

Kapitel 3: Exklusivität im Infrastrukturausbau am Beispiel unterschiedlicher Konzessionsmodelle

Exklusivität spielt bei der Schaffung von Anreizen zur Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger digitaler Infrastrukturen eine wichtige Rolle. Durch eine exklusive Vergabe von Gütern, Fördermitteln oder Rechten sollen die durch den Wettbewerb bedingten Unsicherheiten reduziert, auf diese Weise die Investitionsbedingungen verbessert und so Anreize für den Infrastrukturausbau in Gebieten mit Netzausbaudefizit geschaffen werden. Der Begriff der „Konzession“ wird im Kontext verschiedener Modelle und Handlungsansätze gebraucht, die Exklusivität als Ausbauanreiz nutzen. Die Modelle sind sehr heterogen. Deswegen soll im Anschluss an eine Abgrenzung des Konzessionsbegriffes und die Identifikation seiner Wesensmerkmale (dazu A.) untersucht werden, wie sich das Telekommunikationsrecht insgesamt zu einer Vergabe von Exklusivrechten verhält (dazu B.).

Drei verschiedene Exklusivitätsmodelle, die an die Vergabe von „Konzessionen“ anknüpfen, sollen vertieft untersucht und miteinander verglichen werden. Besonders kontrovers diskutiert wird ein Konzept, in dem exklusive Telekommunikationswegerechte nach dem Vorbild des Energierechts vergeben werden sollen (dazu C.). Bereits umfassend genutzt werden Konzessionsmodelle zum Aufbau und Betrieb staatlicher Telekommunikationsinfrastrukturen (dazu D.). Als weitere Variante existieren Konzessionsmodelle, in denen Fördermittel lediglich exklusiv an einen Infrastrukturbieter vergeben werden (dazu E.).

A. Begriffsbestimmung und Begriffsmerkmale der Konzession

Die Modelle und Handlungsansätze, die im Folgenden vertieft untersucht werden sollen, basieren auf der Vergabe von „Konzessionen“ durch den Staat an Infrastrukturbieter. Um einen Vergleich zu ermöglichen, stellt sich die Frage, wie der Begriff der „Konzession“ bestimmt werden kann und welche Wesensmerkmale ihn in der deutschen Rechtswissenschaft prägen. Ausgehend von einem einheitlichen Ursprung (dazu I.) hat sich die Verwendung des Begriffes vielseitig ausdifferenziert. Neben den „Bau- und Dienstleistungskonzessionen“ des förmlichen Vergaberechts (dazu II.)

vergibt der Staat in unterschiedlichen Fallgruppen Konzessionsrechte (dazu III.). Die Begriffe und ihre Verwendung sind derart unterschiedlich, dass nicht von einem rechtsterminologisch einheitlich abgrenzbaren Konzessionsbegriff gesprochen werden kann. Dennoch ist fraglich, ob den einzelnen Begriffen verschiedene allgemeine Charakteristika zuzuordnen sind, die der nachfolgenden Betrachtung zu Grunde gelegt werden können.

I. Ursprung des Konzessionsbegriffes im nationalen Recht

Der Begriff „Konzession“ wird in der deutschen Rechtswissenschaft seit Beginn des 20. Jahrhunderts verwendet.¹²⁵ Prägend für die frühe Entwicklungsphase war das Verständnis Otto Mayers.¹²⁶ Er interpretierte die „Konzession“ als eine Form des Verwaltungsaktes zur Übertragung öffentlicher Hoheitsgewalt an Private, die zwingend für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit erforderlich war.¹²⁷ Die Verleihung subjektiver Rechte¹²⁸ wurde eng an das französische Institut der „concession des service public“ angelehnt.¹²⁹ Dieses lässt sich am ehesten mit einer Beleihung vergleichen, durch die es Privaten gestattet wird, öffentliche Verwaltungsmaßnahmen durchzuführen.¹³⁰ Ihren begrifflichen Ursprung findet die „Konzession“ also in Konstellationen, in denen Privatrechtssubjekte mit der Erbringung von Aufgaben aus dem Verantwortungsbereich des Staates beauftragt und ihnen hierfür erforderliche Hoheitsrechte übertragen wurden.

II. Bau- und Dienstleistungskonzessionen

Ausgehend von diesem Ursprung hat sich etwa der Begriff der „Bau- und Dienstleistungskonzession“ entwickelt, der jedoch nicht allein durch nationales Recht, sondern auch durch das Unionsrecht geprägt ist. Bau- und Dienstleistungskonzessionen sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der

125 Crome, AcP 115 (1917), S. 1, 15.

126 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 147 ff.; Wieland, Die Konzessionsabgaben, S. 90 f.

127 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 147.

128 Ausführlich hierzu Wieland, Die Konzessionsabgaben, S. 98 ff.

129 Wieland, Die Konzessionsabgaben, S. 91.

130 Ausführlich zum Institut der „concession des service public“, Wieland, Die Konzessionsabgaben, S. 93 ff.

Konzessionsnehmer gegenüber dem Konzessionsgeber vertraglich dazu verpflichtet, eine spezifische Leistung zu erbringen, und hierfür das Betriebsrisiko trägt.¹³¹ Klar konturiert wird der Begriff durch Legaldefinitionen, die im Unionsrecht in der Konzessionsvergaberechtlinie (KVRL)¹³² angelegt und im nationalen Recht inhaltsgleich in § 105 Abs. 1 GWB¹³³ enthalten sind.

Durch eine „*Baukonzession*“ verpflichtet sich gemäß Art. 5 Nr. 1 lit. a KVRL und § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Privater dazu, im Auftrag des Staates eine Bauleistung zu erbringen. Eine Gegenleistung wird hierfür lediglich in Gestalt des Nutzungsrechts am entstandenen Bauwerk oder in Gestalt dieses Nutzungsrechtes zuzüglich der Zahlung eines Entgeltes gewährt. Das unternehmerische Risiko liegt beim Konzessionsnehmer. Der Begriff der „*Dienstleistungskonzession*“ wird hiervon gemäß Art. 5 Nr. 1 lit. b KVRL und § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB negativ abgegrenzt. Sie liegt dann vor, wenn der Konzessionsnehmer mit einer Dienstleistung betraut wird, die kein Bauvorhaben zum Gegenstand hat. Die Gegenleistung darf lediglich im Verwertungsrecht oder im Verwertungsrecht zuzüglich der Zahlung eines Entgeltes bestehen. Die Kriterien, auf deren Basis festzustellen ist, ob das Betriebsrisiko beim Konzessionsnehmer liegt, enthält § 105 Abs. 2 GWB.¹³⁴

III. Zerfaserung der Terminologie im nationalen Recht

Neben diesem legaldefinierten und unionsrechtlich überformten Konzessionsbegriff haben sich ausgehend vom historischen Ursprung auch noch verschiedene alternative Fallgruppen herausgebildet, in denen er Verwendung findet.¹³⁵ Im Gewerberecht wird der Begriff der „Konzession“ gemäß

131 Nettesheim, in: Kment (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 55, 60f.

132 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1 vom 28.3.2014.

133 Die betreffenden Vorgaben des GWB werden im Rahmen der 10. GWB-Novelle nicht verändert, sodass in dem folgenden Abschnitt nicht auf dieses Gesetzgebungsverfahren eingegangen wird.

134 Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 7; zur Genese der Vorschrift insbesondere Wollenschläger, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB, Rn. 5 ff.

135 Zu diesem Befund kommt bereits Stern, AöR 84 (1959), S. 137, 148; siehe ebenfalls Rennert, NZBau 2019, 411.

§ 15 Abs. 2 GewO als Synonym für eine Erlaubnis, Genehmigung oder Bewilligung gebraucht.¹³⁶ Auch wenn der Staat eine Tätigkeit gestattet, die unter ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fällt, vergibt er entsprechende Konzessionsrechte.¹³⁷

Der Staat setzt „Konzessionen“ auch als Instrument der Lenkungsverwaltung ein. So wird in der juristischen Umgangssprache beispielsweise von „Taxikonzessionen“ gesprochen.¹³⁸ Nur Taxiunternehmern mit entsprechender Genehmigung ist es gestattet, ihre Dienste in einer Kommune anzubieten.¹³⁹ Einen normativen Anklang im Personenbeförderungsgesetz hat der Begriff der „Konzession“ in diesem Kontext jedoch nicht gefunden.¹⁴⁰ Es besteht ein enger Konnex zur Konzession als Synonym für eine Erlaubnis.

Eng verwandt mit den beiden vorgenannten Konstellationen ist die Nutzung des Begriffes im Kontext der Gewährung von Sondernutzungsrechten. Auch hier wird das betreffende Recht als „Konzession“ bezeichnet. So können Gaststätten an Autobahnen nur mit einer entsprechenden Konzession gemäß § 15 Abs. 3 FStrG betrieben werden.¹⁴¹ In diese Kategorie fällt aber auch die Vergabe von Wegerechten zur Verlegung und zum Betrieb von Infrastruktur.¹⁴² Ein typischer Fall einer Konzession im Rahmen der Gewährung von Sondernutzungsrechten ist die Vergabe besonderer Wege-rechte im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG.¹⁴³

Der Begriff „Konzession“ wird auch als Ausgestaltungsoption für Public Private Partnerships (PPP) verwendet. Hierunter sind Konstellationen zu verstehen, in denen die Gewährleistungsverpflichtung des Staates gegenüber Dritten auf den Konzessionsnehmer übertragen wird.¹⁴⁴ Dabei wird

136 *Rossi/Pfahl*, in: Kment (Hrsg.), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 1, 7 ff., sprechen insoweit von einer „zulassenden Konzession“; *Storr*, in: Kluth/Müller/Peilert (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, S. 417, 419 f.

137 In diesem Sinne unter Verweis auf die wasserrechtliche Bewilligung gemäß § 8 Abs. 1 WHG, *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, S. 105.

138 Der Begriff wird auch von der Rspr. verwendet, BVerfG, Beschl. v. 4.10.1989, Az. 1 BvL 6/83, NJW 1990, S. 1352; OLG Hamm, Urt. v. 13.6.2002, Az. 18 U 207/01, BeckRS 2002, 7016; auch in der Literatur ist der Begriff häufig verwendet, *Dietlein*, GewArch 1999, S. 89; *Scheidler*, GewArch 2011, S. 417.

139 *Storr*, in: Kluth/Müller/Peilert (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, S. 417, 420 f.

140 Das PBefG spricht vielmehr von Genehmigungen, vgl. hierzu etwa § 2 PBefG.

141 *Storr*, in: Kluth/Müller/Peilert (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, S. 417, 421.

142 *Storr*, in: Kluth/Müller/Peilert (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, S. 417, 421 f.

143 Zur Abgrenzung zwischen einfachen und besonderen Wegerechten nachfolgend C. III. 4.

144 *Storr*, in: Kluth/Müller/Peilert (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, S. 417, 424 f.

zwar häufig auf Bau- und Dienstleistungskonzessionen zurückgegriffen, die Ausgestaltung ist jedoch nicht auf diese beiden Varianten beschränkt. Vielmehr ist es auch denkbar, dass „Konzessionen“ vergeben werden, wenn keine Bau- oder Dienstleistungen Vertragsgegenstand sind.

Der Begriff der „Konzession“ wird also in verschiedenen, sehr heterogenen Fallgruppen verwendet. Gemeinsam haben diese einen vertikalen Bezug zwischen Hoheitsträger und Privaten. Im Übrigen bestehen jedoch viele Unterschiede. Mal wird der Staat lediglich als „Genehmigungsbehörde“ tätig und gestattet Tätigkeiten im Kontext von Verboten mit Erlaubnisvorbehalt, mal überträgt er seine originären Aufgaben samt Hoheitsrechten auf Dritte.

IV. Ergebnis

Eine einheitliche Definition des Begriffes „Konzession“ ist nicht möglich. Die verschiedenen Konzessionsbegriffe verfügen über einen einheitlichen Ursprung und sind dem französischen Verwaltungsrecht entlehnt. Klar konturiert sind die Bau- und Dienstleistungskonzession, die im nationalen und unionalen Recht legaldefiniert sind. Im Übrigen wird der Begriff der „Konzession“ jedoch sehr unterschiedlich verwendet. Aus diesem Grund ist eine einheitliche Definition bisher nicht gelungen. Vielmehr muss der Begriff im jeweiligen Kontext autonom ausgelegt und abgegrenzt werden.¹⁴⁵ In der folgenden Analyse soll der Begriff deswegen jeweils mit einem konkretisierenden Beiwort verwendet werden, der die Charakteristika des jeweiligen Kontextes hervorhebt. Eine Aussage, wonach ein bestimmtes Modell kein Konzessionsmodell darstellen könne, weil das Charakteristikum einer bestimmten Begriffsverwendung nicht erfüllt sei, kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen (D. I. 4.). Letztlich handelt es sich um einen so vielseitigen Begriff, dass zugleich alles und nichts hierunter subsumiert werden kann.

B. Exklusivität im Telekommunikationsrecht

In allen nachfolgend näher zu untersuchenden Konzessionsmodellen werden Rechte, Fördermittel oder sonstige Privilegierungen exklusiv an einen

145 So auch *Stern*, AöR 84 (1959), S. 137, 149; *Storr*, in: *Kluth/Müller/Peilert* (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stober*, S. 417, 430f.

Potenten vergeben. Das sektorspezifische Telekommunikationsrecht gestattet eine exklusive Rechtevergabe aus unterschiedlichen technischen und ökonomischen Gründen.¹⁴⁶ Exemplarisch sollen die Gründe für und die Ausgestaltung exklusiver Rechtevergaben an dem Umgang mit Funkfrequenzen (dazu I.) sowie Rufnummern (dazu II.) untersucht werden. Zudem sollen die regulierungsrechtliche Praxis zur Ermöglichung der Nutzung der Übertragungstechnologie Vectoring (dazu III.) und die regulatorische Behandlung neuer Netzbestandteile gemäß Art. 76 EKEK (dazu IV.) dargestellt werden. Aus der Zusammenschau der vorgenannten Konstellationen sollen Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von und die Anforderungen an eine exklusive Rechtevergabe im Telekommunikationsrecht gezogen werden (dazu V.).

I. Exklusivität bei der Vergabe von Funkfrequenzen

Theoretisch existiert ein unlimitiertes Frequenzspektrum. Die Nutzung von Frequenzen durch einen Anwender führt nicht dazu, dass andere Anwender nicht auf die gleiche Frequenz zugreifen könnten. Allerdings resultieren aus der Funktion von Funkfrequenzen als integralem Bestandteil des Mobilfunknetzes hohe Qualitätsanforderungen, die insbesondere eine störungsfreie Signalübertragung erforderlich machen.¹⁴⁷ Die parallele Verwendung einer Funkfrequenz durch verschiedene Nutzer kann dazu führen, dass sich Funkwellen gegenseitig überlagern. Diese sogenannten „Interferenzen“ führen zu erheblichen Qualitätseinbußen bei der Signalübertragung.¹⁴⁸ Dieses Problem intensiviert sich dadurch, dass Frequenzen auch über die Landesgrenzen hinaus reichen. Aus diesem Grund ist eine internationale Koordination erforderlich, um Interferenzen zu vermeiden.¹⁴⁹ Hinzu treten weitere technische Gründe, welche die Anzahl der

¹⁴⁶ *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 102.

¹⁴⁷ *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, S. 341; vgl. zu den technisch-physikalischen Grundlagen der Nutzung von Frequenzen, *Naab*, Die Versteigerung knapper Ressourcen durch den Staat, S. 35 ff.

¹⁴⁸ *Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 49; *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 569; *Meister*, Das telekommunikationsrechtliche Frequenzplanungsrecht im System des allgemeinen Planungsrechts, S. 32; *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, S. 341.

¹⁴⁹ *Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 39 ff.; *Naab*, Die Versteigerung knapper Ressourcen durch den Staat, S. 79 ff.

nutzbaren Funkfrequenzen weiter reduzieren. Je höher die Frequenz etwa ist, desto komplexer wird ihre Nutzung als Bestandteil des Mobilfunknetzes.¹⁵⁰ Das Zusammenspiel dieser technischen Aspekte führt dazu, dass ein faktisch unbegrenzt verfügbares Gut durch die Nutzung als Bestandteil der Telekommunikationsinfrastruktur tatsächlich knapp ist.¹⁵¹ Die Frequenzen müssen exklusiv an einzelne Anbieter vergeben werden, um die Qualitätsanforderungen zu erfüllen.

Mit verschiedenen Maßnahmen versucht der Staat, die negativen Auswirkungen der exklusiven Rechtevergabe auf den Wettbewerb so gering wie möglich zu halten. Hierzu zählt, dass die Frequenzen in einem Versteigerungsverfahren vergeben werden, in dem der Anbieter mit dem höchsten Gebot den Zuschlag erhält. Um neben der Sicherung des Wettbewerbs, auch die Verfolgung zusätzlicher Interessen sicherzustellen, wird der Verwaltungsakt durch Nebenbestimmungen ergänzt. Hierbei handelt es sich um Versorgungsaufgaben, mit denen beispielsweise eine flächendeckende Mobilfunkversorgung sichergestellt werden soll.¹⁵²

II. Exklusivität bei der Vergabe von Rufnummern

Ähnlich ist die Situation bei der Vergabe von Rufnummern. Zwar lassen sich Zahlen faktisch unbegrenzt kombinieren und auf diese Weise Rufnummern konfigurieren. Rufnummern müssen aus Praktikabilitätsgründen jedoch stets einprägsam und merkbar sein.¹⁵³ Dies schränkt die Anzahl der nutzbaren Zahlenkombinationen erheblich ein. Der Effekt wird dadurch verstärkt, dass in einer globalisierten Welt eine internationale Terminierung von Sprachkommunikation möglich sein muss. Hierzu wurde ein internationaler Regelungsrahmen etabliert, der unter anderem die maximale Rufnummernlänge und spezifische Standards wie international einheitliche Ländervorwahlen vorschreibt.¹⁵⁴

¹⁵⁰ *Meister*, Das telekommunikationsrechtliche Frequenzplanungsrecht im System des allgemeinen Planungsrechts, S. 30 ff.; *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, S. 341.

¹⁵¹ *Naab*, Die Versteigerung knapper Ressourcen durch den Staat, S. 36 ff.

¹⁵² Die BNetzA hat von diesem Mittel im Rahmen der aktuellen 5G-Frequenzversteigerung umfassenden Gebrauch gemacht, BNetzA, Entsch. v. 14.5.2018, Az. BK 1-17/001; sowie BNetzA, Entsch. v. 26.11.2018, Az. BK 1-17/001.

¹⁵³ *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, S. 342.

¹⁵⁴ Damit sind die Regelungen zwar nicht rechtlich, aber faktisch verbindlich, vgl. hierzu *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, S. 342.

Technische Vorbedingungen limitieren die Anzahl der tatsächlich nutzbaren Rufnummern weiter. So ist eine Mehrfachvergabe von Rufnummern nicht möglich. Sie hätte zur Folge, dass es dem Zufall überlassen würde, bei welchem Teilnehmer der Anruf terminiert würde.¹⁵⁵ Ein solches Risiko wäre mit den Qualitätsanforderungen an eine sichere Telekommunikationsinfrastruktur nicht zu vereinbaren. Rufnummern sind jedoch nicht derart knapp, dass der Staat einen Wettbewerb um sie im Sinne einer Versteigerung durchführt. Vielmehr wird der Staat in Form einer Verteilungsverwaltung aktiv und stellt die Einhaltung der Standards und Regeln durch die Telekommunikationsunternehmen sicher, damit die begrenzten Nummerierungsressourcen effizient eingesetzt werden.

III. Exklusivität beim Vectoring

Die Signalübertragungstechnologie Vectoring setzt einen exklusiven Zugriff auf die gesamte Teilnehmeranschlussleitung bis hin zum Endnutzer voraus, auf die normalerweise ein entbündelter Zugang gewährt wird.¹⁵⁶

Unter Vectoring ist nach der Definition der International Telecommunication Union (ITU) aus dem Jahr 2010 ein Signalübertragungsverfahren zu verstehen, das die durch ein Kabel übertragenen Signale so koordiniert, dass das Übersprechen unterbunden und auf diese Weise die Übertragungsqualität verbessert werden kann.¹⁵⁷ Die beim Vectoring genutzte Übertragungstechnologie heißt „Very High Speed Digital Subscriber Line 2“ (VDSL2).¹⁵⁸ Verbreitet ist auch die Übertragungstechnologie Super-

¹⁵⁵ Neumann/Koch, Telekommunikationsrecht, S. 341.

¹⁵⁶ Die diesbezüglichen Regulierungentscheidungen wurden in der Literatur zuweilen kritisch diskutiert, Dietlein/Brandenberg, IR 2005, S. 208 ff.; Dietlein/Brandenberg, IR 2005, S. 245 ff.; Kirchner, CR 2013, S. 85 ff.; Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Telekommunikation (2015), Rn. 28 ff.; Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 59 ff.; Sörries, CR 2015, S. 162 ff.

¹⁵⁷ Die Definition der ITU in englischer Sprache in ITU-T stellt sinngemäß die gleichen Anforderungen auf, Recommendation G.993.5 (01/2015), Self-FEXT cancellation (vectoring) for use with VDSL2 transceivers, S. 1, abrufbar unter: <https://www.itu.int/rec/T-REC-G.993.5-201902-I/en> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020); Bremen, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 4, Rn. 18.

¹⁵⁸ Der Übertragungsstandard hat sich weiterentwickelt, sodass mittlerweile eine Standardisierung für VDSL2 vorliegt, ITU-T, Recommendation G.993.5 (01/2015), Self-FEXT cancellation (vectoring) for use with VDSL2 transceivers,

vectoring, durch die aufgrund der Nutzung höherer Frequenzen noch höhere Übertragungsgeschwindigkeiten erzielt werden können.¹⁵⁹ Es handelt sich um die Nachfolgetechnologien der „Asymmetric Digital Subscriber Line“ (ADSL). Bei ADSL wurden Frequenzen von bis zu 2,2 Mhz verwendet und es konnten Übertragungsraten von 16 bis 18 Mbit/s im Up- und Download erreicht werden. Der „Digital Subscriber Line Access Multiplexer“ (DSLAM) wurde am Hauptverteiler installiert und fungierte dort als Verbindungsglied zwischen Teilnehmeranschlussleitung und Konzentratornetz. VDSL und seine Nachfolgetechnologien setzen technisch ein hybrides Netz voraus, sodass bis zum Kabelverzweiger Glasfaser verlegt und der Teilnehmeranschluss mit Kupfer realisiert wird.¹⁶⁰ Der DSLAM befindet sich nicht mehr im Hauptverteiler, sondern wird in einem Multifunktionsgehäuse direkt am Kabelverzweiger installiert.¹⁶¹ Es werden Frequenzen oberhalb von 2,2 Mhz genutzt und Bandbreiten von bis zu 200 Mbit/s im Up- und Download realisiert. Die Technologie wird durch das Verlegen der Abnahmestelle in die Nähe des Nutzers immer weiter fortentwickelt und beschleunigt.¹⁶²

Mit Vectoring wird die Störung der Signalübertragung durch das sogenannte „Übersprechen“ unterbunden. Die Problematik entsteht dadurch, dass die Leitungen stets in Bündeln zu mehreren Kupferkabeln verlegt werden, sodass es zum Überspringen von Leitungsimpulsen auf die benachbarten Leitungen kommt. Hierdurch werden Übertragungsqualität und -geschwindigkeit erheblich beeinträchtigt. Die Vectoring-Technologie antizipiert etwaige Störungen und sendet entsprechende Gegenstörsignale aus.¹⁶³ Damit die Technologie eingesetzt werden kann, wird ein Zugriff auf alle Teilnehmeranschlussleitungen im jeweiligen Kabelbündel benötigt.¹⁶⁴ Nur so kann das Signal über die richtige Teilnehmeranschlusslei-

abrufbar unter: <https://www.itu.int/rec/T-REC-G.993.5-201902-I/en> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

159 <https://www.golem.de/news/250-mbit-s-super-vectoring-der-telekom-hat-nur-250-000-kunden-2005-148485.html> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

160 Insoweit wird auch von einem hybriden Netzaufbau gesprochen, *Mertz/Pollakowski, xDSL & Access Networks*, S. 189.

161 Zu den technischen Einzelheiten, *Keller, Breitbandkabel und Zugangsnetze*, S. 412 ff.

162 *Bromen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, § 4, Rn. 19.

163 https://breitbandbuero.de/wp-content/uploads/2017/11/171006_BBB_Infoblatt_Vectoring.pdf (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

164 https://breitbandbuero.de/wp-content/uploads/2017/11/171006_BBB_Infoblatt_Vectoring.pdf (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

tung geleitet und können die übrigen Leitungen mit Störsignalen beschaltet werden. Die Technik kann deshalb nur dann sinnvoll eingesetzt werden, wenn lediglich ein Infrastrukturanbieter Zugriff auf die Teilnehmeranschlussleitungen an dem jeweiligen Einsatzpunkt der Technologie hat. Ein exklusiver Zugang ist mithin eine technische Notwendigkeit.¹⁶⁵ Aus diesem Grund hat die Bundesnetzagentur (BNetzA) bestehende Regulierungsverfügungen¹⁶⁶ abgeändert, um die Nutzung des Vectorings im Nahbereich¹⁶⁷ und im Außenbereich¹⁶⁸ zu ermöglichen. Der Zugangsanspruch auf die Teilnehmeranschlussleitung wird durch den Anspruch auf den Zugang zu einem virtuellen Ersatzprodukt ersetzt. Mit der Signalübertragungstechnologie Vectoring werden unter weitgehender Nutzung bereits existenter Infrastruktur die verfügbaren Bandbreiten erheblich erhöht (Kapitel 2, B. II. 2. a.).

IV. Regulatorische Behandlung neuer Netzbestandteile gemäß Art. 76 EKEK

Der Europäische Kodex für die elektronische Kommunikation ermöglicht gemäß Art. 76 EKEK eine privilegierte regulatorische Behandlung neuer Netzbestandteile, sofern Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des Art. 67 EKEK und anderen Unternehmen geschlossen werden (Kapitel 5, D. II. 3. b. aa.). Auf diese Weise sollen Unsicherheiten im Hinblick auf die Marktentwicklung ausgeglichen werden, die dadurch entstehen, dass die Prognosen hinsichtlich der zukünftigen Nutzung von Datenübertragungsraten ungenau sind (Ka-

165 BVerwG, Urt. v. 21.9.2018, Az. 6 C 50.16, BVerwGE 163, S. 136, Rn. 3.

166 BNetzA, Beschl. v. 22.3.2011, Az. BK 3g-09/85.

167 BNetzA, Beschl. v. 21.3.2011, Az. BK 3d-12/131; bestätigt durch VG Köln, Urt. v. 17.3.2017, Az. VG 9 K 8589/16, N&R 2017, S. 187 ff. und BVerwG, Urt. v. 21.9.2018, Az. 6 C 8.17, BVerwGE 163, S. 136. Der Nahbereich umfasst Anschlüsse, bei denen zwischen Kabelverzweiger und Betriebsstelle nicht mehr als 550 Meter liegen; hierzu umfassend *Offenbächer*, Die Regulierung des Vectoring, S. 284 ff.

168 BNetzA, Beschl. v. 1.9.2016, BK 3g-15/004; bestätigt durch VG Köln, Urt. v. 22.9.2016, Az. VG 1 K 5885/13, nicht veröffentlicht und BVerwG, Urt. v. 21.9.2018, Az. 6 C 50.16, BVerwGE 163, S. 136. Der Außenbereich erfasst alle Anschlüsse, die außerhalb des Nahbereichs liegen; hierzu umfassend *Offenbächer*, Die Regulierung des Vectoring, S. 307 ff.

pitel 2, C. II. 2.).¹⁶⁹ Diese Unsicherheit wird in der Kalkulation von Investitionen mit einem Risikoaufschlag berücksichtigt. Dabei ist festzustellen, dass ein hoher Risikoaufschlag dazu beiträgt, dass eine Investition insgesamt als unrentabel zu klassifizieren ist.¹⁷⁰ Je mehr Unternehmen sich an einer Kooperation beteiligen, desto eher können die Lasten umgelegt werden.¹⁷¹ Problematisch ist jedoch, dass durch Kooperationen die Anbieterkonzentration vermindert und der Wettbewerb geschwächt werden kann.¹⁷² Um positive und negative Aspekte in einen schonenden Ausgleich zu bringen, hat der EU-Gesetzgeber eine Privilegierung in Form von Regulierungserleichterungen unter Abgabe von Verpflichtungszusagen ermöglicht. Um von der Privilegierung profitieren zu können, muss das marktmächtige Unternehmen eine Verpflichtungszusage gemäß Art. 79 Abs. 1 EKEK abgeben und die Netze mit sehr hoher Kapazität¹⁷³ für kooperative Investitionen öffnen (Art. 76 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK). Die Verpflichtungszusage wird auf Basis der Kriterien des Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK überprüft (Kapitel 5, D. II. 3. b. aa.).

Im Kern soll so ein Gleichgewicht zwischen Investitionsanreizen und Wettbewerb sichergestellt werden. Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, wird die Verpflichtungszusage für bindend erklärt und es werden keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt (Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK). Die Zugangsverpflichtungen aus der Regulierungsverfügung werden also wie beim Vectoring durch eine freiwillige Selbstverpflichtung ersetzt (B. III.).¹⁷⁴ Diese Regulierungserleichterung betrifft jedoch nur die Netzbestandteile von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Die Ausnahme wird durch die Möglichkeit zur Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen in Sonderfällen gemäß Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 EKEK relativiert und unterliegt gemäß Art. 76 Abs. 3 EKEK einem strengen Monitoring. Die Exklusivität unterscheidet sich von den vorgenannten Fällen (B. I.-III.) da-

169 Kühling, WuW 2019, S. 555, 556, spricht insoweit von einer „Wette auf die Zukunft“.

170 Sickmann/Neumann, K&R 2018, S. 92, 93. Dies betrifft insbesondere auch Gebiete, in denen ein Infrastrukturrwettbewerb unter diesen Voraussetzungen ineffizient ist und wird auch in Erwägungsgrund 198 des EKEK herausgestellt.

171 Sickmann/Neumann, K&R 2018, S. 92, 93. Hierdurch kann dazu beigetragen werden, dass Investitionen auch für kleine Unternehmen finanziert werden, welche die Risiken nicht alleine tragen können. Dies wird auch in Erwägungsgrund 198 des EKEK herausgestellt.

172 Sickmann/Neumann, K&R 2018, S. 92, 93 f.

173 Eine Legaldefinition für das Netz mit sehr hoher Kapazität findet sich in Art. 2 Nr. 2 EKEK.

174 Umfassend hierzu Kapitel 5, D. II. 3. a. bb.

durch, dass sie technisch nicht notwendig ist und einen Investitionsanreiz setzen soll, und bildet damit einen Ausnahmefall im Telekommunikationsrecht.

V. Rückschlüsse und generelle Anforderungen an den Umgang mit Exklusivität im Telekommunikationsrecht

Das nationale und das unionale Telekommunikationsrecht lassen eine exklusive Vergabe von Rechten grundsätzlich nur restriktiv zu.¹⁷⁵ Die exklusive Vergabe von Funkfrequenzen und Rufnummern ist aus technischen Gründen zwingend erforderlich. Es findet eine staatliche Verteilungsverwaltung statt, die im Rahmen der Frequenzvergabe als Versteigerungsverfahren ausgestaltet ist. Die Zulassung von exklusiven Zugriffsrechten auf Infrastruktur ist auch im Kontext der Übertragungstechnologie Vectoring technisch notwendig. Der Wettbewerb wird durch einen Anspruch auf ein Ersatzzugangsprodukt ausreichend geschützt, sodass die negativen Folgen hinreichend ausgeglichen werden. Die regulatorische Behandlung von Kooperationen im Hinblick auf Bestandteile von Netzen mit hoher Kapazität ist hingegen eine Ausnahme, da der exklusive Zugriff auf die Infrastruktur nicht technisch notwendig ist. Vielmehr sollen lediglich die Investitionsrisiken vermindert werden. Eine freiwillige Selbstverpflichtung zur Zugangsgewährung stellt sicher, dass der Wettbewerb möglichst wenig belastet wird. Der Grundsatz, dass Exklusivität im Telekommunikationsrecht lediglich aus technischen Gründen gestattet wird, wird hierdurch aufgeweicht. Sobald exklusive Rechte gewährt werden, wird durch Kompensationsmechanismen jedoch stets ein ausreichender Wettbewerb sichergestellt. Dies haben alle exklusiven Rechte gemeinsam.

¹⁷⁵ *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 102 f., die ihren Fokus jedoch auf die Verfügbarkeit von Gütern legen und nicht explizit auf die Übertragungstechnologie „Vectoring“ und die Regulierungserleichterungen gemäß Art. 76 EKEK eingehen.

C. Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte ist ein Konzept zur Beschleunigung des Ausbaus von Glasfaserinfrastrukturen in Gebieten mit Netzausbaudefizit. Hierbei handelt es sich um Gebiete, in denen der Glasfaserausbau nicht im ausreichenden Maße eigenwirtschaftlich vorangetrieben wird. Das Konzessionsmodell wird besonders prominent vom Deutschen Landkreistag vertreten, der es als Teil eines Strategiepapiers im Jahr 2017 der Öffentlichkeit vorgestellt hat.¹⁷⁶ Dieser Ausgestaltungsvorschlag soll als Referenzmodell für die nachfolgende Untersuchung dienen.¹⁷⁷ Es handelt sich um einen Teil der Gesamtstrategie, mit deren Hilfe eine flächendeckende Versorgung mit Glasfaserinfrastrukturen zu erschwinglichen Preisen realisiert werden soll.¹⁷⁸ Kernkritikpunkte des Deutschen Landkreistages, die mithilfe des Modells beseitigt werden sollen, sind fehlende Anreize für Investitionen in den Glasfaserausbau in Randlagen und die mangelnde Verbindlichkeit von Ausbauzusagen der Infrastrukturunternehmen im Markterkundungsverfahren, die verschiedene Folgeprobleme mit sich brächten.¹⁷⁹

Basis für die Untersuchung sollen eine Analyse von Aufbau und Grundstruktur des Modells (dazu I.) sowie eine Einordnung in die zuvor identifizierten Kategorien zur Verwendung des Konzessionsbegriffes in der deutschen Rechtswissenschaft sein (dazu II.).¹⁸⁰ Im Anschluss daran soll die Vereinbarkeit des Konzeptes mit dem geltenden unionalen und nationalen

176 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 97 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorger Gebiete, S. 47 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 113 ff.; kritisch *Kühling, N&R* 2019, S. 1; ebenfalls kritisch Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 201 ff.

177 Dieselbe Vorgehensweise liegt der Analyse von *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 95 zugrunde.

178 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 1 ff.

179 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 2; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 97.

180 Die einzelnen Begriffsverwendungen werden dargestellt unter A.

Recht aus verschiedenen Blickwinkeln untersucht werden. So ist etwa fraglich, welche allgemeinen Steuerungsvorgaben das Telekommunikationsrecht enthält, die bei der Umsetzung des Konzeptes Berücksichtigung finden müssten (dazu III.). Dieselbe Frage stellt sich auch im Hinblick auf andere rechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens (dazu IV.). Um eine Umstellung des Regelungsregimes und die Funktionsfähigkeit des Modells sicherzustellen, ist zudem zu untersuchen, wie mit der Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet und bereits erteilten Wegerechten umgegangen werden müsste und welche rechtlichen Anforderungen sich hieraus ergeben (dazu V.).

I. Aufbau und Grundstruktur

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll in solchen Gebieten zum Einsatz kommen, in denen ein Netzausbaudefizit besteht und deswegen in absehbarer Zeit nicht mit einem Auf- und Ausbau hochleistungsfähiger digitaler Infrastrukturen zu rechnen ist.¹⁸¹ Die Datengrundlage für die Gebietsabgrenzung soll in einem verbindlichen Markterkundungsverfahren gewonnen werden. Je heterogener und größer die Gebiete sind und je mehr lukrative Bestandteile ein Konzessionsgebiet hat, desto eher können die Ziele des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte erreicht werden.¹⁸²

Der Ausgestaltungsvorschlag für das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte orientiert sich am Energierecht. Dort wird zwischen einfachen (§ 46 Abs. 1 EnWG) und qualifizierten (§ 46 Abs. 2 EnWG) Wegerechten unterschieden.¹⁸³ Einfache Wegerechte dienen dem Aufbau von Versorgungsinfrastruktur, mit deren Hilfe einzelne Endnutzer angeschlossen werden.¹⁸⁴ Die qualifizierten Wegerechte dienen hingegen der allgemeinen Versorgung und werden als „Konzessionen“ bezeichnet.

¹⁸¹ Monopolkommission, Sektorgutachten 78 (Telekommunikation 2017), Rn. 202.

¹⁸² *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 96; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORgter Gebiete, S. 52; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 113.

¹⁸³ *Dehenn*, Die Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 EnWG, S. 52 ff.

¹⁸⁴ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, § 9, Rn. 62.

net.¹⁸⁵ Diese Differenzierung soll nach Vorstellung des Deutschen Landkreistages einschließlich des Begriffes des „Netzes der allgemeinen Versorgung“ in das Telekommunikationswegerecht übertragen werden (C. II. 1. b. cc. (1)). Die „Konzessionen“ wären danach behördlich vergebene, zeitlich begrenzte, exklusive Wegerechte zum Ausbau hochleistungsfähiger digitaler Infrastrukturen, die in den Konzessionsgebieten errichtet und betrieben werden müssen.¹⁸⁶

Als Konzessionsvergabebehörde werden die BNetzA oder kommunale Gebietskörperschaften vorgeschlagen.¹⁸⁷ Das exklusive Wegerecht soll mit verschiedenen Pflichten verknüpft werden. Hierzu zählt insbesondere eine Ausbau- und Betriebsverpflichtung für die neu errichtete Infrastruktur.¹⁸⁸ Während die Betriebspflicht an andere Unternehmen delegiert werden können soll, sollen die Ausbaupflichten in einem Meilensteinplan konkretisiert werden.¹⁸⁹

Im geltenden Regelungsregime werden Telekommunikationswegerechte an alle Petenten vergeben, welche die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. Das vorliegende Konzessionsmodell möchte diese Vergabepraxis in den Konzessionsgebieten durch eine exklusive Rechtevergabe ablösen. Auf diese Weise soll ein Infrastrukturmonopol entstehen. Es findet ein Wettbewerb um das Konzessionsrecht statt. Im Übrigen wird der Wettbewerb von der vorgelagerten Infrastrukturebene vollständig auf die nachgelagerte Dienstebene verlagert. Die konzessionierte Infrastruktur müsste zwangsläufig von Telekommunikationsunternehmen genutzt werden, die Dienste

185 Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, § 9, Rn. 62.

186 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 1; Kühling/Toros, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 96; Wernick/Queder/Strube Martins u.a., Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorgter Gebiete, S. 49, die jedoch von „Lizenzen“ sprechen.

187 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

188 Um einen Wholesale-Only-Betrieb des Netzes, also eine ausschließliche Erbringung von Diensten auf der Vorleistungsebene, zu ermöglichen, sollen die jeweiligen Pflichten aber auch auf Dritte übertragen werden können, Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 2 und S. 7; Kühling/Toros, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 96.

189 Wernick/Queder/Strube Martins u.a., Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorgter Gebiete, S. 49.

im Konzessionsgebiet anbieten wollen. Durch Zugangsentgelte und die gesicherten Bedingungen inklusive eines umfassenden Überbauschutzes sollen die Investitionsrisiken minimiert und ein lukrativer Glasfaserausbau in den Konzessionsgebieten ermöglicht werden.¹⁹⁰ Etwaige fortbestehende Finanzierungslücken können zusätzlich mit finanziellen Förderprogrammen geschlossen werden.¹⁹¹

Um das Ziel des Modells zu erreichen, müssten bereits erteilte Wege-rechte entzogen und die Nutzung von Bestandsinfrastruktur verhindert werden. Denn obwohl in den potentiellen Konzessionsgebieten noch kei-ne Glasfaserinfrastruktur verlegt worden ist, kann davon ausgegangen werden, dass die Telekommunikationsunternehmen in den betreffenden Ge-bieten eigenwirtschaftlich eine Basisversorgung zur Verfügung stellen, die auf alternative Übertragungstechnologien zurückgreift.¹⁹² Darüber hinaus werden unter dem geltenden Regelungsregime fortlaufend neue Wege-rechte vergeben. Der Deutsche Landkreistag schlägt verschiedene Hand-lungsoptionen zum Umgang mit Bestandsinfrastruktur vor. Unterneh-men, die bereits über Infrastrukturen im Konzessionsgebiet verfügen, könnten etwa nach dem Vorbild des Energierechts dazu verpflichtet wer-den, ihr Eigentum gegen ein angemessenes Entgelt an den Konzessions-nehmer zu übertragen.¹⁹³ Alternativ könnte die Infrastruktur im Eigentum des Anbieters verbleiben und dieser zwangsweise dazu verpflichtet wer-den, die Infrastruktur an den Netzanbieter zu verpachten. Darüber hinaus bestünde auch die Möglichkeit, lediglich ein Ausbauverbot für alternative

190 Kritisch Monopolkommission, 10. Sektorstudien Telekommunikation (2017), Rn. 204, mit Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Technologie-neutralität.

191 Es wird jedoch mit einer deutlichen Reduktion des Förderbedarfes gerechnet; Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftli-chen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

192 Bislang wurde der Universalienmechanismus aus diesem Grund für den Tele-kommunikationssektor noch nicht aktiviert; zur Aktualisierung des Universal-dienstregimes *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 15 ff.; *Kühling/Toros*, N&R 2019, S. 258 ff.

193 Eine entsprechende Regelung für das Energierecht findet sich in § 46 Abs. 2 EnWG; Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rah-menbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 96.

Infrastrukturanbieter im Konzessionsgebiet zu verhängen.¹⁹⁴ Bereits erteilte Wegerechte, die noch nicht zum Ausbau von Telekommunikationsinfrastrukturen genutzt worden sind, sollen widerrufen werden.¹⁹⁵

II. Einordnung des Konzessionsmodells auf Basis exklusiver Wegerechte

Im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte wird der Begriff der „Konzession“ für behördlich vergebene, zeitlich begrenzte und exklusive Wegerechte zum Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen im Konzessionsgebiet verwendet.¹⁹⁶ Wie bereits dargestellt, wird der Begriff der „Konzession“ in der deutschen Rechtswissenschaft zwar nicht einheitlich verwendet, es haben sich jedoch bestimmte Fallgruppen herausgebildet (A.). Bei der „Konzession“ im Sinne des vorliegenden Konzessionsmodells könnte es sich um eine Bau- oder Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts handeln (dazu 1.). Denkbar ist auch eine Einordnung in das weite alternative Verwendungsspektrum (dazu 2.). Eine eingehende Untersuchung ist von entscheidender Bedeutung, um die maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen identifizieren zu können.

1. Bau- oder Dienstleistungskonzession

Würde es sich bei der „Konzession“ des vorliegenden Modells um eine Bau- oder Dienstleistungskonzession handeln, müsste sich das Konzessionsvergabeverfahren an den Vorgaben des Vergaberechts orientieren. Die Begriffe Bau- und Dienstleistungskonzession sind, wie dargelegt, in Art. 5 Nr. 1 KVRL und in § 105 Abs. 1 GWB legaldefiniert (A. II.). Im Anschluss an die Abgrenzung des Vertragsgegenstandes (dazu a.) ist zu untersuchen,

194 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 97.

195 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 97.

196 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 1.

ob die Tatbestandsvoraussetzungen des einschlägigen Konzessionsbegriffes erfüllt sind (dazu b.).

a) Einordnung des Vertragsgegenstandes als Bau- oder Dienstleistung

Für die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen ist der Gegenstand der vertraglichen Leistungsverpflichtung maßgeblich. Eine Dienstleistungskonzession kann nur vorliegen, wenn der Vertragsgegenstand keine „Bauleistung“ ist (A. II.).

Der Ausbau der Glasfaserinfrastruktur im Konzessionsgebiet könnte eine Bauleistung darstellen. Der Begriff der Bauleistung ist normativ nicht weiter konkretisiert. Allerdings enthält das GWB in § 105 Abs. 3 Nr. 1 Abgrenzungskriterien für den Begriff des „Bauauftrages“. Hierunter sind demnach „Verträge über die Ausführung (...) von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU¹⁹⁷ (...) und Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU¹⁹⁸ (...) genannt sind (...)“, zu verstehen. In diesen Anhängen sind verschiedene Codes für Vertragsgegenstände aufgelistet, durch die eine exakte Identifikation der vertraglichen Leistung in der gesamten EU möglich wird.¹⁹⁹ Die Auflistung in Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU enthält einen Code für Tiefbauleistungen zur Errichtung von Fernmeldeleitungen,²⁰⁰ worunter sich auch Glasfaserleitungen subsumieren lassen. Letztlich ist dies jedoch unerheblich, da die Aufzählung der Codes nicht abschließend ist.²⁰¹ Aus den vorhandenen Codes lässt sich jedoch folgern, dass die unter- und oberirdische Verlegung von Infrastruktur einen „Bauauftrag“ im Sinne des Vergaberechts darstellt. Auftrag und Konzession unterscheiden sich nicht

197 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Abl. L 94/65 v. 28.3.2014.

198 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, Abl. L 94/243 v. 28.3.2014 i. d. F. d. Delegierten Verordnung (EU) 2019/1829 der Kommission vom 30. Oktober 2019, Abl. L 279/27 v. 31.10. 2019.

199 Rixen, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 130 GWB, Rn. 47 ff.

200 RL 2014/25/EU, Anhang I, NACE 45.21; CPV 45210000.

201 Kühling, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Ausschreibung von Fernwärmenetzen?, S. 9, 28.

auf der Leistungs- sondern auf der Gegenleistungsseite, sodass sich das Begriffsverständnis übertragen lässt. Da die Abgrenzungskriterien aus dem EU-Recht stammen, lassen sich diese auch auf die Abgrenzung der Bauleistung im Sinne der KVRL übertragen. Im Ergebnis handelt es sich bei der Verlegung von Glasfaserkabeln um einen Bauauftrag, sodass sie auch bei der Integration in einen Konzessionsvertrag als Bauleistung klassifiziert werden kann. Der Konzessionsvertrag soll aber auch eine Betriebspflicht für die errichtete Infrastruktur enthalten.²⁰² Eine solche ist nicht als Bauleistung zu klassifizieren. Vielmehr handelt es sich um eine Dienstleistung.²⁰³ Der Konzessionsvertrag soll demnach sowohl eine Bau- als auch eine Dienstleistung beinhalten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Konzession dennoch einheitlich behandelt werden kann. Das nationale Vergaberecht enthält in den §§ 110 bis 112 GWB Vorgaben zum Umgang mit gemischten Aufträgen, die ebenfalls auf Konzessionen mit gemischten Vertragsgegenständen Anwendung finden.²⁰⁴ Ein zusammenhängendes Vergabeverfahrens für alle Leistungspflichten der Konzession kann durchgeführt werden, wenn die einzelnen Vertragsbestandteile in einem akzessorischen Zusammenhang stehen. Dies erfordert einen engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang.²⁰⁵ Das ökonomische Kalkül hinter dem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte liegt darin, dass die anfänglichen Investitionskosten für den Infrastrukturausbau durch den späteren Betrieb des Netzes amortisiert werden können. Hieraus folgt ein akzessorischer Zusammenhang zwischen den beiden Vertragselementen.

In einem nächsten Schritt ist die prägende Leistungspflicht zu identifizieren. Hierzu wurde in ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die „Schwerpunkttheorie“ entwickelt,²⁰⁶ die nunmehr auch

202 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

203 Gleiches gilt für den Betrieb eines Energienetzes der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG, *Michaels/Bönnighausen*, ZNER 2018, S. 7, 9.

204 *Fritton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 10.

205 EuGH, Urt. v. 6.5.2010, verb. Rs. C-145/08 und C-149/08 (Club Hotel Loutraki u. a.), ECLI:EU:C:2010:247, Rn. 48; *Pünder/Buchholtz*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, § 110 GWB, Rn. 6 f.

206 EuGH, Urt. v. 26.5.2011, Rs. C-306/08 (Kommission/Spanien), ECLI:EU:C:2011:347, Rn. 90 f.; EuGH, Urt. v. 29.10.2009, Rs. C-536/07 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2009:664, Rn. 57; EuGH, Urt. v. 18.1.2007, Rs. C-220/05 (Aroux u.a.), ECLI:EU:C:2007:31, Rn. 37.

einfachgesetzlich in § 110 Abs. 1 GWB kodifiziert ist.²⁰⁷ Maßgeblich für die Abgrenzung ist der Hauptgegenstand des Vertrages, wobei die Rechtsprechung auch eine flexiblere Orientierung anhand der tatsächlichen Einzelleistungen und deren Fokus in der Leistungserbringung gestattet.²⁰⁸ Der Wert der Einzelleistungen kann dabei einen Anhaltspunkt bieten.²⁰⁹ Das Oberlandesgericht München hat einen Vertrag zur Errichtung und zum Betrieb eines Breitbandnetzes als Dienstleistungskonzeßion klassifiziert.²¹⁰ Die Bauleistungen würden im Vergleich zu der Dienstleistung lediglich Nebenleistungen darstellen.²¹¹ Es müssten lediglich bestehende Netze aufgerüstet und wenige Netze neu gebaut werden, sodass die Bauleistung im Verhältnis zur Dienstleistung eine untergeordnete Rolle spielt.²¹² Dies lässt sich auf die vorliegende Situation nicht einfach übertragen. Je näher die Glasfaserversorgung an den Endkunden herangelegt werden soll, desto weniger ist es möglich, bestehende Netze aufzurüsten. Aus diesem Grund müssen zusätzliche Erwägungen angestellt werden. Während im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte initial eine Bauleistung erforderlich ist, wird im Anschluss über mehrere Jahre hinweg eine Dienstleistung erbracht. Auch wenn die Bauleistung eine größere Rolle spielt als im Fall des Oberlandesgerichtes München, wäre bei einem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte der Betrieb der Infrastruktur dennoch prägend. Die Infrastruktur soll nicht nur errichtet, sondern auch genutzt werden können. Ansonsten ließe sich die Zielrichtung des gesamten Handlungsansatzes, der Bevölkerung in Gebieten mit Netzausbaudefizit Glasfasernetze zur Verfügung zu stellen, nicht reali-

207 Dicks, in: Kulartz/Kus/Portz u.a. (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 8.

208 EuGH, Urt. v. 21.2.2008, Rs. C-421/04 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2008:102, Rn. 49; Braun, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB, § 105, Rn. 44; Noch, Vergaberecht kompakt, Kapitel A, Rn. 366; Prieß/Stein, VergabeR 2014, S. 499, 502; Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzeßion im deutschen und europäischen Vergaberecht, S. 141.

209 Hüttinger, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 110 GWB, Rn. 21; Pünder/Buchholz, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, § 110 GWB, Rn. 14 ff.

210 OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az. Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 383; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.11.2014, 15 Az. Verg. 10/14, NZBau 2015, S. 506, 507, Rn. 19 ff.

211 OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az. Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 383.

212 OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az. Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 383.

sieren.²¹³ Die Errichtung der Infrastruktur ist nur ein notwendiger Zwischenschritt, um den Betrieb der Glasfaserinfrastruktur zu ermöglichen. Je länger der Konzessionsvertrag dauert, desto stärker prägt die Dienstleistung den Gesamtvertrag. Es handelt sich daher um den Hauptgegenstand des Vertrages, sodass er sich insgesamt an den Anforderungen für die Dienstleistungskonzession messen lassen muss.

b) Tatbestandsvoraussetzungen einer Dienstleistungskonzession

Damit es sich bei der vorliegenden Konzession um eine Dienstleistungskonzession handelt, müssten die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein.

Der Konzessionsgeber muss den Konzessionsnehmer gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b KVRL und § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB in einem entgeltlichen Vertrag mit einer Dienstleistung betrauen.²¹⁴ Ein Betrauungsakt liegt in Form des Konzessionsvertrages vor.²¹⁵

Das Betriebsrisiko muss gemäß Art. 5 Abs. 2 KVRL und § 105 Abs. 2 GWB beim Konzessionsnehmer liegen. Erfasst ist sowohl ein Nachfrage- als auch ein Angebotsrisiko.²¹⁶ Problematisch ist diesbezüglich, dass durch die Exklusivität des Wegerechts im Konzessionsgebiet ein Infrastrukturmonopol entsteht.²¹⁷ Jeder Diensteanbieter ist deshalb darauf angewiesen, das Netz des Konzessionsnehmers zu nutzen, um einen Endkunden zu errei-

213 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 1.

214 Bis auf gleiche Nuancierungen im Rahmen des Wortlautes ohne inhaltliche Auswirkungen entsprechen sich die Begriffsfassungen des Art. 5 Abs. 1 lit. b KVRL und § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB, sodass sie nachfolgend nicht getrennt behandeln werden soll. Zu diesem Ergebnis kommt auch *Braun*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB, § 105, Rn. 37.

215 Der Begriff der Betrauung ist jedoch nicht legaldefiniert und umstritten. Festzustellen ist jedenfalls, dass der Begriff auch im Kontext der Erbringung von „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV verwendet wird; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 21 ff.; *Ziekow*, in: Ziekow/Völlnik (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 11; mit ausführlicher Begründung gehen ebenfalls vom Vorliegen eines Betrauungsaktes aus *Hohenstein-Bartholl/Jacob*, RdE 2017, S. 454, 457 ff.

216 *Ziekow*, in: Ziekow/Völlnik (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 27.

217 *Donhauser/Hölzlinger*, VergabeR 2015, S. 509, 519 f.; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, S. 286 ff.

chen.²¹⁸ Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, dass ein Betriebsrisiko auch in Konstellationen angenommen werden könne, in denen das Risiko aufgrund der Gestaltung des rechtlichen Umfeldes erheblich eingeschränkt sei, solange der Vertragspartner „aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt.“²¹⁹ Dabei gilt jedoch gemäß Art. 5 Abs. 2 KVRL die Grenze, dass das Risiko nicht nur vernachlässigbar sein darf. Im Kontext der Vergabe exklusiver Wegerechte wird deswegen kritisch hinterfragt, ob das Risiko ausreicht, um vom Übergang eines Betriebsrisiko auszugehen.²²⁰ Der Kritik ist entgegenzuhalten, dass auch bei der Existenz eines exklusiven Wegerechts eine Nachfrageunsicherheit verbleibt.²²¹ Dies manifestiert sich darin, dass etwa ein Wegzug vieler Personen aus dem Konzessionsgebiet die Investitionsbedingungen erheblich verschlechtern kann. Sofern eine Nutzung alternativer Infrastrukturen nicht vollumfänglich ausgeschlossen wird, kann auch hierin ein Betriebsrisiko liegen (C. V. 1.).²²² Deswegen ist davon auszugehen, dass auch bei einer Vergabe exklusiver Wegerechte ein hinreichendes Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer übertragen wird.

Das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit eines Beschaffungsvorganges ist nicht in der Legaldefinition vorausgesetzt, wird aber aus dem Gesetzeszweck des Art. 1 Abs. 1 KVRL und den Erwägungsgründen 11, 15 und 16 der KVRL hergeleitet. Für Baukonzessionen hat der Europäische Gerichtshof bereits entschieden, unter welchen Voraussetzungen von einem Beschaffungsvorgang ausgegangen werden kann (dazu aa.). Eine entsprechende Entscheidung für den Bereich der Dienstleistungskonzessio-

218 Grünwald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 305, spricht insoweit von einer „Abnahmegarantie“ für energierechtliche Konzessionsverträge.

219 EuGH, Urt. v. 10.9.2008, Rs. C-206/08 (Eurawasser), ECLI:EU:C:2009:540, Rn. 80.

220 Die Bezirksregierung Düsseldorf (Vergabekammer), Beschl. v. 7.7.2000, Az. VK 12/2000 – L, NZBau 2001, S. 46, 47, geht davon aus, dass das bloße „Kalkulationsrisiko“ nicht ausreicht; Böckel, LKV 2003, S. 393, 395; kritisch Greb/Wegner, Die Vergabe von Konzessionen im Energiebereich, Rn. 45.

221 Dieses Risiko wird auch in der energierechtlichen Literatur berücksichtigt; Grünwald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 306; Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, S. 243.

222 Im Energiesektor tritt noch die Entgeltregulierung hinzu, die für den Erlös aus den Konzessionsrechten eine enge Grenze setzt; Grünwald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 305.

nen steht jedoch noch aus, sodass die Anforderungen umstritten sind (dazu bb. bis dd.).²²³

aa) Beschaffungsbezug im Kontext von Baukonzessionen

An das Vorliegen eines Beschaffungsbezuges bei Baukonzessionen hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Müller* strenge Voraussetzungen geknüpft.²²⁴ Er sei nur anzunehmen, wenn ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Hoheitsträgers an der Dienstleistung bestehe.²²⁵ Es „ist eindeutig gegeben, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerkes wird“²²⁶, das errichtet werden soll. Auch die Entgeltilichkeit könne als Anhaltspunkt für das unmittelbare wirtschaftliche Interesse dienen, da in der Zahlung eines Entgeltes eine Gegenleistung liege.²²⁷ Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse könne auch angenommen werden, „wenn (...) der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Vertrages sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt.“²²⁸ Es könne auch „in wirtschaftlichen Vorteilen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann, in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung des Bauwerks oder in den Risiken, die er im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt,

223 Mit dem Verweis auf das Fehlen einer höchstrichterlichen Rechtsprechung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.3.2012, Az. VII-Verg 37/11, NZBau 2012, S. 518, 520; *Ganske*, in: *Reidt/Stickler/Glahs* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 30.

224 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 49.

225 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 49; zur Rechtsprechung vor Erlass der Entscheidung, *Kühling*, in: *Körber/Kühling* (Hrsg.), *Ausschreibung von Fernwärmenetzen?*, S. 9, 21 ff.

226 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 50.

227 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 48; EuGH, Urt. v. 18.1.2007, Rs. C-220/05 (Auroux u. a.), ECLI:EU:C:2007:31, Rn. 45; EuGH, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-399/98 (Ordine degli Architetti u. a.), ECLI:EU:C:2001:401, Rn. 77.

228 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 51; EuGH, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-399/98 (Ordine degli Architetti u. a.), ECLI:EU:C:2001:401, Rn. 67 und 71.

bestehen.“²²⁹ Sofern lediglich staatliche Regelungszuständigkeiten ausgeübt würden, liege hingegen kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse vor.²³⁰ Mangels einer entsprechenden Entscheidung für Dienstleistungskonzessionen ist umstritten, wann vom Vorliegen eines Beschaffungsbezuges ausgegangen werden kann.

bb) Eigenständige Abgrenzungskriterien für die Dienstleistungskonzession

Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung geht davon aus, dass sich die Rechtsprechung im Fall *Müller* auf das Kriterium des Beschaffungsbezuges bei Dienstleistungskonzessionen nur eingeschränkt oder gar nicht übertragen lasse.²³¹ Dies sei auf den „unterschiedlichen Charakter [...] von Bau- und Dienstleistungen“²³² zurückzuführen. Auch der Gesetzgeber differenziere in § 103 Abs. 3 S. 2 GWB zwischen Bau- und Dienstleistungen. Für Baukonzessionen sei in der Vorschrift das unmittelbare wirtschaftliche Interesse vorgeschrieben, während bei Dienstleistungen von einer Kodifikation abgesehen worden sei.²³³ Erwägungsgrund 11 der KVRL verlange lediglich einen „Nutzen“ für den Konzessionsgeber.²³⁴ Die Definition der Dienstleistungskonzession gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b KVRL enthalte keine Anhaltspunkte dafür, dass der Staat die Leistung selbst in Anspruch nehmen müsse.²³⁵ Ein solcher Schluss könne auch nicht aus dem Erfordernis einer Gegenleistung gezogen werden.²³⁶ Vielmehr seien Dreiecksverhältnisse, in denen Konzessionsgeber und Leistungsempfänger auseinanderfallen.

229 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 52; EuGH, Urt. v. 18.1.2007, Rs. C-220/05 (Auroux u. a.), ECLI:EU:C:2007:31, Rn. 13, 17, 18 und 45.

230 *Kühling*, in: *Körber/Kühling* (Hrsg.), *Ausschreibung von Fernwärmenetzen?*, S. 9, 24; *Grünewald*, *Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung*, S. 307, stellt insoweit klar, dass eine bloße Rechtevergabe nicht ausreicht.

231 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.3.2012, Az. VII-Verg 37/11, NZBau 2012, S. 518, 520; *Donhauser/Hölzlwimmer*, *VergabeR* 2015, S. 509, 512 f.; *Friton/Stein*, in: *Pündер/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 20.

232 *Friton/Stein*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 20.

233 *Friton/Stein*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 21.

234 *Friton/Stein*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 21.

235 *Opitz*, *NVwZ* 2014, S. 753, 757.

236 *Opitz*, *NVwZ* 2014, S. 753, 757.

len, prägend für die Dienstleistungskonzession.²³⁷ Die typische Konstellation einer Dienstleistungskonzession gleiche der eines Vertrages zu Gunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB.²³⁸ Dies werde durch Erwägungsgrund 16 der KVRL deutlich.²³⁹ Die Abnahme der angebotenen Dienstleistung, die aufgrund des Definitionsmerkmals des Betriebsrisikos erforderlich ist, könne nur in solchen Konstellationen unsicher sein, in denen eine Leistung an Dritte erbracht werde.²⁴⁰

Während Teile der Literatur mit dieser Begründung die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Dienstleistungskonzessionen vollständig ablehnen,²⁴¹ versuchen andere die Rechtsprechung im Fall Müller darauf entsprechend anzuwenden.²⁴² Dabei wird der Beschaffungsbezug sehr weit interpretiert und bereits in solchen Konstellationen angenommen, in denen der Konzessionsnehmer die Leistung gegenüber dem Dritten erbringt und gegenüber dem Konzessionsgeber eine einklagbare Verpflichtung zur Leistungserbringung besteht.²⁴³ Sobald der Konzessionsgeber die Leistungserbringung gegenüber dem Dritten einklagen könne, liege in der Leistungserbringung eine Leistungserfüllung im Vertrag mit dem Konzessionsgeber, mithin ein Beschaffungsvorgang.²⁴⁴ Es sei jedoch keine „öffentliche Aufgabe“ oder eine „Aufgabe der Daseins-Vorsorge“ erforderlich.²⁴⁵

237 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; so auch *Grünwald*, *Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung*, S. 307.

238 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 33; *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 757.

239 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; *Opitz* hält den Erwägungsgrund für „sprachlich missglückt“ und folglich für keine Argumentationsstütze, *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 757; kritisch im Hinblick auf diese weite Interpretation des Erwägungsgrundes *Grünwald*, *Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung*, S. 319.

240 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 757.

241 *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 757.

242 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; für das Erfordernis einer „einklagbare[n] Leistungspflicht“ spricht sich auch, *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 35, mit Verweis auf Erwägungsgrund 14 der KVRL aus.

243 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; kritisch *Grünwald*, *Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung*, S. 319.

244 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22; *Weiß*, NVwZ 2014, S. 1415, 1419.

245 *Friton/Stein*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 105 GWB, Rn. 22.

Im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll eine Betriebspflicht für das Netz verankert werden.²⁴⁶ Hierin liegt eine Pflicht zur Leistungserbringung gegenüber einem Dritten, die für den Konzessionsgeber, je nach Ausgestaltung des Vertrages, auch einklagbar wäre. Damit wäre nach dieser Ansicht ein Beschaffungsbezug gegeben.

cc) Beschaffungsbezug bei Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe

Eine andere Ansicht interpretiert den Beschaffungsbezug enger und geht davon aus, dass die Leistungserbringung stets der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder einer Aufgabe der Daseinsvorsorge dienen müsse.²⁴⁷ Der Beschaffungsbezug komme insbesondere in Art. 1 Abs. 1 KVRL, aber auch im Erwägungsgrund 16 der KVRL zum Ausdruck.²⁴⁸ Eine öffentliche Aufgabe sei ein wesentlicher Bestandteil eines staatlichen Beschaffungsvorganges.²⁴⁹ Im Energiesektor gehen Teile der Literatur davon aus, dass der Staat als „Nachfrager von Infrastrukturdienstleistungen“ auftrete und aus

246 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

247 OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az. Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 382; Die Diskussion wird auch im Energierecht geführt, *Brüning*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 19; *Diemon-Wies*, VergabeR 2016, S. 162, 163; *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, S. 71, 72; *Hohenstein-Bartholl/Jacob*, RdE 2017, S. 454, 459; *Theobald/Wolkenhauer*, DÖV 2016, S. 724, 730; kritisch *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 308, die aber die Erwägungen hinter dem Konzept der „Daseinsvorsorge“ für beachtlich hält und zu vergleichbaren Ergebnissen kommt; kritisch auch *Donhauser/Hölzlinger*, VergabeR 2015, S. 509, 511f.; a. A. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlnik* (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 11, der davon ausgeht, dass es sich nicht um ein verpflichtendes Begriffsmerkmal handelt; so auch *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 756.

248 *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, S. 71, 73 f.; *Kübling/Seiler*, EnWZ 2017, S. 99, 102; *Weiß*, NVwZ 2014, S. 1415, 1419; a. A. *Friton/Stein*, in: *Pündter/Schellenberg* (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 22; *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 757; eher für das Vorliegen eines Beschaffungsvorganges, aber kritisch hinsichtlich der Entgeltlichkeit, *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, S. 128 ff.

249 KG Berlin, Urt. v. 22.1.2015, Az. 2 U 14/14/Kart, NZBau 2015, S. 323, 324; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.11.2014, Az. 15 Verg. 10/14, NZBau 2015, S. 506, 507, Rn. 16 ff.; OLG München, Beschl. v. 25.3.2011, Az. Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 382.

Gründen der Daseinsvorsorge hierzu verpflichtet sei.²⁵⁰ Aufgrund der Unterschiede zwischen Energie- und Telekommunikationssektor kann die Diskussion freilich nicht einfach auf das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte übertragen werden. Es ist somit zunächst zu ermitteln, worin dabei die öffentliche Aufgabe zur Errichtung eines Netzes mit Glasfaserinfrastruktur in Gebieten mit Netzausbaudefizit liegen könnte. Dafür kommen verschiedene Anknüpfungspunkt in Betracht (dazu (1) bis (4)).

(1) Telekommunikationsnetz der allgemeinen Versorgung

Eine öffentliche Aufgabe im Sinne der hier näher beleuchteten Ansicht könnte im Aufbau und Betrieb eines Telekommunikationsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet liegen. Der Deutsche Landkreistag schlägt in seinem Positionspapier die Einführung dieses Begriffes in das Telekommunikationswegerecht vor.²⁵¹ Der Begriff ist dem Energierecht entlehnt, dort in § 3 Nr. 17 EnWG legaldefiniert und wird an unterschiedlichen Stellen des Gesetzes verwendet.²⁵² Durch diese Verwendung lässt sich auf die Funktion schließen. Der Begriff wird im Zusammenhang mit den Pflichten des § 18 Abs. 1 EnWG²⁵³ für Betreiber eines Netzes der allgemeinen Versorgung und im Kontext der Grundversorgung gemäß § 36 Abs. 2 und § 38 Abs. 1 EnWG verwendet. Bei Letzterem handelt es

250 Hofmann/Zimmermann, NZBau 2016, S. 71, 73 f.; Theobald/Wolkenhauer, DÖV 2016, S. 724.

251 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

252 Hierbei handelt es sich um § 18 Abs. 1, § 36 Abs. 2, § 38 Abs. 1 und § 46 Abs. 2 EnWG.

253 Für Betreiber eines Netzes der allgemeinen Versorgung besteht gemäß § 18 Abs. 1 EnWG die Pflicht, allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und die Anschlussnutzung zu veröffentlichen, im Ergebnis alle Abnehmer anzuschließen und ihnen die Energieentnahme zu gestatten; Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 159; Theobald, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 135; zur Abgrenzung zwischen dem Universaldienst im Sinne des Telekommunikationsrechts und der Grundversorgung im Energiesektor insbesondere Reents, Ausbau und Finanzierung einer flächendeckenden Breitbandversorgung in Deutschland, S. 88 ff.

sich um einen Mechanismus, mit dessen Hilfe eine Basisversorgung mit Energie sichergestellt wird.²⁵⁴

Die Basisversorgung mit Telekommunikationsdiensten wird hingegen über den Universaldienstmechanismus gemäß den §§ 78 ff. TKG gewährleistet. Bei der Umsetzung des EKEK in das TKG wird es wohl zu einer Neunummerierung der Vorschriften des TKG kommen, sodass sich diese Vorgaben künftig voraussichtlich in den §§ 155 ff. TKG-RefE befinden werden.²⁵⁵ Dem TKG liegt ein anderer Ansatz zur Lösung einer vergleichbaren Problematik zu Grunde. Dies wird sich auch durch die Novelle nicht ändern. Eine Einführung des Begriffes im Kontext des Wegerechts ohne Anknüpfung an seine Verwendung im Energierecht würde keine Funktion erfüllen und ist deswegen nicht sinnvoll. Sollte mit dem Begriff die Einführung eines alternativen Konzeptes zur Sicherstellung der Basisversorgung im Konzessionsgebiet bezoagt werden, sind verschiedene Konstellationen zu bedenken.

Ein vollständiges Ersetzen des Universaldienstregimes des TKG durch das Konzept der allgemeinen Versorgung des Energierechts ist unionsrechtlich nicht zulässig. Die Art. 84 ff. EKEK schreiben ein Universaldienstregime vor, das zwar einen gewissen Spielraum hinsichtlich der normativen Ausgestaltung erlaubt, aber nicht das vollständige Absehen von einer Normierung gestattet, die in weiten Teilen den Vorgaben der §§ 78 ff. TKG entspricht.²⁵⁶ Aus diesem Grund müssten die Absicherungsmechanismen des Netzes der allgemeinen Versorgung und der Universaldienstmechanismus nebeneinanderstehen. Die Parallelexistenz von zwei Absicherungsmechanismen ist unzweckmäßig, solange sie einen identischen Gewährleistungsgehalt haben. Weicht der Gewährleistungsgehalt hingegen ab, entstünden unvermeidlich Abgrenzungsschwierigkeiten. Solche Schwierigkeiten führen zu Rechtsunsicherheiten, die vermieden werden sollten. Es be-

254 Heinlein/Weitenberg, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 36 EnWG, Rn. 1 m. w. N.; grundlegend zur Daseinsvorsorge in der Energiewirtschaft *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 94 ff.

255 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

256 Im künftigen TKG werden sich die Vorgaben, wie bereits dargestellt, voraussichtlich in den §§ 155 ff. TKG-RefE befinden, siehe hierzu Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

steht schlechthin kein Bedürfnis zur Etablierung eines weiteren Sicherungssystems, da mit dem Universaldienstregime ein etablierter, funktionsfähiger Mechanismus existiert. Der Aufbau und Betrieb eines Netzes der allgemeinen Versorgung kann mithin auch keine öffentliche Aufgabe im Sinne der dargelegten Ansicht darstellen.

(2) Universaldienstgewährleistungsauftrag des Hoheitsträgers

Eine öffentliche Aufgabe könnte jedoch in eben dieser Gewährleistung des Universaldienstes liegen. Hierunter versteht man die Verfügbarkeit der Dienste, die für eine wirtschaftliche und soziale Teilhabe mindestens erforderlich sind.²⁵⁷ Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll einen Ansatz für den Glasfaserausbau in bislang unterversorgten Gebieten darstellen.²⁵⁸ Bei einer Glasfasererversorgung handelt es sich jedoch, wie bereits darstellt, um eine Maximalversorgung,²⁵⁹ die nicht vom Universaldienst erfasst ist. Darüber hinaus ist die singuläre Ausrichtung auf die Übertragungstechnologie „Glasfaser“ wegen des Grundsatzes der Technologienutralität, der auch für die Gewährleistung des Universaldienstes gilt, problematisch. Im Ergebnis kann es sich bei der Gewährleistung des Universaldienstes aus diesen Gründen nicht um eine öffentliche Aufgabe im Sinne der vorliegend diskutierten Ansicht handeln.

(3) „e-Daseinsvorsorge“ des Staates

Die öffentliche Aufgabe des Staates könnte in der Pflicht zur Gewährleistung einer „e-Daseinsvorsorge“ liegen.²⁶⁰ Der Begriff der „Daseinsvorsor-

257 *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 15 ff.

258 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 1.

259 Hierunter ist eine Versorgung zu verstehen, welche die Anforderungen einer Versorgung, die für die soziale und wirtschaftliche Teilhabe bei Weitem übertreift.

260 Der Begriff wurde in einem Forschungsvorhaben des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel entwickelt, *Luch/Schulz*, Das Recht auf Internet als Grundlage der Online-Grundrechte, S. 9 ff.; *Luch/Schulz*, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, S. 305 ff.; *Luch/Schulz*, VM 2011, S. 104 ff.; *Luch/Schulz*, MMR 2009, 19; *Schulz*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Edzard

ge“ wurde von *Ernst Forsthoff* in die Verwaltungsrechtswissenschaft eingeführt.²⁶¹ Nach seinem Verständnis ist Daseinsvorsorge „alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen (...).“²⁶² Die „e-Daseinsvorsorge“ stellt einen Versuch zur Weiterentwicklung des Begriffes im Hinblick auf die Anforderungen der digitalen Gesellschaft dar.²⁶³ Den Vertretern dieser Ansicht zufolge ist unter ihr die Verantwortung des Staates zu verstehen, dass „Teile der Bevölkerung nicht von der Teilhabe an diesem neuen sozio-kulturellen Existenzminimum ausgeschlossen werden.“²⁶⁴ Es handele sich um ein Gegenkonzept zum Universaldienst, der nicht geeignet sei, eine zukunftsfähige Internetversorgung abzusichern.²⁶⁵ Mithilfe des neuen Begriffes sei eine kurzfristige und dynamische Anpassung des Gewährleistungsumfanges denkbar, die perspektivisch zumindest eine Breitbandversorgung absichern müsse.²⁶⁶ Im geltenden nationalen Universaldienstregime wird durch den Universaldienst lediglich ein „funktionaler Internetzugang“ abgesichert und es ist umstritten, ob hierunter ein Breitbandinternetzugang zu verstehen ist.²⁶⁷

Bei der Umsetzung der Vorgaben der Art. 84 ff. EKEK in nationales Recht wird der Gewährleistungsumfang des Universaldienstes aktualisiert werden.²⁶⁸ In Zukunft wird ein „angemessener Breitbandinternetzugangs-

Schmidt-Jortzig, S. 17 ff.; *Schulz*, DuD 2010, S. 698 ff.; *Schulz*, in: Schliesky (Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Informationsgesellschaft*, S. 13 ff.

261 Grundlegend zur Daseinsvorsorge in der Energiewirtschaft *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 94 ff.

262 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 370.

263 *Luch/Schulz*, Das Recht auf Internet als Grundlage der Online-Grundrechte, S. 9.

264 *Luch/Schulz*, VM 2011, 104; vgl. hierzu auch *Schulz*, DuD 2010, S. 698, 699.

265 *Schulz*, DuD 2010, S. 698, 701; im Ergebnis vergleichbar *Holznagel/Deckers*, DVBl 2009, S. 482, 488, jedoch ohne Verwendung des Begriffes der „e-Daseinsvorsorge“.

266 *Luch/Schulz*, Das Recht auf Internet als Grundlage der Online-Grundrechte, S. 10.

267 In der Literatur wurde angenommen, dass ein „funktionaler Internetzugang“ bereits ab einer Übertragungsrate von 2 Mbit/s vorlag; *Fetzer*, MMR 2011, S. 707, 709; *Kühling/Biendl*, DÖV 2012, S. 409, 412 f.; von einer Übertragungsrate von etwa 6 Mbit/s ging *Schumacher*, MMR 2011, S. 711, 715 aus; im Überblick *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 21.

268 *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 21 ff.; *Kühling/Toros*, N&R 2019, S. 258, 259.

dienst“ abgesichert werden, der sich dynamisch mit den Anforderungen der Nutzer entwickeln sollte.²⁶⁹ Somit wird der berechtigten Kritik der Entwickler des Konzeptes der „e-Daseinsvorsorge“ bereits über das novelierte Universaldienstregime begegnet. Die Einführung eines neuen Begriffes für die Basisversorgung mit Telekommunikationsinfrastrukturen und -diensten ist damit überflüssig. Der Begriff sollte darüber hinaus schon deshalb nicht verwendet werden, da der Universaldienstmechanismus als Ge- genentwurf zur staatlichen Leistungsbereitstellung im Rahmen der „Da- seinsvorsorge“ entwickelt wurde.²⁷⁰ Hiervon losgelöst wäre eine Glasfaser- versorgung ohnehin, selbst wenn man dem Begriff der „e-Daseinsvorsorge“ eine Restfunktion zuspräche, als „Luxusausstattung“²⁷¹ im Sinne einer Ma- ximalversorgung zu interpretieren und als solche nicht vom Umfang der „e-Daseinsvorsorge“ erfasst. Auch die „e-Daseinsvorsorge“ lässt sich mithin nicht als öffentliche Aufgabe klassifizieren, die mit der Errichtung und dem Betrieb von Glasfaserinfrastruktur im Konzessionsgebiet verfolgt wer- den könnte.

(4) Aufbau einer Glasfaserinfrastruktur als „öffentliche Aufgabe“

Der Aufbau der Glasfaserinfrastruktur im Konzessionsgebiet könnte, ne- ben den zuvor aufgeführten speziellen Konstellationen, eine nicht näher spezifizierte, allgemeine „öffentliche Aufgabe“ sein. Aus verfassungsrechtli- cher Sicht wird eine solche bereits angenommen, wenn die Erfüllung der Aufgabe im öffentlichen Interesse liegt.²⁷² Damit ist sie eng verwandt mit dem Begriff des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“ aus dem EU-Bei- hilfenrecht, der von der Kommission ebenfalls sehr weit interpretiert wird und somit den Mitgliedstaaten einen umfassenden Spielraum bei seiner

269 Konkrete Normierungsvorschläge zur Aktualisierung des Universaldienstre- gimes entwickeln *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaf- fung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastruk- turen, S. 48 f.; siehe auch Referentenentwurf des Telekommunikationsmoderni- sierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

270 *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 184 ff.; *Kühling*, Sektorspezi- fische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 353.

271 *Luch/Schulz*, VM 2011, S. 104, 105.

272 *Korioth*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), Grundgesetz, Art. 30 GG, Rn. 14 m. w. N.

Ausgestaltung belässt. Aus der Zusammenschau der „Strategie Europa 2020“,²⁷³ die ein Handlungskonzept zur umfassenden Implementierung von hochleistungsfähigen digitalen Infrastrukturen und deren Nutzung in den einzelnen Mitgliedstaaten vorsieht, und den Entscheidungen der Europäischen Kommission zur Genehmigung von Beihilfen wird offenbar, dass auch die Glasfaserversorgung bei einer entsprechenden Ausgestaltung der Beihilfe im „allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ liegen kann (C. IV. 2. c. aa.). Überträgt man dieses Verständnis auf den vergleichbaren Begriff der „öffentlichen Aufgabe“, kann somit die staatliche Förderung des Auf- und Ausbaus von Glasfaserinfrastrukturen im Konzessionsgebiet durchaus eine „öffentliche Aufgabe“ darstellen.

(5) Zwischenergebnis

In der Errichtung und dem Betrieb eines Netzes mit Glasfaserinfrastruktur in Gebieten mit Netzausbaudefizit liegt eine öffentliche Aufgabe. Nach der vorgenannten Ansicht wäre mithin ein staatlicher Beschaffungsvorgang zur Erfüllung dieser Aufgabe gegeben.

dd) Beschaffungsvorgang nur bei einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse

Ein anderer Teil der Lehre wendet die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes aus dem Fall *Müller* analog auf die Dienstleistungskonzessionen an.²⁷⁴ Danach könnte ein Beschaffungsbezug nicht angenommen werden, „wenn lediglich für die Allgemeinheit zu erbringende Dienstleistungen Gegenstand des jeweiligen Vertrages sind.“²⁷⁵ Hier könnte ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse angenommen werden, weil „der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der [Dienstleistung], die Gegenstand des Vertrages sind, im Hin-

273 Komm., Europe 2020, S. 11 f.; im Ergebnis auch Komm., Shaping Europe's Digital Future, S. 4.

274 Dicks, in: Kulartz/Kus/Portz u.a. (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 17.

275 Kühling, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Ausschreibung von Fernwärmenetzen?, S. 9, 37; Kühling/Seiler, EnWZ 2017, S. 99, 102.

blick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt.“²⁷⁶ Ein solcher Rechtstitel könnte durch die Ausbau- und die Betriebspflicht vermittelt werden, mit denen das Konzessionsrecht verbunden werden soll.²⁷⁷ Diese stellen sicher, dass das Telekommunikationsnetz als Bestandteil der öffentlichen Infrastruktur genutzt werden kann. Im Ergebnis liegt damit auch nach dieser Ansicht ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse vor.

ee) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Auch wenn Dienstleistungs- und Baukonzession negativ voneinander abgegrenzt werden, stehen sie doch in einem engen normativen Zusammenhang. Bau- und Dienstleistungskonzessionen verfügen über keinen gänzlich unterschiedlichen Charakter. Der Unterschied liegt im konkreten Leistungsgegenstand, nicht in den übrigen Tatbestandsmerkmalen. Auch wenn der Gesetzgeber in § 103 Abs. 3 S. 2 GWB normiert, dass für eine Bauleistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers gegeben sein muss, führt dies nicht zu einer anderen Betrachtung. In § 103 Abs. 4 GWB wird normiert, dass der Dienstleistungsauftrag negativ vom Bau- und Lieferauftrag abgegrenzt werden muss. Schlüsse auf den Beschaffungsbezug im Kontext der Interpretation des § 105 GWB lassen sich hieraus jedoch nicht gewinnen. Das Tatbestandsmerkmal des „Beschaffungsbezuges“ für Bau- und Dienstleistungskonzession vollständig abstrakt abzugegrenzen, entbehrt aus diesem Grund einer normativen Grundlage. Genauso wenig kann es überzeugen, einen Beschaffungsbezug nur bei Vorliegen einer Aufgabe der „Daseinsvorsorge“ anzunehmen. Vielmehr ist es sinnvoll die Abgrenzungskriterien aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes im Fall *Müller*, soweit dies möglich und sinnvoll ist, auf die Dienstleistungskonzession analog anzuwenden. Im vorliegenden Fall kommen alle Ansichten zu dem Ergebnis, dass bei einem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte ein Beschaffungsbezug gegeben wäre, sodass der Streit im Ergebnis keine Auswirkungen hat.

276 EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 51; EuGH, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-399/98 (Ordine degli Architetti u. a.), ECLI:EU:C:2001:401, Rn. 67 und 71.

277 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

c) Ergebnis

Der Inhalt des Konzessionsvertrages auf Basis der Vergabe eines exklusiven Wegerechtes ist eine Dienstleistungskonzeßion im Sinne des Vergaberechts. Ob die Regelungen der KVRL auf die Vergabe der Konzeßion Anwendung finden, soll an dieser Stelle offen gelassen und erst im Kontext des Rechtsrahmens für die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens thematisiert werden (C. IV. 3. a.). Die Konsequenzen für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens werden zu einem späteren Zeitpunkt zusammenhängend dargelegt (C. IV.).

2. Einordnung in weitere Konstellationen der Begriffsverwendung

Darüber hinaus lässt das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte auch in andere Konstellationen einordnen, in denen der Begriff der „Konzession“ verwendet wird. So wird mit der Konzeßion etwa auch ein Sondernutzungsrecht vergeben (A. III.). Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den Konstellationen ist aber nicht nötig, da der Begriff in diversen Konstellationen verwendet wird, die in keinem Ausschließlichkeitsverhältnis zu einander stehen.

III. Allgemeine rechtliche Steuerungsvorgaben aus dem Telekommunikations(wege)recht

Das Telekommunikationswegerecht ist ein integraler Bestandteil des nationalen Telekommunikationsgesetzes. Damit ein in sich zusammenhängender und konsistenter Rechtsrahmen entsteht, muss sich das Telekommunikationswegerecht in den Gesamtrahmen einfügen und die Prinzipien berücksichtigen, die dem sektorspezifischen Regulierungsrecht zugrunde liegen. Die Regulierungsziele bilden das Grundgerüst des Regulierungsrechts für den Telekommunikationssektor. Der Gesetzgeber nutzt sie, um Leitlinien für die Rechtsanwendung und -auslegung vorzugeben.²⁷⁸ Sie entfalten aufgrund ihrer Stellung als einfaches Gesetzesrecht keine Bindung für den Gesetzgeber. Dennoch werden in ihnen die Grundvorstellungen des Gesetzesgebers offenbar und es besteht aufgrund des Bedürfnisses danach,

278 Neumann/Sickmann/Alkas u.a., Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, S. 6 m. w. N.

den Rechtsrahmen insgesamt stimmig zu gestalten, eine faktische Bindungswirkung (dazu 1.). Darüber hinaus ist das Telekommunikationswegericht in großen Teilen unionsrechtlich überformt, sodass die verbindlichen Steuerungsvorgaben des EKEK Berücksichtigung finden müssen (dazu 2.). Das aktuelle Telekommunikationsrecht ermöglicht derzeit noch keine exklusive Vergabe von Wegerechten (dazu 3.), sodass eine Novellierung im Rahmen dieser Steuerungsvorgaben erforderlich wäre (dazu 4.).

1. Regulierungsziele als Orientierungsmaßstab für die grundsätzliche Konzeption des Telekommunikationsrechts

Die Ziele, die der Gesetzgeber mit dem Regulierungsrecht verfolgt (dazu a.), adressieren gegenläufige Interessen (dazu b.), die miteinander in einen schonenden Ausgleich gebracht werden müssen. Dies betrifft auch das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte, das insbesondere zum Konflikt zwischen Wettbewerbs- und Konnektivitätsziel führt (dazu c.).

a) Ziele der Regulierung im Telekommunikationsrecht

Das unionale Telekommunikationsrecht ist gemäß Art. 3 Abs. 2 EKEK auf die Verfolgung von vier Regulierungszielen ausgerichtet. Drei dieser Ziele gab es bereits in der Vorgängerrichtlinie. Danach sollen der Wettbewerb (lit. b), die Entstehung eines Binnenmarktes in der Telekommunikationswirtschaft (lit. c) sowie die Interessen der Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union im Rahmen der Regulierung gefördert werden (lit. d).²⁷⁹ Diese Ziele haben Eingang in das nationale Regulierungsrecht gefunden, wo sie in § 2 Abs. 2 TKG normiert sind. Dabei entsprechen die Ziele, die Nutzer- und Verbraucherinteressen zu wahren (Nr. 1), den Wettbewerb zu fördern (Nr. 2) und den Binnenmarkt zu stärken (Nr. 3), den Zielen des Art. 3 Abs. 2 lit. b bis d EKEK.²⁸⁰

279 Normativer Anknüpfungspunkt war Art. 8 RRL; zu den Zielen im Einzelnen und den dahinter stehenden Erwägungen Neumann/Sickmann/Alkas u.a., Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, S. 6 ff.

280 Ergänzt wird der Zielekanon um die Ziele der Bereitstellung des Universaldienstes (Nr. 4), der Förderung des Anschluss von öffentlichen Einrichtungen (Nr. 6), der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung (Nr. 7) und des

Der Zielekanon wurde im EKEK um das Ziel erweitert, die „Konnektivität (...) des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen (...) mit sehr hoher Kapazität“ (lit. a) zu fördern. Dieses sogenannte „Konnektivitätsziel“ impliziert einen doppelten Handlungsauftrag an die Mitgliedstaaten. Zum einen sind unter wirtschaftlichen Bedingungen Netze mit möglichst hohen Kapazitäten zu errichten. Zum anderen ist sicherzustellen, dass die Kapazitäten in allen Gebieten möglichst konvergent verteilt werden.²⁸¹ Schon bevor das Konnektivitätsziel (Art. 3 Abs. 2 lit. a EKEK) in das Unionsrecht integriert wurde, hatte das nationale Regulierungsrecht über das Ziel verfügt, den Ausbau „von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation“ zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG).²⁸² Es ist jedoch im Vergleich zum unionsrechtlichen Pendant weniger ambitioniert ausgestaltet und enthält kein Kapazitätsziel,²⁸³ sodass es im Rahmen der Umsetzung des EKEK in nationales Recht angepasst werden muss.²⁸⁴ Dies wird wohl in Gestalt des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-RefE geschehen, der die Vorgabe des EKEK mit identischem Wortlaut in nationales Recht umsetzen soll.²⁸⁵ Hinzu tritt die Vorgabe des § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a TKG-RefE, die ebenfalls ein Konnektivitätsziel enthält.²⁸⁶

korrespondierenden Umganges mit Nummerierungsressourcen (Nr. 8) sowie des Schutz der öffentlichen Sicherheit (Nr. 9), die keinen Anklang im aktuellen Unionsrecht finden. Bei der Umsetzung des EKEK in nationales Recht sollte aus diesem Grund eine Streichung der Ziele evaluiert werden. Nach aktuellem Stand ist zumindest eine umfassende Neuordnung der Zielvorgaben geplant, siehe hierzu Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

- 281 Erwägungsgrund 23 des EKEK; sowie Erwägungsgrund 24 des EKEK, wonach die Kommission die Verfolgung und Verwirklichung der Ziele beobachtet und eine Rangliste der digitalen Leistungsfähigkeit aufstellt.
- 282 Im Rahmen der Verhandlungen zur Einführung des EKEK fand eine umfassende Debatte über die Einführung des Konnektivitätsziels statt; *Neumann/Sickmann/Alkas u.a.*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, S. 128 ff.
- 283 BT-Drs. 17/5707, S. 47 f.
- 284 Das Konnektivitätsziel entfaltet für die BNetzA jedoch erst nach Umsetzung des EKEK Bindungswirkung, *Meyer, N&R* 2019, S. 264, 265.
- 285 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).
- 286 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

b) Umgang des Telekommunikationsrechts mit Zielkonflikten

Die Regulierungsziele adressieren gegenläufige Interessen. Neben individuellen unternehmerischen Interessen (beispielsweise der Konkurrenzreduktion oder Profitmaximierung) sollen auch soziale Interessen (beispielsweise die Gewährleistung des Universaldienstes) bei der Anwendung und Auslegung des Regulierungsrechts berücksichtigt werden.²⁸⁷ Die Ziele stehen in einem „prinzipiellen Widerspruch“²⁸⁸ zueinander, wobei kein Ziel einen höheren Rang als ein anderes einnimmt (Art. 3 Abs. 2 EKEK). Aus diesem Grund hat der Normanwender die kollidierenden Interessen schenend miteinander in Ausgleich zu bringen. Ein Ziel darf nicht auf eine Art und Weise verfolgt werden, die andere Regulierungsziele unberücksichtigt lässt. Die Regulierungsziele werden durch das gesamte Gesetz konkretisiert und umgesetzt. Um einen konsistenten Rechtsrahmen zu schaffen, muss sich nicht nur der Normanwender, sondern auch der Gesetzgeber an ihnen orientieren.

c) Kollidierende Ziele im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte

Auch das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte adressiert verschiedene, widersprüchliche Interessenlagen. Mithilfe der Maßnahme soll insbesondere die Konnektivität der Bevölkerung erhöht werden. Hierzu werden jedoch temporäre Infrastrukturmonopole geschaffen, die in einem prinzipiellen Spannungsverhältnis zum Regulierungsziel der Wettbewerbsförderung stehen.²⁸⁹ Sofern das Netzausbaudefizit im Konzessionsgebiet auf eine mangelnde Nachfrage zurückzuführen ist, ist zudem fraglich, ob ein Netzausbau im Interesse der Bürger liegt. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Endkundenpreise, um die Investitionen

telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

287 *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, S. 1055, 1079.

288 So *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, S. 1055, 1080.

289 Wettbewerb findet lediglich im Rahmen des Verfahrens zur Konzessionsvergabe und beim Verkauf solcher Vorleistungsprodukte statt, die erforderlich sind, um den Endkunden zu erreichen; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorgerter Gebiete, S. 54; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 113; kritisch Monopolkommission, 10. Sektorstudien Telekommunikation (2017), Rn. 205.

amortisieren zu können, im Ergebnis steigen würden. Mangels entsprechender Nachfrage wären die Endkunden aller Wahrscheinlichkeit nach nicht dazu bereit, entsprechend erhöhte Preise zu zahlen. Es existiert somit ein multipolares Spannungsverhältnis. Damit sich das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte in das Gesamtkonzept des Telekommunikationsrecht einfügt und kein normativer und systematischer Fremdkörper entsteht, dürfte die Konnektivität nicht einseitig gefördert werden. Vielmehr müsste ein schonender Ausgleich mit der Förderung des Wettbewerbs sichergestellt werden. Dies könnte durch die Integration ausreichender wettbewerblicher Elemente in das Vergabeverfahren erreicht werden, in dem auch das Interesse der Bürger umfassend berücksichtigt werden müsste.

2. Unionsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Telekommunikationswegerechten

Das Unionsrecht enthält in Art. 43 Abs. 1 EKEK Steuerungsvorgaben für die Vergabe von Wegerechten, die bei der Umsetzung in das TKG zu beachten sind. Die Entscheidung soll gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK „auf der Grundlage einfacher, effizienter, transparenter und öffentlich zugänglicher Verfahren [erfolgen], die nichtdiskriminierend und unverzüglich angewendet werden.“²⁹⁰ Die Vergabeentscheidung muss von der zuständigen Behörde in der Regel innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung getroffen werden.²⁹¹ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass komplexe Verfahren den Wettbewerb behindern und deswegen so weit wie möglich vereinfacht werden sollten.²⁹² Sofern die Wegerechtsvergabe an Bedingungen geknüpft wird, müssen diese gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b EKEK transparent und nicht diskriminierend sein. Es dürfen

290 *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 101.

291 Ausgenommen sind gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK lediglich Konstellationen, in denen eine Enteignung erfolgen soll. In diesen Fällen darf der Entscheidungsprozess auch länger dauern.

292 Erwägungsgrund 104 des EKEK; der Erwägungsgrund 42 der ÄndRL 2009 war in dieser Hinsicht wortgleich; vgl. zu der hieran anknüpfenden Allgemeineignung, wonach der Antrag auf Erteilung des Wegerechts stets geprüft werden muss, *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 100 f.

gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK unterschiedliche Verfahren für die Errichtung von öffentlich und nicht öffentlich zugänglichen Telekommunikationsnetzen angewandt werden. Im Ergebnis belässt das Unionsrecht einen Spielraum und charakterisiert das Verfahren lediglich, ohne Einzelheiten festzulegen. Aufgrund der Vielzahl der zu beachtenden Charakteristika ist der Spielraum jedoch nicht so groß, wie er auf den ersten Blick erscheinen mag. Dieser Eindruck manifestiert sich durch zusätzliche rechtliche Rahmenbedingungen, die den Spielraum des nationalen Gesetzgebers weiter einschränken.

Der Unionsgesetzgeber hat das Telekommunikationswegerecht seit der Rahmenrichtlinie aus dem Jahr 2002 (RRL 2002)²⁹³ kontinuierlich vereinfacht und Rahmenbedingungen zur Verfahrensbeschleunigung etabliert. So waren in Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 RRL 2002 die Parameter der Einfachheit und Effizienz noch nicht vorgesehen. Lediglich in den Erwägungsgründen wurde erläutert, dass eine „zügige“ Vergabe von Wegerechten „für einen lauteren, wirksamen Wettbewerb“²⁹⁴ erforderlich sei. Der Richtliniengesetzgeber sah den Infrastrukturrwettbewerb schon 2002 als essentiell für den Dienstewettbewerb an und forderte, zügig Maßnahmen zum Aufbau von Telekommunikationsinfrastrukturen zu ergreifen.²⁹⁵

In der Änderungsrichtlinie aus dem Jahr 2009 (ÄndRL 2009) wurde das Wegerecht mit der Zielrichtung abgeändert, den Infrastrukturausbau weiter zu beschleunigen.²⁹⁶ So wurde die RRL gemäß Nr. 13 ÄndRL 2009 dahingehend ergänzt, dass Entscheidungen im Kontext der Wegerechtsvergabe innerhalb von sechs Monaten zu treffen seien. Auch in den Erwägungsgründen wurde herausgestellt, dass Wegerechte für die Errichtung von In-

293 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108/33 vom 24.4.2002.

294 Erwägungsgrund 22 der RRL 2002; der Gesetzgeber verfolgt diesen Grundsatz, wie in Erwägungsgrund 103 des EKEK offenbar wird, weiterhin.

295 Erwägungsgrund 22 der RRL: „Um die Voraussetzungen für einen lauteren, wirksamen Wettbewerb zu schaffen, sollte sichergestellt werden, dass zügige, nichtdiskriminierende und transparente Verfahren zur Erteilung von Rechten für die Installation von Einrichtungen bestehen (...).“

296 Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU L 337/37 vom 18.12.2009.

frastruktur von großer Bedeutung seien.²⁹⁷ Die Verfahrensparameter wurden um die Kriterien der Einfachheit und Effizienz erweitert.²⁹⁸

Diese Grundtendenz bleibt auch in Art. 43 EKEK ohne signifikante Änderungen erhalten. Der EU-Gesetzgeber betrachtet zeitaufwendige und kostenintensive Verfahren als Gefahr für den Wettbewerb. Grundsätzlich soll die Komplexität der Verfahren weiter reduziert werden. Dies steht einer Komplexitäts- und Kostensteigerung im Verfahren entgegen.

Im Gesetzgebungsverfahren zum EKEK in den Jahren vor 2018 wurde nicht darüber diskutiert, die entsprechenden Verfahrensparameter wieder aus dem Rechtsrahmen zu entfernen. Vielmehr wurden Rechtsrahmen und Erwägungsgründe unverändert in den EKEK übertragen. Es lassen sich demnach keine Anhaltspunkte dafür ausmachen, dass sich die Ansicht des EU-Gesetzgebers kurzfristig ändern wird.²⁹⁹ Demnach werden diese Maßgaben auch in Zukunft das unionale Telekommunikationswegerecht bestimmen, sodass sie der nachfolgenden Untersuchung zugrunde gelegt werden können.

3. Grundkonzeption der Wegerechtsvergabe im TKG

Die Grundnorm des nationalen Wegerechts ist § 68 TKG. Das Nutzungsrecht für Verkehrswege zum Aufbau von Telekommunikationslinien liegt grundsätzlich beim Bund, muss aber als Folge der Liberalisierung des Telekommunikationssektors auf private Telekommunikationsunternehmen übertragen werden.³⁰⁰ Betreiber oder Eigentümer eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder einer öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinie können gemäß § 69 Abs. 1 TKG beim Bund die Übertragung der Wegerechte beantragen.³⁰¹ Der Bund kann die Anträge

297 Erwägungsgrund 42 der ÄndRL 2009.

298 *Biendl*, Rechtliche Herausforderungen beim Auf- und Ausbau von Next-Generation-Access-Networks, S. 210.

299 So auch *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 102.

300 Hierbei handelt es sich um eine Folge des Gebotes der Privatwirtschaftlichkeit aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG.

301 Zur Vergabe des Wegerechtes im Telekommunikationssektor auch Monopolkommission, 10. Sektorstudien Telekommunikation (2017), Rn. 202.

nur in begrenzten Ausnahmefällen ablehnen.³⁰² Die Übertragung ist stets streng personengebunden und nicht rechtsnachfolgefähig.³⁰³ Die Antragsvoraussetzungen ergeben sich aus § 69 Abs. 2 TKG. Insbesondere müssen gemäß § 69 Abs. 2 S. 2 TKG die Voraussetzungen in der Person des Antragstellers erfüllt sein und die Übertragung der Nutzungsberechtigung darf nicht den Regulierungszielen widersprechen. Die persönlichen Voraussetzungen sind mit denen des Gewerberechts vergleichbar.³⁰⁴ Als Rechtsfolge ergibt sich ein unentgeltliches Nutzungsrecht, für das keine – wie auch immer geartete – Gegenleistung verlangt werden darf.³⁰⁵

Wird eine Telekommunikationslinie geändert oder neu gebaut, muss gemäß § 68 Abs. 3 S. 1 TKG der Träger der Wegebaulast schriftlich zustimmen.³⁰⁶ Werden Leitungen oberirdisch verlegt, sind gemäß § 68 Abs. 3 S. 4 TKG die Interessen des Wegebaulastträgers, die des Betreibers öffentlicher Telekommunikationsnetze und die städtebaulichen Belange gegeneinander abzuwägen.³⁰⁷ Zwischen einer oberirdischen und unterirdischen Leitungsverlegung besteht im Übrigen kein direktes Rangverhältnis. Lediglich bei Gesamtbaumaßnahmen soll gemäß § 68 Abs. 3 S. 7 TKG auf die unterirdische Leitungsverlegung zurückgegriffen werden. Die Zustimmung kann unter den Voraussetzungen des § 68 Abs. 3 S. 8 und 9 TKG mit Nebenbestimmungen versehen werden.

Das Wegerecht des TKG erfüllt die Anforderungen des Unionsrechts, die sich aus Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und b EKEK ergeben. Das Vergabeverfahren ist insbesondere einfach, effizient und schnell. Das Wegerecht wird auf Basis eines Antrages gemäß § 69 Abs. 1 TKG an alle berechtigten Interessenten vergeben. Einschränkungen und Bedingungen sind lediglich in begrenzten Ausnahmefällen zulässig. Das Telekommunikationswege-

302 Ausnahmen vom Grundsatz können sich aus dem Widmungszweck (§ 68 Abs. 1 S. 2 a. E. TKG), der Sicherheit und Ordnung (§ 68 Abs. 2 S. 1 TKG) und den Allgemeinen Technischen Bestimmungen (§ 68 Abs. 2 S. 1 TKG) ergeben.

303 Stelkens/Wabnitz, MMR 2015, S. 502.

304 Zur Begriffsbestimmung kann auf die gewerberechtliche Rechtsprechung zurückgegriffen werden; Schöttner, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 8, Rn. 40 ff.

305 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.5.2003, Az. 20 A 2732/01, MMR 2004, S. 53, 55.

306 Unter dem Begriff der Wegebaulast sind alle mit der Unterhaltung öffentlicher Wege zusammenhängenden Aufgaben zu verstehen. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber der Wegeaufsichtsbehörde; Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, Rn. 571.

307 Faktisch fungiert die Vorschrift somit als Grenze des behördlichen Ermessensspielraums; Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, Rn. 571.

recht muss deswegen im Rahmen der Umsetzung des EKEK in nationales Recht insofern nicht angepasst werden. Demnach verwundert es nicht, dass sich die skizzierten Grundmechanismen im künftigen TKG nicht ändern werden. Die Vorgaben sind voraussichtlich in den §§ 124 ff. TKG-ReFE enthalten.³⁰⁸

4. Novellierungserfordernisse zur Ermöglichung einer exklusiven Wegerechtsvergabe

Das Telekommunikationswegerecht müsste modifiziert werden, um eine exklusive Wegerechtsvergabe in Konzessionsgebieten zu ermöglichen. Vorgeschlagen wird eine Orientierung am Regelungsregime des Energiesektors. Dort wird in § 46 EnWG zwischen Wegenutzungs- und Konzessionsverträgen unterschieden, die mit einfachen oder qualifizierten Wegerechten verknüpft werden.³⁰⁹ Einfache Wegerechte dienen dem Anschluss einzelner Endkunden, während qualifizierte Wegerechte für den Betrieb eines Netzes der „allgemeinen Versorgung“ vergeben werden. Ein entsprechendes System sollte jedoch, wie bereits dargelegt, nicht eingeführt werden (C. II. 1. b. cc. (1)). Dennoch müsste zwischen der Vergabe von Wegerechten inner- und außerhalb eines Konzessionsgebietes differenziert werden. Nur innerhalb des Konzessionsgebietes sollen Wegerechte exklusiv vergeben werden, während der geltende Rechtsrahmen außerhalb der Konzessionsgebiete fortbestehen soll.³¹⁰ Das aktuelle Wegerechtsvergabeverfahren müsste durch ein alternatives Verfahren ergänzt werden, das nur in den Konzessionsgebieten Anwendung findet.

Diese Anpassung des Rechtsrahmens müsste sich mit den unionsrechtlichen Steuerungsvorgaben aus Art. 43 Abs. 1 EKEK vereinbaren lassen. Ge-

308 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

309 Unterscheidungskriterium ist der Vertragsgegenstand. Während Konzessionsverträge das Verteilernetz zur allgemeinen Versorgung erfassen, sind Energieleistungen, die der Versorgung einzelner Letztverbraucher dienen, unter den Wegenutzungsvertrag zu subsumieren; *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, Kap. 8, Rn. 3.; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 103; *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 125 ff.

310 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

mäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK dürfen sich, wie bereits dargelegt, die Verfahren für die Vergabe von Wegerechten für öffentliche und nicht öffentliche Telekommunikationsnetze unterscheiden. Beide Verfahren müssen sich an den Parametern aus Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und b EKEK orientieren. Der Wortlaut erlaubt lediglich eine Etablierung von zwei Verfahren. Innerhalb der jeweiligen Gattung muss der Entscheidung jedoch ein einheitliches Verfahren zugrunde gelegt werden. Dies lässt sich mit den Kriterien der Einfachheit und Effizienz begründen. In einem konsistenten und verlässlichen Rechtsrahmen können Investitionen leichter geplant werden und ohne großen juristischen Beratungsaufwand erfolgen. Der Begriff des öffentlichen elektronischen Kommunikationsnetzes ist in Art. 2 Nr. 8 EKEK legaldefiniert. Die Legaldefinition wird im Rahmen der TKG-Novelle voraussichtlich nicht abgeändert, aber künftig in § 3 Nr. 42 TKG-RefE normiert sein.³¹¹ Sie knüpft daran an, dass das Netz „die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten“ und die Nutzung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste ermöglicht. Dies ist sowohl inner- als auch außerhalb des Konzessionsgebietes beabsichtigt. Es handelt sich in beiden Konstellationen um ein öffentliches elektronisches Kommunikationsnetz, für die der Gesetzgeber die Einführung unterschiedlicher Wegerechtsvergabeverfahren nicht gestattet. Dies wäre also nicht mit Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK zu vereinbaren. Selbst wenn man dies zuließe, müsste das Verfahren jedenfalls die Kriterien des Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK erfüllen.

5. Ergebnis

Das unionale Telekommunikationsrecht enthält Steuerungsvorgaben zur Ausgestaltung des nationalen Wegerechtsvergabeverfahrens. Wegerechte müssen gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK „auf der Grundlage einfacher, effizienter, transparenter und öffentlich zugänglicher Verfahren“ vergeben werden. Das aktuelle Wegerecht in den §§ 68 ff. TKG ist unionsrechtskonform ausgestaltet. Dasselbe gilt für die künftigen Vorgaben der §§ 124 ff. TKG-RefE, da sie in den hier maßgeblichen Aspekten unverän-

³¹¹ Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?blob=publicationFile&cv=8> (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

dert bleiben.³¹² Der Rechtsrahmen unterscheidet jedoch nicht zwischen einfachen und exklusiven Wegerechten. Eine solche Differenzierung müsste eingeführt werden, um eine einfache Vergabe von Wegerechten außerhalb und eine Vergabe exklusiver Wegerechte innerhalb von Konzessionsgebieten zu ermöglichen. Die entsprechende Anpassung müsste sich auch mit dem Unionsrecht vereinbaren lassen. Dieses lässt gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK zwar die Einführung unterschiedlicher Verfahren für die Vergabe von Wegerechten für die Errichtung öffentlicher und nicht öffentlicher Telekommunikationsnetze zu. Allerdings sollen sowohl inner- als auch außerhalb des Konzessionsgebietes öffentliche Telekommunikationsnetze errichtet werden. Die Entwicklung zweier unterschiedlicher Wege-rechtsvergaberegimes innerhalb einer Gattung lässt sich mit dem Wortlaut und dem Telos des Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK jedoch nicht vereinbaren, sodass sie unionsrechtlich unzulässig ist.

IV. Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens

Wie bereits dargestellt, müssen Telekommunikationswegerechte gemäß Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK „auf der Grundlage einfacher, effizienter, transparenter und öffentlich zugänglicher Verfahren“ vergeben werden. Durch die Vergabe exklusiver Wegerechte entsteht ein Infrastrukturmonopol. Aufgrund dieses sensiblen Eingriffes in den Wettbewerb müsste sich das Verfahren zur Auswahl des Konzessionsnehmers an verschiedenen zusätzlichen rechtlichen Maßstäben messen lassen, die das Ziel haben, die negativen Auswirkungen der Beschränkung des Wettbewerbs möglichst gering zu halten. Steuerungsvorgaben ergeben sich insofern insbesondere aus dem Verfassungs- (dazu 1.), Wettbewerbs- (dazu 2.), dem Vergabe- (dazu 3.) sowie dem EU-Beihilfenrecht (dazu 4.), die bei der Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens Berücksichtigung finden müssten (dazu 5.).

312 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

1. Steuerungsvorgaben des europäischen und deutschen Verfassungsrechts

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Normsetzung stets das nationale Verfassungsrecht zu berücksichtigen und ist zudem an das unionale Primärrecht gebunden, das ebenfalls als Verfassungsrecht klassifiziert werden kann. Steuerungsvorgaben für die Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten (dazu a.) sowie aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG (dazu b.).

a) Grundrechte

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte müsste sich mit den Grundrechten vereinbaren lassen. Grundrechtsschutz wird auf völkerrechtlicher, supranationaler und nationaler Ebene gewährt. Grundrechtskataloge enthalten die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)³¹³ auf Ebene des Völkerrechts, die Europäische Grundrechtecharta (GRCh)³¹⁴ auf unionaler und das GG auf nationaler Ebene. Aus diesem Grund ist zunächst fraglich, an welchen dieser Gewährleistungen sich das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte messen lassen müsste (dazu aa.). Sodann ist zu prüfen, ob seine Einführung einen ungerechtfertigten Eingriff in die erwerbsbezogenen Grundrechte (dazu bb.) der unterlegenen Bewerber im Konzessionsverfahren darstellt und welche Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung sich aus den Gleichheitsrechten ergeben (dazu cc.). Hiervon losgelöst ist gesondert zu untersuchen, inwiefern der Umgang mit der Bestandsinfrastruktur im Hinblick auf die Eigentumspositionen problematisch sein könnte (dazu vertieft C. V.).

313 Europarat, Vertrag-Nr. 005, Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SEV Nr. 005, gezeichnet am 4.11.1950 in Rom, in Kraft getreten am 3.9.1953, BGBl. 1952, II, S. 685, in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.10.2010, BGBl. 2010, II S. 1198, zuletzt geändert durch 15. EMRK-Protokoll v. 24.6.2013, BGBl. 2014, II S. 1034.

314 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2007/C 303/01 v. 14.12.2007.

aa) Identifikation des einschlägigen Grundrechtskataloges

Das Telekommunikationswegerecht ist unionsrechtlich vorstrukturiert und mittels eines nationalen Umsetzungsgesetzes in deutsches Recht zu transformieren. Als Beurteilungsmaßstab für die Überprüfung der Grundrechtskompatibilität kommen damit einerseits das GG und andererseits die GRCh in Betracht.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Zuständigkeit und hinsichtlich des Beurteilungsmaßstabes für die Prüfung von Grundrechtsverletzungen im Mehrebenensystem hat sich parallel zum europäischen Integrationsprozess entwickelt. Während es im Jahr 1974 mangels eines unionsrechtlichen Schutzstandards noch von seiner eigenen Zuständigkeit zur Prüfung der Grundrechtskompatibilität von Gemeinschaftsrechtsakten ausgegangen war,³¹⁵ entwickelte es seine Rechtsprechung in verschiedenen Entscheidungen dahin, dass auch auf gemeinschaftlicher Ebene von einem ausreichenden Grundrechtsschutz auszugehen ist.³¹⁶ Umstritten waren bis zuletzt jedoch die Zuständigkeit und der Beurteilungsmaßstab für die Prüfung der Vereinbarkeit unional determinierter nationaler Rechtsakte mit den Grundrechten.

Die Grundrechtecharta entfaltet ihre Bindungswirkung gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh für Mitgliedstaaten ausschließlich „bei der Durchführung des Rechts der Union“. Der Europäische Gerichtshof interpretiert den Durchführungsbegriff des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh in seiner Leitent-

315 BVerfG, Beschl. v. 29.5.1974, Az. BvL 52/71 (Solange I), BVerfGE 37, S. 271, 280 f.; Diese Entscheidung ist jedoch vor dem Hintergrund kritisch zu hinterfragen, dass sich der EuGH im Vorfeld bereits etwa in den Entscheidungen EuGH, Urt. v. 12.11.1969, Rs. 29/69 (Stauder), ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 7 und EuGH, Urt. 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f. entschieden hat, dass es sich bei Grundrechten um „allgemeine Rechtsgrundsätze“ des Unionsrechts handele. Er thematisiert in seiner Entscheidung EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73 (Nold), ECLI:EU:C:1974:51, Rn. 12 ff. zudem ausführlich die Grundrechte zum Schutz von Eigentum und freier Berufsausübung; hierzu weiterführend *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100.

316 BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986, Az. 2 BvR 197/83 (Solange II), BVerfGE 73, S. 339, 378 ff., stellt fest, dass der Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene in ausreichendem Maß sichergestellt sei. Diese Einschätzung bestätigten BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, Az. 2 BvR 2134/92 und 2159/92 (Maastricht), BVerfGE 89, S. 155, 175, und BVerfG, Beschl. v. 7.6.2000, Az. 2 BvL 1/97 (Bananenmarkt-Verordnung), BVerfGE 102, S. 147, 164 ff.; zusammenfassend zur historischen Entwicklung *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100, 100 ff.; *Edenharter*, DÖV, S. 349, 350 f.; *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, S. 177, 178.

scheidung *Åkerberg Fransson* weit.³¹⁷ Es seien „keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst werden, ohne dass diese [Unions-]Grundrechte anwendbar werden.“³¹⁸ Sachverhalte ohne jeglichen Bezug zum Unionsrecht sollten jedoch nicht anhand der GRCh überprüft werden.³¹⁹ Es müsse „einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad [geben], der darüber hinaus geht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.“³²⁰ Eine parallele Anwendung sei ausgeschlossen, wenn den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum verbleibe.³²¹ In anderen Fällen komme es zu einer doppelten Grundrechtsbindung unter besonderer Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben.³²²

Das Bundesverfassungsgericht vertrat zum Zeitpunkt dieser Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes eine strenge Separationsthese und

317 EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:280, Rn. 21 ff., verweist umfassend auf seine ständige Rechtsprechung und bewertet die zitierte Entscheidung somit selbst nicht als Neuerung, sondern als Fortsetzung des bisherigen Vorgehens, siehe dazu *Ohler*, NVwZ 2013, S. 1433, 1435; *Thym*, NVwZ 2013, S. 889, 890; *Thym*, DÖV 2014, 941.

318 EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:280, Rn. 21.

319 EuGH, Beschl. v. 16.1.2014, Rs. C-332/13 (Weigl), ECLI:EU:C:2014:31, Rn. 13 ff.; EuGH, Beschl. v. 6.6.2013, Rs. C-14/13 (Cholakova), ECLI:EU:C:2013:374, Rn. 28 ff.; EuGH, Beschl. v. 8.5.2013, Rs. C-73/13 (T), ECLI:EU:C:2013:299, Rn. 11 ff.; EuGH, Beschl. v. 14.3.2013, Rs. C-555/12 (Loreti, u. a.), ECLI:EU:C:2013:174, Rn. 16 f.; EuGH, Beschl. v. 28.11.2013, Rs. C-258/13 (Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S.Paio Lda), ECLI:EU:C:2013:810, Rn. 18 ff.; *Edenhalter*, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, S. 886 f.; *Thym*, DÖV 2014, S. 941, 943.

320 EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 24; EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 (Julian Hernández u. a.), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 34; EuGH, Beschl. v. 24.9.2019, Rs. C-467/19 PPU (QR), ECLI:EU:C:2019:776, Rn. 38 ff.; *Thym*, DÖV 2014, S. 941, 944; *Ward*, in: *Peers/Hervey/Kenner u.a. (Hrsg.)*, The EU Charter of Fundamental Rights, Art. 51 GRCh, Rn. 51.50.

321 EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/01 (Melloni), ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 59; *Thym*, NVwZ 2013, S. 889, 891 f.

322 EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:280, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/01 (Melloni), ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60; *Ohler*, NVwZ 2013, S. 1433, 1437; *Thym*, NVwZ 2013, S. 889, 892; *Thym*, DÖV 2014, S. 941, 942.

teilte dementsprechend die Prüfkompetenzen und Beurteilungsmaßstäbe streng zwischen den Gerichten auf.³²³

In den Entscheidungen *Recht auf Vergessen I*³²⁴ und *Recht auf Vergessen II*³²⁵ hat das Bundesverfassungsgericht diese bisherige Rechtsprechung nun aufgegeben und seine Rolle beim Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem neu definiert.³²⁶ Dabei differenziert es zwischen Konstellationen, in denen das Unionsrecht die mitgliedstaatliche Entscheidung vollständig determiniert (*Recht auf Vergessen II*) und in denen den Organen der Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum bleibt (*Recht auf Vergessen I*).

Bei einem Umsetzungsspielraum, also in der Konstellation der Entscheidung *Recht auf Vergessen I*, überprüft das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtskompatibilität anhand der nationalen Grundrechte. Es erkennt jedoch die Möglichkeit einer doppelten Grundrechtsbindung an und verwirft damit die zuvor vertretene strenge Separationsthese.³²⁷ Grundsätzlich gelten die unionalen Grundrechte als über die nationalen Grundrechte mitgewährleistet.³²⁸ Nur in Fällen eines höheren Schutzstandards des Unionsrechts, greift das Bundesverfassungsgericht auf den Beurteilungsmaßstab der GRCh zurück.³²⁹ Dies ist bei einer vollständigen Determinierung, also in einer Konstellation die der Entscheidung *Recht auf Vergessen II* zugrunde liegt, anders. In diesem Fall erfolgt eine Beurteilung

323 Aus diesem Grund fiel die Reaktion des BVerfG entsprechend kritisch aus, vgl. hierzu unmittelbar im Anschluss an die EuGH-Entscheidung, BVerfG, Urt. v. 24.4.2013, Az. 1 BvR 1215/07 (Antiterrordatei), BVerfGE 133, S. 277, 316; BVerfG, Pressemitteilung v. 24.4.2013, Nr. 2, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/bvg13-031.htm> 1. (zuletzt abgerufen am 1.7.2020); *Thym*, NVwZ 2013, S. 889, 890; *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100, 101 f.

324 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, S. 300.

325 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II), NJW 2020, S. 314.

326 *Kühling*, NJW 2020, S. 275 ff., spricht insoweit treffend von einer „Revolution“.

327 *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100, 104 ff.; *Streinz*, DuD 2020, S. 353, 358, mit Verweis auf die wenigen Fälle, in denen es tatsächlich zu einer solchen Doppelbindung kommt.

328 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, S. 300, 303, Rn. 55.

329 Hierzu entwickelt das BVerfG umfassende Abgrenzungskriterien, BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, S. 300, 304, Rn. 66 ff.

anhand der GRCh³³⁰ und das Bundesverfassungsgericht legt, soweit erforderlich, dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV vor.³³¹

Entscheidend für die Identifikation des Beurteilungsmaßstabes ist mithin der Determinierungsgrad des deutschen Rechts durch das unionale Telekommunikationswegerecht.³³² Art. 43 EKEK strukturiert das Rechtsregime zur Vergabe von Wegerechten umfassend vor (C. III. 2.). Die Vorschrift charakterisiert das Verfahrens mit Adjektiven (bspw. einfach, effizient und transparent) und normiert damit Kriterien, an denen sich der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung ins nationale Telekommunikationsrecht orientieren muss. Eine Vollharmonisierung wird damit jedoch nicht angestrebt. Dies würde wie beispielsweise in Art. 101 EKEK ausdrücklich im Rechtsakt festgelegt.³³³ Auch wenn das Telekommunikationswegerecht einen hohen Determinierungsgrad aufweist, gibt es dennoch einen Umsetzungsspielraum, der eine vollständige Determinierung ausschließt. Die vorliegende Konstellation entspricht mithin der Ausgangslage der Entscheidung *Recht auf Vergessen I*.

Im Ergebnis würden sich sowohl der Europäische Gerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht für zuständig für eine Überprüfung der Grundrechtskompatibilität halten, ohne jedoch das jeweils andere Gericht als unzuständig zu klassifizieren. Sie würden jeweils ihren eigenen Grundrechtskatalog als Beurteilungsmaßstab heranziehen, jedoch die Möglichkeit einer doppelten Grundrechtsbindung anerkennen. Entscheidend ist mithin, welches Gericht die Grundrechtskonformität im Einzelfall prüft. Es ist denkbar, dass dies durch den Europäischen Gerichtshof, etwa im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV, geschieht oder im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde durch das Bundesverfassungsgericht. Möglich und wahrscheinlich ist damit eine Prüfung durch beide Gerichte, sodass der nationale Gesetzgeber eine Kompatibilität mit beiden Grundrechtskatalogen sicherstellen sollte. Nachfolgend sollen die Unionsgrundrechte wegen ihres vom Bundesverfassungsgericht anerkannten maßgeblichen Schutzniveaus vorgezogen geprüft werden. Im An-

330 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 267/17 (Recht auf Vergessen II), NJW 2020, S. 314, 316, Rn. 42.

331 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 267/17 (Recht auf Vergessen II), NJW 2020, S. 314, 320, Rn. 68 ff.; *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100, 107 f.; *Klein*, DÖV 2020, S. 341, 344.

332 Zu den Herausforderungen bei der Abgrenzung des Determinierungsgrades von Vorschriften des EKEK bereits *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100, 104.

333 So auch *Toros/Weiß*, ZJS 2020, S. 100, 104.

schluss soll festgestellt werden, ob das Ergebnis auch bei einer Prüfung der nationalen Grundrechte identisch wäre.

bb) Vereinbarkeit mit den erwerbsbezogenen Grundrechten

Die Einführung eines Konzessionsmodell auf Basis exklusiver Wegerechte müsste sich mit den erwerbsbezogenen Grundrechten aus der GRCh vereinbaren lassen.

(1) Unionale Gewährleistungen aus Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh

Im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte kann lediglich der Konzessionsnehmer als Infrastrukturanbieter im Konzessionsgebiet tätig werden. Für alle anderen Telekommunikationsinfrastrukturunternehmen könnte hierin ein ungerechtfertigter Eingriff in die erwerbsbezogenen Grundrechte liegen. Deren Schutz wird in einem Zusammenspiel aus Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh gewährleistet.³³⁴

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, wenn „eine hinreichend direkte und bedeutsame Auswirkung auf die freie Berufsausübung“³³⁵ gegeben ist.³³⁶ Ohne ein Wegerecht ist der Auf- und Ausbau einer hochleistungsfähigen digitalen Infrastruktur im Konzessionsgebiet und damit im Ergebnis die Tätigkeit als Infrastrukturanbieter unmöglich. Demnach liegt ein Eingriff vor, der gerechtfertigt werden müsste.

Die Rechtfertigungsanforderungen für den Eingriff in Grundrechte der GRCh ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh.³³⁷ Mit dem Umsetzungsge-

334 Ausführlich zum Abgrenzungsproblem zwischen Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh, die vom EuGH jedoch in der Rechtsprechung in der Regel einheitlich und in einem Zusammenhang geprüft werden, *Drechsler*, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, S. 37 ff. m. w. N.

335 EuGH, Urt. v. 23.9.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03 (Springer), ECLI:EU:C:2004:552, Rn. 49.

336 *Kühling*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, Art. 15 GRCh, Rn. 15 f.

337 Das Telekommunikationswegerecht wird als solches abschließend in Art. 43 Abs. 1 EKEK geregelt, sodass die Regelungen die Dienstleistungsfreiheit nicht direkt angewendet werden kann. Dennoch sind sie im Rahmen der Auslegung der sekundärrechtlichen Vorschriften und auch bei der Interpretation der berufsbezogenen Grundrechte aus Art. 15 und 16 GRCh zu berücksichtigen; *Müller-Graff*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 56 AEUV, Rn. 142.

setz zum EKEK liegt eine gesetzliche Grundlage und mit der Förderung des Ausbaus hochleistungsfähiger Infrastrukturen ein legitimer Zweck vor (C. V. 4. b. aa.). Hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit verbleibt dem Gesetzgeber ein umfassender Einschätzungsspielraum.³³⁸ Es ist jedenfalls nicht völlig abwegig, dass durch Schaffung von Infrastrukturmonopolen die Investitionsbedingungen nachhaltig verbessert und damit der Ausbau in den Konzessionsgebieten gefördert wird. Die Maßnahme müsste auch erforderlich sein. Es dürfte also kein relativ milderes, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der Ziele gegeben sein.³³⁹ Zwar existieren mit der Fördermittelvergabe, welche die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ebenfalls verändert, alternative Handlungsansätze. Die ökonomischen Effekte der Maßnahme setzen eine ökonometrische Analyse voraus, die nicht zum Spektrum dieser Untersuchung gehört. Aufgrund der umfassenden Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, ist jedoch von ihrer Erforderlichkeit auszugehen.

Die Maßnahme müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Die konfliktierenden Interessen müssen gegeneinander abgewogen werden. Je stärker das Ziel zu gewichten ist, dem die Maßnahme dient, desto eher ist eine Einschränkung zu rechtfertigen.³⁴⁰ Diesbezüglich ist festzustellen, dass den Infrastrukturunternehmen nur die Tätigkeit im Konzessionsgebiet unmöglich wird. Die Konzessionsgebiete sollen auf Gebiete mit Netzausbaudefizit beschränkt werden.³⁴¹ In konzessionsfreien Gebieten könnten andere Unternehmen jedoch weiterhin als Infrastrukturanbieter tätig werden. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass sich der Eingriff in die Schutzbereiche der Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh rechtfertigen ließe.

338 Hierzu statt vieler *Kahl/Schwind*, EuR 2014, S. 170, 185.

339 EuGH, Urt. v. 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), ECLI:EU:C:2018:810, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 68; EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87 (Schräder/Hauptzollamt Gronau), ECLI:EU:C:1989:303, Rn. 21.

340 *Kübling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 15 GRCh, Rn. 20; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 16, Rn. 24.

341 An dieser Stelle soll offengelassen werden, inwieweit der Umgang mit Bestandsinfrastruktur einen ungerechtfertigten Eingriff in Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh bzw. Art. 12 Abs. 1 GG darstellt, vgl. hierzu C. V.

(2) Nationale Gewährleistungen aus Art. 12 Abs. 1 GG

Die Berufsfreiheit wird im Anwendungsbereich des Grundgesetzes gemäß Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Auch wenn die Berufsfreiheit durch Literatur und Rechtsprechung mit einer differenzierteren Dogmatik aufwarten kann, decken sich die Ergebnisse weitestgehend mit dem Unionsrecht.³⁴²

cc) Vereinbarkeit mit den Gleichheitsrechten der GRCh und des GG

Schon aus den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK lässt sich herleiten, dass die Durchführung eines transparenten und nichtdiskriminierenden Konzessionsvergabeverfahrens erforderlich ist. Auch der allgemeine Gleichheitssatz, der in Art. 20 GRCh angelegt ist, macht die Durchführung eines solchen Verfahrens erforderlich. Kernregelungsgehalt ist, wie beim grundgesetzlichen Pendant des Art. 3 Abs. 1 GG, dass wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches differenziert behandelt werden muss.³⁴³ Diese Anforderungen sind einfachgesetzlich in den Verfahrensparametern der Nichtdiskriminierung und Transparenz in Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a und lit. b EKEK konkretisiert. Solange diese Parameter eingehalten werden, ist das Verfahren auch mit den Grundrechten kompatibel. Der allgemeine Gleichheitssatz erfordert, den Konzessionsnehmer im Rahmen eines fairen und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens zu ermitteln, in dem alle Telekommunikationsunternehmen die gleichen Chancen haben.

b) Staatsorganisationsrechtliche Vorgaben des Art. 87f GG

Die Einführung eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte müsste auch mit den Steuerungsvorgaben des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG zu vereinbaren sein. Anders als der Wortlaut der Vorschrift nahelegt, gelten die Vorgaben nicht lediglich für die Ausgestaltung des Univer-

342 So auch *Drechsler*, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, S. 493 f.

343 *Heselhaus*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/ AEUV*, Art. 20 GRCh, Rn. 24; zur hier tangierten Rechtsanwendungsgleichheit äußert sich etwa *Lemke*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 20 GRCh, Rn. 9.

saldienstes, sondern umfassend für den gesamten Telekommunikationssektor, inklusive des Infrastrukturausbau.³⁴⁴ Steuerungsvorgaben ergeben sich sowohl für die Auswahl der zuständigen Behörde (dazu aa.) als auch für die konkrete Verfahrensausgestaltung (dazu bb.).

aa) Zuständige Behörde für die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens

Das Unionsrecht sieht vor, dass die Wegerechte in einem Verwaltungsverfahren vergeben werden. Hinsichtlich der Behörde, die das Konzessionsvergabeverfahren durchführen soll, werden verschiedene Ausgestaltungsoptionen diskutiert. So wäre es möglich, die exklusiven Wegerechte durch die Bundesnetzagentur vergeben zu lassen. Alternativ könnten die Wegerechte auch durch kommunale Gebietskörperschaften vergeben werden.³⁴⁵ Das Grundgesetz verfügt in Art. 87f GG über spezifisches Verfassungsrecht für die Wirtschaftssektoren Post und Telekommunikation. Gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG werden „Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation [...] in bundeseigener Verwaltung ausgeführt“. Hieraus lassen sich Steuerungsvorgaben zur Kompetenzverteilung (dazu (1)) und Verwaltungsorganisation (dazu (2)) herleiten, die sich auf die Auswahl der zuständigen Behörde für die Vergabe exklusiver Wegerechte einschränkend auswirken.³⁴⁶

344 *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 50; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 121; *Möstl*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Art. 87f GG, Rn. 35; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 26.

345 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7 f.

346 Umstritten ist, ob Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG darüber hinaus auch eine aufgabenrechtliche Dimension zukommt, *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 149; differenzierend *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 75 ff.; a. A. *Möstl*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 104, der kein Bedürfnis für eine Aufgabenzuweisung sieht.

(1) Kompetenzrechtliche Steuerungsvorgaben aus dem Verfassungsrecht

Durch Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG werden alle hoheitlichen Verwaltungsaufgaben auf den Bund übertragen.³⁴⁷ Es handelt sich hierbei um das Pendant zur legislativen Kompetenzzuweisung in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG und Art. 87f Abs. 1 GG.³⁴⁸ Die Verwaltungskompetenzen werden auf Bundesebene zentral zusammengefasst, sodass eine Betrauung anderer Hoheitsträger mit Regulierungsaufgaben aus dem Telekommunikationssektor ausscheidet.³⁴⁹ Sofern sich verschiedene Kompetenztitel überlappen, kann eine Koordinierung erforderlich sein, im Rahmen der Wegerechtsvergabe beispielsweise mit den Trägern der Straßenbaulast. Die Zusammenarbeit beschränkt sich jedoch auf die Überlappungsbereiche und erfasst nicht die gesamte Verwaltung des Kompetenztitels. Die Kompetenz zur Vergabe von Telekommunikationswegerechten liegt aus diesem Grund ausschließlich beim Bund.

(2) Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Verwaltungsorganisation

Neben dieser kompetenzrechtlichen Strukturierung im allgemeinen Sinne enthält die Vorschrift auch spezifische Vorgaben zur Verwaltungsorganisation. Der Wortlaut des Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG schreibt obligatorisch eine bundesunmittelbare Verwaltung vor.³⁵⁰ Eine Übertragung der Aufgaben auf andere Hoheitsträger wird hierdurch ausgeschlossen.

Dieser Befund wird auch durch die Auslegung mithilfe anderer Methoden gestützt. Systematisch wird in Art. 86 GG zwischen bundesmittelbarer

347 *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 79; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 150; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 32.

348 *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 73; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f GG, Rn. 150.

349 *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 79 f.; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f GG, Rn. 151; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 32.

350 Ein Verwaltungsunterbau kann dabei grundsätzlich geschaffen werden, ist jedoch nicht obligatorisch und wurde bislang auch nicht etabliert; *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 82; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 153; *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band 3, Art. 87f, Rn. 22; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 33.

und -unmittelbarer Verwaltung differenziert. Bei bundesunmittelbarer Verwaltung wird die Subdelegation der Verwaltungsaufgabe auf andere Hoheitsträger ausgeschlossen.³⁵¹ Auch Art. 87f GG folgt diesem Verständnis, indem er die bundesunmittelbare Verwaltung in Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG als Regel und die Erledigung spezifischer Aufgaben gemäß Art. 87f Abs. 3 GG als Ausnahme versteht.³⁵² Es reicht deswegen auch nicht aus, wenn der Bund seine Kompetenzen auf einen anderen Hoheitsträger überträgt und sich selbst seinen beherrschenden Einfluss bewahrt.³⁵³ Dies gilt insbesondere für Kompetenzen im Zusammenhang mit zentralen Regulierungsaufgaben.³⁵⁴ Die Vergabe exklusiver Wegerechte im Rahmen eines Konzessionsmodells wäre eindeutig als solche zentrale Regulierungsaufgabe zu klassifizieren, sodass die Aufgabe nur unmittelbar durch eine Bundesbehörde ausgeübt werden könnte. Ohnehin wäre eine Übertragung neuer Verwaltungskompetenzen auf kommunale Gebietskörperschaften durch Art. 84 Abs. 1 S. 6 und Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG unzulässig.

(3) Ergebnis

Die Verwaltungskompetenz zur Vergabe der Wegerechte liegt gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG beim Bund. Die Hoheitsaufgabe muss in bundesunmittelbarer Verwaltung erfüllt werden. Es wäre beispielsweise denkbar, das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur oder die Bundesnetzagentur mit der Aufgabe zu betrauen. Bei Kompetenzüberschneidungen, etwa mit den Trägern der Straßenbaulast, wäre eine Zusammenarbeit mit anderen Hoheitsträgern zulässig. Die zentrale Regulierungsaufgabe der Vergabe von Wegerechten müsste jedoch eine bundesunmittelbare Behörde wahrnehmen, sodass eine Subdelegation an kommunale Gebietskörperschaften ausscheidet.

351 *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 154.

352 *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 154.

353 So im Ergebnis auch *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), GG, Art. 87f, Rn. 82; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 154; *Uerpmann-Witzack*, in: von Münch (Begr.)/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 23; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 33.

354 *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 155.

bb) Verfahrensausgestaltung

Neben den Aussagen zur zuständigen Behörde lassen sich aus der Vorschrift auch Anhaltspunkte für die Ausgestaltung des Verfahrens gewinnen. Der Verfassungsgeber statuiert in Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG insbesondere ein „Verbot der Wettbewerbsverfälschung und [einen] Wettbewerbswiederherstellungsauftrag.“³⁵⁵ Der Gesetzgeber und die Verwaltung haben die Pflicht dazu, die erforderlichen Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass sich ein funktionsfähiger und chancengleicher Wettbewerb im Telekommunikationssektor etablieren kann.³⁵⁶ Sofern ein staatliches Unternehmen die Rechte erwürbe, stünde dies in einem deutlichen Widerspruch zu dieser verfassungsrechtlichen Steuerungsvorgabe, der ein „Remonopolisierung verbot“ entnommen werden kann.³⁵⁷ Wenn man die Einführung eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wege rechte trotzdem für zulässig hielte, müsste jedenfalls ein wettbewerbliches Konzessionsvergabeverfahren stattfinden, in dem alle Interessenten chancengleich teilnehmen könnten.

cc) Ergebnis

Aus der Verfassung ergeben sich konkrete Steuerungsvorgaben für die Ausgestaltung eines Konzessionsvergabeverfahrens. So müssten die Wege rechte durch eine bundesunmittelbare Behörde vergeben werden. Durch das Konzessionsmodell entstünde ein Infrastrukturmonopol im Konzessionsgebiet. Sofern ein staatliches Unternehmen diese Rechte innehätte, ließe sich dies nicht mit dem staatlichen Remonopolisierungsverbot vereinbaren, das aus Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG abgeleitet werden kann. Hielte man dies trotzdem für zulässig, müsste das Verfahren so ausgestaltet werden, dass ein chancengleicher und diskriminierungsfreier Wettbewerb um die Wegerechte stattfinden könnte.

³⁵⁵ *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 138.

³⁵⁶ *Biendl*, Rechtliche Herausforderungen beim Auf- und Ausbau von Next-Generation-Access-Networks, S. 156; *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 142.

³⁵⁷ So auch *Kühling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 147.

2. Steuerungsvorgaben des Wettbewerbsrechts

Im Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte erhält der Konzessionsnehmer ein Ausschließlichkeitsrecht, das ihm ein Infrastrukturmonopol einräumt. Naturgemäß konfigurieren Beschränkungen des Wettbewerbs stets mit dem Wettbewerbsrecht, das auf dessen Stärkung ausgerichtet ist. Demnach ergeben sich auch aus dem Wettbewerbsrecht Steuerungsvorgaben für die Verfahrensausgestaltung. Hierzu müsste das Wettbewerbsrecht neben dem TKG anwendbar sein (dazu a.) und zur Überprüfung staatlichen Handelns genutzt werden können (dazu b.). Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt sein sollten, könnte sich die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auch aus Art. 106 AEUV ergeben (dazu c.).

a) Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts neben dem TKG

Das sektorspezifische Regulierungsrecht und das Wettbewerbsrecht überschneiden sich hinsichtlich ihrer Regelungsgegenstände, Ziele und Maßstäbe.³⁵⁸ Während das Regulierungsrecht jedoch durch eine Ex-ante-Perspektive gekennzeichnet ist und im Vorfeld gestaltend auf den Markt einwirkt, nimmt das Kartellrecht eine Ex-post-Perspektive ein und legitimiert ein repressives Vorgehen gegen Wettbewerbsverstöße.³⁵⁹ Parallele behördliche Zuständigkeiten und Gesetze mit unterschiedlichen Grundansätzen können zu Konflikten führen.³⁶⁰

Gemäß § 2 Abs. 4 TKG finden die Regelungen des GWB Anwendung, soweit das TKG nicht über abschließende Spezialregelungen verfügt.³⁶¹ Dieses Zusammenspiel bleibt im künftigen TKG unverändert.³⁶² Das genaue Verhältnis zwischen den beiden Regelungsmaterien ist jedoch umstritten. Zuweilen wird vertreten, dass die Gesetze nebeneinander Anwen-

358 *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 2, Rn. 91 ff.

359 *Neumann*, N&R 2020, S. 148, 152; *Gräditz*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 2, Rn. 72.

360 *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 2, Rn. 91 ff.

361 *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer u.a. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 2, Rn. 39 f.; *Säcker*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 2, Rn. 24.

362 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?blob=publicationFile&v=8> (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

dung finden (Parallelitätsthese), und von anderen, dass die allgemeinen GWB-Vorschriften durch die speziellen TKG-Normen verdrängt werden (Spezialitätsthese).³⁶³ Diese Auffassungen gelangen nur dann zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn eine abschließende Sonderregelung im TKG vorhanden ist. Dies ist hier nicht der Fall, sodass das TKG keine Sperrwirkung gegenüber dem GWB entfaltet. Im Übrigen ist die parallele Anwendbarkeit insbesondere in solchen Konstellationen vorteilhaft, in denen sich die Regelungsmaterien gegenseitig ergänzen und Schutzlücken entgegenwirken (Kapitel 5, E. I. 1.). Würde mit der Einführung eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte jedoch das entsprechende Wegerechtsverfahren umfassend normiert, könnte dies unter Umständen eine Sperrwirkung entfalten.

Der vorgenannte Umstand hat jedoch nur begrenzte Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts. Gemäß § 50 Abs. 1 GWB sind die Bundes- und Landeskartellbehörden für den Vollzug der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben der Art. 101 ff. AEUV zuständig. In dieser Hinsicht kann § 2 Abs. 4 TKG wegen des Anwendungsvorranges des Unionsrechts keine Sperrwirkung des nationalen Telekommunikationsrechts gegenüber dem unionalen Wettbewerbsrecht anordnen.³⁶⁴ Die Kommission geht davon aus, dass das Wettbewerbsrecht und das sektorspezifische Telekommunikationsrecht nebeneinander angewendet werden.³⁶⁵ Unabhängig von der Ausgestaltung der exklusiven Wegerechtsvergabe im sektorspezifischen Regulierungsrecht müssten sich die Vorgaben mithin stets am primären Wettbewerbsrecht der EU messen lassen.³⁶⁶

b) Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf staatliches Handeln

Die Vorgaben des nationalen und unionalen Wettbewerbsrechts richten sich an Unternehmen, sodass fraglich ist, ob auch staatliches Handeln in dessen Anwendungsbereich fällt. Weder das nationale noch das unionale Wettbewerbsrecht verfügen über eine Legaldefinition des Unternehmensbegriffes. Im Rahmen der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung ha-

363 *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 2, Rn. 96 ff.

364 *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 2, Rn. 103; *Säcker*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 2, Rn. 30.

365 *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer u.a. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 2, Rn. 40.

366 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 40.

ben sich jedoch der „institutionelle“ und der „funktionale“ Unternehmensbegriff herausgebildet, die grundsätzlich auch von Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts erfüllt werden können.³⁶⁷ Dazu müsste die Vergabe exklusiver Wegerechte zum Aufbau einer gigabitfähigen Infrastruktur jedoch insbesondere eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“³⁶⁸ Maßgeblich ist mithin, dass Waren oder Dienstleistungen entgeltlich auf einem Markt angeboten werden, wobei unerheblich ist, ob im Einzelfall Entgelte erhoben werden oder eine Gewinnerzielungsabsicht existiert.³⁶⁹ Sofern staatliche Institutionen ausschließlich Hoheitsgewalt ausüben, stellt dies keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts dar.³⁷⁰ Die Wegerechte werden im Telekommunikationsrecht ohne die Verpflichtung zur Zahlung von Entgelten und Abgaben vergeben.³⁷¹ Gebühren dienen dem Ausgleich der Auslagen, die der Verwaltung im Vergabeverfahren entstanden sind.³⁷² Die derzeitigen Regelungen zur Vergabe von Wegerechten stellen aus diesem Grund keine wirtschaftliche Betätigung der Bundesnetzagentur dar. Aus dem Positionspapier des Deutschen Landkreistages lässt sich nicht folgern, dass Konzessionsabgaben erhoben werden sollen. Sofern hiervon abgesehen wird, würde die Behörde auch bei der Vergabe exklusiver Wegerechte ausschließlich hoheitlich handeln. Die Wegerechtsvergabe durch den Staat stellt mithin keine unternehmerische Tätigkeit dar, auf die das Wettbewerbsrecht direkt anwendbar wäre.

367 Emmerich/Lange, Kartellrecht, § 3, Rn. 27; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 6 ff.

368 EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze u. a.), ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 108.

369 EuGH, Urt. v. 1.7.2008, Rs. C-49/07 (Motoe), ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 28; Emmerich/Lange, Kartellrecht, § 3, Rn. 32.

370 Emmerich/Lange, Kartellrecht, § 3, Rn. 28.

371 Schütz, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 68, Rn. 38.

372 Dies ergibt sich aus § 142 Abs. 1 Nr. 7 TKG, nach dem für die Übertragung von Wegerechten gemäß § 69 TKG die Zahlung einer Gebühr verlangt werden kann. Die Höhe der Gebühr berechnet sich gemäß § 142 Abs. 2 S. 2 nach der Höhe der bei der BNetzA entstandenen Auslagen. Hierdurch wird die Übertragung der Wegerechte jedoch nicht entgeltlich, Schütz, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 68, Rn. 39.

- c) Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts aufgrund der Übertragung ausschließlicher Rechte gemäß Art. 106 AEUV

Obwohl sich der Hoheitsträger bei der Vergabe exklusiver Wegerechte im Telekommunikationssektor nicht wirtschaftlich betätigt, könnten die wettbewerblichen Vorgaben dennoch gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV hierauf Anwendung finden.

- aa) Privilegiertes Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV

Dem Konzessionsnehmer müssten gemäß Art. 106 Abs. 1 Alt. 2 AEUV durch den Mitgliedstaat „besondere oder ausschließliche Rechte“ gewährt werden.³⁷³ Ein ausschließliches Recht liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vor, „wenn [der Mitgliedstaat] [...] einer begrenzten Zahl von Unternehmen einen Schutz gewährt und die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigt[t] [werden] kann.“³⁷⁴

Diese Anforderungen erfüllt das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte, da in den Konzessionsgebieten nur solche Unternehmen Telekommunikationsinfrastruktur auf- und ausbauen könnten, die über das entsprechende Wegerecht verfügen. Hinsichtlich der Gewährung des Rechts besteht umfassende Formenwahlfreiheit, sodass auch die Übertragung mittels eines Verwaltungsaktes vom Tatbestand erfasst ist.³⁷⁵

Eine staatliche Gewährung liegt allerdings nicht vor, wenn ein gesetzlicher Anspruch auf die Erteilung des ausschließlichen Rechts besteht und die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Als Beispiel wird in der Literatur die Vergabe von Konzessionen angeführt.³⁷⁶ Der Begriff wird jedoch, wie dargelegt, nicht einheitlich verwendet und ist in jedem

373 Diese Frage stellt sich auch im Kontext der Vergabe von Energiekonzessionsverträgen, *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, S. 113 ff.

374 EuGH, Urt. v. 12.12.2013, Rs. C-327/12 (Soa Nazionale Costruttori), ECLI:EU:C:2013:827, Rn. 41; EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Ambulanz Glöckner), ECLI:EU:C:2001:577, Rn. 24.

375 *Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 106 AEUV, Rn. 21.

376 *Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 106 AEUV, Rn. 21.

Kontext autonom auszulegen (A. IV.). Ein Anspruch auf Erteilung des Wegerechts existiert beim Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte ausdrücklich nicht, da das Recht ausschließlich an das Unternehmen vergeben wird, das im Konzessionsverfahren obsiegt. Im Ergebnis handelt es sich um die Gewährung eines exklusiven Rechts durch den Mitgliedstaat, sodass der Konzessionsnehmer als privilegiertes Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV zu klassifizieren ist.

bb) Rechtsfolge der Erfüllung des Tatbestandes des Art. 106 Abs. 1 AEUV

Gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten, sobald sie einem Unternehmen ausschließliche Rechte gewähren, keine Maßnahmen treffen oder aufrechterhalten, die den Art. 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechen.

cc) Einschränkung durch Art. 106 Abs. 2 AEUV

Die grundsätzliche Rechtsfolge des Art. 106 Abs. 1 AEUV könnte durch Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV eingeschränkt werden.³⁷⁷ Danach gilt das Wettbewerbsrecht „für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (...), [nur] soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“

Der Konzessionsnehmer müsste mit der Erbringung der Dienstleistung betraut werden. Dies erfordert eine Übertragung der Aufgabe mittels eines Hoheitsaktes (C. IV. 1. b.) Beim Auf- und Ausbau von Telekommunikationsinfrastruktur handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV.³⁷⁸ Die Dienstleistung müsste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sein. Das Unionsprimärrecht setzt den Begriff in Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV sowie im Protokoll Nr. 26 voraus, ohne ihn legal zu definieren.³⁷⁹ In der Rechtsprechung und der Anwen-

377 Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 73 f.

378 Kling/Thomas, Kartellrecht, S. 289 f.

379 Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen v. 7.12.2010, SEC(2010) 1545 endg., S. 17.

dungspraxis der Vorschriften wird der Begriff jedoch so verstanden, dass es sich dabei um Dienstleistungen handelt, „an denen ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet.“³⁸⁰ Die Mitgliedstaaten haben einen Spielraum bei der Auslegung des Begriffes, der einer Missbrauchskontrolle unterliegt. Die Infrastrukturanbieter bauen die Infrastruktur entgeltlich auf und aus und stellen sie den Telekommunikationsanbietern gegen Entgelt zur Verfügung, sodass es sich dabei um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.³⁸¹ Ein allgemeines Interesse an der Dienstleistung besteht dann, wenn nicht nur wirtschaftliche Interessen, sondern auch Interessen der Allgemeinheit verfolgt werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Dienstleistung auch in solchen Gebieten erbracht wird, in denen dies nicht zu wirtschaftlichen Bedingungen erfolgen kann.³⁸² Zudem muss ein Marktversagen vorliegen.³⁸³ Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll nur in solchen Gebieten angewandt werden, in denen nicht mit einem eigenwirtschaftlichen Auf- und Ausbau der hochleistungsfähigen digitalen Infrastruktur zu rechnen ist, sodass auch diese Kriterien erfüllt sind.

Es handelt sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, sodass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV erfüllt sind. Das Wettbewerbsrecht findet jedoch nur insoweit Anwendung, wie dies nicht „die Erfüllung der [den Unternehmen] übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Der Wortlaut betrifft insbesondere den Modus der Aufgabenerfüllung. Der Auswahlprozess des Konzessionsnehmers ist der Aufgabenerfüllung jedoch vorgelagert, sodass die Einschränkung des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV nicht dazu führt, dass im Rahmen des Auswahlverfahrens das Wettbewerbsrecht nicht zu beachten wäre. Die Privilegierung gilt freilich nicht unbegrenzt. Vielmehr darf gemäß Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV die Entwicklung des Han-

380 Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen v. 7.12.2010, SEC(2010) 1545 endg., S. 17.

381 Zum Erfordernis der wirtschaftlichen Tätigkeit *Klett/Otter*, in: Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg (Hrsg.), DAWI und Infrastrukturfinanzierung, S. 21.

382 *Klett/Otter*, in: Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg (Hrsg.), DAWI und Infrastrukturfinanzierung, S. 22.

383 *Klett/Otter*, in: Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg (Hrsg.), DAWI und Infrastrukturfinanzierung, S. 22.

delesverkehrs durch sie nicht beeinträchtigt werden. Im Ergebnis ist eine Einschränkung lediglich in denjenigen Fällen zulässig, in denen weniger einschneidende Maßnahmen in Betracht kommen.³⁸⁴ Hierzu ist eine Prüfung im Einzelfall erforderlich. Diese soll jedoch erst in der Zusammen schau mit den übrigen Verfahrensanforderungen erfolgen, die sich aus anderen Rechtsmaterien ergeben können (C. IV. 3. c.).

d) Ergebnis

Das Konzessionsverfahren muss aufgrund des Art. 106 Abs. 1 AEUV in den Grenzen des Art. 106 Abs. 2 AEUV nach den Vorgaben des Wettbewerbsrechts strukturiert werden. Dieses Erfordernis könnte sich auch aus anderen rechtlichen Materien ergeben, sodass die sich hieraus ergebenden Kriterien erst zu einem späteren Zeitpunkt konkret erörtert werden sollen (C. IV. 3. c.).

3. Steuerungsvorgaben des Vergaberechts

Das Vergaberecht enthält Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen an private oder öffentliche Unternehmen.

a) Ausschluss der Anwendbarkeit der KVRL und der §§ 105 ff. GWB

Der Inhalt des Konzessionsvertrages, also der Aufbau und Betrieb eines glasfaserbasierten Telekommunikationsnetzes im Konzessionsgebiet, stellt eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts dar (C. II. 1.). Dies führt jedoch nicht zwangsläufig dazu, dass die Regelungen der KVRL bzw. der §§ 105 ff. GWB auch auf das Auswahlverfahren hinsichtlich des zu betrauenden Konzessionsnehmers Anwendung finden.³⁸⁵ Viel-

384 Der gleiche Befund ergibt sich auch im Energierecht; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 74.

385 Eine a. A. vertritt vermutlich das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2015, Az. VI-2 Kart 1/15 (V), BeckRS 2016, 2800, Rn. 55 ff., das sich mit Rechtsfragen rund um die Vorwirkung der KVRL auseinandersetzt, ohne zu prüfen, ob die Vorschriften auf die Vergabe von energierechtlichen Konzessionen überhaupt Anwendung finden. In der Revisionsentscheidung BGH, Beschl. v. 26.1.2016, Az. KVZ

mehr ist es auch möglich, dass es sich um eine Dienstleistungskonzession handelt, die nicht unter die KVRL zu subsumieren ist. Dies hat Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Verfahrens zur Konzessionsvergabe und wird aus diesem Grund abstrakt von der Frage der Klassifikation als Dienstleistungskonzession an dieser Stelle thematisiert (C. II. 1.). Die Möglichkeit, dass bestimmte Konzessionen nicht von der KVRL erfasst sind, ergibt sich mittelbar aus den positiv normierten Ausschlussgründen der KVRL. Dort heißt es in Art. 11 Abs. 1 KVRL, dass die Regelungen nicht auf Konzessionen Anwendung finden, „die hauptsächlich dazu dienen, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.“ Erfasst sind somit solche Konstellationen, in denen der öffentliche Auftraggeber auf Basis der übertragenen Rechte selbst als Netzbetreiber oder Diensteanbieter tätig werden möchte. Nicht erfasst ist hingegen die Vergabe der Rechte an Dritte, die nicht den Betrieb eines eigenen Netzes oder das Angebot eigener Dienste durch den öffentlichen Auftraggeber zur Folge hat. Letzteres wäre im Rahmen des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte jedoch der Fall. Ein positiv normierter Ausschlussgrund ist für die Anwendbarkeit der KVRL somit nicht einschlägig.

Dennoch könnten die Regelungen der KVRL und der §§ 105 ff. GWB auf das Auswahlverfahren, auf dessen Basis der Konzessionsnehmer mit der Erbringung der Dienstleistung betraut wird, nicht anwendbar sein. In der Literatur wird zwischen dem Treffen der Vergabeentscheidung und dem Verrichten einer Dienstleistung unterschieden. Während die Tätigkeit des Konzessionsnehmers im Rahmen des Konzessionsvertrages in den Anwendungsbereich der Regelungen der KVRL und der §§ 105 ff. GWB falle, sei die Entscheidung der handelnden Behörde nicht erfasst.³⁸⁶ Es handele sich bloß um „eine für einen längeren Zeitraum (Dauer des Konzessionsvertrages) geltende Vergabeentscheidung mit anschließendem Vertragschluss.“³⁸⁷ Diese Differenzierung zwischen Vergabeentscheidung und Vertrag, mag allerdings nicht zu überzeugen. Bei einer vollständig sepa-

41/15, BeckRS 2016, 5644 wird die Anwendbarkeit der Richtlinie jedoch nicht mehr thematisiert; *Theobald/Wolkenhauer*, DÖV 2016, S. 724, 730, nutzen das Urteil dennoch zur Stützung ihrer These, dass die Richtlinie auf die Konzessionsvergabe Anwendung finden müsse.

386 *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 315 f.

387 *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 315.

rierten Betrachtung von Vergabeentscheidung und Konzessionsvertrag wird verkannt, dass die Vergabeentscheidung in einem Akzessorietätsverhältnis zum Konzessionsvertrag steht. Die Regelungen der KVRL strukturieren gerade das Verfahren vor, um eine Konzession zu vergeben.

Als weiteres Argument gegen die Anwendbarkeit der KVRL wird der Wortlaut des Erwägungsgrund 16 der KVRL und der entsprechenden Passage in der Gesetzesbegründung des GWB³⁸⁸ angeführt.³⁸⁹ In den Erwägungsgründen 11 bis 17 der KVRL hat der Unionsgesetzgeber Fallgruppen aufgezählt, die nach seinem Willen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen sollen.³⁹⁰ Erwägungsgrund 16 der KVRL lautet: „Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzession im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Liefervorflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“

Bei dem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte handelt es sich um ein Wegerecht, das die Kriterien des ersten Teiles des Erwägungsgrundes erfüllt. Am Ende des Erwägungsgrundes sind Ausschlussgründe benannt. Im Rahmen des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte dürfte demnach keine Liefervorflichtung begründet werden.³⁹¹ Betrachtet man das Energierecht, sind dort der Betrieb des Netzes und der Vertrieb der Energie durch Entflechtungsvorgaben strikt voneinander getrennt (Kapitel 4, A. II. 2.). Zwar existiert im Telekommunikationssektor kein entsprechend starkes Entflechtungsregime, allerdings sind auch hier der Betrieb des Telekommunikationsnetzes und

388 BT-Drs. 18/6281, S. 76.

389 Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 316 f. Die Autorin argumentiert lediglich mit Erwägungsgrund 16 der KVRL. Dies lässt sich jedoch darauf zurückführen, dass das Gesetz erst nach Schluss der Bearbeitung veröffentlicht worden ist; Weiß, Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 8; im Überblick Lau, in: Lau (Hrsg.), Vergabe von Energienetzen, S. 9, 11.

390 Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 319.

391 Die Frage, ob ein Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte eine Liefervorflichtung statuiert, stellt sich auch im Energierecht; Becker/Dicks, ZNER 2014, S. 425; Grünewald, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 316 f.; Kment/Vorwarter, EnWZ 2015, S. 387, 393; Mohr, RDE 2016, S. 269, 276.

das Angebot von Telekommunikationsdiensten an den Endkunden abstrakt voneinander zu betrachten. Dieser Umstand wird dadurch verstärkt, dass im Rahmen des Konzessionsmodells alle Diensteanbieter Zugang zur Infrastruktur im Konzessionsgebiet erhalten sollen.³⁹² Der Betrieb des Netzes stellt damit nicht die „Belieferung“ des Endkunden dar.³⁹³ Vielmehr findet diese erst auf der nächsten Wertschöpfungsstufe der Telekommunikationswirtschaft, also im Angebot der Dienste an den Endkunden statt.³⁹⁴ Erst in dem Vertrag zwischen Endkunden und Diensteanbieter wird eine Verpflichtung zur Erbringung des Dienstes begründet. Demnach liegt keine Lieferverpflichtung im Sinne des Erwägungsgrundes 16 der KVRL vor. Der Wortlaut des Erwägungsgrundes „weder … noch“ stellt klar, dass keines der beiden Kriterien erfüllt sein darf, die am Ende des Satzes aufgelistet sind. Sobald eines der Kriterien erfüllt ist, soll das Rechtsregimes nach dem Willen des unionalen und nationalen Gesetzgebers keine Anwendung finden. Die Kriterien des Ausschlussgrundes sind also erfüllt.³⁹⁵

Nun ist es aber nicht möglich, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbe- reich einer Richtlinie bzw. eines Gesetzes auf Basis der Erwägungsgründe bzw. der Gesetzesbegründung festlegt.³⁹⁶ Die Argumentation mithilfe des Erwägungsgrundes 16 der KVRL wird stellenweise folgerichtig mit der Be- gründung abgelehnt, dass Erwägungsgründe und Gesetzesbegründungen

-
- 392 Dies lässt sich daraus schließen, dass die Konzessionsverträge „ein ausschließli- ches Recht zur Errichtung eines entsprechenden Netzes, nicht aber zur Versor- gung der Letztverbraucher“ enthalten sollen, Deutscher Landkreistag, Flächen- deckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.
- 393 So auch *Donhauser/Hölzlwimmer*, VergabeR 2015, S. 509, 518 f.; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 316 f.; *Kment/Vorwalter*, En- WZ 2015, S. 387, 393.
- 394 Dies lässt sich insbesondere darauf zurückführen, dass sich in der Entwicklung des Telekommunikationsrechts eine stärkere Differenzierung zwischen Infrastruktur- und Dienstebene herausgebildet hat, *Kühling*, Sektorspezifische Regu- lierung in den Netzwirtschaften, S. 71.
- 395 So auch *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 316 f.; *Schwab/Giesemann*, VergabeR 2014, S. 351, 366; a. A. *Brück von Oertzen/ Kreggenfeld*, EWerK 2016, S. 12, 14, die davon ausgehen, dass durch den Erwä- gungsgrund verdeutlicht werden soll, dass Situationen in denen lediglich Recht vergeben werden, nicht vom Vergaberecht erfasst werden sollen.
- 396 A. A. *Goldbrunner*, VergabeR 2016, S. 365, 369, welche die Kriterien des Erwä- gungsgrundes 16 der KVRL zu den Tatbestandsmerkmalen einer Dienstleis- tungskonzeßion zählt und aufgrund der Einschlägigkeit des Ausschlussgrundes davon ausgeht, dass es sich bei exklusiven Wegerechten i. S. d. § 46 EnWG nicht unter den Konzessionsbegriff zu subsumieren sind.

allein der Auslegung dienen und kein anwendbares Recht darstellen.³⁹⁷ Richtigerweise entfalten sie lediglich Indizwirkung.³⁹⁸

Im vorliegenden Fall ergibt sich jedoch die Sondersituation, dass das Tatbestandsmerkmal des Beschaffungsbezuges in der Definition des Art. 5 Abs. 1 lit. b KVRL bzw. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht explizit aufgeführt wird. In der Literatur wird das Merkmal durch die Zusammenschau des Gesetzeszweckes des Art. 1 Abs. 1 KVLR und der Erwägungsgründe 11, 15 und 16 der KVRL hergeleitet.³⁹⁹ Sowohl der Definitionsbestandteil als solches, als auch die Einschränkung desselbigen erfolgen mithin in den Erwägungsgründen der KVRL. Der Gesetzgeber stellt in den Erwägungsgründen in einem einheitlichen Zusammenhang dar, dass das Kriterium des Beschaffungsbezuges erfüllt sein muss und stellt danach Situationen vor, in denen dies nicht der Fall ist.

Die Erweiterung der Definition um das Kriterium des Beschaffungsbezuges, als zentrales Merkmal des Vergaberechtes ist sinnvoll und schlüssig. Selbst die Gegenansicht, die den Ausschluss der Anwendbarkeit der KVRL für unzulässig erachtet, leitet den Definitionsbestandteil aus den Erwägungsgründen her (C. II. 1. b. bb.). Systematisch wäre es vorzuziehen gewesen, wenn der Gesetzgeber das Merkmal in die Legaldefinition integriert hätte und die Erwägungsgründe entsprechend ebenfalls normativ umgesetzt hätte. Argumentiert man nun, dass die Definition auf Basis der Erwägungsgründe zu erweitern ist, gestattet aber nicht zugleich eine Einschränkung des betreffenden Merkmals in dem gleichen Zusammenhang, wird mit zweierlei Maß gemessen. Überzeugender ist es den Erwägungs-

397 *Donhauser/Hölzlwimmer*, VergabeR 2015, S. 509, 516 f.; *Ganske*, in: *Reidt/Stickler/Glahs* (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 36 weist darauf hin, dass die Erwägungsgründe lediglich einen „Indizcharakter“ besitzen und zusätzlich eine Begründung auf Basis der Normen erfolgen müsse; *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, S. 71, 73 f.; *Michaels/Bönnighausen*, ZNER 2018, S. 7, 10; vgl. auch *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, S. 78 f.

398 Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH, EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-134/08 (Tyson Parkethandel), ECLI:EU:C:2009:229, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 24.11.2005, Rs. C-136/04 (Deutsches Milch-Kontor), ECLI:EU:C:2005:716, Rn. 32 mit Verweis auf vorangegangene Judikate; *Brück von Oertzen/Kreggenfeld*, EWERK 2016, S. 12, 14; *Ganske*, in: *Reidt/Stickler/Glahs* (Hrsg.), Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 45; *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, S. 71, 73; *Hohenstein-Bartholl/Jacob*, RdE 2017, S. 454, 459.

399 *Dicks*, in: *Kulartz/Kus/Portz u.a.* (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 11 ff.; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 319.

grund 16 der KVRL als Argument dafür zuzulassen, dass die Vergabe des Konzessionsrechts, das dem vorliegenden Modell zugrunde legen würde, nicht vom Anwendungsbereich der Vorgaben der KVRL und der §§ 105 ff. GWB erfasst wäre.⁴⁰⁰

b) Vergaberechtliche Erleichterungen durch eine Inhouse-Vergabe

Konzessionen könnten bei einer Inhouse-Vergabe unter erleichterten Bedingungen, nämlich etwa unter Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung, vergeben werden. Die Kriterien, die hierfür kumulativ erfüllt sein müssen, ergeben sich unionsrechtlich aus Art. 17 KVRL und aus dessen Umsetzung in § 108 GWB. Verallgemeinernd handelt es sich um Kriterien der Beteiligung, Kontrolle und Wesentlichkeit des Einflusses der vergebenen Stelle auf den Konzessionär. Die Konzessionen können, wie bereits dargelegt, aus staatsorganisationsrechtlichen Gründen lediglich in bundesunmittelbarer Verwaltung vergeben werden (C. IV. 1. b. aa.). Eine Inhouse-Vergabe wäre lediglich dann denkbar, wenn die Vergabe der Rechte an den Bund oder ein bundeseigenes Unternehmen erfolgen würde. Ein diesbezüglicher Plan für den leitungsgebundenen Glasfaserausbau existiert jedoch bislang nicht. Ebenso wenig wird diskutiert, die Glasfasernetze direkt durch den Bund ausbauen zu lassen. Deswegen ist derzeit keine Inhouse-Vergabe möglich, sodass deren Folgen für die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens an dieser Stelle nicht diskutiert werden müssen.

c) Steuerungsvorgaben des unionalen Primärrechts

Obwohl die KVRL und der §§ 105 ff. GWB nicht anwendbar sind, würde die Konzessionsvergabe nicht in einem „rechtsfreien Raum“⁴⁰¹ stattfinden können.⁴⁰² Vielmehr leitet der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung verschiedene Vorgaben für die Verfahrensausgestaltung aus

400 So im Ergebnis auch *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 319.

401 *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 321.

402 *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 321, spricht insoweit von einem „Sonderstatus“; *Prieß/Marx/Hölzl*, NVwZ 2011, S. 65, 68, bezeichnen die Vorgaben als „Vergaberecht light“; hierzu auch *Rennert*, NZBau 2019, S. 411, 414.

dem EU-Primärrecht ab. Insoweit sind die Steuerungsvorgaben aus dem Wettbewerbs- und Vergaberecht mithin identisch. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Niederlassungs- (Art. 49 ff. AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) sowie die hieraus abgeleiteten Gebote zur Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz.⁴⁰³ Damit der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten überhaupt eröffnet ist und aus ihnen Maßgaben für die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens abgeleitet werden können, müsste eine Binnenmarktrelevanz gegeben sein.⁴⁰⁴ Normative Abgrenzungskriterien für das Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz existieren nicht. Vielmehr ist eine Abgrenzung anhand des Einzelfalles vorzunehmen.⁴⁰⁵ Hierbei können etwa der Wert der Konzession, die Größe und Komplexität des Gebietes sowie die Anzahl der Interessenten eine Rolle spielen.⁴⁰⁶ Maßgeblich wäre demnach insbesondere der Zuschnitt des Konzessionsgebietes. Je größer und je attraktiver die Konzessionsgebiete gefasst werden würden, desto eher könnte von einer Binnenmarktrelevanz ausgegangen werden. Im Zweifel ist jedoch davon auszugehen, dass die Binnenmarktrelevanz gegeben ist. Ziel des unionalen Gesetzgebers ist eine umfassende Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes und eine Förderung des digitalen europäischen Binnenmarktes.⁴⁰⁷

Die Rechtsprechung fordert auf Basis der Vorgaben des unionalen Primärrechts eine transparente, nichtdiskriminierende Ausgestaltung des Verfahrens, in dem alle Teilnehmer gleichbehandelt werden, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird und ablehnende Entscheidungen

403 Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH, EuGH, Urt. v. 6.11.2014, Rs. C-42/13 (Cartiera dell'Adda), ECLI:EU:C:2014:2345, Rn. 47; EuGH, Urt. v. 13.4.2010, Rs. C-91/08 (Wall), ECLI:EU:C:2010:182, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03 (Parking Brixen), ECLI:EU:C:2005:605, Rn. 46 ff.; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 321; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht – Band 3, Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 21–29.

404 *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht – Band 3, Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 40.

405 *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, Rn. 174.

406 *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, Rn. 174; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 322.

407 Erwägungsgrund 3 des EKEK.

begründet werden.⁴⁰⁸ Konkret bedeutet dies für das Transparencygabot, dass bereits vor dem Verfahren alle Informationen zur Konzession veröffentlicht werden müssen.⁴⁰⁹ Auf diese Weise soll jeder Mitbewerber die Möglichkeit erhalten, zumindest sein Interesse am Erhalt der Konzession zu bekunden.⁴¹⁰ Ein angemessener Grad an Öffentlichkeit und Transparency soll sicherstellen, dass die Möglichkeit einer Nachprüfung der vorgenannten Verfahrensanforderungen sichergestellt ist.⁴¹¹ Das Diskriminierungsverbot und der Gleichbehandlungsgrundsatz knüpfen hieran an und verlangen, dass etwaige Entscheidungskriterien im Vorfeld kommuniziert werden müssen.⁴¹² Die Entscheidungen müssen begründet werden und es muss einen ausreichenden Rechtsschutz geben. Alle Unternehmen müssen im gesamten Verfahren gleichbehandelt werden.⁴¹³ Das Verfahren muss zudem für jedes interessierte Unternehmen zugänglich sein.⁴¹⁴ Die Kriterien führen dazu, dass zwischen den Verfahrensschritten ausreichend Zeit für eine Wahrnehmung in der Öffentlichkeit und eine Erwägung des Einlegens von Rechtsschritten erforderlich ist.

d) Ergebnis

Das sekundärrechtlich in der KVRL normierte und einfachgesetzlich in den §§ 105 ff. GWB umgesetzte Vergaberecht findet auf die Vergabe der Dienstleistungskonzession, die dem Konzessionsmodell zugrunde liegt, keine Anwendung. Der Europäische Gerichtshof leitet für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, die nicht in den Anwendungsbereich spezieller Regelungsregime fallen, Verfahrensausgestaltungserfordernisse aus dem unionalen Primärrecht ab. Damit decken sich die Anforderungen des

408 EuGH, Urt. v. 6.11.2014, Rs. C-42/13 (Cartiera dell'Adda), ECLI:EU:C:2014:2345, Rn. 47; EuGH, Urt. v. 13.4.2010, Rs. C-91/08 (Wall), ECLI:EU:C:2010:182, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98 (Tele Austria), ECLI:EU:C:2000:669, Rn. 59 ff.; *Böckel*, LKV 2003, S. 393, 396 ff.; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 323.

409 *Braun*, NZBau 2011, S. 400, 402; *Braun*, EuZW 2012, S. 451, 452; *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 323.

410 EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03 (Coname), ECLI:EU:C:2005:487, Rn. 21.

411 EuGH, Urt. v. 13.4.2014, Rs. C-91/08 (Wall), ECLI:EU:C:2010:182, Rn. 36.

412 *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 325.

413 *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 326; *Burgi*, NZBau 2005, S. 610, 615.

414 *Grünewald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, S. 326; *Böckel*, LKV 2003, S. 393, 397.

Wettbewerbs- und Vergaberechts inhaltlich. Hierbei sind insbesondere die Erfordernisse der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz hervorzuheben. Das Vergabeverfahren würde nicht in einem rechtsfreien Raum stattfinden, sondern müsste sich an diesen Vorgaben messen lassen. Die konkreten Folgen für die Verfahrensgestaltung sollen zu einem späteren Zeitpunkt gebündelt beleuchtet werden (C. IV. 5.).

4. Vereinbarkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte mit dem EU-Beihilfenrecht

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll Förderprogramme nicht ersetzen, sondern vielmehr flankieren.⁴¹⁵ Der Glasfaserausbau wird zukünftig auf Bundesebene insbesondere mithilfe des „Graue-Flecken-Förderprogrammes“ der Bundesregierung gefördert.⁴¹⁶ Bei der Notifizierung der Beihilfe wird die Kommission die wirtschaftlichen Bedingungen und die Ausgangslage in Deutschland berücksichtigen. Hierzu gehört unter anderem die Art und Weise der Wegerechtsvergabe in den §§ 68 und 69 TKG (§§ 124 f. TKG-RefE).⁴¹⁷ Werden Wegerechte exklusiv vergeben, entstehen Infrastrukturmonopole. Hierdurch werden die Bedingungen, unter denen die Beihilfe genehmigt wurde, wesentlich verändert.⁴¹⁸ Dies macht eine erneute Notifizierung der Beihilfe erforderlich.⁴¹⁹

415 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

416 Entwurf über eine Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“ vom 22.5.2019, abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/breitbandförderung-gigabit-rahmenregelung.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 1.7.2020); zur Entwurfsfassung des Förderprogrammes *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 11 ff.

417 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

418 Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 206.

419 *Kühling/Rüchardt*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 108 AEUV, Rn. 14; Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 206.

Die Anforderungen an die Notifizierung ergeben sich dabei insbesondere aus den Breitbandleitlinien der Kommission.⁴²⁰ Diese sehen vor, dass die negativen Auswirkungen der Beihilfe auf den Wettbewerb auf das absolute Minimum beschränkt werden müssen.⁴²¹ Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob ein wettbewerbliches Auswahlverfahren (lit. c) durchgeführt und das Transparenzgebot beachtet wurde (lit. j). Darüber hinaus ist auch eine Beachtung des Grundsatzes der Technologieneutralität sicherzustellen (lit. e). Sofern die Anforderungen nicht eingehalten werden, kann die Kommission die Beihilfe eingehend prüfen und letztlich auch nicht genehmigen.⁴²²

In der Diskussion über die Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen im Zusammenhang mit dem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte werden auch mildere Alternativmaßnahmen angeführt. So wird etwa festgestellt, dass alternative Konzepte wie Wohlverhaltensvereinbarungen oder alternative Gebietsausschreibungen weniger negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hätten als das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte.⁴²³ Aus den Breitbandleitlinien geht hervor, dass die Kommission den Mitgliedstaaten einen umfassenden Handlungsspielraum zubilligt. Die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb werden insbesondere durch die Ausgestaltung des Verfahrens begrenzt. Dieses ist im Ergebnis hinreichend wettbewerbsschützend auszustalten. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Anforderungen des EU-Primärrechts, die soeben dargestellt worden sind, entsprechend auch für eine Sicherstellung der Kompatibilität mit dem EU-Beihilfenrecht gelten.

420 Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. C 25/01 v. 26.1.2013; zu den übrigen Anforderungen aus dem EU-Beihilfenrecht *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 68 ff.

421 Mitteilung 2013/C 25/01, Rn. 78; Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 206.

422 Mitteilung 2013/C 25/01, Rn. 78.

423 Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 205.

5. Folgen für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens

Aus den allgemeinen Anforderungen des Verfassungsrechts und ihren speziellen Ausprägungen im Wettbewerbs-, Vergabe- und EU-Beihilfenrecht ergibt sich das Bedürfnis, das Verfahren zur Vergabe exklusiver Wegerechte im Konzessionsmodell an den Anforderungen des unionalen Primärrechts auszurichten (dazu a).⁴²⁴ Die hieraus resultierende Verfahrensausgestaltung müsste mit den Steuerungsvorgaben des Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK zu vereinbaren sein (dazu b.).

a) Vorgaben des unionalen Primärrechts für die Verfahrensausgestaltung

Die vorgenannten Rechtsmaterien statuieren zur Sicherung des Wettbewerbs verschiedene Ver- sowie Gebote und konkretisieren hiermit die Wettbewerbsvorstellungen des Unionsrechts, die einen funktionsfähigen Binnenmarkt voraussetzen (dazu aa.). Dies hat praktische Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Verfahrens (dazu bb.).

aa) Primärrechtliche Ver- und Gebote bei der Verfahrensausgestaltung

Die Rechtsquellen statuieren verschiedene Ver- und Gebote, um den Wettbewerb möglichst umfassend zu schützen. Stets ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

In einem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte findet kein Wettbewerb im Netz statt. Lediglich ein Unternehmen kann im Konzessionsgebiet als Infrastrukturanbieter tätig sein. Die Situation ist vergleichbar mit dem Energierecht, in dem ebenfalls lediglich ein Unternehmen die Konzessionsrechte im jeweiligen Konzessionsgebiet innehat. Um die negativen Folgen der Monopolisierung der Infrastruktur im Konzessionsgebiet möglichst gering zu halten, wird in einem regelmäßigen Turnus ein „Wettbewerb um das Netz“ ausgetragen.⁴²⁵ Ein vergleichbarer

424 Ausführlich zu den Verfahrensanforderungen an eine Konzessionsvergabe im Energierecht *Sauer*, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, S. 673 ff.; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 75 ff.

425 Umfassend *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 123 ff.

Mechanismus wäre zum Schutz des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor ebenfalls erforderlich, sofern das vorliegende Konzessionsmodell etabliert würde. Dies entspricht dem generellen Umgang mit Exklusivität im Telekommunikationssektor, wonach negative Folgen für den Wettbewerb durch ein Substitut ausgeglichen werden müssen (B. I.-III.). Ein solches Substitut könnte ein „Wettbewerb um das Netz“ sein. Wie bereits dargestellt, ist das Verfahren zur Vergabe exklusiver Wegerechte unter anderem an den Maßgaben des unionalen Primärrechts auszurichten. Relevant sind diesbezüglich insbesondere das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot.

bb) Praktische Auswirkungen auf das Konzessionsvergabeverfahren

Die dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen hätten umfassende Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens in einem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, den Wettbewerb umfassend zu schützen. Konkretisiert wird dies durch die Pflicht, in regelmäßigen Abständen die Konzessionen neu zu vergeben. Ewigkeitsrechte dürften nicht entstehen. Im Rahmen dieses regelmäßigen Verfahrens sind das Gebot der Fairness, das Verbot der Diskriminierung und das hiermit zusammenhängende Transparenzgebot von großer Bedeutung.⁴²⁶ Die Auswirkungen von Transparenz- und Diskriminierungsverbot sind, wie bereits dargestellt, eine umfassende Beteiligung der Öffentlichkeit sowie eine Implementierung verschiedenen Erfordernisse, die zu einer Erhöhung der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung beitragen (C. IV. 3. c.). Zudem muss stets ein ausreichender Zeitraum zur Verfügung stehen, um zu sondieren, ob gegen eine Entscheidung Rechtsmittel eingelegt werden sollen. Im Ergebnis kommt es zu einer erheblichen Komplexitätssteigerung und Verzögerung im Verfahrenslauf.

426 Umfassend Möllnitz, Die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und kommunaler Daseinsvorsorge, S. 71 ff.

b) Vereinbarkeit mit den Steuerungsvorgaben des EKEK

Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die aus einer exklusiven Rechtsvergabe entstehen, führen somit zu Verzögerungen im Konzessionsverfahren und erfordern eine umfangreiche Planung und vorlaufende Festlegung der Vergabekriterien.⁴²⁷ Dies steht in einem Spannungsverhältnis zu den Steuerungsvorgaben des Art. 43 Abs. 1 lit. a EKEK, wonach das Verfahren zur Vergabe von Wegerechten effizient und einfach sein soll. Die Kommission strebt eine weitere Verfahrensbeschleunigung an und steht etwaigen Verzögerungen kritisch gegenüber (C. III. 2.). Zudem soll die Vergabeentscheidung binnen sechs Monaten nach einem entsprechenden Antrag getroffen werden (C. III. 2.).

Das Transparenzgebot und die hierdurch erforderliche Einbindung der Öffentlichkeit erfordern jedoch eine umfassende Vorplanung und ausreichende Einsichtnahme- und Reaktionsmöglichkeiten. Das Verfahren ist, wie sich an der enormen Fülle der Entscheidungen im Energiekonzessionsrecht zeigt, sehr störanfällig.⁴²⁸ Dies liegt insbesondere daran, dass die Exklusivität den wirtschaftlichen Wert eines Wegerechtes erheblich steigert. Dies hat zur Folge, dass gegen die Vergabeentscheidungen vermehrt Rechtsbehelfe eingelegt werden, wodurch weitere Verzögerungen entstehen.

Vergleicht man die Wegerechtsvergabe in einem System mit und ohne die Vergabe exklusiver Wegerechte, ist die Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe von Exklusivrechten, bedingt durch das unionale Wettbewerbsrecht, deutlich komplexer und ineffizienter als ohne Exklusivität. Dem Unionsgesetzgeber war das bisherige System der Wegerechtsvergabe in den mitgliedstaatlichen Telekommunikationsgesetzen bei der Novellierung des unionalen Rechtsrahmens bekannt. Dennoch wurde auf die Notwendigkeit einer Vereinfachung des Verfahrens hingewiesen.⁴²⁹ Der Unionsgesetzgeber spricht dem Wettbewerb im Netz und der erleichterten Möglichkeit zur Erlangung von Wegerechten eine entscheidende Bedeutung für die Beschleunigung des Infrastrukturausbaus zu. Das Konzessi-

427 Möllnitz, Die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und kommunaler Daseinsvorsorge, S. 73 ff.

428 In jüngerer Zeit etwa, BGH, Urt. v. 28.1.2020, Az. EnZR 116/18, NZKart 2020, S. 253 ff.; OLG Celle, Urt. v. 12.9.2019, Az. 13 U 41/19 (Kart), EnWZ 2019, S. 408; KG Berlin, Urt. v. 4.4.2019, Az. 2 U 5/15 Kart (Gasversorgungsnetz Berlin), NZKart 2019, S. 383.

429 Erwägungsgrund 104 des EKEK.

onsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte stünde diesem Verständnis diametral entgegen. Aus diesem Grund ließe sich ein solches Vergabeverfahren nicht rechtskonform ausgestalten.

V. Umgang mit Bestandsinfrastruktur und bereits erteilten Wegerechten

Die Funktionsfähigkeit eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte setzt eine umfassende Lösung des Umganges mit Bestandsinfrastruktur voraus (dazu 1.).⁴³⁰ Die Bestandsinfrastruktur ist vom Schutz des Eigentums aus Art. 17 Abs. 1 GRCh erfasst (dazu 2.). Etwaige Handlungsoptionen stellen einen Eingriff in den Schutzbereich dar (dazu 3.) und müssten sich vor diesem Hintergrund rechtfertigen lassen (dazu 4.). Zudem müsste sich das Ergebnis auch am korrespondierenden Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG messen lassen (dazu 5.). Daneben müsste auch mit bereits erteilten Wegerechten in rechtmäßiger Weise umgegangen werden (dazu 6.).

1. Auswirkung von Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte soll in Gebieten mit Netzausbaudefizit umgesetzt werden, in denen nicht mit einem eigenwirtschaftlichen Ausbau hochleistungsfähiger digitaler Infrastruktur zu rechnen ist.⁴³¹ Die Gebiete sind jedoch nicht völlig unversorgt, sondern verfügen lediglich nicht über einen Glasfaseranschluss. Eigenwirtschaftlich wird in Deutschland zumindest eine Basisinfrastruktur zur Verfügung gestellt, die Bandbreiten bietet, die für eine soziale und wirtschaftliche Teilhabe erforderlich sind. Eine solche Basisversorgung ist auch in den Konzessionsgebieten verfügbar (C. II. 1. b. cc. (2)). Sofern dies nicht der Fall sein sollte, könnte der Universaldienstmechanismus zur Gewähr-

430 Hierbei steht lediglich der Umgang mit bereits existenter staatlicher Infrastruktur im Mittelpunkt. Der Umgang mit der im Konzessionsmodell errichteten Infrastruktur nach Auslaufen der entsprechenden Verträge soll an dieser Stelle zunächst dahinstehen. In diesem Kontext wird etwa erwogen, die Konzessionsverträge im Anschluss an das Auslaufen des ersten Konzessionsvertrages einfach auslaufen zu lassen; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorger Gebiete, S. 49.

431 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

leistung der Basisversorgung aktiviert werden.⁴³² Je eher auf alternative Übertragungstechnologien neben dem konzessionierten Glasfasernetz zurückgegriffen werden kann, desto weniger kann sich das ökonomische Kalkül der gesicherten Investitionsamortisation durch die Nutzung der konzessionierten Infrastruktur realisieren.

Im Energiesektor wird die Funktionsfähigkeit des Konzessionsmodells mittels einer Eigentumsübertragungspflicht für die Bestandsinfrastruktur an den neuen Konzessionsnehmer sichergestellt, die durch eine Ausgleichszahlung gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG verhältnismäßig ausgestaltet wird.⁴³³ Dies ist deshalb möglich, da im Energiesektor aus volkswirtschaftlichen Gründen lediglich ein leitungsgebundenes Energienetz bestehen kann.⁴³⁴ Im Telekommunikationssektor existiert eine große Netzvielfalt und es können technisch mehrere Netze parallel betrieben werden. Je abgelegener ein Gebiet jedoch ist, desto weniger ist ein paralleler Infrastrukturaufbau volkswirtschaftlich sinnvoll. Dies betrifft insbesondere die potentiellen Konzessionsgebiete. Die Versorgung im Telekommunikationssektor muss jedoch nicht zwangsläufig mithilfe einer leitungsgebundenen Infrastruktur erfolgen. Vielmehr ist auch eine satelliten- oder mobilfunkgestützte Versorgung von Haushalten denkbar,⁴³⁵ die auch im gesamten Bundesgebiet flächendeckend verfügbar ist.⁴³⁶ Hieraus resultieren große Herausforderungen für den Umgang mit Bestandsinfrastruktur. Um die Funktionsfähigkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte sicherzustellen, reicht es nicht aus, lediglich den Umgang mit leitungsgebundener Festnetzinfrastruktur zu regeln.⁴³⁷

432 Bislang ist es in Deutschland jedoch noch nicht zu einer Aktivierung des Universalisten gekommen und dies wird perspektivisch auch nicht erwartet. Zum Zusammenspiel der Absicherungsmechanismen, *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 79 ff.

433 Hierzu umfassend *Braedel*, Die Überlassung von Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, S. 71 ff.; *Papier/Schröder*, Wirtschaftlich angemessene Vergütung für Netzanlagen, S. 27 ff.

434 Es liegt ein natürliches Monopol vor, *Knieps*, Netzökonomie, S. 109 f.

435 *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 104.

436 Goldmedia, in: *Kühling/Goldmedia/Enaux* (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen bei der Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 176 ff.

437 Zur Praktikabilität dieses Ansatzes auch *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 104.

Diese Ausgangslage lässt an der technischen und ökonomischen Praktikabilität des Modells zweifeln. Technisch ist es kaum möglich, dass die Konzessionsgebiete nicht mit diesen alternativen Infrastrukturen versorgt werden, um die Funktionsfähigkeit eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte zu erreichen. Es müsste sichergestellt werden, dass die Signale von Mobilfunk und Satelliten im Konzessionsgebiet nicht verfügbar sind. Aus ökonomischer Sicht ist fraglich, wie weitgehend die Alternativversorgung für die Funktionsfähigkeit des Modells ausgeschlossen werden müsste. Diese Frage kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden. Damit die ökonomischen Grunderwägungen zum Tragen kommen, die bei der Einführung eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte die Investitionsbedingungen verbessern würden, müsste jedoch im Ergebnis die Alternativversorgung des Konzessionsgebietes mit Telekommunikationsinfrastruktur möglichst umfassend vermieden werden. Je besser das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte funktionieren soll, desto mehr Übertragungstechnologien müssen bei der Schaffung von Regelungen zum Umgang mit Bestandsinfrastruktur einbezogen werden.

2. Schutzbereich des Grundrechts auf Eigentum aus Art. 17 Abs. 1 GRCh

Der Europäische Gerichtshof versteht unter Eigentum „vermögenswerte Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbstständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.“⁴³⁸ Aus diesem Grund unterfallen die Inhaber von Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet, unabhängig von der konkreten Übertragungstechnologie, dem Schutz des Eigentumsgrundrechts aus Art. 17 Abs. 1 GRCh.⁴³⁹

438 EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk), ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 34; *Michl*, *Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers*, S. 89.

439 Geschützt werden sowohl natürliche als auch juristische Personen, EuGH, Urt. v. 21.5.2019, Rs. C-235/17 (Europäische Kommission/Ungarn), ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 67; EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk), ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 31 ff.; *Kühling*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, Art. 17 GRCh, Rn. 6.

3. Maßnahmen zum Umgang mit Bestandsinfrastruktur als Einschränkung des Eigentumsgrundrechts

Der Deutsche Landkreistag schlägt in seinem Positionspapier verschiedene Maßnahmen zum Umgang mit Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet vor. So könnte analog zu § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG eine Eigentumsübertragungspflicht vom bisherigen Infrastruktureigentümer auf den Konzessionsnehmer statuiert und diese mit einer Entschädigungszahlung verhältnismäßig ausgestaltet werden. Als Alternativen werden eine Zwangsverpachtung und ein Ausbauverbot vorgeschlagen.⁴⁴⁰

Fraglich ist, ob diese Maßnahmen den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GRCh einschränken.⁴⁴¹ In dessen Wortlaut wird explizit zwischen einem Eigentumsentzug (S. 2) und Nutzungsregelungen unterschieden (S. 3).⁴⁴² Die Pflicht zur Übertragung des Eigentums wäre als für Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh ausreichender, dauerhafter Eigentumsentzug⁴⁴³ einzuordnen. Darüber hinaus könnten die alternativen Handlungsoptionen, die vom Deutschen Landkreistag vorgeschlagen werden, eine Nutzungsbeeinträchtigung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh darstellen. Darunter sind diejenigen Regelungen zu verstehen, welche die Ausübung der Rechtsstellung als Eigentümer beeinträchtigen.⁴⁴⁴ Dabei legt die Rechtsprechung ein weites Begriffsverständnis zu Grunde.⁴⁴⁵

Der Eigentümer hat herkömmlich die Möglichkeit dazu, seine Rechtsposition umfassend zu nutzen und frei über das Eigentum zu verfügen.⁴⁴⁶

440 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

441 Zur Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit, die hier nicht untersucht wird, Möllnitz, Die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und kommunaler Daseinsvorsorge, S. 19 f.

442 Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 17 GRCh, Rn. 21.

443 EuGH, Urt. v. 21.5.2019, Rs. C-235/17 (Europäische Kommission/Ungarn), ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 67; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 GRCh, Rn. 15 f.; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 18; Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 17 GRCh, Rn. 24.

444 Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 17 GRCh, Rn. 24.

445 Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 17 GRCh, Rn. 20 ff. m. w. N.

446 Ein solches Begriffsverständnis kommt etwa in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Eigentums in § 903 S. 1 BGB zum Ausdruck.

Durch eine Pflicht zur Verpachtung der Bestandsinfrastruktur wird dieses Recht weitgehend entkernt, sodass auch eine Verpachtungsverpflichtung als Einschränkung des Art. 17 GRCh zu klassifizieren wäre.

Ein Ausbauverbot muss hingegen differenziert betrachtet werden. Eigentum und Nutzungsprivileg der Bestandsinfrastruktur bleiben in diesem Fall beim Infrastrukturanbieter. Die bestehenden Rechtspositionen werden folglich nicht eingeschränkt. Es wird vielmehr lediglich der Erwerb zusätzlicher Rechtspositionen vereitelt. Während Art. 17 Abs. 1 GRCh den Schutz bereits erworberner Rechtspositionen bezweckt, ist der Erwerb zusätzlicher Rechtspositionen vom Schutzbereich der Art. 15 und 16 GRCh erfasst. Ein Ausbauverbot stellt mithin keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh, sondern in die erwerbsbezogenen Grundrechte dar. Als mildere Maßnahme im Vergleich zu einem Eigentumsentzug oder einer Zwangsverpachtung soll die Maßnahme im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung dargestellt werden (C. V. 4. b. cc.).

4. Rechtfertigung der Einschränkungen des Eigentumsgrundrechts

Die Einschränkungen des Schutzbereiches müssten gerechtfertigt werden. Die vorgeschlagenen Handlungsoptionen zum Umgang mit Bestandsinfrastruktur stellen unterschiedlich schwere Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GRCh dar. Als schwerster Eingriff ist der vollständige Entzug der Rechtsposition, durch eine Pflicht zur Eigentumsübertragung zu klassifizieren. Die Zwangsverpachtung und das Ausbauverbot stellen im Vergleich dazu mildere Maßnahmen dar, da zumindest das Eigentum an der Infrastruktur beim Telekommunikationsunternehmen bleibt. Aus diesem Grund soll der nachfolgenden Analyse die Eigentumsübertragungspflicht zu Grunde gelegt werden. Die Rechtfertigungsvoraussetzungen für den Entzug des Eigentums ergeben sich aus Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh und aus Art. 52 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GRCh.

a) Gesetzliche Grundlage der Eigentumsübertragungspflicht

Der Entzug des Eigentums müsste sich gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh auf eine gesetzliche Grundlage stützen lassen.⁴⁴⁷ Die Steuerungsvorgaben zur

⁴⁴⁷ Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 17 GRCh, Rn. 26.

Strukturierung der Wegerechtsvergabe im Telekommunikationssektor ergeben sich aus Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK. Die Richtlinie muss effektiv in nationales Recht umgesetzt werden.⁴⁴⁸ Diese effektive Umsetzung führt dazu, dass ohnehin eine einfachgesetzliche Umsetzungsvorschrift etabliert werden muss. Diese Norm könnte auch als gesetzliche Grundlage einer Eigentumsübertragungspflicht dienen.

b) Verhältnismäßigkeit der Eigentumsübertragungspflicht

Die Eigentumsübertragungspflicht müsste auch verhältnismäßig sein. Neben den allgemeinen Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh, sind dabei insbesondere die besonderen Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh zu berücksichtigen.

aa) Legitimes Ziel und öffentliches Interesse

Grundsätzlich muss jede Einschränkung einer Gewährleistung der GRCh gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh ein legitimes Ziel verfolgen, das dem Gemeinwohl entspricht. Aus Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh erwächst zusätzlich das Erfordernis, dass das Ziel der Maßnahme im öffentlichen Interesse liegen muss.⁴⁴⁹ Hierdurch wird sichergestellt, dass der Zweck des Eigentumsentzuges nicht allein in der Verfolgung der Interessen Privater liegt.⁴⁵⁰ Zu den Zielen der Europäischen Union gehört gemäß Art. 3 Abs. 1 EUV die Sicherung einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft. Der Europäische Rat hat in der strategischen und politischen Agenda der EU festgelegt, dass der digitale Wandel aktiv mitgestaltet werden soll. „Dazu muss die EU an allen Aspekten der digitalen Revolution und der künstlichen Intelligenz arbeiten: Infrastruktur, Konnektivität, Dienstleistungen, Daten, Regulie-

448 Zur ständigen Rspr. EuGH, Urt. v. 20.10.2005, Rs. C-6/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), ECLI:EU:C:2005:626, Rn. 21; EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-58/02 (Kommission/Spanien), ECLI:EU:C:2004:9, Rn. 26 jeweils m. w. N.; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 32; *Ehrcke*, EuZW 2004, S. 359 ff.

449 *Kühling*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 17 GRCh, Rn. 27.

450 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 27.

rung und Investitionen.“⁴⁵¹ Die Einführung eines Konzessionsmodells und die damit einhergehende exklusive Wegerechtsvergabe zielen letztlich darauf ab, die Investitionsbedingungen in Gebieten, in denen perspektivisch nicht mit einem Auf- und Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen zu rechnen ist, zu verbessern. Das Hauptziel liegt also wie beim EKEK in der „Schaffung von Anreizen für Investitionen in Hochgeschwindigkeitsbreitbandnetze“.⁴⁵²

Der Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum erfolgt damit nicht einseitig zu Gunsten des Konzessionsnehmers. Vielmehr handelt es sich um eine gezielte Handlungsoption, die Gebiete mit Netzausbaudefizit zum Gegenstand hat und letztlich dazu beitragen soll, eine digitale Kluft zwischen ländlichen und städtischen Gebieten zu verhindern. Hierbei handelt es sich um ein legitimes Ziel, das im öffentlichen Interesse liegt.⁴⁵³

bb) Eignung

Die Maßnahme müsste gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh auch zur Erreichung des vorgenannten Ziels geeignet sein. Die Eigentumsübertragungspflicht an der Bestandsinfrastruktur stellt die Funktionsfähigkeit eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte sicher. Je mehr Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet verbleibt, desto schlechter können die ökonomischen Ziele des Modells erreicht werden. Durch die Verbesserung der Investitionsbedingungen wird mittelbar dazu beigetragen, dass der Ausbau hochleistungsfähiger digitaler Infrastruktur beschleunigt wird. Die Maßnahme fördert also das Ziel.⁴⁵⁴

451 Europäischer Rat, Schlussfolgerung v. 20.6.2019, EUCO 9/19, S. 8, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/media/39942/20-21-euco-final-conclusions-de.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

452 Erwägungsgrund 3 des EKEK.

453 So auch Wernick/Queder/Strube Martins *u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorger Gebiete, S. 50.

454 Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 207; vgl. hierzu auch Wernick/Queder/Strube Martins *u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorger Gebiete, S. 50.

cc) Erforderlichkeit der Eigentumsübertragungspflicht

Die Eigentumsübertragungspflicht müsste auch erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen. Es darf mithin kein relativ milderer, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels existieren.⁴⁵⁵ Vorliegend werden vom Deutschen Landkreistag die Verpachtungspflicht und ein Ausbauverbot als relativ mildere Maßnahmen vorgeschlagen.⁴⁵⁶

Das Ausbauverbot ist als relativ mildeste Maßnahme unter den dargestellten Handlungsoptionen zu klassifizieren. Es ist allerdings nicht genauso gut wie eine Eigentumsübertragungspflicht dazu geeignet, die Funktionsfähigkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte zu ermöglichen. Ein Ausbauverbot würde sich nämlich nicht auf die Bestandsinfrastruktur auswirken. Vielmehr würde lediglich ihre Erweiterung verhindert. Ob diese überhaupt noch möglich wäre, ist bereits aufgrund der Vergabe exklusiver Wegerechte fraglich.

Alternativ wird die Verpflichtung zur Verpachtung der Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet vorgeschlagen. Wesentliche Vertragspflichten eines Pachtvertrages sind in § 581 BGB normiert.⁴⁵⁷ Danach erhält der Pächter im Gegenzug für die Zahlung eines Pachtzinses ein Gebrauchsrecht und ein Recht dazu, die Früchte der Sache zu ziehen. Neben der Zahlung eines Pachtzinses ist der Pächter auch gemäß § 582 BGB dazu verpflichtet, die Sache in Stand zu halten.⁴⁵⁸ Betrachtet man die Umsetzung des Konzessionsmodells im Energierecht, ist dort in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG eine Eigentumsübertragungspflicht statuiert. Alternativ besteht gemäß § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG die Möglichkeit dazu, die Infrastruktur mittels eines Pachtvertrages freiwillig zu überlassen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Vorteil der Eigentumsübertragungspflicht darin besteht, dass Eigentum und Wegerechte in einer Hand zusammenfallen.⁴⁵⁹ Der staatlichen Zwangsübertragung kann durch eine Verpachtung entgangen werden. Gleich geeignet ist das Mittel jedoch nicht.

455 *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 27.

456 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

457 *Harke*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 581 BGB, Rn. 2 ff.

458 *Harke*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 581 BGB, Rn. 3.

459 BT-Drs. 17/6072, S. 88.

Im Konzessionsgebiet soll eine Netzausbaupflicht bestehen.⁴⁶⁰ Entstehen im Konzessionsgebiet also neue Gebäude, müssen diese vom Konzessionsnehmer mit Glasfaser erschlossen werden. Findet nun im Zweifel im Zeitlauf ein kontinuierlicher Wechsel von Konzessionsnehmern statt und werden diese lediglich verpflichtet ihr Netzeigentum an den Konzessionsnehmer zu verpachten, führt dies zu einer extremen Zerkleinerung der Infrastruktur des Konzessionsgebietes. Im Konzessionsgebiet wäre mithin eine Infrastruktur mit sehr vielen Eigentümern gegeben.⁴⁶¹ Aufgrund der großen Technologievielfalt im Telekommunikationssektor stellt sich das Problem zudem in deutlich höheren Umfang als im Energierecht, wo lediglich eine leitungsgebundene Energieübertragung erfolgen kann. Im Telekommunikationssektor wären also Verträge mit den Eigentümern von allen Übertragungstechnologien abzuschließen, die das Konzessionsgebiet mit Telekommunikationsinfrastruktur erschließen. Dies würde nicht nur einen immensen bürokratischen Aufwand, sondern auch hohe Transaktionskosten bedingen. Das Mittel ist mithin nicht gleich geeignet, um die Funktionsfähigkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte sicherzustellen.

dd) Zahlung einer angemessenen und rechtzeitigen Entschädigung

Die Rechtfertigung eines Eigentumsentzuges setzt gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh zudem die Zahlung einer angemessenen Entschädigung voraus. Diesbezüglich schlägt der Deutsche Landkreistag eine Regelung im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG vor.⁴⁶² In dieser Vorschrift ist die Eigentumsübertragungspflicht an die Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung gekoppelt. Sofern eine vergleichbare Regelung etabliert würde, könnte das Kriterium erfüllt werden.

460 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

461 Eine vergleichbare Situation wäre auch bei einer entsprechenden Regelung im Energierecht gegeben, *Theobald*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 46 EnWG, Rn. 58.

462 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

ee) Verhältnismäßigkeit des Eigentumsentzuges im engeren Sinne

Daneben muss die Maßnahme auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Die widerstreitenden Interessen müssen schonend miteinander in Ausgleich gebracht werden.⁴⁶³ Hierbei handelt es sich um das Recht auf Eigentum einerseits und das öffentliche Interesse am Aus- und Aufbau einer flächendeckenden, hochleistungsfähigen digitalen Infrastruktur andererseits.⁴⁶⁴

Aufgrund der Vielfalt unterschiedlicher Übertragungstechnologien kann das wirtschaftliche Kalkül hinter dem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte nur dann erreicht werden, wenn ein möglichst großer Teil der Bestandsinfrastruktur in den Eigentumsentzug integriert würde (C. V. 1.).⁴⁶⁵ Das Problem entsteht insbesondere aus der einseitigen Ausrichtung des Modells auf die Versorgung mit Glasfaserinfrastrukturen.⁴⁶⁶ Je weniger Infrastrukturen in die Maßnahme integriert werden, desto ineffektiver wäre der Handlungsansatz. Dabei besteht jedoch die technische Schwierigkeit, dass die Versorgung der Konzessionsgebiete mittels satelliten- oder mobilfunkgestützter Netzanbindungen nicht vollständig verhindert werden können. Dies gilt umso mehr, je kleiner die betreffenden Gebiete abgegrenzt werden. So strahlen etwa Satelliten große Flächen Westeuropas aus und können die betreffenden Regionen bereits mit hohen Bandbreiten versorgen.⁴⁶⁷ Je effektiver der Handlungsansatz mithin ausgestaltet würde, desto eher wäre er unverhältnismäßig. Wird er jedoch nicht effektiv ausgestaltet, so bringt er keinen Mehrwert mit sich und der Grundrechtseingriff wäre nicht zu rechtfertigen. Hierbei handelt es sich um einen diffizilen Balanceakt, der eine verhältnismäßige Ausgestaltung unwahrscheinlich macht.

463 Pache, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 52 GRCh, Rn. 28.

464 Wernick/Queder/Strube Martins u.a., Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorger Gebiete, S. 50, gehen im Rahmen ihrer Prüfung zur Vereinbarkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte nicht auf den Umgang mit Bestandsinfrastruktur ein.

465 Ebenfalls kritisch Kühling/Toros, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 104.

466 Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 204.

467 Goldmedia, in: Kühling/Goldmedia/Enaux (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen bei der Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 176 ff.

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Entzug des Eigentums an jeglicher Bestandsinfrastruktur im Konzessionsgebiet vor dem Hintergrund des Art. 17 Abs. 1 GRCh nicht mehr zu rechtfertigen wäre.⁴⁶⁸ Eine Beschränkung auf leitungsgebundene Festnetzinfrastruktur wäre zwar weniger eingriffsintensiv, aber nicht in gleicher Weise dazu geeignet, die Funktionsfähigkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte sicherzustellen. Vielmehr wäre in diesem Fall eine Basisversorgung als Ausweichprodukt vorhanden, welche die Nutzung der Glasfaserinfrastruktur bei einer gravierenden Preissteigerung unwahrscheinlich macht. Der entscheidende Unterschied zwischen dem Energie- und Telekommunikationssektor ist die Netzvielfalt, die dieses Konzessionsmodell unpraktikabel macht und seine Vereinbarkeit im Telekommunikationssektor mit Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh ausschließt.

5. Eigentumsgrundrecht des Grundgesetzes (Art. 14 Abs. 1 GG)

Auch wenn die Terminologie durch die Differenzierung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmungen und Eigentumsentzug bei Art. 14 Abs. 1 GG abweicht, wäre der Eingriff in dessen Schutzbereich aus den gleichen Gründen nicht zu rechtfertigen.

6. Umgang mit bereits erteilten Wegerechten

Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, ob sich der Entzug bereits erteilter Wegerechte, um das neue Modell zu etablieren, verfassungsrechtlich rechtfertigen ließe.⁴⁶⁹ Ein solcher Widerruf bereits erteilter Genehmigungen könnte zunächst als ein ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 15 Abs. 1 GRCh und die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh klassifiziert werden. Für den Widerruf einer wegerechtlichen Genehmigung existiert in § 49 VwVfG (Bund) eine Rechtsgrundlage, die eine umfassende Interessenberücksichtigung vorsieht. Darüber hinaus

468 a. A. Wernick/Queder/Strube Martins u.a., Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorgter Gebiete, S. 50.

469 Deutscher Landkreistag, Flächendeckende Breitbandversorgung zu wirtschaftlichen Bedingungen sicherstellen, S. 7.

gilt auch die Argumentation, die bereits im Rahmen der generellen Ver einbarkeit des Konzessionsrechts mit den Voraussetzungen der Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh dargestellt wurde (C. IV. 1. a. bb. (1)).

Fraglich ist, ob der Widerruf der bereits erteilten Wegerechte nicht einen ungerechtfertigten Eingriff in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh darstellt. Zwar handelt es sich bei Genehmigungen nicht um Eigentumspositionen im Sinne des Art. 17 Abs. 1 GRCh, dennoch kann das hieraus resultierende Vertrauen schutzwürdig sein, sobald bereits Investitionen getätigt wurden.⁴⁷⁰ Sind noch keine Investitionen erfolgt, wird noch nicht in den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GRCh eingegrif fen. Sobald erste Investitionen im Sinne von Bauvorhaben auf Basis der entsprechenden wegerechtlichen Erlaubnis getätigt wurden, müssten diese ausreichend kompensiert werden. Wurde auf Basis der Genehmigung be reits Infrastruktur aufgebaut, handelt es sich um den bereits zuvor skizzier ten Umgang mit Bestandsinfrastruktur (C. V. 2.-5.).

Sofern lediglich die Wegerechte entzogen würden, ohne dass bereits Infrastruktur errichtet worden ist, müsste dennoch die Verhältnismäßigkeit für jeden Einzelfall geprüft werden. Dabei stellen sich die gleichen Probleme wie bei der Verhältnismäßigkeit des Eigentumsentzuges, sodass im Er gebnis keine Rechtfertigung möglich ist (C. V. 4. b. ee.). Der Widerruf be reits erteilter Wegerechte ließe sich nicht mit den Grundrechten aus Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh sowie Art. 17 Abs. 1 GRCh vereinbaren.

7. Ergebnis

Der Umgang mit Bestandsinfrastruktur, der zur Sicherstellung der Funkti onsfähigkeit des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver We gerechte erforderlich wäre, ließe sich nicht mit den Eigentumsgrundrech ten aus Art. 17 Abs. 1 GRCh und Art. 14 Abs. 1 GG vereinbaren. Dies lässt sich auf die große Netzvielfalt im Telekommunikationssektor zurückföh ren, sodass verschiedene Übertragungstechnologien parallel genutzt wer den können, um die Endnutzer zu erreichen. Sofern die ökonomischen Grundannahmen hinter dem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe ex klusiver Wegerechte zum Tragen kommen sollen, müssen Bestandsinfra

470 Ein Urteil des EuGH hierzu steht noch aus, vgl. jedoch EGMR, Urt. v. 29.11.1991, Nr. 12742/87 (Pine Valley Developments Ltd. u. a./Irland), Rn. 31 ff.; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17, Rn. 11.

strukturen möglichst umfassend einbezogen werden. Dies führt jedoch zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Eigentumsfreiheit. Evident wird dies am Beispiel von Satelliten, die ganz Westeuropa mit Telekommunikationsinfrastruktur versorgen und infolge der Einführung des Konzessionsmodells in etwaige Handlungsansätze einbezogen werden müssten, um dessen Funktionieren in einem kleinen Konzessionsgebiet zu ermöglichen. Dies erstreckt sich neben der Eigentumsübertragungspflicht als stärkstem Eingriff auch auf die milderenden Maßnahmen, die vom Deutschen Landkreistag vorgeschlagen werden.

Beim Widerruf bereits erteilter Wegerechte handelt es sich um einen Eingriff in die Art. 15 Abs. 1 und 16 GRCh, da es sich um bloße Erwerbsmöglichkeiten handelt, auf die das Eigentumsgrundrecht aus Art. 17 Abs. 1 GRCh keine Anwendung findet. Aus den vorgenannten Gründen ist dieser jedoch ebenfalls als unverhältnismäßig zu klassifizieren.

VI. Ergebnis

Das vorliegenden Konzessionsmodell verfolgt das Ziel, mittels der Schaffung temporärer Infrastrukturmonopole die Investitionsbedingungen in den Konzessionsgebieten so zu verbessern, dass flächendeckend Glasfaserinfrastrukturen zu erschwinglichen Preisen verlegt werden. Hierzu sollen exklusive Wegerechte an Konzessionsnehmer vergeben werden, die im Gegenzug zum Aufbau und Betrieb der Glasfaserinfrastruktur im Konzessionsgebiet verpflichtet werden. Die Konzession stellt eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts dar, auch wenn sie aufgrund der Einschlägigkeit spezieller Ausschlussgründe nicht von den Regelungen der KVRL und der §§ 105 ff. GWB erfasst wird.

Das Telekommunikationswegerecht ist im Unionsrecht vorstrukturiert. Nationale Umsetzungsgesetze müssen sich an den Vorgaben des Art. 43 Abs. 1 EKEK orientieren. Hieraus ergeben sich insbesondere die Grenzen für die rechtliche Ausgestaltung. Konzessionsrechte sollen lediglich in Gebieten mit Netzausbaudefizit eingeführt werden. In den übrigen Gebieten soll das bisherige Regelungsregime weiter Anwendung finden. Es müssten mithin zwei separate Wegerechtsvergaberegime für die Errichtung öffentlicher Telekommunikationsnetze etabliert werden. Dies wäre jedoch nicht mit Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK zu vereinbaren.

Im Übrigen müsste sich das Verfahren an den Charakteristika des Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK orientieren. Besondere Relevanz haben die Kriterien der Effizienz und Einfachheit, deren Bedeutung der Unionsge-

setzgeber in Erwägungsgrund 104 des EKEK besonders betont. Durch die Etablierung eines Infrastrukturmonopols wären aber auch die rechtlichen Rahmenbedingungen aus anderen Regelungszusammenhängen zu beachten, die einen umfassenden Wettbewerbsschutz gewährleisten. Hierbei handelt es sich insbesondere um das Verfassungs-, Wettbewerbs-, Vergaberecht und EU-Beihilfenrecht. Aus diesen Regelungsmaterien lässt sich herleiten, dass das Verfahren wegen Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG zwingend von einer bundesunmittelbaren Behörde durchzuführen wäre. Im Übrigen wären in dem Verfahren insbesondere das Diskriminierungsverbot, das Gebot eines fairen Verfahrens, das Transparenzgebot und die maximale Laufzeit von Konzessionsverträgen zu beachten. Das Verfahren müsste öffentlich durchgeführt werden und es würde in der Folge zu Verzögerungen kommen. Dies stünde in einem eklatanten Spannungsverhältnis zu den Verfahrensparametern der Effizienz und Einfachheit, die in Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK normiert sind. Diese dürfen zwar nicht im Sinne absoluter Grenzen, sondern lediglich als relative Optimierungsgebote verstanden werden. Die Einführung eines Vergabeverfahrens, welches im diametralen Gegensatz zu diesen Parametern steht, dürfte sich jedoch nicht mehr im Umsetzungsspielraum bewegen, der vom Unionsrechtsgeber vorgesehen wurde.

Problematisch ist zudem der Umgang mit Bestandsinfrastruktur. Im Energerecht, das dem Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte als Vorbild dient, existiert aus technischen Gründen nur eine einzige, nicht duplizierbare leitungsgebundene Infrastruktur. Dies ist im Telekommunikationssektor anders, in dem unterschiedliche Übertragungstechnologien existieren. Ein Infrastrukturmonopol könnte nur funktionieren, wenn im Konzessionsgebiet keine Alternativen zur konzessionierten Infrastruktur existierten. Ein Ausbauverbot im Konzessionsgebiet würde dieses Problem nicht lösen. Die vorgeschlagenen Handlungsoptionen einer Eigentumsübertragungspflicht oder Zwangsverpachtung ließen sich jedoch vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Eigentumsschutzes nicht rechtfertigen. Im Ergebnis lässt sich das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte deswegen rechtlich nicht umsetzen. Es handelt sich um keine geeignete Handlungsoption zur Beschleunigung des Ausbaus von Glasfaserinfrastrukturen zu erschwinglichen Preisen.

D. Konzessionsmodell zum Aufbau und Betrieb staatlicher Telekommunikationsinfrastrukturen

In verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden Bau- und Dienstleistungskonzessionen genutzt, um staatliche Breitbandinfrastrukturen in Gebieten mit Netzausbaudefizit aufzubauen und durch die Privatwirtschaft betreiben zu lassen.⁴⁷¹ Diese sollen nachfolgend vorgestellt werden, um mögliche Alternativen für das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte aufzuzeigen. Auch in Deutschland werden bereits Konzessionsmodelle genutzt, die nicht an die Vergabe exklusiver Wegerechte anknüpfen, um den Breitbandausbau in bestimm-

471 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 20; Komm., Beschl. v. 7.11.2016, SA.37183 (2015/NN), France – Plan France très haut débit, Rn. 18; Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 25 ff.; Komm., Beschl. v. 26.5.2016, SA.40720 (2016/N), United Kingdom – National Broadband Scheme for the UK for 2016–2020, Rn. 40; Komm., Beschl. v. 12.12.2013, SA.37558 (2013/N), Romania – Ro-NET project, Rn. 24 ff.; Komm., Beschl. v. 4.12.2013, SA.33656 (2012/NN), Ireland – Next Generation (backhaul) Network (NGN) alongside a gas pipeline in Galway and Mayo, Rn. 18 f.; Komm., Beschl. v. 18.12.2012, SA.34199 (2012/N), Italy – Digital Plan – Super-fast broadband, Rn. 19 f.; Komm., Beschl. v. 30.11.2012, SA. 33641 (2011/N), Greece – Metropolitan Area Networks (MAN)/Fibre to the home (FTTH) Greece, Rn. 19 ff.; Komm., Beschl. v. 19.10.2011, SA.31316 (N 330/2010), France – Programme national „Très Haut Débit“-Volet B, Rn. 13; Komm., Beschl. v. 13.12.2010, SA. N 497/2010, United Kingdom – SHEFA-2 Interconnect, Rn. 19b; Komm., Beschl. v. 11.8.2010, SA. N 407/2009, Spain – Optical fibre Catalonia (Xarxa Oberta), Rn. 32 f.; Komm., Beschl. v. 30.4.2010, SA. N 646/2009, Italy – National broadband plan for rural areas in Italy, Rn. 19; Komm., Beschl. v. 30.9.2009, SA N 331/2008, France – Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine, Rn. 31 und 56; Komm., Beschl. v. 11.3.2008, SA. N 412/2007, Italy – Aid to reduce the digital divide in Piedmont, Rn. 14 und 18; Komm., Beschl. v. 10.7.2007, SA. N 890/2006, France – Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit, Rn. 22; Komm., Beschl. v. 8.3.2006, Ireland – Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (“MANs”), phases II and III, Rn. 23; Komm., Beschl. v. 6.4.2005, SA. N 583/2004, España – Banda ancha en zonas rurales y aisladas, Rn. 16; Komm., Beschl. v. 3.5.2005, SA. N 382/2004, France – Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la region Limousin (DORSAL), Rn. 5 und 18 ff.; Komm., Beschl. v. 16.11.2004, SA. N 381/2004, France – Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques, Rn. 16 und 32.

ten Regionen zu fördern. Es handelt sich um eine klassische Komponente der Förderprogramme in Form des sogenannten „Betreibermodells“.⁴⁷²

I. Beispiele für die Ausgestaltung des Konzessionsmodells zum Aufbau und Betrieb staatlicher Infrastrukturen

Besonders plakativ lässt sich die Funktionsweise des Modells am griechischen „Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme“⁴⁷³ (dazu 1.) und der italienischen „Strategia Banda Ultralarga“⁴⁷⁴ (dazu 2.) darstellen.

1. Das griechische „Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme“

Mithilfe des „Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme“ soll in Griechenland der Ausbau gigabitfähiger Infrastrukturen in weißen Flecken beschleunigt werden.⁴⁷⁵ Die weißen Flecken werden in Gebiete der Kategorie A, in denen mit einem eigenwirtschaftlichen Gigabitausbau zu rechnen ist und Gebiete der Kategorie B, in denen kein eigenwirtschaftlicher Ausbau gigabitfähiger Infrastruktur zu erwarten ist, unterteilt.⁴⁷⁶ In den Gebieten der Kategorie A werden zu Beginn des Programmes Bandbreiten von 100 Mbit/s gewährleistet, die bis zum Ende des Programmes auf 1 Gbit/s beschleunigt werden müssen.⁴⁷⁷ Die Konzession kann maximal für einen Zeitraum von 26 Jahren vergeben werden, wobei mindestens

472 Komm., Beschl. v. 22.7.2015, SA.41416 (2015/N), Deutschland – NGA-Förderregelung Baden-Württemberg, Rn. 25; Komm., Beschl. v. 21.4.2015, SA.39518 (2014/N), Deutschland – NGA-Cluster Nordhessen, Rn. 20 ff.; Komm., Beschl. v. 30.8.2012, SA.34809 (2012/N), Deutschland – NGA-Breitbandnetz Markt Reisbach, Rn. 14.

473 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N) – Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme.

474 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N) – Italy – Strategia Banda Ultralarga.

475 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N) – Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 13.

476 Die griechische Regierung geht davon aus, dass etwa 63 % der Zielgebiete in die Kategorie A und 37 % der Zielgebiete in die Kategorie B fallen; Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 14.

477 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 14.

drei Jahre auf die Bauzeit entfallen und die restliche Vertragslaufzeit für den Betrieb genutzt wird.⁴⁷⁸ Die errichtete passive Infrastruktur bleibt nach dem Ablauf des Konzessionsvertrages in staatlichem Eigentum.⁴⁷⁹ Der Konzessionsnehmer, der insbesondere die Infrastruktur auf Kosten des Staates errichtet und betreibt, wird in einem komplexen Verfahren ausgewählt, in das die Öffentlichkeit umfassend eingebunden wird.⁴⁸⁰ Gegen die Zahlung eines entsprechenden Entgeltes erhalten Telekommunikationsunternehmen Zugang zu der Infrastruktur im Konzessionsgebiet.⁴⁸¹

2. Die italienische „Strategia Banda Ultralarga“

Mithilfe der „Strategia Banda Ultralarga“ soll in Italien eine hochleistungsfähige digitale Infrastruktur in „weißen Flecken“ geschaffen werden.⁴⁸² Der Fokus des Programmes liegt jedoch auf der Herstellung von Breitbandanschlüssen und nicht zwingend auf dem Erreichen von Übertragungsgeschwindigkeiten im Gigabitbereich. Der Auf- und Ausbau der Infrastruktur wird vollständig mithilfe staatlicher Mittel finanziert.⁴⁸³ Die Infrastruktur bleibt nach Ablauf der Konzessionsverträge im Eigentum des Staates.⁴⁸⁴ Bei den Konzessionsverträgen wird zwischen einer Baukonzession, also der Errichtung der passiven Infrastruktur, und einer Dienstleistungskonzession, also dem Betrieb, der Wartung und dem Vertrieb der Infrastruktur, unterschieden.⁴⁸⁵ Es finden zwei separate Ausschreibungsverfahren statt. Es können auch mit einem einzigen Unternehmen beide Kon-

478 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 19.

479 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 20.

480 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 27 ff.

481 Komm., Beschl. v. 31.7.2019, SA.53135 (2019/N), Greece – Ultrafast Broadband Infrastructure Scheme, Rn. 31 ff.

482 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 13.

483 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 29.

484 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 26; Wernick/Queder/Strube Martins u.a., Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unversorgter Gebiete, S. 47.

485 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 25.

zessionsverträge abgeschlossen werden.⁴⁸⁶ In diesem Fall muss das Unternehmen die Tätigkeiten jedoch in separierten Unternehmenszweigen erbringen.⁴⁸⁷ Sofern beim Auf- und Ausbau des Netzes auf Bestandsinfrastruktur zurückgegriffen wird, wird das Nutzungsrecht ein Bestandteil der staatlichen Infrastruktur.⁴⁸⁸ Der Konzessionsnehmer wird in einem komplexen Auswahlprozess bestimmt,⁴⁸⁹ wobei das wirtschaftlichste Angebot gewinnt.⁴⁹⁰ Telekommunikationsunternehmen erhalten gegen Entgelt Zugang zur Infrastruktur, die vom Konzessionsmodell erfasst ist.⁴⁹¹

3. Gemeinsamkeiten der Modelle

Bei den betrachteten Ausgestaltungsbeispielen fallen trotz einiger Unterschiede in Detailfragen auch Gemeinsamkeiten auf. So wird die Infrastruktur jeweils durch den Staat finanziert und bleibt auch in dessen Eigentum. Der Wettbewerb wird mithilfe der Ausschreibung des Bauvorhabens und des Betriebes sichergestellt. Lediglich die Finanzierung übernimmt der Staat, sodass es sich um besondere Ausgestaltungsformen von Förderprogrammen handelt.

486 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 25; *Kübling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 98.

487 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORGTER Gebiete, S. 47.

488 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 28; *Kübling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 98; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORGTER Gebiete, S. 47.

489 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 34.

490 Die Kriterien werden in Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 40 ff. dargestellt.

491 Komm., Beschl. v. 30.6.2016, SA.41647 (2016/N), Italy – Strategia Banda Ultralarga, Rn. 46 f.

4. Klassifikation als Konzessionsmodell

Daher stellt sich die Frage, ob die Förderprogramme in Italien und Griechenland als Konzessionsmodelle bezeichnet werden können. Zuweilen werden sie in der Literatur als Lizenzmodelle bezeichnet.⁴⁹² Es wird davon ausgegangen, dass es sich nicht um ein Konzessionsmodell handele, da keine exklusiven Wegerechte vergeben würden.⁴⁹³ Die Verwendung des Begriffes „concessions“ in den englischsprachigen Entscheidungen der Kommission zur Konformität mit dem EU-Beihilfenrecht sei missverständlich.⁴⁹⁴ Insbesondere wird gegen die Klassifikation als Konzessionsmodell eingewandt, dass ein Überbau stattfinden könne, der bei der italienischen „Strategia Banda Ultralarga“ auch zu beobachten sei.⁴⁹⁵ Nach dieser Ansicht ist eine Exklusivität, die einen Überbau der aufgebauten Infrastruktur verhindert, essentiell für eine Konzession. Ein solch enges Verständnis überzeugt jedoch vor dem Hintergrund der vielseitigen Verwendung des Konzessionsbegriffes nicht (A. I.-III.). Die Vergabe exklusiver Wegerechte prägt vielmehr lediglich den Konzessionsbegriff des Energierechts und nicht Konzessionen im Allgemeinen.

Im vorliegenden Fall lässt der Staat von privaten Unternehmen eigene Infrastruktur errichten oder betreiben. Der Staat hat an dem Aufbau und dem Betrieb seiner Infrastruktur ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse, während das Betriebsrisiko beim Infrastrukturunternehmen liegt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Konzessionsbegriffes des Vergaberechts gemäß Art. 5 Abs. 1 KVRL und § 105 Abs. 1 GWB sind erfüllt, sodass auch diese Methode der Ausbauförderung als Konzessionsmodell bezeichnet werden kann. Aufgrund dieser Ausrichtung soll das Modell im Folgenden als Konzessionsmodell zum Aufbau und Betrieb staatlicher Infrastruktur bezeichnet werden.

⁴⁹² Wernick/Queder/Strube Martins *u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORGTER Gebiete, S. 47.

⁴⁹³ Wernick/Queder/Strube Martins *u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORGTER Gebiete, S. 48.

⁴⁹⁴ Wernick/Queder/Strube Martins *u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORGTER Gebiete, S. 48.

⁴⁹⁵ Wernick/Queder/Strube Martins *u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORGTER Gebiete, S. 48.

II. Abgrenzung zum Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte und das vorliegende Konzessionsmodell verfolgen unterschiedliche Ansätze. Anders als beim erstgenannten Modell wird mithilfe des vorliegenden Konzessionsmodells lediglich die Förderung paralleler Infrastrukturen und nicht deren Aufbau verhindert. Es entsteht ein Ausschreibungswettbewerb um den geförderten Breitbandausbau (Kapitel 5, C. III.). Der privatwirtschaftliche Infrastrukturausbau bleibt im betreffenden Gebiet mithin möglich, auch wenn ihm fehlende Fördermittel faktisch entgegenstehen und damit innerhalb dieses Modells auch ein Wettbewerb der Infrastrukturanbieter im Konzessionsgebiet verbleibt. Insbesondere kann beim vorliegenden Fördermodell die Bestandsinfrastruktur weiterhin genutzt werden, sofern sie nicht zum Bestandteil des Konzessionsnetzes geworden ist. Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte ist hingegen kein Förderprogramm, sondern flankiert ein solches vielmehr. Den Modellen liegt ein unterschiedliches Konzessionsverständnis zu Grunde und sie verfolgen unterschiedliche ökonomische Ansätze, sodass sie nur eingeschränkt miteinander vergleichbar sind.

III. Ergebnis

Das Konzessionsmodell zum Aufbau und Betrieb staatlicher Infrastruktur unterscheidet sich grundlegend vom Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte. Es handelt sich um eine spezielle Kooperationsform zwischen Staat und Privatwirtschaft. Trotz der exklusiven Vergabe von Fördermitteln bleibt der parallele Infrastrukturausbau ohne Förderung möglich. Der Staat fungiert als Finanzierer und Eigentümer der Infrastruktur. Die wesentlichen gesetzlichen Rahmenbedingungen für den kooperativen Breitbandausbau werden später umfassend untersucht (Kapitel 5).

E. Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Fördermittel

Das portugiesische „High speed broadband Portugal“-Programm stellt ein Konzessionsmodell dar, um die digitale Kluft im Land zu verringern, und nutzt hierzu eine exklusive Vergabe von Fördermitteln.⁴⁹⁶ Auf Basis eines umfassenden Mappings und einer Abdeckungsanalyse, die durch eine Öffentlichkeitskonsultation validiert wurden, wurden 139 Gemeinden mit einem Netzausbaudefizit identifiziert.⁴⁹⁷ Mithilfe des Programmes sollte in diesen Gebieten eine Versorgungsrate von 50 Prozent mit NGA-Infrastrukturen sichergestellt werden.⁴⁹⁸ Die 139 Gemeinden wurden hierzu in fünf Gebiete unterteilt, in denen der Aufbau und Betrieb der Infrastruktur ausgeschrieben werden.⁴⁹⁹ Der Konzessionsvertrag wurde für eine Dauer von 20 Jahren an dasjenige Unternehmen vergeben, das das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hatte.⁵⁰⁰ Dabei ist eine vertikale Integration des Unternehmens möglich, sodass es auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen tätig werden kann.⁵⁰¹ Andere Telekommunikationsunternehmen erhalten einen umfassenden Zugang zu der Infrastruktur.⁵⁰²

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Fördermittel in Portugal ist zwar mit dem Konzessionsmodell verwandt, in dem staatliche

496 Komm., Beschl. v. 19.1.2011, SA.30317, Portugal – High-speed broadband Portugal, Rn. 11; zu den Erfahrungen mit diesem Modell *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 114.

497 Komm., Beschl. v. 19.1.2011, SA.30317, Portugal – High-speed broadband Portugal, Rn. 13 ff.

498 Komm., Beschl. v. 19.1.2011, SA.30317, Portugal – High-speed broadband Portugal, Rn. 13; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 99; zu den Einzelheiten *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 116.

499 Komm., Beschl. v. 19.1.2011, SA.30317, Portugal – High-speed broadband Portugal, Rn. 19.

500 Komm., Beschl. v. 19.1.2011, SA.30317, Portugal – High-speed broadband Portugal, Rn. 20; *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 99.

501 *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 99; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unverSORgter Gebiete, S. 47.

502 Komm., Beschl. v. 19.1.2011, SA.30317, Portugal – High-speed broadband Portugal, Rn. 28 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 115.

Infrastrukturen mithilfe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen aufgebaut werden. Allerdings steht die errichtete Infrastruktur nicht im Eigentum des Staates. Der Staat stellt die finanziellen Mittel zur Verfügung, die benötigt werden, um die Infrastruktur durch privatwirtschaftliche Unternehmen auszubauen. Das Unternehmen erhält die Investitionssicherheit durch die Stellung als Konzessionsnehmer und die Sicherheit, dass keine weiteren Fördermittel im Konzessionsgebiet vergeben werden. Im Ergebnis handelt es sich auch in dieser Hinsicht um eine öffentlich-private Kooperation. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für eine Ausgestaltung von Kooperationen werden später näher beleuchtet (Kapitel 5).

F. Ergebnis

Konzessionsrechte sind Grundlage für verschiedene Maßnahmen zur Erhöhung der Investitionssicherheit im Infrastrukturausbau. Dabei wird der Begriff der „Konzession“ in der deutschen Rechtswissenschaft trotz eines einheitlichen Ursprungs und der partiellen Verfügbarkeit von Legaldefinitionen nicht einheitlich verwendet. Vielmehr ist der Begriff in dem jeweiligen thematischen Zusammenhang autonom abzugrenzen und hinsichtlich seiner Wesensmerkmale zu untersuchen. Alle zuvor untersuchten Konzessionsmodelle haben gemeinsam, dass sie die Investitionsanreize mithilfe von Exklusivität erhöhen wollen. Kannte das Telekommunikationsrecht bis vor Kurzem nur die Möglichkeit, exklusive Rechte bei technischen Notwendigkeiten zu gewähren, wurde dieser Grundsatz durch den Privilegierungstatbestand in Art. 76 in Verbindung mit Art. 79 EKEK aufgeweicht. Die Verbesserung von Investitionsbedingungen kann ebenfalls, wenn auch nur unter hohen Anforderungen, eine exklusive Rechtevergabe legitimieren. Sobald eine solche stattfindet, haben aber alle Exklusivrechte gemein, dass die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb durch umfassende Maßnahmen ausgeglichen werden.

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte ist lediglich ein Konzept, das derzeit in keinem Mitgliedstaat der Europäischen Union angewandt wird. Es ließe sich aus verschiedenen Gründen nicht rechtskonform umsetzen. Daher ist davon auszugehen, dass es in Zukunft keine weitergehende Bedeutung erlangen wird. Das Konzessionsmodell zum Aufbau und Betrieb staatlicher Telekommunikationsinfrastrukturen wird im unionalen und nationalen Recht hingegen bereits verschiedentlich umgesetzt und fügt sich in den Rechtsrahmen ein. Es handelt sich, je nach Ausgestaltung, um eine Bau- und Dienstleistungskonzessio-

nen. Im Ergebnis fungiert der Staat als Kooperationspartner im Infrastrukturausbau. Durch die Übernahme und Aufteilung von Investitionsrisiken soll die Amortisation der Investitionen erleichtert werden. In Deutschland wird es als „Betreibermodell“ in Förderprogramme integriert.

Das Konzessionsmodell auf Basis der Vergabe exklusiver Fördermittel ist mit dem Konzessionsmodell zum Aufbau und Betrieb staatlicher Telekommunikationsinfrastrukturen verwandt. Die exklusive Fördermittelvergabe wird in den deutschen Förderprogrammen grundsätzlich umgesetzt. Hierdurch entsteht ein Ausschreibungswettbewerb im geförderten Breitbandausbau (Kapitel 5, C. III.).

Der Begriff der „Konzessionsmodelle“ ist somit ein Sammelbegriff für unterschiedliche Modelle, in denen der Staat mithilfe der Vergabe exklusiver Rechte die Investitionsbedingungen zu verbessern sucht. Solange dies innerhalb des rechtlichen Rahmens erfolgt, handelt es sich um einen praktikablen Ansatz zur Beschleunigung des Glasfaserausbau in den betreffenden Gebieten. Der Ausbau sollte jedoch stets im schonenden Ausgleich mit dem Wettbewerb gefördert werden, um die negativen Folgen der staatlichen Marktintervention so gering wie möglich zu halten.