Bundesministerium
für Verkehr und
digitale Infrastruktur

Rechtsgutachten über „Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen aus dem Telekommunikationsbereich“

Themengebiet 2: Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche

RECHTSGUTACHTEN

ERSTELLT IM AUFTRAG DES

BUNDESMINISTERIUMS FÜR VERKEHR UND DIGITALE INFRASTRUKTUR

VON

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)
UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

UND

DIPL.-JUR. (UNIV.) DIPL.-VERWALTUNGSWIRT (FH) STEFAN BULOWSKI
REGENSBURG

19. JULI 2016

Gliederung

A. Hintergrund **7**

B. Rechtsfragen und Aufbau der Untersuchung **8**

C. Rechtliche Bewertung **9**

I. EU-sekundärrechtliche Vorgaben und Umfang notwendiger Mitbenutzungsansprüche **9**

1. Ausdehnung bestehender symmetrischer Mitnutzungsansprüche durch die Kostensenkungsrichtlinie 9
   a) Anwendungsbereiche von Art. 12 Abs. 1 RRL und Art. 3 KSRL – Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen 9
      aa) Zugangsverpflichtete 9
      bb) Zugangsberechtigte 9
      cc) Betroffene Infrastrukturen im Einzelnen 10
      dd) Zulässige Verweigerungsgründe 11
      ee) Fazit 11
   b) Anwendungsbereiche von Art. 12 Abs. 3 RRL und Art. 9 Abs. 2 und 3 KSRL – Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen 12
      aa) Zugangsverpflichtete 12
      bb) Zugangsberechtigte 12
      cc) Betroffene Infrastrukturen im Einzelnen 12
      dd) Weitere Voraussetzungen 12
      ee) Fazit 12
2. Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zum bestehenden EU-Telekommunikationsrechtsrahmen 13
   a) Grundsätzliches Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 8, 12 ZRL 13
   b) Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 3 KSRL 14
   c) Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 9 KSRL 15
   d) Ergebnis 15
3. Ausgestaltung der Zugangsentgelte 15
   a) Vorgaben über Zugangsentgelte der symmetrischen Zugangsregulierung gemäß Art. 12 RRL 15
   b) EU-Sekundärrechtliche Vorgaben zu Entgeltmaßstäben der asymmetrischen Zugangsregulierung 16
   c) Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Kosten 16
      aa) Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen (Art. 3 KSRL) 16
      bb) Zugang zu bestehenden gebäudeinternen physischen Infrastrukturen (Art. 9 KSRL) 17
      cc) Besondere Vorgaben des Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL 18
   d) Ergebnisse und Handlungsspielräume der nationalen Gesetzgeber und Regulierungsbehörden 18

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche 19
1. Einfluss der Grundrechte 19
a) Persönlicher Schutzbereich der Grundrechte 19
b) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG 20
aa) Begrenzung der symmetrischen Mitbenutzungsansprüche des Art. 3 KSRL auf unterversorgte Gebiete 20
bb) Zulässige Höhe der zu erhebenden Entgelte im Rahmen des Art. 3 KSRL 21
cc) Anwendung der herausgearbeiteten Grundsätze auf Art. 9 KSRL 22
dd) Ergebnis 23
c) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG 24
aa) Die Berufsfreiheit der Zugangsverpflichteten 24
bb) Die Berufsfreiheit der Zugangsberechtigten 25
cc) Fazit 25
d) Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG 25
aa) Angleichung von Entgeltmaßstäben 25
bb) Reduzierter Kostenmaßstab von Infrastrukturanbietern 26
(i) Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze als Zugangsverpflichtete 26
(ii) Verpflichtung der sonstigen Betreiber von Versorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 16b DigiNetzG 26
cc) Fazit 26
2. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG 26
3. Verfassungsrechtliche Grundlagen eines Konsistenzgebots 27

III. Bestehende Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe im Telekommunikationsgesetz 28
1. Grundsätze der asymmetrischen Zugangsregulierung 28
a) Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 32 TKG 28
b) Maßstab der langfristigen inkrementellen Durchschnittskosten („LRIC“) 28
c) Entgeltmaßstäbe des Missbrauchstatbestands des § 28 TKG 28
aa) Preisobergrenzen 29
bb) Preisuntergrenzen 29
d) Fazit 29
2. Bestehende symmetrische Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe 29
a) Ansprüche gemäß § 70 TKG de lege lata 29
b) Mitnutzung der Inhouse-Verkabelungen nach § 77a TKG de lege lata 30
c) Mitnutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe der §§ 77b ff. TKG de lege lata 30
aa) Alternative Infrastrukturen nach § 77b TKG de lege lata 31
bb) Mitbenutzungsansprüche der §§ 77c ff. TKG de lege lata 31
d) § 45a TKG 31
e) § 18 TKG 31
3. Konsistenzgebot aus § 27 Abs. 2 TKG 32

IV. Inhaltliche Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche ... 32
1. Bewertung der Änderungen an den Mitbenutzungsansprüchen an sich ... 32
a) Anpassungen an § 70 TKG ... 32
aa) Mögliche Kollision mit der Rahmenrichtlinie ... 32
bb) Vorgaben der Genehmigungsrichtlinie ... 33
cc) Ergebnis ... 34
b) Ergänzung des § 76 TKG ... 34
c) Aufhebung der §§ 77a ff. TKG und Neuverankerung der §§ 77a ff. DigiNetzG ... 35
aa) Aufhebung des § 77a TKG und Regelung des § 77k DigiNetzG ... 35
(i) Vorgaben der Rahmenrichtlinie ... 35
(ii) Einschränkungen der Genehmigungsrichtlinie ... 36
(iii) Konflikte mit der Zugangsrichtlinie ... 36
(iv) Ergebnis ... 36
bb) Aufhebung der §§ 77b – 77e TKG ... 37
cc) Umsetzung des Art. 3 KSRL durch die §§ 77d – 77g, 77n DigiNetzG ... 37
2. Anwendbare Kostenmaßstäbe und Zielkonflikte ... 38
a) Kostenmaßstäbe für die symmetrischen Mitbenutzungsansprüche ... 38
aa) Kostenmaßstab bei der Mitbenutzung öffentlicher Versorgungsnetze gemäß den §§ 77d bis 77e DigiNetzG i.V.m. § 77n DigiNetzG ... 38
(i) Einfluss der verfassungsrechtlichen Vorgaben ... 39
(ii) Erfüllung des Zwecks der Kostensenkungsrichtlinie ... 39
(iii) Anwendung der Grundsätze auf die bestehenden Kostenmaßstäbe ... 39
(iv) Einfluss der Regulierungsziele ... 40
(v) Ergebnis ... 41
bb) Besonderheiten bei der Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ... 41
(i) Bedeutung für zum Zugang verpflichtete Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ... 41
(ii) Bedeutung für zum Zugang verpflichtete Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht ... 42
cc) Kostenmaßstab des § 77k i.V.m. § 77n DigiNetzG ... 42
dd) Kostenmaßstab des § 70 Abs. 2 bzw. § 76 Abs. 3 i.V.m. den §§ 77d, 77e, 77g DigiNetzG ... 43
ee) Fazit ... 44
b) Vergleich der Zielsetzung der asymmetrischen und symmetrischen Zugangs- und Entgeltregulierung ... 44
3. Weitere Ergänzungen und Präzisierungen ... 45
a) Grenzen legislatorischer Vorsteuerung ... 45
b) Verankerung der Entgeltmaßstäbe in § 77n DigiNetzG ... 45
c) Erweiterung des Konsistenzgebots ... 46

V. Ergebnisse ... 47

A. Hintergrund

Der Anlass für die Verankerung weiterer, symmetrischer Mitbenutzungsansprüche im TKG ist die Kostensenkungsrichtlinie (KSRL), 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 Erwägungsrund 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 den politischen Zielen 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.[1]

[1] Regierungsentwurf, S. 61, 63 f., 74, 94 f., 96.

B. Rechtsfragen und Aufbau der Untersuchung

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 asymmetrisch[2] 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 C.I.). Sodann ist darzulegen, ob sich für die Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche dem Grundgesetz bestimmte Vorgaben entnehmen lassen (dazu C.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 C.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 C.IV.).

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

C. Rechtliche Bewertung

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.[3] 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.[4] 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 entspre-

---

[3] 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.

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

chende 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 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 Richtlinientextes im Gesetzgebungsverfahren[5] 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 Parlaments[6] 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.[7] In den Fällen, in denen jegliche elektronische Kommunikationsnetze erfasst sein sollten[8], 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.

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 Zugangsobjekt 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 physischen Infrastrukturen" (vgl. Art. 2

[5] 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/.

[6] Dokumentennummer ST 8510 2014 INIT des Dossiers 2013/0080 (COD).

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

[8] Z. B. Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KSRL.

S. 2 Nr. 7 KSRL). Sofern diese Zugangsobjekte Netzbetreibern[9] (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.

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.[10] 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.[11]

ee) Fazit

Im Ergebnis erfolgt eine deutliche Ausweitung des Verpflichtetenkreises der Mitbenutzungsansprüche, 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.

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.

---

[9] Dies ist eine Anspruchsvoraussetzung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL.

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

[11] 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 C.IV.1.a) und b). erörtert werden.

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 liegenden Verkabelungen bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilpunktes 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 „technische 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.[12]

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.

---

[12] Bemerkenswert ist, dass die Kostensenkungsrichtlinie damit in ihrem Art. 9 Abs. 4 letztlich den Mitgliedsstaaten erlaubt, eine Ausnahme von der 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").

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.

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 C.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.[13] In der Folge wird von ihnen teilweise gefordert, Art. 3 KSRL eingeschränkter umzusetzen als dies im Referentenentwurf vom 03.09.2015 noch vorgesehen war. Danach sollen Mitbenutzungsansprüche nur eingreifen, „wenn dadurch ein Gebiet erstmalig mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen erschlossen werden kann“.[14]

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

[13] 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 01.02.2016; Stellungnahme BREKO, abrufbar unter http://www.brekoverband.de/fileadmin/user_upload/Stellungnahmen/Gesetzgebungsverfahren/10-08-2015_Stellungnahme_DigiNetzG_FIN.pdf, S. 5 ff., zuletzt abgerufen am 01.02.2016.

[14] Stellungnahme BREKO, Fn. 13, S. 6 f, Hervorhebung durch die Verfasser.

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 wird[15], 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.[16]

Sollte der Richtliniengeber bereits selbst Konflikte mit der Zugangsrichtlinie vorausgesehen und entsprechende Lösungsmechanismen in der Kostensenkungsrichtlinie verankert 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 entgegengewirkt 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 C.I.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 missbräuchlichen „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.[17]

---

[15] Stellungnahme BREKO, Fn. 13, S. 6 f.

[16] Vgl. z.B. Erwägungsgrund 2 KSRL.

[17] Anders im Ergebnis wohl Holznagel, Stellungnahme zum Zugangsanspruch nach Art. 3 Kostensenkungsrichtlinie, 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 01.02.2016, 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.

c) Ausgleichsmechanismen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 9 KSRL

In ähnlicher Weise wird auch gegen § 77k DigiNetzG[18] 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 C.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.[19]

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.

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

[18] Vgl. Stellungnahme BUGLAS, Fn. 13, S. 10 f.

[19] Vgl. dazu auch die verfassungsrechtlichen Erwägungen unter C.II.1.b)cc)

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 C.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.[20] Art. 13 ZRL enthält allerdings hinsichtlich des von den nationalen Regulierungsbehörden anzuwendenden Entgeltmaßstabs nur rudimentäre Vorgaben.[21]

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)).

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.[22] Besondere Vorgaben zur Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche sind in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 2 KSRL[23] vorgesehen. Danach ist bei der Preisfestsetzung sicherzustellen, dass der Anbieter eine faire Chance auf Kostendeckung hat. Als Ausgangspunkt für die Entgeltermittlung 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

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

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

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

[23] 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.

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.

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“[24]) hinausgehen, durchaus möglich. Auch ein angemessener Gemeinkostenzuschlag und damit die Anwendung des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL)[25] 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 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.[26]

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 Kostenberücksichti-

[24] Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen zu den bereits geltenden Maßstäben, C.III.1.b).

[25] Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen zu den bereits geltenden Maßstäben, C.III.1.a).

[26] *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.

gung 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 C.I.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.[27]

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.

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 Kommunikationsnetzes[28] 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)).

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.

---

[27] Vgl. zu gegebenenfalls bestehenden Problemen bezüglich dieser unterschiedlichen Begriffswahl hinsichtlich der innerstaatlichen Umsetzung C.IV.2.a)bb).

[28] 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 bei erst bei der konkreten innerstaatlichen Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche geklärt werden, sofern sich hier Umsetzungsprobleme ergeben, vgl. C.IV.2.a)bb).

Eher dürfte sogar das Gegenteil der Fall sein: Eine legislative Vorsteuerung[29] des Ermessens der nationalen Regulierungsbehörden, wird vielfach kritisch gesehen.[30] 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.[31] 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.

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 gleichbehandelt 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 berufen[32], weshalb ein Verstoß gegen diese von vornherein ausscheidet. Gleiches gilt, wenn auch nicht unumstritten[33], für privatwirtschaftlich organisierte, mehrheitlich in öffentlicher Hand befindliche[34] kommunale Versorgungsunternehmen, die öffentliche Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge wahrnehmen[35].[36] 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 hingegen eröffnet sein.[37] 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 beru-

[29] Vgl. zu diesem Problem ausführlich Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 30 ff.

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

[31] EuGH, Urteil v. 03.12.2009 – 424/07, K&R 2010, 30 (33), Rn. 89 ff.

[32] BVerfGE 75, 192 (196).

[33] 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.

[34] Im Hinblick auf ein zu 75 % in öffentlicher Hand befindliches Stromversorgungsunternehmen BVerfG, Beschluss v. 18.05.2009 – 1 BvR 1731/05, NVwZ 2009, 1282 (1283).

[35] Exemplarisch für den Bereich der Wasserversorgung BVerfGE 45, 63 (78 ff.).

[36] Diese sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst Grundrechtsverpflichtete, BVerfG, Urteil v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 (1201).

[37] So hat auch das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit für die Deutsche Telekom AG bejaht, BVerfG, Beschluss v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041 (1041).

fen. Von der von Art. 19 Abs. 3 GG geforderten wesensgerechten Anwendbarkeit ist in diesem Kontext auszugehen.[38]

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.[39] 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)).

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.[40] 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 zusteht[41], 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 Richtlinienge-ber bereits spezielle Vorkehrungen getroffen hat (vgl. oben C.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.[42] 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“[43] 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

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

[39] 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.

[40] Stellungnahme BREKO, Fn. 13, S. 6.

[41] Vgl. BVerfGE 129, 78 (103 f.).

[42] Stellungnahme *Holznagel*, Fn. 17, S. 3.

[43] Im Original nicht kursiv.

einer grundsätzlichen Beschränkung auf unversorgte Gebiete. Aber selbst wenn den Mitgliedsstaaten ein so weit gefasster Umsetzungsspielraum zustünde und er insoweit an die jeweils geltenden nationalen Grundrechte gebunden ist, so kommt dem Gesetzgeber doch eine nicht unerhebliche Einschätzungsprärogative zu und es ist grundsätzlich ihm überlassen, einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.[44] 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".[45]

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 worden[46]. 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 Preisebestimmung 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.[47]

Zunächst ist dafür relevant, ob es sich bei einer das Eigentum beeinträchtigenden Maßnahme um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung handelt oder um eine Enteignung.[48] 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"[49] 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"[50] 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 hinzunehmen[51], weil Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG eben keine Entschädigungszahlung vorsieht und folglich Ausgleichzahlungen für Inhalts- und Schrankenbestimmungen nur in Ausnahmefällen von Art. 14 GG vorgezeichnet sind.[52] Dazu zählen aber jedenfalls Fälle, in

---

[44] 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.

[45] BVerfGE 113, 167 (252 f.).

[46] Vgl. zur Europarechtskonformität dieser Vorschrift unten, C.IV.1.c)cc)

[47] 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.

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

[49] BVerfGE 115, 97 (112).

[50] BVerfGE 52, 1 (27 f.).

[51] BVerwGE 134, 355 (359).

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

denen Regelungen Dritten Rechte am Eigentum einräumen und diese dadurch gleichsam auf Kosten des Eigentümers Gewinne erzielen können.[53] 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.[54] Folglich haben sowohl der BGH[55] als auch das BVerfG[56] 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.[57] Vorliegend werden aber durch die angestrebte Beschleunigung des Breitbandausbaus in erheblichem Maße auch Allgemeinwohlzwecke verfolgt, da die geschaffenen Infrastrukturen eben nicht nur Gewinne 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 Mitnutzungsentgelte 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 Themenbereich 1[58] 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 C.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.[59] 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 Rahmen 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 Infrastruktur[60] Erweiterungen vorgesehen: So werden in § 77n Abs. 6 S. 2 DigiNetzG als Grundlage für die Bestimmung der Entgelthöhe die zusätzlichen Kosten

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

[54] So auch BGHZ 145, 16 (33).

[55] BGHZ 145, 16 (32).

[56] BVerfG, Beschluss v. 26.08.2002 – 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736 (738).

[57] BVerfG, Beschluss v. 20.01.2005 – 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741 (742 f.)

[58] Themenbereich I, C.II.5.a)cc.(iv).

[59] Stellungnahme BUGLAS, Fn. 13, S. 10 ff.

[60] BT-Drs. 18/9023, S. 6.

genannt.[61] Grundsätzlich könnten zwar noch präzisere Angaben zu den berücksichtigungsfähigen Kosten aufgenommen werden[62], 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.[63] Die Verweigerungstatbestände des § 77g DigiNetzG beziehen sich aufgrund ihrer systematischen Stellung im Gesetz nur auf § 77d DigiNetzG.[64] Grundsätzlich könnten die Mitgliedsstaaten 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.[65] 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.[66] 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.

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. C.I.2.). Es steht den Mitgliedsstaaten 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 Infrastruktur[67] 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 berück-

[61] 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

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

[63] 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.

[64] Vgl. dazu im Ergebnis auch Stellungnahme BUGLAS, Fn. 13, S. 11.

[65] 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. 13, S. 11 f.

[66] Vgl. zum Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 12 Abs. 3 RRL die Ausführungen unter C.I.1.b) und C.1.2.

[67] BT-Drs. 18/9023, S. 6.

sichtigungsfähigen 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.

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.[68] 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 Zugangsverpflichtung nicht mehr völlig frei in der Vermarktung ihrer Infrastrukturen sind, liegt auch ein Eingriff in Art. 12 GG vor.[69]

Nachdem es nicht um den Berufszugang an sich geht, liegt lediglich eine Berufsausübungsregelung[70] vor, die „durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert“[71] 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.[72] Die vorgesehenen Mitbenutzungsansprüche müssen gemessen an diesem Ziel verhältnismäßig sein, wobei dem Gesetzgeber hier wiederum

---

[68] BVerfGE 115, 276 (300):

[69] 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.

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

[71] BVerfGE 123, 186 (238).

[72] Vgl. dazu schon die Ausführungen im Themenbereich 2, insbesondere bei C.II.5.a)cc.(i).

grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist. Im Ergebnis tragen daher die bereits bei der Eigentumsfreiheit dargelegten Mechanismen um die festgestellten Eingriffe zur rechtfertigen.

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.[73] 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)).

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.[74] 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.[75] Dies gilt beispielsweise im Verhältnis zwischen Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und solchen ohne derartige Marktstellung. Im Rahmen der legislatorischen Bewältigung dieser Konflikte steht dem Gesetzgeber allerdings grundsätzlich ein weite Einschätzungsprärogative zu. Nichtsdestotrotz muss bei der Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen stets auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geachtet werden und bereits aus

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

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

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

diesem Grund müssen Entgeltregulierungsmaßnahmen grundsätzlich aufeinander abgestimmt werden.[76]

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 Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG stellt insofern angesichts des weiten gesetzgeberischen Spielraums[77] keine darüber hinausgehenden Anforderungen an den Gesetzgeber. So prüft auch das BVerfG nicht, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste oder gerechteste Lösung gefunden hat.[78]

(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, C.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, C.II.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 betrach-

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

[77] *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.

[78] BVerfGE 122, 151 (174).

ten.[79] Zum Schutzbereich zählen alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Dieser Aufgabenkreis ist nicht als feststehend zu verstehen und wird daher oftmals mit den „Gemeindehoheiten" umschrieben.[80] Konkret werden zu diesen Aufgaben insbesondere sowohl die Energie- und Wasserversorgung, als auch die Telekommunikationsdienstleistungen gezählt[81], 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.[82] 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 Gesetzesvorbehalt[83], der seine absolute Grenze erst im Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung findet und die identitätsbestimmenden Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung nicht beseitigen darf[84], im Übrigen aber grundsätzlich nur den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten muss.[85] 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, C.II.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 weiter Ausgestaltungsspielraum zu.

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 Rechtsgrundsatz[86] ergebende Bestimmtheitsgebot verlangt, dass Gesetze so formuliert sind, dass der Verwaltung für ihr Verhalten angemessen klare Handlungsmaßstäbe vorgeben sind und auch die Bürger das staatliche Handeln in einem gewissen Maße vorhersehen können.[87] 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.[88] 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 C.II.1.) und auch vor diesem Hintergrund ist ein klares Zielkonzept verfassungsrechtlich geboten.[89] 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.

---

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

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

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

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

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

84 BVerfGE 107, 1 (12).

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

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

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

88 *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.

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

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.

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)) herangezogen[90].

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.[91]

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-LRIC“[92]-Verfahren anzuwenden.[93] Dieser Maßstab umfasst nur die einem Dienst direkt zuordenbaren, verkehrsabhängigen Kosten, nicht aber die verkehrsunabhängigen Gemeinkosten.[94] 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.[95]

c) Entgeltmaßstäbe des Missbrauchstatbestands des § 28 TKG

Der Missbrauchstatbestand gibt – anders als der KeL-Maßstab nach § 32 TKG, die theoretisch nur ein „richtiges“

[90] 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.

[91] *Kühling*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 31, Rn. 17.

[92] 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.

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

[94] *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.

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

Ergebnis kennt – lediglich einen Korridor[96] aus Preisobergrenzen (dazu aa)) und Preisuntergrenzen (dazu bb)) vor, in dem sich zulässige Preise bewegen dürfen[97] und benennt sonstige missbräuchliche Verhaltensweisen.

aa) Preisobergrenzen

Der allgemeine materielle Maßstab für Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht wird dabei von § 28 TKG normiert[98], der auf Art. 13 ZRL basiert[99]. 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 (sog. Preishöhenmissbrauch[100]). Im Ausgangspunkt ist dabei auf den „Als-ob-Wettbewerbspreis" abzustellen, der sich bei einem wirksamen Wettbewerb ergeben würde.[101] 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.[102]

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.[103]

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.

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 C.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 einer Mitnutzung ein „angemessener geldwerter Ausgleich zu leisten". Der Ausgleichsanspruch umfasst dabei alle Kosten, die durch die Duldung der Mitnutzung entstehen, sowie nach h.M. ein Ausgleich dafür, dass die noch freien Kapazi-

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

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

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

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

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

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

[102] *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 315.

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

täten nicht mehr selbst genutzt bzw. vermarktet[104] 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.[105]

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

§ 77a TKG, der Art. 12 Abs. 3 bis 5 RRL umsetzt[106], dient dazu, den voranschreitenden Glasfaserausbau weiter in Richtung Endkunden zu treiben und erfasst daher die hausinterne sog. „Inhouse"-Verkabelung.[107] 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 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.[108] Ausweislich der Gesetzesbegründung erfolgte die Verwendung dieses Begriffes ausdrücklich, damit über einen bloßen Kostenausgleich hinaus „ggf. ein Entgelt" verlangt werden können.[109]

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.[110] Mit dem in § 77a Abs. 2 TKG bezeichnete Risiko ist im Übrigen das des Verpflichteten gemeint.[111] Letztlich sind damit ebenfalls nicht nur die reinen (langfristigen) Zusatzkosten 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.

---

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

[105] *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.

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

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

[108] *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.

[109] BT-Drs. 17/7521, S. 116.

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

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

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

Nach § 77b Abs. 1 TKG, der keinen unmittelbaren EU-sekundärrechtlichen Hintergrund hat[112], 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 Marktpreis[113] zu orientieren.[114]

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

Für die Vorschriften der §§ 77c ff. TKG gibt es ebenfalls keine EU-sekundärrechtlichen Vorgaben.[115] 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.[116]

d) § 45a TKG

Ein weiterer Mitbenutzungsanspruch befindet sich in der Kundenschutzvorschrift des § 45a Abs. 3 TKG, der keine EU-sekundärrechtliche Grundlage hat.[117] Nach dieser Vorschrift bestehen gesetzliche Mitnutzungsansprüche[118] 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-)

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

[113] Vgl. bezüglich der hinsichtlich einer Ermittlung von Marktpreisen bestehenden Probleme C.IV.2.a)aa)(iii).

[114] *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.

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

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

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

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

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.

3. Konsistenzgebot aus § 27 Abs. 2 TKG

Wie bereits unter C.II. herausgearbeitet wurde, ist eine Abstimmung der Mitbenutzungsansprüche bereits aus Gründen der Gleichbehandlung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten.[119] 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.[120] 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.[121] 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 C.IV. zu erörtern.

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 ihrer Unions- und Verfassungskonformität überprüft werden. Zum einen sollen die wegerechtlichen 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 wegerechtliche 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 ge-

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

[120] 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.

[121] 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.

halten wird[122], und zwar auch in der Zusammenschau mit § 77a TKG[123]. Zum einen wurde eine ausdrückliche Anordnungskompetenz der Bundesnetzagentur sowohl für Mitbenutzungsansprüche in Bezug auf Wegerechte gemäß den §§ 68 ff. TKG als auch hinsichtlich § 76 TKG für erforderlich gehalten.[124] Dieser Kritik könnte dadurch begegnet werden, dass im Rahmen des § 77n TKG eine Anordnungskompetenz bezüglich dieser Normen vorgesehen wird. Zum anderen standen die restriktiven Voraussetzungen des § 70 TKG in der Kritik[125], 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 – entsprechend dem status quo nach dem bestehenden TKG[126] – 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, verbiet es den Mitgliedsstaaten aber jedenfalls auch nicht ausdrücklich, solche vorzusehen.[127] 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

[122] *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.

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

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

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

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

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

letztlich Rechtsschutzgründe. Daher ist die Norm auch nur einschlägig, wenn die §§ 68 ff. TKG zulasten der Telekommunikationsunternehmen eingeschränkt würden.[128] 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.

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 Gesetzänderungsverfahren[129] geachtet werden, nachdem die beabsichtigten Änderungen jedenfalls nicht mit den Inhabern der Wegerechte 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.

b) Ergänzung des § 76 TKG

Die Ergänzung des § 76 TKG um einen Mitbenutzungsanspruch in dessen Abs. 3 ist angesichts der Kritik in der Literatur[130] 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).[131] 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 C.IV.1.a)aa)).

---

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

[129] Vgl. *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen, Rn. 117.

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

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

Dabei ist jedoch auch hier keine Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur vorgesehen.[132] 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.[133] 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.

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 umgesetzt[134], 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 ersetzt[135] und seinerseits auf Art. 9 KSRL beruht[136]. 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.[137] 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 blieben die Regelungen hinter Art. 12 Abs. 3 RRL zurück und es war fraglich, ob diese

[132] Vgl. dazu im Einzelnen bereits die Ausführungen zu a)aa).

[133] Letztlich ist aber nicht völlig klar, wie die Verweisung zu verstehen ist.

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

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

[136] Regierungsentwurf, S. 94 f.

[137] 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.

Lücke von den §§ 76 und 45a TKG geschlossen wird.[138] 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.[139] 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.[140] 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 worden[141], 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.[142] Daher ist die Beschränkung des § 77k DigiNetzG auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze zudem an Art. 14 Abs. 1 GRL zu messen. Hier gelten die bereits zu C.IV.1.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 C.I.2.c) dargelegt – nicht mit der Zugangsrichtlinie kollidieren. Als weitere Maßnahmen könnten noch die unter C.II.1.b)cc) herausgearbeiteten Vorschläge der expliziten Nennung der berücksichtigungspflichtigen Investitionskosten und -risiken[143] 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

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

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

[140] 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.

[141] 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).

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

[143] Vgl. dazu auch die Vorschläge zur Umgestaltung des § 77n DigiNetzG, C.IV.3.b)

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 entgehen, die – wie unter C.I.2.c) dargelegt – nicht mit der Zugangsrichtlinie kollidieren. Als weitere Maßnahmen könnten noch die unter C.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.

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.[144] Die §§ 77b bis 77e TKG basieren nicht auf richtlinienrechtlichen Vorgaben.[145] 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.[146] Folgt man der unter C.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 auszulegen sind und insbesondere auch Eigentümer oder Betreiber zukünftig entstehender Netze aktivlegitimiert sein sollen.[147] 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.[148] 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 C.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 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

[144] Regierungsentwurf, S. 74.

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

[146] Regierungsentwurf, S. 74.

[147] Regierungsentwurf, S. 75.

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

Regelfall als ökonomisch nicht sinnvoll an.[149] Diese Einschätzung wird dem Grunde nach vom Richtliniengeber geteilt, der eine Zugangsverweigerung auch damit legitimiert, „[überflüssige] Netzkomponenten zu vermeiden [, die] ineffizient“[150] wären. Schließlich wird bereits durch die erstmalige Verlegung von Glasfaserkabeln das Ziel der Digitalen Agenda befördert, den Breitbandausbau voranzutreiben.[151] 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 C.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.

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 Streitbelegungsstellen 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.

[149] Regierungsentwurf, S. 83.

[150] Erwägungsgrund 17 KSRL

[151] Vgl. Erwägungsgründe 2 und 3 KSRL

(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.[152] Erforderlich ist somit eine umfassende Abwägung zwischen den gegenläufigen Interessen und Grundrechtspositionen des mitnutzungsberechtigten und hierfür entgeltpflichtigen Telekommunikationsnetzbetreibers auf der einen und des mitnutzungsverpflichteten und hierfür entgeltberechtigten Infrastrukturinhabers 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 C.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 Ausbaukosten 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., C.I.2.).

(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 Missbrauchsmaßstabs[153] 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.

[152] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 10, Rn. 17.

[153] Vgl. dazu C.III.1.c).

Problematisch erscheint es auch, wie im Rahmen des § 70 S. 2 TKG vertreten wird[154], 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.[155] 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 – 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.[156]

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.[157] 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.[158]

(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 C.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 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 Telekommunikati-

[154] Vgl. dazu C.III.2.a).

[155] Vgl. dazu C.III.2.d).

[156] 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.

[157] Vgl. dazu auch die Ausführungen zum Entgeltmaßstab bezüglich gebäudeinterner Infrastrukturen, C.IV.2.a)cc).

[158] Vgl. dazu bereits Fn. 23

onsmarkt auftreten, erscheint jedoch wenig sachgerecht angesichts der sehr unterschiedlichen erfassten physischen Infrastrukturen (vgl. § 3 Nr. 16b DigNetzG). Insofern dürfte es kaum möglich sein, über die bereits zu (1) bis (3) 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. Anderseits 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.[159] 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.

(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.[160] 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 zu[161], 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.[162] 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 Wettbewerber[163] 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.[164] 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 Prüfungskompetenz 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 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 Gründe[165] 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 Nichtdiskriminie-

[159] So auch Regierungsentwurf, S. 99.

[160] Vgl. dazu C.III.2.

[161] Vgl. dazu bereits C.I.2.

[162] Regierungsentwurf, S. 100.

[163] Stellungnahme BUGLAS, Fn. 13, S. 12, Stellungnahme BREKO, Fn. 13, S. 8 f.

[164] Vgl. dazu die Formulierungsvorschläge unter C.IV.3.b).

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

rung 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.[166]

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.

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

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 TKG[167] – 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.[168]

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

[167] *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 Bundenetzagentur 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.

[168] Vgl. dazu bereits C.IV.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.[169]

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 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 elektronisches Telekommunikationsnetze anbieten, um die Auswirkungen auf vertikal integrierten Unternehmen besser berücksichtigen zu können. Dies vermeidet im Übrigen EU-sekundärrechtliche Rechtmäßigkeitszweifel 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.[170] Dadurch soll letztlich auch der Breitbandausbau beschleu-

[169] Vgl. zu den bislang bestehenden Entgeltmaßstäben bei der symmetrischen Mitbenutzungsansprüchen C.III.2.

[170] Regierungsentwurf, S. 41 ff.

nigt 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 ermöglichen[171] und damit letztlich funktionierenden Wettbewerb zu schaffen und zu sichern. Vom Ausgangspunkt her besteht also 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 geltendem Recht innerhalb der Entgeltregulierung nach § 27 Abs. 2 TKG erforderlich ist (vgl. dazu C.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 vorgenommen[172] werden muss.[173] 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 C.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.

b) Verankerung der Entgeltmaßstäbe in § 77n DigiNetzG

Wie bereits dargelegt (vgl. dazu oben, C.IV.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, C.IV.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 werden, welche dann zu Abs. 3 würde und auch die folgenden Absätze nach hinten verschiebt. Danach könnte in einem Abs. 4 – entsprechend dem Vorschlag zu C.IV.2.a)dd) – eine Anordnungsbefugnis hinsichtlich der §§ 70 Abs. 2 bzw. 76 Abs. 3 DigiNetzG vorgesehen werden.

---

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

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

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

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 abweicht[174], 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.[175] 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.

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.

[174] Vgl. dazu C.IV.2.a)cc).

[175] 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 Streitbelegungsstelle muss ohnehin die Vorgaben der Grundnormen berücksichtigen, so dass eine spezielle Normierung in § 77n DigiNetzG an sich überflüssig ist.

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 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.[176]

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 Stellen[177] für die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Mitnutzung zuständig sind.[178] 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 Regierungsentwurf[179] davon ausgegangen wird, dass dies bereits durch die

[176] 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.

[177] 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.

[178] Vgl. dazu bereits die Ausführungen oben, C.IV.2.a)bb).

[179] Regierungsentwurf, S. 99 f.

Verpflichtung zur Berücksichtigung der Regulierungsziele sichergestellt sei.

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.

V. Ergebnisse

Gesamtergebnis

1. Die Kostensenkungsrichtlinie bringt eine deutliche Ausweitung der bislang von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 12 RRL umzusetzenden symmetrischen Mitbenutzungsansprüche mit sich, weil die in der Kostensenkungsrichtlinie vorgesehenen Zugangsverpflichtungen nicht mehr nur akzessorisch zu bestehenden Wegerechten greifen. Außerdem sind neben Kommunikationsnetzbetreibern nun auch grundsätzlich andere Versorgungsbereiche erfasst.

2. Mit Ausnahme der grundsätzlich vorzusehenden Festsetzung möglichst kostendeckender Entgelte und der Verpflichtung zur Beachtung der Regulierungsziele in bestimmten Fällen bestehen wenige EU-sekundärrechtliche Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche.

3. Es ist allerdings darauf zu achten, dass durch die Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie in innerstaatliches Recht die bereits bestehenden Mitbenutzungsansprüche, die auf der Rahmenrichtlinie beruhen, nicht unzulässig verkürzt werden.

4. Konflikte zwischen den neu eingeführten symmetrischen Mitbenutzungsansprüchen der Kostensenkungsrichtlinie mit dem auf einer asymmetrischen Regulierung basierenden Telekommunikationsrechtsrahmen werden durch die Bestimmungen zu den zu berücksichtigenden Kosten bei der Entgeltfestsetzung sowie den zulässigen Zugangsverweigerungsgründen aufgefangen. Insofern tritt die Kostensenkungsrichtlinie nicht gemäß Art. 1 Abs. 4 KSRL hinter Regelungen der Zugangsrichtlinie zurück.

5. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist zum einen für eine Konsistenz der Mitbenutzungsansprüche zu sorgen und zum anderen darauf zu achten, dass – angesichts der Anforderungen aus Art. 14 GG – ein ausreichend hohes Mitnutzungsentgelt zu zahlen ist.

6. Insgesamt empfiehlt sich bei der Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche eine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL). Auf diese Weise lässt sich auch am ehesten die Konsistenz mit den übrigen Entgeltmaßstäben im TKG wahren. Sofern von der Mitnutzungsverpflichtung regulierte Unternehmen betroffen sind, ist auf eine Konsistenz der Entgeltmaßstäbe zu achten und gegebenenfalls auch der „schärfere“ Maßstab der KeL als Obergrenze durch die Bundesnetzagentur vorzusehen.

7. Schließlich ist zu empfehlen, die Verpflichtung auf die Regulierungsziele in § 77n Abs. 3 TKG auf die Inhouse-Verkabelung nach § 77k DigiNetzG und elektronische Telekommunikationsnetze auszuweiten und § 77n DigiNetzG um ein Konsistenzgebot entsprechend des bereits bestehenden § 27 Abs. 2 TKG zu erweitern. Im Übrigen wäre es für eine verstärkte Konsistenz der Regulierungspraxis förderlich, auch hinsichtlich der §§ 70 und 76 TKG eine Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur vorzusehen.

Es wurden folgende *Einzelergebnisse* erzielt:

I. EU-telekommunikationsrechtliche Vorgaben und Umfang notwendiger Mitbenutzungsansprüche

Ausdehnung bestehender symmetrischer Mitbenutzungsansprüche

8. Die Kostensenkungsrichtlinie bringt eine deutliche Ausweitung der bislang von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 12 RRL umzusetzenden symmetrischen Mitbenutzungsansprüche mit sich, weil die in der

Kostensenkungsrichtlinie vorgesehenen Zugangsverpflichtungen nicht mehr nur akzessorisch zu bestehenden Wegerechten greifen. Außerdem sind neben Kommunikationsnetzbetreibern nun auch grundsätzlich andere Versorgungsbereiche erfasst.

9. Ein relevanter Unterschied ist allerdings, dass Art. 12 RRL – insoweit weiter und anders als Art. 3 bzw. 9 KSRL – keine Beschränkung auf den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen kennt.

10. Auf der Ebene der einzelnen erfassten Netzinfrastrukturen ist mit Art. 3 KSRL keine relevante Erweiterung vorgesehen. Eher im Gegenteil erfasst die Kostensenkungsrichtlinie ausdrücklich keine aktiven bzw. aktivierbaren Netzbestandteile wie Kabel, Art. 12 Abs. 1 RRL hingegen auch „Verkabelungen in Gebäuden".

11. 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.

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

13. Hinsichtlich der aktivlegitimierten 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.

14. Art. 3 KSRL benennt – anders als Art. 12 Abs. 1 RRL – sehr speziell mögliche Gründe für eine Zugangsverweigerung, ist jedoch auch nicht abschließend zu verstehen.

Verhältnis der Kostensenkungsrichtlinie zum bestehenden EU-Telekommunikationsrechtsrahmen

15. Sofern die Kostensenkungsrichtlinie mit Bestimmungen der Rahmenrichtlinie, der Zugangsrichtlinie, der Genehmigungsrichtlinie, der Universaldienstrichtlinie oder der Wettbewerbsrichtlinie kollidiert, sind nach Art. 1 Abs. 4 KSRL die einschlägigen Bestimmungen des bereits bestehenden Telekommunikationsrechtsrahmens maßgeblich.

16. 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 durch den Unionsgesetzgeber 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.

17. Die auftretenden Konflikte zwischen symmetrischer und asymmetrischer Regulierung – beispielsweise im Rahmen eines missbräuchlichen „Überbaus" – können durch Mechanismen der Kostensenkungsrichtlinie einer Lösung zugeführt werden und zwar durch die Berücksichtigung von Investitionskosten und -risiken bei der Entgeltbemessung und Zugangsverweigerungsmöglichkeiten. Diese Instrumente sind in Art. 3 KSRL etwas ausgeprägter vorgesehen als in Art. 9 KSRL, was aber innerstaatlich angeglichen werden kann.

Ausgestaltung der Zugangsentgelte

18. Zunächst muss – 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.

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

Investitionen geachtet werden. Dies spricht für einen relativ weit reichenden Kostenansatz.

20. 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

21. 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, so sind nach Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL die telekommunikationsrechtlichen Regulierungsziele zu berücksichtigen.

22. Die EU-sekundärrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Kosten für die gebäudeinternen physischen Infrastrukturen nach Art. 9 KSRL sind weniger detailliert als für die physischen Infrastrukturen gemäß Art. 3 KSRL und lassen den nationalen Gesetzgebern einen weiteren Gestaltungsspielraum.

23. Insgesamt lassen sich dem Unionsrecht nur wenige konkrete Aussagen hinsichtlich des zu wählenden Entgeltmaßstabs entnehmen. Somit muss der nationale Gesetzgeber jedenfalls nicht zwingend präzise Vorgaben zur Wahl der Entgeltmaßstäbe treffen. In erster Linie sind aber, sofern es sich bei den Zugangsverpflichteten um Telekommunikationsnetzbetreiber handelt, entsprechend Erwägungsgrund 19 gerade die Investitionskosten und -risiken zu berücksichtigen.

24. Eine legislatorische Vorsteuerung des Ermessens der nationalen Regulierungsbehörden, das ihr in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL eingeräumt wird, erscheint aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 8 Abs. 1 RRL problematisch. Daher sollte im Rahmen von Entscheidungen nach § 77n Abs. 3 DigiNetzG keine über Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 und Erwägungsgrund 19 Kostensenkungsrichtlinie hinausgehenden Vorgaben aufgenommen werden.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen

25. Die Grundrechte des Grundgesetzes sind für die Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen nur insoweit maßgeblich, als den nationalen Gesetzgebern ein Umsetzungsspielraum verbleibt.

26. Ein erweiterter Umsetzungsspielraum aufgrund einer Kollision der Kostensenkungsrichtlinie mit der Zugangsrichtlinie besteht nicht (vgl. Ergebnis 16). Grundsätzlich steht es den Mitgliedsstaaten aber frei, unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 KSRL weitere Zugangsverweigerungsgründe für den Einzelfall einzufügen.

27. Soweit der Ausgestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers reicht, steht ihm sodann eine Einschätzungsprärogative zu. Zur Lösung der Konflikte zwischen asymmetrischer und symmetrischer Regulierung sind bereits geeignete Instrumente im Regierungsentwurf vorgesehen, so dass aus Art. 14 GG nicht zwingend eine Pflicht des Gesetzgebers abzuleiten ist, unversorgte Gebiete generell aus dem Anwendungsbereich des § 77d DigiNetzG auszunehmen.

28. 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 Infrastruktur 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 (vgl. auch Ergebnis Nr. 51), wobei jedenfalls unproblematisch auf die in der Kostensenkungsrichtlinie zu Art. 3 genannten Kostenbestandteile zurückgegriffen werden könnte. Dies ist verfassungsrechtlich jedoch nicht vorgegeben.

29. Ob darüber hinaus auch ein Zugangsverweigerungsgrund geschaffen wird, ist verfassungsrechtlich nicht determiniert, 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

30. Aus der Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 GG folgt, dass der Gesetzgeber den Zugangsverpflichteten einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich einräumen muss, der zumindest die zusätzlichen Kosten für den Zugang zu den Infrastrukturen abdecken muss.

31. Eine vollständige Kompensationszahlung, die sich an etwa erzielbaren Marktpreisen orientiert, ist dagegen nicht zwingend erforderlich, da durch die Mitnutzung in erster Linie der Breitbandausbau gefördert werden soll und dies in einem erheblichem Maße Allgemeinwohlzwecke verfolgt.

32. 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.

33. Der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG lassen sich keine über Art. 14 GG hinausgehenden spezifischen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung von Mitbenutzungsansprüchen ableiten.

34. Aus Art. 28 Abs. 2 GG folgen ebenfalls keine weiteren Einschränkungen als aus den Grundrechten und dem Gesetzgeber steht auch insoweit grundsätzlich ein weiter Ausgestaltungsspielraum zu.

35. Darüber hinaus verpflichtet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie das aus dem Rechtsstaatsgebot folgende Bestimmtheitsgebot den Gesetzgeber dazu, ein möglichst konsistentes und widerspruchsfreies System zu entwickeln, um die Regulierungspraxis zu erleichtern und für eine Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungen zu sorgen.

III. Bestehende Mitbenutzungsansprüche und Entgeltmaßstäbe im Telekommunikationsgesetz und IV. Inhaltliche Ausgestaltung der Mitbenutzungsansprüche

Bewertung der Änderungen an den Mitbenutzungsansprüchen an sich

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

37. Bezüglich der Umgestaltung des § 70 TKG ist auf Art. 14 Abs. 1 GRL zu achten. Zwar stellen sich die avisierten Gesetzesänderungen als verhältnismäßig dar, allerdings ist den von der Änderung betroffenen Kreisen im Gesetzgebungsverfahren eine Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, da die Änderungen mit diesen nicht vereinbart waren. Dies ist bereits mit der Verbändeanhörung im Rahmen der Erstellung des Regierungsentwurfs geschehen.

38. Im Gesetzgebungsprozess sollte erwogen werden, die verbleibenden Zweifel der Literatur an der Unionsrechtskonformität des § 70 TKG auszuräumen: So könnten eine Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur (z. B. in § 77n DigiNetzG) vorgesehen und auf die Tatbestandsmerkmale „nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand“ verzichtet werden.

39. Die zu § 70 TKG geäußerten Bedenken betreffen teilweise auch § 76 TKG, für den auch keine Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur besteht. Hinzu kommt, dass ein Mitbenutzungsanspruch nach § 76 Abs. 3 DigiNetzG entgegen Art. 12 Abs. 1 RRL nur für Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen besteht.

40. Die avisierte Ersetzung von § 77a TKG durch §§ 77k, 77n DigiNetzG in der Fassung des Kabinettsent-

wurfs war problematisch, weil die neu gefassten Normen nur für den Aufbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen eingriffen und damit hinter Art. 12 Abs. 3 RRL zurückblieben. In der Fassung des Gesetzesentwurfs nach Berücksichtigung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur wird das Problem jedoch aufgelöst.

41. Umsetzungskonflikte des § 77k DigiNetzG mit der Zugangsrichtlinie können bereits durch eine weitgehende Übernahme der Bestimmungen der Kostensenkungsrichtlinie verhindert werden. Als weitere Maßnahmen könnten noch die berücksichtigungsfähigen Investitionskosten und -risiken genauer spezifiziert werden (= Ergebnis Nr. 26) sowie die Schaffung eines Zugangsverweigerungsgrundes analog § 77g Abs. 2 Nr. 6 DigiNetzG für die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen in Erwägung gezogen werden (= Ergebnis Nr. 27).

42. Die Aufhebung und Neuverankerung der §§ 77b ff. TKG in den §§ 77d bis 77g DigiNetzG ist unproblematisch, da die bestehenden Normen nicht auf unionsrechtlichen Grundlagen beruhen.

43. Die neu eingefügten symmetrischen Mitbenutzungsansprüche stehen auch nicht im Widerspruch zur asymmetrischen Zugangsregulierung.

44. Die Schaffung des weiteren Zugangsverweigerungsgrundes des „Überbaus“ ist im Grundsatz weder als unionsrechtlich unzulässig noch als verfassungsrechtlich zwingend anzusehen. Es sollte allerdings erwogen werden, den Begriff des „offenen Netzzugangs“ in § 77g Abs. 2 Nr. 7 DigiNetzG genauer zu definieren, um Konflikte bereits auf der Verhandlungsebene zu vermeiden.

Anwendbare Kostenmaßstäbe und Zielkonflikte

45. Im DigiNetzG wird innerhalb der symmetrischen Mitbenutzungsansprüche bereits weitgehend eine Konsistenz der Entgeltmaßstäbe erreicht, indem in den wegerechtlichen Mitbenutzungsansprüchen nun fast überall auf die Vorgaben des § 77d Abs. 2 Nr. 1 DigiNetzG verwiesen wird. Das führt zu einer deutlichen Vereinheitlichung. Einzig in § 77k Abs. 3 DigiNetzG wird noch eine abweichende Formulierung verwendet, die jedoch auf die Kostensenkungsrichtlinie zurückgeht.

46. Im Einzelnen liegt bei der Auswahl des Entgeltmaßstabs, unabhängig von der konkreten Formulierung im DigiNetzG, schon aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen eine Orientierung an den KeL nahe, wobei auch andere Ausgangspunkte grundsätzlich denkbar sind (vgl. Ergebnis Nr. 51). 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). 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.

47. 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.

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

49. Es erscheint im Übrigen erwägenswert, ähnlich dem Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie, die Regulierungsziele bereits dann zu berücksichtigen, wenn die betroffenen Infrastrukturanbieter auch elektronische Telekommunikationsnetze anbieten, um die Auswirkungen der vertikal integrierten Unternehmen besser berücksichtigen zu können.

50. Fraglich ist, ob der Richtliniengeber durch die Verwendung der verschiedenen Adjektive „angemessen“ (Art. 3 Abs. 2 S. 1 KSRL) und „nichtdiskriminierend“ (Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 KSRL) einen unterschiedlichen Kostenmaßstab anordnen wollte. Sofern man dies annimmt, 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.

51. 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. 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.

52. Schließlich ist zu beachten, dass der Wortlaut der Kostensenkungsrichtlinie in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 S. 1 KSRL weiter ist als die innerstaatliche Umsetzung in § 77n Abs. 3 DigiNetzG und sämtliche elektronischen Kommunikationsnetze erfasst. Daher sollte § 77n Abs. 3 DigiNetzG entsprechend angepasst werden.

53. Hinsichtlich der 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 begegnet Kritik in der Literatur an einer fehlenden Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur.

Weitere Ergänzungen und Präzisierungen

54. Die Vorgabe des konkret anzuwendenden Entgeltmaßstabs – beispielsweise in § 77n DigiNetzG – durch den Gesetzgeber ist jedenfalls hinsichtlich der einer Regulierung unterliegenden Unternehmen angesichts des Verbots einer legislatorischen Vorsteuerung problematisch und sollte daher – entsprechend der bisherigen diesbezüglichen Zurückhaltung im DigiNetzG – jedenfalls nicht über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinaus erfolgen.

55. Um Auslegungsprobleme zu vermeiden, ist 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.

56. Um eine noch weitergehende Konsistenz der Mitbenutzungsansprüche zu erreichen, sollte in § 77n TKG eine Bestimmung aufgenommen werden, der zufolge die Bundesnetzagentur die nach dieser Vorschrift festgesetzten Entgelte mit den Entgeltregulierungsmaßnahmen abzustimmen hat.

Regensburg, den 19. Juli 2016

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

Impressum

Herausgeber
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
Invalidenstraße 44
10115 Berlin

Stand
Juli 2016

Gestaltung | Druck
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
Referat Z 32, Druckvorstufe | Hausdruckerei

Diese Broschüre ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung.
Sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

www.bmvi.de