

WIRTSCHAFTSRAT Recht

Mitnutzung kommunaler Ver- und Entsorgungsinfrastrukturen: Rechte und Pflichten nach dem DigiNetzG

Rechtliche und vertragliche Hinweise

RAin Meike Austen
Bleichenbrücke 11
20354 Hamburg
Tel: 040- 37669-218
Fax: 040- 37669-222
E-Mail: m.austen@wr-recht.de

Stand: 11.11.2016

Inhalt

I. Einleitung.....	3
II. Rechtlicher Rahmen für den Breitbandausbau	5
1) § 70 TKG: Mitnutzung und Wegerecht.....	5
2) § 75 Abs. 2 TKG: Spätere besondere Anlagen.....	6
3) § 77a TKG: Infrastrukturatlas der zentralen Informationsstelle des Bundes.....	8
a) Inhalt der Neuregelung	8
b) Adressaten der Informationspflichten	8
c) Umfang der Informationspflichten	9
d) Einsichtnahmerecht	10
e) Ausnahmefälle.....	11
4) § 77b TKG: Informationen über passive Infrastrukturen	13
a) Adressaten.....	13
b) Inhalt und Umfang der Informationen.....	13
c) Ausnahmen.....	14
5) § 77c TKG: Vor-Ort-Untersuchungen passiver Infrastrukturen.....	14
a) Adressaten.....	14
b) Inhalt des Informationsermittlungsanspruchs.....	14
c) Ausnahmen.....	15
6) § 77d – g TKG: Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze	16
a) Adressaten der Mitnutzungspflicht.....	16
b) Antrag.....	17
c) Inhalt und Umfang der Mitnutzung.....	17
d) Einnahmen der Mitnutzung	19
e) Ablehnungsgründe	19
7) §§ 77h – j TKG: Bauarbeiten und Mitverlegung	22
a) § 77h TKG: Informationen über Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen	23
b) § 77i Abs.1-5 TKG: Koordination von Bauarbeiten.....	25
c) § 77i Abs.6-7 TKG: Mitverlegungsanspruch.....	27
d) § 77j TKG: Allgemeine Informationen über Verfahrensbedingungen bei Bauarbeiten.....	29
8) §§ 76 und 77k TKG: Netzinfrastruktur von Gebäuden	29
a) § 77k Abs. 1 TKG: Einrichtung in den Räumen des Teilnehmers.....	30
b) § 76 TKG: Hausstich.....	30
c) § 77k Abs.2 und 3 TKG: Mitnutzung	31
9) §§ 77l – m TKG: Verfahrensfragen	32
a) § 77l TKG: Antragsform und Reihenfolge.....	32

b) § 77m TKG: Vertraulichkeit der Verfahren.....	32
10) Die Rolle der Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle	33
a) §§ 132, 134 a TKG n.F.: Grundlagen zum Verfahren der nationalen Streitbeilegung	33
b) § 77n TKG n.F.: Fristen, Entgeltmaßstäbe und Regulierungsziele der nationalen Streitbeilegung	34
c) Auskunftsansprüche der Bundesnetzagentur	35
III. Vertragliche Ausgestaltung der Mitnutzung	37
1) Vertragsgegenstand	37
2) Übergabe und Nutzung	38
3) Regelungen zum Entgelt.....	39
4) Instandhaltung, Änderungen, Erweiterungen, Umverlegung	39
5) Störungen, Verfügbarkeit und Service-Level.....	40
6) Zugang zu mitgenutzten Infrastrukturen	41
7) Arbeitssicherheit	41
8) Ansprechpartner und Kommunikationswege	42
9) Überlassung an Dritte	42
10) Datensicherheit/Vertraulichkeit	42
11) Haftung.....	43
12) Vertragslaufzeit / Kündigung.....	43

I. Einleitung

Am 15. Mai 2014 erließen das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation („Kostensenkungsrichtlinie“). Im Vorfeld hatten bereits einige Mitgliedsstaaten Maßnahmen zur Verringerung der Kosten des Breitbandausbaus getroffen, ohne dass dies jedoch flächendeckend erfolgt wäre. Demgegenüber sollte eine unionsweite Übernahme dieser Maßnahmen die Verwirklichung des digitalen Binnenmarktes beträchtlich verbessern.

Daher sieht die Kostensenkungsrichtlinie in Art. 13 die Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten bis zum 01. Januar 2016 und die Anwendbarkeit ab dem 01. Juli 2016 vor. Das Bundeskabinett beschloss am 27. Januar 2016 über den von Verkehrsminister Dobrindt vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG). Am 7. Juli 2016 beschloss der Bundestag in 2. und 3. Lesung den Gesetzentwurf, am 23. September 2016 auch der Bundesrat. Das Gesetz tritt, mit einer Ausnahme, die am 14. August 2018 in Kraft treten soll, am Tag seiner Verkündung in Kraft.

Das DigiNetzG verfolgt, wie auch die ihm zugrundeliegende Kostensenkungsrichtlinie, das Ziel der Senkung der Kosten für den Auf- und Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Dabei werden im weiteren Sinne die Ziele der Mitteilung der Kommission „Digitale Agenda für Europa – digitale Impulse für das Wachstum in Europa“ („Digitale Agenda“) weiterverfolgt. Diese strebt die Entwicklung eines digitalen Binnenmarktes an, mittels dessen ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum in Europa gefördert werden soll. Die Umsetzung soll unter anderem durch schnelle und ultraschnelle Internetzugänge über Zugangsnetze der nächsten Generation (NGA) erfolgen, die allen zur Verfügung stehen und kostengünstig sind¹. Konkret sollen bis zum Jahr 2020 alle Europäer Zugang zu Internet-Geschwindigkeiten von mehr als 30 MBit/s haben, mindestens 50% der Haushalte in der Union sogar zu Internetanschlüssen mit mehr als 100 MBit/s.

Um den angestrebten Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze kostenverträglich zu gestalten, ist eine Senkung der Kosten im Vergleich zu den bisherigen Ausbauvorhaben erforderlich. Dies soll insbesondere durch eine Begrenzung der besonders kostenintensiven Hoch- und Tiefbaumaßnahmen, auf die bis zu 80 Prozent der Investitionskosten entfallen, erfolgen.

Kostensenkungen sollen etwa durch die Nutzung bestehender passiver Infrastrukturen (Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte u.a.) sowie durch die Verpflichtung zur Mitverlegung von Glasfaserkabeln bei öffentlich finanzierten Bauarbeiten bewirkt werden. Auf diese Weise sollen also Synergien besser ausgeschöpft werden. Weiterhin sollen durch die bessere Koordinierung von Bauarbeiten und durch Erleichterungen bei den ansonsten aufwändigen Genehmigungsverfahren sowie durch Anpassungen bei den Wegerechtsregelungen, z.B. durch die Möglichkeit der Verlegung in geringerer Verlegetiefe, Kostensenkungen möglich sein.

Das EU-Parlament und, ihm folgend, der deutsche Gesetzgeber verfolgen also das Ziel der Kostensenkung auf mehreren Stufen. Zum einen sollen die Kosten für Tiefbauarbeiten insgesamt eingegrenzt werden, in dem durch Mitverlegungen und Nutzung bestehender Infrastrukturen weniger Aufwand anfallen soll. Zum anderen sollen für die Fälle, in denen es dennoch der Ausführung von Tiefbauarbeiten bedarf, diese durch Vereinfachungen der Genehmigungsverfahren sowie der wegerechtlichen Vorgaben erleichtert und somit effizienter gestaltet werden.

¹ Mitteilung der Kommission vom 19. Mai 2010 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Eine Digitale Agenda für Europa“ [KOM(2010) 245].

Die Umsetzung erfolgt im deutschen Recht auf breiter Ebene durch Anpassung zahlreicher Rechtsnormen. Geändert werden

- das Telekommunikationsgesetz,
- das Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,
- die Frequenznutzungsplanaufstellungsverordnung,
- das Bundesverfassungsschutzgesetz,
- die Frequenzschutzbeitragsverordnung,
- die Telekommunikationsgebührenverordnung,
- das Post- und Telekommunikationssicherstellungsgesetz,
- das Amateurfunkgesetz,
- das Gesetz zu der Konstitution und der Konvention der Internationalen Fernmeldeunion vom 22. Dezember 1992 sowie zu den Änderungen der Konstitution und der Konvention der Internationalen Fernmeldeunion vom 14. Oktober 1994,
- das Gesetz zu den Änderungsurkunden vom 24. November 2006 zur Konstitution und zur Konvention der Internationalen Fernmeldeunion vom 22. Dezember 1992,
- das Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes.

II. Rechtlicher Rahmen für den Breitbandausbau

Die weitgehendsten Auswirkungen hat das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) auf das Telekommunikationsgesetz. Dieses erhält nicht nur in § 3 neue Definitionen („Digitales Hochgeschwindigkeitsnetz“, „Öffentliche Versorgungsnetze“, „Überbau“), sondern insbesondere zahlreiche Neuregelungen zu Mitbenutzungen und Informationspflichten.

1) § 70 TKG: Mitnutzung und Wegerecht

Eine Erweiterung erfährt zunächst § 70 TKG, der durch das DigiNetzG neu gefasst wird und das Angebot der Mitbenutzung in Bezug auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze, aber auch weitere Inhalte näher ausführt.

§ 70 TKG alte Fassung lautet wie folgt:

§70 Mitbenutzung

Soweit die Ausübung des Rechts nach § 68 für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist, besteht ein Anspruch auf Duldung der Mitbenutzung anderer für die Aufnahme von Telekommunikationskabeln vorgesehenen Einrichtungen, wenn die Mitbenutzung wirtschaftlich zumutbar ist und keine zusätzlichen größeren Baumaßnahmen erforderlich werden. In diesem Fall hat der Mitbenutzungsberechtigte an den Mitbenutzungsverpflichteten einen angemessenen geldwerten Ausgleich zu leisten.

§ 70 TKG neue Fassung lautet wie folgt:

§ 70 Mitnutzung und Wegerecht

- (1) Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze dürfen ihre passiven Netzinfrastrukturen Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze für den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zur Mitnutzung anbieten. Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze dürfen ihre passiven Netzinfrastrukturen Eigentümern oder Betreibern anderer öffentlicher Versorgungsnetze für deren Netzausbau zur Mitnutzung anbieten.*
- (2) Soweit die Ausübung der Nutzungsberechtigung nach § 68 für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist, können andere passive Netzinfrastrukturen öffentlicher Versorgungsnetzbetreiber unter den Voraussetzungen der §§ 77d, 77e und 77g mitgenutzt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Telekommunikationslinie zum Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes genutzt werden kann.*

- (3) *Soweit die Nutzungsberechtigung nach § 68 für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien auf die Eisenbahninfrastruktur nicht anwendbar ist und es sich bei der Eisenbahninfrastruktur nicht um eine passive Netzinfrastruktur handelt, können Teile der Eisenbahninfrastruktur nach den §§ 77d, 77e und 77g mitgenutzt werden, soweit sie zum Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen geeignet sind. Die §§ 77a bis 77c gelten entsprechend.*

Vergleichsweise geringe Bedeutung hat die Neuregelung in Abs.1, die lediglich die Inhaber regulierter, geförderter oder öffentlicher Netze betrifft, da sie regelmäßig der Zweckbindung unterworfen werden und somit an Kosteneinsparungen gebunden sind. Hingegen besteht für private Infrastrukturihaber nur eine klarstellende, aber keine praktisch bindende Wirkung. Der im Wesentlichen dem alten § 70 TKG a.F. entsprechende Abs.2 sieht die Möglichkeit der Mitnutzung auch für andere als digitale Hochgeschwindigkeitsnetze vor und geht damit in Fällen, in denen eine Neuverlegung ansonsten unwirtschaftlich wäre, über die Kostensenkungsrichtlinie hinaus. Über den Verweis auf §§ 77d, e und g TKG könnte der Eindruck entstehen, dass auch in diesem Fall die Mitverlegung auf NGA-fähige Infrastruktur (Glasfaser) beschränkt wird, was der Gesetzgeber aber laut seiner Gesetzesbegründung ausdrücklich nicht beabsichtigt hat². Ob diese Formulierung noch klargestellt wird bzw. ob diese Formulierung in der Zukunft für Unklarheiten sorgen wird, bleibt abzuwarten, ist aber aufgrund der im Vergleich zu den §§ 77d ff. TKG n.F. vergleichsweise geringen Bedeutung des § 70 Abs.2 TKG eher unwahrscheinlich.

2) § 75 Abs. 2 TKG: Spätere besondere Anlagen

Über die Kostensenkungsrichtlinie hinaus geht die Neufassung des § 75 Abs.2 TKG zu späteren besonderen Anlagen. Die Änderung hat den Zweck, den Bedürfnissen der Praxis besser zu entsprechen, in dem technisch veraltete Anknüpfungspunkte aktualisiert werden. Zudem wird dadurch die Möglichkeiten der Verpflichteten, die Verlegung zu verweigern, eingeschränkt und somit der Handlungsspielraum der Betreiber späterer besonderer Anlagen erweitert.

Der Begriff der „besonderen Anlagen“ ist in § 74 Abs.1 S.1 TKG (sowohl in der alten als auch in der neuen Fassung) legaldefiniert als „der Wegeunterhaltung dienende Einrichtungen, Kanalisations-, Wasser- Gasleitungen, Schienenbahnen, elektrische Anlagen und dergleichen“. Damit stellen „besondere Anlagen“ Einrichtungen an, in oder auf Verkehrswegen dar, die nicht dem bestimmungsgemäßen Zweck des Wegs dienen, also keine Bauteile, die zum Verkehrsweg gehören (Bsp.: Pfeiler einer Straßenbrücke) sind³. Keine besonderen Anlagen sind hingegen die Telekommunikationslinien eines Nutzungsberechtigten i. S. v. § 68 TKG⁴.

² Vgl. Begründung zum DigiNetzG zu Nummer 10 (§70 Mitbenutzung und Wegerecht), S.61.

³ Beck'scher TKG-Kommentar, §74, Rn. 4.

⁴ Beck'scher TKG-Kommentar, §74, Rn. 5.

§ 75 Abs.2 TKG alte Fassung lautet wie folgt:

(2) *Dem Verlangen auf Verlegung oder Veränderung einer Telekommunikationslinie muss auf Kosten des Nutzungsberechtigten stattgegeben werden, wenn sonst die Herstellung einer späteren besonderen Anlage unterbleiben müsste oder wesentlich erschwert werden würde, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses, insbesondere aus volkswirtschaftlichen oder Verkehrsrücksichten, von den Wegeunterhaltungspflichtigen oder unter ihrer überwiegenden Beteiligung ausgeführt werden soll. Dient eine kabelgebundene Telekommunikationslinie nicht lediglich dem Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr, kann ihre Verlegung nur dann verlangt werden, wenn die kabelgebundene Telekommunikationslinie ohne Aufwendung unverhältnismäßig hoher Kosten anderweitig ihrem Zweck entsprechend untergebracht werden kann.*

§ 75 Abs.2 TKG neue Fassung lautet wie folgt:

(2) *Der Inhaber oder Betreiber einer späteren besonderen Anlage kann vom Nutzungsberechtigten verlangen, dass eine Telekommunikationslinie auf dessen Kosten verlegt oder verändert wird, wenn*

- 1. ohne die Verlegung oder Veränderung die Errichtung der späteren besonderen Anlage unterbleiben müsste oder wesentlich erschwert würde,*
- 2. die Errichtung der späteren besonderen Anlage aus Gründen des öffentlichen Interesses, insbesondere aus volkswirtschaftlichen Gründen oder wegen Verkehrsrücksichten, von den Wegeunterhaltungspflichtigen oder unter ihrer überwiegenden Beteiligung vollständig oder überwiegend ausgeführt werden soll und*
- 3. die Kosten des Nutzungsberechtigten nicht unverhältnismäßig sind.*

Liegen nur die Voraussetzungen nach Satz 1 Nummer 1 und Nummer 2 vor, so kann eine Verlegung oder Veränderung auch dann verlangt werden, wenn der Inhaber oder Betreiber der späteren besonderen Anlage die Kosten teilweise erstattet, so dass die vom Nutzungsberechtigten zu tragenden Kosten verhältnismäßig ausfallen.

Mit „Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr“ erstellt der Gesetzgeber eine negative Abgrenzung zu „Fernlinien“. Diese liegen immer dann vor, wenn eine Telekommunikationslinie nicht lediglich dem Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr dient, sondern zumindest eine Leitung der Kabeltrasse für den Fernverkehr bestimmt ist und technisch den höheren Anforderungen für diesen Verkehr entspricht. Unter den Begriff der „Fernlinie“ fallen daher auch Leitungen zwischen Ortsvermittlungsstellen und Fernvermittlungsstellen sowie Leitungen zwischen Fernvermittlungsstellen⁵.

Durch diese Regelung wird der Handlungsspielraum des Betreibers oder Inhabers der späteren besonderen Anlage insofern erweitert, als die Verlegung einer Telekommunikationslinie vom Nutzungsberechtigten einer späteren besonderen Anlage nun immer verlangt werden kann, also auch dann, wenn die Kosten bei Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr (auf deren Abgrenzung in der Neuregelung verzichtet wird) unverhältnismäßig hoch sind. Zuvor bestand im Fall unverhältnismäßig hoher Kosten die Möglichkeit, die Verlegung zu verweigern.

⁵ Schütz: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013. §75 TKG, Rn.24.

Andererseits werden die vom Nutzungsberechtigten zu tragenden Lasten in jedem Fall auf verhältnismäßige Kosten begrenzt (also auch bei Verlegungen im Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr, deren Unterscheidung auch hier zukünftig entfällt). Die „verhältnismäßige Kosten“ übersteigenden Beträge können dann dem Betreiber oder Inhaber der späteren besonderen Anlage auferlegt werden.

3) § 77a TKG: Infrastrukturatlas der zentralen Informationsstelle des Bundes

Als erste Regelung in dem ebenfalls neu eingeführten „Unterabschnitt 2 Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze“ (Art. 1 Nr.13 DigiNetzG) findet sich der vollständig neu gefasste § 77a TKG. Während die bisherige Fassung des § 77a TKG die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen durch Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze eher allgemein regelt, führt die Neufassung zunächst den Infrastrukturatlas ein, der die praktische Umsetzung der in den folgenden Passagen geregelten Mitnutzungsrechte ermöglichen soll. Die schon bisher in § 77a Abs.3 TKG a.F. vorhandene Möglichkeit der Verpflichtung zur Datenlieferung mittels Verwaltungsakt wird umfassend erweitert.

a) Inhalt der Neuregelung

In der Neufassung des § 77a TKG wird die schon bisher in § 77a Abs.3 TKG a.F. vorhandene Möglichkeit der Verpflichtung zur Datenlieferung mittels Verwaltungsakt umfassend erweitert. Dabei enthält Abs.1 zunächst einen Überblick über die Inhalte des neuen Infrastrukturatlases. Abs. 2 beinhaltet Auskunftspflichten und Abs.3 Einsichtnahmerechte, Abs.4 schließlich Ausnahmen von den Informationspflichten.

Nicht geändert wurden die Regelungen zum Verfahren der Datenauskunft. Es bleibt also dabei, dass die Bundesnetzagentur die Verpflichtung zur Auskunft der Infrastrukturdaten in Form von Verwaltungsakten gemäß § 35 VwVfG erlassen wird. Vor Erlass dieser findet nach § 28 VwVfG eine Anhörung der Betroffenen statt. Möglich sind daneben auch freiwillige Datenlieferungen oder öffentlich-rechtliche Verträge gemäß § 54 VwVfG⁶.

b) Adressaten der Informationspflichten

Die Informationspflichten treffen gemäß § 77 a Abs.2 TKG n.F. Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können. Der Begriff „öffentliches Versorgungsnetz“ wird in § 3 Nr.16b der Neufassung des TKG legaldefiniert als

entstehende, betriebene oder stillgelegte physische Infrastrukturen für die öffentliche Bereitstellung von

a) Erzeugungs-, Leitungs- oder Verteilungsdiensten für

aa) Telekommunikation,

bb) Gas,

cc) Elektrizität, einschließlich der Elektrizität für die öffentliche Straßenbeleuchtung,

dd) Fernwärme oder

ee) Wasser, ausgenommen Trinkwasser im Sinne des § 3 Nummer 1 der Trinkwasserverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. August 2013 (BGBl. I S. 2977), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 18. November 2015 (BGBl. I S. 2076) geändert worden ist; zu den öffentlichen Versorgungsnetzen zählen auch physische Infrastrukturen zur Abwasserbehandlung und -entsorgung sowie die Kanalisationssysteme;

⁶ Schramm/Schumacher: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013. §77a TKG, Rn.157.

b) Verkehrsdiensten; zu diesen Infrastrukturen gehören insbesondere Schienenwege, Straßen, Wasserstraßen, Brücken, Häfen und Flugplätze;

Dadurch erfolgt eine Anlehnung an die Definition des Art. 2 Nr.1 und 2 der Kostensenkungsrichtlinie⁷.

Erfasst sind sowohl entstehende, als auch betriebene sowie stillgelegte Versorgungsnetze. Diese müssen öffentlich bereitgestellt werden. Damit fallen private Verkehrswege und geschlossene Firmen- und Behördennetze, beispielsweise für Energie und Telekommunikationsleistungen, aus dem Anwendungsbereich dieser Regelung heraus. Die Abgrenzung richtet sich dabei an dem Versorgungsnetz als Ganzes aus, so dass private Anlagen, die Teil eines öffentlichen Netzes sind, vom Anwendungsbereich erfasst werden. So sind beispielsweise Telekommunikationsanlagen, die zu Telematikzwecken an Bundesautobahnen errichtet werden, als Teil des öffentlichen Versorgungsnetzes der Verkehrsinfrastruktur vom Begriff des Versorgungsnetzes erfasst, obwohl die Telekommunikationsanlagen als solche nicht öffentlich zugänglich sind. Es zählt hier also die Zugehörigkeit zum (öffentlichen) Straßennetz⁸.

Vom Teilbereich „Wasser“ ist der Bereich Trinkwasser ausgenommen. Dies soll der Gewährleistung der Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit dienen. Der vom Netzbetreiber bereitgestellte Hauptdienst bei den Verteilungsnetzen für Wasser für den menschlichen Gebrauch soll nicht beeinträchtigt werden. Auch in der Kostensenkungsrichtlinie ist diese Abgrenzung enthalten, dort allerdings erst im Rahmen der Begriffsbestimmung der „*physischen Infrastruktur*“.

Straßen wurden bereits in der bisherigen Fassung des TKG zur Mitnutzung für Mini- und Microtrenching vorgesehen, vgl. § 68 Abs.2 TKG a.F., werden nun in der Neufassung aber auch generell vom Anwendungsbereich der Verpflichtungen erfasst.

Entscheidend ist also nunmehr nicht die Funktion des Netzbetreibers, sondern die Art und Funktion der zugrundeliegenden Netzinfrastruktur.

Die Formulierung „*Eigentümer oder Betreiber*“ könnte den Eindruck erwecken, dass Informationen gleichzeitig von Eigentümern und Betreibern angefordert werden könnten. Dem Auskunftsberechtigten würde dies unter Umständen eine schnellere oder sichere Auskunft ermöglichen, den Verpflichteten hingegen einen unnötigen Aufwand. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die Formulierung der Alternative zwischen Eigentümer und Betreiber die Bundesnetzagentur zwar eine Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Adressaten der Auskunftspflicht hat, diese jedoch nicht kumulativ zur Abgabe derselben Informationen auffordern darf. Somit wird die Formulierung insoweit nicht als zu starke Belastung für die Informationsverpflichteten angesehen.

c) Umfang der Informationspflichten

Die Informationspflichten beziehen sich auf Informationen, die für die Erstellung einer detaillierten Übersicht nach Abs.1 Nr.1 über Art, gegenwärtige Nutzung und geografische Lage des Standortes und der Leitungswege dieser Einrichtungen erforderlich sind. Zu den Einrichtungen gemäß Satz 1 zählen insbesondere alle passiven Netzinfrastrukturen. Damit sind die Auskünfte zu allen Telekommunikationsinfrastrukturen und passiven Netzinfrastrukturen öffentlicher Versorgungsnetze zu erteilen.

Informationen sind insbesondere auch über Kabel und Glasfaserkabel zu geben. Diese weite Fassung geht über den engeren Anwendungsbereich der Kostensenkungsrichtlinie hinaus⁹.

Die Tatsache, dass sich auch die Mitnutzungsrechte nicht auf Glasfaserkabel beziehen, könnte den Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit der Einbeziehung von Informationen hierzu nach sich ziehen. Der Gesetzgeber hat jedoch diese weite Fassung der Gesetzesbegründung zufolge bewusst gewählt.

⁷ Vgl. Gesetzesbegründung DigiNetzG S.54.

⁸ Vgl. Gesetzesbegründung DigiNetzG S.54.

⁹ Vgl. Gesetzesbegründung DigiNetzG, S.66.

Während die Auskunftsansprüche nach der Kostensenkungsrichtlinie auf die Auskunft über passive Netzinfrastrukturen eines bestimmten Versorgungsnetzbetreibers und damit auf einen eher engen Anwendungsbereich bezogen seien, stelle der Infrastrukturatlas nach Nr.1 zu Planungszwecken eine Übersicht der insgesamt mitnutzbaren Infrastrukturen an einen größeren Personenkreis zur Verfügung. Der Bundesnetzagentur werde dadurch die Möglichkeit eröffnet, die Auswahl der Infrastrukturdaten, die Darstellung, die Art der Auskunftserteilung sowie den berechtigten Personenkreis unterschiedlich auszugestalten¹⁰.

Unklar ist, welche Informationen in welcher Form bereitgestellt werden müssen. Hierzu enthält weder der Gesetzestext selbst noch die Gesetzesbegründung konkrete Vorgaben. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Bundesnetzagentur die Auswahl dieser Vorgaben überlassen wird. Für die Auskunftsverpflichteten kann sich dies als problematisch erweisen, wenn sich die Vorgaben hinsichtlich der geforderten Datenformate als zu streng erweisen. Insbesondere zu sehr alten Infrastrukturen (beispielsweise alten Abwasserkanälen) liegen den Betreibern die Daten nicht oder nicht in digital aufbereiteter Form vor. Möglich wäre daher eine Konkretisierung der Auskunftspflichten durch die Bundesnetzagentur dahingehend, dass die Auskunftspflichten keine Pflichten zur umfassenden Aufbereitung erfassen (etwa durch entsprechende Ausnahmeregelungen für alte und noch nicht digital erfasste Infrastrukturen) oder dass, im Falle zwingender Formvorgaben, die Kosten für die Aufbereitung nicht allein durch den Auskunftsverpflichteten zu tragen wären. Ob eine solche Konkretisierung erfolgt, ist jedoch noch offen.

Über den Verweis auf § 127 Absatz 2 bis 10 TKG a.F. erhält die Bundesnetzagentur darüber hinaus eigenständige Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse sowie die Möglichkeit, zur Durchsetzung der Verpflichtungen zur Datenlieferung ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu 500.000 Euro festzusetzen.

Eine Begrenzung finden die Informationspflichten in den Ausnahmeregelungen des Abs.4 (dazu s.u.).

d) Einsichtnahmerecht

Abs.3 ermöglicht ein Recht zur Einsichtnahme in die Unterlagen nach Abs.1 Nr.1. Es steht den am Ausbau von öffentlichen Versorgungsnetzen Beteiligten zu, soweit mit dem Ausbaivorhaben Einrichtungen geschaffen werden sollen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können. Dies wird dahingehend konkretisiert, dass zu den am Ausbau von öffentlichen Versorgungsnetzen Beteiligten insbesondere Gebietskörperschaften, Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze sowie deren Auftragnehmer gehören. Gegenüber dem früheren Einsichtnahmerecht des § 77a Abs.3 S.4 TKG wird damit der Kreis der Einsichtnahmeberechtigten auf alle am Informationsaustausch beim Ausbau öffentlicher Versorgungsnetze Beteiligten (soweit mit dem Ausbau Einrichtungen geschaffen werden, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können) erweitert. Die Erweiterung des Kreises der Berechtigten findet insbesondere dadurch Ausdruck, dass – laut Gesetzesbegründung – eine Beteiligung in allen Stadien des Netzausbaus möglich ist, also auch bereits im Rahmen von Markterkundungsverfahren und Machbarkeitsstudien im Vorfeld von Ausschreibungen¹¹.

Unklar ist noch, ob im Katalog der Berechtigten abschließend geregelt sein soll, was die Gesetzesbegründung vorsieht¹², oder ob die Formulierung „insbesondere“ im Gesetzestext selbst zur Folge hat, dass auch Dritte Berechtigte sind und demzufolge ein Einsichtnahmerecht haben können.

Die Einsichtnahmeberechtigten haben zum Schutz der sensiblen Informationen eine Verschwiegenheitserklärung abzugeben. Weiterhin ist, insofern ist derzeit noch keine Änderung in den Abläufen ersichtlich, ein Antragsformular bei der Bundesnetzagentur auszufüllen, in dem insbesondere eine schlüssige Beschreibung des Projekts enthalten ist. Der Antrag kann gemäß § 77l Abs.1 TKG n.F.

¹⁰ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.66.

¹¹ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.66.

¹² Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.66.

schriftlich oder elektronisch gestellt werden. Die Gewährung der Einsichtnahme erfolgt dann durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag¹³. Die Bedingungen der Einsichtnahme kann die Bundesnetzagentur gemäß § 77a Abs.3 S.3 TKG n.F. einheitlich in Einsichtnahmebedingungen regeln.

e) Ausnahmefälle

Für bestimmte Fälle hat der Gesetzgeber Ausnahmen von der Informationspflicht vorgesehen, die der an Art. 4 Abs.1 S.3 der Kostensenkungsrichtlinie angepasste Abs.4 des § 77a TKG n.F. regeln soll. Erfasst sind Fälle, in denen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einsichtnahme nach Absatz 3 die Sicherheit und Integrität der Einrichtung oder die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit gefährdet (Nr.1), die Einsichtnahme nach Abs.3 die Vertraulichkeit gemäß § 77m verletzt (Nr.2), Teile einer Infrastruktur betroffen sind, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes als kritische Infrastrukturen bestimmt worden sind (Nr.3) oder Teile öffentlicher Versorgungsnetze betroffen sind, die durch den Bund zur Verwirklichung einer sicheren Behördenkommunikation genutzt werden (Nr.4).

Der Gesetzgeber sieht den Anwendungsbereich der Ausnahmefälle eher eng und im Falle der Nr.1 und 2 nur dann eröffnet, wenn eines der genannten Schutzgüter durch die Einsichtnahme Dritter gefährdet wird oder Teile von kritischen Infrastrukturen bzw. Infrastrukturen, die durch den Bund zur Verwirklichung einer sicheren Behördenkommunikation genutzt werden, betroffen sind. Dies soll nicht schon im Falle der Sensibilität der Netzinfrastrukturdaten an sich gelten, da diese aufgrund ihrer Eigenschaften grundsätzlich sensible Inhalte aufweisen, was im Regelfall aber durch die Wahrung der Vertraulichkeit nach Abs.3 S.4 berücksichtigt werde. Nur über diese grundsätzliche Sensibilität hinausgehende Anhaltspunkte sind daher geeignet, einen Ausnahmefall nach Abs.4 zu begründen¹⁴.

Auch für den Ausnahmefall der kritischen Infrastrukturen nach Nr.3 hat der Gesetzgeber einen engen Anwendungsbereich vorgesehen. Die Definition richtet sich nach der jeweiligen Gesetzeslage, bezieht sich aber innerhalb der kritischen Infrastrukturen nur auf die als kritisch eingestufteten Komponenten einer kritischen Infrastruktur als Teilmenge eines zu bewertenden öffentlichen Versorgungsnetzes, wie beispielsweise einzelne Strecken oder Anlagenteile¹⁵. Als „kritische Infrastrukturen“ gelten derzeit gemäß Art. 1 des Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz) vom 17.07.2015¹⁶

„Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die

- 1. Den Sektoren Energie, Informationstechnik und Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung sowie Finanz- und Versicherungswesen angehören und*
- 2. Von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden“.*

Im Sektor Wasser werden danach die Trinkwasserversorgung in den Bereichen Gewinnung, Aufbereitung und Verteilung von Trinkwasser sowie die Abwasserbeseitigung in den Bereichen Siedlungsentwässerung, Abwasserbehandlung und Gewässereinleitung als kritische Infrastrukturen eingestuft,

¹³ Schramm/Schumacher: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2014. §77a TKG, Rn.161f.

¹⁴ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.66.

¹⁵ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.66f.

¹⁶ Ebenso: §2 Abs.10 Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz).

sofern sie bestimmte Kategorien abbilden und bestimmte Schwellenwerte überschreiten. Konkret betroffen sind

- im Bereich Siedlungsentwässerung Kanalisationen mit 500.000 angeschlossenen Einwohnern,
- im Bereich Abwasserbehandlung und Gewässereinleitung Kläranlagen mit einer Ausbaugröße von 500.000 Einwohnerwerten sowie Leitzentralen mit Ausbaugrößen der gesteuerten/überwachten Anlagen von 500.000 Einwohnerwerten,
- im Bereich der Gewinnung von Trinkwasser Gewinnungsanlagen mit einer gewonnenen Wassermenge von 22 Millionen Tonnen m³ pro Jahr sowie Wasserwerke mit einem Wasseraufkommen von 22 Millionen Tonnen m³ pro Jahr,
- im Bereich der Aufbereitung von Trinkwasser Aufbereitungsanlagen mit einer aufbereiteten Trinkwassermenge von 22 Millionen m³ Tonnen pro Jahr sowie Wasserwerke mit einem Wasseraufkommen von 22 Millionen Tonnen m³ pro Jahr und
- im Bereich der Verteilung von Trinkwasser Wasserverteilungssysteme mit einer verteilten Wassermenge von 22 Millionen Tonnen m³ pro Jahr sowie Leitzentralen mit einer von den gesteuerten/überwachten Anlagen gewonnene, transportierte oder aufbereiteten Menge Wasser von 22 Millionen Tonnen m³ pro Jahr.

Im Sektor Informationstechnik und Telekommunikation schließlich gelten, in den aufgeführten Kategorien und oberhalb der von der Verordnung benannten Schwellenwerte, die Sprach- und Datenübertragung in den Bereichen Zugang, Übertragung, Vermittlung und Steuerung sowie die Datenspeicherung und –verarbeitung in den Bereichen Housing, IT-Hosting und Vertrauensdienste als kritische Infrastrukturen.

Die Ausnahmeregelung des § 77a Abs.4 TKG n.F. erfasst schließlich auch Fälle, in denen Teile öffentlicher Versorgungsnetze betroffen sind, die durch den Bund zur Verwirklichung einer sicheren Behördenkommunikation genutzt werden.

In diesen Fällen sind für die jeweiligen Gebiete, in denen sich die Einrichtungen befinden, Informationen im Sinne des § 77b Absatz 3 Nummer 3 (die Kontaktdaten eines oder mehrere Ansprechpartner beim Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes) in den Infrastrukturatlas aufzunehmen. Die Benennung erfolgt gebietsbezogen. Dies soll auch bei Vorliegen eines Ausnahmefalles die Möglichkeit der Beteiligten eröffnen, bilateral über die Mitverlegung zu verhandeln¹⁷.

Die Geltendmachung eines Ausnahmefalles ist weder im alten TKG noch im TKG nach Umsetzung des DigiNetzG geregelt, so dass hier auf allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze zurückgegriffen wird. Die Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Ausnahmefalles können daher von den Betroffenen im Rahmen der Anhörung nach § 28 VwVfg geltend gemacht werden und, bei schlüssiger Darstellung, den Erlass einer Verpflichtung zur Informationsabgabe verhindern. Ergänzend trifft die Bundesnetzagentur gemäß § 24 VwVfG auch der Untersuchungsgrundsatz. Sie muss also von Amts wegen den für das Informationsverlangen maßgeblichen Sachverhalt ermitteln und dabei alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände berücksichtigen.

Über die vorstehend genannten Ausnahmefälle hinaus enthält das neue TKG in § 77o Abs.1 eine Ermächtigung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zur Benennung passiver Netzinfrastrukturen, die von den Rechten und Pflichten des § 77a ausgenommen sind. Diese Ausnahmen sind zu begründen und dürfen nur darauf gestützt werden, dass der Schutz von Teilen kritischer Infrastrukturen betroffen ist oder die passiven Netzinfrastrukturen für die elektronische Kom-

¹⁷ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.68.

munikation ungeeignet sind. Der Erlass der Verordnung erfolgt ohne die Zustimmung des Bundesrates, aber in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie sowie im Falle der Betroffenheit kritischer Infrastrukturen im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern. Zu dem Entwurf der Rechtsverordnung können Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze und interessierte Parteien innerhalb eines Monats Stellung nehmen; die endgültige Fassung ist der Europäischen Kommission mitzuteilen. Die Verordnungsermächtigung kann wiederum durch Rechtsverordnung auf die Bundesnetzagentur übertragen werden.

4) § 77b TKG: Informationen über passive Infrastrukturen

Die Umsetzung des Art. 4 Abs.1, 3 und 4 der Kostensenkungsrichtlinie erfolgt durch Neufassung des § 77b TKG¹⁸.

a) Adressaten

Zur Bereitstellung von Informationen verpflichtet sind Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze. Dabei muss jeder nur Informationen über die eigenen bzw. von ihm selbst betriebenen Infrastrukturen mitteilen, hingegen nicht auch über Infrastrukturen Dritter¹⁹. Auch müssen nur diejenigen Informationen erteilt werden, die beim Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes liegen. Da der Gesetzgeber hier Eigentümer und Betreiber alternativ verpflichtet sieht („oder“), ist hier von einem Wahlrecht des Auskunftsberechtigten auszugehen. Dieses dürfte regelmäßig in Richtung des Betreibers ausgeübt werden, weil dieser die größere Sachnähe aufweist, und sich nur dann an den Eigentümer richten, wenn aufgrund einer Stilllegung oder noch nicht erfolgten Inbetriebnahme noch kein Netzbetreiber vorhanden ist²⁰.

b) Inhalt und Umfang der Informationen

Während der neue § 77a TKG Informationsansprüche und Auskunftsrechte von Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze im Verhältnis zur Bundesnetzagentur beinhaltet, regelt der neu gefasste § 77b TKG Informationen über passive Netzinfrastrukturen im Verhältnis zwischen Eigentümern und Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze und Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze.

Gemäß der ebenfalls neu gefassten Legaldefinition des § 17b TKG n.F. sind passive Infrastrukturen

„Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden; hierzu zählen zum Beispiel Fernleitungen, Leer- und Leitungsrohre, Kabelkanäle, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen und Trägerstrukturen wie Türme, Masten und Pfähle; Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sind keine passiven Netzinfrastrukturen“.

Anders, als bei § 77a Abs.1 Nr.1 TKG n.F. sind hier also Kabel und Glasfaserkabel nicht von den Informationspflichten erfasst.

Nicht abschließend geregelt ist, zu welchen Bedingungen die Einsichtnahme erfolgt und durch wen diese Bedingungen festgelegt werden. Abs.1 S.2 sieht vor, dass in dem Antrag das Gebiet anzugeben ist, das mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen erschlossen werden soll. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass der Antrag alle Informationen enthalten muss, um die gewünschten Informationen zu identifizieren, um abschließend über den Antrag entscheiden und die beantragte Auskunft in angemessener Art und Weise erteilen zu können. Eine Ermächtigung der Bundesnetza-

¹⁸ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.68.

¹⁹ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.68.

²⁰ Vgl. Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.69.

gentur, einheitliche Einsichtnahmebedingungen festzulegen, wie sie in § 77a Abs.3 TKG n.F. vorgesehen ist, enthält § 77b TKG n.F. hingegen nicht. Denkbar wäre, hier eine entsprechende Geltung des § 77a Abs.3 TKG n.F. anzunehmen oder die Einsichtnahmebedingungen sogar einheitlich regeln zu lassen. Da weder der Gesetzeswortlaut noch die Begründung eine entsprechende Regelung vorsehen, ist aber noch unklar, ob diese Auslegung Bestand haben und durch die Bundesnetzagentur umgesetzt werden wird.

Die Informationen sind beim Verpflichteten zu beantragen. Der Antrag ist gemäß § 77i TKG n.F. schriftlich oder elektronisch zu stellen und hat eine Darlegung aller entscheidungsrelevanten Informationen zu enthalten. Der Verpflichtete hat dem Antrag innerhalb von zwei Monaten stattzugeben. Gehen mehrere vollständige Anträge bei ihm ein, hat er ihnen gemäß § 77i Abs.2 in der Reihenfolge stattzugeben, in der die Anträge bei ihm eingehen.

c) Ausnahmen

§ 77o Abs.1 sieht auch hinsichtlich der Rechte und Pflichten des § 77b TKG n.F. eine Ermächtigung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zum Erlass von Rechtsverordnungen über Ausnahmefälle vor. Zu den Einzelheiten wird auf die diesbezüglichen Ausführungen zu § 77a TKG n.F. verwiesen.

5) § 77c TKG: Vor-Ort-Untersuchungen passiver Infrastrukturen

Mit dem neuen § 77 c hat der Gesetzgeber das Auskunftsrecht nach § 77 a Abs. 1 TKG n. F. ergänzt und Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze die Möglichkeit der Ermittlung zusätzlicher Informationen gegeben.

a) Adressaten

Verpflichtet werden, wie auch im § 77 a Abs. 1, Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze. Diese müssen Vor-Ort-Untersuchungen ihrer passiven Netzinfrastrukturen auf Antrag von Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze zulassen. Die betroffenen Personenkreise entsprechen also denen des § 77 b Abs. 1.

b) Inhalt des Informationsermittlungsanspruchs

In Erweiterung des § 77 a Abs. 1 soll § 77 c den Berechtigten die Ermittlung zusätzlicher Informationen ermöglichen²¹. Dies erfolgt durch die Möglichkeit von Vor-Ort-Untersuchungen der passiven Netzinfrastrukturen. Hierfür muss gemäß § 77 c Abs. 1 TKG n. F. ein Antrag gestellt werden, aus dem hervor geht, welche Netzkomponenten von dem Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze betroffen sind. Der Antrag kann nach § 77i schriftlich oder elektronisch gestellt werden. Innerhalb einer Frist von 1 Monat ab dem Tag des Antragseingangs muss diesem entsprochen werden, sofern er zumutbar ist.

Ein Antrag ist insbesondere dann zumutbar, wenn die Untersuchung für eine gemeinsame Nutzung passiver Netzinfrastrukturen oder die Koordinierung von Bauarbeiten erforderlich ist. Gemäß der neu gefassten Legaldefinition des § 17b TKG n.F. sind passive Infrastrukturen

„Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden; hierzu zählen zum Beispiel Fernleitungen, Leer- und Leitungsrohre, Kabelkanäle, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen und Trägerstrukturen wie Türme, Masten

²¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 73.

und Pfähle; Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sind keine passiven Netzinfrastrukturen“.

Weiterhin ist auf ein angemessenes Verhältnis von Informationsbedürfnis einerseits und Untersuchungsaufwand andererseits zu achten. Dies gilt trotz der gemäß Abs.4 vorgesehenen Kostentragungspflicht des Antragstellers in jedem Einzelfall, da dem Infrastrukturihaber durch die Untersuchung Aufwand entsteht und er in seinem eigentlichen Versorgungsdienst gestört werden könnte. In die Zumutbarkeitsprüfung können daher die Schwere und das Ausmaß dieser möglichen Störung einfließen²². Eine weitere Konkretisierung des Begriffs der Zumutbarkeit gibt weder der Gesetzestext noch die Gesetzesbegründung. Die Ablehnung eines Antrages, den der Verpflichtete für unzumutbar hält, kann daher leicht zu Streitigkeiten und infolge dessen aufwändigen Streitbeilegungsverfahren führen.

Auch ein zumutbarer Antrag kann nach Maßgabe des Absatzes 3 abgelehnt werden. Die Ablehnungsgründe entsprechen denen des § 77 b Abs.4, außerdem kann ein Antrag abgelehnt werden, wenn eine Koordinierung von Bauarbeiten nach § 77 i Abs.5 abgelehnt werden kann oder die Koordinierung von Bauarbeiten unzumutbar ist. Wird die Vor-Ort-Untersuchung benötigt, um das Vorliegen eines solchen Ablehnungsgrundes herauszufinden, gilt dies nicht schon selbst als Ablehnungsgrund.

Die für die Vor-Ort-Untersuchung erforderlichen und angemessenen Kosten trägt gemäß § 77 c Abs. 4 TKG n. F. der Antragsteller. Hierzu zählen insbesondere die Kosten der Vorbereitung, der Absicherung und der Durchführung der Vor-Ort-Untersuchung. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Ausmaß der auf Betreiben des Berechtigten vorgenommenen Untersuchungen auf das erforderliche Maß begrenzen²³. Die durch den Antragsteller zu tragenden Kosten betreffen allerdings ausschließlich die reinen Untersuchungsaufwendungen²⁴. Kosten, die durch Störungen in seinem eigentlichen Versorgungsdienst entstehen, sind hingegen nicht abgedeckt. Dies stellt den Verpflichteten vor die Frage, ob er die Kosten auf seine Endkunden umlegen darf, ohne hierbei das Verbot der Quersubventionierung zu verletzen. Dies wäre zum einen dann denkbar, wenn eine Auslegung der dem entgegenstehenden Normen dahingehend erfolgen würde, dass die beim Verpflichteten verbleibenden Kosten der Vor-Ort-Untersuchung dem Netzbetrieb zugeordnet werden dürfen, weil hierzu das (höherrangige) TKG verpflichtet. Auch hätte der Verordnungsgeber die Möglichkeit, die in der Normenhierarchie dem TKG untergeordneten Regelungen konkret anzupassen und die Kosten der Vor-Ort-Untersuchung dem Netzbetrieb ausdrücklich zuzuordnen. Entsprechende Regelungen sind derzeit allerdings noch nicht vorgesehen, so dass zum jetzigen Zeitpunkt allenfalls auf eine TKG-konforme Auslegung zurückgegriffen werden kann.

Einem zumutbaren Antrag hat der Verpflichtete zu entsprechen und die Vor-Ort-Untersuchung unter verhältnismäßigen, diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen zu ermöglichen. Auch die Ausgestaltung der Gewährung der Vor-Ort-Untersuchung, die durch den Berechtigten erfolgt, kann Anlass zu Streitigkeiten zwischen den Beteiligten und Streitbelegungsverfahren nach § 77 n TKG n. F. sein, wenn der Verpflichtete zu restriktive Untersuchungsauflagen vorgibt.

c) Ausnahmen

Während Ausnahmen in § 77c direkt nicht geregelt sind, gilt die Verordnungsermächtigung des § 77o Abs.1 auch in diesem Fall. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird danach

²² Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 73 f.

²³ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 74.

²⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 74.

zum Erlass von Rechtsverordnungen über Ausnahmefälle ermächtigt. Zu den Einzelheiten wird auf die diesbezüglichen Ausführungen zu § 77a TKG n.F. verwiesen.

6) § 77d – g TKG: Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze

Die Umsetzung von Artikel 3 der Kostensenkungsrichtlinie (Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen) erfolgt durch Neufassung der §§ 77d – 77g TKG. Ausgehend von dem Gedanken, dass passive Netzinfrastrukturen regelmäßig zur Aufnahme von Komponenten digitaler Netzinfrastrukturen geeignet sind, ohne dass – auch aufgrund des geringen Platzbedarfes - hierdurch die Hauptdienstleistung beeinträchtigt wird²⁵, soll die Nutzung von Synergieeffekten verstärkt werden.

Neben einer Zusammenführung der Mitnutzungsansprüche gegenüber Infrastrukturen des Bundes (§§ 77a – 77c TKG a. F.) werden nun auch sonstige Infrastrukturen in den Mitnutzungsverpflichtungen sowie in die verbindliche Streitbeilegung nach § 77n einbezogen. Dabei regelt § 77d TKG n. F. Inhalt und Umfang der Mitnutzung allgemein, § 77e beschreibt den Umfang des Mitnutzungsanspruchs für spezielle Fälle, § 77f ermöglicht die Nutzung von Einnahmen aus Mitnutzungen durch den Verpflichteten und § 77g listet Gründe für die Versagung der Mitnutzung auf.

a) Adressaten der Mitnutzungspflicht

Verpflichtet sind auch bezüglich der Mitnutzungsrechte die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Zur Mitnutzung berechtigt sind Eigentümer und Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Auch im Falle der Mitnutzung geht der Gesetzgeber hier von einer weiten Auslegung des Anwendungsbereiches aus, so dass auch Eigentümern oder Betreibern zukünftig entstehender Netze das Mitnutzungsrecht zustehen soll²⁶. Allerdings muss aus praktischen Gesichtspunkten die Errichtung der Netze zumindest schon in der Umsetzung oder unmittelbar davor befindlich sein, da nur in diesem Fall von dem Recht auf Mitnutzung von Netzteilen Gebrauch gemacht werden kann.

Die Verpflichtung auch von Eigentümern oder Betreibern von Telekommunikationsnetzen (vgl. die Legaldefinition „öffentlicher Versorgungsnetze“ im neuen § 3 Nr.16b, Ziff. a)aa)) bei gleichzeitiger Berechtigung von Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze kann zur Folge haben, dass Unternehmen, die eigenwirtschaftlich den kostenintensiven Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen vorantreiben, ihren direkten Konkurrenzunternehmen die Mitnutzung einräumen müssen. Letztere haben nur die Kosten für die Mitnutzung zu tragen, hingegen nicht die deutlich höheren Gesamtinvestitionen für den Netzausbau, und können so ihre Produkte im Ausbaubereich deutlich günstiger als die Verpflichteten anbieten. Da der Gesetzgeber den Kreis der Verpflichteten nicht weiter eingegrenzt hat, kann auf diese Weise sogar ein marktbeherrschendes Unternehmen von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen die Mitnutzung verlangen. Dies wird zu Recht von vielen Interessenverbänden als investitionshemmend angesehen und gefordert, dass die Mitnutzungsverpflichtung nur in Gebieten gelten soll, in denen noch keine digitalen Hochgeschwindigkeitsnetze bestehen („weiße NGA-Flecken“)²⁷. Der Gesetzgeber hat auf dieses Problem noch nicht reagiert und insbesondere bisher keine entsprechende Eingrenzung vorgenommen. Nach bisherigem Stand ist der Verpflichtete in einem solchen Fall daher darauf beschränkt, sich auf die Geltendmachung eines der Ablehnungsgründe des § 77g TKG n.F. zu berufen oder in seiner Ausgestaltung der Kosten (s.u.) auch mögliche Mindereinnahmen durch das Angebot günstigerer Produkte durch den Berechtigten zu berücksichtigen, was allerdings sehr schwer nachzuweisen dürfte. In beiden Fällen bleibt es

²⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 75.

²⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 75.

²⁷ Vgl. etwa Positionspapier des VKU zum Gesetzesentwurf, S. 3.

zunächst der Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle überlassen, die Verhältnismäßigkeit zu wahren und mögliche Investitionshemmnisse durch den Mitnutzungsanspruch zu vermeiden.

b) Antrag

Gemäß § 77d Abs.1 TKG n.F. erfolgt die Mitnutzung auf Antrag des Berechtigten. Dieser ist gemäß § 77l Abs.1 TKG n.F. schriftlich oder elektronisch zu stellen und muss mindestens eine detaillierte Projektbeschreibung samt Benennung der Netzkomponenten, die der Antragsteller mitnutzen möchte, einen genauen Zeitplan für die Umsetzung der Mitnutzung sowie die Angabe des Gebiets, das mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen erschlossen werden soll, enthalten. Nicht erforderlich ist hingegen eine detaillierte Beschreibung der einzusetzenden Technik, was sich, um dem Verpflichteten den Entwurf eines möglichst konkret auf die Bedürfnisse des Berechtigten zugeschnittenen Vertrages, aber auch die Benennung von Ablehnungsgründen zu erleichtern, durchaus anbieten würde. Der Berechtigte kann dies aber dennoch in die Antragstellung aufnehmen, da die vom Gesetz genannten Inhalte nur Mindestinhalte, aber nicht abschließend geregelt sind.

Ein vollständiger Antrag, d.h. gemäß § 77l Abs.2 S.2 TKG n.F. ein Antrag, in dem der Antragsteller alle entscheidungsrelevanten Informationen dargelegt hat, verpflichtet den Adressaten gem. § 77d Abs.2 TKG n.F. zur Erstellung eines Angebots innerhalb von zwei Monaten. Über mehrere vollständige Anträge ist gemäß § 77l Abs.2 TKG n.F. in der Reihenfolge zu entscheiden, in der die Anträge beim Verpflichteten eingehen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, bietet sich dem Antragsteller über § 77n Abs.1 TKG n.F. die Möglichkeit, die Streitbeilegungsstelle anzurufen, welche über die Modalitäten der Mitnutzung entscheiden kann²⁸.

c) Inhalt und Umfang der Mitnutzung

Innerhalb von zwei Monaten hat der Verpflichtete gemäß § 77d Abs.2 dem Berechtigten ein Angebot über die Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen zu unterbreiten. Dieses hat neben einer Benennung der Preise für die Mitnutzung auch sonstige Regelungen zu den Bedingungen der Mitnutzung zu enthalten.

Die zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem geschlossene Mitnutzungsvereinbarung ist gemäß § 77d Abs.4 TKG n.F. innerhalb von zwei Monaten der Bundesnetzagentur zur Kenntnis zu geben. Dies könnte zu einem Eingriff in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen führen. Ein derartiger Eingriff lässt sich allerdings zumindest teilweise dadurch begrenzen, dass die Beteiligten gehalten sind, ihre Verträge weitestgehend ohne Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auszugestalten, insbesondere dann, wenn der Verpflichtete ebenfalls Betreiber eines Telekommunikationsnetzes ist und daher mit einem möglichen Konkurrenzunternehmen verhandeln muss.

aa) Bedingungen der Mitnutzung

Hinsichtlich der Bedingungen der Mitnutzung (mit Ausnahme des nachstehend unter Ziff. bb) behandelten Preises) muss das Angebot insbesondere faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung sowie Sicherheiten und Vertragsstrafen enthalten, außerdem Regelungen zur operativen und organisatorischen Umsetzung der Mitnutzung. Die Umsetzung ist dabei legaldefiniert als „*Art und Weise des Einbaus der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, die Dokumentationspflichten und den Zeitpunkt oder den Zeitraum der Bauarbeiten*“. Außerdem sind die Verantwortlichkeiten sowie die Möglichkeit, Dritte zu beauftragen, zu vereinbaren. Ziel dieser Mindestinhalte ist es, Möglichkeiten der Mitnutzung zu standardisieren und eine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zu ermöglichen und zu beschleunigen²⁹.

²⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 75.

²⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 76.

Neben dieser Aufzählung der zwingenden Inhalte enthält § 77d Abs.2 S.3 TKG n.F. die Möglichkeit des Verpflichteten, Vereinbarungen zur Haftung beim Einbau der Netzkomponenten zu treffen. Möglich ist hier etwa eine Freistellung von Schadensersatzansprüchen Dritter gemäß Haftpflichtgesetz³⁰. Außerdem nennt das Gesetz die Möglichkeit, Regelungen zu Instandhaltungen, Änderungen, Erweiterungen, Verlegungen und Störungen in den Vertrag zu integrieren. Erfolgt dies nicht, gelten jeweils die gesetzlichen Regelungen. In der Gesetzesbegründung wird ferner die einvernehmliche Aufnahme weiterer Begleitumstände wie zeitliche Begrenzungen der Mitnutzung, Wartungs- und Instandhaltungsregelungen sowie die Möglichkeit zur Kündigung der Vereinbarung³¹. Insbesondere letztere ist dann wichtig, wenn der Verpflichtete besondere Gründe hat, die Mitnutzung zu versagen, insbesondere für den Fall, dass er Eigenbedarf an dem zur Verfügung gestellten Netz hat.

Ob die Möglichkeit der Kündigung im Falle des Eigenbedarfs auch ohne ausdrückliche Nennung im Vertrag besteht, ist hingegen noch nicht geklärt.

Weitere Anforderungen enthält Abs.3, der vorsieht, dass die Mitnutzung so auszugestalten ist, dass sie den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit sowie den anerkannten Regeln der Technik genügt. In der Praxis ergeben sich hieraus zahlreiche Nebenbedingungen, die, wie der Gesetzgeber erkannt hat, noch unzureichend durch Erfahrungen mit innovativen Methoden zur Mitnutzung ausgefüllt werden. Besondere Anforderungen sieht der Gesetzgeber beispielsweise im Bereich von Gasleitungen, die besonders hohe Anforderungen an die Dichtigkeit der Ein- und Auslässe, die Absperrbarkeit und die Innensanierung stellen, bei Fernwärmenetzen aufgrund der hohen Leitungstemperaturen und des hohen Drucks und bei Abwasserleitungen in Bezug auf mögliche Verstopfungen und Leitungsabriss³². Weiterhin sind die anerkannten Regelungen der Technik, wie etwa spezifische, der Sicherheit dienende Anweisungen für Bauarbeiten (z.B. Betriebs- und Bauanweisung für Bauarbeiten in den Eisenbahninfrastrukturunternehmen) zu beachten³³.

Ergänzend beinhaltet § 77e weitere Komponenten der Mitnutzung für Elektrizitätsversorgungsnetze. Konkret wird klargestellt, dass sich der Umfang des Mitnutzungsanspruchs bei Elektrizitätsversorgungsnetzen auch auf Dachständer, Giebelanschlüsse und die Hauseinführung bezieht (Abs.1) und der Verpflichtete, sofern dies für den Betrieb des Telekommunikationsnetzes erforderlich ist, einen (entgeltlichen) Anschluss für die Betriebsstromversorgung der eingebauten Komponenten bereitstellen muss (Abs.2). Der Gesetzgeber sieht die Relevanz letzterer Vorgabe auch für den Fall der Mitnutzung von Netzinfrastrukturen der öffentlichen Straßenbeleuchtung als gegeben³⁴.

Der Gesetzgeber sieht als Idealfall³⁵ ausdrücklich die Möglichkeit der Unterbreitung eines Standardangebots vor, welches gemäß § 77d Abs.5 TKG n.F. über die Bundesnetzagentur als zentrale Informationsstelle veröffentlicht werden kann.

bb) Preis für die Mitnutzung

Fair und angemessen muss insbesondere auch der Preis für die Mitnutzung sein. Der Gesetzgeber sieht vor, dass das Entgelt zumindest die durch die Mitnutzung verursachten Kosten des Verpflichteten decken soll und sowohl als Einmalzahlung als auch im Wege fortlaufender Nutzungsentgelte vereinbart werden kann³⁶. Auch Sicherheiten und Vertragsstrafen sind möglich.

Weitere Ausführungen zur Preisgestaltung erfolgen seitens des Gesetzgebers hingegen nicht. Insbesondere wird nicht ausgeführt, ob und wie Verdienstauffälle des Verpflichteten infolge einer Mitver-

³⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 76.

³¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 76.

³² Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 77.

³³ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 77 f.

³⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 79.

³⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 76.

³⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, S. 76.

legung zu berücksichtigen sind und ob auch durch die Mitverlegung entstehender Verwaltungsaufwand auf den Berechtigten umgelegt werden kann. Ebenfalls unberücksichtigt bleiben Verschiebungen der Finanzplanungen der Verpflichteten, die dadurch entstehen können, dass durch die Mitverlegung die langfristig geplanten Durchführungszeiträume für Sanierungen verschoben werden. Auch das Verbot der Quersubventionierung verlangt eine Umlegung der Kosten auf den Berechtigten. Würde diese nicht vollständig erfolgen, müssten die beim Verpflichteten verbleibenden Mehrkosten den Gebührenzahlern auferlegt werden, was das unmittelbare Risiko einer Quersubventionierung zur Folge hätte. Der Gesetzgeber sieht dieses Risiko allerdings dadurch minimiert, dass nach dem neuen § 77f TKG zusätzliche Einnahmen aus der Mitnutzung aus der Berechnungsgrundlage für die Endnutzertarife ausgenommen werden könnten, was auch dem Zwecke einer Verhinderung der Quersubventionierung diene³⁷.

d) Einnahmen der Mitnutzung

§ 77f TKG n.F. sieht vor, dass Verpflichtete über die Kosten der Mitnutzung hinausgehende Einnahmen von der Berechnungsgrundlage für die Endnutzertarife ihrer Haupttätigkeit ausnehmen können. Damit befolgt der Gesetzgeber, neben der schon genannten Verhinderung einer Quersubventionierung, vor allem den Zweck der Schaffung einer Anreizwirkung für Mitnutzungen.

Einen möglichen Konflikt stellen die Verpflichtungen der Abwasserentsorger nach den kommunalabgabenrechtlichen Prinzipien der Bundesländer (Grundsatz der Kostendeckung, Kostenüberschreitungsverbot, Grundsatz der Periodengerechtigkeit) dar, nach denen Einnahmen grundsätzlich minderd in der Benutzungsgebührenkalkulation zu berücksichtigen sind. Auch hier erfolgt die Lösung über die Normenhierarchie: In diesem Fall führt Art. 31 GG dazu, dass das bundesrechtliche TKG im Rang vor den landesrechtlichen Kommunalabgabengesetzen steht und deren Grundsätze durch die Entgeltnutzungsmöglichkeiten des § 77f TKG n.F. überlagert werden³⁸. Dementsprechend bedarf es einer Anpassung der landesrechtlichen Vorschriften, um die Konformität mit dem Bundesrecht wieder herzustellen³⁹.

Als weiteres Ziel des neuen § 77f TKG nennt der Gesetzgeber eine Vereinfachung der Ausgestaltung der Mitnutzung dadurch, dass in dem im Falle der Inanspruchnahme dieser Möglichkeit keine Entscheidung über die Art und Weise der Abführung von Mitnutzungsentgelten herbeigeführt werden muss⁴⁰.

Wenngleich die Anreizwirkung insbesondere aufgrund der weit gefassten Mitnutzungspflichten von Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze sinnvoll erscheint, um das dargestellte Investitionshemmnis zu verhindern, besteht hierdurch andererseits auch das Risiko, dass zu hoch angesetzte Kosten und infolgedessen Einnahmen zu Streitigkeiten führen könnten. Die Bundesnetzagentur wird in ihrer Rolle als Streitbeilegungsstelle daher voraussichtlich noch intensiv gefordert werden.

e) Ablehnungsgründe

Die Adressaten der Mitnutzungsanträge können diese unter den Voraussetzungen des neuen § 77g TKG ablehnen. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Ablehnungsgründen liegt beim Verpflichteten, der somit nachweisen muss, dass ein Ablehnungsgrund vorliegt.

³⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 80.

³⁸ Vgl. Positionspapier des VKU zum DigiNetzG, S.5.

³⁹ Vgl. Positionspapier des VKU Arbeitskreises Telekommunikation zur Umsetzung der EU-Richtlinie über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation in nationales Recht, S.3.

⁴⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 80.

aa) Fehlende technische Eignung der passiven Netzinfrastrukturen

Als ersten Ablehnungsgrund nennt § 77g Abs.2 die fehlende technische Eignung der passiven Netzinfrastrukturen für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Die Kostensenkungsrichtlinie hat beispielhaft für die fehlende technische Eignung den Platzmangel für die Unterbringung der Komponenten genannt⁴¹, den der deutsche Gesetzgeber in Nr.2 als zusätzlichen Grund aufgeführt hat. Auch der Gesetzgeber nennt keine Vorgaben, so dass die Verpflichteten zunächst in ihrer Begründung, dass die zur Mitnutzung geforderten Infrastrukturen technisch ungeeignet sind, frei sind. Es ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die fehlende technische Eignung nachweisbar und objektiv vorliegend und tatsächlich ein Hindernis für die Mitnutzung darstellen muss.

Die Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V. (DWA) wird hierzu voraussichtlich Anfang 2017 ein Merkblatt herausgeben, in dem konkrete Fallbeispiele für die fehlende technische Eignung aufgeführt sein werden.

bb) Fehlender Platz für die zukünftige Unterbringung der Komponenten

Ein weiterer Ablehnungsgrund liegt vor, wenn der Nachweis erbracht wird, dass zum Zeitpunkt des Antragseingangs oder zukünftig der Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze im öffentlichen Versorgungsnetz fehlt. Im zweiten Fall hat der Verpflichtete anhand der Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre ab Antragstellung den Platzmangel konkret darzulegen. Damit folgt der Gesetzgeber den Erwägungsgründen der Kostensenkungsrichtlinie, welche den Nachweis des zukünftig fehlenden Platzes durch öffentlich verfügbare Investitionspläne verlangt⁴². Mit der zeitlichen Komponente von fünf Jahren bezweckt der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen der regelmäßigen Langfristigkeit der Planung von Versorgungsnetzen sowie der Haushaltsplanungen einerseits und der Schnelllebigkeit der Telekommunikationsbranche andererseits. Die Prognose muss bereits die Planungstiefe einer präzisen Investitionsplanung haben⁴³.

Das bedeutet, dass weder ein zukünftig erwarteter, aber noch nicht in Investitionsplänen berücksichtigter Platzbedarf, noch ein bereits einkalkulierter, Platzbedarf, dessen Investition aus Geschäftsgeheimnissen nicht öffentlich zugänglich sind, als fehlende technische Eignung berücksichtigt werden. Die betroffenen Unternehmen müssen in einem solchen Fall also abwägen, ob sie ihre Investitionspläne offen legen und so auch mögliche Konkurrenzunternehmen von ihren Planungen Kenntnis erlangen können, oder ob sie die Mitnutzung zulassen und infolgedessen unter Umständen später zusätzliche Investitionen tätigen müssen, weil ihre eigenen Leitungen belegt sind.

cc) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Als dritten Ablehnungsgrund nennt der Gesetzgeber das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die beantragte Mitnutzung die öffentliche Sicherheit oder öffentliche Gesundheit gefährdet. Die Anhaltspunkte für das Vorliegen der Gefährdungstatbestände müssen konkret geltend gemacht werden, so dass nicht schon das Vorliegen einer abstrakten Gefährdung ausreicht⁴⁴. Das Gesetz sieht nur für Teile öffentlicher Versorgungsnetze, die durch den Bund zur Verwirklichung einer sicheren Behördenkommunikation genutzt werden, eine Erleichterung insoweit vor, als bei diesen grundsätzlich von konkreten Anhaltspunkten für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit auszugehen ist.

⁴¹ Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, Rn. 17 Erwägungsgründe.

⁴² Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, Rn. 17 Erwägungsgründe.

⁴³ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 82.

⁴⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 81.

dd) Gefährdung der Integrität oder Sicherheit bestehender öffentlicher Versorgungsnetze

Einen weiteren Ablehnungsgrund aufgrund eines Gefährdungstatbestandes sieht Nr.4 vor. Danach begründet auch die Benennung konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die beantragte Mitnutzung die Integrität oder Sicherheit bereits bestehender öffentlicher Versorgungsnetze, insbesondere nationaler kritischer Infrastrukturen, gefährdet. Für die Definition der kritischen Infrastrukturen wird auf die jeweils geltende Gesetzeslage zurückgegriffen⁴⁵. Einzelheiten finden sich im vorliegenden Hinweispapier zu den Ausführungen zu § 77a TKG n.F.

Der Gesetzgeber gibt hier für kritische Infrastrukturen den Anwendungsbereich vor und legt fest, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung vorliegen, soweit von dem Antrag Teile einer kritischen Infrastruktur, insbesondere die Informationstechnik kritischer Infrastrukturen, betroffen sind und der Betreiber die Mitnutzung im Rahmen der ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten nicht durch verhältnismäßige Maßnahmen ermöglichen kann. Die Ausnahme bezieht sich also nicht auf die gesamte kritische Infrastruktur, sondern nur auf die als kritisch einzustufenden Komponenten als Teilmenge des jeweiligen Versorgungsnetzes⁴⁶. Zudem müssen vorrangig verhältnismäßige Maßnahmen zur Ermöglichung der Mitnutzung ergriffen werden, wie etwa eine Anpassung des Sicherheitskonzepts durch die Einrichtung separater Zugangsmöglichkeiten zu passiver Infrastruktur oder Sicherheitsauflagen für das Wartungspersonal⁴⁷.

Auch in den übrigen Anwendungsfällen dieses Ablehnungsgrundes ist aufgrund dieser Legaldefinition davon auszugehen, dass er nur dann eröffnet ist, wenn die Mitnutzung nicht durch verhältnismäßige Maßnahmen ermöglicht werden kann.

ee) Erhebliche Störung des Versorgungsdienstes durch die geplanten Telekommunikationsdienste

Auch in Fällen, in denen Anhaltspunkte für eine erhebliche Störung des Versorgungsdienstes durch die geplanten Telekommunikationsdienste bestehen, kann die Mitnutzung abgelehnt werden. Dieser Ablehnungsgrund knüpft, wie Nr. 1 und 2, an die fehlende technische Eignung an, die in diesem Fall eine Störung der bestehenden Versorgung zur Folge haben muss. Neben der eher objektiven (generellen) technischen Eignung und der fehlenden Kapazität wird also auch das Interesse des Verpflichteten an dem reibungslosen Ablauf seiner Versorgungsleistung berücksichtigt, wobei der Gesetzgeber mit der Formulierung „erheblich“ klarstellt, dass kleinere Störungen durchaus hingenommen werden müssen. Es dürfte zukünftig zu den Aufgaben der Bundesnetzagentur zählen, im Einzelfall zwischen einer unerheblichen, hinzunehmenden Störung und einer erheblichen, die Ablehnung der Mitnutzung begründenden Störung abzugrenzen.

ff) Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen

Die Mitnutzung kann auch dann abgelehnt werden, wenn tragfähige Alternativen zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen zur Verfügung stehen, soweit der Verpflichtete diese anbietet, sie sich für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eignen und die Mitnutzung zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt wird. Als Alternativen können geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste, der Zugang zu bestehenden Telekommunikationsnetzen oder die Mitnutzung anderer als der beantragten passiven Netzinfrastrukturen angeboten werden.

Mit diesem Ablehnungsgrund grenzt der Gesetzgeber den Mitnutzungsanspruch für solche Fälle ein, in denen er unverhältnismäßig wäre und die Mitnutzung nicht im gesamtgesellschaftlichen Interesse

⁴⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 82.

⁴⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 82.

⁴⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S. 82.

läge. Dafür müssen die Alternativen konkret benannt werden und tragfähig sein und ihre Inanspruchnahme muss ohne weitere Verzögerung möglich sein⁴⁸.

Berücksichtigungsfähig sind allerdings nur Alternativen, die der Verpflichtete selbst, also der Eigentümer oder der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes anbietet. Bestehen Alternativen, die durch Dritte angeboten werden, kann der Verpflichtete seine Ablehnung nicht auf diese stützen. Dadurch wird die Mitnutzungsmöglichkeit in Fällen, in denen sie für sich gesehen ebenfalls nicht im gemeinwirtschaftlichen Interesse läge, aber die Zuständigkeiten im Hinblick auf die Frage, inwieweit der Verpflichtete das Alternativangebot des Dritten darlegen muss und kann, unklar sind, beibehalten.

gg) Überbau bestehender Glasfasernetze

Schließlich kann die Mitnutzung auch dann verhindert werden, wenn sie einen Überbau bestehender Glasfasernetze darstellen würde, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang auf Vorleistungsebene zur Verfügung stellen, also anderen Telekommunikationsunternehmen den Zugang auf ihr Netz ermöglichen. Damit soll der Ausbau paralleler Glasfasernetze verhindert werden, der regelmäßig ökonomisch nicht sinnvoll ist. Zudem entfällt nach Ansicht des Gesetzgebers zumindest gegenwärtig der Rechtfertigungsgrund für eine Unterstützung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze im Falle des Bestehens einer Glasfaserinfrastruktur, weil durch das neue Netz nach derzeitigem Stand der Technik keine Verbesserung der Versorgungslage erzielt werden könnte⁴⁹.

hh) Weitere Gründe

Die Aufzählung in § 77g Abs.2 ist abschließend⁵⁰, andere Gründe werden also, auch wenn sie objektiv, transparent und verhältnismäßig sind, nicht berücksichtigt.

Die Mitnutzung kann beispielsweise auch dann nicht versagt werden, wenn durch die Mitnutzung die wirtschaftliche Integrität bestehender Netze soweit beeinflusst würde, dass der Betrieb für den Erstinvestor nicht mehr rentabel ist. Dies könnte der Fall sein, wenn nach einem eigenwirtschaftlichen Breitbandausbau Konkurrenten das bestehende Netz zum Überbau nutzen und hierfür deutlich geringere Investitionen tätigen müssten. Da der Gesetzgeber diesen Fall nicht in seine abschließende Aufzählung aufgenommen oder die Auflistung offen gestaltet hat, bleiben nach bisherigem Stand in einem solchen Fall den Beteiligten nur die Lösung über die Mitnutzungsentgelte oder das Angebot verfügbarer Alternativen. Im Streitfall bei der Lösung über Mitnutzungsentgelte muss dann die Bundesnetzagentur sicherstellen, dass die Mitnutzungsentgelte so hoch sind, dass die Rentabilität für die Erstinvestoren gesichert ist bzw. die mitnutzenden Konkurrenten vergleichbar hohe Preise für ihre Endkundenprodukte verlangen müssen und somit keinen Wettbewerbsvorteil erzielen können. Andernfalls muss der Verpflichtete Alternativen nach Nr.5 anbieten, um einen Verlust der Rentabilität seines Netzes zu verhindern.

7) §§ 77h – j TKG: Bauarbeiten und Mitverlegung

Das DigiNetzG beschränkt sich nicht auf die Mitnutzung vorhandener Infrastrukturen, sondern bezieht auch den Ausbau neuer Infrastrukturen in die Synergienutzung mit ein. Die §§ 77h-j TKG n.F. sehen daher umfangreiche Informations-, Koordinations- und Mitverlegungspflichten für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze vor, die nachfolgend im Einzelnen dargestellt werden.

⁴⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.83.

⁴⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.83.

⁵⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.81.

a) § 77h TKG: Informationen über Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen

Die Möglichkeit der Koordinierung von Bauarbeiten setzt einen entsprechenden Informationsaustausch zwischen den Beteiligten voraus. Daher regelt § 77h TKG n.F. zunächst Informationspflichten in Bezug auf geplante und laufende Bauarbeiten.

aa) Adressaten

Berechtigte des Informationsanspruchs sind die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Verpflichtet sind die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze. Dies kann juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, Personenvereinigungen und Gebietskörperschaften betreffen, wobei der Betreiber regelmäßig die größere Sachnähe aufweist⁵¹.

bb) Antrag

Die Erteilung der Informationen wird von den Berechtigten beantragt. § 77h Abs.1 S.2 TKG n.F. sieht vor, dass der Antrag erkennen lassen muss, in welchem Gebiet der Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze vorgesehen ist.

Innerhalb von zwei Wochen ab Antragstellung, die schriftlich oder elektronisch zu erfolgen hat, muss der Verpflichtete gemäß § 77h Abs.2 TKG n.F. dem Berechtigten die beantragten Informationen unter verhältnismäßigen, diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen erteilen. Über mehrere vollständige Anträge ist in der Reihenfolge ihres Eingangs zu entscheiden.

cc) Umfang des Informationsanspruchs

Inhalt und Umfang des Informationsanspruchs sind in § 77h Abs.3 geregelt. Danach müssen die Informationen Angaben zu laufenden und geplanten Bauarbeiten an passiven Netzinfrastrukturen öffentlicher Versorgungsnetze enthalten, für die bereits eine Genehmigung erteilt wurde oder ein Genehmigungsverfahren anhängig sind. Welche Art von Genehmigung hier betroffen ist, lässt der Gesetzgeber offen; die Anlehnung des § 77h Abs.3 an Art. 6 der Kostensenkungsrichtlinie⁵² spricht jedoch für eine weite, neben Baugenehmigungen beispielsweise auch umwelt- und städtebauliche Genehmigungen umfassende Auslegung des Begriffs⁵³. Dennoch stellt sich die Frage, ob auch Bauarbeiten, für die auch bei weiter Auslegung keine Genehmigung erforderlich ist, unter den Anwendungsbereich des § 77h Abs.3 fallen. Der Wortlaut des Gesetzes, der unzweifelhaft auf das Vorliegen bzw. die Beantragung einer Genehmigung abstellt, spricht hiergegen. Da jedoch das Erfordernis einer Genehmigung einer Baumaßnahme nicht als besser oder schlechter für die Mitverlegung qualifiziert, besteht andererseits die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber auch genehmigungsfreie Baumaßnahmen als vom Anwendungsbereich des § 77h Abs.3 erfasst sieht und insoweit eine analoge Auslegung vorzunehmen wäre.

Im Einzelnen müssen Informationen über die geografische Lage des Standortes und die Art der Bauarbeiten erteilt werden, was sich auf den gesamten Streckenabschnitt der Bauarbeiten bezieht⁵⁴. Dass die Gesetzesbegründung auf „Streckenabschnitte“ abstellt, spricht im Falle größerer, mehrere Abschnitte betreffender Bauarbeiten für eine Auslegung des Begriffs der Bauarbeiten als Teilabschnitte, so dass eine Gesamtbaumaßnahme mehrere Bauarbeiten erfassen kann, für die dann jeweils Informationen erteilt werden müssen, die aber auch jeweils die Ablehnungsgründe für sich in Anspruch nehmen können. Informationen müssen außerdem über die betroffenen Netzkomponenten, den geschätzten Beginn und die geplante Dauer der Bauarbeiten sowie die Kontaktdaten eines oder mehrerer Ansprechpartner des Eigentümers oder Betreibers des öffentlichen Versorgungsnetzes gegeben werden. Letzteres soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Kontaktaufnahme

⁵¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.84.

⁵² Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.84.

⁵³ Kostensenkungsrichtlinie, Vorbemerkung Ziff. 26.

⁵⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.84.

zwischen den Parteien einer zukünftigen Koordinierungsvereinbarung und einen zukünftigen Koordinierungsantrages erleichtern⁵⁵. Weiterhin müssen die vorgenannten Informationen auch zu Bauarbeiten erteilt werden, für die innerhalb von sechs Monaten nach Eingang des Antrages auf Informationserteilung ein Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung vorgesehen ist.

Die Informationen sind gemäß § 77h Abs.6 innerhalb der zweiwöchigen Frist auch der Bundesnetzagentur als zentraler Informationsstelle zu übermitteln, die unter den von ihr erlassenen Einsichtnahmebedingungen die Informationen auch anderen Interessenten, die ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme haben, zugänglich macht.

Hat der Verpflichtete die Informationen bereits der Bundesnetzagentur übermittelt oder selbst elektronisch öffentlich zugänglich gemacht, kann er auf die bereits erfolgte Veröffentlichung verweisen und muss die Informationen nicht wiederholt an den Berechtigten übermitteln⁵⁶.

dd) Ablehnungsgründe

Auch die Informationserteilung nach § 77h TKG n.F. kann in bestimmten Fällen abgelehnt werden. Ein solcher Fall liegt zunächst vor, wenn die Sicherheit oder Integrität der Versorgungsnetze oder die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit durch die Erteilung der Informationen gefährdet wird.

Ein weiterer Ablehnungsgrund besteht im Falle einer Verletzung der Vertraulichkeit gemäß § 77m. Hierfür müssen konkrete Anhaltspunkte für eine nachweisbar drohende Gefährdung vorliegen, eine rein abstrakte Gefährdungslage reicht nicht aus⁵⁷.

Wenn der Antrag Informationen zu Bauarbeiten betrifft, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen nicht überschreitet, kann er ebenfalls abgelehnt werden. Maßgeblich ist die Erstplanung, nicht die tatsächliche Dauer der Bauarbeiten⁵⁸. Damit bezweckt der Gesetzgeber, in erweiternder Auslegung der Ausnahmemöglichkeit in Art. 6 Abs.5 der Kostensenkungsrichtlinie, eine Unverhältnismäßigkeit der Verpflichtung für Fälle zu verhindern, in denen aufgrund der kurzen Planungsdauer kein Beitrag zum Ziel des DigiNetz Gesetzes geleistet werden kann⁵⁹.

Die Betroffenheit kritischer Infrastrukturen führt auch im Falle der Informationspflichten über Bauarbeiten zu einem Ablehnungsgrund, und zwar dann, wenn von dem Antrag Teile einer kritischen Infrastruktur, insbesondere deren Informationstechnik, betroffen sind und der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes bei Erteilung der Informationen unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen. Der Begriff der kritischen Infrastrukturen richtet sich nach der jeweiligen Gesetzeslage. Eine Ausnahme kommt dabei nur für die als kritisch eingestufteten Komponenten (Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon) in Betracht, zudem ist nachzuweisen, dass keine verhältnismäßigen Schutzmaßnahmen zur Sicherung der Versorgungsdienstleistung getroffen werden können. Die Verhältnismäßigkeit richtet sich nach den Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit⁶⁰.

Wie bereits der Ablehnungsgrund der kurzen Dauer der Bauarbeiten gezeigt hat, kann auch die Zumutbarkeit der Koordinierung von Bauarbeiten zur Ablehnung führen. § 77h Abs.4 Nr.5 benennt daher auch die Unzumutbarkeit der Koordinierung von Bauarbeiten (allgemein) als Ablehnungsgrund.

Schließlich kann die Erteilung der beantragten Informationen auch dann zur Ablehnung des Informationsanspruchs führen, wenn ein Versagungsgrund für die Koordinierung von Bauarbeiten nach § 77i

⁵⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.84.

⁵⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.87.

⁵⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.85.

⁵⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.85.

⁵⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.86.

⁶⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.86.

Abs.5 vorliegt, wenn also Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine spätere Koordinierung von Bauarbeiten nicht möglich wäre. Damit soll in Fällen, in denen das eigentliche Ziel des Informationsanspruchs, nämlich die nachfolgende Koordinierung von Bauarbeiten, nicht erreichbar ist, überflüssiger Verwaltungsaufwand vermieden werden⁶¹. § 77i Abs.5 enthält zwei Ablehnungsgründe, die kumulativ vorliegen müssen: Die Koordinierung von Bauarbeiten kann abgelehnt werden, wenn von dem Antrag Teile einer kritischen Infrastruktur, insbesondere deren Informationstechnik betroffen sind, und außerdem der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes zur Koordinierung der Bauarbeiten unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen. Sowohl die Betroffenheit kritischer Infrastrukturen als auch die Unverhältnismäßigkeit bzw. Unzumutbarkeit sind schon als Ablehnungsgründe des Informationsanspruchs selbst benannt, so dass der Anwendungsbereich, in denen sich der Verpflichtete auf die Ablehnung aufgrund der Unmöglichkeit der Koordinierung berufen muss, in der Praxis eher gering sein dürfte.

Weitere Ausnahmen können gemäß § 77o Abs.2 durch eine vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur zu erlassende Rechtsverordnung festgelegt werden. Diese Rechtsverordnung bedarf der Zustimmung des Bundesrates. Sie ist zu begründen und soll Kategorien von Bauarbeiten benennen, die der Bundesnetzagentur zu melden sind. Diese Kategorien dürfen nur solche Bauarbeiten enthalten, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet. Sofern die Ausnahmen auf den Schutz kritischer Infrastrukturen gestützt werden, ist die Rechtsverordnung mit dem Bundesministerium des Innern abzustimmen. Zu dem Entwurf der Rechtsverordnung können Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze und interessierte Parteien innerhalb eines Monats Stellung nehmen; die endgültige Fassung ist der Europäischen Kommission mitzuteilen.

b) § 77i Abs.1-5 TKG: Koordination von Bauarbeiten

Auf Grundlage der nach § 77h TKG n.F. erlangten Informationen kann nun, nach Maßgabe des neuen § 77i Abs.1-5, die Koordination von Bauarbeiten verlangt werden. Damit verfolgt der Gesetzgeber mehrere Ziele: Zum einen sollen Kosten beim Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eingespart werden, in dem Tiefbauarbeiten abgestimmt und ggf. zusammengelegt werden. Zum anderen sollen auch Anlieger und Verkehrsteilnehmer im Ausbaugebiet durch die Vermeidung mehrfacher Baustellen entlastet werden und so auch die Gesamtwirtschaftlichkeit verbessert werden. Schließlich werden auch umweltpolitische Zielvorstellungen im Bereiche des Immissions- und insbesondere des Lärmschutzes umgesetzt, in dem mehrfache Bauarbeiten vermieden werden⁶².

aa) Adressaten

Als Adressaten benennt auch der neue § 77i Abs.1 TKG die Eigentümer und Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze als Berechtigte und die Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze als Verpflichtete.

bb) Inhalt

§ 77i Abs.1 TKG n.F. enthält zunächst die Möglichkeit der Adressaten, im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit Vereinbarungen über die Koordinierung von Bauarbeiten zu schließen und ist damit eher deklaratorischer Natur.

Kommt die Vereinbarung nach Abs.1 nicht freiwillig zustande, können die Berechtigten gemäß Abs.2 auch einen Antrag auf Abschluss einer Koordinierungsvereinbarung stellen. Der Antrag muss Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten und die zu errichtenden Komponenten digitaler Hoch-

⁶¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.86.

⁶² Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.87.

geschwindigkeitsnetze bezeichnen. Weiterhin muss er in schriftlicher oder elektronischer Form gestellt werden.

Eine Verpflichtung zum Abschluss einer solchen Vereinbarung ergibt sich gemäß Abs.3 aber nur im Falle eines zumutbaren Antrags und nur dann, wenn die betroffenen Bauarbeiten ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Ein Antrag ist insbesondere dann zumutbar, wenn

1. dadurch keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht werden,
2. die Kontrolle über die Koordinierung der Bauarbeiten nicht behindert wird und
3. 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.

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen⁶³. Im Falle der Vermeidung zusätzlicher Kosten gibt der Gesetzgeber allerdings eine eher restriktive Auslegung vor, in dem er ergänzt, dass eine geringfügige zeitliche Verzögerung der Planung und geringfügige Mehraufwendungen für die Bearbeitung des Koordinierungsantrages nicht als zusätzliche Kosten der ursprünglich geplanten Bauarbeiten gelten. Auch die Behinderung der Kontrolle der Bauarbeiten kann nur dann einer Verpflichtung zum Abschluss einer Koordinierungsvereinbarung entgegenstehen, wenn diese spürbar ist⁶⁴; an dieser Stelle bleiben also ebenfalls unbedeutende Störungen unberücksichtigt.

cc) Kosten

Durch die Koordinierung von Bauarbeiten entstehen den Verpflichteten regelmäßig zusätzliche Kosten. Diesen Mehraufwand hat nach dem Verursacherprinzip der Berechtigte zu tragen. Praktisch bedeutet dies, dass die Kosten der Mitverlegung separat zu erfassen und auf den Berechtigten umzulegen sind⁶⁵.

Die Bundesnetzagentur kann Grundsätze für die Umlegung der Kosten veröffentlichen. Dadurch soll die Kalkulierbarkeit für den Berechtigten (und Kostenpflichtigen) vereinfacht und das Einigungsprozedere zwischen den Beteiligten erleichtert werden⁶⁶. An diese Grundsätze ist die Bundesnetzagentur im Falle einer Streitbeilegung gebunden, so dass für die Beteiligten in diesem Rahmen Rechtssicherheit besteht.

dd) Ablehnungsgründe

Auch die Koordinierung von Bauarbeiten kann nach Maßgabe des § 77i Abs.5 TKG n.F. abgelehnt werden. Eine Ablehnung kommt in Betracht, wenn von dem Antrag Teile einer kritischen Infrastruktur, insbesondere deren Informationstechnik betroffen sind und der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes zur Koordinierung der Bauarbeiten unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen.

Die Definition der kritischen Infrastrukturen richtet sich auch in diesem Fall nach der jeweils geltenden Gesetzeslage⁶⁷.

Die Ablehnung kommt auch teilweise in Betracht und darf sich nur auf die als kritisch eingestuften Komponenten und ihr unmittelbares Umfeld als Teilmenge eines zu bewertenden öffentlichen Versorgungsnetzes beziehen. Weiterhin muss dargelegt werden, dass keine verhältnismäßigen Schutz-

⁶³ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.88.

⁶⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.88.

⁶⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.89.

⁶⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.89.

⁶⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.89.

maßnahmen ergriffen werden können. Als solche schlägt die Gesetzesbegründung beispielhaft eine Ermöglichung der Koordination dadurch, dass entsprechende Arbeiten nur unter Aufsicht des Betreibers durchgeführt werden⁶⁸. In diesem Fall dürften allerdings dem Betreiber als Verpflichteten deutlich höhere Kosten entstehen, die dieser wiederum nach Maßgabe des Abs.4 auf den Berechtigten umlegen kann.

Weiterhin wird das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur durch § 77o Abs.3 TKG zum Erlass von Rechtsverordnungen über Ausnahmen von den in § 77i benannten Rechten und Pflichten ermächtigt. Diese bedürfen der Zustimmung des Bundesrates und können auf dem geringen Umfang und Wert der Bauarbeiten oder auf dem Schutz von Teilen kritischer Infrastrukturen beruhen. In letzterem Fall bedarf die Rechtsverordnung dem Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern. Zu dem Entwurf der Rechtsverordnung können Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze und interessierte Parteien innerhalb eines Monats Stellung nehmen; die endgültige Fassung ist der Europäischen Kommission mitzuteilen.

c) § 77i Abs.6-7 TKG: Mitverlegungsanspruch

Neben der Koordination von Bauarbeiten räumt § 77i in Abs. 6 und 7 TKG n.F. auch einen Anspruch auf Mitverlegung ein. Dieser dürfte, neben dem Anspruch auf Mitnutzung, eine der wichtigsten und weitreichendsten Neuerungen des TKG darstellen.

aa) Adressaten

§ 77i Abs.6 TKG richtet sich an Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die durch die Möglichkeit der Mitverlegung berechtigt werden.

Abs. 7 enthält für bestimmte Fälle auch eine Verpflichtung zur Mitverlegung, die sich an Bauherren richtet.

bb) Umfang der Mitverlegung

Die Mitverlegung wird zunächst in Abs.6 als weit ausgestaltetes Recht vorgesehen, darüber hinaus statuiert Abs.7 für bestimmte Fälle auch eine Pflicht zur Mitverlegung.

Recht auf Mitverlegung

Das Recht auf Mitverlegung nach Abs.6 besteht im Falle von Bauarbeiten. Ziel der Regelung ist es, die hohen Synergieeffekte und Kosteneinsparungen, denen nur geringe Mehrkosten entgegenstehen, auszunutzen⁶⁹. Vom Recht auf Mitverlegung erfasst sind sowohl der Erstausbau von Versorgungsnetzen als auch Ausbuarbeiten an schon bestehenden Netzen⁷⁰. Mitverlegt werden können sowohl passive Netzinfrastrukturen als auch Glasfaserkabel (Letztere sind von der Definition der passiven Netzinfrastrukturen in § 3 Nr.17b TKG n.F. ansonsten ausgenommen). Dies entspricht dem Ziel des Gesetzgebers, den Ausbau hochleistungsfähiger Internetanschlüsse zu fördern, sodass die Technologieutralität an dieser Stelle zurückgestellt werden kann.

Weitere Einschränkungen enthält Abs.6 nicht.

Pflicht zur Mitverlegung

Eine Pflicht zur Mitverlegung normiert Abs.7. Hiervon betroffen sind Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden und deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet. Ist dieser Anwendungsbereich eröffnet, ist sicherzustellen, dass geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln,

⁶⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.90.

⁶⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.90.

⁷⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.90.

bedarfsgerecht mitverlegt werden, um den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes durch private Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu ermöglichen.

Die Mitverlegungspflicht nach Abs.7 S.1 setzt also zunächst voraus, dass Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten betroffen sind.

Weiterhin müssen diese ganz oder teilweise öffentlich finanziert werden.

Sie müssen außerdem in der anfänglichen Planung auf eine Dauer von mehr als acht Wochen ausgerichtet sein. Damit soll auch in diesem Fall eine Unverhältnismäßigkeit der Verpflichtung für solche Fälle verhindert werden, in denen aufgrund der kurzen Planungsdauer kein Beitrag zum Ziel des DigiNetz Gesetzes geleistet werden kann⁷¹.

Schließlich soll die Mitverlegung bedarfsgerecht erfolgen. Dies setzt insbesondere voraus, dass im Umfeld der Baustelle eine ungedeckte Nachfrage nach schnellen Breitbandanschlüssen besteht oder zu erwarten ist und deshalb der Aufbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes erforderlich ist. Ein Bedarf besteht daher nur dann, wenn das Gebiet nicht bereits hinreichend mit entsprechenden Hochgeschwindigkeitsnetzen (mindestens 50 MBit/s) versorgt wird⁷². Zieht man zur weiteren Auslegung die Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-Rahmenrichtlinie) heran, dürfte in solchen Fällen der Unterversorgung ein Bedarf aber generell anzunehmen sein, weil auch die beihilferechtlichen Vorgaben hiervon ausgehen und einen gesonderten Nachweis des Bedarfs nicht mehr vorgeben. Weiterhin geht der Gesetzgeber bei der Definition des Begriffs der Bedarfsgerechtigkeit nicht davon aus, dass die Mitverlegung die gesonderte Errichtung zusätzlicher Infrastrukturen wie Masten, Antennenanlagen oder Kontrollpunkte erfasst, sondern eine Eingrenzung dahingehend erfolgt, dass für entsprechende Bedarfe allenfalls Zugangspunkte zur Verfügung gestellt werden müssen. Darüber hinaus findet eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf die konkrete Baumaßnahme und die Bedarfsdeckung statt⁷³. Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, besteht die Pflicht zur Mitverlegung, ohne dass es einer gesonderten Anordnung (beispielsweise durch die Bundesnetzagentur) bedarf. Wenngleich es unter Umständen effizienter sein könnte, zunächst nur eine Leerrohr-Infrastruktur zu verlegen und erst später, wenn die Start- und Endpunkte festgelegt werden, die Glasfaser einzuziehen, findet nach derzeitigem Stand eine hierauf gerichtete Vorprüfung außerhalb des Merkmals der Bedarfsgerechtigkeit nicht statt.

Der Betrieb des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes muss durch private Betreiber erfolgen, was auch durch Art. 87f Abs.2 S.1 GG vorgegeben ist. Darüber hinaus sieht die Gesetzesbegründung in Anlehnung an Art. 87f Abs.2 GG, insoweit über den Wortlaut des Abs.7 hinausgehend, einen Vorrang der Mitverlegung durch die Privatwirtschaft vor. Wird, etwa im Rahmen der Erschließung von Neubaugebieten, ohnehin ein Telekommunikationsnetz ausgebaut, trifft den Bauherrn nur dann eine eigenständige Ausbauverpflichtung, wenn er die Mitverlegung durch (private) Dritte nicht anderweitig sicherstellen kann⁷⁴. Dies kann im Rahmen der vorbezeichneten Informationspflichten in Erfahrung gebracht werden.

Die Pflicht zur Mitverlegung wird in Abs.7 S.2 auf die Pflicht zur Mitverlegung geeigneter passiver Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, auf die Erschließung von Neubaugebieten erstreckt. Erfasst sind sowohl Wohn- als auch Gewerbegebiete⁷⁵. Eine Bedarfsprüfung erfolgt in diesem Fall nicht.

⁷¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.86.

⁷² Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.91.

⁷³ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.91.

⁷⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.92.

⁷⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.92.

cc) Ausnahmefälle

§ 77i Abs.7 TKG n.F. sieht eine Pflicht zur Mitverlegung nur in den dargestellten engen Grenzen und nach Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Gesonderte Ausnahmeregelungen bestehen nicht, es ist jedoch davon auszugehen, dass in Fällen, in denen eine Mitverlegung etwa unzumutbar wäre oder ihr Sicherheitsaspekte entgegenstehen, die Grenzen des Abs.7 spätestens über die Prüfung der Geeignetheit und der Verhältnismäßigkeit greifen. Somit wird angenommen, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle bewusst auf eine gesonderte Ausnahmenvorschrift verzichtet hat.

d) § 77j TKG: Allgemeine Informationen über Verfahrensbedingungen bei Bauarbeiten

Die Koordination und Mitverlegung setzen einen umfangreichen Informationsaustausch zwischen den Beteiligten voraus. In diesem Zusammenhang ist daher der neue § 77j TKG zu sehen, welcher der Bundesnetzagentur als zentraler Informationsstelle die Zugänglichmachung der relevanten Informationen betreffend die Bedingungen und Verfahren für die Erteilung von Genehmigungen für Bauarbeiten aufgibt. Der Gesetzgeber bezweckt damit eine Vereinfachung des Vorgehens bei der Koordination von Bauarbeiten und Mitverlegung sowie einen Beitrag zu größerer Effizienz und Transparenz⁷⁶.

Der Begriff der Genehmigung ist weit zu verstehen und umfasst sämtlich im Zuge der Errichtung von Netzkomponenten erforderlichen Genehmigungen, wie etwa bau-, umwelt- und verkehrsrechtliche Genehmigungen⁷⁷. Der Umfang der Informationen ist jedoch begrenzt. Erfasst sind weder konkrete Informationen über laufende Verfahren noch eine Entgegennahme oder Bearbeitung von Anträgen. Letztere fällt in den Zuständigkeitsbereich der Länder, woran § 77j nichts ändert. Daher sieht § 77j auch keineswegs die Einrichtung einer zentralen Stelle zur Entgegennahme von Anträgen vor, die durch Art. 7 Abs.2 der Kostensenkungsrichtlinie (aber nicht nach nationalem Recht) möglich wäre⁷⁸. Damit die Bundesnetzagentur ihrer Aufgabe als zentrale Informationsbeschaffungsstelle hinreichend nachkommen kann, ist sie auf die Unterstützung der Länder und Kommunen angewiesen, welche ihr die benötigten Informationen übermitteln. Mit den ihr zur Verfügung gestellten Informationen kann die Bundesnetzagentur dann einen zentralen Anlaufpunkt zur Ermittlung der Informationen darstellen⁷⁹.

In der Umsetzung der in § 77j TKG normierten Aufgabe ist die Bundesnetzagentur an keine weiteren Vorgaben des Gesetzgebers gebunden. Sie kann daher die Bereitstellung von Informationen insbesondere über ein Internetportal gewährleisten und dort auch auf weitere Informationsstellen der Länder oder des Bundes verweisen bzw. verlinken und die zur Genehmigung zuständigen Stellen auflisten⁸⁰. Dies hätte den Vorteil, dass die eigentlich zuständigen Stellen der Länder direkt in die Informationsbeschaffung einbezogen würden, was die Effizienz des Verfahrens weiter steigern würde. Ob die Bundesnetzagentur diesen Umsetzungsvorschlägen des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung folgen wird, ist noch offen.

8) §§ 76 und 77k TKG: Netzinfrastruktur von Gebäuden

Neben den vorbenannten Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und der Synergienutzung bei der Verlegung von hochleistungsfähigen Internetverbindungen außerhalb von Gebäuden berücksichtigt das DigiNetzG auch die Hausanschlüsse selbst: Zum einen wird § 76 TKG a.F., der die Beeinträchtigung von Grundstücken und Gebäuden in bestimmten Fällen ermöglicht, um die Belange des Aufbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze ergänzt. Zum anderen nimmt der Gesetzgeber dann in

⁷⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.93.

⁷⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.93.

⁷⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.93.

⁷⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.93.

⁸⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.93 f.

§ 77k konkret die Zulässigkeit des Anschlusses von Kommunikationsnetzen in den Räumen der Teilnehmer sowie die Möglichkeit der Mitnutzung vorhandener gebäudeinterner Netzinfrastrukturen auf. Aufgrund des sachlichen Zusammenhangs werden die §§ 76 und 77k TKG n.F. an dieser Stelle gemeinsam behandelt.

a) § 77k Abs. 1 TKG: Einrichtung in den Räumen des Teilnehmers

§ 77k enthält zunächst eine Pflicht zur Duldung von Teilnehmeranschlüssen in den Räumen des Teilnehmers.

aa) Adressaten

Adressat der Duldungsverpflichtung ist der Teilnehmer eines Anschlusses. Der Begriff des Teilnehmers ist schon in § 3 Nr.20 der alten und insoweit vom DigiNetzG unberührten Fassung des TKG legaldefiniert als „jede natürliche oder juristische Person, die mit einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten einen Vertrag über die Erbringung derartiger Dienste geschlossen hat“.

Berechtigt sind auch hier die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze.

bb) Inhalt

§ 77k Abs.1 berechtigt den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes zum Anschluss seines Netzes in den Räumen des Teilnehmers, falls hochgeschwindigkeitsfähige gebäudeinterne Netzinfrastrukturen fehlen. Voraussetzung ist mindestens eine Zustimmung des Teilnehmers, in der Regel sogar ein Auftrag. Weiterhin muss der erforderliche Eingriff im Rahmen der Inhaltsbestimmungen des Eigentums bleiben und die Eigentumsrechte anderer Parteien im Haus dürfen so wenig wie möglich berührt werden. Der Eingriff muss zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit in seinem konkreten Umfang angemessen ausgestaltet werden⁸¹.

Für den Betreiber kann der Anschluss allerdings bedeuten, dass er mit dem Einbau der für den Anschluss erforderlichen Netzkomponenten das Eigentum an diesem verliert, weil dieses als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks oder Gebäudes auf den Grundstückseigentümer übergeht. § 94 BGB zählt zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen. Davon erfasst sind beispielsweise Fernmeldekabel jedenfalls dann, wenn sie in der Wohnung verlegt sind⁸². Auch auf die zum Anschluss erforderlichen Netzkomponenten könnte diese Einordnung anwendbar sein. Angesichts der regelmäßig hohen Investitionskosten bietet sich daher der Abschluss einer Regelung über das Eigentum oder zumindest über ein (entgeltfreies) langfristiges Nutzungsrecht zwischen dem zum Anschluss Berechtigten und dem Verpflichteten an, um die Wirtschaftlichkeit der Investition abzusichern.

Über die genannten, in diesem Fall eher strengen Voraussetzungen des Anschlussrechts hinaus sieht das Gesetz keine weiteren Ausnahmeregelungen vor. Anwendungsfälle hierfür dürften allerdings aufgrund der ohnehin erforderlichen Zustimmung des Teilnehmers sowie der zusätzlich vorgegebenen verhältnismäßigen Ausgestaltung eine Seltenheit darstellen.

b) § 76 TKG: Hausstich

Bereits die alte Fassung des TKG ermöglicht die Beeinträchtigung von Gebäuden und Grundstücken im Falle des Betriebes und der Erneuerung von Telekommunikationslinien sowie den Anschluss der auf dem Grundstück befindlichen Gebäude an öffentliche Telekommunikationsnetze der nächsten Generation in bestimmten Fällen. Das Anschlussobjekt, nämlich öffentliche Telekommunikationsnet-

⁸¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.94.

⁸² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, §93, Rn.6.

ze der nächsten Generation, wird in der Neufassung des TKG um öffentliche digitale Hochgeschwindigkeitsnetze ergänzt.

aa) Adressaten

§ 76 Abs.1 und 3 TKG erlegt den Eigentümern von Grundstücken, die keine Verkehrswege im Sinne von § 68 Abs.1 S.2 TKG sind, Duldungspflichten auf. Diesbezüglich berechtigt sind die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze⁸³.

§ 76 Abs.2 TKG berechtigt im Gegenzug den zur Duldung Verpflichteten zur Forderung eines angemessenen Ausgleichs in Geld sowie zum Ersatz eines möglicherweise entstandenen Schadens gegenüber dem die Duldung in Anspruch nehmenden Netzbetreiber.

bb) Ergänzungen des § 76 TKG

Hintergrund der Ergänzung ist der, dass der Begriff der Telekommunikationsnetze der nächsten Generation nicht legaldefiniert ist. Für digitale Hochgeschwindigkeitsnetze gibt es hingegen eine Legaldefinition, die sich auf Netze mit einem Datendurchsatz von 50 MBit/s bezieht. Werden diese Datenübertragungsraten im Laufe der technischen Entwicklung nicht mehr als ausreichend für Netze der nächsten Generation angesehen, ist nun sichergestellt, dass die Regelungen zum Hausstich weiterhin gelten⁸⁴.

In Ergänzung zu den Duldungsverpflichtungen des Abs.1 wird, nach den in Abs.2 geregelten und in der Neufassung beibehaltenen Ausgleichsverpflichtung des Berechtigten, im neuen Abs.3 ein Mitnutzungsrecht in Bezug auf bestehende passive Netzinfrastrukturen ergänzt. Dieses gilt für Fälle, in denen die Durchführung der nach Abs.1 zu duldenen Maßnahmen nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, und unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 77d, 77e und 77g TKG.

Ausnahmeregelungen enthält § 76 TKG hingegen nicht, so dass davon auszugehen ist, dass der Verpflichtete sich lediglich auf die Unzumutbarkeit bzw. auf unverhältnismäßigen Aufwand der Duldung berufen kann; in diesem Fall entsteht allerdings ein Mitnutzungsrecht nach Abs.3, für dessen Ausgestaltung der Gesetzgeber unter anderem auf die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelungen des § 77g verweist.

c) § 77k Abs.2 und 3 TKG: Mitnutzung

§ 77k Abs.2 TKG n.F. ergänzt das Mitnutzungsrecht des § 76 Abs.1, welches sich nur auf passive Netzinfrastrukturen bezieht, um die Mitnutzung aller gebäudeinternen Netzinfrastrukturen.

aa) Adressaten

§ 77k Abs.2 TKG verpflichtet die Eigentümer und Betreiber gebäudeinterner Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze und gebäudeinterner passiver Netzinfrastrukturen zur Gewährung der Mitnutzung gegenüber Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze .

Ob zumindest eine Pflicht zur Duldung auch der Grundstückseigentümer besteht, die ggf. für die Mitnutzung erforderlichen zusätzlichen Arbeiten zu dulden, sieht das Gesetz nicht vor. Auf § 76 kann in diesem Fall nicht zurückgegriffen werden, da dort nur die passiven Infrastrukturen betroffen sind. Es wird dennoch zumindest im Rahmen einer analogen Anwendung davon ausgegangen, dass die Eigentümer der Grundstücke, in denen die gebäudeinternen Netzinfrastrukturen belegen sind, zur Duldung möglicher Eingriffe verpflichtet sind.

⁸³ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.63.

⁸⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.63.

bb) Inhalt

Das Mitnutzungsrecht des § 77k Abs.2 TKG erfasst, in Ergänzung des § 76, die Mitnutzung aller gebäudeinternen Netzinfrastrukturen. Davon erfasst sind insbesondere auch Verkabelungen⁸⁵. Die Regelung wird gemäß Abs.3 für Fälle benötigt, in denen eine zweite Verlegung aufgrund der physischen Gegebenheiten technisch ausscheidet oder diese zwar in technischer Hinsicht möglich wäre, aber wirtschaftlich aufgrund der damit verbundenen Kosten ineffizient wäre.

Die Mitnutzung ist beim Verpflichteten zu beantragen. Sofern der Antrag zumutbar und eine Doppelung der Netzinfrastrukturen technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist, hat der Verpflichtete einem zumutbaren Mitnutzungsantrag stattzugeben. Dies hat unter fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen, einschließlich der Mitnutzungsentgelte, zu erfolgen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese Bedingungen zwischen den Beteiligten zu verhandeln sind und gibt keine konkreten Hinweise darauf, wann sie fair und diskriminierungsfrei sind und insbesondere, wie das Mitnutzungsentgelt zu bemessen ist. Hier dürfte daher ein weiteres Handlungsfeld für die Bundesnetzagentur als zentrale Streitbeilegungsstelle eröffnet sein.

Ausnahmefälle enthält § 77k Abs.2, anders als § 76, nicht. Insbesondere kann der zur Mitnutzung Verpflichtete die Mitnutzung nicht aufgrund etwaigen Eigenbedarfs verweigern, so dass das Risiko besteht, dass seine Investitionen nicht amortisiert werden können. Schlimmstenfalls könnte dies die Investitionen nach Abs.1 verhindern. Auf freiwilliger Basis können die Beteiligten zwar alternativ einen Zugang über Vorleistungsprodukte vereinbaren; inwieweit dies als faire und diskriminierungsfreie (und i.d.R. kostengünstigere) Alternative auch im Streitfall anerkannt wird, ist noch nicht abzu sehen.

9) §§ 77l – m TKG: Verfahrensfragen

Über die materiellen Rechte und Pflichten und die hiermit in Zusammenhang stehenden Verfahrensregelungen hinaus enthält das TKG einige allgemeine Neuregelungen zum Verfahren, welche die Umsetzung der Ziele des DigiNetzG ermöglichen sollen.

a) § 77l TKG: Antragsform und Reihenfolge

So sieht § 77l vor, dass Anträge von Eigentümern oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze nach §§ 77a bis 77c, 77d, 77h und 77i schriftlich oder elektronisch gestellt werden können, was der Verfahrensbeschleunigung dient⁸⁶, und dass sie vollständig sind, wenn der Antragsteller alle entscheidungsrelevanten Informationen dargelegt hat. Ferner legt § 77l Abs.2 fest, dass über mehrere vollständige Anträge in der Reihenfolge zu entscheiden ist, in der die Anträge beim Verpflichteten eingehen.

b) § 77m TKG: Vertraulichkeit der Verfahren

§ 77m TKG n.F. schützt die Vertraulichkeit der Verfahren, in dem Informationen, die im Rahmen der vorbenannten Verfahren bei oder nach Verhandlungen oder Vereinbarungen gewonnen werden, nur für die Zwecke ihrer Bereitstellung verwendet werden dürfen. Die Regelung orientiert sich an § 17 TKG, wonach im Zusammenhang mit Verhandlungen oder Vereinbarungen gewonnene Informationen von Betreibern öffentlicher Netze nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen, die aus solchen Informationen Wettbewerbsvorteile ziehen können. § 77m verzichtet auf das Erfordernis, dass aus den Informationen Wettbewerbsvorteile gewonnen werden können, weil die Sensibilität der durch die vorbenannten Informationen über den reinen Schutz des Wettbewerbs hinausgeht und insbesondere auch Sicherheitsaspekte umfasst⁸⁷.

⁸⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.94.

⁸⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.95.

⁸⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.95.

10) Die Rolle der Bundesnetzagentur als Streitbelegungsstelle

Einen zentralen Bestandteil des DigiNetzG stellen die Stärkung der Rolle der Bundesnetzagentur und die Erweiterung ihrer Aufgaben dar.

a) §§ 132, 134 a TKG n.F.: Grundlagen zum Verfahren der nationalen Streitbeilegung

§§ 134a, 132 TKG regeln das Verfahren der nationalen Streitbeilegung. § 132, der schon bisher die Entscheidungsfindung innerhalb der Bundesnetzagentur regelt, wird um die Anwendungsfälle des DigiNetzG ergänzt, § 134a vollständig neugefasst.

Damit wird der Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur nicht nur sachlich, sondern auch thematisch deutlich erweitert. So ist sie nun, da von den Mitnutzungsregelungen auch Abwassernetze betroffen sind, auch für diese zuständig. Im uneingeschränkt berücksichtigungsfähigen Abwassernetz bestehen aber technisch zahlreiche Besonderheiten, mit denen die Bundesnetzagentur bisher nicht vertraut ist. Es steht daher zu befürchten, dass die vom Gesetzgeber bezweckte Beschleunigung der Verfahren zunächst aufgrund der für die Streitbelegungsstelle unvertrauten Fachgebiete mittelfristig zumindest in den betroffenen Bereichen nicht umsetzbar ist.

aa) § 134a Abs.1 TKG n.F.: Antragsprinzip

Das Verfahren der nationalen Streitbeilegung wird gemäß § 134a Abs.1 TKG n.F. auf Antrag eingeleitet.

bb) § 134a Abs.2 TKG n.F.: Verfahrensbeteiligte

Die Beteiligten sind in § 134a Abs.2 TKG in Anlehnung an die jeweilige Vorgabe der Aktiv- und Passivlegitimation in der materiellen Vorschrift aufgeführt⁸⁸.

Nr. 1 benennt als Verfahrensbeteiligte in Verfahren nach § 77n Abs. 1-5 (Streitigkeiten über Mitnutzung außerhalb von Gebäuden, Informationsansprüchen, Vor-Ort-Untersuchungen sowie über Informationen über und die Koordination von Bauarbeiten) als den Antragsteller sowie die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, gegen die sich das Verfahren richtet.

Verfahrensbeteiligte in Verfahren nach § 77n Abs.6 (Mitnutzung innerhalb von Gebäuden) sind gemäß Nr. 2 der Antragsteller und der Verfügungsberechtigte über Netzinfrastrukturen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, gegen den sich das Verfahren richtet.

Nr. 3 führt als weitere Verfahrensbeteiligte Beigeladene auf. Dies sind diejenigen Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden und die die Bundesnetzagentur auf ihren Antrag zum Verfahren beigeladen hat. Beigeladen werden können nach dieser Vorgabe alle natürlichen oder juristischen Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sowie Verbände (beispielsweise kommunale Spitzenverbände). Kommunen und Länder als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts sind ebenfalls erfasst. Damit soll die Wahrung der spezifischen Interessen sichergestellt werden und in die Entwicklung einer sachgerechten Streitbeilegung einfließen können⁸⁹.

cc) § 134a Abs.3 TKG n.F.: Abstimmung mit dem Bundesamt für Sicherheit und Informationstechnik

§ 134a Abs.3 schließlich gibt der Bundesnetzagentur im Falle der Betroffenheit kritischer Infrastrukturen die Abstimmung mit dem Bundesamt für Sicherheit und Informationstechnik vor. Dies soll der Bundesnetzagentur die Inanspruchnahme der besonderen Sachkenntnis ermöglichen, welche mög-

⁸⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.110.

⁸⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.110 f.

lichst früh eingeholt werden soll. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Bundesamt für Sicherheit und Informationstechnik für seine Stellungnahme bei Bedarf fachliche Expertise bei weiteren Behörden, insbesondere dem Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, einholen⁹⁰.

dd) § 132 Abs.2 TKG n.F.: Einrichtung von Streitbeilegungskammern

Bereits die alte Fassung des TKG regelt umfangreich die Entscheidungsfindung innerhalb der Bundesnetzagentur in Beschlusskammern. Zur Umsetzung deren neuer Aufgabe als nationaler Streitbeilegungsstelle wird, neben einigen kleineren Anpassungen in § 132, in Abs.2 die Einrichtung von Streitbeilegungskammern geregelt, die durch Verwaltungsakt entscheiden. Diese sollen als unabhängig, gerichtsähnliche Spruchkörper der Entlastung der Gerichte dienen. Die außergerichtliche Streitbeilegung durch die Streitbeilegungskammern soll außerdem die Verfahren beschleunigen und ungerechtfertigte Mitnutzungsverweigerungen verhindern⁹¹. Für die Streitbeilegungskammern gelten auch die Sonderregelungen zur Verfahrensbeschleunigung des § 137 Abs.1 bis 3 TKG⁹². Danach haben Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur keine aufschiebende Wirkung und ein Vorverfahren findet nicht statt. Außerdem sind, von einigen Ausnahmen abgesehen, weder eine Berufung noch eine Beschwerde gegen ein auf einen nach § 132 ergangenen Verwaltungsakt zulässig.

b) § 77n TKG n.F.: Fristen, Entgeltmaßstäbe und Regulierungsziele der nationalen Streitbeilegung

Ergänzend zu den vorbezeichneten allgemeinen Verfahrensvorschriften und in Anlehnung an die jeweiligen materiell-rechtlich betroffenen Regelungsbereiche setzt § 77n TKG n.F. Einzelheiten zu Fristen, Entgeltbemessungen und Regulierungsziele im Verfahren der nationalen Streitbeilegung fest.

aa) Streitigkeiten in Bezug auf die Mitnutzung

§ 77n Abs.1-3 TKG n.F. regelt Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Streitigkeiten über die Mitnutzung nach §§ 77d, 77e und 77g TKG n.F. Erfasst sind Fälle, in denen ein zur Gewährung der Mitnutzung Verpflichteter innerhalb von zwei Monaten kein Angebot zur Mitnutzung abgibt oder keine Einigung über die Mitnutzung zustande kommt.

Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn Uneinigkeit über die Höhe des Mitnutzungsentgelts besteht. Abs.2 gibt daher vor, dass die Bundesnetzagentur, wenn sie das Mitnutzungsentgelt festlegen soll, dieses fair und angemessen zu bestimmen hat. Als Grundlage für die Höhe werden die zusätzlichen Kosten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen ergeben, genannt. Relevant sind also nur die Mehrkosten, nicht hingegen die Kosten die für die Errichtung und den Betrieb der Netzinfrastruktur ohnehin anfallen⁹³. Mehrkosten können etwa zusätzlich erforderlich werdende Instandhaltungs- und Anpassungskosten, zusätzlich erforderlich werdende Sicherheitsvorkehrungen zur Begrenzung negativer Auswirkungen auf die Netzsicherheit sowie zusätzlich erforderlich werdende spezifische Haftungsvorkehrungen für den Schadensfall sein⁹⁴. Auf diese Kosten gewährt die Bundesnetzagentur einen angemessenen Aufschlag als Anreiz für den Verpflichteten zur Gewährung der Mitnutzung. Hieraus ergibt sich ein weiter Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur, der seine Grenze dort findet, wo die Festlegung verzerrende Effekte zum Nachteil bestimmter Infrastrukturen bewirkt⁹⁵.

Eine Spezialregelung zu Abs.2 stellt Abs.3 dar, der für Streitigkeiten über die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Berücksichtigung der in § 2 Abs.2 TKG genannten Regulie-

⁹⁰ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.110 f.

⁹¹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.97.

⁹² Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.109.

⁹³ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.98.

⁹⁴ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.98.

⁹⁵ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.98.

rungsziele vorgibt⁹⁶. In diesem Zusammenhang sind insbesondere bestehende Regulierungsentscheidungen zu berücksichtigen, etwa in Bezug auf Entgelt- und Tarifstrukturen. So sind etwa bei einer Überschneidung von beantragten Mitnutzungen mit regulierten Vorleistungsprodukten die regulierten Vorleistungsentgelte als Maßstab heranzuziehen⁹⁷. Über die Einbeziehung der Regulierungsziele können auch Investitionen in den Aufbau des in Anspruch genommenen (Telekommunikations-) Netzes, anders als nach Abs.2, Berücksichtigung finden⁹⁸.

Im Fall einer Entscheidung nach § 77n Abs.1-3 TKG n.F. ist jede Partei zur Beantragung einer Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Rechte, Pflichten und Versagungsgründe nach §§ 77d, e und g TKG n.F. innerhalb von vier Monaten nach Eingang eines vollständigen Antrags berechtigt. Die Frist ist länger als in den übrigen Fällen des § 77n TKG, was auf die unter Umständen hohe Komplexität der zu klärenden Fragestellungen zurückzuführen ist⁹⁹. § 77n Abs.7 ermöglicht bei außergewöhnlichen Umständen, die hinreichend begründet werden müssen, eine Verlängerung der Frist um zwei Monate.

bb) § 77n Abs.4 TKG n.F.: Streitigkeiten im Zusammenhang mit Informationsansprüchen, Vor-Ort-Untersuchungen und Ablehnungsgründen

Als weniger komplex sieht der Gesetzgeber Streitigkeiten im Zusammenhang mit Informationsansprüchen, Vor-Ort-Untersuchungen und Ablehnungsgründen nach §§ 77b, 77c und 77h TKG n.F. an. Nach einem Antrag, den jede Partei stellen kann, entscheidet die Bundesnetzagentur in diesen Fällen innerhalb von zwei Monaten. Auch diese Frist kann nach § 77n Abs.7 bei außergewöhnlichen Umständen, die hinreichend begründet werden müssen, um zwei Monate verlängert werden.

cc) § 77n Abs.5 TKG n.F.: Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Koordinierung von Bauarbeiten

Auch in Fällen, in denen nach Maßgabe des § 77i Abs.2 und 3 innerhalb eines Monats ab dem Tag des Eingangs des Antrags beim Verpflichteten keine Vereinbarung über die Koordinierung von Bauarbeiten zustande kommt, kann jede Partei die Bundesnetzagentur zur Streitbeilegung anrufen. Diese legt in ihrer Entscheidung verbindlich faire und diskriminierungsfreie Bedingungen, einschließlich der Entgelte der Koordinierungsvereinbarung fest. Die Entscheidung erfolgt unverzüglich, spätestens innerhalb von zwei Monaten. Diese Frist kann ebenfalls nach § 77n Abs.7 bei außergewöhnlichen Umständen, die hinreichend begründet werden müssen, um zwei Monate verlängert werden.

dd) § 77n Abs.6 TKG n.F.: Streitigkeiten im Zusammenhang mit der gebäudeinternen Mitnutzung

Schließlich kann die Bundesnetzagentur auch bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der gebäudeinternen Mitnutzung angerufen werden. Sie entscheidet auch hier unverzüglich, spätestens innerhalb von zwei Monaten, und auch diese Frist kann ebenfalls nach § 77n Abs.7 bei außergewöhnlichen und hinreichend zu begründenden Umständen um zwei Monate verlängert werden.

c) Auskunftsansprüche der Bundesnetzagentur

Um ihre Funktion als nationale Streitbelegungsstelle sachgerecht ausüben zu können, benötigt die Bundesnetzagentur umfangreichen Zugriff auf die entscheidungsrelevanten Informationen. Daher wird der bisherige § 127 TKG um entsprechende Auskunfts- und Informationsansprüche ergänzt.

⁹⁶ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.99.

⁹⁷ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.100.

⁹⁸ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.100.

⁹⁹ Gesetzesbegründung zum DigiNetzG, S.97.

aa) § 127 Abs.1 S.1 TKG n.F.: Anspruch auf Erteilung von Auskünften,

§ 127 Abs.1 TKG a.F. enthält eine Verpflichtung von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze und Anbietern öffentlicher Telekommunikationsdienste zur Erteilung von Auskünften auf Verlangen und gegenüber der Bundesnetzagentur, wenn diese für den Vollzug des Gesetzes erforderlich sind. Der betroffene Personenkreis wird nun, in Anlehnung an die weiteren Änderungen des TKG, um Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze erweitert.

bb) § 127 Abs.2a TKG n.F.: Informationsbeschaffung vor Ort und Einsichtnahme

Im neu gefassten § 127 Abs.2a TKG werden der Bundesnetzagentur weitere Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung eingeräumt.

Nr. 1 als verfahrensrechtliches Gegenstück zu § 77c TKG n.F. berechtigt die Bundesnetzagentur zur Durchführung eigener Vor-Ort-Untersuchungen passiver Netzinfrastrukturen. Damit soll die Bundesnetzagentur die Möglichkeit erlangen, sich zur Ausbildung einer sachgerechten Streitbelegungspraxis ein eigenes Bild zu machen.

Zum Zwecke der Ermöglichung einer eigenständigen Meinungsbildung über die Netzarchitektur sowie die Entwicklungen der Netze und Dienste einschließlich einer Berücksichtigung dynamischer Prozesse kann die Bundesnetzagentur nach Nr. 2 Auskünfte über künftige Entwicklungen und Dienste verlangen. Dieses Auskunftsrecht knüpft an die Auskunftsrechte der sektorspezifischen Marktaufsicht an.

Schließlich kann die Bundesnetzagentur auch Einsicht in die von den Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze erstellten Sicherheitskonzepte, sonstigen Konzepte, Nachweisdokumenten oder Teilen davon. Da der Gesetzgeber auch Teile der Konzepte in die Möglichkeit des Auskunftsverlangens mit einbezogen hat, kann die Einsicht auch dann verlangt werden, wenn das entsprechende Konzept noch nicht fertiggestellt wurde oder der Nachweis nur durch einzelne andere Dokumente erbracht werden kann.

III. Vertragliche Ausgestaltung der Mitnutzung

In den früheren Ausführungen des TKG zur Synergienutzung wurde für die Vertragsgestaltung im Regelfall von einer Überlassung von Infrastruktureinrichtungen des Versorgungsunternehmens an ein Telekommunikationsunternehmen ausgegangen, bei der die mitgenutzten Infrastrukturen im Eigentum des Versorgungsunternehmens verblieben. Es wurden also Mietverträge über die Infrastrukturen abgeschlossen. In Einzelfällen kam auch ein Verkauf nicht mehr benötigter Infrastrukturen in Betracht.

Mit den Änderungen des TKG durch das DigiNetzG wurden die Möglichkeiten der rechtlichen Gestaltung nun deutlich erweitert. Während die Mitnutzung weiterhin durch Mietverträge vereinbart werden dürfte, müssen für die Koordination von Bauarbeiten sowie die Mitverlegung andere Instrumente der Vertragsgestaltung herangezogen werden. Denkbar sind in diesen Fällen etwa Dienst- oder Werkverträge oder aber Verträge sui generis, also eigener Art, die sich aus den Komponenten mehrerer Verträge (beispielsweise miet- und werkvertraglichen Elementen) zusammensetzen. Auch hinsichtlich der erweiterten Informations- und Auskunftsrechte ergeben sich Folgefragen hinsichtlich der vertraglichen Ausgestaltung.

Nachfolgend sollen Hinweise zu denjenigen Sachverhalten gegeben werden, die bei der Mitnutzung von Infrastrukturen eines Versorgungsunternehmens sowie bei der Koordinierung von Bauarbeiten, der Mitverlegung und der Informationsbeschaffung eine Rolle spielen könnten. Dabei stellen die aufgeführten Tatbestände weder eine zwingende Vorgabe noch eine notwendigerweise abschließende Auflistung dar. Es sollte jeweils im Einzelfall geprüft werden, welche Regelungen notwendig sind. Die Ausführungen sind mit größtmöglicher Sorgfalt recherchiert, eine Gewähr für Anwendbarkeit, Wirksamkeit oder Erfolg kann jedoch nicht übernommen werden.

1) Vertragsgegenstand

Bei der Regelung des Vertragsgegenstandes sollten das gewährte Recht (Mitnutzung, Koordinierung von Bauarbeiten, Mitverlegung) sowie die Einzelheiten der Ausgestaltung und die betroffenen Infrastruktureinrichtungen so konkret und umfassend wie möglich beschrieben werden:

- Bei Leerrohren zum Beispiel Dimension (Länge, Durchmesser), Material, aktuelle Belegung;
- Bei Glasfaserleitungen zum Beispiel Anzahl der überlassenen, unbeschalteten Fasern, Länge der Strecke, Verlegejahr, technische Eigenschaften wie Typ, Dämpfungskoeffizient, Dispersionsparameter usw.;
- Bei Baustellen die genaue Lage und geplante Dimension der Baustelle, die von den Parteien zu verlegenden Infrastrukturen, die geplante Dauer der Baustelle, möglicherweise erforderliche Straßensperrungen etc.
- Bei Koordinierungen von Bauarbeiten die jeweils für die Planungen relevanten Infrastrukturen und deren Planungen;
- Gebäude, Schalträume, Schaltschränke oder sonstige erforderliche Einrichtungen;
- Zur Verfügung zu stellende Informationen;
- Bei Vor-Ort-Untersuchungen die Lage und Art der zu untersuchenden Infrastrukturen.

Auch technische Anforderungen an die gegebenenfalls vom Nutzer zu stellende Ausrüstung im Hinblick auf die Kompatibilität mit der Infrastruktur des Versorgungsunternehmens und die technischen

Schnittstellen sollten beschrieben werden. Dies trifft insbesondere auf die Einrichtungen an den jeweiligen Übergabepunkten zu, für die möglichst exakte technische Definitionen der Schnittstellen und Erfordernisse notwendig sind, an die sich der Nutzer anzupassen hat.

Bei Baustellen sind auch Vereinbarungen zu möglichen Begrenzungen der Zufahrtswege, Lagerflächen und benötigte Infrastrukturen für die Baustelle selbst (Wasser, Strom) denkbar.

Weitere mögliche Regelungsaspekte sind:

- Benennung der Einrichtungen, die ausdrücklich nicht zur Nutzung überlassen werden;
- Zweckbindung der überlassenen Infrastruktur, zum Beispiel nur für betriebliche Zwecke oder öffentliche Telekommunikation, Zulässigkeit der Weitervermietung ;
- Bei Verlegung auf dem Grundstück des Teilnehmers der Hinweis, dass die Verlegung mit seinem Einverständnis bzw. auf seinen Antrag erfolgt;
- Regelung zur Exklusivität der zur Nutzung überlassenen Infrastruktur. Dabei sind die Interessen des Infrastrukturinhabers im Hinblick auf die Erzielung gegebenenfalls höherer Einnahmen abzuwägen im Verhältnis zu einem möglichst vielfältigen Breitbandangebot. Zudem sind das Beihilferecht oder regulatorische Vorgaben zu prüfen;
- Bei der Anforderung von Informationen der Stand der Informationen und ggf. Bereiche, zu denen keine Informationen übermittelt werden.

2) Übergabe und Nutzung

Die Themen „Übergabe und Nutzung“ sind im Falle der Mitnutzung von Infrastrukturen außer- und innerhalb von Gebäuden von Bedeutung. In diesen Fällen sollte der Vertrag auch folgende Bestandteile enthalten:

- Bezeichnung der Übergabestandorte und exakten Übergabepunkte samt deren technischen Eigenschaften;
- Art und Qualität der Dokumentation;
- Zeitpunkt oder Zeitraum der Übergabe an den Nutzer, gegebenenfalls auch spätester Zeitpunkt, das heißt der Zeitpunkt, ab dem in jedem Fall das vereinbarte Entgelt zu zahlen ist.

Im Sinne einer klaren Aufgabenabgrenzung zwischen Infrastrukturinhaber und Nutzer sollte eine möglichst genaue Festlegung des vom Infrastrukturinhaber beziehungsweise vom Nutzer zu erbringenden Tätigkeitsumfangs vorgenommen werden hinsichtlich:

- Planung;
- Bau der Infrastruktur;
- Instandhaltung;
- Störungsbehebung;
- Netzbetrieb (vor allem, wenn nicht nur Leerrohre oder unbeschaltete Glasfasern vermietet werden),
- (Mit-) Benutzung technischer Einrichtungen wie passive oder aktive Netztechnik.

In jedem Fall sollte der Nutzer zum pfleglichen Umgang mit den genutzten Infrastrukturen verpflichtet werden. Hierzu zählen auch der Einsatz fachkundigen Personals (zum Beispiel nachgewiesen durch entsprechende persönliche Zertifikate) und die Beachtung der technischen und organisatori-

schen Vorgaben des Infrastrukturinhabers. Auch sollte festgelegt werden, dass die Mitnutzung zu keiner Beeinträchtigung oder Störung der anderen verlegten Einrichtungen führen darf.

Der pflegliche Umgang mit den Infrastrukturen des Verpflichteten sollte auch im Falle der Vereinbarung von Mitverlegung und Koordinierung von Bauarbeiten sowie von Vor-Ort-Untersuchungen vereinbart werden. Hier liegt der Schwerpunkt auf dem Schutz der Infrastrukturen, mit denen der Berechtigte durch die Inanspruchnahme seiner Rechte notwendigerweise in Berührung kommt, etwa durch die gemeinsame Tätigkeit auf einer Baustelle.

Zu klären ist weiterhin, ob und in welchem Umfang eine Gewährleistung der Mängelfreiheit bei Übergabe an den Nutzer erfolgen soll. Gerade bei der Nutzung vorhandener Leerrohre sollte möglichst keine Gewährleistung dafür übernommen werden, dass die Leerrohre für den vom Nutzer geeigneten Zweck auch geeignet sind. Dies kann auch bei der Koordinierung von Bauarbeiten und bei der Mitverlegung im Hinblick auf die Lage der Bauarbeiten und die Anschlussmöglichkeiten hieran geregelt werden.

Die für die Zwecke des Nutzers erforderlichen Erlaubnisse und Genehmigungen sollten allein durch diesen und auf dessen Kosten eingeholt werden. Der Verpflichtete sollte hier aber notwendige Mitwirkungspflichten einräumen. Diese sind auch im Falle von Mitverlegungen und Koordinierung von Bauarbeiten unerlässlich.

3) Regelungen zum Entgelt

Die Regelungen zum Entgelt werden ebenfalls zwischen den Vertragsparteien verhandelt. Dabei sollten sich die Vertragsparteien, um späteren Streitigkeiten vorzubeugen, schon bei der Vertragsverhandlung an die Vorgaben halten, nach denen sich die Bundesnetzagentur richten würde, wenn sie über die Entgelte entscheiden würde. Der Entgeltbemessung sollten daher, gemäß § 77n Abs.2 TKG n.F., die zusätzlichen Kosten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen ergeben, zugrunde gelegt werden. Sofern sich dies aus Regulierungszielen ergibt, können im Falle der Mitnutzung weitere Kosten, insbesondere auch Investitions- und Betriebskosten, in die Berechnung einfließen. Diese Kosten können um einen angemessenen Aufschlag für die Gewährung der Mitnutzung ergänzt werden.

Die Kosten können als einmaliges Benutzungsentgelt oder (insbesondere im Falle der Mitnutzung) als laufende Zahlungen gewährt werden, auch eine Kombination von einmaligen und laufenden Zahlungen ist möglich.

Da es sich insbesondere bei der Mitnutzung um langfristige Verträge handelt, sollten auch Möglichkeiten zur Entgeltanpassung vorzusehen, die sich etwa auf Änderungen von Steuern und Abgaben beziehen können. Auch die Vereinbarung von Preisgleitklauseln ist möglich; dabei sollten jedoch stets die Grundlagen der Bundesnetzagentur zur Entgeltberechnung im Blick behalten werden, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden.

Auch für nie auszuschließende Sonder- oder Zusatzleistungen sollten bereits im Vorfeld eindeutige Absprachen, zum Beispiel in Form von Servicepauschalen oder Stundensätzen, getroffen werden.

4) Instandhaltung, Änderungen, Erweiterungen, Umverlegung

Ein wichtiger Punkt bei der vertraglichen Gestaltung bei Mitnutzungen außerhalb und innerhalb von Gebäuden sind Regelungen der Verantwortlichkeiten für die laufende Erhaltung der zur Nutzung überlassenen Infrastruktur. Üblicherweise erfolgt diese durch den Infrastrukturinhaber auf dessen Kosten, die dann mit den laufenden Entgelten abgegolten sind. Gegebenenfalls kann auch eine Übertragung dieser Aufgaben auf den Nutzer sinnvoll sein. Wichtig ist, dass die laufende Unterhaltung nur

für den Vertragsgegenstand zugesagt wird und sich nicht auf die vom Nutzer geschaffene Einrichtung bezieht.

Bei Mitnutzungen innerhalb von Grundstücken oder Gebäuden sollten dem für die Instandhaltung auch Zugangsrechte eingeräumt werden. Bei Personenverschiedenheit zwischen Infrastrukturinhaber und Grundstückseigentümer sollte dessen Einverständnis auch bezüglich des Zugangs als Anlage zum Vertrag genommen oder zumindest eine Verpflichtung zur Einholung des Einverständnisses vereinbart werden.

Es sollten für Maßnahmen, die zu einer Beeinflussung des Betriebes des Nutzers führen können, Abstimmungsmodalitäten festgelegt werden. Dies betrifft auch die Vereinbarung zur gegenseitigen Abstimmung bei Erweiterungsvorhaben der Vertragspartner, um dabei gegebenenfalls Synergien umsetzen zu können. Dies gilt insbesondere auch im Falle der Mitverlegung, wenn die geplanten Bauarbeiten kurzfristig erweitert werden.

Auch für vom Nutzer gewünschte beziehungsweise veranlasste Änderungen ist eine Klärung der Zuständigkeiten und der Kostenübernahme angezeigt. Üblicherweise sollte bei Mitnutzungen eine Realisierung nur mit Zustimmung des Infrastrukturinhabers und die Ausführung durch diesen selbst beziehungsweise durch dessen Drittbeauftragte erfolgen. Bei der Koordinierung von Bauarbeiten und der Mitverlegung kann auch eine hiervon abweichende Regelung zielführend sein.

Für den Fall von Umverlegungen durch den Infrastrukturinhaber sind Regelungen zu treffen, da damit häufig Unterbrechungen und gegebenenfalls Übergangslösungen verbunden sein können. Dazu sollten entsprechende Informationsverpflichtungen aufgenommen werden und es sollte zum Beispiel klargestellt werden, dass eine Umverlegung nicht auf eventuell zugesagte Verfügbarkeiten angerechnet wird. Derartige Maßnahmen sollten auch als Kündigungsgrund ausgeschlossen werden.

Letztlich ist auch die Kostentragung bei Umverlegungen zu regeln. Bei aus rechtlichen Gründen veranlassten Umverlegungen sollten die Vertragspartner die dadurch verursachten Kosten jeweils selbst tragen.

5) Störungen, Verfügbarkeit und Service-Level

Weiterhin sollte vertraglich geregelt werden, was im Falle von Störungen zu veranlassen ist, wer Ansprechpartner ist und wer für die Störungsbeseitigung verantwortlich ist. Dazu gehört auch die Pflicht des Nutzers, Störungen unverzüglich zu melden.

Im Falle der Mitnutzung werden üblicherweise folgende Punkte geregelt:

- Servicezeiten (Zeiten, in denen eine Annahme und Bearbeitung von Meldungen zu Störungseignissen möglich ist – von Telekommunikationsunternehmen wird i.d.R. eine Rufbereitschaft mit Servicezeiten rund um die Uhr an sieben Wochentagen erwartet)
- Reaktionszeiten und Störungsbehebung (Zeit zwischen Störungserkennung/ -meldung und Rückmeldung über die Einleitung der Störungsbehebung - von Telekommunikationsunternehmen werden üblicherweise kurze Reaktionszeiten erwartet)
- Verfügbarkeiten (Festlegung von maximal zulässigen Unterbrechungsdauern im Jahr (Einzelverbindungen oder Pooling von Ausfallzeiten), gegebenenfalls unterschieden nach Art der Infrastruktur (Verteilnetz, Transportnetz, gegebenenfalls auch abhängig von der Art der für die Verlegung genutzten Verkehrswege) und betriebsinternen Regelungen der mitgenutzten Infrastruktur (zum Beispiel für die jeweilige Sparte übliche Verfügbarkeit der mitgenutzten Infrastruktur) - üblicherweise wird von Telekommunikationsunternehmen hier eine Größenordnung von deutlich über 99 Prozent erwartet)

Regelungen sind zudem zu treffen für planmäßige Unterbrechungen durch eigene Arbeiten oder von Dritten veranlasste Außerbetriebnahmen.

Im Falle von Mitverlegungen und der Koordinierung von Bauarbeiten sollten außerdem die Verantwortlichkeiten bei Störungen Dritter geregelt werden. Sofern möglich, kann hier auf das Verursacherprinzip zurückgegriffen werden und die Störungsbeseitigung Dritter demjenigen auferlegt werden, der die Störung hervorgerufen hat. Alternativ kann die Beseitigung von Störungen Dritter auch vollständig einer Partei (regelmäßig dem Infrastrukturinhaber) auferlegt werden, was ebenfalls bei der Entgeltberechnung zu berücksichtigen ist.

6) Zugang zu mitgenutzten Infrastrukturen

Auch die Zugänglichkeit der mitgenutzten Infrastrukturen muss geregelt werden. Hierbei müssen die gegebenenfalls unterschiedlichen Erwartungen aus der Perspektive der jeweiligen Sparte in Einklang gebracht werden.

Soweit seitens des Nutzers ein Zugang zu den mitgenutzten Infrastrukturen erforderlich ist (insbesondere bei Gebäuden, Schalträumen o.ä.), muss auch für diesen Fall ein Zugangsrecht sichergestellt sein. Ist für den Zugang darüber hinaus die Mitwirkung des Infrastrukturinhabers erforderlich, muss auch diese vereinbart werden. Sowohl das Zugangsrecht als auch die Mitwirkungspflicht können zeitlich begrenzt werden und sich etwa an den o.g. Servicezeiten orientieren. In diesem Fall sollten aber darüber hinaus durchgehende Zugangsrechte und ggf. auch Mitwirkungspflichten gewährt werden, wenn dies zur Vermeidung von Schäden des Nutzers erforderlich ist. Sofern dies technisch vorhersehbar ist, sollten diese Sachverhalte möglichst genau abgegrenzt werden.

Von Telekommunikationsunternehmen werden häufig ohnehin unbeschränkte Zugangsmöglichkeiten erwartet, um entsprechend hohe Verfügbarkeiten gegenüber deren Endkunden sicherzustellen. Auch dies kann, alternativ zur vorgenannten zeitlichen Begrenzung, vereinbart werden, sofern hinsichtlich der Zugangsrechte auch die möglicherweise erforderliche Zustimmung Dritter vorliegt. Eventuelle Mehrkosten, die dem Verpflichteten durch die Vorhaltung der durchgehenden Verfügbarkeit entstehen, sollten in die Entgeltberechnung als laufende Kosten mit einbezogen werden.

7) Arbeitssicherheit

Im Falle der Mitnutzung sollten eigenständige Eingriffe des Nutzers an der Infrastruktur des Infrastrukturinhabers zumindest ohne rechtzeitiges in Kenntnissetzen untersagt werden. Derartige Eingriffe sollten zudem nur nach Unterweisung und Überwachung durch den Infrastrukturinhaber zulässig sein, insbesondere bei elektrischen und signaltechnischen Anlagen.

Damit einhergehen sollte eine Verpflichtung des Nutzers zur Einhaltung aller aktuellen rechtlichen und technischen Vorschriften – gerade auch derjenigen, die für die zur Mitnutzung überlassene Versorgungsinfrastruktur selbst gelten.

Im Falle der Mitverlegung lassen sich hingegen Eingriffe des Nutzers an seiner eigenen Infrastruktur nicht vermeiden. Dabei entstehen regelmäßig auch Berührungspunkte mit den Infrastrukturen des Verpflichteten. Auch für diese Fälle sollten Vorgaben für den Umgang mit bestimmten Anlagen und zur Arbeitssicherheit auf Baustellen vereinbart werden. Möglich ist auch der Verweis auf technische Mindeststandards. An diese Vereinbarungen sollten beide Vertragsparteien gebunden sein. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn Mitarbeiter oder Subunternehmer beider Vertragsparteien gleichzeitig auf einer Baustelle tätig sind, um im Falle von Zwischenfällen die Verantwortlichkeiten einheitlich geregelt zu wissen.

8) Ansprechpartner und Kommunikationswege

Die möglichst reibungslose Umsetzung der Verträge verlangt eine Festlegung der zuständigen Ansprechpartner und Kommunikationswege. Daher sollte die Vereinbarung auch eine allgemeine Verpflichtung, alle erforderlichen Arbeiten und Maßnahmen, welche die jeweils andere Vertragspartei betreffen, untereinander abzustimmen, enthalten. Hierbei können auch die zuständigen Ansprechpartner oder zumindest die übergeordneten Ansprechstellen genannt werden. Diese können auch nach Bereichen untergliedert werden, so dass die jeweils andere Vertragspartei erkennen kann, wen sie etwa im Falle der Planung, Dokumentation, Störung, Baumaßnahmen, Betrieb und Abrechnung ansprechen kann. Dies erleichtert und beschleunigt die Umsetzung des Vertrages und die Beseitigung von Störungen.

Weiterhin können die bevorzugten Kommunikationswege vereinbart und auch hier nach Möglichkeit die Kontaktdaten der zuständigen Ansprechpartner benannt werden (etwa E-Mail-Adresse, Telefon- und Faxnummer).

Sinnvoll ist außerdem eine Regelung zur gegenseitigen Verfügbarkeit von Informationen, Dokumenten, Geräten und Personal. Diese kann auch nähere Hinweise zur Anforderung sowie zu den Kosten, die durch die Zurverfügungstellung entstehen, enthalten.

Im Falle der Anforderung von Informationen zu Infrastrukturen ist auch das Format der zu übermittelnden Informationen und ggf. die Anzahl der Ausfertigungen anzugeben.

9) Überlassung an Dritte

In vielen Fällen möchte sich der Nutzer das Recht zur Überlassung der von ihm genutzten Infrastrukturen an Dritte vorbehalten. Dies ist weniger bei der Mitverlegung, bei welcher der Nutzer Eigentümer der von ihm verlegten Infrastrukturen bleibt, als vielmehr bei der Mitnutzung von Bedeutung. Oberste Priorität sollte dabei die Wahrung der Rechte des Infrastrukturinhabers haben; im Falle der Mitnutzung gebäudeinterner Infrastrukturen außerdem die Wahrung der Rechte des Grundstückseigentümers und möglicher Gebäudebewohner. Eine Übertragung von Rechten und Pflichten sollte nur mit Zustimmung des Infrastrukturinhabers und möglicher weiterer Betroffener vereinbart werden.

Auch für den Fall einer Rechtsnachfolge beim Nutzer sollte eine vorherige Zustimmung des Infrastrukturinhabers vereinbart werden, während eine Übertragung der Rechte und Pflichten auf ein mit dem Infrastrukturinhaber verbundenes Unternehmen keine Zustimmung des Nutzers erfordern sollte.

Für den Fall, dass eine Möglichkeit zur Mitnutzung bei Beendigung eines Konzessionsvertrages nicht mehr durch den Infrastrukturinhaber gewährt werden kann, sollten entsprechende Klauseln vereinbart werden.

Hinsichtlich zur Verfügung gestellter Informationen kann, in Ergänzung zu § 77m TKG n.F., eine Vereinbarung über die Vertraulichkeit der Informationen aufgenommen werden. Darin können die Vertragsparteien genauer ausführen, welche Informationen sie als vertraulich erachten und ggf. auch, ob sie eine Weiterleitung an (konkret zu benennende) Dritte für zulässig erachten.

10) Datensicherheit/Vertraulichkeit

§ 77m TKG n.F. sieht für alle Informationen, die im Rahmen der Mitnutzung, Mitverlegung, Koordination von Bauarbeiten und Informationsbeschaffung gewonnen werden, eine zweckgebundene Verwendung und vertrauliche Behandlung vor. Ergänzend hierzu können die Vertragsparteien weitere Vereinbarungen zur Vertraulichkeit treffen. So kann etwa eine allgemeine Verpflichtung zur Einhaltung aller datenschutzrechtlichen Regelungen einschließlich des Fernmeldegeheimnisses verein-

bart werden, außerdem Vertraulichkeit bezüglich ganz konkreter Informationen, mit denen die Vertragsparteien in Berührung kommen, und die Personen, denen diese zugänglich gemacht werden dürfen.

Hinsichtlich der Sicherheit der eigenen Betriebsmittel können Vereinbarungen über Sicherheitszonen getroffen werden, in denen etwa geregelt ist, dass nur berechnigte Personen einen Zutritt erhalten, der tatsächliche Zutritt anhand einer Dokumentation nachvollzogen werden kann und alle Arbeiten beaufsichtigt werden.

11) Haftung

Aus Sicht des Verpflichteten ist eine Haftung auf eigenes vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten sinnvoll. Insbesondere Haftung für Schäden, die aufgrund höherer Gewalt entstehen, sollte ausgeschlossen werden. Zusätzlich können Haftungsobergrenzen vereinbart werden, auch Bagatellgrenzen sind möglich. So kann etwa vereinbart werden, dass der Verpflichtete nur für eigenes vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten haftet und nur, soweit der hierdurch entstandene Schaden einen bestimmten Betrag im Einzelfall übersteigt und dass die Haftung auf einen bestimmten Betrag je Schadensfall und einen bestimmten Betrag im Jahr begrenzt ist.

Vermögensschäden und Folgeschäden sollten im rechtlich zulässigen Rahmen ausgeschlossen werden, da diese vom Infrastrukturinhaber kaum realistisch einzuschätzen sind.

Der Nutzer sollte ausdrücklich zur Haftung für jegliche Störungen, Beeinträchtigungen und Beschädigungen an den Einrichtungen des Infrastrukturinhabers infolge der Mitnutzung oder Mitverlegung verpflichtet werden, wobei in diesem Fall ggf. auch Folgeschäden mit eingeschlossen werden können. Dies betrifft insbesondere auch mögliche Schäden Dritter, die etwa im Rahmen von Bauarbeiten entstehen. Hier sind auch gegenseitige Freistellungen der Vertragsparteien sinnvoll.

Bei der Gestaltung der vertraglichen Haftungsregelungen sollte, bei einer möglichst weitgehenden Risikobegrenzung, dennoch auf ein gewisses Maß an Ausgewogenheit geachtet werden. Gibt der Infrastrukturinhaber dem Nutzer den vollen Umfang an Haftung auf, begrenzt seine eigene Haftung aber zu stark, besteht insbesondere im Fall der Mitverlegung und der Koordinierung von Bauarbeiten, bei denen die Infrastrukturen des Nutzers dem Zugriff des Verpflichteten ausgesetzt sind, das Risiko, dass im Streitfall die Bundesnetzagentur die Vertragsbedingungen für unangemessen erachtet.

Weiterhin können die Beteiligten auch Pflichten zum Abschluss von Haftpflichtversicherungen vereinbaren, um sicherzustellen, dass entstandene und vom Vertragspartner zu tragende Schäden auch tatsächlich ausgeglichen werden können.

12) Vertragslaufzeit / Kündigung

Vereinbarungen über die Mitnutzung werden im Regelfall langfristig abgeschlossen. Hier sind Vertragslaufzeiten der Mietverträge über mehrere Jahre einschließlich entsprechender Verlängerungsoptionen üblich. Die Laufzeit sollte nach Möglichkeit so bemessen sein, dass die in die Infrastruktur getätigten Investitionen (Kosten der Mitnutzung, aktive Komponenten etc.) während der Dauer des Vertrages refinanziert werden können.

Da das Gesetz keine Kündigungsmöglichkeit im Falle des Eigenbedarfs vorsieht, können die Vertragsparteien eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit im Vertrag vorsehen. Dies ist für den Verpflichteten sinnvoll, da er so verhindern kann, zu einem späteren Zeitpunkt neue Infrastrukturen verlegen zu müssen, weil seine eigenen durch Dritte belegt werden. Umgekehrt wird mit einer solchen Kündigungsmöglichkeit die Mitnutzung für den Verpflichteten attraktiver, so dass er dem Berechnigten an anderer Stelle günstigere Konditionen einräumen kann.

Mitverlegungen und Koordinierungen von Bauarbeiten erfolgen dagegen für sich gesehen in der Regel nur temporär. Die Koordinierung von Bauarbeiten muss daher nicht zwingend als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet werden. Bei Mitverlegungen entstehen hingegen unter Umständen auch längerfristig zu regelnde Sachverhalte, wie etwa dauerhafte Zugriffsrechte und Verantwortlichkeiten für Schäden an den gemeinsam verlegten Infrastrukturen. Diese können daher ebenfalls bei Bedarf auch im Rahmen von langfristigen Verträgen, deren Laufzeit dann denen der Mitnutzungsverträge entsprechen dürfte, abgeschlossen werden.

Bei Dauerschuldverhältnissen stellt sich, neben der Frage der Laufzeit, die Frage der Kündbarkeit. Häufig wird erwartet, dass eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen ist. Dies gibt beiden Vertragsparteien Rechtssicherheit hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeit bzw. der Entgelte. Stehen der Fortführung des Vertrages erhebliche Gründe entgegen, wie beispielsweise Zahlungsrückstände oder Beeinträchtigungen der Infrastrukturen des jeweils anderen Vertragspartners, können für diese abweichend davon die Möglichkeit der ordentlichen oder aber der ohnehin nicht ausschließbaren außerordentlichen Kündigung vereinbart werden.

Für den Fall der Beendigung des Vertrages ist zu regeln, in welchem Zustand sich der Vertragsgegenstand zu diesem Zeitpunkt zu befinden hat und in wessen Eigentum eventuell durch den Nutzer eingebaute Einrichtungen übergehen. Hieran sind gegebenenfalls auch notwendige Rückbau- oder Wiederherstellungsverpflichtungen zu knüpfen. Auch über eine Absicherung der Rückbau- oder Wiederherstellungsverpflichtungen, etwa durch anteilige Vorauszahlungen oder Bürgschaften, kann verhandelt werden.