

Band 81

**Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.
Stefan Bulowski**

Rechtliche Herausforderungen bei der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in deutsches Recht

Schriften zu Immobilienökonomie und Immobilienrecht

Herausgeber:

IRE|BS International Real Estate Business School

Prof. Dr. Sven Bienert

Prof. Dr. Stephan Bone-Winkel

Prof. Dr. Kristof Dascher

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz

Prof. Dr. Tobias Just

Prof. Gabriel Lee, Ph. D.

Prof. Dr. Kurt Klein

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

Prof. Dr. Gerrit Manssen

Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Möller

Prof. Dr. Karl-Werner Schulte HonRICS

Prof. Dr. Wolfgang Schäfers

Prof. Dr. Steffen Sebastian

Prof. Dr. Wolfgang Servatius

Prof. Dr. Frank Stellmann

Prof. Dr. Martin Wentz



International Real Estate Business School
Universität Regensburg

Rechtliche Herausforderungen bei der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in deutsches Recht

Von Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M. und Stefan Bulowski

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Stefan Bulowski

Rechtliche Herausforderungen bei der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in deutsches Recht

Regensburg: Universitätsbibliothek Regensburg 2016

(Schriften zu Immobilienökonomie und Immobilienrecht; Bd. 81)

ISBN 979-3-88246-369-9

ISBN 979-3-88246-369-9

© IRE|BS International Real Estate Business School, Universität Regensburg

Verlag: Universitätsbibliothek Regensburg, Regensburg 2016

Vorwort

Am 26. März 2013 veröffentlichte die Europäische Kommission einen „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation“ (COM(2013) 147 final). In der Sache ging es um Maßnahmen zur Verbesserung der Kostensituation beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsinfrastrukturen im Telekommunikationsbereich. Hintergrund war die Erwägung, dass Bauarbeiten die wesentliche Kostenquelle für den Breitbandausbau darstellen. Daher sollte durch die Einräumung von Rechten und Pflichten beim Infrastrukturausbau – auch über den TK-Bereich im engeren Sinne hinaus – die Kostensituation bei der Schaffung der Netze der nächsten Generation verbessert werden.

Während die Ziele und auch die Maßnahmen überwiegend auf Zustimmung bei den Mitgliedstaaten stießen, kritisierten eine Reihe von ihnen und gerade auch Deutschland die Handlungsform der Verordnung. Daher wurde im Folgenden auf das Instrument der Richtlinie gewechselt, um so den Mitgliedstaaten mehr Spielräume bei der Einfügung der verschiedenen Maßnahmen in ihr nationales Recht zu belassen. Nach einem raschen Gesetzgebungsprozess wurde schon am 15. Mai 2014 die Kostensenkungsrichtlinie verabschiedet. Bis zum 1. Januar 2016 waren die Rechts- und Verwaltungsvorschriften von den Mitgliedstaaten zu veröffentlichen, die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich sind, mit dem Ziel, dass diese ab dem 1. Juli 2016 anzuwenden sind.

Auch wenn ein Teil der Vorgaben bereits geltendes Recht im deutschen Telekommunikationsgesetz (TKG) war, diese sogar den Verordnungsentwurf und die spätere Richtlinie inspiriert hatten, wurde in Deutschland recht rasch deutlich, dass es gleichwohl einen nicht unerheblichen Ergänzungsbedarf im TKG gab. Dabei stellten sich eine Reihe spannender Rechtsfragen etwa mit Blick auf die Abstimmung des symmetrischen Regulierungsansatzes der Kostensenkungsrichtlinie mit dem asymmetrischen Regulierungsgrundsatz des übrigen TK-Richtlinienpaketes.

Vor diesem Hintergrund wurden die Autoren der vorliegenden Untersuchung von dem im nationalen Gesetzgebungsprozess federführenden Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) beauftragt, zu einer Reihe von rechtlichen Fragen Stellung zu nehmen, die sich im Zuge und auch anlässlich der Einfügung der Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie in das nationale Recht stellten. Die gutachterlichen Prüfungen wurden im Wesentlichen vom Sommer 2015 bis zum Frühjahr 2016 angefertigt und sollen nunmehr der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden in der Hoffnung, dass sie bei der Diskussion, Auslegung und Anwendung der künftigen Umsetzungsvorschriften der Richtlinie im TKG von Interesse sein werden.

Die Autoren danken dem BMVI für die Beauftragung, die konstruktive Diskussion im Laufe der umfassenden Begutachtung und schließlich für die rasche Freigabe für die Veröffentlichung. Für kritische Anmerkungen zu danken ist dabei Herrn Referatsleiter Dr. Peter Letixerant und seinem Referat DG 13 „Recht der Digitalen Infrastruktur“, allen voran Herrn Dr. Mirko Paschke und Frau Dr. Carolin Engel sowie Frau Manuela Swoboda. Ferner danken die Autoren Herrn Tobias Schall, vormals wissenschaftlicher Mitarbeiter an unserem Lehrstuhl, der durch eine Vielzahl kritischer Anmerkungen, Kommentare und Ergänzungsvorschläge einen wichtigen Beitrag zur Fertigstellung der Gutachten geleistet hat.

Regensburg, im August 2016

Jürgen Kühling

Stefan Bulowski

Inhalt

Vorwort	V
A. Hintergrund	1
Erster Teil: Mitverlegung	1
Zweiter Teil: Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche	4
Dritter Teil: Rechtswegeröffnung	4
B. Rechtsfragen.....	7
Erster Teil: Mitverlegung	7
Zweiter Teil: Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche	7
Dritter Teil: Rechtswegeröffnung	8
C. Rechtliche Bewertung des ersten Teils (Mitverlegung).....	9
I. Europarechtliche Vorgaben	9
1. Ausstattungsvorgaben allein in Art. 8 Kostensenkungsrichtlinie	9
2. Ergänzende Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz aus Art. 11 Abs. 1 Rahmenrichtlinie	9
3. Problem der Technologieneutralität – Sekundärrechtliche und EU- beihilfenrechtliche Vorgaben	9
a) Spezifische Vorgaben des EU-Beihilfenrechts und EU-Sekundärrechts insbesondere zur Technologieneutralität	10
b) EU-beihilfenrechtliche Bewertung der Mitverlegungspflicht.....	13
aa) Keine Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV	13
bb) Genehmigungsfähigkeit.....	14
cc) Technologieneutralität.....	15
4. Zwischenergebnis	16
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben	17
1. Gesetzgebungskompetenzen	17
a) Ausgangspunkt: Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 GG	17
b) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG	17
c) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG	19
d) Weitere Gesetzgebungskompetenzen aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 18, 22 und 23 GG.....	21

e) Zwischenergebnis	22
2. Verwaltungskompetenzen – Konflikt mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG?	22
3. Grenzen der Mitverlegungspflicht aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG	24
a) Wettbewerbs- und Technologieneutralität	24
b) Primat der Privatwirtschaftlichkeit	25
4. Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG	26
a) Schutzbereich	27
b) Eingriff	28
c) Zwischenergebnis	29
5. Vorgaben aus den Grundrechten des Grundgesetzes	29
a) Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG	29
aa) Schutzbereich	29
(i) Persönlicher Schutzbereich	29
(ii) Sachlicher Schutzbereich	30
bb) Eingriff	31
cc) Rechtfertigung	31
(i) Legitimer Zweck (Gemeinwohlziel)	32
(ii) Geeignetheit	32
(iii) Erforderlichkeit	32
(iv) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)	33
(1) Sozialer Bezug	33
(2) Eigene Leistung	34
(3) Raumrelevanz der Infrastrukturen als Abwägungsparameter	35
(4) Bewertung anhand der relevanten Parameter	35
b) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG	37
c) Ergebnis	37
6. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots	37
III. Sonstige Vorgaben, insbesondere Haushalts- und Wettbewerbsrelevanz	39
IV. Weitere Hinweise zur Ausgestaltung; Verortung im TKG	39
D. Rechtliche Bewertung des zweiten Teils (Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche)	41
I. EU-sekundärrechtliche Vorgaben und Umfang notwendiger Mitbenutzungsansprüche	41
1. Ausdehnung bestehender symmetrischer Mitnutzungsansprüche durch die Kostensenkungsrichtlinie	41

a)	Anwendungsbereiche von Art. 12 Abs. 1 RRL und Art. 3 KSRL – Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen	41
aa)	Zugangsverpflichtete	42
bb)	Zugangsberechtigte.....	42
cc)	Betroffene Infrastrukturen im Einzelnen.....	44
dd)	Zulässige Verweigerungsgründe	45
ee)	Fazit	45
b)	Anwendungsbereiche von Art. 12 Abs. 3 RRL und Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL – Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen	46
aa)	Zugangsverpflichtete	46
bb)	Zugangsberechtigte.....	46
cc)	Betroffene Infrastrukturen im Einzelnen.....	47
dd)	Weitere Voraussetzungen.....	47
ee)	Fazit	47
2.	Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zum bestehenden EU- Telekommunikationsrechtsrahmen.....	48
a)	Grundsätzliches Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 8, 12 ZRL.....	49
b)	Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 3 KSRL	50
c)	Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 9 KSRL	51
d)	Ergebnis	52
3.	Ausgestaltung der Zugangsentgelte.....	52
a)	Vorgaben über Zugangsentgelte der symmetrischen Zugangsregulierung gemäß Art. 12 RRL	53
b)	EU-Sekundärrechtliche Vorgaben zu Entgeltmaßstäben der asymmetrischen Zugangsregulierung.....	53
c)	Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Kosten	53
aa)	Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen (Art. 3 KSRL).....	54
bb)	Zugang zu bestehenden gebäudeinternen physischen Infrastrukturen (Art. 9 KSRL).....	56
cc)	Besondere Vorgaben des Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL.....	57
d)	Ergebnisse und Handlungsspielräume der nationalen Gesetzgeber und Regulierungsbehörden	58

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche	59
1. Einfluss der Grundrechte	59
a) Persönlicher Schutzbereich der Grundrechte.....	59
b) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG.....	60
aa) Begrenzung der symmetrischen Mitbenutzungsansprüche des Art. 3 KSRL auf unterversorgte Gebiete	61
bb) Zulässige Höhe der zu erhebenden Entgelte im Rahmen des Art. 3 KSRL	62
cc) Anwendung der herausgearbeiteten Grundsätze auf Art. 9 KSRL	64
dd) Ergebnis.....	66
c) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG	67
aa) Die Berufsfreiheit der Zugangsverpflichteten	67
bb) Die Berufsfreiheit der Zugangsberechtigten.....	68
cc) Fazit.....	68
d) Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.....	69
aa) Angleichung von Entgeltmaßstäben.....	69
bb) Reduzierter Kostenmaßstab von Infrastrukturanbietern.....	70
(i) Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze als Zugangsverpflichtete	70
(ii) Verpflichtung der sonstigen Betreiber von Versorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 16b DigiNetzG	71
cc) Fazit.....	71
2. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG.....	71
3. Verfassungsrechtliche Grundlagen eines Konsistenzgebots.....	73
III. Bestehende Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe im Telekommunikationsgesetz.....	74
1. Grundsätze der asymmetrischen Zugangsregulierung.....	74
a) Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 32 TKG	74
b) Maßstab der langfristigen inkrementellen Durchschnittskosten („LRIC“)	74
c) Entgeltmaßstäbe des Missbrauchstatbestands des § 28 TKG	75
aa) Preisobergrenzen	75
bb) Preisuntergrenzen	76
d) Fazit	76
2. Bestehende symmetrische Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe	77

a)	Ansprüche gemäß § 70 TKG de lege lata.....	77
b)	Mitnutzung der Inhouse-Verkabelungen nach § 77a TKG de lege lata	78
c)	Mitnutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe der §§ 77b ff. TKG de lege lata	79
aa)	Alternative Infrastrukturen nach § 77b TKG de lege lata.....	79
bb)	Mitbenutzungsansprüche der §§ 77c ff. TKG de lege lata.....	79
d)	§ 45a TKG.....	80
e)	§ 18 TKG.....	80
3.	Konsistenzgebot aus § 27 Abs. 2 TKG.....	81
IV.	Inhaltliche Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche.....	82
1.	Bewertung der Änderungen an den Mitbenutzungsansprüchen an sich....	82
a)	Anpassungen an § 70 TKG.....	82
aa)	Mögliche Kollision mit der Rahmenrichtlinie	82
bb)	Vorgaben der Genehmigungsrichtlinie.....	84
cc)	Ergebnis	85
b)	Ergänzung des § 76 TKG.....	86
c)	Aufhebung der §§ 77a ff. TKG und Neuverankerung der §§ 77a ff. DigiNetzG	87
aa)	Aufhebung des § 77a TKG und Regelung des § 77k DigiNetzG.....	87
(i)	Vorgaben der Rahmenrichtlinie.....	87
(ii)	Einschränkungen der Genehmigungsrichtlinie.....	88
(iii)	Konflikte mit der Zugangsrichtlinie.....	88
(iv)	Ergebnis	89
bb)	Aufhebung der §§ 77b – 77e TKG.....	90
cc)	Umsetzung des Art. 3 KSRL durch die §§ 77d – 77g, 77n DigiNetzG.....	90
2.	Anwendbare Kostenmaßstäbe und Zielkonflikte	92
a)	Kostenmaßstäbe für die symmetrischen Mitbenutzungsansprüche	92
aa)	Kostenmaßstab bei der Mitbenutzung öffentlicher Versorgungsnetze gemäß den §§ 77d bis 77e DigiNetzG i.V.m. § 77n DigiNetzG.....	92
(i)	Einfluss der verfassungsrechtlichen Vorgaben	93
(ii)	Erfüllung des Zwecks der Kostensenkungsrichtlinie	93
(iii)	Anwendung der Grundsätze auf die bestehenden Kostenmaßstäbe.....	94
(iv)	Einfluss der Regulierungsziele.....	95
(v)	Ergebnis	96

bb)	Besonderheiten bei der Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes	97
(i)	Bedeutung für zum Zugang verpflichtete Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht	97
(ii)	Bedeutung für zum Zugang verpflichtete Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht	98
cc)	Kostenmaßstab des § 77k i.V.m. § 77n DigiNetzG	98
dd)	Kostenmaßstab des § 70 Abs. 2 bzw. § 76 Abs. 3 i.V.m. den §§ 77d, 77e, 77g DigiNetzG	100
ee)	Fazit.....	101
b)	Vergleich der Zielsetzung der asymmetrischen und symmetrischen Zugangs- und Entgeltregulierung.....	102
3.	Weitere Ergänzungen und Präzisierungen	103
a)	Grenzen legislatorischer Vorsteuerung.....	103
b)	Verankerung der Entgeltmaßstäbe in § 77n DigiNetzG	104
c)	Erweiterung des Konsistenzgebots.....	105
E.	Rechtliche Bewertung des dritten Teils (Rechtswegeröffnung).....	107
I.	Verortung der nationalen Streitbeilegungsstelle.....	107
1.	Weiter Spielraum aus europarechtlicher Sicht.....	107
a)	Zweistufiges Verfahren.....	107
b)	Einrichtung der Stelle an sich	107
c)	Vorgaben für das Entscheidungsverfahren der nationalen Streitbeilegungsstelle.....	108
d)	Zwischenergebnis	109
2.	Umsetzung im Regierungsentwurf	110
a)	Einrichtung der nationalen Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur.....	110
b)	Verbindlichkeit der Entscheidung.....	110
c)	Fristverlängerung.....	111
d)	Zwischenergebnis	111
3.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Umsetzung.....	111
a)	Verwaltungskompetenz aus Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG	112
b)	Unzulässige Einzelweisungen?	113
aa)	Diskussion im Rahmen des § 77c TKG.....	113
bb)	Bewertung und Übertragbarkeit der Diskussion zu § 77c TKG auf § 77n DigiNetzG	114
c)	Unzulässige Eingriffe in den Hoheitsbereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften?	115

4. Andere denkbare Varianten	117
II. Ausgestaltung des Rechtsschutzes.....	118
1. Europarechtlich gebotene Rechtswegspaltung?	118
a) Wortlautkonforme Auslegungsmöglichkeiten der Vorschriften	119
b) Systematische Erwägungen	121
c) Zweck der Normen.....	121
d) Fazit	122
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Rechtsschutz.....	123
a) Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle.....	123
b) Allgemeiner Justizgewährungsanspruch	124
c) Klare Zuständigkeitsregeln als Gebot des Rechtsstaats	124
3. Rechtswegzuweisung in der Konzeption des Regierungsentwurfs.....	124
a) Rechtsweg hinsichtlich der Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle.....	125
b) Rechtsweg im Verhältnis der Vertragsparteien	126
c) Mögliche Rechtswegspaltung.....	126
4. Rechtsschutz im Verhältnis der Beteiligten zueinander	127
a) §§ 25 und 133 TKG als vergleichbare Verfahren im aktuellen TKG ...	127
b) Zu den bisherigen Verfahren entwickelte Positionen.....	128
aa) Öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis.....	128
bb) Theorie vom „angeordneten Vertrag“	129
c) Konsequenzen der herrschenden Theorie vom „angeordneten Vertrag“ im vorliegenden Kontext.....	129
aa) Grundsätzliche Prüfungskompetenz der Zivilgerichtsbarkeit.....	130
bb) Zivilrechtliche Durchsetzung der Ansprüche ohne Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle.....	131
cc) Fazit: Geringe Wahrscheinlichkeit sich widersprechender Gerichtsentscheidungen	133
5. Notwendigkeit einer spezifischen Regelung der Rechtswegabgrenzung?	133
a) Keine europarechtlichen Vorgaben.....	133
b) Abdrängende Sonderzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit?	133
c) Sonderzuweisung zivilrechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichtsbarkeit?	134
d) Fazit	135

A. Hintergrund

Der Bundestagsbeschluss „Moderne Netze für ein modernes Land – Schnelles Internet für alle“ (BT-Drs. 18/1973) sieht insbesondere vor, die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie (Richtlinie 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, KSRL) in deutsches Recht umzusetzen. Darüber hinaus werden noch zahlreiche weitere Vorschläge unterbreitet, wie der Breitbandausbau beschleunigt werden kann. Beispielsweise soll eine bedarfsorientierte Pflicht zur Sicherstellung der Verlegung von Leerrohren rechtlich verbindlich vorgesehen werden. Alleine die beiden hier aufgezählten Vorschläge werfen eine Fülle von rechtlichen Fragen auf, die nachfolgend punktuell beantwortet werden sollen, soweit sie Gegenstand des Begutachtungsauftrags seitens des BMVI waren.

Zunächst soll sehr speziell die Mitverlegung bewertet werden (dazu erster Teil), die zwar nicht unmittelbar auf die Kostensenkungsrichtlinie zurückgeht, aber anlässlich der Umsetzung in das Gesetzgebungsverfahren mit aufgenommen worden ist.

Sodann sollen Kernaspekte der materiell-rechtlichen Fragen bezüglich der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie zur Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche behandelt werden (dazu zweiter Teil). Dabei soll insbesondere geklärt werden, wie sich die neu einzufügenden Mitnutzungsansprüche konsistent in das geltende Regulierungsregime des TKG einfügen lassen.

Abschließend ist in einem dritten Teil zur Rechtswegeröffnung auf Probleme einzugehen, die sich in prozessualer Hinsicht bei der Durchsetzung der neu eingefügten Mitnutzungsansprüche ergeben. Dabei soll insbesondere auf die anvisierte Ansiedelung der von der Kostensenkungsrichtlinie vorgegebenen Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur eingegangen werden.

Erster Teil: Mitverlegung

Ein wichtiger Treiber für die Förderung von Breitbandinfrastrukturen ist die geplante Verpflichtung zur bedarfsorientierten Verlegung von Leerrohren und Glasfasern bei Verkehrsinfrastrukturen. Ähnlich wie bei der Ausstattungsverpflichtung mit hochgeschwindigkeitsfähigen gebäudeinternen physischen Infrastrukturen bis zu den Netzabschlusspunkten im Rahmen der Kostensenkungsrichtlinie wäre es sinnvoll, auch bei Verkehrsinfrastrukturvorhaben Leerrohre gleich mitzuverlegen, da dies mit nur geringen Kosten verbunden ist, während eine spätere Nachrüstung deutlich höhere Kosten verursacht. Sofern aber keine Verpflichtung besteht, sind die – wenn auch nur geringen – Mehrkosten einer entsprechenden Ausstattung bei öffentlichen Bauvorhaben vor allem haushalterisch schwer zu rechtfertigen, da der Nutzen nicht direkt dem Bauwerk zugute kommt.

Dabei geht das Statistische Bundesamt nach Angaben gegenüber dem Auftraggeber vom 7. und 14. August 2015 davon aus, dass die öffentliche Hand in den Bereichen des Straßen- und Tiefbaus in den Jahren 2013 und 2014 etwa jeweils 29.000 Bauaufträge vergeben hat. Die Mitverlegungsverpflichtung soll in Bezug auf Glasfaserleitungen einen Aufwand in Höhe von 67,2 Mio. Euro für alle Verkehrsvorhaben ausmachen. Davon entfallen auf die in den Zuständigkeiten von Ländern und Kommunen liegenden Landes- und Kreisstraßen Kosten in Höhe von 20,1 Mio. Euro. Auf den Bund entfallen hingegen Kosten von 47,1 Mio. Euro für die in seiner Finanzierungsverantwortung stehenden Bundesautobahnen, Bundesstraßen und Ortsumgehungen. Dabei wird zugrunde gelegt, dass eine Verlegung von Glasfaser die Kosten der Bauvorhaben um 34 Euro je Meter erhöhen wird, die zu den Kosten von bis zu etwa 10.000 Euro pro Meter des Straßenbaus hinzukommen. Die Kosten des Straßenbaus hängen dabei stark von der Art der Straße ab. Der Höchstbetrag bezieht sich auf einen Meter Autobahn, während einfache Kreisstraßen gegebenenfalls auch nur ein Zehntel der Kosten pro Meter verursachen.

Der Regelungsvorschlag im ersten Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzEG) lautete in den Absätzen 5 und 6 im geplanten § 77i wie folgt:

„§ 77i Koordinierung von Bauarbeiten

[...]

(5) Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze können im Rahmen von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen mitverlegen, um eine Mitnutzung im Sinne dieses Abschnitts zu ermöglichen.

(6) Im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten sind passive Netzinfrastrukturen bedarfsgerecht mitzuverlegen, um eine Mitnutzung im Sinne dieses Abschnitts zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere für die Erschließung von Neubaugebieten.“

Dem liegt folgende Begründung zugrunde:

„Die Absätze 5 und 6 wurden in Anlehnung an den Bundestagsbeschluss „Moderne Netze“ vom 09.10.2014 in das DigiNetzEG aufgenommen.

Absatz 5 statuiert zunächst das Recht aller Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, im Rahmen von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen mitzuverlegen. Dies gilt sowohl für Bauarbeiten für den Erstausbau von Versorgungsnetzen als auch für spätere Ausbauarbeiten an bestehenden Netzen. Da die Mehrkosten der Mitverlegung von geeigneten passiven Netzinfrastrukturen regelmäßig gering sind im Verhältnis zu den Kosten der Tiefbauarbeiten, die Synergieeffekte

und Kosteneinsparungen für den Breitbandausbau dagegen sehr hoch sind, ist eine solche Mitverlegung gesamtwirtschaftlich wünschenswert.

Die Mitverlegungsverpflichtung in Absatz 6 führt den Gedanken aus Nr. 13 des Bundestagsbeschlusses „Moderne Netze“ vom 09.10.2014 fort. Dort heißt es, dass „bei Verkehrsinfrastrukturprojekten (bspw. bei Brückenbau und -sanierung) zukünftig eine Pflicht zur bedarfsorientierten Verlegung von Leerrohren rechtlich bindend“ vorgesehen werden soll. Die Verpflichtung ist einerseits begrenzt auf öffentlich finanzierte Bauarbeiten und andererseits begrenzt auf Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten. Zudem soll die Mitverlegung bedarfsgerecht erfolgen und somit berücksichtigen, ob und in welchem Umfang eine Nachfrage nach Mitnutzungen zu erwarten ist. Durch die gesetzliche Verpflichtung wird sichergestellt, dass die Träger öffentlicher Belange Haushaltsmittel für die Mitverlegung in Anspruch nehmen können. Diese Inanspruchnahme der öffentlichen Haushalte ist durch die gesamtwirtschaftlich positiven Effekte und die gesamtgesellschaftlichen Vorteile eines beschleunigten Breitbandausbaus gerechtfertigt.

Die ausdrückliche Erstreckung der Verpflichtung auf Neubaugebiete stellt die Bedeutung des Breitbandausbaus für zu erschließende Ansiedlungsflächen heraus. Die Erschließung mit passiver Netzinfrastruktur stellt sicher, dass unabhängig von der Technologie der Grundversorgung eine spätere bedarfsgerechte Aufrüstung jederzeit erfolgen kann, zum Beispiel eine Glasfaseranbindung der Haushalte (Fiber-to-the-Home, FTTH).“

Alternativ ist ein stärkerer Akzent auf den Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen – gleichsam einen Schritt – diskutiert worden. Dies korrespondierte mit folgender Formulierung¹:

„§ 77i Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung

...

(5) Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze können im Rahmen von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen sowie Glasfaserkabel mitverlegen, um eine Mitnutzung im Sinne dieses Abschnitts oder den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu ermöglichen.

(6) Im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten sind geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, bedarfsgerecht mitzuverlegen, um den späteren Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu ermöglichen. Im Rahmen der Erschließung von Neubaugebieten sind stets geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, mitzuverlegen.“

¹ Im Kabinettsentwurf wurde dieser Bezugspunkt der Glasfaser beibehalten, allerdings eine bloße Sicherstellungsverpflichtung formuliert („ist sicherzustellen, dass passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, bedarfsgerecht mitverlegt werden“), BT-Drs. 18/8332, S. 17.

Zweiter Teil: Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche

Der Anlass für die Verankerung weiterer, symmetrischer Mitbenutzungsansprüche im TKG ist die Kostensenkungsrichtlinie, deren Vorgaben gemäß Art. 13 KSRL zum 1. Januar 2016 umzusetzen sind und ab dem 1. Juli 2016 angewendet werden müssen. Die Kostensenkungsrichtlinie dient gemäß Art. 1 Abs. 1 KSRL dazu, die Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation zu reduzieren. Um dieses Ziel zu erreichen, sind in Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL Ansprüche auf Zugang zu physischen Infrastrukturen vorgesehen, die der nationale Gesetzgeber in innerstaatliches Recht umsetzen muss, wobei sich aus Erwägungsgrund 19 KSRL Hinweise für die Festlegung von Preisen entnehmen lassen. Diese neu zu schaffenden Mitnutzungsansprüche sind – anders als die im Übrigen grundsätzlich asymmetrische Telekommunikationsregulierung – symmetrisch angelegt. Bei der Verankerung dieser neuen Anspruchsgrundlagen ist mit Blick auf die unterschiedliche Zielsetzung dieser Mitbenutzungsansprüche folglich auf die Konsistenz zu den bereits bestehenden Zugangsansprüchen zu achten. Dies sollte unter besonderer Berücksichtigung der Werthaltigkeit von getätigten Infrastrukturinvestitionen, des in der Richtlinie angeordneten Spezialitätsgrundsatzes und der politischen Ziele der Digitalen Agenda erfolgen. Die Vorschriften der Kostensenkungsrichtlinie sollen gemäß der Konzeption des Regierungsentwurfs insbesondere durch die Anpassung der §§ 70 und 76 TKG sowie die Einfügung der neuen §§ 77d – 77g, 77k und 77n DigiNetzG umgesetzt werden.²

Dritter Teil: Rechtswegeröffnung

Die Kostensenkungsrichtlinie sieht in den Art. 3 Abs. 4 und 5, Art. 4 Abs. 6, Art. 5 Abs. 3 und 4, Art. 6 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 3 vor, dass eine Streitbelegungsstelle einzurichten ist, vor der die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte durchgesetzt werden können. Dieser Stelle muss auch die Befugnis eingeräumt werden, (verbindliche) Entscheidungen zu treffen.

Der Bundestagsbeschluss „Moderne Netze für ein modernes Land – Schnelles Internet für alle“ sieht vor, die Streitbelegungsstelle bei der Bundesnetzagentur einzurichten. Die geplante Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben spiegelt sich im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) wieder. Die Rechte selbst werden in den §§ 77a ff. DigiNetzG gewährt. Die Möglichkeit, eine Streitschlichtungsstelle anzurufen und das entsprechende Verfahren wird dabei nicht wie

² Regierungsentwurf, S. 61, 63 f., 74, 94 f., 96.

in der Kostensenkungsrichtlinie bei dem jeweils im Streit stehenden Recht geregelt, sondern in den speziellen formellen Vorschriften der §§ 77n, 132 Abs. 2 und 134a DigiNetzG. Die Einführung eines § 77n DigiNetzG setzt ausweislich der Begründung für den Gesetzesentwurf Art. 3 Abs. 4 und 5, Art. 4 Abs. 6, Art. 5 Abs. 3 und 4, Art. 6 Abs. 4, Art. 9 Abs. 3 S. 2 und 3 sowie Art. 10 Abs. 2 und 3 der Kostensenkungsrichtlinie um, bündelt die Fristvorgaben und enthält materielle Vorgaben für die Streitbeilegung.³

Damit wird für die durch die Kostensenkungsrichtlinie eingeführten Rechte die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle begründet. Entscheidungskompetenzen werden der Bundesnetzagentur in § 77n Abs. 1, 4 und 6 DigiNetzG zugestanden. Die Möglichkeit einer Fristverlängerung wird in Abs. 7 für alle Rechte vorgesehen. In einem neuen Absatz 2 zu § 132 TKG wird festgelegt, dass auch die Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle im Beschlusskammerverfahren als Verwaltungsakt ergehen. Zudem wird bestimmt, dass die nationalen Streitbeilegungsstellen, die in der Begründung für den Regierungsentwurf als „Streitbeilegungskammern“ bezeichnet werden⁴, durch das BMVI gebildet werden. Schließlich wird mit § 134a DigiNetzG noch eine neue Verfahrensvorschrift in das TKG aufgenommen.

³ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 55.

⁴ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 61.

B. Rechtsfragen

Erster Teil: Mitverlegung

Die Ausgestaltung einer derartigen Verpflichtung wirft eine Fülle rechtlicher Fragen auf, die im Folgenden rechtsgutachterlich untersucht werden sollen. Im Vordergrund stehen – ausgehend von den in diesem Zusammenhang wenig relevanten europarechtlich zwingend umzusetzenden Vorgaben (dazu C.I.) – vor allem die verfassungsrechtlichen Aspekte (dazu C.II.). Ergänzend ist knapp zu prüfen, welche netzplanerischen, wettbewerblichen und haushalterischen Fragestellungen zu adressieren und zu lösen sind (dazu C.III.). Abschließend ist knapp auf die Verortung im TKG einzugehen (dazu C.IV.)

Zweiter Teil: Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche

In Bezug auf die Mitbenutzungsansprüche wird die größte Herausforderung darin liegen, diese prinzipiell symmetrischen (d.h. unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung greifenden) Zugangsansprüche auf die bislang primär asymmetrisch¹ konzipierten Zugangsansprüche der bisherigen Telekommunikationsregulierung abzustimmen. Dazu sind in einem ersten Schritt die unionsrechtlichen Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie für die Umsetzung der Mitbenutzungsansprüche, sowie deren Verhältnis zum bestehenden Telekommunikationsrechtsrahmen herauszuarbeiten (dazu D.I.). Sodann ist darzulegen, ob sich für die Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche dem Grundgesetz bestimmte Vorgaben entnehmen lassen (dazu D.II.). In einem nächsten Schritt sollen die im innerstaatlichen Recht bereits bestehenden asymmetrischen sowie symmetrischen Mitbenutzungsansprüche und die geltenden Entgeltmaßstäbe beschrieben und ihre Systematik erörtert werden (dazu D.III.). Ausgehend von den dabei ermittelten Grundsätzen kann dargelegt werden, wie die umzusetzenden Mitbenutzungsansprüche somit unions- und verfassungsrechtskonform konsistent in das bestehende System eingefügt werden können (dazu D.IV.).

¹ Zum Begriff der asymmetrischen Regulierung *Woesler/Heinen-Hosseini*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 9, Rn. 4.

Dritter Teil: Rechtswegeröffnung

Die Ausgestaltung einer Entscheidung durch die nationale Streitbeilegungsstelle und die Schaffung eines damit korrespondierenden gerichtlichen Rechtsschutzes werfen eine Reihe von rechtlichen Fragen auf, die abgeschichtet nach den beiden Problembereichen der Einrichtung der Stelle selbst (dazu E.I.) und der Ausgestaltung des Rechtsschutzes analysiert werden sollen (dazu E.II.).

C. Rechtliche Bewertung des ersten Teils (Mitverlegung)

I. Europarechtliche Vorgaben

Europarechtliche Vorgaben könnten sich zum einen in den sektorspezifischen Bestimmungen der Kostensenkungsrichtlinie (dazu 1.), in den Vorgaben der Rahmenrichtlinie (dazu 2.), vor allem aber im Gebot der Technologieneutralität aus dem EU-Sekundärrecht und dem EU-primärrechtlichen Beihilfenverbot ergeben (dazu 3.).

1. Ausstattungsvorgaben allein in Art. 8 Kostensenkungsrichtlinie

Die Kostensenkungsrichtlinie bezieht Verpflichtungen zur Schaffung von Ausstattungsvorgaben ausschließlich auf Gebäudeeigentümer (siehe Art. 8). Verpflichtungen zur Verlegung von Leerrohren sind im Übrigen nicht vorgesehen. Daher ergeben sich insoweit keine europarechtlichen Verpflichtungen.

2. Ergänzende Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz aus Art. 11 Abs. 1 Rahmenrichtlinie

Umgekehrt sind auch keine telekommunikationsrechtlichen oder sonstigen europäischen Regelungen ersichtlich, die einer derartigen Pflicht entgegenstehen können. Allenfalls nachgelagert wird zu beachten sein, bei der Vergabe von Nutzungsrechten an diesen Infrastrukturen diskriminierungsfrei und transparent vorzugehen, um die Vorgaben des Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) einzuhalten. Vorliegend geht es jedoch um die vorgelagerte Frage der Verlegung entsprechender Infrastrukturen, so dass insoweit keine rechtlichen Probleme entstehen können. Demnach besteht also insoweit ein weiterer Spielraum auf der nationalen Ebene.

3. Problem der Technologieneutralität – Sekundärrechtliche und EU-beihilfenrechtliche Vorgaben

Mit Blick auf die Vorgaben der Technologieneutralität, die sich sowohl aus dem Sekundärrecht als auch aus dem EU-beihilfenrechtlichen Primärrecht ergeben, sind zunächst die besonderen Anforderungen an die Technologieneutralität selbst (dazu a)) und sodann die allgemeinen EU-beihilfenrechtlichen Anforderungen in Bezug auf die Mitverlegungspflicht zu prüfen (dazu b)).

a) Spezifische Vorgaben des EU-Beihilfenrechts und EU-Sekundärrechts insbesondere zur Technologieneutralität

Bedenken könnte die besondere Hervorhebung der Glasfaserausstattung gerade in Neubaugebieten auslösen, da diese möglicherweise nicht neutral in Bezug auf die verschiedenen späteren Telekommunikationsdiensteanbieter ist. Dabei ist die Netzneutralität nicht betroffen, da es noch nicht um die anschließende Nutzung des Netzes und etwaige Qualitätsdifferenzierungen geht, sondern lediglich um den Aufbau einer Vorleistung für das anschließende Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen.

Vielmehr geht es um die Wahrung der sogenannten Technologieneutralität. Diese ist ein wichtiger Aspekt gerade im Rahmen der 2002 erfolgten Novellierung des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens gewesen. So sollten sämtliche Regulierungsinstrumente neutral hinsichtlich der verschiedenen Telekommunikationsdiensteanbieter und der verwendeten Technologien sein, seien es leitungsgebundene Netze (einschließlich Breitbandkabelnetze), Mobilfunk oder Satellit. So zählt Erwägungsgrund 18 der Rahmenrichtlinie als eine Handlungsanweisung auf:

„Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Forderung nach einer technologieneutralen Regulierung weitestgehend berücksichtigen (d. h., dass weder eine bestimmte Technologie vorgeschrieben noch deren Einsatz begünstigt wird), schließt nicht aus, dass angemessene Schritte unternommen werden, um bestimmte spezifische Dienste in gerechtfertigten Fällen zu fördern, wie z. B. das Digitalfernsehen als ein Mittel zur effizienteren Nutzung des Frequenzspektrums.“

Die Regulierung muss also das Ziel verfolgen, nicht eine bestimmte Technologie – sei es in Form der grundlegenden Kategorien wie Mobilfunk oder Festnetz oder differenzierter etwa in Bezug auf verschiedene FTTX-Modelle im Breitbandbereich – zu bevorzugen.

Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie ergänzt in Bezug auf die vorliegend nicht betroffene Frequenzregulierung:

„Soweit in Artikel 9 zu den Funkfrequenzen nichts anderes vorgesehen ist, berücksichtigen die Mitgliedstaaten weitestgehend, dass die Regulierung möglichst technologieneutral sein sollte, und sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der in dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien festgelegten Regulierungsaufgaben, insbesondere der Aufgaben, die der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs dienen, dies ebenfalls tun.“

Die Vorgaben sind allerdings recht moderat formuliert. Sie beschränken sich zudem auf den Regulierungsrahmen und adressieren dabei als Akteur die nationale Regulierungsbehörde. Vorliegend geht es aber um ein legislatives Handeln des Mitgliedstaates gleichsam *im Vorfeld* der Regulierung, das auf eine Verbesserung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Breitbandinfrastrukturen ausgerichtet ist. Relevante Steuerungsvorgabe ist daher

weniger das sekundärrechtliche Telekommunikationsrecht der EU, sondern eher das primärrechtliche EU-Beihilfenrecht, an dem sich alle Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten auszurichten haben.

Vorliegend relevant könnte sodann also die Frage sein, inwiefern diese Maßnahme die insoweit gebotene Technologieneutralität im Rahmen des EU-Beihilfenrechtsregimes einhält, die nach den Vorgaben der EU-Kommission zu wahren ist. Mit Blick auf die Technologieneutralität heißt es in Ziff. 3.4. e) der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (im Folgenden: Breitband-Leitlinien 2013)¹ wörtlich:

„Angesichts dieser unterschiedlichen technischen Lösungen zur Breitbandversorgung sollte bei einer Ausschreibung keine der möglichen Technologien oder Netzplattformen bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Die Bieter sollten berechtigt sein, die Versorgung mit den geforderten Breitbanddiensten unter Nutzung einer (Kombination von) Technologie(n) vorzuschlagen, die sie als am besten geeignet erachten. Die Bewilligungsbehörde ist berechtigt, die am besten geeignete technische Lösung oder einen Technologiemix auf der Grundlage der objektiven Ausschreibungskriterien auszuwählen. Grundsätzlich kann eine universelle Breitbandabdeckung in größeren Zielgebieten durch eine Kombination verschiedener Technologien erreicht werden.“

Gemessen an diesen Vorgaben sind die in Deutschland aktivierten Förderprogramme in jüngerer Zeit entsprechend von der Kommission genehmigt worden – auch die Leerrohrförderrichtlinie².

In den häufigsten Fällen der Beihilfenverfahren im Bereich der Breitbandförderung hat die Kommission im Rahmen ihres allgemeinen Ermessens über die Zulässigkeit der staatlichen Breitbandausbauförderung auf Ebene der Genehmigung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV entschieden. Prüfungsmaßstab ist Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV bzw. auch Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV, demzufolge die Breitbandförderungsmaßnahme eine Zielsetzung von gemeinsamem Interesse aufweisen und im Übrigen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftsgebiete von Bedeutung ist, sowie hierzu geeignet, erforderlich sowie verhältnismäßig sein muss.

¹ *Europäische Kommission*, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. EU C 25/1 v. 26.1.2013.

² Siehe *Europäische Kommission*, Beschluss vom 12.7.2010, K(2010)4862 final, Staatliche Beihilfe N 53/2010 – Deutschland Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren, abrufbar im WWW unter der URL http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235087/235087_1130404_45_2.pdf; vgl. auch *Europäische Kommission*, Beschluss vom 2.12.2011, K(2011)9052 final, Staatliche Beihilfe SA.33589 (2011/N) – Deutschland, Breitbandversorgung ländlicher Räume in Deutschland – Änderung der Beihilferegelung N 368/2009.

Die in Bezug auf die Breitbandförderung zugrunde gelegten Bewertungsmaßstäbe hat die Kommission nach zahlreichen einzelnen Genehmigungsverfahren³ 2009 im Rahmen von Leitlinien zusammengefasst⁴. Diese Leitlinien hat die Kommission im Jahr 2013 in den bereits erwähnten Breitband-Leitlinien 2013 aktualisiert und partiell modifiziert. Im Kern verlangt die Kommission, dass die folgenden sieben Anforderungen erfüllt werden⁵:

- „1. Beitrag zur Erreichung von Zielen von gemeinsamem Interesse
2. Unzufriedenstellendes Marktergebnis aufgrund von Marktversagen oder wesentlichen Ungleichheiten
3. Eignung des Instruments der staatlichen Beihilfe
4. Vorliegen eines Anreizeffekts
5. Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum
6. Begrenzte negative Auswirkungen
7. Transparenz“.

Vorliegend relevant sind vor allem die Hinweise auf die Reduktion der potenziellen Wettbewerbsverzerrungen auf ein Minimum im Rahmen der Begrenzung der negativen Auswirkungen. Gerade in Bezug auf dieses sechste Erfordernis ist darauf zu achten, dass die Förderprogramme nicht nur zu einer Förderung gerade des marktbeherrschenden Unternehmens führen und nicht bereits erfolgte oder beabsichtigte private Investitionen verdrängen⁶.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Fördermaßnahmen ferner auf die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) gestützt werden können, die am 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, und Investitionsbeihilfen für den Ausbau der Breitbandversorgung im Sinne des Art. 107 Abs. 3 AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar normiert und von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV freistellt. Die Vergabevoraussetzungen – etwa im Rahmen einer Regionalförderung – entsprechen dann weitgehend den Beihilfeleitlinien, wenn Art. 14 Nr. 10 AGVO verlangt, dass „kein Netz derselben Kategorie (entweder Breitbandgrundversorgung oder NGA) vorhanden“ und auch in den kommenden

³ Eine Übersicht über 132 Entscheidungen ist im Internet abrufbar unter der URL http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf; bislang ist die tendenziell großzügige Kommissionslinie von den Gerichten nicht in Frage gestellt worden, vgl. insbesondere EuG, Rs. T-79/10, *Colt Télécommunications France/Kommission*, UrT. v. 16.9.2013.

⁴ *Europäische Kommission*, Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2009/C 235/04, ABl. EU C 235 v. 30.9.2009, Rn. 44 ff.

⁵ *Europäische Kommission*, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. EU C 25/1 v. 26.1.2013, Rn. 33 ff.

⁶ *Europäische Kommission*, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. EU C 25/1 v. 26.1.2013, Rn. 47.

drei Jahren nicht zu erwarten ist, dass das oder die geförderten Unternehmen in einem Auswahlverfahren ermittelt wird bzw. werden und diesem bzw. diesen anschließend Zugangspflichten auferlegt werden. Noch ausdifferenziertere Vorgaben finden sich sodann in Abschnitt 10 der AGVO und sehen in Art. 52 Abs. 1 AGVO als beihilfenfähige Kosten Investitionskosten für „den Ausbau passiver Breitbandinfrastruktur“, „Baumaßnahmen im Breitbandbereich“, „den Ausbau der Netze für die Breitbandgrundversorgung“ und „den Ausbau von Zugangsnetzen der nächsten Generation“ vor. Im Übrigen greifen vergleichbare Regeln wie in den Breitband-Leitlinien 2013 der Kommission.

b) EU-beihilfenrechtliche Bewertung der Mitverlegungspflicht

aa) Keine Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Vorliegend ist jedoch fraglich, ob überhaupt eine beihilfenrechtliche relevante Förderung vorliegt. Beihilfenrechtlicher Maßstab ist dabei Art. 107 Abs. 1 AEUV. Danach „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Die fünf EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung (1) bestimmter Unternehmen (2), der staatlichen Mittelherkunft (3), der Wettbewerbsverfälschung (4) und der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (5) müssen kumulativ vorliegen, um den Beihilfentatbestand zu begründen.

Vorliegend ist zunächst das zweite Tatbestandsmerkmal fraglich. Denn es werden ja gerade nicht bestimmte Unternehmen gefördert. Vielmehr werden Entitäten verpflichtet, die grundsätzlich keine Telekommunikationsdiensteanbieter sind und die im Rahmen der Bauvorhaben Leerrohre und Glasfaserleitungen mitverlegen sollen. Telekommunikationsdiensteanbieter profitieren davon nur mittelbar durch die anschließenden Mitbenutzungsansprüche. In EU-beihilfenrechtlicher Hinsicht ist aber erforderlich, dass eine bestimmte Begünstigung vorliegt, d.h. dass einzelne individualisierbare Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt werden.⁷ Hier käme also lediglich eine Begünstigung des Produktionszweigs der Telekommunikation in Betracht. Im Fall der Leerrohrverlegung wäre dies eher zweifelhaft, da diese zumindest theoretisch polyfunktional durch eine Vielzahl von Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen verwendet werden können (etwa auch zu Zwecken der betriebsinternen Kommunikation), obgleich es schon dem Wortlaut der Norm nach primär um digitale Hochgeschwindigkeitsnetze geht. Spezifischer sind im Übrigen Glasfaserleitungen, da diese – noch deutlicher – vor allem von

⁷ *Koenig/Paul*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Auflage 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 68 ff.

Telekommunikationsunternehmen genutzt werden können. Zwar könnte auch dies noch zu diffus sein im Sinne der EU-beihilfenrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen, da nicht im Einzelnen von vornherein erkennbar ist, welche Unternehmen anschließend Nutzer der Glasfaserinfrastrukturen und also Begünstigte im EU-beihilfenrechtlichen Sinne sein werden. So soll § 77d TKG n.F. einen Mitbenutzungsanspruch nur für passive Infrastrukturen einräumen, wozu aber nach dem geplanten künftigen § 3 Nr. 17b TKG Glasfaserkabel gerade nicht zählen sollen. Daher werden entsprechende Zugangsansprüche nur auf Leerrohre bestehen, die aber wiederum polyvalenter sind als Glasfaserkabel. Ein Zugang zu Letzteren wird hingegen nur auf Basis vertraglicher Verhandlungen gewährt werden. Gleichwohl dürfte angesichts der Ausrichtung auf die vorrangige – auch faktische – Nutzung durch Telekommunikationsdiensteanbieter eine hinreichende Spezifität im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben sein.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund aber vor allem, ob überhaupt eine Begünstigung eintritt. Die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze als potenzielle Nutzer der Leerrohre und Glasfaserinfrastrukturen können diese nämlich anschließend nur gegen Zahlung eines Entgelts nutzen. Dieses dürfte regelmäßig eine angemessene Gegenleistung darstellen und daher eine Begünstigung ausschließen. Jedenfalls kann eine etwaige Begünstigung erst auf dieser nachgelagerten Ebene erfolgen. Da die Verpflichtung selbst auch keine öffentliche Förderung der Maßnahmen vorsieht, kann auch insoweit noch kein Begünstigungsverhältnis erkannt werden. Die Maßnahme ist demnach als „vorgelagerte“ Verpflichtung vor einer eigentlichen EU-beihilfenrechtlich relevanten Breitbandförderung anzusehen. Allerdings bestehen insoweit gewisse Restrisiken einer gegenteiligen Bewertung.

bb) Genehmigungsfähigkeit

Dann dürfte aber eine etwaige Genehmigungsfähigkeit der Mitverlegungsverpflichtung angesichts der skizzierten großzügigen, allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen für die Breitbandförderung und in Anbetracht der parallelen Stoßrichtung zur sekundärrechtlichen Verpflichtung, entsprechende Maßnahmen gemäß Art. 8 KSRL an den Gebäuden vorzunehmen, jedenfalls in Bezug auf die Verlegung von Leerrohren kaum zu bezweifeln sein. Es wäre letztlich inkonsequent, leerrohrbezogene Ausstattungsverpflichtungen an den Gebäuden sekundärrechtlich zu *verlangen*, diese dann aber beim Ausbau von Verkehrsnetzen primärrechtlich zu *verbieten*. Für eine Mitverlegungsverpflichtung von Glasfaser greift dieses letzte Argument allerdings nicht. So verpflichtet Art. 8 KSRL (Neubau-)Gebäudeeigentümer nur zur Ausstattung mit hochleistungsfähigen „gebäudeinternen physischen Infrastrukturen“ bis zum Netzabschlusspunkt. „Physische Infrastrukturen“ sind nach Art. 2 Nr. 2 KSRL „Komponenten eines Netzes, die andere Netzkompo-

nenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden, beispielsweise Fernleitungen, Masten, Leitungsrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen, Türme und Pfähle; Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sowie Komponenten von Netzen, die für die Versorgung mit Wasser für den menschlichen Gebrauch im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Richtlinie 98/83/EG des Rates (1) genutzt werden, sind keine physischen Infrastrukturen im Sinne dieser Richtlinie“. „Gebäudeinterne physische Infrastrukturen“ werden in Art. 2 Nr. 7 KSRL definiert als „physische Infrastrukturen [vgl. Art. 2 Nr. 2] oder Anlagen am Standort des Endnutzers (einschließlich Komponenten, die im gemeinsamen Eigentum stehen), die dazu bestimmt sind, leitungsgebundene oder drahtlose Zugangnetze aufzunehmen, sofern solche Zugangnetze geeignet sind, elektronische Kommunikationsdienste bereitzustellen und den Zugangspunkt des Gebäudes mit dem Netzabschlusspunkt zu verbinden“. Allerdings ist die Richtlinie insoweit nicht so zu verstehen, dass es entsprechende Ausstattungspflichten mit Glasfaser ausschließen möchte. Daher ist davon auszugehen, dass selbst im Fall der Annahme einer EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit der Mitverlegungsverpflichtung jedenfalls eine Genehmigungsfähigkeit anhand der oben skizzierten Vorgaben (siehe oben a)) gegeben wäre.

cc) Technologieneutralität

Im Übrigen ist insoweit eine Neutralität gegeben, als die Glasfaserinfrastrukturen auch von Mobilfunkdiensteanbietern verwendet werden können für die leistungsfähige (Rück-)Anbindung ihrer drahtlosen Zugangnetze an das Kernnetz (sog. Backhaul)⁸. Der Umstand, dass Neubaugebiete im Rahmen der Glasfaserverlegungspflicht besonders hervorgehoben werden, führt nicht zu einer spezifischen Begünstigung, da angesichts der Vielzahl der Bauaufträge der öffentlichen Hand im Bereich des Straßen- und Tiefbaus in Höhe von je rund 29.000 in den Jahren 2013 und 2014 und der Vielzahl der damit künftig bewirkten Ausbaumaßnahmen mit Leerrohren bzw. Glasfaserleitungen ein relevanter Ausbau auch für den Anschluss von Mobilfunkinfrastrukturen vorangetrieben wird. Das gilt auch vor dem Hintergrund, wenn im Zuge des flächendeckenden Ausbaus von Mobilfunknetzen mit höherer Bandbreite die Zahl der Standorte von Mobilfunkstationen steigt.

⁸ Vgl. dazu *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage 2014, Rn. 118.

4. Zwischenergebnis

Insgesamt ist die Leerrohrmitverlegungspflicht dementsprechend gemessen am Maßstab der Technologieneutralität und des EU-Beihilfenrechts unproblematisch. Die Verpflichtung, Glasfaserinfrastrukturen zu verlegen, ist zwar kritischer zu bewerten, aber auch als zulässig anzusehen, da mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass der EU-Beihilfentatbestand schon nicht erfüllt ist. Eine EU-beihilfenrechtlich problematische Begünstigung von Telekommunikationsunternehmen wird durch die entsprechende Entgeltspflichtigkeit der Nutzung der zu verlegenden passiven Infrastrukturen vermieden. Die bloße Verlegungsverpflichtung begünstigt keine Telekommunikationsdiensteanbieter, die allenfalls durch eine vergünstigte Bereitstellung jener Infrastrukturen begünstigt werden könnten. Das ist aber eine nachgelagerte Frage, die durch die vorliegend zu prüfende Verlegungsverpflichtung nicht entschieden wird.

Die Kostensenkungsrichtlinie bezieht im Übrigen Verpflichtungen zur Schaffung von Ausstattungsvorgaben ausschließlich auf Gebäudeeigentümer (siehe Art. 8). Verpflichtungen zur Verlegung von Leerrohren bzw. Glasfaserinfrastrukturen sind dagegen im Übrigen nicht vorgesehen. Umgekehrt sind auch keine telekommunikationsrechtlichen oder sonstige europäischen Regelungen ersichtlich, die einer derartigen Pflicht entgegenstehen können. Insoweit besteht ein nicht unerheblicher Spielraum aus europarechtlicher Sicht. Diese müssen sodann so ausgelegt sein, dass sie technologieneutral nicht nur der Verbreitung von Festnetzen mit hohen Bandbreiten, sondern auch entsprechenden Mobilfunknetzen dienen können.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

In verfassungsrechtlicher Hinsicht sind zunächst die einschlägigen Gesetzgebungskompetenzen für die vorgesehene Mitverlegungsverpflichtung zu prüfen (dazu 1.). Sodann stellt sich die Frage nach den diesbezüglichen Verwaltungskompetenzen (dazu 2.). Ferner ist auf die besonderen Vorgaben der Wettbewerbs- und Technologieneutralität sowie des Gebots der Privatwirtschaftlichkeit aus Art. 87f GG einzugehen (dazu 3.). Knapp sind darüber hinaus die Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG zu analysieren (dazu 4.). Schließlich sind umfassend die grundrechtlichen Anforderungen an eine entsprechende Verpflichtung zu untersuchen (dazu 5.) und in diesem Zusammenhang ist auch auf die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots im vorliegenden Kontext einzugehen (dazu 6.).

1. Gesetzgebungskompetenzen

a) Ausgangspunkt: Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 GG

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist zunächst zu prüfen, ob dem Bund überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für eine derartige Ausstattungsverpflichtung zukommt. Nach der Verteilungsregel des Art. 70 GG verbleibt die allgemeine Straßen- und Wegekompetenz nämlich den Ländern, sofern nicht einzelne Kompetenztitel des Bundes (ausschließlicher oder konkurrierender Art) einschlägig sind.

b) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG

In Betracht kommt insoweit zunächst die Spezialgesetzgebungskompetenz für die Universaldienstversorgung nach Art. 87f Abs. 1 GG als ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes, da gerade bei öffentlich getragenen Verkehrsprojekten auf lokaler Ebene eine Verlegungspflicht von Glasfaser oder Leerrohren die Erreichung von Universaldienstversorgungszielen beflügeln könnte.

Dabei ist umstritten, wie weit die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG gerade in Abgrenzung zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG reicht. Dies ist vorliegend allerdings für die Rechtmäßigkeit des Vorhabens nicht entscheidend, da in beiden Fällen eine ausschließliche Kompetenz des Bundes besteht. Die Differenzierung ist nur insofern von Bedeutung, als die übrige Post- und Telekommunikationsgesetzgebung nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG nicht der Zustimmungspflichtigkeit des Bundesrates unterliegt.⁹ Praktisch

⁹ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 87f, Rn. 43.

ist diese Frage bislang allerdings bei den größeren TKG-Novellen noch nicht relevant geworden, weil der Bundesgesetzgeber das TKG als Ganzes in einem einheitlichen Gesetzgebungsverfahren überarbeitet hat, ohne den Universaldienst in einem eigenständigen Verfahren zu novellieren.

Im Übrigen sind drei Fragenkreise in Bezug auf die hoch umstrittene Norm des Art. 87f Abs. 1 GG voneinander zu unterscheiden: Erstens stellt sich die Frage, inwiefern Art. 87f Abs. 1 GG auch andere universaldienstrelevante wegerechtliche Gesetzgebungsaktivitäten jenseits der Fixierung eines Universaldienststandards abdeckt. Davon zu trennen ist eine zweite Frage, ob die Gesetzgebungskompetenz auch für die Festsetzung von Universalstandards jenseits eines Minimalstandards greift¹⁰ und falls dies verneint wird, ob drittens die Regelung andere Kompetenztitel insoweit sperrt und damit Fördermaßnahmen jenseits eines Mindeststandards kompetenziell ausschließt¹¹.

Vorliegend geht es ausschließlich um die erste Frage, da hier *nicht* die Fixierung von Universaldienststandards einschließlich entsprechender Förderprogramme in Rede stehen, sondern – gleichsam vorgelagert – die Frage nach der Förderung des Breitbandausbaus insgesamt jenseits von Universaldienstfragen. Die Verlegungspflichten sind vorliegend nämlich in keiner Weise auf bestimmte förderpflichtige Regionen beschränkt. Mit Blick auf diese erste Frage ist festzustellen, dass die Vorgabe einer Universaldienstabsicherung in allen – insbesondere regulatorischen, aber auch die frequenzpolitischen und wegerechtlichen – Entscheidungen der Telekommunikationsgesetzgebung zumindest indirekt eine Rolle spielt, da entsprechende Festlegungen Einfluss auf den Wettbewerb und damit auch auf die Sicherung der Daseinsvorsorge im Wettbewerb haben. Diese in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG vorgegebene Wettbewerbsorientierung muss jedoch nicht zwingend von der spezialgesetzlichen Gesetzgebungskompetenz des Art. 87f Abs. 1 GG, sondern kann gleichermaßen von der allgemeinen telekommunikationsrechtlichen Kompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG erfasst werden.¹² Diese ist nämlich, wie sogleich darzulegen ist (dazu c)), als umfassende Gesetzgebungskompetenz im Telekommunikationsbereich zu verstehen. Jedenfalls sind die beiden Vorschriften gleichsam als „kommunizierende Röhren“ einzuordnen: Sofern eine Bestimmung enger gefasst wird, wird dies jeweils durch ein erweitertes Verständnis der anderen Kompetenznorm kompensiert. So oder so ist also eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes das Ergebnis.

¹⁰ Dagegen *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 87f, Rn. 35 f. und 40; *Uerpmann-Wittzack*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Auflage 2012, Art. 87f, Rn. 12; dafür *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band VI, Stand: Oktober 2010, Art. 87f, Rn. 66 ff.

¹¹ Gegen ein solches Verständnis *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ergänzungslieferung November 2015, Art. 87f, Rn. 101 ff.; vgl. auch *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 596.

¹² Dagegen wohl *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band VI, Stand: Oktober 2010, Art. 87f, Rn. 89 i.V.m. Rn. 83 ff.

Art. 87f Abs. 1 GG greift gleichwohl nicht als Kompetenzgrundlage für die gesetzliche Regelung einer Leerrohr- bzw. Glasfasermittelverlegungsverpflichtung.

c) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass eine Abstützung auf die allgemeine und ebenfalls ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Telekommunikationsbereich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG in Betracht kommt. Diese kann zwar enger bezogen werden auf unmittelbar telekommunikationsrelevante Sachverhalte. In diesem Zusammenhang sorgte in jüngerer Zeit die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts für Missverständnisse, Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG berechtere „unmittelbar allerdings nur zur Regelung der technischen Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur und der Informationsübermittlung mit Hilfe von Telekommunikationsanlagen“.¹³ Daraus wird zum Teil geschlossen, dass die wirtschaftlichen Regelungsgehalte der Telekommunikation nicht von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG erfasst werden, sondern von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.¹⁴ Das würde eine erhebliche Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG zur Folge haben und im Übrigen zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen, da häufig technische Regelungen mit ökonomischen Implikationen und umgekehrt ökonomische Vorgaben mit technischem Hintergrund normiert werden müssen. Das gilt etwa für die Steuerung der Frequenzvergabe. Gerade im Rahmen der Ausgestaltung der Versteigerung von Mobilfunkfrequenzen dürfte dann eher der wirtschaftlich-wettbewerbliche Aspekt im Vordergrund stehen und die technische Seite der Frequenzknappheit nur der Auslöser des Regelungsbedürfnisses sein.¹⁵

Ein derartiges Verständnis der Ausblendung der wirtschaftlichen Aspekte der Telekommunikation wird schon der traditionell umfassenden Abdeckung des gesamten Fernmeldewesens nicht gerecht. So war vor der Aufgabenprivatisierung im Telekommunikationsbereich (ebenso wie im Postwesen) die Leistungserbringung durch die Deutsche Bundespost kompetenziell umfassend abgedeckt. Nach der Beseitigung der Monopole ist nunmehr eine umfangreiche Regulierung erforderlich, die zur Sicherung der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen notwendig ist. Sie ist also Konsequenz der Beseitigung der Monopole und war im Rahmen der vorbereitenden Postreform II Gegenstand

¹³ Zuletzt etwa BVerfGE 125, 260 (314).

¹⁴ *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band V, Stand: April 2010, Art. 73, Rn. 167; ähnlich *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage 2010, Art. 73, Rn. 71 und v.a. Rn. 76.

¹⁵ Unverständlich insoweit *Uhle*, der trotz der von ihm – zu Unrecht – vertretenen Nicht-Erfassung ökonomischer Aspekte die gesetzliche Steuerung der Versteigerung von UMTS-Lizenzen einschließlich der Regelung der Einnahmen doch unter Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG subsumiert, siehe *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band V, Stand: April 2010, Art. 73, Rn. 168.

der verfassungsrechtlichen Anpassung in den Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 87f und 143b GG. Eine Verschiebung der Gesetzgebungskompetenzen in diesem Bereich in den Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG war damit aber nicht beabsichtigt und entspräche nicht der bisherigen Tradition der Erfassung der legislativen Steuerung auch der Leistungserbringung. Damit werden die wirtschaftlichen und wettbewerblichen Steuerungen in der Telekommunikationsordnung durch Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG gleichermaßen erfasst. Die Norm ist auch insoweit *lex specialis* zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 16 GG.

Die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes war zwar auch im Rahmen der Normierung der, heute in den §§ 68 ff. TKG geregelten, telekommunikationsrechtlichen Wegerechte umstritten.¹⁶ Dazu wurde vertreten, dass allenfalls die Entscheidung, den Telekommunikationsunternehmen überhaupt die Wegebenutzung zu ermöglichen, nicht aber die konkrete Ausgestaltung von der Bundeskompetenz erfasst sei.¹⁷ Letzteres verbliebe nach der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG in der Zuständigkeit der Länder. Gestützt wurde auch diese Auffassung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der die Kompetenz für das Fernmeldewesen auf die technische Seite der Nachrichtenübertragung beschränkt sei.¹⁸ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass damit lediglich eine Abgrenzung zur materiell-inhaltlichen Seite gemeint war, nicht aber die fernmeldetechnischen und infrastrukturellen Voraussetzungen der Übertragung ausgenommen werden sollten, was sich auch aus der Anlehnung an den älteren Begriff des Fernmeldewesens ergibt.¹⁹ Mit der Neuformulierung „Telekommunikation“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 TKG sollte im Übrigen keine inhaltliche Veränderung einhergehen.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach der Bundeskompetenz für das telekommunikationsrechtliche Wegerecht zwar offen gelassen²¹, aber nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts berechtigt Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG den Bund, Regelungen zur Nutzung von Verkehrswegen für Telekommunikationslinien zu erlassen.²² Damit ist der Bund nach ganz herrschender Meinung²³ auch für die Regelung der wegerechtlichen Implikationen zuständig.

Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG ist damit als umfassende Kompetenznorm zur Steuerung des Wirtschaftssektors „Telekommunikation“ zu verstehen. Dies umfasst über technische

¹⁶ *Stelkens*, TKG-Wegerecht - §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 68, Rn. 20 ff. mit zahlreichen Nachweisen zu den vertretenen Ansichten.

¹⁷ *So Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Archiv PT 1996, 307 (311).

¹⁸ *Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Archiv PT 1996, 307 (311).

¹⁹ *Dörr*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, Kommentar, 3. Auflage 2013, § 68, Rn. 7.

²⁰ *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Auflage 2012, Art. 73, Rn. 33.

²¹ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, NVwZ 1999, 520; dazu auch *Stelkens*, TKG-Wegerecht - §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 68, Rn. 21.

²² BVerwG, Beschluss v. 7.5.2001 – Az. 6 B 55/00, NVwZ 2001, 1170 (1170).

²³ Vgl. dazu auch das insoweit eindeutige Meinungsbild in der Literatur bei *Stelkens*, TKG-Wegerecht - §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 68, Rn. 20.

Aspekte hinaus die wirtschaftlichen Fragen, dann aber nicht nur die wirtschaftlichen Voraussetzungen in einem engeren Sinne, sondern auch die wegerechtlichen Implikationen und Bedingungen für eine umfassende Breitbandversorgung. Daher ist auch die Mitverlegungsverpflichtung von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG kompetenziell abgedeckt. Auch die planerischen und haushalterischen Implikationen widersprechen nicht dieser Subsumtion, da der Schwerpunkt nicht auf diesen Aspekten liegt, sondern auf der umfassenden Schaffung der Voraussetzungen für eine funktionsfähige Breitbandversorgung. Das folgt ferner aus einer vergleichenden Betrachtung insoweit, als beispielsweise die Energieeinspargesetzgebung über das Energieeinspargesetz (und die Energieeinsparverordnung) aufgrund der gestiegenen Anforderungen an das Bauen auch durch die öffentliche Hand haushalterische Implikationen hat, ohne dass deshalb die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das Recht der Wirtschaft in Frage gestellt worden wäre. Angesichts der Bedeutung einer Leerrohrverlegungsverpflichtung für die Errichtung von breitbandigen Telekommunikationsnetzen und ihrer Verbindungslinien zu den allgemeinen Wegerechten spricht eine teleologische Interpretation des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG daher für ein weiteres Verständnis jener Norm.

d) Weitere Gesetzgebungskompetenzen aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 18, 22 und 23 GG

Alternativ käme zwar die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zum Bodenrecht bzw. für den Bau der Landstraßen auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG in Betracht. Soweit Schienenwege betroffen sind, könnte auch der Kompetenztitel aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG bzw. Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG in Erwägung gezogen werden. Angesichts der obigen Ausführungen sind diese Kompetenztitel jedoch als verdrängt zu erachten. Sollte – entgegen der hier vertretenen Auffassung – nicht Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG, sondern Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 oder Nr. 11 GG für einschlägig erachtet werden, wären jedenfalls die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt, da die Verpflichtung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich macht. Denn es muss im ganzen Bundesgebiet eine einheitliche Grundlage für eine angemessene Versorgung mit Breitbandinfrastrukturen geschaffen werden. Dieses Einheitlichkeitsgebot folgt auch aus der bundesweit ausgerichteten Verpflichtung des Art. 87f GG.

e) Zwischenergebnis

Demnach besteht vorliegend für die vorgesehenen Mitverlegungsverpflichtungen eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG. Die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG ist nicht einschlägig, so dass keine Zustimmungspflichtigkeit seitens des Bundesrates vorliegt. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG verdrängt als *lex specialis* Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 oder Nr. 11 GG. Im Übrigen wären aber auch die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt, da die Verpflichtung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erfordert.

2. Verwaltungskompetenzen – Konflikt mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG?

Bei der Anordnung einer Leerrohr- bzw. Glasfasermitlegungspflicht gilt es ferner zu bedenken, dass angesichts des Umstands, dass diese Pflicht auch die Kommunen bei ihren Bauvorhaben betrifft, neben einem Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 GG (dazu umfassend sogleich 4.) auch ein Verstoß gegen das Kompetenzverteilungsprinzip aus den Art. 83 ff. GG vorliegen kann. Danach sind grundsätzlich die Länder für die Ausführung der Verwaltung zuständig. Nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist sodann eine Aufgabenübertragung, das heißt eine Übertragung des Vollzugs von Bundesgesetzen, an die Gemeinden und Gemeindeverbände unzulässig.²⁴ Dabei stellt sich allerdings zunächst allgemein die Frage, ob die vorgesehene Vorschrift überhaupt einen eigenständigen Verwaltungsvollzug vorsieht, so dass eine verfassungsrechtliche Prüfung der exekutiven Kompetenzverteilung indiziert ist. Das ist für die bislang konzipierte Leerrohr- oder Glasfasermitlegungspflicht in § 77i TKG n.F. schon fraglich. Denn es geht ja nicht um eine administrative Aufgabenerledigung, sondern eine Ausstattungsverpflichtung bei Verkehrsprojekten, die zudem sehr weitreichend Bauarbeiten zur Bereitstellung von Verkehrsdiensten erfasst, die auch bloß „teilweise aus öffentlichen Mitteln“ gefördert werden. Damit ist ein breites Spektrum auch privater Akteure Adressat der Maßnahme. Schon insoweit liegt keine Verwaltungstätigkeit vor, da schon nicht ausschließlich die Verwaltung im organisatorischen Sinne adressiert wird.²⁵ Vor allem liegt aber keine Verwaltung im materiellen Sinne vor, da das Mitverlegen von Leerrohren bzw. Glasfaserkabeln keine hoheitliche Tätigkeit darstellt. Zwar ist die Durchführung von Verkehrsprojekten eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, die allgemein zur Leistungsverwaltung gezählt

²⁴ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band V, Stand: Januar 2011, Art. 84, Rn. 162.

²⁵ Zu den verschiedenen Definitionen der Verwaltung siehe im Überblick *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2015, Rn. 9 ff.

wird.²⁶ Vorliegend geht es jedoch nicht um die Bereitstellung einer bestimmten Leistung, sondern um eine Ausstattungsvorgabe. Auch die an Private adressierte Ausstattungsverpflichtung der Gebäude mit Breitbandinfrastrukturen müsste sonst zur Annahme führen, dass insoweit die Gebäudeeigentümer in die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen eingebunden werden, was offensichtlich nicht der Fall ist. In der Auferlegung der vorliegenden Ausstattungsverpflichtung bzw. Mitverlegungsverpflichtung kann daher mit guten Gründen kein Verwaltungsvollzug erkannt werden. Schon insoweit können also etwaige verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt werden.

Unabhängig davon ist auf die in der Literatur sehr umstrittene Reichweite des Verbots aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG und insbesondere auf die verbreitete teleologische Reduktion dieser Vorschrift hinzuweisen, nach der Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG die Gemeinden nur vor der Übertragung von mit erheblichen Kostenfolgen verbundenen Leistungsgesetzen schützen soll.²⁷ Auf dieser Grundlage ist – im Einklang mit der zunächst aufgeworfenen Frage des „Ob“ eines Verwaltungsvollzugs – davon auszugehen, dass nicht jede noch so kleine, den Kommunen zusätzlich auferlegte Verpflichtung bereits als Übertragung einer (neuen) Aufgabe im Sinne jener Norm anzusehen ist.²⁸ Grundsätzlich nicht erfasst sind rein quantitative Mehrungen, solange der bestehenden Aufgabe dadurch nicht eine grundsätzlich andere Bedeutung und Tragweite verliehen wird.²⁹ Die Straßenbaulast der Kommunen wird jedenfalls selbst nicht in diesem Maße modifiziert. Hier können wiederum Parallelen zum Energieeinsparungsgesetz gezogen werden, das gleichermaßen steigende Anforderungen an den Bau von Gebäuden – auch der öffentlichen Hand auf kommunaler Ebene – stellt. Diese zusätzlichen Pflichten sind aber ebensowenig als Übertragung einer neuen Aufgabe angesehen worden. Zwar ist einzuräumen, dass jedenfalls eine Glasfasermitverlegungspflicht nicht unerhebliche Kosten für die öffentliche Hand insgesamt bedingt, da diese ja die Verkehrsvorhaben finanzieren müssen. So geht das Statistische Bundesamt von einem Aufwand in Höhe von 67,2 Mio. Euro für alle Verkehrsvorhaben aus. Davon entfallen auf die in den Zuständigkeiten von Ländern und Kommunen liegenden Landes- und Kreisstraßen Kosten in Höhe von 20,1 Mio. Euro. Der Großteil der Kosten – nämlich für Bundesautobahnen, Bundesstraßen und Ortsumgehungen – in Höhe von 47,1 Mio. Euro entfällt hingegen auf den insoweit in der Finanzierungsverantwortung stehenden Bund. Dabei sind auch die Kosten pro Meter in Höhe von 34 Euro, wie sie vom Statistischen Bundesamt geschätzt werden, durchaus relevant.

²⁶ Siehe wiederum statt vieler *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2015, Rn. 10 m. w. Nachw.

²⁷ Vgl. *Broß/Mayer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Auflage 2012, Art. 84, Rn. 34.

²⁸ Ebenso z.B. *Groß*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 4, Stand: 2007, Art. 84, Rn. 22.

²⁹ So überzeugend *Broß/Mayer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Auflage 2012, Art. 84, Rn. 37 f., m. w. Nachw. zur Gegenansicht; wie hier auch *Groß*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 4, Stand: 2007, Art. 84, Rn. 22.

Gemessen an den Kosten der Bauvorhaben pro Meter Straße in Höhe von teils bis zu 10.000 Euro (bei Autobahnen) und mindestens etwa 3000 Euro ist der Anteil gleichwohl bei maximal etwa 1 %, so dass insoweit keine die Vorhaben prägende Wirkung entsteht.

Daher spricht alles dafür, dass angesichts der Übertragung überschaubarer Pflichten, Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vorliegend nicht greift. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Lehrrohr- bzw. Glasfasermitlegungspflicht jedenfalls nicht spezifisch an die Kommunen richtet. Nicht erfasst vom Aufgabenübertragungsverbot sind nämlich nach einer Auffassung im Schrifttum indirekte Folgen bundesgesetzlicher Regelungen, die an lediglich funktional umschriebene Behörden adressiert sind, deren Aufgaben aber bereits durch Landesrecht den Kommunen zugewiesen sind.³⁰ Damit ergeben sich hinsichtlich Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG für die geplante Mitverlegungspflicht keine durchgreifenden Bedenken. Auf die Möglichkeit, eine Verpflichtung der Kommunen durch die Länder anzustreben, die nicht der Einschränkung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG unterliegen, muss daher nicht weiter eingegangen werden. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass in der bisherigen Konzeption des § 77i DigiNetzG auch keine spezifische Kompetenz für den Vollzug vorgesehen ist. Diese läge nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich beim Bund, der sie in der bisherigen Logik des TKG im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung auf die Bundesnetzagentur zu übertragen hätte.

3. Grenzen der Mitverlegungspflicht aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG

a) Wettbewerbs- und Technologieneutralität

Ergänzend stellt sich die Frage, ob eine Mitverlegungsverpflichtung gegebenenfalls gegen das aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG abzuleitende Wettbewerbsprinzip verstößt³¹, wonach Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten bestehender Anbieter zu vermeiden bzw. zu minimieren sind. Zentrale Komponente des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ist das Gebot der Wettbewerbsöffnung bzw. das Verbot der Wettbewerbsverfälschung, das im Verfassungstext in der Formulierung „und durch andere private Anbieter“ verortet werden kann. Die gleichwertige Nennung als Wettbewerber impliziert die Ausstattung mit vergleichbaren Marktzutritts- und Wettbewerbschancen. Dies ergibt sich auch im Gegensatz aus den in Art. 143b Abs. 2 GG eigens vorgesehenen ausschließlichen Rechten.

³⁰ *Germann*, in: Kluth (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, Einführung und Kommentierung, 2007, Art. 84, 85 GG, Rn. 121; ähnlich auch *Pieroth*, Das Verbot bundesgesetzlicher Aufgabenübertragung an Gemeinden, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), Festschrift Schnapp, 2008, S. 213 (229); a.A. *Trute*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 84, Rn. 59.

³¹ Wie hier *Gersdorff*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 87f, Rn. 34 ff.

Abgesehen von diesen Sonderpositionen dürfen spezifische Marktteilnehmer nicht bevorzugt werden. Dementsprechend müssen nichtdiskriminierende und chancengleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Dies setzte in der Folge der Verfassungsänderung einen ordnungspolitischen Wandel und entsprechende regulatorische Flankierungen voraus, da bislang kein Wettbewerb herrschte. Ferner ist der Grundsatz der Technologieneutralität zu gewährleisten. Die verfassungsrechtliche Reichweite dieser Vorgabe ist in der Literatur noch nicht weiter ausgelotet. Da die Technologieneutralität letztlich eine Wettbewerbsneutralität sichert, ist davon auszugehen, dass insoweit aus Art. 87f Abs. 2 GG vergleichbare Forderungen abgeleitet werden können wie bei einem strengen Verständnis der EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben zur Technologieneutralität. So dürfen Förderprogramme weder rechtlich noch faktisch bestimmte Technologien bevorzugen bzw. benachteiligen.

Insoweit kann jedoch auf die Ausführungen zum EU-Beihilfenrecht verwiesen werden (siehe oben I.3.). Dort wurde ja gerade dargelegt, dass die Mitverlegungsverpflichtung technologieneutral und im Übrigen auch auf einer der Telekommunikationsregulierung vorgelagerten Stufe erfolgt.

b) Primat der Privatwirtschaftlichkeit

Weitere Vorgaben ergeben sich aus dem Primat der Privatwirtschaftlichkeit („privatwirtschaftliche Tätigkeiten“) gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG, das einer öffentlichen Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen entgegensteht. Sicher ist nämlich, dass die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Art. 87f GG der hoheitlichen Verwaltung in materieller Hinsicht entzogen ist. Damit sind einer verwaltungsmäßigen Erbringung von Infrastrukturdiensten entsprechende Grenzen gesetzt. Das Gebot des Erbringens der Dienstleistungen in privatwirtschaftlicher Tätigkeit zielt nach der Begründung des Regierungsentwurfs gerade primär darauf ab, die Erbringung als hoheitliche Verwaltungsaufgabe auszuschließen.³²

Dies bedeutet in der Konsequenz, dass vor dem Hintergrund des Art. 87f GG solche Verpflichtungen ausscheiden, die darauf abzielen, in öffentlicher Hand ein umfassendes Telekommunikationsnetz zu schaffen. So ist der Gesamtansatz des Art. 87f GG auf einen Rückzug des Staates aus der Bereitstellung von Telekommunikationsleistungen einschließlich entsprechender Infrastrukturen ausgerichtet, also ein Rückzug von einer Leis-

³² Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/7269, S. 4 („[...] ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird [...]“) und S. 5 („[...] staatliche Kompetenzen keinesfalls das verwaltungsmäßige Erbringen postalischer Dienstleistungen zulassen“).

tungsverantwortung hin zu einer Gewährleistungsverantwortung. Die Universaldienstversorgung soll im Wettbewerb durch unternehmerisches Handeln bereitgestellt werden. Versorgungslücken, die insbesondere im Bereich der Universaldienstverpflichtung aus Art. 87f Abs. 1 GG entstehen, sollen gerade *nicht* durch eigene staatliche Leistungsaktivitäten geschlossen werden, sondern wiederum im Wettbewerb durch private Akteure, gegebenenfalls gefördert durch finanzielle Anreize.

Unproblematisch ist insofern aber der hier durch die Mitverlegungsverpflichtung erfolgende punktuelle Ausbau von telekommunikationsinfrastrukturelevanten *Vorleistungen* seitens der öffentlichen Hand, die anschließend Telekommunikationsnetzbetreibern zur Verfügung gestellt werden. Auch wenn der Bestand an entsprechenden passiven Infrastrukturen gerade auf kommunaler Ebene durch die Mitverlegungsverpflichtung über die Jahre hinweg erheblich anwachsen kann, so zielt das gleichwohl nicht auf eine Netzbetreiberstellung. Dies gilt erst recht, wenn die bisher avisierte Regelung einer Verlegungsverpflichtung durch eine bloße Gewährleistungsverpflichtung ersetzt wird, was in der Fassung des Kabinettsentwurfs geschehen ist.³³ Denn diese ist gegenüber einer privatwirtschaftlichen Realisierung deutlich offener, so dass gegebenenfalls schon insoweit ein Konflikt mit dem Primat der Privatwirtschaftlichkeit ausscheidet, ohne dass es darauf ankäme, dass nur ein punktueller Ausbau erfolgt. Schließlich sieht der Regierungsentwurf in § 77i Abs. 7 DigiNetzG nunmehr vor, dass die Mitverlegung „den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes durch *private Betreiber* öffentlicher Telekommunikationsnetze [...] ermöglichen“³⁴ soll, was nach der Gesetzesbegründung³⁵ die Ausgestaltung des anschließenden Betriebs als privatwirtschaftliche Tätigkeit sicherstellen soll.

4. Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG

Sodann stellt sich die Frage, ob die Mitverlegungsverpflichtung einen Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG zu begründen vermag.

So können Parallelen gezogen werden zu der vom Bundesverfassungsgericht akzeptierten Regelung einer unentgeltlichen Nutzungsberechtigung an öffentlichen Verkehrswegen zu Zwecken des Aufbaus von Telekommunikationsinfrastrukturen privater Unternehmen.³⁶

³³ BT-Drs. 18/8332, S. 17.

³⁴ BT-Drs. 18/8332, S. 17; Hervorhebung durch die Verfasser.

³⁵ BT-Drs. 18/8332, S. 53.

³⁶ BVerfG, Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, NVwZ 1999, 520.

a) Schutzbereich

Art. 28 Abs. 2 GG begründet über eine institutionelle kommunale Einrichtungsgarantie hinaus subjektive Rechte von Gemeinden und Gemeindeverbänden. Gemeinden wird im Grundgesetz das Recht auf eine selbständige, vom Staat unabhängige Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im eigenen Namen, nach eigenem Ermessen und mit eigenen Finanz- und Wirtschaftsmitteln eingeräumt.³⁷ Das beinhaltet die Freiheit von staatlichen Weisungen und die Freiheit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nach eigenen politischen Vorstellungen, insbesondere in den typisierten Bereichen der Organisation, der Planung und der Finanzen. Konkret beinhaltet dies das Recht, die für die selbständige Erledigung der eigenen und übertragenen Aufgaben erforderlichen Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten im einzelnen zu regeln (Organisationshoheit), die Befugnis, die eigenen Angelegenheiten auf Grund eigener Konzeption und Schwerpunktsetzung zu erledigen (Planungshoheit) sowie die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft (Finanzhoheit, Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG).³⁸

Zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft³⁹ zählen alle Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen.⁴⁰ Dies umfasst, wie zum Beispiel die Aufzählung in Art. 83 Abs. 1 BV zeigt, über das genuine gemeindliche Aufgabengebiet der Bauleitplanung hinausgehend insbesondere den „örtliche[n] Verkehr nebst Straßen- und Wegebau“ sowie „die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft“.⁴¹ Diesbezüglich stehen den Gemeinden die o.g. Befugnisse zur eigenverantwortlichen Regelung entsprechender Belange zu.

Durchaus fraglich ist jedoch, ob dies auch die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Verlegung von Infrastrukturen zu Telekommunikationszwecken umfasst. So sieht es das Bundesverfassungsgericht durchaus als zweifelhaft an, ob die Entscheidung der Einräumung von Wegerechten für Telekommunikationslinien überhaupt eine selbständige

³⁷ Zur Allzuständigkeit von Gemeinden in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft BVerfGE 83, 37 (54).

³⁸ Zu den verschiedenen Ausprägungen der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 1.1.2013, Art. 28, Rn. 40 ff.

³⁹ Umfassend *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage 2012, Art. 28, Rn. 12 ff.

⁴⁰ BVerfGE 79, 127 (151 f.).

⁴¹ Zur Qualifikation der Wasser- und Energieversorgung als „typische [...], die Daseinsvorsorge betreffende [...] Aufgabe der kommunalen Gebietskörperschaften“ bereits BVerfG, Beschluss v. 16.5.1989 – 1 BvR 705/88, NJW 1990, 1783 (1783).

kommunale Verwaltungsaufgabe darstellt.⁴² Darüber hinaus spricht die verfassungsrechtliche Zuweisung hoheitlicher telekommunikationsrechtlicher Aufgaben an die bundeseigene Verwaltung in Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG gegen deren Qualifikation als örtliche Angelegenheit.⁴³

Damit wäre nur bei äußerst großzügiger Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG die Mitverlegungsverpflichtung dem eigenen Wirkungskreis zuzurechnen und damit überhaupt als örtliche gemeindliche Angelegenheit zu qualifizieren. Angesichts der finanziellen Implikationen einer Mitverlegungsverpflichtung und der Bedeutung der Finanzhoheit mag dies jedoch noch zu bejahen sein.

Fraglich ist demnach schon, ob der Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG vorliegend überhaupt eröffnet ist. Dies ist nur bei großzügiger Auslegung zu bejahen, da es sich bei den genannten Maßnahmen um solche zur Förderung des Breitbandausbaus handelt, die nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG mit guten Gründen der Bundesebene zugeordnet werden können, auch wenn sie Auswirkungen auf die dezentrale Ebene haben.

b) Eingriff

Ausgehend von der Annahme einer Schutzbereichseröffnung könnten Eingriffe in die gemeindliche Finanz-, Organisations- und Planungshoheit aus der Auferlegung einer Mitverlegungspflicht resultieren. Darin ist aber selbst bei großzügiger Auslegung kein Entzug kommunaler Selbstverwaltungsaufgaben und damit kein Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG zu erkennen. Dafür sind die Beeinträchtigungen zu minimal, die finanziellen Auswirkungen zu gering, die planerischen Konsequenzen ebenfalls nur sehr randseitig relevant. Art. 28 Abs. 2 GG schützt im Übrigen nicht einzelne vermögenswerte Rechtspositionen, sondern nur generell die Möglichkeit „eigenes Wirtschaften[s] mit Einnahmen und Ausgaben“ der Gemeinden.⁴⁴ Diese Möglichkeit ist vorliegend offensichtlich nicht betroffen.

⁴² BVerfG, Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, Rn. 36 (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 1999, 520 (520).

⁴³ Ebenso BVerfG, Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, Rn. 39 (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 1999, 520 (521).

⁴⁴ Insofern reicht der Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG nicht so weit wie Art. 14 Abs. 1 GG, auf den sich die Gemeinden gerade nicht berufen können, BVerfG, Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, Rn. 42 f. (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 1999, 520 (521).

c) Zwischenergebnis

Die in § 77i Abs. 6 DigiNetzG normierte Mitverlegungspflicht greift angesichts ihrer geringen finanziellen, planerischen und organisatorischen Auswirkungen nicht in die gemeindliche Finanz-, Planungs- und Verwaltungshoheit ein. Eine Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG scheidet jedenfalls aus.

5. Vorgaben aus den Grundrechten des Grundgesetzes

Da sehr weit gehend alle – auch die nur teilweise – aus öffentlichen Mitteln geförderten Verkehrsinfrastrukturprojekte einer Mitverlegungsverpflichtung unterworfen werden sollen, sind auch private Vorhabenträger von der Verpflichtung erfasst, wenn diese im Rahmen der Projektrealisierung auf öffentliche Mittel zurückgreifen. Daher ist die Vereinbarkeit der Verpflichtung mit Grundrechten zu prüfen.

a) Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG

Von einer Verfassungswidrigkeit wäre auszugehen, wenn die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungspflicht einen nicht rechtfertigbaren Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG begründet.

aa) Schutzbereich

(i) *Persönlicher Schutzbereich*

Als Rechteinhaber der Eigentumsfreiheit kommen sowohl juristische Personen des öffentlichen Rechts (insbesondere Gemeinden) und juristische Personen des Privatrechts (als auch natürliche Personen) in Betracht.

Kommunen als juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich grundsätzlich nicht auf Art. 14 GG berufen.⁴⁵ Ein Verstoß gegen Art. 14 GG scheidet diesbezüglich von

⁴⁵ BVerfGE 61, 82 (100 f.).

vornherein aus. Gleiches gilt, wenn auch nicht unumstritten⁴⁶, für privatwirtschaftlich organisierte, mehrheitlich in öffentlicher Hand befindliche⁴⁷ kommunale Versorgungsunternehmen, die öffentliche Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge wahrnehmen⁴⁸.⁴⁹ Gemischtwirtschaftlichen, aber nicht von der öffentlichen Hand beherrschten kommunalen Versorgungsunternehmen dürfte angesichts des dortigen Überwiegens des personalen Substrats von Privatrechtssubjekten eine Berufung auf Art. 14 GG hingegen eröffnet sein.⁵⁰ Unumstritten können sich aber ohnehin privatrechtliche Vorhabenträger, hinter denen ausschließlich Privatrechtssubjekte stehen, unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG ebenso wie natürliche Personen auf Art. 14 GG berufen. Von der von Art. 19 Abs. 3 GG geforderten wesensgerechten Anwendbarkeit ist in diesem Kontext auszugehen.⁵¹

Während sich Kommunen und in öffentlicher Hand befindliche juristische Personen demnach nicht auf die Grundrechte aus Art. 12 und Art. 14 GG berufen können, ist dies für private (natürliche und) juristische Personen der Fall.

(ii) Sachlicher Schutzbereich

Art. 14 Abs. 1 GG schützt sämtliche vermögenswerten Rechte, die einem Privatrechtssubjekt durch die Rechtsordnung zugeordnet sind.⁵² Hierzu zählen das privatrechtliche Eigentum sowie die auf Grundlage des Zivilrechts eingeräumten Nutzungsrechte an den von Bauvorhaben betroffenen Verkehrswegen. Als geschützte Aspekte umfasst Art. 14 Abs. 1 GG vollumfänglich „die Entscheidung des Eigentümers [bzw. des Inhabers von Nutzungsrechten] darüber, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will“⁵³. Hierzu zählt

⁴⁶ So stellt zum Beispiel *Kämmerer* im Hinblick auf Art. 12 GG nicht auf die Anteilsverteilung, sondern auf eine funktionale Betrachtungsweise ab, siehe *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 14.

⁴⁷ Im Hinblick auf ein zu 75 % in öffentlicher Hand befindliches Stromversorgungsunternehmen BVerfG, Beschluss v. 18.5.2009 – 1 BvR 1731/05, Rn. 16 f. (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 2009, 1282 (1283).

⁴⁸ Exemplarisch für den Bereich der Wasserversorgung BVerfGE 45, 63 (78 ff.).

⁴⁹ Diese sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst Grundrechtsverpflichtete, BVerfG, Urteil v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 (1201). BR Drucksache 240/1/13 (Entwurf), Rn. 8, differenziert hiernach nicht und geht pauschal von einem „unangemessenen und unverhältnismäßigen Eingriff in die Eigentums- und Nutzungsrechte der kommunalen Versorgungsbetriebe“ aus.

⁵⁰ So hat auch das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit für die Deutsche Telekom AG bejaht, BVerfG, Beschluss v. 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03, Rn. 72 (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 2006, 1041 (1041).

⁵¹ Zur Geltung des Art. 14 GG für juristische Personen allgemein BVerfGE 4, 7 (17).

⁵² Ausführlich *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage 2012, Art. 14, Rn. 6 ff.

⁵³ BVerfGE 88, 366 (377).

nicht nur das Recht zur Entscheidung über die (entgeltliche) Überlassung zur Nutzung⁵⁴ durch Dritte oder den Ausschluss von Dritten, sondern auch die vorgelagerte Frage, inwiefern überhaupt spätere Zugangsansprüche auslösende Leerrohre bzw. Glasfaserleitungen bei Verkehrsvorhaben mitverlegt werden.

Damit sind die eigentumsrechtlichen Nutzungsrechte vorliegend umfassend geschützt.

bb) Eingriff

Die in § 77i Abs. 6 TKG-E vorgesehene unmittelbare Verpflichtung zur Verlegung von Leerrohren bzw. Glasfasern bei Verkehrsprojekten, die öffentlich mitfinanziert werden, beschneiden die Entscheidungsfreiheit über die Ausgestaltung der entsprechenden Bauvorhaben.

Angesichts der unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen sind die genannten Verpflichtungen entweder als Inhalts- oder Schrankenbestimmung oder als Enteignung zu qualifizieren. Während die nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG zulässige Enteignung durch eine konkret-individuelle „Entziehung [von] Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“⁵⁵ gekennzeichnet ist, zielen Inhalts- und Schrankenbestimmungen auf eine „generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten [...] hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum i.S. der Verfassung zu verstehen sind“⁵⁶. Letzteres ist im vorliegenden Kontext der Fall. Die oben genannten Verpflichtungen definieren den Inhalt und die Schranken von Nutzungs- und Ausbaumöglichkeiten der Verkehrsprojekte in abstrakter Form neu.

Die Leerrohr- bzw. Glasfaservermitverlegungspflicht ist daher als Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) zu qualifizieren und obliegt nicht den Anforderungen aus Art. 14 Abs. 3 GG.

cc) Rechtfertigung

Die Leerrohr- bzw. Glasfaservermitverlegungspflicht ist daher nur dann vereinbar mit Art. 14 GG, sofern sich diese auf eine verfassungsrechtliche Schranke stützen kann und verhältnismäßig ist, d.h. geeignet (ii), erforderlich (iii) und verhältnismäßig i.e.S. in Relation zu dem vom der Bundesregierung verfolgten legitimen Zweck (i) der Reduzierung

⁵⁴ BVerfGE 98, 17 (35 f.).

⁵⁵ BVerfGE 115, 97 (112).

⁵⁶ BVerfGE 52, 1 (27 f.).

der Kosten des Ausbaus von Hochleistungsbreitbandinfrastrukturen (iv) ist.⁵⁷ Eine Einschränkung wird dabei durch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eröffnet, da Inhalt und Schranken vermögenswerter Rechte durch Gesetz bestimmt werden können.

(i) Legitimer Zweck (Gemeinwohlziel)

Die Leerrohr- bzw. Glasfaservermitverlegungsverpflichtung zielt darauf ab, den Ausbau von Hochleistungsbreitbandinfrastrukturen zu erleichtern. Dies soll dadurch gelingen, dass Synergien gehoben werden. Denn die Kosten einer Leerrohrverlegung direkt im Rahmen der Baumaßnahme sind in Relation zu den Gesamtkosten sehr gering. Eine spätere Verlegung ist hingegen regelmäßig deutlich teurer. Beim Ausbau von NGA-Netzen handelt es sich um eine Aufgabe, an deren Erfüllung – gerade angesichts der prognostizierten positiven externen gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Effekte – ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht. Ergänzend kann gegebenenfalls Art. 87f Abs. 1 GG im Kontext der Förderung von Hochgeschwindigkeitsinfrastrukturen mit dem Argument aktiviert werden, dass sich dieser zwar auf die Gewährleistung eines flächendeckend angemessenen und ausreichenden Mindestangebots an Dienstleistungen beschränkt und keine über eine Grundversorgung hinausgehende proaktive Förderung verlangt, angesichts der dynamischen Entwicklung die hier vorgesehenen Verpflichtungen aber alsbald durchaus auch für die Grundversorgung relevant werden können. Jedenfalls kann aus Art. 87f GG insgesamt eine Verpflichtung des Bundes abgeleitet werden, im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung die Voraussetzungen für eine möglichst optimale Ausstattung mit Telekommunikationsleistungen zu schaffen.

(ii) Geeignetheit

Die Leerrohr- bzw. Glasfaservermitverlegungsverpflichtung ist auch imstande, den Rollout von kabelgebundenen und drahtlosen Hochgeschwindigkeitsnetzen in der Fläche bis hin zu den Endnutzern zu erleichtern und damit den gesetzlich gewünschten Erfolg einer Forcierung des NGA-Ausbaus zu fördern.

(iii) Erforderlichkeit

Angesichts der kompensationslosen Verpflichtung stellt sich die Frage, ob das Förderziel nicht mit gleich wirksamen weniger eingriffsintensiven Mitteln wie zum Beispiel kompensationsbasierten Verpflichtungen erreicht werden könnte. Dies ist jedoch zu verneinen, da es sich ohnehin nur um Fälle öffentlich geförderter Verkehrsprojekte handelt. Zusätzliche Kosten sind im Rahmen der Beantragung der öffentlichen Fördergelder geltend zu

⁵⁷ Exemplarisch zur Verhältnismäßigkeitsprüfung BVerfG, Beschluss v. 25.8.1999 – 1 BvR 1499/97, Rn. 9 (zitiert nach www.bverfg.de), NJW 2000, 798 (799).

machen. Außerdem können die Infrastrukturen anschließend entgeltpflichtig Telekommunikationsunternehmen bereit gestellt werden. Die Erforderlichkeit ist daher zu bejahen.

(iv) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)

Sodann stellt sich die Frage nach der Angemessenheit, also der Verhältnismäßigkeit i.e.S. der beabsichtigten Verpflichtung. Deren Beantwortung erfordert eine Abwägung der von Art. 14 GG geschützten Interessen der betroffenen Rechteinhaber mit dem durch die Verlegungsverpflichtung verfolgten Ziel der Forcierung des Ausbaus von NGA-Netzen. Hierbei sind die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Abwägungstopoi zu berücksichtigen (dazu (1) bis (3)). Anhand dieses Maßstabs kann anschließend die Angemessenheit bewertet werden (dazu (4)).

(1) Sozialer Bezug⁵⁸

Von großer Bedeutung ist zunächst die Sozialbindung des Eigentums, wie sie in Art. 14 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommt. Je höher die Sozialbindung des betroffenen Eigentums, desto höher die Berechtigung, entsprechende hoheitliche Eingriffe vornehmen zu können. Ausgangspunkt jeglicher Bewertung der Eigentumspositionen im Rahmen der Abwägung gegenüber öffentlichen und grundrechtlichen Eingriffsinteressen ist damit die Feststellung des Umfangs der Sozialbindung des Eigentums. Dabei wird in Rechtsprechung und Literatur zu Recht von einer abgestuften Sozialpflichtigkeit je nach Umfang des sozialen Bezugs und der sozialen Funktion des konkreten Eigentums ausgegangen.⁵⁹ Von Relevanz für die Beurteilung des sozialen Bezugs ist insbesondere die Angewiesenheit Dritter auf die Nutzung des betreffenden Eigentums. Insoweit kann auch der Topos der Situationsgebundenheit herangezogen werden, der vom Bundesverfassungsgericht zur Konkretisierung des sozialen Bezugs entwickelt wurde.⁶⁰ Dabei wird auf die soziale

⁵⁸ Vgl. zum Folgenden bereits *Kühling*, Die Bedeutung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG für die Regulierung der Energieordnung, in: Joost/Oetker/Paschke (Hrsg.), Festschrift Säcker, 2011, S. 677 (680 ff.).

⁵⁹ Ständige Rechtsprechung BVerfGE 50, 290 (340 f.); BVerfGE 95, 64 (84 f.); BGHZ 101, 24 (27); *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juli 2010, Art. 14, Rn. 305 f.; kritisch *Leisner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 1992, § 149, Rn. 161 ff.

⁶⁰ BVerfGE 49, 365 (368); 67, 84 (87); siehe auch BGHZ 23, 30; 90, 4 (14 f.); 105, 15 (18 ff.); kritisch *Leisner* (Fn. 30), Rn. 157 ff.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 387; ablehnend ferner *Schönfeld*, Die Eigentumsgarantie und Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums, 1996, S. 23 ff.; grundlegend auch *Weyreuther*, Die Situationsgebundenheit des Grundeigentums, 1983 und im vorliegenden Kontext *Fehling*, AöR 1996, 59 (89).

Funktion des konkreten Eigentums abgestellt.⁶¹ Je bedeutsamer diese ist, desto stärker ist die Sozialbindung. Gerade wenn angesichts der tatsächlichen Besonderheiten des Eigentums mit einer erhöhten sozialen Bedeutung gerechnet werden muss, ist auch die Sozialbindung stark ausgeprägt.

(2) Eigene Leistung

Ein weiterer wichtiger Aspekt im Rahmen der Abwägung ist der Umfang der eigenen Leistung bei der Eigentumsgenese. In der Literatur ist allerdings umstritten, ob der Leistungsbezug eines vermögenswerten, subjektiven Privatrechts für die Intensität des Eigentumsschutzes relevant ist. Dies wird teilweise mit dem Hinweis abgelehnt, dass Privatrechte typischerweise durch eigene Leistung, jedenfalls aber in einer privatautonomen Sphäre erworben worden seien, und sie damit Selbsterworbenes darstellten, das einem besonderen Schutz unterliege. Ein Aufbrechen der Einheitlichkeit der Eigentumsgarantie je nach Leistungsbezug verbiete sich daher.⁶² Zwar ist es zutreffend, dass es eines vorsichtigen Umgangs mit dem Topos des Leistungsbezugs bedarf, denn es soll nicht eine in der Verfassung nicht angelegte Differenzierung vorgenommen und so im Ergebnis die Wertigkeit des Eigentums relativiert werden. Dennoch ist eine dem Leistungsprinzip folgende Unterscheidung dem Grunde nach mit Art. 14 GG vereinbar.⁶³ Dabei greift das Leistungsprinzip allerdings nur, soweit es an die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG rückgebunden und aus dieser fortentwickelt werden kann. So kann in zahlreichen Zusammenhängen Eigentum überhaupt erst durch die Einbindung in ein bestimmtes gesellschaftliches und ordnungsrechtliches Umfeld geschaffen werden. Damit ist es von Bedeutung, ob die Schaffung des Eigentums primär durch individuelle Leistung oder durch hoheitliche Prozesse gesteuert wurde. Relevant und eigentumsrelativierend sind danach vor allem individuelle fremde hoheitliche Interventionen in die Eigentumsgenerierung.

⁶¹ *Badura*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, § 10, Rn. 76; bei einer solchen Anwendung des Topos „Situationsgebundenheit“ relativiert sich auch ein Großteil der Kritik dieser dogmatischen Figur.

⁶² Deutlich *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 359 f.; ebenso *Kluth*, ZIP 1997, 1217 (1219).

⁶³ *Leibholz/Linke*, DVBl. 1975, 933 (934 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage 2012, Art. 14, Rn. 44.

(3) *Raumrelevanz der Infrastrukturen als Abwägungsparameter*

Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang ein weiterer damit verknüpfter Aspekt, nämlich der der Raumrelevanz der Infrastrukturen.⁶⁴ Denn eine hohe Raumrelevanz spiegelt sich nicht nur in der gesteigerten Bedeutung von eigentumschutzrelativierenden Enteignungen und dem Zugriff auf privilegierte Grundstücksnutzungsrechte wider. Sie weist auch Verbindungslinien zum Abwägungsgut des Umweltschutzes und zur Planungsrelevanz auf. So verpflichtet die Staatszielbestimmung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG zu einem verantwortlichen und schonenden Umgang mit den Ressourcen und verbietet die Förderung unnötiger Umweltbeeinträchtigungen⁶⁵ etwa durch mehrfache und ineffiziente Leitungsverlegungen. Danach verstärkt Art. 20a GG die Rechtfertigung von Regulierungsinstrumenten, die gerade in Bezug auf flächenverbrauchende Netzinfrastrukturen unnötige Ressourcenduplizierungen bzw. Umweltbeeinträchtigungen durch die Gewährung von Netzzugangsrechten oder Mitbenutzungsrechten zu vermeiden suchen. Die Raumrelevanz steuert damit zugleich die Sozialpflichtigkeit des Eigentums: Je stärker der (alternative) Netzaufbau durch planerische und umweltschutzbedingte Erwägungen beschränkt wird, desto stärker sind Zugangspetenten auf die Infrastrukturen der existenten Inhaber verwiesen, was wiederum die Sozialbindung des betroffenen Infrastruktureigentums steigert. Das gilt dann auch für die vorgelagerte Frage der Schaffung entsprechender Infrastrukturen bei der Realisierung insoweit relevanter Verkehrsprojekte.

(4) *Bewertung anhand der relevanten Parameter*

Der soziale Bezug des betroffenen Eigentums stellt sich im Falle der Telekommunikation als besonders stark dar: Ohne eine Mitbenutzung (fremder) Verkehrsinfrastruktur ist ein Ausbau der Telekommunikationsinfrastruktur für die Allgemeinheit nur deutlich schwieriger möglich, jedenfalls aber erheblich teurer, was für eine hohe Sozialbindung spricht. Nachdem zudem nur die von der öffentlichen Hand geförderte Infrastruktur von der Mitverlegungspflicht erfasst sein soll, handelt es sich auch nicht um rein durch private Leistung geschaffenes Vermögen, was ebenfalls tendenziell eine erhöhte Sozialpflichtigkeit zur Folge hat. Schließlich ist auch aufgrund der hohen Raumrelevanz der Telekommunikationslinien eine Mitnutzung bestehender Infrastrukturen – möglichst effizient noch durch eine Planung bereits im Vorfeld – angezeigt, um einen nachhaltigen Umgang mit Ressourcen sicherzustellen, was ebenfalls für eine hohe Sozialbindung des betroffenen

⁶⁴ Vgl. dazu bereits *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 496 f., auch *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung: rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998, S. 345 f. und passim.

⁶⁵ Dazu im Überblick *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2011, Art. 20a, Rn. 34 f. und 37 ff.

Eigentums spricht. Im Übrigen erfolgt eine Ergänzung der angeführten allgemeinen Abwägungstopoi durch spezifische betroffene Grundrechtspositionen und Allgemeinwohlerwägungen im konkreten Fall. So rechtfertigt der Schutz des Wettbewerbs und entsprechende Grundrechtspositionen der Wettbewerber aus Art. 12 GG⁶⁶ tendenziell Mitverlegungspflichten. Ergänzend relevant könnte die Notwendigkeit einer Kompensationsleistung für die Verlegungsverpflichtung sein, da diese letztlich drittbegünstigend ist.⁶⁷ Insofern ist aber zu beachten, dass der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum verfügt, gerade in komplexen wirtschaftspolitischen Fragen. Das gilt erst recht, wenn es um die Bereitstellung von besonders sozialpflichtigem Eigentum geht oder die Eigenleistungen beim Eigentumsaufbau gering sind. Das ist hier ja der Fall, da es um besonders gemeinwohlpflichtige öffentliche Verkehrsinfrastrukturen geht. Gleichwohl lässt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ableiten, dass jedenfalls keine Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, die letztlich dazu führen, dass Dritte Gewinne auf Kosten des Eigentümers erzielen, ohne dass dieser angemessen daran beteiligt wird.⁶⁸ Allerdings ist vorliegend der enge Anwendungsbereich zu beachten. Es geht um besondere raumwirksame Infrastrukturvorhaben mit einer hohen Sozialgebundenheit. Hinzu kommt, dass die Vorhaben ohnehin öffentlich gefördert werden und in diesem Rahmen regelmäßig auch eine Kompensation zusätzlicher Kosten erlangt werden kann. Hinzu kommt die anschließende Möglichkeit, die Infrastrukturen Dritten entgeltlich zur Verfügung zu stellen und insoweit Einnahmen zu generieren. Außerdem ist durch die Einschränkung auf eine Bedarfsgerechtigkeit eine angemessene Dimensionierung impliziert, die eine hinreichende spätere Nutzung durch Dritte eröffnet.

Daher ist die Leerrohr- bzw. Glasfasermitlegungsverpflichtung insgesamt als verhältnismäßig anzusehen.

⁶⁶ Aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 115, 205 (229).

⁶⁷ Zwar verpflichtet eine Rechtsbeschränkung nicht zwingend zu einer Entschädigung, siehe etwa BVerfG, Beschluss v. 10.10.1997 – 1 BvR 310/84, NJW 1998, 367 (368). Wenn allerdings ein drittbegünstigender Eingriff vorliegt, ist regelmäßig der begünstigte Dritte zur Kompensation verpflichtet. Insofern wendet das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung den in Art. 14 Abs. 3 GG enthaltenen Rechtsgedanken an und berücksichtigt „das darin zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes bei der vorzunehmenden Abwägung“, auch wenn „Art. 14 Abs. 3 GG nicht unmittelbar eingreift“, vgl. erneut BVerfG, NJW 1998, 367 (368).

⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 26.8.2002 – 1 BvR 142/02, Rn. 32 (zitiert nach www.bverfg.de), NJW 2003, 196 (198) unter Hinweis auf BGHZ 145, 16 (32 f.) und BVerfG, Beschluss v. 18.1.2001 – 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960.

b) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG

Daneben ist zu prüfen, ob die Berufsfreiheit der Vorhabenträger verletzt sein könnte. Wie im Hinblick auf Art. 14 GG (soeben a)aa)) ist die Einbeziehung kommunaler, privatwirtschaftlich organisierter Versorgungsunternehmen, an denen mehrheitlich die öffentliche Hand beteiligt ist, in den Schutzbereich des Art. 12 GG umstritten⁶⁹, im Ergebnis aber mit der Rechtsprechung des BVerfG abzulehnen. Von Privatrechtssubjekten beherrschten juristischen Personen i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG ist eine Berufung auf Art. 12 GG wie natürlichen Personen jedoch jedenfalls eröffnet. Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch vollumfänglich die Freiheit zur unternehmerischen Betätigung.⁷⁰ Dies umfasst alle genuin erwerbstätigkeitsbezogenen Aspekte, wie die Form und den Inhalt der unternehmerischen Betätigung und damit auch die Freiheit, Leerrohre mitzuverlegen oder darauf zu verzichten. In diese Freiheit greift die Verlegungsverpflichtung auch ein. Bei der Rechtfertigung ergeben sich sodann keine schärferen Anforderungen als in Bezug auf Art. 14 GG. Daher kann mit den oben angeführten Argumenten auch die Grundrechtskonformität mit Blick auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG festgestellt werden.

c) Ergebnis

Die Leerrohr- bzw. Glasfasermitlegungsverpflichtung verstößt weder gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG noch gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG.

6. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots

Unter dem Blickwinkel des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots ist für eine genaue Fixierung der Reichweite entsprechender Verlegungsverpflichtungen Sorge zu tragen. Die Norm muss hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihres Inhalts so klar formuliert sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann.⁷¹ Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind umso höher, je stärker die Norm in Grundrechte eingreift.⁷² Die vorgesehene Normierung formuliert die Voraussetzungen

⁶⁹ Ausführlich *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 14, der entgegen höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Beurteilung dieser Frage unter Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit privater Anteilseigner nicht formal auf die Anteilsverhältnisse, sondern auf eine funktionale Zurechenbarkeit abstellt.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss v. 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03, Rn. 79 f. (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 2006, 1041 (1042); Allgemein *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 20.

⁷¹ BVerfGE 83, 130 (145) m. w. Nachw.; *Degenhart*, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 30. Auflage 2014, Rn. 374.

⁷² BVerfGE 83, 130 (145); *Papier/Möller*, AÖR 1997, 177 (187).

(öffentlich mitfinanzierte Verkehrsprojekte) und den Umfang der Verlegungspflicht (bedarfsgerechte Mitverlegung, die eine Mitnutzung ermöglicht) klar und verständlich. Insbesondere die in den Kabinettsentwurf⁷³ aufgenommenen, erläuternden Hinweise zum Verständnis der Bedarfsgerechtigkeit sind vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Die Formulierung ist auch im Hinblick auf die oben festgestellte Intensität des Eingriffs ausreichend. Damit wahrt die vorgesehene Normierung das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.

⁷³ BT-Drs. 18/8332, S. 52 f.

III. Sonstige Vorgaben, insbesondere Haushalts- und Wettbewerbsrelevanz

Auch die haushaltsrelevanten Implikationen begründen angesichts des bereits dargelegten geringen Berührtseins keine relevanten Bedenken gegen eine derartige Regelung. Denn die haushaltsrelevanten Auswirkungen sind angesichts der regelmäßig unwesentlichen Mehrkosten in Relation zu den Kosten der Verkehrsvorhaben gering. Auch die wettbewerblichen Implikationen sind nicht weiter problematisch, sofern entsprechende Leerrohre bzw. Glasfaserkabel anschließend einem gleichheitsorientierten Zugang unterliegen, so dass auf dieser Ebene gleiche Wettbewerbschancen greifen. Das wird schon durch die überwiegend öffentliche Grundrechtsbindung der Verkehrsträger und Eigentümer der Infrastrukturen gewährleistet. Die gegebenenfalls entstehende Nivellierung von Wettbewerbsvorteilen lokaler Telekommunikationsnetzbetreiber, die mit den Kommunen vernetzt sind und daher bei Ausbauprojekten Synergien erzielen können, ist eine hinnehmbare und notwendige Konsequenz der beabsichtigten Beschleunigung und Kostensenkung des Breitbandausbaus.

IV. Weitere Hinweise zur Ausgestaltung; Verortung im TKG

Angesichts der Nähe der Regelungsgehalte zu den Wegerechten zeigt sich auch, dass die Verortung innerhalb des dritten Abschnitts im Teil 5 des TKG sinnvoll und zweckmäßig ist. Bislang sind in jenen Normen Zugangs- und Mitbenutzungsansprüche in Bezug auf Wegerechte vorgesehen, die allerdings partiell um Ausbaurechte ergänzt wurden. Die Vervollständigung durch eine begrenzte „Ausbaupflicht“ im Sinne einer Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung stellt eine stimmige systematische Ergänzung dar. Das gilt erst recht für eine bloße „Sicherstellungsverpflichtung“.

D. Rechtliche Bewertung des zweiten Teils (Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche)

I. EU-sekundärrechtliche Vorgaben und Umfang notwendiger Mitbenutzungsansprüche

Zunächst ist zu untersuchen, wie die im EU-Telekommunikationsrechtsrahmen bereits bestehenden, symmetrisch angelegten Mitbenutzungsansprüche durch die Kostensenkungsrichtlinie erweitert werden und welche neuen Vorgaben sich daher für die nationalen Gesetzgeber ergeben (dazu 1.). Sodann kann dargelegt werden, wie sich die neuen Bestimmungen in den bestehenden sekundärrechtlichen Telekommunikationsrechtsrahmen einfügen (dazu 2.). Zudem ist zu erörtern, welche kostenregulatorischen Vorgaben für die Ausgestaltung der Zugangsansprüche schon aus unionsrechtlicher Sicht vorgezeichnet sind (dazu 3.).

1. Ausdehnung bestehender symmetrischer Mitnutzungsansprüche durch die Kostensenkungsrichtlinie

Im Folgenden ist auf die in der Kostensenkungsrichtlinie erweiterten symmetrischen Mitbenutzungsansprüche einzugehen. Dazu soll zunächst der Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen im Sinne des Art. 3 KSRL betrachtet werden (dazu a)), der von seinem Anwendungsbereich her Art. 12 Abs. 1 RRL ähnelt. Anschließend wird der Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen gemäß Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL analysiert, der am ehesten mit Art. 12 Abs. 3 RRL vergleichbar ist (dazu b)).

a) Anwendungsbereiche von Art. 12 Abs. 1 RRL und Art. 3 KSRL – Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen

Im Folgenden soll der Anwendungsbereich des Art. 3 KSRL anhand der passivlegitimierten (dazu aa)) und aktivlegitimierten (dazu bb)) Personenkreise, der im einzelnen betroffenen Infrastrukturen (dazu cc)) und der zulässigen Verweigerungsgründe (dazu dd)) skizziert werden, wobei jeweils dargelegt werden soll, inwiefern die Neuregelungen eine Erweiterung der bisher bestehenden Rechtslage darstellt.

aa) Zugangsverpflichtete

Ein Unterschied des Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL zu Art. 12 Abs. 1 RRL besteht vor allem darin, dass die Norm der Kostensenkungsrichtlinie Unternehmen unabhängig davon verpflichtet, ob diesen spezielle (Installations-)Rechte gewährt worden sind.¹ Zudem erfasst Art. 12 Abs. 1 RRL nur Unternehmen, die elektronische *Kommunikationsnetze* bereitstellen, Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL hingegen jegliche Netzbetreiber. Insofern ist die Kostensenkungsrichtlinie in ihrem persönlichen Anwendungsbereich erheblich weiter gefasst, indem nun ganz andere Versorgungssektoren in den Kreis der Mitbenutzungsverpflichteten einbezogen werden. Vorgaben zu Mitbenutzungsansprüchen gegenüber Infrastrukturinhabern, die nicht selbst Telekommunikationsnetze betreiben, waren bislang unionsrechtlich nicht vorgesehen.² Hinsichtlich des Kreises der betroffenen Kommunikationsnetzbetreiber – als Teilgruppe der Zugangsverpflichteten – ist die Kostensenkungsrichtlinie allerdings enger, indem sie gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 2 S. 2 Nr. 1 KSRL nur Betreiber *öffentlicher* Kommunikationsnetze erfasst, Art. 12 Abs. 1 RRL hingegen sämtliche Betreiber *elektronischer* Kommunikationsnetze. Eine Legaldefinition der beiden Begriffe findet sich in Art. 2 lit a bzw. lit. d RRL, auf die auch die Kostensenkungsrichtlinie verweist, Art. 2 S. 1 KSRL. Danach sind die öffentlichen Kommunikationsnetze ein Unterfall der zweiten Gruppe, die durch das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit in Abgrenzung insbesondere zu geschlossenen Benutzergruppen geprägt ist.

bb) Zugangsberechtigte

Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL adressiert als Zugangsberechtigte Unternehmen, die *öffentliche* Kommunikationsnetze bereitstellen oder für die Bereitstellung von *elektronischen* Kommunikationsnetzen zugelassen sind. Fraglich ist, wie die zweite Alternative zu verstehen ist und ob daher im Regierungsentwurf, der in § 77d Abs. 1 DigiNetzG nur Eigentümer und Betreiber *öffentlicher* Telekommunikationsnetze erfasst, gegebenenfalls ein Umsetzungsdefizit besteht. Die beabsichtigte Regelungswirkung der Formulierung in der Kostensenkungsrichtlinie ist unklar: So erfasst der Begriff „für die Bereitstellung von elektronischen Kommunikationsnetzen zugelassen“ auch den Fall, dass bereits entsprechende öffentliche Telekommunikationsnetze vorgehalten werden. Wenn in beiden Alternativen die gleiche Art von Netzen adressiert würde, könnte in der Formulierung eine Klarstellung zu sehen sein, dass auch für Betreiber, die erst künftig ein öffentliches Kommunikationsnetz aufbauen wollen, bereits Ansprüche bestehen sollen. In ihrer derzeitigen Fassung

¹ Eine Umsetzungspflicht hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 RRL bestand für die Mitgliedstaaten nur soweit, wie innerstaatlich auch Installationsrechte gewährt worden sind, *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 69.

² *Kind/Schramm*, Infrastrukturrecht nach dem neuen TKG 2012, N&R 2012, 140 (144).

könnte die Norm jedoch auch so verstanden werden, dass Unternehmen, die nicht-öffentliche elektronische Kommunikationsnetze bereitstellen, zwar vom Anwendungsbereich nicht erfasst sind, dafür aber solche, die eine Bereitstellung erst anstreben, wobei fraglich ist, was der Sinn einer derartigen Fassung des Kreises der Zugangsberechtigten wäre. Denn dann würden für künftige Netze auch weiter gefasst solche nicht-öffentlicher Art erfasst werden, während nach Betriebsaufnahme nur noch solche öffentlicher Art berechtigt wären. Eine derartige Einschränkung der Berechtigung mit dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme erscheint aber wenig zweckmäßig.

Angesichts dieser Unklarheit stellt sich die Frage, ob nicht ein Redaktionsversehen im Zuge der Überarbeitung des Richtlinienentwurfes im Gesetzgebungsverfahren³ vorliegt, und es nicht „für deren Bereitstellung zugelassen“ heißen müsste, also ein Parallellauf des Kreises der Berechtigten auf solche der öffentlichen Kommunikation auch vor Betriebsaufnahme gewollt war. Im ursprünglichen Verordnungsentwurf der Kommission war in Art. 3 Abs. 2 S. 1 noch vorgesehen, diejenigen Unternehmen zu erfassen, die für die Bereitstellung von elektronischen Kommunikationsnetzen zugelassen sind. Dies wurde dann in die derzeit gültige Fassung abgeändert. Im Zuge der Einigung des Rates mit dem Europäischen Parlament wurde in einer ersten Lesung des Parlaments⁴ an vielen Stellen die Formulierung „Unternehmen, die für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze zugelassen sind“ durch „Unternehmen, die öffentliche Kommunikationsnetze bereitstellen oder für deren Bereitstellung zugelassen sind“ abgeändert.⁵ In den Fällen, in denen jegliche elektronische Kommunikationsnetze erfasst sein sollten⁶, wurde konsequent auch nur dieser – weiter zu verstehende – Begriff verwendet und nicht „öffentliche“ und „elektronische“ Kommunikationsnetze zusammen in einen Satz gezogen. Die Auslegung, nach der insgesamt – also nach und vor der Betriebsaufnahme – nur öffentliche Kommunikationsnetze erfasst sein sollen, wird auch durch Erwägungsgrund 18 KSRL gestützt, der inhaltlich Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL entspricht und die hier als korrekt erachtete Formulierung verwendet.

Folglich sollte ein Anspruch aus Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL nur für die Unternehmen bestehen, die öffentliche Kommunikationsnetze bereitstellen oder für deren Bereitstellung zugelassen sind.

³ Die Verfahrensdokumente sind unter der Dokumentennummer 2013/0080 (COD) auf dem Internetauftritt des Rates der Europäischen Union abrufbar, <http://www.consilium.europa.eu/de/home/>.

⁴ Dokumentennummer ST 8510 2014 INIT des Dossiers 2013/0080 (COD).

⁵ Z.B. Erwägungsgrund 17 der Verordnung zu Erwägungsgrund 20 der Richtlinie, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung bzw. Richtlinie.

⁶ Z.B. Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KSRL.

Art. 12 Abs. 1 RRL enthält keine ausdrücklichen Vorgaben dazu, wer als Zugangspetent in Frage kommt. Damit ist der Norm auch nicht explizit zu entnehmen, ob für den Aufbau von nicht-öffentlichen elektronischen Kommunikationsnetzen ebenfalls Mitbenutzungsansprüche geschaffen werden müssen. Jedenfalls ist hinsichtlich der zum Zugang berechtigten Personen in Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL keine Erweiterung erfolgt. Festzuhalten ist allerdings, dass Art. 12 Abs. 1 RRL – anders als Art. 3 KSRL – keine (sachliche) Beschränkung des Zugangs auf den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen (vgl. Art. 2 S. 2 Nr. 3 KSRL) kennt.

cc) Betroffene Infrastrukturen im Einzelnen

Art. 12 Abs. 1 RRL bezieht sich auf Einrichtungen und Grundstücke und benennt diese beispielhaft, während Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL physische Infrastrukturen als Zugangssubjekt bezeichnet und diese in Art. 2 S. 2 Nr. 2 KSRL definiert und ebenfalls Beispiele aufzählt. Die jeweils explizit genannten Infrastrukturen weichen sprachlich kaum voneinander ab. Zudem sind beide Vorschriften nicht abschließend, was aus den Formulierungen „unter anderem“ und „beispielsweise“ hervorgeht.

Fraglich ist allerdings, inwiefern sich der sachliche Anwendungsbereich des Art. 3 KSRL mit Art. 9 KSRL überschneidet. So betrifft erstere Norm „physische Infrastrukturen“ (vgl. Art. 2 S. 2 Nr. 2 KSRL) und die letztgenannte „gebäudeinterne physische Infrastrukturen“ (vgl. Art. 2 S. 2 Nr. 7 KSRL). Sofern diese Zugangssubjekte Netzbetreibern⁷ (vgl. Art. 2 S. 2 Nr. 1 KSRL) gehören, könnten somit bei gebäudeinternen physischen Infrastrukturen – als Unterfall von physischen Infrastrukturen – sowohl ein Mitbenutzungsanspruch gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL als auch gemäß Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL dem Grunde nach bestehen. Allerdings ist davon auszugehen, dass Art. 9 KSRL im Wege des Lex-specialis-Grundsatzes in diesem Fall Art. 3 KSRL vorgeht, um die spezielleren Vorgaben des Art. 9 KSRL, wie z.B. dessen Abs. 4 sowie die Einschränkung auf Fälle der technischen Unmöglichkeit oder wirtschaftlichen Ineffizienz des Abs. 2, nicht zu unterlaufen.

Eine inhaltliche Ausweitung auf der Ebene der einzelnen Anlagen – über die Erweiterung auf andere Versorgungsbereiche (vgl. dazu aa)) hinaus – dürfte also durch die Kostensenkungsrichtlinie nicht gewollt gewesen sein. Eher im Gegenteil erfasst die Kostensenkungsrichtlinie ausdrücklich keine aktiven bzw. aktivierbaren Netzbestandteile wie Kabel, Art. 12 Abs. 1 RRL hingegen auch „Verkabelungen in Gebäuden“.

Soweit sich die Anwendungsbereiche von Art. 3 und Art. 9 KSRL hinsichtlich gebäudeinterner physischer Infrastrukturen überschneiden, ist Art. 9 KSRL nach dem Lex-specialis-Grundsatz vorrangig.

⁷ Dies ist eine Anspruchsvoraussetzung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL.

dd) Zulässige Verweigerungsgründe

Hinsichtlich der Gründe, deretwegen ein Zugangsanspruch nach Art. 12. Abs. 1 RRL im Einzelfall abgelehnt werden kann, bleibt die Vorschrift vage, indem sie eine „Kann“-Bestimmung vorsieht und eine „strenge Beachtung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorschreibt. Dies ist in der Literatur dahingehend interpretiert worden, dass eine Anordnung voraussetzungslos zu erfolgen habe.⁸ Art. 3 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 KSRL sieht hingegen vor, dass jegliche Zugangsverweigerung (nur) aufgrund von objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Kriterien möglich sein darf. Dazu zählen nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 KSRL beispielsweise die technische Eignung der Infrastrukturen zur Aufnahme von Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen, mögliche Kapazitätsengpässe des Zugangsverpflichteten, Bedenken hinsichtlich der Sicherheit und öffentlichen Gesundheit, die Integrität und Sicherheit bestehender Netze sowie das Risiko der Störung anderer Dienste. Schließlich zählt dazu noch die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen für den Zugang zu physischen Infrastrukturen auf der Vorleistungsebene, die der Netzbetreiber anbietet und die sich für die Bereitstellung von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation eignen, sofern dieser Zugang zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt wird.⁹

ee) Fazit

Im Ergebnis erfolgt eine deutliche Ausweitung des Verpflichtetenkreises der Mitnutzungsansprüche, da diese nicht mehr bloß akzessorisch zu bestehenden Wegerechten gewährt werden müssen und auch Betreiber anderer Versorgungsnetze erfasst sind. Bei den Kommunikationsnetzbetreibern erfolgt in der Kostensenkungsrichtlinie – anders als in der Rahmenrichtlinie – dagegen eine Beschränkung auf öffentliche Kommunikationsnetze.

Hinsichtlich der zugangsberechtigten Unternehmen ist Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL so zu verstehen, dass die erfassten Unternehmen öffentliche Kommunikationsnetze bereitstellen müssen oder für *deren* Bereitstellung zugelassen sind. Ein Zugangsanspruch wird also auf den Fall des öffentlichen Telekommunikationsnetzes beschränkt.

Ein relevanter Unterschied zur Rahmenrichtlinie ist, dass Art. 12 Abs. 1 RRL – anders als Art. 3 KSRL – keine Beschränkung auf den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen kennt.

⁸ Schütz, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 70, Rn. 2 m.w.N.

⁹ Im Zuge der Anpassung der §§ 70 und 76 TKG wird nunmehr insbesondere auch auf die Verweigerungsgründe des § 77g DigiNetzG verwiesen. Inwiefern diese Anpassung hinsichtlich der Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 RRL europarechtskonform ist, soll unter IV.1.a) und b). erörtert werden.

Auf der Ebene der einzelnen von den Mitbenutzungsansprüchen erfassten Anlagenbestandteile ist in der Kostensenkungsrichtlinie aber keine relevante Erweiterung der Zugangsansprüche im Vergleich zur Rahmenrichtlinie vorgesehen.

Art. 3 KSRL benennt – anders als Art. 12 Abs. 1 RRL – sehr spezielle Gründe für eine Zugangsverweigerung, ist aber andererseits ebenfalls nicht abschließend zu verstehen.

b) Anwendungsbereiche von Art. 12 Abs. 3 RRL und Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL – Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen

Im Folgenden sollen – entsprechend den Ausführungen zu a) – die Anwendungsbereiche von Art. 9 KSRL und Art. 12 Abs. 3 RRL skizziert werden.

aa) Zugangsverpflichtete

Bereits nach Art. 12 Abs. 3 RRL konnte gegenüber den Unternehmen, die Wegerechte in Anspruch nehmen können („Inhaber [...] der in Abs. 1 genannten Rechte“), sowie Eigentümern von Verkabelungen eine Mitbenutzung angeordnet werden. Gemäß Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL sollen die Inhaber von Rechten auf Nutzung von Zugangspunkten und gebäudeinterner Infrastruktur zugangsverpflichtet sein. Damit wird nicht mehr speziell an die Befugnisse der Wegerechtsinhaber und Eigentümer angeknüpft, sondern – weiter – an alle Nutzungsrechte, unabhängig davon, woraus sich diese jeweils ergeben.

bb) Zugangsberechtigte

Auch Art. 12 Abs. 3 RRL benennt – wie Abs. 1 jener Richtlinie – nicht explizit den Kreis der Zugangspetenten. Nach Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL sollen hingegen jedenfalls nur Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze zugangsberechtigt sein. Eine Ausweitung ist damit also nicht verbunden. Anders als Art. 12 Abs. 3 RRL bezieht sich das Zugangsrecht gemäß Art. 9 Abs. 2 KSRL nur auf den Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes für elektronische Kommunikation, das in Art. 2 S. 2 Nr. 3 KSRL als ein elektronisches Kommunikationsnetz, das Breitbandzugangsdienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 30 Mbit/s ermöglicht, legaldefiniert wird. Insofern ist der Mitbenutzungsanspruch enger als der aus Art. 12 Abs. 3 RRL.

cc) Betroffene Infrastrukturen im Einzelnen

Von Art. 12 Abs. 3 RRL sind (nur) *Verkabelungen* in Gebäuden (sog. Inhouse-Verkabelung) sowie etwaig außerhalb des Gebäudes liegende Verkabelungen bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilpunkt umfasst. Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL erfassen dagegen nur gebäudeinterne physische Infrastrukturen, die in Art. 2 S. 2 Nr. 7 KSRL definiert sind und sich nur auf den Zugang zu denjenigen Infrastrukturen beziehen, die zur Aufnahme von Zugangsnetzen bestimmt sind und damit *gerade nicht die Verkabelung selbst* erfassen (vgl. Art. 2 S. 2 Nr. 7 i.V.m. Nr. 2 Hs. 2 KSRL). Insofern haben die beiden Vorschriften unterschiedliche Anwendungsbereiche.

dd) Weitere Voraussetzungen

Das Zugangsrecht aus Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL besteht nur dann, wenn eine Duplizierung technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist. Art. 12 Abs. 3 RRL formuliert dies ähnlich, benutzt aber anstelle des Begriffs der „technischen Unmöglichkeit“ den Begriff der „praktischen Unmöglichkeit“. In der Sache ist damit jedoch dasselbe gemeint. Zudem eröffnet Art. 9 Abs. 4 KSRL Ausnahmemöglichkeiten von den Abs. 1 bis 3 in den Fällen, in denen ein Zugang zu einem bestehenden Netz, dessen Abschlusspunkt sich am Standpunkt des Endnutzers befindet, zu objektiven, transparenten, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Bedingungen bereits sichergestellt ist.¹⁰

ee) Fazit

Damit ist der Kreis der zum Zugang verpflichteten Personen in Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL im Vergleich mit Art. 12 Abs. 3 RRL allgemeiner gefasst und umfasst also den bisher verpflichteten Personenkreis.

Zugangsberechtigt sind nach Art. 9 KSRL die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze. Zu beachten ist, dass Art. 9 KSRL nur für den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen greift, Art. 12 Abs. 3 RRL hingegen für sämtliche Netze.

¹⁰ Bemerkenswert ist, dass die Kostensenkungsrichtlinie damit in ihrem Art. 9 Abs. 4 letztlich den Mitgliedsstaaten erlaubt, eine Ausnahme von den Mitbenutzungsansprüchen bezüglich der physischen Infrastrukturen vorzusehen, sofern ein Zugang zu bestehenden Netzen bereits nach geltendem Recht möglich ist, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn Art. 12 Abs. 3 RRL umgesetzt worden ist, vgl. Erwägungsgrund 31 KSRL. Durch diese Regelung kann ein Zugangspetent auf ein „Zugangsprodukt“ mit weniger eigener Wertschöpfung (Zugang zum Netz bzw. Kabel anstelle Zugang zu z.B. Kabelkanälen zur Verlegung eigener Kabel) verwiesen werden. Innerstaatlich hat diese Vorschrift keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden, was allerdings unproblematisch ist, da diese Norm nur optional ist („können die Mitgliedstaaten“).

Hinsichtlich der betroffenen Infrastrukturen besteht der Unterschied, dass sich Art. 9 KSRL auf passive Netzinfrastrukturen bezieht, Art. 12 Abs. 3 RRL indes auf die aktiven bzw. aktivierbaren Netzbestandteile der Gebäudeverkabelung.

2. Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zum bestehenden EU-Telekommunikationsrechtsrahmen

Sofern Vorschriften der Kostensenkungsrichtlinie mit Normen der Richtlinien 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie), 2002/77/EG (Wettbewerbsrichtlinie) kollidieren, sind nach Art. 1 Abs. 4 KSRL die einschlägigen Bestimmungen der genannten Richtlinien maßgebend. Daher ist im Zuge der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie zum einen darauf zu achten, dass weitergehende Rechte des EU-sekundärrechtlich vorgegebenen Telekommunikationsrechtsrahmens nicht unzulässig verkürzt werden. Auf dieses Problem wird bei der Frage der innerstaatlichen Umsetzung einzugehen sein (vgl. dazu IV.).

Zum anderen stellt sich die grundlegende Frage, ob die symmetrisch angelegten neuen Mitbenutzungsansprüche nicht schon prinzipiell im Widerspruch zur bislang grundsätzlich asymmetrisch ausgestalteten (Zugangs-)Regulierung stehen. Der EU-Telekommunikationsrechtsrahmen basiert nach wie vor grundsätzlich auf einer asymmetrischen Regulierung: Gemäß Art. 8 Abs. 3 ZRL sind beispielsweise Betreibern, die nicht über eine beträchtliche Marktmacht verfügen, grundsätzlich keine Zugangsverpflichtungen nach Art. 12 ZRL aufzuerlegen. Demgegenüber ist in den aktuell in innerstaatliches Recht umzusetzenden Mitbenutzungsansprüchen der Art. 3 und 9 KSRL keine derartige Einschränkung vorgesehen. Es gilt zu untersuchen, inwieweit diese Vorschriften mit Art. 8, 12 ZRL kollidieren und daher gegebenenfalls gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL von der Zugangsrichtlinie verdrängt werden.

Im Speziellen ist diesbezüglich von den Wettbewerbern der Telekom Deutschland GmbH (TDG) die Befürchtung vorgetragen worden, dass die Investitionen von Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht durch einen „Überbau“ insbesondere durch den Incumbent als „Trittbrettfahrer“ entwertet werden könnten, indem besonders rentable neu geschaffene passive Netzinfrastrukturen unmittelbar nach deren Errichtung zu vergleichsweise niedrigen Kosten Zugangsverpflichtungen ausgesetzt sind.¹¹ In der Folge wird von

¹¹ Stellungnahme BUGLAS zum DigiNetzG, abrufbar unter http://www.buglas.de/fileadmin/Arbeitskreis/news/Downloads/Stellungnahmen_ohne_Unterschrift_neu_2014/2015/BUGLAS-Stellungnahme_DigiNetzG_20151008_ohne_Unterschriften.pdf, S. 4 f., 10 f., zuletzt abgerufen am

ihnen teilweise gefordert, Art. 3 KSRL eingeschränkter umzusetzen als dies im Referentenentwurf vom 3.9.2015 noch vorgesehen war. Danach sollen Mitbenutzungsansprüche nur eingreifen, „wenn dadurch ein Gebiet *erstmalig* mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen erschlossen werden kann“.¹²

Um diese Fragen beantworten zu können, soll zunächst dargelegt werden, inwieweit die Kostensenkungsrichtlinie nachrangig gegenüber dem bestehenden Telekommunikationsrechtsrahmen ist (dazu a)) und ob für das geschilderte Problem des „Überbaus“ bereits im Rahmen der Art. 3 (dazu b)) und 9 KSRL (dazu c)) Lösungsansätze vorgesehen sind.

a) Grundsätzliches Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 8, 12 ZRL

Die Kostensenkungsrichtlinie sieht Mitbenutzungsverpflichtungen für eine Vielzahl von Infrastrukturen vor. Es könnte daher angenommen werden, dass aufgrund Art. 1 Abs. 4 KSRL die Bestimmungen der Zugangsrichtlinie stets vorrangig seien, sobald Zugang zu Infrastrukturen von Telekommunikationsnetzbetreibern begehrt wird oder aber entsprechend Art. 8 Abs. 3 ZRL nur Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht von den Bestimmungen der Kostensenkungsrichtlinie erfasst sein sollten. Dagegen spricht allerdings entscheidend, dass in Art. 2 S. 2 Nr. 1 i.V.m. Art. 3 KSRL diese Infrastrukturen nicht nur generalklauselartig (z.B. als Betreiber von Netzinfrastrukturen) miterfasst sind, sondern im Gegenteil Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze bereitstellen, explizit aufgezählt werden und eine Beschränkung auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ebenso nicht vorgesehen ist.

Auch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Kostensenkungsrichtlinie auf bestimmte unterversorgte Gebiete, was teilweise von den Wettbewerbern bezüglich der innerstaatlichen Umsetzung befürwortet wird¹³, hat keinen hinreichenden Niederschlag im Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie gefunden, selbst wenn es ein erklärtes und primäres Ziel der Richtlinie ist, entsprechend den Zielen der Digitalen Agenda überall gewisse Mindestbandbreiten zu erreichen.¹⁴

Sollte der Richtliniengeber bereits selbst Konflikte mit der Zugangsrichtlinie vorausgesehen und entsprechende Lösungsmechanismen in der Kostensenkungsrichtlinie verankert

1.2.2016; Stellungnahme BREKO, abrufbar unter http://www.brekoverband.de/fileadmin/user_upload/Stellungnahmen/Gesetzgebungsverfahren/10-08-2015_Stellungnahme_Digi-NetzG_FIN.pdf, S. 5 ff., zuletzt abgerufen am 1.2.2016.

¹² Stellungnahme BREKO, Fn. 11, S. 6 f, Hervorhebung durch die Verfasser.

¹³ Stellungnahme BREKO, Fn. 11, S. 6 f.

¹⁴ Vgl. z.B. Erwägungsgrund 2 KSRL.

haben, spräche auch dies in systematisch-teleologischer Perspektive dafür, deren Normen nicht zurücktreten zu lassen. Im Folgenden ist daher darzulegen, ob und auf welche Weise dem geschilderten Problem des „Überbaus“ im Rahmen des Art. 3 KSRL (dazu b)) und Art. 9 KSRL (dazu c)) durch Regelungen der Kostensenkungsrichtlinie entgegen gewirkt wird.

b) Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 3 KSRL

Zunächst haben die nationalen Streitbeilegungsstellen bei der Festlegung der Zugangsentgelte gemäß Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL die Regulierungsziele des Art. 8 RRL zu berücksichtigen. Ein wesentliches Steuerungselement zur Vermeidung von Zielkonflikten zwischen symmetrischer und asymmetrischer Regulierung ist also die Bemessung der Zugangsentgelte (dazu näher unter 3.), wobei gemäß Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL die Folgen für den Geschäftsplan des Zugangsanbieters einschließlich seiner Investitionskosten zu berücksichtigen sind. Erwägungsgrund 19 KSRL nennt als berücksichtigungsfähige Kosten ausdrücklich auch das Risikoprofil, die zu erwartende zeitliche Staffelung der Rendite und die Abschreibungen der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens. Für die Lösung der „Trittbrettfahrer-Problematik“ sieht die Kostensenkungsrichtlinie also einen umfassenden Kostenansatz und die Beachtung der Investitionssituation des Zugangsverpflichteten vor, so dass durch eine umfangreiche Berücksichtigung dieser Kriterien bei der Preisfestsetzung durch die nationalen Regulierungsbehörden Investitionssicherheit geschaffen werden kann.

Zudem können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 lit. f KSRL als Zugangsverweigerungsgrund die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen für den Zugang zu physischen Netzinfrastrukturen auf der Vorleistungsebene vorsehen, sofern hierfür ein Zugang zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt wird. Auch diese Vorschrift bietet Ansätze, um einem wettbewerbsmissbräuchlichen „Überbau“, dessen volkswirtschaftlicher Nutzen zweifelhaft ist, entgegenzuwirken. Schließlich sind die Verweigerungsgründe des Art. 3 Abs. 3 KSRL nicht abschließend und die Mitgliedstaaten können daher grundsätzlich auch weitergehende Möglichkeiten einer Zugangsverweigerung vorsehen.

Damit sind in der Kostensenkungsrichtlinie bereits einige Mechanismen vorgesehen, die grundsätzlich auch als geeignet erscheinen, das geschilderte Problem des missbräuchli-

chen „Überbaus“ insbesondere durch den Incumbent zu lösen. Angesichts dieser speziellen Vorkehrungen tritt die Kostensenkungsrichtlinie insbesondere in diesem speziellen Fall nicht gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL hinter der Zugangsrichtlinie zurück.¹⁵

c) Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 9 KSRL

In ähnlicher Weise wird auch gegen § 77k DigiNetzG¹⁶ und folglich gegen den Regelungsgehalt des Art. 9 KSRL Kritik erhoben. Zwar ist Art. 9 KSRL keine dem Art. 3 KSRL entsprechende Aufzählung von Kosten zu entnehmen, die gerade der Überbauproblematik entgegenwirken können. Nachdem die berücksichtigungsfähigen Kostenbestandteile allerdings auch nicht weiter spezifiziert werden, dürfte es den nationalen Gesetzgebern offenstehen, eine ähnliche Kostenberücksichtigung wie im Rahmen des Art. 3 KSRL vorzusehen, gerade in den Fällen, in denen Telekommunikationsnetzbetreiber als Zugangsverpflichtete des Art. 9 KSRL in Betracht kommen (vgl. dazu IV.2.a)).

Entsprechend Art. 3 Abs. 3 S. 1 lit. f KSLR gibt Art. 9 Abs. 4 KSRL den nationalen Gesetzgebern auch die Möglichkeit an die Hand, für diejenigen Gebäude Ausnahmen vorzusehen, in denen bereits ein Zugang zu einem Netz besteht, das sich für elektronische Hochgeschwindigkeits-Kommunikationsdienste eignet, sofern ein Zugang zu objektiven, transparenten, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Bedingungen sichergestellt ist. Dies ist im Regierungsentwurf derzeit noch nicht vorgesehen.¹⁷

Mithin bestehen auch im Rahmen des Art. 9 KSRL Mechanismen, die zur Bewältigung des Konflikts von asymmetrischer und symmetrischer Regulierung grundsätzlich geeignet sind, auch wenn die Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung angemessener Entgelte weniger präzise ausfallen als im Rahmen des Art. 3 KSRL. Im Ergebnis wird also auch Art. 9 KSRL nicht hinsichtlich der Problematik des „Überbaus“ gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL verdrängt.

¹⁵ Anders im Ergebnis wohl *Holznagel*, Stellungnahme zum Zugangsanspruch nach Art. 3 KSRL, beauftragt von BREKO, S. 6, abrufbar unter http://www.brekoverband.de/fileadmin/user_upload/Stellungnahmen/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahme_Holznagel__28_02_2015.pdf, zuletzt abgerufen am 1.2.2016, der für eine Begrenzung von Art. 3 KSRL auf „weiße Flecken“ eintritt. Allerdings wird in dieser Stellungnahme weder auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 lit. f noch Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL eingegangen und daher auch nicht deren Unzulänglichkeit begründet.

¹⁶ Vgl. Stellungnahme BUGLAS, Fn. 11, S. 10 f.

¹⁷ Vgl. dazu auch die verfassungsrechtlichen Erwägungen unter II.1.b)cc).

d) Ergebnis

Die Bestimmungen der Kostensenkungsrichtlinie sind nicht schon dann nachrangig zur Zugangsrichtlinie, sobald Zugang zu Telekommunikationsinfrastrukturen begehrt wird, weil sonst deren explizite Erfassung in Art. 2 S. 2 Nr. 1 i.V.m. Art. 3 KSRL gegenstandslos wäre. Eine Einschränkung auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ist ebenfalls unterblieben, obgleich dies unproblematisch hätte erfolgen können. Auch eine prinzipielle Beschränkung des Anwendungsbereichs der Kostensenkungsrichtlinie auf unversorgte Gebiete findet keinen hinreichenden Niederschlag im Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie.

Die auftretenden Konflikte zwischen symmetrischer und asymmetrischer Regulierung – beispielsweise im Rahmen eines missbräuchlichen „Überbaus“ – werden vielmehr bereits durch Mechanismen der Kostensenkungsrichtlinie einer Lösung zugeführt: Zum einen sind bei der Festsetzung der Mitnutzungsentgelte die Regulierungsziele zu beachten und die Investitionskosten und -risiken umfassend zu berücksichtigen. Zum anderen ist als Zugangsverweigerungsgrund in Art. 3 Abs. 3 S. 1 lit. f KSRL bereits die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen für den Zugang zu physischen Netzinfrastrukturen auf der Vorleistungsebene vorgesehen, sofern hierfür ein Zugang zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt wird. Auch im Rahmen des Art. 9 KSRL sind Mechanismen vorgesehen, die zur Bewältigung des Konflikts von asymmetrischer und symmetrischer Regulierung grundsätzlich geeignet sind, auch wenn die Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung angemessener Entgelte weniger präzise ausfällt, als im Rahmen des Art. 3 KSRL.

3. Ausgestaltung der Zugangsentgelte

Hinsichtlich der Ausgestaltung von Zugangs- bzw. Mitbenutzungsansprüchen ist für die betroffenen Unternehmen von zentraler Bedeutung, welche Entgelte sie für den Zugang bzw. die Mitnutzung bezahlen müssen bzw. erhalten. Daher soll analysiert werden, welche Vorgaben das EU-Telekommunikationsrecht in dieser Hinsicht macht. Dabei sollen zunächst die bestehenden Entgelte für symmetrische (dazu a)) und asymmetrische (dazu b)) Zugangsansprüche skizziert werden. Sodann werden die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie erörtert (dazu c)) und abschließend wird ein kurzes Fazit gezogen (dazu d)).

a) Vorgaben über Zugangsentgelte der symmetrischen Zugangsregulierung gemäß Art. 12 RRL

Art. 12 Abs. 1 RRL sieht grundsätzlich keine Ausgleichszahlungen vor. Die bisher bestehende Regelung in Art. 12 Abs. 3 S. 2 RRL erlaubt den Mitgliedstaaten, für die Anordnungen Regeln vorzusehen, die die Umlegung der Kosten bei der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz – „gegebenenfalls mit Risikoanpassung“ – enthalten. Damit ist europarechtlich lediglich vorgegeben, dass ein Kostenausgleich erfolgen kann. Die nationalstaatliche Konkretisierung dieser Norm in § 77a TKG soll unter III.2.b) erörtert werden.

b) EU-Sekundärrechtliche Vorgaben zu Entgeltmaßstäben der asymmetrischen Zugangsregulierung

Explizite Vorgaben zur asymmetrischen Entgeltregulierung lassen sich dem europäischen Telekommunikationsrechtsrahmen kaum entnehmen: Vorgaben gibt es hinsichtlich der Preiskontrolle und Kostenrechnung für Zugangsleistungen in Art. 13 der Zugangsrichtlinie (ZRL), auf dem auch die §§ 30 – 38 TKG beruhen.¹⁸ Art. 13 ZRL enthält allerdings hinsichtlich des von den nationalen Regulierungsbehörden anzuwendenden Entgeltmaßstabs nur rudimentäre Vorgaben.¹⁹

c) Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Kosten

Die Kostensenkungsrichtlinie sieht Zugangsansprüche für unterschiedliche Infrastrukturen vor: Art. 3 KSRL betrifft die physischen Infrastrukturen (dazu aa)) und Art. 9 KSRL die gebäudeinternen physischen Infrastrukturen (dazu bb)), die im Folgenden auch anhand der Betrachtung der sie betreffenden Erwägungsgründe skizziert werden sollen. Besondere Vorgaben hinsichtlich der Telekommunikationsregulierung sind speziell in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL vorgesehen (dazu cc)).

¹⁸ *Paschke*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 27, Rn. 16.

¹⁹ *Kühling/Schall*, Die (Nicht-)Berücksichtigung von Gemeinkosten bei der Entgeltregulierung für Mobilfunk-Terminierungsleistungen, CR 2012, 82 (84).

aa) Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen (Art. 3 KSRL)

Zumutbaren Zugangsanträgen zu physischen Infrastrukturen im Sinne des Art. 2 S. 2 Nr. 2 KSRL ist nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL unter „fairen und angemessenen Bedingungen – auch in Bezug auf den Preis – stattzugeben“. Durch die Wahl des Begriffs „Preis“ und nicht etwa „Kosten“ wird bereits vorausgesetzt, dass ein gewisser funktionierender Markt- und Preismechanismus besteht und ein gewisser Handlungsspielraum impliziert.²⁰ Besondere Vorgaben zur Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche sind in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 2 KSRL²¹ vorgesehen. Danach ist bei der Preisfestsetzung sicherzustellen, dass der Anbieter eine faire Chance auf Kostendeckung hat. Als Ausgangspunkt für die Entgeltmittlung kann daher eine Kalkulation auf Kostenbasis dienen. Ferner sind die Folgen des beantragten Zugangs auf den Geschäftsplan des Zugangsanbieters, einschließlich der Investitionen des Netzbetreibers, von dem Zugang begehrt wird, insbesondere in die physischen Infrastrukturen, die zur Bereitstellung elektronischer Hochgeschwindigkeits-Kommunikationsdienste genutzt werden, zu beachten.

Detailliertere Ausführungen zu den berücksichtigungsfähigen Kosten lassen sich Erwägungsgrund 19 KSRL entnehmen, der folgende Vorgaben macht: Zunächst soll sichergestellt sein, dass der Zugangsanbieter eine faire Möglichkeit hat, die bei der Zugangsgewährung anfallenden (Zusatz-)Kosten, die beim Zugriff auf die physischen Infrastrukturen anfallen, zu decken. Innerstaatlich dürfen hierfür gegebenenfalls bereits bestehende spezifische Bedingungen und Tarifstrukturen (d. h. Entgeltmaßstäbe) auch mit Blick auf bereits bestehende Regulierungsmaßnahmen berücksichtigt werden. Zudem sind auch die Auswirkungen der Verpflichtung auf den Geschäftsplan des Zugangsanbieters einschließlich der in die Infrastrukturen getätigten Investitionen zu berücksichtigen. Wenn es sich bei dem Zugangsverpflichteten um einen Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze handelt, können diese Investitionen bereits zur Erreichung der Ziele der Digitalen Agenda beitragen und eine (kostenlose) Mitnutzung kann den nachgelagerten Wettbewerb beeinflussen.

²⁰ Vgl. *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 27, Rn. 19.

²¹ Fraglich erscheint, ob sich diese Vorschrift nur auf die in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL genannten Konstellationen, d. h. auf Zugangsansprüche gegenüber Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze bezieht, oder ob alle von der Kostensenkungsrichtlinie erfassten Infrastrukturen erfasst sein sollen. Für die erstgenannte Auslegung spricht in systematischer Betrachtung, dass die Norm in Unterabsatz 3 aufgenommen worden ist und nicht in Unterabsatz 1 des Absatzes 5. Der Unterabsatz 1 hat demnach Geltung für alle Netzinfrastrukturen, Unterabsatz 3 speziell für Telekommunikationsnetzinfrastrukturen. Auch das Wort „insbesondere“ widerspricht dieser Auslegung nicht: so wird hier nur ein Unterfall der elektronischen Kommunikationsnetze speziell erwähnt. Damit sind die nationalen Gesetzgeber bei der Entgeltbemessung hinsichtlich der Mitnutzung von Infrastrukturen, die nicht zum Zwecke der Telekommunikation errichtet worden sind, freier.

Daher ist bei einer Zugangsverpflichtung stets die Wirtschaftlichkeit der Investitionen des Zugangsanbieters umfänglich zu berücksichtigen. Dies erfolgt ausgehend von ihrem Risikoprofil, einer etwaigen erwarteten zeitlichen Staffelung der Rendite, etwaigen Auswirkungen des Zugangs auf den nachgelagerten Wettbewerb und folglich auf die Preise und die Rendite, einer etwaigen Abschreibung der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens, etwaigen wirtschaftlichen Analysen, die den Investitionen zugrunde liegen (insbesondere bei den physischen Infrastrukturen, die zur Bereitstellung elektronischer Hochgeschwindigkeits-Kommunikationsdienste genutzt werden) und etwaigen dem Zugangsinteressenten zuvor angebotenen Möglichkeiten eines gemeinsamen Ausbaus. Damit sind bei der Bemessung der Zugangsentgelte gerade auch die Parameter zu berücksichtigen, aufgrund derer Investitionsentscheidungen getroffen werden. Sofern also im Einzelfall versucht werden sollte, Investitionen in Glasfaserinfrastrukturen durch symmetrische Mitbenutzungsansprüche zu entwerten, kann dies bereits durch eine angemessene Gestaltung der Mitbenutzungsentgelte unattraktiv gemacht werden. Demgegenüber kann aus der Sicht des Zugangsverpflichteten eine Mitnutzung von passiven Infrastrukturen dann sogar wünschenswert sein, weil dieser nicht mehr die gesamten Investitionskosten und -risiken selbst tragen muss, sondern auch Konkurrenten an den Kosten des Breitbandausbaus beteiligt werden.

Zunächst muss also – als Untergrenze – den Zugangsverpflichteten grundsätzlich die Möglichkeit gegeben werden, die anfallenden Zusatzkosten voll zu decken. Als Ausgangspunkt für die Entgeltermittlung sollte daher eine Kalkulation auf Kostenbasis dienen.

Zudem muss, insbesondere wenn Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze einer Zugangsverpflichtung unterliegen, auf eine Wirtschaftlichkeit der für den Aufbau der Infrastrukturen getätigten Investitionen geachtet werden.

Der sachgerechten Berücksichtigung von Ausbaukosten und -risiken kommt eine Schlüsselrolle bei der Beachtung des Aspekts der Investitionssicherheit zu, weil dadurch einer Entwertung von Infrastrukturinvestitionen durch einen missbräuchlichen „Überbau“ mit weiteren aktiven Netzkomponenten entgegengewirkt werden kann. Dies spricht für einen relativ weit reichenden Kostenansatz.

Damit ist aus europarechtlicher Sicht die Berücksichtigung von Kosten, die über die reinen langfristigen Zusatzkosten („Pure LRIC“²²) hinausgehen, durchaus möglich. Auch ein angemessener Gemeinkostenzuschlag und damit die Anwendung des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL)²³ erscheint angesichts der Formulierung in Erwägungsgrund 19 KSRL zulässig, zumal letztlich jegliche von einem Unternehmen angebotenen Produkte auch zu einem gewissen Grad Gemeinkosten decken müssen, um

²² Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen zu den bereits geltenden Maßstäben, III.1.b).

²³ Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen zu den bereits geltenden Maßstäben, III.1.a).

für sich genommen als wirtschaftlich betrachtet werden zu können. Sofern Anbieter nicht ihre gesamten Kosten decken können, würden sie erst gar nicht auf dem Markt auftreten oder sich wieder daraus zurückziehen.²⁴

bb) Zugang zu bestehenden gebäudeinternen physischen Infrastrukturen (Art. 9 KSRL)

Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 KSRL sieht vor, dass „faire“ und „nichtdiskriminierende“ Preise verlangt werden dürfen. Wie im Rahmen von Art. 3 KSRL wählt der Richtliniengeber den Begriff „Preis“ und nicht etwa „Kosten“. Allerdings ist in Art. 9 KSRL keine dem Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL entsprechende Passage enthalten, die Präzisierungen zu den abrechnungsfähigen Kosten macht. Damit ist die unionsrechtliche Determination für diese Infrastrukturen weniger detailliert ausgestaltet. Damit dürfte es den nationalen Gesetzgebern offenstehen, eine ähnliche Kostenberücksichtigung wie im Rahmen des Art. 3 KSRL vorzusehen, gerade in den Fällen, in denen Telekommunikationsnetzbetreiber als Zugangsverpflichtete des Art. 9 KSRL in Betracht kommen (vgl. dazu bereits die Ausführungen zu 2.c)). Hinsichtlich der Vorgaben für die Ausgestaltung der Preise fällt zudem auf, dass Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL von „fairen und angemessenen Bedingungen“ spricht, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 KSRL hingegen von „fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen“. Auswirkungen bei der innerstaatlichen Umsetzung dürfte diese unterschiedliche Formulierung allerdings nicht haben: Die nationalen Streitbeilegungsstellen sind als Träger hoheitlicher Gewalt ohnehin in beiden Fällen sowohl dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit der Angemessenheit als einer Ausprägung dieses Prinzips verpflichtet, als auch einem Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG unterworfen.²⁵

Mithin sind die europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Kosten für die gebäudeinternen physischen Infrastrukturen nach Art. 9 KSRL weniger detailliert als für die physischen Infrastrukturen gemäß Art. 3 KSRL und lassen den nationalen Gesetzgebern folglich einen weiteren Gestaltungsspielraum.

²⁴ *Busse von Colbe*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Vor § 27, Rn. 22, der aus einer ökonomischen Perspektive zu den langfristigen Kosten daher auch die leistungsmengenneutralen Gemeinkosten zählt und den Hinweis auf jene als rein deklaratorisch betrachtet, *Busse von Colbe*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Vor § 27, Rn. 28.

²⁵ Vgl. zu gegebenenfalls bestehenden Problemen bezüglich dieser unterschiedlichen Begriffswahl hinsichtlich der innerstaatlichen Umsetzung IV.2.a)cc).

cc) Besondere Vorgaben des Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL

Weitere Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Mitbenutzungsentgelte lassen sich Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL entnehmen. Sofern von einer Streitigkeit der Zugang zur Infrastruktur eines Anbieters eines elektronischen Kommunikationsnetzes²⁶ betroffen ist und die nationale Streitbeilegungsstelle bei der nationalen Regulierungsbehörde angesiedelt ist, so sind nach Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL die in Art. 8 RRL dargelegten Ziele zu berücksichtigen. Es muss insofern also bereits aus EU-sekundärrechtlichen Gründen auf eine Abstimmung der neu geschaffenen Mitbenutzungsansprüche mit den Regulierungszielen geachtet werden. Zwar gilt dieses Berücksichtigungsgebot nur dann, wenn die Streitbeilegungsstelle bei der nationalen Regulierungsbehörde angesiedelt ist. Dies ist vorliegend im Regierungsentwurf in den §§ 77n, 132 Abs. 2 DigiNetzG aber auch so vorgesehen. Zwar könnte sich der nationale Gesetzgeber von dieser Verpflichtung durch eine Betrauung anderer Behörden mit dieser Aufgabe lösen. Allerdings erscheint dies angesichts der angestrebten Konsistenz der symmetrischen und asymmetrischen Mitbenutzungsansprüche als wenig zielführend.

Hinsichtlich der gebäudeinternen Infrastrukturen nach Art. 9 KSRL besteht allerdings keine explizite Vorgabe, die Regulierungsziele zu berücksichtigen. Weitere Hinweise zur Abstimmung mit den Regulierungszielen sind Erwägungsgrund 19 KSRL zu entnehmen. Dieser verweist auf Verpflichtungen, die durch Regulierungsbehörden angeordnet werden und die Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Sofern von einer Streitigkeit der Zugang zur Infrastruktur eines Anbieters eines elektronischen Kommunikationsnetzes betroffen ist und die nationale Streitbeilegungsstelle bei der nationalen Regulierungsbehörde angesiedelt ist, sind nach Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL die telekommunikationsrechtlichen Regulierungsziele zu berücksichtigen. Gerade in diesen Fällen sind auch die in Erwägungsgrund 19 genannte Wirtschaftlichkeit und das Investitionsrisiko für den Zugangsverpflichteten umfassend zu berücksichtigen (vgl. aa)).

²⁶ Fraglich ist, ob die Regulierungsziele immer schon dann beachtet werden müssen, sobald ein Verpflichteter *auch* über die genannten Infrastrukturen verfügt, im Einzelfall aber andere Infrastrukturen betroffen sind. Dies soll hier offen bleiben und erst bei der konkreten innerstaatlichen Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche geklärt werden, sofern sich hier Umsetzungsprobleme ergeben, vgl. IV.2.a)bb).

d) Ergebnisse und Handlungsspielräume der nationalen Gesetzgeber und Regulierungsbehörden

Letztlich lassen sich den unionsrechtlichen Vorgaben – über die grundsätzlich anzustrebende Kostendeckung hinaus – nur wenige konkrete Vorgaben hinsichtlich des zu wählenden Entgeltmaßstabs entnehmen. In erster Linie sind aber, sofern es sich bei den Zugangsverpflichteten um Telekommunikationsnetzbetreiber handelt, entsprechend Erwägungsgrund 19 gerade die Investitionskosten und -risiken zu berücksichtigen. Somit muss der nationale Gesetzgeber jedenfalls nicht zwingend präzise Vorgaben zur Wahl der Entgeltmaßstäbe machen.

Eher dürfte sogar das Gegenteil der Fall sein: Eine legislative Vorsteuerung²⁷ des Ermessens der nationalen Regulierungsbehörden, wird vielfach kritisch gesehen.²⁸ Die ebenso wie Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL an die nationale Regulierungsbehörde adressierte Vorschrift des Art. 8 Abs. 1 RRL wurde vom EuGH jedenfalls dahingehend interpretiert, dass die nationalen Gesetzgeber das den Regulierern zustehende Ermessen nicht durch eine Vorabwägung einschränken dürfen.²⁹ Zwar ist fraglich, ob die vorliegende Konstellation vollständig übertragbar ist, nachdem die Mitgliedsstaaten die Befugnisse der Streitbeilegungsstellen nicht zwingend auf die nationalen Regulierungsbehörden übertragen müssen, was sich im Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL und aus Art. 10 KSRL ergibt. Dennoch dürfte, sofern die Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle fungieren soll, eine (zu weit gehende) Vorstrukturierung des Gesetzgebers über die in der Kostensenkungsrichtlinie bereits aufgeführten Kostenbestandteile – auch angesichts Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 RRL – aus EU-sekundärrechtlicher Perspektive problematisch sein.

²⁷ Vgl. zu diesem Problem ausführlich *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 30 ff.

²⁸ Vgl. dazu *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 21, Rn. 201 ff.

²⁹ EuGH, Urteil v. 3.12.2009 – 424/07, K&R 2010, 30 (33), Rn. 89 ff.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen finden sich vor allem in den Grundrechten (dazu 1.), der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, sofern diese Gebietskörperschaften Mitnutzungsansprüchen ausgesetzt sind (dazu 2.), sowie weiteren verfassungsrechtlichen Grundprinzipien (dazu 3.).

1. Einfluss der Grundrechte

Zunächst ist zu erörtern, welcher Personenkreis sich auf die Grundrechte berufen kann, bzw. in welchen Fällen diese schon grundsätzlich ausscheiden (dazu a)). Die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG begrenzt grundsätzlich die Möglichkeiten des Staates, Mitbenutzungen gegenüber den Zugangsverpflichteten anzuordnen (dazu b)). Auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG können sich sowohl die zum Zugang Verpflichteten als auch die dazu Berechtigten berufen (dazu c)). Schließlich ist hinsichtlich der Ausgestaltung der anzuwendenden Entgeltmaßstäbe darauf zu achten, dass nicht wesentlich Gleiches ungleich bzw. wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird, was angesichts des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG (dazu d)) problematisch wäre.

a) Persönlicher Schutzbereich der Grundrechte

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (insbesondere Gemeinden) können sich grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen³⁰, weshalb ein Verstoß gegen diese von vornherein ausscheidet. Gleiches gilt, wenn auch nicht unumstritten³¹, für privatwirtschaftlich organisierte, mehrheitlich in öffentlicher Hand befindliche³² kommunale Versorgungsunternehmen, die öffentliche Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge wahrnehmen^{33,34}. Gemischtwirtschaftlichen, aber nicht von der öffentlichen Hand beherrschten kommunalen Versorgungsunternehmen dürfte angesichts des dortigen Überwiegens des personalen Substrats von Privatrechtssubjekten eine Berufung auf die Grundrechte

³⁰ BVerfGE 75, 192 (196).

³¹ So stellt zum Beispiel *Kämmerer* im Hinblick auf Art. 12 GG nicht auf die Anteilsverteilung, sondern auf eine funktionale Betrachtungsweise ab, siehe *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage, 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 14.

³² Im Hinblick auf ein zu 75 % in öffentlicher Hand befindliches Stromversorgungsunternehmen BVerfG, Beschluss v. 18.5.2009 – 1 BvR 1731/05, NVwZ 2009, 1282 (1283).

³³ Exemplarisch für den Bereich der Wasserversorgung BVerfGE 45, 63 (78 ff.).

³⁴ Diese sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst Grundrechtsverpflichtete, BVerfG, Urteil v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 (1201).

hingegen eröffnet sein.³⁵ Unumstritten können sich aber ohnehin privatrechtliche Versorgungsunternehmen, hinter denen ausschließlich Privatrechtssubjekte stehen, unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG ebenso wie natürliche Personen auf die Grundrechte berufen. Von der von Art. 19 Abs. 3 GG geforderten wesensgerechten Anwendbarkeit ist in diesem Kontext auszugehen.³⁶

Während sich Kommunen und in öffentlicher Hand befindliche juristische Personen demnach nicht auf die Grundrechte aus Art. 12 und Art. 14 GG berufen können, ist dies für private (natürliche und) juristische Personen der Fall. Daher tangiert die Ausweitung der Mitbenutzungsansprüche jedenfalls deren Grundrechtspositionen, was bei der konkreten Ausgestaltung des Zugangs zu berücksichtigen ist.

b) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG

Fraglich ist, inwieweit sich aus Art. 14 GG konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche ableiten lassen.³⁷ Dazu soll im Folgenden untersucht werden, inwiefern die Eigentumsfreiheit bezüglich Art. 3 KSRL vorgibt, Zugangsansprüche nur begrenzt umzusetzen (dazu aa)) und welche Folgerungen sich aus ihr für die Höhe der festzusetzenden Entgelte ergeben (dazu bb)). Anschließend sind dieselben Erwägungen hinsichtlich Art. 9 KSRL anzustellen (dazu cc)) und die erarbeiteten Ergebnisse aufzuzeigen (dazu dd)).

³⁵ So hat auch das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit für die Deutsche Telekom AG bejaht, BVerfG, Beschluss v. 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041 (1041).

³⁶ Zur Geltung des Art. 14 GG für juristische Personen allgemein BVerfGE 4, 7 (17); bzw. BVerfGE 126, 112 (136) hinsichtlich Art. 12 GG.

³⁷ Im Gesetzgebungsverfahren bei der Einführung des Mitbenutzungsanspruchs aus § 77a TKG wurde dieser in verfassungsrechtlicher Hinsicht dahingehend angegriffen, dass die bloße Erstattung von „Kosten“ des verpflichteten Unternehmens angesichts möglicher Gewinne der begünstigten Unternehmen mit Hinblick auf das Übermaßverbot problematisch sei, weil dadurch kein angemessener Ausgleich zwischen Privatnützigkeit und Gemeinwohlbelangen gewährleistet sei, vgl. *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77a, Rn. 112 f.

aa) Begrenzung der symmetrischen Mitbenutzungsansprüche des Art. 3 KSRL auf unterversorgte Gebiete

Von den Wettbewerbern der TDG wird teilweise vorgebracht, dass Art. 3 KSRL aus verfassungsrechtlichen Gründen auf Gebiete zu beschränken sei, in denen noch keine digitalen Hochgeschwindigkeitsnetze bestehen.³⁸ Bezüglich der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in nationales Recht kommt eine Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte des Grundgesetzes allerdings grundsätzlich nur dann in Betracht, sofern ihm überhaupt ein Umsetzungsspielraum zusteht³⁹, was zunächst zu untersuchen ist.

Einerseits könnte argumentiert werden, dass die Zugangsrichtlinie mit der Kostensenkungsrichtlinie kollidiere und letztere daher gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL in Teilen verdrängt werde, so dass den nationalen Gesetzgebern diesbezüglich eine Umsetzung freistehe oder sogar untersagt sei. Dies ist allerdings in der hier betrachteten Konstellation des möglichen „Überbaus“ nicht der Fall, weil der Richtliniengeber bereits spezielle Vorkehrungen getroffen hat (vgl. oben I.2.).

Das Vorliegen eines Spielraums der nationalen Gesetzgeber wird teilweise auch in der ihm obliegenden Ausgestaltung der „fairen und angemessenen Bedingungen“ des Art. 3 Abs. 2 KSRL i.V.m. den Regulierungszielen des Art. 8 RRL gesehen.⁴⁰ Ob daraus allerdings eine Befugnis abgeleitet werden kann, die Regelung des Art. 3 KSRL von vornherein auf sogenannte „weiße Flecken“ zu begrenzen, erscheint zweifelhaft: So ist zunächst zu beachten, dass – wenn man den Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie etwas umfassender betrachtet – die Formulierung „Zugang [...] zu fairen und angemessenen Bedingungen“ eher nahelegt, dass damit nicht das „ob“, sondern vielmehr das „wie“ des Zugangs gemeint gewesen ist. Dies wird durch eine systematische Auslegung des Art. 3 KSRL gestützt, nach der das „ob“ eher in Art. 3 Abs. 3 KSRL geregelt werden sollte: Dieser Absatz benennt spezielle, nicht abschließende Gründe, nach denen eine Zugangsverweigerung im Einzelfall in Betracht kommt.

Ausdrücklich vorgesehen ist hingegen zum einen ein Umsetzungsspielraum in Art. 3 Abs. 3 KSRL („beispielsweise“). Der Wortlaut dieser Norm nach dem „jede Zugangsverweigerung auf objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Kriterien“⁴¹ basieren muss, legt jedoch nahe, dass es sich um Ausnahmen im Einzelfall handeln muss, die Vorschrift dem Grunde nach aber in sämtlichen Gebieten anwendbar sein sollte. Dies spricht gegen die Zulässigkeit einer grundsätzlichen Beschränkung auf unversorgte Gebiete. Aber selbst wenn den Mitgliedstaaten ein so weit gefasster Umsetzungsspielraum zusteht und er insoweit an die jeweils geltenden nationalen Grundrechte gebunden ist,

³⁸ Stellungnahme BREKO, Fn. 11, S. 6.

³⁹ Vgl. BVerfGE 129, 78 (103 f.).

⁴⁰ Stellungnahme *Holzner*, Fn. 15, S. 3.

⁴¹ Im Original nicht kursiv.

so kommt dem Gesetzgeber doch eine nicht unerhebliche Einschätzungsprärogative zu und es ist grundsätzlich ihm überlassen, einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.⁴² Gerade bei der Beurteilung der Eignung und der Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen auf dem Gebiet der Wirtschaftsordnung besteht ein weiter Beurteilungsspielraum, der erst dann überschritten ist, wenn die angestellten Erwägungen „offensichtlich so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“.⁴³

Im Regierungsentwurf sind bereits die auf der Kostensenkungsrichtlinie beruhenden Ausgleichsmechanismen der Entgeltbemessung (Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL bzw. § 77n Abs. 3 DigiNetzG) und der möglichen Zugangsverweigerung (Art. 3 Abs. 3 S 1 lit. f KSRL bzw. § 77g Abs. 2 Nr. 6 DigiNetzG) aufgegriffen worden und darüber hinaus ist mit § 77g Abs. 2 Nr. 7 DigiNetzG ein weiter Verweigerungsgrund eingefügt worden⁴⁴. In Kombination mit der vorgesehenen Entgeltbemessung können diese Maßnahmen jedenfalls nicht als völlig ungeeignet angesehen werden, die angesprochenen Konflikte zu lösen, so dass aus verfassungsrechtlicher Sicht zwingend eine Beschränkung auf unterversorgte Gebiete vorzunehmen wäre.

bb) Zulässige Höhe der zu erhebenden Entgelte im Rahmen des Art. 3 KSRL

Die Vorgaben zur Preisbestimmung sind – selbst unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 5 und Erwägungsgrund 19 KSRL – wenig konkret („fair“ und „angemessen“) und lassen den nationalen Gesetzgebern daher Umsetzungsspielräume, bei deren Ausfüllung auf grundrechtliche Erwägungen zu achten ist. Fraglich ist aber, inwieweit sich aus Art. 14 GG überhaupt konkrete Vorgaben für die Höhe der Mitbenutzungsansprüche ableiten lassen.⁴⁵

Zunächst ist dafür relevant, ob es sich bei einer das Eigentum beeinträchtigenden Maßnahme um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung handelt oder um eine Enteignung.⁴⁶

⁴² Der Einschätzungsspielraum zieht sich durch die gesamte Verhältnismäßigkeitsprüfung, vgl. *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 147 ff.

⁴³ BVerfGE 113, 167 (252 f.).

⁴⁴ Vgl. zur Europarechtskonformität dieser Vorschrift unten, IV.1.c)cc).

⁴⁵ Im Gesetzgebungsverfahren bei der Einführung des Mitbenutzungsanspruchs aus § 77a TKG wurde dieser in verfassungsrechtlicher Hinsicht dahingehend angegriffen, dass die bloße Erstattung von „Kosten“ des verpflichteten Unternehmens angesichts möglicher Gewinne der begünstigten Unternehmen mit Hinblick auf das Übermaßverbot problematisch sei, weil dadurch kein angemessener Ausgleich zwischen Privatnützigkeit und Gemeinwohlbelangen gewährleistet sei, vgl. *Schramm/Schumacher*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 77a, Rn. 112 f.

⁴⁶ Vgl. zu dieser Differenzierung z.B. *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, Art. 14, Rn. 89.

Einen Ausgleich für Eingriffe in die Eigentumsfreiheit sieht das Grundgesetz explizit nur in Art. 14 Abs. 3 GG vor, d. h. in den Fällen einer Enteignung. Diese ist durch eine konkret-individuelle „Entziehung [von] Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“⁴⁷ gekennzeichnet, im Gegensatz zu den Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die auf eine „generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten [...] hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum i.S. der Verfassung zu verstehen sind“⁴⁸ zielen. Letzteres ist im vorliegenden Kontext der Fall. Die Mitbenutzungsansprüche definieren den Inhalt und die Schranken von Nutzungsmöglichkeiten von Infrastrukturen in abstrakter Form neu, indem sie in gewissen Fällen die exklusive Nutzung von Versorgungsnetzen einschränken.

Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums sind aufgrund der Sozialgebundenheit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen⁴⁹, weil Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG eben keine Entschädigungszahlung vorsieht und folglich Ausgleichszahlungen für Inhalts- und Schrankenbestimmungen nur in Ausnahmefällen von Art. 14 GG vorgezeichnet sind.⁵⁰ Dazu zählen aber jedenfalls Fälle, in denen Regelungen Dritten Rechte am Eigentum einräumen und diese dadurch gleichsam auf Kosten des Eigentümers Gewinne erzielen können.⁵¹ Denn dadurch dient die Einschränkung der Eigentumsfreiheit entgegen Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG weniger dem Wohle der Allgemeinheit, sondern eher dem mitbenutzungsberechtigten Dritten.⁵² Folglich haben sowohl der BGH⁵³ als auch das BVerfG⁵⁴ in Entscheidungen zu der heute in § 76 TKG geregelten Duldungsverpflichtung das Vorliegen einer ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung angenommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat als Ausgleichspflicht gemäß § 76 Abs. 2 S. 2 TKG in Fällen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zugunsten Privater eine vollständige Kompensation orientiert an erzielbaren Marktpreisen verlangt.⁵⁵ Vorliegend werden aber durch die angestrebte Beschleunigung des Breitbandausbaus in erheblichem Maße auch Allgemeinwohlzwecke verfolgt, da die geschaffenen Infrastrukturen eben nicht nur Ge-

⁴⁷ BVerfGE 115, 97 (112).

⁴⁸ BVerfGE 52, 1 (27 f.).

⁴⁹ BVerwGE 134, 355 (359).

⁵⁰ *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Art. 14, Rn. 154.

⁵¹ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 14, Rn. 53.

⁵² So auch BGHZ 145, 16 (33).

⁵³ BGHZ 145, 16 (32).

⁵⁴ BVerfG, Beschluss v. 26.8.2002 – 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736 (738).

⁵⁵ BVerfG, Beschluss v. 20.1.2005 – 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741 (742 f.).

winne der Telekommunikationsnetzbetreiber generieren, sondern darüber hinaus die Bevölkerung versorgen sollen (vgl. Art. 87f Abs. 1 GG) und einen maßgeblichen Standortfaktor für die Wirtschaftspolitik darstellen.

Wie von den Wettbewerbern vorgetragen, könnte es sich aber als problematisch erweisen, wenn Infrastrukturen neu errichtet werden und daher die zugangsverpflichteten Unternehmen zunächst hohe Abschreibungskosten auf angebotene Produkte umlegen müssen, zugangsberechtigte Konkurrenten aber Zugang zu (zu) niedrigen Mitnutzungsentgelten erlangen können und so den Zugangsverpflichteten preislich unterbieten könnten. Als weitere Folge erreicht der Erstinvestor dadurch die geplante Anzahl an Neukunden möglicherweise nicht mehr und getätigte Investitionen würden entwertet. Allein diese Aussicht könnte darüber hinaus die Investitionsbereitschaft bisher nicht zugangsverpflichteter Unternehmen erheblich hemmen und damit die Erreichung der Ziele der Kostensenkungsrichtlinie behindern. Andererseits könnte durch eine zu hohe Preisgestaltung ebenfalls die Erreichung der Zielvorgaben der Kostensenkungsrichtlinie gefährdet werden.

Im Übrigen sind für die Abwägung insbesondere die bereits im ersten Teil⁵⁶ dargelegten Abwägungstopoi zu berücksichtigen: Der soziale Bezug des betroffenen Eigentums stellt sich im Falle der Telekommunikation als besonders stark dar: Ohne eine Mitbenutzung (fremder) (Verkehrs-)Infrastrukturen ist ein Ausbau der Telekommunikationsinfrastruktur für die Allgemeinheit nur deutlich schwieriger möglich, jedenfalls aber erheblich teurer, was für eine hohe Sozialbindung spricht. Zudem ist auch aufgrund der hohen Raumrelevanz der Telekommunikationslinien eine Mitnutzung bestehender Infrastrukturen angezeigt, um einen nachhaltigen Umgang mit Ressourcen sicherzustellen, was ebenfalls für eine hohe Sozialbindung des betroffenen Eigentums spricht. Daher ist bei der Bestimmung der Entgelthöhe letztlich eine Abwägung dieser Ziele vorzunehmen, was unter IV.2.a)aa) erfolgen soll.

cc) Anwendung der herausgearbeiteten Grundsätze auf Art. 9 KSRL

Hinsichtlich Art. 9 KSRL wurden von den Wettbewerbern ähnliche Bedenken bezüglich einer Entwertung von Investitionen vorgebracht.⁵⁷ Hier ist zunächst festzustellen, dass in § 77n Abs. 6 DigiNetzG den Abs. 2 und 3 in der Fassung des Kabinettsentwurfs entsprechende Vorgaben zur Höhe der Mitnutzungsentgelte fehlten. Zwar besteht wiederum grundsätzlich ein weiter Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, wie er das unter bb) dargelegte Problem im Rahmen der Inhouse-Infrastrukturen löst. Allerdings sollte im Rah-

⁵⁶ C.II.5.a)cc)(iv).

⁵⁷ Stellungnahme BUGLAS, Fn. 11, S. 10 ff.

men des § 77k DigiNetzG dennoch zum Ausdruck gebracht werden, wie ein Investitionsschutz durch die Streitbeilegungsstelle erfolgen kann. Diesbezüglich sind in der aktuellen Fassung des Gesetzesentwurfs aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur⁵⁸ Erweiterungen vorgesehen: So werden in § 77n Abs. 6 S. 2 DigiNetzG als Grundlage für die Bestimmung der Entgelthöhe die zusätzlichen Kosten genannt.⁵⁹ Grundsätzlich könnten zwar noch präzisere Angaben zu den berücksichtigungsfähigen Kosten aufgenommen werden⁶⁰, wobei jedenfalls unproblematisch auf die in der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 3 genannten Kostenbestandteile zurückgegriffen werden könnte. Dies ist verfassungsrechtlich jedoch nicht vorgegeben.

Den § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 DigiNetzG entsprechende Zugangsverweigerungsgründe sind in § 77k DigiNetzG bislang nicht vorgesehen.⁶¹ Die Verweigerungstatbestände des § 77g DigiNetzG beziehen sich aufgrund ihrer systematischen Stellung im Gesetz nur auf § 77d DigiNetzG.⁶² Grundsätzlich könnten die Mitgliedstaaten allerdings nach Art. 9 Abs. 4 KSRL für Gebäude, bei denen der Zugang zu einem bestehenden (Hochgeschwindigkeits-)Netz, zu objektiven, transparenten, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Bedingungen sichergestellt ist, Ausnahmen insbesondere von Mitbenutzungsansprüchen gewähren. Die Schaffung einer solchen Ausnahme könnte also noch erwogen werden.⁶³ Dabei müsste allerdings der gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL vorrangige Art. 12 Abs. 3 RRL beachtet werden und eine Ausnahme käme nur für die passiven Netzinfrastrukturen, nicht aber Verkabelungen in Betracht.⁶⁴ Ob ein Zugangsverweigerungsgrund vor dem Hintergrund dieser Einschränkung überhaupt noch geeignet ist, den gewünschten Investitionsschutzeffekt zu erzielen, ist grundsätzlich der Einschätzung des Gesetzgebers überlassen und verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.

⁵⁸ BT-Drs. 18/9023, S. 6.

⁵⁹ Die darüber hinaus neu eingefügte – im vorliegenden Gutachten nicht behandelte – Regelung in § 77n Abs. 6 S. 3 und 4 DigiNetzG betrifft den Sonderfall, in dem ein die Mitnutzung begehrender Netzbetreiber Investitionen zur Herstellung eben dieser Infrastruktur getätigt hat. Grundsätzlich soll dann eine entgeltfreie Nutzung gewährt werden, wobei diese Regelung nicht rückwirkend gelten soll.

⁶⁰ Vgl. dazu die Empfehlungen zur Umstrukturierung des § 77n DigiNetzG unter IV.2.a)cc) und IV.3.b).

⁶¹ Etwas enger als § 77d TKG besteht – entsprechend der Formulierung des Art 9 KSRL – ein Mitnutzungsanspruch nach § 77k DigiNetzG dagegen nur, wenn eine Doppelung der (passiven oder aktiven) Netzinfrastrukturen technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist, was aber gleichwohl oftmals erfüllt sein dürfte.

⁶² Vgl. dazu im Ergebnis auch Stellungnahme BUGLAS, Fn. 11, S. 11.

⁶³ Ein ähnlicher Zugangsverweigerungsgrund – über einen Zeitraum von sieben Jahren nach erfolgter Erschließung – wird bereits von den Wettbewerbern vorgeschlagen, wobei noch nicht berücksichtigt ist, dass eine Ausnahme grundsätzlich nur bezüglich passiver gebäudeinterner Netzinfrastrukturen möglich ist, vgl. Stellungnahme BUGLAS, Fn. 11, S. 11 f.

⁶⁴ Vgl. zum Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 12 Abs. 3 RRL die Ausführungen unter I.1.b) und I.2.

dd) Ergebnis

Zunächst ist zu beachten, dass die Grundrechte des Grundgesetzes nur insoweit maßgeblich sind, als den nationalen Gesetzgebern ein Umsetzungsspielraum verbleibt.

Ein solcher Spielraum besteht nicht aufgrund einer Kollision der Kostensenkungsrichtlinie mit der Zugangsrichtlinie (vgl. I.2.). Es steht den Mitgliedstaaten aber gemäß Art. 3 Abs. 3 KSRL frei, weitere Zugangsverweigerungsgründe einzufügen, solange diese auf objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Kriterien beruhen.

Allerdings erscheint es angesichts des Wortlauts der Kostensenkungsrichtlinie fraglich, ob dies über Einzelfälle hinaus auch für gesamte (z.B. unterversorgte) Gebiete vorgesehen werden kann.

Selbst wenn man dies bejahen wollte, steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu. So kann dieser grundsätzlich selbst entscheiden, mit welchen Mitteln er die sich ihm erkennbaren Probleme – beispielsweise hinsichtlich einer möglichen Investitionsentwertung durch missbräuchlichen „Überbau“ – lösen möchte. Dazu sind bereits geeignete Instrumente im Regierungsentwurf vorgesehen, so dass aus Art. 14 GG nicht zwingend eine Pflicht des Gesetzgebers abzuleiten wäre, unversorgte Gebiete generell aus dem Anwendungsbereich des § 77d DigiNetzG auszunehmen.

Im Rahmen des § 77k DigiNetzG sollte zum Ausdruck gebracht werden, wie ein Investitionsschutz durch die Streitbeilegungsstelle erfolgen kann. Diesbezüglich ist in der aktuellen Fassung des Gesetzesentwurfs aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur⁶⁵ in § 77n Abs. 6 S. 2 DigiNetzG vorgesehen, die zusätzlichen Kosten für die Mitnutzung als Grundlage für die Entgelthöhe heranzuziehen. Grundsätzlich könnten zwar noch präzisere Angaben zu den berücksichtigungsfähigen Kosten aufgenommen werden, wobei jedenfalls unproblematisch auf die in der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 3 genannten Kostenbestandteile zurückgegriffen werden könnte. Dies ist verfassungsrechtlich jedoch nicht vorgegeben.

Ob aber darüber hinaus auch ein Zugangsverweigerungsgrund geschaffen wird, ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, zumal dies ohnehin nur in den Schranken des Art. 12 Abs. 3 RRL zulässig wäre und der Gesetzgeber selbst abwägen muss, inwieweit ein Zugangsverweigerungsgrund dann überhaupt noch geeignet ist, den erwünschten Effekt zu erzielen.

Hinsichtlich der konkret festzusetzenden Entgelthöhe folgt aus Art. 14 GG, dass der Gesetzgeber einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich schaffen muss, der zumindest die zusätzlichen Kosten für den Zugang zu den Infrastrukturen abdecken muss.

⁶⁵ BT-Drs. 18/9023, S. 6.

Sofern Inhalts- und Schrankenbestimmungen vorwiegend Individualinteressen dienen, ist darüber hinaus die Ausgleichzahlung an erzielbaren Marktpreisen auszurichten. Vorliegend kommt die Kostenreduzierung allerdings in erheblichem Maße über den Breitbandausbau auch der Allgemeinheit zu Gute. Zudem gefährdet ein zu hoher Kostenansatz möglicherweise die Zielerreichung der Kostensenkungsrichtlinie.

Sofern jedoch Investitionskosten und -risiken der Zugangsverpflichteten nicht im erforderlichen Maße berücksichtigt werden, könnte auch dies durch eine Investitionszurückhaltung den Breitbandausbau gefährden. Daher muss hinsichtlich Art. 14 GG beachtet werden, dass Konkurrenten getätigte Investitionen nicht missbräuchlich entwerten können.

Eine umfängliche Berücksichtigung der getätigten Investitionen sowie der Folgen der geplanten Mitnutzung auf den Geschäftsplan des zugangsverpflichteten Unternehmens, wie es im Regierungsentwurf bereits vorgesehen ist, ist daher bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen nahe liegend. Insgesamt spricht die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG daher eher für einen Entgeltmaßstab, der zu höheren Ausgleichszahlungen führt.

c) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG

Die Freiheit der Berufswahl und -ausübung aus Art. 12 GG könnte den Entgeltmaßstab sowohl zugunsten der zum Zugang Verpflichteten (dazu aa)) als auch zugunsten der dazu Berechtigten (dazu bb)) beeinflussen.

aa) Die Berufsfreiheit der Zugangsverpflichteten

Art. 12 GG schützt sowohl die Freiheit der Berufswahl, als auch die der Berufsausübung. Erfasst ist vom Berufsbegriff jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁶⁶ Die Infrastrukturen, über die die natürlichen und juristischen Personen verfügen, die von dem persönlichen Schutzbereich (vgl. dazu oben, a)) des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst werden, werden typischerweise errichtet, um Gewinne zu erwirtschaften. Damit ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet. Indem die betroffenen Unternehmen durch die

⁶⁶ BVerfGE 115, 276 (300).

Zugangspflichtung nicht mehr völlig frei in der Vermarktung ihrer Infrastrukturen sind, liegt auch ein Eingriff in Art. 12 GG vor.⁶⁷

Nachdem es nicht um den Berufszugang an sich geht, liegt lediglich eine Berufsausübungsregelung⁶⁸ vor, die „durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert“⁶⁹ werden kann. Aus Art. 87f GG folgt jedenfalls insgesamt eine Verpflichtung des Bundes, im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung die Voraussetzungen für eine möglichst optimale Ausstattung mit Telekommunikationsleistungen zu schaffen.⁷⁰ Die vorgesehenen Mitbenutzungsansprüche müssen gemessen an diesem Ziel verhältnismäßig sein, wobei dem Gesetzgeber hier wiederum grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist. Im Ergebnis tragen daher die bereits bei der Eigentumsfreiheit dargelegten Mechanismen um die festgestellten Eingriffe zur Rechtfertigung.

bb) Die Berufsfreiheit der Zugangsberechtigten

Das Grundrecht aus Art. 12 GG ist primär ein subjektives Abwehrrecht gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, die sich gegen die berufliche Freiheit richten, schafft aber grundsätzlich keine Ansprüche auf Sicherstellung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.⁷¹ Daher kann aus Art. 12 GG grundsätzlich kein besonders günstiger Entgeltmaßstab für die zum Zugang berechtigten Unternehmen abgeleitet werden.

cc) Fazit

Letztlich lassen sich aus Art. 12 GG keine über Art. 14 GG hinausgehenden spezifischen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen entnehmen. Inwieweit durch die Konzeption von Entgeltmaßstäben eine möglicherweise grundrechtswidrige Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Unternehmenszweige eintritt, ist letztlich nicht an dem Freiheitsrecht des Art. 12 GG zu messen, sondern vielmehr an den Gleichheitsrechten (dazu sogleich d)).

⁶⁷ So hinsichtlich § 77a TKG auch *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77a, Rn. 107 ff., und speziell hinsichtlich des entbündelten Zugangs zur TAL auch BVerwG, Urteil v. 25.4.2001 – 6 C 6/00, NVwZ 2001, 1399 (140 ff.), das eine umfassende Prüfung an Art. 12 GG vornimmt.

⁶⁸ Zu der dieser Abgrenzung zugrundeliegenden „Stufenlehre“ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 12, Rn. 33 ff.

⁶⁹ BVerfGE 123, 186 (238).

⁷⁰ Vgl. dazu schon die Ausführungen zum ersten Teil, insbesondere bei C.II.5.a)cc)(i).

⁷¹ *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage, 2014, Art. 12, Rn. 16 m.w.N.

d) Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG

Fraglich ist, ob sich aus dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG Vorgaben für die Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen ableiten lassen. Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, inwiefern eine Angleichung von Entgeltmaßstäben generell gefordert werden kann und welche Aussagen sich dem Gleichheitssatz allgemein entnehmen lassen (dazu aa)). Sodann ist – etwas spezieller – zu prüfen, ob es insbesondere aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit zumutbar wäre, wenn Betreiber von Telekommunikationsnetzen ihrerseits einen Zugang grundsätzlich nur zu Entgelten am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gewähren müssen, während sie selbst gegenüber anderen Infrastrukturanbietern einen Zugang auf bloßer Zusatzkostenbasis erlangen (dazu bb)).

aa) Angleichung von Entgeltmaßstäben

Eine Beeinträchtigung des Art. 3 Abs. 1 GG setzt voraus, dass vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, weswegen zunächst Vergleichsgruppen zu bilden sind.⁷² Hinsichtlich der Ausgestaltung von Mitnutzungsansprüchen ist jedoch zu beachten, dass bereits in der Ausgangslage unterschiedliche Voraussetzungen für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen bestehen: Die Ansprüche des Teils 2 des TKG knüpfen an das Vorhandensein beträchtlicher Marktmacht an, § 45a Abs. 3 TKG ist als Vorschrift aus Teil 3 an sich eine Kundenschutzvorschrift, die §§ 70 Abs. 2 und 76 Abs. 3 DigiNetzG knüpfen an wegerechtliche Befugnisse an und die in den §§ 77d – 77g bzw. 77k DigiNetzG einzufügenden Normen stellen auf die Eigentümer- oder Betreiberstellung ab.

Die Mitbenutzungsansprüche dienen also zum Teil jedenfalls primär der Verwirklichung völlig unterschiedlicher (Regulierungs-)Ziele, wie den Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), der Schaffung von Wettbewerb (§ 2 Abs. 2 Nr. 2) sowie dem Ausbau von Netzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG). Damit ist bereits die Bildung von Vergleichsgruppen schwierig und angesichts der Tatsache, dass nur wesentlich Gleiches gleich zu behandeln ist, lässt sich letztlich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls kaum für alle Mitbenutzungsansprüche das Anlegen desselben Kostenmaßstabs als verfassungsrechtliches Gebot ableiten. Allerdings folgt aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur, dass wesentlich Gleiches gleichbehandelt werden muss, sondern auch, dass wesentlich Ungleiches ungleich behandelt werden muss.⁷³ Dies gilt beispielsweise im Verhältnis zwischen Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und solchen

⁷² Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 3, Rn. 7.

⁷³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 3, Rn. 8.

ohne derartige Marktstellung. Im Rahmen der legislatorischen Bewältigung dieser Konflikte steht dem Gesetzgeber allerdings grundsätzlich eine weite Einschätzungsprärogative zu. Nichtsdestotrotz muss bei der Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen stets auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geachtet werden und bereits aus diesem Grund müssen Entgeltregulierungsmaßnahmen grundsätzlich aufeinander abgestimmt werden.⁷⁴

bb) Reduzierter Kostenmaßstab von Infrastrukturanbietern

Im Einzelnen ist allerdings zu erörtern, inwieweit es insbesondere aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit zumutbar wäre, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen ihrerseits Zugang grundsätzlich nur zu Entgelten am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gewähren müssen, der nach § 32 Abs. 1 TKG grundsätzlich auch einen angemessenen Gemeinkostenzuschlag enthält, während sie selbst unter Umständen gegenüber anderen Infrastrukturanbietern einen Zugang auf bloßer Zusatzkostenbasis erlangen. Hinzu kommt, dass gerade kommunale Telekommunikationsbetreiber aus den Verbundvorteilen verschiedener Infrastrukturen Wettbewerbsvorteile ziehen und es ist zu klären, inwiefern diese legislativ und regulatorisch nivelliert werden dürfen. Dabei ist hinsichtlich der Zugangsverpflichteten zwischen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze (dazu (i)) und der sonstigen Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze (dazu (ii)) zu unterscheiden.

(i) Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze als Zugangsverpflichtete

Zunächst enthält § 77n Abs. 2 DigiNetzG grundsätzliche Vorgaben für die Festsetzung zu Mitnutzungsentgelten. Sofern als Zugangsverpflichtete Betreiber von Telekommunikationsinfrastrukturen betroffen sind, ist dies letztlich eine grundlegende Frage der Regulierung der Telekommunikation. Dementsprechend sieht auch der auf Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL beruhende § 77n Abs. 3 DigiNetzG vor, dass bei der Entscheidung über den Zugang die Regulierungsziele zu beachten sind und über eine Kostendeckung hinaus auch eine angemessene Verzinsung sicherzustellen und die Folgen der Mitnutzung auf den Geschäftsplan des Zugangsverpflichteten einschließlich seiner getätigten Investitionen zu berücksichtigen sind. Insofern ist die Bundesnetzagentur aus dieser Norm des DigiNetzG bereits hinsichtlich der Mitnutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze zu einer umfassenden Abwägung verpflichtet. Der deutlich allgemeiner gehaltene Gleich-

⁷⁴ Paschke, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 27, Rn. 60.

behandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG stellt insofern angesichts des weiten gesetzgeberischen Spielraums⁷⁵ keine darüber hinausgehenden Anforderungen an den Gesetzgeber. So prüft auch das BVerfG nicht, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste oder gerechteste Lösung gefunden hat.⁷⁶

(ii) Verpflichtung der sonstigen Betreiber von Versorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 16b DigiNetzG

Hinsichtlich der verbleibenden Versorgungsnetze besteht zwar grundsätzlich keine EU-telekommunikationsrechtlich gebotene Einschränkung der legislativen Vorstrukturierung, soweit die Eigentümer und Betreiber der Infrastrukturen keine Telekommunikationsnetzanbieter sind (vgl. dazu oben, I.3.c)cc)). Allerdings stellt sich in diesen Bereichen das Problem der Wettbewerbsgleichheit auch nur bedingt, da diese Infrastrukturanbieter letztlich nur im Wettbewerb stehen, sofern die zugangsverpflichteten Unternehmen auch Telekommunikationsnetze betreiben.

cc) Fazit

Damit ist auch Art. 3 Abs. 1 GG kein bestimmter Entgeltmaßstab zu entnehmen und dem Gesetzgeber steht auch unter diesem Gesichtspunkt ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Allerdings hat der Gesetzgeber generell ein möglichst konsistentes und widerspruchsfreies System zu entwickeln.

2. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG

Sofern Infrastrukturen der Gemeinden betroffen sind, können sich diese zwar nicht auf Grundrechte berufen (vgl. dazu oben, 1.a)). Sie könnten aber in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG betroffen sein. Allerdings ist diese Norm nicht als Grundrecht, sondern vielmehr als institutionelle Garantie zu betrachten.⁷⁷ Zum Schutzbereich zählen alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Dieser Aufga-

⁷⁵ Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Art. 3, Rn. 52; für eine großzügige Prüfung bei komplexen Zusammenhängen, insbesondere wirtschaftslenkenden und -ordnenden Maßnahmen Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 3, Rn. 25.

⁷⁶ BVerfGE 122, 151 (174).

⁷⁷ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, 2. Auflage, 2006, Art. 28, Rn. 87.

benkreis ist nicht als feststehend zu verstehen und wird daher oftmals mit den „Gemeindehoheiten“ umschrieben.⁷⁸ Konkret werden zu diesen Aufgaben insbesondere sowohl die Energie- und Wasserversorgung, als auch die Telekommunikationsdienstleistungen gezählt⁷⁹, wobei letzteres angesichts Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG zumindest fragwürdig erscheint.

Als Eingriffe werden sodann alle belastenden Regelungen dieses Aufgabenkreises durch andere Träger öffentlicher Gewalt angesehen, die allerdings eine Beschränkung der Selbstverwaltung von einer gewissen Intensität aufweisen müssen.⁸⁰ Ob dies bei einer Auferlegung von Mitbenutzungsansprüchen, für die jedenfalls auch ein gewisser Ausgleichsanspruch besteht, schon der Fall ist, kann aber bezweifelt werden. Selbst wenn man einen Eingriff bejahen wollte, unterliegt Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich einem Gesetzesvorbehalt⁸¹, der seine absolute Grenze erst im Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung findet und die identitätsbestimmenden Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung nicht beseitigen darf⁸², im Übrigen aber grundsätzlich nur den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten muss.⁸³ Die Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen für gemeindliche Infrastrukturen ist keineswegs identitätsbestimmend, womit jedenfalls der Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung vorliegend nicht betroffen ist. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit kann auf die Ausführungen zu den Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG verwiesen werden (dazu oben, 1.).

Damit folgen aus Art. 28 Abs. 2 GG jedenfalls keine weiteren Einschränkungen als aus den grundrechtlichen Vorgaben und dem Gesetzgeber steht auch insoweit grundsätzlich ein weiterer Ausgestaltungsspielraum zu.

⁷⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 28, Rn. 12 f.

⁷⁹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 28, Rn. 13a.

⁸⁰ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 28, Rn. 18.

⁸¹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 28, Rn. 20.

⁸² BVerfGE 107, 1 (12).

⁸³ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 20, Rn. 22 f.

3. Verfassungsrechtliche Grundlagen eines Konsistenzgebots

Auch wenn sich aus den erörterten Normen des Grundgesetzes letztlich nur wenig Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen ableiten lassen, wäre es doch aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit problematisch, wenn der Gesetzgeber ein unklares oder gar in sich widersprüchliches System von Entgeltmaßstäben schaffen würde. Das würde einerseits den Gesetzesvollzug erheblich erschweren und andererseits die Planungssicherheit von Unternehmen beeinträchtigen. Das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz⁸⁴ ergebende Bestimmtheitsgebot verlangt, dass Gesetze so formuliert sind, dass der Verwaltung für ihr Verhalten angemessen klare Handlungsmaßstäbe vorgegeben sind und auch die Bürger das staatliche Handeln in einem gewissen Maße vorhersehen können.⁸⁵ Damit ist beispielsweise das einfachgesetzlich in § 27 Abs. 2 TKG normierte Konsistenzgebot an sich bereits Ausfluss des Gebots der Gesetzmäßigkeit hoheitlichen Handelns und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.⁸⁶ Zudem betrifft sowohl die Anordnung von Mitnutzungen als auch die konkrete Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche Grundrechtspositionen der Betroffenen aus Art. 14 und 12 GG (vgl. dazu oben, 1.) und auch vor diesem Hintergrund ist ein klares Zielkonzept verfassungsrechtlich geboten.⁸⁷ Es spricht also viel dafür, bereits im Vorfeld von Seiten des Gesetzgebers für ein möglichst klares und widerspruchsfreies System der Mitbenutzungsansprüche zu sorgen, um einerseits den Vollzugsaufwand durch die Bundesnetzagentur gering zu halten und andererseits für Rechtsklarheit und -sicherheit zu sorgen.

Mithin ist der Gesetzgeber gehalten, ein in sich konsistentes Zielkonzept zu erarbeiten, um für einen klaren Gesetzesvollzug zu sorgen, der zum einen die Regulierungspraxis erleichtert, aber auch aus rechtsstaatlichen Gründen der Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungen geboten ist.

⁸⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 20, Rn. 28.

⁸⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 20, Rn. 57 f.

⁸⁶ Paschke, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 27, Rn. 11, der § 27 Abs. 2 TKG folglich als lediglich deklaratorisch begreift.

⁸⁷ In diese Richtung auch Paschke, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 27, Rn. 5.

III. Bestehende Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe im Telekommunikationsgesetz

Gerade vor dem Hintergrund der genannten verfassungsrechtlichen Aspekte ist ein in sich stimmiges System aus Mitbenutzungsansprüchen und damit korrespondierenden Entgeltmaßstäben zu schaffen. Zur Bestimmung eines diesbezüglichen Rahmens sind zunächst die im innerstaatlichen Recht bestehenden asymmetrischen (dazu 1.) und symmetrischen (dazu 2.) Mitbenutzungsansprüche herauszuarbeiten.

1. Grundsätze der asymmetrischen Zugangsregulierung

Im Folgenden sollen zunächst die auf einer asymmetrischen Regulierung basierenden Entgeltmaßstäbe beschrieben werden, die vor allem in den §§ 28, 31 und 32 TKG enthalten sind. Im Rahmen der Ex-ante-Regulierung werden bezüglich der Kostenhöhe insbesondere die Maßstäbe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung („KeL“, dazu a)), der langfristigen inkrementellen Durchschnittskosten („LRIC“, dazu b)), aber auch der Missbrauchstatbestand des § 28 TKG (dazu c)) herangezogen⁸⁸.

a) Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 32 TKG

Nach § 32 Abs. 1 TKG bestehen die KeL aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 TKG sind weitere Kosten berücksichtigungsfähig und Abs. 3 enthält Bestimmungen zur Festlegung der angemessenen Verzinsung. Nach § 31 Abs. 1 S. 2 TKG dürfen die im Rahmen der Ex-ante-Regulierung genehmigten Entgelte die nach dem KeL-Maßstab ermittelten Kosten nicht überschreiten, der somit eine „Deckelung“ der genehmigungsfähigen Entgelte darstellt.⁸⁹

b) Maßstab der langfristigen inkrementellen Durchschnittskosten („LRIC“)

Bei der Ex-ante-Entgeltregulierung besteht nach § 31 Abs. 2 TKG auch die Möglichkeit, andere Verfahren heranzuziehen. Diese Vorschrift ermöglicht es der Bundesnetzagentur, entsprechend der Terminierungsentgeltempfehlung 2009/396/EG das sog. „Pure-

⁸⁸ Allerdings ist auch die Wahl anderer Maßstäbe grundsätzlich zulässig, sofern dies besser zur Erreichung der Regulierungsziele des § 2 TKG geeignet ist, § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG.

⁸⁹ Kühling, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 31, Rn. 17.

LRIC⁹⁰-Verfahren anzuwenden.⁹¹ Dieser Maßstab umfasst nur die einem Dienst direkt zuordenbaren, verkehrsabhängigen Kosten, nicht aber die verkehrsunabhängigen Gemeinkosten.⁹² Letztere sind Kosten, die durch mehrere Bezugsobjekte verursacht werden, grundsätzlich unabhängig von der Leistungsmenge entstehen und wegen mangelnder individueller Verursachung durch einzelne Objekte nur über eine Durchschnitts- und Schlüsselbildung auf diese zugerechnet werden können, wozu z.B. bestimmte Gebäude- und Personalkosten (z.B. auf höheren Leitungsebenen) zählen.⁹³

c) Entgeltmaßstäbe des Missbrauchstatbestands des § 28 TKG

Der Missbrauchstatbestand gibt – anders als der KeL-Maßstab nach § 32 TKG, der theoretisch nur *ein* „richtiges“ Ergebnis kennt – lediglich einen Korridor⁹⁴ aus Preisobergrenzen (dazu aa)) und Preisuntergrenzen (dazu bb)) vor, in dem sich zulässige Preise bewegen dürfen⁹⁵ und benennt sonstige missbräuchliche Verhaltensweisen.

aa) Preisobergrenzen

Der allgemeine materielle Maßstab für Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht wird dabei von § 28 TKG normiert⁹⁶, der auf Art. 13 ZRL basiert⁹⁷. Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG dürfen Unternehmen Zugangsentgelte nicht in einer Höhe verlangen, die sie nur aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht durchsetzen könnten

⁹⁰ Long run incremental cost, d. h. langfristige inkrementelle Durchschnittskosten, vgl. *Busse von Colbe*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Vor § 27, Rn. 18.

⁹¹ *Kühling*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 31, Rn. 29.

⁹² *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 31, Rn. 5; vgl. für eine grafische Darstellung der Unterschiede wiederum *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 319.

⁹³ *Busse von Colbe*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Vor § 27, Rn. 67 f.

⁹⁴ Dazu *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 319 (Abb. 37).

⁹⁵ *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 28, Rn. 12.

⁹⁶ *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 28, Rn. 6.

⁹⁷ *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 28, Rn. 1.

(sog. Preishöhenmissbrauch⁹⁸). Im Ausgangspunkt ist dabei auf den „Als-ob-Wettbewerbspreis“ abzustellen, der sich bei einem wirksamen Wettbewerb ergeben würde.⁹⁹ Letztlich sind damit wiederum die KeL für die Beurteilung maßgeblich. Wegen bestehender Unsicherheiten und dem mit dem Missbrauchsvorwurf verbundenen Unrechtsurteil liegt ein Missbrauch allerdings erst dann vor, wenn der wettbewerbsentsprechende Preis erheblich überschritten wird.¹⁰⁰

bb) Preisuntergrenzen

Andererseits dürfen aber gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG grundsätzlich auch keine Entgelte verlangt werden, die die langfristigen zusätzlichen Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht decken. Im Unterschied zur Berechnung der KeL darf allerdings nur auf die tatsächlichen zusätzlichen Kosten abgestellt werden und Gemeinkosten bleiben bei Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG außer Betracht.¹⁰¹

d) Fazit

Unabhängig davon, ob der strengere Maßstab des § 32 TKG oder das allgemeine Missbrauchsverbot aus § 28 TKG herangezogen wird, ist festzustellen, dass bei der Entgeltregulierung gemäß den §§ 28 ff. TKG jedenfalls nicht nur die reinen Zusatzkosten berücksichtigungsfähig sind, sondern darüber hinaus grundsätzlich auch Gemeinkostenzuschläge erhoben werden dürfen.

⁹⁸ *Schütz/Neumann*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 28, Rn. 44.

⁹⁹ *Schütz/Neumann*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 28, Rn. 49.

¹⁰⁰ *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 315.

¹⁰¹ *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 28, Rn. 6.

2. Bestehende symmetrische Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe

Neben den asymmetrischen Zugangsansprüchen bestehen bereits im geltenden Recht symmetrische Mitbenutzungsansprüche mit entsprechenden Entgeltzahlungsansprüchen. In diese Kategorie lassen sich § 70 TKG (dazu a)), § 77a (dazu b)), die § 77b ff. (dazu c)), § 45a Abs. 3 (dazu d)) sowie § 18 TKG (dazu e)) einordnen. Sofern Änderungen an diesen Normen im DigiNetzG beabsichtigt sind, ist darauf unter IV. näher einzugehen.

a) Ansprüche gemäß § 70 TKG de lege lata

Nach § 70 S. 1 TKG besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Duldung der Mitbenutzung anderer für die Aufnahme von Telekommunikationskabeln vorgesehenen Einrichtungen gegenüber Personen, denen ein Nutzungsrecht für öffentliche Verkehrswege nach § 69 TKG übertragen worden ist, sofern die Ausübung des Rechts nach § 68 TKG für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist. Dazu muss die Mitbenutzung lediglich wirtschaftlich zumutbar und ohne zusätzliche größere Baumaßnahmen möglich sein. Nach § 70 S. 2 TKG ist im Gegenzug für eine Mitnutzung ein „angemessener geldwerter Ausgleich zu leisten“. Der Ausgleichsanspruch umfasst dabei alle Kosten, die durch die Duldung der Mitnutzung entstehen, sowie nach h.M. einen Ausgleich dafür, dass die noch freien Kapazitäten nicht mehr selbst genutzt bzw. vermarktet¹⁰² werden können und orientiert sich daher einerseits als untere Grenze an den tatsächlich entstehenden Kosten, andererseits aber nach h.M. auch an einem entsprechenden Marktpreis.¹⁰³

¹⁰² Dazu insbesondere *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 70, Rn. 70 ff.

¹⁰³ *Dörr*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 70, Rn. 13 f.; *Schütz*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 70, Rn. 15; *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 70, Rn. 16; a. A. *Reichert*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 70, Rn. 16, der sich gegen eine Kommerzialisierung über Marktpreise ausspricht.

b) Mitnutzung der Inhouse-Verkabelungen nach § 77a TKG de lege lata

§ 77a TKG, der Art. 12 Abs. 3 bis 5 RRL umsetzt¹⁰⁴, dient dazu, den voranschreitenden Glasfaserausbau weiter in Richtung Endkunden zu treiben und erfasst daher die hausinterne sog. „Inhouse“-Verkabelung.¹⁰⁵ Gemäß § 77a Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur die gemeinsame Nutzung von Verkabelungen oder Kabelkanälen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt, sofern dieser außerhalb des Gebäudes liegt, zugunsten Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze anordnen. Als Zugangsverpflichtete dieser Entscheidung kommen Telekommunikationsnetzbetreiber in Frage, denen ein Wegerecht im Sinne des § 68 TKG nach § 69 Abs. 1 TKG übertragen wurde oder denen entsprechende Nutzungsrechte zustehen, sowie Telekommunikationsnetzbetreiber, die ein Verfahren zur Enteignung oder Nutzung von Grundstücken in Anspruch nehmen können und Eigentümer von Verkabelungen oder Kabelkanälen.

Als Ausgleich für eine Anordnung nach Abs. 1 wird nach § 77a Abs. 2 TKG von der Bundesnetzagentur ein „angemessenes Entgelt“ festgesetzt, das auch eine angemessene Risikoanpassung enthalten kann. Der Bundesgesetzgeber hat mit dieser Regelung Art. 12 Abs. 3 S. 2 RRL, in dem lediglich von einer „Umlegung der Kosten“ die Rede ist, damit nicht wortlautgetreu umgesetzt, sondern im Hinblick auf Art. 14 GG weitergehend ein „angemessenes Entgelt“ vorgesehen, um zur Schaffung eines angemessenen Ausgleichs von Privatnützigkeit und Gemeinwohlinteresse auch Gewinne der Zugangspetenten mitberücksichtigen zu können.¹⁰⁶ Ausweislich der Gesetzesbegründung erfolgte die Verwendung dieses Begriffes ausdrücklich, damit über einen bloßen Kostenausgleich hinaus „ggf. ein Entgelt“ verlangt werden könne.¹⁰⁷

Diese Formulierung ist etwas weiter als die im Rahmen des § 70 S. 2 TKG, der lediglich von einem „Ausgleich“ spricht und damit ist die Orientierung einerseits an Kosten und andererseits an möglichen Marktpreisen bei dieser Norm weniger problematisch.¹⁰⁸ Mit dem in § 77a Abs. 2 TKG bezeichneten Risiko ist im Übrigen das des Verpflichteten gemeint.¹⁰⁹ Letztlich sind damit ebenfalls nicht nur die reinen (langfristigen) Zusatzkosten

¹⁰⁴ *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77a, Rn. 11 ff.

¹⁰⁵ *Kind/Schramm*, Infrastrukturrecht nach dem neuen TKG 2012, N&R 2012, 140 (141).

¹⁰⁶ *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77a, Rn. 111 f., mit Verweis auf ein im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens erstelltes Gutachten von Battis.

¹⁰⁷ BT-Drs. 17/7521, S. 116.

¹⁰⁸ Für eine Orientierung an Kosten und Marktpreisen *Scherer/Heinickel*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 77a, Rn. 16.

¹⁰⁹ *Scherer/Heinickel*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 77a, Rn. 16.

abrechnungsfähig, sondern darüber hinaus Marktpreise und damit ist wohl eine Orientierung an den Kosten für eine effiziente Leistungsbereitstellung möglich.

c) Mitnutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe der §§ 77b ff. TKG de lege lata

Weitere symmetrische Mitbenutzungsansprüche mit teilweise voneinander abweichenden Entgeltmaßstäben sind in den § 77b TKG und §§ 77c ff. TKG vorgesehen.

aa) Alternative Infrastrukturen nach § 77b TKG de lege lata

Nach § 77b Abs. 1 TKG, der keinen unmittelbaren EU-sekundärrechtlichen Hintergrund hat¹¹⁰, sind Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation (NGN) genutzt werden können, grundsätzlich verpflichtet, Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze ein Angebot auf Mitnutzung gegen ein angemessenes Entgelt zu unterbreiten. Allerdings sieht § 77b Abs. 3 TKG zur Durchsetzung dieser Verpflichtung lediglich ein unverbindliches Schlichtungsverfahren vor. Für die zu erhebenden Entgelte sieht § 77b Abs. 1 TKG ähnlich wie § 77a Abs. 2 TKG vor, dass diese „angemessen“ sein müssen, verzichtet aber auf die Möglichkeit einer Risikoanpassung, deren Grundlage bei § 77a TKG Art. 12 Abs. 3 S. 2 RRL ist. Bei der Berechnung kann auch hier wieder auf die zu § 70 TKG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden und das Entgelt hat sich daher einerseits an den tatsächlich entstehenden Kosten und andererseits an dem erzielbaren Marktpreis¹¹¹ zu orientieren.¹¹²

bb) Mitbenutzungsansprüche der §§ 77c ff. TKG de lege lata

Für die Vorschriften der §§ 77c ff. TKG gibt es ebenfalls keine EU-sekundärrechtlichen Vorgaben.¹¹³ Die §§ 77c Abs. 1 S. 7, 77d Abs. 1 S. 6 und 77e Abs. 1 S. 6 TKG sehen – fakultativ – die Möglichkeit der Zahlung eines kostendeckenden Entgelts vor. Damit sehen die Vorschriften die zugrundeliegenden Kosten als Obergrenzen an.¹¹⁴

¹¹⁰ *Kind/Schramm*, Infrastrukturrecht nach dem neuen TKG 2012, N&R 2012, 140 (144).

¹¹¹ Vgl. bezüglich der hinsichtlich einer Ermittlung von Marktpreisen bestehenden Probleme IV.2.a)aa)(iii).

¹¹² *Koch*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 77b, Rn. 20; *Scherer/Heinickel*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 77b, Rn. 13.

¹¹³ *Kind/Schramm*, Infrastrukturrecht nach dem neuen TKG 2012, N&R 2012, 140 (145).

¹¹⁴ *Berndt*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 12.

d) § 45a TKG

Ein weiterer Mitbenutzungsanspruch befindet sich in der Kundenschutzvorschrift des § 45a Abs. 3 TKG, der keine EU-sekundärrechtliche Grundlage hat.¹¹⁵ Nach dieser Vorschrift bestehen gesetzliche Mitnutzungsansprüche¹¹⁶ zwischen Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsanbietern, sofern ein Grundstückseigentümer lediglich mit einem Anbieter einen Nutzungsvertrag geschlossen hat und eine Mitnutzung vorhandener Leitungen und Vorrichtungen des Anbieters mit einer Nutzungsberechtigung nicht dessen vertragsgemäße Erfüllung seiner Verpflichtungen gefährdet oder beeinträchtigt. Der verpflichtete Anbieter kann dafür gemäß § 45a Abs. 3 S. 2 TKG ein Entgelt erheben, das sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung „orientiert“. Anders als bei der Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, denen eine Pflicht zur Entgeltgenehmigung am Maßstab der KeL nach § 30 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 31 Abs. 1 TKG auferlegt wurde, stellen die KeL im Rahmen einer Entgeltvereinbarung nach § 45a Abs. 3 S. 2 TKG demnach keine feste Obergrenze dar. Der Maßstab ist damit etwas „weicher“ als jener in § 31 Abs. 1 S. 2 TKG.

e) § 18 TKG

Bei § 18 Abs. 1 S. 2 TKG handelt es sich um einen symmetrischen Zugangsanspruch im Rahmen der Marktregulierung, da für dessen Geltendmachung der Zugangsverpflichtete nicht marktbeherrschend sein muss. Der Adressat muss lediglich ein Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sein, der den Zugang zu Endnutzern kontrolliert und die Verhängung der Verpflichtung muss erforderlich sein, um einen End-zu-End-Verbund von Diensten zu gewährleisten. Gemäß § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG unterliegen die Entgelte, die ein Betreiber im Rahmen von Verpflichtungen nach § 18 TKG verlangt, einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG. § 30 Abs. 2 S. 2 TKG eröffnet allerdings auch die Möglichkeiten einer Regulierung nach § 38 TKG, d. h. einer nachträglichen Regulierung mit Vorlagepflicht gemäß Abs. 1 des § 38 TKG und einer (Ex-ante-)Entgeltgenehmigung nach § 31 TKG. Damit sind grundsätzlich nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG die Maßstäbe der Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG anzuwenden und nur in Ausnahmefällen die im Rahmen der Ex-ante-Regulierung geltenden Maßstäbe.

¹¹⁵ *Hartl*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 45a, Rn. 1.

¹¹⁶ *Rugulis*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 45a, Rn. 11.

3. Konsistenzgebot aus § 27 Abs. 2 TKG

Wie bereits unter II. herausgearbeitet wurde, ist eine Abstimmung der Mitbenutzungsansprüche bereits aus Gründen der Gleichbehandlung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten.¹¹⁷ Daher ist der Gesetzgeber bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen dazu angehalten, für eine gewisse Konsistenz der Mitbenutzungsansprüche und der jeweils geltenden Entgeltmaßstäbe zu sorgen. Einfachgesetzlich ist dieses Prinzip bisher in § 27 Abs. 2 TKG verankert.¹¹⁸ Ausweislich der Stellung der Norm im Unterabschnitt 1 der Entgeltregulierung und der Formulierung der Geltung für „Entgeltregulierungsmaßnahmen“ ist § 27 Abs. 2 TKG grundsätzlich nur im Rahmen der Entgeltregulierung in Abschnitt 3 des Teils 2 des TKG anwendbar.¹¹⁹ Inwiefern eine Erweiterung dieses Regelungsgehalts auf weitere Teile des TKG mit Blick auf die avisierten Gesetzesänderungen erforderlich ist und wie dies gesetzessystematisch erfolgen könnte, ist unter IV. zu erörtern.

¹¹⁷ Vgl. auch *Paschke*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 27, Rn. 60 f.

¹¹⁸ Vgl. dazu im Einzelnen die von der Bundesnetzagentur veröffentlichten Hinweise zur konsistenten Entgeltregulierung, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1422/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Marktregulierung/massstaebe_methoden/Konsistenzgebot/Konsistenzgebot-node.html, zuletzt abgerufen am 03.12.2015.

¹¹⁹ In diese Richtung auch *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 27, Rn. 14 für den gesamten Unterabschnitt 1, sofern keine Verweisung auf diese Normen erfolgt.

IV. Inhaltliche Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche

Zunächst sollen die durch das DigiNetzG eingefügten Mitbenutzungsansprüche (dazu 1.) und anzuwendenden Entgeltmaßstäbe (dazu 2.) anhand der erarbeiteten Vorgaben bewertet und auf Zielkonflikte mit der asymmetrischen Zugangs- und Entgeltregulierung untersucht werden. Sodann können ergänzende Maßnahmen zur Herstellung von Konsistenz zwischen den symmetrischen und asymmetrischen Mitbenutzungsansprüchen aufgezeigt und weitere Hinweise bezüglich der Vorschläge des DigiNetzG gegeben werden (dazu 3.).

1. Bewertung der Änderungen an den Mitbenutzungsansprüchen an sich

In einem ersten Schritt sollen die umfangreichen Änderungen in Teil 5 Abschnitt 3 TKG hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Ausgestaltung kursorisch auf ihre Unions- und Verfassungskonformität überprüft werden. Zum einen sollen die wegrechtlichen Normen des § 70 TKG (dazu a)) und § 76 TKG (dazu b)) erheblich verändert werden. Zudem sollen die bislang in den §§ 77a ff. TKG vorgesehenen Mitbenutzungsansprüche umfassend neu geregelt werden (dazu c)).

a) Anpassungen an § 70 TKG

Hinsichtlich der Umgestaltung von § 70 TKG sind Konflikte mit der Rahmenrichtlinie (dazu aa)) sowie der Genehmigungsrichtlinie (dazu bb)) denkbar, die im Folgenden behandelt werden sollen.

aa) Mögliche Kollision mit der Rahmenrichtlinie

Art. 12 Abs. 1 RRL, der der Kostensenkungsrichtlinie im Kollisionsfalle gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL vorgeht, verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, den nationalen Regulierungsbehörden eine Anordnungsbefugnis für die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen und Grundstücken in den Fällen zu übertragen, in denen ein Unternehmen auf Installationsrechte zurückgreifen darf. Dementsprechend bestehen gemäß § 70 TKG unter bestimmten Voraussetzungen wegrechtliche Mitbenutzungsansprüche in Bezug auf Telekommunikationslinien. Dazu ist zunächst festzustellen, dass bereits der geltende § 70 TKG seit der Neufassung des Art. 12 RRL durch Art. 1 Nr. 14 der Richtlinie 2009/140/EG in

der Literatur für nicht mehr europarechtskonform gehalten wird¹²⁰, und zwar auch in der Zusammenschau mit § 77a TKG¹²¹. Zum einen wurde eine ausdrückliche Anordnungs-kompetenz der Bundesnetzagentur sowohl für Mitbenutzungsansprüche in Bezug auf Wegerechte gemäß den §§ 68 ff. TKG als auch hinsichtlich § 76 TKG für erforderlich gehalten.¹²² Dieser Kritik könnte dadurch begegnet werden, dass im Rahmen des § 77n TKG eine Anordnungs-kompetenz bezüglich dieser Normen vorgesehen wird. Zum anderen standen die restriktiven Voraussetzungen des § 70 TKG in der Kritik¹²³, weshalb ein Verzicht auf die Tatbestandsmerkmale „nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand“ erwogen werden könnte.

Die Neufassung ersetzt die ursprünglichen, weiteren anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale, nach denen eine Mitbenutzung wirtschaftlich zumutbar und dafür keine zusätzlichen größeren Baumaßnahmen erforderlich sein müssen, mit einem Verweis auf die Voraussetzungen der neu eingeführten Mitbenutzungsansprüche gemäß den §§ 77d, 77e und 77g DigiNetzG. Demgegenüber bleibt Art. 12 Abs. 1 RRL insgesamt eher vage, wann eine Anordnung erfolgen *muss*, indem er eine „Kann“-Bestimmung vorsieht und eine „strenge Beachtung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorschreibt.

Es stellt sich die Frage, ob die aus den §§ 77d, 77e und 77g DigiNetzG zu entnehmenden Voraussetzungen eine zulässige Konkretisierung jener allgemeinen Anforderungen des „Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ darstellen. Zwar ist nach Art. 1 Abs. 4 KSRL im Kollisionsfall die Rahmenrichtlinie vorrangig. Allerdings erscheint es aus Gründen der Einheitlichkeit der europäischen Telekommunikationsrechtsordnung dennoch sachgerecht, Erwägungen des Richtliniengebers in der Kostensenkungsrichtlinie zu einer Konkretisierung von möglichen Zugangsverweigerungsgründen grundsätzlich auch im Rahmen der Rahmenrichtlinie anzuerkennen. Zudem sind Art. 12 Abs. 1 RRL jedenfalls keine abschließenden Gründe zu entnehmen, deretwegen eine Mitbenutzung als unverhältnismäßig anzusehen wäre. Im Übrigen steht den nationalen Gesetzgebern ein gewisser Spielraum bei der Umsetzung der Vorgabe der Verhältnismäßigkeit zu. Somit ist ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 RRL diesbezüglich nicht ersichtlich.

Zwar ist der Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen als Einschränkung des Anspruchs gemäß § 77d DigiNetzG keine Voraussetzung von Art. 12 Abs. 1 RRL. Dies ist im DigiNetzG offenbar bereits erkannt worden und folgerichtig sieht § 70 Abs. 2 S. 2 TKG –

¹²⁰ Schütz, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 70, Rn. 2; Stelkens, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 70, Rn. 2.

¹²¹ Schütz, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 70, Rn. 4c.

¹²² Stelkens, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 87.

¹²³ Stelkens, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 85.

entsprechend dem status quo nach dem bestehenden TKG¹²⁴ – eine Erweiterung für Telekommunikationslinien vor, die nicht zum Aufbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze genutzt werden können.

Die Neuregelung in § 70 Abs. 2 S. 1 DigiNetzG verweist hinsichtlich der Ausgleichszahlungen auf § 77d Abs. 2 DigiNetzG, der in Abs. 2 S. 2 Nr. 1 „faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung, insbesondere auf den Preis für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes“ vorschreibt. Art. 12 Abs. 1 RRL sieht an und für sich keine Ausgleichszahlungen vor, verbietet es den Mitgliedsstaaten aber jedenfalls auch nicht ausdrücklich, solche vorzusehen.¹²⁵ Daher dürfte dies dem Ausgestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber überlassen sein.

Eine Kollision der beabsichtigten Änderungen des § 70 TKG mit der Rahmenrichtlinie und insbesondere dessen Art. 12 scheidet demnach aus.

bb) Vorgaben der Genehmigungsrichtlinie

Art. 14 Abs. 1 GRL stellt gewisse Vorgaben auf, wenn bereits bestehende Rechte im Zusammenhang mit Installationsrechten und folglich auch Mitbenutzungsansprüche in Bezug auf diese geändert werden und sieht insoweit ein spezielles (Gesetzgebungs-)Verfahren vor. Dahinter stehen letztlich Rechtsschutzgründe. Daher ist die Norm auch nur einschlägig, wenn die §§ 68 ff. TKG zulasten der Telekommunikationsunternehmen eingeschränkt würden.¹²⁶ Eine solche Einschränkung könnte in der Änderung des wegerechtlichen Mitbenutzungsanspruchs aus § 70 TKG gesehen werden. Die erhebliche Umgestaltung des § 70 TKG hinsichtlich seiner Anwendungsvoraussetzungen und der Ausgleichspflicht legt eine Anwendbarkeit von Art. 14 Abs. 1 GRL nahe.

Hierzu müssten die Änderungen objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Die avisierten Modifikationen führen letztlich zu einer Vereinheitlichung der Voraussetzungen von symmetrischen Mitbenutzungsansprüchen und fügen sich nahtlos in die durch die Kostensenkungsrichtlinie bedingten Anpassungen ein. Zudem gehen die Mitnutzungsbedingungen auf Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie zurück, die der Unionsgesetzgeber in einem anderen Kontext selbst für verhältnismäßig gehalten hat, vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 1 KSRL. Daher ist von einer Verhältnismäßigkeit der Änderungen auszugehen.

¹²⁴ *Geppert*, Zum Entwurf eines DigiNetzG, N&R 2015, 258 (259).

¹²⁵ Bereits in § 70 S. 2 TKG war ein geldwerter Ausgleich vorgesehen, der – soweit ersichtlich – jedenfalls in unionsrechtlicher Hinsicht bislang nicht kritisiert worden ist.

¹²⁶ *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 116.

Ein Verstoß der Modifikationen des § 70 TKG gegen Art. 14 Abs. 1 GRL scheidet daher aus. Es muss allerdings auf das in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GRL genannte besondere Gesetzänderungsverfahren¹²⁷ geachtet werden, nachdem die beabsichtigten Änderungen jedenfalls nicht mit den Inhabern der Wegrechte vereinbart worden sind. Daher ist den Betroffenen im Gesetzgebungsverfahren eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Dies ist allerdings bereits mit der Verbändeanhörung im Rahmen der Erstellung des Regierungsentwurfs geschehen.

cc) Ergebnis

Mithin birgt die Umgestaltung des § 70 TKG für sich genommen daher jedenfalls keine neuen Problemstellungen hinsichtlich seiner grundsätzlichen Europarechtskonformität. Weiterhin werden auch nicht zum Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen genutzte Telekommunikationslinien erfasst. Sodann stellt der Verweis des § 70 Abs. 2 S. 1 DigiNetzG auf die Verweigerungsgründe in § 77g DigiNetzEG angesichts der auf Art. 3 Abs. 3 KSRL beruhenden Merkmale eine zulässige Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar.

Kritisiert wurden bislang das Fehlen einer Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur sowie zu hohe Anspruchsvoraussetzungen. Dem erstgenannten Kritikpunkt könnte dadurch begegnet werden, dass im Rahmen des § 77n TKG eine Anordnungskompetenz bezüglich § 70 TKG vorgesehen wird. Bezüglich der letztgenannten Kritik könnte ein Verzicht auf die Tatbestandsmerkmale „nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand“ erwogen werden.

Schließlich ist auf Art. 14 Abs. 1 GRL zu achten. Zwar stellen sich die avisierten Gesetzesänderungen als verhältnismäßig dar, allerdings ist den von den Änderungen betroffenen Kreisen im Gesetzgebungsverfahren dennoch eine Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, da die Änderungen mit diesen nicht vereinbart waren. Dies ist allerdings bereits mit der Verbändeanhörung im Rahmen der Erstellung des Regierungsentwurfs geschehen.

¹²⁷ Vgl. *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegrechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 117.

b) Ergänzung des § 76 TKG

Die Ergänzung des § 76 TKG um einen Mitbenutzungsanspruch in dessen Abs. 3 ist angesichts der Kritik in der Literatur¹²⁸ hinsichtlich einer mangelhaften Umsetzung des Art. 12 Abs. 1 RRL zu begrüßen. Damit bestehen künftig Mitbenutzungsansprüche sowohl in Bezug auf Telekommunikationslinien, die auf privaten Grundstücken verlegt sind (§ 76 Abs. 1 Alt. 1 TKG), als auch in Bezug auf „Hausstich“-Infrastrukturen (§ 76 Abs. 1 Alt. 2 TKG).¹²⁹ Letzteres soll allerdings nur eingeschränkt für Netze der nächsten Generation und digitale Hochgeschwindigkeitsnetze gelten. Der Verweis auf § 77g DigiNetzG wahrt dabei die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit gemäß den Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 RRL (vgl. dazu a)aa)).

Dabei ist jedoch auch hier keine Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur vorgesehen.¹³⁰ Zudem erfasst § 76 Abs. 3 DigiNetzG – anders als § 70 Abs. 2 S. 2 DigiNetzG – jedenfalls nicht ausdrücklich die Mitbenutzung zum Aufbau von Telekommunikationslinien, die *nicht* zum Aufbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes genutzt werden können. Da § 76 Abs. 3 DigiNetzG auch auf § 77d DigiNetzG verweist, könnte die Norm so verstanden werden, dass ein Mitbenutzungsanspruch nur für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze besteht.¹³¹ Diese Einschränkung kennt Art. 12 Abs. 1 RRL nicht. Sofern Mitbenutzungsansprüche für sämtliche Telekommunikationslinien bestehen sollen, sollte dies also noch klargestellt werden, gegebenenfalls mit einer § 70 Abs. 2 S. 2 DigiNetzG entsprechenden Formulierung.

Die in der Literatur geäußerte Kritik an § 70 TKG in seiner derzeit gültigen Fassung, die Norm sehe entgegen Art. 12 Abs. 1 RRL keine Anordnungsbefugnis durch die Bundesnetzagentur vor, betrifft gleichermaßen § 76 TKG. Hinzu kommt, dass ein Mitbenutzungsanspruch nach § 76 Abs. 3 DigiNetzG entgegen Art. 12 Abs. 1 RRL nur für Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen besteht. Sofern Mitbenutzungsansprüche für sämtliche Telekommunikationslinien bestehen sollen, sollte dies also noch klargestellt werden, gegebenenfalls mit einer § 70 Abs. 2 S. 2 DigiNetzG entsprechenden Formulierung.

¹²⁸ *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 87.

¹²⁹ Vgl. zu dieser Unterscheidung *Schütz*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 76, Rn. 6.

¹³⁰ Vgl. dazu im Einzelnen bereits die Ausführungen zu a)aa).

¹³¹ Letztlich ist aber nicht völlig klar, wie die Verweisung zu verstehen ist.

c) Aufhebung der §§ 77a ff. TKG und Neuverankerung der §§ 77a ff. DigiNetzG

In einem nächsten Schritt ist darzulegen, ob die Neufassung der §§ 77a ff. DigiNetzG Rechtsprobleme aufwirft. Dies soll zunächst in Bezug auf § 77a TKG geprüft werden (dazu aa)), der auf unionsrechtlichen Vorgaben beruht und sodann bezüglich der §§ 77b ff. TKG (dazu bb)).

aa) Aufhebung des § 77a TKG und Regelung des § 77k DigiNetzG

Im Rahmen der Aufhebung des § 77a TKG könnten sich Probleme hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Normen der Rahmenrichtlinie (dazu (i)) sowie der Genehmigungsrichtlinie (dazu (ii)) ergeben. Die Neufassung des § 77k DigiNetzG ist darüber hinaus an den Vorgaben der Zugangsrichtlinie zu messen (dazu (iii)).

(i) Vorgaben der Rahmenrichtlinie

Art. 12 Abs. 3 RRL sieht Anordnungsbefugnisse bezüglich Verkabelungen in Gebäuden vor und wurde bislang durch § 77a Abs. 1 und 2 TKG umgesetzt¹³², die jetzt allerdings durch das DigiNetzG vollständig neugefasst werden sollen. Regelungen zur Inhouse-Verkabelung sind künftig in § 77k DigiNetzG enthalten, der insofern § 77a Abs. 1 und 2 TKG ersetzt¹³³ und seinerseits auf Art. 9 KSRL beruht¹³⁴. Im Folgenden ist daher zu erörtern, ob § 77k DigiNetzG als hinreichende Umsetzung des Art. 12 Abs. 3 RRL angesehen werden kann.

§ 77k DigiNetzG geht über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinaus, indem in § 77k Abs. 2 Alt. 1 DigiNetzG mit „gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze“ nicht nur passive Infrastrukturen erfasst werden und sich diese Norm daher an § 77a TKG anlehnt.¹³⁵ Das ist angesichts des Umstands, dass Art. 1 Abs. 3 KSRL lediglich eine Mindestharmonisierung vorsieht, zulässig und aufgrund der Vorgaben des Art. 12 Abs. 3 RRL auch geboten, da jene Norm ausdrücklich auch die Verkabelungen benennt.

§ 77k DigiNetzG war in der Fassung des Kabinettsentwurfs allerdings enger als § 77a TKG, weil für eine Mitnutzung im Rahmen des § 77k DigiNetzG ein Abschluss von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 7a DigiNetzG erfolgen musste. Insofern

¹³² Scherer/Heinickel, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 77a, Rn. 1.

¹³³ Geppert, Zum Entwurf eines DigiNetzG, N&R 2015, 258 (259).

¹³⁴ Regierungsentwurf, S. 94 f.

¹³⁵ Regierungsentwurf, S. 94. Diesbezüglich ist auch in der Neufassung aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur keine Veränderung vorgesehen, vgl. BT-Drs. 18/9023, S. 5.

blieben die Regelungen hinter Art. 12 Abs. 3 RRL zurück und es war fraglich, ob diese Lücke von den §§ 76 und 45a TKG geschlossen wird.¹³⁶ Die Einräumung von Mitnutzungsansprüchen nach § 76 Abs. 3 DigiNetzG schuf jedenfalls keine Abhilfe, weil die davon erfassten Duldungsansprüche aus § 76 Abs. 1 TKG sowohl in der bestehenden als auch der künftigen Fassung nur den „Hausstich“, d.h. den Anschluss des Gebäudes, erfasst, nicht aber die gebäudeinternen Leitungen.¹³⁷ Die nach § 76 Abs. 1 TKG ebenfalls benannten Telekommunikationslinien umfassen nach herrschender Auffassung (jedenfalls im Rahmen des § 76 Abs. 1 TKG) nicht die Inhouse-Verkabelung.¹³⁸ Zudem bezieht sich § 76 Abs. 3 DigiNetzG ausdrücklich nur auf passive Netzinfrastrukturen und nicht auf Verkabelungen.

Allerdings ist aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur die Beschränkung auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze durch die Verwendung des Begriffs „Netz“ aufgehoben worden¹³⁹, was dieses Problem auflöst.

(ii) Einschränkungen der Genehmigungsrichtlinie

Neben § 70 TKG beruht auch § 77a TKG auf wegerechtlichen Befugnissen und beide Normen überschneiden sich in ihrem Anwendungsbereich teilweise.¹⁴⁰ Daher ist die Beschränkung des § 77k DigiNetzG auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze zudem an Art. 14 Abs. 1 GRL zu messen. Hier gelten die bereits zu a)bb) ausgeführten Voraussetzungen. Sofern – entgegen der zu (i) geäußerten Bedenken – an der Begrenzung auf Hochgeschwindigkeitsnetze festgehalten werden soll, wäre zusätzlich noch zu fragen, ob dies eine verhältnismäßige Beschränkung darstellt.

(iii) Konflikte mit der Zugangsrichtlinie

Umsetzungskonflikte des § 77k DigiNetzG mit der Zugangsrichtlinie kann der nationale Gesetzgeber bereits durch eine weitgehende Übernahme der Bestimmungen der Kostensenkungsrichtlinie vermeiden, die – wie unter I.2.c) dargelegt – nicht mit der Zugangs-

¹³⁶ Zweifelnd und tendenziell ablehnend *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 91 ff.

¹³⁷ *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 76, Rn. 16a.

¹³⁸ BGH, Urteil v. 26.9.2003 – V ZR 51/03, MMR 2004, 163 (164); *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 76, Rn. 16a; *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 76, Rn. 76; a.A. *Heun* in Heun (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2007, Teil F, Rn. 30 ff.

¹³⁹ BT-Drs. 18/9023, S. 5. Diese Anpassung ist auch im Rahmen der Stellungnahme des Bundesrates debattiert worden, s. BT-Drs. 18/8332, S. 78 (Nr. 23).

¹⁴⁰ *Scherer/Heinickel*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 77a, Rn. 22 m.w.N.

richtlinie kollidieren. Als weitere Maßnahmen könnten noch die unter II.1.b)cc) herausgearbeiteten Vorschläge der expliziten Nennung der berücksichtigungspflichtigen Investitionskosten und -risiken¹⁴¹ sowie die Schaffung eines Zugangsverweigerungsgrundes analog § 77g Abs. 2 Nr. 6 DigiNetzG für die Mitnutzung *passiver* Netzinfrastrukturen in Erwägung gezogen werden, wobei die Grenzen des Art. 12 Abs. 3 RRL berücksichtigt werden müssen.

(iv) Ergebnis

Eine Beschränkung von Mitbenutzungsansprüchen auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze ist wegen Art. 12 Abs. 3 RRL nicht zulässig.

Eine – einfache – Abhilfe könnte einerseits darin bestehen, die Worte „digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes“ in „Telekommunikationsnetzes“ des § 77k Abs. 2 S. 1 DigiNetzG zu ändern und andererseits durch eine Ergänzung des Abs. 2 um einen Satz 3, der eine entsprechende Geltung auch für andere Telekommunikationsnetze anordnet, sofern sich der Anspruch gegen Eigentümer oder Wegerechtsinhaber richtet (vgl. Art. 12 Abs. 3 RRL).

Die zweite Alternative wäre also etwas komplizierter formuliert und auch enger, indem der Mitbenutzungsanspruch zum Abschluss eines Telekommunikationsnetzes, das kein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz ist, nur im Rahmen der ersten Alternative, d. h. gegenüber „Eigentümern oder Betreibern von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze“ greifen würden. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur wird die erstgenannte Variante umgesetzt und das Problem dadurch aufgelöst. Das in Art. 12 Abs. 3 RRL vorgesehene Verfahren wird im Übrigen durch § 77n Abs. 6 i.V.m. § 132 Abs. 2 und § 134a DigiNetzG gewahrt.

Schließlich muss – wie im Rahmen der Änderung des § 70 TKG – auf Art. 14 Abs. 1 GRL geachtet werden.

Umsetzungskonflikte des § 77k DigiNetzG kann der nationale Gesetzgeber bereits durch eine weitgehende Übernahme der Bestimmungen der Kostensenkungsrichtlinie entgegen, die – wie unter I.2.c) dargelegt – nicht mit der Zugangsrichtlinie kollidieren. Als weitere Maßnahmen könnten noch die unter II.1.b)cc) herausgearbeiteten Vorschläge der expliziten Nennung der berücksichtigungspflichtigen Investitionskosten und -risiken sowie die Schaffung eines Zugangsverweigerungsgrundes analog § 77g Abs. 2 Nr. 6 DigiNetzG für die Mitnutzung *passiver* Netzinfrastrukturen in Erwägung gezogen werden, wobei die Grenzen des Art. 12 Abs. 3 RRL berücksichtigt werden müssen.

¹⁴¹ Vgl. dazu auch die Vorschläge zur Umgestaltung des § 77n DigiNetzG, 3.b)

bb) Aufhebung der §§ 77b – 77e TKG

Durch das DigiNetzG werden die bislang in den §§ 77c bis 77e TKG geregelten Mitnutzungsansprüche in den §§ 77d bis 77g DigiNetzG zusammengeführt und auch für die in § 77b TKG geregelten sonstigen Infrastrukturen ein verbindliches Streitbeilegungsverfahren eingefügt.¹⁴² Die §§ 77b bis 77e TKG basieren nicht auf richtlinienrechtlichen Vorgaben.¹⁴³ Ihre Aufhebung und Neuverankerung in den §§ 77d bis 77g DigiNetzG ist daher unproblematisch.

cc) Umsetzung des Art. 3 KSRL durch die §§ 77d – 77g, 77n DigiNetzG

Die §§ 77d bis 77g DigiNetzG setzen Art 3 KSRL um.¹⁴⁴ Folgt man der unter I.1.a)bb) dargelegten Auffassung, nach der EU-sekundärrechtlich gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL die Unternehmen berechtigt werden müssen, die öffentliche Kommunikationsnetze bereitstellen oder für *deren* Bereitstellung zugelassen sind, stellt sich die Frage, ob die in § 77d DigiNetzG insofern benannten Eigentümer und Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze den gesamten vorgegebenen Personenkreis abdecken. Dies könnte man bezweifeln, weil die im DigiNetzG verwendeten Begriffe an sich bereits bestehende Infrastrukturen voraussetzen. Im Regierungsentwurf wird dazu ausgeführt, dass diese Tatbestandsmerkmale angesichts der Zielsetzung der Kostensenkungsrichtlinie weit auszuliegen sind und insbesondere auch Eigentümer oder Betreiber zukünftig entstehender Netze aktivlegitimiert sein sollen.¹⁴⁵ Der Begriff des Betreibers ist im TKG nicht (mehr) legaldefiniert, jedoch EU-sekundärrechtlich in Art. 2 S. 2 lit. c ZRL definiert als Unternehmen, das ein (öffentliches) Kommunikationsnetz bereitstellt oder dazu befugt ist.¹⁴⁶ In diesem EU-sekundärrechtlichen Kontext erscheint daher auch die Erfassung von Eigentümern und Betreibern künftiger Netze hinreichend klar. Der Begriff könnte allerdings noch um den Zusatz der Worte „bestehender oder zukünftig entstehender“ nach dem Terminus „Betreiber“ ergänzt werden, um letzte Restzweifel zu beseitigen.

Wie bereits unter I.2.b) dargelegt, stehen die neu eingefügten symmetrischen Mitbenutzungsansprüche nicht im Widerspruch zur asymmetrischen Zugangsregulierung. Fraglich ist aber, ob auch der in § 77g Abs. 2 Nr. 7 DigiNetzG eingefügte Zugangsverweigerungsgrund unionsrechtskonform ist, da dieser anders als die übrigen Versagungsgründe nicht explizit in der Kostensenkungsrichtlinie aufgezählt ist. Zunächst ist dazu festzustellen, dass die in Art. 3 Abs. 3 KSRL genannten Zugangsverweigerungsgründe aufgrund der

¹⁴² Regierungsentwurf, S. 74.

¹⁴³ *Kind/Schramm*, Infrastrukturrecht nach dem neuen TKG 2012, N&R 2012, 140 (144 f.).

¹⁴⁴ Regierungsentwurf, S. 74.

¹⁴⁵ Regierungsentwurf, S. 75.

¹⁴⁶ Hierauf verweisen im Rahmen der bestehenden Ansprüche auch *Schramm/Schumacher*, in: *Gepert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 77b, Rn. 16.

Formulierung „beispielsweise“ nicht als abschließend zu verstehen sind und weitere Tatbestände grundsätzlich denkbar sind, solange sie „auf objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Kriterien beruhen“.

Von seiner Zielsetzung her ähnelt dieser Tatbestand sehr der vorangehenden Regelung in Nr. 6. Der Regierungsentwurf sieht einen Aufbau paralleler Glasfasernetze im Regelfall als ökonomisch nicht sinnvoll an.¹⁴⁷ Diese Einschätzung wird dem Grunde nach vom Richtliniengeber geteilt, der eine Zugangsverweigerung auch damit legitimiert, „[überflüssige] Netzkomponenten zu vermeiden [, die] ineffizient“¹⁴⁸ wären. Schließlich wird bereits durch die erstmalige Verlegung von Glasfaserkabeln das Ziel der Digitalen Agenda befördert, den Breitbandausbau voranzutreiben.¹⁴⁹ Letztlich dient dieser Tatbestand zwar wohl eher der Sicherung der Erstinvestoren. Gleichwohl wird auch dieses Motiv in der Kostensenkungsrichtlinie anerkannt, indem Erwägungsgrund 17 bei der Benennung objektiver Zugangsverweigerungsgründe auch auf Geschäftsmodelle und Investitionsanreize des Zugangsverpflichteten verweist, wenn auch unter Verweisung auf eine Zugangsgewährung auf der Vorleistungsebene. Mithin stellt sich der zusätzliche Zugangsverweigerungsgrund als EU-sekundärrechtskonform dar.

Allerdings ist die Formulierung des „offenen Netzzugang[s]“ in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG wenig präzise und es sollte erwogen werden, auch hierfür in § 3 TKG eine Begriffsbestimmung aufzunehmen, um Konflikte bereits auf der Verhandlungsebene zu vermeiden.

Wie bereits unter I.2.b) dargelegt, stehen die neu eingefügten symmetrischen Mitbenutzungsansprüche nicht im Widerspruch zur asymmetrischen Zugangsregulierung.

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich auch die Schaffung des weiteren Zugangsverweigerungsgrundes des „Überbaus“ in § 77g Abs. 2 Nr. 7 DigiNetzG im Grundsatz weder als unionsrechtlich unzulässig noch verfassungsrechtlich zwingend geboten dar. Es sollte allerdings erwogen werden, den Begriff des „offenen Netzzugangs“ genauer zu definieren, um Konflikte bereits auf der Verhandlungsebene zu vermeiden.

¹⁴⁷ Regierungsentwurf, S. 83.

¹⁴⁸ Erwägungsgrund 17 KSRL.

¹⁴⁹ Vgl. Erwägungsgründe 2 und 3 KSRL

2. Anwendbare Kostenmaßstäbe und Zielkonflikte

Sodann stellt sich die Frage, welche Vorgaben hinsichtlich der Entgeltmaßstäbe in Bezug auf die auf der Kostensenkungsrichtlinie basierenden Mitbenutzungsansprüchen bestehen. Zunächst sind die durch das DigiNetzG vorgesehenen Entgeltmaßstäbe unter Einbeziehung der unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zu analysieren (dazu a)). Sodann soll aufgezeigt werden, in welcher Art und Weise diese so ermittelten Kostenmaßstäbe in einen Zielkonflikt mit der im Übrigen asymmetrisch angelegten Entgeltregulierung geraten können (dazu b)).

a) Kostenmaßstäbe für die symmetrischen Mitbenutzungsansprüche

Bei den Entgeltmaßstäben ist zwischen den Mitbenutzungsbedingungen zu unterscheiden, die durch die Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle festgesetzt werden (dazu aa) – cc)), und den Entgelten, bei denen dies nicht der Fall ist (dazu dd)). Für letztere gelten jedenfalls nicht die materiellen Bestimmungen des § 77n DigiNetzG hinsichtlich der Entgelthöhe.

aa) Kostenmaßstab bei der Mitbenutzung öffentlicher Versorgungsnetze gemäß den §§ 77d bis 77e DigiNetzG i.V.m. § 77n DigiNetzG

Einfachgesetzlich ist hinsichtlich der maßgeblichen Entgelte in § 77d Abs. 2 S. 2 Nr. 1 DigiNetzG vorgesehen, dass Mitnutzungsangebote „faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung, insbesondere in Bezug auf den Preis für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes“ enthalten müssen, was auf Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL zurückgeht. § 77n Abs. 2 DigiNetzG wiederholt den Grundsatz der fairen und angemessenen Mitnutzungsentgelte im Rahmen der Anordnungsbefugnis der nationalen Streitbeilegungsstellen und sieht nun im Regierungsentwurf vor, dass als Grundlage für die Höhe des Mitnutzungsentgelts die zusätzlichen Kosten durch die ermöglichte Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen heranzuziehen sind. Zudem hat die Bundesnetzagentur einen angemessenen Aufschlag als Anreiz für die Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze zur Gewährung der Mitnutzung vorzusehen. Für eine weitere Präzisierung dieses Maßstabs soll vor allem auf die den Gesetzgeber bindenden verfassungs- (dazu (i)) und unionsrechtlichen (dazu (ii)) Vorgaben eingegangen werden.

(i) Einfluss der verfassungsrechtlichen Vorgaben

Zunächst sollen die Entgelte „angemessen“ sein. Angemessen ist eine hoheitliche Maßnahme dann, wenn sie nicht außer Verhältnis zum erstrebten Zweck steht.¹⁵⁰ Erforderlich ist somit eine umfassende Abwägung zwischen den gegenläufigen Interessen und Grundrechtspositionen des mitnutzungsberechtigten und hierfür entgeltspflichtigen Telekommunikationsnetzbetreibers auf der einen und des mitnutzungsverpflichteten und hierfür entgeltberechtigten Infrastrukturihabers auf der anderen Seite. Der „Angemessenheitsmaßstab“ begrenzt die Höhe des Entgelts in diesem tripolaren Grundrechtskonflikt dabei sowohl nach oben hin (Untermaßverbot) als auch nach unten hin (Übermaßverbot). Das Entgelt darf also einerseits nicht in einer Höhe festgesetzt werden, die dazu führt, dass Telekommunikationsnetzbetreiber als Zugangspetenten von einer Mitnutzung abgehalten und zu volkswirtschaftlich unerwünschten Infrastrukturduplizierungen gedrängt werden. Andererseits muss durch das Entgelt eine hinreichende Kompensation für die Duldung der Mitbenutzung und den damit verbundenen Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Zugangsverpflichteten aus Art. 14 GG sichergestellt sein, der zwar nicht unbedingt an möglicherweise erzielbaren Marktpreisen orientiert sein, aber zumindest die entstehenden Kosten abdecken muss (vgl. dazu im Einzelnen II.1.b)).

(ii) Erfüllung des Zwecks der Kostensenkungsrichtlinie

Richtlinien der Europäischen Union sind für die Mitgliedstaaten jedenfalls hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Daher ist darauf zu achten, dass die Ziele der Kostensenkungsrichtlinie nicht durch die Wahl ungeeigneter Entgeltmaßstäbe vereitelt werden. Der Zweck der Kostensenkungsrichtlinie ist es gemäß Art. 1 Abs. 1 KSRL, den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation zu erleichtern und entsprechende Anreize zu schaffen, indem die gemeinsame Nutzung bestehender physischer Infrastrukturen gefördert und ein effizienterer Ausbau neuer physischer Infrastrukturen ermöglicht wird, damit solche Netze zu geringeren Kosten errichtet werden können. Vor diesem Hintergrund ist einerseits darauf zu achten, dass die erhobenen Zugangsentgelte nicht zu hoch ausfallen, da dies sonst die Mitnutzung bestehender Infrastrukturen unattraktiver machen, die Ausbaurkosten erhöhen und den Ausbau insgesamt verzögern würde. Andererseits wäre es auch problematisch, wenn Infrastrukturinvestitionen unterbleiben würden, weil Telekommunikationsnetzbetreiber befürchten müssten, dass die getätigten Investitionen von „Trittbrettfahrern“ mitgenutzt werden können, ohne dass diese die Investitionskosten und -risiken angemessen mittragen müssten (s.o., I.2.).

¹⁵⁰ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 10, Rn. 17.

(iii) Anwendung der Grundsätze auf die bestehenden Kostenmaßstäbe

Damit müssen die festzusetzenden Entgelte als Untergrenze zumindest die dem Zugangsverpflichteten entstehenden Kosten decken, um den Vorgaben der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG gerecht zu werden. Es bietet sich also an, einen kostenbasierten Entgeltmaßstab zugrunde zu legen. Bei der Bemessung der Entgelthöhe ist nach oben hin darauf zu achten, dass eine Mitnutzung durch die Zugangsberechtigten nicht unwirtschaftlich oder doch so unattraktiv wird, dass auf eine Mitnutzung verzichtet und eigene Infrastruktur errichtet wird. Denn dann würde das Ziel der Kostensenkungsrichtlinie verfehlt.

Die Anwendung des reinen Missbrauchsmaßstabs¹⁵¹ nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG, der über die strenge KeL-Grenze hinaus noch einen gewissen Erheblichkeitszuschlag gewährt, birgt gerade angesichts der „bottleneck“-Infrastrukturen die Gefahr einer zu hohen Preisfestsetzung durch die verpflichteten Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze. Da die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze auf die Vorleistung der Infrastrukturen angewiesen sind, könnten die Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze versucht sein, tendenziell überhöhte Preise zu verlangen. Denn diese sind auf eine Mitnutzung der bereits errichteten und bereits anderen Zwecken dienenden Infrastrukturen jedenfalls nicht zwingend angewiesen, da sie auch aus der anderweitigen Nutzung Gewinne erzielen können. Daher haben die Mitnutzungsverpflichteten tendenziell eine stärkere Position inne als die Zugangsberechtigten. Die Anwendung des Missbrauchstatbestands dürfte daher die Zweckerreichung der Kostensenkungsrichtlinie gefährden.

Problematisch erscheint es auch, wie im Rahmen des § 70 S. 2 TKG vertreten wird¹⁵², tatsächlich erzielbare Marktpreise einzukalkulieren. Aufgrund der genannten ungleichen Verhandlungspositionen der potentiellen Vertragspartner dürfte es schwierig sein, einen Marktpreis, der sich auf einem idealen Markt bilden würde, zu ermitteln. Die Ermittlung eines validen Marktpreises – sofern es einen solchen denn überhaupt geben sollte – dürfte zudem mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden sein.

Folglich könnte man einen strengen Maßstab in Erwägung ziehen, z.B. einen Maßstab, bei dem die KeL – wie in § 31 Abs. 1 S. 2 TKG – eine feste Obergrenze markieren oder einen – noch strengeren – Pure-LRIC-Maßstab zugrunde legen oder – etwas weicher – lediglich eine Orientierung an den KeL, wie es in § 45a Abs. 3 S. 2 TKG derzeit vorgesehen ist, festlegen.¹⁵³ Eine Verschärfung des Entgeltmaßstabs über den Maßstab einer KeL-Orientierung hinaus, stößt jedoch auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, insbesondere soweit es um die Mitnutzungsverpflichtung von Infrastruktureigentümern geht, die keine Telekommunikationsnetzbetreiber sind. Diese würden dann letztlich –

¹⁵¹ Vgl. dazu III.1.c).

¹⁵² Vgl. dazu III.2.a).

¹⁵³ Vgl. dazu III.2.d).

was den Entgeltmaßstab und damit die Regulierungsintensität anbelangt – mit marktbeherrschenden Telekommunikationsdiensteanbietern auf einer Stufe stehen. Eine geringere Regulierungsintensität ist somit nicht nur möglich, sondern tendenziell geboten.¹⁵⁴

Ein nach den §§ 77d, 77n DigiNetzG festgesetztes Entgelt kann nur dann nicht mehr mit dem Sinn und Zweck der Kostensenkungsrichtlinie vereinbar sein, wenn es prohibitiv wirken würde. Dies ist bei der Anwendung eines Entgeltmaßstabes, der sich an einem Effizienzkostenansatz wie den KeL orientiert, ausgeschlossen. So lässt sich im Übrigen auch leichter die Konsistenz wahren.

Damit spricht viel dafür, im Spannungsverhältnis zwischen ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmung und möglichst weitgehender Erreichung der Ziele der Kostensenkungsrichtlinie auf einen kostenbasierten Entgeltmaßstab zurückzugreifen, der sich an den KeL orientiert, wobei auch andere Ausgangspunkte grundsätzlich denkbar sind.¹⁵⁵ Im Regierungsentwurf ist bereits vorgesehen, über die reinen Zusatzkosten für die Ermöglichung der Mitnutzung hinaus einen angemessenen Aufschlag zu bewilligen als Anreiz für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze eine Mitnutzung zu gewähren (§ 77n Abs. 2 S. 2 DigiNetzG). Zwar sieht die Kostensenkungsrichtlinie letzteres nicht explizit vor. Allerdings sind die unionsrechtlichen Vorgaben gerade bezüglich mitzunutzender Nicht-Telekommunikations-Infrastrukturen wenig präzise und den nationalen Gesetzgebern kommt daher bei der Konkretisierung der „fairen“ und „angemessenen“ Bedingungen bei diesen Infrastrukturen ein noch größerer Ausgestaltungsspielraum zu.¹⁵⁶

(iv) Einfluss der Regulierungsziele

Fraglich ist, ob auch die Regulierungsziele des § 2 TKG Anwendung finden müssen oder ob dies nur für den Spezialfall des § 77n Abs. 3 S. 1 DigiNetzG gilt. Der Umkehrschluss zu § 77n Abs. 3 S. 1 DigiNetzG legt jedenfalls nahe, dass die Regulierungsziele grundsätzlich nicht berücksichtigt werden müssen. Wie bereits unter I.3.c)cc) aufgezeigt, kann man die Vorgabe des Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL, der eine Berücksichtigung der Regulierungsziele vorgibt, weiter verstehen als die tatsächliche, innerstaatliche Umsetzung: Dem Wortlaut nach erfasst die Kostensenkungsrichtlinie sämtliche Arten von Infrastrukturen, solange nur der Verpflichtete (überhaupt) elektronische Kommunikationsnetze anbietet. Auch wenn diese Auslegung zwar nicht zwingend erscheint, so wäre eine

¹⁵⁴ Sofern regulierte Telekommunikationsunternehmen betroffen sind, ist nach § 77n Abs. 3 TKG auf die Regulierungsziele zu achten. Inwiefern sich hier abweichende Entgeltmaßstäbe ergeben ist unter bb) darzulegen.

¹⁵⁵ Vgl. dazu auch die Ausführungen zum Entgeltmaßstab bezüglich gebäudeinterner Infrastrukturen, cc).

¹⁵⁶ Vgl. dazu bereits Fn. 21

diesbezügliche Erweiterung in § 77n Abs. 3 DigiNetzG dennoch erwägenswert, da gerade kommunale Telekommunikationsbetreiber aus den Verbundvorteilen verschiedener Infrastrukturen Wettbewerbsvorteile ziehen und die regulatorischen Auswirkungen auf diese besser mit einbezogen werden könnten.

Eine noch weitergehende, generelle Berücksichtigung aller Regulierungsziele des § 2 TKG auch bezüglich Unternehmen, die in keiner Weise auf dem Telekommunikationsmarkt auftreten, erscheint jedoch wenig sachgerecht angesichts der sehr unterschiedlichen erfassten physischen Infrastrukturen (vgl. § 3 Nr. 16b DigiNetzG). Insofern dürfte es kaum möglich sein, über die bereits zu (i) bis (iii) angestellten Erwägungen weitere spezielle Regulierungsziele vorzugeben.

(v) Ergebnis

Bei der Festsetzung des Entgeltmaßstabs ist jedenfalls auf die Verhältnismäßigkeit zu achten. Diese verlangt eine umfassende Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen sowohl der Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze als auch der zugangsberechtigten Eigentümer und Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Die Entgelte dürfen also einerseits nicht in einer Höhe festgesetzt werden, die dazu führt, dass Telekommunikationsnetzbetreiber von einer Mitnutzung abgehalten und zu volkswirtschaftlich unerwünschten Infrastrukturduplizierungen gedrängt werden, zumal sonst auch die Erreichung der Zwecke der Kostensenkungsrichtlinie gefährdet wäre. Andererseits muss durch das Entgelt eine hinreichende Kompensation für die Duldung der Mitbenutzung und dem damit verbundenen Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Zugangsverpflichteten aus Art. 14 GG sichergestellt werden.

Daher liegt die Anwendung eines Maßstabes, der sich an den KeL orientiert unabhängig von der konkreten Formulierung im DigiNetzG schon aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen nahe. Dementsprechend ist im Regierungsentwurf bereits vorgesehen, über die reinen Zusatzkosten für die Ermöglichung der Mitnutzung hinaus einen angemessenen Aufschlag zu bewilligen als Anreiz für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze eine Mitnutzung zu gewähren (§ 77n Abs. 2 S. 2 DigiNetzG). Dies ist angesichts weniger konkreter Vorgaben bezüglich der Mitnutzung von originär nicht zu Telekommunikationszwecken errichteten Infrastrukturen auch zulässig. Auf diese Weise lässt sich auch am ehesten die Konsistenz mit den übrigen Entgeltmaßstäben im TKG wahren.

bb) Besonderheiten bei der Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes

Hinsichtlich der konkreten Umsetzung dieser Vorschrift in § 77n Abs. 3 DigiNetzG ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kostensenkungsrichtlinie weiter formuliert ist und statt öffentlicher Telekommunikationsnetze sämtliche elektronische Kommunikationsnetze erfasst. Daher sollte § 77n Abs. 3 DigiNetzG diesbezüglich erweitert werden.

Sofern etwaige Streitigkeiten die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes betreffen, sind gemäß § 77n Abs. 3 S. 1 DigiNetzG auch die in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele zu berücksichtigen. In diesen Fällen hat die Bundesnetzagentur nach § 77n Abs. 3 S. 2 DigiNetzG sicherzustellen, dass Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken, und es müssen über die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß Abs. 2 hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf ihren Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz berücksichtigt werden. Zur weiteren Konkretisierung bei der Umsetzung im Einzelfall durch die Regulierungsbehörden kann auf die noch detaillierteren Vorgaben in Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie zurückgegriffen werden. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Konsequenzen diese Vorschrift für Telekommunikationsnetzbetreiber hat, je nachdem ob diese über beträchtliche Marktmacht verfügen (dazu (i)) oder nicht (dazu (ii)).

(i) Bedeutung für zum Zugang verpflichtete Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Sofern die mitnutzungsverpflichteten Unternehmen als solche mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich der betroffenen Infrastrukturen einer Zugangs- und Entgeltregulierung unterliegen, muss eine Abstimmung der Entgelte erfolgen, damit es nicht zu einer Überschneidung mit regulierten Vorleistungsprodukten kommt und im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens abweichende Entgelte festgesetzt werden. Soweit Unternehmen einer asymmetrischen Entgeltregulierung nach Teil 2 Abschnitt 3 TKG unterliegen, spricht alles dafür, auch im Zuge der Entgeltbemessung im Rahmen der §§ 77d und 77n TKG dieselben Maßstäbe anzuwenden.¹⁵⁷ Insofern wäre auch der strenge Maßstab der KeL nach § 31 Abs. 1 i.V.m. § 32 TKG unproblematisch, weil es sich ja um der Regulierung unterliegende Unternehmen handelt.

¹⁵⁷ So auch Regierungsentwurf, S. 99.

(ii) Bedeutung für zum Zugang verpflichtete Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht

Anders stellt sich die Situation für die Unternehmen dar, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen und daher bislang nur sehr eingeschränkt zur Zugangsgewährung verpflichtet werden konnten.¹⁵⁸ In den Fällen, in denen die zum Zugang gemäß § 77d DigiNetzG verpflichteten Unternehmen keiner asymmetrischen Regulierung aufgrund beträchtlicher Marktmacht unterliegen, sollte entsprechend der Argumentation zu aa) grundsätzlich eine Orientierung an den KeL erfolgen. Der Berücksichtigung von Investitionskosten und -risiken kommt eine zentrale Rolle bei der Bewältigung des Konflikts zwischen asymmetrischer und symmetrischer Regulierung zu¹⁵⁹, um eine Verfehlung der Ziele der Kostensenkungsrichtlinie durch Investitionszurückhaltung zu verhindern. Dementsprechend sind in die Begründung des Regierungsentwurfs auch die detaillierteren Vorgaben des Erwägungsgrundes 19 der Kostensenkungsrichtlinie übernommen worden.¹⁶⁰ Nachdem die Kostensenkungsrichtlinie also noch präzisere Vorgaben ausdrücklich vorsieht, wäre es zu erwägen, diese in den Gesetzestext selbst und nicht nur in dessen Begründung aufzunehmen, um Bedenken der Wettbewerber¹⁶¹ noch weiter zu entkräften.

cc) Kostenmaßstab des § 77k i.V.m. § 77n DigiNetzG

§ 77k Abs. 3 DigiNetzG ist zu entnehmen, dass die Mitbenutzungsentgelte fair und diskriminierungsfrei sein müssen. Ausweislich der Stellung der genannten Regelungen in § 77n Abs. 2 und 3 DigiNetzG ist nicht völlig klar, ob sich die Regelung auch auf den nachfolgenden Abs. 6 bezieht, der die behördliche Streitentscheidung über die Mitnutzung gebäudeinterner physischer Infrastrukturen betrifft.¹⁶² Zwar enthält Art. 9 KSRL keine dem Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL vergleichbare Regelung über die Einbeziehung von Regulierungszielen und die Festlegung von Preisen durch die Streitbeilegungsstelle. Allerdings sieht Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 KSRL ausdrücklich einen (Mitbenutzungs-)Preis vor. Darauf muss sich folgerichtig dann auch die Prüfungscompetenz der nationalen Streitbeilegungsstellen beziehen. Besondere Vorgaben, die einer Berücksichtigung von Regulierungszielen im Rahmen des Art. 9 KSRL entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil erscheint eine Berücksichtigung der Regulierungsziele auch bei einer Festsetzung der Entgelte im Rahmen des § 77k DigiNetzG geboten, denn dieser umfasst Verkabelungen, d.h. auch das letzte Teilstück der TAL. Zudem dient § 77k DigiNetzG auch einer

¹⁵⁸ Vgl. dazu III.2.

¹⁵⁹ Vgl. dazu bereits I.2.

¹⁶⁰ Regierungsentwurf, S. 100.

¹⁶¹ Stellungnahme BUGLAS, Fn. 11, S. 12, Stellungnahme BREKO, Fn. 11, S. 8 f.

¹⁶² Vgl. dazu die Formulierungsvorschläge unter 3.b).

Umsetzung des Art. 12 Abs. 3 RRL, womit die Beachtung der Regulierungsziele auch gemäß Art. 7 Abs. 1 RRL angezeigt ist.

Hinsichtlich der konkret anzuwendenden Kostenmaßstäbe ergeben sich kaum Besonderheiten gegenüber den Ausführungen zu aa) und bb). Zwar wird in Art. 9 KSRL nicht die Formulierung von „angemessenen“ Preisen verwendet, jedoch sind die nationalen Streitbelegungsstellen dennoch vollständig dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 KSRL. Wenn man davon ausgehen möchte, dass der Richtliniengeber durch die verschiedenen Adjektive „angemessen“ (Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL) und „nichtdiskriminierend“ (Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 KSRL) einen anderen Kostenmaßstab anordnen wollte, ist fraglich, inwiefern dieser von den zu aa) dargestellten Grundsätzen abweichen soll. Eine Diskriminierung läge dann vor, wenn einem Unternehmen zu günstigeren Konditionen Zugang gewährt würde als anderen Zugangspetenten, ohne dass hierfür sachliche Gründe¹⁶³ angeführt werden können. Letztlich lassen sich damit allerdings aus diesem Verbot der Ungleichbehandlung keine konkreten Rückschlüsse ziehen, wie alle Zugangspetenten gemeinsam behandelt werden müssen. Mithin ist aus der Vorgabe der Nichtdiskriminierung daher weniger als dem Terminus der Angemessenheit ein konkreter Maßstab zu entnehmen, was für einen höheren Ausgestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber und Regulierungsbehörden im Rahmen des Art. 9 KSRL spricht.

Auffallend ist schließlich noch, dass § 77k DigiNetzG – anders als § 77d DigiNetzG – den Begriff „Entgelt“ und nicht „Preis“ verwendet. Allerdings wird auch in § 77n Abs. 2 DigiNetzG, der sich jedenfalls auch auf § 77d DigiNetzG bezieht, der Begriff „Entgelt“ verwendet. Damit ist davon auszugehen, dass diese Begriffe synonym verwendet werden.

Fraglich ist, ob der Richtliniengeber durch die verschiedenen Adjektive „angemessen“ (Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL) und „nichtdiskriminierend“ (Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 KSRL) einen anderen Kostenmaßstab anordnen wollte. Sofern man dies annimmt, so ist den nationalen Gesetzgebern und Regulierungsbehörden im Rahmen der Umsetzung des Art. 9 KSRL ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, weil dieser nur eine möglichst gleiche Anwendung von Maßstäben verlangt, diesen aber nicht selbst bestimmt.

Bei der Entgeltfestsetzung im Rahmen der §§ 77k, 77n DigiNetzG kann gleichermaßen eine Orientierung an dem Maßstab der KeL erfolgen. Gleichwohl ist den Besonderheiten, die sich beim Zugang zu Inhouse-Infrastrukturen stellen, Rechnung zu tragen und gegebenenfalls auch ein anderer Ansatzpunkt jedenfalls nicht ausgeschlossen.¹⁶⁴

¹⁶³ Als sachlicher Grund wäre z.B. ein höherer Preis aufgrund einer technisch schwierigeren Ausgestaltung der Mitnutzung denkbar, die mit höheren Kosten verbundenen ist.

¹⁶⁴ Im Gesetzesentwurf mit den eingearbeiteten Beschlussempfehlungen des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur (BT-Drs. 18/9023, S. 6.) ist in den – im vorliegenden Gutachten nicht behandelten – § 77n Abs. 6 S. 3 und 4 DigiNetzG der Sonderfall geregelt, in dem ein die Mitnutzung begehrender Netzbetreiber Investitionen zur Herstellung eben dieser Infrastruktur getätigt

Sofern eine Anordnung gegenüber den der Telekommunikationsregulierung grundsätzlich unterliegenden Unternehmen erfolgen soll, sollten bzw. müssen ebenfalls die Regulierungsziele beachtet werden. Insofern könnte eine ausdrückliche Anwendbarkeit der § 77n Abs. 2 und 3 DigiNetzG auch hinsichtlich § 77n Abs. 6 DigiNetzG vorgesehen werden.

dd) Kostenmaßstab des § 70 Abs. 2 bzw. § 76 Abs. 3 i.V.m. den §§ 77d, 77e, 77g DigiNetzG

Grundsätzlich verweisen die §§ 70 Abs. 2 und 76 Abs. 3 DigiNetzG hinsichtlich der zulässigen Entgelte auf die Voraussetzungen des §§ 77d Abs. 2 Nr. 1 DigiNetzG, der faire und angemessene Preise vorsieht. Hinsichtlich des anzuwendenden Entgeltmaßstabs kann daher im Wesentlichen auf die obige Argumentation (vgl. dazu aa) - cc)) verwiesen werden. Im Gegensatz zu den dort dargelegten Mitbenutzungsansprüchen ist aber im Rahmen des § 77n DigiNetzG keine Anordnungsbefugnis der nationalen Streitbeilegungsstellen vorgesehen. Daher sind diese Ansprüche – wie bereits § 70 TKG¹⁶⁵ – grundsätzlich vor den ordentlichen Gerichten durchzusetzen. Damit gelten die materiellen Vorgaben zur Ausgestaltung der Mitbenutzungsentgelte, die sich § 77n DigiNetzG entnehmen lassen, in diesen Fällen nicht. Zudem entscheidet im Ausgangspunkt nicht eine zuständige Stelle, sondern eine Vielzahl von Instanzgerichten. Für die Schaffung von Konsistenz zwischen den Mitbenutzungsansprüchen ist dies jedenfalls nicht förderlich. Diesbezüglich ist also eine Aufnahme dieser Ansprüche in das Streitbeilegungsverfahren nach §§ 77n, 134a DigiNetzG erwägenswert, um einerseits eine höhere Konsistenz der Entscheidungspraxis zu erreichen und andererseits den Kritikpunkten an der Umsetzung des Art. 12 Abs. 1 RRL zu begegnen.¹⁶⁶

Hinsichtlich der materiell heranzuziehenden Entgeltmaßstäbe ist angesichts der damit auch verfolgten Vereinheitlichung der Mitbenutzungsansprüche ebenfalls auf die Ausführungen zu aa) und bb) zu verweisen.

hat. Grundsätzlich soll dann eine entgeltfreie Nutzung gewährt werden, wobei diese Regelung nicht rückwirkend gelten soll.

¹⁶⁵ *Schütz*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2015, § 77a, Rn. 5. Im Übrigen ist eine Durchsetzbarkeit des § 70 TKG durch die Bundesnetzagentur umstritten: *Schütz*, a.a.O., m.W.N., hält eine Durchsetzung nach § 126 TKG für möglich, andere Autoren verweisen hingegen auf das Streitbeilegungsverfahren nach § 133 TKG, so z.B. *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 70, Rn. 4c, der wie die wohl h.M. in der Literatur hinsichtlich § 70 TKG ein Umsetzungsdefizit sieht.

¹⁶⁶ Vgl. dazu bereits 1.a)aa).

Im Hinblick auf die Mitbenutzungsansprüche aus §§ 70 Abs. 2 und 76 Abs. 3 DigiNetzG sollte erwogen werden, diese ebenfalls im Streitbeilegungsverfahren von der Bundesnetzagentur festsetzen zu lassen. Dies dient einer einheitlichen Entscheidungspraxis und kommt Kritik an einer mangelnden Umsetzung des Art. 12 Abs. 1 RRL nach, der an sich eine Anordnungsbefugnis durch die nationalen Regulierungsbehörden vorsieht.

ee) Fazit

Im DigiNetzG wird innerhalb der symmetrischen Mitbenutzungsansprüche ausgehend von einer reinen Wortlautanalyse bereits weitgehend eine Konsistenz der Entgeltmaßstäbe erreicht, indem in den wegerechtlichen Mitbenutzungsansprüchen fast überall auf die Vorgaben des § 77d Abs. 2 Nr. 1 DigiNetzG verwiesen wird: Dies erfolgt in den §§ 70 Abs. 2 S. 1 DigiNetzG, 76 Abs. 3 DigiNetzG. Einzig § 77k Abs. 3 TKG spricht abweichend von § 77d Abs. 2 Nr. 1 DigiNetzG von fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen. Damit ist im Gegensatz zur bisherigen innerstaatlichen Rechtslage eine deutliche Vereinheitlichung zu verzeichnen.¹⁶⁷

Im Einzelnen liegt bei der weiteren Konkretisierung des Entgeltmaßstabs, unabhängig von der konkreten Formulierung im DigiNetzG schon aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen eine Orientierung an den KeL nahe. Dementsprechend ist im Regierungsentwurf bereits vorgesehen, über die reinen Zusatzkosten für die Ermöglichung der Mitnutzung hinaus einen angemessenen Aufschlag zu bewilligen als Anreiz für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze eine Mitnutzung zu gewähren (§ 77n Abs. 2 S. 2 DigiNetzG).

Wenn Infrastrukturen betroffen sind, die auch einer asymmetrischen Regulierung unterliegen, ist die nationale Streitbeilegungsstelle bereits gemäß § 77n Abs. 3 DigiNetzG zur Berücksichtigung der Regulierungsziele verpflichtet und muss in diesem Falle gegebenenfalls auch den strengeren Maßstab der KeL als fester Obergrenze heranziehen.

Sofern die Streitigkeit eine Mitnutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze betrifft, sind nach der avisierten Gesetzesänderung die Regulierungsziele zu berücksichtigen. Soweit Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht einer Mitnutzungsverpflichtung ausgesetzt sind, kommt der Berücksichtigung von Investitionskosten und -risiken eine zentrale Rolle bei der Bewältigung des Konflikts zwischen asymmetrischer und symmetrischer Regulierung zu, um eine Verfehlung der Ziele der Kostensenkungsrichtlinie durch Investitionszurückhaltung zu verhindern. Daher wäre im weiteren Gesetzgebungsprozess zu

¹⁶⁷ Vgl. zu den bislang bestehenden Entgeltmaßstäben bei der symmetrischen Mitbenutzungsansprüchen III.2.

prüfen, die noch präzisieren Vorgaben aus Erwägungsgrund 19 KSRL in den Gesetzestext selbst und nicht nur in dessen Begründung aufzunehmen.

Im Übrigen erscheint es erwägenswert, ähnlich dem Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie die Regulierungsziele bereits dann zu berücksichtigen, wenn die betroffenen Infrastrukturanbieter auch elektronische Telekommunikationsnetze anbieten, um die Auswirkungen auf vertikal integrierten Unternehmen besser berücksichtigen zu können. Dies vermeidet im Übrigen EU-sekundärrechtliche Rechtmäßigkeitsszweifel vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 RRL.

Zudem sollte der Wortlaut entsprechend der Kostensenkungsrichtlinie geändert werden, so dass § 77n Abs. 3 DigiNetzG nicht nur hinsichtlich öffentlicher Telekommunikationsnetze gilt, sondern für sämtliche elektronische Kommunikationsnetze.

b) Vergleich der Zielsetzung der asymmetrischen und symmetrischen Zugangs- und Entgeltregulierung

Für eine konsistente Ausgestaltung von Mitbenutzungsentgelten zwischen der symmetrischen und asymmetrischen Entgeltregulierung ist es zunächst erforderlich, die jeweilige Zielsetzung zu ermitteln, damit in einem nächsten Schritt die Zweckerreichung möglichst umfassend gelingen kann. Jedenfalls die neu eingefügten Mitbenutzungsansprüche der §§ 77d ff. und 77k DigiNetzG haben in erster Linie das Ziel, durch eine Hebung von Synergien Investitionsanreize zu schaffen und Kosten zu senken.¹⁶⁸ Dadurch soll letztlich auch der Breitbandausbau beschleunigt werden. Die Ziele und Grundsätze der asymmetrischen Regulierung, die in § 2 TKG normiert sind, erfassen mit § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG dieses Ziel zwar auch, beziehen sich aber letztlich auf einen anderen Ausgangspunkt und haben daher durchaus divergierende Zielsetzungen im Vergleich zur symmetrischen Regulierung. Der Zweck des § 21 TKG ist es beispielsweise, Wettbewerbern im Wege des Zugangs eine Mitnutzung an bestehenden Infrastrukturen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu ermöglichen¹⁶⁹ und damit letztlich einen funktionierenden Wettbewerb zu schaffen und zu sichern. Vom Ausgangspunkt her besteht jedenfalls keine völlige Zielverfolgungsparallelität. Zur Lösung dieser Konflikte sind im Regierungsentwurf über die Höhe der festzusetzenden Entgelte und die Zugangsverweigerungsgründe bereits Ausgleichsmechanismen vorgesehen.

Um die Erreichung der jeweils angestrebten Ziele zu optimieren, ist aber noch Konsistenz zwischen den einzelnen Regulierungsinstrumenten herzustellen, wie dies bereits nach

¹⁶⁸ Regierungsentwurf, S. 41 ff.

¹⁶⁹ Neumann/Thomaschki, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 21, Rn. 1.

geltendem Recht innerhalb der Entgeltregulierung nach § 27 Abs. 2 TKG erforderlich ist (vgl. dazu III.3.).

Überträgt man dieses Prinzip auf den vorliegenden Fall verpflichtet es insbesondere dazu, zu bedenken, welche Auswirkungen das Entgelt auf die Vorleistungsentgelte derjenigen Telekommunikationsnetzbetreiber hat, die anderen Telekommunikationsdiensteanbietern – unter Rückgriff auf den selbst eingekauften Zugang zur Inhouse-Verkabelung (§ 77k DigiNetzG) oder zu passiven „physischen Infrastrukturen“ (§ 77d DigiNetzG) wie z.B. Leerrohren – eigene Vorleistungen wie den Zugang zur TAL am Kabel- oder Hauptverzweiger anbieten. So folgt aus dem Konsistenzgebot auch, dass über den in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG normierten Preis-Kosten-Scheren-Test, der das Verhältnis von Zugangs- und Endnutzerentgelten betrifft, auch zwischen den Preisen für verschiedene Zugangsformen als Vorleistungen ein solcher Test vorgenommen¹⁷⁰ werden muss.¹⁷¹ Daher sollte ein § 27 Abs. 2 TKG entsprechendes Konsistenzgebot in das TKG aufgenommen werden (dazu sogleich 3.b)). Besonders wichtig wäre dies bei den Entgelten für den Zugang zur Inhouse-Verkabelung nach § 77k Abs. 2 DigiNetzG, da diese Verkabelung eine TAL-Komponente darstellt.

3. Weitere Ergänzungen und Präzisierungen

Im Folgenden ist zu erörtern, wie über die bereits vorgesehenen Mechanismen des DigiNetzG hinaus noch weitergehend eine Konsistenz der Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche zu erreichen ist. Zunächst sind die unions- und verfassungsrechtlichen Grenzen für eine weitere Präzisierung der Vorgaben des Gesetzgebers zu erörtern (dazu a)), um sodann Vorschläge zur Schärfung der Konsistenz unterbreiten zu können (dazu b)).

a) Grenzen legislatorischer Vorsteuerung

Wie unter I.3.d) dargelegt, sind den nationalen Gesetzgebern Grenzen bei der legislatorischen Vorsteuerung von Regulierungsentscheidungen auferlegt. Gerade im Rahmen von Entscheidungen nach § 77n Abs. 3 DigiNetzG spricht daher viel dafür, die in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 und Erwägungsgrund 19 Kostensenkungsrichtlinie enthaltenen Vorgaben hinsichtlich der anzuwendenden Kostenmaßstäbe nicht weiter vorzustrukturieren, da dies sonst mittelbar verstärkt Einfluss auf die asymmetrische Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur hätte.

¹⁷⁰ Vgl. *Winzer*, www.wik.org/fileadmin/Konferenzbeitraege/2008/Workshop_Breitbandzugang_Ne/2_winzer.pdf, zuletzt abgerufen am 04.12.2015.

¹⁷¹ *Groebel*, in: Säcker (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 27, Rn. 33.

b) Verankerung der Entgeltmaßstäbe in § 77n DigiNetzG

Wie bereits dargelegt (vgl. dazu oben, 2.a)cc)), ist nicht klar, ob sich § 77n Abs. 2 und 3 DigiNetzG auch auf dessen Abs. 6 DigiNetzG beziehen. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre empfehlenswert, zumal auch im Rahmen des § 77k DigiNetzG grundsätzlich die Regulierungsziele zu beachten sind (dazu oben, 2.a)cc)). Um dies zu erreichen, könnte eine andere Strukturierung des § 77n DigiNetzG gewählt werden, indem § 77n Abs. 6 DigiNetzG vor den derzeit bestehenden Abs. 2 gezogen wird, welcher dann zu Abs. 3 würde und auch die folgenden Absätze nach hinten verschiebt. Danach könnte in einem Abs. 4 – entsprechend dem Vorschlag zu 2.a)dd) – eine Anordnungsbefugnis hinsichtlich der §§ 70 Abs. 2 bzw. 76 Abs. 3 DigiNetzG vorgesehen werden.

Dadurch entstünde zwar das Folgeproblem, dass § 77n Abs. 2 DigiNetzG – bzw. wenn den Vorschlägen gefolgt wird – § 77n Abs. 4 DigiNetzG nur den Maßstab der fairen und angemessenen Preise des § 77d Abs. 2 S. 2 Nr. 1 DigiNetzG benennt, der sprachlich etwas von § 77k Abs. 3 DigiNetzG abweicht¹⁷², der „faire und diskriminierungsfreie“ Mitnutzungsentgelt normiert. Allerdings erscheint auch § 77n Abs. 2 DigiNetzG in seiner derzeit gültigen Fassung nicht völlig unproblematisch. Fraglich ist, warum die genannte Vorschrift nur hinsichtlich der Mitnutzungsentgelte eine faire und angemessene Bestimmung normiert, nicht aber hinsichtlich der sonstigen Bedingungen, auf die sich die Vertragsparteien zunächst grundsätzlich selbst verständigen sollen. Dies könnte zu Auslegungsschwierigkeiten führen. Auch aus diesem Grund erscheint es daher als sachgerecht, in § 77n Abs. 2 – bzw. Abs. 4, wenn den oben genannten Vorschlägen gefolgt wird – lediglich einen (deklaratorischen) Verweis auf die Grundnormen der §§ 77d bzw. 77k DigiNetzG vorzusehen. Dieser könnte wie folgt lauten: „Setzt die Bundesnetzagentur im Rahmen der Streitbeilegung Vertragsbedingungen fest, hat sie die in den §§ 77d, 77e und 77g bzw. 77k niedergelegten Grundsätze zu beachten“. Diese Regelung ist, wie bereits aufgezeigt, allerdings ohnehin rein deklaratorisch zu verstehen, weil sich die anzuwendenden Grundsätze bereits aus den Grundnormen ergeben, die die nationalen Streitbeilegungsstellen berücksichtigen müssen. Daher könnte mit guten Gründen auf die derzeit vorgesehene Regelung des § 77n Abs. 2 DigiNetzG vollständig verzichtet werden.¹⁷³ Die derzeit in § 77n Abs. 3 DigiNetzG enthaltene Regelung sollte allerdings beibehalten werden, da diese in den Grundnormen der §§ 77d und 77k DigiNetzG nicht vorgesehen ist.

¹⁷² Vgl. dazu 2.a)cc).

¹⁷³ Diese Überlegungen gelten im Übrigen auch für die – nicht Gegenstand dieses Gutachtens bildenden – Folgeabsätze, die die Durchsetzung der weiteren Vorgaben der §§ 77a, 77c, 77h bzw. 77i Abs. 2 und 3 DigiNetzG betreffen. Die nationale Streitbeilegungsstelle muss ohnehin die Vorgaben der Grundnormen berücksichtigen, so dass eine spezielle Normierung in § 77n DigiNetzG an sich überflüssig ist.

Um Auslegungsprobleme zu vermeiden ist daher zu empfehlen, auf die Wiederholung des Maßstabs aus § 77d Abs. 2 S. 2 Nr. 1 DigiNetzG in § 77n Abs. 2 DigiNetzG zu verzichten. Dies gilt allerdings nicht für die derzeit in § 77n Abs. 3 DigiNetzG vorgesehene Regelung, die beibehalten werden sollte.

c) Erweiterung des Konsistenzgebots

Die Ausweitung der Mitnutzungsansprüche durch das DigiNetzG stellt sich durchaus als gewichtig dar: Während bislang solche punktuell beschränkt waren, so sind jetzt sämtliche passive Netzinfrastrukturen von öffentlichen Versorgungsnetzen potentiell den Mitbenutzungsansprüchen ausgesetzt. Zu diesen Infrastrukturen zählen gerade auch Telekommunikationsnetze. Das birgt grundsätzlich ein hohes Risiko, dass hinsichtlich der Infrastrukturen, die originär zu Telekommunikationszwecken errichtet werden, Inkonsistenzen bei den Preisen für verschiedene Vorleistungsebenen erstmals oder verstärkt auftreten. Daher könnte eine Ausweitung des Konsistenzgebots des § 27 Abs. 2 TKG auch auf Entgelte, die nicht im Rahmen der Marktregulierung in Teil 2 des TKG festgelegt werden, geboten sein.¹⁷⁴

Höchst problematisch ist jedenfalls, wenn Infrastrukturen einerseits der asymmetrischen, andererseits aber auch einer symmetrischen Zugangsregulierung nach Teil 2 des TKG bzw. § 77n i.V.m. §§ 77d – 77g bzw. 77k DigiNetzG unterliegen und unterschiedliche Stellen¹⁷⁵ für die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Mitnutzung zuständig sind.¹⁷⁶ Zwar muss in diesen Fällen angesichts § 77n Abs. 3 DigiNetzG bereits im avisierten Gesetzesentwurf auf die Regulierungsziele geachtet werden. Allerdings könnte § 77n TKG noch durch eine mit § 27 Abs. 2 TKG vergleichbare Vorschrift ergänzt werden, so dass in den Streitbeilegungskammern keine für sich isolierten Entscheidungen über die Abwägung der Regulierungsziele getroffen werden, die letztlich im Gegensatz zu den gegebenenfalls parallel dazu getroffenen Entscheidungen der übrigen Beschlusskammern stehen, auch wenn im Regierungsentwurf¹⁷⁷ davon ausgegangen wird, dass dies bereits durch die Verpflichtung zur Berücksichtigung der Regulierungsziele sichergestellt sei.

¹⁷⁴ Allgemein für eine Ausweitung sowohl des Konsistenzgebots, als auch der Abstimmungsvorgaben angesichts aktueller Entwicklungen *Paschke*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 27, Rn. 44.

¹⁷⁵ Bislang ist im Regierungsentwurf nur vorgesehen, dass die nationalen Streitbeilegungsstellen bei der Bundesnetzagentur angesiedelt sein sollen und nach Bestimmung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur gebildet werden, § 132 Abs. 2 DigiNetzG.

¹⁷⁶ Vgl. dazu bereits die Ausführungen oben, 2.a)bb).

¹⁷⁷ Regierungsentwurf, S. 99 f.

Daher sollte in § 77n TKG noch eine Bestimmung aufgenommen werden, nach der die Bundesnetzagentur die nach dieser Vorschrift festgesetzten Entgelte mit den Entgeltregulierungsmaßnahmen abzustimmen hat.

E. Rechtliche Bewertung des dritten Teils (Rechtswegeröffnung)

I. Verortung der nationalen Streitbeilegungsstelle

Mit Blick auf die Ausgestaltung der nationalen Streitbeilegungsstelle ist in einem ersten Schritt zu skizzieren, welche europarechtlichen Vorgaben aus der Kostensenkungsrichtlinie insoweit greifen (dazu 1.). Diese belassen einen weiten Spielraum, so dass sie keine problemrelevante Steuerungskategorie für die vorliegende Prüfung darstellen. Daher soll im Anschluss die avisierte Umsetzung dieser Vorgaben in Form der umfassenden Betrauung der Bundesnetzagentur erläutert werden (dazu 2.). Diese Umsetzung ist sodann vor allem am Maßstab der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu prüfen (dazu 3.), bevor denkbare alternative Umsetzungsmöglichkeiten nur knapp angesprochen werden sollen (dazu 4.).

1. Weiter Spielraum aus europarechtlicher Sicht

a) Zweistufiges Verfahren

Um zu einer Vereinbarung in den in der Kostensenkungsrichtlinie angeführten Fällen einer Kostensenkungsmaßnahme zu kommen, sieht die Richtlinie einen zweistufigen Mechanismus vor: Zunächst sollen die Beteiligten versuchen, zu einer einvernehmlichen vertraglichen Einigung zu gelangen. Nur sofern dies nicht innerhalb einer bestimmten Frist gelingt, soll eine verbindliche Entscheidung durch die nationale(n) Streitbeilegungsstelle(n) erfolgen.¹

b) Einrichtung der Stelle an sich

Die zentrale Vorschrift, die Vorgaben für die Einrichtung der nationalen Streitbeilegungsstelle aufstellt, ist Art. 10 KSRL. Dieser Norm lassen sich allerdings nur wenige Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber entnehmen. So wird den Mitgliedstaaten in Abs. 1 freigestellt, eine zentrale Stelle einzurichten oder die Verfahren auf mehrere zuständige Stellen zu verteilen. Ob kostendeckende Gebühren erhoben werden, wird ebenfalls den Mitgliedstaaten überlassen, Art. 10 Abs. 2 S. 2 KSRL. Es muss lediglich sichergestellt sein, dass die Streitbeilegungsstelle von den Netzbetreibern rechtlich getrennt und funktional unabhängig ist, Art. 10 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie.

¹ Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 4 und 5 KSRL.

c) Vorgaben für das Entscheidungsverfahren der nationalen Streitbelegungsstelle

Zudem finden sich für das jeweils im Streit stehende Recht spezielle Verfahrensvorgaben in den einzelnen Vorschriften. Danach sind Fristen festzulegen, ab wann die nationale Streitbelegungsstelle überhaupt in Anspruch genommen werden kann.² Zudem muss beiden Parteien das Recht eingeräumt werden, die Streitbelegungsstelle anzurufen.³ Die von der Stelle getroffene Entscheidung muss in den Fällen des Art. 3 Abs. 5 (Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen), Art. 4 Abs. 6 (Transparenz in Bezug auf physische Infrastrukturen), Art. 6 Abs. 4 (Transparenz bei geplanten Bauarbeiten) und Art. 9 Abs. 3 (Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen) verbindlich sein. Die endgültige Fassung der Richtlinie sieht dagegen für die Koordinierung von Bauarbeiten in Art. 5 Abs. 4 lediglich eine „Entscheidung“ vor und verzichtet auf einen expliziten Hinweis auf den verbindlichen Charakter der Entscheidung. Der ursprüngliche Verordnungsvorschlag der Kommission sah dies noch vor. Er wurde allerdings durch das Parlament abgeändert. Eine Begründung ist dafür in den Dokumenten nicht ersichtlich.⁴ Der Richtliniengeber war sich offensichtlich über diesen Formulierungsunterschied sehr wohl bewusst. Daher ist mittels einer systematischen und genetischen Auslegung davon auszugehen, dass im Falle des Art. 5 Abs. 4 KSRL auch eine unverbindliche Entscheidung durch die nationale Streitbelegungsstelle richtlinienkonform wäre.

In der Richtlinie finden sich auch Vorgaben hinsichtlich des Inhalts der getroffenen Entscheidung. Das gilt insbesondere für die (fairen und angemessenen) Bedingungen wie den Preis.⁵ Zudem muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Ferner müssen, sofern der Zugang zu Telekommunikationsnetzen betroffen ist, die Regulierungsziele berücksichtigt werden, wenn der nationale Regulierer die Aufgaben der Streitbelegungsstelle wahrnehmen soll.⁶ Schließlich finden sich in der Richtlinie noch Vorgaben zu den Entscheidungsfristen und Ausnahmetatbestände („außergewöhnliche Umstände“).⁷ Im Verfahren ist sicherzustellen, dass die Parteien uneingeschränkt mit der nationalen Streitbelegungsstelle zusammenarbeiten müssen, Art. 10 Abs. 3 KSRL. Schließlich wird in den Erwägungsgründen 19, 23, 34 und 35 der Richtlinie noch Bezug auf die Streitbelegungsstelle genommen. Erwägungsgrund 23 ist dabei vorliegend be-

² Z.B. zwei Monate nach dem Eingang der schriftlichen Zugangsbeantragung im Falle des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie.

³ Z.B. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie.

⁴ Vgl. dazu die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.04.2015 im Verfahrensgang 2013/0080(COD), EP-PE_TC1-COD(2013)0080.

⁵ Z.B. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 1 der Richtlinie.

⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 der Richtlinie.

⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 der Richtlinie.

sonders relevant, da er noch einmal auf die Verbindlichkeit der Entscheidung bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Zugangsansprüchen zu Informationen über physische Infrastrukturen verweist. Zusätzliche Inhalte lassen sich den Erwägungsgründen jedoch nicht entnehmen.

d) Zwischenergebnis

Die Richtlinie sieht damit überwiegend verbindliche Entscheidungen der einzurichtenden Streitschlichtungsstelle vor, nämlich in Art. 3 Abs. 5 (Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen), Art. 4 Abs. 6 (Transparenz in Bezug auf physische Infrastrukturen), Art. 6 Abs. 4 (Transparenz bei geplanten Bauarbeiten) und Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen). Lediglich für Streitigkeiten über die Koordinierung von Bauarbeiten in Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie ist die Verbindlichkeit nicht zwingend. Eine verbindliche Entscheidungskompetenz auch in den Fällen, in denen dies die Richtlinie nach Art. 5 Abs. 4 nicht explizit verlangt, kann gleichwohl durch den nationalen Gesetzgeber eingeführt werden, weil angesichts des Erwägungsgrundes 11 der Kostensenkungsrichtlinie über die Richtlinie hinausgehende Maßnahmen zulässig sind und sie daher lediglich eine Mindestharmonisierung und einen Mindeststandard an Rechten gewährleisten soll. Im Übrigen trifft die Richtlinie zwar Vorgaben über das Entscheidungsverfahren, lässt den Mitgliedstaaten aber in Art. 9 Abs. 3 einen weiten Spielraum, ob eine oder mehrere Stellen mit der Streitschlichtung befasst werden und ob diese neben die nationale Regulierungsbehörde treten sollen. Für die Zulässigkeit der Ansiedlung bei der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde spricht sodann die Tatsache, dass die Richtlinie in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 Satz 1 eine solche Befassung der nationalen Regulierungsbehörde als Option ausdrücklich für möglich hält und für diesen Fall spezielle Regelungen trifft. Zudem ist es nach Art. 10 Abs. 1 KSRL ausdrücklich zulässig, dass nur eine zuständige Stelle eingerichtet wird.

2. Umsetzung im Regierungsentwurf

a) Einrichtung der nationalen Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur

Im Regierungsentwurf ist vorgesehen, die nationale Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur anzusiedeln, § 77n Abs. 1, 4, 5, 6, § 132 Abs. 2 DigiNetzG. Daher soll im Folgenden diese Option primär begutachtet werden, obgleich auch Alternativen denkbar sind (siehe 4.). Die europarechtliche Regelung des Art. 10 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie, dass die nationale Streitbeilegungsstelle von jedem Netzbetreiber rechtlich getrennt und funktional unabhängig sein muss, treffen auf die Bundesnetzagentur zweifellos zu.

Die Ergänzung des § 132 TKG um einen neuen Absatz 2 korrespondiert nach der Begründung des Regierungsentwurfs⁸ lediglich mit den neuen Aufgaben der Bundesnetzagentur und legt fest dass auch die Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle im Beschlusskammerverfahren als Verwaltungsakte ergehen. Letztere Regelung ist inhaltsgleich im bisherigen § 132 Abs. 1 TKG enthalten und wird nach vorwiegender Meinung als Verbot des Handelns in anderen Formen, insbesondere mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags, verstanden.⁹

Die neue Verfahrensvorschrift des § 134a DigiNetzG wurde eingefügt, um Art. 10 der Richtlinie umzusetzen, wofür alleine die Vorgaben des § 134 TKG nicht ausgereicht hätten.¹⁰ Zudem wird die Bundesnetzagentur gemäß § 127 Abs. 2a DigiNetzG mit Untersuchungsrechten ausgestattet. Das ist letztlich bereits europarechtlich dadurch vorgeprägt, dass, sofern eine Aufgabenübertragung vorgesehen ist, die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung erforderlichen Befugnisse ebenfalls übertragen werden müssen, um die Vorgaben nicht „leerlaufen“ zu lassen.

b) Verbindlichkeit der Entscheidung

Grundsätzlich sind verbindliche Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle vorzusehen, was nach entsprechenden Änderungen im § 77n Abs. 4 DigiNetzG auch der Fall ist.

⁸ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 61.

⁹ *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 19.

¹⁰ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 61.

c) Fristverlängerung

Bei außergewöhnlichen Umständen sehen die Vorschriften für alle Streitbeilegungsgegenstände ferner die Zulässigkeit einer Fristüberschreitung vor.¹¹ Dementsprechend wird diese Vorgabe gebündelt in Abs. 7 von § 77n DigiNetzG für alle Rechte vorgesehen. Dabei weicht der nationale Gesetzgeber von den Vorgaben der Richtlinie etwas ab, indem er eine (maximale) Fristverlängerung von zwei Monaten und eine Begründungspflicht vorsieht und mit der Formulierung „höchstens“ deutlich macht, dass – sofern möglich – eine kürzere Frist zu wählen ist. Damit beschränkt der nationale Gesetzgeber die Möglichkeiten einer Fristüberschreitung im Ergebnis noch etwas weiter als die Richtlinie, die keine maximale Fristüberschreitung vorsieht und verschärft dadurch und nicht zuletzt auch durch eine Begründungspflicht im Ergebnis noch etwas mehr den Beschleunigungscharakter als der Richtliniengeber. In dieser Vorschrift ist daher eine europarechtskonforme, verschärfende Konkretisierung der Vorgaben zu sehen.

d) Zwischenergebnis

Damit entspricht die geplante Konzentration und Ausgestaltung der Zuständigkeiten der nationalen Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur den europarechtlichen Anforderungen an die Einrichtung einer Streitschlichtungsstelle, die verbindliche Entscheidungen trifft, wie sie in der Kostensenkungsrichtlinie vorgesehen sind. Umsetzungsdefizite sind nicht ersichtlich.

3. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Umsetzung

Daher stellt sich im Folgenden die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der geplanten Umsetzung. Hier ist zunächst zu prüfen, inwiefern der Bund überhaupt über eine Verwaltungskompetenz im vorliegenden Bereich verfügt (dazu a)) und ob die beabsichtigte Ausgestaltung möglicherweise zu verfassungsrechtlich unzulässigen Einzelweisungen führt (dazu b)).

¹¹ Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2, Art. 4 Abs. 6 S. 2, Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2, Art. 6 Abs. 4 S. 2, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 KSRL.

a) Verwaltungskompetenz aus Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG

Die bei der Bundesnetzagentur angesiedelte nationale Streitbeilegungsstelle soll die in den §§ 77a ff. DigiNetzG genannten Rechte „durch Verwaltungsakt“¹², d. h. hoheitlich durchsetzen, sofern es zu keiner (zivilrechtlichen) Einigung zwischen den Parteien kommt. Damit übernimmt die Bundesnetzagentur den Gesetzesvollzug und der Bund müsste daher die Verwaltungskompetenz haben, um in einem Bundesgesetz einer Bundesoberbehörde Verwaltungsaufgaben übertragen zu können. Nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG werden Hoheitsaufgaben im Bereich der Telekommunikation in bundeseigener Verwaltung ausgeführt. Dazu zählt der Vollzug von aufgrund Art. 87f Abs. 1 und Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG erlassenen Gesetzen durch eine öffentlich-rechtliche Handlungsform.¹³ Fraglich ist dann nur noch, ob es sich vorliegend um Verwaltungsaufgaben im Rahmen der Telekommunikation handelt. Die hoheitliche Aufgabenreservierung der Verwaltungstätigkeit bezieht sich auf die Verwaltung im traditionellen materiellen Sinne. Sie umfasst ein weites Aufgabenspektrum, das alle gegenwärtigen Regelungsgehalte des TKG abdeckt. Dazu zählen insbesondere die „klassischen“ Aufsichtsfunktionen, die auch schon vor der Privatisierung bestanden haben, wie z.B. die Sicherung des Datenschutzes. Diese haben teilweise durch die Öffnung des Wettbewerbs eine größere Bedeutung erlangt, wie etwa die Verteilungsaufgabe der Frequenzverwaltung bzw. die Lizenzerteilung.¹⁴ Hinzu getreten sind aber vor allem die neuen Formen der Verwaltung in Form der Regulierung zur Schaffung und Förderung von Wettbewerb mit der Zugangs-, Entgelt- und Separierungsregulierung einerseits sowie die Absicherung des Universaldienstes andererseits. Damit werden sämtliche ökonomischen und nicht-ökonomischen Regulierungsaufgaben erfasst. Dazu zählen auch die Wegerechte sowie die damit verbundenen Aufgaben im Rahmen der Förderung breitbandiger Infrastrukturen wie die hier relevanten Fragen des Zugangs zu bestehenden physischen Infrastrukturen einschließlich der diesbezüglichen Transparenz, ferner die Transparenz und Koordination bei NGN-relevanten Bauarbeiten bis hin zum Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen. Denn sämtliche im Zuge der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie avisierten Regelungen verfolgen das auf die Telekommunikation bezogene Ziel der Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation und der Verringerung der dabei entstehenden Kosten. Dies passt zu der telekommunikationsspezifischen Zweckdefinition in der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG,

¹² § 132 Abs. 2 DigiNetzG.

¹³ *Gersdorf*, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Artikel 83 bis 146, 6. Auflage, 2010, Art. 87f, Rn. 73 f.

¹⁴ *Windthorst*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 87f GG Rdnr. 31 m.w.Nachw.; siehe auch die vergleichbare Aufzählung in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/7269, S. 5.

rasch eine möglichst flächendeckende Versorgung mit Telekommunikationsangeboten mit hoher Bandbreite zu erreichen.¹⁵

Damit hat der Bund die Verwaltungskompetenz aus Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG und kann die Befugnisse folglich durch die Bundesnetzagentur wahrnehmen.

b) Unzulässige Einzelweisungen?

Als problematisch könnte sich aber erweisen, wenn Anordnungsadressaten öffentliche Entitäten der Länder (etwa im Straßenbau) sind, da dann eine verfassungsrechtlich problematische Einzelweisung des Bundes an die zuständige Länderbehörde vorliegen könnte, die nicht von Art. 90 GG oder von Art. 85 GG gedeckt ist. Diese Frage wird bereits mit Blick auf § 77c Abs. 2 TKG im Fall der Mitbenutzung von Bundesfernstraßen diskutiert (dazu aa)).¹⁶ Es ist zu untersuchen, inwiefern diese Diskussion auch auf die vorliegende Konstellation übertragbar ist und ob vergleichbare verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (dazu bb)).

aa) Diskussion im Rahmen des § 77c TKG

Nach § 77c Abs. 1 TKG hat der Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 des Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) auf schriftliche Anfrage die Mitnutzung von Teilen einer Bundesfernstraße zu gestatten, wenn diese zum Auf- und Ausbau von NGA-Netzen genutzt werden können. Der Inhalt des Gestattungsanspruchs ist umstritten.¹⁷ Einer Auslegung der Nutzungsrichtlinien für Bundesfernstraßen zufolge, sehen diese eine Vorgehensweise vor, nach der sowohl das „Ob“ der Zustimmung, als auch das „Wie“ der Mitbenutzung durch Verwaltungsakt der Straßenbaubehörde festzulegen ist, was durch den Abschluss einer Vereinbarung von Straßenbaubehörde und Antragsteller bedingt ist.¹⁸ Sofern dieser Mechanismus scheitert, ist nach § 77c Abs. 2 ein Streitbeilegungsverfahren entsprechend § 133 Abs. 1 und 4 TKG durchzuführen, in dem die Bundesnetzagentur eine verbindliche Entscheidung treffen kann, was einer „Anordnungsbefugnis“¹⁹ der Bundesnetzagentur gegenüber der Straßenbaubehörde, einen Verwaltungsakt zu erlassen, gleichkommt.

¹⁵ Wobei insoweit das Ziel definiert wird, bis zum Jahr 2018 eine entsprechende Infrastruktur mit mindestens 50 MBit/s verfügbar zu haben, siehe BT-Drs. 17/5707, S. 47 f. Vorliegend geht es dagegen (auch) um höhere Bandbreiten.

¹⁶ *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (659), halten § 77c TKG aus diesem Grund für verfassungswidrig.

¹⁷ *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (657).

¹⁸ *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (657).

¹⁹ *Berndt*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 16; *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 43.

Problematisch daran ist vor allem, dass die Bundesfernstraßen nach Art. 90 GG durch die Länder im Auftrag des Bundes verwaltet werden. Denn sofern über die Mitbenutzung von Teilen einer Bundesstraße entschieden wird, muss dies durch die zuständigen Landesbehörden in eigenem Namen erfolgen, wobei sich das „Ob“ der Mitbenutzung grundsätzlich nach § 8 FStrG richtet.²⁰ Anordnungen der Bundesnetzagentur werden daher zum Teil als unzulässige und damit verfassungswidrige Einzelweisungen angesehen.²¹ Ob dies angesichts § 77c Abs. 1 S. 6 TKG – der § 8 FStrG ausdrücklich unberührt lässt – zutreffend ist, muss hier aber nicht weiter vertieft werden.²² Deutlich wird damit jedenfalls, dass entsprechende Regelungen in der Literatur teilweise als verfassungsrechtlich problematisch angesehen werden.

bb) Bewertung und Übertragbarkeit der Diskussion zu § 77c TKG auf § 77n DigiNetzG

Entscheidend ist vorliegend sodann, ob die in § 77n DigiNetzG vorgesehenen verbindlichen Entscheidungsbefugnisse aus diesen Erwägungen heraus verfassungswidrig wären, ob also die zu § 77c TKG thematisierten verfassungsrechtlichen Bedenken vorliegend überzeugend sind und durchgreifen. Dazu müssten zunächst überhaupt andere öffentlich-rechtliche Körperschaften als Adressaten der Anordnungsbefugnisse der Bundesnetzagentur in Frage kommen. Das ist angesichts des Einbezugs von Betreibern oder Eigentümern öffentlicher Versorgungsnetze in § 77d DigiNetzG der Fall, was im Regierungsentwurf bei der Hinzufügung eines Abs. 6 in § 126 TKG auch erkannt wurde.²³ Damit werden die Hoheitsrechte der Länder jedenfalls berührt.

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei den Entscheidungen auch um „Einzelweisungen“ im technischen Sinne handelt. Unter den Begriff der Einzelweisung fallen „für die Adressaten in den Ländern rechtsverbindliche Anordnungen, die für einen konkreten Sachverhalt des Gesetzesvollzugs ergehen, ohne auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet zu sein“.²⁴ Die von der Bundesnetzagentur getroffenen Entscheidungen sind verbindliche Anordnungen, vgl. § 77n DigiNetzG. Allerdings müsste es sich auch um Weisungen zum Vollzug von Gesetzen durch die Länder handeln. Die Beschränkung von Einzelweisungen

²⁰ *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (659).

²¹ *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (659).

²² Zum Verhältnis von § 77c TKG zu § 8 FStrG *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (657).

²³ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 60.

²⁴ *Trute*, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Artikel 83 bis 146, 6. Auflage, 2010, Art. 84, Rn. 70, vgl. zu Einzelweisungen auch *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III Artikel 83 – 146, 2. Auflage, 2008, Art. 84, Rn. 84 ff.

soll schließlich verhindern, dass sich der Bund zu weitreichend in die Verwaltungskompetenz der Länder einmischt.²⁵ Der Vollzug des TKG, wozu auch der Wegerechtsteil gehört, erfolgt aber gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG – wie soeben dargelegt (siehe oben a)) – in bundeseigener Verwaltung. Vollzugsaufgaben der Länder, in die der Bund unzulässig eingreifen könnte, sind hier gar nicht vorgesehen. Vielmehr sind die Körperschaften letztlich genauso wie private Unternehmen betroffen und nicht in ihrer Verwaltungsfunktion. Die Vorschriften der §§ 77a ff. DigiNetzG knüpfen an die Eigentümer- bzw. Betreibereigenschaft bestimmter Infrastrukturen an und begründen damit lediglich neue Pflichten für diesen Personenkreis. Schon deshalb sind die anvisierten Regelungen nicht mit § 77c TKG zu vergleichen, weil jene Vorschrift die nach Art. 90 GG in Landesverwaltung stehende öffentliche Straßenbaulastträgerschaft betrifft und die grundsätzliche Landeszuständigkeit für § 8 FStrG nach § 77c Abs. 1 S. 6 TKG unberührt bleibt. Weiterhin sind Einzelweisungen grundsätzlich interne Vorgänge ohne Außenwirkung.²⁶ Den Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstellen kommt jedoch Verwaltungsaktqualität²⁷ und damit Außenwirkung gegenüber dem Zugangspetenten und dem Zugangsverpflichteten zu. Sie sind demnach auch von beiden Seiten im Wege einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO angreifbar.

Damit begründen jedenfalls die in den §§ 77a ff. DigiNetzG vorgesehenen Befugnisse der Bundesnetzagentur keine verfassungsrechtlich unzulässigen Einzelweisungsbefugnisse der Bundesnetzagentur gegenüber Landesbehörden, auch wenn die dort vorgesehenen Rechte gemäß § 77n DigiNetzG verbindlich gegenüber öffentlichen Entitäten durchgesetzt werden.

c) Unzulässige Eingriffe in den Hoheitsbereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften?

Auch wenn keine Einzelweisung im technischen Sinne anzunehmen ist, könnte ein Verstoß gegen den weiter zu fassenden Grundsatz vorliegen, dass keine Hoheitsgewalt in die hoheitliche Tätigkeit eines anderen Hoheitsträgers eingreifen darf, es sei denn es handelt sich nur um eine Konkretisierung bereits bestehender Pflichten.²⁸ Sofern man

²⁵ *Broß/Mayer*, in: Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70 bis 146, 6. Auflage, 2012, Art. 84, Rn. 59.

²⁶ BVerfGE 49, 24, (49); *Broß/Mayer*, in: Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70 bis 146, 6. Auflage, 2012, Art. 84, Rn. 60; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III Artikel 83 – 146, 2. Auflage, 2008, Art. 84, Rn. 85; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 84, Rn. 16.

²⁷ § 132 Abs. 2 DigiNetzG.

²⁸ *Göbl*, in: Knopp u.a., Wasserhaushaltsgesetz, Abwasserabgabengesetz, Band 1, Stand: 48. Ergänzungslieferung, September 2014, § 100 WHG, Rn. 135.

dieses Prinzip überhaupt anerkennen will²⁹, ist jedoch festzustellen, dass die Rechte und Pflichten, aufgrund derer eine Anordnung der Bundesnetzagentur ergehen kann, bereits detailliert im TKG vorgesehen sind und nur noch konkretisiert werden. Die Probleme der Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur gegenüber den Hoheitsträgern wurden vom Gesetzgeber bereits bei der Normierung des § 77c TKG gesehen und angesichts der „originäre[n] und umfassende[n] Zuständigkeit“ derselben und einem Verweis auf die Praxis in anderen Rechtsgebieten als unproblematisch angesehen.³⁰ Jedenfalls im Immissionsschutzrecht wurde von der Rechtsprechung eine Anordnung gegenüber Gemeinden für zulässig erachtet und ein allgemeiner Grundsatz in Form eines Verbots behördlicher Eingriffe in den Aufgabenbereich selbstständiger Verwaltungsträger bezweifelt.³¹ Im Telekommunikationsrecht spricht für die Zulässigkeit zudem eine effektivitätsorientierte Auslegung des Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG: Es droht andernfalls eine unterschiedliche Handhabung durch die jeweils adressierten Gebietskörperschaften, die bis zu einer obergerichtlichen Klärung zu einem ungleichen Breitbandausbau im Bundesgebiet führen würde, was insbesondere die Förderung des Ausbaus breitbandiger Telekommunikationsdienste, wie er auch in Art. 87f Abs. 1 GG angelegt ist, gefährden würde.

Es liegt daher auch kein unzulässiger Eingriff in den Hoheitsbereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften vor.

Adressat der Anordnungen sind schließlich als Eigentümer der öffentlichen Versorgungsnetze regelmäßig auch Kommunen, wodurch deren Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG berührt sein könnte. Allerdings werden durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur ebenfalls nur bereits bestehende Rechte und Pflichten aus dem TKG konkretisiert.

Es wurde bereits in der verfassungsrechtlichen Analyse der wesentlich eingriffsintensiveren Mitverlegungsverpflichtungen auf den weiten diesbezüglichen Spielraum des Gesetzgebers hingewiesen³², so dass auf der Basis der dort entwickelten Argumente eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG vorliegend erst recht ausscheidet.

²⁹ A.A. z.B. *Steiner*, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, 2014, Art. 7 PAG, Rn. 5, der diesen Grundsatz wegen des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG ablehnt und nur eine Rücksichtnahmepflicht im Rahmen der Ermessensausübung als indiziert ansieht.

³⁰ Angesichts der Formulierung in BT-Drs. 17/7521, S. 117, dürfte der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen sein, dass sich die Anordnungsbefugnis auf Stellen der Bundesverwaltung beschränkt; anders aber *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 43.

³¹ BVerwGE 117, 1 (2).

³² Siehe dazu bereits C.II.4.

4. Andere denkbare Varianten

Allerdings muss aus europarechtlicher Sicht gemäß Art. 10 Abs. 1 KSRL nicht für alle schlichtungsrelevanten Sachverhalte nur eine zuständige Stelle bestehen, sondern es könnten auch mehrere geschaffen und diese gegebenenfalls teilweise auf lokaler Ebene angesiedelt werden. Grundsätzlich wird auf der dezentralen Ebene der Vorteil erhöhten Wissens bestehen. Die Notwendigkeit, eine konsistente Spruchpraxis insbesondere hinsichtlich der Entgeltfragen bei den Mitbenutzungsansprüchen mit den übrigen regulatorischen Entgeltfragen, die von der Bundesnetzagentur zu entscheiden sind, zu gewährleisten, spricht jedoch deutlich für eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, die sich über Verfahrensmechanismen das dezentrale Wissen verschaffen muss. Nur so wird auch die Möglichkeit eines einheitlichen Beschwerde- und Rechtswegs in Entscheidungen über Kostensenkungsmaßnahmen und Zugangs- und Entgeltfragen im Übrigen gewahrt. So spricht das rechtsstaatliche Gebot einer klaren Zuständigkeitsverteilung für eine Betrauung der Bundesnetzagentur. Eine anderweitige Kompetenzverteilung hätte zudem angesichts der klaren Zuständigkeitszuweisung in Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG erhebliche verfassungsrechtliche Risiken, da dargelegt werden müsste, dass die entsprechenden Tätigkeiten nicht primär telekommunikationsrechtliche Exekutivaspekte mit entsprechender Bundeskompetenz berühren, sondern, andere, z.B. kommunalrechtliche Fragen der Baukoordination. Eine Übertragung von Vollzugsaufgaben der nationalen Streitbeilegungsstelle auf Behörden, die nicht der Bundesverwaltung zuzurechnen sind, ist damit aus verfassungsrechtlicher Sicht höchst problematisch. Jenseits freiwilliger Kostensenkungsmaßnahmen der öffentlichen Hand wäre jedenfalls die Schaffung verbindlicher Anordnungsbefugnisse im Rahmen der Durchsetzung von Mitbenutzungsansprüchen ausgeschlossen. Insofern könnten allenfalls Teilaspekte wie die Vor-Ort-Untersuchung passiver Netzinfrastrukturen oder die Koordination von Bauarbeiten auf kommunaler Ebene erfasst sein. Das würde sodann aber zu einem Herauslösen der aufeinander abgestimmten Kostensenkungsmaßnahmen und damit zu einer wenig zweckmäßigen heterogenen Zuständigkeitsverteilung führen. Mit Blick auf eine effektivitätsorientierte Interpretation des Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG stieße dies auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

Eine dezentrale Verortung von Streitbeilegungsstellen als Außenstellen der Bundesnetzagentur dürfte aus kompetenzrechtlicher Sicht zwar zulässig sein. Es erscheint allerdings fraglich, ob der dadurch erhöhte Verwaltungsaufwand in einem sinnvollen Verhältnis zum erzielten Nutzen steht.

Anderweitige Ausgestaltungsvarianten mit der Beteiligung weiterer Behörden – etwa auf kommunaler Ebene – im Rahmen der Streitbeilegung sind daher verfassungsrechtlich problematisch und jedenfalls keine sinnvolle Alternative.

II. Ausgestaltung des Rechtsschutzes

Die Notwendigkeit der Schaffung eines effektiven Rechtsschutzes besteht mit Blick auf die im Rahmen der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie einzuräumenden Rechte in zweifacher Hinsicht: zum einen im horizontalen Verhältnis zwischen den Beteiligten, die Vereinbarungen über die in der Kostensenkungsrichtlinie genannten Rechte abschließen, und zum anderen im tripolaren Verhältnis dieser Personen zu der nationalen Streitbeilegungsstelle. Die sich aus dieser zweigeteilten Sichtweise ergebenden Rechtsschutzfragen sollen im Folgenden erörtert werden. Es stellt sich zuvorderst die Frage nach dem eröffneten bzw. sinnvollerweise zu eröffnenden Rechtsweg. Dabei ist zunächst in europarechtlicher Perspektive zu prüfen, welche Vorgaben aus der Kostensenkungsrichtlinie abzuleiten sind und ob diese insbesondere eine Rechtswegspaltung mit zivil- und verwaltungsrechtlicher Zuständigkeit verlangt (dazu 1.). Sodann sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Rechtsschutz zu skizzieren (dazu 2.). Vor diesem Hintergrund kann die Konzeption der Rechtswegzuweisung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Regierungsentwurf näher dargelegt werden (dazu 3.). Dieses Konzept ist schließlich am Maßstab vor allem der verfassungsrechtlichen Vorgaben, aber auch der Zweckmäßigkeit der Regelung, insbesondere im Vergleich mit etwaigen Handlungsalternativen, zu messen (dazu 4.). Abschließend ist zu fragen, ob eine spezifische Regelung zur Rechtswegabgrenzung erforderlich ist (dazu 5.).

1. Europarechtlich gebotene Rechtswegspaltung?

Zunächst stellt sich also die Frage, ob die Kostensenkungsrichtlinie Vorgaben zu den zu eröffnenden Rechtswegen macht und insbesondere eine „Doppelzuständigkeit“ von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit direkt oder indirekt vorgibt. Art. 10 Abs. 6 der Richtlinie sieht zunächst vor, dass Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstellen zulässig sein müssen. Dies wird schon dadurch gewährleistet, dass es sich nach § 132 Abs. 2 TKG bei den entsprechenden Entscheidungen in der gegenwärtigen Konzeption des Regierungsentwurfs um einen Verwaltungsakt handelt. Dieser kann gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO mit einer Anfechtungsklage angegriffen werden.

Allerdings wird bei der Einräumung der Möglichkeit, nationale Streitbeilegungsstellen anrufen zu können, in der Richtlinie stets vorgesehen, dass dies die Parteien nicht daran hindere, ein Gericht mit dem Fall zu befassen.³³ Fraglich ist, ob dies bedeutet, dass neben der verwaltungsgerichtlichen Anfechtbarkeit der Entscheidung der Streitbeilegungsstelle auch und gerade zivilgerichtlicher Rechtsschutz auf Basis der §§ 77a ff. DigiNetzG mög-

³³ Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 2, Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 6 Abs. 4 S. 2 Hs. 2, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 Hs. 2.

lich sein muss, um die genannten Rechte durchzusetzen. In diesem Fall wären für dieselbe Entscheidung zwei Gerichte unter Umständen parallel zuständig. Sofern man *nicht* zu dem Ergebnis gelangt, dass aus europarechtlichen Gründen zwingend die ordentlichen Gerichte (parallel) entscheiden können müssen, wäre eine innerstaatliche Bindung der Zivilgerichte (dazu 4.c)aa)) an Entscheidungen der nationalen Streitbelegungsstellen bzw. der Verwaltungsgerichte europarechtlich unproblematisch, was die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen eingrenzt.

Letztlich sind damit drei grundsätzliche Auslegungsvarianten denkbar: erstens eine sehr moderate Einschätzung, die lediglich verlangt, dass ein Rechtsschutz gegen die Entscheidung im Rahmen der Streitbeilegung möglich sein muss, zweitens eine mittlere Ansicht dahin gehend, dass ein solcher auch ohne eine erfolgende Streitbeilegung möglich sein muss bzw. diese die gerichtliche Befassung nicht verdrängen darf und schließlich drittens eine strenge Auffassung, die verlangt, dass eine parallele gerichtliche Befassung vor einer anderen Gerichtsbarkeit als jener, die mit etwaigen Streitigkeiten im tripolaren Verhältnis mit der Streitbelegungsstelle befasst ist, möglich sein muss.

a) Wortlautkonforme Auslegungsmöglichkeiten der Vorschriften

Für die Auslegung der Vorschriften der Kostensenkungsrichtlinie kann parallel auf die insoweit vergleichbaren Ausführungen zu § 133 TKG zurückgegriffen werden, der die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie umsetzt.³⁴ Auch diese verlangen, dass eine gerichtliche Entscheidung durch das Streitbeilegungsverfahren nicht ausgeschlossen werden dürfe. Legt man diese europarechtlichen Vorschriften strikt nach ihrem Wortlaut aus, so finden sich dort wie in der Kostensenkungsrichtlinie weder Angaben dazu, welches Gericht für die Entscheidung über die Streitschlichtung zuständig, noch welcher Rechtsweg eröffnet sein soll.³⁵ Es ist lediglich vorzusehen, dass die Parteien unabhängig vom Verfahren vor den nationalen Streitbelegungsstellen gerichtlichen Rechtsschutz erlangen können sollen. Wörtlich heißt es in der Kostensenkungsrichtlinie in Bezug auf das Streitbeilegungsverfahren: „das Recht aller Parteien, ein Gericht mit dem Fall zu befassen, bleibt hiervon unberührt.“³⁶

³⁴ Dazu *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 1.

³⁵ In diese Richtung in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie auch *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55, zum bereits bestehenden Verfahren des § 133 TKG und vergleichbarer Richtlinienvorgaben.

³⁶ Siehe die in Fn. 33 zitierten Vorschriften; Erwägungsgrund 23 formuliert: „In jedem Fall sollen die Entscheidungen dieser Stelle das Recht aller Parteien, ein Gericht mit dem Fall zu befassen, unberührt lassen“.

Betrachtet man allein diesen Wortlaut der in den einzelnen Ansprüchen vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten ist daher durchaus eine moderate Auslegung dahingehend denkbar, dass ein Rechtsschutz alleine gegen die Entscheidung der Streitbelegungsstelle genügt.³⁷ Allerdings hätte insofern ein entsprechender expliziter Wortlaut nahe gelegen, der sich auf den Rechtsschutz gegen die Streitbelegungsstelle ausdrücklich bezieht.

Aber auch für das Streitbelegungsverfahren nach § 133 TKG und dementsprechend für die vergleichbaren Vorgaben der Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie wird teilweise die strenge dritte Auffassung vertreten, dass neben dem Streitbelegungsverfahren parallel noch der Rechtsweg speziell zu den *Zivilgerichten* eröffnet sein muss.³⁸ Vom Wortlaut der Richtlinienvorgaben ist auch diese Sicht noch umfasst, obgleich sie nicht zwingend vorgegeben ist.³⁹ Vielmehr hätte diesbezüglich wiederum ein Wortlaut nahe gelegen, der sich explizit auf entsprechende Zivilgerichte bezieht.

Am plausibelsten ist vor diesem Hintergrund schließlich die mittlere Ansicht, dass der – vom Streitbelegungsverfahren unabhängige – Zugang zu den Verwaltungsgerichten ausreicht⁴⁰, die jedenfalls in Form der Untätigkeitsklage gemäß § 75 VwGO eine Entscheidung auch über die in den §§ 77a ff. DigiNetzG geregelten Rechte erzwingen könnte. Die europarechtlichen Vorgaben könnten dabei so zu verstehen sein, dass die bereits bestehenden, mit den §§ 77a ff. DigiNetzG konkurrierenden (z.B. zivilrechtlichen) Ansprüche nicht durch das Streitbelegungsverfahren ausgeschlossen werden sollen bzw. dass dieses Verfahren keine zusätzliche Prozessvoraussetzung sein sollte.⁴¹ Schließlich bliebe insoweit auch die Möglichkeit, dass sich die Parteien ohne eine Befassung der nationalen Streitbelegungsstelle vertraglich einigen. In diesen Fällen muss es möglich sein, die sich aus dem Vertrag ergebenden, also zivilrechtlichen und nicht öffentlich-rechtlich überlagerten, Rechtsfragen ohne die Einschaltung der Streitbelegungsstelle gerichtlich klären zu lassen.

Der Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie ist daher wie schon die vergleichbaren Bestimmungen der Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie offen. Letztlich deckt er alle drei angeführten Auslegungsvarianten, lässt aber eine gewisse Tendenz zugunsten einer mittleren Ansicht eines bloßen „Unberührtseins“ der gerichtlichen Kontrolle im Sinne eines „Nicht-Verdrängens“ erkennen.

³⁷ So in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Wissmann/Klümper*, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, K&R 2003, 52 (53).

³⁸ So in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 23.

³⁹ Vgl. in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55.

⁴⁰ Dies andeutend *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55.

⁴¹ In diese Richtung in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Mielke*, Das Streitbelegungsverfahren nach § 131 TKG-E: Sprengsatz im deutschen Rechtssystem?, TKMR 2004, 47 (49).

b) Systematische Erwägungen

Eine systematische Betrachtung des Art. 10 Abs. 6 KSRL und z. B. der Formulierung in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 2, dass das Recht aller Parteien, ein Gericht mit dem Fall zu befassen, von der Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle unberührt bleibe, spricht eindeutig gegen die These, dass Rechtsschutz alleine gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstelle zulässig sein muss. Denn dann hätte die Einräumung dieses Rechts in Art. 10 Abs. 6 der Richtlinie, der bereits Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstellen verlangt, ausgereicht. Die entsprechenden Vorgaben in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 2, Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 6 Abs. 4 S. 2 Hs. 2, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 Hs. 2 KSRL liefern leer.⁴² Damit muss in irgendeiner Weise gerichtlicher Rechtsschutz auch neben der gerichtlichen Kontrolle einer Entscheidung im Streitbeilegungsverfahren möglich sein.

Die erste, moderate Ansicht ist daher zurückzuweisen.

c) Zweck der Normen

Zur Entscheidung zwischen der zweiten, mittleren Auffassung und der dritten strengen Ansicht ist eine Untersuchung des Zwecks der Norm ausschlaggebend. Aus teleologischen Gesichtspunkten wird man hier kaum ableiten können, dass zwingend mehrere Rechtswege gleichzeitig eröffnet sein müssen. Die Ratio der Normen ist es vielmehr zu vermeiden, dass durch das Streitbeilegungsverfahren eine Blockademöglichkeit geschaffen wird, die den gerichtlichen Rechtsschutz verhindert. So könnte die nationale Streitbeilegungsstelle das Verfahren hinauszögern, indem sie keine Entscheidung trifft. Dies soll ausgeschlossen werden. Im deutschen Recht ist dazu jedoch keine zusätzliche Rechtswegeröffnung vor den Zivilgerichten notwendig. Diesem Problem wird im deutschen Recht vielmehr bereits dadurch begegnet, dass dann eine Untätigkeitsklage gegen die Streitbeilegungsstelle gemäß § 75 VwGO erhoben werden kann. Damit ist durch das Streitbeilegungsverfahren ein gerichtlicher Rechtsschutz im Verwaltungsrechtsweg jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Fraglich bleibt nur, ob es den europarechtlichen Vorgaben genügt, dass die Untätigkeitsklage gemäß § 75 S. 2 VwGO nicht vor Ablauf von drei Monaten seit dem Antrag bei der nationalen Streitbeilegungsstelle erhoben werden kann. Angesichts der Tatsache, dass

⁴² Für § 133 TKG so auch *Brandenberg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, 2008, S. 239 f.; *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 23; *Scherer*, Streitbeilegung und Rechtsschutz, MMR Beilage 12/2002, S. 23 (25); a.A. soweit ersichtlich nur *Wissmann/Klümper*, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, K&R 2003, 52 (53).

der Streitbelegungsstelle von der Richtlinie – selbst ohne das Vorliegen von außergewöhnlichen Umständen (!) – eine Entscheidungsfrist von zwei bzw. vier Monaten⁴³ eingeräumt wird, ist das vertretbar. Eine ungebührliche Verzögerung des Rechtsschutzes besteht damit nicht. Die Möglichkeit einer Streitbeilegung generiert somit keine Erschwerung des gerichtlichen Rechtsschutzes, auch wenn neben der etwaigen Befassung der Verwaltungsgerichtsbarkeit keine parallele Eröffnung des Zivilrechtswegs erfolgt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass für den Fall, dass neben den unmittelbar aus den neu eingefügten Rechten weitere Ansprüche aus konkurrierenden Vorschriften oder einem bereits erfolgtem Vertragsschluss bestehen, eine Befassung der Zivilgerichte *insoweit* auch nach nationalem Recht grundsätzlich möglich ist. Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch.⁴⁴

Teleologische Gründe sprechen daher für die mittlere Ansicht, dass ein gerichtlicher Schutz auch ohne Streitbeilegung möglich sein muss, insoweit jedoch die Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO gegen die Streitbelegungsstelle genügt.

d) Fazit

Daher ist davon auszugehen, dass aufgrund der europarechtlichen Vorgaben unabhängig von der Streitbeilegung ein Gerichtsverfahren zulässig sein muss. Das entspricht auch der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur zur Umsetzung der entsprechenden Bestimmungen in Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie. So wendet sich die herrschende Literatur eher gegen die Position⁴⁵, die jene Richtlinienbestimmungen dahin gehend verstehen will, dass ein Rechtsschutz allein gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur ausreichend wäre, um die Vorgaben der Rahmenrichtlinie umzusetzen,⁴⁶ also gegen die hier als moderate Ansicht bezeichnete Auffassung. Auf welchem Rechtsweg ein vom Streitbeilegungsverfahren unabhängiges Gerichtsverfahren durchgeführt werden muss, lässt sich nach zutreffender Ansicht den europarechtlichen Vorschriften hingegen nicht entnehmen. Das gilt für die Vorschriften der Rahmenrichtlinie⁴⁷ genauso wie für jene der Kostensenkungsrichtlinie. Im Ergebnis spricht zwar vieles dafür, dass ein Weg zu den Zivilgerichten jedenfalls nicht grundsätzlich verschlossen sein sollte, insbesondere in den

⁴³ Z.B. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 1, Art. 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 KSRL.

⁴⁴ *Brandenberg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, 2008, S. 240.

⁴⁵ *Wissmann/Klümper*, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, K&R 2003, 52 (53).

⁴⁶ *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 23; *Scherer*, Streitbeilegung und Rechtsschutz, MMR Beilage 12/2002, S. 23 (25).

⁴⁷ *Attendorff/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55 sehen daher eine zivilgerichtliche Klärung als möglich, nicht aber zwingend an.

Fällen, in denen sich die Parteien ohne die nationale Streitbeilegungsstelle auf einen Vertrag einigen können oder allgemein zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen im Streit stehen. Inwiefern die Zivilgerichte dann aber bereits durch die Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle bzw. der Verwaltungsgerichte in gewissen Bereichen bereits gebunden sind, ist europarechtlich nicht vorgegeben und dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Daher überzeugt im Ergebnis die mittlere Ansicht, dass ein gerichtlicher Rechtsschutz auch ohne eine Streitbeilegung möglich sein muss bzw. die Streitbeilegung diese Möglichkeit der gerichtlichen Befassung nicht verdrängen darf. Eine strengere Auffassung dahingehend, dass eine parallele gerichtliche Befassung vor einer anderen Gerichtsbarkeit als jener, die mit etwaigen Streitigkeiten im tripolaren Verhältnis mit der Streitbeilegungsstelle befasst ist, möglich sein muss, ist dagegen aus systematischen und teleologischen Gründen zurückzuweisen.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Rechtsschutz

Angesichts des damit bestehenden weiten mitgliedstaatlichen Spielraums, stellt sich die Frage, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben diesen Spielraum gegebenenfalls einengen. Diese sind daher im Folgenden zu skizzieren.

a) Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle

Nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG muss jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, den Rechtsweg beschreiten können. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist aus dieser Rechtsschutzgarantie allerdings weder ein bestimmter Rechtsweg, noch eine bestimmte Verfahrensart vorgegeben, da alle Instanzenzüge grundsätzlich gleichwertig nebeneinander stehen.⁴⁸ Selbst eine Rechtswegspaltung wäre grundsätzlich zulässig, solange die beeinträchtigende Maßnahme generell in einem gerichtlichen Verfahren überprüfbar ist.⁴⁹ Vorgaben für den konkret zu eröffnenden Weg gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstellen lassen sich dem Verfassungsrecht damit nicht entnehmen.

⁴⁸ *Huber*, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 6. Auflage, 2010, Art. 19 Rn. 451.

⁴⁹ *Huber*, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 6. Auflage, 2010, Art. 19 Rn. 451 m.w.N., für die Zulässigkeit einer Rechtswegspaltung auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 19, Rn. 55.

b) Allgemeiner Justizgewährungsanspruch

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch wird aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet und verlangt die wirkungsvolle gerichtliche Durchsetzung gesetzlicher und insbesondere zivilrechtlicher Ansprüche.⁵⁰ Sofern sich aus den §§ 77a ff. Digi-NetzG zivilrechtliche Ansprüche ergeben, muss daher auch in diesem Verhältnis ein wirkungsvoller Rechtsschutz bestehen. Allerdings lässt sich dem Justizgewährungsanspruch auch nur entnehmen, dass ein Zugang zu den Gerichten und eine umfassende Prüfung und verbindliche Entscheidung durch einen Richter vorzusehen ist.⁵¹ Aus dem Justizgewährungsanspruch lässt sich also ebenfalls nicht ableiten, dass ein bestimmter Rechtsweg vorzusehen ist.

c) Klare Zuständigkeitsregeln als Gebot des Rechtsstaats

Somit ist die Einrichtung verschiedener Rechtswege grundsätzlich zulässig. Allerdings dürfen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Rechtswegs jedenfalls nicht zulasten der Bürger gelöst werden.⁵² Zwar führt die Klageerhebung bei einem insofern unzuständigen Gericht nicht zur Klageabweisung, sondern gemäß § 17a Abs. 2 S. 1 GVG zur Verweisung an das zuständige Gericht. Allerdings sollten solche Fälle schon aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vermieden werden. Daher ist im Folgenden insbesondere zu prüfen, ob in dem durch den Regierungsentwurf vorgesehenen Modell der Rechtsschutz hinreichend klar bestimmt ist.

3. Rechtswegzuweisung in der Konzeption des Regierungsentwurfs

Dazu ist in einem ersten Schritt die Rechtswegzuweisung in der Konzeption des Regierungsentwurfs darzulegen und zwar sowohl hinsichtlich der Entscheidungen der Streitbeilegungskammern (dazu a)) als auch im Verhältnis der Vertragsparteien (dazu b)), bevor der Frage nachgegangen werden kann, ob dieses Modell eine problematische Rechtswegspaltung generiert (dazu c)). In einem nächsten Schritt ist dann unter Rückgriff auf die bislang im TKG etablierten vergleichbaren Mechanismen zu prüfen, ob diese zu Problemen geführt haben, welche Konsequenzen insoweit in Bezug auf die Konzeption im Regierungsentwurf zu ziehen sind und wie denkbare Alternativen – insbesondere in Form

⁵⁰ *Huber*, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 6. Auflage, 2010, Art. 19 Rn. 352.

⁵¹ BVerfGE 85, 337 (345).

⁵² *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 19, Rn. 55.

einer Rechtswegzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit – im Vergleich zu bewerten sind (dazu 4.).

Die für die Beurteilung des eröffneten Rechtsweg relevanten Normen der §§ 77a ff., 132 Abs. 2, 134a DigiNetzG sehen keine explizite Zuweisung zu einem Rechtsweg oder zu einem bestimmten Gericht vor – anders als z.B. im Energierecht mit § 75 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 4 EnWG, der die Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde den Oberlandesgerichten und damit den ordentlichen Gerichten zuweist.⁵³ Daher ist auf die allgemeinen Regelungen zurückzugreifen. Im multipolaren Verhältnis der Beteiligten sind sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtliche Beziehungen denkbar, womit grundsätzlich die Zuweisung zu den ordentlichen Gerichten als auch den Verwaltungsgerichten als gangbar erscheint. In einem ersten Schritt sind somit die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten herauszuarbeiten.

a) Rechtsweg hinsichtlich der Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle

Die Beschlüsse der Streitbeilegungskammern sollen nach § 132 Abs. 2 DigiNetzG als Verwaltungsakte ergehen. Bereits die gemäß § 133 TKG ergangenen verbindlichen Entscheidungen waren eindeutig als Verwaltungsakte zu qualifizieren.⁵⁴ Selbst ohne die ausdrückliche Bestimmung der Rechtsform der Entscheidung wäre nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie⁵⁵ angesichts der einseitigen Berechtigung der Bundesnetzagentur durch § 77n DigiNetzG eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben und damit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Nachdem – anders als z.B. im Energierecht mit § 75 EnWG⁵⁶ – keine abdrängende Sonderzuweisung besteht, ist für eine Anfechtung der Entscheidung bzw. der Verpflichtung der Bundesnetzagentur zum Erlass einer solchen der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Eine Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle kann damit nicht durch die ordentlichen Gerichte erzwungen werden, was die Richtlinie aber auch nicht verlangt (siehe oben 1.). Eine Befassung der Zivilgerichte kommt damit nur im Verhältnis der Parteien untereinander und nicht gegenüber der Bundesnetzagentur in Betracht.

⁵³ Eine spezielle Zuweisung im EnWG ist aber nur deshalb notwendig, weil es sich in der Sache um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handelt und § 75 EnWG damit eine abdrängende Sonderzuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO darstellt, vgl. *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2010, Vorb § 75, Rn. 1.

⁵⁴ *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 19.

⁵⁵ *Schenke*, in: Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 21. Auflage, 2015, § 40, Rn. 11.

⁵⁶ *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2010, Vorb § 75, Rn. 1.

b) Rechtsweg im Verhältnis der Vertragsparteien

Für das Verhältnis der Beteiligten zueinander sind auch keine speziellen Vorschriften vorgesehen, die die Rechtswegfrage explizit klären. Regelungen zur Form der Anträge finden sich in § 77l Abs. 1 DigiNetzG. Allerdings lassen sich weder aus dem Wortlaut dieser Vorschrift noch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs weitere Aussagen über die Rechtsnatur der Anträge entnehmen.⁵⁷ Das DigiNetzG verwendet bei den Normen, die die Rechte selbst betreffen, die Begriffe „beantragen“, „erteilen“, „ablehnen“ (§ 77a DigiNetzG), „entsprechen“, „Gewährung“ (§ 77c DigiNetzG), „unterbreiten [...] Angebot“, „Verträge“ (§ 77d DigiNetzG), „Vereinbarungen“, „geben [...] statt“ (§ 77i DigiNetzG). § 77n DigiNetzG benutzt die Ausdrücke „Einigung“, „Vereinbarungen“. Die Erläuterungen zum Regierungsentwurf sprechen von „Verträgen“⁵⁸. Diese Begriffe lassen zum Teil auf eine hoheitliche Prägung schließen (z.B. „erteilen“, „Gewährung“), zum Teil auf eine Gleichordnung (z.B. „Verträge“, „Vereinbarungen“). Nachdem beide Vertragsparteien auch Privatpersonen sein können, erscheint die Einstufung der Verträge als eine zivilrechtliche Rechtsbeziehung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Auch die Tatsache, dass die Vereinbarung vorrangig ohne die Einschaltung der nationalen Streitbeilegungsstelle – und damit ohne öffentlich-rechtliche „Überlagerung“ – erfolgen soll, spricht für eine grundsätzlich zivilrechtliche Ausgestaltung dieses Verhältnisses. Dies könnte im Übrigen selbst dann gelten, wenn die öffentliche Hand beteiligt ist, da sie sich jedenfalls nicht stets öffentlich-rechtlicher Handlungsformen bedienen muss.⁵⁹ Eine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Konzeption dem Entwurf zugrunde liegt, kann damit sinnvoll erst basierend auf einem Vergleich zu ähnlichen Verfahren im geltenden TKG erfolgen (dazu 4.).

c) Mögliche Rechtswegspaltung

Sofern man davon ausgeht, dass es sich bei den Beziehungen zwischen den Unternehmen um ein privatrechtliches Verhältnis handelt, könnte befürchtet werden, dass die im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelungen zu einer „Mehrspurigkeit“ der Möglichkeiten einer Rechtsdurchsetzung führen könnten. Als Konsequenz könnte man die Schlussfolgerung ziehen, die in den §§ 77a ff. DigiNetzG genannten Ansprüche auf den Abschluss zivilrechtlicher Verträgen seien auch auf dem Zivilrechtsweg einklagbar. Im Folgenden gilt es daher darzulegen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten im Verhältnis der Parteien bestehen (dazu 4.) und ob aus diesen Gründen spezielle Rechtswegzuweisungen

⁵⁷ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 54.

⁵⁸ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 44 bezüglich § 77d n.F., allerdings zu Vereinbarungen auf der Basis der bisher bestehenden Rechtslage.

⁵⁹ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 17, Rn. 1 f.

vorgesehen werden sollten (dazu 5.). Hierbei sollen insbesondere bereits jetzt im TKG bestehende, ähnliche Mechanismen hinsichtlich ihrer Vergleichbarkeit mit dem neuen Streitbeilegungsmechanismus untersucht werden, um entsprechende dogmatische Konzepte und rechtliche Bewertungen gegebenenfalls zu übertragen.

4. Rechtsschutz im Verhältnis der Beteiligten zueinander

a) §§ 25 und 133 TKG als vergleichbare Verfahren im aktuellen TKG

Zweistufige Verfahren, in denen zunächst Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten vorgesehen sind und nur im Falle eines Scheiterns eine Entscheidung der Bundesnetzagentur erfolgen soll, sind dem geltenden TKG nicht fremd und sind insbesondere in den §§ 25 und 133 TKG angelegt. Sofern einem Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG auferlegt worden ist, hat er gem. § 22 TKG gegenüber Unternehmen, die diese Leistung nachfragen, ein Angebot auf einen entsprechenden Zugang zu unterbreiten, unterliegt also faktisch einem Kontrahierungszwang.⁶⁰ Im Falle des Ausbleibens einer Vereinbarung, kann die Bundesnetzagentur grundsätzlich den Zugang nach § 25 TKG anordnen. Mit § 133 TKG wurden im TKG 2004 vom nationalen Gesetzgeber in erster Linie die Art. 20, 21 der Rahmenrichtlinie umgesetzt und bereits bestehende Streitbeilegungsmechanismen zu einer Generalklausel ausgedehnt.⁶¹ Bei der Entscheidung der Beschlusskammer handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der nach h. M. zivilrechtliche Beziehungen mit je nach Streitgegenstand unterschiedlicher Ausprägung zwischen den Parteien gestaltet.⁶² Der Gesetzgeber hat die Entscheidung als privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt eingeordnet.⁶³ § 133 TKG findet auch über die jeweiligen Verweisungen in den §§ 77c ff. TKG entsprechende Anwendung.

⁶⁰ *Geppert/Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 22, Rn. 13.

⁶¹ *Tysper*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 133 Rn. 1.

⁶² *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 19 ff.

⁶³ BT-Drs. 15/2316, S. 100.

b) Zu den bisherigen Verfahren entwickelte Positionen

Die Rechtsnatur des Verhältnisses der Parteien wird hinsichtlich der bereits vorhandenen Mechanismen seit dem Bestehen des TKG 1996 strittig diskutiert.⁶⁴ Hierzu wurde insbesondere vertreten⁶⁵, dass ein öffentlich-rechtlich begründetes, privatrechtliches (gesetzliches) Schuldverhältnis entsteht, ein behördlich angeordneter zivilrechtlicher Vertrag über einen öffentlich-rechtlichen Sachverhalt vorliegt (dazu bb)) oder ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis⁶⁶ zwischen den Parteien anzunehmen ist (dazu sogleich aa)). Im Folgenden soll allerdings nur auf die aktuell noch vertretenen Positionen eingegangen werden und sie sollen hinsichtlich der Relevanz auf die Rechtswegfrage erörtert werden.

aa) Öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis

Einer Auffassung zufolge führt die Anordnung der Bundesnetzagentur dazu, dass zwischen den Parteien ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entsteht, wodurch eine zivilgerichtliche Prüfbarkeit grundsätzlich ausscheidet.⁶⁷ Sämtliche Rechte und Pflichten der Parteien sind solche des öffentlichen Rechts.⁶⁸ Eine ähnliche Position wird zu den §§ 77c – 77e TKG vertreten⁶⁹ und daher der Rechtsweg zu den Zivilgerichten als nicht eröffnet erachtet.⁷⁰ Dies wird insbesondere mit der Terminologie der Vorschriften („Gestattung“, „Nebenbestimmung“) begründet.⁷¹ Ob diese Erwägungen übertragbar sind, erscheint aber fraglich, weil sich die §§ 77c ff. TKG in erster Linie an die öffentliche Hand richten. Allerdings finden sich ähnliche Formulierungen in den §§ 77a ff. DigiNetzG. Nach dieser Auffassung bestehen grundsätzlich keine Probleme hinsichtlich einer etwaigen Rechtswegspaltung. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten wäre dann nur eröffnet,

⁶⁴ *Hölscher*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 25, Rn. 72.

⁶⁵ Übersicht bei *Hölscher*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 25, Rn. 72.

⁶⁶ *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 79, 81.

⁶⁷ *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 102.

⁶⁸ *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 88.

⁶⁹ *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 9 ff.; diese Option ebenfalls benennend *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2007, 655, 657; hinsichtlich § 77e TKG auch *Berndt*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 77e, Rn. 26, Fn. 61.

⁷⁰ *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 12.

⁷¹ *Schramm/Schumacher*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 10.

wenn eine Einigung ohne Einfluss der nationalen Streitbeilegungsstelle erfolgt und anschließend die Vertragsinhalte im Streit stehen oder allgemeine zivilrechtliche Ansprüche eingeklagt werden sollen. Insoweit ist also eine klare Abgrenzung und Rechtswegzuweisung unproblematisch möglich.

bb) Theorie vom „angeordneten Vertrag“

Die vom BVerwG⁷² vertretene, herrschende Ansicht vom „angeordneten Vertrag“ geht hingegen davon aus, dass durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur ein privatrechtliches Schuldverhältnis begründet wird. Die Entstehung von zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen wird auch von Teilen der Literatur so gesehen.⁷³ Diese Position ist problematischer hinsichtlich der Gefahr einer „Rechtswegspaltung“, weil einerseits ein öffentlich-rechtliches Verhältnis der Beteiligten zur Bundesnetzagentur besteht, zugleich aber auch ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten untereinander. Im Verhältnis zwischen den „Vertrags“-Parteien bildet der Verwaltungsakt der Bundesnetzagentur dann eine Art „Geschäftsgrundlage“.⁷⁴

c) Konsequenzen der herrschenden Theorie vom „angeordneten Vertrag“ im vorliegenden Kontext

Abgrenzungsprobleme entstehen daher vor allem, wenn man mit der herrschenden Auffassung zu der Einschätzung kommt, dass es sich um privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte handelt, d. h. dass auch zivilrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen. Völlig von der Hand zu weisen sind die Befürchtungen, der doppelten Befassung der Verwaltungs- und Zivilgerichte dann nämlich nicht, weil jedenfalls keine Identität der Streitgegenstände besteht.⁷⁵ Da diese Ansicht vom BVerwG vertreten wird und daher auch für die Auslegung der im DigiNetzG zugrunde zu legen ist, sind ihre Konsequenzen im Folgenden näher zu prüfen.

⁷² BVerwGE 120, 263 (263).

⁷³ Für die Annahme eines zivilrechtlichen Rechtsverhältnisses ausdrücklich *Scherer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, 2008, § 25, Rn. 20.

⁷⁴ *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 87.

⁷⁵ *Mielke*, Das Streitbeilegungsverfahren nach § 131 TKG-E: Sprengsatz im deutschen Rechtssystem?, TKMR 2004, 47 (54).

aa) Grundsätzliche Prüfungskompetenz der Zivilgerichtsbarkeit

Sofern zivilrechtliche Elemente zwischen den Parteien bestehen, kommt grundsätzlich auch eine Befassung der ordentlichen Gerichte in Betracht, die primär für die bürgerlichen Rechtstreitigkeiten zuständig sind, § 13 GVG. Fraglich ist, wie weit die Prüfungskompetenz der ordentlichen Gerichte reicht, d. h. ob auch die vertraglichen Elemente geprüft werden dürfen, die für die Vertragsparteien aufgrund der Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstellen schon verbindlich feststehen und die daher von den Parteien nicht privatautonom ausgehandelt worden sind. Dies begründete die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. Grundsätzlich darf jedes Gericht auch rechtswegfremde Vorfagen prüfen, § 17 Abs. 2 S. 1 GVG. Fraglich ist aber, ob die ordentlichen Gerichte auch Verwaltungsakte prüfen dürfen, oder ob dies einen unzulässigen Eingriff in die Verwaltungskompetenz bedeutet.⁷⁶ Diese Frage ist sehr umstritten und wird von der Rechtsprechung je nach Rechtsmaterie unterschiedlich beurteilt.⁷⁷ Jedenfalls sobald Verwaltungsgerichte einen Verwaltungsakt geprüft haben, scheidet eine Prüfungskompetenz der Zivilgerichte nach ganz herrschender Meinung aus.⁷⁸ Problematischer ist der Fall, dass ein Verwaltungsakt nicht verwaltungsgerichtlich angegriffen und daher bestandskräftig geworden ist.

Allerdings sind nach herrschender Meinung in der Rechtsprechung⁷⁹ – mit Ausnahme des Amtshaftungs- und Entschädigungsrechts – die Zivilgerichte auch in diesem Fall an die Existenz und den Inhalt von Verwaltungsakten gebunden, sofern diese freilich nicht nichtig sind.⁸⁰ So hat auch das OLG Düsseldorf eine Bindungswirkung der Entscheidungen der damaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post für die Zivilge-

⁷⁶ Vgl. *Dahlke*, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 2004, S. 182.

⁷⁷ Siehe dazu *Dahlke*, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 2004, S. 182 m. w. Nachw. aus der Rechtsprechung, insbesondere BGHZ 122, 1 (5); zu einer anderen Sichtweise der Rspr. bei Amtshaftungsansprüchen auch *Peuker*, in: Henneke (Hrsg.), VwVfG, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Auflage, § 43 Rn. 25.

⁷⁸ Vgl. *Dahlke*, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 2004, S. 180 ff.; *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 17; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage, 2013, S. 123.

⁷⁹ Z.B. *BGH*, Urteil vom 19.6.1998, Az. V ZR 43/97, NJW 1998, 3055 (3055); *BVerwG*, Urteil vom 28.11.1986, Az. 8 C 122-125/84, NVwZ 1987, 496 (496).

⁸⁰ *Dahlke*, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 2004, S. 182, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung, insb. BGHZ 122, 1 (5), BGHZ 112, 363 (365), BGHZ 73 114 (117); im Ergebnis auch *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 43 Rn. 130; a.A. aber *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 25. In der von ihr neben dem Amtshaftungsrecht aufgeführten Entscheidung aus dem Baurecht ging es aber weniger darum, ob die Ablehnung einer Baugenehmigung rechtswidrig gewesen ist, sondern vielmehr, ob daraus ein Sachmangel folgt, vgl. insoweit auch BGHZ 122, 1 (5).

richte bejaht, und eine einstweilige Anordnung durch die Zivilgerichte für unzulässig gehalten, sofern der Antragsteller auch die Verwaltungsgerichte hätte anrufen können.⁸¹ Auf dieser Linie liegt auch ein Urteil des BGH, der Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Bestandteil eines von der Bundesnetzagentur genehmigten Tarifwerks waren, nicht anhand des Maßstabs der §§ 307 – 309 BGB gemessen hat, weil ein privatautonomer Spielraum der Vertragsparteien nicht vorhanden gewesen sei.⁸² Zwar verbleibt wohl neben den öffentlich-rechtlich angeordneten Vertragsinhalten noch Raum für prüfbare privatautonom ausgehandelte Vertragsinhalte⁸³, aber sofern eine öffentlich-rechtliche Determinierung vorliegt, findet damit grundsätzlich keine zivilgerichtliche Überprüfung statt. Auch über die konkret entschiedene Frage der Entgeltgenehmigung hinaus kommt durch Anordnungen, Streitentscheidungen usw. der Bundesnetzagentur der Wegfall privatautonomer Entscheidungsmöglichkeiten und damit eine Einschränkung der Prüfungskompetenz der ordentlichen Gerichte in Betracht.⁸⁴ Damit ist festzustellen, dass eine zivilgerichtliche Kontrolle der von der nationalen Streitbeilegungsstelle ergangenen Entscheidung nach herrschender Auffassung grundsätzlich nicht erfolgt.⁸⁵

bb) Zivilrechtliche Durchsetzung der Ansprüche ohne Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle

Eine Durchsetzung der Ansprüche könnte aber auch anstelle oder neben dem Verfahren vor der nationalen Streitbeilegungsstelle vor den ordentlichen Gerichten versucht werden. § 22 TKG, der nach der Systematik des TKG über das Verfahren des § 25 TKG durchgesetzt werden soll, kann nach einer Literaturlauffassung auch ohne die Bundesnetzagentur durch die ordentlichen Gerichte verwirklicht werden.⁸⁶ Auch in Bezug auf § 16

⁸¹ *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 19.12.2001, Az. U (Kart) 47/01, MMR 2002, 316 (317 f.); vgl. dazu auch *Schütz*, Top Thema I: Zivilrechtsschutz neben RegTP-Verfahren?, MMR 2002, Heft 2, V.

⁸² *BGH*, Urteil vom 24.5.2007, Az. III ZR 467/04, MMR 2007, 585 (586), in Fortsetzung der Rechtsprechung, dass genehmigte Entgelte auch nicht an § 315 Abs. 3 BGB zu messen sind, *BGH*, Urteil vom 2.7.1998, Az. III ZR 287/97, MMR 1998, 603 (607).

⁸³ *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 102.

⁸⁴ *Geppert/Helmes*, MMR 2007, 564 (565 ff.).

⁸⁵ So die h.M. auch zusammenfassend *Dahlke*, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 2004, S. 182.

⁸⁶ *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 22, Rn. 18 und wohl auch *Neitzel/Hofmann*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 22, Rn. 16. Die Autoren gehen aber letztlich wohl nur davon aus, dass der „Anspruch auf Abgabe eines Zugangsangebots“ zivilgerichtlich eingeklagt werden kann. Sie halten dies jedoch praktisch für nicht relevant, da es insoweit effektiver ist, sich nach § 25 TKG gleich auch den Inhalt eines solchen Angebots von der Bundesnetzagentur anordnen zu lassen. Bei einem Weg über das Zivilgericht würde dieses ja nur das regulierte Unternehmen verpflichten, ein Angebot vorzulegen. Das Gericht hätte hingegen – anders als die Bundesnetzagentur – keine Möglichkeit, gestaltend den Angebotsinhalt im Urteil festzulegen.

TKG, der sich grundsätzlich über § 133 TKG durch die Bundesnetzagentur durchsetzen lässt,⁸⁷ wird z. T. ein zivilgerichtliches Vorgehen für möglich gehalten.⁸⁸ Allerdings wird dieser Weg von den Autoren, die ihn für zulässig halten, als zumindest nicht praktikabel bzw. wenig effektiv erachtet.⁸⁹

Dieses Argument gilt gleichermaßen für die einzurichtende Streitbeilegungsstelle nach § 77n DigiNetzG, die grundsätzlich binnen zwei bzw. vier Monaten eine verbindliche Entscheidung treffen muss und damit eine schnelle Klärung der Rechtsfrage erreichen kann. Zudem erscheint aus hiesiger Sicht eine Anordnung durch Zivilgerichte, auch aus Gründen der Gewaltenteilung, jedenfalls als nicht gänzlich unproblematisch: Im Verfahren des § 25 TKG muss eine komplexe Abwägungsentscheidung getroffen werden, bei der der Bundesnetzagentur grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum zukommt.⁹⁰ Bei § 133 TKG dürfte der Bundesnetzagentur gleichermaßen ein gewisser Entscheidungsspielraum zukommen, um gemäß Art. 20 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie bei der Entscheidung auch die Regulierungsziele einfließen zu lassen.⁹¹ Im Streitbeilegungsverfahren nach § 77n DigiNetzG ist zumindest in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 KSRL auch vorgesehen, dass die Bundesnetzagentur die Regulierungsziele des Art. 8 der Rahmenrichtlinie zu beachten hat. Sollten die ordentlichen Gerichte Entscheidungen treffen, die gemäß den §§ 25, 133 TKG und § 77n DigiNetzG eigentlich von der Bundesnetzagentur zu treffen wären, gilt es zu bedenken, dass die Gerichte damit in den der Verwaltung zugewiesenen Entscheidungsspielraum eingreifen könnten. Ein Eingriff der Zivilgerichte in die Kompetenzen der Verwaltung ist aber grundsätzlich unzulässig.⁹² Auch aus diesem Grund dürfte nach hiesiger Auffassung eine Verpflichtung aufgrund der §§ 77a ff. TKG durch die Zivilgerichte ausscheiden.⁹³

⁸⁷ *Geppert/Attendorn*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 16, Rn. 72, *Heun*, in: *Heun* (Hrsg.), *Handbuch Telekommunikationsrecht*, 2. Auflage, 2007, Teil H, Rn. 108.

⁸⁸ So jedenfalls *Nolte*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 16, Rn. 50, der aber wohl ein Vorgehen nach § 133 TKG nicht in Betracht gezogen hat, vgl. Rn. 47.

⁸⁹ *Neumann/Thomaschki*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 22, Rn. 18; *Neitzel/Hofmann*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien, Kommentar*, 3. Auflage, 2015, § 22, Rn. 16.

⁹⁰ *Kühling/Neumann*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 56 m.w.N. aber str., vgl. *Hölscher*, in: *Scheurle/Mayen* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 2. Auflage, 2008, § 25, Rn. 58.

⁹¹ *Gurlit*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 17.

⁹² *Dahlke*, *Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht*, 2004, S. 182.

⁹³ Siehe im Übrigen das Urteil des BGH, vom 26.6.2014, Az. III ZR 299/13; hier stellt der BGH fest, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen dürfe, vorliegend also der Zusammenschaltungsvereinbarung zweier Telekommunikationsunternehmen. Nur der Vertragsinhalt, nicht aber der Vertragswille dürfe ergänzt werden. Im Übrigen verweist der Gerichtshof auf eine gegebenenfalls gemäß § 25 Abs. 4 TKG von Amts wegen zu

cc) Fazit: Geringe Wahrscheinlichkeit sich widersprechender Gerichtsentscheidungen

Damit besteht bereits derzeit eine sinnvolle Abgrenzung der Zuständigkeiten von Zivil- und Verwaltungsgerichten gerade in den vergleichbaren Fällen der Verfahren gemäß den §§ 25, 133 TKG. Nach h. M. liegt im Fall der Zugangsanordnung des § 25 TKG ein „angeordneter Vertrag“ vor, der zwar grundsätzlich auch einer zivilgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Sofern eine öffentlich-rechtliche Determinierung vorliegt, findet aber damit grundsätzlich keine zivilgerichtliche Überprüfung statt. Das im Rahmen der Kostensenkungsrichtlinie neu eingefügte Verfahren in § 77n DigiNetzG unterscheidet sich kaum von den bereits bisher vorgesehenen Mechanismen und fügt sich so in das bestehende System ein. Rechtsdogmatisch besteht kaum die Möglichkeit sich widerstreitender Gerichtsentscheidungen. Zudem ist kaum zu erwarten, dass die Beteiligten bedenkliche zivilgerichtliche Verfahren anstrengen, weil dies – wie im bestehenden Recht – angesichts der Vorgaben für ein zügiges Streitbeilegungsverfahren grundsätzlich kaum praktikabel bzw. vorzugswürdig ist.

5. Notwendigkeit einer spezifischen Regelung der Rechtswegabgrenzung?

a) Keine europarechtlichen Vorgaben

Aus europarechtlicher Sicht bestehen keine Beschränkungen, einen bestimmten Rechtsweg vorzusehen, sondern nur die Vorgabe, dass die nationalen Streitbeilegungsstellen nicht die bereits vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten erschweren sollen (siehe oben 1.).

b) Abdrängende Sonderzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit?

Eine explizite Zuweisung zu einem Rechtsweg wäre nur erforderlich, wenn man den Streit um Entscheidungen der Schlichtungsstellen auf die Zivilgerichte übertragen wollte (vgl. oben 3.a)). Eine diesbezügliche Zuweisung wäre zwar grundsätzlich zulässig. Dies zeigt ein Vergleich mit dem GWB und dem EnWG. In beiden Fällen wurden kartellrechtliche bzw. energie(kartell-)rechtliche Streitigkeiten, die im Rahmen von Verwaltungsverfahren ausgetragen werden und daher klassischer Weise von der Verwaltungsgerichtsbarkeit entschieden werden, den ordentlichen Gerichten zugewiesen.

treffende, Anordnung nach § 25 Abs. 5 TKG. Auch hier zeigt sich also die Zurückhaltung des BGH gegenüber den Anordnungs Kompetenzen der Bundesnetzagentur.

Innerhalb des TKG wäre die Zuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit ein Systembruch. Denn auch gegen Entscheidungen in den sehr ähnlichen Verfahren der §§ 25 und 133 TKG ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.⁹⁴ Sofern eine Überprüfung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit erfolgen soll, müssten konsequenter Weise alle Verfahren von der ordentlichen Gerichtsbarkeit entschieden werden, um eine Konsistenz der Entscheidungen sicherzustellen und nicht nur die jetzt einzuführenden Verfahren vor der nationalen Streitbeilegungsstelle. Hiergegen spricht aber grundsätzlich, dass sich die bisherige Zuordnung zum Verwaltungsrechtsweg bewährt hat und sich die bisher zuständigen Gerichte bereits eine erhebliche rechtliche, ökonomische und technische Fachkompetenz im Telekommunikationsbereich angeeignet haben, die nach einer Übertragung auf die Zivilgerichtsbarkeit bei dieser erst wieder aufgebaut werden müsste. Durch eine neu einsetzende Rechtsprechung durch die Zivilgerichtsbarkeit besteht daher zumindest zu Beginn eine erhöhte Fehleranfälligkeit und die bisher einheitliche und konsistente Entscheidungspraxis wäre zunächst gefährdet. Zudem könnte auch in diesem Fall versucht werden, die Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle über ein paralleles oder nachgelagertes Vorgehen vor den Gerichten zu unterlaufen.

c) Sonderzuweisung zivilrechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichtsbarkeit?

Alternativ könnte noch erwogen werden, sämtliche sich aus den §§ 77a ff. DigiNetzG ergebenden Rechtsfragen den Verwaltungsgerichten zuzuweisen. Folgt man der Theorie, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur keinen Vertrag anordnet, sondern öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien begründet, wäre die Verwaltungsgerichtsbarkeit ohnehin schon ab Befassung der Bundesnetzagentur für Entscheidungen aus diesem Verhältnis zuständig. Der Gesetzgeber könnte sich explizit für die Geltung dieser Theorie entscheiden. So ist er jedenfalls grundsätzlich frei darin, auch zwischen Privatpersonen öffentlich-rechtliche Verträge zuzulassen.⁹⁵ Allerdings erscheint dies aus hiesiger Auffassung nicht geboten, weil die Zivilgerichte ohnehin an die Entscheidungen der Bundesnetzagentur weitgehend gebunden sind und sich auch die in den §§ 25 und 133 TKG normierte Regelung ohne entsprechende spezifische Rechtswegzuweisung bewährt hat. Gegen eine spezielle Rechtswegabgrenzung spricht auch,

⁹⁴ *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 97; *Neitzel/Hofmann*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 25, Rn. 36; bezüglich § 133 TKG *Tysper*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 133, Rn. 12.

⁹⁵ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 54 Rn. 65 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 14, Rn. 10.

dass dies bislang nur dann erfolgt ist, wenn eine grundsätzlich bestehende Rechtswegzuweisung für nicht sachgerecht gehalten wurde und daher ein anderer Rechtsweg gewählt werden sollte. Dies ist hier aber nicht der Fall.

d) Fazit

Eine gesonderte Formulierung einer Rechtswegabgrenzung ist angesichts der etablierten Rechtsprechung zu den „eingespielten“ Verfahren insbesondere in § 25 TKG daher nicht notwendig. Eine Zuweisung der Streitbeilegungstätigkeit der Bundesnetzagentur an die Zivilgerichtsbarkeit würde hingegen einen Systembruch im TKG darstellen, für den es keine plausiblen Argumente gibt.

ISBN 979-3-88246-369-9

www.irebs.de