

III Die Mitnutzung bestehender Infrastrukturen bei der Verlegung von Glasfasern (§§ 77 b–e TKG)

1. Überblick

Untersuchungen zur Investitionsstruktur von Glasfasererschließungen ergeben übereinstimmend, dass die Kosten für die Errichtung der passiven Infrastruktur, also die Glasfaserverlegung bis zum Grundstück, der Gebäudeanschluss selbst und ggf. die Verlegung von Kabelkanälen oder Leitungen im Gebäude, rund 80 Prozent der Investitionen ausmachen.

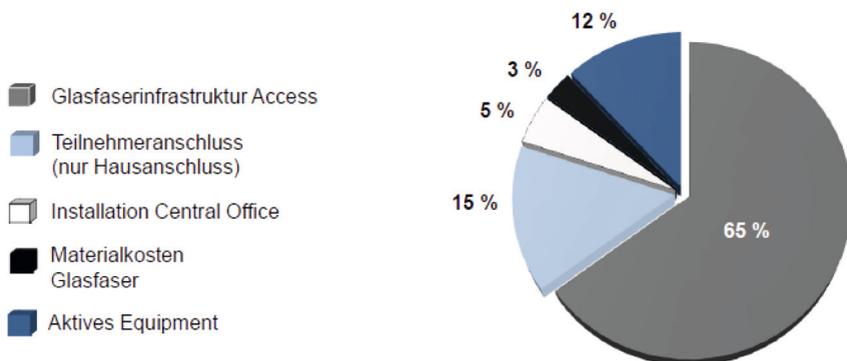


Abb. Investitionsstruktur FTTB Quelle: Keymile

Die TKG-Novelle 2012 ist daher maßgeblich durch das Bemühen des Gesetzgebers gekennzeichnet, die Tiefbaukosten als wesentlichen Kostentreiber durch die Nutzung von Infrastruktursynergien zu reduzieren und auf diese Weise den Glasfaserausbau zu beschleunigen. Echte Zugangsansprüche zur Telekommunikationsinfrastruktur sind nach dem TKG – abgesehen vom oben behandelten Fall der Hausinfrastruktur – an die besondere Marktmacht des Telekommunikationsnetzbetreibers oder die Nutzung eines besonderen Rechtes (§ 70 TKG) geknüpft.²¹

Darüber hinaus öffnet das TKG-2012 in den §§ 77b–e bis zu einem gewissen Grad aber auch die Mitbenutzung der Infrastruktur nicht marktmächtiger Telekommunikationsnetzbetreiber sowie zum „Auf- und Ausbau von Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation“ (NGN-Netze) geeigneter branchenfremder Infrastrukturen. Mit Rücksicht auf die Eigentumslage an der betreffenden Infrastruktur und die europarechtlichen

21 Eine weitere Ausnahme stellt die Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung und entsprechender Folgepflichten zur Sicherstellung der Ende-zu-Ende-Verbindung nach § 18 TKG dar. Insofern handelt es sich aber nicht um einen Zugang zur Anschlussinfrastruktur

Grundlagen, erfolgt die Intensität dieser Öffnung differenziert. Ein durchsetzbarer Mitnutzungsanspruch besteht nach heutiger Rechtslage nur für solche branchenfremden Infrastrukturen, die sich im Eigentum des Bundes oder eines mehrheitlich dem Bund gehörenden Unternehmen befinden. Hierzu gehören die Bundesfern- und Bundeswasserstraßen (§ 77c,d TKG) sowie wesentliche Teile der Eisenbahninfrastruktur (§ 77e TKG).

Hinsichtlich anderer alternativer Infrastrukturen, wie z. B. Strom-, Gas-, Wasser- oder Abwasserleitungen, besteht gemäß § 77b TKG heute lediglich die Verpflichtung des Infrastrukturinhabers, auf Anfrage ein Angebot für die Mitnutzung abzugeben sowie ggf. an einem nachfolgenden Schlichtungsverfahren vor der Bundesnetzagentur teilzunehmen. Der Schlichtungsanspruch ist aber nicht verbindlich, so dass ein wirklich durchsetzbarer Mitnutzungsanspruch insoweit nicht besteht. Zu den Einrichtungen, die im Sinne des § 77b TKG für den Auf- und Ausbau von NGN-Netzen mitgenutzt werden können, zählen aber nicht nur branchenfremde Infrastrukturen (auch wenn die Gesetzesbegründung wesentlich auf diese abzielt), sondern natürlich auch die eigentliche Telekommunikationsinfrastruktur selbst. Daher sind auch Telekommunikationsnetzbetreiber – unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung – Adressaten der Norm und müssen auf Anfrage ein Angebot zur Mitnutzung ihrer Infrastruktur unterbreiten sowie am Schlichtungsverfahren teilnehmen.

Allerdings wird sich diese Rechtslage absehbar durch die „EU-Richtlinie über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation“ (Richtlinie 2014/61/EU vom 15. Mai 2014)²² entscheidend verändern. Dort ist in Art. 3 Abs. 5 die verbindliche Entscheidung einer nationalen Streitbeilegungsstelle vorgesehen. Dadurch wird aus dem Anspruch zur Vorlage und Verhandlung eines Mitnutzungsangebots unter den in Art. 3 der Richtlinie genannten Voraussetzungen ein durchsetzbarer Anspruch auf eine Mitbenutzung alternativer Infrastrukturen (im Einzelnen unter 3.).

2. Mitnutzung „alternativer Infrastrukturen“ (§ 77 b TKG)

§ 77b TKG hat die Funktion einer Generalklausel für die Mitbenutzung aller Infrastrukturen, die zum Aufbau und Ausbau von NGN-Netzen genutzt werden können.

a) Mitnutzungsfähige alternative Infrastrukturen

Die Begründung zur Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie²³ führt als mitnutzbare Infrastrukturen beispielhaft kommunale Abwasserkanäle, Energieleitungen, Kabelkanäle in Straßen und Wasserleitungen an. Der im Gesetzeswortlaut verwendete Begriff der „Einrichtung“ wird in § 77a Abs. 3 TKG

22 Veröffentlicht im EU-Amtsblatt unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:L:2014:155:TOC> oder als pdf unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0061&from=DE>

23 BT-Drs. 17/7521, 116

präzisiert und knüpft an Art. 12 Abs. 1 der EU-Rahmen-Richtlinie („RRL“ – 2002/21/EG) an. Danach gehören zu den mitnutzbaren Einrichtungen neben Leerrohren, Leitungsröhren sowie Gebäudeverkabelungen und -kabelkanälen auch Gebäude, Gebäudezugänge, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen. Der Katalog ist nicht abschließend. Von seinem in der Abschlussempfehlung des Ausschusses beschriebenen Zweck her, vorhandene Infrastrukturen in größerem Umfang für die Breitbandnutzung zu öffnen, legt § 77b TKG – ebenso wie die europäischen Rechtsgrundlagen – ein möglichst weites Verständnis der mitnutzbaren Einrichtung nah. Grundsätzlich soll jede Einrichtung mitgenutzt werden dürfen, die für den Auf- und Ausbau eines NGN-Netzes sinnvoll mitgenutzt werden kann. Dies gilt selbstverständlich auch für die eigentliche Telekommunikationsinfrastruktur selbst, die ebenfalls Gegenstand des § 77b TKG ist. Auf die marktmächtige Stellung des Infrastrukturiinhabers kommt es dabei – wie bei allen in der Norm adressierten Infrastrukturen – nicht an.

Das „Netz der nächsten Generation“ (NGN/NGA), dessen Auf- und Ausbau die tatbestandliche Voraussetzung für die Mitnutzungsanfrage ist, wird im TKG nicht definiert. Allerdings verweist die Begründung des Regierungsentwurfs zum neuen Regulierungsziel der *„Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Netzen der nächsten Generation“* (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) auf die Zielsetzung der Bundesregierung, bis zum Jahr 2018 eine flächendeckende Verfügbarkeit von Breitbandanschlüssen mit einer Bandbreite von 50 MBit/s zu erreichen.²⁴ Ziffer 11 der NGA-Empfehlung der EU-Kommission (2010/572/EG), auf die die Regierungsbegründung zu § 15a TKG verweist, definiert „Zugangnetze der nächsten Generation“ als *„leitungsgebundene Zugangnetze, die vollständig oder teilweise aus optischen Bauelementen bestehen und daher Breitbandzugangsnetze mit erweiterten Leistungsmerkmalen (z. B. mit einem höheren Datendurchsatz) ermöglichen, die über das hinaus gehen, was mit schon bestehenden Kupferleitungen angeboten werden kann. In den meisten Fällen sind NGA Netze das Ergebnis der Ausrüstung bereits bestehender Kupfer- oder Koaxialkabel-Zugangnetze.“* Danach wird man nicht nur reine Glasfasernetze (FTTB/FTTH), sondern auch teilweise optische FTTC-Netze sowie die auf der Basis von DOCSIS 3.0 aufgerüsteten Koaxialkabelnetze als „Netz der nächsten Generation“ im Sinne des TKG auffassen können.

b) Verpflichtung zur Angebotsabgabe

Nach § 77b Abs. 1 TKG sind Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, also insbesondere die Gebietskörperschaften, verpflichtet, auf eine schriftliche Anfrage hin ein Angebot zur Mitnutzung der Einrichtung gegen ein „angemessenes Entgelt“ zu unterbreiten. Im Gegensatz zum „kostendeckenden Entgelt“ darf das „angemessene Entgelt“ einen Gewinnanteil enthalten. Weitere inhaltliche Anforderungen an das zu unterbreitende Angebot ergeben sich aus § 77b TKG nicht. Die Verpflichtung aus § 77b TKG erstreckt sich lediglich auf die Angebotsabgabe, eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss ergibt sich aus der Vorschrift nicht. Das Absehen von einem Kon-

24 Kind/Schramm: Infrastrukturrecht nach dem neuen TKG 2012 in: *Netzwirtschaften & Recht* (N&R) Heft 3/4 S. 140–148 (144)

trahierungszwang ist ebenso wie die fehlende Verbindlichkeit eines ggf. nachfolgenden Schlichtungsvorschlags der Bundesnetzagentur (vgl. § 77b Abs. 3 S. 5 TKG) der Tatsache geschuldet, dass der europäische Rechtsrahmen eine branchenübergreifende und unabhängig von einer marktmächtigen Stellung bestehende Zugangsverpflichtung nicht zulässt. Allerdings geht der Gesetzgeber davon aus, dass bereits die Verhandlungspflicht und ein ggf. nachfolgender Einigungsvorschlag durch die Bundesnetzagentur dazu beitragen werden, alternative Infrastrukturen für den Breitbandausbau zu öffnen.²⁵

c) Schlichtungsverfahren bei der Bundesnetzagentur

Kommt es auf der Grundlage des zu unterbreitenden Angebots für die Mitnutzung zu keiner Einigung, so können sowohl der Mitnutzungsnachfrager als auch der Infrastrukturihaber binnen einer Frist von vier Wochen ab Zugang der Anfrage durch einen Antrag ein Schlichtungsverfahren bei der Bundesnetzagentur einleiten (§ 77b Abs. 2 TKG). Die Vier-Wochen-Frist bestimmt daher auch die Grenze, innerhalb der der Infrastrukturihaber die Anfrage spätestens beantwortet haben muss.²⁶ Beantwortet der Infrastrukturihaber die Anfrage innerhalb der Vier-Wochen-Frist nicht, so ist keine Einigung zustande gekommen und die Voraussetzungen zur Einleitung des Schlichtungsverfahrens liegen vor. Der wesentliche Ablauf des Schlichtungsverfahrens ist in Absatz 3 beschrieben, der im Übrigen auf die Schlichtungsordnung der Bundesnetzagentur (SchlichO)²⁷ verweist.

Nach § 5 Abs. 2 SchlichO muss der schriftliche Antrag an die Bundesnetzagentur neben der Bezeichnung des Antragstellers und des Antragsgegners eine alle Tatsachen und Dokumente umfassende Darstellung des Sachverhalts beinhalten. Der Antragsgegner ist im Rahmen des Schlichtungsverfahrens verpflichtet, innerhalb einer von der Bundesnetzagentur festzulegenden Frist,²⁸ seine Einwendungen gegen die Mitnutzung oder das vom Antragsteller vorgeschlagene Entgelt vorzubringen. Als mögliche Einwendungen in Betracht kommen vor allem die konkrete Eignung der nachgefragten Infrastruktur für eine Mitnutzung, die bereits bestehende Auslastung sowie Sicherheitsaspekte. Anschließend bekommt der Antragsteller die Gelegenheit, zu den Einwendungen der Antragsgegners schriftlich Stellung zu nehmen. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist möglich, aber anders als im Beschlusskammerverfahren nach § 135 TKG nicht obligatorisch. Sofern eine Einigung zwischen den Parteien nicht möglich ist, unterbreitet die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des jeweiligen Vortrags der Parteien und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen Einigungsvorschlag (Schlichtungsspruch), der auch das angemessene Mitnutzungsentgelt einbeziehen

25 So auch Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie BT-Drs. 17/7521, S. 116

26 Hoenike/Hartmann: „Das Recht auf Mitnutzung von Infrastrukturen öffentlich-rechtlicher Unternehmen nach dem TKG“ in: „Kommunikation & Recht“ (K&R) Heft 7/8 2012 S. 483–488 (485)

27 http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Verbraucher/Streitbeilegung/Schlichtungsordnung2012_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=9

28 § 6 SchlichO sieht für die Antragsrwiderrung eine Frist von vier Wochen vor, die auf Antrag verlängert werden kann.

kann. Die Bundesnetzagentur setzt den Parteien eine Frist zur Annahme des Schlichterspruchs, die nach § 12 Abs. 2 SchlichO drei Wochen nicht unterschreiten soll. Die Parteien sind nicht zur Annahme des Schlichterspruchs verpflichtet. Lehnt wenigstens eine Partei den Schlichterspruch ab oder reagiert (ggf. nach nochmaliger Fristsetzung, § 13 Abs. 7 SchlichO) nicht, so gilt die Schlichtung als gescheitert.

3. Mitnutzungsansprüche nach der neuen Richtlinie 2014/61/EU („EU-Kostensenkungs-Richtlinie“)

Die Begründung zum TKG-2012 weist ausdrücklich darauf hin, dass auf ein verbindliches Schlichtungsverfahren zur Mitnutzung alternativer Infrastrukturen in § 77b TKG vor allem deshalb verzichtet worden ist, weil die damaligen europarechtlichen Vorgaben „eine netzübergreifende, alle Infrastrukturen erfassende einheitliche Zugangsregulierung unabhängig vom Vorliegen marktmächtiger Stellungen in diesem Umfang nicht zulassen“.²⁹ Dieses ändert sich durch die neue *Richtlinie 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation* („EU-Kostensenkungsrichtlinie“) vom 15. Mai 2014, die von den Mitgliedsstaaten bis spätestens zum 1. Januar 2016 umzusetzen ist. Es ist zu erwarten, dass die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht deutlich früher erfolgen wird, nachdem im „Kursbuch Netzausbau“ der „Netzallianz Digitales Deutschland“ ein entsprechender Referentenentwurf bereits für das erste Quartal 2015 angekündigt worden ist.³⁰

Die Kostensenkungsrichtlinie behandelt die folgenden Themenfelder:

- Infrastruktur- und Baustelleninformationen (Erfassung und Auskunft)
- Zugangs- und Mitnutzungsansprüche zu bestehender Netzinfrastruktur
- Koordinierung von Bauarbeiten und Genehmigungsverfahren
- „highspeed-ready“-Regelungen für Neubauten und Renovierungen

a) Infrastruktur- und Baustelleninformationen (Art. 4 und 6)

aa) Informationen zu physischen Infrastrukturen (Art. 4)

Gemäß Art. 4 Abs. 1 der Kostensenkungsrichtlinie gewährleisten die Mitgliedsstaaten, dass jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes auf Antrag die folgenden Mindestinformationen über bestehende physische Infrastrukturen anderer Netzbetreiber enthält:

- Standort und Leitungswege
- Art und gegenwärtige Nutzung der Infrastrukturen
- Ansprechpartner

Hierzu können die Mitgliedsstaaten auch eine zentrale Informationsstelle einrichten, die die genannten Mindestinformationen für die informationsberechtigten TK-Netzbetreiber

29 BT-Drucksache 17/521, S. 116

30 http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/Digitales/kursbuch-netzausbau.pdf?__blob=publicationFile (S. 18)

ber vorhält (Abs.2). Informationen über Infrastrukturen, die zum Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen nicht geeignet sind, sowie „nationale kritische Infrastrukturen“ können von der Informationspflicht ausgenommen werden (Abs.7). Zu beachten ist auch hier, dass es sich bei den aus der Kostensenkungsrichtlinie verpflichteten „Netzbetreibern“ gemäß der Definition in Art.2 Nr.1 nicht nur um Betreiber von Telekommunikationsnetzen handelt, sondern dass auch Betreiber von Gas-, Strom-, Fernwärme-, Wasser- und Abwassernetzen / Kanalisationssystemen sowie Verkehrsinfrastrukturen (einschl. Schiene, Straße, Häfen und Flughäfen) Adressaten der Richtlinie sind.

Diese Transparenzvorgabe der Kostensenkungsrichtlinie dürfte durch den bei der Bundesnetzagentur geführten Infrastrukturatlas nach § 77 a Abs.3 TKG als umgesetzt anzusehen sein.³¹

bb) Informationen zu geplanten Bauarbeiten (Art. 6)

Anders verhält es sich mit der in Art.6 der Kostensenkungsrichtlinie vorgeschriebenen Transparenz über geplante Bauarbeiten, zu der eine Umsetzung in deutsches Recht noch erfolgen muss. Die Betreiber mitverlegungsfähiger Infrastrukturen müssen einem Telekommunikationsnetzbetreiber auf dessen schriftliche Anfrage hin binnen zwei Wochen zu „verhältnismäßigen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen“ Informationen über laufende oder geplante Bauarbeiten zur Verfügung stellen, für die eine Genehmigung bereits erteilt worden ist, ein Genehmigungsverfahren läuft oder die erstmalige Beantragung einer Genehmigung in den kommenden sechs Monaten geplant ist. Die Informationspflicht erstreckt sich auf Standort und Art der Arbeiten, betroffene Netzkomponenten, geschätzten Beginn und Dauer der Arbeiten und einen Ansprechpartner. Der anfragende Telekommunikationsnetzbetreiber muss in seiner Anfrage darstellen, für welches Gebiet er den Aufbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes plant.

Auch in Bezug auf die Transparenz von Bauarbeiten kann (und soll) die Informationspflicht über eine nationale Informationsstelle, wie z. B. ein „Baustellenregister“, erfüllt und abgewickelt werden (Art.6 Abs.3).

b) Zugangs- und Mitnutzungsansprüche zu bestehender Infrastruktur und zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen (Art. 3 und 9)

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

Die oben beschriebenen Informationsansprüche über ggf. mitnutzungsfähige physische Infrastrukturen dienen der Wahrnehmung der in Art.3 der Kostensenkungsrichtlinie festgelegten Zugangs- und Mitnutzungsansprüche. Danach ist jeder Netzbetreiber – unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung – verpflichtet, einem schriftlich zu stellenden „zumutbaren“ Antrag eines Telekommunikationsnetzbetreibers auf Zugang zu seinen physischen Infrastrukturen zum Zweck des Ausbaus eines Hochgeschwindigkeitsnetzes zu fairen und angemessenen Bedingungen stattzugeben (Art. 3 Abs.1). Dies

31 Vgl. zum Infrastrukturatlas Abschnitt V Ziffer 5

gilt auch in Bezug auf das Zugangsentsgelt. Wird der Zugang durch den Infrastrukturanbieter verweigert oder können die Parteien keine Einigung über die Zugangsbedingungen erzielen, können beide Seiten eine nationale Streitbeilegungsstelle³² anrufen, die dann – regelmäßig innerhalb von vier Monaten – eine für die Parteien verbindliche Entscheidung zur Lösung der Streitigkeit trifft. Das Recht der Parteien, ein ordentliches Gericht anzurufen, bleibt unberührt.

Der Zugang darf nur aufgrund objektiver, transparenter und verhältnismäßiger Kriterien verweigert werden. Hierzu nennt Art. 3 Abs. 3 lit. a–f einige Regelbeispiele. So kann eine Zugangsverweigerung wegen der mangelnden technischen Eignung der Infrastruktur zur Mitverlegung von Komponenten eines Hochgeschwindigkeitsnetzes (lit.a) ebenso gerechtfertigt sein wie aus Kapazitätserwägungen (lit.b). In diesem Fall muss der zukünftige Platzbedarf des zugangsverpflichteten Netzbetreibers nachgewiesen werden. Weitere Kriterien für eine Ablehnung der Zugangsanfrage können Bedenken hinsichtlich der Sicherheit und öffentlichen Gesundheit (lit.c), die Integrität und Sicherheit bereits bestehender Netze (lit.d) oder die Gefahr einer ernsthaften Störung anderer Dienste, die über dieselbe Infrastruktur erbracht werden (lit.e), sein. Schließlich ist auch die Verfügbarkeit alternativer Zugangsformen, die der verpflichtete Netzbetreiber zu fairen und angemessenen Bedingungen anbietet und die sich für die Bereitstellung von TK-Hochgeschwindigkeitsnetzen eignen, in die Abwägung einzustellen und kann eine rechtmäßige Verweigerung der ursprünglich nachgefragten Form des Zugangs begründen (lit. f).

Insgesamt erscheinen die Zugangsansprüche vor dem Hintergrund der zentralen Zielsetzung der Richtlinie – der Förderung der Breitbandverfügbarkeit in schlecht versorgten Gebieten durch die Förderung von Synergien und eine Vermeidung oder Reduzierung von Tiefbaukosten – als sehr weit gefasst. Da das Zugangs- und Mitnutzungsregime der Kostensenkungsrichtlinie nicht zwischen bereits gut versorgten und schlecht versorgten Gebieten sowie der jeweiligen Marktposition der Beteiligten unterscheidet, sind Konstellationen denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen in einer bereits von einem seiner Wettbewerber ausgebauten Region einen Zugang zu dessen physischen Infrastrukturen zu regulierten Bedingungen beanspruchen und auf diese Weise seine bereits starke Marktposition gegenüber dem Infrastrukturanbieter weiter verbessern kann. Die ohnehin schon starke Nachfragemacht eines marktbeherrschenden Nachfragers würde durch einen regulatorisch durchsetzbaren Zugangsanspruch noch verstärkt und die Investitionen des nichtmarktbeherrschenden Infrastrukturanbieters entwertet. Ein solches Ergebnis wäre nicht zuletzt auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten fragwürdig, so dass eine verfassungskonforme Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie vor allem deren Zweck – die Erschließung „weißer Flecken“ – in den Blick nehmen sollte, während Mitnutzungsansprüche eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern in den durch diese bereits versorgten Gebieten einzuschränken wären.

32 In Deutschland wird mit hoher Wahrscheinlichkeit die BNetzA als nationale Streitbeilegungsstelle bestimmt werden

bb) Zugang zur gebäudeinternen physischen Infrastrukturen (Art. 9)

Art. 9 der Kostensenkungsrichtlinie vermittelt den Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze zum Zweck des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen zudem einen Zugangsanspruch zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen, sofern eine Duplizierung technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist. Zugangsverpflichtet ist jeder Inhaber eines Rechtes auf Nutzung des „Zugangspunktes“ bzw. der gebäudeinternen physischen Infrastrukturen.

Der Anspruch auf Zugang zur gebäudeinternen physischen Infrastruktur und der Verlegung bis zum Zugangspunkt dürften durch § 77a TKG³³ und § 76 Abs. 1 TKG („Hausstich“)³⁴ im Wesentlichen bereits umgesetzt sein. Allerdings legen die Formulierung in Art. 9 Abs. 3 der Kostensenkungsrichtlinie und die Definition des Zugangspunktes in Art. 2 Nr. 11 nah, dass auch ein Zugangsanspruch in Bezug auf den Zugangspunkt selbst (also z. B. den APL der Telekom oder den (Haus-)übergabepunkt im Fall von Kabel- oder Glasfasernetzen) bestehen soll, während in Erwägungsgrund 31 nur die Verlegung bis zum Zugangspunkt ausdrückliche Erwähnung findet. Diesbezüglich wäre eine gesetzgeberische Klarstellung im Zuge der Umsetzung der Richtlinie wünschenswert.

c) Koordinierung von Baumaßnahmen und Genehmigungsverfahren (Art. 6 und 7)

aa) Koordinierung von Bauarbeiten (Art. 6)

Die Transparenz- und Informationsrechte von TK-Netzbetreibern in Bezug auf geplante Baumaßnahmen (vgl. oben unter aa)) anderer Netzbetreiber sollen dem TK-Netzbetreiber helfen, seinen aus Art. 5 der Kostensenkungsrichtlinie folgenden Anspruch auf die „Koordinierung“ (gemeint ist vor allem eine Mitverlegung) bei „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten“ wahrzunehmen.

Danach müssen Netzbetreiber, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, einem schriftlich gestellten zumutbaren Antrag eines TK-Netzbetreibers auf Abschluss einer Vereinbarung über die „Koordinierung“ der Bauarbeiten zum Zweck der Errichtung eines TK-Hochgeschwindigkeitsnetzes grundsätzlich entsprechen, sofern

- dadurch keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht werden (bzw. durch den nachfragenden TK-Netzbetreiber übernommen werden),³⁵ einschließlich der durch eine Verzögerung bedingten Kosten
- die Kontrolle über die Koordinierung der Arbeiten nicht behindert wird
- der Koordinierungsantrag so früh wie möglich, spätestens aber einen Monat vor Einreichung des endgültigen Projektantrags bei der Genehmigungsbehörde gestellt wird.

33 Vgl. hierzu Abschnitt II 4a

34 Vgl. hierzu Abschnitt II 3 b cc)

35 Vgl. Erwägungsgrund 25 zur Kostensenkungsrichtlinie

Der Hauptzweck der öffentlich finanzierten Baumaßnahme darf durch die Koordinierung/Mitverlegung der TK-Netzkomponenten nicht beeinträchtigt werden. Die Mitgliedsstaaten können Regeln für die Umlegung der mit der Koordinierung der Bauarbeiten verbundenen Kosten festlegen.

Kommt eine Einigung zwischen den beteiligten Netzbetreibern binnen eines Monats ab Eingang der Verhandlungsanfrage nicht zustande, können die Beteiligten die nationale Streitbelegungsstelle anrufen, die schnellstmöglich – spätestens aber innerhalb von zwei weiteren Monaten – über die Anfrage entscheidet. Auch hier bleibt den Parteien die Möglichkeit der Anrufung eines ordentlichen Gerichts unbenommen.

Soweit die Bauarbeiten nicht ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, besteht selbstverständlich die Möglichkeit freiwilliger Kooperationsvereinbarungen. Hierzu gibt die Kostensenkungsrichtlinie aber keine Vorgaben.³⁶

bb) Genehmigungsverfahren (Art. 7)

Im Vergleich zu den bisher dargestellten Regelungen der Kostensenkungsrichtlinie sind die Regelungen zur Vereinfachung von Genehmigungsverfahren mit Rücksicht auf das Subsidiaritätsprinzip weniger verbindlich formuliert. Die Mitgliedsstaaten gewährleisten, dass alle notwendigen Informationen über die im Zuge der Errichtung eines Hochgeschwindigkeitsnetzes erforderlichen Genehmigungen (z. B. Baurecht, Umweltrecht) über eine zentrale Informationsstelle abrufbar sind. Sie *können* die Möglichkeit der Erteilung aller erforderlicher Genehmigungen in elektronischer Form über die zentrale Informationsstelle vorsehen. Dies erscheint allerdings mit Blick auf die dezentrale Verwaltungsstruktur und die Kompetenzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen als kaum umsetzbar.

Die Mitgliedsstaaten sollen ferner dafür Sorge tragen, dass Genehmigungsverfahren vereinfacht (z. B. durch die Verringerung der Anzahl der erforderlichen Genehmigungen oder durch Freistellungen für bestimmte Kategorien einfacher Bauarbeiten) und schneller abgeschlossen werden. Hierzu sieht die Kostensenkungsrichtlinie eine Regelbearbeitungsfrist von maximal vier Monaten ab Antragstellung vor und regt die Möglichkeit einer „stillschweigenden Genehmigungserteilung“ nach Fristablauf an. Weitere Anregung ist die Einführung einer Entschädigung im Falle einer Verfristung der Genehmigungserteilung.

Letztlich ist es aber den Mitgliedsstaaten weitgehend selbst überlassen, welche der in der Richtlinie vorgeschlagenen Maßnahmen sie am Ende tatsächlich umsetzen.

d) Highspeed-Ready-Regelungen für Neubauten und Renovierungen (Art. 8)

Da die Nachrüstung von Gebäuden mit einer hochleistungsfähigen Gebäudeinfrastruktur einen erheblichen Kostenfaktor bei der Errichtung von Hochgeschwindigkeitsnetzen darstellt, sieht Art. 8 Abs. 1 der Kostensenkungsrichtlinie vor, dass alle Neubauten

36 Vgl. auch Erwägungsgrund 24

und alle umfangreichen Renovierungen, für die nach dem 31.12.2016 eine Baugenehmigung beantragt worden ist, mit einer hochgeschwindigkeitsfähigen physischen Infrastruktur ausgestattet werden, d. h. vor allem mit entsprechenden Leerrohren von jeder Wohnung bis zu einem zentralen Zugangspunkt innerhalb oder außerhalb des Gebäudes, mit dem neu gebaute oder umfangreich renovierte Mehrfamilienhäuser obligatorisch auszustatten sind (Abs. 2).

Art. 8 Abs. 4 lässt Ausnahmen insb. für Einfamilienhäuser zu, wenn die Verpflichtung im Einzelfall unverhältnismäßig wäre, so z. B. bei unter Denkmalschutz stehenden Gebäuden oder Ferienhäusern oder Gebäuden in Gebieten, in denen eine Hochgeschwindigkeitsanbindung wenig wahrscheinlich ist.³⁷

Art. 8 Abs. 3 regelt schließlich die Einführung eines freiwilligen Breitbandzeichens zur Kennzeichnung von Gebäuden mit einer hochleistungsfähigen Inhouseinfrastruktur.

4. Exkurs: Der Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Mitverlegung von Glasfasern und Leerrohren bei notwendigen Arbeiten am Stromnetz

Die Bundesnetzagentur hat im August 2012 einen „Leitfaden für die Verlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren bei notwendigen Arbeiten am Stromnetz“ veröffentlicht.³⁸ Zielsetzung des Leitfadens ist es, klare Regeln für die Anerkennung von Kosten der Breitbandmitverlegung (in der Regel Glasfaser) bei der Regulierung der Stromnetzentgelte zu setzen und damit Anreize für die gleichzeitige Verlegung von Stromleitungen und TK-Infrastruktur zu schaffen. Der Leitfaden kann daher auch für die Kalkulation des „angemessenen Entgeltes“ im Rahmen des nach § 77b TKG durch einen Infrastrukturanbieter zu unterbreitenden Mitnutzungsangebotes von Bedeutung sein.

Der Leitfaden unterscheidet dabei drei mögliche Szenarien:

- Die Mitverlegung durch den Stromnetzbetreiber erfolgt im Auftrag eines TK-Unternehmens und der Stromnetzbetreiber bekommt seine Aufwendungen von diesem erstattet. Die Wirtschaftsgüter werden dann beim TK-Unternehmen aktiviert
- Der Stromnetzbetreiber verlegt die Breitbandinfrastruktur auf eigene Rechnung mit und vermarktet diese dann in Form einer Vermietung an Dritte oder eines Angebots eigener Dienste an die Endkunden. Die Aktivierung der Wirtschaftsgüter erfolgt beim Stromnetzbetreiber, der die Verlegekosten als Stromnetzkosten ansetzen kann. Die aus der Vermarktung der Breitbandinfrastruktur erzielten Erlöse werden wiederum kostenmindernd bei den Stromnetzentgelten berücksichtigt.

³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 29

³⁸ http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer8/BK8_93_Leitfaeden_und_fSV/BK_Energie-Leitfaden_2012_download.pdf?__blob=publicationFile&v=1

- Der Stromnetzbetreiber verlegt die Breitbandinfrastruktur auf eigene Rechnung und verkauft diese anschließend zu „besonderen Konditionen“ an ein TK-Unternehmen. Abhängig von der Konstruktion des Verkaufs (z. B. „Mietkauf“) und der Eigentumslage erfolgt die Kostenberücksichtigung entsprechend den Mitverlegungsmodellen 1 oder 2.

Voraussetzung für eine Berücksichtigung der Glasfaserverlegekosten bei der Regulierung der Stromnetzentgelte ist, dass es sich um „Kosten des Netzes“ handelt (§ 4 Abs. 4 StromNEV). Maßgeblich hierfür ist deren „Betriebsnotwendigkeit“. Da die Verlegung von Telekommunikationsleitungen zur Erfassung von Zählerdaten und für Steuerungssignale auch für den Betrieb des Stromnetzes erforderlich ist, ist die Betriebsnotwendigkeit von Telekommunikationseinrichtungen für Stromnetzzwecke grundsätzlich gegeben. Zudem darf der Betriebszweck der Telekommunikation den eigentlichen Betriebszweck des Stromnetzgeschäftes nicht überlagern. Die Betriebsnotwendigkeit ist im Einzelfall zu bewerten. Die Kosten der Glasfaserverlegung sind im Rahmen der Betriebsnotwendigkeit und unter der Voraussetzung der Effizienz bei der Kalkulation der Stromnetzkosten berücksichtigungsfähig. Das gilt insbesondere für den Fall der Zweitvermarktung, da hier Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden.

Erfolgt die Mitverlegung von Glasfasern im Auftrag des TK-Unternehmens, so sind alle Kosten für die TK-spezifischen Wirtschaftsgüter, wie z. B. die Glasfaserkabel bei dem TK-Unternehmen zu aktivieren. Gleiches gilt hinsichtlich der direkten Zusatzkosten, z. B. zusätzlicher Tiefbaukosten durch eine notwendige Umwegverlegung. Die Kosten für Grabungsarbeiten, die sowohl für den Stromnetzbetrieb als auch für die Verlegung der Breitbandinfrastruktur genutzt werden, sind anhand der Kostenverhältnisse zuzuordnen, die sich jeweils bei der separaten Errichtung einstellen würden. Leistungen, die das TK-Unternehmen für das Stromnetz erbringt (z. B. Netzsteuerung oder „Smart Metering“) werden über entsprechende Dienstleistungsverträge geregelt.

Erfolgt die Mitverlegung und Vermarktung von Glasfaserleitungen durch den Stromnetzbetreiber selbst, so ist ein solches Nebengeschäft anerkennungsfähig, sofern die Mitverlegung im Zuge notwendiger Verlegungsarbeiten im Stromnetz erfolgt, keine gleichwertigen Verbindungen existieren und Dritten ein diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Zugang gewährt wird, der diese in die Lage versetzt, selbst Endkundenanschlüsse und TK-Dienstleistungen anzubieten („Open Access“). Die aus der Vermarktung künftig erzielten Erlöse sind kostenmindernd auf die Stromnetzkosten anzurechnen, so dass ein Vermarktungserfolg dem insoweit in Vorleistung tretenden Nutzer des Stromnetzes Deckungsbeiträge liefert. Dies gilt auch, soweit Infrastrukturen für Breitbandzwecke vermarktet werden, deren Errichtung der Stromnetznutzer über die Netznutzungsentgelte bereits in der Vergangenheit finanziert hat.

Der Stromnetzbetreiber vermarktet die Breitbandinfrastruktur nur in dem Maße, in dem nicht Kapazitäten für den Stromnetzbetrieb zurückgehalten werden müssen. Damit ist sichergestellt, dass die Kosten für die eigene Breitbandnutzung des Stromnetzbetreibers nach der StromNEV behandelt werden. Schließlich muss in der Totalbetrachtung mit dem über den direkten Betriebszweck hinausgehenden Breitbandkapazitäten ein Gewinn erwirtschaftet werden können und es sich bei der Mitverlegung nicht um ein defizitäres Nebengeschäft des Stromnetzbetreibers handeln.

Dem jeweiligen Eigentümer des Breitbandnetzes, also je nach Konstruktion dem TK-Unternehmen oder dem Stromnetzbetreiber, obliegt eine Dokumentationspflicht im Hinblick auf die mitverlegte Breitbandinfrastruktur.

5. Die Mitnutzung von Bundesfern- und Bundeswasserstraßen (§§ 77 c und d TKG)

Während die Öffnung alternativer Infrastrukturen für eine Mitnutzung nach § 77b TKG in Ermangelung weitergehender europarechtlicher Grundlagen auf Instrumente zur Förderung einer Einigung zwischen dem Infrastrukturinhaber und dem Mitnutzungsnachfrager beschränkt ist, gelten im Hinblick auf die bundeseigenen Infrastrukturen echte Mitnutzungsansprüche. Danach hat der Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 Fernstraßengesetz bzw. als Eigentümer einer Bundeswasserstraße grundsätzlich eine Mitbenutzung der Teile der Bundesfern- bzw. Bundeswasserstraße zu gestatten, die für den Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können.

a) Mitnutzungsfähige Infrastruktur

Als für den Auf- und Ausbau von NGN-Netzen geeignete Infrastrukturen kommen bei Bundesfernstraßen insbesondere die für Notruf- und Verkehrsleitsysteme verlegten Leerrohre und Kabeltragwannen entlang der betreffenden Straßen in Betracht, auch wenn letztere nach einer Entscheidung des BGH weder als Bestandteil des Straßenkörpers noch als Nebenanlage im Sinne des § 1 Abs. 4 FStrG zu qualifizieren sind.³⁹ Zu den Bestandteilen einer Bundesfernstraße gehören nach § 1 Abs. 4 FStrG auch Brücken, Tunnel, Dämme und Gräben, deren Nutzung aber oft bereits im Rahmen des nach § 69 TKG zu beantragenden Wegerechts geklärt sein dürfte.

Als mitnutzungsfähige Infrastruktur einer Bundeswasserstraße werden vor allem die dort entlang verlegten Kabelkanäle und -trassen anzusehen sein.

b) Mitnutzungsanspruch

Der Bund hat als Träger der Straßenbaulast nach § 5 FStrG bzw. als Eigentümer der Bundeswasserstraße die Mitbenutzung zu gewähren. Hinsichtlich des Bundes als Träger der Straßenbaulast kann dabei auf die Ausführungen zum Wegerecht⁴⁰ verwiesen werden.

Die Mitbenutzung ist schriftlich zu beantragen. Bei der Bundesnetzagentur sind nach § 77c Abs.3 bzw. § 77d Abs.3 TKG jeweils Listen hinterlegt, an welche zuständigen Stellen der Antrag auf Mitbenutzung konkret zu richten ist.⁴¹ Für die Beantwortung der

39 BGH NVwz 2000, 710, 712 (Urteil vom 3.3.2000 – Az. III ZR 313/98)

40 Vgl. oben unter II 2 a bb (1)

41 http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Infrastrukturatlas/MitnutzungvonBundesverkehrswegen/mitnutzungvon-bundesverkehrswegen-node.html

Anfrage durch die zuständige Stelle ist in §§ 77c,d TKG keine Frist bestimmt. Anders als im Falle des § 77b TKG lässt sich auch aus der Einleitung des Streitbelegungsverfahrens keine Frist ableiten. Jedoch sollte sich die aus § 77b TKG folgende Vier-Wochen-Frist auch hier als Richtschnur heranziehen lassen. Es ist anzunehmen, dass die zuständigen Stellen für Mitnutzungsanfragen festgelegte Prozesse und Mustervereinbarungen entwickeln werden, so dass eine kurzfristige Beantwortung der Anfrage zumutbar ist.⁴²

Die Art und Weise der Mitnutzung ist so auszugestalten, dass sie den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik gerecht wird. Zu den anerkannten Regeln der Technik gehören vor allem die einschlägigen DIN-Vorschriften und die „Technischen Bestimmungen.“⁴³ Ebenso wie die Zustimmung des Trägers der Wegebauart zur Ausübung eines Wegerechts nach § 68 Abs. 3 TKG⁴⁴ können auch die zuständigen Stellen bei der Mitnutzung einer Bundesfern- oder Bundeswasserstraße ihre schriftlich zu erteilende Zustimmung mit Nebenbestimmungen verbinden, die ausschließlich die Art und Weise der Errichtung der Mitbenutzung, die zu beachten den Regeln der Technik, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie die Verkehrsicherungspflicht regeln dürfen und diskriminierungsfrei auszugestalten sind. Insbesondere kann die Zustimmung an eine angemessene Sicherheitsleistung geknüpft werden. Schließlich kann für die Mitbenutzung ein kostendeckendes Entgelt erhoben werden.

c) **Verbindliche Streitschlichtung durch die Bundesnetzagentur nach § 133 Abs. 1 TKG**

Kommt es zwischen den Parteien zu keiner Einigung über den Umfang oder die Art und Weise der Mitbenutzung der Bundesfern- oder Bundeswasserstraße kann bei der Bundesnetzagentur ein Schlichtungsverfahren entsprechend § 133 Abs. 1 und 4 TKG eingeleitet werden (§§ 77c Abs. 2, 77d Abs. 2 TKG). Dieses Verfahren unterscheidet sich nach Form und Rechtsfolgen grundsätzlich von dem oben dargestellten unverbindlichen Schlichtungsverfahren nach § 77b Abs. 2 TKG in Verbindung mit der Schlichtungsordnung.

Die Schlichtungsentscheidung nach § 133 Abs. 1 TKG wird in einem formalen Beschlusskammerverfahren getroffen und ist für die Beteiligten verbindlich. Die Beschlusskammer entscheidet binnen vier Monaten nach der Anrufung durch den Mitnutzungsnachfrager oder den Infrastrukturihaber. Hinsichtlich der Vier-Monats-Frist ist allerdings zu beachten, dass nicht alle Modalitäten zwingend in ein und demselben Schlichtungsverfahren festgelegt werden müssen. Vielmehr kann die Beschlusskammer auch – abhängig vom Antrag und dem Umfang der Streitigkeit – mehrstufig vorgehen. D. h., die Beschlusskammer kann zunächst über den Umfang der Mitnutzung

42 Hoenike/Hartmann: „Das Recht auf Mitnutzung von Infrastrukturen öffentlich-rechtlicher Unternehmen nach dem TKG“ in: „Kommunikation & Recht“ (K&R) Heft 7/8 2012 S. 483–488 (485)

43 Hier ist vor allem Teil C der „Richtlinien für die Benutzung von Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes (Nutzungsrichtlinien)“ zu beachten; <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/richtlinien-fuer-die-benutzung-der-bundesfernstrassen-in-der-baulast-des-bundes-nutzungsrichtlinie.html>

44 Vgl. oben unter II 2 a bb S. 7 ff.

und die mitnutzungsfähige Infrastruktur (sofern streitig), in einem zweiten Verfahren über die Art und Weise der Mitnutzung und den Inhalt der Nebenbestimmungen und erst in einem dritten Verfahren über das angemessene Entgelt entscheiden. Ein solches abgestuftes Vorgehen ist gerade für die ersten Verfahren zu den neu in das TKG aufgenommenen Mitnutzungsansprüchen nach §§ 77c–e TKG gut vorstellbar.

Gemäß § 134 Abs. 2 Nr. 3 TKG können weitere Personen oder Personenvereinigungen an dem Verfahren als Beigeladene beteiligt werden, sofern ihre Interessen durch die Entscheidung berührt werden. Diese Voraussetzung wird für andere TK-Unternehmen regelmäßig an zunehmen sein.

Gegen die verbindliche Schlichtungsentscheidung der Beschlusskammer, die als Verwaltungsakt ergeht, ist nach der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg eröffnet. Widerspruch und Klage haben keine aufschiebende Wirkung.

6. Die Mitnutzung der Eisenbahninfrastruktur (§ 77e TKG)

Ein Anspruch auf Mitnutzung der zum Auf- und Ausbau von NGN-Netzen geeigneten Infrastruktur besteht auch gegenüber Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die sich überwiegend in der Hand des Bundes oder einem dem Bund gehörenden Unternehmen befinden. Adressat der Norm dürfte vor allem die „DB Netz AG“ sein, die als hundertprozentiges Tochterunternehmen der „Deutschen Bahn AG“ gut 87 Prozent des Schienennetzes in Deutschland betreibt.

a) Mitnutzungsfähige Eisenbahninfrastruktur

Die Frage, was genau zur „mitnutzbaren Eisenbahninfrastruktur“ zu rechnen ist, war bereits Gegenstand eines ersten Streitschlichtungsverfahrens bei der Bundesnetzagentur.⁴⁵ Dabei bestand zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass jedenfalls die Kabeltröge und andere Kabelführungssysteme, wie z. B. Leerrohre, die zur Verlegung von Kabeln bestimmt und geeignet sind, grundsätzlich auch Gegenstand einer Mitnutzung sein können. Mit Blick auf die gesetzgeberische Intention, den NGN-Ausbau durch Realisierung von Kostenvorteilen zu fördern und den Normzusammenhang zu den in § 77a Abs. 3 TKG und Art. 12 Abs. 1 RRL (nicht abschließend) erfassten Infrastrukturen hat die Beschlusskammer in der Entscheidung auch andere geeigneten Trägersysteme, also Brücken, Dämme, Drainagen oder Tunnel ebenso wie Böschungen als möglichen Gegenstand der Mitnutzung angesehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Einrichtungen das einzige Trägersystem zur Überwindung eines Naturereignisses sind.⁴⁶

45 GlobalConnect GmbH vs. DB Netz AG Az. BK 3-12/117; Beschluss vom 21.03.2013

46 Dieses weite Verständnis der grundsätzlich mitnutzbaren Eisenbahninfrastruktur wird auch durch sektorspezifische Normen des Eisenbahnrechts gestützt, vgl. z. B. die weite Definition der zur „Eisenbahninfrastruktur“ gehörenden „Eisenbahnbetriebsanlagen in § 18 AEG sowie das Verzeichnis der „Eisenbahninfrastrukturanlagen“ in Anhang I der Richtlinie 2012/34/EU vom 21.11.2012 (Abl. EU L 343/63 vom 14.12.2012)

Mit Blick auf den Gesetzeszweck und das gebotene weite Normverständnis werden in dem Beschluss auch Schienenfußkabel in die mitnutzbare Eisenbahninfrastruktur grundsätzlich einbezogen, wobei die Beschlusskammer darauf hinweist, dass hinsichtlich der frei liegenden Schienenfußkabel die Ausgestaltung der Art und Weise der Mitnutzung sowie Verhältnismäßigkeitsaspekte besonderer Beachtung bedürfen.

Inwieweit auch Grundstücke im Eigentum des Infrastrukturunternehmens als mitnutzbare Eisenbahninfrastruktur anzusehen sind, ist durch das Pilotverfahren noch nicht abschließend beantwortet worden. Nach der Entscheidung der Beschlusskammer ist, sofern kein mitnutzbares Kabelführungssystem vorhanden ist, jedenfalls auch die eigene Verlegung eines Glasfaserkabels im Erdreich als zulässige Form der Mitnutzung von § 77e TKG gedeckt. Damit ist klargestellt, dass die Nutzung des Grundstücks jedenfalls im Kontext der Mitnutzung einer Trägerstruktur, wie eines Tunnels oder eines Damms beansprucht werden kann. Allerdings kann daraus noch kein allgemeiner Zugangsanspruch zu Grundstücken des Eisenbahninfrastrukturunternehmens abgeleitet werden. Der (nicht abschließende) Katalog nach § 77a Abs. 3 TKG umfasst zwar auch ausdrücklich „Gebäude“ und „Gebäudezugänge“, nicht aber „Grundstücke“ im Allgemeinen. Eine pauschale Einbeziehung von Grundstücken könnte als Wertungswiderspruch zu § 76 TKG aufgefasst werden, wonach die Nutzung von Grundstücken, die keine „Verkehrswege“ im Sinne des § 68 Abs. 1 S. 2 TKG sind, nur unter besonderen Voraussetzungen möglich ist. Es spricht daher einiges dafür, die im Eigentum des Infrastrukturunternehmens stehenden Grundstücke jedenfalls nicht pauschal als mitnutzbare Eisenbahninfrastruktur zu qualifizieren. Praktische Bedeutung kann diese Frage für den später noch zu behandelnden Fall der Trassenquerung⁴⁷ gewinnen. Soweit für die Trassenquerung ausschließlich Trägersysteme wie Brücken, Dämme oder Tunnel und die zugehörigen Grundstücke genutzt werden, kann diese aber auf § 77e TKG gestützt werden.

b) Mitnutzungsanspruch

Soweit eine zum Auf- und Ausbau von NGN-Netzen geeignete Eisenbahninfrastruktur vorliegt, besteht zugunsten des Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes grundsätzlich ein Mitnutzungsanspruch.

aa) Mitnutzungsanfrage

Auch für die schriftliche Mitnutzungsanfrage an die „DB Netz AG“ ist bei der Bundesnetzagentur eine zentrale Stelle hinterlegt.⁴⁸ Ebenso wie §§ 77c,d TKG sieht auch § 77e TKG keine explizite Frist für die Beantwortung der Anfrage vor, allerdings wird auch hier vertreten werden können, dass in Anbetracht der zu erwartenden Standardisierung von Prozessen und Vereinbarungen sowie in Relation zur für die Beschlusskammerentscheidung im Schlichtungsverfahren geltenden Vier-Monats-Frist eine Orientierung an der sich aus § 77b TKG ergebenden Vier-Wochen-Frist angemessen ist.

⁴⁷ Siehe hierzu unter II 5

⁴⁸ http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Infrastrukturatlas/MitnutzungvonBundesverkehrswegen/mitnutzungvon-bundesverkehrswegen-node.html

bb) Beschränkung auf vorhandene Kapazitäten und Verteilung begrenzter Kapazitäten

Gerade im Bereich der Eisenbahninfrastruktur kann es – schon wegen bereits vorhandener Mitnutzungen durch Telekommunikationsunternehmen auf der Grundlage früherer freiwilliger Vereinbarungen – zu Kapazitätsengpässen kommen. Der Infrastrukturiereinhaber ist nach § 77e TKG zunächst nur dazu verpflichtet, eine Mitnutzung im Rahmen der vorhandenen Ressourcen zu gewähren, wobei eine notwendige Betriebsreserve zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Bahnbetriebes sowie Sicherheitsgesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Der Infrastrukturiereinhaber muss zur Erfüllung des Mitnutzungsanspruchs also keine zusätzlichen Kapazitäten aufbauen. Gleichwohl zielt § 77e TKG auch darauf ab, Mitnutzungskapazitäten in einem gewissen Umfang bereits bei der Planung neuer Trassen bzw. des Ausbaus vorhandener Trassen zu berücksichtigen.⁴⁹

Sofern die Nachfrage nach einer Mitnutzung durch mehrere Unternehmen die vorhandenen Kapazitäten übersteigt, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien eine Kapazitätsvergabe erfolgt. Da die Eisenbahninfrastrukturen auch „mitnutzbare Einrichtungen“ im Sinne des § 77b TKG sind, ist der Abschluss freiwilliger Nutzungsvereinbarungen neben der Verpflichtung zur Gewährung einer Mitnutzung aus § 77e TKG möglich. Da das „angemessene Entgelt“ (§ 77b Abs. 1 TKG) für die freiwillige Einräumung einer Mitnutzung anders als das „kostendeckende Entgelt“ für die verpflichtende Gewährung einer Mitnutzung (§ 77e Abs. 1 S. 5 TKG) einen Gewinnanteil berücksichtigen darf, besteht ein finanzieller Anreiz für den Infrastrukturiereinhaber, den Partner einer freiwilligen Nutzungsvereinbarung bei der Vergabe der zu verteilenden Kapazitäten gegenüber Mitnutzungsnachfragern nach § 77e TKG zu bevorzugen. Zwar wurde ein Vorrang freiwilliger Vereinbarungen vor der Mitnutzungsverpflichtung im Falle von Kapazitätsengpässen im Gesetzgebungsverfahren diskutiert,⁵⁰ jedoch offenbar bewusst nicht in das TKG aufgenommen. Tatsächlich trifft § 77e TKG keinerlei Regelung für die Kapazitätsvergabe durch den Infrastrukturiereinhaber. Allerdings würde eine vorrangige Behandlung freiwilliger Mitnutzungsvereinbarungen nach § 77b TKG gegenüber Mitnutzungsnachfragern nach § 77e TKG zu einer Aushöhlung der Mitnutzungsanspruchs aus § 77e TKG und damit faktisch zu einer versteckten „Versteigerung“ der vorhandenen Kapazitäten führen. Dies wäre weder mit der in § 77e TKG geforderten diskriminierungsfreien Ausgestaltung von Mitnutzungsvereinbarungen noch mit der gesetzgeberischen Absicht vereinbar, die Kosten für den Breitbandausbau durch die Mitnutzung der Eisenbahninfrastruktur signifikant zu reduzieren.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Anwendung des Prioritätsprinzips, also die Betrachtung der Reihenfolge der Mitnutzungsanfragen, als ein sachgerechtes Kriterium zur Verteilung begrenzter Ressourcen. Allerdings sollte das Prioritätsprinzip im Sinne einer möglichst optimalen Ausnutzung der vorhandenen Ressourcen mit entsprechenden Sicherungen versehen werden. Zum einen sollte der Infrastrukturiereinhaber bei der

49 Beschlussempfehlung des Bundestages BT-Brs. 17/7521, S. 144

50 Hierzu Hoenike/Hartmann: „Das Recht auf Mitnutzung von Infrastrukturen öffentlich-rechtlicher Unternehmen nach dem TKG“ in: „Kommunikation & Recht“ (K&R) Heft 7/8 2012 S. 483–488 (487)

Vergabe eine Plausibilitätsprüfung mit Blick auf den tatsächlichen Bedarf für die nachgefragten Kapazitäten vornehmen. Zum anderen sollten Wiederverkaufsmodelle hinsichtlich der mitnutzbaren Infrastruktur in der Nutzungsvereinbarung ausgeschlossen oder zumindest begrenzt werden. Schließlich wäre durch die Aufnahme entsprechender (Teil-) Kündigungsmöglichkeiten in die Nutzungsvereinbarung sicherzustellen, dass tatsächlich nicht mitgenutzte Infrastrukturrressourcen nach einer bestimmten Frist wieder zur Verteilung zur Verfügung stehen.

cc) Art und Weise der Mitnutzung

Ebenso wie §§ 77c,d TKG für die Mitnutzung von Bundesfern- und Bundeswasserstraßen sowie § 68 Abs.3 TKG allgemein für die Nutzung von Wegerechten knüpft auch § 77e Abs.1 S.2–4 TKG für die Mitnutzung der Eisenbahninfrastruktur an bestimmte Bedingungen bezüglich der Art und Weise der Mitnutzung an.

Die Mitnutzung ist danach anhand der Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik auszurichten. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen kann die Zustimmung zur Mitnutzung mit Nebenbedingungen versehen, die diskriminierungsfrei ausgestaltet sind und nur die Art und Weise der Errichtung der Mitnutzung sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik, die Sicherheit und Leichtigkeit des Eisenbahnverkehrs und die zu beachtenden Verkehrssicherungspflichten betreffen dürfen. Zudem kann die Zustimmung von einer angemessenen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

dd) Kostendeckendes Entgelt

Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen darf für die Mitnutzung ein kostendeckendes Entgelt verlangen, d. h., das Entgelt darf keinen Gewinnanteil enthalten. Die Frage, ob sich die Kostendeckung auf die Kosten des konkret nachgefragten Streckenabschnitt beziehen muss oder ob Kilometerpauschalen berechnet werden dürfen, ist im Sinne einer transparenten und vom Aufwand her handhabbaren Lösung wohl im Sinne einer Pauschalierung zu beantworten. Im vergleichbaren Fall der Entgeltregulierung für die Nutzung von Kabelkanalanlagen der Telekom Deutschland GmbH nach dem Maßstab der „Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“ (KeL) hat die Bundesnetzagentur ein pauschales Entgelt pro „Meter Leerrohr“ festgelegt.

c) Verbindliche Streitschlichtung durch die Bundesnetzagentur nach § 133 TKG

Kommt eine Einigung über die Mitnutzung selbst oder ihre Modalitäten nicht zustande, kann jeder der Beteiligten bei der Bundesnetzagentur ein Streitschlichtungsverfahren entsprechend § 133 Abs.1 und 4 TKG einleiten (§ 77e Abs.2 TKG). An dem Verfahren ist das Eisenbahn-Bundesamt als Aufsichtsbehörde zwingend zu beteiligen. Die Bundesnetzagentur trifft innerhalb von vier Monaten in einem formalen Beschlusskammerverfahren eine für die Parteien verbindliche Schlichtungsentscheidung, die auch das kostendeckende Mitnutzungsentgelt einschließen kann. Gegebenenfalls können Streitigkeiten über den Umfang der mitnutzbaren Infrastruktur, die Bedingungen der Mit-

nutzung und das kostendeckende Entgelt durch die Beschlusskammer in aufeinander folgenden Schlichtungsverfahren abgeschichtet werden. Gegenstand der Schlichtung kann auch die Frage sein, ob Kapazitäten zur Verfügung stehen bzw. ob knappe Kapazitäten durch den Infrastrukturihaber sachgerecht und diskriminierungsfrei vergeben worden sind. Für die Einzelheiten zu Form und Ablauf des Schlichtungsverfahrens nach § 133 TKG kann auf die Ausführungen oben unter Ziffer III 3 c verwiesen werden.

7. Exkurs: Bahntrassenquerung

Wie bereits ausgeführt, gehören Grundstücke nicht pauschal zu der nach § 77e TKG mitnutzbaren Eisenbahninfrastruktur. Soweit die Verlegung von Leitungen und Leitungsrohren zur Querung von Bahntrassen im konkreten Fall nicht auf einen Mitnutzungsanspruch nach § 77e TKG gestützt werden kann, muss die Grundstücksnutzung rechtlich anders abgesichert werden.

a) Gas- und Wasserleitungskreuzungsrichtlinien 2012 (GWKR)

Abhilfe dürften in vielen Fällen die zwischen der Energie- und Wasserwirtschaft⁵¹ und den betroffenen Konzernunternehmen der Deutschen Bahn AG bzw. deren Tochtergesellschaften (DB) vereinbarten „Gas- und Wasserleitungskreuzungsrichtlinien“ (GWKR) schaffen.⁵² Dabei beschränkt sich der Begriff der „Kreuzung“ nicht auf die eigentliche Querung, sondern umfasst alle in die Richtlinien einbezogenen Leitungen in oder über dem Gelände der DB, also auch parallel zu den Bahntrassen verlegte Leitungen.⁵³

Die Neufassung der GWKR 2012 berücksichtigt dabei erstmals auch die Verlegung und den Betrieb kommerziell genutzter Telekommunikationsleitungen (Breitbandkabel und LWL-Kabel), die parallel zu den Ver- und Versorgungsleitungen verlegt werden und im Eigentum der in die Vereinbarung einbezogenen Gasnetzbetreiber und Wasserversorgungs- bzw. -entsorgungsunternehmen stehen (Ziffer 1 Abs. 2 der „Rechtlichen Regelungen“ der GWKR 2012). Als parallel verlegt gelten dabei alle Leitungen, die innerhalb des bestehenden Schutzstreifens der Ver- und Versorgungsleitung errichtet werden. Auf eine zeitgleiche Errichtung der Telekommunikationslinie mit der Ver- und Versorgungsleitung kommt es nicht an, auch eine nachträglich errichtete Telekommunikationsleitung ist Bestandteil der GWKR 2012.

Die GWKR 2012 sind modular aufgebaut und enthalten rechtliche, technische und kommerzielle Regelungen sowie die zu verwendenden Antrags- und Vertragsmuster.

51 Namentlich dem „Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft“ (BDEW) und dem „Deutschen Verein des Gas- und Wasserfachs“ (DVGW)

52 Für Nichtbundeseigene Eisenbahnen beachte die „Richtlinien über Kreuzungen von Fernmeldelinien der Deutschen Bundespost (DPB) mit Gelände der Nichtbundeseigenen Eisenbahnen“ („NE-Fernmeldekreuzungsrichtlinien 1986“)

53 Ziffer 1 Abs. 4 der „Rechtlichen Regelungen“ der GWKR 2012

Dabei ist für jede „Kreuzung“ ein Einzelvertrag abzuschließen, in den die über eine Rahmenvereinbarung die GWKR 2012 einbezogen werden.

In den Fällen, in denen die GWKR-2012 keine direkte Anwendung findet, weil die Telekommunikationsleitung nicht im Eigentum eines Unternehmens der Gas- und Wasserwirtschaft steht, kann die Trassenquerung rechtlich auf die Duldungsverpflichtung des Grundstückseigentümers wegen bereits bestehender Nutzungsrechte (§ 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG) oder (subsidiär) wegen einer nur unwesentlichen Beeinträchtigung des Grundstücks (§ 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG) gestützt werden. Die Vorschriften sind anwendbar, weil es sich bei den Schienenwegen mangels einer entsprechenden straßenrechtlichen Widmung nicht um „öffentliche Verkehrswege“ im Sinne des § 68 TKG handelt.⁵⁴

Für die tatbestandlichen Voraussetzungen der Duldungsverpflichtung kann im Wesentlichen auf die Ausführungen unter Ziffer II 3 c verwiesen werden.

Die auf der Grundlage der GWKR-2012 geschlossenen Rahmenvereinbarungen und Kreuzungsverträge sind, wie alle Gestattungsverträge der Bahn mit Versorgungsunternehmen, als ein „die Leitung oder Anlage sicherndes Recht“ im Sinne des § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG anzusehen. Allerdings wird der Rückgriff auf die Vorschrift wegen der Einbeziehung von Breitbandkabeln bzw. LWL-Leitungen in die Kreuzungsrichtlinien oft nicht mehr notwendig sein. Die Duldungsverpflichtung wegen einer nur unwesentlichen Beeinträchtigungen des Grundstücks nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG gewinnt insoweit den Charakter einer Auffangvorschrift. Bei der Bestimmung der Zumutbarkeit des Eingriffs (das „Wie“ der Trassenquerung“) sowie des angemessenen Ausgleichs für die Beeinträchtigung (§ 76 Abs. 2 TKG) kann wiederum auf die technischen und kommerziellen Regelungen der GWKR 2012 zurückgegriffen werden.

Ebenso könnte für die Ausgestaltung der Art und Weise einer Mitnutzung nach § 77e TKG auf Regelungen der GWKR aufgesetzt werden.

Die Stromleitungskreuzungsrichtlinie (SKR) wird zurzeit überarbeitet. Es kann erwartet werden, dass hier eine analoge Regelung zur Errichtung von LWL-Kabeln im Zuge der Verlegung von Stromleitungen getroffen wird.

b) Fernmeldekreuzungsrichtlinie (FmKR)

Ist die Mitverlegung von LWL- und anderen Breitbandkabeln in Zusammenhang mit der Kreuzung von Gas-, Wasser- oder Stromleitungen geregelt, so fehlte es bislang noch an einer Regelung für den Fall, dass ausschließlich eine TK-Infrastruktur das Gelände der DB kreuzen soll. Diesbezüglich gab es bislang ausschließlich eine Vereinbarung der DB mit der Telekom. Allerdings steht die Vereinbarung einer „Fernmeldekreuzungsrichtlinie“ (FmKR) für die gesamte TK-Branche mit der DB kurz vor dem Abschluss. Ein Inkrafttreten ist vorbehaltlich der Zustimmung des Eisenbahnbundesamtes (EBA)

54 Hoeren/Welp in Hoeren: „Handbuch Wegerechte und Telekommunikation“ I.A. München 2007 Kapitel 4.5 Rn.20

noch für 2015 geplant.⁵⁵ Durch die FmKR werden das Antrags- und Bearbeitungsverfahren bei der DB standardisiert und feste Bearbeitungsfristen gewährleistet. Für die TK-Unternehmen (TKU) wird damit eine Bahntrassenquerung kalkulierbar.

Die FmKR gliedert sich in einen Technischen Teil (incl. Prozessbeschreibung) und in einen Rechtlichen Teil. Das TKU stellt dabei unter Verwendung eines Formblatts der DB Services Immobilien GmbH, (www.deutschebahn.com/dbsimm) einen Antrag auf Herstellung, Änderung oder Beseitigung einer TK-Linie auf dem Gelände der DB. Dem Antrag sind verschiedene Unterlagen beizufügen.⁵⁶

Die DB bestätigt den Eingang des Antrags binnen 5 Werktagen und prüft die Vollständigkeit und Richtigkeit des Antrags. Soweit Unterlagen fehlen oder mangelhaft sind, teilt die Bahn dies dem TKU innerhalb von 4 Wochen nach der Eingangsbestätigung mit. Liegen die Unterlagen vollständig und fehlerfrei vor, bearbeitet die DB den Antrag binnen 8 Wochen. Ist der Antrag zustimmungsfähig, übersendet die Bahn dem Antragsteller einen unterzeichneten Einzelvertrag (auf der Basis des der FmKR anliegenden Mustervertrages) über die Kreuzung. Zudem muss eine Abstimmung mit der „DB Netz AG (Technisches Baurecht)“ über die konkrete technische Realisierung der Kreuzungsmaßnahme erfolgen.

Für die Bearbeitung des Kreuzungsantrags fällt ein Bearbeitungsentgelt an, welches sich an den Vereinbarungen mit anderen Branchen orientieren soll. Hinzu kommt ein einmaliger Betrag für die Nutzung des DB-Grundstücks sowie gemäß der Gebührenordnung der DB ein Entgelt für die Bereitstellung des Kartenmaterials.

Umstritten war lange Zeit die Kostentragung im Falle der Verlegung einer Kreuzung. Wird die Kreuzungsänderung durch die DB verursacht, soll diese 30 Prozent der Folgekosten übernehmen. Allerdings bedarf diese Kostenverteilungsregelung einer gesonderten Zustimmung des Eisenbahnbundesamtes (EBA). Um die Einführung der FmKR nicht langfristig zu verzögern, ist daher vorgesehen, dass das TKU bis zu einer Entscheidung des EBA die ihm entstehenden Folgekosten einer durch die DB verursachten Kreuzungsänderung zunächst komplett selbst trägt und ggf. eine rückwirkende Verrechnung erfolgen soll. Wird die Kreuzungsänderung durch einen Dritten veranlasst, sollen die dem TKU entstehenden Folgekosten vorrangig durch den Dritten getragen werden. Ist dies rechtlich nicht möglich, etwa weil der Dritte Rechte aus einem Planfeststellungsverfahren wahrnimmt, soll eine Verteilung der Folgekosten im Verhältnis 70 Prozent DB und 30 Prozent TKU erfolgen.

55 Die weiteren Ausführungen beziehen sich auf den zwischen der DB, der Telekom und den TK-Branchenverbänden ausgehandelten Stand vom 31.10.2014. Einzelne Änderungen infolge des Genehmigungsverfahren beim EBA sind noch möglich.

56 Eine Checkliste der einzureichenden Unterlagen ist unter http://www.deutschebahn.com/file/5495004/data/Verlegung_von_Leitungen.pdf veröffentlicht.