

RECHTSGUTACHTEN

ERSTELLT IM AUFTRAG DES

BUNDESMINISTERIUMS FÜR VERKEHR UND DIGITALE INFRASTRUKTUR

VON

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

UND

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

19. JULI 2016

Gliederung

A. Hintergrund	5
B. Rechtsfragen	6
C. Rechtliche Bewertung	7
I. Verortung der nationalen Streitbelegungsstelle	7
1. Weiter Spielraum aus europarechtlicher Sicht	7
a) Zweistufiges Verfahren	7
b) Einrichtung der Stelle an sich	7
c) Vorgaben für das Entscheidungsverfahren der nationalen Streitbelegungsstelle	7
d) Zwischenergebnis	8
2. Umsetzung im Regierungsentwurf	8
a) Einrichtung der nationalen Streitbelegungsstelle bei der Bundesnetzagentur	8
b) Verbindlichkeit der Entscheidung	9
c) Fristverlängerung	9
d) Zwischenergebnis	9
3. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Umsetzung	9
a) Verwaltungskompetenz aus Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG	9
b) Unzulässige Einzelweisungen?	10
aa) Diskussion im Rahmen des § 77c TKG	10
bb) Bewertung und Übertragbarkeit der Diskussion zu § 77c TKG auf § 77n DigiNetzG	11
c) Unzulässige Eingriffe in den Hoheitsbereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften?	11
4. Andere denkbare Varianten	12
II. Ausgestaltung des Rechtsschutzes	13
1. Europarechtlich gebotene Rechtswegspaltung?	13
a) Wortlautkonforme Auslegungsmöglichkeiten der Vorschriften	14
b) Systematische Erwägungen	15
c) Zweck der Normen	15
d) Fazit	16
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Rechtsschutz	16
a) Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Streitbelegungsstelle	16
b) Allgemeiner Justizgewährungsanspruch	17
c) Klare Zuständigkeitsregeln als Gebot des Rechtsstaats	17
3. Rechtswegzuweisung in der Konzeption des Regierungsentwurfs	17
a) Rechtsweg hinsichtlich der Entscheidungen der Streitbelegungsstelle	18
b) Rechtsweg im Verhältnis der Vertragsparteien	18
c) Mögliche Rechtswegspaltung	18
4. Rechtsschutz im Verhältnis der Beteiligten zueinander	19
a) §§ 25 und 133 TKG als vergleichbare Verfahren im aktuellen TKG	19
b) Zu den bisherigen Verfahren entwickelte Positionen	19
aa) Öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis	19
bb) Theorie vom „angeordneten Vertrag“	20

c)	Konsequenzen der herrschenden Theorie vom „angeordneten Vertrag“ im vorliegenden Kontext	20
aa)	Grundsätzliche Prüfungskompetenz der Zivilgerichtsbarkeit.....	20
bb)	Zivilrechtliche Durchsetzung der Ansprüche ohne Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle	21
cc)	Fazit: Geringe Wahrscheinlichkeit sich widersprechender Gerichtsentscheidungen.....	22
5.	Notwendigkeit einer spezifischen Regelung der Rechtswegabgrenzung?	22
a)	Keine europarechtlichen Vorgaben.....	22
b)	Abdrängende Sonderzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit?.....	23
c)	Sonderzuweisung zivilrechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichtsbarkeit?	23
d)	Fazit	23

III. Ergebnisse..... 24

A. Hintergrund

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

Der Bundestagsbeschluss „Moderne Netze für ein modernes Land – Schnelles Internet für alle“¹ sieht vor, die Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur einzurichten. Die geplante Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben spiegelt sich im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) wieder. Die Rechte selbst werden in den §§ 77a ff. DigiNetzG gewährt. Die Möglichkeit, eine Streitschlichtungsstelle anzurufen und das entsprechende Verfahren wird dabei nicht wie in der Kostensenkungsrichtlinie bei dem jeweils im Streit stehenden Recht geregelt, sondern in den speziellen formellen Vorschriften der §§ 77n, 132 Abs. 2 und 134a DigiNetzG. Die Einführung eines § 77n DigiNetzG setzt ausweislich der Begründung für den Gesetzesentwurf Art. 3 Abs. 4 und 5, Art. 4 Abs. 6, Art. 5 Abs. 3 und 4, Art. 6 Abs. 4, Art. 9 Abs. 3 S. 2 und 3 sowie Art. 10 Abs. 2 und 3 der Kostensenkungsrichtlinie um, bündelt die Fristvorgaben und enthält materielle Vorgaben für die Streitbeilegung.²

Damit wird für die durch die Kostensenkungsrichtlinie eingeführten Rechte die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle begründet. Entscheidungskompetenzen werden der Bundesnetzagentur in § 77n Abs. 1, 4 und 6 DigiNetzG zugestanden. Die Möglichkeit einer Fristverlängerung wird in Abs. 7 für alle Rechte vorgesehen. In einem neuen Absatz 2 zu § 132 TKG wird festgelegt, dass auch die Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle im Beschlusskammerverfahren als Verwaltungsakt ergehen. Zudem wird bestimmt, dass die nationalen Streitbeilegungsstellen, die in der Begründung für den Regierungsentwurf als „Streitbeilegungskammern“ bezeichnet werden³, durch das BMVI gebildet werden. Schließlich wird mit § 134a DigiNetzG noch eine neue Verfahrensvorschrift in das TKG aufgenommen.

¹ BT-Drs. 18/2778

² Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 55.

³ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 61.

B. Rechtsfragen

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

C. Rechtliche Bewertung

I. Verortung der nationalen Streitbeilegungsstelle

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

1. Weiter Spielraum aus europarechtlicher Sicht

a) Zweistufiges Verfahren

Um zu einer Vereinbarung in den in der Kostensenkungsrichtlinie angeführten Fällen einer Kostensenkungsmaßnahme zu kommen, sieht die Richtlinie einen zweistufigen Mechanismus vor: Zunächst sollen die Beteiligten versuchen, zu einer einvernehmlichen vertraglichen Einigung zu gelangen. Nur sofern dies nicht innerhalb einer bestimmten Frist gelingt, soll eine verbindliche Entscheidung durch die nationale(n) Streitbeilegungsstelle(n) erfolgen.⁴

b) Einrichtung der Stelle an sich

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

⁴ Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 4 und 5 der Kostensenkungsrichtlinie.

c) Vorgaben für das Entscheidungsverfahren der nationalen Streitbeilegungsstelle

Zudem finden sich für das jeweils im Streit stehende Recht spezielle Verfahrensvorgaben in den einzelnen Vorschriften. Danach sind Fristen festzulegen, ab wann die nationale Streitbeilegungsstelle überhaupt in Anspruch genommen werden kann.⁵ Zudem muss beiden Parteien das Recht eingeräumt werden, die Streitbeilegungsstelle anzurufen.⁶ Die von der Stelle getroffene Entscheidung muss in den Fällen des Art. 3 Abs. 5 (Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen), Art. 4 Abs. 6 (Transparenz in Bezug auf physische Infrastrukturen), Art. 6 Abs. 4 (Transparenz bei geplanten Bauarbeiten) und Art. 9 Abs. 3 (Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen) verbindlich sein. Die endgültige Fassung der Richtlinie sieht dagegen für die Koordinierung von Bauarbeiten in Art. 5 Abs. 4 lediglich eine „Entscheidung“ vor und verzichtet auf einen expliziten Hinweis auf den verbindlichen Charakter der Entscheidung. Der ursprüngliche Verordnungsvorschlag der Kommission sah dies noch vor. Er wurde allerdings durch das Parlament abgeändert. Eine Begründung ist dafür in den Dokumenten nicht ersichtlich.⁷ Der Richtliniengeber war sich offensichtlich über diesen Formulierungsunterschied sehr wohl bewusst. Daher ist mittels einer systematischen und genetischen Auslegung davon auszugehen, dass im Falle des Art. 5 Abs. 4 der Kostensenkungsrichtlinie auch eine unverbindliche Entscheidung durch die nationale Streitbeilegungsstelle richtlinienkonform wäre.

In der Richtlinie finden sich auch Vorgaben hinsichtlich des Inhalts der getroffenen Entscheidung. Das gilt insbesondere für die (fairen und angemessenen) Bedingungen wie den Preis.⁸ Zudem muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Ferner müssen, sofern der Zugang zu Telekommunikationsnetzen betroffen ist, die Regulierungsziele berücksichtigt werden, wenn der nationale Regulierer

⁵ Z.B. zwei Monate nach dem Eingang der schriftlichen Zugangsbeantragung im Falle des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie.

⁶ Z.B. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie.

⁷ Vgl. dazu die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.04.2015 im Verfahrensgang 2013/0080(COD), EP-PE_TC1-COD(2013)0080.

⁸ Z.B. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 1 der Richtlinie.

die Aufgaben der Streitbelegungsstelle wahrnehmen soll.⁹ Schließlich finden sich in der Richtlinie noch Vorgaben zu den Entscheidungsfristen und Ausnahmetatbeständen („außergewöhnliche Umstände“).¹⁰ Im Verfahren ist sicherzustellen, dass die Parteien uneingeschränkt mit der nationalen Streitbelegungsstelle zusammenarbeiten müssen, Art. 10 Abs. 3 Kostensenkungsrichtlinie. Schließlich wird in den Erwägungsgründen 19, 23, 34 und 35 der Richtlinie noch Bezug auf die Streitbelegungsstelle genommen. Erwägungsgrund 23 ist dabei vorliegend besonders relevant, da er noch einmal auf die Verbindlichkeit der Entscheidung bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Zugangsansprüchen zu Informationen über physische Infrastrukturen verweist. Zusätzliche Inhalte lassen sich den Erwägungsgründen jedoch nicht entnehmen.

d) Zwischenergebnis

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

solche Befassung der nationalen Regulierungsbehörde als Option ausdrücklich für möglich hält und für diesen Fall spezielle Regelungen trifft. Zudem ist es nach Art. 10 Abs. 1 Kostensenkungsrichtlinie ausdrücklich zulässig, dass nur eine zuständige Stelle eingerichtet wird.

2. Umsetzung im Regierungsentwurf

a) Einrichtung der nationalen Streitbelegungsstelle bei der Bundesnetzagentur

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

Die Ergänzung des § 132 TKG um einen neuen Absatz 2 korrespondiert nach der Begründung des Regierungsentwurfs¹¹ lediglich mit den neuen Aufgaben der Bundesnetzagentur und legt fest dass auch die Entscheidungen der Streitbelegungsstelle im Beschlusskammerverfahren als Verwaltungsakte ergehen. Letztere Regelung ist inhaltsgleich im bisherigen § 132 Abs. 1 TKG enthalten und wird nach vorwiegender Meinung als Verbot des Handelns in anderen Formen, insbesondere mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags, verstanden.¹²

Die neue Verfahrensvorschrift des § 134a DigiNetzG wurde eingefügt, um Art. 10 der Richtlinie umzusetzen, wofür alleine die Vorgaben des § 134 TKG nicht ausgereicht hätten.¹³ Zudem wird die Bundesnetzagentur gemäß § 127 Abs. 2a DigiNetzG mit Untersuchungsrechten ausgestattet. Das ist letztlich bereits europarechtlich dadurch vorgeprägt, dass, sofern eine Aufgabenübertragung vorgesehen ist, die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung erforderli-

⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 der Richtlinie.

¹⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 der Richtlinie.

¹¹ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 61.

¹² Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 19.

¹³ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 61.

chen Befugnisse ebenfalls übertragen werden müssen, um die Vorgaben nicht „leerlaufen“ zu lassen.

b) *Verbindlichkeit der Entscheidung*

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

c) *Fristverlängerung*

Bei außergewöhnlichen Umständen sehen die Vorschriften für alle Streitbeilegungsgegenstände ferner die Zulässigkeit einer Fristüberschreitung vor.¹⁴ Dementsprechend wird diese Vorgabe gebündelt in Abs. 7 von § 77n DigiNetzG für alle Rechte vorgesehen. Dabei weicht der nationale Gesetzgeber von den Vorgaben der Richtlinie etwas ab, indem er eine (maximale) Fristverlängerung von zwei Monaten und eine Begründungspflicht vorsieht und mit der Formulierung „höchstens“ deutlich macht, dass – sofern möglich – eine kürzere Frist zu wählen ist. Damit beschränkt der nationale Gesetzgeber die Möglichkeiten einer Fristüberschreitung im Ergebnis noch etwas weiter als die Richtlinie, die keine maximale Fristüberschreitung vorsieht und verschärft dadurch und nicht zuletzt auch durch eine Begründungspflicht im Ergebnis noch etwas mehr den Beschleunigungscharakter als der Richtliniengeber. In dieser Vorschrift ist daher eine europarechtskonforme, verschärfende Konkretisierung der Vorgaben zu sehen.

d) *Zwischenergebnis*

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

¹⁴ Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2, Art. 4 Abs. 6 S. 2, Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2, Art. 6 Abs. 4 S. 2, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 Kostensenkungsrichtlinie.

3. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Umsetzung

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

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

Die bei der Bundesnetzagentur angesiedelte nationale Streitbeilegungsstelle soll die in den §§ 77a ff. DigiNetzG genannten Rechte „durch Verwaltungsakt“¹⁵, d. h. hoheitlich durchsetzen, sofern es zu keiner (zivilrechtlichen) Einigung zwischen den Parteien kommt. Damit übernimmt die Bundesnetzagentur den Gesetzesvollzug und der Bund müsste daher die Verwaltungskompetenz haben, um in einem Bundesgesetz einer Bundesoberbehörde Verwaltungsaufgaben übertragen zu können. Nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG werden Hoheitsaufgaben im Bereich der Telekommunikation in bundeseigener Verwaltung ausgeführt. Dazu zählt der Vollzug von aufgrund Art. 87f Abs. 1 und Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG erlassenen Gesetzen durch eine öffentlich-rechtliche Handlungsform.¹⁶ Fraglich ist dann nur noch, ob es sich vorliegend um Verwaltungsaufgaben im Rahmen der Telekommunikation handelt. Die hoheitliche Aufgabenreservierung der Verwaltungstätigkeit bezieht sich auf die Verwaltung im traditionellen materiellen Sinne. Sie umfasst ein weites Aufgabenspektrum, das alle gegenwärtigen Regelungsgehalte des TKG abdeckt. Dazu zählen insbesondere die „klassischen“ Aufsichtsfunktionen, die auch schon vor der Privatisierung bestanden, wie die Sicherung des Datenschutzes. Diese haben teilweise durch die Öffnung des Wettbewerbs eine größere Bedeutung erlangt wie etwa die Verteilungsaufgabe der Frequenzverwaltung bzw.

¹⁵ § 132 Abs. 2 DigiNetzG.

¹⁶ Gersdorf, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Artikel 83 bis 146, 6. Auflage, 2010, Art. 87f, Rn. 73 f.

die Lizenzerteilung.¹⁷ Hinzu getreten sind aber vor allem die neuen Formen der Verwaltung in Form der Regulierung zur Schaffung und Förderung von Wettbewerb mit der Zugangs-, Entgelt- und Separierungsregulierung einerseits sowie die Absicherung des Universaldienstes andererseits. Damit werden sämtliche ökonomischen und nicht-ökonomischen Regulierungsaufgaben erfasst. Dazu zählen auch die Wegerechte sowie die damit verbundenen Aufgaben im Rahmen der Förderung breitbandiger Infrastrukturen wie die hier relevanten Fragen des Zugangs zu bestehenden physischen Infrastrukturen einschließlich der diesbezüglichen Transparenz, ferner die Transparenz und Koordination bei NGN-relevanten Bauarbeiten bis hin zum Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen. Denn sämtliche im Zuge der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie avisierten Regelungen verfolgen das auf die Telekommunikation bezogene Ziel der Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation und der Verringerung der dabei entstehenden Kosten. Dies passt zu der telekommunikationsspezifischen Zweckdefinition in der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, rasch eine möglichst flächendeckende Versorgung mit Telekommunikationsangeboten mit hoher Bandbreite zu erreichen.¹⁸

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

b) Unzulässige Einzelweisungen?

Als problematisch könnte sich aber erweisen, wenn Anordnungsadressaten öffentliche Entitäten der Länder (etwa im Straßenbau) sind, da dann eine verfassungsrechtlich problematische Einzelweisung des Bundes an die zuständige Länderbehörde vorliegen könnte, die nicht von Art. 90 GG oder von Art. 85 GG gedeckt ist. Diese Frage wird bereits mit Blick auf § 77c Abs. 2 TKG im Fall der Mitbenutzung

¹⁷ Windthorst, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 87f GG Rdnr. 31 m.w.Nachw.; siehe auch die vergleichbare Aufzählung in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/7269, S. 5.

¹⁸ Wobei insoweit das Ziel definiert wird, bis zum Jahr 2018 eine entsprechende Infrastruktur mit mindestens 50 MBit/s verfügbar zu haben, siehe BT-Drs. 17/5707, S. 47 f. Vorliegend geht es dagegen (auch) um höhere Bandbreiten.

von Bundesfernstraßen diskutiert (dazu aa)).¹⁹ Es ist zu untersuchen, inwiefern diese Diskussion auch auf die vorliegende Konstellation übertragbar ist und ob vergleichbare verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (dazu bb)).

aa) Diskussion im Rahmen des § 77c TKG

Nach § 77c Abs. 1 TKG hat der Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 des Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) auf schriftliche Anfrage die Mitnutzung von Teilen einer Bundesfernstraße zu gestatten, wenn diese zum Auf- und Ausbau von NGA-Netzen genutzt werden können. Der Inhalt des Gestattungsanspruchs ist umstritten.²⁰ Einer Auslegung der Nutzungsrichtlinien für Bundesfernstraßen zufolge, sehen diese eine Vorgehensweise vor, nach der sowohl das „Ob“ der Zustimmung, als auch das „Wie“ der Mitbenutzung durch Verwaltungsakt der Straßenbaubehörde festzulegen ist, was durch den Abschluss einer Vereinbarung von Straßenbaubehörde und Antragsteller bedingt ist.²¹ Sofern dieser Mechanismus scheitert, ist nach § 77c Abs. 2 ein Streitbeilegungsverfahren entsprechend § 133 Abs. 1 und 4 TKG durchzuführen, in dem die Bundesnetzagentur eine verbindliche Entscheidung treffen kann, was einer „Anordnungsbefugnis“²² der Bundesnetzagentur gegenüber der Straßenbaubehörde, einen Verwaltungsakt zu erlassen, gleichkommt. Problematisch daran ist vor allem, dass die Bundesfernstraßen nach Art. 90 GG durch die Länder im Auftrag des Bundes verwaltet werden. Denn sofern über die Mitbenutzung von Teilen einer Bundesstraße entschieden wird, muss dies durch die zuständigen Landesbehörden in eigenem Namen erfolgen, wobei sich das „Ob“ der Mitbenutzung grundsätzlich nach § 8 FStrG richtet.²³ Anordnungen der Bundesnetzagentur werden daher zum Teil als unzulässige und damit verfassungswidrige Einzelweisungen angesehen.²⁴ Ob dies angesichts § 77c Abs. 1 S. 6 TKG

¹⁹ Stelkens/Wabnitz, MMR 2014, 655 (659), halten § 77c TKG aus diesem Grund für verfassungswidrig.

²⁰ Stelkens/Wabnitz, MMR 2014, 655 (657).

²¹ Stelkens/Wabnitz, MMR 2014, 655 (657).

²² Berndt, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 16; Schramm/Schumacher, in: Goppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 43.

²³ Stelkens/Wabnitz, MMR 2014, 655 (659).

²⁴ Stelkens/Wabnitz, MMR 2014, 655 (659).

– der § 8 FStrG ausdrücklich unberührt lässt – zutreffend ist, muss hier aber nicht weiter vertieft werden.²⁵ Deutlich wird damit jedenfalls, dass entsprechende Regelungen in der Literatur teilweise als verfassungsrechtlich problematisch angesehen werden.

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

Entscheidend ist vorliegend sodann, ob die in § 77n DigiNetzG vorgesehenen verbindlichen Entscheidungsbefugnisse aus diesen Erwägungen heraus verfassungswidrig wären, ob also die zu § 77c TKG thematisierten verfassungsrechtlichen Bedenken vorliegend überzeugend sind und durchgreifen. Dazu müssten zunächst überhaupt andere öffentlich-rechtliche Körperschaften als Adressaten der Anordnungsbefugnisse der Bundesnetzagentur in Frage kommen. Das ist angesichts des Einbezugs von Betreibern oder Eigentümern öffentlicher Versorgungsnetze in § 77d DigiNetzG der Fall, was im Regierungsentwurf bei der Hinzufügung eines Abs. 6 in § 126 TKG auch erkannt wurde.²⁶ Damit werden die Hoheitsrechte der Länder jedenfalls berührt.

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei den Entscheidungen auch um „Einzelweisungen“ im technischen Sinne handelt. Unter den Begriff der Einzelweisung fallen „für die Adressaten in den Ländern rechtsverbindliche Anordnungen, die für einen konkreten Sachverhalt des Gesetzesvollzugs ergehen, ohne auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet zu sein“.²⁷ Die von der Bundesnetzagentur getroffenen Entscheidungen sind verbindliche Anordnungen, vgl. § 77n DigiNetzG. Allerdings müsste es sich auch um Weisungen zum Vollzug von Gesetzen durch die Länder handeln. Die Beschränkung von Einzelweisungen soll schließlich verhindern, dass sich der Bund zu weitreichend in die Verwaltungskompetenz der Länder einmischt.²⁸ Der Voll-

zug des TKG, wozu auch der Wegerechtsteil gehört, erfolgt aber gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG – wie soeben dargelegt (siehe oben a)) – in bundeseigener Verwaltung. Vollzugsaufgaben der Länder, in die der Bund unzulässig eingreifen könnte, sind hier gar nicht vorgesehen. Vielmehr sind die Körperschaften letztlich genauso wie private Unternehmen betroffen und nicht in ihrer Verwaltungsfunktion. Die Vorschriften der §§ 77a ff. DigiNetzG knüpfen an die Eigentümer- bzw. Betreibereigenschaft bestimmter Infrastrukturen an und begründen damit lediglich neue Pflichten für diesen Personenkreis. Schon deshalb sind die anvisierten Regelungen nicht mit § 77c TKG zu vergleichen, weil jene Vorschrift die nach Art. 90 GG in Landesverwaltung stehende öffentliche Straßenbaulastträgerschaft betrifft und die grundsätzliche Landeszuständigkeit für § 8 FStrG nach § 77c Abs. 1 S. 6 TKG unberührt bleibt. Weiterhin sind Einzelweisungen grundsätzlich interne Vorgänge ohne Außenwirkung.²⁹ Den Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstellen kommt jedoch Verwaltungsaktqualität³⁰ und damit Außenwirkung gegenüber dem Zugangspetenten und dem Zugangsverpflichteten zu. Sie sind demnach auch von beiden Seiten im Wege einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO angreifbar.

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

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

Auch wenn keine Einzelweisung im technischen Sinne anzunehmen ist, könnte ein Verstoß gegen den weiter zu fassenden Grundsatz vorliegen, dass keine Hoheitsgewalt in die hoheitliche Tätigkeit eines anderen Hoheitsträgers

²⁵ Zum Verhältnis von § 77c TKG zu § 8 FStrG *Stelkens/Wabnitz*, MMR 2014, 655 (657).

²⁶ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 60.

²⁷ *Trute*, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3: Artikel 83 bis 146, 6. Auflage, 2010, Art. 84, Rn. 70, vgl. zu Einzelweisungen auch *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III Artikel 83 – 146, 2. Auflage, 2008, Art. 84, Rn. 84 ff.

²⁸ *Broß/Mayer*, in: Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70 bis 146, 6. Auflage, 2012, Art. 84, Rn. 59.

²⁹ BVerfGE 49, 24, (49); *Broß/Mayer*, in: Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70 bis 146, 6. Auflage, 2012, Art. 84, Rn. 60; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III Artikel 83 – 146, 2. Auflage, 2008, Art. 84, Rn. 85; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 84, Rn. 16.

³⁰ § 132 Abs. 2 DigiNetzG

eingreifen darf, es sei denn es handelt sich nur um eine Konkretisierung bereits bestehender Pflichten.³¹ Sofern man dieses Prinzip überhaupt anerkennen will³², ist jedoch festzustellen, dass die Rechte und Pflichten, aufgrund derer eine Anordnung der Bundesnetzagentur ergehen kann, bereits detailliert im TKG vorgesehen sind und nur noch konkretisiert werden. Die Probleme der Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur gegenüber den Hoheitsträgern wurden vom Gesetzgeber bereits bei der Normierung des § 77c TKG gesehen und angesichts der „originäre[n] und umfassende[n] Zuständigkeit“ derselben und einem Verweis auf die Praxis in anderen Rechtsgebieten als unproblematisch angesehen.³³ Jedenfalls im Immissionsschutzrecht wurde von der Rechtsprechung eine Anordnung gegenüber Gemeinden für zulässig erachtet und ein allgemeiner Grundsatz in Form eines Verbots behördlicher Eingriffe in den Aufgabenbereich selbstständiger Verwaltungsträger bezweifelt.³⁴ Im Telekommunikationsrecht spricht für die Zulässigkeit zudem eine effektivitätsorientierte Auslegung des Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG: Es droht andernfalls eine unterschiedliche Handhabung durch die jeweils adressierten Gebietskörperschaften, die bis zu einer obergerichtlichen Klärung zu einem ungleichen Breitbandausbau im Bundesgebiet führen würde, was insbesondere die Förderung des Ausbaus breitbandiger Telekommunikationsdienste, wie er auch in Art. 87f Abs. 1 GG angelegt ist, gefährden würde.

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

³¹ Gößl, in: Knopp u.a., Wasserhaushaltsgesetz, Abwasserabgabengesetz, Band 1, Stand: 48. Ergänzungslieferung, September 2014, § 100 WHG, Rn. 135.

³² A.A. z.B. Steiner, in: Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, 2014, Art. 7 PAG, Rn. 5, der diesen Grundsatz wegen des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG ablehnt und nur eine Rücksichtnahmepflicht im Rahmen der Ermessensausübung als indiziert ansieht.

³³ Angesichts der Formulierung in BT-Drs. 17/7521, S. 117, dürfte der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen sein, dass sich die Anordnungsbefugnis auf Stellen der Bundesverwaltung beschränkt; anders aber Schramm/Schumacher, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 43.

³⁴ BVerwGE 117, 1 (2).

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

Es wurde bereits in der verfassungsrechtlichen Analyse der wesentlich eingriffsintensiveren Mitverlegungsverpflichtungen auf den weiten diesbezüglichen Spielraum des Gesetzgebers hingewiesen³⁵, so dass auf der Basis der dort entwickelten Argumente eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG vorliegend erst recht ausscheidet.

4. Andere denkbare Varianten

Allerdings muss aus europarechtlicher Sicht gemäß Art. 10 Abs. 1 der Kostensenkungsrichtlinie nicht für alle schlichtungsrelevanten Sachverhalte nur eine zuständige Stelle bestehen, sondern es könnten auch mehrere geschaffen und diese gegebenenfalls teilweise auf lokaler Ebene angesiedelt werden. Grundsätzlich wird auf der dezentralen Ebene der Vorteil erhöhten Wissens bestehen. Die Notwendigkeit, eine konsistente Spruchpraxis insbesondere hinsichtlich der Entgeltfragen bei den Mitbenutzungsansprüchen mit den übrigen regulatorischen Entgeltfragen, die von der Bundesnetzagentur zu entscheiden sind, zu gewährleisten, spricht jedoch deutlich für eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, die sich über Verfahrensmechanismen das dezentrale Wissen verschaffen muss. Nur so wird auch die Möglichkeit eines einheitlichen Beschwerde- und Rechtswegs in Entscheidungen über Kostensenkungsmaßnahmen und Zugangs- und Entgeltfragen im Übrigen gewahrt. So spricht das rechtsstaatliche Gebot einer klaren Zuständigkeitsverteilung für eine Betrauung der Bundesnetzagentur. Eine anderweitige Kompetenzverteilung hätte zudem angesichts der klaren Zuständigkeitszuweisung in Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG erhebliche verfassungsrechtliche Risiken, da dargelegt werden müsste, dass die entsprechenden Tätigkeiten nicht primär telekommunikationsrechtliche

³⁵ Siehe dazu Kühling/Bulowski, Rechtsgutachten über Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen aus dem Telekommunikationsbereich. Themengebiet 1: Mitverlegungspflicht, C.II.4.

Exekutivaspekte mit entsprechender Bundeskompetenz berühren, sondern, andere, z. B. kommunalrechtliche Fragen der Baukoordination. Eine Übertragung von Vollzugsaufgaben der nationalen Streitbeilegungsstelle auf Behörden, die nicht der Bundesverwaltung zuzurechnen sind, ist damit aus verfassungsrechtlicher Sicht höchst problematisch. Jenseits freiwilliger Kostensenkungsmaßnahmen der öffentlichen Hand wäre jedenfalls die Schaffung verbindlicher Anordnungsbefugnisse im Rahmen der Durchsetzung von Mitbenutzungsansprüchen ausgeschlossen. Insofern könnten allenfalls Teilaspekte wie die Vor-Ort-Untersuchung passiver Netzinfrastrukturen oder die Koordination von Bauarbeiten auf kommunaler Ebene erfasst sein. Das würde sodann aber zu einem Herauslösen der aufeinander abgestimmten Kostensenkungsmaßnahmen und damit zu einer wenig zweckmäßigen heterogenen Zuständigkeitsverteilung führen. Mit Blick auf eine effektivitätsorientierte Interpretation des Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG stieße dies auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

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

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

II. Ausgestaltung des Rechtsschutzes

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

1. Europarechtlich gebotene Rechtswegspaltung?

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

Allerdings wird bei der Einräumung der Möglichkeit, nationale Streitbeilegungsstellen anrufen zu können,

in der Richtlinie stets vorgesehen, dass dies die Parteien nicht daran hindere, ein Gericht mit dem Fall zu befassen.³⁶ Fraglich ist, ob dies bedeutet, dass neben der verwaltungsgerichtlichen Anfechtbarkeit der Entscheidung der Streitbeilegungsstelle auch und gerade zivilgerichtlicher Rechtsschutz auf Basis der §§ 77a ff. DigiNetzG möglich sein muss, um die genannten Rechte durchzusetzen. In diesem Fall wären für dieselbe Entscheidung zwei Gerichte unter Umständen parallel zuständig. Sofern man nicht zu dem Ergebnis gelangt, dass aus europarechtlichen Gründen zwingend die ordentlichen Gerichte (parallel) entscheiden können müssen, wäre eine innerstaatliche Bindung der Zivilgerichte (dazu 4. c) aa)) an Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstellen bzw. der Verwaltungsgerichte europarechtlich unproblematisch, was die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen eingrenzt.

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

a) Wortlautkonforme Auslegungsmöglichkeiten der Vorschriften

Für die Auslegung der Vorschriften der Kostensenkungsrichtlinie kann parallel auf die insoweit vergleichbaren Ausführungen zu § 133 TKG zurückgegriffen werden, der die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie umsetzt.³⁷ Auch diese verlangen, dass eine gerichtliche Entscheidung durch das Streitbeilegungsverfahren nicht ausgeschlossen werden dürfe. Legt man diese europarechtlichen Vorschriften strikt nach ihrem Wortlaut aus, so finden sich dort wie in der

³⁶ Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 2, Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 6 Abs. 4 S. 2 Hs. 2, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 Hs. 2.

³⁷ Dazu *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 1.

Kostensenkungsrichtlinie weder Angaben dazu, welches Gericht für die Entscheidung über die Streitschlichtung zuständig, noch welcher Rechtsweg eröffnet sein soll.³⁸ Es ist lediglich vorzusehen, dass die Parteien unabhängig vom Verfahren vor den nationalen Streitbeilegungsstellen gerichtlichen Rechtsschutz erlangen können sollen. Wörtlich heißt es in der Kostensenkungsrichtlinie in Bezug auf das Streitbeilegungsverfahren: „das Recht aller Parteien, ein Gericht mit dem Fall zu befassen, bleibt hiervon unberührt.“³⁹

Betrachtet man allein diesen Wortlaut der in den einzelnen Ansprüchen vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten ist daher durchaus eine moderate Auslegung dahingehend denkbar, dass ein Rechtsschutz alleine gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstelle genügt.⁴⁰ Allerdings hätte insofern ein entsprechender expliziter Wortlaut nahe gelegen, der sich auf den Rechtsschutz gegen die Streitbeilegungsstelle ausdrücklich bezieht.

Aber auch für das Streitbeilegungsverfahren nach § 133 TKG und dementsprechend für die vergleichbaren Vorgaben der Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie wird teilweise die strenge dritte Auffassung vertreten, dass neben dem Streitbeilegungsverfahren parallel noch der Rechtsweg speziell zu den *Zivilgerichten* eröffnet sein muss.⁴¹ Vom Wortlaut der Richtlinienvorgaben ist auch diese Sicht noch umfasst, obgleich sie nicht zwingend vorgegeben ist.⁴² Vielmehr hätte diesbezüglich wiederum ein

³⁸ In diese Richtung in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie auch *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55, zum bereits bestehenden Verfahren des § 133 TKG und vergleichbarer Richtlinienvorgaben.

³⁹ Siehe die in Fn. 36 zitierten Vorschriften; Erwägungsgrund 23 formuliert: „In jedem Fall sollen die Entscheidungen dieser Stelle das Recht aller Parteien, ein Gericht mit dem Fall zu befassen, unberührt lassen“.

⁴⁰ So in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Wissmann/Klümper*, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, K&R 2003, 52 (53).

⁴¹ So in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 23.

⁴² Vgl. in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55.

Wortlaut nahe gelegen, der sich explizit auf entsprechende Zivilgerichte bezieht.

Am plausibelsten ist vor diesem Hintergrund schließlich die mittlere Ansicht, dass der – vom Streitbeilegungsverfahren unabhängige – Zugang zu den Verwaltungsgerichten ausreicht⁴³, die jedenfalls in Form der Untätigkeitsklage gemäß § 75 VwGO eine Entscheidung auch über die in den §§ 77a ff. DigiNetzG geregelten Rechte erzwingen könnte. Die europarechtlichen Vorgaben könnten dabei so zu verstehen sein, dass die bereits bestehenden, mit den §§ 77a ff. DigiNetzG konkurrierenden (z. B. zivilrechtlichen) Ansprüche nicht durch das Streitbeilegungsverfahren ausgeschlossen werden sollen bzw. dass dieses Verfahren keine zusätzliche Prozessvoraussetzung sein sollte.⁴⁴ Schließlich bliebe insoweit auch die Möglichkeit, dass sich die Parteien ohne eine Befassung der nationalen Streitbeilegungsstelle vertraglich einigen. In diesen Fällen muss es möglich sein, die sich aus dem Vertrag ergebenden, also zivilrechtlichen und nicht öffentlich-rechtlich überlagerten, Rechtsfragen ohne die Einschaltung der Streitbeilegungsstelle gerichtlich klären zu lassen.

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

b) Systematische Erwägungen

Eine systematische Betrachtung des Art. 10 Abs. 6 Kostensenkungsrichtlinie und z. B. der Formulierung in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 2, dass das Recht aller Parteien, ein Gericht mit dem Fall zu befassen, von der Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle unberührt bleibe, spricht eindeutig gegen die These, dass Rechtsschutz alleine gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstelle zulässig sein

muss. Denn dann hätte die Einräumung dieses Rechts in Art. 10 Abs. 6 der Richtlinie, der bereits Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstellen verlangt, ausgereicht. Die entsprechenden Vorgaben in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 2, Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 Hs. 2, Art. 6 Abs. 4 S. 2 Hs. 2, Art. 9 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 Hs. 2 Kostensenkungsrichtlinie liefen leer.⁴⁵ Damit muss in irgendeiner Weise gerichtlicher Rechtsschutz auch neben der gerichtlichen Kontrolle einer Entscheidung im Streitbeilegungsverfahren möglich sein.

Die erste, moderate Ansicht ist daher zurückzuweisen.

c) Zweck der Normen

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

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

⁴³ Dies andeutend *Attendorn/Geppert*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55.

⁴⁴ In diese Richtung in Bezug auf die Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie *Mielke*, *Das Streitbeilegungsverfahren nach § 131 TKG-E: Sprengsatz im deutschen Rechtssystem?*, *TKMR* 2004, 47 (49).

⁴⁵ Für § 133 TKG so auch *Brandenburg*, *Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern*, 1. Auflage, 2008, S. 239 f.; *Gurlit*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 23; *Scherer*, *Streitbeilegung und Rechtsschutz*, *MMR Beilage* 12/2002, S. 23 (25); a.A. soweit ersichtlich nur *Wissmann/Klümper*, *Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht*, *K&R* 2003, 52 (53).

Angesichts der Tatsache, dass der Streitbelegungsstelle von der Richtlinie – selbst ohne das Vorliegen von außergewöhnlichen Umständen (!) – eine Entscheidungsfrist von zwei bzw. vier Monaten⁴⁶ eingeräumt wird, ist das vertretbar. Eine ungebührliche Verzögerung des Rechtsschutzes besteht damit nicht. Die Möglichkeit einer Streitbelegung generiert also keine Erschwerung des gerichtlichen Rechtsschutzes, auch wenn neben der etwaigen Befassung der Verwaltungsgerichtsbarkeit keine parallele Eröffnung des Zivilrechtswegs erfolgt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass für den Fall, dass neben den unmittelbar aus den neu eingefügten Rechten weitere Ansprüche aus konkurrierenden Vorschriften oder einem bereits erfolgtem Vertragsschluss bestehen, eine Befassung der Zivilgerichte insoweit auch nach nationalem Recht grundsätzlich möglich ist. Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch.⁴⁷

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

d) Fazit

Daher ist davon auszugehen, dass aufgrund der europarechtlichen Vorgaben unabhängig von der Streitbelegung ein Gerichtsverfahren zulässig sein muss. Das entspricht auch der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur zur Umsetzung der entsprechenden Bestimmungen in Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie. So wendet sich diese herrschende Literatur eher gegen die Position⁴⁸, die jene Richtlinienbestimmungen dahin gehend verstehen will, dass ein Rechtsschutz allein gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur ausreichend wäre, um die Vorgaben der Rahmenrichtlinie umzusetzen,⁴⁹ also gegen die hier als

moderate Ansicht bezeichnete Auffassung. Auf welchem Rechtsweg ein vom Streitbelegungsverfahren unabhängiges Gerichtsverfahren durchgeführt werden muss, lässt sich nach zutreffender Ansicht den europarechtlichen Vorschriften hingegen nicht entnehmen. Das gilt für die Vorschriften der Rahmenrichtlinie⁵⁰ genauso wie für jene der Kostensenkungsrichtlinie. Im Ergebnis spricht zwar vieles dafür, dass ein Weg zu den Zivilgerichten jedenfalls nicht grundsätzlich verschlossen sein sollte, insbesondere in den Fällen, in denen sich die Parteien ohne die nationale Streitbelegungsstelle auf einen Vertrag einigen können oder allgemein zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen im Streit stehen. Inwiefern die Zivilgerichte dann aber bereits durch die Entscheidungen der nationalen Streitbelegungsstelle bzw. der Verwaltungsgerichte in gewissen Bereichen bereits gebunden sind, ist europarechtlich nicht vorgegeben und dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Daher überzeugt im Ergebnis die mittlere Ansicht, dass ein gerichtlicher Rechtsschutz auch ohne eine Streitbelegung möglich sein muss bzw. die Streitbelegung diese Möglichkeit der gerichtlichen Befassung nicht verdrängen darf. Eine strengere Auffassung dahingehend, dass eine parallele gerichtliche Befassung vor einer anderen Gerichtsbarkeit als jener, die mit etwaigen Streitigkeiten im tripolaren Verhältnis mit der Streitbelegungsstelle befasst ist, möglich sein muss, ist dagegen aus systematischen und teleologischen Gründen zurückzuweisen.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Rechtsschutz

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

a) Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Streitbelegungsstelle

Nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG muss jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, den Rechtsweg beschreiten können. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist aus dieser Rechtsschutzgarantie allerdings

⁴⁶ Z.B. Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Hs. 1, Art. 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 Kostensenkungsrichtlinie.

⁴⁷ Brandenburg, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, 1. Auflage, 2008, S. 240.

⁴⁸ Wissmann/Klümper, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, K&R 2003, 52 (53).

⁴⁹ Gurlit, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 23; Scherer, Streitbelegung und Rechtsschutz, MMR Beilage 12/2002, S. 23 (25).

⁵⁰ Attendorn/Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 133, Rn. 55 sehen daher eine zivilgerichtliche Klärung als möglich, nicht aber zwingend an.

weder ein bestimmter Rechtsweg, noch eine bestimmte Verfahrensart vorgegeben, da alle Instanzenzüge grundsätzlich gleichwertig nebeneinander stehen.⁵¹ Selbst eine Rechtswegspaltung wäre grundsätzlich zulässig, solange die beeinträchtigende Maßnahme generell in einem gerichtlichen Verfahren überprüfbar ist.⁵² Vorgaben für den konkret zu eröffnenden Weg gegen die Entscheidung der Streitbeilegungsstellen lassen sich dem Verfassungsrecht damit nicht entnehmen.

b) Allgemeiner Justizgewährungsanspruch

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch wird aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet und verlangt die wirkungsvolle gerichtliche Durchsetzung gesetzlicher und insbesondere zivilrechtlicher Ansprüche.⁵³ Sofern sich aus den §§ 77a ff. DigiNetzG zivilrechtliche Ansprüche ergeben, muss daher auch in diesem Verhältnis ein wirkungsvoller Rechtsschutz bestehen. Allerdings lässt sich dem Justizgewährungsanspruch auch nur entnehmen, dass ein Zugang zu den Gerichten und eine umfassende Prüfung und verbindliche Entscheidung durch einen Richter vorzusehen ist.⁵⁴ Aus dem Justizgewährungsanspruch lässt sich also ebenfalls nicht ableiten, dass ein bestimmter Rechtsweg vorzusehen ist.

c) Klare Zuständigkeitsregeln als Gebot des Rechtsstaats

Somit ist die Einrichtung verschiedener Rechtswege grundsätzlich zulässig. Allerdings dürfen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Rechtswegs jedenfalls nicht zulasten der Bürger gelöst werden.⁵⁵ Zwar führt die Klageerhebung bei einem insofern unzuständigen Gericht nicht zur Klageabweisung, sondern gemäß § 17a Abs. 2 S. 1 GVG zur Verwei-

sung an das zuständige Gericht. Allerdings sollten solche Fälle schon aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vermieden werden. Daher ist im Folgenden insbesondere zu prüfen, ob in dem durch den Regierungsentwurf vorgesehenen Modell der Rechtsschutz hinreichend klar bestimmt ist.

3. Rechtswegzuweisung in der Konzeption des Regierungsentwurfs

Dazu ist in einem ersten Schritt die Rechtswegzuweisung in der Konzeption des Regierungsentwurfs darzulegen und zwar sowohl hinsichtlich der Entscheidungen der Streitbeilegungskammern (dazu a)) als auch im Verhältnis der Vertragsparteien (dazu b)), bevor der Frage nachgegangen werden kann, ob dieses Modell eine problematische Rechtswegspaltung generiert (dazu c)). In einem nächsten Schritt ist dann unter Rückgriff auf die bislang im TKG etablierten vergleichbaren Mechanismen zu prüfen, ob diese zu Problemen geführt haben, welche Konsequenzen insoweit in Bezug auf die Konzeption im Regierungsentwurf zu ziehen sind und wie denkbare Alternativen – insbesondere in Form einer Rechtswegzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit – im Vergleich zu bewerten sind (dazu 4.).

Die für die Beurteilung des eröffneten Rechtsweg relevanten Normen der §§ 77a ff., 132 Abs. 2, 134a DigiNetzG sehen keine explizite Zuweisung zu einem Rechtsweg oder zu einem bestimmten Gericht vor – anders als z.B. im Energierecht mit § 75 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 4 EnWG, der die Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde den Oberlandesgerichten und damit den ordentlichen Gerichten zuweist.⁵⁶ Daher ist auf die allgemeinen Regelungen zurückzugreifen. Im multipolaren Verhältnis der Beteiligten sind sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtliche Beziehungen denkbar, womit grundsätzlich die Zuweisung zu den ordentlichen Gerichten als auch den Verwaltungsgerichten als gangbar erscheint. In einem ersten Schritt sind somit die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten herauszuarbeiten.

⁵¹ Huber, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 6. Auflage, 2010, Art. 19 Rn. 451.

⁵² Huber, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 6. Auflage, 2010, Art. 19 Rn. 451 m.w.N., für die Zulässigkeit einer Rechtswegspaltung auch Jarass, in: Jarass/Piero, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 19, Rn. 55.

⁵³ Huber, in: Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 6. Auflage, 2010, Art. 19 Rn. 352.

⁵⁴ BVerfGE 85, 337 (345).

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

⁵⁶ Eine spezielle Zuweisung im EnWG ist aber nur deshalb notwendig, weil es sich in der Sache um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handelt und § 75 EnWG damit eine abdrängende Sonderzuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO darstellt, vgl. Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2010, Vorb § 75, Rn. 1.

a) Rechtsweg hinsichtlich der Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle

Die Beschlüsse der Streitbeilegungskammern sollen nach § 132 Abs. 2 DigiNetzG als Verwaltungsakte ergehen. Bereits die gemäß § 133 TKG ergangenen verbindlichen Entscheidungen waren eindeutig als Verwaltungsakte zu qualifizieren.⁵⁷ Selbst ohne die ausdrückliche Bestimmung der Rechtsform der Entscheidung wäre nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie⁵⁸ angesichts der einseitigen Berechtigung der Bundesnetzagentur durch § 77n DigiNetzG eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben und damit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Nachdem – anders als z. B. im Energierecht mit § 75 EnWG⁵⁹ – keine abdrängende Sonderzuweisung besteht, ist für eine Anfechtung der Entscheidung bzw. der Verpflichtung der Bundesnetzagentur zum Erlass einer solchen der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Eine Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle kann damit nicht durch die ordentlichen Gerichte erzwungen werden, was die Richtlinie aber auch nicht verlangt (siehe oben 1.). Eine Befassung der Zivilgerichte kommt damit nur im Verhältnis der Parteien untereinander und nicht gegenüber der Bundesnetzagentur in Betracht.

b) Rechtsweg im Verhältnis der Vertragsparteien

Für das Verhältnis der Beteiligten zueinander sind auch keine speziellen Vorschriften vorgesehen, die die Rechtswegfrage explizit klären. Regelungen zur Form der Anträge finden sich in § 77l Abs. 1 DigiNetzG. Allerdings lassen sich weder aus dem Wortlaut dieser Vorschrift noch der Begründung des Gesetzesentwurfs weitere Aussagen über die Rechtsnatur der Anträge entnehmen.⁶⁰ Das DigiNetzG verwendet bei den Normen, die die Rechte selbst betreffen, die Begriffe „beantragen“, „erteilen“, „ablehnen“ (§ 77a DigiNetzG), „entsprechen“, „Gewährung“ (§ 77c DigiNetzG), „unterbreiten [...] Angebot“, „Verträge“ (§ 77d DigiNetzG), „Vereinbarungen“, „geben [...] statt“

(§ 77i DigiNetzG). § 77n DigiNetzG benutzt die Ausdrücke „Einigung“, „Vereinbarungen“. Die Erläuterungen zum Regierungsentwurf sprechen von „Verträgen“⁶¹. Dieser Begriff lässt zum Teil auf eine hoheitliche Prägung schließen (z. B. „erteilen“, „Gewährung“), zum Teil auf eine Gleichordnung (z. B. „Verträge“, „Vereinbarungen“). Nachdem beide Vertragsparteien auch Privatpersonen sein können, erscheint die Einstufung der Verträge als eine zivilrechtliche Rechtsbeziehung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Auch die Tatsache, dass die Vereinbarung vorrangig ohne die Einschaltung der nationalen Streitbeilegungsstelle – und damit ohne öffentlich-rechtliche „Überlagerung“ – erfolgen soll, spricht für eine grundsätzlich zivilrechtliche Ausgestaltung dieses Verhältnisses. Dies könnte im Übrigen selbst dann gelten, wenn die öffentliche Hand beteiligt ist, da sie sich jedenfalls nicht stets öffentlich-rechtlicher Handlungsformen bedienen muss.⁶² Eine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Konzeption dem Entwurf zugrunde liegt, kann damit sinnvoll erst basierend auf einem Vergleich zu ähnlichen Verfahren im geltenden TKG erfolgen (dazu 4.).

c) Mögliche Rechtswegspaltung

Sofern man davon ausgeht, dass es sich bei den Beziehungen zwischen den Unternehmen um ein privatrechtliches Verhältnis handelt, könnte befürchtet werden, dass die im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelungen zu einer „Mehrspurigkeit“ der Möglichkeiten einer Rechtsdurchsetzung führen könnten. Als Konsequenz könnte man die Schlussfolgerung ziehen, die in den §§ 77a ff. DigiNetzG genannten Ansprüche auf den Abschluss zivilrechtlicher Verträge seien auch auf dem Zivilrechtsweg einklagbar. Im Folgenden gilt es daher darzulegen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten im Verhältnis der Parteien bestehen (dazu 4.) und ob aus diesen Gründen spezielle Rechtswegzuweisungen vorgesehen werden sollten (dazu 5.). Hierbei sollen insbesondere bereits jetzt im TKG bestehende, ähnliche Mechanismen hinsichtlich ihrer Vergleichbarkeit mit dem neuen Streitbeilegungsmechanismus untersucht werden, um entsprechende dogmatische Konzepte und rechtliche Bewertungen gegebenenfalls zu übertragen.

⁵⁷ Gurlit, in: Säcker (Hrsg.); Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 19.

⁵⁸ Schenke, in: Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 21. Auflage, 2015, § 40, Rn. 11.

⁵⁹ Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2010, Vorb § 75, Rn. 1.

⁶⁰ Vgl. Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 54

⁶¹ Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8332, S. 44 bezüglich § 77d n.F., allerdings zu Vereinbarungen auf der Basis der bisher bestehenden Rechtslage.

⁶² Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 17, Rn. 1 f.

4. Rechtsschutz im Verhältnis der Beteiligten zueinander

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

Zweistufige Verfahren, in denen zunächst Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten vorgesehen sind und nur im Falle eines Scheiterns eine Entscheidung der Bundesnetzagentur erfolgen soll, sind dem geltenden TKG nicht fremd und sind insbesondere in den §§ 25 und 133 TKG angelegt. Sofern einem Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG auferlegt worden ist, hat er gem. § 22 TKG gegenüber Unternehmen, die diese Leistung nachfragen, ein Angebot auf einen entsprechenden Zugang zu unterbreiten, unterliegt also faktisch einem Kontrahierungszwang.⁶³ Im Falle des Ausbleibens einer Vereinbarung, kann die Bundesnetzagentur grundsätzlich den Zugang nach § 25 TKG anordnen. Mit § 133 TKG wurde im TKG 2004 vom nationalen Gesetzgeber in erster Linie die Art. 20, 21 der Rahmenrichtlinie umgesetzt und bereits bestehende Streitbeilegungsmechanismen zu einer Generalklausel ausgedehnt.⁶⁴ Bei der Entscheidung der Beschlusskammer handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der nach h. M. zivilrechtliche Beziehungen mit je nach Streitgegenstand unterschiedlicher Ausprägung zwischen den Parteien gestaltet.⁶⁵ Der Gesetzgeber hat die Entscheidung als privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt eingeordnet.⁶⁶ § 133 TKG findet auch über die jeweiligen Verweisungen in den §§ 77c ff. TKG entsprechende Anwendung.

b) Zu den bisherigen Verfahren entwickelte Positionen

Die Rechtsnatur des Verhältnisses der Parteien wird hinsichtlich der bereits vorhandenen Mechanismen seit dem Bestehen des TKG 1996 strittig diskutiert.⁶⁷ Hierzu wurde

insbesondere vertreten⁶⁸, dass ein öffentlich-rechtlich begründetes, privatrechtliches (gesetzliches) Schuldverhältnis entsteht, ein behördlich angeordneter zivilrechtlicher Vertrag über einen öffentlich-rechtlichen Sachverhalt vorliegt (dazu bb)) oder ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis⁶⁹ zwischen den Parteien anzunehmen ist (dazu sogleich aa)). Im Folgenden soll allerdings nur auf die aktuell noch vertretenen Positionen eingegangen werden und sie sollen hinsichtlich der Relevanz auf die Rechtswegfrage erörtert werden.

aa) Öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis

Einer Auffassung zufolge führt die Anordnung der Bundesnetzagentur dazu, dass zwischen den Parteien ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entsteht, wodurch eine zivilgerichtliche Prüfbarkeit grundsätzlich ausscheidet.⁷⁰ Sämtliche Rechte und Pflichten der Parteien sind solche des öffentlichen Rechts.⁷¹ Eine ähnliche Position wird zu den §§ 77c – 77e TKG vertreten⁷² und daher der Rechtsweg zu den Zivilgerichten als nicht eröffnet erachtet.⁷³ Dies wird insbesondere mit der Terminologie der Vorschriften („Gestattung“, „Nebenbestimmung“) begründet.⁷⁴ Ob diese Erwägungen übertragbar sind, erscheint aber fraglich, weil sich die §§ 77c ff. TKG in erster Linie an die öffentliche Hand richten. Allerdings finden sich ähnliche Formulierungen in den §§ 77a ff. DigiNetzG. Nach dieser Auffassung bestehen grundsätzlich keine Probleme hinsichtlich

⁶³ Geppert/Attendorn, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 22, Rn. 13.

⁶⁴ Tysper, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 133 Rn. 1.

⁶⁵ Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 19 ff.

⁶⁶ BT-Drs. 15/2316, S. 100.

⁶⁷ Hölscher, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 25, Rn. 72.

⁶⁸ Übersicht bei Hölscher, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 25, Rn. 72.

⁶⁹ Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 79, 81.

⁷⁰ Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 102.

⁷¹ Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 88.

⁷² Schramm/Schumacher, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 9 ff.; diese Option ebenfalls benennend Stelkens/Wabnitz, MMR 2007, 655, 657; hinsichtlich § 77e TKG auch Berndt, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 77e, Rn. 26, Fn. 61.

⁷³ Schramm/Schumacher, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 12.

⁷⁴ Schramm/Schumacher, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 77c, Rn. 10.

einer etwaigen Rechtswegspaltung. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten wäre dann nur eröffnet, wenn eine Einigung ohne Einfluss der nationalen Streitbeilegungsstelle erfolgt und anschließend die Vertragsinhalte im Streit stehen oder allgemeine zivilrechtliche Ansprüche eingeklagt werden sollen. Insoweit ist also eine klare Abgrenzung und Rechtswegzuweisung unproblematisch möglich.

bb) Theorie vom „angeordneten Vertrag“

Die vom BVerwG⁷⁵ vertretene, herrschende Ansicht vom „angeordneten Vertrag“ geht hingegen davon aus, dass durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur ein privatrechtliches Schuldverhältnis begründet wird. Die Entstehung von zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen wird auch von Teilen der Literatur so gesehen.⁷⁶ Diese Position ist problematischer hinsichtlich der Gefahr einer „Rechtswegspaltung“, weil einerseits ein öffentlich-rechtliches Verhältnis der Beteiligten zur Bundesnetzagentur besteht, zugleich aber auch ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten untereinander. Im Verhältnis zwischen den „Vertrags“-Parteien bildet der Verwaltungsakt der Bundesnetzagentur dann eine Art „Geschäftsgrundlage“.⁷⁷

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

Abgrenzungsprobleme entstehen daher vor allem, wenn man mit der herrschenden Auffassung zu der Einschätzung kommt, dass es sich um privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte handelt, d. h. dass auch zivilrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen. Völlig von der Hand zu weisen sind die Befürchtungen, der doppelten Befassung der Verwaltungs- und Zivilgerichte dann nämlich nicht, weil jedenfalls keine Identität der Streitgegenstände besteht.⁷⁸ Da diese Ansicht vom BVerwG vertreten wird und

daher auch für die Auslegung der im DigiNetzG zugrunde zu legen ist, sind ihre Konsequenzen im Folgenden näher zu prüfen.

aa) Grundsätzliche Prüfungskompetenz der Zivilgerichtsbarkeit

Sofern zivilrechtliche Elemente zwischen den Parteien bestehen, kommt grundsätzlich auch eine Befassung der ordentlichen Gerichte in Betracht, die primär für die bürgerlichen Rechtstreitigkeiten zuständig sind, § 13 GVG. Fraglich ist, wie weit die Prüfungskompetenz der ordentlichen Gerichte reicht, d. h. ob auch die vertraglichen Elemente geprüft werden dürfen, die für die Vertragsparteien aufgrund der Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstellen schon verbindlich feststehen und die daher von den Parteien nicht privatautonom ausgehandelt worden sind. Dies begründete die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. Grundsätzlich darf jedes Gericht auch rechtswegfremde Vorfragen prüfen, § 17 Abs. 2 S. 1 GVG. Fraglich ist aber, ob die ordentlichen Gerichte auch Verwaltungsakte prüfen dürfen, oder ob dies einen unzulässigen Eingriff in die Verwaltungskompetenz bedeutet.⁷⁹ Diese Frage ist sehr umstritten und wird von der Rechtsprechung je nach Rechtsmaterie unterschiedlich beurteilt.⁸⁰ Jedenfalls sobald Verwaltungsgerichte einen Verwaltungsakt geprüft haben, scheidet eine Prüfungskompetenz der Zivilgerichte nach ganz herrschender Meinung aus.⁸¹ Problematischer ist der Fall, dass ein Verwaltungsakt nicht verwaltungsgerichtlich angegriffen und daher bestandskräftig geworden ist.

⁷⁵ BVerwGE 120, 263 (263).

⁷⁶ Für die Annahme eines zivilrechtlichen Rechtsverhältnisses ausdrücklich Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, 2008, § 25, Rn. 20.

⁷⁷ Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 87.

⁷⁸ Mielke, Das Streitbeilegungsverfahren nach § 131 TKG-E: Sprengsatz im deutschen Rechtssystem?, TKMR 2004, 47 (54).

⁷⁹ Vgl. Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 1. Auflage, 2004, S. 182.

⁸⁰ Siehe dazu Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 1. Auflage, 2004, S. 182 m. w. Nachw. aus der Rechtsprechung, insbesondere BGHZ 122, 1 (5); zu einer anderen Sichtweise der Rspr. bei Amtshaftungsansprüchen auch Peuker, in: Henneke (Hrsg.), VwVfG, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Auflage, § 43 Rn. 25.

⁸¹ Vgl. Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 1. Auflage, 2004, S. 180 ff.; Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 17; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage, 2013, S. 123

Allerdings sind nach herrschender Meinung in der Rechtsprechung⁸² – mit Ausnahme des Amtshaftungs- und Entschädigungsrechts – die Zivilgerichte auch in diesem Fall an die Existenz und den Inhalt von Verwaltungsakten gebunden, sofern diese freilich nicht nichtig sind.⁸³ So hat auch das OLG Düsseldorf eine Bindungswirkung der Entscheidungen der damaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post für die Zivilgerichte bejaht, und eine einstweilige Anordnung durch die Zivilgerichte für unzulässig gehalten, sofern der Antragsteller auch die Verwaltungsgerichte hätte anrufen können.⁸⁴ Auf dieser Linie liegt auch ein Urteil des BGH, der Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Bestandteil eines von der Bundesnetzagentur genehmigten Tarifwerks waren, nicht anhand des Maßstabs der §§ 307 – 309 BGB gemessen hat, weil ein privatautonomer Spielraum der Vertragsparteien nicht vorhanden gewesen sei.⁸⁵ Zwar verbleibt wohl neben den öffentlich-rechtlich angeordneten Vertragsinhalten noch Raum für prüfbare privatautonom ausgehandelte Vertragsinhalte⁸⁶, aber sofern eine öffentlich-rechtliche Determinierung vorliegt, findet damit grundsätzlich keine zivilgerichtliche Überprüfung statt. Auch über die konkret entschiedene Frage der Entgeltgenehmigung hinaus kommt durch Anordnungen, Streitentscheidungen

usw. der Bundesnetzagentur der Wegfall privatautonomer Entscheidungsmöglichkeiten und damit eine Einschränkung der Prüfungskompetenz der ordentlichen Gerichte in Betracht.⁸⁷ Damit ist festzustellen, dass eine zivilgerichtliche Kontrolle der von der nationalen Streitbeilegungsstelle ergangenen Entscheidung nach herrschender Auffassung grundsätzlich nicht erfolgt.⁸⁸

bb) Zivilrechtliche Durchsetzung der Ansprüche ohne Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle

Eine Durchsetzung der Ansprüche könnte aber auch anstelle oder neben dem Verfahren vor der nationalen Streitbeilegungsstelle vor den ordentlichen Gerichten versucht werden. § 22 TKG, der nach der Systematik des TKG über das Verfahren des § 25 TKG durchgesetzt werden soll, kann nach einer Literaturauffassung auch ohne die Bundesnetzagentur durch die ordentlichen Gerichte verwirklicht werden.⁸⁹ Auch in Bezug auf § 16 TKG, der sich grundsätzlich über § 133 TKG durch die Bundesnetzagentur durchsetzen lässt,⁹⁰ wird z. T. ein zivilgerichtliches Vorgehen für möglich gehalten.⁹¹ Allerdings wird dieser Weg von den Autoren,

⁸² Z.B. BGH, Urteil vom 19.06.1998, Az. V ZR 43/97, NJW 1998, 3055 (3055); BVerwG, Urteil vom 28.11.1986, Az. 8 C 122-125/84, NVwZ 1987, 496 (496).

⁸³ Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 1. Auflage, 2004, S. 182, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung, insb. BGHZ 122, 1 (5), BGHZ 112, 363 (365), BGHZ 73 114 (117); im Ergebnis auch Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 43 Rn. 130; a.A. aber Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 25. In der von ihr neben dem Amtshaftungsrecht aufgeführten Entscheidung aus dem Baurecht ging es aber weniger darum, ob die Ablehnung einer Baugenehmigung rechtswidrig gewesen ist, sondern vielmehr, ob daraus ein Sachmangel folgt, vgl. insoweit auch BGHZ 122, 1 (5).

⁸⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2001, Az. U (Kart) 47/01, MMR 2002, 316 (317 f.); vgl. dazu auch Schütz, Top Thema I: Zivilrechtsschutz neben RegTP-Verfahren?, MMR 2002, Heft 2, V.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 24.05.2007, Az. III ZR 467/04, MMR 2007, 585 (586), in Fortsetzung der Rechtsprechung, dass genehmigte Entgelte auch nicht an § 315 Abs. 3 BGB zu messen sind, BGH, Urteil vom 02.07.1998, Az. III ZR 287/97, MMR 1998, 603 (607).

⁸⁶ Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 102.

⁸⁷ Geppert/Helmes, MMR 2007, 564 (565 ff.).

⁸⁸ So die h.M. auch zusammenfassend Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 1. Auflage, 2004, S. 182.

⁸⁹ Neumann/Thomaschki, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 22, Rn. 18 und wohl auch Neitzel/Hofmann, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 22, Rn. 16. Die Autoren gehen aber letztlich wohl nur davon aus, dass der „Anspruch auf Abgabe eines Zugangsangebots“ zivilgerichtlich eingeklagt werden kann. Sie halten dies jedoch praktisch für nicht relevant, da es insoweit effektiver ist, sich nach § 25 TKG gleich auch den Inhalt eines solchen Angebots von der Bundesnetzagentur anordnen zu lassen. Bei einem Weg über das Zivilgericht würde dieses ja nur das regulierte Unternehmen verpflichten, ein Angebot vorzulegen. Das Gericht hätte hingegen – anders als die Bundesnetzagentur – keine Möglichkeit, gestaltend den Angebotsinhalt im Urteil festzulegen.

⁹⁰ Geppert/Attendorn, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 16, Rn. 72, Heun, in: Heun (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2007, Teil H, Rn. 108.

⁹¹ So jedenfalls Nolte, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 16, Rn. 50, der aber wohl ein Vorgehen nach § 133 TKG nicht in Betracht gezogen hat, vgl. Rn. 47.

die ihn für zulässig halten, als zumindest nicht praktikabel bzw. wenig effektiv erachtet.⁹²

Dieses Argument gilt gleichermaßen für die einzurichtende Streitbelegungsstelle nach § 77n DigiNetzG, die grundsätzlich binnen zwei bzw. vier Monaten eine verbindliche Entscheidung treffen muss und damit eine schnelle Klärung der Rechtsfrage erreichen kann. Zudem erscheint aus hiesiger Sicht eine Anordnung durch Zivilgerichte auch aus Gründen der Gewaltenteilung jedenfalls als nicht gänzlich unproblematisch: Im Verfahren des § 25 TKG muss eine komplexe Abwägungsentscheidung getroffen werden, bei der der Bundesnetzagentur grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum zukommt.⁹³ Bei § 133 TKG dürfte der Bundesnetzagentur gleichermaßen ein gewisser Entscheidungsspielraum zukommen, um gemäß Art. 20 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie bei der Entscheidung auch die Regulierungsziele einfließen zu lassen.⁹⁴ Im Streitbelegungsverfahren nach § 77n DigiNetzG ist zumindest in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 3 Kostensenkungsrichtlinie auch vorgesehen, dass die Bundesnetzagentur die Regulierungsziele des Art. 8 der Rahmenrichtlinie zu beachten hat. Sollten die ordentlichen Gerichte Entscheidungen treffen, die gemäß den §§ 25, 133 TKG und § 77n DigiNetzG eigentlich von der Bundesnetzagentur zu treffen wären, gilt es zu bedenken, dass die Gerichte damit in den der Verwaltung zugewiesenen Entscheidungsspielraum eingreifen könnten. Ein Eingriff der Zivilgerichte in die Kompetenzen der Verwaltung ist aber grundsätzlich unzulässig.⁹⁵ Auch aus diesem Grund dürfte

nach hiesiger Auffassung eine Verpflichtung aufgrund der §§ 77a ff. TKG durch die Zivilgerichte ausscheiden.⁹⁶

cc) Fazit: Geringe Wahrscheinlichkeit sich widersprechender Gerichtsentscheidungen

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

5. Notwendigkeit einer spezifischen Regelung der Rechtswegabgrenzung?

a) Keine europarechtlichen Vorgaben

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

⁹² Neumann/Thomaschki, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 22, Rn. 18; Neitzel/Hofmann, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Auflage, 2015, § 22, Rn. 16.

⁹³ Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 25, Rn. 56 m.w.N. aber str., vgl. Hölscher, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 25, Rn. 58.

⁹⁴ Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 133, Rn. 17.

⁹⁵ Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 1. Auflage, 2004, S. 182.

⁹⁶ Siehe im Übrigen das Urteil des BGH, vom 26.06.2014, Az. III ZR 299/13; hier stellt der BGH fest, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen dürfe, vorliegend also der Zusammenschaltungsvereinbarung zweier Telekommunikationsunternehmen. Nur der Vertragsinhalt, nicht aber der Vertragswille dürfe ergänzt werden. Im Übrigen verweist der Gerichtshof auf eine gegebenenfalls gemäß § 25 Abs. 4 TKG von Amts wegen zu treffende Anordnung nach § 25 Abs. 5 TKG. Auch hier zeigt sich also die Zurückhaltung des BGH gegenüber den Anordnungs Kompetenzen der Bundesnetzagentur.

b) *Abdrängende Sonderzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit?*

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

Innerhalb des TKG wäre die Zuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit ein Systembruch. Denn auch gegen Entscheidungen in den sehr ähnlichen Verfahren der §§ 25 und 133 TKG ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.⁹⁷ Sofern eine Überprüfung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit erfolgen soll, müssten konsequenter Weise alle Verfahren von der ordentlichen Gerichtsbarkeit entschieden werden, um eine Konsistenz der Entscheidungen sicherzustellen und nicht nur die jetzt einzuführenden Verfahren vor der nationalen Streitbeilegungsstelle. Hiergegen spricht aber grundsätzlich, dass sich die bisherige Zuordnung zum Verwaltungsrechtsweg bewährt hat und sich die bisher zuständigen Gerichte bereits eine erhebliche rechtliche, ökonomische und technische Fachkompetenz im Telekommunikationsbereich angeeignet haben, die nach einer Übertragung auf die Zivilgerichtsbarkeit bei dieser erst wieder aufgebaut werden müsste. Durch eine neu einsetzende Rechtsprechung durch die Zivilgerichtsbarkeit besteht daher zumindest zu Beginn eine erhöhte Fehleranfälligkeit und die bisher einheitliche und konsistente Entscheidungspraxis wäre zunächst gefährdet. Zudem könnte auch in diesem Fall versucht werden, die Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle über ein paralleles oder nachgelagertes Vorgehen vor den Gerichten zu unterlaufen.

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

c) *Sonderzuweisung zivilrechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichtsbarkeit?*

Alternativ könnte noch erwogen werden, sämtliche sich aus den §§ 77a ff. DigiNetzG ergebenden Rechtsfragen den Verwaltungsgerichten zuzuweisen. Folgt man der Theorie, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur keinen Vertrag anordnet, sondern öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien begründet, wäre die Verwaltungsgerichtsbarkeit ohnehin schon ab Befassung der Bundesnetzagentur für Entscheidungen aus diesem Verhältnis zuständig. Der Gesetzgeber könnte sich explizit für die Geltung dieser Theorie entscheiden. So ist er jedenfalls grundsätzlich frei darin, auch zwischen Privatpersonen öffentlich-rechtliche Verträge zuzulassen.⁹⁸ Allerdings erscheint dies aus hiesiger Auffassung nicht geboten, weil die Zivilgerichte ohnehin an die Entscheidungen der Bundesnetzagentur weitgehend gebunden sind und sich auch die in den §§ 25 und 133 TKG normierte Regelung ohne entsprechende spezifische Rechtswegzuweisung bewährt hat. Gegen eine spezielle Rechtswegabgrenzung spricht auch, dass dies bislang nur dann erfolgt ist, wenn eine grundsätzlich bestehende Rechtswegzuweisung für nicht sachgerecht gehalten wurde und daher ein anderer Rechtsweg gewählt werden sollte. Dies ist hier aber nicht der Fall.

d) *Fazit*

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

⁹⁸ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 54 Rn. 65 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 14, Rn. 10.

III. Ergebnisse

Gesamtergebnis

1. Die im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) vorgesehene Konzentration der Entscheidungstätigkeit der nationalen Streitbeilegungsstelle über sämtliche Streitfälle der Kostensenkungsmaßnahmen bei der Bundesnetzagentur ist europarechtlich und verfassungsrechtlich zulässig und in der Sache zweckmäßig.
2. In der Folge ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit für alle Streitigkeiten über die Entscheidungstätigkeit der Bundesnetzagentur bei Kostensenkungsmaßnahmen zuständig. Die Zivilgerichtsbarkeit ist zuständig, sofern es zu einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Beteiligten kommt, ohne dass die Bundesnetzagentur zur Streitbeilegung eingeschaltet wird. Damit entstehen zwar theoretische Probleme doppelter Gerichtszuständigkeiten. Auf der Basis der bisherigen Erfahrungen mit ähnlich Konstellationen in den §§ 25 und 133 TKG ist aber nicht mit tatsächlichen Schwierigkeiten zu rechnen. Daher bedarf es keiner spezifischen Rechtswegabgrenzung. Dann bleibt es bei der im TKG üblichen weit reichenden Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das ist vorliegend auch zweckmäßig.
4. Lediglich für Streitigkeiten über die Koordinierung von Bauarbeiten in Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie ist die Verbindlichkeit nicht zwingend. Der nationale Gesetzgeber kann gleichwohl eine verbindliche Entscheidungskompetenz in diesen Fällen vorsehen, da insoweit nur eine Mindestharmonisierung vorliegt.
5. Im Übrigen trifft die Richtlinie zwar Vorgaben über das Entscheidungsverfahren, lässt den Mitgliedstaaten aber einen weiten Spielraum, ob eine oder mehrere Stellen mit der Streitschlichtung befasst werden und ob diese neben die nationale Regulierungsbehörde treten soll(en).
6. Die geplante Konzentration und Ausgestaltung der Zuständigkeiten der nationalen Streitbeilegungsstelle bei der Bundesnetzagentur entspricht den europarechtlichen Anforderungen an die Einrichtung einer Streitschlichtungsstelle wie sie in der Kostensenkungsrichtlinie vorgesehen ist. Umsetzungsdefizite sind nicht ersichtlich.
7. Die bei der Bundesnetzagentur angesiedelte nationale Streitbeilegungsstelle soll die in den §§ 77a ff. DigiNetzG genannten Rechte „durch Verwaltungsakt“, d. h. hoheitlich durchsetzen, sofern es zu keiner (zivilrechtlichen) Einigung zwischen den Parteien kommt.

Es wurden folgende *Einzelergebnisse* erzielt:

I. Verortung der nationalen Streitbeilegungsstelle

3. Die Richtlinie sieht überwiegend verbindliche Entscheidungen der einzurichtenden Streitschlichtungsstelle vor, nämlich in Art. 3 Abs. 5 (Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen), Art. 4 Abs. 6 (Transparenz in Bezug auf physische Infrastrukturen), Art. 6 Abs. 4 (Transparenz bei geplanten Bauarbeiten) und Art. 9 Abs. 3 (Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen).
8. Damit übernimmt die Bundesnetzagentur den Gesetzesvollzug. Dem Bund kommt nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG insoweit die Verwaltungskompetenz zu. Er kann der Bundesnetzagentur als Bundesoberbehörde diese in bundeseigener Verwaltung zu erfüllenden Aufgaben übertragen.
9. Dabei begründen die in den §§ 77a ff. DigiNetzG vorgesehenen Befugnisse der Bundesnetzagentur keine verfassungsrechtlich unzulässigen Einzelweisungsbefugnisse der Bundesnetzagentur gegenüber Landesbehörden, auch wenn die dort vorgesehenen

Rechte gemäß § 77n DigiNetzG seitens der Bundesnetzagentur verbindlich gegenüber anderen öffentlichen Entitäten durchgesetzt werden können.

10. Es liegt insoweit auch kein unzulässiger Eingriff in den Hoheitsbereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften vor. Eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG scheidet gleichermaßen aus.
11. Anderweitige Ausgestaltungsvarianten – insbesondere mit der Beteiligung weiterer Behörden auf kommunaler Ebene im Rahmen der Streitbeilegung – sind verfassungsrechtlich problematisch und stellen jedenfalls keine sinnvolle Alternative dar.

II. Ausgestaltung des Rechtsschutzes

12. Die Vorgaben in der Kostensenkungsrichtlinie sind so zu verstehen, dass ein Weg zu den Zivilgerichten jedenfalls nicht grundsätzlich verschlossen sein darf, insbesondere in den Fällen, in denen sich die Parteien ohne die nationale Streitbeilegungsstelle auf einen Vertrag einigen können oder allgemein zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen im Streit stehen.
13. Inwiefern die Zivilgerichte dann aber bereits durch die Entscheidungen der nationalen Streitbeilegungsstelle bzw. der Verwaltungsgerichte gebunden sind, ist europarechtlich nicht vorgegeben und dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Die strengere Auffassung dahingehend, dass eine parallele gerichtliche Befassung vor einer anderen Gerichtsbarkeit als jener, die mit etwaigen Streitigkeiten im tripolaren Verhältnis mit der Streitbeilegungsstelle befasst ist, möglich sein muss, ist zurückzuweisen.
14. Damit verbleibt aus europarechtlicher Sicht ein erheblicher Spielraum für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes auf nationaler Ebene.

15. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ergeben sich ebenfalls nur geringe Steuerungsvorgaben. So bedarf es lediglich einer klaren Zuständigkeitsregelung und eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG und dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Der Spielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Rechtswegzuweisung ist dagegen sehr weit, sofern diese beiden Anforderungen erfüllt sind.
16. Im geltenden TKG besteht eine sinnvolle Abgrenzung der Zuständigkeiten von Zivil- und Verwaltungsgerichten gerade in den vergleichbaren Fällen der Verfahren gemäß den §§ 25, 133 TKG.
17. Nach h. M. liegt im Fall der Zugangsanordnung des § 25 TKG ein angeordneter Vertrag vor, der zwar grundsätzlich auch einer zivilgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Vorrangig ist jedoch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der öffentlich-rechtlichen Überformung des Vertrages. Sofern eine öffentlich-rechtliche Determinierung vorliegt, findet grundsätzlich keine zivilgerichtliche Überprüfung statt. Soweit hingegen eine davon losgelöste vertragliche Vereinbarung in Rede steht, unterliegt diese einer zivilgerichtlichen Kontrolle. Dasselbe gilt für den Streitbeilegungsmechanismus nach § 132 TKG. Widerstreitende Gerichtsentscheidungen sind damit bloß theoretischer Natur.
18. Das im Rahmen der Kostensenkungsrichtlinie neu eingefügte Verfahren in § 77n DigiNetzG unterscheidet sich kaum von diesen bereits bisher vorgesehenen Mechanismen und fügt sich so in das bestehende System des TKG ein. Rechtsdogmatisch besteht kaum die Möglichkeit sich widerstreitender Gerichtsentscheidungen. Zudem ist kaum zu erwarten, dass die Beteiligten bedenkliche zivilgerichtliche Verfahren anstrengen, weil dies – wie im bestehenden Recht – angesichts der Vorgaben für ein zügiges Streitbeilegungsverfahren grundsätzlich kaum praktikabel bzw. vorzugswürdig ist.

19. Im Übrigen besteht keine Notwendigkeit einer abdrängenden Sonderzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit. Dies wäre ein Systembruch im bisherigen TKG, für den es keinen Grund gibt. Vielmehr spricht alles für die Fortführung des bewährten Systems einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Nur so kann auch die Konsistenz der Entscheidungspraxis mit Blick auf die übrigen Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur gewahrt werden.

20. Einer spezifischen Zuweisung der denkbaren zivilrechtlichen Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichtsbarkeit bedarf es ebenso wenig.

Regensburg, den 19. Juli 2016



Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.



Stefan Bulowski



