgeleitet z.B. aus ihrer Eigentümerstruktur, bzw. Finanzierung von Baumaßnahmen eine Koordinierungspflicht bejaht werden kann, wurden i.R.d. 5. TKGÄndG weder vom Gesetzgeber aufgegriffen, noch sind sie bislang in der Streitbeilegungspraxis der BNetzA vermehrt zu Tage getreten. Daher können auch diese theoretischen Fälle aus Sicht von Vodafone keine Rechtfertigung dafür sein, bei der Mitverlegung bei einem anderen TK-Netz regelmäßig von einer über die Zusatzkosten hinausgehenden Kostentragungspflicht des Mitverlegungspetenten hinauszugehen.

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch die Vodafone-Stellungnahme vom 16.04.2018, in der in Anbetracht der mittlerweile überholten Rechtslage in bestimmten Konstellationen ein über die Zusatzkosten hinausgehender Ausgleich des wirtschaftlichen Schadens des koordinierungspflichtigen TK-Netzbetreibers gefordert wurde.

<sup>8</sup> Theoretisch denkbare Konstellationen sind, wenn beispielsweise bei einem öffentlich finanzierten Netz ohne Kenntnis einer zusätzlichen Mitverlegung ein Nutzungs- oder Pachtvertrag zu festgelegten kommerziellen Bedingungen geschlossen wurde und das durch die Mitverlegung entstehende Vermarktungsrisiko zulasten des vertraglich gebundenen Betreibers geht.

Auch sind die vom Mitverlegungspetenten in diesen Ausnahmefällen zu tragenden anteiligen Baukosten der Höhe nach strikt auf das zum Ausgleich der Auswirkungen auf Endkundengeschäfts bzw. Geschäftsplan des Verpflichteten notwendige Maß zu beschränken.

Shapley-Wert bzw. Kostenteilung über Grabendimensionen stellen in diesen Fällen, in denen nur höchst ausnahmsweise eine Kostenteilung überhaupt angezeigt sein kann, dann für sich genommen jedoch gerade keine tragfähigen Bemessungsmethoden dar, um eine Kostenteilung sachgerecht zu ermitteln.

– **Fazit: Grundsätze sollten keine Kostenteilung vorsehen, da regelmäßig nicht angezeigt**

Im Ergebnis sollte die BNetzA in ihren Grundsätzen – denn solche sind sie ja – von der Aufnahme einer über die reinen Zusatzkosten der Mitverlegung hinausgehenden Kostenteilung (und insoweit auch der Differenzierung zwischen einer Mitverlegung bei sonstigen Versorgungsnetzen und bei TK-Netzen) absehen.

Diese ist weder aufgrund gesetzlicher Vorgaben angezeigt, noch aufgrund von Mitverlegungskonstellationen in der Praxis regelmäßig geboten.