

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

6/2018

S. 257–320

15. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender

Herausgeber

Christian Koenig

Schriftleitung

Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Bernd Holznagel</i>
20 Jahre Regulierung der Netzindustrien: Die Balancierung der Regulierungsziele wird zur Daueraufgabe | 257 |
| ■ | <i>Eva Deuchert/Silke Johanndeiter/Peter Rosin/
Kristin Spiekermann</i>
Warum die Residualmethode bei der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors aus rechtlicher und sachlicher Sicht nicht angewendet werden kann | 258 |
| ■ | <i>Markus Ludwigs</i>
Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht vor neuen Herausforderungen? | 262 |
| ■ | <i>Bastian Reuße</i>
Update DigiNetzG – Blick zurück auf zwei Jahre Praxis | 268 |
| ■ | <i>Tobias Bühlmeier</i>
Zuweisung von Kapazität in Serviceeinrichtungen der Eisenbahn durch die Bundesnetzagentur – Eine Analyse von § 13 Abs. 5 ERegG | 274 |
| ■ | <i>Ludwig Gramlich</i>
Das Postrecht in den Jahren 2017/2018 | 291 |
| ■ | <i>Danielle Herrmann</i>
Anmerkung zum Urteil des BVerwG: keine Vorgaben zur Entgeltberechnung in einer Regulierungsverfügung | 314 |
| | N&R-Beilage 2/2018
<i>Ulrich Büdenbender/Burkhard Pedell</i>
Ökonomisches und rechtliches Erfordernis einer Verlängerung der Geltung des positiven Sockeleffekts im Rahmen der Netzentgeltregulierung über § 34 Abs. 5 ARegV hinaus | 1 |

Bastian Reuße

Update DigiNetzG

Blick zurück auf zwei Jahre Praxis

Das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) ist seit zwei Jahren in Kraft. Der Beitrag präsentiert Erfahrungen aus der Praxis und beleuchtet die bisher ergangenen Entscheidungen der Bundesnetzagentur als nationaler Streitbelegungsstelle.

I. Einführung

Seit dem 10. November 2016 ist das DigiNetzG¹ in Kraft. Aufgrund der neuen in §§ 77a bis 77p TKG eingefügten Regelungen sind Eigentümer und Betreiber von Versorgungsnetzen verpflichtet, ihre Infrastrukturen zur Mitnutzung durch Telekommunikationsunternehmen zu öffnen und Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze einziehen zu lassen. Zur Vermeidung separater Tiefbauarbeiten sind sie weiter verpflichtet, ihre Bauarbeiten mit den Bauarbeiten von Telekommunikationsunternehmen zu koordinieren und unter bestimmten Umständen Glasfaserkabel auf Vorrat zu verlegen. Schließlich enthalten die Regelungen umfangreiche Transparenz- und Informationsvorgaben. Dies alles zielt darauf ab, den Breitbandausbau in Deutschland zu beschleunigen und kostengünstiger zu gestalten.

Bereits vor und kurz nach Inkrafttreten der neuen Regelungen wurde über Inhalt und Reichweite der neuen Rechte und Pflichten diskutiert.² Mittlerweile fällt die Bundesnetzagentur ihre ersten Entscheidungen als nationale Streitbelegungsstelle nach § 132 Abs. 2 TKG. Schnell ließ sich dabei feststellen, dass die Bundesnetzagentur ihre Aufgabe und vor allem den Beschleunigungsgedanken und die Sicherstellung der durch das DigiNetzG eingeräumten Rechte sehr ernst nimmt. Grund genug, die bisherige Spruchpraxis genauer zu untersuchen.

II. Fehlende Einigung als Zulässigkeitsvoraussetzung des Streitbelegungsverfahrens

Der Weg zu einem Streitbelegungsverfahren vor der Bundesnetzagentur führt bei allen Streitigkeiten nach dem DigiNetzG über § 77n TKG. Voraussetzung ist stets, dass der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes auf einen Informations-, Mitnutzungs- oder Koordinierungsantrag eines Telekommunikationsunternehmens nicht oder nicht fristgerecht reagiert oder keine Einigung über die jeweiligen Bedingungen zustande kommt. Auch bei Meinungsverschiedenheiten über Versagungsgründe nach § 77g TKG, die der beantragten Mitnutzung oder über § 77b Abs. 4 Nr. 4 TKG einem Informationsbegehren entgegengehalten werden, kann eine Entscheidung der Bundesnetzagentur herbeigeführt werden.

Nach der bisherigen Spruchpraxis der Bundesnetzagentur sind die Hürden für die Zulässigkeit eines Antrags auf Streitbelegung sehr niedrig. Bereits bei Meinungsverschiedenheiten gemäß § 77n Abs. 5 S. 1 TKG über die Koordinierung von Bauarbeiten hat die Bundesnetzagentur klargestellt, dass es einer vorherigen abschlägigen Bescheidung des Koordinierungsantrags nicht bedarf. Der Antrag ist bereits zulässig, wenn innerhalb eines Monats ab Eingang des Antrags beim Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes keine Vereinbarung über die Koordinierung der Bauarbeiten zustande kommt.³ Noch weiter geht die Bundesnetzagentur

bei Streitigkeiten über die Gewährung der Mitnutzung. Nach der Kommentarliteratur gilt zwar eine Einigung nur dann als nicht erfolgt, wenn vorangegangene bilaterale Verhandlungen gescheitert sind.⁴ Die Bundesnetzagentur geht aber davon aus, dass ernsthafte Vertragsverhandlungen vor Beginn des Streitbelegungsverfahrens nicht stattfinden müssen.⁵

Im konkreten Verfahren hatte die in Anspruch genommene Kommune dem Telekommunikationsunternehmen ein Vertragsangebot zur Mitnutzung unterbreitet. Das Telekommunikationsunternehmen war mit den Inhalten des Angebots nicht einverstanden. Statt der Kommune seine Kritik an dem Angebot mitzuteilen und ein Gegenangebot zu unterbreiten, rief das Telekommunikationsunternehmen unmittelbar die Bundesnetzagentur an. Mit der Eröffnung des Streitbelegungsverfahrens erfuhr die Kommune erstmalig, dass ihr Angebot beim Telekommunikationsunternehmen auf keine Zustimmung gestoßen war. Verhandlungen hierüber hatten nie stattgefunden. Es stellt sich daher die Frage, welchen Streit die Bundesnetzagentur im Zeitpunkt ihrer Anrufung schlichten sollte, wenn die Kommune die Vorstellungen des Telekommunikationsunternehmens gar nicht kannte und keine Gelegenheit hatte, diese zu prüfen und ggf. sogar zu akzeptieren.

Dennoch ließ die Bundesnetzagentur den Antrag des Telekommunikationsunternehmens zu. Aus ihrer Sicht genüge es, wenn durch die Auseinandersetzung im Streitbelegungsverfahren die Verhandlungen nachgeholt würden. Führten diese zu keiner Einigung, würde der Antrag auf Streitbelegung – so sind die Ausführungen der Bundesnetzagentur zu verstehen – rückwirkend zulässig.⁶

Wie die Bundesnetzagentur das Erfordernis der nicht erfolgten Einigung nach § 77n Abs. 1 S. 1 TKG handhabt, ist sehr kritisch zu sehen. Telekommunikationsunternehmen können auf Grundlage dieser Spruchpraxis ohne direkte Verhandlungen mit den Versorgungsnetzinhavern und ohne Kostenrisiko⁷ unmittelbar die Bundesnetzagentur anrufen. Die Versorgungsnetzinhaber werden auf diese Weise ohne vorwerfbares Handeln in ein für sie kostenintensives⁸ Streitbelegungsverfahren hineingezogen. Da sie für das Vorliegen von Versagungsgründen nachweislich sind,⁹ entsteht für sie regelmäßig der weitaus größere Aufwand. Zur Vermeidung finanzieller Nachteile könnten Versorgungsnetzinhaber sich bereits in ihrem Eröffnungsangebot zu weitgehenden Zugeständnissen an die

1 BGBl. 2016 I, 2473.

2 Vgl. u. a. *Leitzke/Berg*, N&R 2016, 141; *Sörries*, N&R 2016, 272; *Reuße/Ronkartz*, ZfK 9/2016, 6; *Ufer*, MMR 2016, 12; *Kühling/Bulowski*, N&R 2017, 19; *Karrer/Reuße*, BWGZ 2017, 449; *Reuße/Karrer*, N&R 2017, 207.

3 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 36; *Stelter*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, § 77n Rn. 26.

4 *Stelter* (Fn. 3), § 77n Rn. 9.

5 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.6.2018 – Az. BK11-18/005, Rn. 35.

6 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.6.2018 – Az. BK11-18/005, Rn. 35.

7 Siehe hierzu die Ausführungen unten, unter V. 4.

8 Das TKG sieht bislang keine Kostentragsregelungen vor. Auch die obsiegende Partei trägt damit ihre Kosten, etwa für die Fahrt zur öffentlich-mündlichen Verhandlung nach Bonn oder für ihre anwaltliche Vertretung, selbst. Lediglich in Einzelfällen wird wegen dieser Kosten ein Schadensersatzanspruch zu begründen sein, BGH, NJW 2007, 1458 (Urt. v. 12.12.2006 – Az. VI ZR 224/05); BGHZ 179, 238 (Urt. v. 16.1.2009 – Az. V ZR 133/08).

9 *Stelter* (Fn. 3), § 77g Rn. 6.

Telekommunikationsunternehmen gezwungen sehen. Es droht ein Verhandlungsungleichgewicht, obwohl auch die Bundesnetzagentur anerkennt, dass es im allgemeinen Geschäftsverkehr üblich ist, zunächst mit einer Höchsthörforderung auf das Gegenüber zuzugehen, um dann im weiteren Verhandlungswege eine einvernehmliche Lösung zu erreichen.¹⁰

III. Versagungsgründe und Zumutbarkeitsvoraussetzungen

Die §§ 77a ff. TKG übertragen den Versorgungsnetzinhabern erhebliche Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich der Öffnung ihrer Infrastruktur für die Mitnutzung durch Telekommunikationsunternehmen, die Koordinierung ihrer Bauarbeiten sowie in beiden Fällen die vorherige Informationsgewährung.¹¹ Von besonderem Interesse ist daher die Spruchpraxis der Bundesnetzagentur zu den Rechten der Versorgungsnetzinhaber, Anträge von Telekommunikationsunternehmen abzulehnen. Entsprechend standen im Mittelpunkt der bisherigen Streitbelegungsverfahren auch zumeist die für die Versagung der Mitnutzung abschließend geregelten Gründe des § 77g Abs. 2 Nr. 1 bis 7 TKG sowie die für die Koordinierung von Bauarbeiten maßgeblichen Zumutbarkeitsvoraussetzungen des § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 TKG.

1. Versagungsgründe

§ 77g Abs. 2 TKG enthält sieben abschließend geregelte Versagungsgründe, bei deren Vorliegen der Antrag auf Mitnutzung abgelehnt werden darf. Im Mittelpunkt der bisherigen Auseinandersetzungen standen die Versagungsgründe der fehlenden Kapazität (§ 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG) sowie der Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen (§ 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG).

a) Kein Versagungsgrund bei vollständiger Verpachtung der Infrastruktur

Eine der kontroversesten Feststellungen in der bisherigen Spruchpraxis der Bundesnetzagentur dürfte der Umgang mit vollständig verpachteten Infrastrukturen sein. Ausgangslage der hierzu ergangenen Entscheidungen waren Leerrohre im Eigentum von Gemeinden, die diese an private Dritte vollständig verpachtet hatten, in denen aber mangels (bisher) ausschöpfender Nutzung durch die Pächter tatsächlich noch Platz für weitere Nutzungen war. Begehrten Telekommunikationsunternehmen gegenüber den Gemeinden die Mitnutzung dieser Leerrohre, verwiesen die Gemeinden die Unternehmen an die Pächter mit dem Hinweis, nicht die richtigen Adressaten der Mitnutzungsanträge zu sein. Diese Argumentation leuchtet ein, da sich die Gemeinden – den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln entsprechend – ihrer Verfügungsbefugnis über die Leerrohre begeben hatten. Entweder erklärten sich die Gemeinden formal für unzuständig oder sie beriefen sich materiell auf den Versagungsgrund der fehlenden Kapazität (§ 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Dem folgte die Bundesnetzagentur jedenfalls in ihren bislang veröffentlichten Entscheidungen nicht. Nach Ansicht der Bundesnetzagentur bleiben Versorgungsnetzeigentümer auch bei vollständiger Verpachtung der Infrastruktur weiterhin Anspruchsgegner nach § 77d Abs. 1 TKG. Dies folge aus dem in der Norm explizit vorgesehenen und in der Begründung des Gesetzentwurfs hervorgehobenen Wahlrecht, bei dem sich das Telekommunikationsunternehmen frei entscheiden könne, ob es seinen Mitnutzungsanspruch gegenüber dem Eigentümer oder gegenüber dem Betreiber der Infrastruktur geltend macht. Ein Stufenverhältnis sei vom Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen und widerspreche auch dem Grundgedanken einer

zielführenden und schnellen Mitnutzung. Es bestünde zudem häufig das praktische Problem, dass gar nicht bekannt sei, wer Betreiber der Infrastruktur ist, wohingegen das Eigentum regelmäßig anhand der örtlichen Verhältnisse festgestellt werden könne.¹²

Die Verpachtung der Infrastruktur soll nach Ansicht der Bundesnetzagentur auch keinen Fall der fehlenden Kapazität nach § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG darstellen. Unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 17 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU vertritt die Bundesnetzagentur die Auffassung, dass der europäische Richtliniengeber das Kapazitätsproblem nur bei infrastrukturellen, technischen Gegebenheiten gesehen habe. Rechtliche Verpflichtungen wären nicht benannt.¹³ Auch würde der Zweck des DigiNetzG unterlaufen, wenn durch entsprechende vertragliche Konstruktionen zwischen Eigentümern und Betreibern eine Mitnutzung ausgeschlossen werden könnte.¹⁴ Den hiergegen geäußerten vertrags- und verfassungsrechtlichen¹⁵ Bedenken tritt die Bundesnetzagentur damit entgegen, dass die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien des Pachtvertrags durch die Regeln der §§ 77a ff. TKG „überformt“ würde. Der Einwand, der Versorgungsnetzeigentümer würde zum aktiven Vertragsbruch gezwungen, greife deshalb nicht.¹⁶

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Durch die Verpachtung der Infrastruktur an einen Dritten wird dieser Besitzer der Infrastruktur. Jeglicher Eingriff in den Pachtgegenstand stellt eine verbotene Eigenmacht i. S. v. § 858 Abs. 1 BGB dar,¹⁷ gegen die sich der Dritte im Wege der Selbsthilfe nach § 859 BGB wehren kann.¹⁸ Auch würde die durch privatwirtschaftliche Verträge erworbene Rechtsposition des Dritten völlig entwertet, wenn ihm der Gebrauch des Pachtgegenstandes unter bloßem Hinweis auf die Zielrichtung der §§ 77a ff. TKG und eine zu geringe tatsächliche Nutzung der Infrastruktur entzogen werden könnte. Für die von der Bundesnetzagentur angeführte „Überformung“ der vertraglichen Beziehung zwischen Eigentümer und Mieter durch die §§ 77a ff. TKG findet sich im Gesetz kein Ansatzpunkt. Es liegt auf der Hand, dass sich auf den Versagungsgrund der fehlenden Kapazität nicht berufen darf, wer Pachtverträge kurzfristig und mit dem einzigen Ziel, einen Mitnutzungsanspruch zu vereiteln, abschließt. Soweit diesbezüglich Anhaltspunkte vorliegen, ist einem solchen Missbrauch des Versagungsgrundes der fehlenden Kapazität aber auf andere Weise zu begegnen. Dies kann nicht dazu führen, für sämtliche Pachtfälle die zivilrechtlichen Grundregeln auszuhebeln.

10 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 63.

11 Hierzu im Einzelnen *Reuße/Karrer*, N&R 2017, 207, 208 ff.

12 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 103; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/007, Rn. 55; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/009, Rn. 59; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 63.

13 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 106; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/007, Rn. 60; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/009, Rn. 63; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 72.

14 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 107; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/007, Rn. 61; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/009, Rn. 64; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 73.

15 In den Verfahren beriefen sich die in Anspruch genommenen Gemeinden auf Art. 14 GG. Aus Sicht der Bundesnetzagentur soll es sich beim DigiNetzG insoweit um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln, Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 109; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 75.

16 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 110; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 76.

17 BGH, Urt. v. 14.7.2010 – Az. VIII ZR 45/09, Rn. 9; Urt. v. 1.10.2003 – Az. VIII ZR 326/02, Rn. 8 (juris); Urt. v. 6.7.1977 – Az. VIII ZR 277/75, Rn. 31 (juris).

18 BGH, NJW 2009, 2530, 2531 Rn. 17 (Urt. v. 5.6.2009 – Az. V ZR 144/08).

Im konkreten Fall abgelehnt, aber nicht generell ausgeschlossen hat die Bundesnetzagentur schließlich das Argument, dass durch die Verengung des Versagungsgrundes auf die rein physische Belegung der Netzinfrastruktur geförderte Ausschreibungen gefährdet werden können. In dem Verfahren hatte die Gemeinde eingewendet, dass die verpachteten Netzinfrastrukturen Bestandteil eines umfassenderen Netzbetriebskonzepts seien, für das derzeit im Rahmen eines geförderten Ausschreibungsverfahrens ein Betreiber gesucht werde. Müssten nun einzelne Netzinfrastrukturen aufgrund von Mitnutzungsansprüchen Dritter aus diesem Konzept herausgelöst werden, hätte dies negative Auswirkungen auf die gesamte noch laufende Ausschreibung. Auch wenn die Bundesnetzagentur hierfür im konkreten Fall keine Anhaltspunkte sah, geht sie doch zumindest davon aus, dass dieses Argument im jeweiligen Einzelfall zu überprüfen wäre.¹⁹

b) Versagungsgrund der tragfähigen Alternative

Mit Beschlüssen vom 26. Januar 2018 stellte die Bundesnetzagentur klar, dass der Versagungsgrund der tragfähigen Alternative nach § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG auch darin bestehen kann, dem mitnutzungsbegehrenden Telekommunikationsunternehmen unbeschaltete Glasfasern zu fairen und angemessenen Bedingungen, insbesondere gegen ein angemessenes Entgelt, zur Pacht anzubieten.²⁰ Dies entspricht dem im DigiNetzG mehrfach zum Ausdruck kommenden Gedanken des Überbausatzes, der eine unnötige Doppelung aktiver Netzinfrastrukturen vermeiden möchte. Von der Fairness und Angemessenheit des Entgelts ist auszugehen, wenn es vom betroffenen lokalen Markt angenommen und in nicht diskriminierender Weise angeboten wird.²¹

2. Zumutbarkeit der Koordinierung von Bauarbeiten

Nach § 77i Abs. 3 S. 1 TKG haben Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, zumutbaren Anträgen auf Koordinierung von Bauarbeiten zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben. Nach S. 2 Nr. 1 sind Anträge insbesondere zumutbar, sofern dadurch keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht werden, wobei eine geringfügige zeitliche Verzögerung der Planung und geringfügige Mehraufwendungen für die Bearbeitung des Koordinierungsantrags nicht als zusätzliche Kosten der ursprünglich geplanten Bauarbeiten gelten. Koordinierungsanträge sind weiter zumutbar, wenn die Kontrolle über die Koordinierung der Arbeiten nicht behindert wird (S. 2 Nr. 2) und der Koordinierungsantrag so früh wie möglich, spätestens aber einen Monat vor Einreichung des endgültigen Projektantrags bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gestellt wird und Bauarbeiten betrifft, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet (S. 2 Nr. 3).²² Die Vorschrift arbeitet mit Regelbeispielen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass Umstände, die einem Regelbeispiel zuwiderlaufen, für die Unzumutbarkeit des Antrags sprechen.²³

a) Maßgeblicher Zeitpunkt der Zumutbarkeit

Die Bundesnetzagentur hat in einem ihrer Beschlüsse klargestellt, dass der Versorgungsnetzinhaber sich nicht auf die Unzumutbarkeit des Antrags berufen kann, wenn diese allein darauf beruht, dass er den rechtzeitig eingereichten Koordinierungsantrag erst später berücksichtigt hat. Hätte bei rechtzeitiger Berücksichtigung die Planung noch so geändert werden können, dass nur geringfügige Mehrkosten entstehen, z. B. durch Planung breiterer Gräben oder zusätzlicher Leitungsquerungen, kann ein durch die Nichtberücksichtigung entstehender Mehraufwand dem Koordinierungsantrag nicht

entgegengehalten werden.²⁴ Der Koordinierung ist stattzugeben, wobei dem Telekommunikationsunternehmen im Rahmen der Kostenverteilung lediglich die Mehrkosten auferlegt werden dürfen, die im Falle einer rechtzeitigen Umplanung entstanden wären. Auch eine zeitliche Verzögerung der Gesamtmaßnahme führt – wenn die Verzögerung bei rechtzeitiger Berücksichtigung des Koordinierungsantrags nicht eingetreten wäre – nicht zur Unzumutbarkeit.²⁵

Die Bundesnetzagentur verfolgt damit konsequent die Durchsetzung der weitreichenden Eingriffsregelungen der §§ 77a ff. TKG. Jeglichen Verzögerungstaktiken begegnet sie entschieden. Gleichzeitig hat sie bei dieser Gelegenheit klargestellt, dass Kommunen als hoheitliche Aufgabenträger keinen über die allgemeinen Pflichten der §§ 77a ff. TKG hinausgehenden Pflichten unterliegen. Für sie gelten die gleichen Regeln wie für alle Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze – so auch bei der Koordinierung von Bauarbeiten nach § 77i TKG.²⁶

b) Behinderung der Kontrolle über die Koordinierung der Arbeiten

Nach § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 2 TKG ist ein Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten insbesondere dann zumutbar, sofern die Kontrolle über die Koordinierung der Arbeiten nicht behindert wird. Die Reichweite dieses Unzumutbarkeitskriteriums hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 22. Dezember 2017 näher bestimmt. Danach ist von der Unzumutbarkeit des Antrags auszugehen, wenn durch die Koordinierung der Arbeiten die Durchführung der ursprünglichen Planung, Ausführung sowie Finanzierung derart erschwert würde, dass die Gesamtausführung der Maßnahme erheblich behindert wäre oder sogar scheitern könnte.²⁷

Besonderheit des zu entscheidenden Sachverhalts war die spezifische Topographie des Geländes, in dem der in Anspruch genommene Landkreis den Bau eines Kernnetzes („Backbone“) plante. Aufgrund des häufig unzugänglichen Geländes im Hochschwarzwald, der Abhängigkeit von witterungsbedingten Einflüssen sowie den Förderbedingungen erkannte die Bundesnetzagentur an, dass das Vorhaben in seiner Durchführbarkeit stark auf dem Gedanken der zeitlich und örtlich flexiblen Gestaltung gründete.²⁸ Dem bereits beauftragten Generalübernehmer war dementsprechend eine große Flexibilität im Hinblick auf anzuwendende Verlegemethoden (Spülbohrverfahren, Einpflügen, Felsradverfahren) sowie die zeitliche und örtliche Vorgehensweise eingeräumt worden. Ihm waren auch keine bestimmten Streckenabschnitte vorgegeben worden, um ihm die Möglichkeit einer situationsabhängigen eigenverantwortlichen Entscheidung zuzugestehen.

Die Bundesnetzagentur erkannte an, dass das Vorhaben bereits ohne eine hinzukommende Koordinierung der Bauarbeiten des antragstellenden Telekommunikationsunternehmens vielfach komplex und im Einzelnen auch sehr flexibilisiert geplant und kalkuliert wurde. Dies hätte im Fall der zusätzlichen Koordinierung ein erhebliches Mehr an Kontrollmechanismen

19 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/007, Rn. 64; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/009, Rn. 67.

20 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/012, Rn. 70 ff.; Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/013, Rn. 70 ff.

21 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/012, Rn. 81; Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/013, Rn. 81.

22 Vgl. wegen einer umfassenderen Darstellung des Regelungsregimes *Stelter* (Fn. 3), § 77i Rn. 12 ff.; *Reuße/Karrer*, N&R 2017, 207, 209 f.

23 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 79.

24 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 50.

25 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 51.

26 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 65 ff.

27 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 83.

28 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 84.

erforderlich gemacht. So wäre etwa das antragstellende Telekommunikationsunternehmen bei der Frage nach den einzelnen Ablaufschritten des Baus zu beteiligen, zu informieren und ggf. in Fragestellungen zum weiteren Ablauf miteinzubeziehen gewesen, beispielsweise bei der kurzfristigen Entscheidung, bei frühem Wintereinbruch die Verlegungsmethode zu wechseln.²⁹

Die Behinderung der Kontrolle gemäß § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 2 TKG läge im konkreten Fall in der Steigerung der Komplexität des Gesamtprojekts, der Vermehrung der notwendigen, aber vorher kaum möglichen Abstimmungen und den damit insgesamt steigenden Risiken für das Gelingen des gesamten Vorhabens.³⁰ Durch die Koordinierung wären deswegen auch kaum Synergieeffekte zu erreichen. Problematisch wäre des Weiteren die Kostenverteilung nach § 77i Abs. 4 TKG, da die Komplexität des Projekts und der durchzuführenden Bauarbeiten keine eindeutige Kostenzuteilung ermöglichte. Denn die Abhängigkeit der Baumaßnahme von der jeweils flexibel, erst bei der Vor-Ort-Sichtung zu wählenden Verlegungsmethode, die Witterungseinflüsse und der zeitliche Ablauf könnten durch eine Kostenregelung im Vorfeld nicht hinreichend abgebildet werden.³¹ Nachdem danach für die Bundesnetzagentur feststand, dass eine Koordinierung von Bauarbeiten durch Beauftragung eines eigenen Bauunternehmens durch das antragstellende Telekommunikationsunternehmen und Abstimmung mit dem Versorgungsnetzeigentümer von vornherein nicht denkbar war,³² lehnte sie auch den Vorschlag des Telekommunikationsunternehmens ab, seine Leerrohre durch den Generalübernehmer des Versorgungsnetzeigentümers einbringen zu lassen. Denn vertragliche Probleme zwischen Telekommunikationsunternehmen und Generalübernehmer betreffen damit immer auch das Gesamtprojekt, das auf diese Weise behindert würde.³³

c) Zumutbarkeit bei Überbau geplanter Glasfasernetze

Praktische Schwierigkeiten zeigten sich bereits kurz nach Inkrafttreten des DigiNetzG, soweit es um die Koordinierung von Bauarbeiten ging, die ihrerseits dem Aufbau von Breitbandinfrastrukturen dienen. Relevanz erlangte die Fallkonstellation zumeist, wenn Kommunen unter Verwendung von Geldern aus der Bundes- oder Landesförderung eigene Breitbandnetze aufbauen wollten, um bisher unterversorgte Gebiete zu erschließen, für welche die am Markt auftretenden Unternehmen bislang kein Interesse gezeigt hatten.³⁴ Da diese Bautätigkeiten ebenfalls unter den Begriff der ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten i. S. v. § 77i Abs. 3 S. 1 TKG fallen, konnten dieselben Telekommunikationsunternehmen, die bislang von einem Eigenausbau abgesehen hatten, die (kostengünstige) Koordinierung beantragen und auf diese Weise ihre eigenen Netzkomponenten neben diejenigen des öffentlichen Ausbaus verlegen. Für die Kommunen bestand der Schaden nicht nur darin, dass sie auf diese Weise den Ausbau eines unmittelbaren Wettbewerbers (ggf. ihres zukünftigen Netzpächters) finanzierten, sondern dass sie im Nachgang mit diesem um dieselben Kunden konkurrierten, die nun die Auswahl hatten zwischen dem öffentlichen und dem – nicht zuletzt aufgrund der Koordinierung oftmals günstigeren – privaten Netzanbieter.

Zur Lösung dieses bereits früh erkannten Problems wurde in der Literatur teilweise vorgeschlagen, den – sich auf die Mitnutzung beziehenden – Versagungsgrund des Überbauschlutzes nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG auf die Koordinierung von Bauarbeiten zu übertragen. Aus dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte des DigiNetzG ließe sich ableiten, dass auch Koordinierungsanträge zur Verlegung weiterer (doppelter) Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze unter Bezugnahme auf den Überbauschutz abgelehnt

werden könnten, wenn bereits Glasfasernetze in dem Gebiet bestehen oder sich in der Entstehung befinden und das vorhandene oder künftige Netz einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zur Verfügung stellt.³⁵

Dieser Auffassung schloss sich die Bundesnetzagentur nicht an. Ebenso wie der Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG („tragfähige Alternative“) scheidet auch eine Übertragung des Überbauschlutzes aus § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG aus. Zwar sei es Grundidee des DigiNetzG, Synergien zu schaffen und die Duplizierung von Tiefbaukosten zu vermeiden. Doch sei dem Gesetz auch ein Infrastrukturwettbewerb immanent, wie gerade die umfangreichen Koordinierungsvorschriften zeigten.³⁶ Die Strukturen von Mitnutzung und Koordinierung von Bauarbeiten seien unterschiedlich angelegt. Während die Mitnutzung bestehende Infrastrukturen in den Blick nähme, um Tiefbaukosten zu vermeiden, stünden bei der Koordinierung von Bauarbeiten diese Tiefbaumaßnahmen ohnehin an. Auch wenn sich möglicherweise die Leitungen doppelten, verdoppelten sich nicht zugleich die Kosten.³⁷ Entsprechend Erwägungsgrund 25 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU ziele die Koordinierung von Bauarbeiten auf die Maximierung des kollektiven Nutzens sowie die Nutzung der positiven externen Effekte der Arbeiten für alle Bereiche ab. Eine Duplizierung bzw. Vervielfältigung der vorhandenen Telekommunikationsinfrastruktur führe zu einem möglichen Mehr an Wettbewerb zum Nutzen der Endkunden, denen eine größere Auswahl an Infrastrukturanbietern zur Verfügung gestellt werden könne, sowie zu einer breiten und beschleunigten Erschließung mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen.³⁸ Aus Sicht der Bundesnetzagentur würde eine Übertragung des Überbauschlutzes auf die Koordinierung von Bauarbeiten zudem Investitionen hemmen, weil es für jeden Investor fraglich wäre, „in welchem Rahmen und bei welchen Grenzen eine Zumutbarkeit des Antrags noch gegeben wäre bzw. in welchen Konstellationen eine Ablehnung bestimmter Anträge in Betracht zu ziehen wäre“. Letztlich diene der klare Ausschluss des Überbauschlutzes der Rechtssicherheit bei der Planung und der Kalkulierbarkeit von Investitionen und ver helfe den Zielen des DigiNetzG mehr zur Durchsetzung.³⁹

Dieser Gedanke verkennt die Wirklichkeit des öffentlichen oder öffentlich geförderten Netzausbaus. Dessen Geschäftskonzept ist üblicherweise darauf ausgerichtet, ein vom Markt mangels Wirtschaftlichkeit noch unerschlossenes Gebiet lückenlos mit Breitbandanschlüssen zu versorgen. Die Wirtschaftlichkeit geförderter digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze wird jedoch durch Koordinierungsanträge privater und letztlich konkurrierender Telekommunikationsunternehmen in Frage gestellt, die nach Bekanntwerden der Planung erfolgen. Das zwar die Förderung nutzende, aber nichtsdestotrotz

29 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 87.

30 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 88.

31 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 90.

32 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 94.

33 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 94.

34 Vor allem der Aufbau im Eigentum der Kommune verbleibender Netzinfrastruktur mit anschließender Verpachtung an einen Netzbetreiber im Rahmen des sog. Betreibermodells bedingte entsprechende Koordinierungsstrategien der Privaten, um in den fraglichen Gebieten weiterhin mit eigener konkurrenzfähiger Netzinfrastruktur präsent zu sein.

35 Reuße/Karrer, N&R 2017, 207, 213 f.

36 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 113; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 107.

37 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 69 ff.; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 63 ff.

38 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 76, 89; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 70, 83.

39 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 113; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 107.

investitionsfreudigste Unternehmen⁴⁰ würde durch die Spruchpraxis der Bundesnetzagentur am stärksten benachteiligt, da es die vollen Tiefbaukosten zu tragen hätte, während die „aufspringenden“ Telekommunikationsunternehmen nur die zusätzlichen Kosten der Koordinierung zu tragen haben.⁴¹ Anstelle der von der Bundesnetzagentur vermuteten Investitionssicherheit droht ein Rückgang von Investitionen in digitale Hochgeschwindigkeitsnetze und – in Bezug auf die öffentliche Hand – eine Abschwächung des kommunalen Engagements bei der Anbindung unterversorgter Gebiete.

Bemerkenswerterweise lehnt die Bundesnetzagentur die analoge Heranziehung des Überbausatzes auf die Koordinierung von Bauarbeiten mit dem Argument ab, der Gesetzgeber habe sich mit der Frage beschäftigt und letztlich bewusst dagegen entschieden. Es fehle also an einer planwidrigen Regelungslücke.⁴² Dabei unterläuft der Bundesnetzagentur derselbe terminologische Fehler (Unterscheidung zwischen Mitverlegung und Koordinierung von Bauarbeiten), der bereits im Gesetzgebungsverfahren zwischen Bundesrat und Bundesregierung dazu geführt hat, dass die Koordinierung von Bauarbeiten keinen Überbauschutz kennt.⁴³

Für das Problem, dass durch den fehlenden Schutz des (geförderten) Netzes vor Wettbewerb bereits auf der Infrastrukturebene vielfach Investitionsanreize verlorengehen können, sieht die Bundesnetzagentur ein Korrektiv in den möglichen Kostenregelungen des DigiNetzG, um zu einem Interessenausgleich zu kommen.⁴⁴ Die Möglichkeit eines völligen Ausschlusses von Wettbewerb will die Bundesnetzagentur immerhin dort sehen, wo Investitionsanreize mit keiner anderen Maßnahme geschaffen werden können, wobei sie jedoch darauf hinweist, dass es nicht Sinn und Zweck des DigiNetzG sei, neuen monopolistischen Strukturen Vorschub zu leisten.⁴⁵ Die Pflicht zum offenen Netzzugang („open access“) bei geförderten Infrastrukturen lässt die Bundesnetzagentur bei dieser Überlegung außer Acht. Aus ihrer Sicht dient der Überbauschutz ausschließlich der Kostensenkung, nicht dem Investitionsschutz.

Diese enge Auslegung wird, wie sich inzwischen zeigt, vom Gesetzgeber möglicherweise nicht geteilt. Bei Manuskriptabschluss lag ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) vor, dem zufolge § 77i Abs. 3 TKG um einen S. 3 mit dem Inhalt ergänzt werden soll, wonach Anträge insbesondere dann unzumutbar sind, soweit durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde. Mit dem Entwurf reagiert das Ministerium erklärtermaßen auf die Situation, dass ein Telekommunikationsnetzbetreiber gezwungen sein kann, dem eigenen Wettbewerber die kostengünstige „Mitverlegung“ im gleichen Graben zu gestatten, wodurch sich das Geschäftsmodell des Erstverlegenden nicht mehr rechnet. Durch die Änderung soll sichergestellt werden, dass die Koordinierung von Bauarbeiten nicht zu einem Investitionshemmnis in Glasfaserinfrastrukturen führt.⁴⁶

IV. Vollstreckung von Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle

Erstmals mit Beschluss vom 20. April 2018 drohte die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung der von ihr erlassenen Anordnungen auf Basis von § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5 und 6 TKG Zwangsgelder zwischen 25.000 und 100.000 Euro an. Gegenstand des Verfahrens war die Koordinierung von

Bauarbeiten. Die in Anspruch genommene Gemeinde und ihr Erschließungsträger wurden in der Entscheidung verpflichtet, die Koordinierung zuzulassen und gegenüber der Bundesnetzagentur innerhalb einer festgesetzten Frist anzuzeigen, welche konkreten Koordinierungsmaßnahmen ergriffen wurden. Zugleich wurde ein Baustopp verhängt, soweit durch eine Fortsetzung der Bauarbeiten eine Koordinierung unmöglich gemacht würde. Zur Durchsetzung dieser Anordnungen drohte die Bundesnetzagentur die genannten Zwangsgelder an, weil der Zweck der Koordinierung von Bauarbeiten nicht mehr erreicht werden könnte, wenn die Bauarbeiten ohne Einplanung der zu koordinierenden Leitungen fortgesetzt würden.⁴⁷ Im Rahmen der Zwangsgeldandrohung stellte die Bundesnetzagentur zugleich klar, dass durch die Einfügung von § 126 Abs. 6 TKG durch das DigiNetzG Maßnahmen auch gegen solche Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze getroffen werden können, die keine Unternehmen sind – also insbesondere juristische Personen des öffentlichen Rechts wie etwa Gebietskörperschaften.⁴⁸

V. Weitere Verfahrensbedingungen

1. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Nach § 136 S. 1 und 2 TKG haben die Beteiligten eines Streitbeilegungsverfahrens unverzüglich nach der Vorlage von Unterlagen diejenigen Teile zu kennzeichnen, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten, und eine zusätzliche Fassung vorzulegen, die aus ihrer Sicht ohne Preisgabe solcher Geheimnisse eingesehen werden kann. Soweit die Beschlusskammer die Kennzeichnung der Unterlagen als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse für unberechtigt hält, muss sie gemäß § 136 S. 4 TKG vor der Entscheidung über die Gewährung von Einsichtnahme an Dritte die vorlegenden Personen anhören.

Soweit aus den bisherigen Entscheidungen ersichtlich, räumt die Bundesnetzagentur den Beteiligten einen großzügigen Spielraum bei der Kennzeichnung und Unkenntlichmachung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ein. Bislang ist kein Fall bekannt, in dem die Beschlusskammer die Kennzeichnung für unberechtigt gehalten hätte.⁴⁹ Regelmäßig sind die

40 Im bereits erwähnten Betreibermodell baut regelmäßig der spätere (private) Netzpächter das Netz für die Kommune auf; im häufiger gewählten Deckungslückenmodell baut dasjenige private Unternehmen das Netz in eigenem Eigentum und Betrieb auf, das dafür den geringsten Förderzuschuss benötigt.

41 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 134 ff.; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 128 ff.

42 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 121; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 115; vgl. auch Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.4.2018 – Az. BK11-17/020, Rn. 233.

43 Vgl. hierzu im Einzelnen *Reuße/Karrer*, N&R 2017, 207, 213 f.

44 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 90; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 84; Beschl. v. 20.4.2018 – Az. BK11-17/020, Rn. 205.

45 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 93; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 87.

46 Referentenentwurf eines fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes v. 25.7.2018.

47 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.4.2018 – Az. BK11-17/020, Rn. 305.

48 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.4.2018 – Az. BK11-17/020, Rn. 302.

49 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 33; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002, Rn. 28; Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/004, Rn. 43; Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 45; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/007, Rn. 32; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/009, Rn. 32; Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010, Rn. 61; Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/012, Rn. 55; Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/013, Rn. 55; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 36; Beschl. v. 20.4.2018 – Az. BK11-17/020, Rn. 73; Beschl. v. 27.6.2018 – Az. BK11-18/001, Rn. 123.

Parteien befugt, Verträge, interne Abreden oder Preisgestaltungen unkenntlich zu machen.

2. Entscheidungsfrist der Beschlusskammer

Nach § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur bei Streitigkeiten über die Mitnutzung von Infrastrukturen und das Vorliegen von Versagungsgründen innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags. Bei Informationsansprüchen beträgt die Entscheidungsfrist gemäß § 77n Abs. 4 S. 2 TKG zwei Monate; dieselbe Frist gilt nach § 77n Abs. 5 S. 3 bzw. § 77n Abs. 6 S. 2 TKG bei Streitigkeiten über die Koordinierung von Bauarbeiten und die Mitnutzung gebäudeinterner Infrastruktur. Nach § 77n Abs. 7 TKG kann die Bundesnetzagentur diese Fristen bei außergewöhnlichen Umständen um höchstens zwei Monate verlängern, wobei sie diese Umstände besonders und hinreichend zu begründen hat.

Das Fristenregime ist Ausdruck des Beschleunigungsgedankens.⁵⁰ Gleichwohl zeigt sich, dass in Anbetracht der Komplexität der Sachverhalte die Fristen kurz bemessen sind und bereits wiederholt von der Möglichkeit der Fristverlängerung Gebrauch gemacht werden musste, dies teils durch gesonderten, ausführlich begründeten Beschluss,⁵¹ teilweise durch formlose Mitteilung an die Beteiligten im Verfahren.⁵²

3. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle

Der Beschleunigungsgedanke der §§ 77 ff. TKG setzt sich beim Rechtsschutz fort. Gegen Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle steht dem unterlegenen Telekommunikationsunternehmen oder Versorgungsnetzbetreiber kein Widerspruchsrecht zu (§ 137 Abs. 2 TKG). Es ist unmittelbar Klage beim Verwaltungsgericht zu erheben, der jedoch keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 137 Abs. 1 TKG). Der Streit wird daher zumeist im einstweiligen Rechtsschutz fortgesetzt werden. Berufung und Beschwerde sind ausgeschlossen (§ 137 Abs. 3 S. 1 TKG). Bei Inkrafttreten des DigiNetzG wurde daher – ähnlich wie in anderen Streitbeilegungsverfahren nach dem TKG – angenommen, dass damit dem VG Köln die Rolle der zentralen Überprüfungsinstanz für Entscheidungen der Bundesnetzagentur zukommen würde. Diese Auffassung vertrat auch die Bundesnetzagentur selbst, die in sämtlichen Entscheidungen des Jahres 2017 in ihren Rechtsbehelfsbehörden – unabhängig vom Sitz der streitenden Parteien oder dem Belegenheitsort der Infrastruktur – den Rechtsweg zum VG Köln vorsah.⁵³

Mit Beschluss vom 21. Dezember 2017 erklärte sich das VG Köln jedoch für örtlich unzuständig, soweit die streitgegenständliche Infrastruktur nicht in seinem Gerichtsbezirk liegt. Anders als auch von der Bundesnetzagentur angenommen, greife nicht die Zuständigkeitsregelung des § 52 Nr. 2 S. 1 VwGO, wonach bei Anfechtungsklagen (sowie Verpflichtungsklagen, § 52 Nr. 2 S. 2 VwGO) gegen Verwaltungsakte von Bundesbehörden das Verwaltungsgericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk die Bundesbehörde ihren Sitz hat. Vielmehr richte sich die örtliche Zuständigkeit nach § 52 Nr. 1 VwGO, wonach in Streitigkeiten, die sich auf unbewegliches Vermögen oder ein ortsgebundenes Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, nur das Verwaltungsgericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk das Vermögen oder der Ort liegt. Die hierfür vom BVerwG geforderte besondere Beziehung zu einem bestimmten Territorium⁵⁴ sei bei Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG gegeben, da die jeweils streitgegenständliche Infrastruktur nicht austauschbar sei, sondern sich die Rechte

und Pflichten auf den bestimmten geographischen Standort der jeweiligen Netzinfrastruktur bezögen.⁵⁵ Die besondere Beziehung zu einem Territorium sei – anders als bei sonstigen Entscheidungen der Bundesnetzagentur – normativ angelegt, da die nach dem DigiNetzG maßgeblichen „passiven Netzinfrastrukturen“ notwendigerweise mit dem Territorium verbunden seien. Jeder Antrag auf Informationsgewährung (oder Mitnutzung) über passive Netzinfrastrukturen enthalte zwangsläufig Angaben über die geographische Lage des Standortes und der Leitungswege. Des Weiteren könne der Antrag gerade auch aus Gründen abgelehnt werden, die auf den spezifischen örtlichen Verhältnissen beruhen (§ 77g Abs. 2 Nr. 2, 3 bis 5 TKG).⁵⁶

Die Entscheidung hat grundsätzliche Bedeutung für sämtliche Streitbeilegungsverfahren, die aus den §§ 77a bis 77p TKG resultieren. Streitgegenstand sind stets die „passiven Netzinfrastrukturen“, so dass die Ausführungen des VG Köln übertragen werden können. Folge ist, dass für Klagen oder Anträge im einstweiligen Rechtsschutz das Verwaltungsgericht zuständig ist, in dessen Gerichtsbezirk sich die Infrastruktur befindet. Dies wird üblicherweise in räumlicher Nähe zum Sitz des Eigentümers oder Betreibers der Infrastruktur und auch im (ggf. geplanten) Geschäftsgebiet des Telekommunikationsunternehmens sein. Durch die Ortsnähe des Gerichts verbessern sich für die im Streitbeilegungsverfahren Beteiligten die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur.

4. Fehlendes Kostenrisiko

Wie bereits bei der Frage der fehlenden Einigung als Zulässigkeitsvoraussetzung (oben, unter II.) angesprochen, können Telekommunikationsunternehmen nach der derzeitigen Spruchpraxis der Bundesnetzagentur ohne Verhandlungen mit der Gegenseite die Bundesnetzagentur anrufen, um noch nicht (vollständig) positiv beschiedene Informations-, Mitnutzung- oder Koordinierungsanträge unmittelbar in einem Streitbeilegungsverfahren klären zu lassen. Diese für Missbrauch leicht zugängliche Möglichkeit bietet sich auch wegen des fehlenden Kostenrisikos an. Für den Fall, dass der Antrag auf Streitbeilegung zurückgewiesen wird, sehen derzeit weder § 77n TKG noch die §§ 132 und 134a TKG eine Kostentragungspflicht der unterlegenen Seite vor. Auch Verfahrensgebühren hat das antragstellende Unternehmen derzeit nicht zu befürchten. Zwar soll die Bundesnetzagentur nach § 142 Abs. 1 S. 1 Nr. 12, Abs. 2 TKG Gebühren zur Deckung des Verwaltungsaufwands sowie Auslagen erheben, auch im Falle der Rücknahme eines Streitbeilegungsantrags. Doch macht die Bundesnetzagentur von dieser Kostenerhebungsregelung ausweislich ihrer bisherigen Beschlüsse keinen Gebrauch. Grund

50 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 55.

51 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2017 – Az. BK11-17/004 u. BK11-17/005; Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006, Rn. 113 ff.

52 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/004, Rn. 48; Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11/17/010, Rn. 66; Beschl. v. 26.1.2018 – Az. BK11-17/013, Rn. 60; Beschl. v. 6.3.2018 – Az. BK11-17/014, Rn. 41; Beschl. v. 20.4.2018 – Az. BK11-17/020, Rn. 77; Beschl. v. 27.6.2018 – Az. BK11-18/001, Rn. 128, bei – vom Gesetz nicht vorgesehener – nochmaliger Verlängerung der Verfahrensfrist mit Zustimmung der Parteien.

53 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 17.7.2017 – Az. BK11-17/001, Rn. 175; Beschl. v. 18.7.2017 – Az. BK11-17/002; Beschl. v. 21.7.2017 – Az. BK11-17/004 u. BK11-17/005; Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/004; Beschl. v. 6.10.2017 – Az. BK11-17/006; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/007; Beschl. v. 12.10.2017 – Az. BK11-17/009; Beschl. v. 22.12.2017 – Az. BK11-17/010.

54 BVerwG, NJW 1997, 1022 (Beschl. v. 10.12.1996 – Az. 7 AV 11.96 u. a.); BVerwGE 18, 26 (Beschl. v. 30.1.1964 – Az. II ER 402.63).

55 VG Köln, Beschl. v. 21.12.2017 – Az. 1 K 14461/17, Rn. 8 (juris).

56 VG Köln, Beschl. v. 21.12.2017 – Az. 1 K 14461/17, Rn. 9 (juris).

hierfür dürfte die fehlende Konkretisierung der Gebührenerhebung nach § 142 Abs. 3 TKG durch die dort aufgezählten drei zuständigen Bundesministerien sein. Auch an einer entsprechenden Anpassung der (zum 1. Oktober 2021 aufschiebend bedingt aufgehobenen) TKGebV⁵⁷ fehlt es. Damit bestehen für Telekommunikationsunternehmen derzeit keinerlei Hürden, nach Belieben Streitbeilegungsverfahren zu eröffnen und Kommunen oder sonstige Versorgungsnetzeigentümer und -betreiber vor die Bundesnetzagentur zitieren zu lassen. Die

zuständigen Ministerien sind dringend aufgerufen, hier nachzubessern, da der Status quo dem in den §§ 77a ff. TKG zum Ausdruck kommenden Verhandlungsprimat zuwiderläuft.

Tobias Bühlmeier*

Zuweisung von Kapazität in Serviceeinrichtungen der Eisenbahn durch die Bundesnetzagentur

Eine Analyse von § 13 Abs. 5 ERegG

Im September 2016 ist nach einer langen Vorbereitungsphase und einem ersten, im Jahr 2013 gescheiterten Versuch das neue ERegG in Kraft getreten. Die Novellierung des deutschen Eisenbahnregulierungsrechts war insbesondere durch Vorgaben der EU notwendig geworden, konkret durch die Pflicht zur Umsetzung der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU in nationales Recht. In vielen Bereichen kam es hierdurch zu erheblichen Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nach dem AEG und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV). Die Entwicklung ist allerdings noch nicht beendet. U. a. führen Übergangsregelungen im ERegG und unionsrechtliche Durchführungsrechtsakte dazu, dass auch mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten des ERegG neuartige Regulierungsvorschriften erstmalig zur Anwendung kommen. Der folgende Beitrag konzentriert sich auf ein dem Eisenbahnregulierungsrecht bisher gänzlich fremdes Instrument zur behördlichen Zuweisung eines angemessenen Teils der Kapazität in Serviceeinrichtungen.

I. Einleitung

Das Eisenbahnregulierungsrecht war vor Inkrafttreten des ERegG¹ insbesondere darauf gerichtet, Zugangsberechtigten einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewähren (§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG 2005). Es galt und gilt insoweit ein weiter Zugangsbegriff, der sich nicht nur auf den physischen Zugang beschränkt, sondern u. a. auch die Entgelte umfasst.² Daneben kamen weitere Grundsätze zur Anwendung, wie z. B. das Gebot zur transparenten Ausgestaltung von Nutzungsbedingungen.³ Im ERegG ist nunmehr explizit vorgesehen, dass das Zugangsrecht zu angemessenen, nicht diskriminierenden und transparenten Bedingungen zu gewähren ist (vgl. u. a. § 10 Abs. 1 bis 4 und § 11 Abs. 1 und 2 ERegG).

Ob hingegen hinreichend Kapazität auf der Eisenbahninfrastruktur zur Verfügung steht, war, jedenfalls wenn kein konkreter Rechtsverstoß vorlag, mehr eine politische Frage denn eine Frage, die durch Maßnahmen der Bundesnetzagentur hätte geklärt werden können. Von politischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang beispielsweise der Bedarfsplan für die Bundesschienenwege, welcher dem BSchwAG als Anlage beigefügt ist und den Ausbau des Schienenwegenetzes der Eisenbahnen des Bundes steuern soll.⁴ Darüber hinaus fördert der Bund an verschiedenen Stellen Infrastrukturprojekte, wie

seit 2004 den Neu- und Ausbau sowie die Reaktivierung von privaten Gleisanschlüssen auf Grundlage der Gleisanschlussförderrichtlinie.⁵

Eine alleinige Fokussierung auf den Infrastrukturausbau ohne gleichzeitige Berücksichtigung weiterer Faktoren, die für den Eisenbahnverkehr von Bedeutung sind, wäre jedoch nicht nur

* Referent bei der Bundesnetzagentur. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder. Der Autor bedankt sich bei Herrn Eikemper für wertvolle Hinweise insbesondere zur eisenbahnbetrieblichen Einordnung der Thematik.

- 1 Eisenbahnregulierungsgesetz v. 29.8.2016, BGBl. 2016 I, 2082. In der vorangegangenen Legislaturperiode war die Novellierung des Eisenbahnregulierungsrechts noch im Vermittlungsausschuss gescheitert, vgl. die Mitteilung des Vorsitzenden des Vermittlungsausschusses, BR-Drs. 548/13.
- 2 Dies lässt sich nicht zuletzt an der Regelung in § 4 Abs. 1 BEVVG erkennen, wonach die Aufgabe der Regulierungsbehörde ist, die „Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur“ zu überwachen. Gemeint sind damit nicht nur solche Regelungen des ERegG, die den physischen Zugang betreffen, sondern sämtliche eisenbahnregulierungsrechtlichen Vorschriften, wie z. B. diejenigen zur Entgeltregulierung. Insoweit gilt ein übergeordneter Zugangsbegriff.
- 3 So haben z. B. Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen nach der Rechtsprechung des BVerwG eine Informationsfunktion, die das Gericht auf Grundlage der alten Rechtslage aus § 10 Abs. 1 S. 1 EIBV ableitete. U. a. die Auslegung anhand der Entstehungsgeschichte der Norm sowie anhand von Sinn und Zweck der Regelung zeige danach die Intention des Gesetzgebers, durch Aufstellung von Nutzungsbedingungen zur Erhöhung der Transparenz beizutragen, vgl. BVerwG, Urt. v. 13.6.2012 – Az. 6 C 42.10, Rn. 22 ff. (= N&R-Beilage 3/2012, 1, 2 f.); vgl. zu dieser Rechtsprechung zudem Bühlmeier, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg/Henseler-Unger, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVIII, 2013, S. 73, 74 ff.
- 4 Dieser Infrastrukturplanung gegenüber steht beispielsweise das RegG, welches u. a. die Ausschüttung der sog. Regionalisierungsmittel regelt, mit denen gemäß § 6 Abs. 1 RegG wiederum der Schienenpersonen-nahverkehr zu finanzieren ist. Vgl. hierzu auch Bühlmeier, N&R 2017, 93, 98. Zur Übersicht über die Verwendung der Regionalisierungsmittel durch die Länder im Jahr 2016 vgl. zudem den hierzu von der Bundesregierung erstellten Bericht, BT-Drs. 19/3395.
- 5 Die aktuelle Gleisanschlussförderrichtlinie gilt seit dem 31.1.2017 und tritt mit Ablauf des 31.12.2020 außer Kraft. Näher hierzu vgl. den Beitrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zur „Richtlinie zur Förderung des Neu- und Ausbaus sowie der Reaktivierung von privaten Gleisanschlüssen“, abrufbar unter <<https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/gleisanschlussfoer-derrichtlinie.html>> (zuletzt abgerufen am 15.9.2018). Gemäß Ziff. 1.2 der Gleisanschlussförderrichtlinie ist übergeordnete Zielsetzung der Förderung die Verlagerung von Anteilen des Güterverkehrs von der Straße auf den Verkehrsträger Schiene. Konkretes Ziel der Gleis-