

**Der Ausgleichsanspruch für die erweiterte Nutzung
von Energieversorgungsleitungen zu
Telekommunikationszwecken
im Lichte des Unionsrechts**

**Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Dr. iur.
Im Fachbereich Rechtswissenschaften
der Justus-Liebig-Universität Gießen**

**vorgelegt von
Wilfried Michael Boms**

Gießen 2010

Dekanin:	Prof. Dr. Gabriele Britz
Erstgutachter:	Prof. Dr. Thilo Maruhn, M.Phil.
Zweitgutachter:	Prof. Dr. Martin Eifert
Tag der Disputation:	12. Februar 2010

Vorwort

Bei der vorliegenden Schrift handelt es sich um eine überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die ich im Mai 2008 der Juristischen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen vorgelegt habe. Literatur und Rechtsprechung wurden mit Stand April 2008 verarbeitet, während die Rechtsnormen den Stand Dezember 2010 berücksichtigen.

Mein aufrichtiger Dank gilt Herrn Prof. Dr. Thilo Maruhn, der mich in meinem Vorhaben bestärkt und dieses mit Anregungen und wertvoller Kritik unterstützt hat. In diesen Dank schließe ich Herrn Prof. Dr. Martin Eifert als Zweitgutachter ein.

Ich widme diese Arbeit meiner Frau Ulrike und meinen Kindern Kristina, Marie und Felix.

Inhaltsverzeichnis zum Hauptteil

TITEL	1
EINLEITUNG	2
TEIL I ANWENDUNGSVORRANG DES UNIONSRECHTS VOR KOLLIDIERENDEM NATIONALEN RECHT	10
A) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht	10
I) Grundlagen	10
1) Loyalitätspflicht und Vertragstreue gemäß Art. 291 AEUV	10
2) Verordnung	14
3) Richtlinie	14
a) Umsetzungspflicht	15
b) Vorwirkung vor Ablauf der Umsetzungsfrist	15
c) Richtlinienkonforme Auslegung	16
d) Im Einzelfall doch unmittelbare Wirkung von Richtlinien	18
II) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vorrang des Unionsrechts	20
1) Grundsätzliches	20
2) Nationaler Vollzug des Unionsrechts	22
a) <i>Effet utile</i>	22
b) Durchbrechung der Bestandskraft von nationalen Verwaltungsakten, die auf einer unrichtigen Auslegung des Unionsrechts beruhen	23
c) Fälle der Bestandskraft von Verwaltungsakten, in denen der Rechtsweg nicht ausgeschöpft wurde	28
B) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht	30
C) Europäische Menschenrechtskonvention	36
D) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht	42
I) Bundesverwaltungsgericht nach Vorliegen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der verbundenen Rechtssache C-392/04 und C-422/04 (Lizenzgebühren) und Vergleich mit der Rechtslage bei den Gebühren für Ortsnetzziffernummern	42
II) Bundesverwaltungsgericht zur Rückforderung Unions-rechtswidriger Beihilfen	50
E) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht	52

F) Eigene Wertung unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung	53
I) Einleitung	53
II) Verfassungsrechtliche Grundlage gemäß Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz	55
1) „Europatreue“ des Grundgesetzes	55
2) „Im Wesentlichen mit dem Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz“ auf Unionsebene	60
a) Einleitung	60
b) Vom Europäischen Gerichtshof entwickelter Grundrechtsschutz	60
c) Grundrechtecharta / EMRK / Grundrechtskatalog	71
d) Eigentumsgrundrecht	78
III) Ergebnis	85
G) Ergebnis: Anwendungsvorrang des Unionsrechts	88
 TEIL II DIE BESTIMMUNG DES § 76 ABS. 2 SATZ 2 TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ	 90
A) Europäischer Rechtsrahmen	90
I) Ursprünglicher Rechtsrahmen	90
II) Rechtsrahmen 2002	104
III) Fortgeltung der Grundsätze der Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG über die Einführung des neuen Rechtsrahmens hinaus	109
1) Rechtsrahmen 2002	109
2) Leitlinien der Kommission	112
3) Rechtsrahmen 2009/10	113
4) Wertung und Ergebnis	119
B) Entwicklung der deutschen Gesetzgebung vom § 12 Telegraphenwege- gesetz bis hin zum § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	124
I) Verfassungsrechtlicher Rahmen	124
II) Einfachgesetzliche Regelung im Telekommunikationsgesetz	131
C) Deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	134
I) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	135
1) Beschluss vom 25.01.1999 im Verfahren 1 BvR 1499/97	135
a) Sachverhalt	135
b) Entscheidung	135
c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	137
2) Nichtannahmebeschluss vom 18.01.2001 im Verfahren 1 BvR 1700/00	138
a) Sachverhalt	138
b) Entscheidung	138
c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	140
3) Nichtannahmebeschluss vom 26.08.2002 im Verfahren 1 BvR 142/02	141
a) Sachverhalt	141
b) Entscheidung	142
c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	144

VII

4)	Beschluss vom 20.01.2005 im Verfahren 1 BvR 290/01	145
a)	Sachverhalt	145
b)	Entscheidung	146
c)	Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	147
II)	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	148
1)	Urteil vom 07.07.2000 im Verfahren V ZR 435/99	148
a)	Sachverhalt	148
b)	Entscheidung	148
c)	Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	150
2)	Neun Urteile vom 23.02.2001	151
a)	Sachverhalt	152
b)	Entscheidung	152
c)	Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	153
4)	Urteil vom 14.05.2004 im Verfahren V ZR 292/03	153
a)	Sachverhalt	153
b)	Entscheidung	153
c)	Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	154
5)	Urteil vom 17.06.2005 im Verfahren V ZR 202/04	155
a)	Sachverhalt	155
b)	Entscheidung	155
c)	Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	156
6)	Urteil vom 16.09.2005 im Verfahren V ZR 242/04	156
a)	Sachverhalt	156
b)	Entscheidung	156
c)	Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch	157
D)	Eigene Wertung unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	158
I)	Anspruchsberechtigter	158
II)	Anspruchsschuldner	158
1)	TKG (2004)	158
2)	TKG (1996)	159
III)	Pflicht zur Duldung einer Einwirkung nach Absatz 1	162
IV)	Erweiterte Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation / „sofern bisher keine Wege vorhanden waren, die zu Zwecken der Telekommunikation genutzt werden konnten“	166
1)	Wirtschaftlicher Hintergrund	166
2)	Zweck des Gesetzes	167
a)	Förderung einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen	167
b)	öffentliche Telekommunikation	169
c)	völlig neue Nutzung bzw. Nutzungsdimension	171
(1)	Wortlaut des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) sowie die Intention des Bundesgesetzgebers	173
(2)	Ausgleich für Nutzungsbeschränkung oder für die Einschränkung des Rechts, mit der Sache nach Belieben zu verfahren?	179
(3)	Verfassungsrechtliche gebotene Auslegung?	180
(a)	Einleitung	180
(b)	Eigentum nach Art. 14 GG	181
(aa)	Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 GG?	181
(bb)	Inhalts- und Schrankenbestimmung	187
(aaa)	Art und Intensität des Eingriffs und seine Ausgleichswürdigkeit	188
(bbb)	Verfassungsrechtlicher Auftrag nach Art. 87f GG	189
(ccc)	Ergebnis	203
(cc)	Verhältnismäßigkeit	205
(c)	Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und Betätigungsfreiheit nach Art. 87f Abs. 2, S. 1 i.V.m. Abs. 1 GG	205
(d)	Ergebnis	206

VIII

3) Ergebnis	207
V) Ausgleichshöhe	208
E) Zusammenfassung	209
TEIL III UNIONSRECHTSWIDRIGKEIT	210
A) Richtlinie 90/388/EWG unter Berücksichtigung der Änderung durch die Richtlinie 96/19/EG	210
I) Wettbewerbssituation bei der Nutzung von oberirdischen Leitungen über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, zu Telekommunikationszwecken bis zum 31. Juli 1996	210
II) Wettbewerbssituation bei der Nutzung von oberirdischen Leitungen über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, zu Telekommunikationszwecken seit dem 1. August 1996	211
III) Wertung unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Eigentumsgrundrechts	212
1) Unter Zugrundelegung der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	215
2) Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz	217
IV) Zusammenfassung	219
B) Vergleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und Entscheidungen der Kommission in Fällen mit telekommunikationsrechtlichem Bezug	220
I) Vergleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Falle der Gebühren für Ortsnetzzurufnummern	220
II) Vergleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Falle der Lizenzgebühren	224
III) Vergleich mit Entscheidungen der EU-Kommission im Telekommunikationsbereich	226
IV) Das Verfahren des Europäischen Gerichtshofs zum „Lex Telekom“	227
V) Vergleich mit dem Verfahren C-462/99 - Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH gegen Telekom-Controll-Kommission	229
VI) Urteil des Europäischen Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen C-292/01 und C-293/01 (Albacom SpA und Infostrada SpA)	230
C) Wertung	232
D) Auswirkungen der Unionsrechtswidrigkeit der § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegenden Regelung im nationalen Bereich	234
I) Unmittelbare Wirkung der Richtlinie 90/388/EWG unter Berücksichtigung der Änderung durch die Richtlinie 96/19/EG	234
II) Rechtsfolge, sollte der Europäische Gerichtshof die Unionsrechtswidrigkeit der § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegenden Regelung feststellen	237
1) Keine Anwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996)	237
2) Schadenersatzpflicht der Bundesrepublik Deutschland	241

TEIL IV	ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN	248
A)	§ 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) führen zur Festigung des bei der Liberalisierung bereits bestehenden Wettbewerbsvorteils des ehemaligen Monopolisten und erschweren die Entstehung eines freien und offenen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt.	248
B)	Art. 4 lit. d der Richtlinie 90/388/EWG in der durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Fassung ist mit dem gemeinschaftlichen Eigentumsgrundrecht vereinbar.	248
C)	Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) ist unmöglich.	249
D)	Wird der Verstoß der in § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zum Ausdruck kommenden Regelung in einem Vorabentscheidungsverfahren festgestellt, sind diese Regelungen unanwendbar.	250
E)	Die Inhaber der Leitungswege und die Telekommunikationsunternehmen können sich gegenüber den Grundstückseigentümern auf die Unanwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) berufen.	250
F)	Die Telekommunikationsunternehmen können sich gegenüber den Inhabern der Leitungswege auf die Unanwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) berufen.	251
G)	Die Bundesrepublik Deutschland ist schadenersatzpflichtig.	251
	BIBLILOGRAPHIE	253

X

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAPT	Bundesamt für Post und Telekommunikation
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNetzA	Bundesagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CR	COMPUTER UND RECHT
d.	des
ders.	derselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EA-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG-Organe	Organe der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (eigentlich: Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten)
erg.	ergänze
Erg.lfg.	Ergänzungslieferung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht

XIII

EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EU-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTEG	Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
i.w.S.	im weiteren Sinne
lit.	litera
LWL	Lichtwellenleiter
LWL-Kabel	Lichtwellenleiterkabel
JURA	Jura

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
MMR	Multimedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG NRW	Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen
PostG	Postgesetz
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Satz (in einer Norm)
S.	Seite
Slg.	Sammlung
sog.	so genannte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKG (1996)	Telekommunikationsgesetz von 1996
TKG (2004)	Telekommunikationsgesetz von 2004
TKG-E	Entwurf des Telekommunikationsgesetzes
TKLGebV	Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung

TKLGebV (1997)	Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung vom 28.07.1997
TKLGebV (2002)	Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung vom 09.09.2002
TMR	Telekommunikations- & MedienRecht
TNGebV	Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung
TWG	Telegraphenwegegesetz
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VerfGrdl.	Verfassungsgrundlagen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VwKostG	Verwaltungskostengesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

**Der Ausgleichsanspruch für die erweiterte Nutzung
von Energieversorgungsleitungen zu
Telekommunikationszwecken
im Lichte des Unionsrechts**

Der Ausgleichsanspruch für die erweiterte Nutzung von Energieversorgungsleitungen zu Telekommunikationszwecken im Lichte des Unionsrechts

Einleitung

Im Zuge der Liberalisierung des Telekommunikationssektors war es erforderlich, gesetzliche Bestimmungen zu den Wegerechten zu schaffen. Den Telekommunikationsunternehmen musste die Möglichkeit eingeräumt werden, Wegerechte sowohl im Bereich der öffentlichen Verkehrswege in Anspruch zu nehmen, wie auch bei privaten oder öffentlichen Grundstücken, die keine Verkehrswege darstellen. Ohne derartige Berechtigungen wäre es den Unternehmen nicht möglich gewesen, im erforderlichen Umfang Telekommunikationsnetze aufzubauen, um im Bundesgebiet angemessene und ausreichende Telekommunikationsleistungen anbieten zu können, wie es vom verfassungsändernden Gesetzgeber gemäß Art. 87f GG gefordert wird. Soweit der Gesetzgeber hier auf private Grundstücke zurückgegriffen hat, war die dem Eigentümer auferlegte Duldungspflicht vor dem Hintergrund des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG zu werten. Das Telekommunikationsgesetz aus dem Jahre 1996 sah gemäß § 57 Abs. 2 S. 2 in bestimmten Fällen als Ausgleich die Zahlung einer einmaligen Summe an den Grundstückseigentümer vor. Diese Bestimmung wurde fast wortgleich im Rahmen der Gesetzesnovelle in § 76 Abs. 2 S. 2 TKG (2004) übernommen. Neben der verfassungsrechtlichen Situation war und ist jedoch auch die unionsrechtliche Lage in den Blick zu nehmen. Die Öffnung des Telekommunikationssektors war auf Unionsebene initiiert worden; Richtlinien enthielten unionsrechtliche Vorgaben zur künftigen Ausgestaltung des nationalen Telekommunikationsrechts einschließlich der Wegerechte.

Wendet man sich der Prüfung zu, ob die Ausgleichspflicht mit dem Unionsrecht konform ist, muss man sich zunächst ein Bild von der Leitungssituation in der Bundesrepublik Deutschland und den sich hieraus ergebenden ökonomischen Folgen zu machen.

Für die neu in den Markt tretenden Telekommunikationsunternehmen stellte sich bereits zu Beginn ihrer wirtschaftlichen Betätigung im liberalisierten Telekommunikationsmarkt die Frage, ob sie bei ihrem Dienstleistungsangebot auf das bestehende Telefonnetz der Deutschen Telekom AG im Rahmen der regulatorischen Bedingungen zurückgreifen oder aber in eigene Infrastruktur investieren sollten. Im Interesse des sowohl auf europäischer Ebene wie auch von Verfassung wegen gewünschten effizienten Wettbewerbs und einer flächendeckenden Versorgung mit modernen Telekommunikationsdienstleistungen war es nicht wünschenswert, nur auf dem bestehenden Telefonleitungsnetz des bisherigen Monopolisten aufzubauen. Denn dieses hätte nicht ausgereicht, den künftigen Marktanforderungen gerecht zu werden. Ein echter Dienstwettbewerb, wie er im Interesse eines leistungsfähigen, modernen Telekommunikationsmarktes in der Union und damit auch in der Bundesrepublik gefordert ist, konnte nur dann erreicht werden, wenn auch ein Wettbewerb auf der Ebene der Infrastruktur gewährleistet war.¹ Vor eben dieser Erkenntnis hat sich eine Reihe von Telekommunikationsunternehmen – aus der Retrospektive betrachtet unternehmerisch richtig – für den Aufbau eines eigenen Netzes entschieden. Dabei wurde nicht vorwiegend ein eigenes neues Netz gebaut; vielmehr griffen die Carrier² im weit überwiegenden Teil durch Kooperationen mit bzw. Anmietungen bei den Energieversorgern auf deren Netze zurück. Daneben wurde selbstredend auch auf das bereits existierende Telefonnetz der Deutschen Telekom AG zurückgegriffen, sei es bei sog. Carrier- oder Standardfestverbindungen, bei der Übertragung von Telefonverkehr im Wege der Zusammenschaltungsvereinbarungen oder bei der sog. Teilnehmeranschlussleitung, der sog. „letzten Meile“.

Im hier interessierenden Bereich ist das Augenmerk auf die Strecken der Energieversorgungsunternehmen zu legen, mit deren Hilfe diese über größere Entfernungen regionale oder auch lokale Verteilerstellen mit ihrem zentralen Netzen verbinden und so mit Strom bzw. Gas versorgen. Dies geschieht etwa im Strombereich über sog. Hochspannungsleitungen, im Gasbereich über Hochdruckleitungen. Diese originär dem Transport von Strom oder Gas dienenden Leitungen waren sozusagen komplementär mit parallel verlaufenden Kabeln versehen, die ursprünglich einzig dem Zweck der Überwachung und Steuerung der

¹ Diese Ansicht hat sich schrittweise bis zur Schaffung des TKG durchgesetzt. Im Sondergutachten der Monopolkommission von 1981 war noch von der Beibehaltung eines „bedingten Netzmonopols“ die Rede, weil ein Wettbewerb auf der Infrastrukturebene „volkswirtschaftlich nicht vertretbar“ sein.

² Vgl. auch: Wolf, in: Hoeren, Einleitung, Rz. 28 mit weiteren Nachweisen sowie Einleitung, Rz. 23.
² Netzbetreiber, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet.

Strom- bzw. Gasleitung dienen. Bei den Hochspannungsleitungen befinden sich diese Kabel in der Spitze der Hochspannungsanlagen, im obersten Kabel, dem sog. Erdkabel. Die Gasstrecken hingegen befinden sich in regelmäßig dinglych gesicherten Schutzstreifen, in denen etwa das Tiefpflügen oder das Anpflanzen von Bäumen untersagt ist. Hier werden die Steuerungskabel parallel zu den eigentlichen Versorgungsleitungen in den Schutzstreifen verlegt.

Wie bereits oben dargelegt, haben die Energieversorger mit Blick auf die bevorstehende Liberalisierung bereits in den 1980er-Jahren begonnen, die bis dahin regelmäßig aus Kupferdraht bestehenden Parallelleitungen durch leistungsstärkere LWL-Kabel auszutauschen. Dies geschah bei den Stromversorgern weit überwiegend im Zusammenhang mit dem ohnehin jeweils anstehenden Austausch der Erdkabel; diese sind einer enorm hohen physischen Belastung ausgesetzt und müssen schon vor diesem Hintergrund regelmäßig erneuert werden. Die Glasfaserverbindungen erlauben gegenüber den herkömmlichen Drahtleitungen ein Vielfaches an Leistungsvermögen und Einsatzmöglichkeiten für die interne Nutzung. Derartige Kabel, gleich welcher Bauart, dienen im weiteren Verlauf standardmäßig auch der internen Telekommunikation. Eine solche war im Rahmen sog. geschlossener Benutzergruppen rechtlich zulässig, da sie keine öffentliche Telekommunikation darstellte und so weder vom Monopol der Deutschen Telekom AG, noch nach der Liberalisierung von einer Lizenz oder dem Status als Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienstleistungen abhängig war. Wirtschaftlich folgerichtig haben die Energieversorger ihr Leitungsnetz für die interne Telekommunikation ausgebaut und es in diesem Sinne genutzt. Das Auswechseln von Kupferdraht- zu LWL-Kabeln geschah aber auch vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Öffnung des Telekommunikationsmarktes und der Möglichkeit, diese bestehenden Versorgungsstrecken auch für Telekommunikationszwecke zu nutzen, sei es durch neu gegründete Tochterunternehmen im Telekommunikationsbereich, sei es durch Vermietung der Leitungen an Telekommunikationsunternehmen.

Die Bundesregierung unterrichtete den Deutschen Bundestag im Rahmen des Sondergutachtens der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz³ unter anderem über die Ausmaße der bestehenden Netze. Danach hatte das hier interessierende Hochspannungsnetz im Jahre 2007 eine gesamte Stromkreislänge von 75.200 km.⁴ Dabei ist das Übertragungsnetz unter den vier deutschen Übertragungsnetzbetreibern aufgeteilt:

³ Unterrichtung des Deutschen Bundestages durch die Bundesregierung, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes; Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, BT-Drs. 16/7087.

⁴ Unterrichtung des Deutschen Bundestages durch die Bundesregierung, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes; Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, BT-Drs. 16/7087, S. 40 (Nr. 99).

EnBW Transportnetze AG, E.ON Netz GmbH, RWE Transportnetz Strom GmbH und Vattenfall Europe Transmission GmbH.⁵

Das deutsche Glasleitungsnetz umfasste im selben Jahr gut 380.000 km, davon waren 26 %, also 98.800 km als sog. Hochdruckleitungen (1 bis 100 bar), die dem Transport von Gas über weite Strecken zur Versorgung von regionalen und lokalen Weiterverteilern dienen.⁶ Somit kommen Strecken in einer Gesamtlänge von 174.000 km für eine erweiterte Nutzung in Betracht, wie sie dem § 76 TKG zugrunde liegt. Nähme man zum einen eine entsprechende Nutzung auf den Gesamtstrecken und zum anderen einen Ausgleichsbetrag in Höhe von 2,50 Euro/m überspanntem Grundstück an, so errechnete sich ein Gesamtbetrag der Ausgleichszahlungen von 435.000.000 Euro, selbst bei einer Ausgleichshöhe von nur 1,00 Euro/m überspanntem Grundstück ergäbe sich immerhin noch eine Summe in Höhe von 174.000.000 Euro.

Berücksichtigt man den Umstand, dass die Netze der Energieversorger in Teilbereichen und speziell auf den Fernstrecken teilweise parallel verlaufen, so relativiert sich die vorstehende Berechnung. Andererseits aber ist im Rahmen der Ausgleichsregelung nicht etwa auf die allgemeine Strecke von A nach B abzustellen, sondern auf den konkret über das Grundstück X bzw. Y verlaufenden Leitungsweg. Dies bedeutet, dass im Beispielsfall die Strecke von A nach B durchaus von zwei Gas- und einem Stromversorger in einzeln geführten Trassen überwunden wird und alle drei ihre Strecken faserweise an Telekommunikationsunternehmen vermieten, die diese für die kommerzielle Nutzung für die Öffentlichkeit in Gebrauch nehmen. In diesem Beispielsfalle kämen so die Leitungswege aller drei Versorgungsunternehmen für eine Ausgleichspflicht in Betracht. Hieraus wird die erhebliche finanzielle Belastung der neu in den Markt eintretenden Telekommunikationsunternehmen ersichtlich; eine Belastung, die den Markteintritt der neuen Unternehmen erschwert und zu einer Festigung des Marktvorsprungs des bisherigen Monopolisten führt.

Die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen der Ausgleichspflicht verstärken sich noch, wenn man die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigt. In den letzten Jahren haben sich sowohl das Bundesverfassungsgericht wie auch der Bundesgerichtshof mit der Ausgleichspflichtregel des § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz⁷ [n.F.,

⁵ Unterrichtung des Deutschen Bundestages durch die Bundesregierung, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes; Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, BT-Drs. 16/7087, S. 43 (Nr. 110 und Abbildung 3.7).

⁶ Unterrichtung des Deutschen Bundestages durch die Bundesregierung, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes; Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, BT-Drs. 16/7087, S. 105 (Ziffer 427).

⁷ Im Folgenden „TKG“ genannt, Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I, S. 1190), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. Februar 2007 (BGBl. I, S. 106).

dieser entspricht im Wortlaut im Wesentlichen dem § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996)] auseinander gesetzt.⁸ Hintergrund waren zunächst Rechtsstreitigkeiten zwischen den Grundstückseigentümern, über deren Grundstücke auch zu Telekommunikationszwecken nutzbare Leitungen von Energieversorgern geführt wurden, einerseits und den Energieversorgern als Eigentümer dieser Leitungsnetze andererseits. In den zugrunde liegenden Verfahren hatten die Energieversorger durchweg ihre Zahlungspflicht negiert. Der Bundesgerichtshof nimmt eine gesamtschuldnerische Haftung des Energieversorgers und (nur) desjenigen Telekommunikationsunternehmens an, das die jeweilige Leitung als Erstes kommerziell zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit nutzt; in der so definierten Erstnutzung sieht er das auslösende Moment für die Entstehung der Ausgleichspflicht. Diese Rechtsprechung führt zu einer Belastung desjenigen Telekommunikationsunternehmens, das als Erstes einen bereits vorhandenen Leitungsweg für Telekommunikationskunden nutzt. Sie bedeutet darüber hinaus eine gegenüber dem Gesetzeswortlaut deutlich erhöhte Zahl der für Ausgleichszahlungen in Betracht kommenden Fälle, so dass die wettbewerbserschwerende Wirkung wiederum zunimmt.

Darüber hinaus ist zwischen den Energieversorgungsunternehmen und den Telekommunikationsunternehmen, die dort Fasern zur telekommunikationsmäßigen Nutzung angemietet haben, die Diskussion um die Frage des im Innenverhältnis Ausgleichspflichtigen entbrannt. Im Zuge dieser Auseinandersetzungen sind diverse Klageverfahren anhängig, darunter auch Prozesse zwischen einem Energieversorger und Telekommunikationsunternehmen, die bei eben diesem Energieversorger LWL-Kabel zur telekommunikationsmäßigen Nutzung angemietet haben. Der Energieversorger vertritt dort die Auffassung, nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar im Außenverhältnis zusammen mit dem Telekommunikationsunternehmen, welches die jeweilige Strecke als erstes kommerziell zu Telekommunikationszwecken nutzt, den Ausgleich zugunsten der betroffenen Grundeigentümer zu schulden, im Innenverhältnis zu diesem Telekommunikationsanbieter jedoch einen Freistellungsanspruch zu haben. Zur Entscheidung steht dort somit die interne Haftung für die Ausgleichspflicht nach § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG; damit einher geht die Frage, ob durch die Kostenlast durch einen internen Freistellungsanspruch des Energieversorgers in Gänze auf das Telekommunikationsunternehmen abgewälzt werden, das den Leitungsweg erstmals im vorbezeichneten Sinne nutzt, um sich die wettbewerbserschwerenden Folgen nochmals verstärken.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798ff.; BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960ff.; BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736ff. = NJW 2003, 196ff.; BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741ff.; BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff., = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.; BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608ff.; BGH, Urteil vom 17.06.2005, V ZR 202/04, MMR 2005, 690ff.; BGH, Urteil vom 16.09.2005, V ZR 242/04, MMR 2005, 835ff.

Damit wird auch und gerade die Frage aufgeworfen, ob die in dieser Norm zum Ausdruck kommende Ausgleichspflicht unionsrechtskonform ist, diese nationale Regelung überhaupt angewandt werden darf. Mit dieser Thematik setzt sich die vorliegende Arbeit auseinander.

Dabei wird im ersten Teil zunächst das Verhältnis von Unionsrecht zum nationalen Recht im Allgemeinen für die Fälle dargestellt, in denen sich die in der nationalen Norm zum Ausdruck kommende Regelung nicht mit dem Unionsrecht in Übereinstimmung bringen lässt. Neben der unionsrechtlichen Sicht muss hier auf die bundesdeutsche Rechtsprechung näher eingegangen werden. In die Beurteilung fließen die Meinungen in der Rechtsliteratur ebenso ein wie die vertragliche Entwicklung der Europäischen Union.

Im zweiten Teil folgt zunächst eine Darstellung des europäischen Rechtsrahmens für den Bereich des Telekommunikationssektors einschließlich seiner Entwicklung und eines Ausblicks auf seine bereits in der Vorbereitung befindliche künftige Ausgestaltung. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt auf den unionsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Wegerechte über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind. Dabei wird das sich aus den Richtlinien herzuleitende „Ziel der Kontinuität“ zu beachten sein.

Nachdem die unionsrechtlichen Anforderungen für die Ausgestaltung des nationalen Rechts der Bundesrepublik Deutschland herausgearbeitet sind, beginnt die Betrachtung der bundesdeutschen Rechtslage mit einer Würdigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Bereich der Telekommunikation und setzt sich insbesondere mit den Gründen auseinander, die im Jahre 1994 zu einem Paradigmenwechsel von der gemeinwohl-orientierten Staatswirtschaft hin zu einer privatwirtschaftlichen Ausgestaltung und einer Änderung des Grundgesetzes geführt haben.

Es folgt eine Untersuchung der aktuellen einfachgesetzlichen Regelung im speziellen Bereich der Nutzung von Wegerechten über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind. Im Hinblick auf seine wettbewerbsmäßige und damit auch unionsrechtliche Relevanz wird dabei auch unter Einbeziehung seiner Historie auf § 10 (vormals § 12) Telegraphenwegegesetz⁹ einzugehen sein. Dieser war bis zum Inkrafttreten des TKG im Jahre 1996 die maßgebliche Grundlage für die Nutzung oberirdischer Leitungen durch den damaligen Monopolisten Deutsche Bundespost TELEKOM, aus der nach der Verfassungsänderung die Deutsche Telekom AG hervorgegangen ist. Ist das TWG auch außer Kraft getreten, so ist der früheren Gesetzeslage über das Unionsrecht weiterhin Bedeutung beizumessen.

⁹ Im Folgenden „TWG“ genannt, Telegraphenwegegesetz in der Neufassung (BGBl. I, S. 1054) der ab 01. Juli 1990 gültigen Fassung des Gesetzes vom 18.12.1899 (Reichsgesetzblatt, S. 705), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 14. September 1994 (BGBl. I, S. 2325).

Einen weiteren Schwerpunkt dieses Teils stellt sodann die Auseinandersetzung mit dem im nationalen Recht herrschenden Streit um die Auslegung der aktuell gültigen Ausgleichsnorm dar. Zur Einführung und nicht zuletzt auch wegen seiner praktischen Relevanz ist dabei zunächst der Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und ihre konkreten Auswirkungen auf den hier in Rede stehenden Ausgleichsanspruch zu richten. In die sich anschließende systematische Betrachtung der Ausgleichspflichtregelungen fließen die in Rechtsprechung und Rechtsliteratur vertretenen Auffassungen ein und bilden unter weiterer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Ausgangslage die Basis für die eigene Bewertung.

Der dritte Teil dieser Arbeit beschäftigt sich zunächst mit der Frage der Unionsrechtskonformität der Ausgestaltung der wegerechtlichen Ausgleichspflicht, wie sie dem Telekommunikationsgesetz zugrunde liegt.

Eingangs werden die Wettbewerbssituationen bei der telekommunikationsmäßigen Nutzung von oberirdischen Leitungen, die über Grundstücke, die nicht Verkehrsflächen sind, geführt werden, vor und nach Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes (1996) dargestellt und vor dem Hintergrund des europarechtlich geforderten freien Wettbewerbs bewertet. Hierbei wird zum einen die vom Bundesgerichtshof vertretene Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG Berücksichtigung finden, zum anderen aber auch die am Wortlaut orientierte Interpretation dieser Bestimmung. Es wird verdeutlicht, wie in beiden Fällen die Neuregelung nach dem TKG für die Telekommunikationsunternehmen eine Schlechterstellung gegenüber der Rechtslage nach dem TWG bedeutet. Legt man die einschränkende Auslegung zugrunde, bleiben Fallgestaltungen möglich, in denen die Telekommunikationsunternehmen für die Nutzung von oberirdischen Leitungen zu Zwecken der Telekommunikation einen Ausgleich an den betroffenen Eigentümer entrichten müssen, während dies nach dem TWG nicht der Fall gewesen wäre. Schließt man sich jedoch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, führt dies zu einer Ausdehnung der Anwendungsfälle des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG. Damit einher geht eine nicht unerhebliche Steigerung der Wettbewerbsnachteile im Vergleich zur Rechtslage nach dem TWG.

Hieran schließen sich Vergleiche mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes bzw. der Europäischen Kommission im Telekommunikationsbereich an nebst einem Ausblick im Verfahren des Europäischen Gerichtshofes zum sog. Lex-Telekom. Diese fließen in die Bewertung ein, ob die vom nationalen Gesetzgeber dem Ausgleichsanspruch nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG zugrundeliegende Regelung mit dem Unionsrecht konform ist. Dies wird verneint,

da eine der Richtlinie entsprechende Auslegung der nationalen Bestimmung nicht in Betracht kommt.

Sodann werden die Rechtsfolgen einer hier angenommenen Unionsrechtswidrigkeit dargestellt. Dabei wird zunächst die derzeitige Situation beleuchtet, nach der eine Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit durch den Europäischen Gerichtshof noch nicht vorliegt. Die weiteren Ausführungen nehmen sodann eine entsprechende Feststellung in einem Vorabentscheidungsverfahren als Grundlage an und beschäftigen sich mit den sich hieraus ergebenden Konsequenzen. Neben der Pflicht, die nationale Bestimmung unangewendet zu lassen, wird ebenfalls der Frage einer Schadenersatzverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland nachgegangen.

Die Arbeit schließt sodann mit dem vierten Teil, der eine Zusammenfassung in Thesen enthält.

Teil I Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht

Im Verlauf dieser Arbeit wird *in concreto* zu prüfen sein, ob die in der nationalen Norm des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG zum Ausdruck kommende Ausgleichsregelung mit einer Richtlinie des Unionsrechts konform ist. Liegt eine Diskrepanz der beiden Regelungen vor, stellt sich die Frage, welchen Einfluss die Richtlinie auf das die nationale Norm hat. Für den Bereich der Richtlinien ist dabei der Anwendungsvorrang zu untersuchen.

A) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht

Zunächst sei der Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gelenkt; die Herleitung und Entwicklung des Anwendungsvorranges wird im Einzelnen dargestellt.

I) Grundlagen

1) Loyalitätspflicht und Vertragstreue gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV

Betrachtet man den Einfluss von unionsrechtlichen Richtlinien auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten bedingt dies an erster Stelle die Frage nach dem Ausgangspunkt für die Beurteilung des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht. Dieser liegt in der in Art. 291 Abs. 1 AEUV¹⁰ (ex-Art. 10 EG-Vertrag¹¹) verankerten „Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit“ begründet,¹² aus der sich insbesondere eine Mitwirkungspflicht der einzelnen

¹⁰ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.2008 (ABl. C 115, S.47ff.), berichtigt ABl. C 290, S. 1ff. vom 30.11.2009 – abgedruckt unter Nr. 1001 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.10.2010.

¹¹ Soweit hier und im Folgenden vom „ex-Art. EG-Vertrag“ die Rede ist bezieht sich dies jeweils auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 02.10.1997 (BGBl. 1998 II, S. 386, ber. BGBl. 1999 II, S. 416), geändert durch Art. 2 Vertrag von Nizza vom 26.02.2001 (ABl. C 80, S. 1ff.), ber. ABl. C 96, S. 27ff.), Art. 4 Nr. 1 EU-Erweiterungs-Protokoll vom 26.02.2001 (ABl. C 80, S. 49ff., geänd. ABl. 2003 Nr. L 236, S. 33ff.), EU-Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003 (ABl. L 236, S. 33ff.), Art. 1 Protokoll Nr. 3 zur EU-Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003 (ABl. L 236, S. 940ff.) und EU-Beitrittsakte 2007 vom 25.04.2005 (ABl. L 157, S. 203ff.) – abgedruckt unter Nr. 1001 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.09.2007.

¹² Der EuGH verwendet hier verschiedene Begriffe, am häufigsten den der „Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit“. In Deutschland wird insoweit teilweise auch der Ausdruck „Gemeinschaftstreue“ verwendet: Kahl, in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 1ff. Von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 6 wendet sich eher gegen den Begriff der „Gemeinschaftstreue“, weist dieser doch auf nicht existente bundesstaatliche Strukturen hin. Nach hiesiger Auffassung ist der vom EuGH gewählten Terminologie der Vorzug zu gewähren, da der Begriff der

Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Unionsrechts ergibt,¹³ insbesondere eine Verpflichtung zur unionsrechtsfreundlichen Auslegung mitgliedstaatlicher Vorschriften¹⁴. Marauhn spricht bei der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit von einer im Verfassungsvertrag als Verfassungsgrundsatz zu wertenden¹⁵ und dem überkommenen Treuepflichten in föderativen Systemen nachgebildeten¹⁶ Unionstreue¹⁷, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihren Anteil an einem kohärenten Rechtsschutzsystem zu leisten.¹⁸ Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) wird daher zu Recht auch als „Schlüsselbestimmung“ für das vorgenannte Verhältnis der verschiedenen Rechtskreise¹⁹, des Unionsrechts einerseits und – hier – des deutschen Rechts andererseits, bezeichnet.²⁰ Er ist entgegen seinem Wortlaut nicht „eindimensional“ an die Mitgliedstaaten gerichtet, sondern „vierdimensional“ ausgerichtet, d.h. die aus der Unionstreue resultierenden Verpflichtungen sind sowohl vertikaler als auch horizontaler Natur und in beiden Konstellationen reziprok.²¹ Während ex-10 Abs. 1 EG-Vertrag auf die positive Mitwirkung bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Unionsrecht und die Unterstützung der Union gerichtet war, verbot ex-Art. 10 Abs. 2 EG-Vertrag alle die Vertragsziele gefährdenden Maßnahmen.²² Aus Sicht der Union folgt aus der Vertragstreue die Pflicht²³ der Mitgliedstaaten zu einer loyalen Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen. Hierzu gehört die einheitliche und uneingeschränkte Erfüllung des Unionsrechts insbesondere bei der Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung.²⁴ Bei der Umsetzung und dem Vollzug unionsrechtlicher Regeln durch die Organe der Mitgliedstaaten darf der Normzweck nicht gefährdet oder gar vereitelt werden. Der Europäische Gerichtshof²⁵ hat den Grundsatz der Unionsloyalität immer wieder in seinen Entscheidungen herangezogen, insbesondere bei der Auslegung des Unionsrechts, aber auch im Rahmen seiner nicht unerheblichen Rechtsfortbildung.²⁶

„Gemeinschaftstreue“, gepaart mit einem flüchtigen Blick auf den Wortlaut des Art. 10 EG-V zur falschen Annahme verleiten könnte, es handele sich nur um eine einseitige Verpflichtung der Mitgliedstaaten; vgl. insoweit auch Fn. 24.

¹³ Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 19ff.

¹⁴ Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 6.

¹⁵ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 10 und 16.

¹⁶ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 5.

¹⁷ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 6.

¹⁸ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 41.

¹⁹ Jarass, in: Jarass, GG, Art. 23, Rz. 32.

²⁰ von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 1.

²¹ Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 14.

²² Vgl. auch von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10, EGV, Rz.10; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 10 EGV, Rz. 2; Geiger, EGV/EUV, Art. 10 EGV, Rz. 4.

²³ Jarass, AöR 121 (1996), 173, 195: Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit wird in der Literatur teilweise auch als „Gemeinschaftstreue“ bezeichnet. Meines Erachtens ist dieser Begriff irreführend, weil er eine einseitige Pflicht der Mitgliedstaaten zur Union suggeriert. De facto aber lässt sich aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit auch eine solche der Union herleiten. Vgl. Jarass, AöR 121 (1996), 173, 196.

²⁴ EuGH, Urteil vom 19.06.1990, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433, Rz. 19ff. – Factorame I, hier bezogen auf Art. EWG-Vertrag mit Hinweisen auf EuGH, Urteil vom 10.07.1980, Rs. C-811/79, Slg. 1980, 2545, Rz. 5 – Ariete; EuGH, Urteil vom 10.07.1980, Rs. 826/79, Slg. 1980, 2559, Rz. 6 – Mireco; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 10 EGV, Rz. 19; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 34.

²⁵ EuGH, Urteil vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rz. 36 – Francovich.

²⁶ Vgl. hierzu insgesamt: Herdegen, § 7, Rz. 3.

Bei seiner ihm zustehenden²⁷, jedoch sehr weitgehenden²⁸ Rechtsfortbildung (wie etwa der Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts als eigenständiger Rechtsordnung mit unbedingtem Vorrang gegenüber nationalem Recht oder aber der Entwicklung der Grundsätze zur Haftung der Mitgliedstaaten für die Nichtumsetzung von Richtlinien²⁹) gerät der Europäische Gerichtshof gelegentlich an die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, wie diese in der Bundesrepublik bekannt ist, ohne diese jedoch zu überschreiten.³⁰

Nach zwischenzeitlich allgemeiner Ansicht³¹ in der Rechtsliteratur und insbesondere gestützt auf Urteile des Europäischen Gerichtshofs ist die über bloßen Programmsatz hinausgehende Verbindlichkeit des Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) anerkannt; auf seiner Grundlage können im Einzelfall unter bestimmten Voraussetzungen sogar weitere Pflichten der Mitgliedstaaten oder der Union begründet werden.³²

Der Weg über die Vertragstreue führt zu den Zielen, wie sie im AEUV normiert sind. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass der Bereich der Telekommunikation ein Teil der europäischen Wirtschaft ist und die ihn betreffenden Regeln dem ausgeprägten und wichtigen unionsrechtlichen Wirtschaftsrecht unterworfen sind.³³ Dieses hat seine hohe Bedeutung im Unionsrecht vor allem deshalb, weil die Gründungsstaaten sich gerade aus ökonomischen Motiven zur Bildung der Montanunion im Jahre 1951 und sechs Jahre später zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zusammengeschlossen hatten, aus der die Europäische Union erwachsen ist.³⁴ Dieser geschichtliche Aspekt lässt erkennen, wie zentral wirtschaftliche Fragen im Unionsrecht sind.

Hier ist zunächst die europäische Wettbewerbsordnung zu nennen, die nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs rechtlich bindenden Charakter hat.³⁵ Die „volle Anwendung der Wettbewerbsregeln“ ist auch nach Meinung der Kommission verpflichtend.³⁶ Eines der bedeutsamsten Ziele³⁷ der Europäischen Union ist ausweislich ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG-

²⁷ Borchart, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 15, Rz. 25.

²⁸ Borchart, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 15, Rz. 25.

²⁹ Beispiele von Herdegen, § 8, Rz. 98.

³⁰ Vgl. BVerfG, 2 BvR 687/85, Beschluss vom 08.04.1987, BVerfGE 75, 233, 241ff.; BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134/92 und 2159/92, BVerfGE 89, 155, 188, 210; Herdegen, § 8, Rz. 98.

³¹ Vgl. etwa Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 15 mit weiteren Nachweisen.

³² von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 11ff.; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 15 mit weiteren Nachweisen.

³³ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 2ff.; zur Geltung: Rz. 11 (S. 6).

³⁴ Herdegen, § 4, Rz. 5.

³⁵ EuGH, Urteil vom 06.04.1962, Rs. 13/61, Slg. 1962, 99, 112 – Geus ./ Bosch; so auch: Oppermann, § 15, Rz. 7.

³⁶ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 2ff.; zur Geltung: Rz. 11 (S. 6).

³⁷ Oppermann, § 15, Rz. 9; Herdegen, § 23, Rz. 1.

Vertrag die „Schaffung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“. Dieses Ziel ist zwar nicht mehr ausdrücklich im AEUV erwähnt, jedoch ist dieser Grundsatz über das „Protokoll über den Binnenmarkt und Wettbewerb“ Bestandteil des primären Unionsrechts; er wirkt daher weiterhin für die Union und ihre Mitgliedstaaten verpflichtend; im Übrigen lässt er sich aus den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln herleiten, die der Vertrag von Lissabon unverändert lässt und denen weiterhin ein Verbot von Kartellen (Art. 81 AEUV), Missbräuchen von Marktmacht (Art. 82 AEUV) oder wettbewerbsverzerrenden staatlichen Beihilfen (Art. 87 AEUV) zu entnehmen ist.³⁸

Die Telekommunikation gehört, jedenfalls soweit es um das flächendeckende Angebot von Dienstleistungen (Universaldienste) geht, zu den „gemeinwohlorientierten Aufgaben“; für die hier tätigen Unternehmen kommt daher die Anwendung des Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag³⁹) in Betracht,⁴⁰ nach dem unter bestimmten Voraussetzungen von den Wettbewerbsregeln der Union abgewichen werden kann, soweit diese die Erfüllung der genannten besonderen Aufgaben rechtlich oder faktisch verhindern würden.⁴¹ Allerdings ist durchaus eine Tendenz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu erkennen, an diese Ausnahmen strengere Voraussetzungen zu knüpfen. So drängt etwa das Wirtschaftsrecht der Union Sonderregelungen öffentlicher Unternehmen zurück, wenn und soweit diese mit dem Standard effizienter Leistungserbringung kollidieren oder nicht geeignet sind, den aktuellen Marktanforderungen gerecht zu werden. Der Umstand, im Bereich der Daseinsvorsorge aktiv zu sein, schließt für sich allein bereits nach dem Vertragstext die Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften nicht aus. Etwaige Privilegien im Wettbewerb dürfen keinesfalls über den Ausgleich dessen hinausgehen, was den betroffenen Unternehmen im Interesse der Allgemeinheit an besonderen Aufgaben und damit besonderen Belastungen⁴² auferlegt ist.⁴³ Im Rahmen des Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG-Vertrag) liegt das Augenmerk der Union jedenfalls auf den vertraglichen Wettbewerbsregeln und den Grundfreiheiten.⁴⁴

³⁸ Behrens, EuZW 2008, 193.

³⁹ Soweit hier und im Folgenden von ex-Art. des EU-Vertrages die Rede ist, bezieht sich dies jeweils auf den Vertrag über die Europäische Union in der Fassung vom 02.10.1997 (BGBl. 1998 II, S. 454, in Kraft getreten am 01.05.1999 gem. Bek. vom 06.04.1999 (BGBl. II, S. 296); geändert durch Art. 1 Vertrag von Nizza vom 26.02.2001 (ABl. C 80, S.1, berichtigt: ABl. C 96, S. 27ff), Art. 12 EU-Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003 (ABl. L 236, S. 33ff) und Art. 10 Abs. 2 und 3, Art. 18 Abs. 3 EU-Beitrittsakte 2007 vom 25.04.2005 (ABl. L 157, S. 203ff.) – abgedruckt unter Nr. 1000 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.09.2007.

⁴⁰ Herdegen, § 23, Rz. 35; Oppermann, § 15, Rz. 36f. und 41.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 20.03.1985, Rs. 41/83, Slg. 1985, 873, LS 2 und Rz. 16ff. – British Telecommunications; Herdegen, § 23, Rz. 35; Geiger, EUV/EGV, Art. 86 EGV, Rz. 9; Oppermann, § 15, Rz. 39.

⁴² EuGH, Urteil vom 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97, Slg. 2000, I-825 – Rz. 37ff. – Deutsche Post AG; EuGH, Urteil vom 19.05.1993, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rz. 19 – Corbeau; EuGH, Urteil vom 13.12.1991, Rs. C-18/88, Slg. 1991, I-5941, Rz. 22ff. – RTT Régie des télégraphes et des téléphones.

⁴³ Herdegen, § 23, Rz. 35.

⁴⁴ Bartosch, NJW 2000, 2251, 2252.

2) Verordnung

Stellt man die Frage nach dem Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Recht, darf der Blick nicht auf das Primärrecht allein gerichtet bleiben. Vielmehr gilt es auch, das Sekundärrecht und damit die Bindungswirkung von unionsrechtlichen Normtypen zu beleuchten. Hierbei steht nach dem Vertrag selbst die Verordnung an erster Stelle.

Die Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag) zeichnet sich durch eine allgemeine Geltung und Verbindlichkeit in all ihren Teilen aus;⁴⁵ sie wirkt mit ihrem Inkrafttreten unmittelbar in allen Mitgliedstaaten⁴⁶ und hat insoweit Durchgriffswirkung für den Einzelnen⁴⁷. Mit ihrem Inkrafttreten ist sie von den Behörden und Gerichten anzuwenden, ohne dass es eines Transformationsaktes des Mitgliedstaates bedarf.⁴⁸ Ausgehend von diesen Rechtswirkungen ist sie vom Typus her am ehesten mit dem Gesetz vergleichbar,⁴⁹ man spricht teilweise trotz der nicht durchgängigen Vergleichbarkeit vom „europäischen Gesetz“.⁵⁰

Auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union vereinzelt auf das Instrument der Verordnung zurückgegriffen, so etwa bei der Verordnung über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss.⁵¹ Für den im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Bereich des Wegerechts über Grundstücke, bei denen es sich nicht um Verkehrswege handelt, sind einschlägige Verordnungen jedoch nicht existent.

3) Richtlinie

Im Rahmen dieser Arbeit liegt das Augenmerk auf dem zweiten Regelungstypus für allgemeine Vorschriften: die Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag). Sie richtet sich an die Mitgliedstaaten und verpflichtet diese, den Inhalt der Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen.⁵² Sie wirkt daher nach der Konzeption im AEUV im Gegensatz zur Verordnung prinzipiell nicht unmittelbar.

⁴⁵ Oppermann, § 6, Rz. 77, 80; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rz. 120.

⁴⁶ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rz. 121; Streinz, Europarecht, Rz. 429; Oppermann, § 6, Rz. 81.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 28.03.1985, Rs. 272/83, Slg. 1985, 1057, Rz. 26 – Kommission ./. Italienische Republik.

⁴⁸ Streinz, Europarecht, Rz. 429.

⁴⁹ Herdegen, § 9, Rz. 34.

⁵⁰ Oppermann, § 6, Rz. 77.

⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4ff.

⁵² Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rz. 124; Herdegen, § 9, Rz. 35; Oppermann, § 6, Rz. 84, 87ff.

Wie nachfolgend im Einzelnen darzustellen sein wird, hat sich die Europäische Union seit Beginn der 1980er-Jahre um eine Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes und die Schaffung eines fairen und freien Wettbewerbs innerhalb desselben bemüht. Dabei nutzt sie bis dato das klassische⁵³ Regelungsinstrument der Richtlinie und verpflichtet die Mitgliedstaaten auf diese Weise zur Umsetzung der dortigen Vorgaben durch Transformation in nationales Recht.⁵⁴

Der vorgenannte Grundsatz, nach der eine Richtlinie keine unmittelbare Wirkung hat, vielmehr nur eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Umsetzung in nationales Recht begründet, hat jedoch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Vielzahl von teilweise sehr weit reichenden Einschränkungen erfahren, wie nachfolgend auszuführen sein wird.

a) Umsetzungspflicht

Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten und dort alle Organe im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit⁵⁵ zwingend⁵⁶ zur effektiven Umsetzung innerhalb der Frist;⁵⁷ dabei dient die Fristsetzung in der Richtlinie der Erfüllung der Umsetzungspflicht⁵⁸ und auf diese Weise der Wahrung einer Rechtseinheitlichkeit in der Union.⁵⁹ Diese Verpflichtung besteht ausnahmslos, so auch im hier interessierenden Bereich der Telekommunikation im Allgemeinen und bei der Ausgestaltung der Wegerechte im Besonderen.

b) Vorwirkung vor Ablauf der Umsetzungsfrist

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs⁶⁰ haben Richtlinien gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) in Verbindung mit Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag) jedoch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Vorwirkung: Ein Mitgliedstaat ist zwar während der laufenden Umsetzungsfrist nicht zur Umsetzung verpflichtet, er darf aber keine Vorschriften erlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen.⁶¹ Dies berücksichtigend ist sorgsam zu unterscheiden:

⁵³ Herdegen, § 9, Rz. 36.

⁵⁴ Herdegen, § 9, Rz. 35.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 18.12.1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411, Rz. 40 – Inter-Environnement Wallonie, st. Rspr. d. EuGH.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 18.12.1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411, Rz. 40 – Inter-Environnement Wallonie; st. Rspr. d. EuGH.

⁵⁷ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rz. 134.

⁵⁸ Herdegen, § 9, Rz. 36; Oppermann, § 6, Rz. 90.

⁵⁹ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 249 EGV, Rz. 135.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 18.12.1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411, Rz. 44f. – Inter-Environnement Wallonie.

⁶¹ So auch von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 40; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 24; Streinz, EUG/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 43.

Das vorstehend genannte Verbot betrifft nationale Regelungen, die der endgültigen Umsetzung der Richtlinie dienen, jedoch in einem wesentlichen Punkt von der Richtlinie abweichen. Mangels Zielkonflikts zur Richtlinie sind aber jene Fälle anders zu behandeln, in denen das innerstaatliche Recht in noch nicht abschließenden Schritten allmählich auf die vollständige Umsetzung der Richtlinie gerichtet ist.⁶²

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten innerhalb der Umsetzungsfrist keine nationalen Regelungen erlassen, die einer fristgerechten und vollständigen Umsetzung etwa eines Gebots der diskriminierungsfreien und wettbewerbsfördernden Ausgestaltung von Wegerechtsbestimmungen entgegenstehen. Sollten also nationale Vorschriften eine solche Umsetzung erschweren oder gar verhindern, kollidieren sie mit dem Unionsrecht.

c) Richtlinienkonforme Auslegung

Aus dem Grundsatz der Vertragstreue nach Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) leitet der Europäische Gerichtshof⁶³ die Verpflichtung der Organe der Mitgliedstaaten zu einer weitestgehend richtlinienkonformen Auslegung her. In der Adeneler-Entscheidung führt er zur Reichweite dieser Pflicht aus:

Der Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung verlangt ..., dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt.⁶⁴

Diese Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung gilt jedoch erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist.⁶⁵

Der Europäische Gerichtshof hat die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch auf die Fälle übertragen, in denen vor nationalen Gerichten privatrechtliche Beziehungen im Streit stehen. Auch in derartigen Verfahren müssen die nationalen Gerichte⁶⁶ alle Auslegungsspielräume nutzen, um die Richtlinie effektiv wirken zu lassen. Soweit also die nationalen Auslegungsmethoden es zulassen, eine innerstaatliche Bestimmung unter

⁶² Vgl. Herdegen, § 9, 37.

⁶³ EuGH, Urteil vom 05.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 118 – Pfeifer u.a.; EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rz. 26 – von Colson; EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rz. 8 – Marleasing; st. Rspr. des EuGH; vgl. auch: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rz. 42.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Rs. C-212/04, Rz. 111 = NJW 2006, 2465, 2467f. – Adeneler.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Rs. C-212/04, Rz. 115 = NJW 2006, 2465, 2468 – Adeneler; vgl. Herdegen, § 9, Rz. 40.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 05.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 119 – Pfeiffer.

bestimmten Umständen so auslegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.⁶⁷ Dabei hat sich die Auslegung an Wortlaut und Zweck der Richtlinie zu orientieren.⁶⁸ Das Gebot zur unionsrechtskonformen Auslegung bezieht sich auf das gesamte nationale Recht, also nicht nur auf solches, das speziell der Richtlinienumsetzung dient.⁶⁹

Der Europäische Gerichtshof selbst zeigt die Schranken der richtlinienkonformen Auslegung auf; in der Pupino-Entscheidung⁷⁰ führt er aus, der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung dürfe nicht zu einer Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts führen. Ist eine richtlinienkonforme Auslegung aufgrund dieser Schranken nicht möglich, kommt eine Staatshaftung des Mitgliedstaates wegen unzureichender Richtlinienumsetzung in Betracht.⁷¹ Diese Haftung greift unter folgenden Voraussetzungen:⁷²

- Ziel der maßgeblichen Richtlinie muss die Verleihung von Rechten an Bürger sein.
- Der Inhalt dieser Rechte muss ferner auf Basis der Richtlinie bestimmt werden können.
- Schließlich muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem dem Geschädigten entstandenen Schaden bestehen.

Bezogen auf den telekommunikationsrechtlichen Ausgleichsanspruch wegen einer erstmaligen telekommunikationsmäßigen Nutzung eines Leitungsweges über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind, verlangt die skizzierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zunächst den Versuch einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Regelung; dabei darf das nationale Gesetz jedoch nicht *contra legem* interpretiert werden. Für den Fall des Scheiterns einer solchen Auslegung ist sodann in die Prüfung einer Schadenersatzpflicht der Bundesrepublik Deutschland einzutreten.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 05.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 118 – Pfeiffer; vgl. Herdegen, § 9, Rz. 40.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 05.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 118 – Pfeiffer; vgl. Herdegen, § 9, Rz. 40.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 05.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 120 – Pfeiffer.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 16.06.2005, Rs. C-105/03, Slg. 2005, I-5258, Rz. 47 – Pupino.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Rs. C-212/04, Rz. 112 = NJW 2006, 2465, 2468 – Adeneler; EuGH, Urteil vom 19.11.1991 in den verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rz. 39ff. – Francovich.

⁷² EuGH, Urteil vom 19.11.1991 in den verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rz. 39f. – Francovich; EuGH, Urteil vom 14.07.1994, C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rz. 27 – Faccini Dori.

d) Im Einzelfall doch unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat den oben dargestellten Grundsatz, nach der die Richtlinie im Gegensatz zur Verordnung keine unmittelbare Wirkung hat, in dem Bestreben, dem Unionsrecht zur optimalen Wirkung zu verhelfen,⁷³ für die Fälle durchbrochen und doch eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie festgestellt, in denen diese Richtlinie trotz Fristablaufs nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist und sie von ihrem Inhalt her unbedingt und hinreichend bestimmt ist, dass sie im Einzelfall angewendet werden kann. Der Einzelne kann sich in diesen Fällen gegenüber dem Staat vor seinen Organen auf die ihn begünstigenden Vorschriften einer Richtlinie berufen.⁷⁴ In diesen Fällen sind nationale Verwaltungen wie auch Gerichte verpflichtet, die nationale Norm unangewendet zu lassen.⁷⁵ Der Europäische Gerichtshof geht mit dieser Spruchpraxis über die bloße am Effektivitätsgrundsatz orientierte Auslegung hinaus über in eine Rechtsfortbildung⁷⁶, die sich noch im Rahmen europäischer Rechtstraditionen bewegt⁷⁷ aber nicht zu einer Vertragsweiterung führen darf.⁷⁸

Im Gegensatz zur vorerwähnten Direktwirkung lehnt der Europäische Gerichtshof ebenfalls in ständiger Rechtsprechung eine horizontale Drittwirkung von Richtlinien zu Lasten Privater ab, d.h. Richtlinien können für Einzelne keine unmittelbaren Verpflichtungen begründen.⁷⁹ Hier gilt es allerdings, genau zu differenzieren, will man die Drittwirkung korrekt im Sinne der unionsrechtlichen Spruchpraxis bewerten:

Bei der Berufung auf die allgemeine Unanwendbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift wegen des Verstoßes gegen eine Harmonisierungsrichtlinie in einem Rechtsstreit zwischen Privaten handelt es sich nicht um eine solche – nicht erlaubte – horizontale Drittwirkung, denn hier sollen nicht unmittelbare Rechte und Pflichten in privatrechtlichen Beziehungen neu begründet werden. Vielmehr handelt es sich nur um die Folgen einer vertikalen Drittwirkung. Soweit sich beispielsweise aus der Rechtsprechung die Unanwendbarkeit technischer Vorschriften (etwa über die Etikettierung von Waren) aus dem Verstoß gegen eine Richtlinie ergibt, kann sich hierauf jedermann auch in privatrechtlichen

⁷³ EuGH, Urteil vom 06.10.1970, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825, Rz. 5 – Grad (Hier führt der EuGH aus, der Effektivitätsgrundsatz gebiete, die unmittelbare Wirkung nicht auf den Typus der Verordnung zu beschränken, sondern diese auch in anderen Fällen sorgsam zu prüfen.); so auch bezogen auf eine Richtlinie: EuGH, Urteil vom 19.01.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rz. 21 – Becker.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 19.01.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rz. 21ff. – Becker; EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, Rz. 29 – Fratelli Costanzo SpA ./ Comune di Milano; st. Rspr. des EuGH; vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 44ff.; EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Rz. 46f. – Marshal I.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, Rz. 33 bzw. 30ff. – Fratelli Costanzo SpA ./ Comune di Milano.

⁷⁶ Herdegen, § 9, Rz. 75; vgl. auch: Borchardt, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 15, Rz. 25.

⁷⁷ BVerfG, 2 BvR 687/85, Beschluss vom 08.04.1987, BVerfGE 75, 233, 241ff.

⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 210 = NJW 1993, 3047, 3057, vgl. auch Teil I B.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Rz. 48 – Marshal I; EuGH, Urteil vom 14.07.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rz. 24ff. – Faccini Dori; st. Rspr. des EuGH; vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 47f.

Auseinandersetzungen berufen.⁸⁰ Beachtenswert ist die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach eine Richtlinie doch eine unmittelbare Wirkung auch gegenüber Privaten im nationalen Recht entfaltet und entgegenstehendes nationales Recht verdrängt, wenn sie einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts wie das Diskriminierungsverbot konkretisiert. Dies soll sogar dann gelten, wenn die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist.⁸¹ Der Europäische Gerichtshof verpflichtete die nationalen Gerichte im vorstehenden Fall, für eine volle Wirksamkeit des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters Sorge zu tragen, indem „jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet bleibt, auch wenn die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen ist.“⁸² Die Kritik, der Europäische Gerichtshof habe in dieser Mangold-Entscheidung mit einer lapidaren Feststellung einen Paradigmenwechsel beim Verhältnis von nationalem zu Unionsrecht eingeläutet, ohne dies zu begründen,⁸³ geht fehl, stellt das Gericht doch *expressis verbis* darauf ab, beim Diskriminierungsverbot handele es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der unabhängig von einer Umsetzungsfrist gelte und dem die nationalen Stellen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen haben.⁸⁴ Bei genauer Betrachtung hat der Europäische Gerichtshof gerade nicht mit der bisherigen Rechtsprechung gebrochen, nach der eine Richtlinie nur eine vertikale Wirkung gegen den Staat haben könne, da eine andere Betrachtung mit Art. 288 Abs. 3 (ex-Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag) und dem zweistufigen Rechtssetzungsverfahren nicht zu vereinbaren wäre.⁸⁵ Die Mangold-Entscheidung betrifft nach den vorstehenden Feststellungen das Primärrecht und hinsichtlich der Richtlinie eher die Vorwirkung als die horizontale unmittelbare Wirkung.⁸⁶

Bezogen auf die Ausgestaltung der wegerechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet der Telekommunikation ist hier somit eine Prüfung vorzunehmen, ob die spezielle Richtlinie einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts konkretisiert und sich daher der Private wegen fehlender oder nicht fristgerechter Umsetzung ausnahmsweise und dergestalt auf die entgegenstehende Richtlinie berufen kann, indem die entgegenstehende nationale Norm nicht angewendet werden darf.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 26.09.2000, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-5047, Rz. 45ff.- Unilever Italia, vgl. Herdegen, § 9, Rz. 49.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rz. 55ff., 66ff. – Mangold; Herdegen, § 9, Rz. 50; Bauer/Arnold, NJW 2006, 6, 8.

⁸² EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rz. 77 – Mangold mit Hinweis auf: EuGH, Urteil vom 9.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rz. 21 – Simmenthal; EuGH, Urteil vom 5.03.1998, Rs. C-347/96, Slg. 1998, I-937, Rz. 30 – Solred.

⁸³ Bauer/Arnold, NJW 2006, 6, 9.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rz. 75ff. – Mangold.

⁸⁵ Vgl. Remien, in: Schulze/Zuleeg, § 14, Rz. 36; EuGH, Urteil vom 14.07.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 – Faccini Dori; EuGH, Urteil vom 05.10.2004, verb. Rs. C-397 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 107-109 – Pfeiffer

⁸⁶ Remien, in: Schulze/Zuleeg, § 14, Rz. 36.

II) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vorrang des Unionsrechts

1) Grundsätzliches

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs gilt ein absoluter Vorrang des Unionsrechts gegenüber einem entgegenstehenden nationalen Recht jeglichen Ranges.⁸⁷ Die Grundlage hierfür sieht das Gericht in seiner wegweisenden Costa/ENEL-Entscheidung⁸⁸ in folgenden Umständen:

- der Schaffung einer eigenständigen Rechtsordnung durch den E(W)G-Vertrag,
- der Beschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten durch Übertragung von Hoheitsrechten auf die Union,
- dem Grundsatz der Vertragstreue [Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag)],
- dem Diskriminierungsverbot [Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EG-Vertrag)],
- dem Umkehrschluss aus speziellen Vertragsermächtigungen zu einseitigen Maßnahmen und
- der unmittelbaren Geltung von Verordnungen in jedem Mitgliedstaat [Art. 288 Abs. 2 AEUV (Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag)].

Aus diesen Überlegungen heraus hält der Europäische Gerichtshof das „vom Vertrag geschaffene und so aus einer autonomen Rechtsquelle fließende Recht“ deshalb für vorrangig, weil

keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.⁸⁹

Seit 1963 urteilt der Europäische Gerichtshof auf Basis dieser Prämisse, nach der die Europäische Union über eine eigenständige und in den Mitgliedstaaten unmittelbar und vorrangig wirkende Rechtsordnung verfügt.⁹⁰ Nach dieser ständigen Rechtsprechung hat das Unionsrecht absoluten Vorrang vor den nationalen Rechten der Mitgliedstaaten, einschließlich der Verfassung und der Grundrechte.

⁸⁷ So auch Niedobitek, VerwArch 2001, 58, 60; Oppermann, § 7, Rz. 1; Everling, DVBl. 1985, 1201, 1201; Broß, VerwArch 2001, 425, 437; Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 32.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269ff. – Costa ./ E.N.E.L.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, Leitsatz zu Ziffer 3 und S. 1270 – Costa ./ E.N.E.L.; vgl. auch Herdegen, § 11, Rz. 1.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, S. 27 – van Gend und Loos; EuGH, Urteil vom 15.07.1994, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1270 – Costa ./ E.N.E.L.; EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rz. 3 – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rz. 14ff. – SpA Simmenthal; vgl. auch Oppermann, § 7, Rz. 3.

Mit diesem Vorrang allein ist noch nicht dessen Reichweite festgelegt. Hierzu geht der Europäische Gerichtshof ebenfalls in ständiger Rechtsprechung lediglich von einer Unanwendbarkeit der nationalen Norm aus, solange dieser das Unionsrecht entgegensteht.⁹¹

Diese Unanwendbarkeit wirkt ohne weiteres, also ohne zusätzliche (nationale) Schritte.⁹² Die nationale Norm bleibt dabei bestehen und könnte bei einer Änderung des Unionsrechts u.U. anwendbar werden. Die nationale Regelung ist aber nicht – wie bei einem Geltungsvorrang entsprechend Art. 31 GG – insgesamt unwirksam⁹³, sondern darf nur insoweit nicht angewandt werden, wie sie mit Unionsrecht kollidiert.⁹⁴

In der gesamten Union sind die oben dargestellte Ausprägung des Anwendungsvorranges und damit der Ausschluss eines Geltungsvorranges unumstritten.⁹⁵ Eben dieser Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Europäischen Union unabhängig vom Rang; d.h. Unionsrecht auch der untersten Stufe überlagert nationales Recht selbst der höchsten Stufe.⁹⁶ So wurde etwa im Zuge der Durchführung der Anti-Diskriminierungsrichtlinie 76/207/EWG⁹⁷ gar eine Änderung des Art. 12 Abs. 4 S. 2 GG notwendig.⁹⁸

Die einfachgesetzliche Bestimmung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) dürfte daher nicht angewandt werden, sollte die Unionsrechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Ausgleichsverpflichtung durch den Europäischen Gerichtshof festgestellt werden.

⁹¹ EuGH, Urteil vom 04.04.1968, Rs. 34/67, Slg. 1968, 364 – Lück; EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rz. 21ff. – SpA Simmenthal.

⁹² Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 32.

⁹³ Vgl. hierzu Herdegen, § 11, Rz. 3.

⁹⁴ Jarass, in: Jarass, GG, Art. 23, Rz. 34; Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 32.

⁹⁵ Oppermann, § 7, Rz. 12.

⁹⁶ Oppermann, § 7, Rz. 13; vgl. auch Jarass, in: Jarass, GG, Art. 23, Rz. 34; Geiger, EUV/EGV, Art. 10, Rz. 32.

⁹⁷ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Anti-Diskriminierungsrichtlinie), Abl. L 39 vom 14.02.1976, S. 40ff.

⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2000, Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69 – Kreil; Oppermann, § 7, Rz. 13.

2) Nationaler Vollzug des Unionsrechts

a) *Effet utile*

Wie oben⁹⁹ bereits unter Hinweis auf die aus Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) hergeleitete Vertragstreue und Loyalitätspflicht dargestellt, besteht beim nationalen Vollzug des Unionsrechts durch staatliche Organe die Pflicht zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts.¹⁰⁰ Der Grundsatz des *effet utile* hat nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen hohen Bedeutungsgrad.¹⁰¹ Vor diesem Hintergrund darf das Recht der Mitgliedstaaten, beispielsweise nationales Verwaltungsprozessrecht, nicht so angewandt werden, dass der Zweck der zu vollziehenden europarechtlichen Regelung erschwert oder vereitelt wird.¹⁰² Die Belange des Unionsrechts können z.B. zu einer Verpflichtung der nationalen Behörden führen, dem Suspensiveffekt eines Widerspruchs gegen einen in Ausführung einer Verordnung erlassenen Verwaltungsakt durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung zu begegnen; unterbleibt dies, liegt hierin eine Verletzung der Pflicht zur loyalen Umsetzung des Unionsrechts.¹⁰³

Der Europäische Gerichtshof hat sich in seiner Deutsche Milchkontor GmbH-Entscheidung¹⁰⁴ im Rahmen des Grundsatzes des loyalen Vollzugs von Unionsrecht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Rückforderung von Zahlungen, die zu Unrecht auf Basis von Unionsrecht geleistet worden sind, unionsrechtlich geboten sein könne. Er hat diese Frage bejaht und ausgeführt, der nach nationalem Verwaltungsverfahrensrecht bestehende Vertrauensschutz in den Bestand des begünstigenden Verwaltungsaktes sei durch die Rücksicht auf die Belange der Union eingeschränkt. Bei der Entscheidung über eine Rücknahme des Verwaltungsaktes müssen die Behörden den (beispielsweise nach § 48 Abs. 2 VwVfG bestehenden) Vertrauensschutz gegen das Interesse der Union an einer gleichförmigen Durchsetzung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten abwägen.¹⁰⁵

⁹⁹ Vgl. Teil I A I 1.

¹⁰⁰ Herdegen, § 11, Rz. 36; Jarass, AöR 121 (1996), 173, 180.

¹⁰¹ Jarass, AöR 121 (1996), 173, 180.

¹⁰² Herdegen, § 11, Rz. 37.

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 10.07.1990, Rs. C-217/88, Slg. 1990, I-2879, Rz. 25 und 34 – Tafelwein.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 21.09.1983, verb. Rs. 205-215/82, Slg. 1983, I-2644, Rz. 32f. – Deutsche Milchkontor GmbH.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 21.09.1983, verb. Rs. 205-215/82; Slg. 1983, I-2644, Rz. 32f. – Deutsche Milchkontor GmbH; vgl. auch Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EGV/EUV, Art. 10, Rz. 30; Herdegen, § 11, Rz. 38.

Nach der BUG-Alutechnik-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs¹⁰⁶ ist bei der Rückforderung von Beihilfen, deren Gewährung unionsrechtswidrig war und die die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung in sich bergen, die Berufung auf den Vertrauensschutz durch das Unionsrecht eingeschränkt. Bei nationalen Beihilfen muss das in Art. 108 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag) vorgesehene Kontrollverfahren eingehalten werden. Von dieser Einhaltung macht der Europäische Gerichtshof den Vertrauensschutz des Begünstigten abhängig. Der Begünstigte muss sich vergewissern, ob das Kontrollverfahren befolgt wurde.¹⁰⁷ In derartigen Fällen verbietet es sich nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs, die Einhaltung der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG als zwingende Voraussetzung für die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes anzusehen.¹⁰⁸

Die vorstehenden Ausführungen haben im Hinblick auf den wegerechtlichen Ausgleichsanspruch insoweit Bedeutung, als auch dort der unionsrechtliche Anspruch auf gleichförmige Durchsetzung des Unionsrechts Beachtung finden muss, zumal hier u.U. Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen ist, die bereits nach einem weiterhin über das „Protokoll über den Binnenmarkt und Wettbewerb“ sowie die vertraglichen Wettbewerbsregeln des AEUV fortgeltenden¹⁰⁹ wesentlichen Vertragsziel gemäß ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG-Vertrag zu verhindern sind.¹¹⁰

b) Durchbrechung der Bestandskraft von nationalen Verwaltungsakten, die auf einer unrichtigen Auslegung des Unionsrechts beruhen

In seinem richtungweisenden Urteil in Sachen Kühne & Heintz¹¹¹ hatte sich der Europäische Gerichtshof mit der Frage des Vorrangs in Fällen zu befassen, in denen ein unionsrechtswidriger nationaler Verwaltungsakt auf einer unrichtigen Auslegung des Unionsrechts beruhte. Er hat dem Interesse an einer effektiven und einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gegenüber dem Grundsatz der Rechtssicherheit unter bestimmten Voraussetzungen den Vorrang eingeräumt:

Der in Artikel 10 EG-Vertrag verankerte Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichtet eine Verwaltungsbehörde auf entsprechenden Antrag hin, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung im Hinblick auf deren Rücknahme zu überprüfen, um der

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rz. 13ff. – BUG-Alutechnik = NVwZ 1990, 1161, 1161.

¹⁰⁷ Vgl. auch Herdegen, § 11, Rz. 39; jedenfalls für den Regelfall: EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rz. 13ff. = NVwZ 1990, 1161, 1161 – BUG-Alutechnik.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Rs. C-24/95; Slg. 1997, I-1591; Rz. 27ff. – Alcan; so auch BVerfG, Beschluss vom 17.02.2000, 2 BvR 1210/98, NJW 2000, 2015, 2016; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 10 EGV, Rz. 34; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 48.

¹⁰⁹ Behrens, EuZW 2008, 193.

¹¹⁰ Vgl. dazu Teil 1 A I 1.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rz. 28 – Kühne & Heintz.

mittlerweile vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen, wenn

- die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen,
- die Entscheidung infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist,
- das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofs zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Unionsrechts beruht, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 267 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag) erfüllt war,
- und der Betroffene sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt hat.

Die vier vorgenannten Voraussetzungen müssen nach dem Urteil im Verfahren Kühne & Heintz *in toto* erfüllt sein. Andererseits sieht der Europäische Gerichtshof keinesfalls eine generelle Pflicht nationaler Gerichte, „von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine Entscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch ein Verstoß dieser Entscheidung gegen Unionsrecht abgestellt werden könnte“.¹¹²

Diese Rechtsprechung hat der Europäische Gerichtshof aktuell in seiner Kempter-Entscheidung¹¹³ in zweierlei Hinsicht weiterentwickelt:

In dem Verfahren wandte sich der Gerichtshof zunächst der Frage zu, wie der in Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) manifestierte Grundsatz der Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der zuvor zitierten Entscheidung im Fall Kühne & Heintz zu interpretieren ist.¹¹⁴ Die dortige Klägerin hatte sich im finanzgerichtlichen Verfahren nicht darauf berufen, die angefochtene Entscheidung sei aufgrund fehlerhafter Auslegung des Unionsrechts ergangen.¹¹⁵ Somit war zu prüfen, ob auch in einem solchen Falle die Nichtvorlage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens geeignet war, die dritte Voraussetzung im Sinne der Kühne & Heintz-Entscheidung zu erfüllen.

¹¹² EuGH, Urteil vom 16.03.2006, Rs. C-234/04, Slg. 2006, I-2585, Rz. 21 – Kapferer; EuGH, Urteil vom 01.06.1999, Rs. C-126/97, Slg. 1999, I-3055, Rz. 46f. – Eco Swiss; dazu auch Herdegen, § 11, Rz. 44.

¹¹³ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148ff. – Kempter KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148, 148 – Kempter KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148, 149 – Kempter KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

Der Gerichtshof hob zunächst darauf ab, nach seiner ständigen Rechtsprechung seien alle nationalen Stellen im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit zur Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben verpflichtet.¹¹⁶ Sodann legte er dar, die Auslegung einer unionsrechtlichen Bestimmung durch ihn wirke grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Regelung zurück; eine Vorabentscheidung sei nicht konstitutiv, sondern lediglich deklaratorisch.¹¹⁷

Im weiteren Verlauf der Entscheidung nahm der Europäische Gerichtshof eine Abwägung der jeweils unionsrechtlich anerkannten Grundsätze der Zusammenarbeit einerseits und der Rechtssicherheit andererseits vor. Wie bereits im Fall Kühne & Heintz negierte er die Existenz eines generellen unionsrechtlichen Gebots, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen. Allerdings, so das Gericht weiter, könnten besondere Umstände doch eine nachträgliche Überprüfung gebieten, um einer späteren Auslegung der maßgeblichen Bestimmung durch den Europäischen Gerichtshof Rechnung zu tragen.¹¹⁸ Im Fall Kühne & Heintz hatte er einen solchen Umstand darin gesehen, dass das letztinstanzliche Gericht das Unionsrecht falsch ausgelegt hatte und trotz Vorliegens der Voraussetzungen den Gerichtshof nicht nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) angerufen hatte.¹¹⁹

Der Gerichtshof betonte sodann, dass das Vorabentscheidungsverfahren, welches der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts diene, der Parteiherrschaft entzogen und in den Bereich der Kooperation der nationalen Gerichte mit dem Gerichtshof gestellt sei. Daher komme es nicht darauf an, ob die Klägerin die unionsrechtlichen Bedenken in das nationale Verfahren eingeführt habe; vielmehr sei es ausreichend, wenn eben dieser Gesichtspunkt vom letztinstanzlichen Gericht entweder geprüft oder von Amts wegen hätte aufgegriffen werden können und er sich nach einem später ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs als unrichtig ausgelegt herausgestellt hatte. Wenn und soweit die nationalen Gerichte die von den Parteien des Verfahrens gesteckten Grenzen überschreiten müssten, gebiete ihnen das Unionsrecht nicht, von Amts wegen der Frage eines Verstoßes gegen Unionsrecht nachzugehen. Dies sei jedoch anders zu bewerten, wenn sie im Falle einer einschlägigen Norm des nationalen Rechts zur Prüfung von Amts wegen verpflichtet wären und hier eine zwingende Unionsvorschrift in Rede stehe.¹²⁰

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 34, EuZW 2008, 148, 150 – Kempster KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas; EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rz. 20 – Kühne & Heintz.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 35, EuZW 2008, 148, 150 – Kempster KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 37f., EuZW 2008, 148, 150 – Kempster KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rz. 26, 28 – Kühne & Heintz.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 41 bis 45, EuZW 2008, 148, 150f. – Kempster KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

Zum anderen befasste sich der Europäische Gerichtshof mit der Frage, ob ein Antrag auf nachträgliche Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung seitens des Unionsrechts zeitlich befristet sei.¹²¹ Wiederum unter Bezugnahme auf sein Urteil im Fall Kühne & Heintz betonte er, der zeitliche Aspekt spiele zwar eine Rolle, jedoch werde kein sofortiger Überprüfungsantrag nach Kenntniserlangung von der Entscheidung des Gerichtshofs verlangt, auf die sich der Antrag stütze; ein bestimmter Zeitrahmen sei nicht vorgegeben.¹²²

Nachdem eine unionsrechtliche Frist fehle, obliege es den Mitgliedstaaten, die Verfahren auszugestalten, in denen um Schutz der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte nachgesucht werden könne; dabei dürften diese jedoch nicht ungünstiger ausgeprägt sein als bei korrespondierenden Verfahren des innerstaatlichen Rechts betreffend. Neben diesem Äquivalenzprinzip sei der Effektivitätsgrundsatz zu beachten, nach dem die Geltendmachung der auf Unionsrecht basierenden Ansprüche weder praktisch unmöglich oder auch nur übermäßig erschwert werden dürfe. Die im Interesse der Rechtssicherheit in den Mitgliedstaaten gesetzten angemessenen Ausschlussfristen widersprechen, so das Gericht weiter, nicht dem Grundsatz des *effet utile*.¹²³

Mit diesem Urteil öffnet der Europäische Gerichtshof den Weg, innerhalb von angemessenen Rechtsbehelfsfristen, die den unionsrechtlichen Prinzipien der Äquivalenz sowie der Effektivität entsprechen müssen, nach rechtskräftigem Abschluss eines Verwaltungsgerichtsverfahrens eine Aufhebung der Entscheidung zu erreichen, wenn diese auf einer unrichtigen, einer späteren Vorabentscheidung zuwiderlaufenden Auslegung von Unionsrecht beruht und das letztinstanzliche Gericht der Frage der Unionsrechtskonformität nachgegangen ist oder von Amts wegen hätte nachgehen müssen. Der Europäische Gerichtshof vergrößert damit die Wirksamkeit des Unionsrechts, achtet jedoch auch die nationale Verantwortlichkeit im Sinne einer Gestaltungsbefugnis: Zum einen bestimmt er keine starren Zeiten bei der Frage der angemessenen Frist. Zum anderen nimmt er Rücksicht auf die nationalen Prozessordnungen und dort auf die Festlegung des Partei- bzw. Amtsermittlungsgrundsatzes. Er zwingt die nationalen Gerichte nicht in Verfahren, in denen der Parteigrundsatz herrscht, durch die Hintertür des Vorabentscheidungsverfahrens zu einem dem Amtsermittlungsgrundsatz entsprechenden Vorgehen. Dieser Rechtsfortbildung ist daher im Interesse des Wirksamkeitsgrundsatzes zuzustimmen.

¹²¹ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 47, EuZW 2008, 148, 151 – Kempfer KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

¹²² EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 54ff., EuZW 2008, 148, 151 – Kempfer KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

¹²³ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Rz. 57ff., EuZW 2008, 148, 151f. – Kempfer KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

Die vorgenannten Fallkonstellationen betreffen nicht unmittelbar den hier in Rede stehenden Bereich des wegerechtlichen Ausgleichsanspruchs im Rahmen der telekommunikationsmäßigen Erstnutzung von Leitungen, die über fremde Grundstücke geführt werden, welche nicht Verkehrswege sind. Diese Ansprüche sind zivilrechtlicher Natur¹²⁴ und werden damit nicht im verwaltungsrechtlichen Verfahren mittels Bescheiden geregelt. Der Rechtsweg ist zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.¹²⁵ Dennoch verdient die darauf bezogene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch im Rahmen dieser Ausgleichsregelungen Aufmerksamkeit, wird doch hier einmal mehr deutlich, welchen Stellenwert das Gericht dem Grundsatz der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts einräumt. Unter den dargelegten Voraussetzungen treten sogar die auch unionsrechtlich geltenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zurück. Zudem wird den nationalen Gerichten aufgegeben, den unionsrechtlichen Aspekten mehr Aufmerksamkeit zu schenken und in den entsprechenden Fällen von der Möglichkeit der Vorlage im Vorabentscheidungsverfahren Gebrauch zu machen. Letzteres wird zu Recht auch in der Rechtsliteratur gefordert, wenn beispielsweise Marauhn gerade im Bereich des Rechtsschutzes Handlungspflichten der Mitgliedstaaten erkennt, die einen „Dialog und Rechtshilfe zwischen den nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof“ erfordern.¹²⁶

Dem Grundsatz der effektiven Durchsetzung ist daher *in toto* ein starkes Gewicht beizumessen, auch im Bereich zivilrechtlicher Normen.

¹²⁴ Vgl. Roth, in: Staudinger (2002), § 905, Rz. 22 zum Anspruch aus § 57 Abs. 2 S. 1 TKG (1996) = § 76 Abs. 2 S. 1 TKG, auf den der jeweilige Anspruch aus S. 2 ausdrücklich Bezug nimmt. Mithin ist auch hier von einem bürgerlich-rechtlichen Ausgleichsanspruch auszugehen.

¹²⁵ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 59.

¹²⁶ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 42.

c) Fälle der Bestandskraft von Verwaltungsakten, in denen der Rechtsweg nicht ausgeschöpft wurde

In seiner i-21 Germany/Arcor-Entscheidung¹²⁷ hat der Europäische Gerichtshof die „Verfahrensautonomie“ der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Bestandskraft eines Verwaltungsakts betont, wenn die Betroffenen mögliche Rechtsbehelfe nicht ausgeschöpft haben. Auch hier hebt er jedoch das Gebot der Einhaltung des Äquivalenzgrundsatzes und des Effektivitätsprinzips hervor:

Hierzu ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung mangels einer Gemeinschaftsregelung die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats sind; sie dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).¹²⁸

Nach dem Äquivalenzprinzip muss eine Behörde eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung bei offensichtlichem Verstoß gegen das Unionsrecht zurücknehmen, wenn nach nationalem Recht eine entsprechende Verpflichtung bei offensichtlicher Unvereinbarkeit mit innerstaatlichem Recht besteht.¹²⁹ Damit soll eine Schlechterstellung bei der Durchsetzung des Unionsrechts gegenüber der Durchsetzung von nationalen Regelungen verhindert werden.

In der genannten Entscheidung¹³⁰ setzte sich der Europäische Gerichtshof mit der Frage des Einflusses des Unionsrechts auf den konkreten Fall eines bestandskräftigen Gebührenbescheides auseinander und betonte zunächst, dass nach dem auch im Unionsrecht geltenden Grundsatz der Rechtssicherheit keine generelle Verpflichtung besteht, eine nach Ablauf angemessener Fristen oder durch Rechtswegerschöpfung bestandskräftig gewordene Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen; so ließe sich verhindern, dass derartige Entscheidungen unbegrenzt in Frage gestellt werden können. Allerdings gelte, so das Gericht weiter, dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt; vielmehr gebiete das Unionsrecht ausgehend von dem in Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit die Verpflichtung der nationalen

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rz. 57, DVBl. 2006, 1441, 1445 – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277, 1279 = EuZW 2006, 696, 699; vgl. auch Herdegen, § 11, Rz. 45.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rz. 57, DVBl. 2006, 1441, 1445 – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277, 1279 = EuZW 2006, 696, 699.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rz. 63, DVBl. 2006, 1441, 1445 – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277, 1279 = EuZW 2006, 696, 699.

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rechtssachen C-392/04 und C-422/04, DVBl. 2006, 1441ff. – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277ff. = EuZW 2006, 696ff.

Behörde, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, wenn diese offensichtlich mit Unionsrecht unvereinbar ist und die Behörde bei einem offensichtlichen Verstoß der Verwaltungsentscheidung gegen innerstaatliches Recht zur Rücknahme verpflichtet wäre.¹³¹ Bezogen auf den der Rechtssache zugrunde liegenden Fall sei diese Verpflichtung gegeben, wenn die Aufrechterhaltung des Bescheides „schlechthin unerträglich“ im Sinne des § 48 Absatz 1 VwVfG wäre. Dieses Tatbestandsmerkmal ist nach höchstrichterlicher nationaler Rechtsprechung etwa in den Fällen erfüllt, in denen die „Unvereinbarkeit des Bescheides mit höherrangigem Recht offensichtlich ist“.¹³²

Sodann ließ der Europäische Gerichtshof keinen Zweifel daran, die in der zugrunde liegenden nationalen Verordnung zum Ausdruck kommende Regelung sei eindeutig mit dem Unionsrecht unvereinbar. Bezogen auf den dortigen Fall seien zwar die nationalen Gerichte zur Entscheidung berufen, ob es sich hier um eine offensichtliche Rechtswidrigkeit handele; der Europäische Gerichtshof gab diesen Gerichten aber vor, sich dabei an den Zielen der Richtlinie 97/13/EG zu orientieren.

In Bezug auf die Bedeutung dieser Rechtsprechung für den nationalen Ausgleichsanspruch gilt das zuvor Gesagte entsprechend:

Wenn es auch im Hinblick auf den hier in Rede stehenden zivilrechtlichen Anspruch keinen unmittelbaren Anwendungsfall geben kann, wird doch die Reichweite des Prinzips der effektiven Durchsetzung von Unionsrecht im Allgemeinen deutlich, wenn sogar rechtskräftige Bescheide in bestimmten Fallkonstellationen der Aufhebung aufgrund des Unionsrechts unterliegen.

¹³¹ So im konkreten Fall auch BVerwG, Beschlüsse vom 07.07.2004, 6 C 23.03 und 6 C 24.03, jeweils Seite 20.

¹³² BVerwG, Beschlüsse vom 07.07.2004, 6 C 23.03 und 6 C 24.03, jeweils Seiten 8 und 13f., mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 27.01.1994, 2 C 12.92, BVerwGE 95, 86, 92.

B) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht

Würde soeben der Anwendungsvorrang aus Sicht des Europäischen Gerichtshofes anhand seiner hierzu ergangenen Rechtsprechung dargestellt, muss sich zwangsläufig die Frage anschließen, ob diese Sichtweise in der Bundesrepublik Deutschland und insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Entsprechung findet.

Der Betrachtung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Frage des Verhältnisses von nationalem Recht zum Unionsrecht mag die Einschätzung von Ipsen aus dem Jahre 1972 vorangestellt werden, nach der die rechtliche Herleitung des Vorrangs des Unionsrechts für den Fortgang der Integration nicht so bedeutsam ist, wie die Frage, ob und wie die nationalen Gerichte eben diesen Vorrang praktizieren.¹³³ *In concreto* ist also für die Akzeptanz der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beim Anwendungsvorrang des Unionsrechts in der Bundesrepublik Deutschland die Stellung des Bundesverfassungsgerichts hierzu von erheblicher Bedeutung.

Diese Wertung liegt nunmehr fast vierzig Jahre zurück; sie dürfte aber auch heute noch ihre Berechtigung finden, ist doch, wie weiter unten noch darzustellen sein wird, nach wie vor ein deutlich höheres Vertrauen in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu spüren denn in die des Europäischen Gerichtshofs. Dies mag daran liegen, dass das Verfassungsgericht auf Basis des letztlich vom Volk legitimierten Grundgesetzes,¹³⁴ das für jedermann nachzulesen ist, entscheidet, damit einhergehend die Rechtsgrundlagen transparenter sind und schließlich daraus folgend auch die Fallrechtsprechung für den Bürger fassbarer ist. Die Ursache dieses Phänomens kann aber auch in folgenden Umständen zu finden sein:

Das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan¹³⁵ entscheidet nicht nur anhand des Grundgesetzes; es findet vielmehr auch die Basis seiner eigenen Existenzberechtigung und Befugnis in der Verfassung, wie ein Blick auf Art. 93 GG zeigt.¹³⁶ Das Grundgesetz wiederum steht im Rang über den einfachen Gesetzen und untergesetzlichen Regelungen im

¹³³ Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, S. 311 (Ziffer 92).

¹³⁴ Vgl. Jarass, in: Jarass/Piero, GG, Art. 20, Rz. 4; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 20, Rz. 86; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20, Rz. 28; Schnapp, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 20, Rz. 18; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 20, Rz. 45.

¹³⁵ Sturm, in: Sachs, GG, Art. 93, Rz. 6; Meyer, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, Art. 93, Rz. 5.

¹³⁶ Piero, in: Jarass/Piero, GG, Art. 93, Rz. 3 formuliert dies, wenngleich in einem anderen Zusammenhang, wie folgt: „Das BVerfG steht nicht außerhalb, sondern unter der Verfassung.“

Bundesgebiet, hat sich die Gesetzgebung doch gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an der verfassungsgemäßen Ordnung, also dem Grundgesetz,¹³⁷ zu orientieren. Mithin entscheidet das höchste deutsche Gericht mit der in der Verfassung begründeten Souveränität. Sowohl in der juristischen Fachwelt wie aber auch in der breiten Öffentlichkeit stößt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf breite Anerkennung.

Demgegenüber sieht sich der Europäische Gerichtshof der Problematik gegenüber, räumlich und von der Rechtsgrundlage her gesehen, von außen Recht zu sprechen, unter Umständen sogar die Unanwendbarkeit nationaler Gesetze vorzugeben, die – sieht man vom Einfluss des Unionsrechts einmal ab – verfassungsgemäß zustande gekommen sind. Mangels einer Existenz einer übergeordneten europäischen Verfassung begegnet dies nicht nur in der Bevölkerung einem gewissen Argwohn. Jedenfalls kann man sich auch heute noch der Einschätzung von Ipsen anschließen. Umso wichtiger ist eine Betrachtung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Unionsrecht zum nationalen Recht.

Das Bundesverfassungsgericht nahm bereits Ende der 1960er-Jahre eine autonome und vorrangige Rechtsordnung der Europäischen Union an.¹³⁸

Nach seiner Solange I – Entscheidung aus dem Jahre 1974 sollte eine Überprüfung des sekundären Unionsrechts mit den im Grundgesetz verankerten Grundrechten jedoch dem Bundesverfassungsgericht solange vorbehalten sein, bis die Europäische Union selbst über einen Grundrechtskatalog verfüge; der Grundrechtsstandard des Unionsrechts weise auch unter Berücksichtigung der anzuerkennenden grundrechtsfreundlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht die Rechtsgewissheit auf, die dem Standard des Grundgesetzes entspreche.¹³⁹

Diese Entscheidung ist auf herbe Kritik gestoßen; so wurde teilweise davon gesprochen, der „Beschluss verkenne den Zusammenhang zwischen Art. 24 Abs. 1¹⁴⁰ und Art. 79 Abs. 3 GG“; es „falle schwer, die sog. Unanwendbarkeits-Feststellung nicht als Ironie zu begreifen“ und schließlich sei der gesamte „Lösungsweg verfehlt“.¹⁴¹ Ferner führten schon die

¹³⁷ Jarass, in: Jarass/Piero, GG, Art. 20, Rz. 32; Schnapp, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 20, Rz. 41; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 20, Rz. 59; Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 20, Rz. 238ff.

¹³⁸ BVerfG, Beschluss vom 18.10.1967, 1 BvR 248/63 und 216/67, BVerfGE 22, 292, 296 = NJW 1968, 348, 349; vgl. auch Oppermann, § 7, Rz. 6.

¹³⁹ BVerfG, Beschluss vom 29.05.1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, 281ff. = NJW 1974, 1697, 1968f.

¹⁴⁰ Anmerkung: Die für den Bereich der Europäischen Union speziellere und damit vorrangige Bestimmung des Art. 23 GG in der jetzigen Fassung war seinerzeit noch nicht existent; Art. 23 GG befasste sich in seiner ursprünglichen Fassung bis zu seiner Aufhebung im Jahre 1990 mit Fragen des Geltungsbereichs des Grundgesetzes und dem Beitritt deutscher Gebiete. Seine jetzige Fassung erhielt Art. 23 GG im Jahre 1992 im Zusammenhang mit dem Maastrichter Vertrag. Insoweit stellte Ipsen 1975 zu Recht auf Art. 24 1 GG ab.

¹⁴¹ Ipsen, EuR 1975, 1, 12, 14f.

Verfassungsrichter Dr. Rupp, Hirsch und Wand in ihrer abweichenden Meinung¹⁴² zum vorgenannten Beschluss aus, die Rechtsordnung der Europäischen Union verfüge bereits über ein zur Durchsetzung der vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung geachteten und zu achtenden Grundrechte geeignetes Rechtssystem und das Unionsrecht gehe nationalem Rechte jeglichen Ranges vor.

Das Bundesverfassungsgericht überdachte seine vorerwähnte Rechtsprechung und hob 1986 in seiner Solange II – Entscheidung den Vorrang des Unionsrechts ohne eigene Prüfungskompetenz des deutschen Verfassungshüters hervor, solange die Union nicht die wesentlichen Strukturen des Grundgesetzes aushöhle und sie an dem zwischenzeitlich erreichten Grundrechtsstandard festhalte, der demjenigen des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichzuachten sei.¹⁴³

Für das Bundesverfassungsgericht ist der vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Grundrechtsschutz von ausschlaggebender Bedeutung für die mögliche Überprüfung von sekundärem Unionsrecht am Maßstab der deutschen Grundrechte. In seiner vorgenannten Entscheidung bescheinigte das Bundesverfassungsgericht nach einer eingehenden Bewertung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dem unionsrechtlichen Grundrechtsschutz ein Maß, das „nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichzuachten ist“.¹⁴⁴ Die Grundrechte seien, so das Gericht weiter, „inhaltlich ausgestaltet, gefestigt und zureichend gewährleistet“¹⁴⁵; soweit noch Lücken erkennbar seien, lägen diese daran, dass die jeweiligen Fragen noch nicht dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt worden seien, maßgeblich sei hier jedoch die grundsätzliche Haltung des Gerichtshofs in Grundrechtsfragen.¹⁴⁶ In dieser Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht bereits die Prognose, eine Absenkung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes sei nicht zu befürchten; man könne im Gegenteil von einer „bestmöglichen Entfaltung“ desselben ausgehen.¹⁴⁷

Auf die vorstehend dargelegte Gleichachtung der beiden Grundrechtsstandards gründet das Bundesverfassungsgericht eine bedeutsame Einschränkung seiner Überprüfung von sekundärem Unionsrecht: Solange die Gewährleistung angemessenen Grundrechtsschutzes

¹⁴² Abweichende Meinung der Richter Dr. Rupp, Hirsch und Wand zu BVerfG, Beschluss vom 29.05.1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 291ff. = NJW 1974, 1700ff.

¹⁴³ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378ff. = NJW 1987, 577, 580ff.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378ff. = NJW 1987, 577, 580ff., 582.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378 = NJW 1987, 577, 580.

¹⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 383 = NJW 1987, 577, 581.

¹⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 385 = NJW 1987, 577, 582.

auf Unionsebene anhalte, sei eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts wegen einer Verletzung deutscher Grundrechte durch Rechtsakte des Unionsrechts unzulässig.¹⁴⁸

Aber auch diesen Prüfungsvorbehalt unterzog das Bundesverfassungsgericht in seiner Maastricht-Entscheidung im Oktober 1993 einer Modifizierung; danach werde sich das Bundesverfassungsgericht für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland darauf beschränken, eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes – quasi in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof – zu prüfen.¹⁴⁹

Mit dem im Jahre 1992 in Würdigung des Maastrichter Vertrages speziell für das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Europäischen Union¹⁵⁰ neu geschaffenen Art. 23 GG ist die nationale Kontrolle des Unionsrechts jedoch nur auf ernsthafte Antastungen der Grundprinzipien des Grundgesetzes (Demokratie, Rechts- und Sozialstaat, Föderalismus und Subsidiarität) beschränkt; ebenso besagt diese Verfassungsnorm, dass der europäische Grundrechtsschutz dem deutschen nur „im Wesentlichen“¹⁵¹ entsprechen muss. Art. 23 GG betont die „Europatreue“ des Grundgesetzes.¹⁵² Die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Verwirklichung eines vereinten Europas ist Staatsziel.¹⁵³

Das Bundesverfassungsgericht sah schließlich in der Bananenmarkt-Entscheidung eine Gefahr für die deutsche Verfassung nach dem derzeitigen Stand des Unionsrechts als nicht gegeben an; vielmehr stellte es erneut einen ausreichenden europäischen Grundrechtsschutz fest.¹⁵⁴ Diese Rechtsprechung aus dem Jahre 2000 ist bislang nicht modifiziert worden und kann als gefestigt gelten. Einzuräumen ist, dass der vom Bundesverfassungsgericht eingeschlagene Weg nicht geradlinig und er von der Aufhebung oder Relativierung früherer Rechtsansichten geprägt ist. Die nebeneinander bestehenden und in sich verwobenen Rechtsordnungen führen zu einem Spannungsverhältnis, das eine Vielzahl von Problemen mit sich führt, allen voran das Verhältnis des Grundgesetzes zum Unionsrecht und damit letztlich auch die Relation zwischen dem Bundesverfassungsgericht

¹⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 387 = NJW 1987, 577 582; vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 23.

¹⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049.

¹⁵⁰ Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 8f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rz. 3f.; BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 172 = NJW 1993, 3047, 3050; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 23, Rz. 2; Pernice, in: Dreier, GG, Art. 23, Rz. 2; Classen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 1.

¹⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378 = NJW 1987, 577, 580; BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 174f. = NJW 1993, 3047, 3049; BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, 162 = NJW 2000, 3124, 3124 ; Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 41; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 23, Rz. 14; Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 34; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rz. 13.

¹⁵² Oppermann, § 6, 50 und § 7, Rz. 4.

¹⁵³ Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 10; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 23, Rz. 7; Pernice, in: Dreier, Art. 23, Rz. 2 und 18; vgl. auch: Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 34.

¹⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, 162 = NJW 2000, 3124, 3124f.

und dem Europäischen Gerichtshof. Dies in ihrer rechtlichen Bedeutung darzustellen, erfordert eine Entwicklung durch die berufenen Gerichte. Wenn auf dem Weg dieser Entwicklung Fehlentscheidungen gefällt wurden, muss dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit und das Recht eingeräumt werden, diese zu revidieren.

Zusammenfassend ist also auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von einem Vorrang des Unionsrechts vor den nationalen Gesetzen auszugehen.¹⁵⁵ Teilweise wird hier von einem „relativen Vorrang“ gegenüber einem vom Europäischen Gerichtshof als absolut angenommenen Vorrang gesprochen.¹⁵⁶ In beiden Fällen ist lediglich von einem Anwendungsvorrang auszugehen; danach wird die dem Unionsrecht entgegenstehende nationale Norm nicht unwirksam, sie darf jedoch von den nationalen Gerichten und Behörden nicht mehr angewandt werden, solange sie mit dem Unionsrecht kollidiert.¹⁵⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien als zulässige Rechtsfortbildung anerkannt, da man sich noch im Rahmen europäischer Rechtstraditionen halte, sie füge sich in die Struktur der Union ein.¹⁵⁸ Wie oben bereits ausgeführt, hat es auch die rechtsfortbildende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen der Entwicklung eines ungeschriebenen Grundrechtsstandards mit deutlichem Wohlwollen betrachtet; hiermit sei noch keine Erweiterung der Rechtsetzungskompetenz verbunden, vielmehr handele es sich nur um eine effektive Umsetzung der Richtlinien.¹⁵⁹

Andererseits darf nicht verkannt werden, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Maastricht-Entscheidung¹⁶⁰ recht deutlich vor einer allzu extensiven, am Effektivitätsgrundsatz, *effet utile*, orientierten Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof gewarnt hat:

¹⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378 = NJW 1987, 577, 580; so auch Oppermann, § 7, Rz. 6 a.E.

¹⁵⁶ Caspar, DÖV 2000, 349, 350.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rz. 21ff. – Pretore di Susa; BVerfG, Beschluss vom 16.06.1987, 2 BvR 911/85, NJW 1988, 1459, 1462; BVerfG, Beschluss vom 28.01.1992, 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, NJW 1992, 964, 964; BGH, Urteil vom 27.01.1994, III ZR 42/92; BVerwG, Urteil vom 12.11.1997, 6 C 12/96, NVwZ 1998, 520, 523; BFH, Beschluss vom 24.01.2000, X B 99/99, NJW 2001, 847, 848; so auch Haus/Cole, JuS 2002, 1181, 1183; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rz. 34.

¹⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987, 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 241f. = NJW 1988, 1459, 1461; vgl. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rz. 33.

¹⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378ff. = NJW 1987, 577, 580ff.

¹⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 210 = NJW 1993, 3047, 3057.

Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf eine großzügige Handhabung des Art. 235 EWG-Vertrag (Art. 308 EG-Vertrag) im Sinne einer Vertragsabrundungskompetenz auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft (implied powers) und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse (*effet utile*) gestützt hat ..., so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, dass der Unionsvertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.

Der aus dem Blickwinkel der Union absolut geltende Vorrang des Unionsrechts gilt also aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts nur im Grundsatz. Dies stellt aus hiesiger Sicht keinen Widerspruch zu seinem vorstehend zitierten Solange II-Beschluss¹⁶¹ dar, denn dort wird zu Recht auf die seinerzeitige Grundlage in Art. 24 Abs. 1 GG für die Übertragung von Hoheitsrechten Bezug genommen. Das Grundgesetz bildet daher die Basis für das Unionsrecht, das solange Anwendungsvorrang genießt, wie es die im nun maßgeblichen Art. 23 GG vorgeschriebenen Grundstrukturen des Grundgesetzes achtet. Insoweit fügt sich die weitere Erklärung des Bundesverfassungsgerichts im Bananenmarkt-Beschluss¹⁶² nahtlos ein, das Gericht werde – dort bezogen auf den Grundrechtsschutz – den „Wesensgehalt (erg.: der Grundrechte) auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Union sichern“.

Das Spannungsverhältnis lässt sich solange nicht auflösen, wie die Bundesrepublik Deutschland nicht in einem europäischen Gesamtstaat aufgegangen ist; die Bundesrepublik Deutschland ist derzeit Mitglied einer zu eigenem hoheitlichen Handeln ermächtigten und hiervon auch Gebrauch machenden Staatengemeinschaft.¹⁶³ Daran ändert auch die Vorrangklausel im Entwurf des Verfassungsvertrages nichts.¹⁶⁴

¹⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378 = NJW 1987, 577, 580.

¹⁶² BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049.

¹⁶³ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 182ff. = NJW 1993, 3047, 3050ff.

¹⁶⁴ Herdegen, § 11, Rz. 22.

C) Europäische Menschenrechtskonvention

Mit Blick auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und den Umstand, dass die Europäische Union gemäß Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag in der Fassung des Vertrages von Lissabon¹⁶⁵ der EMRK¹⁶⁶ beitreten soll, sind zur Abrundung und zum besseren Verständnis auch des Verhältnisses zwischen Unionsrecht und hiermit kollidierendem nationalen Recht an dieser Stelle Ausführungen zu diesem Komplex angezeigt. Dabei ist der Frage nachzugehen, inwieweit die Europäische Menschenrechtskonvention die vorgenannte Relation beeinflusst und wie dort das Eigentumsrecht geprägt ist.

Zum Europarecht im weiteren Sinne gehört neben dem auch als Unionsrecht bezeichneten Europarecht im engeren Sinne die EMRK.¹⁶⁷ Bei der EMRK handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag.¹⁶⁸ Das Unionsrecht stellt, wie oben bereits dargelegt, eine auf Basis des AEUV geschaffene eigene, autonome Rechtsordnung¹⁶⁹ dar mit einem an die Mitgliedstaaten gerichteten Anspruch auf Beachtung¹⁷⁰. Demgegenüber hat der Europarat keine Rechtsetzungsbefugnis¹⁷¹, ihm sind seitens der Konventionsstaaten auch keine Hoheitsrechte übertragen worden.

Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung¹⁷² bei der Entwicklung eines ungeschriebenen Grundrechtsstandards als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten einerseits, andererseits aber auch auf die „Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“, auch „Europäische Menschenrechtskonvention“

¹⁶⁵ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff. (vgl. hier auch: Protokoll zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union und über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten), berichtigt: ABl. C 111 vom 06.05.2008, 56ff. und ABl. C 290 vom 30.11.2009, S. 1ff., abgedruckt unter Nr. 1001 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.10.2010.

¹⁶⁶ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 17.05.2002 (BGBl. 2002 II S. 1055), geändert durch Protokoll Nr. 14 vom 13.05.2004 (BGBl. 2006 II S. 138) und Bekanntmachung über die vorläufige Anwendung von Bestimmungen des Protokolls Nr. 14 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention vom 06.07.2009 (BGBl. II S. 823), abgedruckt unter Nr. 1001 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.12.2009.

¹⁶⁷ Haus/Colle, JuS 2002, 1181, 1182.

¹⁶⁸ Oppermann, § 2, Rz, 25.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 15.07.1964, Rs. 6/64; Slg. 1964, 1251, 1269 – Costa ./ E.N.E.L.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 15.07.1964, Rs. 6/64; Slg. 1964, 1251, 1269f. – Costa ./ E.N.E.L.

¹⁷¹ Haus/Colle, JuS 2002, 1181, 1182.

¹⁷² Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 57.

genannt, Bezug genommen.¹⁷³ Nach seiner Rechtsprechung kommt der EMRK als „Ausdruck eines Konsenses der Mitgliedstaaten“ eine entscheidende Bedeutung zu.¹⁷⁴ Die Europäische Union verpflichtete sich bereits in ex-Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag¹⁷⁵ zur Achtung der Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts ergeben. Zum Teil wurde hierin nicht nur eine Stärkung der Bedeutung der in der EMRK zum Ausdruck gebrachten Grundprinzipien gesehen, sondern auch ein Wechsel der Europäischen Union von einer Wirtschaftsgemeinschaft hin zu einer Rechts- und insbesondere Grundrechtsgemeinschaft.¹⁷⁶ Bereits die vorgenannte ehemalige Vertragsbestimmung nahm auch schon bei der Wortwahl „Achtung der Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind“ die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf, nach der diese über die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nicht aber unmittelbar verbindlich,¹⁷⁷ im Unionsrecht wirkten.¹⁷⁸ Auch wenn Generalanwalt Léger von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der EMRK im Unionsrecht ausgeht,¹⁷⁹ kann dem nicht gefolgt werden.¹⁸⁰ Der Europäische Gerichtshof geht weiterhin lediglich von einer hohen Bedeutung der EMRK für das Unionsrecht aus, nicht aber von einer unmittelbaren Wirkung.¹⁸¹ So folgte er im konkreten Fall den Ausführungen des Generalanwalts nicht, sondern berief sich auch in dieser Entscheidung auf einen „aus den Grundrechten der EMRK entwickelten allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatz“.¹⁸² Mithin nahm er zu recht nicht unmittelbar Bezug auf die Bestimmung der EMRK als Rechtsquelle; vielmehr wirken die in der EMRK verbürgten Grundrechte nur über die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Unionsgrundrechte.¹⁸³

¹⁷³ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rz. 15f. allgemein und Rz. 17ff. zum Eigentumsrecht – Hauer; EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 13 – Nold; st. Rspr. d. EuGH; Herdegen, § 3 Rz. 58; Günter, S. 13; Pernice, NJW 1990, 2409, 2414.

¹⁷⁴ Günter, S. 13 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rz. 15f. – Hauer; EuGH.

¹⁷⁵ Soweit hier und im Folgenden von ex-Art. des EU-Vertrages die Rede ist, bezieht sich dies jeweils auf den Vertrag über die Europäische Union in der Fassung vom 02.10.1997 (BGBl. 1998 II, S. 454, in Kraft getreten am 01.05.1999 gem. Bek. vom 06.04.1999 (BGBl. II, S. 296); geändert durch Art. 1 Vertrag von Nizza vom 26.02.2001 (ABl. C 80, S.1, berichtigt: ABl. C 96, S. 27ff), Art. 12 EU-Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003 (ABl. L 236, S. 33ff) und Art. 10 Abs. 2 und 3, Art. 18 Abs. 3 EU-Beitrittsakte 2007 vom 25.04.2005 (ABl. L 157, S. 203ff.) – abgedruckt unter Nr. 1000 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.09.2007.

¹⁷⁶ So: Günter, S. 13.

¹⁷⁷ Kraus, in: Grote/Marauhn, Kapitel 3, Rz. 117.

¹⁷⁸ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EU-V, Rz. 2 und 4; Calliess/Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 32f.; Beutler, in: Art 6 EUV, Rz. 57; einschränkend: weil der Text nur auf die EMRK hindeutet: Stumpf, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 6 EUV, Rz. 13.

¹⁷⁹ Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 03.02.1998, Rs. C-185/95, Slg. 1998, I-8417, Rz. 24ff., 30 – Baustahlgewerbe.

¹⁸⁰ EuGH, Urteil vom 18.06.1991, Rs. C- 260/89, Slg. 1991, I-2925, Rz 42ff. – Tilérassi; Ehlers, JURA 2002, 468, 470; Leutheuser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 330.

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 22.10.2002, Rs. C-94/00, Slg. 2002, I-9011, Rz. 23ff.– Roquette Frères.

¹⁸² EuGH, Urteil vom 17.12.1998, Rs. C-185/95, Slg. 1998, I-8417, Rz. 20f. – Baustahlgewerbe.

¹⁸³ Szczealla, in: Heselhaus/Nowak, § 2 III, Rz. 2.

Die Rechtslage zur mangelnden unmittelbaren Verbindlichkeit für die Union hat sich durch Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon nicht geändert. Ein förmlicher Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, der nach einem Gutachten¹⁸⁴ des Europäischen Gerichtshofs eine vorherige Änderung des seinerzeitigen EG-Vertrages voraussetzte, ist mit eben dieser Vertragsänderung im Vertrag von Lissabon zwar vorgesehen, jedoch noch nicht erfolgt.¹⁸⁵ Der Vertrag ist zum 1. Dezember 2009 in Kraft getreten, mangels vollzogenen Beitritts ist eine unmittelbare Bindung der Europäischen Union an die EMRK damit aber noch nicht gegeben.¹⁸⁶ Der Europäische Gerichtshof ist nicht an die Rechtsprechung des EGMR oder auch nur an dessen Auslegung der EMRK gebunden.¹⁸⁷ Der EMRK kommt zwar nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs eine besondere Bedeutung zu, so dass eine erhebliche Zunahme der ausdrücklichen Bezeichnung der EGMR-Rechtsprechung in seinen Entscheidungen festzustellen ist.¹⁸⁸ Dennoch muss der Europäische Gerichtshof „nicht allen grundrechtsdogmatischen Besonderheiten des EGMR folgen, so z.B. dann, wenn dieser ein in der EMRK fehlendes Grundrecht durch extensive oder exzessive Auslegung vorhandener Garantien herleitet.“¹⁸⁹

Die vorgenannte Wirkung der EMRK weist jedoch eine unionsrechtliche Besonderheit auf: Die „besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“ sind bei der Anwendung der EMRK zu beachten.¹⁹⁰ Die Zeit wird zeigen müssen, wie sich die „Beachtung der besonderen Merkmale“ i.S.d. Reformvertrages *de facto* auswirken wird. Es kann allerdings unter Berücksichtigung der langjährigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und auch der Entwicklung der Verträge selbst als sicher davon ausgegangen werden, dass der unionsrechtliche Grundrechtsschutz mindestens in dem bisher nur vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Umfang gewährleistet bleiben wird. Der Reformvertrag führt – so auch die Einschätzung des Auswärtigen Amtes¹⁹¹ – zu einer Stärkung der Grundrechte in der Union.

¹⁸⁴ EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759, Rz. 35.

¹⁸⁵ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff., hier: Protokoll zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union und über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

¹⁸⁶ Vgl. dazu: Herdegen, § 3, Rz. 59.

¹⁸⁷ Ehlers, JURA 2002, 468, 470.

¹⁸⁸ Szejka, in: Heselhaus/Nowak, § 2 III, Rz. 23.

¹⁸⁹ Szejka, in: Heselhaus/Nowak, § 2 III, Rz. 35.

¹⁹⁰ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff., hier: Protokoll zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union und über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

¹⁹¹ Siehe: www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Europa/Verfassung/Reformvertrag.html – Der EU-Reformvertrag, Stand: 27.12.2007.

Die EMRK wurde 1950 in Rom unterzeichnet und ist 1953 in Kraft getreten; Vertragsstaaten sind alle Mitgliedstaaten des Europarates. Die Konvention gewährleistet elementare Menschenrechte, insbesondere das Recht auf Leben, das Folterverbot, das Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit, den Schutz persönlicher Freiheit, Justizgrundrechte, besondere Freiheitsrechte (wie den Schutz der Privatsphäre, Gewissens- und Religionsfreiheit, freie Meinungsäußerung, Versammlungs- und Vereinsfreiheit) sowie das Recht auf Ehe und Familie. Die Reihe der gewährleisteten Rechte wurde durch verschiedene Zusatzprotokolle ergänzt, die in den Gebieten der ihnen jeweils beigetretenen Mitgliedstaaten Geltung haben. Im Rahmen dieser Arbeit ist das erste Zusatzprotokoll zur EMRK von Belang. Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 dieses Zusatzprotokolls, dem die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, haben natürliche wie juristische Personen das „Recht auf Achtung ihres Eigentums“. Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls lässt Beschränkungen dieses Rechts „im Allgemeininteresse oder zur Sicherung der Zahlung der Steuer oder sonstiger Abgaben oder von Geldstrafen“ zu, jedoch beschränkt auf das Erforderliche.

Bezogen auf den hier interessierenden Bereich des konventionsrechtlichen Schutzes des Eigentums sei kurz die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anhand des Falles *Chassagnou*¹⁹² aufgezeigt, der die Bedeutung des konventionsrechtlichen Schutzes für das Eigentum verdeutlicht. Das französische Jagdgesetz von 1964 verpflichtete die Eigentümer kleinerer Grundstücke unter bestimmten Voraussetzungen, Mitglied kommunaler Jagdverbände zu werden und diesen Verbänden das Jagdrecht auf ihrem Land zu übertragen. Das Gericht wertete die zwangsweise Übertragung von Jagdrechten als einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentum.¹⁹³

In der Bundesrepublik Deutschland gelten die Regelungen der EMRK nicht mit Verfassungsrang¹⁹⁴; vielmehr haben sie den Rang eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 S. 1, 2. Alternative GG,¹⁹⁵ also eines einfachen Bundesgesetzes.¹⁹⁶ Wenngleich daher die Möglichkeit besteht, sich durch ein späteres Gesetz über die EMRK hinwegzusetzen, ist dies *in praxi* unter Berücksichtigung der hohen Bedeutung, die der EMRK durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung beigemessen wird, nicht zu erwarten.

¹⁹² Herdegen, § 3, Rz. 39 mit Hinweis auf *Chassagnou* ./ Frankreich, EGMR RJD 1999-III = RUDH 1999, S.17ff.

¹⁹³ Herdegen, § 3, Rz. 39.

¹⁹⁴ Insoweit kann z.B. eine Verfassungsbeschwerde nicht auf eine Verletzung der EMRK gestützt werden, vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.05.1983, 2 BvR 731/80, BVerfGE 64, 135, 157 = NJW 1983, 2762, 2765; BVerfG, Beschluss vom 14.01.1960, 2 BvR 243/60, BVerfGE 10, 271, 274 = NJW 1960, 1243, 1244; BVerfG, Beschluss vom 13.01.1976, 1 BvR 631/69 und 24/70, BVerfGE 41, 126, 149.

¹⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 29.05.1990, 2 BvR 245/88 und 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106, 114 = NJW 1990, 2741, 2741 bezogen auf Art. 6 II MRK; BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 315, 317.

¹⁹⁶ Ehlers, JURA 2000, 372, 373.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich durchaus, wenngleich in dem nicht ernstlich zu erwartenden Falle, die Prüfung einer Kollision von Unionsrecht mit Verfassungsrecht vorbehalten, denn auf „die im letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“ hat es nicht verzichtet.¹⁹⁷ Gelegentlich spricht man auch hier von einem Kooperationsverhältnis zwischen dem Europäischen Gerichtshof, dem EMRG und dem Bundesverfassungsgericht, wie Letzteres es im Maastricht-Urteil¹⁹⁸ für seine Beziehung zum Europäischen Gerichtshof dargestellt hat; schließlich spiegeln sich bei diesen Gerichten zwangsläufig die verschiedenen Rechtskreise wider.¹⁹⁹

In diesem Zusammenhang gewinnt die EMRK wiederum an Gewicht. Nach einer weiteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁰⁰ sind im Rahmen der Auslegung des Grundgesetzes auch der Inhalt sowie der Entwicklungsstand der EMRK und damit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.²⁰¹ Im Übrigen ist der im Vertrag von Lissabon vorgesehene Beitritt der Europäischen Union zur EMRK im Sinne einer Festigung dieses Grundrechtsstandards zu werten.²⁰²

Das Bundesverfassungsgericht hat sich ferner mit der Frage der Bindungswirkung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte befasst.²⁰³ Es negiert zunächst eine unmittelbare Bindung deutscher Gerichte an solche Entscheidungen selbst im Rahmen des bereits dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vorliegenden Sachverhalts. Allerdings gibt es den deutschen Gerichten auf, die tragenden Aspekte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen und eine davon abweichende Entscheidung besonders zu begründen:

Sind für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des Gerichtshofs einschlägig, so sind grundsätzlich die vom Gerichtshof in seiner Abwägung berücksichtigten Aspekte in die verfassungsrechtliche Würdigung, namentlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, und es hat eine Auseinandersetzung mit den vom Gerichtshof gefundenen Abwägungsergebnissen stattzufinden... Hat der Gerichtshof in einem konkreten Beschwerdeverfahren unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland einen Konventionsverstoß festgestellt und dauert dieser Verstoß an, so ist die Entscheidung des Gerichtshofs im innerstaatlichen Bereich zu

¹⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 319, 328ff.

¹⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134/92 und 2159/92, BVerfGE 89, 155, 188, 210

¹⁹⁹ Weber, DVBl. 2003, 220, 227.

²⁰⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.03.1987, 2 BvR 589/79, 740/81 und 284/85, BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427, 2427.

²⁰¹ Vgl. hierzu insgesamt: Herdegen, § 3 Rz. 52.

²⁰² Vgl. www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Europa/Verfassung/Reformvertrag.html – Der EU-Reformvertrag, Stand: 27.12.2007.

²⁰³ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 315ff.

berücksichtigen, das heißt die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen. Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben, kommt es regelmäßig auf sensible Abwägung zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits oder durch eine Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse anders ausfallen können.²⁰⁴

Soweit das Bundesverfassungsgericht somit eine unbedingte Bindung an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verneint und den Fachgerichten lediglich eine – wenn auch strenge – Abwägungspflicht mit den tragenden Argumenten der jeweiligen Entscheidung auferlegt, kann dies im Einzelfall zu einem nicht lösbaren Konflikt führen. Hat beispielsweise das deutsche Gericht über einen Sachverhalt zu befinden, der bereits Gegenstand einer vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellten Konventionsverletzung war, dürfen Organe eines Mitgliedstaates gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK die festgestellte Konventionsverletzung nicht fortsetzen. Sollten im dem späteren Verfahren vor dem deutschen Gericht keine wesentlichen neuen Sachverhaltsänderungen gegeben sein, steht die Befolgungspflicht einer Abwägung entgegen.

Das Abwägungsmodell des Bundesverfassungsgerichts²⁰⁵ gibt den deutschen Gerichten aber ohnehin auf, der konventionsmäßigen Auslegung den Vorrang einzuräumen, „solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind“.²⁰⁶ Damit dürfte in der Rechtspraxis ein tatsächlich nicht lösbarer Konflikt die absolute Ausnahme darstellen.

²⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 324.

²⁰⁵ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 324ff.

²⁰⁶ Vgl. dazu insgesamt: Herdegen, § 3, Rz. 56.

D) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich gleich in zwei telekommunikationsrechtlichen Bereichen mit der Frage des Einflusses des Unionsrechts auf nationales Recht auseinanderzusetzen, einmal im Rahmen der Lizenzgebühren und sodann im Zusammenhang mit den Gebühren für die Zuteilung von Ortsnetzzurufnummern an Telekommunikationsunternehmen.

I) Bundesverwaltungsgericht nach Vorliegen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der verbundenen Rechtssache C-392/04 und C-422/04 (Lizenzgebühren) und Vergleich mit der Rechtslage bei den Gebühren für Ortsnetzzurufnummern

Im Falle der Lizenzgebühren ging es konkret um die Frage, ob das Unionsrecht sogar die Wirkung hat, nach nationalem Recht unanfechtbar gewordene Bescheide durch die national zuständigen Gerichte aufheben zu lassen, wenn diese Bescheide auf Basis einer dem Unionsrecht zuwider laufenden nationalen Regelung erlassen worden sind.

Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (nunmehr: Bundesnetzagentur)²⁰⁷ hatte unter Zugrundelegung der TKLGebV (1997)²⁰⁸ den Telekommunikationsunternehmen Gebührenbescheide zugestellt, in denen die sog. Lizenzgebühren geltend gemacht wurden.

Während einige wenige Telekommunikationsunternehmen hiergegen Widerspruch und nachfolgend Klage erhoben hatten,²⁰⁹ haben die meisten Betroffenen die Bescheide in Rechtskraft erwachsen lassen und die Gebühren gezahlt. Das Bundesverwaltungsgericht hob in seinen Urteilen vom 19. September 2001²¹⁰ die jeweils fristgerecht angefochtenen Lizenzgebührenbescheide mit der Begründung auf, die TKLGebV (1997) verstoße gegen höherrangiges Recht, so dass keine Rechtsgrundlage für die Erhebung von Telekommunikationslizenzgebühren der Klassen 3 und 4 bestehe; die Gebührenregelung stehe nicht

²⁰⁷ Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen ist eine selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit Sitz in Bonn; sie ist am 13.07.2005 aus der vormaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) hervorgegangen, die zuvor Bundesamt für Post und Telekommunikation (BAPT) hieß.

²⁰⁸ Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (TKLGebV) vom 28.07.1997, BGBl. I, 1936.

²⁰⁹ BVerwG, Urteile vom 19.09.2001 in den Verfahren 6 C 12.00, 6 C 13.00, BVerwGE 115, 125ff. = MMR 2002 326ff.), 6 C 19.00, 6 C 22.00, 6 C 23.00, 6 C 41.00, 6 C 42.00, 6 C 43.00 und 6 C 49.00.

²¹⁰ BVerwG, Urteile vom 19.09.2001 in den Verfahren 6 C 12.00, 6 C 13.00, BVerwGE 115, 125ff. = MMR 2002 326ff., 6 C 19.00, 6 C 22.00, 6 C 23.00, 6 C 41.00, 6 C 42.00, 6 C 43.00 und 6 C 49.00.

im Einklang mit der gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 16 Abs. 1 TKG (1996).²¹¹ Das Gericht beanstandete zum einen, der Ordnungsgeber habe in seine Gebührenberechnung einen Verwaltungsaufwand miteinbezogen, der „zum großen Teil“ nicht von der Ermächtigungsgrundlage in § 16 Abs. 1 TKG (1996) erfasst sei.²¹² Das Unionsrecht, so das Gericht weiter, verbiete sogar unter Berücksichtigung des Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG²¹³ eine erweiternde Auslegung des § 16 Abs. 1 TKG (1996) als Ermächtigungsgrundlage²¹⁴ und schließlich begegne die in der Verordnung vorgesehene Vorauserhebung der Kosten für 30 Jahre verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG.²¹⁵ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie als Ordnungsgeber die Kritik des Bundesverwaltungsgerichts aufgegriffen und unter Aufhebung der TKLGebV (1997) am 9. September 2002 eine geänderte TKLGebV (2002)²¹⁶ geschaffen hat, die jedoch ihrerseits ebenfalls in der Kritik steht, höherrangiges Recht nicht zur Genüge zu beachten.²¹⁷

In Reaktion auf die vorstehenden Urteile verlangten einige der Unternehmen, welche die Gebührenbescheide hatten rechtskräftig werden lassen, die Erstattung der gezahlten Lizenzgebühren. Die Regulierungsbehörde lehnte diese Anträge ohne Ausnahme ab, so dass eine Reihe von Telekommunikationsbetreibern Klage vor dem VG Köln erhob. Hinsichtlich der überwiegenden Zahl dieser Verfahren wurden Klagevermeidungs- und Gleichbehandlungsvereinbarungen mit Blick auf die ausgewählten Musterprozesse getroffen. In zweien dieser Musterverfahren rief das Bundesverwaltungsgericht den Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung mit der Begründung an, auf Grundlage des nationalen Rechts hätten die Klägerinnen keinen Erstattungsanspruch, jedoch sei fraglich, ob sich nicht aus dem europäischen Unionsrecht ein solcher ergebe; zu klären sei daher zunächst die Frage, ob die Erhebung der umstrittenen Gebühren nicht nur gegen höherrangiges nationales Recht, sondern auch gegen Unionsrecht verstoße.²¹⁸

²¹¹ Z.B. BVerwG, Urteil vom 19.09.2001, 6 C 13.00, BVerwGE 115, 125, 126 und 128.

²¹² Z.B. BVerwG, Urteil vom 19.09.2001, 6 C 13.00, BVerwGE 115, 125, 131ff.

²¹³ Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl. L 117 vom 07.05.1997, S. 15ff.

²¹⁴ Z.B. BVerwG, Urteil vom 19.09.2001, 6 C 13.00, BVerwGE 115, 125, 135f.

²¹⁵ Z.B. BVerwG, Urteil vom 19.09.2001, 6 C 13.00, BVerwGE 115, 125, 138f.; vgl. auch Nolte/Schreier, MMR 2003, 235, 238.

²¹⁶ Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung 2002, TKLGebV (2002), BGBl. I, S.3542.

²¹⁷ Nolte/Schreier, MMR 2003, 235, 240 – [Sie sehen in § 4 TKLGebV (2002) eine Schlechterstellung der TK-Unternehmen, die gegen die Gebührenbescheide auf Grundlage der TKLGebV (1997) rechtzeitig Widerspruch bzw. Klage erhoben haben, gegenüber denjenigen, welche die Bescheide haben in Rechtskraft erwachsen lassen. Bei genauer Betrachtung kommt jedoch eine Unionsrechtlich bedenkliche Schlechterstellung der TK-Unternehmen in Betracht, die ihre Gebührenbescheide nicht rechtzeitig angefochten haben, denn diesen wird die in aller Regel gegenüber dem neuen Niveau deutlich höhere Lizenzgebühr nicht erstattet.]

²¹⁸ BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C 23.03, Gründe B 1; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C. 24.03, Gründe B 1.

Sollte diese Frage nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs zu bejahen sein, sei, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, die weitere Frage im Vorabentscheidungsverfahren zu klären, ob Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) und Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie dahin zu verstehen seien, dass sie es geböten, einen trotz möglicher Rechtsmittel nicht angefochtenen und nun rechtskräftigen Gebührenbescheid aufzuheben, wenn das nationale Recht dies zulässt, aber nicht fordert.²¹⁹

Der Europäische Gerichtshof urteilte zur ersten Frage, Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13/EG stehe einer Gebühr für Einzelgenehmigungen entgegen, bei der ein allgemeiner Kostenaufwand der Regulierungsbehörde für einen Zeitraum von 30 Jahren zugrunde liege.²²⁰ Zur zweiten Frage vertrat der Gerichtshof die Ansicht, Art 10 EG-Vertrag gebiete in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 der vorgenannten Richtlinie, dass das nationale Gericht zu beurteilen habe, ob eine – wie im vorliegenden Falle – mit dem Unionsrecht klar unvereinbare Regelung „offensichtlich rechtswidrig“ im Sinne des jeweiligen nationalen Rechts sei. Sollte das nationale Gericht dies bejahen, hat es nach Auffassung der Europäischen Gerichtshofs alle nach nationalem Recht möglichen Konsequenzen in Bezug auf die Rücknahme entsprechender Bescheide zu ziehen.²²¹

Nach Vorliegen der i-21 Germany/Arcor-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs²²² hatte sich das in den beiden hiernach fortzusetzenden Verfahren wieder zur Entscheidung berufene Bundesverwaltungsgericht im Falle der Lizenzgebühren mit der Frage der offensichtlichen Rechtswidrigkeit zu befassen.²²³ Dabei hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinen Vorlagebeschlüssen vom 7. Juli 2004²²⁴ unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²²⁵ ausgeführt, ein unanfechtbarer Bescheid sei mit Blick auf den europarechtlich verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit aufzuheben, wenn dies im konkreten Fall unionsrechtlich geboten sei; ein Ermessen der nationalen Stellen bestehe dann nicht.

²¹⁹ BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C 23/03, Gründe B 2; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C. 24.03, Gründe B 2; vgl. auch von Reinersdorff, MMR 20002, 299, 299f.

²²⁰ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rz. 42, EuZW 2006, 696, 698 – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277, 1278 = DVBl. 2006, 1441, 1443.

²²¹ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rz. 72, EuZW 2006, 696, 698 – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277, 1280 = DVBl. 2006, 1441, 1445f.

²²² EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04 – i-21, EuZW 2006, 696ff. – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277ff. = DVBl. 2006, 1441ff.

²²³ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06, MMR 2007, 365, 366 = NVwZ 2007, 709, 711; BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 33/06, Rz. 20.

²²⁴ BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C 23/03, Gründe B 2; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C. 24.03, Gründe B 2.

²²⁵ EuGH, Urteil vom 16.07.1998, Rs. C-298/96, Slg. 1998, I-4782, Rz. 23 – Ölmühle; EuGH, Urteil vom 21.09.1983, verb. Rs. 205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Rz. 17, 18 und 22 – Deutsche Milchkontor GmbH.

Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht in den beiden fortgesetzten Verfahren letztlich der Bestandskraft den Vorrang eingeräumt.²²⁶ Der Senat nimmt für den maßgeblichen Zeitpunkt des Ergehens der Gebührenbescheide keine offensichtliche Unionsrechtswidrigkeit der TKLGebV (1997) an; vielmehr weise Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie „kein solches Maß an Klarheit und Präzision auf, dass sich der Verstoß gegen das Unionsrecht von vornherein aufdrängte und schließlich sei die erforderliche Klarheit erst aufgrund der Auslegung zu verzeichnen, die ihm der Europäische Gerichtshof in seinen beiden Entscheidungen vom 18. September 2003²²⁷ und vom 19. September 2006²²⁸ gegeben habe.“²²⁹ Der Europäische Gerichtshof habe unter dem 18. September 2003 erstmals die für die Gebührenbemessung maßgeblichen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie der Nichtdiskriminierung entwickelt. Der in der Richtlinie verwendete Begriff der Verwaltungskosten sei erst im Urteil vom 19. September 2006 näher definiert worden; er umfasse die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung von Einzelgenehmigungen, so dass weder die in der TKLGebV (1997) weiter veranschlagten Kosten für die allgemeine Überwachungs- und Kontrolltätigkeit der Bundesnetzagentur noch ein Zeitraum von dreißig Jahren hätten berücksichtigt werden dürfen. Die Komplexität dieser Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs verbietet nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Annahme einer „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“, bezogen auf den bereits erwähnten maßgeblichen Zeitpunkt.²³⁰ Daran ändert, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, auch nichts der Umstand, nach dem die Lizenzierungsrichtlinie den Wettbewerb auf dem Telekommunikationssektor fördern wollte; der Unionsverstoß war im Zeitpunkt des Erlasses der Gebührenbescheide nicht offensichtlich.²³¹

Wie oben bereits dargestellt, sind die hier in Rede stehenden Ausgleichsansprüche zivilrechtlicher Natur, so dass eine Festsetzung via Verwaltungsakt ausscheidet. Dennoch belegt die vorgenannte Rechtsprechung, wie weit der Einfluss des Unionsrechts gerade auch im hier interessierenden Bereich der Telekommunikation reicht:

Unter Umständen kommt sogar die Aufhebung von Bescheiden in Betracht, die mangels Ausnutzung rechtlicher Möglichkeiten in Rechtskraft erwachsen sind, d.h. selbst derjenige,

²²⁶ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06, MMR 2007, 365, 366 = NVwZ 2007, 709, 710; BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 33/06.

²²⁷ EuGH; Urteil vom 18.09.2003, Rs. C-292/01 – Albacom und Infostrada; EuGH, Urteil vom 8.11.2005, Rs. C-293/02, Slg. 2005, I-9543 – Jersey.

²²⁸ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, EuZW 2006, 696ff. – i-21 Germany/Arcor = NVwZ 2006, 1277ff. = DVBl. 2006, 1441ff.

²²⁹ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 33/06, Rz.16; BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06, MMR 2007, 365, 366f. = NVwZ 2007, 709, 711.

²³⁰ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 33/06, Ziffer 16; BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06, MMR 2007, 365, 366 = NVwZ 2007, 709, 711.

²³¹ BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 33/06, Ziffer 19; BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06, MMR 2007, 365, 366 = NVwZ 2007, 709, 711.

der nicht fristgerecht von den ihm zur Verfügung stehenden Anfechtungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat, kann unter den dargelegten Voraussetzungen auf das Unionsrecht zurückgreifen und eine Aufhebung der rechtskräftigen Entscheidung erreichen.

Die Rechtsprechung stellt zudem die hohe Bedeutung eines zu fördernden fairen Wettbewerbs im europäischen Telekommunikationssektor heraus. Der Europäische Gerichtshof trägt diesem Grundgedanken Rechnung, wenn er die der TKLGebV (1997) zugrunde liegende Gebührenregelung für unionsrechtswidrig erklärt, weil sie der auf eine vollständige Liberalisierung gerichteten Richtlinie 97/13/EG und dort insbesondere dem Zweck, neuen Wettbewerbern den Zutritt zum Markt zu eröffnen, zuwiderlaufe.²³² Mithin muss diese Urteilsfindung auch bei der Bewertung der hier in Rede stehenden Frage, ob die im TKG geregelte Ausgleichspflicht wegen Verletzung des Gebots zur Schaffung und Förderung eines fairen Wettbewerbs gegen das Unionsrecht verstößt, Beachtung finden.

Unter eben diesen Aspekten ist sodann ein Vergleich mit der Rechtslage bei den Verfahren über bestandskräftige Bescheide bezogen auf die Gebühren für die Zuteilung von Ortsnetzrufnummern zu ziehen:

Unabhängig davon, ob man der oben dargestellten Wertung des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der fehlenden „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ der TKLGebV (1997) folgt, kann das dort vom Bundesverwaltungsgericht gefundene Ergebnis nicht auf die noch nicht²³³ national höchstrichterlich entschiedenen Fälle bestandskräftiger²³⁴ Bescheide über Gebühren für Ortsnetzrufnummern auf Basis der vom Europäischen Gerichtshof²³⁵ als unionsrechtswidrig festgestellten TNGebV²³⁶ übertragen werden.

Bezogen auf die hier in Rede stehende TNGebV bestehen keine Zweifel an der offensichtlichen Rechtswidrigkeit, da die grobe Ungleichbehandlung der neu eintretenden Wettbewerber im Verhältnis zum marktbeherrschenden und früher monopolistischen Unternehmen evident war und ist: Der ehemalige Monopolist konnte auf die ihm kostenlos zur Verfügung gestellten Ortsnetzrufnummern in einer Größenordnung von fast 400 Mio. Rufnummern (weiterhin) kostenfrei zurückgreifen, während die Wettbewerber bereits für ihre ersten Rufnummern eine am wirtschaftlichen Wert orientierte Gebühr zu entrichten hatten. Diese wettbewerbsbeschränkende Ungleichbehandlung durch die zugrunde liegende

²³² EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, Rz. 70, EuZW 2006, 696, 699 – i-21 Germany/Arcor.

²³³ Den Ausgangsverfahren vor dem BVerwG lagen Fälle zugrunde, in denen gegen die Gebührenbescheide rechtzeitig Rechtsbehelf eingelegt worden war. Vgl. im hierzu im Einzelnen die Ausführungen zu Teil III, B.

²³⁴ Zu den Fällen rechtzeitig angegriffener Bescheide über die Gebühren für die Zuteilung von Ortsnetzrufnummern siehe im Einzelnen die Ausführungen zu Teil III, B.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 20.10.2005, verb. Rs. C-327/03 und C-328/03, Slg. 2005, I-8877 – ISIS/O2.

²³⁶ Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung vom 16.08.1999, BGBl. I, S. 1887 (später geändert, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 19.12.2006, BGBl. I, S. 3378).

Verordnung und die damit einhergehende Unvereinbarkeit mit der Richtlinie 97/13/EG einschließlich ihrer Erwägungen waren offensichtlich. Die TNGebV sah für die Zuteilung von Ortsnetzzurufnummern eine erhebliche Gebühr vor, die insbesondere jeder neu in den Telekommunikationsmarkt eintretende Betreiber entrichten musste, wollte er Sprachdienste für die Öffentlichkeit anbieten. Demgegenüber konnte der bisher monopolistisch aufgestellte Marktbeherrscher aus einem sehr großen und ausreichenden Pool an kostenlos zugewiesenen Rufnummern und einer hieraus gebildeten Reserve an Ortsnetzzurufnummern schöpfen. Diese Ungleichbehandlung, die wegen des verfassungsrechtlichen Verbots der Rückwirkung nicht etwa durch den Versuch einer nachträglichen Gebührenerhebung betreffend die Altbestände beseitigt werden konnte, widersprach offensichtlich dem wettbewerbsfördernden Zweck der Richtlinie 97/13/EG, insbesondere ihrem fünften Erwägungsgrund.²³⁷

Berücksichtigt man vorliegend die Gebührenhöhe der TNGebV unmittelbar nach Öffnung des Telekommunikationsmarktes, so hätte der bisherige Monopolist für seinen Bestand an Ortsnetzzurufnummern bei Anwendbarkeit der Nummern B.1 bzw. B. 2 der TNGebV Gebühren in einer Höhe von rund 400 Mio. DM oder etwa 200 Mio. Euro entrichten müssen. Stattdessen blieb der ehemalige Monopolist, der heute noch eine marktbeherrschende Stellung innehat, von dieser Gebührenlast befreit, während die neu in den Markt eintretenden Wettbewerber nur die Möglichkeit hatten, zu einer Gebühr von 1,00 DM pro Ortsnetzzurufnummer zu beantragen.

Die auf Grundlage der TNGebV vom 16. August 1999 erlassenen Gebührenbescheide sind, auch nachdem sie in Bestandskraft erwachsen sind, zurückzunehmen, weil das Unionsrecht dies gebietet.

Zum einen war die Unionsrechtswidrigkeit der Verordnung ob ihrer erheblichen Ungleichbehandlung von den dem ehemaligen Monopolisten bereits kostenfrei zugewiesenen Ortsnetzzurufnummern einerseits und der sich am wirtschaftlichen Wert orientierenden Gebührenpflicht für neue Zuteilungen andererseits „offensichtlich“ im Sinne des § 48 Absatz 1 VwVfG. Der wettbewerbsverzerrende und den Wettbewerb erschwerende Verstoß gegen die Richtlinie 97/13/EG, die ausweislich ihrer Begründung gerade einen wettbewerbsfördernden Charakter hatte, war offenkundig.

Zum anderen kann nur durch die Rücknahme der Bescheide der europäischen Wettbewerbsordnung und dem sich hieraus ergebenden Vorrang des Unionsrechts Genüge

²³⁷ Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.04.1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste (Lizenzierungsrichtlinie), ABl. L 117 vom 07.05.1997, S. 15ff., 5. Erwägungsgrund.

getan werden. Das in ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG-Vertrag normierte und auch nach dem AEUV fortgeltende²³⁸ unionsrechtliche Gebot zur Schaffung eines „Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“, sowie die sich aus Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) ergebende Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit lassen hier keine andere Wertung zu.²³⁹ Die in Rede stehende Gebührenregelung war von Beginn an offenkundig geeignet, dem bisherigen Monopolisten weiterhin kostenfrei den enorm hohen Bestand an Ortsnetzzurufnummern zu sichern, wohingegen gerade die neuen Telekommunikationsunternehmen, welche bisher über keine eigenen, d.h. ihnen originär zugeteilte Rufnummernblöcke verfügten, bereits für die erste Rufnummernzuteilung einen verhältnismäßig hohen Betrag als Gebühr entrichten mussten. Der überkommene Wettbewerbsvorteil des bisherigen Monopolisten wurde auf diese Weise sogar gestärkt. Die neuen Unternehmen mussten, um im Markt überhaupt ihren Kunden aus eigenem Bestand unmittelbar Rufnummern zuteilen zu können, in Vorleistung treten, während der Marktbeherrscher aus einem großen Pool kostenfrei zugeteilter Ortsnetzzurufnummern schöpfen konnte. An dieser Wertung ändert auch nichts die Möglichkeit, die Gebühren über den Preis auf den Endkunden umzulegen. Auch hier wäre wiederum die deutliche Besserstellung des bisherigen Monopolisten zum Tragen gekommen. Er konnte seine Preise ohne diese Gebühr kalkulieren und im Markt günstiger anbieten. Die neu in den Markt tretenden Unternehmer hatten daher nur die Wahl, die Gebühren als zusätzlichen Kostenfaktor im Rahmen ihres Betriebseinsatzes zu übernehmen oder aber Gefahr zu laufen, bei einer Umlage auf die Endkundenpreise nicht konkurrenzfähig zu sein.

Diese Fallgestaltung ist für den hier zu beurteilenden Ausgleichsanspruch unabhängig davon von Bedeutung, ob man die der Verordnung zugrunde liegende Regelung als „offensichtlich rechtswidrig“ qualifiziert.

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Regelung aus, so erhielte diese Fallgestaltung dadurch eine zusätzliche Relevanz für den hier in Rede stehenden Ausgleichsanspruch, als die Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts hier *in praxi* an Fällen nicht rechtzeitig angefochtener und so in Rechtskraft erwachsener Gebührenbescheide deutlich wird: Trotz Bestandskraft der Bescheide sind die nationalen Gerichte unionsrechtlich gehalten, diese nachträglich aufzuheben.

Jedenfalls aber findet man einen relevanten Bezug zur Frage des Ausgleichsanspruchs in der Begründung des Europäischen Gerichtshofs zur Unionsrechtswidrigkeit der in der

²³⁸ Behrens, EuZW 2008, 193.

²³⁹ Vgl. hierzu: Teil I A I 1.

TNGebV getroffenen Regelung.²⁴⁰ Es wird zu prüfen sein, ob die Ausgestaltung der Ausgleichspflichtregelung ähnlich der Regelung in der oben genannten TNGebV einen bestehenden Wettbewerbsvorteil des aus dem ehemaligen Monopolisten hervorgegangenen Marktbeherrschers nicht nur nicht beseitigt, sondern zementiert.

²⁴⁰ Vgl. hierzu: Teil III C.

II) Bundesverwaltungsgericht zur Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen

Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt bei der Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²⁴¹ und nimmt eine unionsrechtskonforme Auslegung der Bestimmungen über die Rücknahme von begünstigenden Verwaltungsakten nach § 48 VwVfG vor. Danach ist das Vertrauen des Begünstigten in den Fortbestand des leistungsgewährenden Verwaltungsaktes grundsätzlich dann nicht schutzwürdig, wenn die Beihilfe unter Verstoß gegen das unionsrechtliche Vorprüfungsverfahren bewilligt worden ist. Nur wer sich um die Einhaltung des Unionsrechts durch die nationale Bewilligungsbehörde gekümmert hat, ist schutzwürdig. Demnach hat in der Interessenabwägung mit dem Vertrauensschutz des Begünstigten das Prinzip der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns beim Unionsrecht größeres Gewicht als bei der Verletzung nationalen Rechts. Denn die Einwirkung des Unionsrechts verstärkt das Gewicht des allgemeinen öffentlichen Interesses an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns und damit des Rücknahmeinteresses.²⁴²

Letztlich verneint die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Ermessen der nationalen Behörden, von der Rücknahme abzusehen, wenn die Kommission mit einer bestandskräftigen Entscheidung den Mitgliedstaat zur Rückforderung verpflichtet hat.²⁴³ Die Rücksicht auf Unionsbelange verbietet es auch, die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG als absolute Barriere für die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes anzusehen, wenn es um unionsrechtswidrig bewilligte Leistungen geht.²⁴⁴

Zur Abrundung sei an dieser Stelle erwähnt, dass der nationalen Behörde in diesen Fällen auch nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs vor dem Hintergrund des Grundsatzes *effet utile* ein Ermessen nicht zusteht.²⁴⁵

²⁴¹ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rz. 14 ,NVwZ 1990, 1160, 1161 – BUG-Alutechnik.

²⁴² BVerwG, Urteil vom 17.02.1993, 11 C 47.92, BVerwGE 92, 81, 86 = NJW 1993, 2764, 2765; vgl. dazu auch Herdegen, § 11, Rz. 41.

²⁴³ BVerwG, Urteil vom 17.02.1993, 11 C 47.92, BVerwGE 92, 81, 87 = NJW 1993, 2764, 2765f.

²⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 23.04.1998, 3 C 15.97, BVerwGE 106, 328, 332ff.; BVerfG, Beschluss vom 17.02.2000, 2 BvR 1210/98, EuGRZ 2000, 175, 176 = NJW 2000, 2015, 2016; vgl. auch Herdegen, § 11, Rz. 42.

²⁴⁵ EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rz. 37f. – Alcan.

Wie oben bereits im Zusammenhang mit der Darstellung der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dargelegt, können auch diese konkreten verwaltungsgerichtlichen Urteile nicht unmittelbar im Rahmen der zivilrechtlichen Ausgleichspflicht angewandt werden. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts belegen aber, und hierin liegt die Berechtigung ihrer Erwähnung an dieser Stelle, ebenso wie diejenigen des Europäischen Gerichtshofs, wie weit der Effektivitätsgrundsatz und damit der Vorrang des Unionsrechts reichen.

E) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor kollidierendem nationalen Recht

Der Bundesgerichtshof misst den Richtlinien zumindest in Einzelfällen schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Vorwirkung bei, die über das vom Unionsrecht Gebotene hinausgeht.²⁴⁶ Andererseits schränkt er die richtlinienkonforme Auslegung mit Hinweis auf das Verfassungsrecht ein, das es verbiete, die Bindung des Richters an einen eindeutigen, klar im Gesetzeswortlaut bekundeten Willen des Gesetzgebers²⁴⁷ zu Lasten Einzelner durch eine richtlinienkonforme Auslegung zu überspielen.²⁴⁸ Dem Gesetz darf danach weder ein dem Willen des Gesetzgebers entgegenstehender Sinn gegeben werden, noch darf der Wille neu bestimmt oder in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden.²⁴⁹ Dies gilt nach seiner Rechtsprechung auch in den Fällen, in denen der einer nationalen Norm zugrunde liegende eindeutige gesetzgeberische Wille der Auslegung der Richtlinie nach Maßgabe einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs entgegensteht. Auch in diesen Fallgestaltungen darf der deutsche Richter nach Meinung des Bundesgerichtshofs²⁵⁰ nicht im Wege der Auslegung korrigierend eingreifen.

Das Bundesarbeitsgericht sieht dies entsprechend, wenn es formuliert, das „Gebot der europarechtskonformen Auslegung verpflichte den nationalen Richter nur, das nationale Recht soweit wie möglich richtlinienkonform auszulegen“, eine Korrektur des eindeutigen gesetzgeberischen Willens scheidet jedoch aus.²⁵¹ Der Ausschluss einer Auslegung *contra legem* stimmt mit der oben unter Hinweis auf die Pupino-Entscheidung dargestellten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs überein.²⁵²

²⁴⁶ BGH, Urteil vom 05.01.1998, I ZR 21/95, BGHZ 138, 55, 59ff., dort zur wettbewerbswidrigen Werbung.

²⁴⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.10.1985, 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105.

²⁴⁸ BGH, Urteil vom 19.10.2004, XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2438.

²⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1985, 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105.

²⁵⁰ BGH, Vorlagebeschluss vom 16.08.2006, VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200, 3201.

²⁵¹ BAG, Urteil vom 20.07.2004, 9 AZR 342/03, BAGE 111, 247, 255.

²⁵² EuGH, Urteil vom 16.06.2005, Rs. C-105/03, Slg. 2005, I-5258, Rz. 47 – Pupino.

F) Eigene Wertung unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung

I) Einleitung

Betrachtet man die vorstehenden Ausführungen, so steht aus Sicht der Europäischen Union in Ansehung der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein absoluter Anwendungsvorrang von Unionsrecht gegenüber einem hiermit kollidierendem nationalen Recht außer Frage. Widersprüche die nationale Ausgleichsregelung einer Richtlinie, käme dieser Anwendungsvorrang aus unionsrechtlicher Perspektive zum Tragen.

Dies gilt gleichermaßen aus dem Blickwinkel des Bundesverfassungsgerichts, wenn und soweit die von dort entwickelten Grundsätze eingehalten sind. Aus den oben dargestellten Entscheidungen, insbesondere dem Maastricht-Urteil sowie dem Solange II-Beschluss, ergibt sich eine Billigung der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Anwendungsvorrang mit der Maßgabe, dass sich das Bundesverfassungsgericht solange einer eigenständigen Prüfung von Verletzungen deutscher Grundrechte durch Rechtsakte des Unionsrechts enthält, als die Europäische Union, insbesondere also der Europäische Gerichtshof, nicht die wesentlichen Strukturen des Unionsrechts aushöhlt und an dem zwischenzeitlich erreichten Grundrechtsstandard festhält, der im Wesentlichen mit dem des Grundgesetzes vergleichbar ist.²⁵³ Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich für diesen Zeitraum sozusagen in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof auf die Prüfung der generellen Gewährleistung eines unabdingbaren Grundrechtsschutzes.²⁵⁴

Für die vorliegende Arbeit ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, nachfolgend der Frage nachzugehen, ob die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Rechtsprechung dem Grundgesetz entspricht.

Unter Würdigung der verfassungsrechtlichen Grundlagen in Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG wird vor allem geprüft, ob der unionsrechtliche Grundrechtsschutz demjenigen des Grundgesetzes im Wesentlichen entspricht. Dies wiederum orientiert sich zunächst an der Grundrechtsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die ihrerseits unter Berücksichtigung vor dem Hintergrund des Fehlens eines Grundrechtskatalogs einerseits sowie der Bedeutung der Grundrechtecharta andererseits gewürdigt wird. Ist der ausreichende unionsrechtliche Grundrechtsschutz auf diese Weise festgestellt, gilt es, das

²⁵³ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1996, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378ff. = NJW 1987, 577, 580ff., 582.

²⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049.

unionsrechtliche Eigentumsgrundrecht genauer zu untersuchen. Letzteres erlangt beim hier in Rede stehenden Ausgleichsanspruch insofern Bedeutung, als der Anspruch dem Ausgleich einer entsprechenden Duldungspflicht des Grundstückseigentümers dient. Wird der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, die erweiterte Nutzung von Leitungen, die durch oder über sein Grundstück geführt werden, zu dulden, tangiert dies sein Eigentumsrecht. Vor diesem Hintergrund bedarf es im Sinne der genannten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Prüfung, ob der unionsrechtliche Eigentumsgrundrechtsschutz den Anforderungen eines dem grundgesetzlichen Niveau im Wesentlichen vergleichbaren Schutzes entspricht. Dies erscheint deshalb angezeigt, weil nur und gerade in diesem Punkt ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts notwendig werden kann, sich die Vorrangfrage also nur hier in Abweichung zur Ansicht des Europäischen Gerichtshofs beantworten ließe. Mit anderen Worten: Nur dann, wenn das unionsrechtliche Schutzniveau der Grundrechte generell unter das im Wesentlichen mit dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes vergleichbare Niveau absinkt, obliegt dem Bundesverfassungsgericht eine eigenständige Prüfung mit der Folge, dass der absolute Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Frage gestellt werden könnte. Ist jedoch bei den Grundrechten der Unionsstandard im Wesentlichen dem des Grundgesetzes gleichzuachten, gilt aus verfassungsrechtlicher Sicht der Vorrang des Unionsrechts.

Die Vorrangfrage ist für die hier in Rede stehende Ausgleichsregelung von entscheidender Bedeutung, denn würde der Anwendungsvorrang ausnahmsweise nicht greifen, wäre ein Einfluss auf die Regelung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG durch das Unionsrecht nicht gegeben. Daher ist in die vorstehend avisierte Prüfung einzutreten.

II) Verfassungsrechtliche Grundlage gemäß Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz

1) „Europatreue“ des Grundgesetzes

Grundlage der Prüfung ist Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG, der sich ausschließlich und speziell mit der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der weiteren Entwicklung der Europäischen Union befasst. Diese Mitwirkungspflicht stellt einen rechtsverbindlichen Auftrag, ein Staatsziel, dar.²⁵⁵ Nach der Definition des „Staatsziels“ handelt es um „Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben – sachlich umschriebener Ziele – vorschreiben“.²⁵⁶ Aus einem Staatsziel können keine unmittelbaren Rechte hergeleitet werden,²⁵⁷ ihm kommt jedoch ein objektiv-rechtlicher Charakter zu, weil sich das staatliche Handeln hiernach auszurichten hat.²⁵⁸ Die Bindung erfasst insbesondere die Gesetzgebung, aber auch die rechtsprechende Gewalt.²⁵⁹

In dieser Norm kommt ein Bekenntnis zu Europa zum Ausdruck, wie man es bisher in keiner deutschen Verfassung gekannt hatte.²⁶⁰ Mit der Verfassungsänderung wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass mit dem Maastrichter Vertrag ein Übergang von einer bloßen europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Gemeinschaft eingeläutet wurde²⁶¹. Die Gründung der Europäischen Union stand an, und dieser Schritt war durch das Grundgesetz national zu begleiten. Dies ist in Gestalt des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG in einer „bewusst offenen, europa- und völkerrechtsfreundlichen Weise“ geschehen.²⁶² Mit Schaffung der Europäischen Union im Vertrag von Maastricht ist für die Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union mit dem neuen Art. 23 GG eine spezielle verfassungsrechtliche Basis geschaffen²⁶³ worden, die es zu beachten gilt. Art. 23 GG regelt als spezielle und damit vorrangige Norm die Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Europäische Union; Art.

²⁵⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23 Rz. 5; Herdegen, § 11, Rz. 21; Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 10; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 23, Rz. 7; Pernice, in: Dreier, Art. 23, Rz. 2 und 18; vgl. auch: Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 34.

²⁵⁶ Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 20a, Rz. 4 mit Hinweis auf die Definition der Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“, Bericht, S. 21.

²⁵⁷ Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3, Rz. 687; Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 20a, Rz. 12.

²⁵⁸ Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 20a, Rz. 4; Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3, Rz. 688.

²⁵⁹ Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3, Rz. 688.

²⁶⁰ Schwarze, JZ 1999, 637, 637.

²⁶¹ Schwarze, JZ 1999, 637, 638.

²⁶² Schwarze, JZ 1999, 637, 644.

²⁶³ Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 24, Rz. 1; vgl. dazu insgesamt: Herdegen, § 11, Rz. 19ff.

24 GG wird insoweit verdrängt; einzig Art. 23 GG ist die verfassungsrechtliche Basis für das Mitwirken der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union.²⁶⁴

Zunächst ist festzuhalten, dass faktisch die Befugnis zur Ausübung öffentlicher Gewalt in bestimmten Bereichen von der Bundesrepublik Deutschland auf die Europäische Union übertragen worden ist, Letztere also durch den Erlass von Rechtsnormen oder individuellen Entscheidungen auf den nationalen Bereich Einfluss nehmen kann. Die so via Übertragung geschaffene Unionsgewalt wirkt anstelle der entsprechend reduzierten öffentlichen Gewalt des Mitgliedstaats.²⁶⁵

Über die Rechtsnatur der Europäischen Union ist viel geschrieben worden; eine einheitliche Bewertung ist bisher in der Rechtswissenschaft nicht zu erkennen. Die Einordnung reicht von einer „supranationalen Organisation“²⁶⁶ über eine „Staatengemeinschaft“²⁶⁷, einen „Staatenbund“²⁶⁸, eine „supranationale Union“²⁶⁹, einer „Staatenunion“ bis hin zu einem Gebilde mit „supranationaler Staatlichkeit“²⁷⁰. Auch wenn die Union immer mehr staatsähnliche Züge annimmt,²⁷¹ fehlt ihr nach ganz herrschender Meinung der Staatscharakter.²⁷²

Gegen einen Staatscharakter spricht ausschlaggebend der Umstand, dass die Europäische Union selbst von der Gesamtheit der Mitgliedstaaten abhängig ist; diese Gesamtheit ist die „Herrin des Vertrages“, eines Vertrages, der von eben dieser Gesamtheit der Mitgliedstaaten jederzeit abänderbar ist.²⁷³ Die Europäische Union stellt daher keine internationalen oder supranationalen Organisationen mit eigener Völkerrechtspersönlichkeit dar.²⁷⁴ Letztlich sieht sich die Europäische Union aber auch nach ihrem Selbstverständnis nicht als Staat, spricht sie doch in Art. 1 Abs. 2 EU-Vertrag von einer „immer engeren Union der Völker Europas“.²⁷⁵

²⁶⁴ Classen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 1; Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 9; Jarass, in: Jarass/Piero, GG, Art. 23, Rz. 3f; Pernice, in: Dreier, GG, Art. 23, Rz. 2 und 18; Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 24, Rz. 1.

²⁶⁵ Vgl. dazu: Herdegen, § 11, Rz. 19ff.

²⁶⁶ So etwa: Herdegen, § 11, Rz. 19ff.

²⁶⁷ Ipsen, EuR, 1994, 1, 8f.; Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 9b; einschränkend: Jarass, in: Jarass/Piero, GG, Art. 23, Rz. 2.

²⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134/92 und 2159/92, BVerfGE 89, 155, 185, 188, 190 = NJW 1993, 3047, 3052.

²⁶⁹ Pernice, in: Dreier, GG, Art. 23, Rz. 4f.: „kein Staat, eher supranationale Union“.

²⁷⁰ Ossenbühl, DVBl. 1993, 629, 631.

²⁷¹ Ossenbühl, DVBl. 1993, 629, 631; so auch Jarass, in: Jarass/Piero, GG, Art. 23, Rz. 2; stark relativierend: Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 2.

²⁷² Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 2; Everling, DVBl. 1993, 936, 938; Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 8a, 9a und 9 b.

²⁷³ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134/92 und 2159/92, BVerfGE 89, 155, 190 = NJW 1993, 3047, 3052; Classen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 4.

²⁷⁴ Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 9a.

²⁷⁵ Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 8a; BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134/92 und 2159/92, BVerfGE 89, 155, 185, 188 = NJW 1993, 3047, 3052.

Mit Spannung wurde die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erwartet, weil diese „nicht nur die Kontinuität des Grundgesetzes, sondern die Fortexistenz der Bundesrepublik als Staat in der Europäischen Union“ betraf.²⁷⁶ Im Vorfeld zu diesem Urteil wurden ebenfalls in der Rechtslehre die Souveränitätsfrage wie auch die Frage, ob der Maastrichter Vertrag noch im Einklang mit Art. 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG steht, diskutiert. Ossenbühl spricht in Ansehung des Maastrichter Vertrags von einem „entscheidenden Akt zur Begründung eines europäischen Staates“ und damit von einem Eingriff in Art. 79 Abs. 3 GG aus, der nur durch eine – ohnehin angebrachte – Volksabstimmung zu beheben sei.²⁷⁷ Dem kann nicht gefolgt werden:

Mit dem Maastrichter Vertrag und der darin enthaltenen Schaffung der Europäischen Union geht in der Tat ein weiterer festigender Schritt zugunsten der Union einher; von der Bildung eines (Bundes-) Staates kann aber noch nicht gesprochen werden. Die Mitgliedstaaten haben ihre Souveränität gerade nicht aufgegeben²⁷⁸ und stellen sich auch nicht als eine Art Bundesstaat der Europäischen Union²⁷⁹ dar. Schließlich wurde eine über die Handelspolitik hinausgehende Übertragung der Außenkompetenz auf die Europäische Union durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhandlungen zum Maastricht-Vertrag abgelehnt.²⁸⁰ So sieht der Europäische Gerichtshof lediglich für den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik²⁸¹ nach Art. 207 AEUV (ex-Art. 133 EG-Vertrag) eine Ausschließlichkeit der Unionskompetenz an sowie für die Fischereipolitik.²⁸²

Folgerichtig hat die Bundesrepublik Deutschland die Hoheitsrechte nicht in toto auf die Europäische Union übertragen, sondern nur in bestimmten Bereichen.²⁸³ Trotz allem Streit um das Verhältnis von Unionsrecht zum Völkerrecht herrscht jedenfalls weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei der Europäischen Union letztlich um eine internationale Organisation mit einer überstaatlichen Rechtsordnung handelt, welche durch die Übertragung von Hoheitsrechten durch die Mitgliedstaaten entstanden ist.²⁸⁴ Die praktische Relevanz des Streits um die Begriffswahl kann als sehr gering bezeichnet werden,²⁸⁵ ist das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Europäischen Union letztlich in Art. 23 GG verbindlich beschrieben einschließlich der Übertragung von Hoheitsrechten.

²⁷⁶ Ossenbühl, DVBl. 1993, 629, 629.

²⁷⁷ Ossenbühl, DVBl. 1993, 629, 631ff.

²⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 188 = NJW 1993, 3047, 3052.

²⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 188 = NJW 1993, 3047, 3052.

²⁸⁰ Hobe/Müller-Sartori, JuS 2002, 8, 9; Geiger, JZ 1995, 973, 976.

²⁸¹ EuGH, Gutachten des Gerichtshofs vom 11.11.1975 aufgrund von Artikel 228, Absatz 1, Untersatz 2 des Vertrages der EWG, Gutachten 1/75, Slg. 1975, 1355, B – Beantwortung der Frage 2 – Lokale Kosten; so auch: Geiger, JZ 1995, 973, 976.

²⁸² EuGH, Urteil vom 05.05.1981, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045, Rz. 17 – Seefischerei; so auch: Geiger, JZ 1995, 973, 976.

²⁸³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 188 = NJW 1993, 3047, 3052.

²⁸⁴ Hobe/Müller-Sartori, JuS 2002, 8, 8f.; vgl. auch: BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 185ff. = NJW 1993, 3047, 3052; vgl. auch Herdegen, § 6, Rz. 1 und 10.

²⁸⁵ Classen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 23, Rz. 6.

Mithin ist in der Europäischen Union nach wie vor ein Staatenbund zu sehen, dem in Teilbereichen Hoheitsrechte von den Mitgliedstaaten übertragen worden sind. Soweit die Europäische Union im Rahmen dieser Souveränitätsrechte, also auf Basis einer autonomen Rechtsordnung, von ihren Hoheitsrechten Gebrauch macht, gilt ihre ausschließliche Rechtsetzung mit Bindungswirkung in den bzw. für die Mitgliedstaaten.²⁸⁶ Das so geschaffene Sekundärrecht geht dem Recht der Mitgliedstaaten vor.²⁸⁷

Fraglich ist, ob die vorgenommene Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union den grundgesetzlichen Vorgaben entspricht. Denn eine solche Übertragung ist auch nach Art. 23 GG verfassungsrechtlich nicht schrankenlos zulässig, vielmehr kann die Übertragung nur so weit gehen, als diese im Grundgesetz selbst ihre Ermächtigung findet.²⁸⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner Rechtsprechung zum vormals einschlägigen Art. 24 Abs. 1 GG hervorgehoben, die zulässige Übertragung von Hoheitsrechten finde dort ihr Grenze, wo die Identität der deutschen Verfassungsordnung, d.h. die tragenden Strukturprinzipien der Verfassung, zu denen auch ein Mindestbestand an Grundrechten gehört, preisgegeben würden.²⁸⁹ Diese verfassungsrechtliche Spruchpraxis hat in der neuen Vorschrift des Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 2 GG ihren Niederschlag gefunden und kann nunmehr als festgeschriebene Richtschnur für die künftige Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union gelten. Danach sind drei Kriterien für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Union zwingend zu beachten:

- die Achtung demokratischer, rechtsstaatlicher, sozialer und föderativer Grundsätze,
- der Grundsatz der Subsidiarität sowie
- die Gewährleistung eines diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes.

Diese Eckpfeiler begrenzen aus verfassungsrechtlicher Perspektive den Bereich, in dem sich die weitere Integration der Bundesrepublik Deutschland in die Europäische Union vollziehen darf.²⁹⁰ Während die Erfüllung der ersten beiden Bedingungen in Rechtsprechung und –lehre zu Recht keinen ernsthaften Zweifeln unterzogen wird, kommt der dritten Voraussetzung im

²⁸⁶ Ipsen, Völkerrecht, § 33, Rz. 27.

²⁸⁷ Hobe/Müller-Sartori, JuS 2002, 8, 8f.

²⁸⁸ Vgl. dazu: Herdegen, § 11, Rz. 19ff.

²⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 29.05.1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, 279 = NJW 1974, 1697, 1697f.; BVerfG, Beschluss vom 23.06.1981, 2 BvR 1107/77, 1124/77 und 195/79, BVerfGE 58, 1, 40 = NJW 1982, 507, 511; BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 375 = NJW 1987, 577, 580; so auch Herdegen, § 11, Rz. 20.

²⁹⁰ Herdegen, § 11, Rz. 20.

Schrifttum ein kaum überschaubarer Raum zu, wie im folgenden Punkt noch näher darzulegen sein wird.

An dieser Stelle sind bereits grundsätzliche Überlegungen zum konkreten Grundrechtsschutz nach Art. 23 GG geboten:

Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob die „Tabuzone“²⁹¹ des Art. 23 GG weiter reicht als der unaufgebbare Kernbestand der Verfassung im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG, auf den Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG verweist, oder ob die im Grundgesetz niedergelegten Grundrechte gleich zweimal geschützt sind, einmal durch den nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG geforderten im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz und zum zweiten durch die Bezugnahme auf Art. 79 Abs. 3 GG in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG. In jedem Falle sind die Strukturprinzipien des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG und damit die hier in Rede stehenden Grundrechte zwingend zu beachten, widrigenfalls die Übertragung von Hoheitsrechten unwirksam ist.²⁹² Zur Vervollständigung sei darauf hingewiesen, dass Art. 79 Abs. 3 GG selbst seitens des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht geändert werden darf; dieser hat es nicht in Hand, sich selbst von den im Grundgesetz festgelegten Schranken einer Verfassungsänderung zu befreien. Er hat wie auch der ursprüngliche Verfassungsgesetzgeber die grundlegenden Gerechtigkeitspostulate zu beachten.²⁹³ Die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG wird vom Bundesverfassungsgericht als Gewährleistung „grundlegender Gerechtigkeitspostulate“ gesehen und ist nicht abänderbar.²⁹⁴

Festzuhalten ist, dass der mit dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbare Grundrechtsschutz auf Unionsebene in jedem Falle in der Verfassung als unabdingbare Voraussetzung für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union betrachtet wird.

²⁹¹ Herdegen, § 11, Rz. 21.

²⁹² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rz. 30; Streinz, in: Sachs, GG, Art. 23, Rz. 83.

²⁹³ BVerfG, Beschluss vom 23.04.1991, 1 BvR 1170/90, 1174/90 und 1175/90, BVerfGE 84, 90, 120f. = NJW 1991, 1597, 1599; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 79, Rz. 13; Lücke/Sachs, in: Sachs, GG, Art. 79, Rz. 80; differenzierend: Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, Art. 79, Rz. 27f.: Art. 79 III GG ist grds. Abänderbar, nicht jedoch die darin enthaltenen Grundprinzipien; vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Art. 79, Rz. 58ff. und Hain, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 79, Rz. 41f.: danach kann der verfassungsändernde Gesetzgeber Art. 79 III GG nicht ändern, wohl aber der Verfassungsgeber selbst.

²⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 23.04.1991, 1 BvR 1170/90, 1174/90 und 1175/90, BVerfGE 84, 90, 121f. = NJW 1991, 1597, 1599.

2) „Im Wesentlichen mit dem Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz“ auf Unionsebene

a) Einleitung

Das Grundgesetz setzt in Art. 23 Abs. 1 GG einen Grundrechtsschutz auf Unionsebene voraus, der dem des Grundgesetzes im Wesentlichen entspricht. In seiner Bananenmarkt-Entscheidung²⁹⁵ führt das Bundesverfassungsgericht aus, es sei ein ausreichender europäischer Grundrechtsschutz gegeben. Das Gericht verneint eine „Gefahr für die deutsche Verfassung“ und geht im Sinne der grundgesetzlich verankerten „Europatreue“ faktisch von einem Vorrang des Unionsrechts vor deutschen Gesetzen einschließlich der Verfassungsrechte aus.²⁹⁶

In dieser Entscheidung hebt das Bundesverfassungsgericht noch einmal das „Kooperationsverhältnis“ zum Europäischen Gerichtshof hervor, wie es in seinem Maastricht-Urteil²⁹⁷ entwickelt worden ist. Andererseits wird aus verfassungsrechtlicher Sicht eine klare Grenze für die Übertragung der Hoheitsrechte auf die Europäische Union und damit der Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs gezogen: der Wesensgehalt der Grundrechte nach dem Grundgesetz.²⁹⁸

Die vorbezeichnete Qualität des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes ist von entscheidender Bedeutung für die Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 23 GG. Nachfolgend wird daher der Grundrechtsschutz zu beleuchten sein, wie er vom Europäischen Gerichtshof entwickelt wurde (vgl. lit. b); sodann wird unter Berücksichtigung der Grundrechtecharta geprüft, ob dieser Grundrechtsschutz ausreichend ist (vgl. lit. c).

b) Vom Europäischen Gerichtshof entwickelter Grundrechtsschutz

Nach Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag unterliegt jedes auf den Unionsvertrag gestützte Handeln der Grundrechtsbindung.²⁹⁹ Die Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für die in Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag genannten Grundrechte ergibt sich aus Art. 19 Abs. 3 EU-Vertrag.³⁰⁰

²⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/97 = BVerfGE 102, 147ff. = NJW 2000, 3124ff. = JZ 2000, 1155ff.

²⁹⁶ Oppermann, § 6, Rz. 49.

²⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049 – in der Literatur teilweise auch als „Solange III-Entscheidung“ bezeichnet (so Tietje, JuS 1994, 197ff.).

²⁹⁸ Vgl. auch Tietje, JuS 1994, 197, 202.

²⁹⁹ Knapp, DÖV 2001, 12, 18.

³⁰⁰ Vgl. Eiffler, JuS 1999, 1068, 1069 zur Zuständigkeit nach ex-Art. 6 Abs. 2 i.V.m. ex-Art. 46 lit. EU-Vertrag.

Die Befugnis des Europäischen Gerichtshofs wie im Übrigen auch des Gerichts erster Instanz zu einer auch als erforderlich anzusehenden Rechtsfortbildung liegt in Art. 19 AEUV (ex-Art. 220 EG-Vertrag) begründet. Danach obliegt dem Europäischen Gerichtshof die Aufgabe, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten haben den Gerichtshof daher nicht nur berechtigt, sondern letztlich verpflichtet, die im Vertrag niedergelegten Normen so auszulegen und anzuwenden, dass ihnen weitestgehend Geltung verschafft wird³⁰¹. Man kann gar von einem umfassenden Rechtsprechungsauftrag sprechen, der formell eingegrenzt ist durch die Verfahrensarten des AEUV.³⁰²

Im EWG-Vertrag sieht der Europäische Gerichtshof seit 1963 die Verfassungsurkunde der Rechtsgemeinschaft.³⁰³ Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung einen ungeschriebenen Grundrechtsstandard auf Unionsebene entwickelt. Dabei bezog er sich immer wieder auf die Gewährleistung der EMRK³⁰⁴ einerseits und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten³⁰⁵ andererseits. Das Gericht bewertet die Achtung der Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze für geboten und hält sich zu deren Beachtung verpflichtet, soweit sie sich in die „Struktur und die Ziele der Union einfügen“.³⁰⁶ Danach erkennt es keine Maßnahmen als rechtmäßig an, die mit den in den Mitgliedstaaten verfassungsrechtlich geschützten Grundrechten unvereinbar sind.³⁰⁷

Als „Geburtsstunde der Grundrechtsjudikatur des Europäischen Gerichtshofs“³⁰⁸ wird die Stauder-Entscheidung³⁰⁹ aus dem Jahre 1969 angesehen; in dieser führt in der Gerichtshof *expressis verbis* aus, die Grundrechte der Person gehörten zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Unionsordnung. Der Europäische Gerichtshof erkennt so einen eigenen Grundrechtsordnung der Union, der Geltung verschafft werden müsse.³¹⁰

³⁰¹ Vgl. zur richterlichen Rechtsfortbildung: Everling, JZ 2000, 217ff., zur genannten Verpflichtung: 221.

³⁰² von Danwitz, NJW 1993, 1108, 1109.

³⁰³ EuGH, Urteil vom 23.04.1986, Slg. 1986 I-1339, Rz. 23 – Les Verts; EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Rz. 21 – EWR-Gutachten; Pernice, DVBl. 2000, 847, 848; von Danwitz, JZ 2003, 1125, 1126; so auch Weber, NJW 2000, 537, 538.

³⁰⁴ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in seiner durch das Protokoll Nr. 11 ab dem 01.11.1998 geltenden Fassung (BGBl. 2002 II, S. 1054).

³⁰⁵ EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rz. 4 – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 12 – Nold; EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 15ff. – Hauer; st. Rspr. des EuGH; vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 17.

³⁰⁶ EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rz. 4 – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 13 – Nold; EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 15 – Hauer; st. Rspr. des EuGH.

³⁰⁷ EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 13 – Nold; EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 15. – Hauer; st. Rspr. des EuGH.

³⁰⁸ Kingreen in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 32.

³⁰⁹ EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, Rz. 7 – Stauder . / . Ulm.

³¹⁰ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 56.

Die Qualifizierung als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz alleine genügt für einen ausreichenden Grundrechtsschutz nicht. Vielmehr muss ein effektiver Rechtsschutz hinzukommen. Beispielsweise im Zusammenhang mit dem Gebot der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich des Arbeitsrechts hob der Europäische Gerichtshof zunächst klar und ohne jegliche Ausnahme hervor, es sei die Pflicht der Mitgliedstaaten, Maßnahmen zur Verwirklichung des vorgenannten unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots zu erlassen und für einen effizienten innerstaatlichen Rechtsschutz Sorge zu tragen.³¹¹ Der in Art. 6 der Richtlinie 76/207 vorgeschriebene gerichtliche Rechtsschutz wurde vom Gerichtshof ebenfalls als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes angesehen, wie er den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zugrunde liege und wie der auch in Art. 6 und 13 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert sei, die insbesondere auch nach seiner Rechtsprechung zu berücksichtigen seien.³¹²

Das Bestehen wirksamer Kontrollmöglichkeiten gegenüber der Hoheitsgewalt der Union ist eines der Kernelemente der von Art. 6 EU-Vertrag geforderten europäischen Rechtsstaatlichkeit.³¹³ Dementsprechend erkannte der Europäische Gerichtshof schon früh das Gebot des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts an.³¹⁴

Das Gericht erster Instanz geht ebenfalls von einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts aus, nach dem jeder, der in seinen Rechten oder Freiheiten verletzt ist, einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in Anlehnung an Art. 13 der Menschenrechtskonvention hat.³¹⁵ Dies wird in der Literatur auch als das „Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht (Art. 47 II und III der Charta)“ bezeichnet.³¹⁶

Durch die Einstufung der Grundrechte als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die als Unionsrecht Gültigkeitsmaßstab für die Rechtshandlungen der Union sind, strahlt das Prinzip des effektiven Rechtsschutzes letztlich auch auf den Europäischen Gerichtshof selbst aus; dies zeigt nicht zuletzt die Rechtsprechung zur Angreifbarkeit von Rechtsakten durch

³¹¹ EuGH, Urteil vom 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rz. 17 – Johnston.

³¹² EuGH, Urteil vom 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rz. 18 – Johnston.

³¹³ EuGH, Urteil vom 23.04.1986, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339, Leitsatz 3 und Rz. 23 – Les Verts; Calliess, NJW 2002, 3577, 3577.

³¹⁴ EuGH, Urteil vom 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rz. 17f. – Johnston; EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097, Rz. 14 – Heylens = NJW 1989, 657, 657f.; Calliess, NJW 2002, 3577, 3577.

³¹⁵ EuG, Urteil vom 27.06.2000, verb. Rs. T-172/98, T-175/98 bis T-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rz. 78 – Salamander; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 8; Calliess NJW 2002, 3577, 3577.

³¹⁶ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 8.

natürliche und juristische Personen im Rahmen von Art. 263 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 230 Abs. 4 EG-Vertrag), die vom Leitsatz geprägt ist, den Unionsbürgern effektiven Rechtsschutz für den Fall der Verletzung subjektiver Rechte zu gewähren.³¹⁷

Der vom Europäischen Gerichtshof effektiv gewährte Grundrechtsschutz wird in der Rechtslehre als das entscheidende Moment für die Zurückhaltung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit betrachtet, wie sie im Solange II-Beschluss³¹⁸ bzw. dem Maastricht-Urteil³¹⁹ des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt.³²⁰

Teilweise sieht man in der Rückschau auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den vergangenen fünfzig Jahren in eben diesem den Träger des Unionsrechts, der in der Tradition der grundlegenden Entscheidung des Supreme Court of the United States in Sachen Marbury v. Madison ein Garant für die normative Verfassungsbindung der Europäischen Union sein wird.³²¹ Man bescheinigt dem Gericht die gelebte Rolle als „Motor der Gemeinschaft“, ist seine Rechtsprechung doch vom Bemühen um Integration geprägt; das Gericht „dränge und müsse auf die strikte Einhaltung der gemeinschaftlichen Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten drängen“.³²²

Ganz vereinzelt wird der vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Grundrechtsschutz, wie er in Art. 6 EU-Vertrag aufgenommen worden ist, zwar als angemessen, jedoch defizitär angesehen.³²³ Andere Stimmen erkennen unter ausführlicher Betrachtung der fünfzigjährigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein „grundsätzlich funktionierendes Rechtsschutzsystem für den Einzelnen“,³²⁴ tendieren jedoch zur Schaffung einer Grundrechtsbeschwerde oder einer Reform des Art. 263 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 230 Abs. 4 EG-Vertrag) zumindest für Teilbereiche.³²⁵ Es fehlt in der Tat eine spezielle Anrufungsmöglichkeit des Europäischen Gerichtshofs für den Bereich des Grundrechtsschutzes; richtig ist auch, dass für den Einzelnen der Rechtsweg über Art. 263 AEUV (ex-Art. 230 EG-Vertrag) ob seiner derzeitigen Voraussetzungen nur eingeschränkt möglich ist. Art. 263 Abs. 4 (ex-Art. 230 Abs. 4 EG-Vertrag) kann dahingehend erweiternd ausgelegt werden, dass die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung für die Zulassung der Klage ausreiche; eine derart extensive Auslegung der Merkmale der unmittelbaren und

³¹⁷ Knapp, DÖV 2001, 12, 19 mit Hinweis auf EuG, Urteil vom 22.03.2000, verb. Rs. T 125/97 und T 127/97, Slg. 2000, II-1733, Rz. 77ff. – Coca-Cola.

³¹⁸ BVerfG, 2 BvR 197/83, Beschluss vom 22.10.1986, BVerfGE 73, 339, 378ff. = NJW 1987, 577, 580ff.

³¹⁹ BVerfG, 2 BvR 2134, 2159/92, Urteil vom 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049.

³²⁰ Knapp, DÖV 2001, 12, 19.

³²¹ von Danwitz, JZ 2003, 1125, 1128.

³²² von Danwitz, JZ 2003, 1125, 1128.

³²³ Magiera, DÖV 2000, 1017, 1018.

³²⁴ Reich, ZRP 2000, 375, 375; Schwarze, DVBl. 2002, 1297, 1307.

³²⁵ Schwarze, DVBl. 2002, 1297, 1313f.

individuellen Betroffenheit würde dem Wortlaut der Bestimmung zuwiderlaufen und eine generelle Klagemöglichkeit gegen Rechtsnormen einführen.³²⁶ Schließlich fehlt ein Verfahrensrecht des Betroffenen, die nationalen Gerichte zu einer Vorlage nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) anzuhalten.³²⁷ Hier sind die Mitgliedstaaten aufgerufen, die Verfahrensregeln aufzustellen, damit von der Möglichkeit der Anrufung des Europäischen Gerichtshofs in der gebotenen Intensität Gebrauch gemacht wird. Zu Recht wird auch betont, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sei zwar zwischenzeitlich formell auf den Bereich des Grundrechtsschutzes ausgedehnt worden, jedoch bleibe es gemäß Art. 19 EU-Vertrag beim den traditionellen Verfahren.³²⁸

Zu widersprechen ist allerdings der Folgerung, der materielle Grundrechtsstandard finde daher keinen adäquaten verfahrensrechtlichen Schutz.³²⁹ Im Grundsatz steht vielmehr jedem Bürger nach den nationalen Regeln das Vorabentscheidungsverfahren zur Verfügung, welches nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch subjektiv-rechtlichen Charakter einschließlic des Grundrechtsschutzes gegen Akte der Union sowie solcher Handlungen der Mitgliedstaaten hat, die in Ausführung des Unionsrechts ergehen.³³⁰ Dies ist allgemein anerkannt. In die Kritik geraten ist vielmehr das Fehlen einer subjektiv-verfahrensrechtlichen Rechtsgewähr, denn der Betroffene kann die Vorlage auch dann nicht erzwingen kann, wenn eine solche Vorlagepflicht via Primärrecht gemäß Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) oder auch nach der Rechtsprechung³³¹ wegen behaupteter Ungültigkeit geboten ist.³³² Diese Kritik trifft ebenfalls die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³³³, diesem Umstand über das „Recht auf den gesetzlichen Richter“ gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu begegnen: Dieser Versuch sei wenig erfolgreich, weil danach ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht gemäß Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) alleine nicht ausreicht, vielmehr das „Recht auf den gesetzlichen Richter“ nur bei „objektiv willkürlicher Vorlageverweigerung“ verletzt ist.³³⁴ Vorlagebeschlüsse können nach dieser Rechtsprechung nur bei evidenter Willkür wegen der Verweigerung des Rechts auf den gesetzlichen Richter erzwungen werden. Hierin liegt eine Gefährdung des effektiven Grundrechtsschutzes, der man mit einer Grundrechtsbeschwerde als unmittelbarem Verfahren begegnen könne.³³⁵ Die fehlende Verpflichtung von obersten Bundesgerichten,

³²⁶ Schwarze, DVBl. 2002, 1297, 1313.

³²⁷ Eiffler, JuS 1999, 1069, 1070.

³²⁸ Schütz/Sauerbier, JuS 2002, 658, 662 und 664.

³²⁹ So aber: Reich, ZRP 2000, 375, 375.

³³⁰ EuGH, Urteil vom 13.07.1989, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rz. 19 – Wachauf.

³³¹ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199, Rz. 13ff. – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451

³³² Reich, ZRP, 2000, 375, 376.

³³³ BVerfG, 2BvR 687/85, Beschluss vom 08.04.1987, BVerfGE 75, 223, 244f. = NJW 1988, 1459, 1462; BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990, 2 BvR 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 82, 159, 192ff.

³³⁴ BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990, 2 BvR 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 82, 159, 192ff.; so auch Schwarze, DVBl. 2002, 1297, 1303; Lenz, NJW 1994, 2063, 2065.

³³⁵ Pernice, DVBl. 2000, 847, 858.

eine Nichtvorlage an den Europäischen Gerichtshof zu begründen, wird teilweise als Grund für Forderung nach Einführung einer Grundrechtsbeschwerde auf Unionsebene herangezogen.³³⁶

An anderer Stelle³³⁷ wird zu Recht auf die praktischen Hürden der Einführung einer solchen Grundrechtsbeschwerde hingewiesen: Der für die notwendige Vertragsänderung erforderliche Konsens der Mitgliedstaaten ist nicht schnell zu erzielen, weil den meisten Staaten diese Art der Verfassungsbeschwerde fremd ist.

In der Tat liegt im derzeitigen System der Klagemöglichkeiten nach dem AEUV und der nach dem Bundesverfassungsgericht geltenden hohen Hürde für ein Vorgehen nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eine Schwachstelle im unionsrechtlichen Grundrechtsschutz. Allerdings ist diese auf ihre tatsächliche Relevanz zu prüfen.

Generalanwalt am EuGH Lenz hat schon im Jahre 1994 auf die aus der täglichen Arbeit dieses Gerichts erkennbare Tendenz hingewiesen, nach der sich die nationalen Gerichte immer mehr mit dem Unionsrecht auseinandersetzen und eine systematische Missachtung der Vorlagepflicht, die zu einer „Instanz“ oberhalb der letztinstanzlichen Gerichte zwänge, nicht feststellbar sei.³³⁸ Allerdings wendet auch er sich gegen den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts im Solange II-Beschluss³³⁹, wonach das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht schon verletzt sei, weil verfahrensfehlerhaft nicht dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt worden ist, vielmehr eine Willkür hinzutreten müsse. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs³⁴⁰ müsse sogar vorlegt werden, wenn es „keinen vom Gerichtshof anerkannten Grund gibt, nicht vorzulegen“.

In diesem Zusammenhang darf auf die oben³⁴¹ dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verwiesen werden; in der Kühn & Heintz-Entscheidung sowie dem Kempfer-Urteil nimmt der Gerichtshof die nationalen Gerichte durchaus in die Pflicht, sich in einschlägigen Fällen mit dem Unionsrecht auseinanderzusetzen und ggf. von der Möglichkeit der Vorlage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens Gebrauch zu machen. Diese Rechtsprechung wird zu einer weiteren Sensibilisierung der nationalen Gerichte für die Belange des Unionsrechts und zu einer verstärkten Inanspruchnahme des Europäischen Gerichtshofs in Vorabentscheidungsverfahren beitragen.

³³⁶ Reich, ZRP 2000, 375, 376.

³³⁷ Schröder, JZ 2002, 849, 853.

³³⁸ Lenz, NJW 1994, 2063, 2065.

³³⁹ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 366 = NJW 1987, 577, 579.

³⁴⁰ EuGH, Urteil vom 06.10.1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rz. 6ff. = NJW 1983, 1257, 1258 – C.I.L.F.I.T.

³⁴¹ Vgl. Teil I A II 2 b.

Soweit vereinzelt die Effektivität des Rechtsschutzes im Unionsrecht in Zweifel gezogen wird, mag der Vorhalt in Einzelbereichen zutreffen (z.B. bei der Drittanfechtung von Entscheidungen nach § 42 Abs. 2 VwGO bzw. Art. 173 Abs. 2 EWGV)³⁴². Allerdings vermögen diese Umstände nicht, durchgreifende Bedenken gegen einen effektiven (Individual-) Rechtsschutz auf europäischer Ebene zu rechtfertigen. Wenn das Bild „vom lückenlosen, tatsächlich wirksamen Individualrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG“³⁴³ angeführt wird, kann dem nicht gefolgt werden. Eine hundertprozentige Gewährleistung individuellen Rechtsschutzes ist auch von der deutschen Verfassung nicht gefordert. Daher gehen auch Hinweise auf das Fehlen einer Klagemöglichkeit Privater gegen Verordnungen oder eine vermeintlich³⁴⁴ lange Verfahrensdauer von Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof³⁴⁵ fehl. Des Weiteren kann dem Rechtsschutzsystem der Union nicht vorgeworfen werden, wenn nationale Instanzgerichte nicht immer von ihrem Vorlagerecht Gebrauch machen, denn die bloße Berechtigung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof ist von diesem für die Fallgestaltungen, in denen die Gültigkeit von Unionsrecht in Frage steht, zur Vorlagepflicht auch der Instanzgerichte entwickelt worden.³⁴⁶ Im Übrigen verschärft die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Pflicht zur Vorlage.³⁴⁷

Wenn nationale Gerichte im Einzelfall nicht in der gebotenen Weise von Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) Gebrauch machen, führt dies nicht zu einem generellen Versagen des gerichtlichen Schutzes. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich mit der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland. Das Bundesverfassungsgericht ist allgemein angesehen, seine Rechtsprechung als rechtlich fundiert und verbindlich anerkannt, mag es auch im Einzelfall Kritikpunkte geben. Der Stellenwert, die herausragende Bedeutung und die im Ganzen betrachtet exzellente Rechtsprechung dieses Gerichts stehen außer Frage. Daher wird niemand ernsthaft das zugrunde liegende Rechtssystem als ungenügend disqualifizieren, weil etwa in einigen Bereichen die Gerichte oder auch die Bürger nicht von der Möglichkeit Gebrauch machen, eine Rechtsfrage dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Als Beispiel mag folgendes dienen:

Mit Inkrafttreten des neu eingefügten § 131 Abs. 1 S. 2 BauGB³⁴⁸ dürfen mehrfach erschlossene Grundstücke bei gemeinsamer Aufwandsermittlung in einer Erschließungs-

³⁴² von Danwitz, NJW 1993, 1108, 1111.

³⁴³ von Danwitz, NJW 1993, 1108, 1111.

³⁴⁴ Die Verfahrensdauer liegt bei durchschnittlich zwei Jahren. Nach Auffassung des Verfassers darf die Dauer des vorhergehenden und des u.U. fortzusetzenden Verfahrens vor den nationalen Behörden und Gerichten nicht eingerechnet werden.

³⁴⁵ So aber: von Danwitz, NJW 1993, 1108, 1111f.

³⁴⁶ Vgl. hierzu: von Danwitz, NJW 1993, 1108, 1112f. mit Hinweis auf EuGH, Slg. 1990, I-2433 = NJW 1991, 2271, Rz. 20f. – Factortame.

³⁴⁷ Vgl. Teil I A II 2 b.

³⁴⁸ Fassung der Neubekanntmachung vom 27.08.1997, BGBl. I, S. 2141.

einheit bei der Verteilung des Erschließungsaufwands nur einmal berücksichtigt werden. Diese Regelung kann zu einer Ungleichbehandlung von Eckgrundstücken führen. Denn Eckgrundstücke, die insgesamt in dem von einer Erschließungseinheit umfassten Gebiet liegen, dürfen nach dieser Regelung nur einmal im Sinne von einfach bei der Ermittlung der Umlage Berücksichtigung finden, während etwa Eckgrundstücke eben dieser Erschließungseinheit, die aber auch an eine andere Anlage anschließen, bei der Verteilung der Erschließungskosten in Bezug auf beide Erschließungsanlagen herangezogen werden. Auch unter Berücksichtigung der insoweit regelmäßig gewährten Eckgrundstücksvergünstigung werden die letztgenannten Eckgrundstücke gegenüber den „internen Eckgrundstücken“ mehrfach berücksichtigt und die Eigentümer höher belastet. Die genannte Gesetzesregelung führt mithin zu einer Ungleichbehandlung, die unter Berücksichtigung des Gleichhandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG erheblichen Bedenken begegnet.³⁴⁹ Obgleich diese verfassungsrechtlichen Bedenken von Driehaus als langjährigem Vorsitzenden des für das Erschließungsbeitragsrechts zuständigen 8. Senats des Bundesverwaltungsgerichts seit Jahren geäußert wurden und sie auch in der übrigen Rechtslehre Gehör gefunden haben, ist, soweit ersichtlich, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 131 Abs. 1 S. 2 BauGB bislang nicht dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt worden. Das Bundesverwaltungsgericht sah etwa im Verfahren 8 C 14.94 diese Frage nicht als entscheidungsrelevant an.³⁵⁰

Dieses Exempel wurde bewusst willkürlich aus einem verwaltungsrechtlichen Spezialgebiet herausgegriffen. Damit soll dokumentiert werden, dass auch das Rechtsschutzsystem in der Bundesrepublik Deutschland durchaus in Einzelfällen versagt, wenn die Fachgerichte nicht von ihren Möglichkeiten Gebrauch machen, die Fragestellung durch das Bundesverfassungsgericht prüfen zu lassen. Dennoch wird ein allgemein gut funktionierendes und umfassendes Rechtsschutzsystem in Deutschland nicht ernsthaft in Frage gestellt.

Die vereinzelte Kritik, es sei zwar materiell-rechtlich ein dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechender Grundrechtsschutz auf Unionsebene gewährleistet, jedoch sei verfahrensrechtlich kein adäquater Schutz vorhanden, greift daher nicht. Soweit es Lücken gibt, ist zunächst zu beachten, dass ein hundertprozentiger Schutz auch im Grundgesetz nicht angelegt ist. Begründen sich diese Lücken jedoch auf einer unzulänglichen Nutzung etwa des Rechtsinstituts des Vorabentscheidungsverfahrens, wird dies zu Recht moniert. Hier ist bei den betreffenden nationalen Gerichten ein Umdenken einzufordern. In diesem Zusammenhang werden die oben³⁵¹ dargestellten Entscheidungen des Europäischen

³⁴⁹ Vgl. hierzu ausführlicher: Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 17, Rz. 109f. und Fn. 226 m.w.Nachw.

³⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 26.01.1996, 8 C 14.94, DVBl. 1996, 1046ff; vgl. auch: Driehaus, Rechtsprechung, Rz. 526

³⁵¹ Vgl. Teil I A II 2 b.

Gerichtshofs im Falle Kühne & Heintz³⁵² sowie aktuell in der Rechtssache Kempter KG gegen Hauptzollamt Hamburg-Jonas³⁵³ ihre Wirkung zur verstärkten Nutzung der Möglichkeit, den Europäischen Gerichtshof anzurufen, nicht verfehlen. Sollte das Bundesverfassungsgericht hierüber Gelegenheit zu einer neuen Entscheidung erhalten, wäre im Interesse eines effizienteren Grundrechtsschutzes eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung wünschenswert, indem es auf das den Rechtsschutz faktisch spürbar erschwerende weitere Merkmal der Willkür verzichtet. Aus dem vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen „Kooperationsverhältnis“³⁵⁴ leitet Marauhn zu Recht die Verpflichtung der nationalen Gerichte zum Dialog und zur Rechtshilfe mit dem Europäischen Gerichtshof ab.³⁵⁵ Er sieht die mitgliedstaatlichen Gerichte derart intensiv in das europäische Mehrebenensystem eingebunden, dass man sie als funktionelle „Gemeinschaftsgerichte“³⁵⁶ bezeichnet hat; der Rechtsschutz richte sich nicht nur gegen den Vollzug europäischen Rechts durch die mitgliedstaatlichen Behörden nach dortigem Recht, vielmehr überforme das Unionsrecht kraft Anwendungsvorrang das mitgliedstaatliche Recht und bedürfe der Durchsetzung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte.³⁵⁷ Pache sieht im AEUV ebenfalls ein im Grundsatz zur Durchsetzung der Unionsgrundrechte genügendes, umfassendes Rechtsschutzsystem angelegt.³⁵⁸ Das arbeitsteilige Gesamtsystem, zu dem er neben den Gerichten der Union auch die nationalen als „europäische Gerichte“ rechnet,³⁵⁹ gewährleistet einen effektiven Individual- und Grundrechtsschutz.³⁶⁰ Dem kann, wie oben bereits ausgeführt, nur beigeplantet werden. Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit trifft im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit auch die nationalen Gerichte gleich welchen Gerichtszweiges.³⁶¹ Der gerichtliche Grundrechtsschutz in der Union ist weder im Grundsatz noch in seiner Struktur defizitär,³⁶² wenngleich er punktuell verbesserungsfähig ist.³⁶³ Einer speziellen Grundrechtsbeschwerde bedarf es nicht.³⁶⁴

Die herausragende und hohe Bedeutung der Entwicklung eines Grundrechtsstandards in der Union durch die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wurde in der

³⁵² EuGH, Urteil vom 13.01.2004, Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837 – Kühne & Heintz.

³⁵³ EuGH, Urteil vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, EuZW 2008, 148ff. – Kempter KG ./ Hauptzollamt Hamburg-Jonas.

³⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049;

BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, 165 = NJW 2000, 3124, 3215 = JZ 2000, 1155, 1156.

³⁵⁵ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 42; so auch: Kahl, Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 34.

³⁵⁶ Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 34; Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 47.

³⁵⁷ Marauhn, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 7, Rz. 41.

³⁵⁸ Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8, Rz. 9.

³⁵⁹ Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8, Rz. 9.

³⁶⁰ Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8, Rz. 10.

³⁶¹ Kahl, Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 34.

³⁶² Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8, Rz. 72.

³⁶³ Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8, Rz. 73.

³⁶⁴ Pache, in: Heselhaus/Nowak, § 8, Rz. 74.

gemeinsamen Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom April 1977 anerkannt.³⁶⁵ Sie wurde in Maastricht aber auch im Hinblick auf die Europäische Union beachtet, indem dies in den Unionsvertrag aufgenommen wurde.³⁶⁶ Bereits in ex- Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag³⁶⁷ hieß es:

Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts ergeben.

Im Vertrag von Lissabon ist darüber hinausgehend ausdrücklich der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK genannt.³⁶⁸ Auch wenn dieser Vertrag eine Einschränkung enthält, nach der die „besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“ zu berücksichtigen sind, ist hierin ein deutliches Bekenntnis für die in der EMRK manifestierten Grundrechte im Unionsrecht zu sehen, wie man den Vertrag von Lissabon generell als eine „Stärkung der Verfassung des vereinten Europas“³⁶⁹ betrachten kann. Zusammenfassend kann man konstatieren, dass den in der EMRK niedergelegten Grundrechten im Grundsatz ein hoher Stellenwert im Unionsrecht zukommt.

Ernsthafte Anknüpfungspunkte für einen unzureichenden, gegenüber den nationalen Gegebenheiten geringeren, Grundrechtsschutz auf Unionsebene sind nicht zu erkennen.³⁷⁰ Wenn gerade aus Deutschland eine mitunter zögerliche Vorgehensweise des Europäischen Gerichtshofs bei der intensiven Rechtsschutzes bemängelt wurde, ist³⁷¹ es gerade der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu verdanken, dass trotz mangelnden Grundrechtskatalogs ein unionsrechtlicher Grundrechtsschutz entwickelt wurde, der von den nationalen Verfassungsgerichten, insbesondere vom Bundesverfassungsgericht, anerkannt wird.³⁷²

³⁶⁵ Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission betreffend die Achtung der Grundrechte sowie der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ABl. C 103 vom 27.04.1977, S. 1f.

³⁶⁶ Vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 17.

³⁶⁷ Vertrag über die Europäische Union in der Fassung vom 02.10.1997 (BGBl. 1998 II, S. 454, in Kraft getreten am 01.05.1999 gem. Bek. vom 06.04.1999 (BGBl. II, S. 296); geändert durch Art. 1 Vertrag von Nizza vom 26.02.2001 (ABl. C 80, S.1, ber. ABl. C 96, S. 27ff), Art. 12 EU-Beitrittsakte 2003 vom 16.04.2003 (ABl. L 236, S. 33ff) und Art. 10 Abs. 2 und 3, Art. 18 Abs. 3 EU-Beitrittsakte 2007 vom 25.04.2005 (ABl. L 157, S. 203ff.) – abgedruckt unter Nr. 1000 im Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungstexte, Stand: 15.09.2007.

³⁶⁸ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff., hier: Protokoll zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union und über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

³⁶⁹ Pernice, EuZW 2008, 65, 65.

³⁷⁰ von Bogdandy, JZ 2001, 157, 164.

³⁷¹ Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 3, Rz. 3.

³⁷² Ruffert, JZ 1996, 624, 624f.

So bestätigte das Bundesverfassungsgericht in seinem Bananenmarkt-Beschluss dem Europäischen Gerichtshof eine nicht zu beanstandende Grundrechtsrechtsprechung und billigte somit die grundsätzliche Ausrichtung dieser Rechtsprechung.³⁷³ Schließlich wurde auch im Alcan-Beschluss durch das Bundesverfassungsgericht nicht nur der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht hervorgehoben; im dortigen Fall wurde bezogen auf die behauptete Verletzung der Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG wegen eines Verstoßes gegen das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Gebot des Vertrauensschutzes ausdrücklich festgestellt, die gerügte Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes stelle den vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz nicht in Frage.³⁷⁴

Es mag an vielfältigen Umständen liegen, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Vergleich zu derjenigen des Bundesverfassungsgerichts nicht so deutlich sichtbar wird, dies bedeutet aber keineswegs einen zu geringen oder ineffizienten Grundrechtsschutz auf der Ebene der Union.³⁷⁵

Wie bereits dargestellt, gibt es verfahrensrechtlich bereits keine originäre Grundrechtsbeschwerde im Unionsrecht; Grundrechtsfragen können nach derzeitigem Vertragsstand am ehesten im Vorabentscheidungsverfahren aufgeworfen oder aufgegriffen werden, wengleich es dabei nicht selten zu fragwürdigen Konstruktionen kommt.³⁷⁶

Zudem können der Europäische Gerichtshof sowie das Gericht erster Instanz bislang gerade nicht auf einen geschriebenen Grundrechtskatalog zurückgreifen; die EMRK ist für die Europäische Union nicht unmittelbar bindend. Mangels einer Rückgriffsmöglichkeit auf einen geschriebenen Grundrechtskatalog kommt es nicht selten zu einer nur annäherungsweise Umschreibung des Grundrechtsinhalts und zu einer Dominanz bei den Urteilsausführungen zur Frage des Eingriffs in denselben. Es bedarf oft der genauen Lektüre des Urteils, um Rückschlüsse auf den Inhalt des betroffenen Grundrechts aus Sicht der Unionsgerichte ziehen zu können. Darüber hinaus wird eine Vielzahl grundrechtsrelevanter Fälle über die Grundfreiheiten hergeleitet oder im Rahmen der Prüfung einer anderen Regel des Unionsrechts erörtert. Aber auch dies führt nur zu einer geringeren Transparenz, nicht aber zugleich zu einem geringen Schutz.³⁷⁷ Aus gutem Grunde wird daher die insbesondere aus Deutschland kommende Kritik ihrerseits beanstandet, übersieht diese doch den Umstand, dass sich „in Argumentation und Stil des Gerichtshofs unterschiedliche Traditionen aus ganz

³⁷³ von Bogdandy, JZ 2001, 157, 164 mit Hinweis auf: BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, 162ff. = JZ 2000, 1155ff. = NJW 2000, 3124ff.

³⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.02.2000, 2 BvR 1210/98, NJW 2000, 2015, 2016 = EuGRZ 2000, 175, 176.

³⁷⁵ Kraus, in: Grote/Marauhn, Kapitel 3, Rz. 108ff. und Rz. 121.

³⁷⁶ Kraus, in: Grote/Marauhn, Kapitel 3, Rz. 108ff. mit Hinweis auf: EuGH, Urteil vom 11.07.2002, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 – Carpenter.

³⁷⁷ Vgl. dazu insgesamt: Kraus, in: Grote/Marauhn, Kapitel 3, Rz. 115ff.

Europa verbinden und nicht die Dogmatik eines einzigen Mitgliedstaates oder gar des Bundesverfassungsgerichts ausschlaggebend sein kann³⁷⁸. Dies berücksichtigend fordert Art. 23 Abs. 1 GG gerade nicht ein dem Grundgesetz identisches Schutzniveau, sondern lässt „einem diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ genügen.³⁷⁹

Der Europäische Gerichtshof greift in keinem anderen Bereich so auf die nationalen Rechtsordnungen zurück wie bei den Grundrechten. Vielleicht schlug er diesen Weg ein, weil er ebenso wie die nationalen Verfassungsgerichte die Grundrechte als Ausdruck gesellschaftlicher Wertvorstellungen sah und eine europäische Gesellschaft in den 1970er-Jahren noch nicht ausreichend entwickelt war, um als Quelle spezifisch europäischer Werte zu überzeugen. Nach seiner Rechtsprechung waren die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen nie Quelle der Grundrechte; diese wurden vielmehr als individuelle Rechte gesehen, die sich aus den Verträgen und dem Sekundärrecht ergeben.³⁸⁰ Diese These bestätigt die Wortwahl in Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag.

c) Grundrechtecharta / EMRK / Grundrechtskatalog

Wurde soeben der unionsrechtliche Grundrechtsschutz im Allgemeinen dargestellt, wie er vom Europäischen Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelt wurde, muss sich nun die Prüfung anschließen, wie dieser Schutz durch die Grundrechtecharta beeinflusst wird. Vor dem Vertrag von Lissabon galt die Grundrechtecharta für das Unionsrecht nicht unmittelbar im Sinne einer Rechtsgrundlage. Zum anderen fehlt bis dato ein geschriebener Grundrechtskatalog in den Verträgen selbst. Diese beiden Gesichtspunkte könnten für sich genommen und erst Recht in ihrer Gesamtwirkung ein dem Grundgesetz entsprechendes Schutzniveau in Frage stellen.

Die Verträge enthalten in ihrer aktuellen rechtsverbindlichen Form keinen eigenen Grundrechtskatalog. Auch die in Nizza proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 galt bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 nicht als Rechtsgrundlage für das sekundäre Gemeinschaftsrecht.³⁸¹ Andererseits repräsentierte die Charta die allgemein in der Union akzeptierten Werte und Rechtsüberzeugungen,³⁸² wie ein Blick auf ex-Art. 6 EU-Vertrag zeigt. In der vorgenannten Proklamation der Präsidenten des Parlaments, des Rates und der

³⁷⁸ Pernice, DVBl. 2000, 847, 850.

³⁷⁹ Pernice, DVBl. 2000, 847, 850.

³⁸⁰ von Bogdandy, JZ 2001, 157, 168.

³⁸¹ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 70; Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 331.

³⁸² Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 70.

Kommission kann eine Selbstverpflichtung dieser Unionsorgane gesehen werden.³⁸³ Die Organe der Europäischen Union – und damit auch und insbesondere der Europäische Gerichtshof – waren gemäß Art 51 Absatz 1 S. 2 zuvor bereits verpflichtet, die aus der Charta ersichtlichen Rechte zu achten, die Grundsätze einzuhalten und deren Anwendung im jeweiligen Zuständigkeitsbereich zu fördern.³⁸⁴ Für den Europäischen Gerichtshof bedeutete dies insoweit eine gewisse Bindung an die Grundrechtecharta, die nach ihrer Präambel den Schutz der Grundrechte stärken soll, indem diese in der Charta sichtbar gemacht werden,³⁸⁵ als die Charta bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.³⁸⁶

Die Bedeutung der Art. 52 Abs. 2 und 3 der Charta wurde zutreffend hoch bewertet, wurde die EMRK doch durch die Bezugnahme – vorbehaltlich einer günstigeren Regelung im Unionsrecht – zum (Mindest-)Grundrechtsstandard in der Europäischen Union erhoben. Von der Bezugnahme auf die EMRK waren und sind zumindest auch die Zusatzprotokolle Nr. 1 und 6 erfasst, die von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurden.³⁸⁷ Dabei garantierte und garantiert die Charta gemäß Art. 52 Abs. 3 den in der EMRK gewährleisteten Grundrechtsschutz und lässt weiterhin über den vorstehend genannten Vorbehalt sogar einen höheren Schutz zu, soweit das Recht der Union einen solchen vorsieht.³⁸⁸ Dies ist nun durch Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag geschehen, der die Charta mit den Verträgen als „rechtlich gleichrangig“ erklärt und somit zu einer Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta für die Europäische Union führt.

Vor dem Hintergrund der Charta selbst erwartete man bereits unmittelbar nach ihrer Proklamation, die noch nicht unionsrechtsverbindliche Charta würde das Unionsrecht dahingehend beeinflussen, dass der Europäische Gerichtshof sehr bald die Grundrechtecharta mit heranziehen würde, um ein auf der Grundlage von ex-Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag gewonnenes Ergebnis durch den Inhalt der konkreteren Charta zu bestätigen.³⁸⁹ Man ging von einer Einflussnahme der Charta auf die Grundrechte in der Union aus, die unabhängig von der Frage einer Rechtsverbindlichkeit der Charta war.³⁹⁰ Der in der Grundrechtecharta in Art. 52 Abs. 1 sowie in Absatz 5 ihrer Präambel enthaltene Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bedeute einen deutlichen Impetus für die künftige Grundrechtsjudikatur, wurde teilweise nach ihrer Proklamation prognostiziert;

³⁸³ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 70.

³⁸⁴ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Proklamation auf dem Europäischen Rat von Nizza am 07. Dezember 2000, ABl. C 364 vom 18.12.2000, hier: Art. 51 Abs. 1 Satz 2.

³⁸⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Proklamation auf dem Europäischen Rat von Nizza am 07. Dezember 2000, ABl. C 364 vom 18.12.2000, hier: Präambel, 4. Absatz.

³⁸⁶ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 331.

³⁸⁷ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 2.

³⁸⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Proklamation auf dem Europäischen Rat von Nizza am 07. Dezember 2000, ABl. C 364 vom 18.12.2000, hier: Art. 52 Abs. 3.

³⁸⁹ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 11.

³⁹⁰ von Bogdandy, JZ 2001, 157, 162.

man sah ihre zentrale Bedeutung in der Stärkung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes.³⁹¹

Auch in der Zeit vor der Proklamation der Menschenrechtscharta wurde die Forderung nach einem materiellen Grundrechtskatalog mit Blick auf die seit fast fünfzig Jahren aktive Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs teilweise abgelehnt;³⁹² der Europäische Gerichtshof habe auf der Basis der EMRK allgemeine Verfassungsgrundsätze entwickelt, welche letztlich in ex-Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag ihren Niederschlag gefunden hätten, und das Gericht beziehe sich in letzter Zeit immer häufiger auf Entscheidungen des EGMR.³⁹³

Andererseits waren seit den 1970er-Jahren³⁹⁴ in der Literatur auch Stimmen zu verzeichnen, nach denen der „gegenwärtige Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nur als lückenhaft und unbefriedigend zu charakterisieren“³⁹⁵ sei und letztlich nur eine „geschriebene Grundrechtecharta einem erheblichen grundrechtsgefährdenden Potenzial begegnen könne“³⁹⁶. Das dort verwendete Adjektiv „geschrieben“ dürfte sich dabei nicht auf die Schriftform, sondern auf die Rechtsverbindlichkeit beziehen, denn der Aufsatz nimmt ausdrücklich Bezug auf die Proklamation der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“³⁹⁷ vom 7. Dezember 2000 in Nizza, bemängelt jedoch ihre Rechtsverbindlichkeit aufgrund fehlender Aufnahme in die europäischen Verträge.³⁹⁸ Begründet wurde dies zum einen damit, die Grundrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sei zwar umfangreich aber letztlich kasuistisch. Zum anderen sei der Spruchkörper gehalten, bei seinen Entscheidungen das Unionsinteresse zu berücksichtigen; dies wirke sich nachteilig auf den Grundrechtsschutz aus.³⁹⁹ Mit einer Grundrechtecharta oder einem Grundrechtskatalog würden, so eine weitere Argumentation, nicht nur eine Selbstbindung der Europäischen Union und eine Auslegungshilfe für den Europäischen Gerichtshof im Rahmen der Wahrung der Grundrechte einhergehen; vielmehr werde mittelfristig ein Teil der Unionsverfassung geschaffen.⁴⁰⁰

Die bloße Bezugnahme auf die Charta, wie sie in ex-Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag vorgenommen wurde, reichte nach einer weiteren Ansicht nicht aus, vielmehr sei eine rechtsverbindliche

³⁹¹ Tettinger, NJW 2001, 1010, 1010.

³⁹² Reich, ZRP 2000, 375, 375.

³⁹³ Z.B. EuGH, Urteil vom 28.03.2000, Rs. C-7/98, Rz. 39 = NJW 2000, 1853, 1855 – Krombach.

³⁹⁴ Vgl. Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 70.

³⁹⁵ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 330.

³⁹⁶ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 330.

³⁹⁷ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Proklamation auf dem Europäischen Rat von Nizza am 07. Dezember 2000, ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1ff.

³⁹⁸ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 331.

³⁹⁹ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 330.

⁴⁰⁰ Weber, NJW 2000, 537, 538 – Der Aufsatz wurde vor der Proklamation von Nizza vom 07. Dezember 2000 (Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Proklamation auf dem Europäischen Rat von Nizza am 07. Dezember 2000, ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1ff.) veröffentlicht.

Charta erforderlich.⁴⁰¹ Eine geschriebene, verbindliche Charta bzw. eine verbindliche Integration der Charta in die Verträge sei – so eine weitere Argumentation – aus folgenden Gründen erforderlich: Mangels rechtsverbindlicher Charta bestehe eine Lücke in Bezug auf den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz, die durch Richterrecht geschlossen werden müsse; erschwerend stelle sich für den Europäischen Gerichtshof das zusätzliche Problem, das betreffende Grundrecht erstmal zu „finden“ und es sodann auszuformen.⁴⁰²

Aus dem fehlenden eigenen Grundrechtskatalog und der daraus folgenden komplizierten Herleitung der maßgeblichen Grundrechte⁴⁰³ wurde teilweise eine deutlich eingeschränkte Relevanz des Europäischen Gerichtshofs für den Grundrechtsschutz im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht bzw. dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hergeleitet.⁴⁰⁴ In diesem Zusammenhang wurde unter Hinweis auf entsprechende Forderungen des vormaligen Richters am EuGH und seinerzeitigen Präsidenten des BGH Günter Hirsch⁴⁰⁵ ein „präziser Kompetenzkatalog“ für notwendig erachtet, wie auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Tabakverbots-Richtlinie⁴⁰⁶ bestätige.⁴⁰⁷

Vor diesem Hintergrund war der Wunsch zu verstehen, die Grundrechte müssten dem Bürger „sichtbarer“ gemacht werden⁴⁰⁸, denn das Sichtbarmachen setzt die schon vorhandene Existenz voraus. Entsprechendes gilt für die Forderung, die Grundrechte müssten in der gesamten Rechtsordnung gegenwärtig sein.⁴⁰⁹ Soweit argumentiert wurde, dies sei seinerzeit nur eingeschränkt gegeben gewesen, waren doch die Unionsgrundrechte bis dahin nur im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelt worden und für den Bürger daher nur schwer zu erkennen gewesen, insoweit würde ein geschriebener Grundrechtskatalog für mehr Transparenz sorgen und den Bürgern die europäische Wertegemeinschaft vermitteln,⁴¹⁰ erkannte diese Meinung durchaus einen bereits bestehenden Grundrechtsschutz an. Es ging also lediglich um die Verdeutlichung eines bestehenden Schutzes. Damit käme Europa ein Stück voran.⁴¹¹

Es wäre jedoch ein großes Missverständnis, die „Sichtbarmachung“ der Grundrechte auf ihre schriftliche Niederlegung in einem Dokument zu reduzieren. Art. 51 Abs. 1 der Charta

⁴⁰¹ Pietsch, ZRP 2003, 1, 4.

⁴⁰² Calliess, EuZW 2001, 261, 262.

⁴⁰³ Eiffler, JuS 1999, 1068, 1069.

⁴⁰⁴ Eiffler, JuS 1999, 1068, 1069f.

⁴⁰⁵ Hirsch, NJW 2000, 46, 47.

⁴⁰⁶ EuGH, Urteil vom 05.10.2000, Rs. 376/98, NJW 2000, 3701ff. – Deutschland ./.. Europäisches Parlament und Rat der EU.

⁴⁰⁷ Tettinger, NJW 2001, 1010, 1014.

⁴⁰⁸ Däubler-Gmelin, EuZW 2000, 537, 538; Hirsch, NJW 2000, 46, 47.

⁴⁰⁹ Hirsch, NJW 2000, 46, 47.

⁴¹⁰ Hirsch, NJW 2000, 46, 47.

⁴¹¹ Däubler-Gmelin, EuZW 2000, 537, 538.

verpflichtet die Union nicht nur zur Achtung, sondern auch zur Förderung ihrer Anwendung. Andererseits ergibt sich aus dem vierten Erwägungsgrund, dass der gegenwärtige Grundrechtsschutz für ausreichend erachtet wird.⁴¹² Eine schriftliche Fixierung der Grundrechte in den Verträgen konnte und kann nicht ausschlaggebend für einen ausreichenden Grundrechtsschutz sein; vielmehr kann nur der „kommunikative Prozess der konkreten Rechtsfindung durch die Richter in und mit der ‚offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten‘ über den konkreten Inhalt der Rechte und den Umfang ihres Schutzes entscheiden“.⁴¹³

Schwarze⁴¹⁴ stellt heraus, die Grundrechtecharta entspreche der vom Bundesverfassungsgericht von Beginn an vertretenen Ansicht, nach der jede öffentliche Gewalt an die Menschen- und Freiheitsrechte gebunden sei; somit müsse der Grundrechtsschutz auch gegenüber der öffentlichen Gewalt auf Unionsebene gewährleistet sein und die Proklamation in Nizza sei ein entscheidender Schritt in diese Richtung⁴¹⁵. Wenngleich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs den Unionsbürgern einen hinreichenden und wirksamen Grundrechtsschutz gewähre, sieht er die entscheidende Notwendigkeit, die Grundrechtecharta durch Aufnahme in die Verträge verbindlich zu machen.⁴¹⁶

Vereinzelt sind sogar Stimmen gegen eine verbindliche EU-Charta zu verzeichnen mit dem Argument, über eine solche könne über die „Brücke des Richterrechts des Europäischen Gerichtshofs“ das Grundgesetz und auch die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts ausgehöhlt werden, indem der Schutzbereich der Freiheiten und Rechten durch den Europäischen Gerichtshof gegenüber dem bundesdeutschen Standard geringer angesetzt werde.⁴¹⁷ Die „Leistung der deutschen Grundrechtsdogmatik“, wie sie von Rechtsprechung und –lehre entwickelt worden sei, könne „auf dem Weg nach Europa verloren gehen“.⁴¹⁸ Ferner wird eingewandt, ein Beitritt der Europäischen Union zur EMRK biete ebenfalls nicht den gewünschten Schutz, da die EMRK nicht nur bei der Bestimmung der Grundrechte, sondern auch bei der Beschränkung derselben einen weiten Spielraum biete; die Lösung könne daher nur in einem eigenen Grundrechtskatalog liegen, der die Defizite des bisher erreichten Grundrechtsschutzes ausgleichen könne.⁴¹⁹

⁴¹² von Bogdandy, JZ 2001, 157, 169f.

⁴¹³ Häberle, JZ 1975, 297, 300f.

⁴¹⁴ Schwarze, NJW 2002, 993, 995f.

⁴¹⁵ Limbach, EuGRZ 2000, 417, 419f.

⁴¹⁶ Schwarze, NJW, 2002, 993, 996 mit Hinweis auf Rechtsprechung des BVerfG zum Grundrechtsschutz auf Unionsebene: BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339ff. = NJW 1987, 577ff.; BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/87, BVerfGE 102, 147ff. = JZ 2000, 1155ff. = NJW 2000, 3124ff.

⁴¹⁷ Steiner, in: FS für Maurer, S. 1005, 1015.

⁴¹⁸ Steiner, in: FS für Maurer, S. 1005, 1017.

⁴¹⁹ Magiera, DÖV 2000, 1017, 1018f.

Diese Einschätzungen können nicht geteilt werden. Ganz gleich, ob die Grundrechte nur in der Grundrechtecharta erwähnt oder Letztere – wie in Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag vorgesehen – durch einen verweisenden Artikel (mit Ausnahmeregelungen für das Vereinigte Königreich und Polen)⁴²⁰ zum verbindlichen Vertragsbestandteil erhoben wird, galten die in ex-Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag normierten Prinzipien. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1. Dezember 2009 ist die Grundrechtecharta für die Europäische Union rechtsverbindlich geworden; sie bindet nicht nur die Organe der Union, sondern auch die der Mitgliedstaaten, soweit Letztere Unionsrecht ausführen.

Beachtet man eben diese Leistung des Europäischen Gerichtshofs und zieht die Entwicklung der Verträge in die Überlegungen ein, so wird der angemessene Grundrechtsschutz auf Unionsebene offenbar. Der Gerichtshof hat seiner Aufgabe nachkommend und gestützt auf den Vertrag die Grundrechte hergeleitet, ihnen unter anderem unter Bezugnahme auf die EMRK Gestalt gegeben. Diese Spruchpraxis war derart überzeugend, dass sie Eingang in ex-Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag fand. Im Entwurf einer europäischen Verfassung⁴²¹, wie er vom Verfassungskonvent am 13. Juni 2003 vorgelegt wurde, ist eine weitere Anerkennung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta zu sehen, die bisher lediglich als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts durch den Europäischen Gerichtshof beachtet werden,⁴²² denn gemäß Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs sollte die Charta ausdrücklich zum Teil II der Verfassung erhoben werden.⁴²³ Nicolaysen stellt zutreffend heraus, dass eine rechtsverbindliche Grundrechtecharta vor dem Hintergrund der gefestigten Grundrechtsjudikatur des Europäischen Gerichtshofs eher dem Zweck diene, Rechtssicherheit und Transparenz zu schaffen, als einen ausreichenden Grundrechtsschutz herzustellen.⁴²⁴

Soweit ein geschriebener Grundrechtskatalog bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon fehlte, war die Forderung nach einem solchen im Hinblick auf mehr Transparenz und Rechtsklarheit nachvollziehbar, zumal ein solcher darüber hinaus den Bürgern sichtbar gemacht hätte, dass sich die Mitgliedstaaten auch damals schon auf eine gemeinsame europäische Werteordnung stützten.⁴²⁵ Geschriebene Grundrechte prägen sich eher in das Bewusstsein der Öffentlichkeit, der Unionsbürger, ein und stellen auf diese Weise einen wichtigen Integrationsfaktor dar.⁴²⁶ Zwingend notwendig war ein geschriebener Grundrechtskatalog in Ansehung des auf Unionsebene entwickelten und gesicherten

⁴²⁰ Im Jahre 2009 hat der Europäische Rat Tschechien zugesagt, dass dieses Opt-Out durch ein Zusatzprotokoll, das mit der nächsten Vertragsreform (voraussichtlich im nächsten Erweiterungsvertrag) ratifiziert werden soll, auf Tschechien ausgedehnt wird.

⁴²¹ Entwurf einer Verfassung für Europa, ABl. C 169 vom 18.07.2003, S.1ff.

⁴²² Streinz, Europarecht, Rz. 354ff.

⁴²³ Epping, JZ 2003, 821, 826.

⁴²⁴ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 73.

⁴²⁵ Schwarze, NJW 2002, 993, 996; Hirsch, NJW 2000, 46, 47.

⁴²⁶ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 73.

Grundrechtsschutzes jedoch nicht. Teilweise wurde gar eine Begrenzung des Grundrechtskatalogs auf eine „nachzeichnende Kodifikation der bis dahin vom Europäischen Gerichtshof anerkannten Grundrechte“ gefordert;⁴²⁷ diesen Vorgaben bzw. Bedenken ist der Konvent mit der Grundrechtecharta zu Recht nicht gefolgt. Vielmehr ist die Schaffung eines umfassenden Grundrechtskatalogs durch die Grundrechtecharta rechtspolitisch zu begrüßen. Auf diesem Wege wird einerseits das Verhältnis zwischen den einzelnen Grundrechten besser ausbalanciert, zum anderen sind keine extensiven Interpretationen von Schutzbereichen erforderlich, wenn Lücken im Grundrechtsschutz erkennbar werden.⁴²⁸ Die geschriebenen Grundrechte stellen überdies das „deliberative Ergebnis eines politischen Diskurses und Konsenses dar“⁴²⁹.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon sind selbst die vorstehend genannten Bedenken zerstreut. Die ausdrückliche Anerkennung der Grundrechtecharta als den Verträgen gleichrangig und ihre Rechtsverbindlichkeit für die Union sind weitere Meilensteine für den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz. Der Rechtsetzungsakt bedeutet eine demokratische Legitimation.⁴³⁰ Die bisherige lückenfüllende, der Wahrung des Rechts verpflichtete und nach juristischen Methoden arbeitende Rechtsprechung war bei genauer Betrachtung als dritte Gewalt nicht legitimiert, eine eigene Grundrechtspolitik mit spezifischen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Zielsetzungen zu betreiben,⁴³¹ wobei damit keine Schmälerung des Schutzniveaus einhergeht.⁴³² Der Übergang zu geschriebenen Grundrechten in der Union wird z.T. als Paradigmenwechsel bezeichnet; der Grundrechtskatalog ist sowohl vom Umfang wie auch von seinen Inhalten her deutlich detaillierter und teilweise auch weitergehend als die bisherige Grundrechtsjudikatur.⁴³³ Er stellt einen wichtigen Schritt dar auf dem Weg zu einer Unionsverfassung.⁴³⁴

Der darüber hinaus vorgesehene Beitritt der Union zur EMRK und die damit einhergehende unmittelbare Rechtsverbindlichkeit der EMRK für die Union sind mit Inkrafttreten des Reformvertrages für die Europäische Union ebenfalls in greifbare Nähe gerückt geworden. Die Forderungen nach einem rechtsverbindlichen Grundrechtskatalog der Union ist bereits jetzt erfüllt sein.

⁴²⁷ Pernice, DVBl. 2000, 847, 852; Callies, EuZW 2001, 261,265; vgl. auch den Hinweis bei: Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 3, Rz. 5.

⁴²⁸ Vgl. dazu insgesamt: Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 3, Rz. 5.

⁴²⁹ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 75.

⁴³⁰ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 75.

⁴³¹ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 75; von Bogdandy, JZ 2001, 157, 159.

⁴³² Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 75.

⁴³³ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 77.

⁴³⁴ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 70; Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, 329, 331.

d) Eigentumsgrundrecht

Im Rahmen dieser Arbeit ist dem unionsrechtlichen Eigentumsschutz in zweifacher Hinsicht Beachtung zu schenken sein. An dieser Stelle geht es zunächst um die Frage, ob der unionsrechtliche Schutz des Eigentumsgrundrechts im Wesentlichen mit dem Eigentumsschutz des Grundgesetzes vergleichbar ist, so dass für die weitere Ausarbeitung auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts ausgegangen werden kann und muss. Erst an späterer Stelle⁴³⁵ wird zu prüfen sein, ob die in Rede stehende Richtlinie ihrerseits mit dem Eigentumsgrundrecht in Übereinstimmung gebracht werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlich zu prüfende Frage eines generell ausreichenden Schutzes des in Rede stehenden Eigentumsrechts eine Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu eben diesem Grundrecht geboten.

Zunächst zur Entwicklung:

Im Ruhrkohle-Urteil lässt der Europäische Gerichtshof erstmals Ansätze zu einer rechtsvergleichenden Betrachtung erkennen, um allgemeine Rechtsgrundsätze und hier insbesondere das unionsrechtliche Eigentumsgrundrecht zu bestimmen. Das „Eigentumsgrundrecht“ wird an keiner Stelle ausdrücklich genannt. Die Heranziehung nationaler Regelungen wird bei der Herleitung abgelehnt.⁴³⁶

Als weiteren Meilenstein auf dem Weg zu einem grundrechtlichen Eigentumsschutz im Unionsrecht kann sodann die Westzucker-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gewertet werden; hier wird das Grundrecht zwar auch noch nicht beim Namen genannt, jedoch gehen die Begriffe wie „Beeinträchtigung des Schutzes des berechtigten Vertrauens“ und „gefestigte Rechtsposition“ durchaus in diese Richtung.⁴³⁷

In seiner Nold-Entscheidung manifestiert der Europäische Gerichtshof zum einen die Wahrung der Grundrechte durch die Rechtsprechung; zum anderen bestimmt er die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ und – als Novum – die „internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte“ als Basis der Grund-

⁴³⁵ Vgl. Teil III A III.

⁴³⁶ Thiel, JuS 1991, 274, 278; EuGH, Urteil vom 17.06.1959, verb. Rs. 36/59, 37/59, 38/59 und 40/59, Slg. 1960, 885, 921 – Ruhrkohle.

⁴³⁷ Thiel, JuS 1991, 274, 278; EuGH, Urteil vom 04.07.1973, Rs. 1/73 Slg. 1973, 723, Rz. 8, 10 – Westzucker.

rechte.⁴³⁸ Entschiedener als in seiner Stauder-Entscheidung weist der Europäische Gerichtshof hier darauf hin, die Grundrechte gehörten zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die er zu wahren habe.⁴³⁹ Das Bundesverfassungsgericht qualifiziert diese als einen „aus Sicht des Grundgesetzes wesentlichen Schritt“.⁴⁴⁰

Einen weiteren entscheidenden Schritt vollzog der Europäische Gerichtshof sodann im Hauer-Urteil; hier hob er unter Würdigung der Grundrechtsrechtsprechung auf Unions- wie auch Mitgliedstaatsebene die Details des unionsrechtlichen Eigentumsschutzes hervor und seiner gesetzlichen Grundlage hervor:⁴⁴¹ Er bestätigt zunächst einen solchen Grundrechtsschutz auf Basis der Grundrechtserklärung des Parlaments und liest das Eigentumsrecht als Ausdruck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen heraus, insbesondere auch aus Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention⁴⁴²; dies sind sozusagen die Quellen, aus denen der Europäische Gerichtshof im Wege einer rechtsvergleichenden Betrachtung das unionsrechtlich Grundrecht „Eigentumsrecht“ herausarbeitet.⁴⁴³ Das Urteil im Falle Hauer⁴⁴⁴ darf als grundlegende⁴⁴⁵ Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum unionsrechtlichen Eigentumsschutz betrachtet werden. Dieser Schutz stützt sich auf die im Rahmen der gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten geltende EMRK sowie das 1. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention⁴⁴⁶, hier insbesondere Art. 1 des Protokolls.⁴⁴⁷ Nach der h.M. in Rechtsprechung und Rechtslehre umfasst der dortige Eigentumsbegriff nicht nur die dinglichen Rechte, die i.d.R. mit umfassenden Verfügungs- und Nutzungsbefugnissen verbunden sind, sondern auch schuldrechtliche Ansprüche.⁴⁴⁸

⁴³⁸ Thiel, JuS 1991, 274, 278; EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 13ff. – Nold.

⁴³⁹ Nicolaysen, in: Heselhaus/Nowak, § 1, Rz. 57.

⁴⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 379 = NJW 1987, 577, 581.

⁴⁴¹ Thiel, JuS 1991, 274, 278; EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Sgl. 1979, 3727 – Hauer.

⁴⁴² EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, 3745, Rz. 15 und 17ff. – Hauer; vgl. auch: Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 32, Rz. 25.

⁴⁴³ Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 32, Rz. 25; Thiel, JuS 1991, 274, 278f.

⁴⁴⁴ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz.17ff. – Hauer.

⁴⁴⁵ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV, Rz. 146 spricht von „einer bis heute gültigen Leitentscheidung zum gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsrecht“; Günter, S. 33.

⁴⁴⁶ Erstes Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20.03.1952 in seiner durch das Protokoll Nr. 11 ab dem 01.11.1998 geltenden Fassung (BGBl. 2002 II, S. 1054).

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, S⁴⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 379 = NJW 1987, 577, 581.

⁴⁴⁷ Thiel, JuS 1991, 274, 278; EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Sgl. 1979, 3727 – Hauer.

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, 3745, Rz. 15 und 17ff. – Hauer; vgl. auch: Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 32, Rz. 25.

⁴⁴⁷ Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 32, Rz. 25; Thiel, JuS 1991, 274, 278f.

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz.17ff. – Hauer.

⁴⁴⁷ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV, Rz. 146 spricht von „einer bis heute gültigen Leitentscheidung zum gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsrecht“; Günter, S. 33.

⁴⁴⁷ Erstes Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20.03.1952 in seiner durch das Protokoll Nr. 11 ab dem 01.11.1998 geltenden Fassung (BGBl. 2002 II, S. 1054).

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz.17f. – Hauer.

⁴⁴⁸ Vgl. Günter, S. 206.

Das so definierte Eigentum wird vom Europäischen Gerichtshof im Grundsatz beachtet, jedoch lässt er folgerichtig Einschränkungen unter den in Art. 1 Absatz 2 des 1. Zusatzprotokolls genannten Voraussetzungen zu, soweit diese im Hinblick auf das Allgemeininteresse für erforderlich gehalten werden können.⁴⁴⁹ Die soziale Funktion muss beim Eigentumsrecht hinreichend Berücksichtigung finden.⁴⁵⁰ Auch im Unionsrecht gilt das Prinzip der Sozialpflichtigkeit, das das Eigentumsrecht einschränken kann.⁴⁵¹ Gerade im Bereich gemeinsamer Marktorganisation, um den es vorliegend geht, sind vor dem Hintergrund des Gemeinwohls diesem dienende und das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtende Einschränkungen des Eigentums durchaus denkbar, solange der Wesensgehalt des Eigentumsrechts nicht angetastet wird.⁴⁵²

Nach der dargestellten, als gefestigt⁴⁵³ geltenden Rechtsprechung prüft der Europäische Gerichtshof etwaige Verletzungen des Eigentumsgrundrechts in drei Stufen:

Zunächst wird der Frage einer Nutzungseinschränkung oder gar -entziehung des Eigentums nachgegangen, ob also der Wesensgehalt des Rechts angetastet wird.⁴⁵⁴ Dabei wird nicht jedwede Ausgestaltung des Eigentumsrechts geschützt, denn aus der Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls ergibt sich, dass die Regelungen zur Gewährleistung des Eigentumsschutzes mit den Allgemeininteressen im Sinne der vorgenannten Regelung vereinbar sein müssen.⁴⁵⁵

Liegt eine Nutzungseinschränkung oder -entziehung schutzwürdigen Eigentums vor, wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob die im vorgenannten 1. Zusatzprotokoll genannten Voraussetzungen gegeben sind, die Maßnahme also im Interesse der Allgemeinheit erforderlich ist. Dabei knüpft der Europäische Gerichtshof auch an die Verfassungslagen in den Mitgliedstaaten an und vergleicht, ob in diesen vergleichbare Regelungen verfassungsrechtlich gebilligt werden.⁴⁵⁶ Das Allgemeininteresse bzw. dessen Schutz richtet sich nach den weiteren Feststellungen des Europäischen Gerichtshofs danach, welchen Zweck die umstrittene Verordnung verfolgt und ob zwischen den in dieser Verordnung

⁴⁴⁹ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz.19 – Hauer.

⁴⁵⁰ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz.19 – Hauer; Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 32, 76 Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 6 EU-Vertrag, Rz. 155.

⁴⁵¹ Calliess, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 17, Rz. 20.

⁴⁵² EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz.23 – Hauer; EuGH, Urteil vom 11.07.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rz. 15 – Schröder ./ Hauptzollamt Gronau; EuGH, Urteil vom 22.10.1991, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119, Rz. 28 – von Deetzen; EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rz. 78 – Deutschland ./ Rat; EuGH, Urteil vom 13.12.1994, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555, Rz. 20 – SMW Winzersekt; EuGH, Urteil vom 15.04.1997, Rs. C-22/94, Slg. 1997, I-1809, Rz. 27 – Irish Farmers Association; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 155; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 20a ff.

⁴⁵³ Günter, S. 33.

⁴⁵⁴ EuGH, Urteil vom 06.12.1984, Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057, 4079, Rz. 22 – Biovilac.

⁴⁵⁵ Thiel, JuS 1991, 274, 279.

⁴⁵⁶ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 19 – Hauer.

vorgesehenen Maßnahmen und dem im jeweiligen Fall (dort: von der Kommission) angestrebten Ziel ein angemessenes Verhältnis besteht; die Verordnung wird schließlich im Kontext der gemeinsamen Marktorganisation (dort: für Wein) betrachtet.⁴⁵⁷ Dies bedeutet: Wird der Schutzbereich des Eigentumsrechts berührt, muss zunächst geprüft werden, ob dieser Eingriff unter Beachtung der Allgemeininteressen und der Verfassungsüberlieferungen gerechtfertigt ist.⁴⁵⁸ Dabei ist auf die Eigentumsrechtsregelungen aller Mitgliedstaaten zurückzugreifen.⁴⁵⁹ Der Eigentumsschutz muss sich in die Struktur und die Ziele der Union einfügen.⁴⁶⁰ Er gilt damit nicht uneingeschränkt; vielmehr ist er in Bezug auf die soziale Funktion der geschützten Tätigkeit zu sehen.⁴⁶¹

Schließlich führt die konkrete Prüfung in die dritte und letzte Stufe, mithin zu der Frage, ob die in der umstrittenen Regelung enthaltenen Einschränkungen des Eigentumsrechts tatsächlich den dem Allgemeinwohl dienenden Zwecken der Union entsprechen und ob sie nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff in die Vorrechte des Eigentümers darstellen, der das Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt antastet.⁴⁶²

Der Europäische Gerichtshof hat bisher den Verbraucherschutz⁴⁶³ und vor allem die agrarpolitischen Zielsetzungen⁴⁶⁴ der Union gemäß Art. 39 AEUV (ex-Art. 33 EG-Vertrag) als Allgemeininteressen in diesem Sinne gewertet. Es darf nicht verkannt werden, dass die Rechtsprechung zu einer starken Berücksichtigung der Unionsinteressen tendiert und diese dem sozial gebundenen Eigentumsrecht vorgehen lässt.⁴⁶⁵ So hat der Europäische Gerichtshof – soweit erkennbar – bislang in allen Fällen angenommen, die jeweils in Rede stehenden Eigentumsbeschränkungen dienen dem Gemeinwohl der Union; dabei hat er in

⁴⁵⁷ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 23f. – Hauer.

⁴⁵⁸ Thiel, JuS 1991, 274, 279f. mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rz. 20 – Hauer.

⁴⁵⁹ Thiel, JuS 1991, 274, 280 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79; Slg. 1979, 3727, Rz. 20 – Hauer.

⁴⁶⁰ Thiel, JuS 1991, 274, 280 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rz. 4 – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 14 – Nold; Calliess, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 17, Rz. 28.

⁴⁶¹ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 20 – Hauer, mit Hinweisen auf die Verfassungen einiger Mitgliedstaaten; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 156; Thiel, JuS 1991, 274, 280 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 18.03.1980, verb. Rs. 154, 205, 206, 226 bis 228, 263 und 264/78, 31, 39, 83 und 85/79, Slg. 1980, 907, Rz. – SpA Ferriera Valsabbia u.a.

⁴⁶² EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 23 – Hauer; EuGH, Urteil vom 11.07.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, 2268, Rz. 15 – Schröder; EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, 5065, Rz. 78 – Bananenmarktordnung.

⁴⁶³ EuGH, Urteil vom 13.12.1994, Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555, Rz. 20 – SMW Winzersekt; vgl. EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 19 – Hauer.

⁴⁶⁴ EuGH, Urteil vom 27.06.1989, Rs. 113/88, Slg. 1989, 1991, Rz. 20 – Leukhardt; EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rz. 80 – 82 – Deutschland ./ Rat; EuGH, Urteil vom 13.12.1994, Rs- C-306/93, Slg. 1994, I-5555, Rz. 21 – SMW Winzersekt; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 156.

⁴⁶⁵ Vgl. dazu: Günter, S. 33 mit Hinweis auf: EuGH, Urteil vom 27.06.1989, Rs. 113/88, Slg. 1989, 1991, Rz. 20 – Leukhardt; EuGH, Urteil vom 22.10.1991, Rs. C-44/89, Slg. 1991, I-5119, Rz. 28f. – von Deetzen; EuGH, Urteil vom 13.12.1994, Rs- C-306/93, Slg. 1994, I-5555, Rz. 21ff. – SMW Winzersekt.

der Regel ohne weitere Erläuterungen festgestellt, sie seien weder unverhältnismäßig, noch tasteten sie den Wesensgehalt an.⁴⁶⁶ Die Sozialbindung ist aber auch dem deutschen Verfassungsrecht nicht fremd. Hier wie dort werden Allgemeininteressen dem Recht des Einzelnen gegenübergestellt. Hier wie dort erfolgt eine sorgsame Abwägung der Interessen. Die Vorgehensweise des Europäischen Gerichtshofs begegnet daher keinen Bedenken.

In diesem Zusammenhang ist auch ein Blick auf die Rechtsprechung des EGMR zu richten, nach der alle Maßnahmen dem Allgemeinwohlinteresse dienen, die auf wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen öffentlichen Gebieten legitime politische Zwecke verfolgen.⁴⁶⁷ Nach Ansicht des EGMR beschneidet Art. 1 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls nicht die Befugnis des Staates aus Art. 1 Abs. 2, die Regelungen zur Benutzung des Eigentums aufzustellen, die er im Allgemeininteresse für erforderlich hält und die verhältnismäßig sind.⁴⁶⁸ Mit Hinweis auf die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten⁴⁶⁹ ist nach Meinung des EGMR ein Eigentumsentzug zugunsten Privater statthaft, wenn hierdurch auch öffentliche Interessen verwirklicht werden.⁴⁷⁰ Beispielsweise wurde eine zum Vorteil weniger Personen durchgeführte Enteignung gebilligt, weil sie im Interesse der sozialen Gerechtigkeit vorgenommen worden war.⁴⁷¹

Der Europäische Gerichtshof achtet dabei den in Art. 5 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag) niedergelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hoch, wie dies im Fall Hauer⁴⁷² deutlich wird. Allerdings räumt er den Zielen der Union und damit dem unionsrechtlichen Gesetzgeber bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung einen hohen Stellenwert ein; die Maßnahme darf nur nicht „offensichtlich“ ungeeignet sein.⁴⁷³ Für alle⁴⁷⁴ Organe und Einrichtungen der Union und jeglichem Handeln derselben⁴⁷⁵ gilt Art. 5 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag), wonach Maßnahmen der Union nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen. Die damit einhergehenden Grundsätze der Subsidiarität und vor allem der Verhältnismäßigkeit gelten daher nicht nur für die Schaffung des Sekundärrechts, sie sind vielmehr auch bei der Auslegung und

⁴⁶⁶ Cremer, in: Grote/Marauhn, Kapitel 22, Rz. 74.

⁴⁶⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 156 mit Hinweis auf EGMR, Urteil vom 21.02.1988, Nr. 3/1984/75/119, EuGRZ 1988, 341, 344, Rz. 45 – James u.a. ./.. Vereinigtes Königreich.

⁴⁶⁸ Günter, S. 206.

⁴⁶⁹ so etwa BVerfG, Urteil vom 20.03.1984, 1 BvL 828/82 = BVerfGE 66, 248, 258; BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 287ff.

⁴⁷⁰ EGMR, Urteil vom 21.02.1988, Nr. 3/1984/75/119, EuGRZ 1988, 341, 343, Rz. 40ff. – James u.a. ./.. Vereinigtes Königreich.

⁴⁷¹ Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 352; EGMR, Urteil vom 21.02.1988, Nr. 3/1984/75/119, EuGRZ 1988, 341, 343, Rz. 41, 45 – James u.a. ./.. Vereinigtes Königreich.

⁴⁷² EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 17ff. – Hauer; so auch Herdegen, § 9, Rz. 19.

⁴⁷³ EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rz. 89f. – Deutschland ./.. Rat; Rs. C-306/93, Slg. 1994, I-5555, Rz. 21 – SMW Winzersekt; kritisch: Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 157.

⁴⁷⁴ von Bogdandy/Bast, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 EGV, Rz. 1.

⁴⁷⁵ von Bogdandy/Bast, in: Grabitz/Hilf, Art. 5 EGV, Rz. 16.

Fortentwicklung des Rechts durch den Europäischen Gerichtshof zu beachten.⁴⁷⁶ Mit dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit setzt sich der Europäische Gerichtshof in den Rechtssachen Deutsche Milchkontor auseinander und bewertet sie ebenfalls als Bestandteil der Rechtsordnung der Union.⁴⁷⁷

Die Einschränkung muss tatsächlich den dem allgemeinen Wohl dienenden und legitimen Unionszielen entsprechen; sie darf weder im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßig sein, noch darf sie zu einem untragbaren, seinen Wesensgehalt antastenden, Eingriff führen.⁴⁷⁸

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit stellt der Europäische Gerichtshof nicht auf die tatsächlichen Konsequenzen der in Rede stehenden Norm für den einzelnen Bürger ab, sondern allein auf marktpolitische Erwägungen. Nach diesen Kriterien muss die Maßnahme ein legitimes Ziel des europäischen Gemeinwohls verfolgen; ferner muss das konkret eingesetzte Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig sein. Letztlich beschränkt sich die Prüfung darauf, ob die Maßnahme unter Beachtung marktwirtschaftlicher Aspekte im Hinblick auf die Einschränkung des Eigentums geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁴⁷⁹

Hinsichtlich des Wesensgehalts der Eigentumsgarantie ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt, wenn die streitige Regelung „durch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Union gerechtfertigt“ erscheint.⁴⁸⁰ In der Literatur wird hierin teilweise eine Gleichsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit der Wesensgehaltsgarantie gesehen, mithin sei ein unverhältnismäßiger Eingriff zugleich ein solcher in den Wesensgehalt.⁴⁸¹ Dies stünde aber im Gegensatz zu der auch im Unionsrecht geltenden Trennung von Verhältnismäßigkeit und Wesensgehaltsgarantie.⁴⁸² Die Kritik kann nicht geteilt werden, denn im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in das Eigentumsrecht stellt der Europäische Gerichtshof nicht nur darauf ab, ob dieser durch die dem Gemeinwohl dienenden Ziele der Union gerechtfertigt ist; vielmehr müssen alle Merkmale der Verhältnismäßigkeit vorliegen: Die Maßnahme muss geeignet, erforderlich und angemessen sein; sie muss das mildeste in Betracht kommende Mittel darstellen. Im

⁴⁷⁶ von Bogdandy/Bast, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 22.

⁴⁷⁷ EuGH, Urteil vom 21.09.1983, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633, Rz. 30 – Deutsche Milchkontor GmbH; vgl. dazu weiter Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV, Rz. 9ff. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁷⁸ Thiel, JuS 1991, 274, 280 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rz. 23 – Hauer; Calliess, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 17, Rz. 28.

⁴⁷⁹ Thiel, JuS 1991, 274, 280 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rz. 19 – Hauer.

⁴⁸⁰ Thiel, JuS 1991, 274, 280 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rz. 23 – Hauer.

⁴⁸¹ Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, nach Art. 6 EUV, Rz. 147; Pernice, NJW 1990, 2409, 2415f.

⁴⁸² Thiel, JuS 1991, 274, 280.

Übrigen muss auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stets ein Rest- oder Kernbestand des Eigentumsrechts gewährleistet bleiben.⁴⁸³

Dabei kommt der Wesensgehaltsgarantie im Unionsrecht im Übrigen regelmäßig keine individuelle, sondern eine institutionelle Bedeutung zu.⁴⁸⁴ Die EMRK sieht anders als etwa das Grundgesetz eine Wesensgehaltsgarantie nicht vor. Die Grundrechtecharta der Europäischen Union ist wiederum der EMRK weitgehend angelehnt, enthält aber in Art. 52 Abs. 1 ausdrücklich die Regelung, dass jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten „den wesentlichen Gehalt dieser Rechte und Freiheiten achten“ müsse. Die Charta hat damit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁴⁸⁵ aufgegriffen, der in der Garantie eines Wesensgehalts der Unionsgrundrechte eine Art Schranke-Schranke für die Normsetzung der Union sieht. Der Wesensgehaltsgarantie kommt eher eine Art Kautelarfunktion zu, nicht aber eine weitere Kontrollwirkung⁴⁸⁶ im individuellen Fall.

Nach der zuvor dargestellten gefestigten⁴⁸⁷ Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann zusammenfassend der Beweis als geführt angesehen werden, dass entsprechend der für alle Grundrechte geltenden Auffassung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁸⁸ speziell im Bereich des Eigentumsgrundsrechts ein dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechender Schutz auf Unionsebene de facto gegeben ist.⁴⁸⁹

⁴⁸³ Günter, S. 47f.; EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rz. 27 – Deutschland ./i. Rat; EuGH, Urteil vom 06.12.1984, Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057, 4079, Rz. 22 – Biovilac.

⁴⁸⁴ Thiel, JuS 1991, 274, 280, Streinz, S. 422.

⁴⁸⁵ EuGH, Urteil vom 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rz. 14 – Nold.

⁴⁸⁶ Vgl. dazu insgesamt: Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kapitel 7, Rz. 53-55.

⁴⁸⁷ Günter, S. 13.

⁴⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 380ff. = NJW 1987, 577ff.

⁴⁸⁹ Thiel, JuS 1991, 274, 278ff.

III) Ergebnis

Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, dass in der Europäischen Union ein Grundrechtsschutz gewährleistet ist, der mit dem Schutzniveau des Grundgesetzes vergleichbar ist.

Im Übrigen müssen die Bestrebungen um die Verfassung der Europäischen Union und zum Beitritt der Union zur EMRK⁴⁹⁰ Beachtung finden. Denn mit Letzterem geht eine förmliche Bindung an die Rechtsprechung des EGMR einher.⁴⁹¹ Vor diesem Hintergrund minimiert sich die vom Bundesverfassungsgericht ohnehin nicht als gegeben erachtete Gefahr für den grundgesetzlich notwendigen Standard der Grundrechte weiter; im Gegenteil kann man sodann einen „effektiven Wettbewerb der Gerichtshöfe um einen hochwertigen Grundrechtsschutz zu Gunsten der Unionsbürger“ erwarten.⁴⁹² Schließlich spricht für diese Erwartungshaltung insbesondere der „Vertrag von Lissabon“⁴⁹³. Darin wird der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union gleich in zweierlei Weise gestärkt:

Zum einen ist im Vertrag von Lissabon der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte vorgesehen. Die in Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag enthaltene Bestimmung stellt nicht nur eine Beitrittsermächtigung dar, sie enthält vielmehr auch eine Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten zur Herbeiführung des Beitritts.⁴⁹⁴ In der Regelung ist bereits ein entscheidender Schritt zur Sicherung eines hohen Grundrechtsstandards in der Union zu sehen, auch wenn insoweit eine Besonderheit aufgenommen wurde, nach der die „besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“ zu erhalten sind.⁴⁹⁵

Zum anderen wird die Charta der Grundrechte der Europäischen Union durch einen verweisenden Artikel rechtsverbindlich; lediglich für Großbritannien und Polen gelten

⁴⁹⁰ Art. 7 Abs. 2 des Konventionentwurfs; zum Beitritt zur EMRK vgl. aber auch die nachfolgenden Ausführungen zum Vertrag von Lissabon.

⁴⁹¹ Vgl. insoweit auch: von Danwitz, JZ 2003, 1125, 1130.

⁴⁹² Vgl. auch: von Danwitz, JZ 2003, 1125, 1130.

⁴⁹³ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff.

⁴⁹⁴ Weber, EuZW 2008, 7, 8; Grabenwarter, EMRK, § 4, Rz. 18.

⁴⁹⁵ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff., hier: Protokoll zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union und über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

Ausnahmeregeln.^{496 497} In Art. 6 EU-Vertrag ist ein sogenannter Grundrechtsanerkennungsartikel zu sehen, der zu einer Stärkung des Grundrechtsschutzes gegenüber dem bisherigen Unionsrecht führt.⁴⁹⁸

Damit wird auch der Forderung der Verfechter einer verbindlichen, geschriebenen Grundrechtecharta für das Unionsrecht Rechnung getragen, die, wie beispielsweise Calliess⁴⁹⁹, in der verbindlichen Integration der Menschenrechtecharta in die Verträge das Schließen der aus ihrer Sicht bestehenden Lücke im Grundrechtsschutz auf Unionsebene sehen. Die Grundrechtecharta wird als Instrument zur Stärkung der Union gewertet.⁵⁰⁰

Bietet daher das Unionsrecht einen Grundrechtsschutz, der mit demjenigen des Grundgesetzes im Wesentlichen vergleichbar ist, muss der unionsweit anerkannte Anwendungsvorrang des Unionsrechts auch im Verhältnis zum nationalen Recht der Bundesrepublik zugrunde gelegt werden mit der Folge, dass eine mit Unionsrecht kollidierende nationale Bestimmung nicht unwirksam ist, jedoch nicht angewandt werden darf, soweit sie dem Unionsrecht entgegensteht. Das umfangreiche und sich über viele Jahrzehnte auf der Grundlage der „Gewährleistung der EMRK“ und der „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Grundrechtssystem der Union ist unabhängig von einer Kodifizierung derart gefestigt und dem grundgesetzlichen Grundrechtsschutz entsprechend, dass aus heutiger Sicht unter Zugrundelegung des speziell für das Verhältnis zur Europäischen Union neu geschaffenen Art. 23 Abs. 1 GG von einer wirksamen Kompetenzübertragung auf die Union ausgegangen werden muss. Daher ist die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Bananenmarkt-Entscheidung⁵⁰¹ vorbehaltene verfassungsrechtliche Prüfung von unionsrechtlich relevanten Sachverhalten in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof allenfalls von theoretischer Bedeutung.⁵⁰² Dies gilt erst Recht vor dem Hintergrund der weiteren Einschränkung, die

⁴⁹⁶ Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, auch „Vertrag von Lissabon“ bzw. „Reformvertrag“ genannt, ABl. C 306 vom 17.12.2007, 1ff., hier: Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich. Im Jahre 2009 hat der Europäische Rat Tschechien zugesagt, dass dieses Opt-Out durch ein Zusatzprotokoll, das mit der nächsten Vertragsreform (voraussichtlich im nächsten Erweiterungsvertrag) ratifiziert werden soll, auf Tschechien ausgedehnt wird.

⁴⁹⁷ Magiera, DÖV 2000, 1017, 1018f.

⁴⁹⁸ Weber, EuZW 2008, 7, 7.

⁴⁹⁹ Calliess, EuZW 2001, 261, 262.

⁵⁰⁰ Everling, EuZW 2003, 225, 225 (Everling wendet sich in diesem Artikel gegen das Ansinnen, den nationalen Gerichten die Prüfung der Grundrechte zu übertragen und so zurück zur Solange I-Entscheidung des BVerfG zurückzukehren. Die Grundrechtecharta sei kein Instrument zur Renationalisierung, sondern zur Stärkung der Union.).

⁵⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 07.06.2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, 165 = NJW 2000, 3124, 3125 = JZ 2000, 1155, 1156.

⁵⁰² So auch: Tietje, JuS 1994, 197, 202, der gegenüber der Maastricht-Entscheidung „keine substantiellen Änderungen im Verhältnis des Grundrechtsschutzes zwischen dem BVerfG und dem EuGH erwartet; vgl. auch Lecheler, JuS 2001, 120, 123 zum Bananenmarkt-Beschluss: Kompetenzvorbehalt des BVerfG nur für den Fall, dass das Schutzsystem des Unionsrechts aus den Fugen geraten ist.

seitens des Bundesverfassungsgerichts durch seinen Hinweis auf die „generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes“⁵⁰³ gesetzt wurde: Die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts greift nicht schon, wenn die europäische Rechtsprechung in Einzelfällen Anlass zu grundrechtlichen Zweifeln bietet; vielmehr müssen derartige Anhaltspunkte in einer Gesamtbetrachtung bestehen. Die Hürden für ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts sind damit sehr hoch gesetzt und *in praxi* kaum zu überwinden.⁵⁰⁴ So verwundert es nicht, wenn man in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber beispielsweise auch des Bundesgerichtshofs, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts sowie ebenfalls in der Rechtslehre von einem faktischen Vorrang des Unionsrechts ausgeht.

Bezeichnend ist die von der damaligen Präsidentin Limbach ausdrücklich in „Verbundenheit mit dem Bundesverfassungsgericht“⁵⁰⁵ dargelegte „gemeinsame Leitlinie“ der Solange II- und der Maastricht-Entscheidung, nach der die Fortbildung der Grundrechte durch den Europäischen Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts stehe, dass sich der Vorrang des Unionsrechts und der unionsrechtliche Grundrechtsstandard einander bedingen.⁵⁰⁶ Sie bescheinigt dem Europäischen Gerichtshof mit Recht am Beispiel seines Port-Urteils⁵⁰⁷, er verfolge die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte im Grundsatz aufmerksam und greife diese durchaus auf; der richterliche Grundrechtsschutz auf diesen beiden Ebenen greife somit ineinander.⁵⁰⁸

Die vom Bundesverfassungsgericht in den beiden vorgenannten Entscheidungen vorbehaltene „Reservekompetenz“ ist nach Auffassung Limbachs mithin keine „Drohung gegenüber Luxemburg“, sondern Ausdruck eines gemeinsamen Prinzips, dass jede öffentliche Gewalt grundrechtsgebunden ist.⁵⁰⁹

Abschließend betrachtet spiegelt die Rechtswirklichkeit eine Grundgesetz-adäquate Grundrechtsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wider, die den Vorgaben der maßgeblichen Verfassungsnorm des Art. 23 Abs. 1 GG Genüge tut: Der unionsrechtliche Grundrechtsschutz ist im Wesentlichen mit demjenigen des Grundgesetzes vergleichbar.

⁵⁰³ BVerfG, Urteil vom 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfG 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047, 3049.

⁵⁰⁴ Classen, JZ 2000, 1157, 1158.

⁵⁰⁵ Limbach, EuGRZ 2000, 417, 419.

⁵⁰⁶ Limbach, EuGRZ 2000, 417, 420.

⁵⁰⁷ EuGH, Urteil vom 26.11.1996, Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065 – T. Port GmbH & Co. KG.

⁵⁰⁸ Limbach, EuGRZ 2000, 417, 420.

⁵⁰⁹ Limbach, EuGRZ 2000, 417, 420.

G) Ergebnis: Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Nach den vorstehenden Ausführungen liegen die nach Art. 23 GG vorausgesetzten Bedingungen für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union vor. Die Verträge, die sich die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge gegeben haben und die zu beachten sind, sehen, wie dies vom Europäischen Gerichtshof zu Recht in seiner Eigenschaft als maßgeblichem Interpret der Verträge herausgearbeitet worden ist, einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht jeglichen Ranges vor.

Soweit das Bundesverfassungsgericht⁵¹⁰ noch nicht auf „die im letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“ verzichtet hat und letztlich kein unbedingter Gehorsam der nationalen Behörden und Gerichte gegenüber dem Unionsrecht festgeschrieben wurde, ist dies nur eine Konsequenz zweier Umstände:

Zum einen handelt es sich bei der Bundesrepublik Deutschland nicht um eine Art Bundesstaat der Europäischen Union. Die Bundesrepublik hat ihre Souveränität nicht aufgegeben. Insoweit kommt für das Verhältnis von Bundesrecht zum Unionsrecht nach Auffassung des Verfassers eine Regelung entsprechend dem Vorbild des Art. 31 GG, nach dem Bundesrecht Landesrecht bricht, nicht in Betracht. Eine derartige Bestimmung, die zur Nichtigkeit des mit unionsrechtlichen Vorgaben kollidierenden Bundesrechts führte, ist daher zu Recht nicht existent.

Zum anderen bleibt das Grundgesetz insoweit gegenüber dem Unionsrecht vorrangig, denn „das Recht, dessen Anwendung befohlen wird, kann keinen höheren Rang beanspruchen als das Recht, auf dem der Anwendungsbefehl beruht.“⁵¹¹

Diese Wertung schließt den faktischen Vorrang des Unionsrechts, wie er vom Europäischen Gerichtshof in langjähriger Rechtsprechung entwickelt wurde, nicht aus; ebenso nicht den Vorrang gegenüber Verfassungsnormen. Denn dies geschieht nach derzeitiger Lage auf Basis des Grundgesetzes und wird vom Bundesverfassungsgericht zu Recht gebilligt. Nur dann, wenn die Europäische Union und dort insbesondere die Rechtsprechungsorgane Anlass geben, sie würden strukturell dem nach Art. 23 i.V.m Art. 79 Abs. 3 GG geforderten Mindeststandard nicht mehr genügen, käme die „Reservekompetenz“ des

⁵¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 319.

⁵¹¹ Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 23, Rz. 21.

Bundesverfassungsgerichts und zwar auf Grundlage des letztlich doch bestehenden Vorrangs des Grundgesetzes zum Tragen. Man kann also faktisch von einem absoluten Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht jeglichen Ranges ausgehen, wenn und solange die Europäische Union die genannten Mindeststandards des Grundgesetzes achtet.

Der Verfassungsvertrag orientiert sich an der oben dargestellten Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs und räumt der Unionsverfassung sowie dem „von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzten Recht“ den Vorrang gegenüber den nationalen Rechten der Mitgliedstaaten ein. Auch mit dieser Bestimmung können nicht alle möglichen Kollisionen zwischen dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten ausgeräumt werden. Der Verfassungsvertrag selbst macht den Vorrang ausdrücklich von der Einhaltung der den Organen der Union übertragenen Kompetenzen abhängig. Nachdem aber der Verfassungsvertrag insbesondere keine unbedingte Verbindlichkeit bzw. unbeschränkte Befugnis zur freien Auslegung oder zu jeglicher Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof vorsieht, sind weiterhin nicht lösbare Kollisionen denkbar. Die vorgenannte Vorrangsklausel ist gerade nicht als Vorrangregelung zu verstehen, wie wir sie aus Art. 31 GG für das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht kennen. Würde man sie i.S.d. Art. 31 GG deuten und einen auch im innerstaatlichen Recht absolut geltenden Vorrang des Unionsrechts nach Maßgabe der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs annehmen, würde das deutsche Zustimmungsgesetz gegen Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen.⁵¹²

Sowohl aus unionsrechtlicher wie auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive gebührt dem Unionsrecht der Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht, das dem Unionsrecht entgegensteht.

⁵¹² Vgl. hierzu: Herdegen, § 11, Rz. 5.

Teil II Die Bestimmung des § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

A) Europäischer Rechtsrahmen

I) Ursprünglicher Rechtsrahmen

Die Europäische Union ist seit Beginn der 1980er-Jahre um eine Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bemüht, nachdem zuvor in allen Mitgliedstaaten die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung zu gleichen, vom Standort des Telekommunikationsteilnehmers unabhängigen Konditionen der staatlichen Daseinsvorsorge zugerechnet war. Man war davon ausgegangen, diesen Ansprüchen nur durch die Übertragung exklusiver Rechte auf (staatliche) Fernmeldeorganisationen gerecht werden zu können, zumal man einen freien Wettbewerb auf der Ebene der Telekommunikationsnetze für nicht möglich gehalten hatte; im Fernmeldenetz wurde ein „natürliches Monopol“ gesehen.⁵¹³ Der Telekommunikationsbereich war in den siebziger Jahren aufgrund einschneidender Entwicklungen in der Datenverarbeitung und moderner Fernmeldetechniken stark expandiert und hatte so eine erhebliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung gewonnen.⁵¹⁴ Zudem galt es, den beachtenswerten Vorsprung der Vereinigten Staaten von Amerika wie auch Japans auf dem Gebiet der Informationstechnologie zu reduzieren.⁵¹⁵ Der Telekommunikationssektor ist ein Teil der europäischen Industriepolitik. Demzufolge ist gemäß Art. 173 AEUV (ex-Art. 157 EG-Vertrag)⁵¹⁶ die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie auf zweierlei Weise zu gewährleisten:

- Zum einen geht es um die internationale Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie, vornehmlich im Vergleich zu den Märkten in den USA und Japan.⁵¹⁷
- Zum anderen aber ist auch und gerade innerhalb der Europäischen Union eine grundsätzlich markt- und wettbewerbsorientierte Industriepolitik zu betreiben.⁵¹⁸

⁵¹³ Vgl. hierzu: Hallenga, ArchivPT 1996, 239, 239.

⁵¹⁴ Oppermann, § 13, Rz. 26.

⁵¹⁵ Oppermann, § 13 Rz. 26.

⁵¹⁶ Der Begriff der „Industriepolitik“ ist seit dem Maastrichtvertrag in Art. 157 EG-Vertrag ausdrücklich enthalten.

⁵¹⁷ Oppermann, § 13, Rz. 19.

⁵¹⁸ Oppermann, § 13, Rz. 16.

Zunächst ist zu prüfen, ob eine bloße Öffnung des Telekommunikationsmarktes für den Wettbewerb erfolversprechend gewesen wäre. Lediglich den Markt zu öffnen hätte zu folgenden Rahmenbedingungen für den Telekommunikationssektor geführt:

Im Binnenmarkt der Union ist nach Art. 26 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 14 Abs. 2 EG-Vertrag) der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet.⁵¹⁹ Der hier in Rede stehende Telekommunikationssektor ist dem Bereich der Dienstleistungen zuzuordnen, deren Freiheit gemäß Art. 56ff. AEUV (ex-Art. 49ff. EG-Vertrag) dergestalt gewährleistet ist, dass ein umfassender Schutz vor sachlich nicht begründbaren Beschränkungen derselben besteht. Eingriffe in die vom AEUV garantierten Marktfreiheiten⁵²⁰, mithin also auch in die Dienstleistungsfreiheit,⁵²¹ sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs durch einen vierstufigen Rechtfertigungsstandard geschützt.⁵²²

Erstens müssen sie in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. Zweitens müssen sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Drittens müssen sie geeignet sein, das von ihnen verfolgte Ziel auch tatsächlich zu verwirklichen. Viertens dürfen sie schließlich nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist. In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof die sog. Cassis-de-Dijon-Formel entwickelt, nach der er im Vorfeld zur Prüfung des Art. 36 AEUV (ex-Art. 30 EG-Vertrag) als mögliche Rechtfertigung in das Verbot des Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EG-Vertrag) immanente Schranken hineingelesen hat, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen sollen, unabhängig von einer besonderen Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV (ex-Art. 30 EG-Vertrag) nichtdiskriminierende Handelsbeschränkungen zum Schutz unionsrechtlich anerkannter Allgemeinbelange vorzusehen.⁵²³ Dieser Entscheidung lag zwar ein Fall betreffend den freien Warenverkehr zugrunde, sie kann jedoch auf alle Marktfreiheiten übertragen werden.

Schließlich ist an dieser Stelle die in ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG-Vertrag ausdrücklich normierte, unter der Regie des AEUV fortgeltende,⁵²⁴ konkrete Aufgabe der Union zu nennen, „ein System“ zu schaffen, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“; eine Aufgabe, die naturgemäß auch den Telekommunikationssektor betrifft.

⁵¹⁹ Herdegen, § 15, Rz. 1.

⁵²⁰ EuGH, Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37 – Gebhard.

⁵²¹ Herdegen, § 18, Rz. 2.

⁵²² Herdegen, § 15, Rz. 3 mit Hinweis auf: EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37 – Gebhard.

⁵²³ EuGH, Urteil vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rz. 8 – Cassis de Dijon; Herdegen, § 16, Rz. 14ff.

⁵²⁴ Behrens, EuZW 2008, 193.

Die Europäische Union sah sich zu Beginn der 1980er-Jahre durchgängig monopolistischen Strukturen auf dem Gebiet der Telekommunikation gegenüber. Zwischenzeitlich hatte die Erkenntnis zugenommen, dass der Telekommunikationssektor im privaten, erst recht aber auch im unternehmerischen Bereich aufgrund des enormen technischen Fortschritts und eines entsprechenden Bedarfs einen volkswirtschaftlich hohen Stellenwert erhalten würde. Man befürchtete immer mehr, die staatlichen Fernmeldeorganisationen, insbesondere „ein einzelnes mit besonderen und ausschließlichen Rechten ausgestattetes Unternehmen“, könnten diesem Wachstum nicht gerecht werden und das „Innovationspotential bei kommunikations- und informationstechnischen Anwendungen nicht ausschöpfen“.⁵²⁵ Die bisherige Ordnung wurde ebenfalls vom deutschen Gesetzgeber *expressis verbis* als „überholt“ angesehen⁵²⁶; man wertete die europäische Vorgabe, bis zum 1. Januar 1998 die Monopole für den Sprachtelefondienst und die Telekommunikationsnetze aufzuheben, um durch den Wettbewerb das notwendige Wachstum im Telekommunikationssektor zu ermöglichen, als Beleg für die besondere Bedeutung dieses Bereichs für Industrie, Handel, öffentliche Verwaltung aber auch Privathaushalte.⁵²⁷

Das „Grünbuch für die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte“⁵²⁸ der Europäischen Kommission bildete den Ausgangspunkt für einen etappenweisen Abbau der staatlichen Monopole. In ihm legte die Kommission die Grundsätze der künftigen Unionspolitik für die folgenden Teilbereiche der Telekommunikation fest: Endgeräte, Dienste und Netze. Die Telekommunikationsmärkte schlicht für den Wettbewerb zu öffnen, hätte den gewünschten Wettbewerb nicht geschaffen. Die aus den bisherigen Monopolisten hervorgegangenen Telekommunikationsunternehmen hätten ihre Marktbeherrschung nutzen können, jedweden Wettbewerb im Keim zu ersticken. Faktisch verfügten sie alleine über ein flächendeckendes Netz an Leitungen und die für die Leistungserbringung notwendigen technischen Gerätschaften sowie das Personal; sie alleine besaßen landesweite Kundenbindungen; sie alleine waren im Markt etabliert. Sie wären im Falle einer Öffnung des Marktes ohne regulatorische Maßnahmen z.B. nicht verpflichtet gewesen, ihre Netze oder den Teilnehmeranschluss zum Kunden den Wettbewerbern zu wirtschaftlich angemessenen Konditionen zur Mitnutzung zu überlassen. Wollte man einen funktionierenden freien Wettbewerb, musste der Telekommunikationssektor reguliert werden.

Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission zur Regulierung des Telekommunikationssektors ergibt sich nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs aus ihren wettbewerbs-

⁵²⁵ BT-Drs. 13/3609, Begr. zum TKG-E, Allgemeiner Teil, S. 33; Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Strack, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 4.

⁵²⁶ BT-Drs. 13/3609, Begr. zum TKG-E, Allgemeiner Teil, S. 33.

⁵²⁷ BT-Drs. 13/3609, Begr. zum TKG-E, Allgemeiner Teil, S. 33.

⁵²⁸ KOM (87) 290 vom 30.06.1987.

rechtlichen Befugnissen gemäß Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG-Vertrag).⁵²⁹ Die Entscheidung bezog sich zwar auf einen Fall betreffend den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte. Sie hat jedoch einen allgemeingültigen Charakter für die Zuständigkeit der Kommission, denn der Europäische Gerichtshof bejaht in seiner Entscheidung⁵³⁰ ganz allgemein die Befugnis der Kommission nach Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG-Vertrag), insbesondere durch den Erlass von Richtlinien die sich aus Art 106 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag) ergebenden Pflichten der Mitgliedstaaten bezogen auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, zu präzisieren.

Die Kommission bestärkte ihren im Grünbuch zum Ausdruck gebrachten Willen, indem sie mit ihrer „Mitteilung zur Verwirklichung des Grünbuchs bis 1992“⁵³¹ ein Aktionsprogramm zur fortschreitenden Öffnung des Telekommunikationsmarktes für den Wettbewerb auflegte. Dieses Aktionsprogramm, das hier nicht interessierende Mobilfunk-, Funkruf-, Rundfunk- und Fernsehdienste außen vor ließ, fand die Zustimmung des Rates gemäß dessen EntschlieÙung vom 30. Juni 1988.⁵³²

Unter Hinweis auf die Forderungen aus den Richtlinien 90/387/EWG⁵³³ und 90/388/EWG⁵³⁴ nach einer „für 1992 zu erfolgenden Prüfung der Bedingungen, unter denen der Telekommunikationssektor in der Gemeinschaft arbeitet“, betrachtete der Rat in seiner EntschlieÙung vom 22. Juli 1993 als längerfristige Hauptziele der Unionspolitik unter anderem die „Liberalisierung aller öffentlichen Sprachtelefonien“ und „die Ausarbeitung einer künftigen Politik für die Telekommunikationsinfrastruktur auf der Grundlage eines breit angelegten Konsultationsverfahrens im Anschluss an die Veröffentlichung des Grünbuchs über die Infrastruktur“.⁵³⁵ Er forderte die Kommission und die Mitgliedstaaten auf, den insoweit bereits eingeleiteten Prozess fortzusetzen „im Hinblick auf einen umfassenden und kohärenten Rahmen für die Telekommunikationspolitik der Gemeinschaft“ und zwar unter Berücksichtigung der „in der EntschlieÙung vorgesehenen ordnungspolitischen Änderungen

⁵²⁹ EuGH, Urteil vom 19.03.1991, Rs. C-202/88, Slg. 1991, I-1223, Rz. 17 und 21 – Französische Republik ./: Kommission = EuZW 1991, 345, 346.

⁵³⁰ EuGH, Urteil vom 19.03.1991, Rs. C-202/88, Slg. 1991, I-1223, Leitsatz Ziffer 1 und Rz. 23ff. – Französische Republik ./: Kommission = EuZW 1991, 345, 345 und 346f.

⁵³¹ Mitteilung zur Verwirklichung des Grünbuchs bis 1992, KOM (1988), 48 endg.

⁵³² EntschlieÙung des Rates vom 30.06.1988, ABl. C 257 vom 04.10.1988, S. 1ff.

⁵³³ Richtlinie des Rates 90/387/EWG vom 28.06.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision), ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 1ff., hier: Erwägungsgrund Nr. 2.

⁵³⁴ Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff., hier: Erwägungsgrund Nr. 1.

⁵³⁵ EntschlieÙung des Rates vom 22.07.1993 zur Prüfung der Lage im Bereich Telekommunikation und zu den notwendigen künftigen Entwicklungen in diesem Bereich, ABl. 1993, C, 213, 1ff., hier: Ziffern 1 und 4 der „Hauptziele der Gemeinschaftspolitik im Telekommunikationsbereich auf längere Sicht“.

zum Ausbau der Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten“.⁵³⁶ Sodann bestärkte er die Kommission u.a. in ihrer Absicht, vor dem 1. Januar 1995 ein Grünbuch über die künftige Politik im Telekommunikationssektor zu veröffentlichen und vor dem 1. Januar 1996 die notwendigen ordnungspolitischen Änderungen einzuleiten, um eine Vollendung der Liberalisierung der gesamten öffentlichen Sprachtelefonie zum 1. Januar 1998 sicherzustellen.⁵³⁷ In seiner EntschlieÙung stellte der Rat auch einen „allgemeinen Konsens“ unter anderem in den Punkten fest, dass die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes unumgänglich für die Technologie- und Marktentwicklung ist, die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen, insbesondere aus der Richtlinie 90/388/EWG⁵³⁸, schnell und wirksam umgesetzt werden müssen und eine gut ausgebaute Telekommunikationsinfrastruktur für die Benutzer, die Industrie und die gesamte europäische Wirtschaft von Bedeutung ist.⁵³⁹

Die Telekommunikationsinfrastrukturen werden die Fundamente sein, worauf sich die europäische Gesellschaft und Wirtschaft in den kommenden Jahren stützen werden. Diese Infrastrukturen, die es ermöglichen werden, enorme Informationsmengen – versehen mit neuen Diensten und maßgeschneiderten Anwendungsmöglichkeiten – ohne Hindernisse und mit größter Geschwindigkeit in ganz Europa zu bewegen, werden das Rückgrat der europäischen Informationsgesellschaft bilden,

stellte die Kommission in ihrem Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehnetze, Teil 1 fest.⁵⁴⁰

Neben der Liberalisierung, d.h. dem sukzessiven Abbau besonderer oder gar exklusiver Rechte auf dem Gebiet der Telekommunikation, lag das Augenmerk der Kommissionsarbeit in der Folge auf einer Harmonisierung: die rechtlichen Bedingungen für den Bereich der Telekommunikation sollten angeglichen werden. Wesentliches Merkmal der Kommissionspolitik war schließlich auch die Einführung bzw. Gewährleistung eines ausgewogenen und diskriminierungsfreien Wettbewerbs auf Basis des unionsrechtlichen Wettbewerbsregimes.

Nachfolgend sollen einige konkrete Maßnahmen der Kommission bzw. des Europäischen Rates und des Europäischen Parlaments zur Verwirklichung der vorgenannten Ziele dargestellt werden, damit die nationale Ausgleichsregel vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Intention und der nachfolgenden konkreten Maßnahmen ausgelegt und

⁵³⁶ EntschlieÙung des Rates vom 22.07.1993 zur Prüfung der Lage im Bereich Telekommunikation und zu den notwendigen künftigen Entwicklungen in diesem Bereich, ABl. 1993, C, 213, 1ff., hier: „Forderung“.

⁵³⁷ EntschlieÙung des Rates vom 22.07.1993 zur Prüfung der Lage im Bereich Telekommunikation und zu den notwendigen künftigen Entwicklungen in diesem Bereich, ABl. 1993, C, 213, 1ff., hier: Buchstaben a und c der Bestärkungen.

⁵³⁸ Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

⁵³⁹ EntschlieÙung des Rates vom 22.07.1993 zur Prüfung der Lage im Bereich Telekommunikation und zu den notwendigen künftigen Entwicklungen in diesem Bereich, ABl. 1993, C, 213, 1ff., hier: Ziffern 1, 5 und 6 der Feststellungen.

⁵⁴⁰ KOM (1994), 440 endg., vgl. auch: Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 1.

bewertet werden kann. Dabei sind Rat und Parlament nach Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EG-Vertrag) berechtigt, den Binnenmarkt auch durch Rechtsangleichung im Bereich der Telekommunikation zu verwirklichen. Die Befugnisse der Kommission sind oben bereits unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dargestellt worden. Die Entmonopolisierung geschah in vielen einzelnen, zeitlich versetzten Schritten.

Die sog. Endgeräte Richtlinie⁵⁴¹, die durch eine weitere Richtlinie⁵⁴² ergänzt wurde, hatte die Alleinrechte zum Verkauf und Betrieb von Telekommunikationsendgeräten zum Gegenstand. In den Mitgliedstaaten war nicht selten den oft staatlich-monopolistischen Telekommunikationsorganisationen das exklusive Recht eingeräumt, Telefonapparate, Faxgeräte und sonstige telekommunikationsbezogene Endeinrichtungen zu verkaufen und zu betreiben. Damit stand diesen Stellen nicht nur ein weiteres Monopol zur Seite, mit dessen Hilfe sie insbesondere erheblichen Einfluss auf die Bezugs- sowie die Endpreise derartiger Geräte besaßen. Sie hatten aufgrund ihrer Monopolstellung auch starken Einfluss darauf, welche Endgeräte überhaupt auf den Endverbrauchermarkt gelangten. Sie bestimmten so entscheidend über Innovationen auch im Bereich der Telekommunikationsendgeräte – ein Zustand, der Innovationen im Interesse der Verbraucher nicht immer förderlich war, wie die positive Entwicklung nach Wegfall dieses Monopols zeigt. Die Telefon-, Fax- und Kombinationsgeräte wurden vielfältiger und verfügten insbesondere oft über neue Eigenschaften und Funktionen, die man heute als Standard begreift, deren massenhaftes und flächendeckendes Angebot zu erschwinglichen Preisen bei einem Festhalten an der monopolistischen Struktur jedoch nicht zu erwarten gewesen wäre.

Mit der Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste⁵⁴³ setzte die Kommission ihre Liberalisierungspolitik fort, indem sie die Monopole (in einem ersten Schritt) auf den Sprachtelefondienst⁵⁴⁴ und bei genauer Betrachtung auch für den Bereich der Netze⁵⁴⁵ beschränkte, im Übrigen aber eine Öffnung des Marktes vorsah. Diese Richtlinie wurde in der Folgezeit verschiedentlich geändert und ergänzt. So wurden mit der

⁵⁴¹ Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16.05.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsendgeräte, ABl. L 131 vom 27.05.1988, S. 73ff.; hierzu EuGH in EuZW 1991, 345.

⁵⁴² Richtlinie 91/263/EWG des Rates vom 29.04.1991 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Telekommunikationsendeinrichtungen einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität, ABl. L 128 vom 23.05.1991, S. 1ff.

⁵⁴³ Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

⁵⁴⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsleistungen, nach dem die „besonderen und ausschließlichen Rechte bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes zu beseitigen sind; ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

⁵⁴⁵ Rückschluss aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsleistungen), wonach die Mitgliedstaaten, „die für die Errichtung und Nutzung der öffentlichen Netze die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte aufrechterhalten“, verpflichtet sind, einen chancengleichen Netzzugang zu gewähren; ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

Kabelrichtlinie⁵⁴⁶ die Kabelfernsehnetze für die Telekommunikationsdienste ohne den Sprachtelefondienst für den Wettbewerb geöffnet; die Kabelrichtlinie wurde im Jahre 1999 durch eine weitere Richtlinie der Kommission⁵⁴⁷ in ihrem wettbewerbsfördernden Charakter verstärkt. Die Wettbewerbsrichtlinie 96/19/EG⁵⁴⁸ schuf schließlich die Basis für die Einführung des vollständigen Wettbewerbs in allen Telekommunikationsmärkten, also auch im Bereich der Sprachtelefonie. Hierin liegt der entscheidende Schritt hin zu einer vollständigen Öffnung des Telekommunikationsbereichs in einem gemeinsamen, offenen und von Wettbewerbsverzerrungen freien Markt, wie es dem in ex-Art. 3 Abs. 1 lit. g EG-Vertrag normierten und nach dem AEUV weiterhin geltenden⁵⁴⁹ Unionsziel entspricht.⁵⁵⁰

Bezogen auf den hier interessierenden Bereich der Wegerechte gilt insbesondere:

Zunächst wurde die sog. Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG erlassen, deren Artikel 2 Abs. 1 bestimmt, dass die „Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass jedes Unternehmen berechtigt ist, die in Absatz 1 genannten Telekommunikationsdienste bereitzustellen und die dort genannten Telekommunikationsnetze zu errichten und bereitzustellen.“⁵⁵¹ Diese Richtlinie war insoweit ausweislich ihres Art. 2 Abs. 3 bis zum 31. Dezember 1990 umzusetzen. Die ursprüngliche Fassung, die ganz allgemein unter Einbeziehung des Art. 1 von der Errichtung und Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze sprach, enthielt also hinsichtlich der hier in Rede stehenden Wegerechte noch keinen unbedingten und klar gefassten Auftrag, diese Wegerechte denjenigen nachzubilden, wie sie bisher den Fernmeldeorganisationen eingeräumt waren. Diesen Inhalt hat sie erst durch den gemäß Art. 1 Ziffer 6 der Richtlinie 96/19/EG eingefügten Art. 4 lit. d erhalten, der am zwanzigsten Tage nach der Veröffentlichung der letztgenannten Richtlinie am 22. März 1996 im Amtsblatt wirksam wurde und innerhalb von neun Monaten nach dem Inkrafttreten umzusetzen war.⁵⁵²

⁵⁴⁶ Richtlinie 95/51/EG der Kommission vom 18.10.1995 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehnetzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABl. L 256 vom 25.10.1995, S. 49ff.

⁵⁴⁷ Richtlinie 99/64/EG der Kommission vom 23.06.1999 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG im Hinblick auf die Organisation ein und demselben Betreiber gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehnetze in rechtlich getrennten Einheiten, ABl. L 175 vom 10.07.1999, S. 39ff.; vgl. hierzu Bartosch, K&R 1998, 339ff.; Esser-Wellié / Hufnagel, AfP 1998, 174, 176f.

⁵⁴⁸ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

⁵⁴⁹ Behrens, EuZW 2008, 193.

⁵⁵⁰ Vgl. Teil I A I 1.

⁵⁵¹ Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

⁵⁵² Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff., hier: Art. 1 Ziffer 6 und Art. 2.

Nach Artikel 4 lit. d Absatz 1 der geänderten Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG „dürfen die Mitgliedstaaten Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der Erteilung von Wegerechten für die Bereitstellung solcher Netze nicht diskriminieren.“⁵⁵³

Die Förderung der Errichtung alternativer Netze neben den seit Jahrzehnten bestehenden Netzen der in der Regel – so auch in der Bundesrepublik Deutschland – vormals staatlichen und monopolistischen Fernmeldeorganisationen⁵⁵⁴ war ein wesentlicher Zweck der vorgenannten Richtlinie. Zur möglichst zeitnahen Umsetzung dieses Zieles war es erforderlich, den neu in den Telekommunikationsmarkt eintretenden Betreibern Zugang zu den Verkehrswegen, wie auch den öffentlichen oder privaten sonstigen Grundstücken zum Zwecke der Netzerrichtung einzuräumen, wie dies zuvor in der Bundesrepublik Deutschland nur der staatlichen Fernmeldeorganisation vorbehalten gewesen war.⁵⁵⁵

Während die Richtlinie 90/388/EWG in ihrer ursprünglichen Fassung diesen Ansatz, dieses Ziel, noch recht allgemein formulierte, konkretisierte die Kommission den wettbewerbsfördernden Anspruch durch die Richtlinie 96/19/EG⁵⁵⁶. Der Wettbewerb wurde insgesamt verstärkt, insbesondere aber auch konkret im Rahmen der Wegerechte. In Ziffer 23 der Erwägungsgründe heißt es wörtlich:

Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen benötigen Zugang zu öffentlichem und privatem Grundbesitz, um Anlagen zu errichten, die erforderlich sind, um die Endnutzer zu erreichen. Die Telekommunikationsorganisationen genießen in vielen Mitgliedstaaten gesetzliche Privilegien, ihr Netz auf öffentlichem oder privatem Grund zu errichten, und zwar ohne Entgelt oder zu einem Entgelt, das lediglich die entstandenen Kosten ausgleicht. Wenn die Mitgliedstaaten neu lizenzierten Betreibern nicht vergleichbare Möglichkeiten zum Ausbau ihrer Netze einräumen, würde dies zu Verzögerungen führen und in manchen Gebieten der – zielwidrigen – Beibehaltung ausschließlicher Rechte zugunsten der Telekommunikationsorganisationen gleichkommen.⁵⁵⁷

⁵⁵³ Vgl. die Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff., hier: Art. 1 Ziffer 6.

⁵⁵⁴ Vgl. zum Begriff der „Fernmeldeorganisationen“ Art 1, Abs. 1, 1. Spiegelstrich der Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

⁵⁵⁵ Vgl. auch: Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 57.

⁵⁵⁶ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

⁵⁵⁷ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

Artikel 4 lit. d der geänderten bzw. insoweit ergänzten Richtlinie bestimmt sodann folgerichtig weiter:

Die Mitgliedstaaten dürfen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der Erteilung von Wegerechten für die Bereitstellung solcher Netze nicht diskriminieren. Soweit die Einräumung zusätzlicher Wegerechte an Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze bereitstellen wollen, aufgrund einschlägiger grundlegender Anforderungen nicht möglich ist, müssen die Mitgliedstaaten den Zugang zu bestehenden Einrichtungen, für die Wegerechte erteilt wurden und neben denen zusätzliche Einrichtungen nicht errichtet werden können, zu angemessenen Bedingungen sicherstellen.⁵⁵⁸

Die Richtlinie 96/19/EG ging bereits nach ihrer Bezeichnung über die Richtlinie 90/388/EWG hinaus und bezweckte die Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten zum 1. August 1996 bzw. für den Bereich des Sprach-Telefondienstes zum 1. Januar 1998.

Im Rahmen der Wegerechte, hier über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind, verlangt die Kommission in ihrer Richtlinie 96/19/EG spätestens neun Monate nach Inkrafttreten, also bis zum 19. Januar 1997, von den Mitgliedstaaten eine nicht diskriminierende Ausgestaltung der Wegerechte für die Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen. Unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes Nr. 23 müssen die Mitgliedstaaten den Anbietern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen den Zugang zu privatem Grundbesitz zum Zwecke der Errichtung ihres Netzes mithin zu denselben Konditionen einräumen, wie den Telekommunikationsorganisationen. Dies sind in der Terminologie der Wettbewerbsrichtlinien „staatliche oder private Einrichtungen einschließlich von ihnen kontrollierter Unternehmen, denen ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte zur Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten gewährt“ – so die Ausgangsdefinition des vormaligen Begriffs „Fernmeldeorganisationen“⁵⁵⁹. Für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland ist dies die Deutsche Telekom AG mit ihren Rechtsvorgängern.

Die Kommission berücksichtigte in ihrer Richtlinie ausweislich ihrer Erwägungsgründe durchaus den Umstand, nach dem diesen Telekommunikationsorganisationen in den Mitgliedstaaten ein solcher Zugang entgeltfrei oder nur gegen ein die Errichtungskosten deckendes Entgelt eingeräumt war. Sie berücksichtigte darin ferner, dass solche Nutzungsrechte in vielen Mitgliedstaaten, so auch in der Bundesrepublik Deutschland, bis dahin nur

⁵⁵⁸ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

⁵⁵⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1, 1. Spiegelstrich der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

den vormals staatlichen Fernmeldeorganisationen vorbehalten waren. Diese ausschließlichen Rechte standen den Zielen der Wettbewerbsrichtlinie diametral entgegen; das vorzitierte Diskriminierungsverbot war verletzt. Nach Maßgabe der Richtlinie darf die Einräumung von Wegerechten für neue Wettbewerber nur ausnahmsweise eingeschränkt werden.⁵⁶⁰

Im Folgenden wird zu prüfen sein, wie das Wegerecht in der Bundesrepublik Deutschland gestaltet war und wie es sich nach der Liberalisierung des Marktes darstellt:

Bezogen auf das Bundesgebiet ist der Blick auf die bis zum 31. Juli 1996 noch gültige Bestimmung des § 10 TWG zu lenken.⁵⁶¹ Danach war die Deutsche Telekom AG (in der Gesetzesfassung noch „Deutsche Bundespost TELEKOM“ genannt) befugt, Fernmeldelinien durch den Luftraum über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, mithin also auch über privaten Grund, zu führen, solange dadurch nicht die Nutzung des Grundstücks nach den zur Zeit der Herstellung der Anlage bestehenden Verhältnissen wesentlich beeinträchtigt wird. Diese Nutzung war gestattet, ohne dass dem betroffenen Grundeigentümer ein irgendgearteter Ausgleichsanspruch zugestanden hätte.

Hieraus lässt sich die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland herleiten, in Umsetzung der vorerwähnten Wettbewerbsrichtlinien auch den neu in den Markt tretenden Telekommunikationsanbietern für die Errichtung ihres Netzes eine dem § 10 TWG entsprechende ausgleichsfreie Nutzung einzuräumen. Es stehen keine ausreichenden Gründe entgegen, zumal die betroffenen Grundstückseigentümer nach dem Telegraphenwegegesetz schon über mehr als ein Jahrhundert hinweg mit der ausgleichsfreien telekommunikationsmäßigen Inanspruchnahme von Leitungen, die über Grundstück geführt wurden, rechnen mussten bzw. hiervon bereits – teilweise schon über viele Jahrzehnte – konkret betroffen waren.⁵⁶²

Das Unionsrecht verbietet *expressis verbis* eine Unterscheidung bzw. Ungleichbehandlung des (früher staatlich-monopolistischen und nun) marktbeherrschenden Unternehmens einerseits und der neu in den Markt tretenden Unternehmen andererseits. Berücksichtigt man die faktische Situation zu Beginn der Marktöffnung und wendet man seinen Blick auf das schon bestehende Netz des ehemaligen Monopolisten, das diesem ohne eine Ausgleichspflicht zur Verfügung stand und steht, so kann dem unionsrechtlichen Gebot nur durch die Schaffung einer dem § 10 TWG nachgebildeten Regelung entsprochen werden.

⁵⁶⁰ Vgl. auch: Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 57

⁵⁶¹ Das TWG ist gemäß § 100 Abs. 3 TKG (1996) am Tage nach der Verkündung des TKG (1996) am 31.07.1996, also am 01.08.1996, außer Kraft getreten.

⁵⁶² Vgl. zur Situation der Wegerechte bei Verkehrsflächen: BVerfG, Beschluss vom 07.01.1999, 2 BvR 929/97, www.bverfg.de/entscheidungen/rk19990107_2bvr092997.

Eine nachträgliche Ausgleichsverpflichtung für das bereits bestehende Netz der vormaligen Fernmeldeorganisation scheidet aus verfassungsrechtlichen Gründen wegen des Verbots der Rückwirkung aus, so dass nur der Weg über eine Normierung nach Maßgabe des § 10 TWG bleibt.

Dieses Ergebnis entspricht der eigenen Auslegungsmethodik, wie sie vom Europäischen Gerichtshof, der nach Art. 19 AEUV (ex-Art. 220 EG-Vertrag) für die Auslegung maßgeblicher Interpret des Unionsrechts ist, in seiner langjährigen Spruchpraxis entwickelt worden ist⁵⁶³, die für das primäre wie auch das sekundäre Unionsrecht zu beachten ist und die sich von den allgemeinen Interpretationsgrundsätzen völkerrechtlicher Verträge losgelöst hat.⁵⁶⁴

Der Europäische Gerichtshof begreift sein Recht zur Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung von Art. 344 AEUV (ex-Art. 292 EG-Vertrag) im Sinne einer ausschließlichen Zuständigkeit⁵⁶⁵; man spricht teilweise auch von einem „Auslegungsmonopol“⁵⁶⁶ des Europäischen Gerichtshofs. Soweit man sich gegen ein solches Interpretationsmonopol mit der Begründung wendet, dass beispielsweise den nationalen Gerichten damit jegliche Interpretation des AEUV etwa bei der Frage, ob eine für den Rechtsstreit maßgebliche nationale Norm unionsrechtskonform ist, verboten sei,⁵⁶⁷ ist die Kritik nicht gerechtfertigt. Der Begriff des „Auslegungsmonopols“ wird dabei unzutreffend interpretiert. Legte man den Begriff in der vorgenannten Weise aus, widerspräche dies – neben verfassungsrechtlichen Bedenken – in der Tat der Vorlegungsmöglichkeit oder gar Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag). Die Vorlegungsmöglichkeit wie auch die Vorlagepflicht setzen schon nach dem Wortlaut des Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) voraus, dass das nationale Gericht Zweifel an der Unionsrechtskonformität der nationalen Norm hat; es muss sich also zwingend mit der Frage der Auslegung des Unionsrechts einschließlich des AEUV auseinandersetzen, um überhaupt erst entscheiden zu können, ob eine Vorlage in Betracht kommt. Das „Auslegungsmonopol“ hat eine andere Bedeutung und wird auch vom Europäischen Gerichtshof anders verstanden: Der Gerichtshof ist maßgeblicher Interpret des Unionsrechts; daher ist seine Auslegung desselben von den übrigen Gerichten und Einrichtungen zu beachten; ein Abweichen ist danach ausgeschlossen. Dies ermöglicht bzw. fordert sogar bei entsprechenden Fällen eine wertende Auseinandersetzung nationaler Gerichte mit der Auslegung von Unionsrecht.

⁵⁶³ Oppermann, § 8, Rz. 18; Herdegen, § 9, Rz. 74; vgl. insgesamt zur Auslegung durch den EuGH: Schröder, JuS 2004, 180ff.

⁵⁶⁴ Herdegen, § 9, Rz. 74.

⁵⁶⁵ EuGH, Gutachten des Gerichtshofes vom 14.12.1991, Gutachten 1/91; Slg. 1991, I-6079, Rz. 38f.

⁵⁶⁶ Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 220 EGV, Rz. 27ff.

⁵⁶⁷ Schroeder, JuS 2004, 180, 181.

So geht auch das Bundesverfassungsgericht zutreffend von einem Auslegungsrecht im vorgenannten Sinne aus, wenn es formuliert, die Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof werde offensichtlich unhaltbar verletzt, wenn sie grundsätzlich verkannt wird, wenn bewusst von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abweicht oder wenn das Unionsrecht in unvertretbarer Art und Weise ausgelegt wird.⁵⁶⁸

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist das sekundäre Recht stets so auszulegen, dass es mit dem höherrangigen⁵⁶⁹ Primärrecht vereinbar ist.⁵⁷⁰

Die Auslegung orientiert sich in erster Linie⁵⁷¹ am Wortlaut, d.h. die Bestimmung ist zunächst aus sich selbst heraus unter Zugrundelegung des Wortsinnes im unmittelbaren Satzzusammenhang zu werten. Ergibt sich auf diese Weise aufgrund eines klaren Wortlauts eine eindeutige Wertung, kommen die weiteren Auslegungsprinzipien nicht mehr zur Anwendung.⁵⁷² Bei der Ermittlung des Wortsinnes ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich um unionsrechtliche Wortbedeutungen handelt. Bleiben bei der wörtlichen Auslegung jedoch verschiedene Möglichkeiten, ist die in Rede stehende Norm aus der Systematik des Vertrages her zu betrachten und auszulegen.⁵⁷³ Dabei stellt der Europäische Gerichtshof oft auf „allgemeine Grundsätze“ in den Verträgen ab, insbesondere also die Prinzipien der Gleichheit, Freiheit, Solidarität und Einheit der Verträge. Er greift auch gerne auf die Methode der Rechtsvergleichung zurück; dies in zweierlei Weise: Zum vergleicht er die Verträge untereinander; zum anderen aber wertet er die Vergleiche mit und zwischen den nationalen Rechtsordnungen.⁵⁷⁴ Führt auch diese Auslegungsmethode zu keinem oder keinem eindeutigen Ergebnis, kommt die teleologische Auslegung zum Zuge. Bei ihr wird auf den Sinn und Zweck der in Betracht kommenden unionsrechtlichen Bestimmung(en) abgestellt.⁵⁷⁵ In diesem Bereich hat sich in ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Beachtung spezieller Grundsätze des Unionsrechts herausgebildet. Man spricht auch von einer teleologischen Interpretation im Lichte „des Geistes der Verträge“⁵⁷⁶. So sind nach dem Effektivitätsgrundsatz, *effet utile*, bei der Auslegung unionsrechtlicher Normen die Vertragsziele zu beachten, d.h. die Regelung ist so auszulegen, dass sie

⁵⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990, 2 BvL 12, 13/88; 2 BvR 1436/87, Gründe C II (Abs. 137), BVerfGE 82, 159, 195f.; BVerfG, Beschluss vom 09.01.2001, 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267, 1268; BVerfG, Beschluss vom 14.10.1998, 2 BvR 588/98, NVwZ 99, 293, 293; BVerfG; so auch: Pieroth, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 101, Rz. 12.

⁵⁶⁹ EuGH, Urteil vom 13.12.1983, Rs. 218/82, Slg. 1983, 4063, Rz. 15 – Kommission ./ Abkommen von Lome; st. Rspr. des EuGH.

⁵⁷⁰ EuGH, Urteil vom 21.03.1991, Rs C-314/89, Slg. 1991, I-1647, Rz.17 – Rauh; vgl. insgesamt zur Auslegungsmethodik des EuGH: Oppermann, § 8, Rz. 18ff.

⁵⁷¹ Vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 744.

⁵⁷² EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 79/77, Slg. 1978, 611, Rz. 6 – Kühlhaus Zentrum AG; st. Rspr. des EuGH.

⁵⁷³ EuGH, Urteil vom 12.05.1964, Rs. 101/63, Slg. 1964, 419, 432 – Wagner; st. Rspr. des EuGH.

⁵⁷⁴ EuGH, Urteil vom 12.05.1964, Rs. 101/63, Slg. 1964, 419, 432 – Wagner; st. Rspr. des EuGH.

⁵⁷⁵ EuGH, Urteil vom 24.02.2000, C-434/97, Slg. 2000, I-1129, Rz. 22 – Franz. Republik; st. Rspr. des EuGH.

⁵⁷⁶ EuGH, Urteil vom 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 27 – van Gend & Loos; vgl. auch Herdegen, § 9, Rz. 74.

„ergiebig“ oder „von größerer Nutzwirkung“ im Sinne der Vertragsziele ist.⁵⁷⁷ Gemäß Art. 5 AEUV (ex-Art. 5 EG-Vertrag) ist bei der Frage nach dem Sinn und Zweck einer Unionsnorm stets Obacht auf die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität zu legen. Eine eher geringe Bedeutung hat sodann die historische Auslegung; in Einzelfällen gelangt jedoch auch sie zur Anwendung.⁵⁷⁸ Schließlich spielt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts eine Rolle.⁵⁷⁹

Neben dieser Auslegungsmethodik ist bei der Frage der Unionsrechtskonformität der Ausgleichspflichtregelung auch und insbesondere das europäische Wettbewerbsrecht zu beachten. Die europäischen Wettbewerbsregeln gelten grundsätzlich für alle Bereiche der Wirtschaft, sofern sie nicht durch den Vertrag oder nachrangiges Recht davon befreit sind, so etwa der Bereich der Landwirtschaft. Für den hier interessierenden Sektor der Telekommunikation ist die volle Geltung des europäischen Wettbewerbsrechts gegeben. Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG-Vertrag) bestimmt die Geltung der Wettbewerbsvorschriften der Art. 101 bis 109 AEUV (ex-Art. 81 bis 89 EG-Vertrag) und das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EG-Vertrag) für alle Unternehmen also auch solche, denen die Mitgliedstaaten besondere oder gar ausschließliche Rechte gewähren oder für öffentliche Unternehmen im Sinne des AEUV.

Bezogen auf die hier in Rede stehende Richtlinie haben die Mitgliedstaaten nach dem Wortlaut derselben die Pflicht, innerhalb der Umsetzungsfrist den Anbietern öffentlicher Telekommunikationsnetze Wegerechte einzuräumen, die mit den der bisherigen Telekommunikationsorganisation bislang gewährten Rechten vergleichbar sind. Der Richtlinienentwurf gibt eine nicht diskriminierende Behandlung der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der „Erteilung“ von Wegerechten vor. Die Verpflichtung zu einer entsprechenden, vergleichbaren Ausgestaltung gilt im Grundsatz; nur bei „grundlegenden“ Hindernissen kann davon abgesehen werden mit der Maßgabe, sodann den Betreibern in diesen Fällen zu angemessenen Bedingungen den Zugang zu bereits bestehenden, auf eingeräumten Wegerechten basierenden Einrichtungen zu gewähren. Grundlegende Hindernisse bestehen nicht. Insbesondere bestehen, wie nachfolgend⁵⁸⁰ ausführlich dargestellt werden wird, keine verfassungsrechtlichen Hinderungsgründe, eine dem § 10 TWG entsprechende Regelung für alle Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu schaffen. Diese Verpflichtung ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Richtlinienbestimmung. Der Erwägungsgrund Nr. 23 zur Richtlinie 96/19/EG stellt *expressis*

⁵⁷⁷ EuGH, Urteil vom 29.11.1956, Rs. 8/55, Slg. 1956, 297, 311 – Fédération Charbonnière de Belgique ./ Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl; st. Rspr. des EuGH.

⁵⁷⁸ EuGH, Urteil vom 01.06.1961, Rs. 15/60, Slg. 1961, 241, 261 – Simon.

⁵⁷⁹ EuGH, Urteil vom 10.01.1980, Rs. 69/79, Slg. 1980, 75, Rz. 6 – Jordens-Vosters.

⁵⁸⁰ Vgl. Teil II D IV 1 c (3).

verbis die konkrete Verbindung zu den für die jeweilige Telekommunikationsorganisation auf nationaler Ebene bestehenden Wegerechten her. Diese sind Maßstab und Leitlinie für die für alle Betreiber neu zu schaffenden Regelungen. Aus dem Erwägungsgrund wird im Übrigen deutlich, dass mit dem Begriff der „Erteilung“ von Wegerechten nicht etwa nur Verwaltungsverfahren gemeint sind, vielmehr ein auch und insbesondere die Legislative einschließender Inhalt gewollt ist. Die Mitgliedstaaten sind zuvorderst zur entsprechenden Gesetzgebung angehalten.

Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen einer am höherrangigen AEUV orientierten Auslegung, wird so das in ex-Art. 3 lit. g EG-Vertrag normierte und im Rahmen des AEUV weiterhin geltende⁵⁸¹ Unionsziel beachtet, ein System zu schaffen, das den Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt.⁵⁸² Wie oben bereits ausgeführt, würde eine gegenüber den bisher national geltenden Wegerechten einschränkende Ausgestaltung derselben nicht nur zu einer Schlechterstellung der neuen Wettbewerber führen; vielmehr hätte dies eine Verfestigung des erheblichen Marktvorsprungs der bisherigen Telekommunikationsorganisation zur Folge. Der Wettbewerb wäre nicht nur deutlich erschwert; er wäre auch verfälscht. Eine gegenteilige Auslegung widerspräche schließlich dem Effektivitätsgrundsatz, wonach eine Richtlinie so auszulegen ist, dass sie ergiebig und von größtmöglicher Nutzwirkung für die Vertragsziele ist, hier des Ziel, ein Wettbewerbssystem zu schaffen, das den Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt.⁵⁸³ In diesem Zusammenhang ist an die oben⁵⁸⁴ dargestellte BUG-Alutechnik-Entscheidung⁵⁸⁵ des Europäischen Gerichtshofs zu erinnern, wonach bei Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung sogar der Vertrauensschutz in den Bestand einer Beihilfegewährung eingeschränkt ist.

Lediglich zur Abrundung sei erwähnt, dass neben der geschilderten Liberalisierung auf Unionsebene parallel Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften ergriffen wurden. In diesem Zusammenhang sind die ONP-Richtlinie⁵⁸⁶ sowie die Verordnung zur Entbündelung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss⁵⁸⁷ zu nennen.

⁵⁸¹ Behrens, EuZW 2008, 193.

⁵⁸² Vgl. Teil I A I 1.

⁵⁸³ Vgl. Teil I A I 1 c.

⁵⁸⁴ Vgl. Teil I A II 2 a.

⁵⁸⁵ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 – BUG-Alutechnik = NVwZ 1990, 1161ff.

⁵⁸⁶ Richtlinie des Rates 90/387/EWG vom 28.06.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision), ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 1ff.

⁵⁸⁷ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4ff.

II) Rechtsrahmen 2002

Mit dem 1. Januar 1998 waren die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes in den Mitgliedstaaten fast vollständig geschaffen. Nach Vorliegen des sog. Kommunikationsberichts 1999⁵⁸⁸ wurde auf Unionsebene ein neuer Rechtsrahmen für den Bereich der Telekommunikation entwickelt. Der bereits bestehende Wettbewerb sollte nun gesichert werden.

Der Rat beschloss am 16. Oktober 2000, den Wirtschafts- und Sozialausschuss gemäß Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EG-Vertrag) um eine Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zu ersuchen.⁵⁸⁹ In seiner Stellungnahme⁵⁹⁰ hob der Ausschuss hervor, mit dem derzeitigen Rechtsrahmen seien zwar die Bedingungen für einen effizienten Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt in der Phase des Übergangs vom Monopolbetrieb zum vollständigen Wettbewerb geschaffen, jedoch müsse der neue Rechtsrahmen darauf ausgerichtet sein, einen offenen und konkurrenzfähigen Markt zu fördern und auf Dauer zu gewährleisten.⁵⁹¹ Er führte sodann aus, die Kommission stütze ihren Vorschlag zur Schaffung des neuen Rechtsrahmens unter anderem auf den Kommunikationsbericht 1999⁵⁹² und die Ergebnisse⁵⁹³ der öffentlichen Anhörung zum selbigen; danach formuliere der neue Rechtsrahmen entsprechend seinem Zweck und Geltungsbereich einheitliche Bedingungen für alle elektronischen Kommunikationsnetze und begründe die Pflicht der nationalen Regulierungsbehörden (und damit der Mitgliedstaaten), zu einem offenen und wettbewerbsorientierten Markt beizutragen.⁵⁹⁴ Unter Hinweis auf seine

⁵⁸⁸ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999), 539 endg., vom 10.11.1999.

⁵⁸⁹ Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ vom 24./25.01.2001, ABl. C 123 vom 25.04.2001, S. 56ff., 56, vor der Einleitung.

⁵⁹⁰ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ vom 24./25.01.2001, ABl. C 123 vom 25.04.2001, S. 56ff.

⁵⁹¹ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ vom 24./25.01.2001, ABl. C 123 vom 25.04.2001, S. 56ff., Ziffer 1.2.

⁵⁹² „Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – Kommunikationsbericht 1999, KOM (1999), 539 endg., vom 10.11.1999.

⁵⁹³ Mitteilung der Kommission – Die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung zum Kommunikationsbericht 1999 und Leitlinien für den neuen Rechtsrahmen, KOM (2000), 239 endg.

⁵⁹⁴ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ vom 24./25.01.2001, ABl. C 123 vom 25.04.2001, S. 56ff., Ziffern 2.1.2 und 2.4.

vorangegangenen Stellungnahmen^{595 596}, in denen er den Vorschlag für einen neuen Rechtsrahmen unterbreitete und insbesondere die Absicht kundtat, einen offenen und wettbewerbsorientierten europäischen Markt zu fördern und aufrechtzuerhalten, stellte er zustimmend fest, die Kommission habe beim vorgeschlagenen Rechtsrahmen diese Umstände berücksichtigt.⁵⁹⁷

Die Kommission untermauerte ihr Bestreben, mit dem aus fünf Richtlinien bestehenden neuen Rechtsrahmen den „Wettbewerb in allen Marktsegmenten (ergänze: der elektronischen Kommunikation) zu intensivieren“.⁵⁹⁸ Dieses Ziel wurde auch vom Europäischen Parlament sowie vom Rat verfolgt. Die vom Europäischen Parlament durch Beschluss vom 12. Dezember 2001 eingebrachten und der genannten Stellungnahme der Kommission zugrunde liegenden Änderungen zur Rahmenrichtlinie wurden von der Kommission letztlich akzeptiert.⁵⁹⁹ Diese Änderungen schränken den vorgenannten Zweck jedoch nicht ein, sondern verstärken ihn noch.⁶⁰⁰

Vor diesem Hintergrund ist die Wettbewerbsrichtlinie⁶⁰¹ zu verstehen, mit der die Kommission auf der insbesondere aufgrund der Richtlinie 90/388/EWG einschließlich der Änderung gemäß Richtlinie 96/19/EG bisher erreichten Liberalisierung aufbauend einen neuen Rahmen für den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste schuf. Dass sie dabei die bisher erreichten Ziele nicht aufgeben oder auch nur

⁵⁹⁵Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der „Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für Elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – Kommunikationsbericht 1999“ ABl. C 204 vom 18.07.2000, 6ff.

⁵⁹⁶Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“, ABl. C 14 vom 16.01.2001, 56.

⁵⁹⁷Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ vom 24./25.01.2001, ABl. C 123 vom 25.04.2001, S. 56ff., Ziffern 3.2 bis 3.3.

⁵⁹⁸Stellungnahme der Kommission gemäß Art. 251 Abs. 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zur Änderung des Vorschlages der Kommission gemäß Art. 250 Absatz 2 EG-Vertrag, KOM 2002/0078 endg., Ziffer 2.

⁵⁹⁹Stellungnahme der Kommission gemäß Art. 251 Abs. 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zur Änderung des Vorschlages der Kommission gemäß Art. 250 Absatz 2 EG-Vertrag, KOM 2002/0078 endg., Ziffer 5.

⁶⁰⁰Stellungnahme der Kommission gemäß Art. 251 Abs. 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zur Änderung des Vorschlages der Kommission gemäß Art. 250 Absatz 2 EG-Vertrag, KOM 2002/0078 endg.

⁶⁰¹ Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.09.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Wettbewerbsrichtlinie) vom 17.09.2002, ABl. L 249, S. 21ff.

gefährden wollte, ergibt sich aus dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinie. Danach gilt diese Richtlinie

unbeschadet der Verpflichtung der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den in Anhang I, Teil B genannten Fristen zur Umsetzung der früheren Richtlinien.

Die bezogene Liste enthält insbesondere die vormalige Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG mit der Umsetzungsfrist des 31. Dezember 1990.⁶⁰² Die später eingeführte Bestimmung des Art. 4 lit. d war bis zum 19. Januar 1997 seitens der Mitgliedstaaten umzusetzen.⁶⁰³

Begleitet wurde diese Liberalisierungsrichtlinie von fünf Harmonisierungsrichtlinien: Zuvorderst ist hier die sog. Rahmenrichtlinie⁶⁰⁴ zu nennen, in der alle Ziele der Regulierung genannt sind und aus der die maßgeblichen Eckpfeiler des unionsrechtlichen Telekommunikationsrechts hervorgehen; sie kann auch als allgemeiner Teil des Richtlinienpakets bezeichnet werden, deren in Art. 8 normierten Ziele der Regulierung im Rahmen aller Einzelrichtlinien zu beachten sind.⁶⁰⁵ Nach Art. 8 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie haben die nationalen Regulierungsbehörden den Wettbewerb bei der Bereitstellung von elektronischem Kommunikationsnetzen und -diensten sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste zu fördern, insbesondere durch die Gewährleistung, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen gibt. Die weiteren, in den Absätzen 3 und 4 genannten Ziele sind vorliegend nicht von Bedeutung; sie beziehen sich auf die Entwicklung des Binnenmarktes bzw. das Interesse der Bürger der Europäischen Union. Die Zielrichtung, den Wettbewerb zu schaffen, soweit er noch nicht vorhanden ist, ergibt sich beispielsweise auch bei einem Blick auf den 27. Erwägungsgrund; im Zusammenhang mit Vorabverpflichtungen haben die nationalen Regulierungsbehörden nach Maßgabe der Leitlinien der Kommission zu prüfen, ob auf einem bestimmten (im Sinne von: bestimmt definierten) Markt ein wirksamer Wettbewerb vorliegt oder ein bzw. mehrere Unternehmen eine beträchtliche Marktmacht besitzen. Im letztgenannten Falle sind sie zum Erlass von Vorabverpflichtungen gemäß Art. seinen Absätzen 1 und 2 folgerichtig das entsprechende Marktanalyseverfahren.⁶⁰⁶

⁶⁰² Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.09.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Wettbewerbsrichtlinie) vom 17.09.2002, ABl. L 249, S. 21ff., hier 15. Erwägungsgrund sowie Anhang I, Teil B.

⁶⁰³ Vgl. Teil II A I.

⁶⁰⁴ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff.

⁶⁰⁵ Husch/Kemmler/Ohlenburg, MMR 2003, 139, 139.

⁶⁰⁶ Richtlinie 2002/21/EG der Kommission vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff., Art. 16 Abs. 1 und 2.

Wenngleich Art. 11 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie nach seinem Wortlaut und der in Art. 1 dargelegten Zielrichtung der Richtlinie die nationalen Regulierungsbehörden und damit das dortige Verfahren für die Gewährung von Wegerechten im Auge hat, belegt diese Bestimmung aber zugleich den erkennbar hohen Stellenwert, den der europäische Richtliniengeber nach wie vor den Wegerechten im Telekommunikationssektor beimisst. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass sich die Richtlinie gemäß ihrem 22. Erwägungsgrund nicht darauf bezieht, ob ein Grundstück überhaupt im Sinne eines telekommunikationsrechtlichen Wegerechts in Anspruch genommen werden darf.⁶⁰⁷

Die sog. Genehmigungsrichtlinie⁶⁰⁸ verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Tätigkeit auf dem Telekommunikationssektor nicht mehr von Einzelgenehmigungen, genau genommen Erlaubnissen, abhängig zu machen; vielmehr soll eine bloße Anzeige der Tätigkeit genügen. Lediglich bei sog. „knappen Ressourcen“, wie beispielsweise der Zuteilung von Nummern und Frequenzen, sind förmliche Genehmigungsverfahren weiterhin zulässig. Damit ist ein weiterer Schritt für eine Wettbewerbssteigerung getan: Die Markteintrittsschwelle ist gesenkt, die Aufnahme einer Tätigkeit im Bereich der öffentlichen Telekommunikation ist nun gegenüber dem bisherigen Status bei weitem kostengünstiger und ohne streng formalisierte Verfahren möglich.

Zeitgleich wurde die Universaldienstrichtlinie⁶⁰⁹ erlassen. Ihr wesentliches Ziel ist ein flächendeckendes Mindestangebot an Telekommunikationsdiensten zu angemessenen Konditionen. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im einzelnen Markt unterliegen dabei einer strengeren Regulierung. Im übrigen wird es der Wettbewerbssituation im freien Markt überlassen, für ein ausreichendes Angebot der in Art. 4 bis 7 der Richtlinie genannten Universaldienste Sorge zu tragen; nur hilfsweise obliegt es den nationalen Regulierungsbehörden, die notwendigen Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Ziele zu ergreifen.

⁶⁰⁷ Richtlinie 2002/21/EG der Kommission vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff., Erwägungsgrund Nr. 22; vgl. auch Schütz/Attendorn, Beilage MMR 4/2002, 1, 11.

⁶⁰⁸ Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 21ff.

⁶⁰⁹ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldiensterichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 51ff.

Die Zugangsrichtlinie⁶¹⁰ verpflichtet demgegenüber die nationalen Regulierungsbehörden, für einen angemessenen Zugang (erg.: von Anbietern), geeignete Zusammenschaltungen und die Interoperabilität der Kommunikationsdienste Sorge zu tragen, wie es sich aus Art. 8 der Rahmenrichtlinie ergibt.

Schließlich wird durch die Datenschutzrichtlinie⁶¹¹ ausgehend von dem in Art. 5 definierten Vertraulichkeitsgrundsatz die Harmonisierung des Datenschutzrechts im Bereich der Telekommunikation gefordert.

⁶¹⁰ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung; ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 7ff.

⁶¹¹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 vom 31.07.2002, S. 37ff.

III) Fortgeltung der Grundsätze der Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG über die Einführung neuer Rechtsrahmen hinaus

1) Rechtsrahmen 2002

Das Regulierungsziel muss sich aus in den Erwägungsgründen oder einer eigenen Vorschrift über die Zielsetzung der Richtlinie ergeben.⁶¹² So erhält der Erwägungsgrund Nr. 12 der Zugangsrichtlinie⁶¹³ einen entscheidenden und verallgemeinerungsfähigen Hinweis auf die Zielsetzung der Übergangsbestimmung insgesamt. Danach soll die Überleitungsnorm des Art. 7 der Zugangsrichtlinie, auf die Art. 27 Abs. 1 Rahmenrichtlinie⁶¹⁴ ebenfalls verweist, dazu dienen, „Rechtslücken zu vermeiden“. Regelungszweck der Vorschrift ist es daher, die Kontinuität und Stabilität der Regulierung in der Übergangszeit zwischen dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens und dem Abschluss der ersten Marktanalyseverfahren sicherzustellen.⁶¹⁵

Vorstehend wurde ausführlich die bereits nach dem ursprünglichen Rechtsrahmen der Richtlinie 90/388/EWG unter Berücksichtigung ihrer Änderung durch die Richtlinie 96/19/EG geltende Pflicht dargelegt, in den Mitgliedstaaten den vollständigen Wettbewerb zu gewährleisten und insbesondere die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der Erteilung von Wegerechten für die Bereitstellung solcher Netze nicht zu diskriminieren. Diese beiden Richtlinien wurden im Zuge der Schaffung des so genannten „neuen Rechtsrahmens“ im Jahre 2002 durch die Richtlinie 2002/77/EG⁶¹⁶ der Kommission vom 16. September 2002 mit Wirkung zum 24. Juli 2003 außer Kraft gesetzt. Zweck des neuen Rechtsrahmens war es unter anderem, die Vielzahl der Änderungen der Übersichtlichkeit halber in eine neue Richtlinie aufzunehmen.

Die Richtlinie 2002/77/EG sagt *expressis verbis* nichts mehr zu dem hier interessierenden Bereich. Allerdings heißt es im Erwägungsgrund Nr. 15:

⁶¹² Koenig/Leinen/Senger, CR 2007, 147, 150.

⁶¹³ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten sowie deren Zusammenschaltung, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 7ff.

⁶¹⁴ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff.

⁶¹⁵ So insgesamt: Koenig/Leinen/Senger, CR 2007, 147, 150 mit Hinweis auf die Begründung der Kommission zum Entwurf der Zugangsrichtlinie, KOM (2000), 384 endg., S. 7.

⁶¹⁶ Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.09.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Wettbewerbsrichtlinie), ABl. L 249 vom 17.09.2002, S. 21ff.

Die vorliegende Richtlinie gilt unbeschadet der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den im Anhang I, Teil B genannten Fristen zur Umsetzung der früheren Richtlinien.

Im Anhang sind die Richtlinie 90/388/EWG mit einer Umsetzungsfrist zum 31. Dezember 1990 und die Richtlinie 1999/64/EG mit einer solchen zum 30. April 2000 genannt. Dies bedeutet, dass die Kommission von der bereits erfolgten bzw. zu erfolgenden – und nachhaltig wirkenden – Schaffung diskriminierungsfreien Wettbewerbs ausgegangen ist. Sie ging keineswegs davon aus, wettbewerbshemmende bzw. diskriminierende nationale Vorschriften nunmehr zu dulden oder gar zu bestätigen.

Diese Wertung liegt auch der nunmehr geltenden Rahmenrichtlinie⁶¹⁷ des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union zugrunde, denn dort heißt es in den Erwägungsgrund Nr. 1:

Mit dem derzeitigen Rechtsrahmen für Telekommunikation wurden die Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb im Telekommunikationssektor in der Phase des Übergangs von Monopolbetrieben zum vollständigen Wettbewerb geschaffen.

Die Annahme des europäischen Richtliniengebers, nach der die Voraussetzungen für einen freien und vollständigen Wettbewerb in dem in Rede stehenden Bereich bereits unionsweit geschaffen waren und erhalten bleiben sollten, findet sich auch in weiteren Richtlinien, so z.B. der Richtlinie 97/13/EG über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste⁶¹⁸. Dort heißt es im Erwägungsgrund Nr. 25:

Der Erlass dieser Richtlinie wird entscheidend zu dem wesentlichen Ziel beitragen, auf der Grundlage der vollständigen Einführung wettbewerbsfähiger Rahmenbedingungen die Entwicklung des Binnenmarktes im Bereich der Telekommunikation und speziell die ungehinderte Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten und -netzen in der gesamten Union sicherzustellen.

Mithin gingen und gehen das Europäische Parlament, der Europäische Rat sowie die Kommission auch nach dem im Jahre 2002 geschaffenen Rechtsrahmen nach wie vor davon aus, es müsse ein lauterer, wirksamer Wettbewerb sichergestellt werden, der keinen Raum für diskriminierende, wettbewerbsbehindernde oder -erschwerende Normen einzelner Mitgliedstaaten lasse. Dieser Wille der europäischen Richtliniengeber wirkt somit fort. Der

⁶¹⁷ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff.

⁶¹⁸ Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl. L 117 vom 07.05.1997, S. 15ff.

„wirksame Wettbewerb“, wie ihn die Rahmenrichtlinie ausweislich der obigen Ausführungen an verschiedensten Stellen fordert, ist im Übrigen die Basis für das Regulierungskonzept der Richtlinien.⁶¹⁹

Auch aus den oben dargelegten Überlegungen des Rates, des Europäischen Parlaments sowie der Kommission wird deutlich, dass man dort einhellig von einem europaweit geschaffenen und nun durch den neuen Rechtsrahmen des Jahres 2002 auf Dauer zu sichernden freien Wettbewerb ausging. In der Literatur spricht man teilweise⁶²⁰ davon, die Wettbewerbsrichtlinie „vereine die Bestimmungen der bisherigen Liberalisierungsrichtlinien in einem Rechtsakt“⁶²¹. Ziel des Rechtsrahmens 2002 war somit die Vervollständigung sowie die nachhaltige Festigung des Wettbewerbs durch regulatorische Maßnahmen, die sich – so Huber/von Mayerhofen⁶²² zu Recht – dann selbst überflüssig machen, nämlich dann, wenn der Wettbewerb de facto stark genug ist. Er war notwendig, weil sich der Wettbewerb und damit auch der Markt auf Basis des bestehenden Rechtsrahmens noch nicht in einem ausreichenden Maße entwickelt hatten.⁶²³ Zuvor hatte die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom Dezember 2001⁶²⁴ dargelegt, der Wettbewerb habe sich im Ortsnetz kaum und im Bereich der Fernverbindungsnetze nur schleppend ausgebildet.⁶²⁵

Vor diesem Hintergrund war und ist es weiterhin geboten, auf unionsrechtlicher Ebene die Vorgaben für einen freien und offenen Wettbewerb zu schaffen. Grussmann spricht zutreffend von einer Intensivierung⁶²⁶ des Wettbewerbs durch den neuen Rechtsrahmen, der durch diverse Überleitungsbestimmungen, wie etwa Art. 27 der Rahmenrichtlinie⁶²⁷, eine Rechtskontinuität⁶²⁸ sicherstellt. Diese Rechtskontinuität bezieht sich vor allem auf die weitere Förderung und Sicherung des Wettbewerbs. Der Wettbewerb sollte in allen Marktsegmenten des Telekommunikationssektors verstärkt werden. Dies lag in der Erkenntnis begründet, dass sich noch kein ausreichend stabiler Wettbewerb entwickelt hatte, der auch ohne weitere Regulierung Bestand haben könnte.⁶²⁹

⁶¹⁹ Klotz, MMR 2003, 495, 497f.

⁶²⁰ Scherer, Vorwort zur Ausgabe 4/2002 der MMR, MMR 2002, 201, 202.

⁶²¹ Scherer, Vorwort zur Ausgabe 4/2002 der MMR, MMR 2002, 201, 202.

⁶²² Huber/von Mayerhofen, MMR 1999, 593, 595.

⁶²³ Beese/Merkt, MMR 2000, 532, 533.

⁶²⁴ Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand; Sondergutachten gem. § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz (Nr. 33).

⁶²⁵ Vgl. dazu im Einzelnen: Holthoff-Frank, MMR 2002, 294ff.

⁶²⁶ Grussmann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., Einl. Teil B, Rz. 99.

⁶²⁷ Koenig/Kühling, MMR 2001, 80, 81.

⁶²⁸ Grussmann, Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., Einl. Teil B, Rz. 103.

⁶²⁹ Klotz, ZWeR 2003, 283, 291.

2) Leitlinien der Kommission

Bei der Frage der Auslegung der Richtlinien sind die „Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich“⁶³⁰ der Europäischen Kommission von hoher Bedeutung. Diese haben nach wie vor Geltung und sind daher bei der Auslegung der Richtlinien heranzuziehen.

In ihrem Vorwort stellt die Kommission das auch von Rat und Parlament mehrfach betonte Hauptziel der Unionspolitik im Bereich der Telekommunikation heraus, unionsweit effiziente Telekommunikationsnetze und -dienstleistungen zu ermöglichen, die zu möglichst geringen Kosten aber dennoch hoher Qualität den privaten wie wirtschaftlichen Nutzern zugute kommen sollen. Diesem Ziel ist bei der gebotenen vollen Anwendung der Wettbewerbsregeln stets Rechnung zu tragen.⁶³¹ Dem Wettbewerb wird eine „zentrale Rolle“ zugesprochen.⁶³² Dieser ist bereits verbindlich im EWG-Vertrag durch die Entscheidung für einen freien Markt und eine wettbewerbsorientierte Wirtschaft vorgegeben; die vertraglichen Wettbewerbsregeln wirken unmittelbar.⁶³³

Der Europäische Rat hob schon in seinen Schlussfolgerungen zu den Tagungen von Cannes am 26. und 27. Juni 1995 und Madrid am 15. und 16. Dezember 1995 sein Anliegen hervor, in zahlreichen Sektoren – darunter auch im Telekommunikationsbereich – einen stärkeren, mit den Allgemeininteressen zu vereinbarenden Wettbewerb einzuführen, um den Binnenmarkt zu verwirklichen.⁶³⁴ Damit gehen für die gemeinwohlorientierten Bereiche der Daseinsvorsorge nach dem Willen des Europäischen Rates „Grundregeln“ wie „Kontinuität“, „gleichberechtigter Zugang“, „Universalität“ und „Transparenz“ einher.⁶³⁵

⁶³⁰ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 2ff.; zur Geltung: Rz. 11 (S. 6).

⁶³¹ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 3.

⁶³² Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 4.

⁶³³ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 5.

⁶³⁴ zitiert bei: Tettinger, DVBl. 1997, 341, 343.

⁶³⁵ Tettinger, DVBl. 1997, 341, 343.

3) Rechtsrahmen 2009/10

Die Europäische Kommission hat am 29. Juni 2006 mit ihrer Mitteilung über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste⁶³⁶ nicht nur über den aktuellen – vorstehend als „neuen“ – Rechtsrahmen berichtet, sondern auch eine öffentliche Konsultation über den künftigen Rechtsrahmen in Gang gesetzt.⁶³⁷

Im entsprechenden Arbeitsdokument⁶³⁸ unterbreitete sie ihre Vorschläge für eine Überprüfung des aktuellen EU-Rechtsrahmens und die Schaffung eines neuen Rechtsrahmens für die Zeit ab 2010. Anknüpfend an die Feststellungen des Europäischen Rates anlässlich seiner Tagung in Lissabon vom März 2000 wurden diese Ziele im Juni 2005 erneuert. Ziel war und ist unter anderem, auf Basis einer verbesserten Regulierung einen freien und wettbewerbsfähigen Markt für elektronische Netzwerke und Dienste sicherzustellen. Insoweit erachtet die Europäische Kommission ausdrücklich im Wettbewerb stehende Infrastrukturnetze als wesentlichen Baustein für einen langfristigen Wettbewerb im Bereich der Netzwerke und Dienstleistungen.⁶³⁹ Man erkannte in ungleichen Eintrittsbedingungen von bereits existierenden Unternehmen einerseits und den neu in den Markt tretenden Unternehmen andererseits eine strukturelle Barriere, die dem gewünschten Wettbewerb entgegensteht;⁶⁴⁰ solche Wettbewerbshindernisse resultieren unter anderem aus rechtlichen Gegebenheiten.⁶⁴¹ Sind derartige Barrieren vorhanden, rechtfertigt dies in Abweichung vom allgemeinen Wettbewerbsrecht regulatorische Maßnahmen.⁶⁴² In der Mitteilung der Kommission⁶⁴³ wird zum einen die herausragende Bedeutung eines europäischen Informationsraums innerhalb eines offenen und wettbewerbsorientierten Binnenmarktes hervorgehoben wie zum anderen auch der Umstand, dass schon der bestehende Rechtsrahmen auf eine Wettbewerbsförderung angelegt ist, die angestrebten Änderungen aber darauf gerichtet sein werden, den „wirksamen Wettbewerb während der Übergangsphase vom Monopol zum vollständigen Wettbewerb zu stärken“. Die hohe Bedeutung des freien Wettbewerbs gerade im Telekommunikationssektor wird beispielsweise auch darin deutlich, dass sich ein sog. „europäischer Regulierungsverbund im TK-Recht“ gebildet hat, der von der Monopolkommission „als Mechanismus zur Herstellung und Sicherstellung einer

⁶³⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 29.06.2006, KOM(2006) 334 endgültig.

⁶³⁷ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 29.06.2006, KOM(2006) 334 endgültig, Ziffer 1.

⁶³⁸ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.06.2006, SEC(2006) 837.

⁶³⁹ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.06.2006, SEC(2006) 837, Ziffer 1, S. 4f.

⁶⁴⁰ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.06.2006, SEC(2006) 837, Ziffer 2.2 (i), S. 9.

⁶⁴¹ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.06.2006, SEC(2006) 837, Ziffer 2.2 (i), Seite 10.

⁶⁴² Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.06.2006, SEC(2006) 837, Ziffern 2.1 und 2.2, Seite 6ff. sowie Entwurf einer Richtlinie, a.a.O., S. 48, hier: Art. 4 i.V.m. 3.

⁶⁴³ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 29.06.2006, KOM(2006) 334 endg., Ziffern 2 und 5.

einheitlichen Normanwendung und damit zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen“ und als „noch neues Kohärenzkonzept“ bezeichnet wird.⁶⁴⁴

So stellte auch der BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.⁶⁴⁵ in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2006 zur vorgenannten Mitteilung der Kommission mit Hinweis auf das ebenfalls vorerwähnte Arbeitspapier heraus, dass ein innovativer Wettbewerb dauerhaft nur durch Investitionen der Wettbewerber in alternative Infrastrukturen gesichert werden kann.⁶⁴⁶ Der Bundesverband legte dies in seinen Ausführungen als Einleitung unter der Überschrift „Innovationen, Investitionen und Wettbewerb“ dar und beschäftigte sich sodann zunächst in einem Unterpunkt mit der Behandlung neuer Märkte, insbesondere des DSL-Marktes. Dass die einleitende Aussage aus Sicht des Verbandes aber durchaus verallgemeinert werden kann und muss, zeigt ein Blick auf den zweiten Unterpunkt, in dem zum Verhältnis von Infrastruktur- zu Dienstewettbewerb zu Recht betont wird, ein Dienstewettbewerb in einem Netz erreiche bei weitem nicht das Innovationspotential eines infrastrukturbasierten Wettbewerbs.⁶⁴⁷ Die Bedeutung des „eigenen“ Netzes im Sinne eines vom marktbeherrschenden ehemaligen Monopolisten unabhängigen Netzes ist für den effizienten Wettbewerb im gesamten Telekommunikationsbereich von entscheidender Bedeutung.

Entsprechend forderte auch die Wirtschaftskammer Österreich in ihrer Anmerkung zur Mitteilung der Kommission die Beibehaltung eines „stabilen Rechtsumfeldes“, das den Unternehmen Rechtssicherheit bietet; der bisherige Rechtsrahmen sei grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb sicherzustellen, wenngleich es in einzelnen Bereichen an der nationalen Umsetzung fehle.⁶⁴⁸

Schließlich ist in diesem Zusammenhang das Positionspapier des eco⁶⁴⁹ zu nennen, in dem die grundsätzliche Ausrichtung des Änderungsvorhabens auf europäischer Ebene begrüßt wird, den wirksamen Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation herzustellen.⁶⁵⁰

⁶⁴⁴ Birtz, EuR 2006, 46, 53, 57; Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 I 4 GWB, Rz. 92.

⁶⁴⁵ BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. mit Sitz in Bonn.

⁶⁴⁶ Stellungnahme des BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. vom 31.10.2006 zur Mitteilung der Kommission vom 29.06.2006, Ziffer I, Einleitung.

⁶⁴⁷ Stellungnahme des BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. vom 31.10.2006 zur Mitteilung der Kommission vom 29.06.2006, Ziffer I, 1 und 2.

⁶⁴⁸ Stellungnahme der WKO Wirtschaftskammer Österreich vom 27.10.2006 zur Mitteilung der Kommission vom 29.06.2006, Ziffer 1.

⁶⁴⁹ eco Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V., Sitz in Berlin.

⁶⁵⁰ Positionspapier der eco vom 25.03.2008, I. Allgemeine Anmerkungen (S. 2).

Die Kommission legte im Anschluss an die öffentliche Konsultation am 13. November 2007 ihren Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates den künftigen Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikation betreffend vor.⁶⁵¹ Eines der drei expliziten Ziele dieser neuen Richtlinie ist die „Vollendung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikation“.⁶⁵² Die Kommission geht also von einem aufgrund der bisherigen Rechtsrahmen geschaffenen Wettbewerb im genannten Bereich aus, der aber noch nicht vollständig realisiert ist und dessen Vollendung daher unionsrechtlich zu sichern ist. Dies erschließt sich auch aus der Feststellung der Kommission, ausweislich ihres Berichts⁶⁵³ vom Juni 2006 über die Funktionsweise des (erg.: bisherigen) Rechtsrahmens habe sich dieser „sehr vorteilhaft ausgewirkt“, jedoch sei der Binnenmarkt für die elektronische Kommunikation noch nicht vollendet.⁶⁵⁴

Das Unionsrecht wird daher auch in der Zukunft die Schaffung und nachhaltige Sicherstellung eines freien, offenen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationssektor im Blick haben und dies notfalls mit regulatorischen Maßnahmen sicherstellen. Auch vor diesem Hintergrund wäre es sinnwidrig und inkonsequent annehmen zu wollen, mit der Ablösung des alten Rechtsrahmens durch den neuen sei die Umsetzung der Ziele der ersten Richtlinien (erg.: innerhalb der jeweiligen Frist) obsolet geworden. Im Gegenteil: Auf europäischer Ebene zieht sich dieses mehrfach ausdrücklich erwähnte Ziel der Schaffung, Förderung und nachhaltigen Sicherstellung des Wettbewerbs wie ein roter Faden durch die Richtlinien jeglicher Generation.

Eine entsprechende Formulierung findet sich sodann folgerichtig im Erwägungsgrund Nr. 3 der vorgeschlagenen Richtlinie, wobei hier *in concreto* die Stärkung des Unionsverfahrens

⁶⁵¹ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates 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, KOM(2007) 697 endgültig, Begründung S. 2ff., Richtlinienvorschlag S. 14ff.

⁶⁵² Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates 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, KOM(2007) 697 endgültig, Begründung S. 3

⁶⁵³ KOM(2006) 334.

⁶⁵⁴ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates 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, Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 11ff.

KOM(2007) 697 endgültig, Begründung S. 3.

für die Regulierung der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht und die Errichtung einer Europäischen Behörde für die Märkte der elektronischen Kommunikation aufgrund einer eigenständigen Verordnung genannt werden.⁶⁵⁵

Wenngleich es dabei primär um die einheitliche effiziente Ausgestaltung des Binnenmarktes, mithin also die Beseitigung nationaler Unterschiede geht, lässt sich doch die immanente Forderung der Union nach einem freien und offenen Wettbewerb im Kommunikationsbereich auf nationaler Ebene herauslesen. Dies ergibt sich bereits aus einem Schluss *a maiore ad minus*, denn der freie Wettbewerb muss nicht nur auf der Ebene der Mitgliedstaaten gewährleistet sein, sondern auch innerhalb der Mitgliedstaaten selbst, wenn er Wirksamkeit entfalten soll.

Der Erwägungsgrund Nr. 30 befasst sich sodann konkret mit den Wegerechten für die Unternehmen, welche elektronische Kommunikationsnetze und –dienste bereitstellen. Die Kommission erkennt in ihrem Richtlinienvorschlag ausdrücklich die existenzielle Bedeutung von schnellen Genehmigungen und vereinfachten Verfahren beim Erwerb von Wegerechten an öffentlichen wie auch privaten Grundstücken an.⁶⁵⁶ Dieser Erwägungsgrund betrifft nach seinem Wortlaut Genehmigungsverfahren bezüglich der Wegerechte. Er dürfte aber, wie ein Blick auf den unmittelbar nachfolgenden Erwägungsgrund belegt, allgemeine Geltung haben. Der Richtlinienvorschlag fordert hier nämlich die Stärkung der Befugnisse der Mitgliedstaaten, Inhaber von Wegerechten losgelöst von einer etwaigen beträchtlichen Marktmacht zu verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu ihren elektronischen Kommunikationsnetzen zu gewähren, seien es Leitungsrohre, Masten, Antennen etc. Dieser Anspruch geht von der Prämisse aus, die gemeinsame Nutzung solcher Einrichtungen könne den Wettbewerb entscheidend stärken und die finanziellen wie umweltbezogenen Kosten der Unternehmen für den Aufbau ihrer Infrastruktur senken.⁶⁵⁷ Eine Beschränkung der betref-

⁶⁵⁵ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates 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, KOM(2007) 697 endgültig, Richtlinienvorschlag, Erwägungsgrund Nr. 3, S. 15.

⁶⁵⁶ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates 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, KOM(2007) 697 endgültig, Richtlinienvorschlag, Erwägungsgrund Nr. 30, S. 20f.

⁶⁵⁷ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates 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, KOM(2007) 697 endgültig, Richtlinienvorschlag, Erwägungsgrund Nr. 31, S. 21.

fenen Wegerechtsinhaber auf Telekommunikationsunternehmen ist nicht erkennbar; der Richtlinienvorschlag erfasst vielmehr alle Wegerechtsinhaber.

Beachtet man den Bericht der Kommission über den Stand des europäischen Binnenmarks der elektronischen Kommunikation 2007⁶⁵⁸, so bleibt kein Zweifel, dass auch der folgende Rechtsrahmen im Interesse eines weiterhin notwendigen Ausbaus des Wettbewerbs regulatorische Vorgaben enthalten wird, wenn auch mit dem Ziel einer allmählichen Rücknahme derselben, sobald sich der Wettbewerb eingestellt und gefestigt hat.⁶⁵⁹

In Anbetracht der bereits genannten Vertragsziele und der bisherigen Entwicklung oblag es dem Europäischen Rat und dem Europäischen Parlament zwingend, diesem Vorschlag der Kommission jedenfalls hinsichtlich der wesentlichen wettbewerbsfördernden Punkte zu folgen und eine entsprechende Richtlinie zu erlassen.

Im Amtsblatt der Europäischen Union vom 18.12.2009 wurden schließlich die Richtlinien 2009/136/EG⁶⁶⁰ sowie 2009/140/EG⁶⁶¹ vom 25.11.2009 veröffentlicht. In beiden Richtlinien wird jeweils im Erwägungsgrund Nr. 1 und damit an herausgehobener Stelle betont, „dass die Funktionsweise der fünf Richtlinien, die den geltenden Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste bilden“ regelmäßig von der Kommission geprüft wird, um etwaigen Änderungsbedarf zu erkennen.⁶⁶² Bei diesen, in den Erwägungsgründen ausdrücklich erwähnten, Richtlinien handelt es sich um die oben im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen 2002 genannten Richtlinien 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), 2002/22/EG (Universaldienst-

⁶⁵⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Bericht über den Stand des Europäischen Binnenmarks der Elektronischen Kommunikation 2007 (13. Bericht), KOM(2008) 153 vom 19.03.2008, S. 1.

⁶⁵⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Bericht über den Stand des Europäischen Binnenmarks der Elektronischen Kommunikation 2007 (13. Bericht), KOM(2008) 153 vom 19.03.2008, Einleitung, S. 2.

⁶⁶⁰ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 11ff.

⁶⁶¹ Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und 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. L 337 vom 18.12.2009, S. 37ff.

⁶⁶² Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337 vom 18.12.2009, Erwägungsgrund Nr. 1, S. 11; Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und 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. L 337 vom 18.12.2009, Erwägungsgrund Nr. 1, S. 37.

richtlinie) und 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). Diese sollen ausweislich der jeweiligen Erwägungsgründe Nr. 3 reformiert werden.⁶⁶³ Hieraus erschließt sich zwanglos, dass diese Richtlinie weiterhin Geltung haben, sie lediglich in Teilbereichen für die Zukunft geändert werden, wie es sich im Einzelnen aus den Richtlinien 2009/136/EG bzw. 2009/140/EG ergibt. Diese Richtlinien vom 25.11.2009 berücksichtigen den bereits herausgehobenen Gesichtspunkt der Kontinuität und bauen auf den bestehenden Richtlinien auf. Der bisher erreichte Wettbewerb sollte nicht nur gesichert werden; vielmehr sollte gemäß dem Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 2009/140/EG

der EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste reformiert werden, um den Binnenmarkt für elektronische Kommunikation zu vollenden.⁶⁶⁴

Zugleich wird die Gefahr einer beträchtlichen Marktmacht weiterhin erkannt; es wird dieser Gefahr in der Richtlinie 2009/140/EG ausweislich desselben Erwägungsgrundes begegnet,

indem das Gemeinschaftsverfahren für die Regulierung der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gestärkt wird. Dies wird ergänzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros.⁶⁶⁵

Die im Einzelnen festgesetzten Änderungen der Richtlinien aus dem Jahre 2002 tangieren ebenso wenig wie die Erwägungsgründe der Richtlinien vom November 2009 das hier in Rede stehende Wegerecht. Die Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG wurde durch die letztgenannten Richtlinien weder geändert oder gar aufgehoben. Vielmehr ergibt sich etwa aus dem Erwägungsgrund Nr. 38 der Richtlinie 2009/136/EG,⁶⁶⁶ dass diese weiterhin Geltung hat.

⁶⁶³ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337 vom 18.12.2009, Erwägungsgrund Nr. 3, S. 11; Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und 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. L 337 vom 18.12.2009, Erwägungsgrund Nr. 3, S. 37.

⁶⁶⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Bericht über den Stand des Europäischen Binnenmarkts der Elektronischen Kommunikation 2007 (13. Bericht), KOM(2008) 153 vom 19.03.2008, S. 1.

⁶⁶⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Bericht über den Stand des Europäischen Binnenmarkts der Elektronischen Kommunikation 2007 (13. Bericht), KOM(2008) 153 vom 19.03.2008, S. 1.

⁶⁶⁶ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337 vom 18.12.2009, Erwägungsgrund Nr. 38, S. 16.

4) Wertung und Ergebnis

Teilweise wird die Auffassung vertreten, das Unionsrecht enthalte aktuell keine materiellen Vorgaben mehr, nach denen die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, im jeweiligen nationalen Recht Wegerechte vorzusehen oder diese ohne Schaffung einer Ausgleichspflicht auszugestalten, auch wenn die unionsrechtlichen Vorgaben zu den Verfahren um die Wegerecht eben diese voraussetze.⁶⁶⁷

Hierin liegt eine Abkehr von der Wertung auf Basis des ursprünglichen Rechtsrahmens.⁶⁶⁸ Auf dessen Grundlage wurde nämlich durchaus mit zutreffenden Hinweisen auf die Richtlinienlage die Forderung erhoben, der Staat müsse für die neu in den Markt tretenden Telekommunikationsunternehmen vergleichbare Möglichkeiten zum Auf- und Ausbau ihrer Netze einräumen, wie dies aufgrund der wegerechtlichen Privilegien dem bisherigen Monopolisten möglich war; dies gebiete die Richtlinie 96/19/EG⁶⁶⁹. Zu Recht wird zur Begründung auf den Erwägungsgrund Nr. 23 eben dieser Richtlinie verwiesen. Danach war dem europäischen Richtliniengeber die dringende Notwendigkeit bewusst, den Anbietern öffentlicher Telekommunikationsnetze den für die Errichtung derselben notwendigen Zugang sowohl zu öffentlichem wie auch zu privatem Grundbesitz zu gewähren. Im Hinblick auf die in vielen Mitgliedstaaten – in der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 10 TWG – den bisherigen Monopolunternehmen eingeräumten und in Deutschland ausgleichsfreien Nutzungsrechten sah man es als geboten an, den neu lizenzierten Betreibern vergleichbare Rechte durch die Mitgliedstaaten einzuräumen, widrigenfalls der Netzausbau der neuen Wettbewerber sich verzögern und es in räumlichen Teilgebieten zu einem Fortbestand ausschließlicher Rechte für den (ehemaligen) Monopolisten kommen würde. Nur „grundlegende Anforderungen des Umweltschutzes oder der Umweltplanungsziele“ wurden als etwaige Hinderungsgründe anerkannt; wobei die Mitgliedstaaten in diesen Fällen im Erwägungsgrund Nr. 23 konkret beschriebene Maßnahmen zum Ausgleich ergreifen

⁶⁶⁷ Heun, F, Rz. 12.

⁶⁶⁸ Heun, 1. Aufl., Teil 6, Rz. 32; Schütz: in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Aufl., § 50, Rz. 4; Schütz: in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 50, Rz. 4.

⁶⁶⁹ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

müssten.⁶⁷⁰ Der Erwägungsgrund Nr. 23 hat schließlich in Art. 4 lit. d der ergänzten Richtlinie 90/388/EWG seinen Niederschlag gefunden.⁶⁷¹

Soweit in der früheren Literatur die so begründete Forderung nach unentgeltlichen Wegerechten *expressis verbis* nur im Zusammenhang mit der Benutzung öffentlicher Wege [§ 50 TKG (1996) bzw. § 68 TKG] erhoben wurde,⁶⁷² muss dies für die privaten Grundstücke in gleicher Weise gelten, denn die Richtlinie stellt ausdrücklich auf beide Arten ab.⁶⁷³ Zudem unterscheidet das TKG nicht zwischen öffentlichen und privaten Grundstücken, sondern zwischen „öffentlichen Wegen“ und sonstigen Grundstücken und zwar unabhängig von der Eigentümerstellung.

Mit dem neuen Rechtsrahmen wurde eine Abkehr von dieser Wertung nicht erforderlich. Wie oben bereits ausgeführt, wies der Richtliniengeber bei Einführung des neuen Richtlinienpakets ausdrücklich darauf hin, die Richtlinie 90/388/EWG sei innerhalb der Frist umzusetzen. Hieran hat sich durch die Ende 2009 erlassenen Richtlinien nichts geändert.

Festzuhalten ist daher:

Der aktuelle Rechtsrahmen fordert unter Berücksichtigung der Ziele und des Grundsatzes der Kontinuität die Ausgestaltung der Wegerechte, wie sie im ursprünglichen Rechtsrahmen noch explizit erwähnt waren. Eine andere Wertung würde den neuen Rechtsrahmen im Übrigen auch *ad absurdum* führen, würde damit nämlich der in der Union über Jahre Schritt für Schritt aufgebaute und europarechtlich geforderte freie Wettbewerb auf dem Telekommunikationssektor schlagartig wieder aufgegeben. Die von den europäischen Gremien einhellig vorausgesetzte Existenz eines noch nicht ausgereiften und daher noch zu vertiefenden freien Wettbewerbs wäre in Ansehung der etwa in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor gegebenen marktbeherrschenden Stellung des früheren Monopolisten mehr als gefährdet gewesen und damit auch die Grundlage für eben diesen neuen Rechtsrahmen.

⁶⁷⁰ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff., Erwägungsgrund Nr. 23; vgl. hierzu: Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Aufl., § 50, Rz. 4 und Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 50, Rz. 4.

⁶⁷¹ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff., Art. 4 lit. d.

⁶⁷² Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Aufl., § 50, Rz. 4; Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 50, Rz. 4.

⁶⁷³ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff., Erwägungsgrund Nr. 23.

In diesem Zusammenhang können die Schlussanträge des Generalanwalts Colomer im Verfahren der Deutschen Telekom AG gegen die Bundesrepublik Deutschland⁶⁷⁴ genannt werden. Dort ging es um die Frage, ob Art. 27 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie⁶⁷⁵ und Art. 16 Abs. 1 Buchstabe a der Universaldienstrichtlinie⁶⁷⁶ dahin zu verstehen sind, dass ein im früheren innerstaatlichen Recht vorgesehenes gesetzliches Gebot zur Genehmigung von Entgelten für die Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen gegenüber Endnutzern durch ein Unternehmen mit insoweit marktbeherrschender Stellung und mithin auch ein diesbezüglicher feststellender Verwaltungsakt vorübergehend aufrechtzuerhalten sind. Der Generalanwalt hob im Rahmen der teleologischen Auslegung bezogen auf die im Streitfall maßgeblichen Normen, aber auch allgemein hervor, „im ‚neuen Rechtsrahmen‘ für die Telekommunikation lasse sich die Sorge um Rechtssicherheit und Kontinuität ohne Brüche und Sprünge zwischen Vergangenheit und Zukunft erkennen“⁶⁷⁷, auch wenn dieser Gedanke nicht ausdrücklich in der Rahmenrichtlinie Erwähnung finde.⁶⁷⁸ Die Schlussanträge betonten ferner den Grundsatz der Effektivität, der den Fortbestand der bisher nach altem Rechtsrahmen ergriffenen Maßnahmen in vollem Umfang gebietet, da der Einführung des neuen Rechtsrahmens ohne jegliche Einschränkung der Boden bereitet werden müsse.⁶⁷⁹

Die Vorlagefrage betraf das spezielle Gebiet der Entgeltregulierung; ihre Beantwortung kann aber für das Verhältnis von altem zu neuem Rechtsrahmen im Bereich der Telekommunikation innerhalb der Union generalisiert werden. Der Europäische Gerichtshof führt in seiner Entscheidung zutreffend aus, das „Ziel der Kontinuität werde ausdrücklich in Anhang VII der Universaldienstrichtlinie über die Bedingungen für das Mindestangebot an Mietleitungen gemäß Art. 18 dieser Richtlinie und in Art. 16 I lit. c der Richtlinie verwirklicht, der vorsehe, dass die Verpflichtungen in Bezug auf Mietleitungen nach Art. 3, 4, 7 und 10 der Richtlinie 92/44/EWG – die den Mitgliedstaaten Pflichten übertragen – sowie nach den Art. 6 und 8 der Richtlinie 92/44/EWG – die unbestreitbar regulatorischer Art sind – aufrechterhalten würden.“⁶⁸⁰ Insoweit liegt eine Parallele betreffend das Verhältnis der neuen Richtlinie 2002/77/EG zur alten Richtlinie 90/388/EWG vor, denn die hier maßgebliche Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG bekräftigt in ihrem Erwägungsgrund Nr. 15 in Verbindung

⁶⁷⁴ Schlussanträge vom 28.06.2007 in der Rs. C-262/06 – Deutsche Telekom AG ./ Bundesrepublik Deutschland

⁶⁷⁵ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff.

⁶⁷⁶ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldiensterichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 51ff.

⁶⁷⁷ Schlussanträge vom 28.06.2007 in der Rs. C-262/06, Rz. 43 – Deutsche Telekom AG gegen Bundesrepublik Deutschland.

⁶⁷⁸ Schlussanträge vom 28.06.2007 in der Rs. C-262/06, Rz. 44 – Deutsche Telekom AG gegen Bundesrepublik Deutschland.

⁶⁷⁹ Schlussanträge vom 28.06.2007 in der Rs. C-262/06, Rz. 45 – Deutsche Telekom AG gegen Bundesrepublik Deutschland.

⁶⁸⁰ EuGH, Urteil vom 22.11.2007, Rs. C-262/06, Rz. 31 – Deutsche Telekom AG ./ Bundesrepublik Deutschland = EuZW 2008, 54, 55.

mit Anhang I, Teil B *expressis verbis* die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur fristgerechten Umsetzung der Richtlinien 90/388/EWG und 1999/64/EG. Mit dieser Verpflichtung wird wie im vorgenannten Verfahren in der Richtlinie das Ziel der Kontinuität festgeschrieben.

Eine weitere Parallele zu dem vom Europäischen Gerichtshof bereits entschiedenen Fall belegt dieses Ergebnis. Nach den Feststellungen des Europäischen Gerichtshofs verfolgt die Zugangsrichtlinie gemäß ihrem 12. Erwägungsgrund und Art. 7 das Ziel, Rechtslücken zwischen dem alten und dem neuen Rechtsrahmen zu vermeiden. Art. 27 der Rahmenrichtlinie verweise – so der Europäische Gerichtshof weiter – auf Art. 7 der Zugangsrichtlinie strebe daher dasselbe Ziel an, „nämlich die Gewährleistung von Kontinuität zwischen dem alten und dem neuen Rechtsrahmen“.⁶⁸¹ Für den hier in Rede stehenden Bereich der Richtlinie 2002/77/EG finden sich entsprechende Anhaltspunkte im 1. und 6. Erwägungsgrund. Diesen Gründen ist zu entnehmen, dass die Richtlinie 90/388/EWG vor dem Hintergrund ihrer mehrfachen Änderungen sowie der notwendigen Anpassung von Begriffsbestimmungen an die neuesten technologischen Entwicklungen im Bereich der Telekommunikation anzupassen und klarer zu fassen war.⁶⁸² Dem Richtliniengeber war erkennbar nicht an einer Ablösung der bisherigen Richtlinie im Sinne eines ersatzlosen Wegfalls gelegen, sondern an einem Fortbestand in einem sprachlich angepassten und klaren Gewand. Damit dokumentiert die Kommission in der neuen Richtlinie das, was sie in Übereinstimmung mit dem Europäischen Parlament und dem Europäischen Rat der Schaffung des neuen Rechtsrahmens zugrunde gelegt hat: die Fortsetzung des bereits geschaffenen oder nach altem Rechtsrahmen noch zu schaffenden, nachhaltigen diskriminierungsfreien Wettbewerbs. Ihr Ziel und somit auch das Ziel des neuen Rechtsrahmens ist es keineswegs, wettbewerbshemmende bzw. diskriminierende nationale Vorschriften nunmehr zu dulden oder gar zu bestätigen. Das im oben genannten Verfahren seitens des Europäischen Gerichtshofs ausdrücklich betonte „Ziel der Kontinuität“⁶⁸³ gilt daher für den gesamten Rechtsrahmen 2002 und insbesondere für die hier maßgebliche Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG.

Die im ursprünglichen Rechtsrahmen enthaltenen Bestimmungen zum nicht diskriminierenden Zugang zu Wegerechten mit dem neuen Rechtsrahmen ersatzlos wegfallen zu lassen, hätte ein Aufflammen eines unionsrechtlich nicht gewollten Wettbewerbshindernisses bedeutet. In den bestehenden Strom- und Gasnetzen muss ein

⁶⁸¹ EuGH, Urteil vom 22.11.2007, Rs. C-262/06, Rz. 35f. – Deutsche Telekom AG ./ Bundesrepublik Deutschland = EuZW 2008, 54, 55.

⁶⁸² Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.09.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Wettbewerbsrichtlinie), ABl. L 249 vom 17.09.2002, S. 21ff., hier: Erwägungsgründe Nr. 1 und 6.

⁶⁸³ EuGH, Urteil vom 22.11.2007, Rs. C-262/06, Rz. 31 – Deutsche Telekom AG ./ Bundesrepublik Deutschland = EuZW 2008, 54, 55.

„natürliches Monopol“ gesehen werden.⁶⁸⁴ Dieses betrifft aber nicht nur den hier weniger interessierenden Wettbewerb im Gas- und Strombereich. Die hohen Kosten und die mangelnde Rentabilität des Aufbaus neuer Leitungen⁶⁸⁵ schlagen vielmehr auf den Bereich einer sekundären Nutzung derartiger Leitungen für den Telekommunikationssektor durch. Rentiert sich die Schaffung neuer Leitungsnetze nicht einmal für den originären Strom- bzw. Gasanbieter, der Teile seiner Leitung an Telekommunikationsanbieter vermietet und so einen zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen kann, so liegt es auf der Hand, dass sich ein Aufbau solcher Leitungsnetze nur für Telekommunikationsbereich erst recht nicht rechnen kann.

Dieses Ergebnis fügt sich nahtlos in die vorstehend bereits erwähnten „Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich“⁶⁸⁶ der Europäischen Kommission ein. Schließlich wird das hergeleitete Ergebnis – die Fortgeltung der Grundsätze der Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG – auch durch einen Blick auf den Rechtsrahmen, wie er nun durch die Richtlinien 2009/136/EG und 2009/140/EG geändert wurde. Hier wird einmal mehr deutlich, wie sehr die Europäischen Gremien um eine Kontinuität bemüht sind, wenn es darum geht, den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt der Union zu schaffen, zu fördern und nachhaltig zu sichern. Vor diesem Hintergrund stellt sich nicht die Frage, ob bei der Beurteilung der europäischen Rechtslage auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) abzustellen ist oder auf das Datum der Neuregelung des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG (2004). Die unionsrechtliche Vorgabe, den Wettbewerb auf dem Telekommunikationssektor zu fördern, galt am 1. August 1996 bei Inkrafttreten des TKG (1996), sie galt bei der Novellierung des TKG im Jahre 2004 fort, und sie gilt auch heute noch.

⁶⁸⁴ Herdegen, § 24, Rz. 52.

⁶⁸⁵ Herdegen, § 24, Rz. 52.

⁶⁸⁶ Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich der Europäischen Kommission vom 06.09.1991, Abl. C 233 vom 06.09.1991, S. 2ff.; zur Geltung: Rz. 11 (S. 6).

B) Entwicklung der deutschen Gesetzgebung vom § 12 Telegraphenwegegesetz bis hin zum § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

I) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Bei der Analyse der bundesdeutschen Gesetzeslage ist an erster Stelle die verfassungsrechtliche Grundlage in der aktuellen Fassung zu nennen: Art. 87f und Art. 143b GG. Dabei regelt die letztgenannte Bestimmung die Umwandlung des Sondervermögens Deutsche Bundespost in ein privates Unternehmen; diese Norm ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit von untergeordneter Bedeutung und wird lediglich der Vollständigkeit halber erwähnt. Dem Art. 87f GG ist demgegenüber besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben auf europäischer Ebene⁶⁸⁷ führte die Diskussion rund um die sog. Postreform II zu einer Privatisierung und Liberalisierung des Telefonmarktes sowie zur Aufnahme einer Verpflichtung des Bundes für eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen in den neu geschaffenen Art. 87f GG.⁶⁸⁸ Grundlage der unionsrechtlichen Vorgaben war wiederum von Beginn an eine Ordnungspolitik, die der Herstellung des in Art. 3 lit. g EG-Vertrag geforderten unverfälschten Wettbewerbs sowie dem in Art. 119 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 4 Abs. 1 EG-Vertrag) festgeschriebenen Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb diente.⁶⁸⁹ Angestoßen durch die zuvor dargestellten Liberalisierungsmaßnahmen der Europäischen Union trat schließlich im Zuge der sog. Postreform III zum 1. August 1996 das Telekommunikationsgesetz in Kraft.⁶⁹⁰, das zum 1. Januar 1998 den Wegfall auch des Monopols im Sprachtelefondienstbereich vorsah, wie ein Blick auf § 100 Abs. 1 Satz 4 TKG (1996) zeigt. Seither ist der Telefonmarkt auf bundesdeutscher Ebene vollständig liberalisiert.⁶⁹¹ Im Einzelnen gilt:

⁶⁸⁷ Scherer, CR 1994, 418, 419; Lerche, in: FS für Friauf, S. 251, 253.

⁶⁸⁸ Lerche, in: FS für Friauf, S. 251, 251; Scherer, CR 1994, 418, 421; Windthorst, in: Sachs, Art. 87f, Rz. 7f.; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 5f.

⁶⁸⁹ Gramlich, NJW 1994, 2785, 2787.

⁶⁹⁰ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25.07.1996, BGBl. I, S. 1120.

⁶⁹¹ Gramlich, VerwArch, Bd. 88, 598, 629; Bartosch, K&R 1998, 339, 342.

Während das Fernmeldewesen zuvor alleinige Aufgabe des Staates gewesen und vom Bund gemäß Art. 87 GG. a.F. verwaltet worden war, trat mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30. August 1994⁶⁹² eine grundlegende Änderung hin zur Liberalisierung ein. Neben den bereits erwähnten unionsrechtlichen Vorgaben war auch die Erkenntnis ausschlaggebend, dass unter einem weiterhin staatlichen Regime nicht das gewünschte Wirtschaftswachstum hätte erreicht werden können. Auch im nationalen Bereich waren nämlich Tendenzen zur Privatisierung des Telekommunikationssektors zu verzeichnen, die durch die europäischen Richtlinien bestätigt und bestärkt wurden.⁶⁹³ Man entschied sich für die Auflösung des Monopols⁶⁹⁴ und damit für die Öffnung des Marktes zugunsten eines freien Wettbewerbs, wobei der Staat wegen der hohen Bedeutung für die Versorgung der Bevölkerung durch regulatorische Maßnahmen einen nicht unerheblichen Einfluss behielt⁶⁹⁵, wie weiter unten noch aufzuzeigen sein wird.

Art. 87f GG erhielt daher nach heftigen Diskussionen einen Inhalt, der einerseits die kraft Grundgesetz übertragene hoheitliche Aufgabe des Bundes zur flächendeckenden, angemessenen und ausreichenden Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen berücksichtigt, andererseits aber auch den Weg für die privatwirtschaftliche Ausgestaltung des Telekommunikationsmarktes vorgibt. Aus der vormaligen Leistungsverwaltung wurde eine Regulierungsverwaltung; wenn zuvor Legislative und Exekutive bestimmten, welche Aufgaben im Bereich der Telekommunikation erfüllt und welche Gebühren hierfür zu erheben waren, obliegt dem Bund nunmehr als Gesetzgeber die Pflicht, den sich aus Art. 87f GG ergebenden Verfassungsauftrag zu erfüllen.⁶⁹⁶

Dem Bund ist von der Verfassung ein Infrastrukturauftrag erteilt,⁶⁹⁷ man spricht teilweise auch von einem „Infrastrukturleistungsauftrag“⁶⁹⁸ bzw. einem „Infrastruktursicherungsauftrag“⁶⁹⁹. Dieser bezieht sich auf die Universaldienstgewährung⁷⁰⁰ nach europäischem Sprachgebrauch.⁷⁰¹ Den Staat trifft eine Gewährleistungs- und Überwachungs-

⁶⁹² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30.08.1994, BGBl. I, S. 2245.

⁶⁹³ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f., Rz. 14.

⁶⁹⁴ Bartosch, K&R 1998, 339, 342.

⁶⁹⁵ Vgl. Badura, Rechtsfragen der Telekommunikation, S. 878ff.; Scholz/Aulehner, ArchivPT 1993, 221ff.; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Band V, Art. 87f, Rz. 28; Rottmann, ArchivPT 1994, 193, 194f.

⁶⁹⁶ Eifert, S. 180f.; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 11.

⁶⁹⁷ Eifert, S. 24ff., 166 und 180f., 182; Gramlich, NJW 1994, 2785, 2787; Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 20; Uerpmann, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 6; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87f, Rz. 3; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 8; Badura, in: Bonner GG-Kommentar, Art. 87f, Rz. 26.

⁶⁹⁸ Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 87f, Rz. 3.

⁶⁹⁹ Rottmann, ArchPT 1994, 193, 194; Nienhaus, in: Hoeren, 3.1, Rz. 65.

⁷⁰⁰ Windthorst, CR 1998, 281, 340, 343; Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 20; Uerpmann, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 3.

⁷⁰¹ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f., Rz. 8.

verantwortlichkeit anstelle der vormaligen Leistungsverwaltung.⁷⁰² Die flächendeckende Gewährleistung einer Grundversorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen ist nunmehr Staatsziel.⁷⁰³ Wie oben bereits im Zusammenhang mit Art. 23 GG dargestellt, lassen sich aus Staatszielen keine unmittelbaren Rechts für Einzelne herleiten; bei ihnen handelt es sich vielmehr um Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung für die Staatstätigkeit: Diese ist gehalten, die Staatsziele zu beachten bzw. zu erfüllen.⁷⁰⁴ Die hier in Rede stehende Gewährleistung ist eine ureigene Pflicht des Staates; sie kann nur vom Staat selbst ausgeübt werden; man kann von einer „genuin staatlichen Aufgabe“, also einer ursprünglich dem Staat zugewiesenen Tätigkeit, sprechen⁷⁰⁵ oder der „Hoheitsaufgabe Regulierung“⁷⁰⁶.

Vor diesem Hintergrund schied eine schlichte Öffnung des Telekommunikationsmarktes ohne regulatorische Maßnahmen des Bundes aus. Denn die bisherige Monopolstellung der Deutschen Telekom AG bzw. ihrer Rechtsvorgänger, insbesondere ihr über viele Jahrzehnte gewachsenes Netz mit Alleinstellungsmerkmal, hätte ohne regulierende Vorgaben jeden Wettbewerb verhindert. So sah etwa der Bundesrat im Rahmen der Änderung des Grundgesetzes mit Blick auf den notwendigen Wettbewerb keinen Raum für auch nur „vorübergehend“ aufrechtzuerhaltende Monopole der Deutschen Telekom AG.⁷⁰⁷ Neben der vom Bund zu gewährleistenden Grundversorgung gilt es, hier zu beachten, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit Art. 87f GG auch eine Grundentscheidung für den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt getroffen hat.⁷⁰⁸ Somit verwundert es nicht, wenn Art. 87f GG sodann in der Tat nicht nur die Grundversorgung zur staatlichen Aufgabe erhob, sondern auch die Schaffung der Voraussetzungen für den gewünschten und erforderlichen Wettbewerb; der Staat ist gehalten, alle hierzu notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.⁷⁰⁹

Der Gesetzgeber hat, den Vorgaben des neuen Art. 87f GG folgend, seine Verantwortlichkeit für den Bereich der Telekommunikation im Grundsatz – denn dies ist ihm im Bereich der Wegerechte nicht vollständig gelungen – Ernst genommen und durch eine ganze Reihe regulatorischer Maßnahmen einen freien und chancengleichen Wettbewerb gefördert, um

⁷⁰² Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. V, Art. 87f, Rz. 35; Wahl, DVBl. 1993, 517, 521; Rottmann, Archiv PT 1994, 193, 194; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 8; Stern, DVBl. 1997, 309, 312ff.; Schütz, DVBl. 1997, 1146, 1146.

⁷⁰³ Rottmann, Archiv PT 1994, 193, 194; Windthorst, in: Sachs, Grundgesetz; Art. 87f, Rz. 4; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f., Rz. 8 und 14; BT-Drs. 12/7269, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 87f. GG), Seite 5; Wegmann, S. 268ff.; Lerche, in: FS für Friauf, S. 251, 259; Eifert, S. 191, 204f.

⁷⁰⁴ Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 20a, Rz. 4; Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3, Rz. 687f.

⁷⁰⁵ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 49.

⁷⁰⁶ Badura, in: Bonner GG-Kommentar, Art. 87f, Rz. 26.

⁷⁰⁷ BT-Drs. 12/7269, Stellungnahme des Bundesrates „nach Nr. 4“.

⁷⁰⁸ Uerpman, in: von Münch/Kunig, (Hrsg.), Art. 87f, Rz. 11.

⁷⁰⁹ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 53; Eifert, S. 204.

seinem verfassungsrechtlichen Infrastrukturauftrag gerecht zu werden. Folgerichtig wurde in § 2 Abs. 1 TKG (1996) wie auch im späteren § 2 Abs. 1 TKG die Regulierung der Telekommunikation *expressis verbis* als hoheitliche Aufgabe des Bundes bezeichnet.

§ 2 Abs. 2 TKG (1996) nannte ebenso konsequent die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs im flächendeckenden Telekommunikationsmarkt als eines der „Ziele der Regulierung“⁷¹⁰; die Nachfolgebestimmung in § 2 Abs. 2 TKG greift diesen Ansatz auf und detailliert ihn. Die flächendeckende Grundversorgung und die Schaffung eines Wettbewerbs im vorerwähnten Sinne können unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Vorgaben in Art. 87f Abs. 1 GG als „tragende Säulen“ gesehen werden.⁷¹¹

Man kann insoweit von einem „verfassungsrechtlichen Gebot zur Schaffung eines offenen, fairen Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt“⁷¹² sprechen; Art. 87f Abs. 1 GG verlangt neben der Entmonopolisierung⁷¹³ staatliche Maßnahmen zur Förderung und Sicherung des Wettbewerbs.⁷¹⁴ Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat die zentrale Entscheidung hin zum Wettbewerbsprinzip getroffen.⁷¹⁵ In der Literatur ist teils auch von einem verfassungsrechtlichen Postulat einer grundsätzlichen Wettbewerbsgleichheit bzw. –angleichung im Bereich der Telekommunikation“⁷¹⁶ im Verhältnis des ehemaligen Monopolisten einerseits und der neuen privaten Anbieter andererseits bzw. von einer „Garantenpflicht des Bundes“⁷¹⁷ die Rede. Dieses Gebot fordert chancengleiche, nicht diskriminierende und transparente Wettbewerbsbedingungen als unverzichtbare Merkmale für einen funktionierenden Wettbewerb.⁷¹⁸ Somit war und ist der Gesetzgeber, dem nach Art. 87f GG ein entsprechender Gesetzgebungsauftrag⁷¹⁹ obliegt, bereits durch die Verfassung aufgefordert, die einfachgesetzlichen Bestimmungen so auszugestalten, dass wettbewerbshemmende oder –verzerrende Regelungen verhindert werden. Denn: Ist nach dem Grundgesetz sogar die Förderung und Sicherstellung des Wettbewerbs gefordert, so verbieten sich selbstredend einfachgesetzliche Normen, die den verfassungsrechtlich gewünschten Wettbewerb sogar erschweren. Art. 87f Abs. 1 S. 1 GG impliziert einen Auftrag des Bundes, einen effizienten Wettbewerb zu ermöglichen und etwaige Begünstigungen der aus dem ehemaligen

⁷¹⁰ Wieland spricht hier von einem „in § 1 TKG zuvörderst genannten Ziel“, vgl. Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 17, dort: Fn. 62.

⁷¹¹ Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Aufl. 1997, § 2, Rz. 1; Herdegen, in: Beck'scher PostG-Kommentar, VerfGrdl., Rz. 23.

⁷¹² Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 25.

⁷¹³ Schütz, DVBl. 1997, 1146, 1146.

⁷¹⁴ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 25.

⁷¹⁵ Badura, in: Bonner GG-Kommentar, Art. 87f, Rz. 20.

⁷¹⁶ Stern, DVBl. 1997, 309, 310; VG Berlin, Beschluss vom 12.08.1997, VG 27 A 272.97, MMR 1998, 164, 167; Windthorst, S. 225.

⁷¹⁷ Schütz, DVBl. 1997, 1146, 1146

⁷¹⁸ Badura, ArchPT 1997, 277, 277f.; Stern, ArchPT 1996, 148, 149f.; Windthorst, S. 225; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87f., Rz. 3.

⁷¹⁹ Windthorst, in: Sachs, GG, Art.87, Rz. 20.

Monopolisten hervorgegangenen Deutschen Telekom AG auszugleichen.⁷²⁰ Blieben begünstigende Regelungen zugunsten des Marktführers bestehen, minimierte dies die Chancen für die (potentiell) neu in den Markt tretenden Wettbewerber auf ein wirtschaftliches Handeln. Dies wiederum führte unter Umständen dazu, gänzlich von einem Markteintritt Abstand nehmen oder nur ein beschränktes Produktportfolio anzubieten bzw. nur in einem räumlich beschränkten Gebiet tätig zu werden. Letzteres wiederum hätte zur Folge, dass entgegen der Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers gerade die weniger lukrativen ländlichen Regionen nicht von Wettbewerbern mitversorgt oder aber die Produkte nicht in der gewünschten Vielfalt angeboten würden.

Dabei sollte auch der Wettbewerb auf der Infrastrukturebene geschaffen und gesichert werden; es sollten nämlich neben dem Netz der Deutschen Telekom AG neue Netze entstehen. Der Gesetzgeber hat diesen Aspekt mit den Regelungen über die Zusammenschaltung von Netzen in §§ 35ff. TKG (1996) berücksichtigt.⁷²¹ Fehling spricht daher zu Recht von einer „Infrastrukturverantwortung“⁷²² des Staates und führt aus, Art. 87f GG spreche zwar im Gegensatz zu Art. 87e GG nicht von einem (Schienen-) Netz, jedoch sei naturgemäß auch im Telekommunikationsbereich ein solches Übertragungsnetz zwingend zur Erfüllung der Forderung nach einem flächendeckenden Dienstangebot erforderlich.⁷²³

Zusammenfassend kann konstatiert werden: Der Staat bleibt nach Art. 87f GG weiterhin in der Gewährleistungsverantwortlichkeit;⁷²⁴ er muss die gesetzlichen Rahmenbedingungen schaffen und ihn trifft die Kontrollpflicht dahingehend, dass der liberalisierte Markt tatsächlich zu einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen führt.⁷²⁵ In der Kombination mit der Übertragung der Leistungserbringung auf die Privatwirtschaft entfällt die Verantwortung des Staates somit nicht,⁷²⁶ sie ändert sich.

Die Erfüllungsverantwortlichkeit wurde demgegenüber unter Ausschluss des Staates in privatwirtschaftliche Hände gelegt; das Dienstleistungsangebot selbst durfte fortan nicht mehr als Verwaltungsaufgabe wahrgenommen werden, auch nicht in privatrechtlicher

⁷²⁰ Wegmann, S. 268, 269f.

⁷²¹ Fuhr/Kerkhoff, MMR 1999, 213, 217.

⁷²² Fehling, AöR 1996, 59, 81.

⁷²³ Fehling, AöR 1996, 59, 78f.

⁷²⁴ Schütz, DVBl. 1997, 1146, 1147; Fehling, AöR 1996, 59, 82 spricht hier von einem Grundversorgungsauftrag des Staates; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 11.

⁷²⁵ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 21.

⁷²⁶ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, Art. 87f, Rz. 20-22.

Form.⁷²⁷ Das verfassungsrechtliche Privatisierungsgebot muss nämlich umgekehrt auch als staatliches Betätigungsverbot betrachtet werden.⁷²⁸ Die Verfassungsänderung bedeutet eine Abkehr von der bis dahin existenten Gemeinwohlwirtschaft, wird diese Art der Wirtschaft doch durch die nun gebotene privatwirtschaftliche Ausgestaltung ausgeschlossen.⁷²⁹

An die Stelle der gemeinwohlorientierten Staatswirtschaft war eine privatwirtschaftliche Ausformung getreten.⁷³⁰ Mit der Begriffswahl „privatwirtschaftlich“ sollte der Umstand unterstrichen werden, dass Zweck der Verfassungsänderung nicht etwa eine reine Privatisierung des Telekommunikationsmarktes war, sondern unter Berücksichtigung des Infrastrukturauftrags für den Bund auch die Ausübung in private Hände gelegt werden sollte.⁷³¹ Man kann von einem Paradigmenwechsel hin zu einer privatwirtschaftlichen Ausübung sprechen.⁷³² Dabei stand die Wettbewerbsöffnung zugunsten einer besseren Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit Telekommunikationsleistungen bei Schaffung des Art. 87 f GG im Vordergrund stand; es ging nicht um die Freiheit oder die Gewinnerzielung der Unternehmen.⁷³³

Nach der nun gleichsam flankierend zum Art. 87f GG von der Verfassung in Art. 143b GG geforderten⁷³⁴ privatrechtlichen Organisation des Angebots von Telekommunikationsleistungen⁷³⁵ war das Sondervermögen Deutsche Bundespost (Deutsche Bundespost TELEKOM) in eine private Rechtsform zu überführen; man kann insoweit von einer formellen Privatisierung sprechen.⁷³⁶ Dies ist durch Gründung der Deutschen Telekom AG am 1. Januar 1995 geschehen.

Auch materiell-rechtlich war die Privatisierung umzusetzen, d.h. die unmittelbare oder mittelbare Mehrheit des Bundes an der Deutschen Telekom AG zu beseitigen.⁷³⁷ Die Bundesrepublik Deutschland hielt ausweislich des Geschäftsberichts 2006 der Deutschen Telekom AG am 31. Dezember 2006 unmittelbar 14,83 % und über die KfW (vormals: Kreditanstalt für Wiederaufbau) mittelbar 16,87 % der Aktien, also insgesamt 31,7 %.⁷³⁸

⁷²⁷ BT-Drs. 12/7269, Begründung in (I.) Allgemeines, S. 4; vgl. auch Röttmann, Archiv PT 1994, 193, 194; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f., Rz. 8; Schütz, DVBl. 1997, 1146, 1146f.; Gramlich, NJW 1994, 2785, 2787.

⁷²⁸ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 22.

⁷²⁹ Schmidt-Aßmann / Röhl, DÖV 1994, 577, 581; Gersdorf, AfP 1998, S. 39ff.; vgl. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 27.

⁷³⁰ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 22ff.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87f., Rz. 3; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 16.

⁷³¹ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 27.

⁷³² Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 1.

⁷³³ Sommer, S. 109ff.

⁷³⁴ Eifert, S. 156f.

⁷³⁵ Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. V, Art. 87f, Rz. 54 und 57; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 23.

⁷³⁶ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 23f.

⁷³⁷ Gersdorf, AfP 1998, 470, 475; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 24.

⁷³⁸ Geschäftsbericht 2006 der Deutschen Telekom AG.

Schließlich wird durch den Begriff der Privatwirtschaftlichkeit, der erst im Gesetzgebungsverfahren an die Stelle des ursprünglichen Begriffs der Privatrechtigkeit getreten ist, die klar gewollte und dem Art. 87f GG zugrunde liegende Abkehr von der bisherigen Staatswirtschaft verdeutlicht.⁷³⁹ Verfassungsverbindlich hatten fortan sowohl die Deutsche Telekom AG und wie die neuen Anbieter die Telekommunikationsleistungen in privatwirtschaftlicher Form zu erbringen.

Die Begriffswahl „privatwirtschaftlich“ ist überdies im Verein mit der Nennung anderer privater Anbieter in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ein deutliches Zeichen für die vom verfassungsändernden Gesetzgeber gewollte, den Vorgaben des Unionsrecht folgende Öffnung des Telekommunikationsmarktes für den Wettbewerb.⁷⁴⁰

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben sind für die hier in Rede stehende Ausgleichsregelung von entscheidender Bedeutung, fließen sie doch in die nach Art. 14 GG vorzunehmende Abwägung der Eigentümerinteressen einerseits und der Belange des Allgemeinwohls andererseits ein, wie weiter unten darzustellen sein wird.⁷⁴¹

Vor dem geschilderten verfassungsrechtlichen Hintergrund ist die Einführung des TKG, hier speziell des § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) und seiner Nachfolgevorschrift § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG, zu sehen.

⁷³⁹ Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. V, Art. 87f, Rz. 54.

⁷⁴⁰ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f., Rz. 27f.

⁷⁴¹ Vgl. Teil II D IV 2 c (3).

II) Einfachgesetzliche Regelung im Telekommunikationsgesetz

Mit § 12 Abs. 1 TWG wurden die Reichspost und ihre Nachfolger bis hin zur Deutschen Bundespost TELEKOM und genau genommen auch noch im Jahre 1995 die Deutsche Telekom AG ermächtigt, Telegraphenlinien durch den Luftraum über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, zu führen, soweit hierdurch keine dauerhafte, wesentliche Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung entstand – dies ohne einen irgendgearteten Ausgleich oder eine Entschädigung für den Grundstückseigentümer. Das Dritte Rechtsbereinigungsgesetz vom 28. Juni 1990⁷⁴² verschob § 12 TWG ohne inhaltliche Änderung in den § 10 TWG der neuen Fassung, die ab dem 1. Juli 1990 Geltung haben sollte.⁷⁴³ § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) und § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG n.F. sahen bzw. sehen für eine erweiterte Nutzung vorhandener Leitungen zu Zwecken der Telekommunikation einen einmaligen Ausgleich in Geld vor. Auf den Wortlaut der Bestimmungen wird es im Folgenden ankommen; so dass der Gesetztext nachfolgend im Kontext wiederzugeben ist. § 76 TKG lautet nunmehr in der seit 2004 geltenden Fassung:

- (1) Der Eigentümer eines Grundstücks, das nicht ein Verkehrsweg im Sinne des § 68 Abs. 1 Satz 2 ist, kann die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung von Telekommunikationslinien auf seinem Grundstück insoweit nicht verbieten, als
 1. auf dem Grundstück eine durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage auch für die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung einer Telekommunikationslinie genutzt und hierdurch die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird oder
 2. das Grundstück durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird.
- (2) Hat der Grundstückseigentümer eine Einwirkung nach Absatz 1 zu dulden, so kann er von dem Betreiber der Telekommunikationslinie *oder dem Eigentümer des Leitungsnetzes* einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn durch die Errichtung, Erneuerung oder durch Wartungs-, Reparatur- oder vergleichbare, mit dem Betrieb der Telekommunikationslinie unmittelbar zusammenhängende Maßnahmen eine Benutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt wird. Für eine erweiterte Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation kann darüber hinaus ein einmaliger Ausgleich in Geld verlangt werden, sofern bisher keine Leitungswege vorhanden waren, die zu Zwecken der Telekommunikation genutzt werden konnten ...“

⁷⁴² BGBl. 1990, I 1221.

⁷⁴³ BGBl. 1991, I 1053.

Sieht man von der rein redaktionellen Änderung in § 76 Abs. 1 Satz 1 TKG ab, unterscheidet sich die vorzitierte Regelung in § 76 TKG vom Wortlaut her nur in Absatz 2 Satz 1, von der früheren Bestimmung des § 57 TKG (1996), indem der vorstehend kursiv dargestellte Bestandteil „oder dem Eigentümer des Leitungsnetzes“ hinzugenommen wurde.

Bereits die bis zum Inkrafttreten des TKG (1996) geltende Vorgängervorschrift des § 10 Abs. 1 TWG sah für die Nutzung des Luftraumes durch die Deutsche Bundespost TELEKOM eine entsprechende Duldungspflicht des privaten Grundstückseigentümers vor – allerdings ohne jegliche Entschädigungs- oder Ausgleichsansprüche desselben. Sie lautete:

Die Deutsche Bundespost TELEKOM ist befugt, Fernmeldelinien durch den Luftraum über Grundstücken, die nicht Verkehrswege im Sinne dieses Gesetzes sind, zu führen, soweit nicht dadurch die Benutzung des Grundstücks nach den zur Herstellung der Anlage bestehenden Verhältnissen wesentlich beeinträchtigt wird.

Das TKG greift somit die über viele Jahrzehnte existente Überspannungsregelung des TWG auf, nimmt aber auch unter Rückgriff auf § 906 BGB eine auch den Boden betreffende Duldungspflicht an, wenn es nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung kommt.⁷⁴⁴ Die wegerechtlichen Vorschriften des TKG waren – wie zuvor bereits im TWG – zweigeteilt, nämlich einmal in den Bereich der öffentlichen Verkehrswege, zum anderen in sonstige Grundstücke⁷⁴⁵, zu denen neben privaten auch solche gehören, die in öffentlichem Eigentum stehen. Auf den ersten Blick fällt eine Erweiterung eben dieses Nutzungsrechts für den Bereich der sonstigen Grundstücke auf: War nach dem TWG nur die oberirdische Nutzung erfasst, darf nach dem TKG auch der Grund und Boden selbst in Form der Erdverlegung genutzt werden.⁷⁴⁶

Das TKG schafft in § 57 Abs. 1 Satz 1 (1996) bzw. nun § 76 Abs. 1 Satz 1 insoweit eine Duldungspflicht des Grundstückseigentümers gegenüber dem Inhaber der Telekommunikationslinie einerseits und dem Inhaber einer rechtlich gesicherten Leitung oder Anlage andererseits, diese Leitung auch für telekommunikationsmäßige Zwecke zu nutzen, soweit die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Diese Duldungspflicht hat zum einen die Umsetzung der oben genannten Vorgaben der Union zum Hintergrund. Allerdings darf man das hohe wirtschaftliche Interesse der Energieversorger an einer Vermarktung ihrer vorhandenen Leitungen nicht außer Acht lassen. Denn diese verfügten und verfügen in großem Umfange bereits seit Jahren entlang ihrer Versorgungstrassen über Kabel, die sie zu innerbetrieblichen Kommunikationsdiensten

⁷⁴⁴ Bassenge, in: Palandt, § 906, Rz. 22; Wolf, in: Hoeren, § 1, Rz. 45; Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 15.

⁷⁴⁵ Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 65.

⁷⁴⁶ Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 67.

nutzen. Dabei handelt es sich vornehmlich um das oberste, nicht stromführende Kabel der Hochspannungsleitungen, das als Lichtwellenleiter über eine Vielzahl von Fasern bzw. Faserpaaren verfügt. Mit der Schaffung des Duldungstatbestandes waren sie in der Lage, diese Leitungen für öffentlichen Telekommunikationszwecke zur Verfügung zu stellen, sprich: zu vermarkten.⁷⁴⁷

Ferner sah § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG (1996) eine weitere Duldungspflicht für den Fall vor, dass mit der neuen Grundstücksnutzung eine nur unwesentliche Beeinträchtigung desselben einhergeht. Eine Regelung, die in § 10 Abs. 1 TWG – dort allerdings beschränkt auf den Luftraum – ihren Vorgänger findet.⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 67.

⁷⁴⁸ Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 67.

C) Deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

Für die Bewertung der Frage, ob die im nationalen Recht angelegte Ausgleichsverpflichtung mit dem übergeordneten Unionsrecht in Einklang steht, ist nicht nur ein Blick auf den reinen Gesetzestext und die Entstehungsgeschichte der Norm erforderlich. Vielmehr bedarf es auch einer Betrachtung der einschlägigen Rechtsprechung. Dies gilt umso mehr, als die Ausgleichsregelung gerade durch die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Praxis eine Ausprägung erfahren hat, die ihren Anwendungsbereich gegenüber einer an ihrem Wortlaut orientierten Auslegung stark erweitert hat. Zunächst gilt es, die von der vom Bundesverfassungsgericht wie auch vom Bundesgerichtshof vertretene Interpretation mit ihren wesentlichen Argumenten darzulegen und die Auswirkungen dieser Auslegung auf den Ausgleichsanspruch herauszuarbeiten. Die detaillierte Aufbereitung der Ausführungen der beiden Gerichte ist vor dem Hintergrund gewählt, dass die von dort entwickelte Auslegung in der Rechtspraxis die dominierende Rolle einnimmt, die wirtschaftlich zu einer Ausweitung der Anwendungsfälle des Ausgleichsanspruchs führt. Daher ist eine klare Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung geboten.

I) **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz**

1) **Beschluss vom 25.01.1999 im Verfahren 1 BvR 1499/97⁷⁴⁹**

Diese Entscheidung befasst sich vor allem mit der Frage, ob die in § 76 TKG normierte Pflicht des Eigentümers, eine erweiterte Nutzung einer durch bzw. über sein Grundstück geführten Leitung nun zu Telekommunikationszwecken dulden zu müssen, eine zulässige Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1, S. 2 GG darstellt.

a) **Sachverhalt**

Die dortigen Beschwerdeführer hatten Verfassungsbeschwerde erhoben, nachdem die Zivilgerichte letztinstanzlich ihre Klage gegen ein Telekommunikationsunternehmen abgewiesen hatten; Letzteres hatte gegen den Willen der Beschwerdeführer in deren Grundstück auf einer Länge von ca. 45 m ein Erdkabel ins Erdreich verlegt und darüber hinaus auf dem Grundstück einen etwa 6 m hohen Mast sowie einen Kabelverzweigerkasten errichtet.

b) **Entscheidung**

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte zunächst die Verfassungsmäßigkeit des § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG (1996), d.h. die darin begründete Duldungspflicht: Mangels teilweisem oder gar vollständigem Entzug konkreter subjektiver Eigentumspositionen nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zugunsten öffentlicher Aufgaben⁷⁵⁰ sei nicht von einer Enteignungsregelung auszugehen, sondern von einer Inhaltsbestimmung in Sinne des Art. 14 Abs. 1, S. 2 GG, die den Kernbereich der Eigentumsgarantie nicht aushöhle⁷⁵¹ und vorliegend zulässig sei.⁷⁵² Die Gerichte seien gefordert, sich bei der Auslegung und Anwendung eigentumsbeschränkender Vorschriften gemäß Art. 14 Abs. 1 und 2 GG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an die in Art. 14 Abs. 1 und 2 GG vorgegebenen Grenzen zu halten; d.h. dem verfassungsrechtlich anerkannten Privateigentum sei unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ebenso Rechnung zu tragen wie der Sozialpflichtigkeit des

⁷⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798ff.

⁷⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 12.03.1986, 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, 66, 76; BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174, 191f. = NJW 1989, 1271, 1272.

⁷⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 22.11.1994, 1 BvR 351/91, BVerfGE 91, 294, 308 = NJW 1995, 511, 512.

⁷⁵² BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799.

Eigentums.⁷⁵³ Ferner seien die Gerichte gehalten, der auf dieser verfassungsrechtlichen Basis getroffenen Abwägungsentscheidung des (einfachen) Gesetzgebers zu folgen und diese nachzuvollziehen.⁷⁵⁴ Das Eigentum sei durch Privatnützigkeit und eine grundsätzliche Verfügungsbefugnis gekennzeichnet.⁷⁵⁵ Ferner sei das Eigentum in seiner Substanz zu erhalten;⁷⁵⁶ dies setze im Speziellen voraus, dass der Eigentümer sein Grundstück nach der Nutzungserweiterung zu Telekommunikationszwecken noch so nutzen könne wie zuvor; eine dauerhafte weitere Nutzungseinschränkung müsse ausgeschlossen werden.⁷⁵⁷ § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG (1996) stelle schließlich im Wesentlichen keine inhaltliche Änderung gegenüber dem vormaligen § 10 Abs. 1 TWG dar; lediglich sei der Anwendungsbereich vom Luftraum auch auf den Boden ausgedehnt worden, da die neue Regelung nicht nur die oberirdische, sondern auch die unterirdische Nutzung erfasse. Im Übrigen liege gegenüber § 10 Abs. 1 TWG lediglich eine dem § 906 Abs. 1 S 1 BGB angepasste negative Formulierung zugrunde. Die geringfügige Erweiterung der Duldungspflicht des Grundeigentümers sei in Abwägung mit dem gesetzgeberischen Ziel, die Voraussetzungen für einen Wettbewerb im Telekommunikationssektor zu schaffen, den Energieversorgern den Einstieg in das Telekommunikationsgeschäft zu erleichtern und im Interesse der Volkswirtschaft auch die unterirdische Nutzung zu ermöglichen,⁷⁵⁸ im Rahmen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums als Inhaltsbestimmung hinzunehmen.⁷⁵⁹

Während die Duldungspflicht des § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, verletzte die im konkreten Fall vorgenommene Auslegung dieser verfassungskonformen Norm jedoch das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Im vorliegenden Fall sei die Grenze der Zumutbarkeit des Eingriffs aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen Durchschnittsbenutzers jedenfalls durch Errichtung eines weithin sichtbaren Mastes und des Kabelverzweigers überschritten; offen bliebe, ob auch die unterirdische Kabelverlegung die Zumutbarkeitsschwelle bereits überschreite; dies sei davon abhängig, wie sehr die hierdurch die Nutzbarkeit des Grundstück eingeschränkt werde.⁷⁶⁰

⁷⁵³ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800.

⁷⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 12.03.1980, 1 BvR 759/77, BVerfGE 53, 352, 357f. = NJW 1980, 1617.

⁷⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfGE 79, 292, 303.

⁷⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 12.06.1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, 30 = NJW 1980, 985, 987; BVerfG, Beschluss vom 23.09.1992, 1 BvL 15/85 und 36/87, BVerfGE 87, 114, 139.

⁷⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800.

⁷⁵⁸ BT-Drs. 13/3609, Begr. zu § 56 TKG-E, S. 50 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁷⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799; Bassenge, in: Palandt, vor § 903, Rz. 33.

⁷⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800.

c) **Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch**

Mit dieser Entscheidung bestätigte das Bundesverfassungsgericht erstmals die Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Duldungspflicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG (1996) und qualifizierte sie als eine zulässige Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Eine weitere, für diese Arbeit wichtige Feststellung trifft das Bundesverfassungsgericht, soweit es die konkrete Auslegung der Norm als nicht verfassungsgemäß einstuft. Insoweit stellt das Gericht auf die Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks ab; dieses müsse auch weiterhin noch so genutzt werden können wie zuvor, eine dauerhafte Nutzungseinschränkung müsse vermieden werden. Im konkreten Fall sah es in dem weithin sichtbaren Mast sowie dem Kabelverzweiger solche dauerhaften, nicht mehr im Rahmen der Sozialbindung hinzunehmenden Beeinträchtigungen, ließ jedoch die Frage, ob auch die unterirdische Kabelverlegung schon zu einer solchen unzulässigen Nutzbarkeitsbeschränkung führe, offen.

Neben der grundsätzlichen Billigung der Duldungspflicht des Grundstückseigentümers durch das Bundesverfassungsgericht ist dem Beschluss jedoch ein weiteres maßgebendes Kriterium dort zu entnehmen, wo das Gericht „keine wesentliche Änderung“ gegenüber dem vormaligen § 10 TWG feststellt: Die Erweiterung der Nutzungsmöglichkeit auch in Bezug auf den Boden hält es in Abwägung mit den gesetzgeberischen Zielen aus Art. 87f GG für eine im Rahmen der Sozialpflichtigkeit hinzunehmende Inhaltsbestimmung. Im Übrigen – also auf den Luftraum bezogen – handele es sich gegenüber dem alten Recht nur um eine andere Formulierung.

Dieser Entscheidung sind daher drei Feststellungen zu entnehmen, die hier von Relevanz sind:

Die Erweiterung der Duldungspflicht auch auf die Nutzung des Bodens ist als zulässige Inhaltsbestimmung verfassungsgemäß.

Soweit der Luftraum in Rede steht, handelt es sich bei § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG um eine dem vormaligen § 10 TWG inhaltlich entsprechende Regelung.

Im Rahmen der Abwägung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG kommt es darauf an, ob das Grundstück weiterhin in gleicher Weise genutzt werden kann.

2) Nichtannahmebeschluss vom 18.01.2001 im Verfahren 1 BvR 1700/00⁷⁶¹

Die Entscheidung befasst sich zum einen mit der Beachtung des verfassungsrechtlichen Auftrags aus Art. 87f GG bei der nach Art. 14 Abs. 1, S. 2 GG gebotenen Abwägung. Zum anderen ist sie für die Fälle von Bedeutung, in denen Leerrohre oder bisher nur betriebsintern genutzte Kabel nun auch der Telekommunikation für die Öffentlichkeit dienen sollen.

a) Sachverhalt

In diesem Verfahren hatten die Beschwerdeführer gegen Zahlung etwa einer Viertelmillion Euro eine beschränkte Dienstbarkeit eingeräumt, auf einer Länge von etwa 2 km eine Gaspipeline und in dem ebenfalls dinglich gesicherten Schutzstreifen parallel hierzu ein Kabelschutzrohr unterirdisch zu verlegen, in das ein LWL-Kabel mit vier Faserpaaren eingezogen wurde. Letzteres diene zunächst der betriebsinternen Kommunikation im Rahmen der Überwachung und Steuerung der Anlage. Im Dezember 1995 vermietete die Beschwerdeführer das Kabel an ein Telekommunikationsunternehmen mit einer Übertragungswegelizenz und gestattete diesem die Nutzung. Im Jahr darauf verlegten sie ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers in das Kabelrohr ein weiteres LWL-Kabel mit 30 Faserpaaren, das nicht nur zur innerbetrieblichen Datenübermittlung, sondern auch zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit genutzt werden konnte. Der Bundesgerichtshof⁷⁶² hob das Berufungsurteil der OLG Hamm⁷⁶³ insoweit auf, als der klägerische Antrag auf Zahlung eines Ausgleichs abgewiesen worden war. Das OLG Hamm hatte den Ausgleichsanspruch mit Hinweis darauf verneint, ein zu Telekommunikationszwecken nutzbarer Leitungsweg sei bereits vorhanden gewesen, der überdies schon – wenn auch nur betriebsintern – zu solchen Zwecken genutzt wurde; diese Auslegung stehe im Einklang mit den Gesetzesmaterialien und verletze insbesondere nicht Art. 14 GG.⁷⁶⁴

b) Entscheidung

Auch in dieser Entscheidung bewertete das Verfassungsgericht die Norm des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) als zulässige Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG,

⁷⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960ff.

⁷⁶² BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.

⁷⁶³ OLG Hamm, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161ff.

⁷⁶⁴ OLG Hamm, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164.

die dem Gebot der Abwägung der schutzwürdigen Eigentümerinteressen einerseits und der Gemeinwohlbelange andererseits gerecht werde.⁷⁶⁵

Auf Seiten der Gemeinwohlinteressen stellte es den in Art. 87f GG zum Ausdruck kommenden Auftrag des verfassungsändernden Gesetzgebers ein, den mit hoher Bedeutung für die Volkswirtschaft versehenen Telekommunikationssektor flächendeckend ausreichend und angemessen durch einen wettbewerbsorientierten Markt sicherzustellen, in dem neben dem aus dem früheren Monopolisten hervorgegangenen privatrechtliche Unternehmen auch weitere privatrechtliche Anbieter in Wettbewerb zueinander stehen. Das Gericht erkannte mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien⁷⁶⁶ die Notwendigkeit des Gesetzgebers, die Rahmenbedingungen für einen solchen Wettbewerb zu schaffen. Im Hinblick auf die hohen Kosten, die mit der Errichtung großräumiger oder gar flächendeckender Netze einhergehen, billigte es aus verfassungsrechtlicher Sicht das gesetzgeberische Ziel, den ernsthaften Wettbewerb dadurch zu realisieren, dass die Nutzung bereits bestehender Netze, etwa der Energieversorger, nunmehr auch über die betriebsinternen Zwecke hinaus zu Telekommunikationszwecken genutzt werden durften. Es billigte ausdrücklich die vom Gesetzgeber vor diesem Hintergrund erlaubte Zweckänderung zur Nutzung als Telekommunikationslinie^{767 768}.

Die vom Gesetzgeber dem Grundeigentümer auferlegte Duldungspflicht ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „jedenfalls“ vor dem Hintergrund der vom Bundesgerichtshof vorgenommenen „erweiterten Auslegung“ des § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) nicht zu beanstanden.⁷⁶⁹ Letztere hatte zum Inhalt, dass „auch in Fällen der Ausweitung bisher gestatteter betriebsinterner Telekommunikation auf Dienstleistungen für die Öffentlichkeit“ ein einmaliger Geldausgleich verlangt werden kann, der sich nach den Marktverhältnissen für die Einräumung eines Nutzungsrechts zu Telekommunikationszwecken richtet.⁷⁷⁰

Das Bundesverfassungsgericht wertete ferner die Auslegung des Bundesgerichtshofs⁷⁷¹ zur Auslegung des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) als verfassungsrechtlich unbedenklich. Diese Interpretation halte sich noch innerhalb des Wortlauts der Vorschrift. Eine Nutzung zu Telekommunikationszwecken liege danach auch dann vor, wenn ein bisher nur zur betriebsinternen Kommunikation genutztes Kabel nun zusätzlich als Telekommunikationslinie

⁷⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961.

⁷⁶⁶ BT-Drs. 13/3609, Begr. zum TKG-E, S. 1.

⁷⁶⁷ BT-Drs. 13/4438, Stellungnahme des Bundesrates zu § 56 TKG-E, (Ziffer 68), S. 18 – § 56 TKG-E hat in der Gesetzesfassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁷⁶⁸ dazu insgesamt: BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961.

⁷⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961.

⁷⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961.

⁷⁷¹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.

genutzt oder in ein Leerrohr ein weiteres Kabel für Zwecke der Telekommunikation verlegt werde.⁷⁷²

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

Zum einen ist diese Entscheidung vorliegend von Bedeutung, als die nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erforderliche Abwägung tiefer auf den nach Art. 87f GG verfassungsrechtlichen Auftrag zur Gewährleistung einer flächendeckend angemessenen ausreichenden Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen eingeht. Das Gericht erkennt hier ausdrücklich die Notwendigkeit an, insoweit einen wettbewerbsorientierten Markt zu ermöglichen; in diesem Rahmen müsse insbesondere bei der notwendigen Schaffung großräumiger oder gar flächendeckender Netze auf bestehende Leitungswege zurückgegriffen werden können. Diese gesetzgeberische Intention billigte das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich.

Zum anderen aber gewinnt die Entscheidung auch in einem weiteren Bereich Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht billigte zwei ineinander greifende Auslegungen des Bundesgerichtshofs:

Zunächst halte sich die Interpretation noch verfassungsrechtlich unbedenklich innerhalb des Wortlauts in § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996), wenn der Bundesgerichtshof in folgenden Fällen von einer „Nutzung zu Telekommunikationszwecken“ im Sinne vorgenannter Vorschrift spreche: sei es bei der erweiterten Nutzung eines bisher nur für betriebsinterne Kommunikation genutzten Kabels als Telekommunikationslinie oder beim Nachverlegen eines Kabels für Zwecke der Telekommunikation in ein vorhandenes Leerrohr.

Darüber hinaus aber sah es die Duldungspflicht als verfassungsgemäß an, „jedenfalls“ vor dem Hintergrund der vom Bundesgerichtshofs vorgenommenen erweiterten Auslegung des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996), wonach ein Ausgleich auch dann geschuldet sei, wenn eine bisher gestattete betriebsinterne Telekommunikation auf Dienstleistungen für die Öffentlichkeit erweitert würde.

Der Entscheidung sind daher vorliegend drei Kriterien zu entnehmen:

In die nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gebotene Abwägung ist zugunsten der Duldungspflicht im Rahmen der in Art. 14 Abs. 2 GG verankerten Sozialbindung der verfassungsrechtliche Auftrag aus Art. 87f GG einzustellen, der nicht nur die flächendeckend angemessene und ausreichende Versorgung mit

⁷⁷² BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961.

Telekommunikationsdienstleistungen zum Gegenstand hat, sondern auch die Verpflichtung des Staates, die Rahmenbedingen für einen effektiven Wettbewerb zu schaffen, insbesondere durch einen Rückgriff auf bestehende Netze von Energieversorgungsunternehmen zum Zwecke der Telekommunikation.

Wird ein bisher nur betriebsintern genutztes Kabel nun für eine Kommunikation auch für die Öffentlichkeit genutzt oder in ein vorhandenes Leerrohr ein Kabel für solche Zwecke eingezogen, liegt hierin eine Nutzung im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996).

Wird ein bisher nur betriebsintern genutztes Kabel nun für eine Kommunikation auch für die Öffentlichkeit genutzt oder in ein vorhandenes Leerrohr ein Kabel für solche Zwecke eingezogen, liegt hierin eine erweiterte Nutzung, die zum Anspruch auf Zahlung einer einmaligen Ausgleichsleistung nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) führt.

3) Nichtannahmebeschluss vom 26.08.2002 im Verfahren 1 BvR 142/02⁷⁷³

Dieser Beschluss ist einerseits für die Frage von Interesse, inwieweit die volkswirtschaftliche Bedeutung des Telekommunikationssektors im Rahmen der Abwägung nach Art. 14 Abs. 1, S. 2 GG zu beachten ist. Zum anderen sieht er eine neue Nutzungsdimension, wenn eine bestehende Leitung nun (auch) gewinnbringend für öffentliche Telekommunikationszwecke genutzt wird.

a) Sachverhalt

Im zugrunde liegenden Ausgangsverfahren hatten sich die jetzigen Beschwerdeführer als Eigentümer eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks erfolglos gegen das Verlegen von Leerrohren und das Einblasen von LWL-Kabeln in dieselben durch die Beklagte gewandt. Letztere verfügte als Energieversorger über das durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dinglich gesicherte Recht, das Grundstück zum Einlegen, Belassen und Betreiben einer Erdgasleitung nebst Zubehör in einem zehn Meter breiten Schutzstreifen zu nutzen. Die Beschwerdeführer waren ihrerseits verpflichtet, Maßnahmen zu unterlassen, die den Bestand oder den Betrieb dieser Leitung einschließlich Zubehör gefährden könnten.

Die Beklagte hatte einige Jahre zuvor bereits gegen den Willen der Grundstückseigentümer im Schutzstreifen zwei Schutzrohre zur Aufnahme von bis zu zwei Lichtwellenleiterkabeln

⁷⁷³ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736ff. = NJW 2003, 196ff.

verlegen und diese einblasen lassen. Sie beabsichtigte aktuell, ein weiteres Schutzrohrbündel von acht Rohren für je zwei 120-faserige LWL-Kabel pro Rohr in den Schutzstreifen einzubringen. Die Beschwerdeführer hatten im zivilrechtlichen Ausgangsverfahren das Entfernen der bereits installierten Schutzrohrbündel begehrt sowie das Unterlassen des Einblasens von LWL-Kabeln in die Schutzrohre. Sie blieben in allen Instanzen mit dem Klagebegehren ohne Erfolg.

b) Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, da ihr keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukam, denn letztere setze eine verfassungsrechtliche Frage voraus, die sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lasse und die noch nicht – ggf. erneut, soweit sie durch veränderte Umstände nochmals klärungsbedürftig geworden sei – durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung geklärt sei. Vorliegend stehe das Bestimmtheitsgebot wie auch die Frage nach den Grenzen der Auslegung einfachen Rechts in Rede – insoweit liege eine, in der Entscheidung jeweils benannte, Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor und § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) bestimme hinreichend genau, wann den Eigentümer eine Duldungspflicht treffe.

Zum anderen aber bestätigte es die Auslegung der genannten Norm durch den Bundesgerichtshof als mit Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar. Danach falle unter den in Rede stehenden Anlagenbegriff der gesamte von der Dienstbarkeit für die unterirdische Verlegung von Erdgasleitungen einschließlich Zubehör geschützte Bereich mitsamt den Rohren.⁷⁷⁴ § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) stelle auch unter Anwendung dieses weiten Anlagenbegriffs keine Enteignung, sondern lediglich eine Inhaltsbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar, weil der Staat damit gerade nicht das Eigentum zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben ganz oder teilweise entziehe. Hier gehe es vielmehr nur um die Auferlegung einer (erweiterten) Duldungspflicht, ohne dass das Eigentum völlig oder auch nur zum Teil entzogen werde.⁷⁷⁵

Der Gesetzgeber sei in erster Linie gehalten, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen und dabei einerseits das grundgesetzlich anerkannte Privateigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sowie andererseits die in Art. 14 Abs. 2 GG genannte Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu beachten.⁷⁷⁶ Dabei sei ein ausgewogenes Verhältnis der schutzwürdigen

⁷⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 197.

⁷⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 197.

⁷⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 197; BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 16f. = NJW 2000, 2573, 2574.

Interessen des Eigentümers und der Gemeinwohlbelange herbeizuführen.⁷⁷⁷ Den Gerichten obliege es demgegenüber, bei der Auslegung eigentumsbeschränkender Vorschriften im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, den auf verfassungsrechtlicher Grundlage geschaffenen, in der in Rede stehenden Vorschrift zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers zu achten und nachzuvollziehen und sich so selbst innerhalb der von der Verfassung gesetzten Grenzen zu halten.⁷⁷⁸ Der Gesetzgeber habe sich vorliegend an diese verfassungsrechtlichen Vorgaben gehalten.

Art. 87f GG räume dem Telekommunikationsbereich einen hohen Stellenwert für die Volkswirtschaft ein und weise dem Bund die Aufgabe zu, für eine flächendeckende ausreichende Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen Sorge zu tragen. Diese in Art. 87f GG zum Ausdruck kommende Wertentscheidung sei daher mit den einschlägigen Rechtspositionen an Grund und Boden abzuwägen.⁷⁷⁹ Soweit der Gesetzgeber hier zu Lasten des Eigentümers eine Duldungspflicht begründet habe, sei folgenden Umständen Beachtung zu schenken:⁷⁸⁰

Zum einen knüpfe diese Pflicht an eine bereits rechtlich gesicherte Vorbelastung an, die regelmäßig im Einverständnis mit dem Eigentümer oder seinem Rechtsvorgänger geschaffen worden sei. Zum anderen gelte die Duldungspflicht nur insoweit, als mit der Errichtung, dem Betrieb oder der Erneuerung von Telekommunikationslinien keine dauerhafte zusätzliche Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks einhergehe. Ferner gewähre das Gesetz dem duldungspflichtigen Eigentümer einen Ausgleichsanspruch, wenn durch die Errichtungs- und sonstige Erhaltungsmaßnahmen an der Telekommunikationslinie unmittelbar die Benutzung des Grundstückes oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt werden. Des Weiteren habe der Eigentümer Schadenersatzansprüche, sollte sein Grundstück oder sein Zubehör infolge der Ausübung der zu duldenden Maßnahmen beschädigt werden.

Schließlich aber sei auch der Ausgleichsanspruch nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zu nennen, der dem Eigentümer bei einer erweiterten Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation einen einmaligen Ausgleich in Geld gewähre, sofern bisher keine Leitungswege vorhanden waren, die für Telekommunikationszwecke genutzt werden konnten. Diese Bestimmung sei dahin zu interpretieren, dass die Grundstückseigentümer

⁷⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 197; BVerfG, Beschluss vom 22.11.1994, 1 BvR 351/91, BVerfGE 91, 294, 308 = NJW 1995, 511, 512.

⁷⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 197; BVerfG, Beschluss vom 12.02.1980, 1 BvR 759/77, BVerfGE 53, 352, 357f.

⁷⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 197; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1999/97, NJW 2000, 798, 799.

⁷⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 198.

dann einen Geldausgleich erhalten, wenn Dritte das Grundstück zu Zwecken der Telekommunikation nutzen und daraus Gewinne erzielen, denn die dem Eigentümer regelmäßig bereits für die bestehenden Rechte entrichtete Vergütung decke diese neue Nutzungsdimension nicht ab. Die in Art. 87f GG getroffene Grundentscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers verlange vom Eigentümer keine unentgeltliche Duldung einer solchen Nutzungserweiterung, weil der aus der kommerziellen Nutzung erzielte Ertrag nicht vorrangig der Allgemeinheit zugute komme, sondern den Inhabern des Leitungsrechts. Daher lasse sich eine unentgeltliche Duldungspflicht weder mit der Sozialbindung des Eigentums noch mit dem konkreten Gesetzeszweck vereinbaren.⁷⁸¹

Zusammenfassend hält das Bundesverfassungsgericht es für verfassungskonform, dem Eigentümer eine geringfügig erweiterte und unter den dargelegten Umständen auszugleichende Duldungspflicht aufzuerlegen, um der in Art. 87f Abs. GG getroffenen Grundentscheidung nachzukommen. Schließlich werden sowohl die Privatnützigkeit als auch die grundsätzliche Verfügungsgewalt des Grundeigentümers erhalten, denn er könne das Grundstück nach der Nutzungserweiterung zu Telekommunikationszwecken im selben Umfang nutzen wie zuvor. Anders sei dies nur zu beurteilen, wenn die Nutzungsmöglichkeit gegenüber dem früheren Zustand durch die Maßnahme dauerhaft eingeschränkt werde;⁷⁸² aber dies schließe die Norm *in concreto* aus.⁷⁸³

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

Auch diese Entscheidung ist im Rahmen dieser Arbeit von Relevanz.

Zum einen billigt das Bundesverfassungsgericht die Auffassung des Bundesgerichtshofs, dass von der Duldungspflicht, um deren Ausgleich es hier geht, nicht nur das Versorgungsrohr selbst erfasst ist, sondern im Sinne eines weiten Anlagenbegriffs der gesamte von der Dienstbarkeit geschützte Bereich einschließlich der Rohre und des Zubehörs. Für oberirdisch geführte Stromleitungen ist analog der gesamte Bereich einschließlich der Kabel und des Zubehörs von der Duldungspflicht erfasst.

Zum anderen führt es im Rahmen der nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zugunsten der Duldungspflicht ausdrücklich den „hohen Stellenwert“ an, den das Grundgesetz dem Telekommunikationssektor für die Volkswirtschaft einräumt; die Duldungspflicht dürfe

⁷⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 198; BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961; BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/98, BGHZ 145, 16, 32f. = CR 823, 828; NJW 2000, 3206, 3210.

⁷⁸² BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1999/97, NJW 2000, 798, 800.

⁷⁸³ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 198.

nicht zu einer dauerhaften Nutzungsbeschränkung führen und knüpfe an eine meist bereits dinglich gesicherte Vorbelastung an, außerdem seien die Eigentümer durch Ansprüche gesichert: Neben dem etwaigen Ausgleichsanspruch im Zusammenhang mit der Errichtung oder Erhaltung von Telekommunikationsleitungen und Schadenersatzansprüchen im Falle von Beschädigungen sei hier insbesondere der Anspruch aus § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zu nennen.

Im Rahmen dieses Ausgleichsanspruchs kommt es zu sehr entscheidenden Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Dieses legt die Norm dahin aus, der Anspruch sei dann geschuldet, wenn Dritte eine Leitung gewinnbringend zu Zwecken der Telekommunikation nutzten, denn diese neue Nutzungsdimension sei von der für die bestehende Nutzung entrichteten Vergütung nicht erfasst. Eine unentgeltliche Duldung könne dem Eigentümer nicht abverlangt werden, da der aus der kommerziellen Nutzung erzielte Gewinn nicht vorrangig der Allgemeinheit zugute komme und sich eine unentgeltliche Duldung daher nicht mit der Sozialbindung und auch nicht mit dem konkreten Gesetzeszweck vereinbaren ließen.

4) Beschluss vom 20.01.2005 im Verfahren 1 BvR 290/01⁷⁸⁴

Dieser Beschluss stellt heraus, welches Recht des Grundstückseigentümers von der Duldungspflicht tangiert wird und wie es auszugleichen ist.

a) Sachverhalt

Dem Ausgangsverfahren lag die Klage der Eigentümer eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks gegen einen Energieversorger zugrunde, der aufgrund eines mittels einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gesicherten Rechts auf einer Länge von 96 Metern innerhalb eines 10 Meter breiten Schutzstreifens eine Erdgasleitung nebst Zubehör sowie zwei Kupferkabel zum Zwecke der betriebsinternen Sprachtelefonie in den Boden eingebracht hatte und nun gegen den Willen der Eigentümer innerhalb des Schutzstreifens zwei Leerrohre zur Aufnahme von Lichtwellenleitern einlegen ließ, in die sodann vier Kabel für externe Telekommunikationszwecke eingeblasen wurden.

Die Eigentümer hatten auf Beseitigung der Schutzrohre, die Feststellung der Schadenersatzpflichtigkeit des Energieversorgers sowie Zahlung eines Entgelts für die bisherige rechtswidrige Nutzung des Grundstücks geklagt, hilfsweise auf Zahlung eines

⁷⁸⁴ BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741ff.

einmaligen Ausgleichs sowie monatlicher Nutzungsentgelte jeweils mit Blick auf die erweiterte Nutzung zu Telekommunikationszwecken. In letzter Instanz war den Grundstückseigentümern lediglich ein einmaliger Ausgleich gemäß § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugesprochen worden.

b) Entscheidung

Während das Bundesverfassungsgericht mit Hinweis auf seine einschlägige Rechtsprechung die Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die sich aus § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) ergebende Duldungspflicht nicht zur Entscheidung annahm,⁷⁸⁵ wurde die Verfassungsbeschwerde in Bezug auf die Ausgleichspflicht nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) angenommen. Die angegriffenen Entscheidungen beruhten, so das Verfassungsgericht, auf einer grundsätzlich falschen Anschauung von der Bedeutung der Eigentumsfreiheit.⁷⁸⁶ Der Bestimmung komme nach der Rechtsprechung des Gerichts⁷⁸⁷ eine Ausgleichsfunktion für die vom Gesetzgeber in der genannten Regelung getroffene Inhalts- und Schrankenbestimmung zu. Die betroffenen Grundeigentümer sollen einen Ausgleich erhalten, wenn Dritte ihre Grundstücke zu Telekommunikationszwecken nutzten und daraus Gewinne erzielten,⁷⁸⁸ dabei sei bei ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu Gunsten Privater – anders als bei Enteignungen zugunsten der Allgemeinheit⁷⁸⁹ die grundrechtlich relevante Einbuße zu kompensieren.⁷⁹⁰

Bezogen auf die konkrete Norm sei somit ein Ausgleich dafür zu zahlen, dass der Eigentümer nicht mehr nach Belieben mit der Sache verfahren kann, d.h. eine Fremdnutzung untersagen oder sich eine solche marktüblich vergüten zu lassen. Auch dann, wenn eine betriebsinterne Nutzung zu Telekommunikationszwecken vorangegangen sei, bemesse sich die Höhe im Falle der Ausweitung auf öffentliche Telekommunikation am Marktwert oder, so sich ein solcher noch nicht gebildet habe, an dem Entgelt, das bei Verlegung der Versorgungsleitungen gezahlt werde.⁷⁹¹

Die im vorliegenden Fall zugrunde liegende Vereinbarung des Bayerischen Bauernverbandes mit der Beklagten des Ausgangsverfahrens, in dem für jede Nachverlegung von Kabelschutzrohren zwecks Errichtung von Telekommunikationslinien auf gesicherten

⁷⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741, 742.

⁷⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741, 742.

⁷⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 198.

⁷⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741, 742.

⁷⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 18.12.1968, 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/56, BVerfGE 24, 367, 421 = NJW 1969, 309, 316.

⁷⁹⁰ BVerfG, Beschluss vom 27.04.1999, 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289, 304f. = NJW 1999, 3769, 3771.

⁷⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741, 742f.; BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, NJW 2003, 196, 198; BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/98, BGHZ 145, 16, 34f. = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211.

Trassen 3,00 DM/m zu zahlen sind, sei als Basis für einen Marktwert schon wegen seiner eingeschränkten Voraussetzungen ungeeignet; im Übrigen müsste der Marktwert auf Grundlage einer freien Entscheidung der Marktteilnehmer nach den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage gebildet werden.⁷⁹²

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

In diesem Beschluss setzt sich das Bundesverfassungsgericht vertiefend mit der Bestimmung des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG auseinander, der es eine Ausgleichsfunktion für den Fall zuspricht, dass Dritte die Grundstücke zu Telekommunikationszwecken nutzen und hieraus Gewinne erzielen, denn hierbei handele es sich um eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung zu Gunsten Privater, bei der die grundrechtlich relevante Einbuße durch eine am Marktwert oder hilfsweise an dem Entgelt, das bei der Verlegung der Versorgungsleitung gezahlt wird, orientierte Vergütung zu kompensieren sei. Der Entscheidung sind daher für den Ausgleichsanspruch folgende Feststellungen zu entnehmen:

§ 57 Abs. 2 S. 2 TKG kommt eine Ausgleichsfunktion für die Fälle zu, in denen Dritte die Grundstücke gewinnbringend zu Telekommunikationszwecken nutzen, da die Duldungspflicht eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung zu Gunsten Privater ist.

Die Einbuße besteht darin, dass der Eigentümer nicht mehr nach Belieben mit seiner Sache verfahren, d.h. eine Fremdnutzung untersagen oder sich marktüblich vergüten lassen kann.

Die Ausgleichshöhe bemisst sich nach dem Marktwert oder hilfsweise nach dem Entgelt, das bei der Verlegung der Versorgungsleitungen gezahlt wird.

⁷⁹² BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741, 743.

II) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

Der Bundesgerichtshof hat sich bereits mehrfach mit dem Ausgleichsanspruch nach § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG bzw. der Vorgängervorschrift zu befasset.

1) Urteil vom 07.07.2000 im Verfahren V ZR 435/99⁷⁹³

a) Sachverhalt

Der Sachverhalt wurde bereits unter Ziffer I 3 im Rahmen des verfassungsgerichtlichen Verfahrens (1 BvR 142/02) dargestellt.

b) Entscheidung

Der Bundesgerichtshof führt zunächst unter Hinweis auf den verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 87f GG eine Abwägung mit den berechtigten Eigentümerinteressen durch und geht „bei entsprechender Handhabung des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996)“ von einer Verfassungsmäßigkeit der Duldungspflicht aus Absatz 1 aus.⁷⁹⁴

Mit seinem Hinweis auf die „entsprechende Handhabung“ meinte es seine eigenen Ausführungen unter III in eben diesem Urteil. Demnach lasse sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der Norm eindeutig entnehmen, ob der Ausgleichsanspruch auch bei einer Erweiterung einer bereits bestehenden betriebsinternen Telekommunikation auf eine kommerzielle öffentliche entstehe, daher sei eine verfassungskonforme Auslegung zulässig und geboten.⁷⁹⁵

Der Wortlaut „erweiterte Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation“ lasse eine Interpretation in beide Richtungen zu. Die Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikation“ in § 3 Nr. 16 TKG (1996) beschränke diese zwar nicht auf den Bereich der öffentlichen Informationsübertragung, so dass auch die reine Übermittlung von Betriebsdaten erfasst wäre, allerdings knüpfe § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) nicht an die im Definitionskatalog des § 3 TKG (1996) enthaltenen Differenzierungen an. Daher sei gerade nicht zweifelsfrei zu

⁷⁹³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.

⁷⁹⁴ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGBH 145, 16, 25ff., insbesondere 26 = CR 2000, 823, 825ff., insbesondere 826.

⁷⁹⁵ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGBH/ 145, 16, 29f. = CR 2000, 823, 827 = NJW 2000, 3206, 3209f. mit Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 30.06.1964, 1 BvL 16 bis 25/62, BVerfGE 18, 97, 111; BVerfG, Beschluss vom 15.05.1984, 1 BvR 464, 605/81 und 427, 440/82, BVerfGE 67, 70, 88.

erkennen, ob eine bereits bestehende, zu rein betrieblichen Zwecken genutzte Leitung den Ausgleichsanspruch ausschlieÙe.⁷⁹⁶

Gleiches gelte für die Entstehungsgeschichte. Die Ausgleichsregelung sei im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht enthalten gewesen und erst im Rahmen von Änderungsvorschlägen mit Blick auf die Eigentumsgarantie eingeführt worden; in der Begründung des entsprechenden Änderungsvorschlages wurde auf den Fall „einer völlig neuen Nutzung einer Trasse zu Zwecken der Telekommunikation“ abgestellt. Der Ausschuss für Post und Telekommunikation habe sich dem angeschlossen und einen Ausgleich „für den Fall, dass bisher ausschließlich die Durchleitung von Strom, Gas oder Wasser vertraglich geregelt (und dinglich gesichert) war, nun aber eine völlig neue Nutzung gesetzlich zu dulden ist, die vertraglich nicht geschuldet ist“, für sachgerecht gehalten. Insoweit sei man ausdrücklich davon ausgegangen, eine solche Ausgleichsverpflichtung würde die Energieversorgungsunternehmen nur in eingeschränktem Maße belasten. Den Materialien sei nicht konkret zu entnehmen, ob ein Ausgleich geschuldet sei oder nicht, wenn eine bisher nur der betriebsinternen Telekommunikation dienende Nutzung auf eine solche zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit erweitert werde.⁷⁹⁷

Der Bundesgerichtshof hält einen generellen Ausgleich für die in § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) normierte Duldungspflicht nicht für verfassungsrechtlich geboten, zumal die Grundstücke in unvermindertem Umfang wie bisher genutzt werden können.⁷⁹⁸

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs geht es jedoch nicht um einen Geldausgleich für eine weitere Nutzungsbeschränkung, sondern um eine Kompensation für die Einschränkung des Rechts des Grundstückseigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB) und eine Fremdnutzung zu untersagen, oder sich marktgerecht vergüten zu lassen.⁷⁹⁹ Nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sei vorliegend eine Ausgleichsregelung zwingend, weil sonst nicht das geforderte ausgewogene Verhältnis zwischen den widerstreitenden Interessen des Eigentümers und der Allgemeinheit gefunden werden könne; es ohne Ausgleich dulden zu müssen, dass Dritte die Grundstücke zu Telekommunikationszwecken gewinnbringend nutzen, sei auch vor dem Hintergrund der besonderen Sozialbindung des Grundeigentums nicht zu rechtfertigen.⁸⁰⁰ Dies wäre letztlich vom Schutzzweck des § 57 TKG (1996) nicht

⁷⁹⁶ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 30f. = CR 2000, 823, 827 = NJW 2000, 3206, 3210.

⁷⁹⁷ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 31f. = CR 2000, 823, 827 = NJW 2000, 3206, 3210 mit Hinweis auf BT-Drs. 13/4864 [neu], S. 81.

⁷⁹⁸ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210.

⁷⁹⁹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 827f. = NJW 2000, 3206, 3210.

⁸⁰⁰ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 827f. = NJW 2000, 3206, 3210; BVerfG, Beschluss vom 14.07.1981, 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137, 148.

mehr gedeckt, zumal der aus der kommerziellen Telekommunikation erzielte Ertrag nicht vorrangig der Allgemeinheit, sondern den Leitungsinhabern und deren Vertragspartnern zugute komme. Die den Grundeigentümern in der Regel im Zuge der Errichtung der Leitungswege gezahlten Vergütungen erfassten, so der Bundesgerichtshof weiter, die neue Nutzungsdimension nicht.⁸⁰¹

Ferner müsse die Inhalts- und Schrankenbestimmung allen übrigen Verfassungsnormen und damit auch dem Gleichheitssatz entsprechen;⁸⁰² ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Fälle einer erstmaligen Errichtung einer Telekommunikationslinie einerseits und einer Erweiterung oder Umnutzung einer bisher nur betriebsintern genutzten Linie andererseits sei nicht erkennbar; in beiden Fällen sei der Eingriff in das Eigentum gleich, weil er die Nutzbarkeit nicht dauerhaft zusätzlich einschränken dürfe; beide Fälle gingen über das bestehende Leitungsrecht hinaus. Es komme jeweils zu einer neuen Nutzungsdimension, die der Grundeigentümer nicht ohne Entschädigung hinzunehmen habe, weil der Dritte mit Gewinnerzielungsabsicht handelte. Von daher komme es nicht darauf an, ob eine betriebsintern genutzte Leitung ausgetauscht oder eine neue Leitung gebaut werde. Schließlich werde das auf Schäden des Telekommunikationsunternehmens erweiterte Haftungsrisiko des Eigentümers mit der Ausgleichspflicht abgegolten, wobei ob der ohnehin bereits bestehenden besonderen Sorgfaltspflicht bei Erdarbeiten im Bereich des Schutzstreifens das Haftungsrisiko nur zumutbar steige.⁸⁰³

Schlussendlich räumt der Bundesgerichtshof ein, die Verpflichtung zur Ausgleichszahlung führe zwangsläufig zu einer Verteuerung der von den Telekommunikationsanbietern zu entrichtenden Entgelte sowie der Endkundenpreise.⁸⁰⁴

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

Aus Sicht des Bundesgerichtshofs sind folgende Umstände für den hier in Rede stehenden Ausgleichsanspruch von Relevanz:

Der Ausgleichsanspruch entsteht im Rahmen einer zulässigen und gebotenen verfassungskonformen Auslegung des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) auch dann, wenn eine zuvor nur zur betriebsinternen Kommunikation genutzte Leitung nun auch durch Dritte kommerziell für öffentliche Telekommunikationszwecke genutzt wird.

⁸⁰¹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210.

⁸⁰² BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210; BVerfG, Beschluss vom 19.06.1985, 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191, 200; BVerfG, Beschluss vom 23.0.1992, 1 BvL 15/85 und 36/87, BVerfGE 87, 114, 139.

⁸⁰³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16 34 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211.

⁸⁰⁴ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 34. = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211.

Diese Auslegung ist zulässig und geboten, weil weder der Wortlaut „erweitere Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation“, noch die Entstehungsgeschichte eindeutig sind. Zum einen knüpft der Wortlaut nicht an die in § 3 TKG (1996) enthaltenen Differenzierungen im Bereich der Telekommunikation an, zum anderen ist den Gesetzesmaterialien nicht genau zu entnehmen, ob ein Ausgleich bei einer Erweiterung einer betriebsinternen Kommunikation auf eine solche für die Öffentlichkeit geschuldet ist oder nicht.

Ein genereller Ausgleich für die Duldungspflicht ist nicht geboten, weil die Grundstücke nach wie vor im selben Umfange genutzt werden können.

Es geht aber nicht um einen Ausgleich für eine etwaige Nutzungseinschränkung, sondern um die Beschränkung des Rechts des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, d.h. eine Fremdnutzung zu verbieten oder aber sich diese marktgerecht vergüten zu lassen.

Für die Verpflichtung, eine gewinnbringende Nutzung durch Dritte zu dulden, ist ein Ausgleich zwingend, weil der Ertrag nicht vorrangig der Allgemeinheit zugute kommt und eine entschädigungslose Duldung weder mit der Sozialbindung noch mit dem Gesetzeszweck vereinbar ist.

Schließlich ist diese, eine neue Nutzungsdimension erreichende Duldung regelmäßig nicht durch die für die vorhandene Leitung gezahlten Vergütungen abgegolten.

2) Neun Urteile vom 23.02.2001⁸⁰⁵

Hier hatte der Bundesgerichtshof über einen dem unter Ziffer 1 dargestellten Fall ähnlichen Sachverhalt zu entscheiden; in den Schutzstreifen einer Gasleitung waren LWL-Kabel für die Nutzung zu öffentlichen Telekommunikationszwecken verlegt worden. Dabei nahm das Gericht hinsichtlich der Ausgleichspflicht auf seine Ausführungen im o.g. Urteil Bezug.

⁸⁰⁵ BGH, Urteil vom 23.02.2001, V ZR 16/00, Umdruck bei www.jusline.de.

a) Sachverhalt

Auch hier ging es in allen Fällen um solche, die im Wesentlichen vom Sachverhalt dem unter Ziffer 1 beschriebenen gleichen mit der Maßgabe, dass die hiesigen Kläger lediglich die Beseitigung der neuen Telekommunikationskabel begehrten sowie Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz des durch die Beseitigung der Rohre entstehenden Schadens verpflichtet sind.

b) Entscheidung

Der Bundesgerichtshof versteht unter „Anlage“ im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) die Gesamtheit des von der Dienstbarkeit für die unterirdische Verlegung von Erdgasleitungen und Zubehör geschützten Bereichs, den Schutzstreifen, einschließlich der verlegten Rohre und des eingebrachten Zubehörs.⁸⁰⁶ Diese weite Auslegung sei vom Wortlaut her zulässig und von der Systematik des TKG her geboten, wie auch vom Gesetzeszweck, denn der Gesetzgeber hatte sowohl nach EG-rechtlichen Vorschriften⁸⁰⁷ wie insbesondere auch nach Maßgabe des Art. 87f GG die Aufgabe, eine flächendeckend angemessene und ausreichende Versorgung der Bevölkerung im Bereich der Telekommunikation durch die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs privater Anbieter zu gewährleisten.⁸⁰⁸

Hierzu sollten nach der Intention des Gesetzgebers im Interesse einer schnellen Herstellung eines flächendeckenden Netzes terrestrischer Telekommunikationslinien aus volkswirtschaftlichen Erwägungen, aber auch zur Sicherung des verfassungsrechtlich zu fördernden ausgewogenen Wettbewerbs unter Einbindung der Leitungsinfrastruktur der Energiewirtschaft auch private Grundstücke in Anspruch genommen werden.⁸⁰⁹ Bei bereits dinglich gesicherten Leitungen in einem Schutzstreifen, sollte die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser fremden Grundstücke erweitert werden, soweit das Grundstück durch die Nutzung zu Telekommunikationszwecken nicht zusätzlich beeinträchtigt wird. Dieses weite Verständnis des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) sei verfassungsrechtlich unbedenklich.⁸¹⁰

⁸⁰⁶ BGH, Urteile 23.11.2001 in den Verfahren V ZR 418 bis 427/00 und 27/01; V ZR 418/00 = TMR 2002, 128, 129; V ZR 419/00 = NJW 2002, 678, 678; V ZR 426/00 = MMR 2002, 305, 306.

⁸⁰⁷ insbesondere: Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

⁸⁰⁸ BT-Drs. 13/3609, Begr. zum TKG-E, Allgemeiner Teil, S. 33f.

⁸⁰⁹ BGH, Urteile 23.11.2001 in den Verfahren V ZR 418 bis 427/00 und 27/01; V ZR 418/00 = TMR 2002, 128, 129f.; V ZR 419/00 = NJW 2002, 678, 679; V ZR 426/00 = MMR 2002, 305, 306f.; BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 25f. = CR 2000, 823, 825f. = NJW 2000, 3206, 3208f.

⁸¹⁰ BGH, Urteile 23.11.2001 in den Verfahren V ZR 418 bis 427/00 und 27/01; V ZR 418/00 = TMR 2002, 128, 130; V ZR 419/00 = NJW 2002, 678, 679; V ZR 426/00 = MMR 2002, 305, 307.

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist insoweit für den Ausgleichsanspruch von Bedeutung, als mit dem weiten Anlagebegriff nicht nur das in der Erde verlegte Gasrohr oder Stromkabel bzw. das im Luftraum verlegte Kabel von der auszugleichenden Duldungspflicht erfasst sind, sondern der gesamte, von der jeweiligen Grunddienstbarkeit geschützte Bereich, also der gesamte Schutzstreifen, die gesamte Anlage einschließlich der Rohre, Kabel und des Zubehörs.

4) Urteil vom 14.05.2004 im Verfahren V ZR 292/03⁸¹¹

a) Sachverhalt

Die dortige Klägerin errichtete und betrieb Breitband-TK-Anlagen. Bei der Verlegung eines Breitbandkabels wurde eine Bahnstrecke gekreuzt. Infolge der sog. geschlossenen Verlegetechnik wurde das notwendige Leerrohr in einer Tiefe von 2,50 m unter der Gleisanlage hindurch gebohrt und das Kabel sodann eingezogen. Die Baugruben befanden sich neben der Gleisanlage; der Schienenverkehr war zu keiner Zeit beeinträchtigt. Die Beklagte hatte den Abschluss eines Gestattungsvertrages und die Zahlung von Verwaltungskosten und einem Nutzungsentgelt verlangt. Dieser Vertrag war unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Nachprüfung geschlossen worden. Die Klägerin hat eine negative Feststellungsklage erhoben mit dem Ziel festzustellen, dass der Beklagten keine Zahlungsansprüche zustehen.

b) Entscheidung

In diesem Verfahren geht der Bundesgerichtshofs zunächst davon aus, das Verlegen des Schutzrohres im Wege der geschlossenen Verlegetechnik und das spätere Durchziehen des Kabels beeinträchtigten das Grundstück nur unwesentlich im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG (1996); es komme hier weder auf die Substanzverletzung, noch – im Gegensatz zur Rechtslage bei § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) – auf eine Dauerhaftigkeit an.⁸¹²

Bezogen auf den hier in Rede stehenden Ausgleichsanspruch führt er zunächst aus, dieser entstehe aus verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht nur bei einer Ausweitung betriebsinterner Telekommunikation auf eine öffentliche bzw. bei der Nutzbarmachung bestehender Dienstbarkeiten für die Neuerrichtung von Telekommunikationslinien⁸¹³, sondern auch dann,

⁸¹¹ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03 – MMR 2004, 608ff.

⁸¹² BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03 – MMR 2004, 608, 608f.

⁸¹³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/98, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 827 = NJW 2000, 3206, 3210; BGH, Urteil vom 23.11.2001, V ZR 419/00, BGHZ 149, 213, 219f.

wenn ein Grundstück erstmals nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG (1996) in Anspruch genommen werde.⁸¹⁴ Er stellt nochmals deutlich heraus, ein solcher Ausgleich sei nicht etwa wegen einer Nutzungseinschränkung geboten, denn diese liege nicht vor, weil die Eigentümer ihr Grundstück weiterhin wie zuvor nutzen könnten. Vielmehr sei er geschuldet, weil der Eigentümer nicht mehr frei mit seiner Sache verfahren könne.⁸¹⁵

Sodann hebt er hervor, die Ansprüche nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TKG (1996) schlössen einander nicht aus, sondern könnten durchaus nebeneinander bestehen.⁸¹⁶

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

Diese Entscheidung bestätigt weitgehend nur vorangegangene Urteile des Bundesgerichtshofs; neu ist lediglich die Feststellung, dass die Ansprüche aus § 57 Abs. 1 und Nr. 2 TKG (1996) nebeneinander bestehen können.

Allerdings vertritt der Bundessgerichtshof hier ausdrücklich die Ansicht, es kämen Ausgleichsansprüche nach § 57 Abs. 2 Satz 1 und 2 TKG in Betracht, wenn der Eigentümer die Benutzung seines Grundstücks nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG dulden müsse. Er geht als nun auch in den Fällen von einer Ausgleichspflicht aus, in denen keine oder nur eine unwesentliche Beeinträchtigung der Grundstücke durch die erweiterte Nutzung zu Telekommunikationszwecken gegeben ist.⁸¹⁷

⁸¹⁴ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608, 610

⁸¹⁵ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608, 610

⁸¹⁶ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608, 610

⁸¹⁷ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608, 608ff., insbesondere Leitsatz Ziffer 3

5) Urteil vom 17.06.2005 im Verfahren V ZR 202/04⁸¹⁸

a) Sachverhalt

Die Beklagte unterhielt über den klägerischen Grundstücken eine Hochspannungsfreileitung, verlegte dort nachträglich zusätzliche Lichtwellenleiterkabel zu Zwecken der Telekommunikation und überließ sodann ohne Wissen des Klägers Dritten die Leitung zur Telekommunikationszwecken. Mit seiner Klage beehrte der Kläger die Gewährung eines Geldausgleichs für die Inanspruchnahme seiner Grundstücke durch die LWL-Kabel, hilfsweise einen angemessenen, ins Ermessen des Gerichts gestellten, Ausgleich. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen; die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

b) Entscheidung

In diesem Urteil sieht der Bundesgerichtshof *expressis verbis* keinen Anlass, seine Rechtsprechung zu ändern, nach der Ausgleichspflichtiger im Sinne des § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) bzw. § 76 Abs. 2 S. 2 TKG neben dem Betreiber als Inhaber der Funktionsherrschaft über die Telekommunikationslinie auch, wenn nicht sogar in erster Linie, das Energieversorgungsunternehmen sei; dieses sei Inhaber des Duldungsanspruchs nach Abs. 1 und zugleich Ausgleichsschuldner nach Abs. 2; dies sei nach altem wie nach neuem Recht so; die textliche Erweiterung in § 76 Abs. 2 S. 1 TKG stelle nur klar, was zuvor schon gegolten habe.⁸¹⁹ Er führt weiter aus, Auslöser für den Ausgleichsanspruch sei zwar die erweiterte Nutzung zu Telekommunikationszwecken; dabei genüge aber nicht die Vermietung der von dem Energieversorgungsunternehmen umgerüsteten oder zusätzlich installierten hochleistungsfähigen Kabel zu solchen Zwecken; vielmehr müsse die entsprechende Nutzung durch den Mieter hinzukommen; die Nutzung zu Telekommunikationszwecken, die der Energieversorger nicht selbst vornehmen müsse, bestimme nicht die Person des Anspruchsgegners, sondern den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs; so wie die Duldungspflicht – wie vom Bundesverfassungsgericht dargelegt⁸²⁰ – zugunsten beider bestehe, so richte sich gegen beide der Ausgleichsanspruch.⁸²¹ Als auslösendes Moment für den Ausgleichsanspruch betrachtet er damit die Nutzung durch den Mieter im Sinne einer „erweiterten Nutzung zu Telekommunikationszwecken“⁸²².

⁸¹⁸ BGH, Urteil vom 17.06.2005 V ZR 202/04, MMR 2005, 690ff.

⁸¹⁹ BGH, Urteil vom 17.06.2005 V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 690f.

⁸²⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961f.

⁸²¹ BGH, Urteil vom 17.06.2005 V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 691

⁸²² BGH, Urteil vom 17.06.2005 V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 690f.

c) **Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch**

Bezogen auf den Ausgleichsanspruch sind hier zwei Feststellungen des Bundesgerichtshofs von Bedeutung.

Zunächst hält er sowohl nach altem wie auch nach neuem Recht neben dem Betreiber als Inhaber der Funktionsherrschaft der Telekommunikationslinie das Energieversorgungsunternehmen für verpflichtet im Sinne der Ausgleichsregel, denn gerade ihm steht der Duldungsanspruch aus Abs. 1 zu; durch die textliche Erweiterung in Abs. 2 ist daher keine inhaltliche Änderung gegenüber dem TKG (1996) eingetreten.

Ferner genügt für die Entstehung des Ausgleichsanspruchs nicht die Vermietung zu Zwecken der Telekommunikation für die Öffentlichkeit; Auslöser ist vielmehr die tatsächliche Nutzung.

6) **Urteil vom 16.09.2005 im Verfahren V ZR 242/04**⁸²³

a) **Sachverhalt**

Dieser Entscheidung lag ein dem unter Ziffer 4) genannten Verfahren entsprechender Sachverhalt zugrunde, wobei das hier im Jahre 1994 nachgerüstete LWL-Kabel zu einem Drittel vom beklagten Energieversorgungsunternehmen für die Abwicklung betriebsinterner Kommunikation genutzt wurde, während die beiden übrigen Drittel ohne Wissen der Klägerin seit 1996 an ein Telekommunikationsunternehmen vermietet sind und sie seither kommerziell im Rahmen der Telekommunikation genutzt werden. Die Klägerin machte einen Ausgleichsanspruch nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) geltend.

b) **Entscheidung**

Gegenstand der genaueren Prüfung waren vorliegend die Fragen der Verjährung des Ausgleichsanspruchs sowie seiner Höhe. Der Bundesgerichtshof hat eher beiläufig seine oben dargestellte frühere Rechtsprechung zur Entstehung des Ausgleichsanspruchs sowie zur Schuldnerschaft von Telekommunikationsunternehmen und Energieversorger bestätigt,

⁸²³ BGH, Urteil vom 16.09.2005, V ZR 242/04, MMR 2005, 835ff.

ohne diese jedoch vertiefend zu begründen.⁸²⁴ Allerdings sieht er in dem Umstand, dass ein Betreiber mit einer Telekommunikationslinie beträchtliche Gewinne erzielen kann und bei einer Schädigung durch den Grundstückseigentümer entsprechende Haftungsrisiken auf diesen zukommen, keine Beeinträchtigung des Grundstücks, da lediglich hypothetische Haftungsrisiken nicht bereits zu einer Nutzungsbeeinträchtigung führten und der Duldungsanspruch sonst leer liefe, weil jede Leitung ein Haftungsrisiko in sich berge.⁸²⁵

c) Bedeutung der Entscheidung für den Ausgleichsanspruch

Für die vom Ausgleichsanspruch abzugeltende Duldungspflicht ergibt sich aus dieser Entscheidung die Klarstellung,

dass ein erhöhtes oder erhebliches Haftungsrisiko die Duldungspflicht nicht tangiert.

⁸²⁴ BGH, Urteil vom 16.09.2005, V ZR 242/04, MMR 2005, 835, 835f. mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 17.06.2005, V ZR 202/04, MMR 2006, 690ff. sowie BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.

⁸²⁵ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 23 = CR 2000, 823, 825 = NJW 2000, 3206, 3208; Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 20.

D) Eigene Wertung unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung zu § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

Ist in den vorstehenden Ausführungen die Interpretation der Ausgleichsregelung durch das Bundesverfassungsgericht und den Bundesgerichtshof ausführlich herausgearbeitet worden, gilt es, diese Auslegung unter Berücksichtigung der Meinungen in der Rechtsliteratur kritisch zu würdigen. Die eigene Beurteilung, in der ebenfalls die gesetzgeberische Intention wie auch der Zweck der Regelung eingestellt werden, orientiert sich an einer Betrachtung jedes einzelnen Tatebestandsmerkmals. Die Überlegungen führen darüber hinaus zu einer Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Ausgleichsnorm.

I) Anspruchsberechtigter

Die Bestimmung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) nennt selbst keinen Anspruchsgläubiger. Über die Wendung „darüber hinaus“ nimmt Satz 2 hinsichtlich des Anspruchsberechtigten Bezug auf Satz 1, der wiederum die Brücke zum Duldungspflichtigen im Sinne des Absatz 1 schlägt. Der Ausgleichsanspruch steht dem Eigentümer des von der Telekommunikationslinie betroffenen Grundstücks, das kein Verkehrsweg im Sinne des TKG ist, zu,⁸²⁶ sei diese unter- oder auch oberirdisch geführt. Dieser ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut auch der einzige Duldungsverpflichtete im Sinne des Absatzes 1, insbesondere scheidet etwa eine Duldungspflicht des Energieversorgers als Eigentümer einer solchen Leitung aus.⁸²⁷

II) Anspruchsschuldner

1) TKG (2004)

§ 76 Abs. 2 Satz 2 TKG nennt als Schuldner des Ausgleichsanspruchs *expressis verbis* den „Betreiber der Telekommunikationslinie“ und den „Eigentümer des Leitungsnetzes“.

Als Betreiber der Telekommunikationslinie bezeichnet man in Anlehnung an § 3 Nr. 2 TKG (1996) nach wohl einhelliger Meinung denjenigen, der die Funktionsherrschaft über diese Linie besitzt, mithin denjenigen, der die tatsächliche und rechtliche Kontrolle hierüber ausübt und bestimmen kann, ob und wie die Linie tatsächlich telekommunikationsmäßig genutzt

⁸²⁶ Demmel, in: Manssen (Hrsg.), § 57, Rz. 26.

⁸²⁷ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 29.

wird.⁸²⁸ Daneben haftet der Eigentümer des Leitungsnetzes, weil auch er aus der in Rede stehenden Grundstücksnutzung einen eigenen Nutzen zieht,⁸²⁹ insbesondere durch Vermietung von Glasfaserkabeln an die vorgenannten Betreiber. Gemäß § 76 Abs. 2 S. 4 TKG findet § 840 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung; daher ist von einer Gesamtschuldnerschaft von Betreiber und Eigentümer auszugehen.⁸³⁰

2) TKG (1996)

Fraglich ist, ob auch bereits nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) eine Haftung des Eigentümers der Leitung neben der des Betreibers der Telekommunikationslinie gegeben war. Diese Frage ist für die vorliegende Fragestellung von Bedeutung, da mit Annahme einer alleinigen Verpflichtung des Telekommunikationsunternehmens eine höhere Belastung derselben einherginge.

Für die Verfechter einer alleinigen Haftung des Betreibers⁸³¹ spricht eine rein am Wortlaut orientierte Betrachtung, da nur der Betreiber in der früheren Bestimmung genannt war und der Eigentümer erst in der ab 2004 geltende Gesetzesfassung Erwähnung findet. Dies gilt auch für den erst im Rahmen der TKG-Novelle 2004 eingefügten Satz 4 mit dem Hinweis auf die gesamtschuldnerische Haftung.

Der Bundesgerichtshof vertritt demgegenüber, wie oben dargestellt, die Auffassung, dass schon nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) eine Haftung, „wenn nicht sogar in erster Linie“, des Energieversorgungsunternehmens bestanden hat, denn dieses lasse basierend auf seinem Leitungsrecht und dem darauf gestützten Duldungsanspruch nach Abs. 1 die Telekommunikationslinien verlegen und vermarkte diese durch Vermietung.⁸³²

Dieser wirtschaftlichen Betrachtung ist zuzustimmen, da auch das Energieversorgungsunternehmen die Telekommunikationslinie betreibt; denn § 57 Abs. 2 verwendet gerade nicht die in § 3 Nr. 1 bzw. 2 TKG (1996) legal definierten Begriffe des „Betreibens von Übertragungswegen“ oder des „Betreibens von Telekommunikationsnetzen“. Der Gesetzgeber – so muss dieser Umstand ausgelegt werden – wollte daher den Begriff des „Betreibens“ in § 57 Abs. 2 TKG (1996) bewusst weiter verstanden wissen als das Betreiben bezogen auf die Übertragung von Informationen bzw. das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne der vorgenannten Definitionen. Im Übrigen fiel ein

⁸²⁸ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 44.

⁸²⁹ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 44.

⁸³⁰ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 44.

⁸³¹ Wohl auch: Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 44, der von einer „Änderung durch die TKG-Novelle 2004“ spricht.

⁸³² BGH, Urteil vom 17.06.2005, V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 690f.

Energieversorger, der seine Leitung zu Telekommunikationszwecken aufrüstet und hierüber selbst betriebsinterne Kommunikation abwickelt sogar unter den Begriff des Betreibers von Telekommunikationsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 2 TKG (1996), denn dieser umfasst auch das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle über die Gesamtheit von Funktionen, die für die lediglich nichtgewerbliche telekommunikationsmäßige Nutzung von Telekommunikationsnetzen erforderlich ist.

So hatte der Bundesgerichtshof bereits in seiner Leitentscheidung⁸³³ zutreffend unter Berufung auf die Überlegungen des Verfassungs- sowie des einfachen Gesetzgebers ausgeführt, gerade die Energieversorger seien im Sinne des § 57 Abs. 1 TKG Anspruchsberechtigte, denn die Anspruchsberechtigung setze eine Lizenzinhaberschaft nicht voraus. Die Entscheidung erging zu einer Zeit, als das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit nach § 6 TKG (1996) noch lizenzpflichtig war und die Energieversorger regelmäßig ob ihrer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 14 TKG (1996) diese Lizenz nicht erwerben konnten. Für diese Ansicht spricht auch der Umstand, dass – sollte der vom Gesetzgeber gewünschte Impuls über die Energieversorger überhaupt eintreten können – diese auch selbst als Inhaber und Planer der Netze begünstigt sein müssen; nicht erst der Betrieb, sondern auch die Errichtung öffentlicher Telekommunikationsnetze ist vom hier in Rede stehenden Wegerecht erfasst⁸³⁴, es genügt, wenn – so noch nach altem Recht – der Dritte Lizenzinhaber ist und dieser mit dem Inhaber der Grunddienstbarkeit vertraglich verflochten ist,⁸³⁵ etwa über entsprechende Leitungs- oder Fasermietverträge. Der Bundesgerichtshof geht daher zu Recht unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien davon aus, dass mit der Aufnahme des Eigentümers des Leitungsnetzes in § 76 Abs. 2 TKG keine inhaltliche Änderung gegenüber dem bisherigen Recht einhergeht.⁸³⁶

Dieser Rechtsprechung wie auch der Wertung des Gesetzgebers⁸³⁷, § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG enthalte keine Änderung gegenüber dem § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG, vielmehr sei durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt, dass eine Änderung nicht angezeigt sei, wird vereinzelt widersprochen.⁸³⁸ Die vorstehend erwähnte Begründung aus dem Gesetzgebungsverfahren bezog sich noch auf eine Textfassung der von der Bundesregierung vorgelegten Entwurfsvorschrift (§ 74 TKG-E), die dem § 57 TKG (1996) wortgleich war, und belegt deutlich, dass der Gesetzgeber die Rechtslage im Bereich der Nutzung von

⁸³³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 24ff. = CR 2000, 823, 826 = NJW 2000, 3206, 3208.

⁸³⁴ Dörr, in: Säcker, TKG, § 76, Rz. 5; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164.

⁸³⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164.

⁸³⁶ BGH, Urteil vom 17.06.2005 V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 691.

⁸³⁷ BT-Drs. 15/2316, Begr. zu § 74 TKG-E, S. 84 – § 74 TKG-E erhielt im Gesetz die Bezeichnung § 76 TKG.

⁸³⁸ Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 2; a.A. Bornofen, in: Hoeren, 4.3, Rz. 45.

Grundstücken, die keine Verkehrswege im Sinne des Telekommunikationsrechts, darstellen, keinesfalls im Zuge der TKG-Novelle abändern wollte.

Entsprechendes gilt für die Stellungnahme des Bundesrates, wenn darin die Änderung in dem später Gesetz gewordenen Text mit dem Hinweis auf die „Klarstellung“ gefordert wird, dass auch die Eigentümer des Leitungsnetzes in der Ausgleichspflicht stehen; Hintergrund waren explizit die Zahlungsverweigerungen einiger Energieversorgungsunternehmen unter Geltung des TKG (1996).⁸³⁹ Die Bundesregierung stimmte abschließend dem Vorschlag des Bundesrates zu.⁸⁴⁰ Mithin ging der Gesetzgeber *in toto* lediglich von einer im Interesse der Rechtsicherheit liegenden Klarstellung aus, die der Vermeidung künftiger Rechtsstreitigkeiten dienen sollte.⁸⁴¹

Der Blick des Gesetzgebers war bereits bei der Schaffung des TKG (1996) vor allem auf die Energieversorger gerichtet. Dass diese auch von Beginn an Gläubiger des Duldungsanspruchs und Schuldner des Ausgleichsanspruchs sein sollten, ergibt sich beispielsweise aus der Stellungnahme des Bundesrates zum ursprünglichen Regierungsentwurf, in der es ausdrücklich heißt: „Wer ein Grundstück für die Errichtung einer Telekommunikationslinie in Anspruch nehmen will, hat im Rahmen der Privatrechtsordnung hierfür die Berechtigung herbeizuführen und ein angemessenes Entgelt zu entrichten.“⁸⁴² Dem ist die Bundesregierung nachgekommen, wenngleich sie den Textvorschlag des Bundesrates abgelehnt hat.⁸⁴³ Noch deutlicher ergibt sich dies jedoch aus der Begründung des Ausschusses für Post und Telekommunikation zur vorgeschlagenen Änderung zum § 57 Abs. 2 TKG (1996), nach der die vorgesehene Ausgleichspflicht „in der Praxis nur in eingeschränktem Umfang zu einer Belastung der Versorgungsunternehmen“ führen werde.⁸⁴⁴ Mithin hatte der Gesetzgeber insbesondere eine Verpflichtung der Energieversorgungsunternehmen im Blick. Dies ist letztlich auch interessengerecht, denn derjenige, zu dessen Gunsten die Duldungspflicht besteht, war und ist nach der Intention des Gesetzgebers auch in der Ausgleichsverpflichtung.⁸⁴⁵

⁸³⁹ BT-Drs. 15/2316, Stellungnahme des Bundesrates zu § 74 TKG-E, S. 120 – § 74 TKG-E erhielt im Gesetz die Bezeichnung § 76 TKG.

⁸⁴⁰ BT-Drs. 15/2345, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zu § 74 TKG-E S. 6 – § 74 TKG-E erhielt im Gesetz die Bezeichnung § 76 TKG.

⁸⁴¹ BT-Drs. 15/2316, Stellungnahme des Bundesrates zu § 74 TKG-E, S. 120 – § 74 TKG-E erhielt im Gesetz die Bezeichnung § 76 TKG.

⁸⁴² BT-Drs. 13/4438, Stellungnahme des Bundesrates zu § 56 TKG-E, (Ziffer 68), S. 18 – § 56 TKG-E hat in der Gesetzesfassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁸⁴³ BT-Drs. 13/4438, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zu § 56 TKG-E, (zu Ziffer 68), S. 37 – § 56 TKG-E hat in der Gesetzesfassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁸⁴⁴ BT-Drs. 13/4864 [neu], Beschlussempfehlung des Ausschusses für Post und Telekommunikation zu § 56 TKG-E, S. 81 – § 56 TKG-E hat in der Gesetzesfassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁸⁴⁵ BGH, Urteil vom 17.06.2005, V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 691.

Danach kann abschließend festgestellt werden, dass sowohl nach dem TKG (1996) wie auch nach der TKG-Novelle 2004 eine gesamtschuldnerische Haftung des Betreibers der Telekommunikationslinie einerseits und des Eigentümers des Leitungsnetzes andererseits bestand und besteht.

III) Pflicht zur Duldung einer Einwirkung nach Absatz 1

Weiteres Tatbestandsmerkmal ist die zu Lasten des Grundstückseigentümers bestehende Pflicht, eine Einwirkung nach Absatz 1 zu dulden. Dies ergibt sich aus der Formulierung: „kann darüber hinaus“. Ein einmaliger Ausgleich in Geld kann über die nach Absatz 2 S. 1 für die Errichtung und Erhaltung der Telekommunikationslinie zu entrichtende Ausgleichszahlung hinaus verlangt werden. Diese setzt ihrerseits eine Pflicht zur Duldung einer Einwirkung nach Absatz 1 voraus.

Über die Tragweite dieser Bezugnahme ist ein Streit entbrannt, ob von der Ausgleichspflicht auch Fälle des Abs. 1 Nr. 2 erfasst sein können.

Der Bundesgerichtshof vertritt in bzw. seit seinem Urteil vom 14. Mai 2004⁸⁴⁶, wie oben⁸⁴⁷ eingehend dargelegt wurde, die Auffassung, Absatz 2 erfasse beide Alternativen im ersten Absatz; hierfür spreche zum einen der Wortlaut der Vorschrift, zum anderen aber auch der Umstand, dass sogar eine unwesentliche Beeinträchtigung des Grundstücks selbst durchaus eine unzumutbare Beeinträchtigung seines Ertrags oder seiner Benutzung nach sich ziehen könne; Objekt und Maßstab seien in den beiden Absätzen unterschiedlich.⁸⁴⁸

Diese Meinung hat auch in der Literatur ihre Zustimmung gefunden. Schuster legt die Regel in Absatz 2 ebenfalls dahingehend aus, sie erfasse gerade auch die Fälle des Abs. 1 Nr. 2 und wolle diese abgelden; jedoch seien davon keinesfalls dauerhafte Beeinträchtigungen erfasst, die nach Abs. 1 Nr. 2 nur unwesentlich sein dürften.⁸⁴⁹ Diese Sichtweise wird teilweise mit dem Wortlaut des § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) begründet; danach sei der Wortlaut des Absatz 2 Satz 1 so eindeutig, dass er eine systematische, vom Kontext ausgehende Auslegung⁸⁵⁰ ausschließe, denn diese finde ihre Grenze am Wortlaut.⁸⁵¹ Die jede andere Auslegungsmethode ausschließende Eindeutigkeit des Wortlauts soll sich dabei aus folgendem Umstand ergeben:

⁸⁴⁶ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608ff.

⁸⁴⁷ Vgl. Teil II C II 4.

⁸⁴⁸ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608, 609; Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 34ff. mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03, MMR 2004, 608ff.

⁸⁴⁹ Schuster, MMR, 1999, 137, 142.

⁸⁵⁰ Larenz, 324ff.

⁸⁵¹ Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 34ff.

Der Gesetzgeber spricht in Absatz 1 Nr. 2 von einer „Wesentlichkeit der Beeinträchtigung“ und in Absatz 2 S. 1 von einer „Unzumutbarkeit“. Aus dieser unterschiedlichen Wortwahl wird gefolgert, dass es auch zwei verschiedene Kriterien sind.⁸⁵²

Ferner wird im Zusammenhang mit dem „eindeutigen Wortlaut“ argumentiert, der Gesetzgeber hätte, so er die beiden dargelegten Begriffe hätte gleichsetzen wollen, den Ausgleichsanspruch nach Absatz 2 ausdrücklich nur auf Absatz 1 Nr. 1 beziehen müssen.⁸⁵³

Im Weiteren wird, insoweit von der bemühten Auslegungsmethodik her betrachtet inkonsequent, trotz des vermeintlich eindeutigen Wortlauts die wesentliche Systematik des Gesetzes herangezogen; die Technik einer solchen, im Rahmen des § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) unterbliebenen, Beschränkung sei dem Gesetzgeber des TKG durchaus zu eigen, wie die verschiedene Normen aus diesem Gesetz zeigten.⁸⁵⁴

Demgegenüber finden sich Stimmen, nach denen die Ausgleichspflicht nur an die Duldungspflicht des Absatzes 1 Nr. 1 anknüpft⁸⁵⁵ bzw. die nach Absatz 2 erforderliche „Nutzung über das Zumutbare hinaus“ grundsätzlich bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist, wenn die konkrete Grundstücksnutzung nach Absatz 1 Ziffer 2 zu dulden ist, das Grundstück also durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird.⁸⁵⁶ Dies ergebe sich bereits aus der Logik der Vorschriften: Der Duldungstatbestand des Absatz 1 Nr. 2 könne schon begrifflich nicht greifen, wenn – wie Absatz 2 voraussetzt – die Benutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt würden,⁸⁵⁷ so insbesondere nicht in den Fällen des Durchschießens von Kabeln durch Grundstücke.⁸⁵⁸

Einen Anwendungsfall der Ausgleichspflicht bei Duldungen nach Absatz 1 Nr. 2 dadurch für möglich zu halten, indem man die in Absatz 2 S. 1 genannten einmaligen Errichtungs- bzw. Wartungsarbeiten zwar noch als unwesentliche und damit zu duldenende Beeinträchtigungen des Grundstücks qualifiziere, in ihnen jedoch zugleich ein die Benutzung des Grundstücks unzumutbar beeinträchtigendes Verhalten sehe,⁸⁵⁹ begegne erheblichen Zweifeln und stelle

⁸⁵² Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 34ff.

⁸⁵³ Schuster, in: Hoeren; § 4.4, Rz. 34ff.

⁸⁵⁴ Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 34ff.

⁸⁵⁵ Dörr, in: Säcker, TKG, § 76, Rz. 35.

⁸⁵⁶ Hoeren, MMR 2004, 611, 611; Ulmen, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 57, Rz. 16; etwas einschränkend: Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 45; Schuster, MMR 1999, 137, 142

⁸⁵⁷ Hoeren, MMR 2004, 611, 611; im Ergebnis wohl auch: Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 45.

⁸⁵⁸ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 45.

⁸⁵⁹ Schuster, MMR, 1999, 137, 142; im Ergebnis wohl auch: Bosch, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 57, Rz. 16.

einen „begrifflichen Drahtseilakt“ dar.⁸⁶⁰ Bereits nach seinem Wortlaut knüpfe, so eine weitere Argumentation, der Ausgleichsanspruch ausschließlich an Absatz 1 Nr. 1 an, nicht aber auch an den Duldungstatbestand nach Absatz 1 Nr. 2.⁸⁶¹

Im Ergebnis ist der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auffassung zu folgen. Für beide Ausgleichspflichten des Absatzes 2 kommt eine Bezugnahme sowohl aus Absatz 1 Nr. 1 wie auch Nr. 2 in Betracht. Der Wortlaut der Bestimmung ist gerade nicht derart eindeutig, dass er jede andere Auslegungsmethode ausschliesse, so dass bei der Auslegung auch die Systematik des Gesetzes zu beachten ist.

Hinsichtlich der Ausgleichspflicht nach Abs. 2 S. 1 schränkt Absatz 2 seine Bezugnahme gerade nicht lediglich auf die erste Alternative in Absatz 1 ein. Der Gesetzgeber hätte jedoch im Wortlaut eine solche Beschränkung vorgenommen, wenn er die Ausgleichspflichten nur auf den ersten Fall hätte beziehen wollen. Zudem ist kein Grund erkennbar, warum der derjenige, der über ein dinglich gesichertes Leitungsrecht verfügt und eben diese Leitung nun auch zu Telekommunikationszwecken nutzt (Nr. 1), schlechter gestellt werden soll, als derjenige, der nach Nr. 2 u.U. ohne eine solche dingliche Absicherung eine neue Leitung errichtet oder dauerhaft unterhält. Eine solche Schlechterstellung würde vor allem die Energieversorger treffen, denen aber nach der (verfassungs-)gesetzgeberischen Intention gerade der Weg zur Öffnung ihres Leitungsnetzes für den neuen Telekommunikationsmarkt ermöglicht werden sollte. Eine Benachteiligung dieser Unternehmen hätte das Erreichen des gesetzgeberischen Ziels erschwert. Hierfür findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis.

Ausschlaggebend ist aber die unterschiedliche Regelungsmaterie der beiden Absätze: Letztlich haben beide Alternativen in Absatz 1 den Fall vor Augen, dass die zu duldende Telekommunikationslinie die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht dauerhaft einschränkt, im Falle der Nr. 1 nicht zusätzlich über das bereits abgesicherte Maß hinaus und im Falle der Nr. 2 gar nicht oder nur unwesentlich. Absatz 1 befasst sich daher mit den künftigen, auf Dauer angelegten Auswirkungen einer solchen Linie. Demgegenüber regelt Absatz 2 S. 1 die Fälle, in denen etwa mit der Errichtung einer solchermaßen zu duldenden Telekommunikationslinie für die Dauer der Arbeiten eine Beeinträchtigung der Nutzung oder des Ertrages des Grundstücks einhergeht, die das zumutbare Maß übersteigt. Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf die im hiesigen Beispielfall mit der Errichtung der Linie „unmittelbar zusammenhängenden Maßnahmen“. Wird beispielsweise entlang einer unterirdisch geführten Gasleitung eine Telekommunikationslinie verlegt, so führt dies u.U. zu

⁸⁶⁰ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Fußnote 71.

⁸⁶¹ Holzner/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 589.

Baumaßnahmen, die eine landwirtschaftliche Nutzung des Ackers im Bereich des Schutzstreifens oder gar darüber hinaus für die Zeit der Arbeiten ausschließt. Unter Umständen werden bereits im Wachstum befindliche Pflanzen im Rahmen der Baumaßnahmen beseitigt oder es kann nicht zur rechten Zeit mit der Aussaat oder Ernte begonnen werden. Daher wurde hier folgerichtig entgegen der Formulierung in Absatz 1 auch der „Ertrag“ des Grundstücks hinzugenommen.

Diese Fälle können aber in beiden Alternativen des Absatzes 1 zum Tragen kommen. Somit ist Absatz 2 S. 1 auch bezogen auf Absatz 1 Nr. 2 anwendbar.

Die gegenteilige Meinung verkennt, dass eine Telekommunikationslinie anlässlich ihrer eigentlichen Nutzung keine übermäßigen (weiteren) Nutzungsbeschränkungen zur Folge hat und daher nach Absatz 1 zu dulden ist, während ihre Errichtung, Wartung oder Erneuerung temporär durchaus zu unzumutbaren Nutzungsbeschränkungen oder Ertragseinbußen i.S.d. Absatzes 2 führen kann. Das eine schließt auch bei Nr. 2 das andere nicht aus.

Bezogen auf die hier in Rede stehende Ausgleichspflicht nach Abs. 2 S. 2 muss zum einen berücksichtigt werden, dass hier eine „Beeinträchtigung, die über das Zumutbare hinausgeht“, im Gegensatz zu Satz 1 nicht erwähnt ist. Diese Einschränkung kann auch nicht über den Begriff „darüber hinaus“ zum Tatbestandsmerkmal des Satzes 2 erhoben werden, denn hierdurch sollte erkennbar nur die Bezugnahme auf die Voraussetzungen des Absatzes 1 zum Ausdruck kommen. Dies lässt sich mit der Intention des Gesetzgebers zwanglos in Übereinstimmung bringen und entspricht im Übrigen einer den Gleichbehandlungsgrundsatz beachtenden Interpretation.

Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 haben die Fälle vor Augen, in denen die Telekommunikationslinie auf einem bestehenden, rechtlich gesicherten Leitungsweg (etwa im Rahmen von Stromversorgungslinien) basiert; während Absatz 1 unter den dort genannten Bedingungen die Unentgeltlichkeit dieser Verpflichtung, die Telekommunikationslinie als solche zu dulden, normiert, gewährt Absatz 2 S. 1 nach Maßgabe der dortigen Voraussetzungen dem Eigentümer im Zusammenhang mit den notwendigen Arbeiten einen Ausgleichsanspruch.

Satz 2 des 2. Absatzes regelt demgegenüber den Fall, dass der Grundstückseigentümer eine neue Telekommunikationsleitung dulden muss, man also nicht auf einen bestehenden, zu Telekommunikationszwecken genutzten oder nutzbaren Leitungsweg zurückgreifen kann. Hier soll der Grundstückseigentümer, der letztlich im Gegensatz zum Regelfall der in Absatz 1 vorausgesetzten Fälle bestehender und realisierter Leitungsrechte noch nicht im Rahmen

der Errichtung dieser Leitung entschädigt wurde, nach dem Willen des Gesetzgebers einen telekommunikationsrechtlichen Ausgleichsanspruch erhalten. Wie vorstehend bereits erwähnt, ist dies auch aus Gleichbehandlungsgründen geboten, widrigenfalls der Grundstückseigentümer sogar schlechter gestellt wäre, müsste er nun eine völlig neue Leitung dulden gegenüber den Fällen, in denen er schon faktisch einen Leitungsweg über bzw. durch sein Grundstück hinnehmen muss. Die zu duldende Belastung wäre größer, dennoch erhielte er im Gegensatz zum geringeren Eingriff keinen Ausgleich.

Nachdem somit beide Alternativen des Absatzes 1 die Ausgleichspflicht sowohl nach Abs. 2 S. 1 wie auch nach S. 2 auslösen können, besteht diese Pflicht also auch in den Fällen, in denen die Telekommunikationslinie selbst zu keiner oder nur einer unerheblichen Beschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks führt.

IV) Erweiterte Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation / „sofern bisher keine Wege vorhanden waren, die zu Zwecken der Telekommunikation genutzt werden konnten“

§ 76 Abs. 2 S. 2 TKG sieht entsprechend der vormaligen Norm für eine erweiterte Nutzung zu Telekommunikationszwecken einen einmaligen Ausgleich in Geld vor, „sofern bisher keine Leitungen vorhanden waren, die zu Zwecken der Telekommunikation genutzt werden konnten“. Hier kam es in der Folgezeit zu erheblichen praxisrelevanten Auslegungsschwierigkeiten.⁸⁶²

1) Wirtschaftlicher Hintergrund

Entlang der Versorgungsleitungen der Strom- oder Gasversorgungsunternehmen existierten vor Inkrafttreten des TKG (1996) bereits regelmäßig Betriebskabel, die der Steuerung und Überwachung der Leitung, aber auch der innerbetrieblichen Telekommunikation dienten. Bei den in der Erde verlegten Leitungen waren regelmäßig Schutzstreifen vorhanden, in denen z.B. Erdarbeiten oder das Anpflanzen von Bäumen verboten waren. Eine erweiterte Nutzung der erstgenannten Kabel war ohne großen Aufwand möglich; das zusätzliche Verlegen entsprechend nutzbarer Kabel in die vorgenannten Schutzstreifen war für die Nutzung des Grundstücks nicht weiter beeinträchtigend. Auf diese Weise konnten die vom (Verfassungs-) Gesetzgeber gewünschten neuen Netze schnell und wirksam entstehen. Das Zurückgreifen auf bestehende Netze hatte überdies den Vorteil, dass nicht noch mehr in Landschaft und Natur eingegriffen werden musste, um die für notwendig erachteten neuen Telekommunikationsnetze zu errichten.⁸⁶³

⁸⁶² Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 68.

⁸⁶³ Vgl. dazu insgesamt: Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 579

2) Zweck des Gesetzes

a) Förderung einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen

Ein wesentliches Ziel des Telekommunikationsgesetzes war es, die Herstellung neuer terrestrischer Telekommunikationsnetze schnell und kosteneffizient zu ermöglichen.⁸⁶⁴ Dies ergibt sich unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Vor diesem Hintergrund kann man von einem verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag mit vorgenannter Intention sprechen⁸⁶⁵, der neben der Entmonopolisierung auch die Wettbewerbsrealisierung im Focus hat. Zu Recht wird hieraus der Schluss gezogen, Art. 87f Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 GG vermittelte den in diesem Sinne privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen einen verfassungsrechtlichen Schutz ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung im Sinne eines grundrechtsähnlichen Rechts in dem Sinne, dass die privaten Telekommunikationsunternehmen auf die in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG enthaltene Grundentscheidung für den Wettbewerb beim Zugang zu und Handeln auf dem liberalisierten Telekommunikationsmarkt durch grundrechtsähnliche Gewährleistungen, insbesondere aus Art 14 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.⁸⁶⁶

Die hohe Bedeutung ausreichender eigener, nicht unbedingt im Eigentum, aber so doch in eigener Verfügungsgewalt stehender, Netze ist oben bereits dargelegt worden. Die neu in den Markt tretenden Wettbewerber mussten die Möglichkeit bekommen, ihre Netze schnell, effizient und kostengünstig aufzubauen, um einen Anreiz zu haben, in die Fläche zu gehen und sich nicht nur auf lukrative Ballungszentren zu konzentrieren. Hierzu eigneten sich die Hochspannungsnetze der Stromversorger sowie die Hochdruckleitungen der Gasversorgungsunternehmen hervorragend, wie der Gesetzgeber zutreffend erkannt hatte. Zur Erreichung seines Ziels war er gehalten, die Nutzung fremden Grundeigentums für diese Zwecke zu gestatten.⁸⁶⁷

In diesem Zusammenhang fällt ins Gewicht, dass die Deutsche Telekom AG ihrerseits nach Eröffnung des Wettbewerbs in einigen Bereichen der Telekommunikation, etwa des Angebots von Sprachtelefonie und Mobil- bzw. Satellitendiensten mit Inkrafttreten des TKG (1996) am 1. August 1996 immer noch über eine Monopolstellung verfügte, was ein flächendeckendes kabelgebundenes Telekommunikationsnetz anging, das für die öffentliche

⁸⁶⁴ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 1.

⁸⁶⁵ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 20.

⁸⁶⁶ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 27.

⁸⁶⁷ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 1.

Telekommunikation genutzt wurde,⁸⁶⁸ die Deutsche Telekom AG war der „Netzmonopolist im öffentlichen Telekommunikationssektor“.⁸⁶⁹ Letztlich ist an der im Jahre 2000 von Wieland⁸⁷⁰ getroffenen Feststellung auch heute noch festzuhalten, nach der das aus dem ehemaligen Sondervermögen Deutsche Bundespost TELEKOM hervorgegangene Unternehmen Deutsche Telekom AG eine so starke Stellung innehat, dass noch auf unbestimmte Zeit eine Regulierung notwendig ist, um eine Chancengleichheit der Wettbewerber zum genannten Unternehmen herzustellen.⁸⁷¹

Die Regulierung durch den Staat stellt daher ein adäquates, verfassungsrechtlich vorgegebenes Mittel zur Erfüllung der Universaldienstverpflichtung dar; sie ist damit gleichzeitig auf das ebenfalls nach Art. 87f Abs. 1 GG geltende Gebot zur Förderung und Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs gerichtet.⁸⁷² In diesem Rahmen haben die eigenen Netze der neuen Wettbewerber eine herausragende Bedeutung, so dass der Gesetzgeber die Randbedingungen schaffen musste.

Man kann die Wegerechte des TKG nicht „als Sicherung der Rechte derjenigen“ begreifen, „die bereits entlang ihrer Versorgungsleitungen Telekommunikationslinien besitzen bzw. diese für eigene Kommunikationszwecke verlegten Linien zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen ausbauen oder neue Telekommunikationslinien entlang ihrer Leitungen errichten wollen.“⁸⁷³ Vielmehr ergibt sich bereits aus den Gesetzesmaterialien⁸⁷⁴, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit erkannt hatte, diese Netze für den Telekommunikationsmarkt zu öffnen, da die neuen Wettbewerber bei einer Beschränkung auf die Nutzung von Verkehrswegen nicht in der Lage gewesen wären, in ausreichendem Maße eigene Netze aufzubauen.⁸⁷⁵ Dies war der Anlass für sein Handeln. Insoweit kann der Ansicht zugestimmt werden, die Wegerechte seien Ausdruck einer Nichtdiskriminierung; ohne einen gesetzlich ermöglichten Rückgriff auf die Netze der Energieversorger wären die Wettbewerbschancen von Anbietern, die auf diese Nutzung angewiesen sind, gegenüber anderen Anbietern, die überwiegend eine Leitungsführung unter Nutzung öffentlicher Wege oder sonstiger Verkehrswege realisiert haben, in ungerechtfertigter Weise gemindert.⁸⁷⁶

⁸⁶⁸ Burr, S. 9.

⁸⁶⁹ Burr, S. 8.

⁸⁷⁰ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 17.

⁸⁷¹ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 17.

⁸⁷² Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 16 und 25; Degenhart, K&R 2001, 32, 37; Hefekäuser, MMR 1999, 144, 150f.; Fuhr/Kerkhoff, MMR 1999, 213, 214f.

⁸⁷³ so aber: Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 5.

⁸⁷⁴ BT-Drs. 15/2316, Begründung zu § 74 TKG-E, S. 84 – § 74 TKG-E erhielt in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 76 TKG.

⁸⁷⁵ Bornhofen, in: Hoeren, 4.3, Rz. 9.

⁸⁷⁶ Vgl. dazu insgesamt: Schuster, in: Hoeren, § 4.4 Rz. 5.

b) Öffentliche Telekommunikation

Der Wortlaut des § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) sagt nicht ausdrücklich, ob die Leitung für Zwecke der Telekommunikation für die Öffentlichkeit genutzt werden muss oder ob auch eine Nutzung für interne Zwecke im Rahmen geschlossener Benutzergruppen ausreicht.

Hieraus wird zum Teil geschlossen, das Merkmal der „Öffentlichkeit“ sei daher unerheblich,⁸⁷⁷ schließlich habe der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Ausgleichsregelung auch im Rahmen der TKG-Novelle nicht eingeschränkt.⁸⁷⁸ Diese Ansicht verkennt aber den Sinn und Zweck der speziellen Regelung wie auch des TKG selbst: Die öffentliche Telekommunikation sollte gefördert werden, ging es doch um die flächendeckend ausreichende und angemessene Grundversorgung⁸⁷⁹ und nicht um nur intern genutzte Telekommunikationsnetze. Wenngleich die Bestimmung in § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) im Gegensatz zu § 68 TKG bzw. § 50 TKG (1996) nicht ausdrücklich das Tatbestandsmerkmal „für öffentliche Zwecke“ aufweist, so ist bereits aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auch hier eine zumindest auch öffentlichen Zwecken dienende Telekommunikationslinie zu fordern.⁸⁸⁰

Zunächst zeigt ein Blick auf § 10 TWG, der im Gesetzgebungsverfahren zum TKG (1996) Erwähnung findet und vom Bundesverfassungsgericht herangezogen wird⁸⁸¹, dass auch dort ein öffentlicher Zweck gemäß § 1 TWG vorausgesetzt war, ohne dass ein solcher in § 10 TWG ausdrücklich Erwähnung genannt war.⁸⁸²

Es wäre überdies verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, den Grundstückseigentümern Duldungspflichten aufzubürden, nach denen Dritte zu rein innerbetrieblichen Zwecken oder im Rahmen einer für die Öffentlichkeit abgeschotteten geschlossenen Benutzergruppe Daten und Informationen über bzw. durch ihr Grundstück übertragen und dazu ober- wie unterirdische Leitungen verlegen könnten. Eine solche Wertung widerspräche ferner der gesetzgeberischen Intention. Es ging nicht etwa darum, die im Übrigen schon in großer Zahl auf Basis bestehenden Rechts und dinglicher Absicherungen existenten und auch bereits zu internen Telekommunikationszwecken einschließlich solcher im Rahmen von geschlossenen Benutzergruppen genutzten Netze der Energieversorger für eine solche Eigennutzung durch

⁸⁷⁷ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 8 und 50.

⁸⁷⁸ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Fn. 11 (zu Rz. 8).

⁸⁷⁹ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 10 bis 15; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 14; BT-Drs. 12/2769, S. 5; Wegmann, S. 286ff.; Lerche, in: FS für Friauf, S. 251, 259.

⁸⁸⁰ Holznagel, Enaux, Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 576; Ulmen, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 57, Rz. 6.

⁸⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799.

⁸⁸² Heun, F, Rz. 276, 288.

die Energieunternehmen zu vergrößern. Vielmehr war es erklärtes Ziel, diese Netze für den Ausbau öffentlicher Telekommunikationsnetze nutzbar zu machen, um dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur flächendeckend ausreichenden und angemessenen Grundversorgung gerecht zu werden.⁸⁸³ Rein interne Netze hätten auf dem Weg zu diesem Ziel keinen Fortschritt gebracht.

Bei der konkreten Umsetzung des vorgenannten Ziels griff man auf Wegerechte zurück,⁸⁸⁴ also auf Mittel, die auch in den Jahrzehnten zuvor für den damaligen Monopolisten ebenfalls zum Aufbau eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes per Gesetz geschaffen worden waren. Der Rückgriff auf solche Wegerechte ist daher ein weiteres Indiz für die Öffentlichkeit des Netzes. Dies wird an einem weiteren Umstand deutlich. Bei der nunmehrigen Regelung des neuen liberalisierten Telekommunikationsmarktes hatte der Gesetzgeber die flächendeckenden Leitungsnetze der Energieversorger im Blick. Diese Netze wurden bereits zum großen Teil zu (internen) Telekommunikationszwecken genutzt oder konnten auch schon zur öffentlichen Telekommunikation eingesetzt werden. Vor dem Hintergrund der leichten Nachrüstbarkeit zu diesen Zwecken etwa im Zusammenhang mit dem regelmäßig notwendig werdenden Austausch des sog. Erdkabels der Fernstrecken (Hochspannungstrecken) konnten sie schließlich als Basis für die gesetzgeberisch gewünschten neuen Telekommunikationsnetze dienen. Der Gesetzgeber hielt es ausdrücklich für schädlich, nicht auf die bestehenden Leitungsnetze der Energieversorger zurückzugreifen.⁸⁸⁵ Diese Netze sollten als möglicher und wirksamer Grundstein für die öffentlichen Telekommunikationsnetze der Anbieter dienen.

Die potentiellen Wettbewerber mussten fremde Grundstücke zum schnellen und effizienten Aufbau alternativer Netze nutzen dürfen, um überhaupt in einen effektiven Wettbewerb mit der bisherigen Monopolisten Deutsche Telekom AG treten zu können und nicht ausschließlich auf die kostenintensive Mitnutzung des dortigen Netzes angewiesen zu sein.⁸⁸⁶ Eine Beschränkung auf das bestehende Netz der Deutschen Telekom AG wäre im Übrigen auch nicht geeignet gewesen, dem bereits mehrfach hervorgehobenen Verfassungsauftrag aus Art. 87f GG zu entsprechen; anstelle von neuen Netzen hätte für die Grundversorgung nur ein nun von vielen Unternehmen genutztes Netz des Marktbeherrschers zur Verfügung gestanden. Faktische wie ökonomisch oder juristisch bedingte Engpässe wären die Folge gewesen. Die Mitnutzung eines Netzes durch eine

⁸⁸³ BT-Drs. 13/3609, Begr. zu § 56 TKG-E, S. 50 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁸⁸⁴ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 1.

⁸⁸⁵ BT-Drs. 13/3609, Begr. zu § 56 TKG-E, S. 50 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁸⁸⁶ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 I, S. 155; Schuster, in: Hoeren, § 4.4, Rz. 5.

Vielzahl von Telekommunikationsunternehmen hätte gar zu einer Verschlechterung gegenüber dem Ausgangszustand führen können, denn die Nutzung eines Leitungsnetzes durch mehrere Unternehmen mit durchaus unterschiedlichen Zielen hätte die Gefahr von Engpässen sowie einer Anhäufung von Störfällen ansteigen lassen.

Ferner geht auch der Bundesgerichtshof von Duldungspflichten nur zugunsten von „der Öffentlichkeit dienenden Telekommunikationsnetzen“ aus, wenn er zu Recht im Zusammenhang mit der Duldungspflicht des § 57 Abs. 1 TKG (für den wortgleichen § 76 Abs. 1 TKG kann nichts anderes gelten) ausführt, eine Erweiterung auf ein solches Netz sei regelmäßig nicht von den den Energieversorgern eingeräumten Grunddienstbarkeiten erfasst,⁸⁸⁷ und er an späterer Stelle⁸⁸⁸ im Urteil *expressis verbis* von der Errichtung und dem Betrieb „eines der Information der Öffentlichkeit dienenden“ Telekommunikationsnetzes⁸⁸⁹ spricht.

Schließlich würde die gegenteilige Auffassung zum Beispiel einem privaten Nachbarn das Recht einräumen, von der Duldungspflicht Gebrauch zu machen, um eine über das Grundstück seines Nachbarn geführte Leitung zu privaten Telekommunikationszwecken zu nutzen.⁸⁹⁰ Dies ist weder vom Gesetz gewollt, noch wäre ein solcher Eingriff verfassungskonform.

Die in § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) normierten Wegrechte betreffen daher ausschließlich die öffentliche Telekommunikation; nur zu deren Herstellung und Aufrechterhaltung wurden die Duldungspflichten geschaffen; nur hierauf beziehen sich sodann folgerichtig etwaige Ausgleichspflichten.

c) völlig neue Nutzung bzw. Nutzungsdimension

Auch hierüber ist in Rechtsprechung und -lehre ein Auslegungstreit entstanden. Als Auslöser darf die viel beachtete Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Juli 2000⁸⁹¹ gelten, mit der die folgend zusammengefasste Interpretation der Ausgleichsregelung gemäß § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des damaligen § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) vertreten wurde:

Weder der Wortlaut „erweitere Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation“, noch die Entstehungsgeschichte sind eindeutig. Zum einen knüpft der Wortlaut nicht an die in § 3 TKG (1996) enthaltenen Differenzierungen im Bereich der Telekommunikation an, zum anderen ist den Gesetzesmaterialien nicht genau zu entnehmen, ob ein

⁸⁸⁷ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 20 = CR 2000, 823, 825 = NJW 2000, 3206, 3207.

⁸⁸⁸ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 26 = CR 2000, 823, 826 = NJW 2000, 3206, 3207.

⁸⁸⁹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 26 = CR 2000, 823, 826 = NJW 2000, 3206, 3209.

⁸⁹⁰ Heun, F, Rz. 276, 288.

⁸⁹¹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.

Ausgleich bei einer Erweiterung einer betriebsinternen Kommunikation auf eine solche für die Öffentlichkeit geschuldet ist oder nicht.

Ein genereller Ausgleich für die Duldungspflicht ist demgegenüber nicht geboten, weil die Grundstücke nach wie vor im selben Umfange genutzt werden können. Es geht aber nicht um einen Ausgleich für eine etwaige Nutzungseinschränkung, sondern für die Beschränkung des Rechts des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, d.h. eine Fremdnutzung zu verbieten oder aber sich diese marktgerecht vergüten zu lassen.

Der Ausgleichsanspruch entsteht im Rahmen einer zulässigen und gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Norm auch dann, wenn eine zuvor nur zur betriebsinternen Kommunikation genutzte Leitung nun auch durch Dritte kommerziell für öffentliche Telekommunikationszwecke genutzt wird. Für die Verpflichtung, eine gewinnbringende Nutzung durch Dritte zu dulden, ist ein Ausgleich zwingend, weil der Ertrag nicht vorrangig der Allgemeinheit zu gute kommt und eine entschädigungslose Duldung weder mit der Sozialbindung noch mit dem Gesetzeszweck vereinbar ist. Schließlich ist diese, eine neue Nutzungsdimension erreichende Inanspruchnahme regelmäßig nicht durch die für die vorhandene Leitung gezahlten Vergütungen abgegolten.

Der Bundesgerichtshof vertritt dies seither in ständiger Rechtsprechung, nicht zuletzt gestützt durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. August 2002⁸⁹².

Die Rechtslehre ist dem teilweise gefolgt. So nimmt etwa Bosch ohne nähere eigene Begründung, jedoch erkennbar mit Hinweis auf die „ausführliche Begründung“ des Bundesgerichtshofs⁸⁹³ ebenfalls eine Ausgleichspflicht an, wenn eine Leitung bisher schon zu betriebsinterner Kommunikation genutzt wurde.⁸⁹⁴

Gelegentlich scheint man der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus rein praxisbezogenen Erwägungen in eben dieser Eigenschaft als höchstrichterlichem Spruch zu folgen. Während Hamm noch in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 22. Oktober 1998⁸⁹⁵ ausdrücklich unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut sowie den auf dem verfassungsrechtlichen Infrastrukturauftrag basierenden Gesetzeszweck die gegenteilige

⁸⁹² BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736ff. = NJW 2003, 196ff.

⁸⁹³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = BGH, NJW 2000, 3206ff.

⁸⁹⁴ Bosch, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 57, Rz. 17.

⁸⁹⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161ff.

Auffassung vertreten hat,⁸⁹⁶ übernimmt er in einem weiteren Beitrag aus dem Jahre 2005 die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁸⁹⁷, ohne sich mit den einzelnen (Gegen-) Argumenten auseinanderzusetzen. Er fügt sich gleichsam in das Schicksal, stellt er doch einleitend zur Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung fest, die Frage, ob der Gesetzgeber einen engeren oder weiteren Anwendungsbereich gewollt habe, sei für die Praxis entschieden.⁸⁹⁸ Auch an späterer Stelle lässt er eine inhaltliche Auseinandersetzung vermissen, indem er auf die Billigung der BGH-Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht⁸⁹⁹ verweist; allerdings meldet er „aus gutem Grunde“ Bedenken an, ob die genannte Auslegung tatsächlich verfassungskonform ist.⁹⁰⁰

Eben dieser Frage wird nachfolgend nachzugehen sein, wobei sich die Abhandlung an den vorstehend zusammengefassten Entscheidungsschwerpunkten des Bundesgerichtshofs orientieren wird.

(1) Wortlaut des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) sowie die Intention des Bundesgesetzgebers

Im Gesetz heißt es: „... sofern bisher keine Leitungswege vorhanden waren, die zu Zwecken der Telekommunikation genutzt werden konnten“. Letzteres ist vom Wortlaut her betrachtet somit tatbestandliche Voraussetzung für die Ausgleichszahlung.⁹⁰¹ Nach seinem Wortlaut muss in der bisher fehlenden Telekommunikationsnutzbarkeit oder -nutzung des Leitungsweges eine Anspruchsvoraussetzung für das Recht auf eine Ausgleichszahlung gesehen werden.⁹⁰² In der Praxis ist es jedoch auch in dem Punkt zu einem Meinungsstreit gekommen, wie dieser scheinbar klare Gesetzestext zu verstehen sei.

Nach der bereits zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist der Wortlaut gerade nicht eindeutig; es sei weder am Wortlaut noch anhand der Gesetzesmaterialien festzustellen, ob eine lediglich betriebsinterne Kommunikation das Entstehen des Anspruchs hindere.⁹⁰³ In seinem weiteren Urteil vom 17. Juni 2005⁹⁰⁴ stellt der Bundesgerichtshof fest, auslösendes Moment für den Ausgleichsanspruch sei die „Nutzung durch den Mieter“. Der Bundesgerichtshof lässt weder das Vorhandensein einer zu Zwecken der Telekommunikation nutzbaren Leitung (so der Gesetzeswortlaut!), noch deren tatsächliche Nutzung zu

⁸⁹⁶ Hamm, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161ff., MMR 1999, 165, 168.

⁸⁹⁷ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16ff. = CR 2000, 823ff. = NJW 2000, 3206ff.

⁸⁹⁸ Hamm, MMR 2005, 358, 360.

⁸⁹⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/01, NJW 2001, 2960f.

⁹⁰⁰ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 5.

⁹⁰¹ Demmel, in: Manssen, § 57, Rz. 26.

⁹⁰² Hoeren, MMR 1998, 1, 5.

⁹⁰³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 45/99, BGHZ 145, 16, 29f. = CR 2000, 823, 827 = NJW 2000, 3206, 3209.

⁹⁰⁴ BGH, Urteil vom 17.06.2005, V ZR 202/04, MMR 2005, 690, 691.

Telekommunikationszwecken genügen, noch die Vermietung an Telekommunikationsunternehmen zu Zwecken einer kommerziellen Telekommunikation für die Öffentlichkeit. Entscheidend für die Entstehung des Anspruchs ist nach seiner Auffassung einzig der Beginn der kommerziellen Nutzung der Strecke für öffentliche Telekommunikationszwecke. Jede zeitlich später begonnene Nutzung dieser Art zieht keinen Ausgleichsanspruch nach sich.

Dem kann nicht gefolgt werden:

Es kommt nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte sowie der gesetzgeberischen Intention bei der Frage des Entstehens des einmaligen Ausgleichsanspruchs nach § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) ausschließlich auf die Nutzbarkeit einer Leitung an, also noch nicht einmal auf die faktische Nutzung derselben zu Telekommunikationszwecken; erst recht ist die Frage ohne Belang, ob diese für interne Zwecke oder für die Öffentlichkeit stattfindet; schließlich ist auch eine kommerzielle Nutzung unerheblich. Das Gesetz stellt abstrakt auf die Möglichkeit der telekommunikationsmäßigen Nutzung von Leitungen ab, nicht jedoch darauf, ob tatsächlich eine solche Nutzung durchgeführt wurde.⁹⁰⁵ Erst recht ist es dann nicht erforderlich, dass Leitungen für Telekommunikationszwecke für die Öffentlichkeit genutzt wurden.⁹⁰⁶ Eine solche ist allerdings Voraussetzung für die Duldungsansprüche selbst, wie vorstehend bereits ausgeführt wurde. Davon losgelöst ist die Frage zu beantworten, welche „Leitung“ das Entstehen einer Ausgleichspflicht verhindert. Hier gilt Folgendes: Nach dem Gesetzestext kommt der einmalige Ausgleichsanspruch nur dann in Betracht, wenn noch keine Leitung vorhanden war, die für Telekommunikationszwecke genutzt werden konnte.⁹⁰⁷ Dies bedeutet folgerichtig, dass eine Ausgleichspflicht ausscheidet, „wenn eine bisher für interne Telekommunikationszwecke genutzte Leitung (z.B. Glasfaserleitungen auf Hochspannungsmasten) künftig für öffentliche Telekommunikationszwecke genutzt werden soll“.⁹⁰⁸

In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf den in der Anspruchsnorm verwendeten Begriff der „Telekommunikation“ zu prüfen, ob hierunter nur die öffentliche Telekommunikation zu subsumieren ist oder ob es zur Abwendung einer Ausgleichszahlung ausreicht, wenn die bisher vorhandenen Kabel zur Übertragung betriebsinterner Daten genutzt wurden oder auch nur genutzt werden konnten. Der Begriff der „Telekommunikation“ ist in § 3 Nr. 22 TKG bzw. in § 3 Nr. 16 TKG (1996) legal definiert und umfasst jeden technischen Vorgang des

⁹⁰⁵ Demmel, in: Manssen, § 57, Rz. 26; Schütz, in: Beck'scher TKG Kommentar, § 76, Rz. 52; so auch: Scherer, NJW 2000, 772, 783f. (784); Scherer NJW 1998, 1607, 1614.

⁹⁰⁶ Hoeren, MMR 1998 1,5; Demmel, in: Manssen, § 57, Rz. 26.

⁹⁰⁷ Dörr, in: Säcker, TKG, § 76, Rz. 36; Ulmen, in: TKG, § 57, Rz. 18; Scherer, NJW 2000, 772, 783f. (784); Ellinghaus, CR 1999, 420, 425; offen lassend: Wendlandt, MMR 2004, 297, 298.

⁹⁰⁸ So auch Scherer NJW 1998, 1607, 1614; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164; Hoeren, MMR 1998, 1, 5; Schuster, MMR 1999, 137, 143.

Aussendens, Übermitteln und Empfangens von Nachrichten jeder Art in Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen.⁹⁰⁹ Dies spricht vorliegend für die Verwendung eines weiten, umfassenden Begriffs der Telekommunikation.⁹¹⁰ Eine Beschränkung der Telekommunikation auf eine öffentliche wird daher auch im Kontext der Ausgleichsregelung ausgeschlossen, da sich diese nicht im Wortlaut der Norm wieder findet.⁹¹¹

Im Übrigen spricht die Begründung zum Regierungsentwurf zum TKG (1996)⁹¹² für den umfassenderen und weiten Begriff der Telekommunikation.⁹¹³ Denn dort wird *expressis verbis* darauf hingewiesen, es gehe vordringlich um die Netze der Energieversorgungsunternehmen, die bereits entlang ihrer Versorgungstrecken Kabel für eigene Kommunikationszwecke verlegt hatten und ihr Netz zu einem öffentlichen Telekommunikationsnetz ausbauen wollten. Dem Gesetzgeber war dabei der Umstand bewusst, dass die Versorgungsunternehmen, die bereits in erheblichem Umfang neben ihren Energieleitungen auch schon Leitungen zur Abwicklung interner Kommunikation nutzten, nur im geringen Umfang belastet werden würden; daher ist bei einer Ausdehnung von bereits vom Leitungsrecht erfasster betriebsinterner Kommunikation auf eine öffentliche Telekommunikation kein Ausgleich zu zahlen.⁹¹⁴ Der Gesetzgeber nimmt also schon in der Begründung eine klare Abgrenzung zwischen „öffentlichen Telekommunikationsnetzen“ einerseits und sonstigen Telekommunikationszwecken andererseits vor.⁹¹⁵ Er unterscheidet zudem bei seinen Legaldefinitionen genau zwischen den verschiedenen Formen der Telekommunikation:

Im Gegensatz zum – erg.: weiten – Begriff der „Telekommunikation“ in § 3 Nr. 22 TKG bzw. § 3 Nr. 16 TKG (1996) definiert er an anderen Stellen die engeren *termini technici*, so in § 3 Nr. 16 bzw. § 3 Nr. 12 TKG (1996) den Begriff der „öffentlichen Telekommunikationsnetze“ und in § 3 Nr. 19 TKG (1996) den der „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“. Schließlich werden die öffentlichen Netze auch in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG (1996) *expressis verbis* als Unterfall der Telekommunikation genannt.⁹¹⁶

Hätte der Gesetzgeber tatsächlich nur eine bereits vorliegende Nutzung zu öffentlichen Telekommunikationszwecken genügen lassen wollen, um einen Ausgleichsanspruch zu

⁹⁰⁹ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 51; Hoeren, MMR 1998, 1, 5.

⁹¹⁰ Schütz, in: Beck'scher TKG Kommentar, § 76, Rz. 51.

⁹¹¹ Hoeren, MMR 1998, 1, 5.

⁹¹² BT-Drs. 13/3609, Begründung zu § 56 TKG, S. 50 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁹¹³ Hoeren, MMR 1998, 1, 5.

⁹¹⁴ Schütz, in: Beck'scher TKG Kommentar, § 76, Rz. 51; Hoeren, MMR 1998, 1, 5; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164; Ellinghaus, CR 1999, 420, 425.

⁹¹⁵ BT-Drs. 13/3609, Begr. zu § 56 TKG-E, S. 50 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁹¹⁶ Hoeren, MMR 1998, 1, 5.

verhindern, so hätte er dies durch Verwendung der im selben Gesetz und auch bereits im Entwurf definierten Begriffe deutlich gemacht. So aber verwendet er eine sehr weite Formulierung; er spricht, betrachtet man noch einmal den wirtschaftlichen und faktischen Hintergrund der Norm, von „Leitungswegen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können“, also noch nicht einmal von Telekommunikationsleitungen oder -linien. Es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber just in der Ausgleichsregelung seine eigenen Begriffe nicht richtig angewandt haben sollte. Der Gesetzgeber hat nicht nur bereits in der Begründung den „richtigen“ Gebrauch seiner in eben diesem Gesetz definierten Begriffe bewiesen; vielmehr wendet er diese auch im Gesetz selbst an. So spricht er beispielsweise in § 86 TKG von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit, während in § 88 TKG der Begriff der Telekommunikation i.w.S. Anwendung findet. Die unterschiedlich definierten Fachausdrücke werden vom Gesetzgeber somit durchaus zielgerichtet und differenzierend eingesetzt; so auch im Rahmen der Ausgleichsregelung. Dem Gesetzgeber hier einen Irrtum unterstellen zu wollen, lässt sich schon anhand der Gesetzesbegründung nicht rechtfertigen, sondern ausschließen. Die Begriffswahl des Gesetzgebers spricht gerade zusammen mit der Begründung des Gesetzes⁹¹⁷ eine deutliche Sprache dahin, dass zu Recht der weite, umfassende Begriff der Telekommunikation gemeint war.

Die rein betriebsinterne Nutzung z.B. eines Steuerungskabels stellt somit bereits eine Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation dar, da auch die betriebsinterne Telekommunikation als Telekommunikation im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG (1996) zu sehen ist; wird dieses Kabel durch ein solches, das dann für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit genutzt werden kann, ersetzt, liegt hierin keine „erweiterte Nutzung“, wie im Gesetz nach seinem eindeutigen Wortlaut vorausgesetzt wird.⁹¹⁸ Dies muss erst recht gelten, wenn zuvor schon eine Nutzung zu Telekommunikationszwecken im Rahmen einer geschlossenen Benutzergruppe zu verzeichnen war, also bereits in klassischer Weise über die Leitungswege telefoniert oder Telefaxe übermittelt wurden.

So hatte das OLG Frankfurt in einem Fall zu entscheiden, in dem neben einer Gaspipeline bereits ein HDPE-Kabelschutzrohr mit LWL-Kabel verlegt war; das Gericht wertete diesen Umstand zu Recht als einen solchen, der verfassungsrechtlich unbedenklich für die Entstehung des Ausgleichsanspruchs schädlich war.⁹¹⁹ Zutreffend führte es aus, es sei nicht das gesetzgeberische Ziel gewesen, die Energieversorger, die neben der Deutschen Bahn über ein flächendeckendes, telekommunikationstaugliches Kabelnetz verfügten, zu

⁹¹⁷ BT-Drs. 13/3609, Begründung zu § 56 TKG-E, S. 50 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

⁹¹⁸ Schuster, MMR 1999, 137, 143.

⁹¹⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164.

privilegieren; vielmehr sei der Gesetzgeber um die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages aus Art. 87f GG bemüht gewesen.⁹²⁰

Ganz entscheidend ist jedoch folgender Umstand:

Legte man den Hinweis auf bereits vorhandene Leitungswege in Absatz 2 Satz 2 TKG mit dem Bundesgerichtshof dahin aus, dass davon nur solche erfasst sind, die bereits zu öffentlicher Telekommunikation genutzt wurden, so führte das zu einer Privilegierung der Deutschen Telekom AG. Diese war bis zum Inkrafttreten des TKG (1996) alleiniger Anbieter von leitungsgebundenen Nachrichtenwegen für die öffentliche Telekommunikation.⁹²¹ Diesem Aspekt ist, soweit erkennbar, nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt worden, obgleich ihm eine wichtige Bedeutung zukommt. Die vom Bundesgerichtshof vertretene Auffassung hätte sogar zur Folge, dass der aus dem bisherigen Monopolisten hervorgegangene Marktbeherrscher und Inhaber des zu Beginn der Liberalisierung einzigen öffentlichen Telekommunikationsnetzes alleine, gerade bezogen auf eben dieses umfassende Netz, von der Ausgleichspflicht befreit wäre, wohingegen alle neuen Telekommunikationslinien nach Lesart des Bundesgerichtshofs mit einer solchen Ausgleichspflicht belastet würden. Dies führte des Weiteren zu einer Festigung der Marktmacht des Marktbeherrschers, denn dieser war im Gegensatz zu den neuen Wettbewerbern nicht auf einen weiteren Rückgriff auf die in Rede stehenden Netze der Energieversorger angewiesen, er verfügte bereits über ein ausgedehntes öffentliches Telekommunikationsnetz. Für die neuen Unternehmen wären die Markteintrittsvoraussetzungen dagegen deutlich erschwert, käme die Ausgleichsverpflichtung doch zu den eigentlichen Errichtungs- oder Mietkosten sowie den laufenden Unterhaltungskosten einer solchen Telekommunikationslinie hinzu. Eine solchermaßen wettbewerbsverzerrende oder gar einen echten Wettbewerb verhindernde Intention ist dem Gesetzgebungsverfahren jedoch nicht zu entnehmen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber das marktbeherrschende Unternehmen so hätte bevorzugen wollen. Es war im Gegenteil erklärtes Ziel, den von Verfassung wegen aufgegebenen Auftrag zu erfüllen, der auch und gerade die Voraussetzungen für einen offenen und fairen Wettbewerb zum Gegenstand hatte. Die Umsetzung ist ihm nicht gelungen, wie in dieser Arbeit deutlich wird; jedoch lässt dies keine Zweifel an der gesetzgeberischen Intention zu, wie sie vorstehend beschrieben ist.

Hinzu kommt ein Weiteres:

Folgte man der Ansicht des Bundesgerichtshofs, führte die Pflicht zur Duldung einer kommerziellen Nutzung der Leitungen zu öffentlichen Telekommunikationszwecken stets zu

⁹²⁰ OLG Frankfurt, Urteil vom 22.10.1998, 1 U 169/97, MMR 1999, 161, 164; so auch Schütz, in: Beck'scher TKG Kommentar, § 76, Rz. 53.

⁹²¹ Hoeren, MMR 1998, 1, 5.

einer unzumutbaren Beschränkung im Sinne des Absatzes 2 Satz 1; die im Gesetzestext zu findende Eingrenzung wäre daher überflüssig. Die Duldungspflicht besteht, wie dargelegt, nur zugunsten der öffentlichen Telekommunikation, die wiederum nach dem in Art. 87f GG angelegten Konzept privatwirtschaftlicher Natur ist; nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Duldungspflicht solcher Betätigungen jedoch immer ausgleichspflichtig, weil der hieraus erzielte Gewinn nicht vorrangig der Allgemeinheit zugute kommt.⁹²²

Die höchstrichterliche Rechtsprechung steht auch in einem weiteren Punkt dem Gesetzestext entgegen. Die hier in Rede stehende Ausgleichsregelung für eine erweiterte Nutzung eines Leitungsweges zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit wird nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Leitungsweg bereits zu Telekommunikationszwecken *in concreto* genutzt wird, sondern auch dann, wenn eine solche Nutzung überhaupt nur möglich ist. Geht man von den technischen Gegebenheiten aus, ist jeder Leitungsweg, der für eine auch nur betriebsinterne Steuerung oder Telekommunikation genutzt werden könnte, auch nutzbar für eine Telekommunikation für die Öffentlichkeit. Die Rechtsprechung wäre somit allenfalls – stellte man die vorgenannten Bedenken einmal zurück – dann mit dem Gesetzestext in Übereinstimmung zu bringen, wenn dort nur von einer vorherigen „Nutzung“ zu (im Sinne der genannten Rechtsprechung) nicht öffentlich-kommerzieller Telekommunikation die Rede wäre. Das Gesetz spricht aber ausdrücklich auch von der „Nutzbarkeit“. Diesen Widerspruch vermag die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht aufzulösen; es ist nicht möglich, die dortige Auffassung mit diesem Gesetzeswortlaut in Übereinstimmung zu bringen.

Der Wortlaut des Gesetzes, der nur auf die „Nutzbarkeit zu Telekommunikationszwecken“ und nicht auf die faktische Nutzung abstellt, aber auch die gesetzgeberische Intention und vor allem die Vorgaben des Art. 87f GG und des Unionsrechts lassen somit nur den Schluss zu, nach dem das Vorhandensein von Leitungswegen, die auch nur zu betriebsinterner Kommunikation genutzt wurden oder genutzt werden könnten, den Ausgleichsanspruch nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) ausschließt. Die gegenteilige Auslegung durch den Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht läuft nicht nur dem Gesetzeswortlaut zuwider, sondern auch der gesetzgeberischen Intention, denn das TKG wurde 1996 erlassen mit dem Ziel, das Monopol der Deutschen Bundespost TELEKOM aufzuheben und den Weg für einen freien Telekommunikationsmarkt zu ebnen. Es sollte u.a. ein freier Wettbewerb zwischen den im Telekommunikationsbereich tätigen Unternehmen geschaffen werden. Auch die dem TKG vorausgehenden Richtlinien der Union verfolgen

⁹²² BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 45/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 827f. = NJW 2000, 3206, 3210.

wettbewerbsfördernde Zwecke.⁹²³ Dieser Wettbewerb würde aber unter Zugrundelegung dieser Auslegung erschwert oder verzerrt werden, da die Deutsche Telekom AG weiterhin ohne Ausgleichszahlungen das von ihren Rechtsvorgängern übernommene großflächige öffentliche Telefonnetz nutzen dürfte, während die Wettbewerber in jedem Falle einer erstmaligen Inanspruchnahme von Grundstücken, die keine Verkehrswege sind, mit einer Ausgleichszahlung belastet würden.

Bezogen auf die hier interessierende Ausgleichspflicht bedeutet die hier vertretene, am Wortlaut und der gesetzgeberischen Intention orientierte, Rechtsauffassung eine deutlich geringere Belastung der Wettbewerber, da diese weitgehend auf Leitungswege der Energieversorger zurückgreifen konnten und können, die zumindest zu Telekommunikationszwecken genutzt werden konnten und daher keine Ausgleichszahlung mehr bedingen können. Allerdings bleiben, auch bezogen auf den Luftraum, durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen die Betreiber im Zuge der Errichtung ihres öffentlichen Telekommunikationsnetzes gegenüber den Grundstückseigentümern zum Ausgleich verpflichtet sind, nämlich dann, wenn noch keine Leitungswege vorhanden waren, die zu Telekommunikationszwecken genutzt wurden oder genutzt werden konnten.

(2) Ausgleich für Nutzungsbeschränkung oder für die Einschränkung des Rechts, mit der Sache nach Belieben zu verfahren?

Wie oben dargestellt, gehen der Bundesgerichtshof⁹²⁴ und ihn bestätigend das Bundesverfassungsgericht⁹²⁵ davon aus, die Ausgleichspflicht solle nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die grundrechtlich relevante Einbuße kompensieren; es gehe dabei um das mit der auferlegten Duldungspflicht eingeschränkte Recht des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, d.h. eine Fremdnutzung zu untersagen oder sich marktgerecht vergüten zu lassen. Danach soll die in Rede stehende Regelung gerade nicht einen Ausgleich für die weitere Nutzungsbeeinträchtigung schaffen; ein solche liege im Übrigen nicht vor.⁹²⁶

Dieser Wertung, die auch in der Rechtsliteratur Zustimmung erfahren hat,⁹²⁷ ist im Grundsatz beizupflichten, denn die Ausgleichsregel in Absatz 2 S. 2 knüpft – im Gegensatz zu derjenigen nach Satz 1 – nicht an eine irgendgeartete Nutzungs- oder Ertragsbeeinträchtigung an. Die Ausgleichsansprüche betreffen völlig unterschiedliche Sachverhalte.

⁹²³ Vgl. ausführlich: Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 1, Rz. 2 ff. bzw. Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 1, Rz. 1f. mit Hinweis auf Grussmann, a.a.O., Einleitung Teil B, Rz. 1ff.

⁹²⁴ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210.

⁹²⁵ BVerfG, Beschluss vom 20.01.2005, 1 BvR 290/01, NJW-RR 2005, 741, 742f.

⁹²⁶ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210.

⁹²⁷ Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 51 und 53; Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 2.

Daher kann die gegenteilige Meinung⁹²⁸ nicht überzeugen. Soweit sie beispielsweise anführt, beim Einblasen von Lichtwellenleitern in Kabel liege mangels Eingriffs in die Erdoberfläche keine Nutzungsbeeinträchtigung⁹²⁹ des Grundstücks vor, so ist dem beizupflichten, nicht aber der Folgerung, daher sei rechtsdogmatisch ein Ausgleich ausgeschlossen.⁹³⁰ Maßstab des Ausgleichsanspruchs ist nicht der Grad einer Nutzungsbeeinträchtigung; auf eine Beeinträchtigung kommt es bei der Frage, ob eine Ausgleichspflicht generell in Betracht kommt, nicht an. Der einmalige Geldausgleich nach Absatz 2 Satz 2, welcher auch als „rechtliches Novum“⁹³¹ bezeichnet wird, soll im Gegensatz etwa zur Enteignungsentschädigung für den Bau von Stromversorgungstrassen nicht den Gegenwert für eine Substanzschmälerung abgelten; vielmehr geht es lediglich um die Kompensation des Rechts eines Dritten, die vorhandene Versorgungsstrasse zu einem zusätzlichen (hier: telekommunikationsmäßigen) Zweck zu nutzen, wobei diese Nutzung auf die Beschaffenheit oder Verwendbarkeit des Grundstücks keinen Einfluss hat.⁹³² Unabhängig von einer irgendgearteten Nutzungs- oder Ertragsbeschränkung wird hier nach zutreffender Ansicht nur die Beschneidung des Eigentümerrechts aus § 906 BGB ausgeglichen.

(3) Verfassungsrechtliche gebotene Auslegung?

(a) Einleitung

Der Bundesgerichtshof beruft sich in seinen Entscheidungen darauf, die von ihm gewählte Auslegung sei nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch geboten, da sich der Umfang der Norm weder anhand ihres Wortlauts noch unter Einbeziehung ihrer Entstehungsgeschichte eindeutig klären lasse.⁹³³

Wie oben dargestellt, ist die Ausgleichsregelung nach hier vertretener Auffassung unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und des den Verfassungsauftrag nach Art. 87f GG berücksichtigenden gesetzgeberischen Willens sehr wohl eindeutig dahin zu verstehen, dass sie im Falle des Vorhandenseins von zu Telekommunikationszwecken im weitesten Sinne genutzter oder auch nur nutzbarer Leitungswege ausgeschlossen ist.

Mit Blick auf die hohe Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Praxis werden die verfassungsrechtlichen Aspekte nachfolgend durchleuchtet. Dies ermöglicht

⁹²⁸ Schuster, MMR 1999, 137, 142.

⁹²⁹ ähnlich auch der BGH selbst für den Austausch eines LWL-Kabels durch ein leistungsstärkeres Kabel: BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 29 = CR 2000, 823, 825 = NJW 2000, 3206, 3208.

⁹³⁰ Hoeren, MMR 2004, 611, 611.

⁹³¹ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 2.

⁹³² So: Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 2.

⁹³³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 29f. = CR 2000, 823, 827 = NJW 2000, 3206, 3209.

zugleich eine Bewertung der Ausgleichsregel im hier verstandenen Sinne vor dem Hintergrund des Grundgesetzes.

(b) Eigentum nach Art. 14 GG

(aa) Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 GG?

Von entscheidender Bedeutung für die Zulässigkeit von Eingriffen in das nach Art. 14 GG geschützte Eigentumsrecht ist die Frage nach der Abgrenzung einer Enteignung bzw. einer Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Ausgangspunkt ist die allgemeine Meinung, dass eine Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG nur dann vorliegt, wenn konkrete subjektive Eigentumspositionen nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zugunsten öffentlicher Aufgaben ganz oder teilweise entzogen werden.⁹³⁴ In den übrigen Fällen ist lediglich von einer Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1, S. 2 GG auszugehen.⁹³⁵ Handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, so darf der Kernbereich des Eigentums nicht ausgehöhlt werden.⁹³⁶ Auch muss seine Substanz in jedem Falle erhalten bleiben.⁹³⁷ Eine Schrankenbestimmung ist an der Individualrechtsgarantie des Art. 14 GG zu messen, wobei dem Gesetzgeber durchaus ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt ist.⁹³⁸ Derartige Eingriffe durch eigentumsbeeinträchtigende Gesetze müssen stets durch das öffentliche Interesse legitimiert sein.⁹³⁹ Das Übermaßverbot ist zwingend zu beachten.⁹⁴⁰ Unzumutbare Beeinträchtigungen sind dabei nicht gestattet.⁹⁴¹ Der Eingriff darf nur so weit gehen, als es das Gemeinwohl unter weitestgehender Rücksichtnahme auf die Privatnützigkeit des Eigentums fordert.⁹⁴² Es ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Gemeinwohlinteressen und den

⁹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 19.06.1985, 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191, 199f.; BVerfG, Beschluss vom 12.03.1986, 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, 66, 76; BVerfG, Beschluss vom 22.02.1999, 1 BvR 565/91, DVBl. 1999, 704, 705; BVerfG, Beschluss vom 22.05.2001, 1 BvR 1512/97 und 1677/97, DVBl. 2001, 1427, 1428; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 148.

⁹³⁵ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799 mit weiteren Nachweisen.

⁹³⁶ BVerfG, Beschluss vom 22.11.1994, 1 BvR 351/91, BVerfGE 91, 294, 308; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 71.

⁹³⁷ BVerfG, Beschluss vom 12.06.1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, 31; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799; Stern, Staatsrecht IV/1, S. 2249; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 71.

⁹³⁸ BVerfG, Beschluss vom 11.10.1988, 1 BvR 743/86, 1 BvL 80/86, BVerfGE 79, 29, 40; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 70.

⁹³⁹ Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 70.

⁹⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 15.07.1987, 1 BvR 488, 1220, 628, 1278/86, 1 BvL 11/86, BVerfGE 76, 220, 238ff.; BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174, 198; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 70; Bryde, in: von Münch/Kunig, Bd. I, Art. 14, Rz. 62; Papier, in: Maunz/Dürig, GG Bd. 2, Art. 14, Rz. 315; Schmidt-Aßmann, in: FS für Friauf, S. 407, 409.

⁹⁴¹ BVerfG, Urteil vom 28.04.1999, 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95, BVerfGE 100, 1, 40; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 70.

⁹⁴² BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 798; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 70.

Individualbelangen herzustellen.⁹⁴³ Dabei wiederum bildet das Allgemeinwohl zugleich die Grenze für Eigentumsbeschränkungen.⁹⁴⁴

Selbstredend gilt auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹⁴⁵ Wird dieses Prinzip verletzt oder wird kein von der Verfassung legitimer Zweck verfolgt, so wird der zulässige Bereich der Schranken überschritten, der Eingriff ist nicht gerechtfertigt.⁹⁴⁶

Die Schrankenziehung muss darüber hinaus allen übrigen Verfassungsnormen gerecht werden, also in materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz in Einklang stehen.⁹⁴⁷ Dazu gehören insbesondere der Gleichheitssatz⁹⁴⁸ und das Vertrauensschutzprinzip⁹⁴⁹.

Eine Schrankenbestimmung ist regelmäßig als Ausdruck der Sozialpflichtigkeit entschädigungslos.⁹⁵⁰ Sie soll jedoch dann ausgleichspflichtig sein, wenn ansonsten kein gerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen des Eigentümers und des Gemeinwohls erzielt werden kann.⁹⁵¹ Der Bundesgerichtshof nimmt dies – konkret bezogen auf die hier in Rede stehende Duldungspflicht – an, wenn Dritte Gewinne erzielen.⁹⁵² Ein nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gegebenenfalls erforderlicher Ausgleich unterliegt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹⁵³

Genügt eine Schrankenziehung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, ist sie unzulässig bzw. verfassungswidrig und nichtig, es sei denn, dass sie als Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG oder als die Sozialpflicht überschreitende Schrankenziehung zulässig ist.⁹⁵⁴ Nicht aber kann eine solche Schrankenziehung ohne weiters als Enteignung gewertet

⁹⁴³ BVerfG, Beschluss vom 11.10.1988, 1 BvR 743/86, 1 BvL 80/86, BVerfGE 79, 29, 40f.; BVerfG, Beschluss vom 23.09.1992, 1 BvL 15/85, 36/87, 87, 114, 138; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 70.

⁹⁴⁴ Wendt, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 70; BVerfG, Urteil vom 28.04.1999, 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95, BVerfGE 100, 1, 37; BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 340f.

⁹⁴⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 38ff.; Bryde, in: von Münch/Kunig, Bd. I, Art. 14, Rz. 62ff.

⁹⁴⁶ Ossenbühl, in: Festschrift für Friauf, S. 391, 393; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 73.

⁹⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 07.08.1962, 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 278; BVerfG, Beschluss vom 03.11.1982, 1 BvR 210/79, BVerfGE 62, 169, 183; BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91, BVerfG 100, 226, 240f.; BVerfG, Beschluss vom 22.05.2001, 1 BvR 1512/97 und 1677/97, DVBl. 2001, 1427, 1428f.; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 74.

⁹⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174, 198; BVerfG, Beschluss vom 23.09.1992, 1 BvL 15/85, 36/87, 87, 114, 139; BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 7; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 74.

⁹⁴⁹ Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 74; Jarass, in: Jarass, Art. 14, Rz. 47; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 327.

⁹⁵⁰ Schmidt-Aßmann, in: FS für Friauf, S. 407, 409.

⁹⁵¹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210f.

⁹⁵² BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 46.

⁹⁵³ Ossenbühl, in: Festschrift für Friauf, S. 391, 400.

⁹⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300, 331; Ossenbühl, in: FS für Friauf, S. 391, 393; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 36.

werden. Denn bei der Schrankenziehung des Eigentums und der Enteignung handelt es sich um eigenständige Rechtsinstitute.⁹⁵⁵

Bei der Abwägung ist die Sozialbindung des Eigentums hinreichend zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang können verschiedene Umstände Bedeutung erlangen: Je mehr das Eigentumsobjekt in einem „sozialen Bezug“ und einer „sozialen Funktion“ steht, desto größer können die Einschnitte in das Eigentumsrecht sein; sind die Allgemeinheit oder Dritte jedoch weniger auf die Nutzung des betreffenden Eigentumsobjekts angewiesen, verringert sich die zulässige Eingriffsintensität.⁹⁵⁶ Beim Grundeigentum wird regelmäßig eine gesteigerte Sozialpflichtigkeit angenommen, weil es sich um ein unvermehrbares Gut handelt, auf dessen Nutzung nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Staat, die Allgemeinheit oder auch Dritte angewiesen sind.⁹⁵⁷ Ferner ergibt sich seine besondere Sozialbindung aus seiner Situationsgebundenheit.⁹⁵⁸ Die Lage und Beschaffenheit des Grundstücks sind für die Frage der Sozialpflichtigkeit von Belang.⁹⁵⁹ Der Bundesgerichtshof versteht in ständiger Rechtsprechung unter dem Begriff der „Situationsgebundenheit“, dass insbesondere Grundstücke einer besonderen Sozialbindung unterliegen, als alle „Arten der Nutzung oder Benutzung der jeweiligen Lage und der sich daraus im allgemeinen Interesse ergebenden Situationsgebundenheit entsprechen müssen“.⁹⁶⁰ Wenngleich dieser Grundsatz vom Bundesgerichtshof⁹⁶¹ ursprünglich im Zusammenhang mit der Abgrenzung von entschädigungsloser Sozialbindung einerseits und dem eine Entschädigungspflicht nach sich ziehenden enteignungsgleichen Eingriff entwickelt wurde, so findet er heute nach dem Nassauskiesungsbeschluss⁹⁶² bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen Anwendung.⁹⁶³

Das Grundeigentum kann nach gefestigter Rechtsprechung auch dadurch eine „wesentliche soziale Funktion“ und damit eine gesteigerte Sozialbindung erlangen, dass es durch Dritte

⁹⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300, 331; BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174, 192; BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91, BVerfG 100, 226, 240; BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 16; Ossenbühl, in: Festschrift für Friauf, S. 391, 393; BVerwG, Urteil vom 24.06.1993, 7 C 26.92, BVerwGE 94, 1, 5f.; Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 14, Rz. 52, 55.

⁹⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91, BVerfG 100, 226, 241; BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 17; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 09.10.1991, 1 BvR 227/91, BVerfGE 84, 382, 385; BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996, 1 BvL 44, 48/92, BVerfGE 95, 64, 84f.; BVerfG, Beschluss vom 12.06.1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, 32; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 311f.

⁹⁵⁷ Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 112.

⁹⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91, BVerfG 100, 226, 242; BGH, Urteil vom 22.06.1988, III ZR 8/87, BGHZ 105, 15, 18ff.; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 116.

⁹⁵⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 41.

⁹⁶⁰ So: Fehling, AöR 1996, 59, 88 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 22.05.1980, III ZR 175/78, BGHZ 77, 351, 354 und die st. Rspr. des BGH.

⁹⁶¹ BGH, Urteil vom 20.12.1956, III ZR 82/55, BGHZ 23, 30, 32.

⁹⁶² BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300ff.

⁹⁶³ Fehling, AöR 1996, 59, 89.

genutzt wird oder Dritte auf die (Mit-) Nutzung angewiesen sind; die Berücksichtigung solcher Umstände, die Rücksichtnahme auf derlei Belange, durch den Gesetzgeber orientiert sich an dem verfassungsrechtlichen Grundsatz einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung des Privateigentums.⁹⁶⁴

Betrachtet man den Bereich der Daseinsvorsorge, etwa in den Gebieten der Gas-, Wasser-, Strom- oder Telekommunikationsversorgung, so gewinnt die jeweilige Infrastruktur dadurch eine hohe Bedeutung, dass die Versorgungsnetze einen „hohen sozialen Bezug“ aufweisen, der zu einem Anwachsen der Infrastrukturverantwortlichkeit⁹⁶⁵ führen und einschneidende Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse im Rahmen von Inhalts- und Schrankenbestimmungen rechtfertigen kann⁹⁶⁶. Diese finden wiederum dort ihre Grenze, wo ein „vernünftiger Eigentümer“ – man spricht teilweise auch von einem „wirtschaftlich vernünftigen Eigentümer“⁹⁶⁷ – mit der Belastung nicht mehr rechnen musste.⁹⁶⁸

So verwundert es nicht, wenn die Problematik einer gesteigerten Sozialbindung des Eigentums gerade auch im Bereich der Telekommunikation diskutiert wird, etwa bei der Frage, ob die neuen Wettbewerber nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes Zugang zu der im Eigentum der Deutschen Telekom AG stehenden Netzinfrastruktur haben können.⁹⁶⁹ Das Bundesverwaltungsgericht hält einen Anspruch auf einen solchen Zugang für gegeben und sieht in § 33 TKG (1996) eine durch ausreichende Gemeinwohlbelange legitimierte Regelung der Berufsausübung, wobei hier auf den Verfassungsauftrag aus Art. 87f GG abgestellt wird.⁹⁷⁰ Es zieht dieselbe Argumentation für die Beurteilung eines Eingriffs in das Eigentumsrecht heran, den es ebenso als sachlich gerechtfertigt einstuft. Letzteres kommt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch nur hilfsweise zum Tragen, da es einen solchen Eingriff erst gar nicht annimmt, weil die Deutsche Telekom AG ihr Netz „unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung von öffentlichen Mitteln“ hat aufbauen können und ihre Netzinfrastruktur so einen „intensiven sozialen Bezug“ aufweist. Die Eigentumsrechte, so das Gericht weiter, sind

⁹⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 23.04.1974, 1 BvR 6/74, 2270/73, BVerfG 37,132, 140; BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 34,1; BVerfG, Beschluss vom 12.06.1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, 33; BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 800; BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996, 1 BvL 44, 48/92, BVerfGE 95, 64, 84.

⁹⁶⁵ Vgl.: Fehling, AöR, 1996, 59, 89.f – dort zu Schienenwegen und Energieversorgungsleitungen.

⁹⁶⁶ Fehling, AöR 1996, 59, 88; BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 340f.; BVerfG, Beschluss vom 19.06.1985, 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191, 201; BVerfG, Urteil vom 08.07.1976, 1 BvL 19 und 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 263, 294f.; vgl. auch: Fehling, AöR, 1996, 59, 89.f – dort zu Schienenwegen und Energieversorgungsleitungen.

⁹⁶⁷ Deppenheuer, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 14, Rz. 290.

⁹⁶⁸ Fehling, AöR 1996, 59, 90.

⁹⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 06.12.2003, BVerwGE 119, 282, 304; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Fn. 346.

⁹⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 06.12.2003, BVerwGE 119, 282, 302f.

daher von vornherein mit den sich aus eben diesem besonders starken sozialen Bezug belastet erworben worden.⁹⁷¹

Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind schließlich auch zu Gunsten Privater zulässig.⁹⁷² Soweit dem mit dem Argument widersprochen wird, es handele sich dabei selbst dann nicht um eine Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, wenn eine privatrechtliche Kompensation erfolge, vielmehr könne hier nur von einer „sozialpflichtüberschreitenden Schrankenziehung“ gesprochen werden,⁹⁷³ kann dem nicht gefolgt werden. Hier werden augenscheinlich die sich gegenseitig ausschließenden Rechtsinstitute⁹⁷⁴ der Inhalts- und Schrankenbestimmung auf der einen und der Enteignung auf der anderen Seite vermischt. Letztlich geht die Gegenmeinung von einer Enteignung aus; es wird ausdrücklich auf die „Aufopferung des Bestandsinteresses“ des Eigentümers abgestellt.⁹⁷⁵

Demgegenüber wird bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen lediglich die Nutzungsmöglichkeit oder wie hier das Ausschließungsrecht nach § 906 BGB beschränkt, das Eigentum wird nicht gänzlich entzogen. Dies ist das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung dieser beiden Rechtsinstitute. Wird bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentümer hierdurch unverhältnismäßig oder im Verhältnis zu anderen ungleich schlechter, also unzumutbar, belastet, kann dies durch eine Entschädigungsregelung ausgeglichen werden, für die jedoch nicht der einzig für die Enteignung zutreffende Maßstab des Art. 14 Abs. 3 GG gilt.⁹⁷⁶ Man spricht auch von einer ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung. Für die Frage der Unzumutbarkeit ist die Situationsgebundenheit des Grundstücks entscheidend.⁹⁷⁷ Eine bloße Nutzungsbeschränkung ist dann noch im Rahmen der Sozialbindung, wenn sich die Beschränkung schon in der bisherigen Nutzung niedergeschlagen hat.⁹⁷⁸

Dies zeigt auch ein Vergleich zu der Rechtslage bei Enteignungen. Die vergleichende Betrachtung ist auch vor dem Hintergrund gestattet und zielführend ist, dass sich diese

⁹⁷¹ BVerwG, Urteil vom 06.12.2003, BVerwGE 119, 282, 304.

⁹⁷² BVerfG, Beschluss vom 07.07.1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229, 242ff.; BVerfG, Beschluss vom 25.10.1978, 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382, 394f; 398ff.; Bryde, in: v. Münch/Kunig I, Art. 14, Rz. 65; Jarass, in: Jarass/Piero, Art. 14, Rz. 40.

⁹⁷³ Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 83; anders: BVerfG, Beschluss vom 07.07.1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229, 242ff.; BVerfG, Beschluss vom 25.10.1978, 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382, 394f; 398ff.; Bryde, in: v. Münch/Kunig I, Art. 14, Rz. 65; Jarass, in: Jarass/Piero, Art. 14, Rz. 40.

⁹⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300, 331; BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174, 192; BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999, 1 BvL 7/91, BVerfG 100, 226, 240; BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, 1, 16; Ossenbühl, in: Festschrift für Friauf, S. 391, 393; BVerwG, Urteil vom 24.06.1993, 7 C 26.92, BVerwGE 94, 1, 5f.; Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 14, Rz. 52, 55.

⁹⁷⁵ Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 83.

⁹⁷⁶ BGH, Urteil vom 19.09.1996, III ZR 82/95, NJW 97, 388, 391.

⁹⁷⁷ BGH, Urteil vom 07.07.1994, III ZR 5/93, NJW 1994, 3283, 3285.

⁹⁷⁸ BGH, Urteil vom 07.07.1994, III ZR 5/93, NJW 1994, 3283, 3285.

gegenseitig ausschließen, denn hier gibt es ebenfalls durchaus Differenzierungen danach, ob der Eingriff zu Gunsten der Allgemeinheit oder aber im Interesse von Privaten vorgenommen wird.

Wenn und soweit die gesetzlich vorgesehenen oder zugelassenen Enteignungszwecke im Sinne des so konkretisierten Wohls der Allgemeinheit vorrangige öffentliche Aufgaben darstellen, dürfen auch Private Enteignungsbegünstigte sein,⁹⁷⁹ d.h. privatrechtlich organisierte oder privatwirtschaftlich Unternehmen. Die herrschende Meinung⁹⁸⁰ folgt aus gutem Grund dem Bundesverfassungsgericht, das Enteignungen zugunsten Privater nicht in jedem Falle für ausgeschlossen hält.⁹⁸¹ Bei der Zulässigkeit kommt es gerade nicht auf die Person des Begünstigten an,⁹⁸² sondern darauf, ob gemäß Art. 14 Abs. 3 GG ein qualifizierter Enteignungszweck, das Wohl der Allgemeinheit, vorliegt.⁹⁸³ Gemeinwohl und private Gewinnerzielung schließen einander nicht aus,⁹⁸⁴ denn Private können trotz ihrer Gewinnerzielungsabsicht sehr wohl zugleich auch Allgemeinwohlbelange i.S.d. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG verfolgen. In der Literatur wird daher zutreffend auf die geschichtliche Entwicklung hingewiesen, wenn betont wird, die „klassische“ Enteignung, also die Enteignung von Grundstücken zugunsten eines bestimmten, gemeinwohlorientierten Unternehmens sei von Anfang an auch und gerade zugunsten Privater eingesetzt und für zulässig erachtet worden.⁹⁸⁵ In diesem Zusammenhang sind beispielhaft die Eisenbahnen oder die Energieversorger zu nennen. Gemeinnützige Vorhaben können durchaus von privatwirtschaftlichen und gewinnorientierten Unternehmen ausgeführt werden.⁹⁸⁶ Erfüllen solche Unternehmen eine ihnen durch oder aufgrund eines Gesetzes obliegende und dem Allgemeinwohl dienende Aufgabe und ist sichergestellt, dass diese im diesem Sinne ausgeführt ist, wird die Enteignung vom Bundesverfassungsgericht zum Beispiel zugunsten von Energieversorgern als zulässig betrachtet.⁹⁸⁷ Der Kreis der Begünstigten ist jedoch nicht auf diese Beispiele beschränkt.⁹⁸⁸

⁹⁷⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 80.

⁹⁸⁰ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 581; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 80; Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14, Rz. 378, 380.

⁹⁸¹ BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 285.

⁹⁸² BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 284ff., Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14, Rz. 382.

⁹⁸³ BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 285; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rz. 80; Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14, Rz. 380.

⁹⁸⁴ BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984, 1 BvL 57/79, BVerfGE 66, 248, 257ff.; BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 284ff.; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 582; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rz. 161.

⁹⁸⁵ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 581.

⁹⁸⁶ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 582; Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14, Rz. 380; Breuer, DVBl., 1981, 971, 975.

⁹⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 284ff.; BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984, 1 BvL 57/79, BVerfGE 66, 248, 257ff.

⁹⁸⁸ Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14, Rz. 381, wonach das BVerfG in seiner Entscheidung vom 20.03.1984 (BVerfGE 66, 248ff.) bei der Frage in Betracht kommender privater Enteignungsbegünstigter über den „engen Kreis der Energiewirtschaftsgesetzes hinausging.

Der nach Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG geforderte Gemeinwohlbezug ist allerdings nicht schon bei jedem öffentlichen Interesse gegeben; das Gemeinwohl setzt vielmehr eine „bilanzierende und abwägende Gesamtschau der berührten öffentlichen Interessen“⁹⁸⁹ voraus; „ein besonders gewichtiges, dringendes öffentliches Interesse“ muss die Enteignung erfordern.⁹⁹⁰ In diesem Zusammenhang ist wiederum der Blick auf die Telekommunikation zu lenken. Diese ist nämlich nicht nur ein Zweig der Daseinsvorsorge. Vielmehr werden nach dem Konzept des Art. 87f GG öffentliche Aufgaben auf privatwirtschaftliche Unternehmen übertragen, wobei der Staat in Ansehung seiner Gewährleistungsverantwortlichkeit ein „ausgeprägtes System staatlicher Lenkungs- und Aufsichts Befugnisse über jene privatwirtschaftlichen Unternehmen“ installiert, das wiederum ein relativ sicheres Indiz für die Gemeinwohlorientierung der Unternehmensziele darstellt, andererseits aber auch zur erforderlichen dauerhaften Sicherung⁹⁹¹ des gemeinnützigen Enteignungszwecke und Vorhabensnutzung beiträgt.⁹⁹²

(bb) Inhalts- und Schrankenbestimmung

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen kann von einer als allgemeine Meinung zu qualifizierenden Feststellung des Bundesverfassungsgerichts ausgegangen werden, nach der die in § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) normierte Duldungspflicht des Grundstückseigentümers keine konkreten subjektiven Eigentumspositionen nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zugunsten öffentlicher Aufgaben ganz oder teilweise entzieht und daher lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vorliegt, die den Kernbereich des Eigentums nicht aushöhlt und vorliegend zulässig ist.⁹⁹³

Nach der Konzeption des Eigentumsgrundrechts gemäß Art. 14 GG ist nun entsprechend der allgemein anerkannten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹⁹⁴ eine Abwägung der Eigentümerinteressen einerseits mit den Allgemeinwohlbelangen andererseits durchzuführen.

Der Bundesgerichtshof nimmt, bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht⁹⁹⁵, unter Heranziehung verfassungsrechtlicher Aspekte eine Ausgleichspflicht für die Fälle an, in denen eine bestehende Leitung erstmals zu kommerziellen öffentlichen Tele-

⁹⁸⁹ Breuer, DVBl. 1981, 971, 974.

⁹⁹⁰ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 585.

⁹⁹¹ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 586.

⁹⁹² Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14, Rz. 582.

⁹⁹³ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799 mit weiteren Nachweisen.

⁹⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 18.12.1968, 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/56, BVerfGE 24, 367, 421 = NJW 1969, 309, 316.

⁹⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736ff. = NJW 2003, 196ff.

kommunikationszwecken genutzt wird, weil man es mit einer „erweiterten Nutzungsdimension“ zu tun habe; dabei hebt er wiederum auf das „private Vermarkten zur Gewinnerzielung“ ab.⁹⁹⁶ Die Verfassungsvorgaben und das in § 1 TKG verbürgte Regelungsziel will das Gericht nicht bei der Frage der Entstehung des Ausgleichsanspruchs, sondern bei der Bemessung der Höhe zugunsten der Wettbewerber berücksichtigen.⁹⁹⁷ Dem kann im Ergebnis gefolgt werden.

(aaa) Art und Intensität des Eingriffs und seine Ausgleichswürdigkeit

Die Abwägung führt zunächst zur Prüfung, welcher Art und Intensität der Eingriff in das geschützte Eigentumsrecht ist.

In seinem Urteil vom 7. Juli 2000 geht der Bundesgerichtshof mit Fug und Recht davon aus, mit der erweiterten Nutzung der vorhandenen Leitungen nun auch zu Telekommunikationszwecken gehe gerade keine weitere Nutzungsbeschränkung des Grundstücks für den Eigentümer einher, es gehe vielmehr lediglich um das Recht der Eigentümer, mit der Sache nach Belieben zu verfahren.⁹⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht betont in diesem Zusammenhang, mit der Errichtung (erg.: und Nutzung) der Telekommunikationslinie werden die Privatnützigkeit wie auch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers nicht tangiert, der Eigentümer könne das Grundstück prinzipiell in derselben Weise nutzen wie vor der Errichtung der Telekommunikationslinie.⁹⁹⁹

Soweit der Bundesgerichtshof in der Ausgleichspflicht zugleich eine Kompensation für ein gesteigertes Schadenersatzrisiko des Grundstückseigentümers sieht, relativiert er dies bereits selbst, indem er von einem nicht unzumutbar erhöhten Risiko ausgeht.¹⁰⁰⁰ Zudem bezog sich diese Entscheidung auf die erweiterte Nutzung einer in der Erde verlegten Gasleitung. Diese ist insbesondere bei landwirtschaftlicher Nutzung des Bodens, beispielsweise beim Tiefpflügen oder beim Anpflanzen von Pflanzen mit starker Wurzelbildung, erheblich mehr gefährdet, als dies bei den ebenfalls als Leitungswege i.S.d. § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) in Betracht kommenden Oberleitungen der Fall ist; d.h. in den letztgenannten Fallgestaltungen ist das Schadensrisiko noch einmal deutlich reduziert. Insoweit kann dieser Aspekt im Rahmen der Abwägung der gegenseitigen Interessen kaum Bedeutung erlangen. Danach ist festzuhalten, dass der Eingriff in das Eigentumsrecht nur

⁹⁹⁶ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210f.

⁹⁹⁷ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 34 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211.

⁹⁹⁸ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 827f. = NJW 2000, 3206, 3210.

⁹⁹⁹ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736, 738 = NJW 2003, 196, 198.

¹⁰⁰⁰ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 34 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211; Vgl. dazu insgesamt: Bassenge, in: Palandt, vor § 903, Rz. 12.

äußerst geringfügig ist. Zu einer echten, auch nur im Ansatz spürbaren weiteren Nutzungsbeschränkung kommt es nicht, wie auch höchstrichterlich konstatiert wurde.

Soweit darauf abgestellt wird, der Eigentümer sei durch die auferlegte Duldungspflicht in seinem Recht aus § 906 BGB beschränkt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, ist dies zwar zutreffend. Hier gilt jedoch, dass es nur zu einem sehr geringen Eingriff kommt. Wie bereits mehrfach dargelegt, sind die hier in Rede stehenden Duldungspflichten insbesondere vor dem Hintergrund der flächendeckenden Versorgungsnetze der Energieversorger geschaffen worden; man kann sagen, sie sind gezielt auf die Leitungsnetze der Energiewirtschaft zugeschnitten.¹⁰⁰¹ Man greift in diesem Rahmen somit in aller Regel auf Grundstücke zurück, deren Eigentümer in der Vergangenheit schon, insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung der Versorgungsleitungen selbst, ihre uneingeschränkte Rechtsposition aus § 906 BGB zugunsten eines Dritten aufgegeben und hierfür einen Vermögensausgleich erhalten haben; es geht also nicht um Eingriffe in völlig unbelastete Grundstücke.¹⁰⁰² Damit kann allenfalls von sehr kleinen Einschränkungen des Verfügungs- bzw. Ausschließungsrechts nach § 906 BGB gesprochen werden, die in aller Regel gegenüber den bereits freiwillig hingenommenen bzw. entschädigten Beschränkungen des Verfügungs- und Ausschließungsrechts nicht ins Gewicht fallen.

Abschließend kann konstatiert werden, dass es sich bei der den Grundstückseigentümern auferlegten Duldungspflicht nach § 76 TKG sowie der Vorgängerbestimmung nur um eine Beschränkung der Eigentümerrechte geringster Intensität handelt.

(bbb) Verfassungsrechtlicher Auftrag nach Art. 87f GG

Die höchstrichterliche Rechtsprechung begegnet jedoch in einem weiteren Punkt erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, als die in Art. 87f GG normierten Staatsziele nicht in der gebotenen Gewichtung als Allgemeinwohlbelange in die Abwägung nach Art. 14 GG eingestellt worden. Ein im Grundgesetz vorgesehenes Staatsziel erlaubt weitergehende Eingriffe.¹⁰⁰³

Wie bereits darlegt, erfasst der Verfassungsauftrag die Verpflichtung, die Rahmenbedingungen für eine flächendeckend angemessene und ausreichende Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen zu schaffen. Der Gesetzgeber ist insoweit im Rahmen der ihn treffenden Infrastrukturgewährleistungspflicht gehalten, die gesetzlichen Bestim-

¹⁰⁰¹ So: Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 1.

¹⁰⁰² Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 1; Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 VI 5, S. 168.

¹⁰⁰³ Rüfner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3, Rz. 711.

mungen hiernach auszurichten. Zudem obliegt ihm im Verein mit dem Privatisierungsgebot die verfassungsrechtliche Pflicht, die gesetzlichen Grundlagen für einen offenen und freien Wettbewerb auf dem Gebiet der Telekommunikation zu schaffen.

Die Wegerechte dienen aus verfassungsrechtlicher Sicht der Verwirklichung des in Art. 87f Abs. 1 GG verankerten Infrastrukturauftrags und sind insoweit unerlässlich.¹⁰⁰⁴ Dabei ist zu beachten, dass das Ziel einer flächendeckenden Versorgung erst erreicht ist, wenn auch Nutzer in schwach besiedelten Gebieten das Angebot an angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen zu akzeptablen Preisen nutzen können.¹⁰⁰⁵ Wenn aber diese Dienstleistungen nach dem nun geltenden Privatisierungsgebot von privaten Anbietern erbracht werden sollen, müssen diesen die Wegerechte unter den gleichen Bedingungen zur Verfügung stehen, wie dies bei der Deutschen Telekom AG und ihren Rechtsvorgängern gegeben war.¹⁰⁰⁶ Dabei kommt die Vorgängervorschrift des § 10 TWG ins Spiel.¹⁰⁰⁷ Auch wenn die jetzige Regelung nicht nur den Luftraum betrifft, sondern eine unterirdischen Verlegung zulässt und somit über den Anwendungsbereich des § 10 TWG hinausgeht, der allgemein als verfassungsrechtlich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums angesehen wurde,¹⁰⁰⁸ führt der Umstand, dass der Eigentümer die erweiterte Nutzung zu Telekommunikationszwecken oftmals hinzunehmen hat, auch bezogen auf die unterirdische Nutzung nicht zu einer Eigentumsentziehung. Vielmehr ist vorliegend insgesamt nur eine Inhalts- und Schrankenbestimmung anzunehmen.¹⁰⁰⁹

Die Auslegung durch den Bundesgerichtshof beachtet auch eine weitere Intention des Gesetzgebers nicht ausreichend: die „Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags, die Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Wettbewerb sicherzustellen“.¹⁰¹⁰ Der Gesetzgeber erkannte die Notwendigkeit, zur Erreichung des vorgenannten verfassungsrechtlichen Zieles entsprechende gesetzliche Regelungen erlassen zu müssen, um auf diese Weise adäquate staatliche Rahmenbedingungen für einen chancengleichen Wettbewerb zu schaffen.¹⁰¹¹ Nur folgerichtig war und ist die nach § 1 TKG klare Zielsetzung des Telekommunikationsgesetzes, „durch (seit dem neuen TKG 2004: technologieneutrale) Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern ...“.¹⁰¹² Der

¹⁰⁰⁴ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 III, S. 156;

Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 554.

¹⁰⁰⁵ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 87f, Rz. 40; Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 87f., Rz. 3; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f., Rz.14.

¹⁰⁰⁶ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 III, S. 156.

¹⁰⁰⁷ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 II, S. 156.

¹⁰⁰⁸ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 VI 5, S. 168.

¹⁰⁰⁹ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 594; Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 VI 5, S. 168.

¹⁰¹⁰ BT-Drs. 13/3609, Begründung zum TKG-E, Allgemeiner Teil, Ziffer 8, S. 34.

¹⁰¹¹ BT-Drs. 13/3609, Begründung zum TKG-E, Allgemeiner Teil, Ziffer 8, S. 33f.

¹⁰¹² Hefekäuser, MMR 1999, 144, 150.

Bundesgesetzgeber war in Umsetzung der vorausgehenden Richtlinien, die ebenfalls einen wettbewerbsfördernden Zweck¹⁰¹³ verfolgten, ausdrücklich bestrebt, das Monopol der Deutschen Telekom AG aufzuheben und den Weg für einen freien Telekommunikationsmarkt zu ebnen.¹⁰¹⁴ Es sollte u.a. ein freier Wettbewerb zwischen den im Telekommunikationsbereich tätigen Unternehmen geschaffen werden.¹⁰¹⁵ Zu Recht wird hieraus der Schluss gezogen, Art. 87f Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 GG vermittelte den in diesem Sinne privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen einen verfassungsrechtlichen Schutz ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung im Wege eines grundrechtsähnlichen Rechts in dem Sinne, dass die privaten Telekommunikationsunternehmen nach der in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG enthaltenen Grundentscheidung für den Wettbewerb beim Zugang zu und Handeln auf dem liberalisierten Telekommunikationsmarkt durch grundrechtsähnliche Gewährleistungen, insbesondere aus Art 14 Abs. 2 S. 1 GG geschützt sind.¹⁰¹⁶

Die Auslegung des Bundesgerichtshofs, der sich das Bundesverfassungsgericht angeschlossen hat, läuft diesem Gesetzeszweck zuwider. Dabei hatte das Bundesverfassungsgericht noch in seinem Beschluss vom 18. Januar 2001 hervorgehoben, die verfassungsrechtlichen Vorgaben verlangten nach gesetzlichen Rahmenbedingungen, die den gewünschten Wettbewerb im Sinne einer ernsthaften Konkurrenz zur Deutschen Telekom AG tatsächlich zuließen.¹⁰¹⁷

Die Ausgleichsregelung ist erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Initiative des Bundesrats ins TKG (1996) aufgenommen worden.¹⁰¹⁸ Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Erweiterung eines schon vorhandenen Nutzungsrechts auf Telekommunikationszwecke, soweit nicht schon zu Zwecken der Telekommunikation genutzte oder nutzbare Leitungswege vorhanden waren, eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums sei.¹⁰¹⁹ Dieser Entschädigungsanspruch ist nach Auffassung des Gesetzgebers bei Schaffung des TKG (1996) nicht nur bei einer Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung interessengerecht, sondern auch dann, wenn bisher ausschließlich die Durchleitung von Strom, Gas oder Wasser vertraglich geregelt (und dinglich gesichert) war, nun aber eine völlig neue Nutzung gesetzlich zu dulden ist, die vertraglich nicht geschuldet ist.¹⁰²⁰ Der Gesetzgeber führte jedoch im Rahmen der

¹⁰¹³ Vgl. ausführlich: Schuster, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 1, Rz. 2 ff.

¹⁰¹⁴ BT-Drs. 13/3609, Begründung zum TKG-E, Allgemeiner Teil, Ziffer 8, S. 33f.

¹⁰¹⁵ Vgl. hierzu: Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 7f.

¹⁰¹⁶ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 27.

¹⁰¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960, 2961.

¹⁰¹⁸ BT-Drs. 13/4438, Stellungnahme des Bundesrates, Ziffer 69 zu § 56 TKG-E, S. 18 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

¹⁰¹⁹ Vgl. zu dieser privatrechtlichen Aufopferung Schütz, NVwZ 1996, 1053, 1060f.

¹⁰²⁰ BT-Drs. 13/4864 [neu], Beschlussempfehlung des Ausschusses für Post und Telekommunikation zu § 56 TKG-E, S. 81 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

Interessenabwägung ausdrücklich an, „der Ausgleich werde in der Praxis nur eingeschränkt zu einer Belastung der Versorgungsunternehmen führen“.¹⁰²¹

Gerade die Einschätzung der finanziellen Auswirkungen auf die Energieversorger zeigt, dass der Gesetzgeber nicht davon ausging, ein Großteil des bestehenden großflächigen Versorgungsnetzes werde von der Ausgleichspflicht tangiert werden. Dies wurde oben bereits im Rahmen der Problematik zur „neuen Nutzungsdimension“ erörtert.¹⁰²² An dieser Stelle interessiert die weitere Schlussfolgerung aus eben dieser Feststellung: Der Gesetzgeber hatte schon während des Gesetzgebungsverfahrens die zutreffende Wertung zugrunde gelegt, nach der hinsichtlich des überwiegenden Leitungsnetzes der Energieversorger vertraglich und teilweise dinglich gesicherte Ansprüche derselben bestanden, die Leitungen auch zu Telekommunikationszwecken zu nutzen. Dies entsprach der Wirklichkeit, wie ebenfalls bereits ausgeführt wurde. Nur in den wenigen, verbleibenden Fällen, in denen die Energieversorger zu einer solchen Verwendung nicht befugt waren, sollte die Ausgleichspflicht greifen – nur mit dieser Schlussfolgerung macht die genannte Schätzung der Kostenfolge einen Sinn.

Während der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 23. November 2001¹⁰²³ noch zutreffend unter Berufung auf den Gesetzestext sowie den in der Begründung zum Ausdruck kommenden – und mit der Verfassung wie auch mit dem Unionsrecht konform gehenden – Willen des Bundesgesetzgebers das Recht der (insbesondere neuen) Telekommunikationsanbieter hervorhebt, Leitungen über Privatgrundstücken zu Telekommunikationszwecken zu nutzen, wenn die Grundstücke dadurch nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird, geht er nun in den Fällen, dass keine oder keine unwesentliche Beeinträchtigung der Grundstücke durch die erweiterte Nutzung zu Zwecken der Telekommunikation vorliegt, von einer Ausgleichspflicht aus; ein unzumutbares Sonderopfer im Sinne des (erg. damaligen) § 57 Abs. 2 Satz 1 TKG (1996) sei nicht erforderlich.¹⁰²⁴

Dieser Ansatz geht fehl. Vielmehr kann nach dem Willen des Gesetzgebers nur im Falle einer völlig neuen Nutzung nicht mehr von einer entschädigungslos hinzunehmenden Sozialbindung gesprochen werden, mit der Folge, dass dann der Ausgleichsanspruch greift.¹⁰²⁵ Dies hat der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren und im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht. Die Rechtsprechung kann vorliegend nicht in zulässiger Weise eine

¹⁰²¹ BT-Drs. 13/4684 [neu], Beschlussempfehlung des Ausschusses für Post und Telekommunikation zu § 56 TKG-E, S. 81 – § 56 TKG-E hat in der Gesetz gewordenen Fassung die Bezeichnung § 57 TKG erhalten.

¹⁰²² Vgl. Teil II D IV 2 c.

¹⁰²³ BGH, Urteile 23.11.2001 in den Verfahren V ZR 418 bis 427/00 und 27/01; V Z 418/00 abgedruckt in TMR 2002, 128, 129.; V ZR 426/00 abgedruckt in MMR 2002, 305, 306.

¹⁰²⁴ BGH, Urteil vom 14.05.2004, V ZR 292/03 – MMR 2004, 608, 609.

¹⁰²⁵ Schütz, in: Beck'scher TKG Kommentar, § 76, Rz. 51.

Anspruchserweiterung hineindeuten; Wortlaut und gesetzgeberischer Wille sprechen eine andere Sprache.

Im Hinblick auf die Argumentation des Bundesgerichtshofs, die Duldungspflicht werde zu Gunsten privatwirtschaftlicher und mit Gewinnerzielungsabsicht tätiger Unternehmer eingeräumt, ist die Frage von Bedeutung, ob insoweit überhaupt eine Differenzierung dahingehend geboten ist, in diesen Fällen einen Geldausgleich zu fordern, während dies etwa gemäß § 10 TWG nicht der Fall war.

Dabei sind die speziellen Bedingungen, denen sich der private Wegerechtsinhaber bei Nutzung seines Rechts ausgesetzt sieht, zu beachten. In dem Zusammenhang stellt sich die weitere Frage, wie sich dies auf die verfassungsrechtlich relevante Einbuße des Grundstückseigentümers auswirkt.¹⁰²⁶ Diese Problemstellungen sind, um mit Hamm zu sprechen, aus einem „erweiterten Blickwinkel der gesellschaftlichen Bedeutung des Infrastruktursektors und der staatlichen Infrastrukturverantwortung“ zu betrachten.¹⁰²⁷ Nur auf die Privatwirtschaftlichkeit abzustellen, wäre nicht sachgerecht.

Teilweise wird unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien¹⁰²⁸ argumentiert, die Norm sei eine Ausprägung der Nichtdiskriminierung, da andernfalls die Wettbewerbschancen von Anbietern, die auf diese Nutzung angewiesen sind, gegenüber anderen Anbietern, die überwiegend eine Leitungsführung unter Nutzung öffentlicher Wege realisiert haben, in ungerechtfertigter Weise gemindert wären. Jedenfalls sei die Ausgleichsregel in Absatz 2 vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Rechtfertigung für die Inanspruchnahme privater Grundstücke zu sehen. Soweit private Grundstücke in Anspruch genommen werden, um die durch Art. 87f Abs. 2 GG gewährleistete Betätigungsfreiheit privater Telekommunikationsanbieter auch gegenüber Privaten zur Durchsetzung zu verhelfen¹⁰²⁹, diene der Ausgleichsanspruch zugleich als eine Art Entschädigung für den Eingriff in das sozialpflichtige Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG. Es sei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Verpflichtung nach § 76 Abs. 1 TKG um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG handele, die wegen des Bezuges zum Auftrag nach Art. 87f GG durch einen Gemeinwohlbelang legitimiert sei.¹⁰³⁰ Nach dieser Auffassung ist die Duldungspflicht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; sie ist allerdings mit einer Ausgleichspflicht zu versehen.

¹⁰²⁶ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 26.

¹⁰²⁷ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 26.

¹⁰²⁸ BT-Drs. 15/2316, Begr. zu § 74 TKG-E, S. 84 – § 74 TKG-E erhielt im Gesetz die Bezeichnung § 76 TKG.

¹⁰²⁹ Dörr, in: Säcker, TKG, § 76, Rz. 4.

¹⁰³⁰ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799; BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, NJW 2001, 2960, 2961; Dörr, in: Säcker, TKG 2006, § 76, Rz. 4; Haidinger/Rädler, MMR 1999, 331 zur Rechtsnatur des § 76 Abs. 2 TKG.

Eine vermittelnde Ansicht rückt die spezielle Tätigkeit der zwar privatrechtlich agierenden aber doch auch Gemeinwohlinteressen mitberücksichtigenden Telekommunikationsunternehmen etwas mehr in den Mittelpunkt: Ist den Allgemeinwohlbelangen im Rahmen der Abwägung nach Art. 14 GG ein höheres Gewicht beizumessen als dem Interesse des Eigentümers, so entsteht der Nutzen aus dem eigentumsbeschränkenden Eingriff nicht zwangsläufig allein der Allgemeinheit, vielmehr sind auch Fälle denkbar, in denen – vielleicht sogar vorrangig – private Dritte hiervon profitieren. Hat der eingriffsbedingte Vorteil vorrangig eine soziale Dimension, so ist es mit dem Grundrecht nach Art. 14 GG durchaus vereinbar, den Ausgleich für den Eingriff in Abhängigkeit des Gewichts von Eingriff gegenüber dem Allgemeininteresse mehr oder weniger deutlich unter dem Verkehrswert.¹⁰³¹

Nach der hier vertretenen Auffassung führt die gebotene Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorgaben für die im Telekommunikationsmarkt tätigen Unternehmen sogar zu einem gänzlichen Wegfall eines Ausgleichsanspruchs.

Nachdem sich der Bundesgesetzgeber dem Leitmotiv der Europäischen Union angeschlossen hat, die Wahrnehmung öffentlicher Belange dem privatwirtschaftlichen Wettbewerb zu überlassen¹⁰³², hat er fast alle klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge der Privatwirtschaft geöffnet¹⁰³³ und sich immer mehr aus der operativen Leistungsverwaltung zurückgezogen, insbesondere auf dem Infrastruktursektor.¹⁰³⁴ Wie bereits eingehend ausgeführt, bleibt der Staat nach dem in Art. 87f GG zum Ausdruck kommenden Konzept in der Gewährleistungsverantwortung, während nur die Leistungserbringung in privatwirtschaftliche Hände gelegt wurde. Die nach wie vor sehr hohe Bedeutung der Telekommunikation für die Bevölkerung und die Volkswirtschaft, die letztlich Anlass für die europäischen wie nationalen Überlegungen waren, den eingangs erwähnten Wechsel vorzunehmen, kommt in dem ebenfalls in Art. 87f GG angelegten Gewährleistungsauftrag und insbesondere der Pflicht, die Randbedingungen für einen effektiven Wettbewerb zu schaffen, zum Ausdruck. Durch die regulatorischen Vorgaben kommt der Staat dieser seiner Gewährleistungsverantwortung nach.¹⁰³⁵ Eben weil die Unternehmen nunmehr über die Infrastrukturen, beispielsweise im Telekommunikationssektor, verfügen und der Staat oder die Allgemeinheit hieran ein vitales Interesse haben, unterliegen sie sehr engen rechtlichen Randbedingungen und direkten staatlichen Kontrollen.¹⁰³⁶ Der Staat greift lenkend und im

¹⁰³¹ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 30; Sellmann, NVwZ 2003, 1417, 1419.

¹⁰³² BT-Drs. 13/3609, Begründung zum TKG-E, Allgemeiner Teil, S. 33f.; Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 36.

¹⁰³³ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 35.

¹⁰³⁴ Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 37; vgl. auch Koenig/Kühling, DÖV 2001, 881, 885.

¹⁰³⁵ Vgl. dazu insgesamt: Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 37; Burgi, in: Hoeren, 4.1, Rz. 1.

¹⁰³⁶ BVerfG, Beschluss vom 25.08.1999, 1 BvR 1499/97, NJW 2000, 798, 799; BVerfG, Beschluss vom 18.01.2001, NJW 2001, 2960, 2961; BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736, 738

Aufsichtswege ein; die Telekommunikationsunternehmen unterstehen weitgehend der Regulierung sowie der Aufsicht durch die Bundesnetzagentur und das übergeordnete Bundesministerium.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung geht es beim Ausgleich um eine Kompensation für die Einschränkung der Eigentümerbefugnis, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Es besteht Einigkeit, dass der Eigentümer sich bereits im Zuge der Errichtung der Versorgungsleitung selbst seines Rechts begeben hat, die Leitungstrasse anderweitig zu nutzen oder zu vermarkten. Dann aber kann es nur noch um den Fall gehen, einen anderen von der Mitnutzung der Strecke auszuschließen, d.h. *in concreto*, den Berechtigten im Sinne des § 76 TKG die Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Telekommunikation zu untersagen. Dies kann jedoch nicht ins Gewicht fallen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kommt es nicht bereits dann zum Auslösen der Ausgleichspflicht, wenn eine solche Leitung bzw. Teile derselben an Dritte vermietet werden. Das Ausschließungsrecht des § 906 BGB wird aber auch bereits in diesem Falle beschnitten. Offenbar nimmt der Bundesgerichtshof insoweit noch keine Intensität an, die zu einer Ausgleichsverpflichtung führt, denn eine Notwendigkeit für eine „generelle Ausgleichspflicht“ sieht er ausdrücklich nicht, da das Grundstück nach wie vor in gleicher Weise genutzt werden kann.¹⁰³⁷ Der Einschnitt in das Verfügungsrecht des Eigentümers ist derart geringfügig, dass ein irgendgearteter Ausgleich verfassungsrechtlich nicht geboten ist, wie ein Vergleich zum Rechtszustand vor Einführung des TKG (1996) belegt. Hier war die Fernmeldeorganisation seit Jahrzehnten befugt, Leitungen, die im Luftraum über privates Grundeigentum geführt waren, zur Errichtung bzw. zum Aufbau ihres öffentlichen Telekommunikationsnetzes zu nutzen, ohne hierfür den Grundstückseigentümern einen Ausgleich zu schulden. Über einen langen Zeitraum ist ein solcher Zugriff eines Dritten, der gleichfalls das Ausschließungsrecht des Eigentümers beschnitt, allgemein akzeptiert worden, ohne dass eine Ausgleichsregelung verlangt worden wäre. Das Beschneiden des Rechts des Eigentümers, bei einem bestehenden, für Telekommunikationszwecke nutzbaren oder gar genutzten Leitungsweg, andere von der Nutzung seiner Sache auszuschließen, ist daher nicht geeignet, einen Ausgleichsanspruch zu begründen.

Selbst die höchstrichterliche Rechtsprechung lässt dies alleine nicht genügen; auslösendes Moment ist vielmehr nach dortiger Auffassung die Aufnahme der kommerziellen Tätigkeit im

¹⁰³⁷ = NJW 2003, 196, 198; BGHZ 145, 16ff.; Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 46; für den Energiesektor: BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984, 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, 257f. = NJW 1984, 1872, 1873.
BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 32 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210.

Rahmen öffentlicher Telekommunikation. Fraglich ist, ob dieses Merkmal tatsächlich zu einer Ausgleichsregelung zwingt oder auch nur berechtigt:

Die Deutsche Telekom AG und ihre Rechtsvorgänger haben von dem ihnen nach § 10 TWG zustehenden unentgeltlichen Nutzungsrechts zum Aufbau ihres Netzes im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland extensiv Gebrauch gemacht. Wenngleich sie nicht privatwirtschaftlich tätig waren, haben sie sich die über diese Netze realisierten Dienstleistungen durchaus von ihren Kunden vergüten lassen. Blickt man auf die Zeit vor der Liberalisierung, also in die Zeit des Monopols, zurück, fällt auf, dass nicht nur das Dienstangebot deutlich kleiner war, sondern beispielsweise die Abwicklung von Telefonverkehr oder das Angebot an festen Datenverbindungen im Vergleich zur Lage nach Öffnung des Marktes zum großen Teil deutlich teurer war. Der Monopolist hat somit über diese Leitungswege im Verhältnis höhere Einnahmen realisiert als die Wettbewerber heute. Beachtet man schlussendlich den Umstand, dass dies im letzten Jahr vor der Öffnung des Marktes in Form einer Aktiengesellschaft geschehen ist, erscheint es sehr fragwürdig, nun in einer Gewinnerzielungsabsicht, die nicht vorrangig der Allgemeinheit zugute komme, das ausschlaggebende Merkmal für eine Ausgleichspflicht sehen zu wollen. Jedenfalls in der Endphase der Monopolstellung war die Sachlage keine andere. Während zu Zeiten der unentgeltlichen Duldungspflicht hierin kein auszugleichender Eingriff in die Eigentümerrechte gesehen wurde, soll etwa bei einem exakt gleich gelagerten Eingriff nun eine Kompensation notwendig sein, nur weil sich der Staat nach dem Paradigmenwechsel aus der Leistungsverwaltung zurückgezogen und die Erfüllung der Aufgabe dieser Daseinsvorsorge in privatwirtschaftliche Hände gelegt hat.¹⁰³⁸ Ein sachgerechter Grund für eine derartige Ungleichbehandlung ist nicht gegeben.

Einen weiteren Umstand gilt es zu beachten:

In den Entscheidungen sowohl des Bundesverfassungsgerichts wie auch des Bundesgerichtshofs wird auf die kommerzielle Nutzung zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit abgestellt, erst diese führe zur Ausgleichspflicht und nur eine solche schließe die Ausgleichspflicht für eine zeitlich spätere Nutzung dieser Art aus. Letztlich kann die von den beiden Bundesgerichten für notwendig erachtete verfassungskonforme Auslegung der Ausgleichspflichtregel des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG auf die Annahme zurückgeführt werden, das Telekommunikationsunternehmen mache nunmehr mit der Nutzung dieser Leitungen Gewinn, ohne dass der Grundstückseigentümer einen Ausgleich für die erweiterte Nutzung erhalte.

¹⁰³⁸ Vgl. dazu: Hamm, in: Hoeren, § 3.2, Rz. 47 (dort allerdings zur Begründung eines nach dem Paradigmenwechsel zu kompensierenden Eingriffs in das Eigentumsrecht).

Unabhängig von den oben bereits aufgeführten Bedenken gegen die Herleitung dieses ungeschriebenen und mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie dem zugrunde liegenden Staatsziel nicht zu vereinbarenden Tatbestandsmerkmals begegnet diese Argumentation auch im Rahmen der Abwägung nach Art. 14 GG erheblichen Bedenken.

Wertet man die zusätzliche Nutzung etwa der Strom- oder Gasversorgungsleitungen zu wirtschaftlichen Zwecken als den die Ausgleichspflicht auslösenden Umstand, so ist nicht ersichtlich, weshalb dann nicht schon die entsprechende Nutzung der Leitungswege durch das Energieversorgungsunternehmen zu (neuen!) Telekommunikationszwecken auch in Form der internen Telekommunikation bereits ausgleichspflichtig machen soll. Hier spart der Energieversorger erhebliche Telekommunikationskosten ein, indem er auf ein eigenes Netz zurückgreift, das er in ähnlicher Form und mit ähnlichem Aufwand auch bereits für die ursprüngliche Versorgungsleitung vorhalten muss. Er minimiert damit seine Betriebsausgaben und steigert entsprechend seinen Gewinn. Es begegnet verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken, diese Gewinnerzielung nicht in die verfassungsrechtliche Wertung einzubeziehen und zwar mit dem Ergebnis, das man zu Lasten der Telekommunikationsanbieter gefunden hat, so man überhaupt einen Auslegungsspielraum sieht. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar; die Wertung verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Diese Nutzung durch die Energieversorger liegt überdies nicht im Allgemeinwohl begründet und kann sich nicht auf den Verfassungsauftrag nach Art. 87f GG stützen. Insoweit wäre eher eine entgegengesetzte Wertung zu rechtfertigen. Die Unternehmen, die entsprechend Art. 87f GG im Interesse des Aufbaus eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes tätig werden und auf Wegrechte zurückgreifen, verdienen eine Besserstellung gegenüber dem Unternehmen, das nur privatwirtschaftliche Interessen verfolgt. Dies gilt für die Fälle, in denen das Energieversorgungsunternehmen die Leitungswege nicht nur für die kommunikative Steuerung und Überwachung der Leitungen nutzt, denn dies mag von bestehenden Rechten erfasst sein, sondern dann, wenn er diese für weitergehende Telekommunikationszwecke nutzt, so die Abwicklung des internen Telefon- und Datenverkehrs oder einen solchen innerhalb geschlossener Benutzergruppen.

Diese Frage drängt sich noch mehr auf, wenn man berücksichtigt, dass die Energieversorger in großem Stil nicht nur einige wenige Fasern des sog. Erdkabels in der Spitze der Hochspannungsleitungen oder entlang ihrer Gaspipeline für eigene Telekommunikationszwecke nutzen, sondern faserweise zu nicht unerheblichen Entgelten an Telekommunikationsunternehmen zu Zwecken der kommerziellen öffentlichen Telekommunikation vermieten. Diese Kabel verfügen nicht selten über 60 oder gar 120

Fasern, so dass die Mieteinnahmen des Energieversorgers neben der Einsparung ihrer Telekommunikationskosten einen auch bei Energieversorgern nennenswerten Umfang erreichen. An dieser Stelle darf auf den oben dargestellten Sachverhalt zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. August 2002¹⁰³⁹ verwiesen werden. Der dortige Energieversorger hatte bereits entlang seiner Strecke zwei Schutzrohre für die Aufnahme von bis zu zwei Lichtwellenkabeln verlegt und beabsichtigte die Verlegung von acht weiteren Rohren für je zwei 120fasrige LWL-Kabel, so dass eine Gesamtkapazität von 2.400 (!!!) Fasern in Rede stand. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesgerichtshofs berücksichtigt diese Umstände nicht, sondern stellt auf die erstmalige kommerzielle Nutzung zu Telekommunikationszwecken ab, wobei sie aus nicht dargelegten Gründen die kommerzielle Nutzung durch Einsparung im eigenen Betrieb oder durch Vermietung von LWL-Fasern völlig außer Betracht lässt. Nimmt man den ausschlaggebenden Aspekt der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Begründung einer Ausgleichspflicht zur Hand, nämlich den Umstand, dass ein Dritter das Grundstück gewinnbringend nutzt, ohne dass der Eigentümer dies verbieten oder sich vergüten lassen könnte, dann wäre bereits im Moment der Vermietung zu den genannten Zwecken anzusetzen. Mit Abschluss des Vertrages würde eine die Ausgleichspflicht nach dieser Ansicht rechtfertigende bzw. sogar fordernde kommerzielle Nutzung im Zusammenhang mit – so die weitere Voraussetzung – öffentlicher Telekommunikation beginnen. Die Rechtsprechung stellt jedoch nicht auf die Vermietung ab, sondern erst auf die Aufnahme der genannten Nutzung.

Verfassungsrechtlich gänzlich bedenklich wird diese Rechtsprechung, wenn man an den oben bereits erwähnten Fall anknüpft, den das Bundesverfassungsgericht entschieden hat.

Angenommen, der Energieversorger hätte bereits zu Beginn der 1990er-Jahre im Zuge ohnehin notwendiger Arbeiten an der Trasse die weiteren acht Rohre verlegt und sodann unter Einschluss der beiden bestehenden Rohre alle mit je zwei 120fasrigen LWL-Kabeln bestückt, wovon er zwei LWL-Fasern seither für eigene Telekommunikationszwecke nutzt. Im Jahr 2000 vermietet er zwei der 2.400 Fasern an ein Telekommunikationsunternehmen, das diese vertragsgemäß zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit kommerziell nutzt. Sodann vermietet der Energieversorger sämtliche übrigen 2.396 Fasern an andere Telekommunikationsunternehmen, welche diese ebenfalls kommerziell zu Telekommunikationszwecken nutzen.

¹⁰³⁹ BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736ff. = NJW 2003, 196ff.

Legt man die hier in Rede stehende höchstrichterliche Auffassung zugrunde, löst die erste kommerzielle Nutzung zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit im Jahre 2000 die Ausgleichspflicht aus. Nach dem Gesetz und der genannten Rechtsprechung, der beizupflichten ist, haftet neben dem betroffenen Telekommunikationsunternehmen auch der Energieversorger.¹⁰⁴⁰ *In praxi* haben einige Energieversorger jedoch Regelungen in den Mietvertrag über die beiden Fasern aufgenommen¹⁰⁴¹, über die sie versuchen, die Kostenlast insgesamt auf den betroffenen Telekommunikationsanbieter abzuwälzen. Unabhängig davon, ob diese Versuche gelingen oder nicht, bedeutet die vermeintlich verfassungskonforme Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG, dass das erste Telekommunikationsunternehmen, das die Leitung zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit nutzt, alleine, bestenfalls in hälftiger Teilung mit dem Energieversorger, die einmalige Ausgleichspflicht für diese Linie trägt. Damit trägt es die Kostenlast für die nachfolgend unbefristete und auch im Umfang unbeschränkte Nutzung der Leitung. Im Beispielsfalle sind die Mieter der übrigen fast 2.400 Fasern nicht an der Ausgleichspflicht beteiligt; auch kann der Energieversorger selbst die verbleibenden Fasern nutzen, ohne hierfür zu einem Ausgleich herangezogen zu werden. Losgelöst vom europäischen Bestreben, einen funktionierenden Wettbewerb auf dem Gebiet der Telekommunikation zu schaffen, ist diese Auslegung auch mit dem geltenden Verfassungsrecht nicht vereinbar. Denn auch danach soll der Wettbewerb ermöglicht werden. Die vermeintlich verfassungskonforme Interpretation der Ausgleichspflicht durch das Bundesverfassungsgericht und den Bundesgerichtshof und die damit einhergehende Hineindeutung von Tatbestandsmerkmalen, die im Gesetz nicht nachzulesen sind, verhindert den Wettbewerb, indem sie jeden neuen Telekommunikationsanbieter durch Aufbürdung der hälftigen, *in praxi* unter Umständen gesamten Kostenlast für Strecken, die bei Einführung des TKG (1996) bereits bestanden und weitgehend schon zu Telekommunikationszwecken genutzt wurden, von der Nutzung dieser Leitungswege abschreckt. Sie belastet den Telekommunikationsbetreiber, der, den verfassungsrechtlichen Vorstellungen folgend, als erster aus den wirtschaftlich lukrativen Ballungszentren hinaus in die Fläche geht und dabei zur Überwindung der Entfernungen auf die Leitungsnetze der Energieversorger zurückgreift. Sobald er die Telekommunikationslinie tatsächlich im Sinne des Grundgesetzes nutzt und hierüber den Bürgern, Betrieben und Behörden schlecht besiedelten Gegenden Telekommunikationsleistungen anbietet, hat er – bestenfalls in hälftiger Teilung mit dem vermietenden Energieversorger – den Ausgleich an die jeweiligen Grundstückseigentümer zu zahlen. Neben dem wirtschaftlichen Risiko, das mit der Erschließung solcher Gebiete verbunden ist, trägt er sozusagen für alle Zeiten und für alle folgenden kommerziellen Nutzer dieser Linie die Ausgleichsverpflichtung; selbst die Installation und kommerzielle

¹⁰⁴⁰ Vgl. Teil II D II.

¹⁰⁴¹ Vgl. hierzu Lisch, MMR 2007, 89ff.

Telekommunikationsnutzung einer Vielzahl später verlegter Leitungen wäre damit abgegolten. Diese Folge der höchstrichterlichen Interpretation steht in diametralen Gegensatz zum Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers wie auch des einfachen Gesetzgebers, wird damit die gewünschte Erschließung der gesamten Fläche doch wirtschaftlich deutlich erschwert. Jedes Telekommunikationsunternehmen muss vor diesem Hintergrund davor zurückschrecken, als Erstes eine ländliche Gegend ohne großes wirtschaftliches Potential über einen solchen Leitungsweg zu erschließen, will es die Pflicht vermeiden, alleine oder zusammen mit dem Energieversorger diesen Schritt für alle anderen zu finanzieren. Die Alternative, eine eigene Leitung zu bauen, ist noch kostenintensiver, so dass nicht selten ein entsprechender Ausbau der Netze schlicht unterbleibt. Die Folgen sind auch heute noch zu verzeichnen, nach mehr als zehn Jahren seit der Liberalisierung, die im Übrigen beachtenswerte Erfolge gebracht hat. Breitbandzugänge sind bei weitem nicht flächendeckend verfügbar, so dass beispielsweise das Land Nordrhein-Westfalen über die Staatskanzlei Mitte 2005 die Initiative „breitband NRW“ gestartet hat mit dem Ziel, diese Versorgungslücken zu schließen. Diese Initiative war von der Erkenntnis getragen, dass besonders in ländlichen Regionen die notwendige Infrastruktur lückenhaft ist. Entsprechende Zugänge sind jedoch für die dortigen Unternehmen von existentieller Bedeutung; man sah „viele kleine und mittlere Unternehmen ob dieses Standortnachteils in ihrer Existenz langfristig gefährdet. Ein weiterer negativer Effekt der Unterversorgung der Fläche wurde darin gesehen, dass etliche Unternehmen „einen Bogen um die digitale Provinz machen“.¹⁰⁴² Dieser Missstand, der dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers zuwiderläuft, ist nicht zuletzt auf Zusatzkosten in Form von Ausgleichspflichtforderungen zurückzuführen.

Gegen die Auffassung der vorgenannten Bundesgerichte spricht aber auch folgender Umstand: Mit der Einführung des Art. 87f GG hat der Bund weiterhin den Infrastrukturauftrag, den es zu erfüllen gilt; lediglich die Erfüllungsverantwortlichkeit betreffend die Grundversorgung ist in private Hände gelegt. Dem folgend hat der Bund im Rahmen des ihm nun verfassungsrechtlich erteilten Infrastrukturauftrags die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, dass die Telekommunikationsunternehmen in die Lage versetzt werden, die Grundversorgung der gesamten Bevölkerung mit Telekommunikationsdiensten zu erbringen. Dabei hat er bei der hier in Rede stehenden Nutzung von oberirdischen Leitungen zu Telekommunikationszwecken bis zum Inkrafttreten des TKG (1996) über Jahrzehnte wie zuvor auch schon das Deutsche Reich ohne Bedenken dem damaligen Monopolisten eine solche ohne Ausgleichszahlungspflicht an den Grundeigentümer gestattet.

¹⁰⁴² Vgl. dazu die im Auftrag der Staatskanzlei des Landes NRW herausgegebene Informationsschrift des FTK Forschungsinstitut für Telekommunikation vom Juli 2005, S. 3.

Ein verfassungsrechtlich relevanter Unterschied, der ab Inkrafttreten des TKG (1996) zum 1. August 1996 zu einer anderen Wertung Anlass gäbe, ist nicht erkennbar. Der Bund ist nach wie vor in der Pflicht bezogen auf die Infrastruktur. Er ist zudem verfassungsrechtlich gehalten, wegen der auch für die Gesamtwirtschaft existenziell wichtigen Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem neuen Telekommunikationsmarkt die entsprechenden Randbedingungen zu schaffen. Stattdessen aber wird insbesondere durch die höchstrichterliche Auslegung der Regelung in § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) und der Nachfolgevorschrift des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG der enorme Wettbewerbsvorteil der Deutschen Telekom AG gegenüber den neuen Wettbewerbern gefestigt, denn Letztere müssen danach entgegen der bisher für das gewachsene marktbeherrschende Unternehmen für den Luftraum geltenden Ausgleichsfreiheit neben den Errichtungskosten oder der an das Energieversorgungsunternehmen zu entrichtenden Miete einen einmaligen Geldausgleich zugunsten an den Grundstückseigentümer zahlen.

Des Weiteren hebt die höchstrichterliche Rechtsprechung über Gebühr darauf ab, es handele sich bei der nun nach dem TKG erlaubten Grundstücksnutzung zu Telekommunikationszwecken um eine privatwirtschaftliche Nutzung und keine im Sinne der Allgemeinheit.¹⁰⁴³ Es ist im Ausgangspunkt einzuräumen, dass es gerade Sinn und Zweck der Verfassungsänderung war, die Ausübung in vom Staat getrennte privatwirtschaftliche Hände zu legen. Andererseits greift der Hinweis auf die Privatwirtschaft vorliegend zu kurz; der Blick ist lediglich auf die Gewinnerzielung gerichtet. Bezieht man in seine Betrachtung die Regelungen, denen Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste unterworfen sind, ein, wird der hohe gemeinwohlorientierte Anteil an der privatwirtschaftlichen Tätigkeit im Telekommunikationsbereich schnell offenbar. Denn im Gegensatz zu einer nur den Regeln der freien Marktwirtschaft unterworfenen Privatwirtschaft im eigentlichen Sinne, hat der verfassungsändernde Gesetzgeber vor dem Hintergrund der hohen Bedeutung der Telekommunikation diesen Sektor nicht ganz aus der Hand gegeben und gerade nicht den allgemeinen Wettbewerbsregeln überlassen. Im Gegenteil: Der Bund hat auch nach der derzeitigen Regel gemäß Art. 87f GG seinen Infrastrukturauftrag behalten und erfüllt ihn durch eine strenge Regulierung.

Die im Telekommunikationsmarkt tätigen Unternehmen sind also gerade alles andere als typisch privatwirtschaftlich Tätige. Neben den strengen Bestimmungen zur Zugangsregelung (Teil 2, Abschnitt 2 des TKG), den einschneidenden Regelungen zur Entgeltregulierung (Teil 3, Abschnitt 3 des TKG), dem umfassenden Kundenschutz (Teil 3) und den genau genommenen weiteren Kundenschutzvorschriften, die sich im Teil 4, Abschnitt 2 des TKG

¹⁰⁴³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.08.2002, 1 BvR 142/02, MMR 2002, 736, 738 = NJW 2003, 196, 198.

unter der irreführenden Überschrift „Nummerierung“ verbergen, werden in Teil 6 Pflichten im Bereich der Universaldienste begründet. Diese Pflichten, die seitens der Telekommunikationsanbieter zwingend einzuhalten sind, dienen ausschließlich den Endnutzern und damit der Allgemeinheit.

Über diese umfassenden und die privatwirtschaftliche Betätigung einschränkenden Regeln hinaus, befasst sich Teil 8 des TKG mit dem genau genommen im staatlichen Interesse liegenden bzw. dem Allgemeinwohl dienenden Bereich des Datenschutzes und der Öffentlichen Sicherheit. In diesen Segmenten wird den Telekommunikationsunternehmen eine ganze Reihe von oft sehr kostenintensiven Pflichten auferlegt. So sind die Auskunftspflichten zu nennen. Angefangen vom automatisierten Verfahren zu Inhaberfeststellungen, für das die Telekommunikationsanbieter die technischen Voraussetzungen nach § 112 TKG auf eigene Kosten vorhalten müssen, über das manuelle Auskunftsverfahren gemäß § 113 TKG bis hin zur Sicherstellung von Fangschaltungen nach § 101 TKG oder der Achtung von Anrufen zu anonymen Beratungsstellen entsprechend § 99 Abs. 2 TKG, sind den Telekommunikationsunternehmern arbeits- und damit kostenintensive Auflagen im staatlichen Interesse, zum Wohle der Allgemeinheit, auferlegt. Die Speicherung von Verbindungsdaten im Telefonbereich war bisher schon auf eigene Kosten zu erfüllen; nur war sie als Möglichkeit bis zu einem maximalen Zeitraum von sechs Monaten nach Rechnungsversand (vgl. § 113 i.V.m. § 97 TKG, hier insbesondere Abs. 2) ausgestaltet. Nun wurde mit Art. 2 Nr. 6 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung des Richtlinie 2006/24/EG mit der Schaffung des § 113a TKG eine Mindestspeicherfrist für alle Verbindungsdaten (einschl. Verbindungsversuchen) von einem halben Jahr mit Wirkung ab dem 1. Januar 2008 gesetzlich angeordnet.¹⁰⁴⁴ Ferner wurde der Kreis deutlich über den Telefonbereich ausgedehnt auf die Massen des Internets, die Verbindungsdaten von Mails sind danach künftig ebenso auf Kosten der Anbieter zu erheben und zu speichern, wie die zu Internetseiten. Schließlich sind die enormen Kosten zu nennen, die den Anbietern entstehen, weil sie nach Maßgabe des § 110 TKG und der zugehörigen Verordnung die technischen Möglichkeiten zum „richterlichen Mithören“ vorhalten müssen.

Berücksichtigt man diese Umstände, so wird deutlich, wie sehr die Telekommunikationsunternehmen in ihrer privatwirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt sind und für staatliche Belange bzw. im Interesse des Allgemeinwohls auf eigenen Kosten in Anspruch genommen werden.

¹⁰⁴⁴Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007, BGBl. I, 3198.

Selbst bei einer Enteignung, also dem Entzug des Eigentums, zugunsten Privater kommt es nicht auf die Person des Begünstigten an, sondern darauf, dass sie dauerhaft zum Nutzen der Allgemeinheit geschieht; dann ist sie verfassungskonform.¹⁰⁴⁵ Vorliegend ist lediglich ein äußerst geringer Eingriff in das Eigentumsrecht im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zu verzeichnen. Ist der Private unmittelbar im Interesse der Allgemeinheit tätig, beispielsweise im Bereich der Daseinsvorsorge¹⁰⁴⁶, muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass er diese Aufgabe ordnungsgemäß erfüllen kann^{1047 1048}.

Die mannigfaltige Einbindung der Telekommunikationsunternehmen in die Erfüllung von dem Gemeinwohl dienenden Aufgaben wurde bereits dargelegt, so dass es unter weiterer Berücksichtigung des hohen oder gar intensiven sozialen Bezugs legitim ist, Wegerechte für die Errichtung der notwendigen öffentlichen Telekommunikationsnetze zu generieren, ohne diese mit einer Ausgleichspflicht zu versehen. Den nur sehr gering betroffenen Eigentümern ist dies verfassungsrechtlich zumutbar; dem Gesetzgeber obliegt sogar die entsprechende Pflicht, muss er doch dafür Sorge tragen, dass die Telekommunikationsunternehmen ihre Aufgabe wahrnehmen und erfüllen können.

(ccc) Ergebnis

Man darf vorliegend nicht verkennen, dass die Telekommunikationsunternehmen schon von Verfassung wegen privatwirtschaftlich tätig sind; sie verfolgen daher nicht nur Interessen des Gemeinwohls, sondern auch und vor allem private Interessen. Dies schließt es jedoch nicht aus, dass ihr Tun auch im öffentlichen Interesse liegt.¹⁰⁴⁹ Selbst im Falle einer – hier nicht vorliegenden – Enteignung wäre das öffentliche Interesse an der Enteignung unabhängig vom privaten zu prüfen.¹⁰⁵⁰ Vorliegend geht es jedoch nicht um den deutlich stärkeren Eingriff der Enteignung, sondern lediglich um eine zulässige Inhaltsbestimmung.

Dann aber relativiert sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts. Denn nun führt die Abwägung zu einer stärkeren Einflussnahme der Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Dem äußerst geringen Eingriff in das Verfügungs- und Ausschließungsrecht des Eigentümers steht ein verfassungsrechtlicher Auftrag gemäß Art. 87f GG gegenüber, den der Staat vorliegend mit Hilfe der Telekommunikationsunternehmen

¹⁰⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 24.03.1987, 1 BvR 1046/85, BVerfGE 74, 264, 284ff.; Breuer, DVBl. 1981, 971, 975; Leisner, DÖV 1970, 217ff.; Gerhardt, in: FS für Zeidler, S. 1663, 1663; Battis/Otto, DVBl. 2004, 1501, 1505.

¹⁰⁴⁶ Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984, 1 BvL 28/92, BVerfGE 66, 284ff. = NJW 1984, 1872f.

¹⁰⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984, 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, 257f. = NJW 1984, 1872, 1872f.

¹⁰⁴⁸ Vgl. dazu insgesamt: Battis/Otto, DVBl. 2004, 1501, 1505.

¹⁰⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984, 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, 257f. = NJW 1984, 1872, 1872f.; BVerfG, Beschluss vom 23.10.1985, 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 108, 125.

¹⁰⁵⁰ Vgl. dazu insgesamt: v. Brünneck, NVwZ 1986, 425, 430.

erfüllt. Soweit diese privatwirtschaftlich und damit gewinnorientiert arbeiten, führt das nicht zu einem notwendigen Ausgleich in Form einer Geldleistung zu Gunsten der Eigentümer.

Dies gilt umso mehr, als die Grundstücke einer hohen sozialen Bindung unterliegen, weil Dritte, der Staat und auch die Allgemeinheit aufgrund der Geeignetheit zur Führung von Telekommunikationslinien auf eine wegerechtliche Nutzung angewiesen sind. Soweit – wie im Regelfall – die Linien entlang bestehender Versorgungswege errichtet werden, kann sogar von einer sehr hohen Sozialbindung ausgegangen werden. In diesen Fällen haben die Grundstückseigentümer regelmäßig bereits vor der Erweiterung zu Telekommunikationszwecken, so schon im Zusammenhang mit der Errichtung der originären Versorgungsleitungen, ihr Verfügungs- und Ausschließungsrecht beschränkt und eine Entschädigung erhalten. Auf Seiten der zu berücksichtigenden Interessen der Allgemeinheit ist zum einen zu beachten, dass die Liberalisierung des Telekommunikationsbereichs sowie die Förderung und Sicherstellung eines fairen, offenen und nicht diskriminierenden Wettbewerbs in demselben als „übergreifende Ziele der Union“¹⁰⁵¹ zu bezeichnen sind und somit bindende Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber darstellen. Mit Wieland¹⁰⁵² kann man insoweit von einem „Konzept“ der Europäischen Union sprechen, die bisherigen Monopole im Telekommunikationssektor durch privatwirtschaftlich agierende Unternehmen zu beseitigen und den jeweiligen Staat in die Pflicht zu nehmen, den effektiven Wettbewerb zu schaffen und nachhaltig zu sichern. Der bundesdeutsche Verfassungsgesetzgeber hat diese Aufgabenstellung Ernst genommen, indem er nicht nur die Gewährleistung eines Universaldienstes im Sinne einer flächendeckenden Grundversorgung der Bevölkerung mit angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen zum Staatsziel erhob¹⁰⁵³, sondern auch die Schaffung und Sicherung eines fairen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt als verfassungsrechtliches Gebot qualifiziert hat.¹⁰⁵⁴ Zum anderen aber erfüllen die betroffenen Telekommunikationsunternehmen nicht nur dieses Staatsziel; sie sind darüber hinaus in vielfältiger Weise und auf eigene Kosten in die Erledigung von Allgemeinwohlbelangen im Zusammenhang mit der Telekommunikation eingebunden. Eines geldlichen Ausgleichs bedarf es zusammenfassend nicht.

¹⁰⁵¹ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 7.

¹⁰⁵² Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 6.

¹⁰⁵³ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 87f, Rz. 11, 14; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 12, 14; Lerche in FS für Friauf, S. 251, 253ff.; Gramlich, NWJ 1994, 2785; Scherer, CR 1994, 418, 421; T. Königshofen, APT 1995, 112, 117; Rottmann, APT 1994, 193, 194.

¹⁰⁵⁴ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 25.

(cc) Verhältnismäßigkeit

Zur Erfüllung des verfassungsrechtlich verankerten Infrastrukturauftrags einschließlich der Schaffung der Rahmenbedingungen für einen ausreichenden Wettbewerb ist die Einräumung derartiger Nutzungsrechte an Grundstücken, die nicht Verkehrswege sind, geeignet und erforderlich.¹⁰⁵⁵ Der schnelle und kosteneffiziente Aufbau neuer öffentlicher Telekommunikationsnetze war bundes- wie europarechtlich zwingend gefordert und volkswirtschaftlich geboten. Insoweit musste man auf die bestehenden Versorgungsnetze zurückgreifen. Abgesehen von umweltschädlichen oder die Natur sonst beeinträchtigenden Begleiterscheinungen hätte die Planung und Errichtung völlig neuer Netze neben den bestehenden und für die Telekommunikationsnutzung weitestgehend bereits tauglichen Versorgungsnetzen eine lange Zeit und deutlich höhere Kosten in Anspruch genommen. Ein milderer, gleich gut zum gewünschten Aufbau effizienter Netze alternativer Betreiber geeignetes Mittel ist nicht erkennbar. Die Angemessenheit ist gewahrt, da das Eigentum in aller Regel nicht weiter in Anspruch genommen wird, als es zuvor bereits der Fall war.¹⁰⁵⁶ Die Inhalts- und Schrankenbestimmung ist daher vorliegend ohne Ausgleichsverpflichtung zulässig.¹⁰⁵⁷ Jedenfalls zwingt Art. 14 GG nicht zu der vom Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof bislang vertretenen Auslegung, eine Ausgleichspflicht sei durch zu internen Telekommunikationszwecken nutzbare oder genutzte Leitungswege nicht ausgeschlossen.

(c) Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und Betätigungsfreiheit nach Art. 87f Abs. 2, S. 1 i.V.m. Abs. 1 GG

Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung muss allen übrigen Verfassungsnormen gerecht werden, insbesondere auch dem Gleichheitsgrundsatz.¹⁰⁵⁸ Dem ist beizupflichten. Soweit der Bundesgerichtshof¹⁰⁵⁹ und einige Stimmen¹⁰⁶⁰ in der Literatur den Gleichheitssatz verletzt sehen, wenn eine Ausdehnung der Nutzung einer vorhandenen telekommunikationsmäßig nutzbaren oder intern genutzten Leitung zu kommerziellen Telekommunikationszwecken den Ausgleichsanspruch ausschliesse, kann dem nicht gefolgt werden. Eine behauptete grundsichtsrelevante Schlechterstellung desjenigen, der eine solchermaßen zu nutzende Leitung errichtet, gegenüber dem, der dies auf Basis eines vorhandenen Leitungsweges unternimmt, liegt nicht vor. Die Fälle sind nicht vergleichbar. Im ersten Falle wird der

¹⁰⁵⁵ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 594.

¹⁰⁵⁶ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, § 13 VI 5, S. 168.

¹⁰⁵⁷ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, § 14, Rz. 594.

¹⁰⁵⁸ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210f.

¹⁰⁵⁹ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 33 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3210f.

¹⁰⁶⁰ Heun, F, Rz. 311.

Leitungsweg gerade erst errichtet; dann ist es folgerichtig, dem betroffenen Eigentümer einen Ausgleichsanspruch zuzusprechen; im zweiten Falle ist der Leitungsweg jedoch bereits vorhanden; der Eigentümer hat regelmäßig bei der Errichtung desselben bereits eine Entschädigung erhalten. Im Eingangsfall wird somit ein Eigentümer in die (Duldungs-)Pflicht genommen, der bisher frei über sein Grundstück verfügen konnte, während der Eigentümer im Folgebeispiel bereits teilweise auf dieses Recht verzichtet und hierfür in aller Regel bereits eine Entschädigung vom Energieversorger erhalten hat. Hierin liegt ein sachlicher und zu billiger Grund für die unterschiedliche Behandlung.

Nach den obigen Darlegungen hat der verfassungsrechtliche Gesetzgebungsauftrag neben der Entmonopolisierung auch die Wettbewerbsrealisierung im Focus. Zu Recht wird hieraus gefolgert, Art. 87f Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 GG vermittelte den in diesem Sinne privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen einen verfassungsrechtlichen Schutz ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung im Sinne eines grundrechtsähnlichen Rechts.¹⁰⁶¹ Die vorstehenden Ausführungen bezogen auf die Allgemeinwohlbelange bei Art. 14 GG gelten an dieser Stelle entsprechend. Die höchstrichterliche Auslegung läuft daher auch der Betätigungsfreiheit nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG zuwider. Bei verfassungskonformer Interpretation muss vielmehr auch ein privater Grundstückseigentümer vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Anliegens, den Telekommunikationsbetreibern die Basis für einen tatsächlichen Wettbewerb im Telekommunikationssektor zu schaffen, im Rahmen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums bestimmte Einschränkungen hinnehmen.¹⁰⁶²

(d) Ergebnis

Unterstellt man, dass der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes hier überhaupt einen Auslegungsspielraum einräumen, so ist eine Ausgleichspflicht entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht geboten. Vielmehr sprechen der nur geringfügige Eingriff in das Eigentumsrecht, der hohe bzw. intensive soziale Bezug der Grundstücke, die Vorgaben gemäß Art. 87f GG und die Tatsache, dass die Telekommunikationsunternehmen in erheblichem Maße Allgemeinwohlbelangen dienen, sogar für ein verfassungsrechtliches Gebot, von einer Ausgleichspflicht abzusehen. Dies entspricht der langjährigen Rechtslage bezogen auf die Nutzung des Luftraums über Grundstücke, die keine Verkehrswege darstellen.

¹⁰⁶¹ Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87f, Rz. 27f.

¹⁰⁶² Hoeren, MMR 2004, 611, 611.

3) Ergebnis

Die Ausgleichsregelung des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG und der gleich lautenden Vorgängernorm in § 56 Abs. 2 Satz 2 TKG (1996) ist entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts getreu ihrem Wortlaut auszulegen. Danach schließt das Vorhandensein einer zu Telekommunikationszwecken nutzbaren Leitung das Entstehen einer Ausgleichspflicht bereits tatbestandlich aus. Die gegenteilige Beurteilung missachtet den Wortlaut der Bestimmung und lässt darüber hinaus die gebotene Beachtung des Willens des verfassungsändernden Gesetzgebers vermissen, wie er in Art. 87f GG zum Ausdruck kommt. Entsprechendes gilt für die Intention des Gesetzgebers bei Schaffung des TKG im Jahre 1996 bzw. der Novelle im Jahre 2004. Es ist keinesfalls verfassungsrechtlich geboten, den betroffenen Grundstückseigentümern in diesen Fällen einen Ausgleich zuzusprechen; vielmehr muss mit Blick auf die Sozialpflichtigkeit gerade bei Grundeigentum sowie unter Berücksichtigung der regelmäßig bereits langjährigen Nutzung zu Leitungszwecken von einer zulässigen ausgleichsfreien Inhalts- und Schrankenbestimmung gesprochen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bereits Leitungswege vorhanden sind, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden oder zumindest nutzbar sind. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt die Verfassungslage darüber hinaus eine generelle Ausgleichsfreiheit zu, da die Allgemeinwohlbelange die Interessen des Eigentümers bei weitem überwiegen und es sich bei den Eingriffen nur um äußerst geringe Einschränkungen der Eigentümerrechte handelt.

Dabei ist an dieser Stelle noch keine Aussage darüber getroffen, ob die Ausgleichsnorm unionsrechtlichen Vorgaben standhält. Dieser Frage wird unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht sowie vom Bundesgerichtshof getragenen Auslegung einerseits und der am Wortlaut orientierten Interpretation andererseits weiter unten (Teil III) nachzugehen sein.

V) Ausgleichshöhe

Hinsichtlich der Bemessungsgrundlage eines nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zu zahlenden Ausgleichs besteht Einigkeit. So hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 7. Juli 2000 ausgeführt, dabei komme es in erster Linie auf den jeweiligen Marktwert an, der für die Einräumung eines Nutzungsrechts zu Telekommunikationszwecke zu entrichten sei;¹⁰⁶³ solange sich ein solcher Marktwert noch nicht gebildet hat, die Marktverhältnisse also noch keine verlässliche Schätzung erlauben,¹⁰⁶⁴ orientiert sie sich an der Vergütung, die üblicherweise für die Verlegung der Versorgungsleitung gezahlt wird¹⁰⁶⁵. Sollte bereits ein Lichtwellenleiter zur betriebsinternen Kommunikation vorhanden sein, ist dies entgeltmindernd zu berücksichtigen, da hierfür bereits ein Entgelt entrichtet wurde.¹⁰⁶⁶

Der Rechtsprechung ist bisher noch kein einheitlicher Wert pro Meter betroffenen Grundstücks zu entnehmen; die Werte umfassen eine Spanne von ca. 0,25 Euro bis 2,50 Euro.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶³ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 34 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211; so auch: Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 54; auch BGH, Urteil vom 16.09.2006, V ZR 242/04.

¹⁰⁶⁴ BGH, Urteil vom 16.09.2005, V ZR 242/04, MMR 2005, 835, 836; so auch: Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 76, Rz. 54.

¹⁰⁶⁵ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 34f = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211; Schuster, MMR 1999, 137, 143.

¹⁰⁶⁶ BGH, Urteil vom 07.07.2000, V ZR 435/99, BGHZ 145, 16, 35 = CR 2000, 823, 828 = NJW 2000, 3206, 3211; bestätigt in BGH, Urteil vom 16.09.2005, V ZR 242/04, MMR 2005, 835, 837.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Schütz, in: Beck'scher Kommentar, § 76, Rz. 54 mit Rechtsprechungsnachweisen.

E) Zusammenfassung

§ 76 Abs. 2 S. 2 TKG verpflichtet, wie auch schon seine Vorgängernorm, die Telekommunikationsunternehmen als Betreiber der Telekommunikationslinie in Gesamtschuldnerschaft mit dem Eigentümer des Leitungsnetzes wie z.B. Energieversorgern zur Zahlung eines einmaligen Ausgleichsbetrags an den Eigentümer des betroffenen Grundstücks, wenn die Leitung nunmehr zu öffentlichen Telekommunikationszwecken genutzt wird, sofern die vorhandene Leitung nicht bereits zu solchen Telekommunikationszwecken genutzt wurde oder werden konnte, wobei hier jede Art der Telekommunikation ausreichend ist. Auch wenn nach der hier vertretenen Ansicht eine generelle Ausgleichsfreiheit verfassungsrechtlich geboten ist, hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Materialien des Gesetzgebungsverfahrens und der Gesetzesformulierung gegen eine solche entschieden. Daher scheidet eine Auslegung im Sinne eines allgemeinen Wegfalles einer Ausgleichsverpflichtung aus. Auch aus unionsrechtlicher Sicht ist eine solche Interpretation *contra legem* nicht gefordert.¹⁰⁶⁸

Soweit ein Ausgleich zu zahlen ist, richtet sich dieser nach dem entsprechenden Marktwert; ist dieser nicht verlässlich zu ermitteln, kommt in zweiter Linie der Marktwert für die Vergütungen bei Errichtung der Versorgungsleitungen selbst in Betracht. Etwaige Zahlungen für eine bereits existente, betriebsintern zu Zwecken der Telekommunikation genutzte Leitung sind bei der Bemessung zu berücksichtigen. Die in der bisherigen Rechtsprechung feststellbaren Vergütungen pro Meter betroffenen Grundstücks reichen von ca. 0,25 Euro bis etwas 2,50 Euro.

¹⁰⁶⁸ Vgl. Teil I A I 1 c.

Teil III Unionsrechtswidrigkeit

A) Richtlinie 90/388/EWG unter Berücksichtigung der Änderung durch die Richtlinie 96/19/EG

I) Wettbewerbssituation bei der Nutzung von oberirdischen Leitungen über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, zu Telekommunikationszwecken bis zum 31. Juli 1996

Festzuhalten ist zunächst der Umstand, dass die Deutsche Telekom AG bzw. ihre Rechtsvorgänger über Jahrzehnte hinweg „Fernmeldewege durch den Luftraum über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind“ errichten oder nutzen durften, ohne hierfür den betroffenen Grundeigentümern bis dato einen irgendgearteten Ausgleich für die Nutzung zu Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und 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. L 337 vom 18.12.2009, S. 37ff. Telekommunikationszwecken zahlen zu müssen. Die Nutzung des Grundstücks durfte lediglich nach Herstellung der Anlage nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Gemäß § 12 TWG, zuletzt geändert in § 10 TWG, konnten die genannten Fernmeldeorganisationen über fast ein Jahrhundert auf dieses Recht zurückgreifen. Das TWG vom 18. Dezember 1899 wurde erst am 31. Juli 1996 außer Kraft gesetzt. In dieser Zeit war lediglich den genannten, stets staatlich-monopolistisch aufgestellten Fernmeldeorganisationen ein Tätigwerden im Bereich der öffentlichen Telekommunikation erlaubt. Auf diese Art wurde ein einziges öffentliches Telekommunikationsnetz über diesen langen Zeitraum entwickelt. Konkurrierende Unternehmen oder alternative Netze waren nicht vorhanden. Allerdings waren insbesondere die Energieversorgungsunternehmen wie auch die Deutsche Bahn AG (in ihrer jeweiligen Rechtsform und -bezeichnung) aufgrund von Ausnahmegenehmigungen berechtigt, auf ihren Leitungs- bzw. Schienenstrecken Telekommunikationsnetze zu errichten, jedoch beschränkt auf eigene, interne Zwecke. Diese Netze standen daher nicht in Konkurrenz zum einzigen öffentlichen Telefonnetz.

II) Wettbewerbssituation bei der Nutzung von oberirdischen Leitungen über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, zu Telekommunikationszwecken seit dem 1. August 1996

Mit Inkrafttreten des TKG am 1. August 1996 konnte der bisherige Monopolist, die Deutsche Telekom AG, auf ein über viele Jahrzehnte gewachsenes Netz oberirdischer Leitungen zurückgreifen, für das sie oder ihre Rechtsvorgänger den Eigentümern der darunter befindlichen Grundstücke, die nicht öffentliche Verkehrswege waren, keinen Ausgleich gezahlt hatten. Sie waren mit Inkrafttreten des TKG auch nicht in der Pflicht, nachträglich einen Ausgleich zu leisten, konnten und können vielmehr dieses Netz weiterhin ohne derartige Ausgleichszahlungen nutzen.

Nach dem nun geltenden TKG war unter den dortigen Voraussetzungen für die folgende erstmalige, erweiterte Nutzung solcher Leitungen demgegenüber eine Ausgleichszahlung an die Grundstückseigentümer zu entrichten. Diese Pflicht trifft im Grundsatz auch die Deutsche Telekom AG. Im Gegensatz zu den neu in den Markt tretenden Wettbewerbern war und ist diese allerdings nicht auf eine solche – neue – Nutzung etwa von Strom- oder Gasleitungen angewiesen, da bereits ein großzügig dimensioniertes Netz zu alten – ausgleichsfreien – Bedingungen existent ist. Auf dieses kann sie ohne Nachzahlungen von Ausgleichsbeträgen an die Grundstückseigentümer weiterhin zurückgreifen. Dieses Netz ist flächendeckend über fast ein Jahrhundert aufgebaut worden. Soweit nach dem 2. Weltkrieg das Gebiet der damaligen Deutschen Demokratischen Republik naturgemäß nicht versorgt werden konnte, ist nach der Wiedervereinigung seitens der Deutschen Bundespost TELEKOM bzw. auch der Deutschen Telekom AG als Nachfolgerin gezielt und mit hohem Einsatz die Infrastruktur in den neuen Bundesländern aufgebaut worden. Bis zum 31. Juli 1996 konnte auch insoweit von der Regelung des § 10 TWG Gebrauch gemacht werden. Mit Beginn des freien Marktes verfügte das aus dem vormaligen Monopolisten hervorgegangene marktbeherrschende Unternehmen auf diesem Wege nicht nur über ein flächendeckendes Netz, für das sie bezogen auf die im Luftraum geführten Linien keinen Ausgleich an die Grundstückseigentümer zahlen musste. Seine Vorgänger hatten diese großräumige Netz im Schutze des vormaligen staatlichen Monopols darüber hinaus ohne jedes wirtschaftliche Risiko errichten können, waren sie doch in der Lage, die entstehenden Kosten auf ihre Endverbraucher umzulegen. Die im Zuge der Liberalisierung neu in den Markt kommenden Wettbewerber sahen sich demgegenüber der Notwendigkeit gegenüber, ihre Netze erst einmal aufzubauen und dabei das volle wirtschaftliche Risiko zu übernehmen. Dies geschah teilweise unter langfristiger Anmietung von Kabeln entlang der Leitungswege der örtlichen, regionalen oder überregionalen Versorgungsunternehmen. Wegen der im Vergleich deutlich höheren Kosten wurden die Telekommunikationslinien nur zu einem geringen Teil im eigenen Namen

errichtet. Neben dem damit einhergehenden enormen Investitionsbedarf sahen sich die neuen Unternehmen zusätzlich der hier in Rede stehenden Ausgleichspflicht gegenüber. Die hiermit verbundenen weiteren Ausgaben, ganz gleich, ob sie bereits in den Mietzahlungen für die Telekommunikationslinien einkalkuliert sind oder offen hinzukommen, verminderten und vermindern weiterhin die Wettbewerbschancen. Belastend kommt hinzu, dass einige Energieversorger versuchen, die kraft Gesetzes bestehende gesamtschuldnerische Haftung durch interne Freistellungsklauseln in den Mietverträgen im Innenverhältnis vollkommen auf die Telekommunikationsbetreiber zu verlagern und diesen so die gesamte wirtschaftliche Belastung aufzubürden. Der vom verfassungsändernden Gesetzgeber ausdrücklich gewünschte effiziente Wettbewerb setzt jedoch wettbewerbsfähige Konkurrenten voraus. Die neuen Wettbewerber, die sich nicht nur dem marktbeherrschenden Unternehmen gegenübersehen, mussten sie gegen eine Vielzahl von neuen Wettbewerbern am Markt behaupten.

III) Wertung unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Eigentumsgrundrechts

Nachdem vorstehend die divergierenden Wettbewerbssituationen vor und nach der Liberalisierung, konkret bis zum und ab dem Inkrafttreten der Wegerechtsvorschriften des TKG (1996) am 1. August 1996 beleuchtet wurden, gilt es, diese im Lichte des Unionsrechts zu betrachten.

Vorstehend¹⁰⁶⁹ wurde bereits die verbindliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland herausgearbeitet, den Anbietern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen bis spätestens 19. Januar 1997 (zumindest) Wegerechte einzuräumen, wie sie bisher dem Monopolisten zur Verfügung standen. Referenznorm für den bundesdeutschen Gesetzgeber war somit § 10 TWG, der ein von einer Ausgleichspflicht befreites Nutzungsrecht des Luftraumes über Grundstücke vorsah, die keine Verkehrswege waren, für öffentliche Telekommunikationsleitungen. Diese Bestimmung hatte bei Erlass der maßgeblichen Richtlinie 96/19/EG noch ihre Gültigkeit. Innerhalb der Frist zur Umsetzung der genannten Richtlinie trat das TKG (1996) in Kraft, das zum einen das Wegerecht gemäß § 57 TKG (1996) regelte, zum anderen aber gleichzeitig das Außerkrafttreten des TWG bestimmt.

¹⁰⁶⁹ Vgl. Teil II, A.

Zunächst ist zu prüfen, ob die in Rede stehende Richtlinienbestimmung selbst den Vorgaben des oben¹⁰⁷⁰ dargestellten unionsrechtlichen Eigentumsgrundrechts entspricht. Erst danach ist der Frage nachzugehen, ob die nationale Regelung mit der Richtlinie in Übereinstimmung gebracht werden kann.

Zur Konformität der Richtlinie mit dem unionsrechtlichen Eigentumsgrundrecht gilt:

Art. 4 lit. d der insoweit durch Art. 1 Ziffer 6 der Richtlinie 96/19/EG geänderten Richtlinie 90/388/EWG unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes Nr. 23 der Richtlinie 96/19/EG verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland, den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsrechte (zumindest) Wegerechte über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, in der dem § 10 TWG entsprechenden Art zu gewähren. Mit anderen Worten müssen Eigentümer solcher Grundstücke die Errichtung von Telekommunikationslinien dulden, ohne hierfür einen Ausgleich zu erhalten; die einzige Einschränkung liegt darin, dass nach Errichtung der Anlage die Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beschränkt sein darf. Die den Grundstückseigentümern auferlegte Pflicht könnte das unionsrechtliche Eigentumsgrundrecht verletzen. Insoweit ist entsprechend dem vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Drei-Stufen-System zu prüfen.¹⁰⁷¹

In der ersten Stufe ist vorliegend festzuhalten, dass mit dieser Pflicht das Eigentum weder entzogen noch sein Wesensgehalt sonst angetastet wird. Es handelt sich um eine bloße Nutzungsbeschränkung.¹⁰⁷²

Die nächste Stufe der Prüfung führt zur Frage, ob die Maßnahme im Interesse der Allgemeinheit erforderlich ist. Der Europäische Gerichtshof greift hier auf das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK zurück, stellt aber auch einen Vergleich mit der Verfassungslage an.¹⁰⁷³ Die Regelung in der Richtlinie dient der Schaffung und Sicherstellung eines freien und fairen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt, wie ein Blick in den Erwägungsgrund Nr. 23 zeigt. Dieses Ziel wird aber insbesondere auch durch den Vertrag selbst verfolgt; ein wichtiges Anliegen der Union ist die Herstellung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs. Dieses Unionsziel wiegt umso schwerer, als es vorliegend um den Telekommunikationsmarkt geht, dem die Union eine hohe Bedeutung beimisst. Auch ist man sich des Umstands bewusst, dass die Einräumung solcher Wegerechte von existentieller Bedeutung für die Schaffung der als notwendig erachteten neuen Netze und

¹⁰⁷⁰ Vgl. Teil I F II 2 d.

¹⁰⁷¹ Günter, S. 33.

¹⁰⁷² EuGH, Urteil vom 06.12.1984, Rs. 59/83, Slg. 1984, 4057, 4079, Rz. 22 – Biovilac.

¹⁰⁷³ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 19 – Hauer.

des Wettbewerbs ist. Ferner war dies geboten, um nicht den bestehenden Vorsprung der ehemaligen Telekommunikationsorganisationen zu verfestigen. Diesen hoch zu bewertenden Allgemeinwohlinteressen stehen nur geringe Eingriffe in das Eigentumsrecht des Einzelnen gegenüber, denn die Duldungspflicht ist nach dieser Konzeption nur gegeben, wenn die zu errichtende Anlage nicht zu einer wesentlichen Nutzungsbeeinträchtigung des Grundstücks führt. Liegen – wie hier – nur geringe Eingriffe vor, überwiegen die Gemeinwohlinteressen deutlich. Ein Vergleich zu der oben¹⁰⁷⁴ eingehend dargestellten Grundrechtssituation nach dem Grundgesetz zeigt, dass vor dem Hintergrund der Sozialbindung, hier des hohen oder gar intensiven sozialen Bezugs auch grundgesetzlich eine solche Einschränkung auch ohne Ausgleichszahlung gerechtfertigt ist. Dies belegt deutlich ein Blick auf den in der Bundesrepublik Deutschland bis zur Liberalisierung geltenden § 10 TWG, der allgemein als verfassungsgemäß anerkannt war. Soweit dieser auf der Grundlage einer staatlich-monopolistischen Struktur zu sehen war, nunmehr aber ausdrücklich eine privatwirtschaftliche und damit gewinnorientierte Tätigkeit gewollt ist, kann diese allgemeine Meinung nicht ohne weiteres auf die nach Öffnung des Marktes gegebene Situation übertragen werden. Aber auch aus der Sicht des unionsrechtlichen Eigentumsschutzes können die eingehenden Ausführungen zum Grundrechtsschutz nach Art. 14 GG, dort zur Abwägung der Eigentümerinteressen mit den Gemeinwohlbelangen, auf die Unionsebene übertragen werden.

Die letzte Stufe führt zur konkreten Prüfung, ob die Einschränkung des Eigentums verhältnismäßig ist.¹⁰⁷⁵ Das Eigentumsrecht des Grundstückseigentümers wird vorliegend durch die Einräumung von Wegerechte zugunsten Telekommunikationsunternehmen eingeschränkt. Die Gewährung derartiger Wegerechte stellt schließlich ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Erreichung des Unionsziels dar. Andere, weniger einschneidende, jedoch gleich gut geeignete Mittel sind nicht erkennbar. Insbesondere würde es dem nachhaltig geforderten Ziel der Union, den offenen, fairen und freien Wettbewerbe auf dem Telekommunikationssektor zu schaffen, nicht ausreichend entsprechen, den neuen Wettbewerbern etwa nur den Zugang zu den bestehenden Netzen der bisherigen Telekommunikationsorganisationen zu gestatten. Man hatte zutreffend erkannt, dass zur Zielerreichung insbesondere ein Wettbewerb auf der Infrastrukturebene erforderlich ist. Nur so konnte überdies das weitere Ziel erreicht werden, mit dem einsetzenden Wettbewerb auch das Angebot an Telekommunikationsdienstleistungen den deutlich gewachsenen Anforderungen in der Union und im Hinblick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit derselben anzupassen. Ein bloßer Rückgriff auf die bestehenden

¹⁰⁷⁴ Vgl. Teil II D IV 2 c (3).

¹⁰⁷⁵ EuGH, Urteil vom 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3237, Rz. 23 – Hauer; EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, 5065, Rz. 78 – Bananenmarktordnung.

Telekommunikationsnetze hätte hier keinen Fortschritt gebracht. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen bezogen auf die nationale Lage entsprechend.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass der in Art. 4 lit. d der insoweit durch Art. 1 Ziffer 6 der Richtlinie 96/19/EG geänderten Richtlinie 90/388/EWG normierte Eingriff mit dem unionsrechtlichen Eigentumsgrundrecht konform ist.

Es stellt sich daher nun die Frage, ob die in § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zum Ausdruck kommende Regelung tatsächlich mit dem Unionsrecht, hier also der vorgenannten Richtlinie, in Übereinstimmung steht.

1) Unter Zugrundelegung der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

Die insbesondere vom Bundesgerichtshof angenommene Ausgleichsverpflichtung ist mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren. So konstatierte die Bundesregierung am 7. Juli 2000 zum Tätigkeitsbericht der RegTP 1998/99 und zum Sondergutachten der Monopolkommission, die Deutsche Telekom AG verfüge weiterhin über eine überragende Marktstellung.¹⁰⁷⁶ Den Status des marktbeherrschenden Unternehmens hat der Exmonopolist bis dato nicht verloren. Eine Verpflichtung von Wettbewerbern zur Zahlung einer Ausgleichssumme nach § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG, gleich, ob im Gesetz selbst oder durch auslegende Rechtsprechung begründet, verhindert den sowohl vom Bundesgesetzgeber wie auch auf europäischer Ebene gewünschten Wettbewerb.

Entscheidend fällt ins Gewicht, dass der frühere Monopolist über Jahrzehnte sein Leitungsnetz im Rahmen der oberirdischen Leitungsführung über Nichtverkehrsgrundstücke nach § 10 Abs. 1 Satz 1 TWG ohne Erbringung von Ausgleichszahlungen aufbauen und erweitern durfte und sich so einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung verschafft hat. § 10 Abs. 1 Satz 1 TWG wurde gemäß § 100 Abs. 3 TKG a.F. erst mit Inkrafttreten des TKG 1996 aufgehoben.¹⁰⁷⁷ Daher konnte das frühere Monopolunternehmen bis unmittelbar vor der Regulierung des Telekommunikationsmarktes von dieser kostengünstigen Möglichkeit Gebrauch machen. Die Verpflichtung, nunmehr Ausgleichszahlungen zu erbringen, belastet die sowohl auf europäischer wie auch auf bundesdeutscher Ebene ausdrücklich gewünschten alternativen Netzanbieter über Gebühr, da sie nicht nur mit dem über viele Jahrzehnte gewachsenen (Leitungsnetz-) Vorsprung des Marktbeherrschers zu tun haben;

¹⁰⁷⁶ Stellungnahme der Bundesregierung vom 07.07.2000 zum Tätigkeitsbericht der RegTP 1998/99 und zum Sondergutachten der Monopolkommission.

¹⁰⁷⁷ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25.07.1996, BGBl. I, S. 1120.

sie müssen vielmehr ihr Netz erst errichten und werden dafür – im Gegensatz zum damaligen Monopolisten – mit Ausgleichszahlungen belastet. Der Wettbewerbsvorsprung des vormaligen Monopolunternehmens wird damit derart gefestigt, dass er für die neu in den Markt eintretenden Wettbewerber auf Jahre hinaus eine ernste Wettbewerbshürde darstellt.

Verstärkt wird dieser Umstand dadurch, dass nach der Spruchpraxis des Bundesgerichtshofs nur der Telekommunikationsanbieter, der als erster die jeweilige Leitung kommerziell zu öffentlichen Telekommunikationszwecken nutzt, die Ausgleichspflicht auslöst. Mithin ist eben dieser neue Telekommunikationsanbieter, der für die jeweilige Leitung sozusagen den Wettbewerb eröffnet, derjenige, der – wenngleich in Gesamtschuldnerschaft mit dem Eigentümer des Leitungsnetzes – einzige Telekommunikationsanbieter, der für die gesamte Telekommunikationslinie den Ausgleich zu leisten hat. Dies bedeutet: Vermietet der Energieversorger sein Leitungsnetz, d.h. weitere Fasern des vielfaserigen LWL-Kabels noch an andere Telekommunikationsunternehmen, welche diese später kommerziell zu öffentlichen Telekommunikationszwecken nutzen, so bleiben diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von der Ausgleichspflicht unberührt. Mit Ausnahme des Ersten können die nachfolgenden Telekommunikationsunternehmen somit die von ihnen gemieteten Fasern nutzen, ohne einen (anteiligen) Ausgleich leisten zu müssen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nimmt daher über Gebühr den Carrier in die Pflicht, der als erster – bezogen auf die jeweilige Leitung – den Schritt in den Wettbewerb wagt. Das neu im Markt auftretende und in den Wettbewerb eintretende Telekommunikationsunternehmen wird auf diese Weise nicht nur nicht im Sinne der europäischen Richtlinien, des Grundgesetzes und des Gesetzeszwecks des TKG gefördert; es wird sogar dafür „bestraft“, indem es als einziger Telekommunikationsbetreiber den Ausgleich zahlen muss.

Hinzu kommt noch folgender Umstand: Der Energieversorger, der die Leitung oft bereits seit langem zu eigenen Telekommunikationszwecken nutzt und aus ihr weiteren Nutzen durch Vermietung (an mindestens einen Carrier) zieht, legt die Ausgleichspflicht in der Regel auf die Miete um, so dass der neue Telekommunikationsanbieter durch höhere Entgeltpflichten für die Errichtung seines Netzes wiederum benachteiligt wird. Darüber hinaus ist eine weitere Tendenz zu berücksichtigen: Wird die Ausgleichspflicht durch die Aufnahme einer kommerziellen Telekommunikation für die Öffentlichkeit durch den ersten Anbieter ausgelöst, führt dies unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach der gesetzlichen Regelung in § 76 Abs. 2 S. 4 TKG i.V.m. § 840 BGB zu einer gesamtschuldnerischen Haftung des Energieversorgers und des Telekommunikations-

unternehmens. Die Energieversorgungsunternehmen gehen jedenfalls zum Teil hin und versuchen, durch entsprechende Vertragsklauseln in den Mietverträgen über die Nutzung von Fasern die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis *in toto* auf den anmietenden Telekommunikationsanbieter abzuwälzen, so dass den ersten kommerziellen Nutzer die volle Ausgleichspflicht trifft. Auch hier wird der wettbewerbshemmende und -behindernde Charakter der Vorschrift des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG, speziell unter Berücksichtigung der Auslegung durch den Bundesgerichtshof offenbar.

Mit der so interpretierten Ausgleichsregelung wird das Erreichen des vom Richtliniengeber ausweislich seiner Erwägungsgründe verfolgten Ziels, insbesondere im Bereich der Wegerechte eine dem Unionsziel der Schaffung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt¹⁰⁷⁸ entsprechende Gleichbehandlung der neuen Betreiber mit dem vormals staatlichen Monopolisten herzustellen, nicht nur erschwert, sondern sogar verhindert. Der aus der Telekommunikationsorganisation hervorgegangene Marktbeherrscher wird deutlich bevorzugt behandelt, weil er weiterhin ohne Ausgleichsverpflichtung auf sein über Jahrzehnte gewachsenes Telekommunikationsnetz zurückgreifen kann, während die neuen Wettbewerber, die zum Aufbau ihrer Netze auf die Wegerechte angewiesen sind, in aller Regel mit Ausgleichsansprüchen belastet werden, die zu den Errichtungs- oder Mietkosten hinzukommen.

Die nationale Regelung beachtet die Richtlinienlage nicht zur Genüge. Zumindest für den Bereich des Luftraumes hätte der Bundesgesetzgeber eine Duldungsverpflichtung des Grundeigentümers ohne Ausgleichsverpflichtung normieren müssen, wie sie zuvor über § 10 TWG Bestand hatte. Mithin verstößt die dem § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. dem § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegende Wegerechtsbestimmung unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Interpretation gegen das Unionsrecht.

2) Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz

Legt man die hier vertretene, am Gesetzeswortlaut orientierte sowie den unionsrechtlichen sowie grund- und einfachgesetzlichen Vorgaben verhaftete Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG bzw. der Vorgängernorm zugrunde und schließt eine Ausgleichspflicht aus, soweit bereits eine zu Telekommunikationszwecken nutzbare, nicht unbedingt auch schon derart genutzte, Leitung vorhanden war, würde das *in praxi* dazu führen, dass viele neue

¹⁰⁷⁸ Frenz, Europarecht, Kapitel 2, § 1, Rz. 30 oder Kapitel 1.

Telekommunikationsunternehmen aufgrund der bereits bestehenden Netze etwa der Energieversorger nicht erfolgreich in die Pflicht genommen werden könnten.

Die Reduktion auf eine deutlich kleinere Zahl von ernsthaft in Frage kommenden Zahlungspflichten darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die in Rede stehende Norm auch dann noch wettbewerbshemmend bzw. -behindernd wirkt. Denn für die verbliebenen Fälle, in denen eine existente Leitung noch nicht telekommunikationstauglich aufgerüstet ist, wäre nach der Gesetzesformulierung ein Ausgleich auch durch den Telekommunikationsanbieter geschuldet. Gleiches gilt, soweit gänzlich neue Leitungen etwa durch einen Energieversorger errichtet werden. Wie oben¹⁰⁷⁹ ausgeführt wurde, ist eine nationale Norm vor dem Grundsatz des *effet utile* so auszulegen, dass den unionsrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen wird; die ebenfalls oben zitierten wettbewerbsfördernden und eine Diskriminierung verbotenden Richtlinien müssen ihre volle Wirksamkeit entfalten können. Fraglich ist, ob die Ausgleichsregel in der Tat so ausgelegt werden kann. Denn diese Auslegung findet ihre Grenze dort, wo sie zu einer Interpretation *contra legem* führte; auch dies wurde oben bereits als Grundsatz der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs aber auch der deutschen Bundesgerichte herausgearbeitet.

Nach der hier vertretenen Interpretation kommt es dann zu einem Ausgleichsanspruch, wenn bisher noch keine Leitungen vorhanden waren, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden konnten. Dies ergibt sich unter Berücksichtigung des Wortlauts, aber auch der gesetzgeberischen Intention. Selbst wenn man die Telekommunikationsunternehmen nicht als unmittelbare Ausgleichspflichtigen ansähe, würde eine entsprechende Kostenlast schon auf den jeweiligen Energieversorger zukommen. Diese würden diese zusätzlichen Kosten über die Mieten oder, wie die Praxis zeigt, interne Freistellungsansprüche auf die Telekommunikationsanbieter abzuwälzen versuchen. Die Folge wäre letztlich doch eine Belastung eben dieser Unternehmen mit der Ausgleichsregelung. Somit wäre die vom Unionsrecht geforderte Förderung des freien Wettbewerbs verhindert und die Ungleichbehandlung mit dem früheren Monopolisten nicht ganz beseitigt. Letzteres lässt sich auch durch eine am Wortlaut und der Intention des nationalen Gesetzgebers orientierte Auslegung nicht vermeiden; das Unionsrecht fordert aber keine Auslegung *contra legem*. Daher liegt auch unter Berücksichtigung der hier vertretenen Auslegung der Ausgleichsregel eine Unionsrechtswidrigkeit derselben vor, da eine Auslegung ausscheidet, die mit Art. 4 lit. d der Richtlinie 90/388/EWG i.V.m. Ziffer 23 der Erwägungsgründe der Richtlinie 96/19/EG¹⁰⁸⁰ konform wäre.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Teil I A | 2 c.

¹⁰⁸⁰ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom

IV) Zusammenfassung

Die dem § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegende Regelung widerspricht in jedem Falle dem Unionsrecht, indem sie den Zielen des durch Art. 1 Ziffer 6 der Richtlinie 96/19/EG als Art. 4 lit. d in die Richtlinie 30/388/EWG eingefügten Artikels und dem Erwägungsgrund Nr. 23 der Richtlinie 96/19/EG zuwiderläuft. Danach waren den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, auch „neu lizenzierte Betreiber“ genannt, in diskriminierungsfreier Weise Wegerechte über privatem wie öffentlichem Grund einzuräumen, die mit den Wegerechten vergleichbar waren, wie sie zugunsten der Telekommunikationsunternehmen bestanden. Nach § 10 TWG bestand noch bis zum 31. Juli 1996 zugunsten der Telekommunikationsorganisation das Recht, den Luftraum über Nichtverkehrsgrundstücke ohne Ausgleichszahlung an den betroffenen Grundeigentümer zu nutzen, um dort ihr öffentliches Telekommunikationsnetz zu errichten und zu betreiben, sofern nicht die Nutzung des Grundstücks nach der Errichtung wesentlich beeinträchtigt wurde.

Der Bundesgesetzgeber hat zum 1. August 1996 allen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze nicht nur die Möglichkeit zur Nutzung des Luftraumes, sondern auch die unterirdische Verlegung gestattet, wobei auch hier keine oder nur unwesentliche Beeinträchtigungen des Grundstücks oder das Bestehen einer Duldungspflicht für eine Leitung vorausgesetzt wurden. Die Ausdehnung auf die Nutzung des Bodens selbst begegnet unionsrechtlich keinen Bedenken. Anders ist jedoch die Verpflichtung der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu werten, an die Grundstückseigentümer im Falle einer erweiterten Nutzung zu Telekommunikationszwecken eine Ausgleichszahlung zu entrichten. Diese Pflicht stellt gegenüber dem bis dahin für die Telekommunikationsorganisation für den Luftraum geltenden Recht eine Verschlechterung dar, die nicht nur zu einer finanziellen Belastung der neuen Wettbewerber und damit zu einer Wettbewerberschwernis führt. Vielmehr wird auch der Vorsprung der Telekommunikationsorganisation gefestigt, die auf ein flächendeckendes, wirtschaftlich schon genutztes und vor allem ohne jeglichen Ausgleich für die Grundstückseigentümer errichtetes Netz zurückgreifen konnte.

B) Vergleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und Entscheidungen der Kommission in Fällen mit telekommunikationsrechtlichem Bezug

I) Vergleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Falle der Gebühren für Ortsnetzzifnummern

Die neu in den Markt eintretenden Telekommunikationsunternehmen hatten, wie oben¹⁰⁸¹ bereits im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verhältnis von nationalem Recht zum Unionsrecht dargestellt, die Zuteilung von Rufnummernblöcken von Ortsnetzzifnummern beantragt. Die hierzu ergangene Rechtsprechung ist an dieser Stelle vor dem Hintergrund des telekommunikationsrechtlichen Aspekts zu würdigen.

Auf Basis der Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung (TNGebV) vom 16. August 1999 hatte die Bundesrepublik Deutschland durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (jetzt: Bundesnetzagentur) den Telekommunikationsunternehmen Gebührenbescheide zugestellt, in denen für jede zugewiesene Ortsnetzzifnummer eine Gebühr in Höhe von 1,00 DM bzw. 0,50 Euro in Ansatz gebracht wurde.

Während das VG Köln¹⁰⁸² einer Klage der Deutschen Telekom AG stattgegeben und den Gebührenbescheid der Bundesrepublik Deutschland betreffend den Altbestand von annähernd 400 Millionen (Ortsnetz-) Rufnummern aufgehoben hatte, urteilte es demgegenüber in mehreren Verfahren von Wettbewerbern, die auf Basis der TNGebV erhobenen Gebühren für neu zugewiesene Rufnummern seien rechtmäßig. Das OVG NRW¹⁰⁸³ nahm in den Berufungsverfahren eine Rechtswidrigkeit der TNGebV wegen einer unzulässigen Rückwirkung und eines Verstoßes gegen die Richtlinie 97/13/EG¹⁰⁸⁴ an. Nach dieser sind die Gebühren grundsätzlich nach dem Verwaltungsaufwand zu bemessen; nur bei knappen Ressourcen, wie dies auch im Bereich der Ortsnetzzifnummern gegeben ist, dürfen zwar höhere Gebühren erhoben werden; allerdings müssen diese dann aber wiederum der Notwendigkeit Rechnung tragen, u.a. den Wettbewerb zu fördern.

¹⁰⁸¹ Vgl. Teil I D I – Vergleich mit der Rechtslage bei den Gebühren für Ortsnetzzifnummern

¹⁰⁸² VG Köln, Urteil vom 08.12.2000 – 11 K 10380/99.

¹⁰⁸³ OVG NRW, Urteil vom 06.12.2001 – 9 A 589/01 = K&R 2002, 268, 272 (entsprechende Urteile des OVG NRW vom 06.12.2001 in den Verfahren 9 A 673/01 und 9 A 679/01).

¹⁰⁸⁴ Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.04.1997 – Amtsblatt Nr. L 117 vom 07.05.1997, S. 15ff.

Das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁸⁵ beschloss sodann in den beiden Revisionsverfahren, dem Europäischen Gerichtshof unter anderem folgende (Eingangs-) Frage vorzulegen:

Ist die Richtlinie 97/13/EG dahin zu verstehen, dass für die Zuteilung von Rufnummern von der Regulierungsbehörde eine den wirtschaftlichen Wert der zugeteilten Nummern berücksichtigende Gebühr erhoben werden darf, obwohl ein auf demselben Markt tätiges und dort eine marktbeherrschende Stellung innehabendes Telekommunikationsunternehmen von seinem Rechtsvorgänger, dem ehemaligen Monopolunternehmen, kostenlos Rufnummern in sehr großem Umfang übernommen hat und eine Heranziehung zu Gebühren für diesen Altbestand aus Gründen des nationalen Rechts ausscheidet?

Der Europäische Gerichtshof¹⁰⁸⁶ hat in den verbundenen Verfahren entschieden, dass die gebührenpflichtige, sich am wirtschaftlichen Wert der zugeteilten Nummern orientierende Zuteilung von Ortsnetznummern gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13/EG verstößt, da die Deutsche Telekom AG Ortsnetzzufnummern kostenlos von ihrer Rechtsvorgängerin übernehmen konnte. Nach Absatz 2 der vorgenannten Bestimmung müsse die Abgabe, so der Europäische Gerichtshof, drei Voraussetzungen erfüllen: Erstens muss sie die optimale Nutzung einer knappen Ressource sicherstellen. Zweitens darf sie nicht diskriminierend sein und drittens muss sie der Notwendigkeit Rechnung tragen, den Wettbewerb zu fördern. Ein „System nicht verfälschten Wettbewerbs kann nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt sei“, so der Gerichtshof weiter unter Berufung auf seine Entscheidung in der Rechtssache Connect Austria¹⁰⁸⁷.

Während der Europäische Gerichtshof die erste Voraussetzung als erfüllt ansah, nahm er unter Berücksichtigung der gebotenen restriktiven Auslegung des Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13/EG an, die lediglich allgemein gehaltenen Gründe für eine Rechtfertigung der vorliegenden Ungleichbehandlung seien nicht ausreichend. Aber selbst wenn der Nachweis einer solchen Rechtfertigung gelänge, wäre die dritte Voraussetzung für die Abgabe jedenfalls nicht erfüllt, führte das Gericht weiter aus, denn ein neuer Betreiber müsse eine sich am wirtschaftlichen Wert der zugeteilten Nummern orientierende und das Budget der neuen Betreiber vom Beginn ihrer Tätigkeit im Ortsnetz an belastende Gebühr entrichten, während die Deutsche Telekom AG als Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auf eine sehr große Zahl übernommener Rufnummern zurückgreifen könne, für deren Zuteilung sie oder ihre Rechtsvorgänger keine Gebühr zu entrichten hatten. Das

¹⁰⁸⁵ BVerwG, Beschlüsse vom 30.04.2003 in den Verfahren 6 C 3.02 und 6 C 6.02 (6 C 6.02 = MMR 2003, 741ff., hier: Leitsatz zu Ziffer 3).

¹⁰⁸⁶ EuGH, Urteil vom 20.10.2005, verbundene Verfahren C-327-03 und C-328-03, Slg. 2005, I-8877 – ISIS und O2.

¹⁰⁸⁷ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597, Rz. 83 – Connect Austria; EuGH, Urteil vom 19.03.1991, C-202/88, Slg. 1991, I-1223, Rz. 51 – Französische Republik ./ . Kommission.

Gericht sah hierin eine Ungleichbehandlung, die entgegen der Forderung aus der fünften Begründungserwägung nicht die bestehenden wettbewerblichen Ungleichgewichte zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und den neuen Betreibern mildere, vielmehr werde sogar ein Fortbestand dieser Ungleichgewichte bewirkt. Es stellte daher aus den dargelegten Gründen die Unionsrechtswidrigkeit der der TKNGebV zugrunde liegenden Regelung fest, zumal eine nachträglich Heranziehung des ehemaligen Monopolunternehmens zu Gebühren für die bereits zuvor zugeteilten Ortsnetzzurufnummern aus Gründen nationalen Rechts ausscheidet. Die abschließende Prüfung etwaiger Gründe, welche die Ungleichbehandlung objektiv gerechtfertigt hätten erscheinen lassen, nahm der Europäische Gerichtshof im konkreten Falle deshalb nicht vor, weil die in Rede stehende nationale Norm jedenfalls nicht die Chancengleichheit der einzelnen Wettbewerber sicherstellte und damit kein System nicht verfälschten Wettbewerbs gewährleiste, wie es vom Vertrag vorgesehen ist.¹⁰⁸⁸

Im Gegensatz zu seiner Connect-Austria-Entscheidung¹⁰⁸⁹ hielt der Gerichtshof vorliegend einen Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben für gegeben. Nach der insoweit zu beanstandenden Gebührenregelung des § 1 TKNGebV in Verbindung mit Nr. B.1 der Anlage brauchte die Deutsche Telekom AG als Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung für eine sehr große Zahl von Rufnummern nichts zu zahlen, während die neu in den Markt eintretenden Wettbewerber bereits für die Zuteilung der ersten Nummer eine Gebühr entrichten müssen, die sich am wirtschaftlichen Wert derselben orientiert und damit von Beginn an eine hohe wirtschaftliche Belastung für den neuen Wettbewerber bedeutet. Der Wettbewerb im Markt der Ortsnetztelefonie ist damit verfälscht; die Regelung bewirkt daher nach Auffassung des Gerichtshofs gerade nicht die von der fünften Begründungserwägung der Richtlinie 97/13/EG geforderten Erleichterung des Markteintritts neuer Wettbewerber, sondern verstärkt sogar noch die bestehenden Ungleichgewichte und bremst daher entgegen § 11 Abs. 2 dieser Richtlinie den Wettbewerb.¹⁰⁹⁰

Das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁹¹ beachtete diese europarechtliche Rechtsprechung und wies die Revisionen der Bundesrepublik zurück, da die angefochtenen Gebührenbescheide ob der Unionsrechtswidrigkeit der der TNGebV zugrunde liegenden Regelung und somit fehlender Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig waren. Diesen Entscheidungen lagen Verfahren zugrunde, in denen die Kläger die Gebührenbescheide nicht hatten rechtskräftig werden lassen.

¹⁰⁸⁸ EuGH, Urteil vom 20.10.2005, verb. Rs. C-327/03 und C-328/03, Slg. 2005, I-8877, Rz. 39 – ISIS/O2; EuGH, Urteil vom 22.05.2003, Rs. C-462/99, Slg. 2003, I-5184, Rz. 83 – Connect Austria.

¹⁰⁸⁹ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, Rs. C-462/99, Slg. 2003, I-5184 – Connect Austria.

¹⁰⁹⁰ EuGH, Urteil vom 20.10.2005, verb. Rs. C-327/03 und C-328/03, Slg. 2005, I-8877, Rz. 40-46 – ISIS/O2.

¹⁰⁹¹ Z.B. BVerwG, Urteil vom 15.12.2005, 6 C 15.05, CR 2006, 172ff.

Der Vergleich mit dieser Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in einem Fall mit telekommunikationsrechtlichem Bezug belegt das zuvor hergeleitete Ergebnis. Hier wie dort ist es erklärtes Ziel der einschlägigen Richtlinie, den Wettbewerb zu fördern. Maßgeblich ist das nach dem AEUV, also dem Primärrecht, weiterhin bestehende Ziel eines Systems eines unverfälschten Wettbewerbs. Dieses ist in beiden Fällen verletzt, weil den neuen Wettbewerbern ungleich schlechtere Rechtspositionen eingeräumt werden, als dies beim Nachfolger der ehemaligen Fernmeldeorganisation gegeben war. Die Sachverhalte gleichen sich in einem entscheidenden Punkt:

Sowohl bei den Gebühren hinsichtlich der Zuteilung von Ortsnetzzurufnummern wie auch beim Wegerecht nach dem TKG gelten auf den ersten Blick sowohl für den ehemaligen Monopolunternehmer wie auch die neuen Wettbewerber nach dem Gesetzes- bzw. Verordnungstext dieselben Regelungen. Dennoch ist in beiden Sachverhalten von einer unionsrechtlich schädlichen Ungleichbehandlung, einer Verletzung der Chancengleichheit, auszugehen, weil der aus dem vormaligen Monopolisten hervorgegangene Marktbeherrscher jeweils auf kostenlose Rechte zurückgreifen kann: auf einen großen Bestand an gebührenfrei zugeteilten Ortsnetzzurufnummern bzw. auf ein ohne Ausgleichzahlungen errichtetes flächendeckendes öffentliches Telekommunikationsnetz.

In beiden Fällen verlangt die Richtlinie eine diskriminierungsfreie Behandlung der Betreiber. Diese Pflicht ist jeweils dadurch verletzt, dass die bisherige Telekommunikationsorganisation im Verhältnis zu den neuen Wettbewerbern besser gestellt ist, indem diese auf einen kostenfreien Altbestand zurückgreifen kann, wohingegen die neuen Anbieter Zahlungen zu leisten haben. Im einen Fall kann auf einen großen Bestand an kostenlos zugeteilten Ortsnetzzurufnummern zurückgegriffen werden, während für die neuen Zuteilungen Gebühren zu entrichten sind. Im anderen Fall ist die aus der Telekommunikationsorganisation hervorgegangene Deutsche Telekom AG in der Lage, weiterhin ohne Ausgleichsverpflichtung zu Gunsten der Grundstückseigentümer von ihrem ausgleichsfrei über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind, errichteten öffentlichen Telekommunikationsnetz Gebrauch zu machen, während die neuen Wettbewerber für den ersten Leitungsmeter mit einer Inanspruchnahme auf Zahlung eines Ausgleichs rechnen müssen.

In beiden Fällen ist zwar mit dem Telekommunikationsgesetz bzw. einer darauf basierenden Verordnung für die Zeit des jeweiligen Inkrafttretens eine für alle Betreiber einheitliche Regelung getroffen, so dass auf den ersten Blick eine Gleichbehandlung gegeben zu sein scheint. Wie aber im Fall der Ortsnetzgebühren durch den Europäischen Gerichtshof mit Recht herausgearbeitet wurde, muss der Vergleich gerade auch die bisherige Situation

berücksichtigen. In diesem Punkt sind die Fallgestaltungen wiederum vergleichbar, so dass die Entscheidung auch auf den Fall der wegerechtlichen Ausgleichsverpflichtung übertragbar ist.

Im Gegensatz zur Richtlinienlage bei den Ortsnetzzurufnummern kommt hier noch hinzu, dass das Diskriminierungsverbot sogar noch konkretisiert wird, indem eine den bisherigen Wegerechten vergleichbare Regelung ausweislich des Erwägungsgrundes Nr. 23 der Richtlinie 96/19/EG gefordert wird.

II) Vergleich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Falle der Lizenzgebühren

Der Europäische Gerichtshof hatte sich bereits mit einer anderen gebührenrechtlichen Problematik aus dem Bereich des bundesdeutschen Telekommunikationsrechts zu befassen. In seiner Entscheidung¹⁰⁹² ging es um die Frage einer Gebührenerstattung trotz rechtskräftiger Lizenzgebührenbescheide ging.

Mit Beschluss vom 27. Oktober 1999 hatte das OVG NRW¹⁰⁹³ im Eilverfahren nach summarischer Prüfung noch entschieden, die Gebührenfestsetzung nach der TKLGebV (1997) sei mit höherrangigem, insbesondere auch europäischem Recht vereinbar. Das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁹⁴ sah in den Hauptsacheverfahren jedoch keine Rechtsgrundlage für die Erhebung von Telekommunikationslizenzgebühren der Klassen 3 und 4 und hob die Lizenzgebührenbescheide auf. Hier lagen Verfahren zugrunde, bei denen der jeweilige Gebührenbescheid rechtzeitig angefochten worden war.

Aber auch in Fällen rechtskräftiger Gebührenbescheide wurden im Jahre 2001 Anträge auf Wiederaufgreifen des Verfahrens bzw. Rücknahme eines bestandskräftigen Lizenzgebührenbescheides nach § 21 VwKostG sowie auf Rückerstattung (gerichtlich) geltend gemacht; hinsichtlich der überwiegenden Zahl der Verfahren vor dem VG Köln wurden Klagevermeidungs- und Gleichbehandlungsvereinbarungen getroffen, Musterverfahren wurden ausersehen.

¹⁰⁹² EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, EuZW 2006, 696ff. – i-21 Germany/Arcor = DVBl. 2006, 1441ff. = NVwZ 2006, 1227ff.

¹⁰⁹³ OVG NRW, Beschluss vom 27.10.1999, 13 B 843/99, CR 2000, 222, 223.

¹⁰⁹⁴ BVerwG, Urteile vom 19.09.2001, 6 C 12.00, 6 C 13.00 = BVerwGE 115, 125, 126 sowie 6 C 19.00, 6 C 22.00, 6 C 23.00, 6 C 41.00, 6 C 42.00, 6 C 43.00 und 6 C 49.00.

Das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁹⁵ rief in zwei dieser Musterverfahren den Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung an. Auf der Grundlage des nationalen Rechts, so das Bundesverwaltungsgericht, hätten die Klägerinnen keinen Erstattungsanspruch; es sei aber fraglich, ob sich aus dem Unionsrecht ein solcher Anspruch ergäbe; zu klären sei daher zunächst die Frage, ob die Erhebung der umstrittenen Gebühren nicht nur, wie sich aus den früheren Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2001¹⁰⁹⁶ ergebe, gegen nationales Recht, sondern darüber hinaus auch gegen das Unionsrecht verstoße. Sollte diese Frage zu bejahen sein, wäre sodann die Frage zu beantworten, ob dem Unionsrecht die Verpflichtung zu entnehmen sei, die unionsrechtswidrig erhobenen Gebühren trotz der Unanfechtbarkeit der Gebührenbescheide zu erstatten.

In den verbundenen Rechtssachen¹⁰⁹⁷ legte der Europäische Gerichtshof zunächst dar, dass die kraft der Richtlinie 97/13/EG entstandenen Rechte und Pflichten bereits nach dem Wortlaut der (Aufhebungs-) Bestimmung des Art. 26 in Verbindung mit Art. 28 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2002/21/EG¹⁰⁹⁸ fortbestehen sollen und der neue Rechtsrahmen erst für die nach dem 25.07.2003 begründeten Rechtsverhältnisse gelte; die Richtlinie stehe daher der betreffenden nationalen Verordnung entgegen.

Im Folgenden setzte sich der Europäische Gerichtshof mit der Frage des Einflusses des Unionsrechts auf den konkreten Fall eines bestandskräftigen Gebührenbescheides auseinander, wie oben bereits im Detail dargelegt wurde.¹⁰⁹⁹

Auch diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs belegt die vorstehend erarbeitete Wertung, wird dort in einem ebenfalls telekommunikationsrechtlichen Fall die Fortgeltung der aus einer Richtlinie des alten Rechtsrahmens entstandenen Rechte und Pflichten über die Einführung des neuen Rechtsrahmens hinaus festgestellt.

¹⁰⁹⁵ BVerwG, Beschlüsse vom 07.07.2004, 6 C 23.03 und 6 C 24.03.

¹⁰⁹⁶ BVerwG, Urteile vom 19.09.2001, 6 C 12.00, 6 C 13.00 =BVerwGE 115, 125ff. sowie 6 C 19.00, 6 C 22.00, 6 C 23.00, 6 C 41.00, 6 C 42.00, 6 C 43.00 und 6 C 49.00.

¹⁰⁹⁷ EuGH, Urteil vom 19.09.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04, EuZW 2006, 696ff. – i-21 Germany/Arcor = DVBl. 2006, 1441ff. = NVwZ 2006, 1227ff.

¹⁰⁹⁸ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 07.03.2002 (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33ff.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Teil I A II c.

III) Vergleich mit Entscheidungen der EU-Kommission im Telekommunikationsbereich

Mit der Unzulässigkeit ungleicher Wettbewerbsbedingungen für ehemalige Monopolunternehmen einerseits und neuer Wettbewerber andererseits befasste sich die EU-Kommission z.B. in einer gegen Italien gerichteten Entscheidung vom 4. Oktober 1995¹¹⁰⁰ sowie in einer gegen Spanien gerichteten Entscheidung vom 18. Dezember 1996¹¹⁰¹. In beiden Entscheidungen erlegte die EU-Kommission den genannten Ländern auf, Maßnahmen zu erlassen, um eine Wettbewerbsverfälschung zu beseitigen, die sich aus einer einem Wettbewerber des Exmonopolisten auf dem GSM-Mobilfunkmarkt auferlegten Zahlungen ergab, die der Exmonopolist nicht zu erbringen hatte.

Im Gegensatz zu den vorgenannten Entscheidungen ist vorliegend zwar fraglich, ob hier die Anwendung des Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG-Vertrag) in Betracht kommt. Dann müsste es sich bei der Deutschen Telekom AG um ein „öffentliches Unternehmen“ handeln. Öffentliche Unternehmen in diesem Sinne sind wirtschaftlich handelnde Einheiten beliebiger Rechtsform, auf deren Geschäftsplanung oder Tätigkeit öffentliche Hoheitsträger über Eigentum, Beteiligungsverhältnisse, Stimmrecht oder in sonstiger Weise mittelbar oder unmittelbar bestimmenden Einfluss ausüben können.¹¹⁰² Maßgebliche Voraussetzung ist der beherrschende Einfluss des Staates.¹¹⁰³ Dies ist bei einem Bundesbesitz von (derzeit) 31,7 % nicht der Fall.

Beiden Kommissionsentscheidungen ist andererseits aber die Wertung aus unionsrechtlicher Sicht zu entnehmen, dass der freie Wettbewerb im Telekommunikationssektor zu schaffen und diskriminierende Ungleichbehandlungen beseitigt werden müssen. Aufgrund der Annahme eines „öffentlichen Unternehmens“ im Sinne des Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EG-Vertrag) war ein Eingehen auf die eingangs erwähnten Richtlinien nicht angezeigt; die Begründungen beziehen sich daher ausdrücklich auf Fälle der „öffentlichen Unternehmen.“ Hieraus kann jedoch keinesfalls der Schluss gezogen werden, in den übrigen Fällen seien wettbewerbsbehindernde oder -verzerrende nationale Vorschriften unionsrechtlich zulässig. Vielmehr können die Begründungen verallgemeinert werden, erst recht im Lichte der einschlägigen Richtlinien.

¹¹⁰⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 04.10.1995, ABl. EG Nr. L 280 vom 23.11.1995, 49ff.

¹¹⁰¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 18.12.1996, ABl. EG Nr. L 76 vom 18.03.1997, 19ff.

¹¹⁰² Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Art. 86 EUV, Rz. 20ff.; vgl. auch: EU-Kommission, Entscheidung vom 04.10.1995, ABl. EG Nr. L 280 vom 23.11.1995, 49ff.

¹¹⁰³ Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Art. 86 EUV, Rz. 26.

Ein weiteres Mal sprechen somit Entscheidungen europäischer Gremien, hier der Europäischen Kommission, in Fällen mit telekommunikationsrechtlichem Bezug für die vorstehend begründete Annahme der Unionsrechtswidrigkeit.

Das Gebot der Wettbewerbsförderung und das Verbot der Diskriminierung gelten allgemein in dem dem unionsrechtlichen Wettbewerbsrecht unterfallenden Telekommunikationssektor, so dass die dem § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG wie auch der Vorgängervorschrift zugrunde liegende Ausgleichsregelung mit dem Unionsrecht nicht in Übereinstimmung zu bringen sind. Das Diskriminierungsverbot ist vorliegend in der Richtlinie ausdrücklich genannt. Hiergegen verstößt die der nationalen Ausgleichspflicht zugrunde liegende Regelung wegen der Ungleichbehandlung mit Blick auf den zuvor über Jahrzehnte für den damaligen Monopolisten geltenden § 10 TWG. Vorliegend kommt es daher durch die nationale Norm zu einer erheblichen Ungleichbehandlung der neuen Betreiber gegenüber dem ehemaligen Monopolunternehmen.

IV) Das Verfahren des Europäischen Gerichtshofs zum „Lex Telekom“

Im Februar 2007 sind Änderungen des TKG in Kraft getreten.¹¹⁰⁴ Danach soll das neue VDSL-Glasfasernetz der Deutschen Telekom AG gemäß § 9a in Verbindung mit § 3 Nr. 12b TKG über mehrere Jahre von der Aufsicht durch die Bundesnetzagentur befreit werden. Die zuständige EU-Kommissarin Viviane Reding bewertete dies als Versuch, „in einem wirtschaftlich zentralen Sektor den Wettbewerb auszuhebeln“; Wettbewerbern werde der Marktzugang erschwert. Bereits im Oktober 2006 hatte sich die Kommission an die nationalen Stellen gewandt, die vorgesehenen „Regulierungsferien“ nicht Gesetz werden zu lassen. Entgegen den Eingaben der Kommission trat das Gesetz im Februar 2007 in Kraft. Während § 3 Nr. 12b TKG nunmehr den Begriff des „neuen Marktes“ definiert, schreibt § 9a Abs. 1 TKG jetzt für eben diese neuen Märkte grundsätzlich eine Regulierungsfreiheit vor; nur in den im nachfolgenden Absatz 2 eng umrissenen Ausnahmefällen wird der Bundesnetzagentur gestattet, auch hier regulierend einzugreifen.

Die Kommission leitete ein Eilverfahren gegen die Bundesrepublik ein. Nachdem die Bundesregierung in diesem Eilverfahren nach Ansicht der Kommission „nicht angemessen auf die Einwände der Kommission reagiert hatte“, erhob die EU-Kommission am 13. September 2007 beim Europäischen Gerichtshof Klage¹¹⁰⁵ gegen die Bundesrepublik

¹¹⁰⁴ Gesetz vom 18.02.2007, BGBl. I, S. 106; hier: Art. 3

¹¹⁰⁵ Klageschrift der Kommission im Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vom 13.09.2007, EuGH, C-424/07, ABl. C 283 vom 24.11.2007, S. 19f.

Deutschland. In dem Verfahren wird die Feststellung begehrt, dass §§ 3 Nr. 12 b, § 9a TKG gegen Art. 6, 7, 15 Abs. 3, 16 und 8 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 2002/21/EG, Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 2002/19/EG sowie Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG verstoßen.

Zur Begründung führt die Kommission zum einen aus, der nationale Gesetzgeber lege entgegen den Vorgaben zum unionsrechtlichen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren bereits im Vorfeld die Bedingungen fest, unter denen die Bundesnetzagentur überhaupt und ausnahmsweise befugt ist, neue Märkte zu regulieren. Mit der damit einhergehenden Vorgabe eines festen Regulierungsziels werde es, so die Kommission in der Klageschrift weiter, der nach dem Unionsrecht allein zuständigen nationalen Regulierungsbehörde unmöglich gemacht, die betroffenen Märkte im Sinne des Unionsrechts zu definieren. Mit dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziel – nämlich den sog. Regulierungsferien – würde die Gefahr heraufbeschworen, dass die bisher aufgrund des Unionsrechtsrahmens erreichte Liberalisierung bzw. Öffnung des Marktes für den Wettbewerb auf den so der Regulierung entzogenen Märkten beeinträchtigt werde. In der Klageschrift wird insoweit sogar die Gefahr einer Re-Monopolisierung gesehen.

Der Begründung der Klage kann die zutreffende Wertung entnommen werden, dass die Sicherung und die weitere Stärkung des freien Wettbewerbs nach wie vor erklärtes Ziel der Europäischen Union sind. Die Einleitung dieses Verfahrens stellt daher einen Beleg für die der hiesigen Auffassung zugrunde liegenden Wertung dar, die nach dem alten Rechtsrahmen auferlegte Pflicht zur Schaffung solcher Wegerechte, die dem § 10 TWG vergleichbar sind, gelte weiterhin. Der Europäische Gerichtshof stellt sodann folgerichtig in seinem Urteil ausdrücklich fest, „auf den neu entstehenden Märkten müsse nach den Leitlinien ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen verhindert werden“ und „der deutsche Gesetzgeber könne die Entscheidung des Unionsgesetzgebers nicht umkehren und diese neuen Märkte grundsätzlich von der Regulierung freistellen“.¹¹⁰⁶

¹¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 03.12.2009, Rs. C-424/07, Rz. 71 und 78 = EuZW 2010, 109, 112 – Kommission ./ Deutschland.

V) Vergleich mit dem Verfahren C-462/99 – Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH gegen Telekom-Controll-Kommission

Diesem Verfahren¹¹⁰⁷ lag ein Ausgangsrechtsstreit nach österreichischem Telekommunikationsrecht zugrunde, nach dem die Zuteilung von Frequenzen aus einem bestimmten Frequenzbereich ohne zusätzliche Gebühr an ein öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem Markt für digitale Mobilfunkdienste möglich war. Das vorlegende Gericht, der Verwaltungsgerichtshof, sah darin zum einen die Gefahr, hierdurch könne die bereits dominierende Marktposition des öffentlichen Unternehmens noch mehr gestärkt werden, so dass dies zu einer nach Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG-Vertrag) in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag) in Verbindung mit der einschlägigen Richtlinie 96/2/EG unzulässigen Wettbewerbsverzerrung zu Lasten anderer Lizenzinhaber für den in Rede stehenden Frequenzbereich führen könne. Zum anderen aber könne die Verpflichtung der anderen Lizenzinhaber zur Entrichtung einer Gebühr für die Nutzung derartiger Frequenzen zu einem Verstoß gegen das in Art. 9 Abs. 1 und 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 /EG verankerte Diskriminierungsverbot führen.¹¹⁰⁸

Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens stellte der Europäische Gerichtshof zum einen fest, die vorzitierten Bestimmungen der Richtlinie 97/13/EG seien „inhaltlich unbedingt und hinreichend genau“, so dass sich der Einzelne nach ständiger Rechtsprechung¹¹⁰⁹ gegenüber allen nicht richtliniengerechten nationalen Vorschriften auf sie berufen könne, soweit sie nicht fristgerecht umgesetzt worden seien.¹¹¹⁰ Zum anderen hebt der Gerichtshof seine ständige Rechtsprechung¹¹¹¹ hervor, nach der eine verbotene Diskriminierung gegeben ist, wenn „vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt und dadurch bestimmte Wirtschaftsteilnehmer gegenüber anderen benachteiligt werden, ohne dass diese Ungleichbehandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre.“¹¹¹²

Im genannten Fall ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs dann keine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gegeben, wenn die von den bestehenden

¹¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597 – Connect Austria.

¹¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597, Rz. 28 – Connect Austria.

¹¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 19.01.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rz. 25 – Becker; EuGH, Urteil vom 10.09.2002, C-141/00, Slg. 2002, I-6833, Rz. 51 – Kügler.

¹¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597, Rz. 114 – Connect Austria.

¹¹¹¹ EuGH, Urteil vom 13.07.1962, verb. Rs. 17/61 und 20/61, Slg. 1962, 655, 692 – Klöckner Werke/Hoesch; EuGH, Urteil vom 26.09.2002, Rs. C-351/98, Rz. 57 – Königreich Spanien ./ Kommission.

¹¹¹² EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597, Rz. 115 – Connect Austria.

Betreibern entrichtete Gebühr für die Zuteilung von Frequenzen aus dem ursprünglichen Frequenzbereich unter Berücksichtigung der später ohne Zuzahlung weiter zugeteilten Frequenzen aus dem neuen Frequenzbereich wirtschaftlich betrachtet der Gebühr gleichkommt, die von einem Betreiber für die Zuteilung einer Frequenz aus dem neuen Frequenzbereich als Gebühr erhoben wird.¹¹¹³

Das Urteil befasst sich wiederum mit einem Sachverhalt, der Bezüge zum Unions- und Telekommunikationsrecht aufweist. Es hat in zweifacher Hinsicht eine bestätigende Wirkung für das vorgenannte Ergebnis.

Zum einen liegt in beiden Fällen eine inhaltlich unbedingte und hinreichende genaue Richtlinie vor, die nicht bzw. nicht richtig fristgerecht umgesetzt worden ist. Der Europäische Gerichtshof stützt sich auf seine ständige Rechtsprechung, nach der sich der Einzelne in diesen Fällen gegenüber allen nicht richtliniengerechten nationalen Vorschriften, hier also gegenüber der Ausgleichsregelung, auf diesen Verstoß berufen kann.¹¹¹⁴

Wenngleich das Gericht in diesem konkreten Falle mit zutreffender Begründung keine Ungleichbehandlung hat feststellen können, ist die Entscheidung zum anderen in einem weiteren Punkt für die hier in Rede stehende Problematik von Bedeutung, wird einmal mehr die unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten hervorgehoben, gleiche Fallgestaltungen auch gleich zu regeln.

VI) Urteil des Europäischen Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen C-292/01 und C-293/01 (Albacom SpA und Infostrada SpA)

Auch in diesen verbundenen Rechtssachen ging es um die Frage der Unionsrechtswidrigkeit nationaler Gebührenregelungen im Telekommunikationssektor, hier dem italienischen. Das italienische Recht sah eine Gebühr für die Errichtung und die Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze und die Erbringung von Sprachtelefondiensten sowie Mobil- und Personalkommunikationsdiensten für die Allgemeinheit vor, die sich nach einem Prozentsatz vom Umsatz bemaß, der auf alle im Vorjahr erbrachten Telekommunikationsdienste und -dienstleistungen bezogen war; dabei waren die Prozentsätze zum einen kalenderjahrbezogen unterschiedlich, zum anderen waren sie für die Jahre 1999 bis 2001

¹¹¹³ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597, Rz. 116, 118 – Connect Austria.

¹¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 22.05.2003, C 462/99, Slg. 2003, I 597, Rz. 114 – Connect Austria; EuGH, Urteil vom 19.01.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, Rz. 25 – Becker; EuGH, Urteil vom 10.09.2002, C-141/00, Slg. 2002, I-6833, Rz. 51 – Kügler.

(jeweils einschließlich) für umsatzschwächere Unternehmer geringer; im Falle von Betriebsverlusten wurden diese für das betreffende Jahr gänzlich von der Gebühr freigestellt.¹¹¹⁵ Nachdem die Richtlinie 97/13/EG auch und gerade Vorschriften enthält, die sich mit der Natur und der Höhe der Gebühren für „Lizenzgebühren“ im Telekommunikationssektor befassen,¹¹¹⁶ müssen diese nationalen Gebühren auf objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Umständen beruhen¹¹¹⁷. Der Europäische Gerichtshof hebt ferner hervor, derartige Gebühren dürften auch dem Ziel, den Telekommunikationsmarkt vollständig zu liberalisieren, ihn also für den Wettbewerb vollständig zu öffnen, nicht zuwiderlaufen¹¹¹⁸; die Richtlinie verwehre den Mitgliedstaaten Regelungen, wie sie im konkreten Verfahren in Rede standen.¹¹¹⁹ Dieses Urteil aus dem Jahre 2003 stützt sich auf eine Richtlinie des alten Rechtsrahmens und betont noch einmal das Ziel der Union, den Telekommunikationsmarkt vollständig für den Wettbewerb zu öffnen. Es stützt somit die entsprechende Argumentation in der Herleitung des hiesigen Ergebnisses.

¹¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 18.09.2003, verb. Rs. C-292/01 und C-293/01, Slg. 2003, I-9449, Rz. 11 – Albacom/Infostrada.

¹¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 18.09.2003, verb. Rs. C-292/01 und C-293/01, Slg. 2003, I-9449, Rz. 36 – Albacom/Infostrada.

¹¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 18.09.2003, verb. Rs. C-292/01 und C-293/01, Slg. 2003, I-9449, Rz. 37 – Albacom/Infostrada.

¹¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 18.09.2003, verb. Rs. C-292/01 und C-293/01, Slg. 2003, I-9449, Rz. 37 – Albacom/Infostrada.

¹¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 18.09.2003, verb. Rs. C-292/01 und C-293/01, Slg. 2003, I-9449, Rz. 40 – 42 – Albacom/Infostrada.

C) Wertung

Die Regelung, die der Ausgleichspflicht nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegt, verstößt unter Berücksichtigung aller denkbaren Auslegungen gegen das Unionsrecht.

Wie oben bereits dargelegt, werden insbesondere die neu in den Markt eintretenden Wettbewerber mit der Verpflichtung zur Ausgleichszahlung gegenüber dem ehemaligen Monopolisten, der ohne eine solche Zahlungspflicht auf sein bereits bestehendes Netz oberirdischer Leitungen zugreifen kann, benachteiligt. Nicht nur, dass sie sich beim Aufbau ihrer notwendigen Netze gegenüber dem bisherigen Recht nach dem TWG plötzlich einer Verpflichtung gegenüber sehen, über die Errichtungs- oder Mietkosten hinaus noch Ausgleichsansprüche von Grundstückseigentümern befriedigen zu müssen. Mit der Neuregelung wurden vielmehr sogar der entscheidende Wettbewerbsvorsprung des vormaligen Monopolisten wie auch dessen marktbeherrschende Stellung zementiert.

Diese Rechtssetzung und auch die hierzu ergangene Rechtsprechung sind mit den ebenfalls dargelegten Zielen der europäischen Richtlinien nicht vereinbar.

Die neu in den Markt eintretenden Telekommunikationsunternehmen müssen bei Anwendung der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in hohem Maße mit einer Inanspruchnahme als Ausgleichspflichtige nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG oder der Vorgängerbestimmung rechnen. Denn nach dieser Ansicht schließt das Vorhandensein von zu Telekommunikationszwecken nutzbaren Leitungswegen das Entstehen dieser Ausgleichspflicht nicht aus. Die Rechtsprechung nimmt im Gegenteil – für alle anderen und für alle Zeiten – nur den Telekommunikationsanbieter in die Pflicht, der als erster diese Leitung (oder genauer: eine oder wenige Fasern derselben) zu Telekommunikationszwecken für die Öffentlichkeit nutzt. *In praxi* hilft diesen Anbietern, die nach Maßgabe der grundgesetzlichen Regelung die Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikation in Angriff nehmen, wenig, dass sie nach dem Gesetz und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs neben dem Energieversorger haften. Letztere versuchen, diese Kostenlast intern einzig auf den Telekommunikationsbetrieb abzuwälzen.

Letztlich wird gerade der Anbieter, der den Wettbewerb anstoßen möchte, bestraft, indem er mit dem Energieversorger die hälftige oder in Fällen einer wirksamen Abwälzung im Innenausgleich der Gesamtschuldner gar die ganze Kostenlast zu tragen hat. Der

unionsrechtlich geforderte freie Wettbewerb wird so verhindert. Dies gilt insbesondere für die Fläche. Der Anbieter, der aus den lukrativen Ballungszentren hinaus in die wirtschaftlich weit weniger interessante Fläche expandiert, sieht sich – so er der erste ist, der dies über einen Leitungsweg der hier in Rede stehenden Art bewerkstelligt – der vollen, zumindest aber der hälftigen Kostenlast gegenüber.

Durch diese Auslegung werden die Kosten insgesamt oder zur Hälfte einem einzigen Wettbewerber auferlegt. Damit aber verstärkt sich für diesen die Ungleichbehandlung zum vormaligen Monopolisten, der nach wie vor ein flächendeckendes Netz derartiger Leitungen nutzen darf, ohne je einen Ausgleich gezahlt zu haben oder einen solchen jemals zahlen zu müssen. Unter Verstoß gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot wird der Wettbewerb erschwert und der existente Wettbewerbsvorteil des aus der ehemaligen Telekommunikationsorganisation hervorgegangenen marktbeherrschenden Unternehmens sogar gefestigt.

Aber auch unter Beachtung der hier vertretenen Auslegung der Ausgleichsnorm verbleiben Fallgestaltungen, in denen die Telekommunikationsanbieter, welche auf derartige Oberleitungen zur Schaffung ihres Telekommunikationsnetzes zurückgreifen, im Gegensatz zur früheren Rechtslage zugunsten des damaligen Monopolisten zu Ausgleichszahlungen herangezogen werden können. Auch wenn es sich dabei um eine deutlich geringere Zahl von Fällen handelt, liegt hierin doch eine wettbewerbshemmende Ungleichbehandlung, die mit dem Unionsrecht nicht in Übereinstimmung gebracht werden kann.

D) Auswirkungen der Unionsrechtswidrigkeit der § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegenden Regelung im nationalen Bereich

I) Unmittelbare Wirkung der Richtlinie 90/388/EWG unter Berücksichtigung der Änderung durch die Richtlinie 96/19/EG

Nach dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts, *effet utile*, darf durch die Anwendung nationalen Rechts die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht soweit beeinträchtigt werden, dass dessen Verwirklichung wesentlich erschwert oder praktisch unmöglich wird.¹¹²⁰ Wenn aber das nationale Recht nicht so angewendet werden kann, dass die Ziele und Vorgaben des europäischen Rechts durchgesetzt werden können, eine unionsrechtskonforme Auslegung mithin ausscheidet, darf das nationale Recht nicht mehr angewendet werden, vielmehr gebührt dem Unionsrecht der Vorrang.¹¹²¹

Den vorstehenden Ausführungen ist die Unionsrechtswidrigkeit einer der wegerechtlichen Ausgleichspflicht nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegenden Regelung zu entnehmen. Allerdings ist diese bisher noch nicht vom Europäischen Gerichtshof festgestellt worden.

Hat ein deutsches Gericht Zweifel an der Unionsrechtskonformität der Ausgleichsregelung, kann es als Instanzgericht diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) vorlegen; als letztinstanzliches Gericht ist es zur Vorlage verpflichtet. Den nationalen Gerichten obliegt daher im Grunde genommen eine Prüfungspflicht, ob die nationale Norm, auf die es im Rechtsstreit ankommt, nicht mit dem höherrangigen Unionsrecht kollidiert.

Vorliegend ist die der Ausgleichspflicht zugrunde liegende Regelung insoweit einer eingehenden Prüfung vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Vorgaben zu unterziehen. Dabei ist der Blick auf die Sach- und Rechtslage, wie sie infolge des § 10 TWG über viele Jahrzehnte zugunsten der Deutschen Telekom AG und aller ihrer Rechtsvorgänger bestanden hat, ebenso zu richten wie auf die dargelegte Verpflichtung aus der durch die Richtlinie 96/13/EG durch Einfügen des Art. 4 lit. d geänderten Richtlinie 90/388/EWG,

¹¹²⁰ EuGH, Urteil vom 17.11.1993, C-185/91, Slg. 1993, I-5801, Rz. 14 – Gebrüder Reiff; EuGH, Urteil vom 17.06.1997, C-70/95, Slg. 1997, I-3395ff, Rz. 41 – Sodemare.

¹¹²¹ BVerwG, Urteil vom 29.11.1990, 3 C 77.87, BVerwGE 87, 154, 158f.; Jarass, in: Jarass/Pierothe, GG, Art. 23, Rz. 42.

wonach der Bundesgesetzgeber zumindest Wegrechte einzuräumen hat, wie sie vormals für die Telekommunikationsorganisation bestanden hatten; eine Vergleichbarkeit ist ausdrücklich von der Richtlinie gefordert. Wird dies bedacht, fällt bei oberirdisch geführten Leitungen die diametral entgegengesetzte Regelung im TKG im Vergleich zum § 10 TWG und damit die Ungleichbehandlung der jetzigen Telekommunikationsunternehmen gegenüber dem ehemaligen staatlichen Monopolisten auf. Während § 10 TWG ausnahmslos die Nutzung ohne Ausgleichsverpflichtung gestattete, ist eine Nutzung nun nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im Regelfall, nach hiesiger Auffassung immerhin noch in Fällen, in denen bisher noch keine zu Telekommunikationszwecken genutzte oder nutzbare Leitung vorhanden ist, gegeben. Die nationalen Gerichte haben bei ihrer Würdigung nicht nur die Ungleichbehandlung zu berücksichtigen, sondern auch den Umstand, dass diese Vorgehensweise den bestehenden deutlichen Wettbewerbsvorsprung des Marktbeherrschers festigt und den allgemein gewünschten und für notwendig erachteten Wettbewerb spürbar erschwert.

Eingedenk der seit Beginn der 1980er-Jahre sowohl auf europäischer Ebene wie auch in der Bundesrepublik Deutschland geführten politischen und rechtlichen Diskussion um die Einführung des freien Wettbewerbs im Telekommunikationssektor ist der Schritt zu einer unionsrechtlichen Betrachtung dieser Ungleichbehandlung nicht nur nicht mehr weit, sondern zwingend geboten.

Wie oben¹¹²² dargestellt, kann eine Richtlinie durchaus im Einzelfall eine horizontale Drittwirkung dergestalt haben, dass sich ein Privater in einem Rechtsstreit mit einem weiteren Privaten auf die allgemeine Unanwendbarkeit der nationalen Norm, hier also der Ausgleichsregelung, berufen kann. Dies setzt voraus, dass die Richtlinie einerseits nicht fristgerecht umgesetzt worden ist und sie andererseits unbedingt und hinreichend bestimmt ist und so im Einzelfall unmittelbar angewandt werden kann.

Die Richtlinie 90/388/EWG war bis zum 31.12.1990 umzusetzen.¹¹²³ In der ursprünglichen Fassung enthielt sie hinsichtlich der hier in Rede stehenden Wegrechte jedoch noch keinen so unbedingten und klar gefassten Auftrag, diese Wegrechte denjenigen nachzugestalten, wie sie bisher den Fernmeldeorganisationen eingeräumt waren. Diesen Inhalt hat sie erst durch die Änderung gemäß Art. 1 Ziffer 6 der Richtlinie 96/19/EG erhalten, durch den Art. 4 lit. d eingefügt wurde. Wie bereits ausgeführt, hatten die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes Nr. 23 den Anbietern öffentlicher Telekommunikationsnetze Wegrechte einzuräumen, die mit denen vergleichbar sind, die den

¹¹²² Vgl. Teil I A 3 d.

¹¹²³ Vgl. Teil II A I.

Telekommunikationsorganisationen gewährt wurden, soweit dies nicht wegen grundlegender Anforderungen ausgeschlossen war. *In concreto* bedeutet dies die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, zugunsten der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zumindest eine dem § 10 TWG entsprechende Befugnis einzuräumen. Insoweit galt, auch hier darf auf die obigen Ausführungen¹¹²⁴ verwiesen werden, eine Umsetzungsfrist bis zum 19. Januar 1997. Dabei nimmt die Änderungsrichtlinie in ihrem Erwägungsgrund Nr. 23 ausdrücklich Bezug auf die – für die Bundesrepublik geltende – Unentgeltlichkeit des Wegerechts bei Nicht-verkehrsflächen, d.h. der Nutzungsmöglichkeit oder Ausgleichsverpflichtung zu Gunsten der Grundstückseigentümer.

Die tatsächlich getroffene Regelung in § 57 Abs. 2 TKG (1996) bzw. § 76 Abs. 2 TKG sieht jedoch keine generelle Unentgeltlichkeit im Sinne der Richtlinie vor. Dies gilt nach den vorstehenden Ausführungen für jede in Betracht kommende Auslegung der genannten Bestimmungen.

Die ursprünglich für die Telekommunikationsorganisation geltende Regelung in § 10 TWG betraf lediglich Leitungen, die im Luftraum über Grundstücke, die nicht Verkehrswege sind, geführt wurden, während der sachliche Anwendungsbereich der Regelung in § 57 TKG (1996) bzw. § 76 TKG auch den Grund und Boden selbst, also die unterirdische Verlegung, erfasst. Die Richtlinie verlangt *expressis verbis* nur ein mit dem bestehenden Nutzungsrecht der Telekommunikationsorganisation vergleichbares Recht für die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Eine Ausdehnung vom bloßen Luftraum auf den Boden ist daher unionsrechtlich nicht zwingend geboten. Demgegenüber ist die an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtung, den Anbietern die Nutzung von Grundstücken in einer den vormaligen Wegerechten vergleichbarer Weise zu gestatten, hinreichend bestimmt und unbedingt. Dies hat die Unanwendbarkeit der gesamten Ausgleichsregelung in § 57 TKG (1996) bzw. § 76 TKG zur Folge, weil eine Differenzierung nicht möglich ist. Ebenso wenig kann eine Unterscheidung dahingehend erfolgen, einen Ausgleich dann als geschuldet anzusehen, wenn bisher noch keine Leitungswege vorhanden sind, die für Telekommunikationszwecke nutzbar sind oder genutzt wurden. Das TWG nahm nämlich eine solche Unterscheidung nicht vor; das Recht zur ausgleichspflichtfreien Nutzung war genereller Art. Dies ist daher die verbindliche Vorgabe des Richtliniengabers für den nationalen Gesetzgeber.

Das TKG (1996) trat am 1. August 1996 in Kraft, mithin noch innerhalb der Frist zur Umsetzung der hier maßgeblichen Richtlinienergänzung. Abgesehen davon, dass die

¹¹²⁴ Vgl. Teil I A I 3 b.

wegerechtlichen Vorschriften über den Fristablauf hinaus bis heute nicht geändert wurden, verstieß die Bundesrepublik Deutschland mit dem Erlass der TKG (1996) in diesem Punkt bereits gegen ihre unionsrechtliche Verpflichtung, innerhalb der Umsetzungsfrist keine Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Richtlinienumsetzung zu verhindern oder zu erschweren.¹¹²⁵ Die wegerechtlichen Vorschriften waren nämlich nicht etwa als Übergangsvorschriften im Sinne einer schrittweisen Realisierung der Richtlinienvorgaben zu verstehen, sondern als endgültige Normen. Mit dem 1. August 1996 trat im nationalen Raum die zu beanstandende Ungleichbehandlung ein; ab diesem Tage waren die neuen Wettbewerber schlechter gestellt, als die Richtlinie es vorgab.

Daher kann sich jeder Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen in Rechtsstreitigkeiten um die Ausgleichsregelung auf die Unwendbarkeit derselben berufen; davon erfasst sind Auseinandersetzungen mit den betroffenen Grundstückseigentümern, die unmittelbar aus den Normen vorgehen, aber auch Angelegenheiten, in denen der vermietende Energieversorger interne Ausgleichsansprüche gegen den Betreiber geltend macht.

II) Rechtsfolge, sollte der Europäische Gerichtshof die Unionsrechtswidrigkeit der § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zugrunde liegenden Regelung feststellen

1) Keine Anwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996)

Sollte der Europäische Gerichtshof diese Unionsrechtswidrigkeit in einem Vorabentscheidungsverfahren feststellen, dürfte die Norm des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG von den nationalen Behörden und Gerichten nicht angewandt werden.

Zunächst sei der Blick auf die Rechtslage bei unionsrechtlichen Normen und Handlungen, Handlungen der Unionsorgane also, gelenkt. Hier gilt:

Mit der Möglichkeit bzw. der Pflicht der nationalen Gerichte, bei Zweifeln an der Unionsrechtskonformität einer entscheidenden Norm den Europäischen Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) anzurufen, wird zwar eine grundsätzliche Prüfungspflicht der nationalen Gerichte im Hinblick auf das Unionsrecht begründet, jedoch geht damit keine Kompetenz einher, die Ungültigkeit

¹¹²⁵ Vgl. Teil I A I 3 b.

einer unionsrechtlichen Norm oder Handlung festzustellen.¹¹²⁶ Den nationalen Gerichten steht es zu, nach eigener Prüfung der Unionsrechtslage die Gültigkeit einer Norm oder Handlung festzustellen und diese Wertung ihrer Entscheidung zugrunde zu legen, denn dann stellen sie die „Existenz der Unionshandlung“ nicht in Frage.¹¹²⁷ Hält das nationale Gericht jedoch Zweifel an der Gültigkeit für begründet, kann bzw. muss es diese Frage dem Europäischen Gerichtshof vorlegen. Dieser ist im Rahmen des im Unionsrecht geschaffenen „umfassenden Rechtsschutzsystems“¹¹²⁸ insoweit allein befugt, die Nichtigkeit einer Handlung eines Unionsorgans festzustellen¹¹²⁹. Dies liegt zum einen darin begründet, dass mit der dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Satz 2 AEUV (ex-Art. 234 Satz 2 EG-Vertrag) eingeräumten Befugnis die einheitliche Anwendung von Unionsrecht in den Mitgliedstaaten¹¹³⁰ und damit die Rechtssicherheit gewährleistet werden sollen.¹¹³¹ Zum anderen aber verlangt die Kohärenz des (Rechtsschutz-) Systems, dass die Feststellung der Ungültigkeit einer Handlung eines Unionsorgans dem Gerichtshof vorbehalten bleibt.¹¹³² Schließlich spricht für diesen Vorbehalt der Möglichkeit des betroffenen Unionsorgans, sich gemäß der Satzung des Gerichtshofs am Verfahren beteiligen kann und der Gerichtshof befugt ist, auch von Unionsorganen, die nicht Partei des Verfahrens sind, Auskünfte zu verlangen, die er für den Prozess für erforderlich hält.¹¹³³

Bei der hier in Rede stehenden Ausgleichsregelung handelt es sich nicht um eine unionsrechtliche Norm oder Handlung, so dass die vorstehenden Ausführungen nicht unmittelbar gelten. Es geht hier vielmehr um die Frage, ob die in der nationalen Regelung zum Ausdruck kommende Ausgleichsregelung bei einer Erweiterung der Nutzung einer Leitung über fremde (Nichtverkehrs-) Grundstücke zu Telekommunikationszwecken mit dem Unionsrecht in Übereinstimmung gebracht werden kann. In diesen Fällen ist über Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) ebenfalls der Weg zum Europäischen Gerichtshof eröffnet, geht es doch um die Frage, ob die Auslegung des Unionsrechts eine solche nationale Regelung zulässt. Die zuvor dargelegten Gründe für dessen Alleinzuständigkeit gelten daher auch hier in entsprechender Weise. Dem Europäischen Gerichtshof ist nämlich die autoritative Entscheidung von Auslegungsfragen des Unionsrechts übertragen und damit

¹¹²⁶ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 13, 15 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451.

¹¹²⁷ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 14 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451.

¹¹²⁸ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 16 – Foto-Frost; EuGH, Urteil vom 23.04.1986, Rs. 294/93, Slg. 1986, 1339, Rz. 23 – Les Verts.

¹¹²⁹ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 17 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451.

¹¹³⁰ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 15 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451; EuGH, Urteil vom 13.05.1981, Rs. 66/80, Slg. 1981, 1191, Rz. 11 – International Chemical Cooperation.

¹¹³¹ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 15 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451.

¹¹³² EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 17 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451.

¹¹³³ EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, I-4199, Rz. 18 – Foto-Frost = NJW 1988, 1451, 1451.

auch die Berechtigung zur interpretativen, die Einheit des Gemeinschaftsrechts währenden Rechtsfortbildung.¹¹³⁴ Nach Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der Gerichtshof

- über die Auslegung dieses Vertrages und
- über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union.

Das Vorabentscheidungsverfahren hat so eine zentrale Bedeutung für die einheitliche Auslegung des Unionsrechts.¹¹³⁵ Demgegenüber ist es nicht seine Aufgabe, über die Rechtmäßigkeit nationaler Maßnahmen zu urteilen oder nationales Recht auszulegen.¹¹³⁶ Der Gerichtshof prüft nicht einmal die Entscheidungserheblichkeit der im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegten Fragen, denn dies zu beurteilen ist ausschließlich Angelegenheit der nationalen Gerichte.¹¹³⁷ Er legt vielmehr im Rahmen eines solchen Verfahrens die Handlungen der Unionsorgane einschließlich des Unionsrechts aus, ohne dass es darauf ankommt, ob diese Handlungen unmittelbar gelten oder nicht.¹¹³⁸ Der Europäische Gerichtshof urteilt daher nicht unmittelbar über die Vereinbarkeit nationaler Rechtsnormen mit dem Unionsrecht; er ist jedoch berechtigt, dem vorlegenden Gericht die für die Auslegung des Unionsrechts maßgeblichen Gesichtspunkte an die Hand zu geben, damit dieses in der Lage ist, die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit dem Unionsrecht zu beurteilen.¹¹³⁹ Dies ist in ständiger Rechtsprechung entschieden und ist im Sinne einer Bindung des vorlegenden Gerichts sowie evtl. nachfolgend in der Angelegenheit befasster nationaler Gerichte zu verstehen.

Bezogen auf den hier in Rede stehenden Bereich der Ausgleichsregelung für die Erweiterung einer Leitung zu Telekommunikationszwecken bedeutet dies:

Die Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung, wie sie der wegerechtlichen Ausgleichsbestimmung zugrunde liegt, könnte in einem der anhängigen Rechtsstreitigkeiten über Ausgleichszahlungen zum Gegenstand eines Antrags auf Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG-Vertrag) gemacht werden. Das nationale Gericht könnte den Europäischen Gerichtshof um die Beantwortung der Frage ersuchen, ob die Auslegung des Unionsrechts eine Ungleichbehandlung der Anbieter bzw.

¹¹³⁴ Oppermann, § 9, Rz. 55.

¹¹³⁵ Herdegen, § 10, Rz. 26; Geiger, EUV/EGV, Art. 234 EGV, Rz. 1.

¹¹³⁶ EuGH, Urteil vom 23.11.1977, Rs. 38/77, Slg. 1977, 2203, Rz. 20-22 – Enka BV; EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Slg. 1993, I-6787, Rz. 8 – Hühnermund; Oppermann, § 9, Rz. 55.

¹¹³⁷ EuGH, Urteil vom 20.05.1976, Rs. 111/75, Slg. 1976, 657; Rz. 7/11 – Impresa Costruzioni.

¹¹³⁸ EuGH, Urteil vom 20.05.1976, Rs. 111/75, Slg. 1976, 657; Rz. 7/11 – Impresa Costruzioni.

¹¹³⁹ EuGH, Urteil vom 23.11.1977, Rs. 38/77, Slg. 1977, 2203, Rz. 20-22 – Enka BV; EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Slg. 1993, I-6787, Rz. 8 – Hühnermund.

potenziellen Anbieter neuer Netze gegenüber dem ehemaligen (auch: Leitungsnetz-) Monopolisten, die Deutsche Telekom AG, wie sie oben dargelegt wurde, zulässt.

Würde der Europäische Gerichtshof diese Frage verneinen, wären die im Ausgangsverfahren entscheidenden nationalen Gerichte an die entsprechende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gebunden; das Urteil bindet *inter partes*.¹¹⁴⁰ Eine Bindungswirkung außerhalb des Ausgangsverfahrens, also *erga omnes*, kommt dem Urteil im Gegensatz zu solchen Entscheidungen, in denen die Ungültigkeit von Gemeinschaftsrecht festgestellt wird,¹¹⁴¹ nicht zu; vielmehr entbindet ein solches Urteil die letztinstanzlichen nationalen Gerichte von ihrer Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag), wenn und soweit sie sich dieser Auslegung anschließen.¹¹⁴² Die nationalen Stellen haben unter Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes das nationale Recht weitestgehend im Sinne des Unionsrechts auszulegen¹¹⁴³, also insbesondere unter Beachtung der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof als maßgeblichem Interpret desselben.¹¹⁴⁴

Nach dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts, *effet utile*, darf durch die Anwendung nationalen Rechts die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht soweit beeinträchtigt werden, dass dessen Verwirklichung praktisch unmöglich wird. Vielmehr muss dem Interesse des Unionsrechts in vollem Umfang Rechnung getragen werden.¹¹⁴⁵

Wenn aber das nationale Recht nicht so angewendet werden kann, dass die Ziele des europäischen Rechts durchgesetzt werden können, eine unionsrechtskonforme Auslegung also ausscheidet, darf das nationale Recht schlicht nicht angewendet werden,¹¹⁴⁶ es wird damit aber nicht automatisch nichtig, denn ob der Widerspruch darüber hinaus die Ungültigkeit der betreffenden innerstaatlichen Normen bewirkt, ist eine Frage des nationalen Rechts.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 24.06.1969, Rs. 29/68, Slg. 1969, 165, Rz. 3 i.V.m. Rz. 2 – Deutsche Milchkontor GmbH; BVerfG, Urteil vom 01.10.1991, 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 und 10/91, Absatz 48, BVerfGE 85, 191, 204; Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 234, Rz. 32.

¹¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 13.05.1981, Rs. 66/80, Sgl. 1991, 1191, Rz. 13 – International Chemical Cooperation; Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 234, Rz. 33.

¹¹⁴² Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 234, Rz. 34.

¹¹⁴³ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 20.05.1976, Rs. 111/75, Slg. 1976, 657, Rz. 7 bis 11 – Mazzalai; EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, Rz. 26 und 28 – Harz; EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rz. 6 bis 8 – Marleasing SA; EuGH, Urteil vom 10.07.1999, Rs. C-261/95, Slg. 1997, I-4025, Rz. 21 – Palmisani.

¹¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, Rz. 26 und 28 – Harz; EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rz. 6 bis 8 – Marleasing SA; EuGH, Urteil vom 21.09.1983, verb. Rs. 205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Rz. 32 – Deutsche Milchkontor GmbH.

¹¹⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 29.11.1990, 3 C 77.87, BVerwGE 87, 154, 158f.

¹¹⁴⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 04.04.1968, Rs. 34/67, Slg. 1968, 364 – Gebrüder Lück; EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rz. 21 – 23 – Simmenthal.

Das danach für die Lösung des hier zu beurteilenden Normenkonflikts maßgebliche deutsche Recht sieht die Ungültigkeit des dem Gemeinschaftsrecht widersprechenden nationalen Rechts nicht vor; es begnügt sich für die Dauer des Widerspruchs mit der Unanwendbarkeit der innerstaatlichen Vorschriften. Eine ausdrückliche normative Regelung dieser Frage ist nicht erfolgt,

heißt es in der Entscheidung mit Hinweis auf die Grundsatzentscheidung¹¹⁴⁸ weiter.

Diese Rechtsprechung entspricht der Wertung des Europäischen Gerichtshofs. Nach seiner Ciola-Entscheidung¹¹⁴⁹ müssen dem Unionsrecht widersprechende nationale Bestimmungen unangewendet bleiben. Denn, so der Europäische Gerichtshof,

die Bestimmungen des Vertrages gelten in der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaates unmittelbar und da das Unionsrecht dem nationalen Recht vorgeht, erzeugen sie Rechte zugunsten der Betroffenen, die die nationalen Behörden zu achten und zu wahren haben, so dass ihnen entgegenstehende Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts aus diesem Grund unanwendbar werden. So unterliegen zum einen nicht nur die nationalen Gerichte, sondern auch alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften der Verpflichtung, jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen.

Sollte der Europäische Gerichtshof daher die Unvereinbarkeit der dem wegerechtlichen Ausgleichsanspruch zugrunde liegende Regelung mit dem Unionsrecht feststellen, dürfte diese nationale Norm entsprechend dem Anwendungsvorrang nicht angewendet werden; nur so kann dem unionsrechtlichen Grundsatz des *effet utile* ausreichend Rechnung getragen werden.

2) Schadenersatzpflicht der Bundesrepublik Deutschland

Nach den obigen Ausführungen hat die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie 90/388/EWG¹¹⁵⁰ in der durch die weitere Richtlinie 96/16/EG¹¹⁵¹ geänderten Fassung fehlerhaft umgesetzt, so dass insoweit eine Haftung des Staates in Betracht kommt.¹¹⁵² Die Haftung eines Mitgliedstaates nach Unionsrecht wurde seitens des Europäischen Gerichtshofs in der Francovich-Entscheidung¹¹⁵³ erstmals festgestellt. Danach traf Italien eine Schadenersatzpflicht, weil es die Richtlinie 80/987/EWG, nach der Arbeitnehmern im Falle von Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ein Mindestschutz zu gewährleisten war,

¹¹⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 09.06.1971, 2 BvR 225/69, BVerfGE 31, 145, 171.

¹¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 29.04.1999, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517 – Ciola.

¹¹⁵⁰ Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, ABl. L 192 vom 24.07.1990, S. 10ff.

¹¹⁵¹ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.

¹¹⁵² Vgl. zu diesem Komplex auch: Reinersdorff, MMR 2002, 299ff. – dort zu der TKLGebV.

¹¹⁵³ EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90, Slg. 1991, I-5403, Rz. 38ff. – Francovich.

nicht fristgerecht umgesetzt hatte. Italien hatte den in der Zeit dieses Verzuges den klagenden Arbeitnehmern dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die maßgebliche Begründung ist darin zu sehen, dass dem Unionsrecht nur dann die volle Wirkung zukommen kann, wenn der Mitgliedstaat in derartigen Fällen auf Schadensersatz haftet.¹¹⁵⁴ Die Staatshaftung greift bei Vorliegen folgender Voraussetzungen:¹¹⁵⁵

- Die Richtlinie, die nicht oder nicht fristgerecht umgesetzt wurde, muss die Verleihung von Rechten an Einzelne bezwecken.
- Der Inhalt dieser Rechte muss auf Grundlage der Richtlinie selbst bestimmt werden können.
- Zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem Schaden, der dem Betroffenen entstanden ist, muss ein Kausalzusammenhang bestehen.

Die Begründung einer derartigen Staatshaftung zugunsten des im Einzelfall Geschädigten vor dem Hintergrund einer besseren Durchsetzbarkeit des Unionsrechts für den Fall der Verletzung unionsrechtlicher Bestimmungen durch einen Mitgliedstaat ist nicht ohne Kritik geblieben. Ossenbühl hielt der Staatshaftung entgegen, sie eine „Rechtsschöpfung in ihrer reinsten Form“, die entgegen nicht durch das Instrument der Vertragsauslegung gerechtfertigt werden könne.¹¹⁵⁶ Sie wird aber heute wohl im Wesentlichen auch in der Rechtsliteratur akzeptiert und befürwortet.¹¹⁵⁷

In seiner weiteren Entscheidung vom 5. März 1996¹¹⁵⁸ hatte sich der Europäische Gerichtshof mit der Haftung in Fällen zu befassen, in denen das betreffende Gebiet noch nicht unionsrechtlich harmonisiert war und dem nationalen Gesetzgeber daher – gegenüber Sachverhalten mit einer bereits erfolgten unionsrechtlichen Regelung – ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Dort hatten deutsche Behörden einer französischen Brauerei die Einfuhr von Bier mit der Begründung untersagt, dieses sei nicht nach dem deutschen Reinheitsgebot gebraut. Hierin erblickte der Europäische Gerichtshof eine unionsrechtswidrige Handlung; der Verstoß gegen das Unionsrecht führte zu einer Schadenersatzhaftung der Bundesrepublik Deutschland dem Grunde nach. In diesen Fällen nimmt er eine Haftung des Mitgliedstaates unter folgenden drei Bedingungen¹¹⁵⁹ an:

¹¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90, Slg. 1991, I-5403, Rz. 33 – Francovich.

¹¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90, Slg. 1991, I-5403, Rz. 40 – Francovich.

¹¹⁵⁶ Ossenbühl, DVBl. 1992, 993, 995.

¹¹⁵⁷ Remien, in: Schulze/Zuleeg, § 14, Rz. 40; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 10 EGV, Rz. 37; Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 46.

¹¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 51 – Brasserie du Pecheur.

¹¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 51 – Brasserie du Pecheur.

- Der Verstoß ist hinreichend qualifiziert.
- Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.
- Der Verstoß gegen die dem Staat obliegende Pflicht steht in einem unmittelbaren Kausalzusammenhang zum Schaden, der dem Betroffenen entstanden ist.

Letztlich scheiterte die Klage vor dem Bundesgerichtshof, weil die vom Europäischen Gerichtshof vorgegebenen Voraussetzungen nicht *in toto* erfüllt waren, es hier an einem „hinreichend qualifizierten Verstoß“ mangelte.¹¹⁶⁰ Ein Verstoß ist nur dann „hinreichend qualifiziert, wenn ein Mitgliedstaat die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens offenkundig und erheblich überschritten hat; bei der Beurteilung kann an Umstände angeknüpft wie etwa die Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift oder den Umfang des Ermessensspielraums.¹¹⁶¹

In beiden Fällen ist ein Verschulden nicht erforderlich.¹¹⁶² Der Staat wird haftungsrechtlich als Einheit angesehen; ihn trifft eine Haftung ganz gleich, ob der schadenverursachende Verstoß der Legislative, der Judikative oder der Exekutive zuzuschreiben ist. Somit kommt also auch eine Haftung wegen eines Verstoßes des nationalen Gesetzgebers in Betracht.¹¹⁶³ So geht etwa auch der Bundesgerichtshof entsprechend dieser Rechtsprechung von einer „Haftung für legislatives Unrecht“ aus, wenn nationale Normen nicht höherrangigen Normen des Unionsrechts angepasst wurden.¹¹⁶⁴

Ferner darf die Haftung des Staates nicht auf die Schäden beschränkt werden, die erst nach dem Erlass eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs entstanden sind, in dem der in Rede stehende Verstoß festgestellt worden ist; der Grundsatz der Wirksamkeit des Unionsrechts wäre nämlich verletzt, wenn man die Haftung von einem vorangegangenen Verfahren bzw. einem Urteil abhängig machte.¹¹⁶⁵ Der Europäische Gerichtshof geht mit Recht von seiner Zuständigkeit bei der Prüfung aus, ob und unter welchen Umständen eine Haftung des Mitgliedstaates aus einem Verstoß gegen unionsrechtliche Pflichten gegeben ist, denn es geht dabei um die Auslegung des Vertrages, die ihm nach Art. 19 AEUV (ex-Art. 220 EG-Vertrag) übertragen ist.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 24.10.1996, III ZR 127/91, NJW 1997, 123, 125.

¹¹⁶¹ Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 49.

¹¹⁶² EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 78 – Brasserie du Pecheur.

¹¹⁶³ EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 34ff. – Brasserie du Pecheur; EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rz. 31f. – Köbler ./I. Republik Österreich; Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 50.

¹¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 24.10.1996, III ZR 127/91, NJW 1997, 123, 123.

¹¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 34ff. – Brasserie du Pecheur.

¹¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 25 – Brasserie du Pecheur.

Seine vorgenannte Rechtsprechung bestätigte der Europäische Gerichtshof noch einmal ausdrücklich in seinem Dillenkofer-Urteil¹¹⁶⁷, in dem es um die nicht fristgerechte Umsetzung der Richtlinie 90/314/EWG¹¹⁶⁸ ging, mit der ein besserer Schutz Pauschalreisender für den Insolvenzfall des Reiseveranstalters bezweckt war. Unter konkreter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil¹¹⁶⁹ sowie seine Entscheidungen vom 26. März 1996¹¹⁷⁰ und vom 23. Mai 1996¹¹⁷¹ bestätigte er die notwendigen, aber auch genügenden drei Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Mitgliedstaates; ferner bezog er sich auf seine Francovich-Entscheidung¹¹⁷², die den gleichgelagerten Fall einer nicht fristgemäßen Richtlinien-Transformation betraf.

In einem weiteren Urteil vom 30. September 2003 ging es vor allem um die Frage einer Staatshaftung, soweit auf Seiten des Mitgliedstaates ein letztinstanzliches Gericht durch eine Fehlentscheidung gegen das Unionsrecht den Schaden verursacht hat. Unter Hinweis auf die zuvor zitierten Entscheidungen hob der Gerichtshof noch einmal hervor, die Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen gegen das Unionsrecht ergebe sich aus dem Wesen des AEUV.¹¹⁷³ Sodann betonte er nochmals seine Wertung, wonach der Staat unabhängig davon, welches Organ gehandelt hat, als Einheit zu betrachten sei.¹¹⁷⁴ Schließlich begründete er die Haftung auch für Fälle von Fehlentscheidungen national letztinstanzlicher Gerichte, mit denen gegen das Unionsrecht verstoßen wird. Zu Recht führt er die Verpflichtung letztinstanzlicher Gerichte zur Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag) ins Feld; eine Verpflichtung, die gerade verhindern soll, dass dem Einzelnen durch das Unionsrecht verliehene Rechte verletzt werden; das Vorabentscheidungsverfahren dient nicht nur der Wahrung der Rechtseinheit, sondern hat auch eine überragende Bedeutung für den Individualrechtsschutz.¹¹⁷⁵ Vor dem Hintergrund sei eine Staatshaftung zwingend, sollte ein solches Gericht diese Pflicht verletzen und dem Betroffenen dadurch ein Schaden entstehen. Ferner hob er zutreffend hervor, damit werden nicht etwa der Grundsatz der Rechtssicherheit, insbesondere der Rechtskraft, der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit und die Autorität des letztinstanzlichen Gerichts tangiert. Bezogen auf die Rechtssicherheit gehe es schließlich nicht um den eigentlichen

¹¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, Rz. 21f. - Dillenkofer.

¹¹⁶⁸ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. L 158 vom 23.06.1990, S. 59ff.

¹¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131, Rz. 50f. - Brasserie du Pecheur.

¹¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 26.03.1996, Rs. C-392/93, Slg. 1996, I-1631, Rz. 39f. - British Telecommunications.

¹¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-2553, Rz. 25f. - Hedley Lomas.

¹¹⁷² EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90, Slg. 1991, I-5403 - Francovich.

¹¹⁷³ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rz. 30 - Köbler ./ Republik Österreich.

¹¹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rz. 31f. - Köbler ./ Republik Österreich; vgl. auch Geiger, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rz. 47.

¹¹⁷⁵ Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 234 EGV, Rz. 1.

Ausgangsfall, sondern um die Frage der eine eigene Angelegenheit bildenden Haftung des Staates. Entsprechendes gelte für die richterliche Unabhängigkeit, da es nicht um die persönliche Haftung des Richters, sondern wiederum um die des Staates gehe. Schließlich handele es sich nicht um einen Angriff auf die Autorität des letztinstanzlichen Gerichts, vielmehr indiziere die Möglichkeit, bei derartigen Fehlentscheidungen beim Staat Regress zu nehmen eine „Bekräftigung der Qualität der Rechtsordnung und auch der Autorität der Judikative“.¹¹⁷⁶ Dem ist in Gänze zuzustimmen, denn nur so ist eine effektive Umsetzung des Unionsrechts gewährleistet.

Im hier in Rede stehenden Fall der Wegerechte über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind, hat die Bundesrepublik Deutschland per Gesetz den Telekommunikationsunternehmen Wegerechte eingeräumt, die infolge der Erweiterung vom Luftraum auf den Boden sogar über die vormals der Telekommunikationsorganisation zustehenden Möglichkeit nach § 10 TWG hinausgehen. Dies ist durch das am 1. August 1996 in Kraft getretene TKG (1996) geschehen. Die maßgebliche Richtlinie 90/388/EWG, welche bis zum 31. Dezember 1990 in nationales Recht umzusetzen war, ist erst durch die Richtlinie 96/19/EG insoweit geändert worden, als nach dem neu eingefügten Art. 4 lit. d den neuen Betreibern gleichwertige Wegerechte einzuräumen waren, wie diese für den bisherigen Monopolisten bestanden hatten. Art 2 der Richtlinie 96/19/EG bestimmt zum einen ausdrücklich den Fortbestand der Umsetzungsfrist der Richtlinie 90/388/EWG und setzt darüber hinaus den Mitgliedstaaten eine neunmonatige Frist, über ihre Maßnahmen zur Umsetzung der in Art. 1 Nr. 1 bis 8 genannten Verpflichtungen zu berichten; Art. 1 Nr. 6 enthält den in die ursprüngliche Richtlinie eingefügten Art. 4 lit. d; mithin ist insoweit von einer Umsetzungsfrist zum 19. Januar 1997 auszugehen. Von einer verspäteten Umsetzung oder einer völlig unterbliebenen kann nicht gesprochen werden, wohl aber von einer fehlerhaften.

Bezogen auf die Wegerechte nach § 76 TKG bzw. § 57 TKG (1996) bedeutet dies:

Die Bundesrepublik Deutschland hätte zumindest bezogen auf die Nutzung des Luftraums über die in Rede stehenden Grundstücke eine dem § 10 TWG vergleichbare Regelung treffen müssen, da die frühere Telekommunikationsorganisation, aus der die Deutsche Telekom AG hervorgegangen ist, über einen langen Zeitraum beim Auf- und Ausbau ihres Netzes auf die vorgenannte Bestimmung zurückgreifen konnte. Es handelte sich dabei um eine Regelung, wie sie von der Europäischen Union zum Anlass genommen war, durch die Richtlinie 96/19/EG die Forderung nach vergleichbaren Wegerechtsregelungen aufzustellen, um zum einen den Aufbau eigener Netze der Wettbewerber zu ermöglichen, zum anderen aber auch, um den Wettbewerbsvorsprung des früheren Monopolisten nicht festzuschreiben.

¹¹⁷⁶ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rz. 33ff. – Köbler ./.. Republik Österreich; vgl. auch: Remien, in: Schulze/Zuleeg, § 14, Rz. 40.

Nach der bis zum Inkrafttreten des TKG (1996) geltenden Bestimmung des § 10 TWG war die Deutsche Telekom AG – damals noch als Deutsche Bundespost TELEKOM – befugt, im Luftraum über derartige Grundstücke verlegte Leitungen für ihr öffentliches Telekommunikationsnetz zu nutzen, ohne hierfür einen Ausgleich an die betroffenen Grundstückseigentümer entrichten zu müssen. Die Richtlinienlage verpflichtet die Bundesrepublik, den Wettbewerbern (und selbstredend auch weiterhin der Deutschen Telekom AG) eine entsprechende Nutzungsmöglichkeit einzuräumen. Wie oben ausführlich dargelegt, hat sie die Nutzung jedoch nunmehr für die Fälle mit einer Ausgleichspflicht versehen, in denen noch keine Leitungen vorhanden waren, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden konnten. Ganz gleich, wie man dieses Tatbestandsmerkmal auslegt, führt die Ausgleichsregelung in Abs. 2 Satz 2 der genannten Vorschriften nicht zu einer generellen Befreiung von einer Ausgleichszahlung an den Grundstückseigentümer, wie sie in § 10 TWG vorgesehen war. Lediglich die Zahl der Ausgleichspflichtfälle, also die Intensität der zum Nachteil der Wettbewerber abweichenden Regelung, ist von der Auslegung abhängig. Folgt man der hier vertretenen Interpretation, greift die Ausgleichspflicht in vergleichsweise wenigen Fällen, während sie unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen nationalen Rechtsprechung die Regel darstellt, sieht man von zwischenzeitlich bestehenden öffentlichen Telekommunikationsnetzen, insbesondere dem der Deutschen Telekom AG, ab. Die Richtlinie ist somit nicht vollständig umgesetzt worden, sondern fehlerhaft.

Der Verstoß betrifft ein Gebiet, das bereits unionsrechtlich geregelt ist, nämlich durch die oben erwähnten Richtlinien. Den Mitgliedstaaten steht daher nur ein geringes Ermessen im Bereich der Umsetzung der Richtlinie zu. Dieses ist unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes Nr. 23 noch weiter eingeschränkt, bringt der Richtliniengeber doch dort sehr konkret zum Ausdruck, wie die neuen Wegerechte auszugestalten sind. Hiergegen hat die Bundesrepublik Deutschland verstoßen. Mithin liegt die erste Voraussetzung für die Staatshaftung vor. Es kommt hier nicht darauf an, ob es sich um einen qualifizierten Verstoß handelt, also um einen offenkundigen und schwerwiegenden Rechtsverstoß, der dem Mitgliedstaat zugerechnet werden kann.¹¹⁷⁷

Des Weiteren muss die fehlerhaft umgesetzte Richtlinie dem Einzelnen Rechte einräumen. Die hier in Rede stehende Richtlinie bezweckt, den Lizenznehmern und gerade den neuen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, ausdrücklich Wegerechte einzuräumen, die mit denen der überkommenen Telekommunikationsunternehmen vergleichbar waren.

¹¹⁷⁷ Stöhr, NJW 1999, 1063, 1064; vgl. zum „qualifizierten Verstoß“ auch: Remien, in: Schulze/Zuleeg, § 14, Rz. 40

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 4 lit. d der durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Richtlinie 90/388/EWG¹¹⁷⁸ nur bei grundlegenden Hindernissen die Möglichkeit, von dieser Vorgabe abzuweichen, wobei sie dann als Ausgleich den Zugang der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu angemessenen Konditionen in Bezug auf bereits unter Nutzung von Wegerechten errichteten Anlagen und Leitungsnetzen einräumen müssen. Solche grundlegenden Hinderungsgründe sind nicht erkennbar. Somit hatten sich die neuen Wegerechte am jeweiligen für die Telekommunikationsorganisation bestehenden Recht zu orientieren. Hiermit mussten sie vergleichbar sein; eine Einschränkung gegenüber diesem „alten“ Rechtszustand war nicht gestattet.

Schließlich muss die fehlerhafte Transformation der Richtlinie für den Schaden kausal sein. Soweit Telekommunikationsunternehmen, auch die Deutsche Telekom AG, hinsichtlich einer oberirdischen Telekommunikationslinie erfolgreich nach § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) oder § 76 Abs. 2 S. 2 TKG auf Zahlung eines Ausgleichs in Anspruch genommen wurden, ist in zumindest in dieser Höhe ein Schaden entstanden, der kausal auf die fehlerhafte Richtlinienumsetzung zurückzuführen ist. Dies gilt für die unmittelbare Inanspruchnahme durch einen betroffenen Grundstückseigentümer ebenso wie für die Geltendmachung im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs durch den Energieversorger als Leitungsinhaber und Vermieter. Dabei wiederum trifft dies sowohl auf den gesetzlichen Fall der hälftigen Teilung zu wie auch auf Fälle, in denen die interne Haftung abweichend vom Gesetz wirksam vereinbart ist.

Im Hinblick auf die Köbler-Entscheidung¹¹⁷⁹ gilt dies auch, soweit der Betreiber infolge eines auf § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) ergangenen letztinstanzlichen Urteils zur Zahlung einer Ausgleichssumme an einen Grundstückseigentümer verurteilt worden ist.

¹¹⁷⁸ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff.; Nienhaus, in: Hoeren, § 3.1, Rz. 57

¹¹⁷⁹ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 – Köbler ./ . Republik Österreich.

Teil IV Zusammenfassung in Thesen

A) § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) führen zur Festigung des bei der Liberalisierung bereits bestehenden Wettbewerbsvorteils des ehemaligen Monopolisten und erschweren die Entstehung eines freien und offenen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt.

Die in der Bestimmung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG und auch bereits in der gleichlautenden Vorgängervorschrift des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG zum Ausdruck kommende Regelung, nach der dem Grundstückseigentümer eines Grundstücks, das kein Verkehrsweg i.S.d. Telekommunikationsgesetzes ist, im Falle einer erweiterten Nutzung einer über bzw. durch das Grundstück geführten Leitung zu Telekommunikationszwecken ein Ausgleich zu zahlen ist, führt zu einer deutlichen Festigung des Wettbewerbsvorteils des bisherigen Monopolisten. Dieser war nach § 10 TWG berechtigt, oberirdisch über solche Grundstücke geführte Leitungswege zu Telekommunikationszwecken zu nutzen, ohne dafür einen Ausgleich an die Grundstückseigentümer zu zahlen oder künftig entrichten zu müssen. Damit verletzt die Regelung nicht nur die unionsrechtliche Pflicht zur Ermöglichung und Förderung des freien, offenen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt. Sie erschwert diesen Wettbewerb sogar, indem sie die Wettbewerbsvorteile des aus dem ehemaligen Monopolisten hervorgegangenen Marktbeherrschers festschreibt.

B) Art. 4 lit. d der Richtlinie 90/388/EWG in der durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Fassung ist mit dem Eigentumsgrundrecht der Union vereinbar.

Die Richtlinie 90/388/EWG in der durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Fassung, deren Art. 4 lit. d bis spätestens zum 19. Januar 1997 umzusetzen war und deren Grundsatz auch nach dem neuen Rechtsrahmen fortwirkt, verletzt nicht das unionsrechtliche Eigentumsgrundrecht. Durch die Verpflichtung, in der Bundesrepublik Deutschland (zumindest für den Bereich der oberirdischen Versorgungsleitungen) eine dem § 10 TWG entsprechende Bestimmungen zu schaffen, werden die betroffenen Eigentümer zwar angehalten, eine solche Nutzung ohne Entschädigung zu dulden. Der Eingriff in das Eigentumsrecht stellt sich jedoch als äußerst geringfügig dar. Ferner ist im Rahmen der Sozialbindung zu Lasten der Eigentümer zu berücksichtigen, dass der Eingriff der Schaffung einer von der Union

ausdrücklich gewollten flächendeckenden Infrastruktur zur Sicherstellung eines ausreichenden und angemessenen Angebots an Telekommunikationsdienstleistungen auf dem europäischen Telekommunikationsmarkt dient. Die Auferlegung einer solchen Duldungspflicht stellt ein geeignetes und angemessenes Mittel dar. Unter weiterer Berücksichtigung des unionsrechtlichen Ziels zur Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs ist es zudem das mildeste Mittel zur Zweckerreichung. Beachtet man die Berechtigung des Deutschen Bundespost TELEKOM und ihrer Rechtsvorgänger nach § 10 TWG und die nach Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes weiterhin ausgleichspflichtfreie Weiternutzung des so geschaffenen Netzes durch das Nachfolgeunternehmen Deutsche Telekom AG, können die genannten Unionsziele nur durch eine dem früheren § 10 TWG entsprechende Regelung erreicht werden; ein milderer Mittel ist nicht erkennbar.

C) Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) ist unmöglich.

Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG bzw. seiner Vorgängervorschrift scheidet aus. Selbst wenn man die für die neu in den Telekommunikationsmarkt eintretenden Unternehmen günstigere, am Wortlaut orientierte Auslegung zugrunde legt, nach der ein Ausgleichsanspruch dann nicht gegeben ist, wenn bereits zuvor Leitungen vorhanden waren, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden konnten, kommt eine den Richtlinien entsprechende Interpretation letztlich nicht in Betracht. Das unionsrechtliche Gebot zu einer weitergehenden richtlinienkonformen Auslegung nach Ablauf der Umsetzungspflicht (vgl. Adeneler-Entscheidung¹¹⁸⁰) findet nämlich ihre Grenze darin, dass auch das Unionsrecht keine Auslegung *contra legem* verlangt (vgl. Pupino-Entscheidung¹¹⁸¹).

Sowohl der Wortlaut der nationalen Bestimmung wie auch die Gesetzesmaterialien belegen die klare Intention des Gesetzgebers, den Grundstückseigentümern dann einen Ausgleichsanspruch zu gewähren, wenn bisher noch keine zu Telekommunikationszwecken nutzbare Leitung vorhanden war. Dies gilt auch für oberirdisch geführte Versorgungsleitungen. Dieser Gesetzeswille kommt in der nationalen Bestimmung eindeutig zum Ausdruck. Eine hiervon abweichende Interpretation ist auch unionsrechtlich nicht gefordert, sondern im Ergebnis verboten. Mithin kann und darf die Ausgleichspflichtregel nicht dahin ausgelegt werden, bei oberirdischen Leitungen sei sie generell ausgeschlossen. Somit

¹¹⁸⁰ Urteil vom 04.07. 2006, Rs. C-212/04, Rz. 111ff. = NJW 2006, 2465, 2467f. – Adeneler.

¹¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 16.06.2005, Rs. C-105/03, Slg. 2005, I-5258, Rz. 47 – Pupino.

kommen durchaus Fälle in Betracht, in denen bei oberirdischen Leitungen Ausgleichszahlungen der Telekommunikationsunternehmer an die betroffenen Grundeigentümer zu erbringen sind. Demgegenüber war die Deutsche Telekom AG einschließlich ihrer Rechtsvorgänger bis unmittelbar zum Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes berechtigt, auch in diesen Fällen von ihrem Nutzungsrecht Gebrauch zu machen, ohne einen Ausgleich zahlen zu müssen. Auf diesen Bestand kann das Nachfolgeunternehmen Deutsche Telekom AG von Beginn der Marktöffnung an zurückgreifen, ohne hierfür zu Ausgleichszahlungen herangezogen zu werden.

Damit hat die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie 90/388/EWG in der durch die Richtlinie 96/19/EG geänderten Fassung nicht richtig umgesetzt und gegen die ihr obliegende Loyalitätspflicht des Art. 291 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 10 EG-Vertrag) verstoßen.

D) Wird der Verstoß der in § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) zum Ausdruck kommende Regelung in einem Vorabentscheidungsverfahren festgestellt, sind diese Regelungen unanwendbar.

Sollte der Europäische Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren feststellen, dass die der Bestimmung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. der Vorgängernorm zugrunde liegende Ausgleichspflichtregelung nicht mit dem Unionsrecht in Übereinstimmung gebracht werden kann, darf diese Norm nicht angewandt werden, solange diese Kollision besteht.¹¹⁸²

E) Die Inhaber der Leitungswege und die Telekommunikationsunternehmen können sich gegenüber den Grundstückseigentümern auf die Unanwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) berufen.

Die Inhaber der Leitungswege sowie die Telekommunikationsunternehmen, die Leitungen nunmehr zu Telekommunikationszwecken nutzen, können sich gegenüber den betroffenen Grundstückseigentümern bei einer Inanspruchnahme unmittelbar auf die allgemeine Unanwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. seiner Vorgängergängerbestimmung berufen. Hierin liegt ein Fall der Drittwirkung, wie sie im Unilever Italia-Urteil¹¹⁸³ oder im Mangold-Urteil¹¹⁸⁴ bestimmt wurde. Nach Art. 4 lit. d in der durch die Richtlinie 96/19/EG ergänzten

¹¹⁸² EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, Rz. 30ff. – Fratelli Costanzo SpA ./ Comune di Milano.

¹¹⁸³ EuGH, Urteil vom 26.09.2000, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-5047, insbesondere Rz. 45ff.- Unilever Italia.

¹¹⁸⁴ EuGH, Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rz. 55ff., 66ff. – Mangold.

Richtlinie 90/388/EWG hatten die Mitgliedstaaten die Wegerechte für die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zumindest entsprechend § 10 TWG auszugestalten.¹¹⁸⁵ In Ansehung des Umstands, dass sich bereits aus der Richtlinie selbst den Weg für die konkrete Ausgestaltung der künftigen Wegerechte vorgibt, ist ihr Inhalt bestimmt genug. Aus der Richtlinie ergibt sich insoweit ein Recht der jeweiligen Betreiber. Die Bundesrepublik Deutschland hätte daher bis spätestens zum 19. Januar 1997 die Wegerechte über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind, in Entsprechung zum § 10 TWG ausgestalten müssen. Dies ist bis dato nicht geschehen. Vielmehr wurde vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine dem Unionsziel gegenläufige Gesetzesbestimmung erlassen.

F) Die Telekommunikationsunternehmen können sich gegenüber den Inhabern der Leitungswege auf die Unanwendbarkeit des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) berufen.

Das gleiche Recht steht den Telekommunikationsunternehmen im Verhältnis zu den Leitungsrechtsinhabern zu, soweit sie von diesen Versorgungsleitungen zu Zwecken der Telekommunikation angemietet haben und von dort auf einen internen Ausgleich hinsichtlich des Gesamtschuldverhältnisses im Rahmen des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) in Anspruch genommen werden.

G) Die Bundesrepublik Deutschland ist schadenersatzpflichtig.

Nachdem eine richtlinienkonforme Auslegung des § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. seiner Vorgängernorm ausscheidet, ist die Bundesrepublik Deutschland den betroffenen Telekommunikationsunternehmen bzw. Inhabern der Leitungen, die aufgrund der genannten Bestimmungen Zahlungen an die Grundstückseigentümer geleistet haben, zum Schadenersatz verpflichtet.

Die Bundesrepublik Deutschland hätte daher bis spätestens zum 19. Januar 1997 die Wegerechte über Grundstücke, die keine Verkehrswege sind, in Entsprechung zum § 10 TWG ausgestalten müssen. Dies ist bis dato nicht geschehen. In Ansehung des Umstands, dass sich bereits aus der Richtlinie selbst die ausdrückliche Forderung, die künftigen Wegerechte in einer mit den vormals für die Fernmeldeorganisation bestehenden Rechte

¹¹⁸⁵ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13.03.199 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22.03.1996, S. 13ff. – hier insbesondere Ziffer 23 der Erwägungsgründe sowie Art. 1 Ziffer 6.

vergleichbarer Weise zu gestalten, ist ihr Inhalt bestimmt genug. Hieraus folgt ein Recht der genannten Unternehmen.

Soweit Leitungsinhaber wie auch Telekommunikationsunternehmen als Nutzer dieser Leitungen aufgrund einer Inanspruchnahme nach § 76 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. § 57 Abs. 2 S. 2 TKG (1996) Ausgleichszahlungen an die Grundstückseigentümer entrichtet haben, ist ihnen ein entsprechender Schaden entstanden. Dieser wiederum ist kausal auf den Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen die Umsetzungspflicht zurückzuführen: Hätte die Bundesrepublik Deutschland nämlich fristgerecht die ihr nach Richtlinienlage aufgegebene Pflicht erfüllt, wäre es nicht zu derartigen Inanspruchnahmen gekommen, jedenfalls nicht gestützt auf die hier in Rede stehenden Normen, deren Regelungsgehalt dem Gemeinschaftsrecht zuwider läuft. Der Schaden wäre erst gar nicht entstanden.¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁶ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 19.11.1991, RS. C-6/90, Slg. 1991, I-5403 – Francovich; EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46 und C-48, Slg. 1996, I-1131 – Brasserie du Pêcheur; EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 – Köbler ./ Republik Österreich; EuGH, Urteil vom 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845 – Dillenkofer.

Bibliographie

Die Fundstellen sind in den Fußnoten unter Angabe der jeweiligen Auflage aufgeführt, soweit im Einzelfall eine ältere Auflage dem Zitat zugrunde liegt; Fundstellen ohne Angabe einer Auflage betreffen die jeweils neueste Auflage aus dem Literaturverzeichnis.

- | | |
|---------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Badura, Peter | „Rechtsfragen der Telekommunikation“, FS für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 878ff. |
| Badura, Peter | „Unternehmenswirtschaftlichkeit und Infrastrukturgewährleistung im Bereich des Postwesens – Ausgleichsfonds, Exklusivlizenz und offener Netzzugang bei Universaldienstleistungen“, ArchPT 1997, 277ff. |
| Bartosch, Andreas | „Das neue EG-Telekommunikationsrecht“, K&R 1998, 339ff. |
| Bartosch, Andreas | „Dienstleistungsfreiheit versus Monopolrechte – Die Fragwürdigkeit des Remailing-Urteils des EuGH vom 10.2.2000“, NJW 2000, 2251ff. |
| Bassenge, Peter | Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 67. Aufl., München, 2008. |
| Bast, Jürgen | Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 33. Ergänzungslieferung, Stand 10/2007. |
| Battis, Ulrich
Otto, Christian-W. | „Die Enteignung von Grundstücken zur Erweiterung industrieller Produktionsstätten am Beispiel des Werkflugplatz-Enteignungsgesetzes“, DVBl. 2004, 1501ff. |
| Bauer, Jobst-Hubertus,
Arnold, Christian | „Auf ‚Junk‘ folgt ‚Mangold‘ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht“, NJW 2006, 6ff. |
| Beese, Dietrich
Merk, Jutta | „Europäische Union zwischen Konvergenz und Re-Regulierung“, MMR 2000, 532ff. |
| Behrens, Peter | „Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon“, EuZW 2008, 193. |
| Bogdandy, Armin von | Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 33. Ergänzungslieferung, Stand 10/2007. |
| Bogdandy, Armin von | „Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?“, JZ 2001, 157ff. |

- Borchardt, Klaus-Dieter Reiner Schulze, Manfred Zuleeg, Hrsg., Europarecht, Handbuch, Baden-Baden, 2006.
- Bornhofen, Roland Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.
- Bosch, Wolfgang Hans-Heinrich Trute, Wolfgang Spoerr, Wolfgang Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Berlin, New York 2001.
- Breuer, Rüdiger Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 10.03.1981, DVBl. 1981, 542ff, DVBl. 1981, 971ff.
- Britz, Gabriele „Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn“, Europarecht, 2006, S. 46-77.
- Brockmeyer, Hans-Bernhard Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl., München 2004.
- Broß, Siegfried „Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte“, VerwArch. 2001, 425ff.
- Brünneck, Alexander von „Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung“, NVwZ 1986, 425ff.
- Bryde, Brun-Otto Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1 (Art. 1 – 19), 5. Aufl., München 2001.
- Bryde, Brun-Otto Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3 (Art. 70 – 146), 5. Aufl., München 2003.
- Burgi, Martin Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.
- Burr, Wolfgang Netzettbewerb in der Telekommunikation, Wiesbaden 1995.
- Calliess, Christian Christian Calliess, Matthias Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Aufl., Neuwied 2007.
- Calliess, Christian Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005.
- Calliess, Christian „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit“, EuZW 2001, 261ff.

- Calliess, Christian „Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz – Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz“, NJW 2002, 3577ff.
- Caspar, Johannes „Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht“, DÖV 2000, 349ff.
- Classen, Claus Dieter Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2 (Art. 20 – 78), 4. Aufl., München 2000.
- Classen, Claus Dieter „Anmerkung zum Bananenmarktbeschluss“, JZ 2000, 1157ff.
- Cremer, Hans-Joachim Rainer Grote, Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK / GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz“, Tübingen 2006.
- Danwitz, Thomas von „Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft“, NJW 1993, 1108ff.
- Danwitz, Thomas von „Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union“, JZ 2003, 1125ff.
- Däubler-Gmelin, Herta „Eine europäische Charta der Grundrechte – Beitrag zur gemeinsamen Identität“, EuZW 2000, 1.
- Demmel, Annette Geritt Manssen, ergänzbarer Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Mediendienste-Staatsvertrag, Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz einschließlich Gesetzes- und Verordnungstexten und europäischen Vorschriften, Berlin, Grundwerk 1999, 13. Erg.lfg. 11/04.
- Depenheuer, Otto Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3 (Art. 79 – 146), 4. Aufl., München 2001.
- Dörr, Oliver Franz-Josef Säcker, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt/Main 2006.
- Driehaus, Hans-Joachim Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., München 2007.
- Driehaus, Hans-Joachim Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrechts, 10. Aufl., Bonn 2002.
- Ehlers, Dirk „Die Europäische Menschenrechtskonvention“, JURA 2000, 372ff.
- Ehlers, Dirk „Die Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts“, JURA 2002, 468ff.

- Eifert, Martin Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998.
- Eiffler, Sven-R. „Der Grundrechtsschutz durch BVerfG, EGMR und EuGH“, JuS 1999, 1068ff.
- Ellinghaus, Ulrich „Wegerechte für Telekommunikationsunternehmen“, CR 1999, 420ff.
- Epping, Volker „Die Verfassung Europas?“, JZ 2003, 821ff.
- Everling, Ulrich „Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht“, DVBl. 1985, 1201ff.
- Everling, Ulrich „Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europaartikel des Grundgesetzes“, DVBl. 1993, 936ff.
- Everling, Ulrich „Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft“, JZ 2000, 217ff.
- Everling, Ulrich „Durch die Grundrechtscharta zurück zu Solange I“, EuZW 2003, 225ff.
- Fehling, Michael „Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung“, AöR 1996, 59ff.
- Frenz, Walter Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Berlin, Heidelberg, New York 2004.
- Fuhr, Karl-Michael
Kerkhoff, Bärbel „Entbündelter Zugang – Vereinbarkeit mit der Eigentums-
garantie des Art. 14 GG?“, MMR 1999, 213ff.
- Geiger, Rudolf EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur
Gründung der Europäischen Gemeinschaft; Kommentar,
4. Aufl., München 2004.
- Geiger, Rudolf „Vertragsschlusskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft
und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten“, JZ 1995, 973ff.
- Geppert, Martin „Europäischer TK-Regulierer auf der Überholspur? – Reform
des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation
gestartet“, Vorwort zur MMR 11/2005.
- Gerhardt, Michael „Gibt es verfassungsrechtliche Besonderheiten bei
Enteignungen zugunsten Privater?“
in FS für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin, New York 1987.

- Gersdorf, Hubertus Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3 (Art. 79 – 146), 4. Aufl., München 2001.
- Gersdorf, Hubertus „Der Staat als Telekommunikationsunternehmer“, AfP 1998, 470ff.
- Grabenwarter, Christoph Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München 2008.
- Grabenwarter, Christoph Rainer Grote, Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK / GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz“, Tübingen 2006.
- Grabenwarter, Christoph „Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union“, DVBl. 2001, 1ff.
- Gramlich, Ludwig „Von der Postreform zur Postneuordnung – Zur erneuten Novellierung des Post- und Telekommunikationswesens“, NJW 94, 2785ff.
- Gramlich, Ludwig „Entwicklungen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht: Das Telekommunikationsrecht als Modell?“, VerwArch Bd. 88, 598ff.
- Grussmann, Wolf-Dietrich Beck'scher TKG-Kommentar, hrsg. und bearbeitet von Wolfgang Büchner, Jörg Ehmer, Martin Geppert, Bärbel Kerkhoff, Hermann-Josef Piepenbrock, Raimund Schütz und Fabian Schuster, 3. Aufl., München 2006.
- Günter, Johannes Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, Heidelberg 1998.
- Häberle, Peter „Die offene Gesellschaft als Verfassungsinterpret“, JZ 1975, 297ff.
- Hallenga „Europarechtliche Vorgaben für die Liberalisierung von Telekommunikationsnetzmärkten und die Umsetzung in nationales Recht“, ArchivPT 1996, 239ff.
- Hamm, Axel Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.
- Hamm, Axel Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 22.10.1998 1 U 169/97 (MMR 1999, 161ff.), MMR 1999, 165ff.
- Hamm, Axel „Geldausgleich für Wegerechte zum Aufbau öffentlich genutzter Telekommunikationsnetze“, MMR 2005, 358ff.
- Haus Florian C. Cole, Mark D. „Grundfälle zum Europarecht“, JuS 2002, 1181ff.

- Hefekäuser, Hans-Willi „Telekommunikationsmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb“, MMR 1999, 144ff.
- Hain, Karl-E. Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3 (Art. 79 – 146), 4. Aufl., München 2001.
- Herdegen, Matthias Europarecht, 9. Aufl., München 2007.
- Herdegen, Matthias Beck'scher Kommentar zum PostG, hrsg. Von Peter Badura, Thomas von Danwitz, Matthias Herdegen, Jochim Sedemund und Klaus Stern, München 2000.
- Heselhaus, F. Sebastian M. F. Sebastian M. Heselhaus, Carsten Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München, 2006.
- Heun, Sven-Erik Telekommunikationsrecht, 1. Aufl., Köln 2002.
- Heun, Sven-Erik Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Köln 2007.
- Hillgruber, Christian Schmidt-Bleibtreu, Hans Hofmann, Axel Hopfau, Grundgesetz-Kommentar, 11. Aufl., Köln, München 2008.
- Hirsch, Günter „EG: Kein Staat, aber eine Verfassung?“, NJW 2000, 46f.
- Hobe, Stephan,
Müller-Sartori, Patrick „Rechtsfragen der Einbindung der EG/EU in das Völkerrecht“, JuS 2002, 8ff.
- Hoeren, Thomas Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.
- Hoeren, Thomas „Wegerechte auf dem Prüfstand – § 57 TKG und die Nachverlegung von Lichtwellenleiterkabeln“, MMR 1998, 1ff.
- Hoeren, Thomas Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.05.2004, V ZR 292/03 (= MMR 2004, 608ff.), MMR 2004, 611.
- Holthoff-Frank, Klaus „Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten – Das zweite Sondergutachten der Monopolkommission“, MMR 2002, 294ff.
- Holznagel, Bernd
Enaux, Christoph
Nienhaus, Christian Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2. Aufl. München 2001.
- Holznagel, Bernd
Enaux, Christoph
Nienhaus, Christian Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., München 2006.
- Huber, Andrea
Von Mayerhof, Martina „'Review 1999' der EG-Kommission – Beibehaltung des status quo oder echte Reform des europäischen Regelwerks für den TK-Sektor?“, MMR 1999, 593ff.

- Husch, Gertrud
Kemmler, Anne
Ohlenburg, Anna
„Die Umsetzung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation: Ein erster Überblick“, MMR 2003, 139ff.
- Ipsen, Hans Peter
Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Ipsen, Hans Peter
„BVerfG versus EuGH re ‚Grundrechte‘“, EuR 1975, 1ff.
- Ipsen, Hans Peter
„Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil“, EuR 1994, 1ff.
- Ipsen, Knut
Völkerrecht, München 1999.
- Jarass, Hans D.
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Kommentar, von Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, 9. Aufl., München 2007.
- Jarass, Hans D.
„Die Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten“, AöR 121 (1996), 173ff.
- Kahl, Wolfgang
Christian Calliess, Matthias Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EUV/EGV, 3. Aufl., Neuwied 2007.
- Kimminich, Otto
Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Rudolf Dolzer, Klaus Vogel, Karin Großhof, Heideberg, 132. Erg.lfg., Februar 2008.
- Kingreen, Thorsten
Christian Calliess, Matthias Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EUV/EGV, 3. Aufl., Neuwied 2007.
- Klein, Eckart
Wolfgang Graf von Vitzthun, bearbeitet von Michael Böthe, Kay Hailbronner, Eckart Klein, Philip Kunig, Meinhard Schröder, Wolfgang Graf von Vitzthun, Völkerrecht, Berlin 1997.
- Klotz, Robert
„Der Referentenentwurf zum TKG im Licht der europarechtlichen Vorgaben“, MMR 2003, 495ff.
- Klotz, Robert
„Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch?“, ZWeR 2003, 283ff.
- Knapp, Andreas
„Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes durch den EuGH im ‚Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts‘“, DÖV 2001, 12ff.
- Koenig, Christian
Kühling, Jürgen
„Reformansätze des deutschen Telekommunikationsrechts in rechtsvergleichender Perspektive“, MMR 2001, 80ff.
- Koenig, Christian
Kühling, Jürgen
„EG-beihilferechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung“, DÖV 2001, 881ff.
- Koenig, Christian
Leinen, Fabian
Senger, Marion
„Europarechtliche Vorgaben zur Auslegung der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 S. 1 TKG“, CR 2007, 147ff.

- König, Klaus „Die Übertragung öffentlicher Aufgaben: Eine europäische Sicht“, VerwArch. 1990, 436ff.
- Kraus, Dieter Rainer Grote, Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK / GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz“, Tübingen 2006.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1991.
- Lecheler, Helmut „Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG, NJW 2000, 3124“, JuS 2001, 120ff.
- Lenz, Carl Otto „Rechtsschutz im Binnenmarkt“, NJW 1994, 2063ff.
- Lerche, Peter Theodor Maunz, Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. V (Art. 70 – 99), München, 51. Lieferung, Dez. 2007.
- Lerche, Peter „Infrastrukturelle Verfassungsaufträge (zu Nachrichtenverkehr, Eisenbahn), in Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 251ff.
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine „Die Entwicklung des Schutzes der Grundrechte in der EU“, ZfR 2002, 329ff.
- Limbach, Jutta „Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur“, EuGRZ 2000, 471ff.
- Lisch, Karsten „Wegerechtlicher Ausgleichsanspruch – Den Ersten beißen die Hunde / Zum Innenverhältnis der Gesamtschuldner des wegerechtlichen Ausgleichsanspruchs aus § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG“, MMR 2007, 89ff.
- Lücke, Jörg Gerd Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007.
- Magiera, Siegfried „Die Grundrechtscharta der Europäischen Union“, Die öffentliche Verwaltung 2000, 1017ff.
- Marauhn, Thilo Rainer Grote, Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK / GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz“, Tübingen 2006.
- Marauhn, Thilo Reiner Schulze, Manfred Zuleeg, Hrsg., Europarecht, Handbuch, Baden-Baden 2006.
- Mayer, Franz Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 33. Ergänzungslieferung, Stand 10/2007.
- Meyer, Wolfgang Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3 (Art. 70 – 146), 5. Aufl., München 2003.

- Meyer-Ladewig, Jens Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006.
- Münchener Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296; 4. Aufl., München 2004.
- Murswiek, Dietrich Gerd Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007.
- Nettesheim, Martin Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 33. Ergänzungslieferung, Stand 10/2007.
- Nicolaysen, Gert F. Sebastian M. Heselhaus, Carsten Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München, 2006.
- Niedobitek, Matthias „Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht“, VerwArchiv 2001, 58ff.
- Nienhaus, Christian Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.
- Nolte, Norbert
Schreier, Torsten „Anspruch von Telekommunikationsunternehmen auf Erstattung von Lizenzgebühren“, MMR 2003, 235ff.
- Oppermann, Thomas Europarecht, 3. Aufl., München 2005.
- Ossenbühl, Fritz „Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch“, DVBl. 1992, 993ff.
- Ossenbühl, Fritz „Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?“, DVBl. 1993, 629ff.
- Ossenbühl, Fritz „Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Gesetzes“, Festschrift für Karl-Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1996, 391ff.
- Pache, Eckhardt F. Sebastian M. Heselhaus, Carsten Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München, 2006.
- Papier, Hans-Jürgen Theodor Maunz, Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II (Art. 6 – 16a), München, 51. Erg.Lfg., Dez. 2007.
- Pernice, Ingolf Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 33. Ergänzungslieferung, Stand 10/2007.
- Pernice, Ingolf Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II (Art. 20 – 82), 2. Aufl., Tübingen 2006.
- Pernice, Ingolf „Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven“, NJW 1990, 2409ff.
- Pernice, Ingolf „Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht – Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen“, NVwZ 1990, 201ff.

- Pernice, Ingolf „Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union“, DVBl. 2000, 847ff.
- Pernice, Ingolf „Der Vertrag von Lissabon – Ende des Verfassungsprozesses der EU?“, EuZW 2008, 65.
- Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Kommentar, von Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, 9. Aufl., München 2007.
- Pietsch, Jörg „Die Grundrechtscharta im Verfassungskonvent“, ZRP 2003, 1ff.
- Reich, Norbert „Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde“, ZRP 2000, 375ff.
- Reinersdorff, Wolfgang von „Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids“, MMR 2002, 299ff.
- Remien, Oliver Reiner Schulze, Manfred Zuleeg, Hrsg., Europarecht, Handbuch, Baden-Baden 2006.
- Ritgen, Klaus „Grundrechtsschutz in der Europäischen Union“, ZRP 2000, 371ff.
- Rojahn, Rudolf Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2 (Art. 20 – 69), 5. Aufl., München 2001.
- Roth, Herbert Julius von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, Sachenrecht, §§ 903-924, Berlin, Neubearbeitung 2002.
- Rottmann, Michael „Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten der Postreform“, APT 1994, 193ff.
- Rüfner, Wolfgang Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Rudolf Dolzer, Klaus Vogel, Karin Grußhof, 132. Erg.lfg., Februar 2008, Heidelberg.
- Ruffert, Matthias Anmerkung zu EuGH, Gutachten 2/94, JZ 1996, 624ff.
- Ruge, Kay Schmidt-Bleibtreu, Hans Hofmann, Axel Hopfauf, Grundgesetz-Kommentar, 11. Aufl., Köln, München 2008.
- Sachs, Michael Sachs, Michael, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007.
- Sannwald, Rüdiger Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl., München 2004.
- Scherer, Joachim „Postreform II: Privatisierung und Liberalisierung“, CR 1994, 418ff.
- Scherer, Joachim „Die Entwicklung des Telekommunikationsrechts in den Jahren 1996 und 1997“, NJW 1998, 1607ff.

- Scherer, Joachim „Die Entwicklung des Telekommunikationsrechts in den Jahren 1998 und 1999“, NJW 2000, 772ff.
- Scherer, Joachim „Re-Regulierung des TK-Sektors: Mehr Wettbewerb in der EU“, Vorwort zur MMR 4/2002.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard „Gestalt und Wandelbarkeit der städtebaulichen Umlegung im Lichte des Art. 14 GG“, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1996, 407ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard
Röhl, Hans Chr. „Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG)“, DÖV 1994, 577ff.
- Schnapp, Friedrich E. Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2 (Art. 20 – 69), 5. Aufl., München 2001.
- Schröder, Meinhard „Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung“, JZ 2002, 849ff.
- Schröder, Werner „Die Auslegung des EU-Rechts“, JuS 2004, 180ff.
- Schütz, Charlotte
Sauerbier, Maik „Die Jurisdiktion des EuGH im Unionsrecht“, JuS 2002, 658ff.
- Schütz, Raimund Beck'scher TKG-Kommentar, hrsg. und bearbeitet von Wolfgang Büchner, Jörg Ehmer, Martin Geppert, Bärbel Kerkhoff, Hermann-Josef Piepenbrock, Raimund Schütz und Fabian Schuster, 1. Aufl., München 1997.
- Schütz, Raimund Beck'scher TKG-Kommentar, hrsg. und bearbeitet von Wolfgang Büchner, Jörg Ehmer, Martin Geppert, Bärbel Kerkhoff, Hermann-Josef Piepenbrock, Raimund Schütz und Fabian Schuster, 2. Aufl., München 2000.
- Schütz, Raimund Beck'scher TKG-Kommentar, hrsg. und bearbeitet von Wolfgang Büchner, Jörg Ehmer, Martin Geppert, Bärbel Kerkhoff, Hermann-Josef Piepenbrock, Raimund Schütz und Fabian Schuster, 3. Aufl., München 2006.
- Schütz, Raimund „Wegerechte für Telekommunikationsnetze – Chancen für mehr Wettbewerb auf den liberalisierten Telekommunikationsmärkten?“, NVwZ 1996, 1053ff.
- Schütz, Raimund „Universaldienst und Telekommunikation“, DVBl. 1997, 1146ff.
- Schütz, Raimund „Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?“, MMR-Beilage 4/2002.
- Schuster, Fabian Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.

- Schütz, Raimund Beck'scher TKG-Kommentar, hrsg. und bearbeitet von Wolfgang Büchner, Jörg Ehmer, Martin Geppert, Bärbel Kerkhoff, Hermann-Josef Piepenbrock, Raimund Schütz und Fabian Schuster, 2. Aufl., München 2000.
- Schuster, Fabian „Wegerechte für Telekommunikationsnetze gemäß § 57 TKG auf dem Prüfstand der Gerichte“, MMR 1999, 137ff.
- Schwarze, Jürgen „Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Wege nach Europa?“, JZ 1999, 637ff.
- Schwarze, Jürgen „Der Rechtsschutz Privater vor dem Europäischen Gerichtshof: Grundlagen, Entwicklungen und Perspektiven des Individualrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht“, DVBl. 2002, 1297ff.
- Schwarze, Jürgen „Europäische Verfassungsperspektive nach Nizza“, NJW 2002, 993ff.
- Sellmann, Christian „Die eigentumsrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung – Entwicklungstendenzen“, NVwZ 2003, 1417ff.
- Sommer, Stephan Staatliche Gewährleistung im Verkehrs-, Post- und Telekommunikationsbereich, Berlin 2000.
- Sommermann, Karl-Peter Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2 (Art. 20 – 78), 4. Aufl., München 2000.
- Steiner, Udo „Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa“ in: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 1005ff.
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006.
- Stern, Klaus „Rechtsgutachterliche Stellungnahme zur Frage, ob es der Deutschen Post AG aus Rechtsgründen verwehrt ist, Anteile am Grundkapital der Deutschen Postbank AG zu erwerben“, ArchPT 1996, 148ff.
- Stern, Klaus „Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung“, DVBl. 1997, 309ff.
- Stöhr, Karlheinz „Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreiserichtlinie“, NJW 1999, 1063ff.
- Streinz, Rudolf Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001.
- Streinz, Rudolf EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, München 2003.

- Streinz, Rudolf Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007.
- Stumpf, Cordula Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Sturm, Gerd Michael Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007.
- Szcekalla, Peter F. Sebastian M. Heselhaus, Carsten Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München, 2006.
- Tettinger, Peter J. „Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?“, DVBl. 1997, 341ff.
- Tettinger, Peter J. „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union“, NJW 2001, 1010ff.
- Thiel, Jürgen Michael „Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht“, JuS 1991, 274ff.
- Tietje, Christian „Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Maastricht-Urteil, ‚Solange III‘? – BVerfG, NJW 1993, 3047“, JuS 1994, 197ff.
- Uerpmann, Robert Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3 (Art. 70 – 146), 5. Aufl., München 2003.
- Ulmen, Wilfried Klaus-Dieter Scheurle, Thomas Mayen, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, München 2002.
- Wahl, Rainer „Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau“, DVBl. 1993, 517ff.
- Weber, Albrecht „Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung“, NJW 2000, 537ff.
- Weber, Albrecht „Einheit und Vielfalt der europäischen Grundrechtsordnung(en) – Zur Inkorporation der Grundrechtscharta in einen europäischen Verfassungsvertrag“, DVBl. 2003, 220ff.
- Weber, Albrecht „Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon“, EuZW 2008, 7ff.
- Wegener, Bernhard Christian Calliess, Matthias Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: EUV/EGV, 3. Aufl., Neuwied 2007.
- Wegmann, Winfried Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation, Baden-Baden 2001.
- Wendlandt, Bettina „Ausgleichsansprüche gem. § 57 Abs. 2 Satz 2 TKG, Anspruchsgegner, Verjährung und effektive Durchsetzung“, MMR 2004, 297ff.

- Wendt, Rudolf Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2007.
- Wernicke, Stephan Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 33. Ergänzungslieferung, Stand 10/2007.
- Wieland, Joachim Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III (Art. 83 – 146), Tübingen 2000.
- Windthorst, Kay Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, München 1997.
- Wolf, Friedrich Thomas Hoeren, Wegerechte und Telekommunikation, München 2007.
- Zuleeg, Manfred Hans von der Groeben, Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1 (Art. 1 – 53 EUV, Art. 1 – 80 EGV), 6. Aufl., Baden-Baden 2003.