

## Verfassungsrechtlicher Schutz der Wettbewerber beim Netzzugang

### Grundgesetzliche Rahmenbedingungen des Zugangs alternativer Teilnehmernetz- betreiber zum Zugangsnetz der Deutschen Telekom AG während der Migration zum Anschlussnetz der nächsten Generation („Next Generation Access Network“)

von Prof. Dr. Hubertus Gersdorf\*

*Der Beitrag behandelt die Frage, ob der Zugang der alternativen Teilnehmernetzbetreiber zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der Deutschen Telekom AG während der Migration zum Anschlussnetz der nächsten Generation („Next Generation Access Network“) von Verfassungen wegen erhalten bleiben muss.*

I. Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
II. Netz der nächsten Generation („Next Generation Network“)	2
1. Netz der nächsten Generation („Next Generation Network“) als einheitliches, paketvermitteltes Netz	2
2. Leitziele: Kostenreduktion und Erschließung neuer Einnahmequellen	2
a) Kostenreduktion	2
b) Vermarktung neuer Dienste	3
3. Zugangsnetz der nächsten Generation („Next Generation Access Network“)	3
III. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Zugangsregulierung	4
1. Grundrechtliche Schutzpositionen der DTAG	4
a) Grundrechtsfähigkeit der DTAG	4
b) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG	5
aa) Netzeigentum als Eigentum i. S. d. Art. 14 GG	5
bb) Beeinträchtigung der freien Verfügungsbefugnis	5
cc) Sozialbindung des Netzeigentums	6
c) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	6
2. Grundrechtliche Schutzpositionen der Wettbewerber	7
a) Zur relevanten grundrechtlichen Funktion: Status negativus oder grundrechtliche Schutzpflichten?	7
aa) Grundrechtseingriff durch Übertragung des Netzes der Deutschen Bundespost TELEKOM auf die DTAG?	7
bb) Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates	8
b) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	9
c) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG	9
3. Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs als verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates	9
a) Art. 87f Abs. 1 i. V. m. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG	10
b) Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG	10
aa) Kommerzialisierung des Telekommunikationsbereichs	10
bb) Herstellung und Gewährleistung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte als staatliche Pflichtaufgabe	11

(1) Herstellung und Gewährleistung gleicher (Ausgangs-) Wettbewerbsbedingungen	12
(2) Förderung des Infrastrukturwettbewerbs als Voraussetzung für einen nachhaltigen Dienstewettbewerb	13

IV. Bestandsgarantie des Zugangs der Wettbewerber zum kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG	13
V. Zusammenfassung in Thesen	15
1. Gegenstand der Untersuchung	15
2. Netz der nächsten Generation („Next Generation Network“)	16
3. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Zugangsregulierung	16
4. Bestandsgarantie des Zugangs der Wettbewerber zum kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG	16

#### I. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Während die Migration zu einem vollständig auf Basis des Internetprotokolls (IP) betriebenen Netzes („All IP“-Netz) im Kernnetz im Wesentlichen abgeschlossen ist, hat die Umstellung im Bereich des Zugangsnetzes durch die Deutsche Telekom AG (DTAG) erst begonnen. Die DTAG hat angekündigt, ihr Zugangsnetz bis zum Jahr 2012 vollständig auf den IP-Standard umzustellen. Dabei wird zum einen das kupferbasierte Hauptkabel durch Glaskabel ersetzt bzw. (für eine gewisse Übergangszeit) ergänzt. Die Signalübermittlung bis zum Kabelverzweiger (KVz) erfolgt über Glasfaser, und zwar vom bisherigen Standort des Hauptverteilers (HVt) (ohne Vermittlungstechnik) oder von einem anderen Standort; der Großteil der HVt soll (dauerhaft) geschlossen werden. Zum anderen rückt die bislang im HVt verortete Vermittlungstechnik (insbesondere die zur Breitbandübertragung genutzte Multiplexeinrichtung, der sog. „Digital Subscriber Line Access Multiplexer“, DSLAM) näher an die Teilnehmeranschlusseinheit (TAE) heran und wird im KVz loziert. Vom KVz erfolgt die Signalübermittlung weiterhin über die Doppelkupferader, was bei einer Leitungslänge von maximal 300 m eine Übertragungsbandbreite von symmetrisch 100 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) ermöglicht.

Für die Wettbewerber der DTAG, namentlich für die alternativen Teilnehmernetzbetreiber (TNB), stellt sich die Frage, ob

\* Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e. V. (BREKO).

und unter welchen Voraussetzungen sie Zugang zum neuen hybriden Zugangsnetz der DTAG bzw. zu dessen einzelnen Netzkomponenten erhalten, um entsprechende Breitbandanschlüsse nach dem VDSL2-Standard<sup>1</sup> vermarkten zu können. Diese Frage soll im gegebenen Zusammenhang auf sich beruhen. Gegenstand des Gutachtens ist allein die Frage, ob den Wettbewerbern der Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG auch künftig erhalten bleiben muss. Hinter dieser Fragestellung verbirgt sich die Befürchtung, dass die DTAG durch Schließung von HVt und durch Entfernen des sich zwischen HVt und KVz erstreckenden kupferbasierten Hauptkabels die Marktchancen der Wettbewerber nachhaltig schmälern könnte. Dürfte die DTAG ihr rein kupferbasiertes Zugangsnetz ohne weiteres zurückbauen, wären die von den Wettbewerbern vor allem am HVt getätigten Netzinvestitionen schlagartig entwertet. Die Wettbewerber der DTAG könnten nicht mehr – wie in der Vergangenheit – Breitbandanschlüsse auf Grundlage der DSL2+-Technologie<sup>2</sup> vermarkten. Sie müssten gleichsam sofort auf den „VDSL-Zug“ aufspringen, um auf den Endkundenmärkten Dienstleistungen anbieten zu können. Das Interesse der Wettbewerber geht aber dahin, auch während der Migration des Zugangsnetzes zu einem „All IP“-Netz von der DTAG möglichst unabhängig zu sein. Sie wollen autonom bestimmen können, wann und mittels welcher technologischen Modalitäten sie Endkunden mit Hochgeschwindigkeitszugängen versorgen.

Im Folgenden soll geklärt werden, ob den alternativen TNB der Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG von Verfassungs wegen auch künftig offenstehen muss. Die verfassungsrechtliche Untersuchung vollzieht sich in mehreren Schritten. Zunächst werden die technologischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Netzes der nächsten Generation („Next Generation Network“), dessen Bestandteil das „All IP“-Zugangsnetz ist, ausgeleuchtet (II.). Anschließend werden die verfassungsrechtlichen Determinanten für die Ausgestaltung des telekommunikationsrechtlichen Zugangsregimes benannt. Hierbei wird sich zeigen, dass es sich beim Netzzugang nicht allein um eine Gemengelage zwischen den Grundrechten der DTAG einerseits und den Grundrechten der Wettbewerber andererseits handelt. Vielmehr weist das Grundgesetz dem Bund im Rahmen eines tripolaren verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses die Aufgabe zu, für einen funktionsfähigen Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten Sorge zu tragen. Der Bund ist zur Herstellung und Gewährleistung chancengleichen Wettbewerbs in den Telekommunikationsmärkten von Verfassungs wegen verpflichtet (III.). Hieraus leitet sich eine Bestandsgarantie des Zugangs der Wettbewerber zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG ab (IV.).

## II. Netz der nächsten Generation („Next Generation Network“)

### 1. Netz der nächsten Generation („Next Generation Network“) als einheitliches, paketvermitteltes Netz

Das Anschlussnetz der nächsten Generation („Next Generation Access Network“, NGAN) ist Bestandteil des Netzes der nächsten Generation („Next Generation Network“, NGN). Die heutigen Telekommunikationsnetze setzen sich aus einer Vielzahl von Netzen, wie Satellitennetzen, Mobilfunknetzen (GSM/UMTS), öffentlichen Telefonnetzen und drahtlosen Nahverkehrsnetzen (WLAN, Bluetooth), zusammen. In den einzelnen Telekommunikationsnetzen kommen unterschiedliche Übertragungstechnologien für unterschiedliche Dienste zum Einsatz, was wiederum den Einsatz einer Vielzahl netzspezifischer, also lediglich zum Gebrauch in bestimmten Netzen geeigneter Endgeräte zur Folge hat.

Das Konzept des NGN beruht auf einer einheitlichen, für sämtliche Übertragungswege geltenden technologischen Architektur. An die Stelle der bisherigen Telekommunikationsnetze i. d. R. kennzeichnenden Leitungsvermittlung soll eine auf IP beruhende Paketvermittlung treten. Die Internationale Fernmel-

deunion („International Telecommunications Union“, ITU) definiert das NGN wie folgt:

„A Next Generation Network (NGN) is a packet-based network able to provide services including Telecommunication Services and able to make use of multiple broadband, QoS-enabled transport technologies and in which service-related functions are independent from underlying transport-related technologies. It offers unrestricted access by users to different service providers. It supports generalized mobility which will allow consistent and ubiquitous provision of services to users.“<sup>3</sup>

Das NGN unterscheidet sich von den traditionellen Telekommunikationsnetzen, wie z. B. dem öffentlichen leitungsvermittelten Telefonnetz („Public Switched Telephone Network“, PSTN), in erster Linie durch die grundsätzliche Trennung von Diensten und Transport. Die unterschiedlichen Funktionen des Transports, der Dienstleistung sowie der Kontrolle werden auf unterschiedlichen Netzebenen getrennt voneinander realisiert.<sup>4</sup> In der Transportschicht sind die Transportfunktionen angesiedelt, die in erster Linie für die erforderliche Konnektivität sorgen. Prinzipiell können alle Arten von Netztechnologien in der Transportschicht Anwendung finden, also sowohl leitungsvermittelte, paketvermittelte, verbindungsorientierte und verbindungslose Technologien. Für das NGN wird angenommen, dass IP das bevorzugte Protokoll für die Bereitstellung von NGN-Diensten und die Unterstützung von bestehenden Diensten sein wird. Auf der Dienstebene werden den Nutzern unterschiedliche Dienste wie Sprachdienste, Datendienste, Videodienste, IP-Fernsehen („IP Television“, IPTV) zur Verfügung gestellt. Die Verbindungssteuerung der einzelnen Komponenten wird von der Kontrollschicht vorgenommen.

NGN ist eine international zu beobachtende Entwicklung im Bereich der Telekommunikation. Die Migration in Richtung paketvermittelter Netze hat im Kernnetz ihren Anfangspunkt gefunden und wird in den Zugangs- und Anschlussnetzen (NGAN) ihren Abschluss finden. Voraussetzung für eine effiziente Nutzung ist ein Netzzugang mit hoher Bandbreite beim Teilnehmer. Als Zugangsmöglichkeiten kommen eine rein kupferbasierte Verbindung über die bestehende Infrastruktur, ein hybrider Zugang aus Glasfaser bis zum KVz („Fibre To The Curb“, FTTC) und VDSL 2 sowie reine Glasfaserleitungen (FTTx<sup>5</sup>) in Betracht.

### 2. Leitziele: Kostenreduktion und Erschließung neuer Einnahmequellen

Die Netzbetreiber verfolgen mit NGN vor allem zwei Ziele. Zum einen sollen durch eine Netz- und Technologieoptimierung Kosten eingespart werden. Zum anderen erhofft man sich neue Einnahmequellen, insbesondere durch die Vermarktung neuer Dienste.

#### a) Kostenreduktion

Die heutige Telekommunikationsinfrastruktur führt zu hohen Kosten bei der Einrichtung und dem Betrieb von Netzen. Die einzelnen Netze verfügen über eigene Systemkomponenten, die einer gesonderten Einrichtung und Wartung bedürfen. Die wachsende Anzahl an Diensten hat eine Vielzahl von Plattformen entstehen lassen, über welche die einzelnen Dienste abgewickelt werden. Etablierte Netzbetreiber unterhalten oftmals 15 bis 20 verschiedene Plattformen mit hundertern zentraler Steuerungssysteme.<sup>6</sup> Dadurch entstehen außerordentlich hohe Sach- und

1 Sehr hochbitratige digitale Teilnehmeranschlussleitung („Very High Speed Digital Subscriber Line“, VDSL).

2 Digitale Teilnehmeranschlussleitung („Digital Subscriber Line“, DSL).

3 Abrufbar unter <[http://www.itu.int/ITU-T/studygroups/com13/ngn2004/working\\_definition.html](http://www.itu.int/ITU-T/studygroups/com13/ngn2004/working_definition.html)> (zuletzt abgerufen am 7.3.2008).

4 Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2006, S. 13; T-Systems, White Paper Next Generation Network, 2006, S. 3; RTR, Diskussionsdokument zum Zukunftsthema „Next Generation Networks: Regulierung“, 2007, S. 4.

5 Die unterschiedlichen Anschlussvariationen wie beispielsweise Glasfaser bis ins Gebäude („Fibre To The Building“), bis in die Wohnung („Fibre To The Home“) oder bis zum Schreibtisch („Fibre To The Desk“) werden hier als FTTX bezeichnet.

6 T-Systems (Fn. 4), S. 6.

Personalkosten. Hinzu kommen die Probleme der Interoperabilität zwischen den einzelnen Systemen.

Der Heterogenität der Telekommunikationsinfrastruktur ist es geschuldet, dass die Einführung neuer Dienste und Anwendungen regelmäßig sechs bis 18 Monaten dauert. Viele Funktionalitäten in den einzelnen Netzen sind manuell zu konfigurieren. Dies führt zu erhöhten sachlichen und personellen Aufwendungen.<sup>7</sup> Erschwerend tritt hinzu, dass die einzelnen Dienste nur in den spezifischen Netzen und über die hierauf bezogenen Endgeräte zur Anwendung kommen. Die Bereitstellung eines von der Infrastruktur unabhängigen Dienstangebots wird erheblich erschwert.<sup>8</sup>

Das Konzept des NGN zielt darauf, diese auf der Heterogenität der Telekommunikationsinfrastruktur beruhenden Ineffizienzen abzubauen und durch eine einheitliche Systemtechnologie Sach- und Personalkosten einzusparen.<sup>9</sup> Die Beschränkung auf eine Systemtechnologie führt zu einer Verringerung der Technikstandorte und -flächen. Die einheitliche Infrastruktur ist wesentlich leichter zu warten. Außerdem können dieselben Komponenten für die einheitliche Infrastruktur angeschafft und ersetzt werden.<sup>10</sup> Neben Verbund- und Skalenvorteilen<sup>11</sup> führt dies zu einer Verringerung der Personalkosten bei der Unterhaltung der technischen Infrastruktur. Darüber hinaus wird die Einführung neuer Dienste wesentlich erleichtert. Die dienstspezifische Neuentwicklung und Neuinstallation von Netzen wird hinfällig. Stattdessen reicht eine Plattform aus, über die die Gesamtheit der zur Verfügung stehenden Dienste angeboten werden kann.<sup>12</sup> Dadurch kann die Entwicklung und Implementierung neuer Dienste wesentlich effizienter und rascher erfolgen.<sup>13</sup>

Nach Einschätzung der Marktbeteiligten lassen sich durch die Migration von den verschiedenen vormals heterogenen leitungsvermittelten Netzen zu einem einheitlichen, homogenen paketvermittelten NGN Kosteneinsparungen von bis zu 30 % erreichen.<sup>14</sup> Allerdings werden sich diese Kostenreduktionspotentiale erst mittelfristig vollständig realisieren lassen. Im Migrationsprozess ist der parallele Betrieb des PSTN-Netzes und des NGN für längere Zeit unausweichlich.<sup>15</sup> Nicht nur die Systemumstellung und die Umschulung der Mitarbeiter der etablierten Netzbetreiber erfordern eine solche Übergangszeit. Auch unter regulatorischen Gesichtspunkten ist ein Parallelbetrieb beider Technologien erforderlich. Die Umstellung hat erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten. Es ist eine zentrale Aufgabe der Regulierung, diesen Migrationsprozess zu lenken und zu kontrollieren, um auf diese Weise funktionsfähigen Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten zu gewährleisten.<sup>16</sup>

#### b) Vermarktung neuer Dienste

Etablierte Netzbetreiber versprechen sich vom NGN die Erzielung neuer Einnahmen durch Vermarktung neuer Dienste. Insbesondere das Angebot der drei Dienste (IP-) Telefonie, breitbandiger Internetzugang sowie Fernsehen und sonstige audiovisuelle Dienste („Triple Play“) wird im Zusammenhang mit dem NGN genannt.<sup>17</sup> Darüber hinaus sollen auch weitere Dienste wie Telelernen und -lehre („Telelearning“ und „Teleteaching“), Online-Spiele, virtuelle Realität, Dienste für Betrieb-Betrieb-Beziehungen („Business to Business“), Geschäftsfernsehen („Business TV“), Videokonferenzen zum künftigen Angebotsportfolio gehören.<sup>18</sup> Es ist jedoch fraglich, ob und in welchem Umfang sich über neue Dienste höhere Umsätze generieren lassen.<sup>19</sup> Im Vordergrund dürfte die Kundenbindung stehen. Der Altsasse („Incumbent“) DTAG hegt die Hoffnung, dass die Bereitschaft des Kunden zum Wechseln eines Telekommunikationsanbieters sinkt, wenn er neben Telefonie und breitbandigem Internetzugang auch noch Fernsehdienste bezieht. Durch „Triple Play“-Angebote soll sich die Kundenabwanderung bis zu 40 % reduzieren lassen.<sup>20</sup>

### 3. Zugangsnetz der nächsten Generation („Next Generation Access Network“)

Das Zugangsnetz (NGAN) ist Bestandteil des NGN. Während die Migration zu einem „All IP“-Netz im Kernnetz im Wesentlichen

abgeschlossen ist, hat die Umstellung im Bereich des Zugangsnetzes durch den Altsassen in Deutschland und in den übrigen europäischen Staaten erst begonnen.<sup>21</sup> Hierbei werden je nach Maßgabe der unterschiedlichen infrastrukturellen Ausgangsbedingungen verschiedene Zugangswege gewählt, die von einer kupferbasierten Verbindung (DSL2+) über einen hybriden Zugang (FTTC/VDSL2) zu reinen Glasfaserverbindungen (FTTX) reichen. In der Bundesrepublik Deutschland hat sich der Altsasse DTAG für eine Kombination von FTTC und VDSL2 entschieden. Die DTAG hat angekündigt, ihr Zugangsnetz bis zum Jahr 2012 vollständig auf IP-Standard umzustellen. Dabei wird zum einen das kupferbasierte Hauptkabel durch Glasfaser ersetzt bzw. (für eine gewisse Übergangszeit) ergänzt. Die Signalübermittlung bis zum KVz erfolgt über Glasfaser, und zwar vom bisherigen Standort des HVt (ohne Vermittlungstechnik) oder von einem anderen Standort; der Großteil der HVt soll (wenigstens mittel- bzw. langfristig) dauerhaft geschlossen werden. Zum anderen rückt die bislang im HVt verortete Vermittlungstechnik (DSLAM) näher an die TAE heran und wird im KVz loziert. Vom KVz erfolgt die Signalübermittlung weiterhin über die Doppelkupferader, was bei einer Leitungslänge von maximal 300 m eine Übertragungsbreite von symmetrisch 100 Mbit/s – nach dem von der ITU im Jahr 2005 verabschiedeten VDSL2-Standard – und damit den Vertrieb hochauflösender audiovisueller Dienste (hochauflösendes Fernsehen [„High Definition Television“, HDTV] und sonstiger multimedialer Angebote in HD-Qualität) ermöglicht.

Bereits jetzt sind die Städte Berlin, Düsseldorf, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Nürnberg und Stuttgart an das Hochgeschwindigkeitsnetz der DTAG angeschlossen. In der zweiten Etappe des Netzausbaus sollen 40 weitere Städte folgen.<sup>22</sup> Aus Kreisen des Unternehmens ist zu hören, dass die Planungen, den Ausbau auf mehr als 100 Städte auszuweiten, weit fortgeschritten sind.<sup>23</sup> Die DTAG beziffert die erforderlichen Investitionen für die Versorgung der ersten 50 Städte mit drei Milliarden Euro.<sup>24</sup>

Die Netzinvestitionen der DTAG betreffen im Wesentlichen zwei Bereiche:<sup>25</sup> Zum einen geht es um die Kosten für die Glasfaser und für deren Verlegung. Da die DTAG insoweit regelmäßig auf das Leerrohr, in dem sich auch das kupferbasierte Hauptkabel befindet, zurückgreifen kann, sind im Regelfall zur Verlegung der Glasfaser keine – zu erhöhten Kosten führenden – Tiefbauarbeiten erforderlich. Zum anderen fallen Kosten für die Ersetzung der bisherigen KVz durch deutlich größere, für die Unterbringung auch von aktiver Technik geeignete KVz an, in denen die für VDSL benötigten („Outdoor“-) DSLAM installiert und betrieben werden.<sup>26</sup>

Diesen Investitionskosten stehen Einsparpotentiale gegenüber. Zu nennen sind etwa Erlöse aus dem Verkauf bzw. der Vermietung von Liegenschaften für die nicht mehr benötigten HVt. Der niederländische Altsasse Koninklijke PTT Nederland (KPN) hat auf diese Weise seine Netzinvestitionen in das NGAN nahezu

7 T-Systems (Fn. 4), S. 6.

8 T-Systems (Fn. 4), S. 6.

9 Vgl. RTR (Fn. 4), S. 15 f.; T-Systems (Fn. 4), S. 8 f.

10 T-Systems (Fn. 4), S. 9.

11 RTR (Fn. 4), S. 16.

12 T-Systems (Fn. 4), S. 9.

13 Ofcom, Next Generation Networks: Further consultation, 2005, S. 8; RTR (Fn. 4), S. 16; T-Systems (Fn. 4), S. 9.

14 T-Systems (Fn. 4), S. 9.

15 Bundesnetzagentur (Fn. 4), S. 14; T-Systems (Fn. 4), S. 9.

16 Vgl. hierzu unten, unter III. 3.

17 Vgl. Bundesnetzagentur (Fn. 4), S. 12 f.; T-Systems (Fn. 4), S. 9.

18 T-Systems (Fn. 4), S. 9.

19 Siehe auch T-Systems (Fn. 4), S. 9.

20 T-Systems (Fn. 4), S. 9.

21 Vgl. hierzu ERG, Consultation – cover note/questions, ERG (07) 16, S. 56 ff.; JPMorgan, The Fibre Battle – Changing Dynamics in European wireline, 2006, S. 1 ff.; RTR (Fn. 4), S. 7 ff.

22 WIK, Diskussionsbeitrag Nr. 281, 2006, S. 17.

23 FAZ v. 16.7.2007, 19.

24 FAZ v. 16.7.2007, 19.

25 Weitergehend WIK (Fn. 22), S. 25 ff.

26 WIK (Fn. 22), S. 18 f.

vollständig finanziert. Darüber hinaus lassen sich in erheblichem Umfang Personalkosten für den Betrieb der HVt und KVz reduzieren. In einem „All IP“-Netz erfolgen die erforderlichen (Frei-) Schaltungen regelmäßig automatisch, so dass personalintensive Umschaltarbeiten am KVz nicht anfallen.

Ökonomische Analysen haben ergeben, dass die für einen FTTC/VDSL-Zugang anfallenden Investitionen erst bei einem Marktanteil von 30 % bis 40 % wirtschaftlich sinnvoll sind.<sup>27</sup> Für die DTAG stellt diese Markteintrittsschwelle kein unüberwindbares Hindernis dar. Auch wenn die Marktanteile der DTAG am DSL-Markt seit Jahren rückläufig sind, verfügte das Unternehmen Ende 2006 noch über einen Anteil von knapp 50 %.<sup>28</sup> Gegenwärtig hält die DTAG im DSL-Neukundengeschäft einen Marktanteil von 48 %.<sup>29</sup>

### III. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Zugangsregulierung

Dem Gesetzgeber war bei Erlass des TKG im Jahre 1996 bewusst, dass sich wettbewerbliche Strukturen und Verhaltensweisen in den vormals monopolistisch ausgestalteten Telekommunikationsbereichen nicht allein durch die Aufhebung der entsprechenden Ausschließlichkeitsrechte herbeiführen ließen.<sup>30</sup> Die im Zeitpunkt der Liberalisierung bestehenden Marktanteile von 100 % und die Abhängigkeit der Wettbewerber von der Bereitstellung von Vorleistungen zur Erbringung von Telekommunikationsleistungen auf nachgelagerten Märkten haben die Notwendigkeit einer wettbewerbsfördernden Regulierung deutlich gemacht.<sup>31</sup> Dementsprechend sehen sowohl § 1 TKG 1996 als auch § 1 TKG den Zweck der Regulierung darin, den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern. Die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, ist eines der zentralen Ziele des TKG (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Die Netzzugangs- (§§ 16 ff. TKG) und Entgeltregulierung (§§ 27 ff. TKG) zählen zu den Kernelementen der Telekommunikationsregulierung.

Im Folgenden soll der Blick auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Netzzugang gerichtet werden. Die Netzzugangsvorschriften des TKG berühren grundrechtlich geschützte Positionen der DTAG, die sich wegen des sozialen Bezugs und der sozialen Funktion des Netzeigentums weitreichende Beschränkungen ihrer freien Verfügungsbefugnis gefallen lassen muss (1.). Aber auch die berechtigten Interessen der Zugangspetenten genießen grundrechtlichen Schutz. Der Bund ist grundrechtlich verpflichtet, die wirtschaftlichen Interessen der Wettbewerber im Konflikt mit der DTAG wirksam zu schützen (2.). Die verfassungsrechtliche Problematik erschöpft sich indes nicht in einer grundrechtlichen Konfliktlage zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern. Bedeutung und Tragweite der (Wirtschafts-) Grundrechte beider Beteiligten bestimmen sich maßgeblich nach deren durch Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG geprägte Funktionsbedingungen. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet den Bund zur Herstellung und Gewährleistung eines auf Chancengleichheit beruhenden funktionsfähigen Wettbewerbs. Dieser Herstellungs- und Gewährleistungsauftrag ist eine dem Bund nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG obliegende verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe (3.).

#### 1. Grundrechtliche Schutzpositionen der DTAG

##### a) Grundrechtsfähigkeit der DTAG

Obleich die Kapitalanteile an der DTAG derzeit noch zu 31,7 % in staatlicher Hand liegen,<sup>32</sup> ist nicht mehr bestritten, dass sich das Unternehmen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf den Schutz der Grundrechte berufen kann.<sup>33</sup> Auch der erste Senat des BVerfG hat in seinem Beschluss vom 14. März 2006 hieran keinen Zweifel gelassen. Lapidar heißt es in dem Beschluss:

„Die Grundrechtsfähigkeit der Beschwerdeführerin entfällt nicht deswegen, weil der Bund an dieser Anteile hält. Ein beherrschender Einfluss des Bundes auf die Unternehmensführung der Beschwerdeführerin, der die Beschwerdefähigkeit in Zweifel ziehen könnte, war schon auf Grund der Regelungen in § 3 des Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost vom 14. September 1994 (BGBl I S. 2325) und in § 32 der Satzung der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost vom 14. September 1994 (BGBl I S. 2331) ausgeschlossen und ist nach der Privatisierung erst recht nicht begründet worden.“<sup>34</sup>

Ob diese recht knappe Begründung der Grundrechtsfähigkeit der DTAG zu überzeugen vermag, soll hier nicht näher erörtert werden. Anzumerken bleibt indes, dass der Bund trotz seiner Minderheitsbeteiligung aufgrund der durchschnittlichen Präsenz der Aktionäre in der Hauptversammlung des sich mehrheitlich im Streubesitz befindenden Unternehmens über eine sichere Hauptversammlungsmehrheit verfügt. Das räumt die DTAG selbst ein:

„Der Bund hat einen wesentlichen Einfluss auf die Deutsche Telekom AG und gilt daher als nahe stehendes Unternehmen der Deutschen Telekom AG.“<sup>35</sup>

Gleichwohl steht fest, dass der DTAG vollumfänglich grundrechtlicher Schutz zukommt. Dies lässt sich jedoch nicht mit der durch Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG gewährleisteten Autonomie der Nachfolgeunternehmen begründen<sup>36</sup> (Argument aus Art. 28 Abs. 2, Art. 88 S. 1 und 2, Art. 97 Abs. 1, Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG). Auch kann die Grundrechtssubjektivität der DTAG nicht unter Berufung darauf bejaht werden, dass das Unternehmen keine Aufgaben der Daseinsvorsorge mehr wahrnimmt, sondern rein privatwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.<sup>37</sup> Auch jenseits der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann die öffentliche Hand keinen materiellen Grundrechtsschutz beanspruchen. Bereits in seiner „Sasbach“-Entscheidung hat das BVerfG betont, dass außerhalb des Bereichs der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben „noch weniger Grund“ bestehe, juristische Personen des öffentlichen Rechts zu Sachwaltern des Einzelnen avancieren zu lassen und auf diese Weise mit Grundrechtsschutz auszustatten.<sup>38</sup> Bestätigung haben diese Überlegungen in der Ent-

27 Hierzu umfassend WIK (Fn. 22), S. 23 ff.; JPMorgan (Fn. 21), S. 1 ff.; zur Situation in den Niederlanden Analysis, The business case for sub-loop unbundling in the Netherlands, 2007, S. 11 ff.; siehe auch ERG (Fn. 21), ERG (07) 16, S. 13 ff.

28 TNS Infratest, Monitoring Informations- und Kommunikationswirtschaft, 10. Faktenbericht 2007, S. 102.

29 Pressemitteilung der DTAG v. 8.11.2007, abrufbar unter <<http://www.telekom.de/dtag/cms/content/dt/de/472522>> (zuletzt abgerufen am 7.3.2008).

30 Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 13/3609, 33, 33 f.

31 Vgl. hierzu noch im Einzelnen unten, unter 3. b) bb).

32 Derzeit hält der Bund 14,83 % und die bundeseigene Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) 16,87 % der Aktien an der DTAG, während sich 68,30 % der Anteile im Streubesitz befinden (vgl. Geschäftsbericht 2006 der DTAG, S. 191).

33 BVerfGE 115, 205, 227 f. (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 u. a.); BVerfGE 114, 160, 189 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); BVerfG, NVwZ 2004, 878, 883 (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02); OVG Münster, NVwZ 2000, 697, 701 (Beschl. v. 7.2.2000 – Az. 13 A 180/99); VG Berlin, AP 1997, 959, 961 (Beschl. v. 12.8.1997 – Az. 27 A 272/97); VG Köln, CR 1997, 639, 641 (Beschl. v. 18.8.1997 – Az. 1 L 2317/97); K&R 1999, 91, 95 (Urt. v. 5.11.1998 – Az. K 5943/97 u. a.); Barden, Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2002, S. 77 ff.; Cannivé, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt, 2001, S. 134 ff., insbesondere S. 151 ff.; Fuhr/Kerhoff, MMR 1998, 6, 9; Gramlich, CR 1996, 102, 108; NJW 1996, 617, 619 u. 621; Lang, NJW 2004, 3601, 3604 f.; Möstl, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999, S. 127 f., 177; Schmidt, NJW 1998, 200, 203; Stern, DVBl. 1997, 309, 310; Stern/Dietlein, ArchivPT 1998, 309; Uerpmann, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. A., 2003, Art. 87f Rn. 11a; Wegmann, Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation, 2001, S. 184 ff.; Windthorst, in: Sachs, GG, 3. A., 2003, Art. 87f Rn. 28; Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. A., 2005, Art. 87f Rn. 67.

34 BVerfGE 115, 205, 227 f. (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 u. a.).

35 Geschäftsbericht 2006 der DTAG, S. 191.

36 Im Hinblick auf die Deutsche Post AG (DPAG) in diese Richtung argumentierend Herdegen, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. A., 2004, VerfGrdl Rn. 2.

37 So aber BVerfGE 114, 160, 189 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); VG Berlin, AfP 1997, 959, 961 (Beschl. v. 12.8.1997 – Az. 27 A 272/97); VG Köln, CR 1997, 639, 641 (Beschl. v. 18.8.1997 – Az. 1 L 2317/97); K&R 1999, 91, 95 (Urt. v. 5.11.1998 – Az. 1 K 5943/97 u. a.); Fuhr/Kerhoff, MMR 1998, 6, 9; Lang, NJW 2004, 3601, 3604; Stern, DVBl. 1997, 309, 310; Uerpmann (Fn. 33), Art. 87f Rn. 11.

38 BVerfGE 61, 82, 104 (Beschl. v. 8.7.1982 – Az. 2 BvR 1187/80).

scheidung zur mangelnden Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Sparkassen gefunden.<sup>39</sup>

Entscheidend für die Zuerkennung grundrechtlichen Schutzes für die DTAG dürfte das in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG zum Ausdruck kommende Gleichbehandlungsgebot sein.<sup>40</sup> Da sich die Wettbewerber unstreitig auf den Schutz der Grundrechte berufen können, muss sub specie des Gebots der Wettbewerbsgleichheit Entsprechendes auch für die DTAG gelten. Auch gebietet der notwendige Schutz der (Streubesitz-) Mehrheitsaktionäre eines zu mehr als zwei Dritteln privatisierten Unternehmens, dass die DTAG selbst grundrechtlich geschützt ist.<sup>41</sup> Von einem grundrechtlichen Schutz der DTAG ging schließlich auch der verfassungsändernde Gesetzgeber aus. So heißt es in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung im Zusammenhang mit dem Infrastruktursicherungsauftrag nach Art. 87f Abs. 1 GG:

„Die Ausgestaltung entsprechender Maßnahmen obliegt dem einfachen Gesetzgeber. Eingriffe haben sich an dem privaten Charakter der Tätigkeit und an dem einschlägigen Grundrechtsschutz auszurichten (insbesondere Artikel 12 und 14 GG).“<sup>42</sup>

Da insbesondere die DTAG Adressatin entsprechender Regulierungsmaßnahmen ist, beruhte die Verfassungsänderung auf der Prämisse, dass die DTAG ebenso wie die Wettbewerber grundrechtlichen Schutz genießt.

#### b) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG

##### aa) Netzeigentum als Eigentum i. S. d. Art. 14 GG

Die DTAG ist Eigentümerin der Zugangsnetze und der hiermit im Zusammenhang stehenden Einrichtungen. Es handelt sich um Eigentum i. S. d. Art. 14 GG.<sup>43</sup> Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die DTAG ihre Netzinfrastruktur – vor allem im Zugangsbereich – zum größten Teil nicht durch eigene Leistungen aufgebaut, sondern durch einen Legislativakt (vgl. § 2 Abs. 1 Postumwandlungsgesetz [PostUmwG]) erhalten hat. Dadurch geht die DTAG aber nicht ihrer Eigentumsposition i. S. d. Art. 14 GG verlustig. Zwar lässt das BVerfG im Hinblick auf vermögenswerte öffentlich-rechtliche Positionen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht zur Anwendung kommen, wenn diese Vermögenswerte nicht „im Zusammenhang mit einer eigenen Leistung stehen“.<sup>44</sup> Übertrüge man diese Grundsätze auf die zu Monopolzeiten mit erheblichen öffentlichen Mitteln errichtete Netzinfrastruktur der DTAG, so unterfiele diese nicht dem sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG. Eine solche Parallele lässt sich jedoch nicht ziehen. Denn diese Rechtsprechung dient allein dem Ziel, dem über das sachenrechtliche Eigentum hinausgehenden grundrechtlichen Schutz vermögenswerter Positionen Grenzen zu setzen. Diese Restriktionen lassen sich auf das zivilrechtliche, absolute Rechte verleihende Sacheigentum nicht übertragen.<sup>45</sup> Der grundrechtliche Schutz hängt nicht davon ab, ob die sich im Sacheigentum manifestierenden vermögenswerten Positionen durch eigene Leistungen erworben sind.

##### bb) Beeinträchtigung der freien Verfügungsbefugnis

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet das Privateigentum in erster Linie als subjektives Recht des einzelnen Eigentümers. Die Eigentumsgarantie soll dem Eigentümer einen Freiheitsraum für eigenverantwortliche Betätigung absichern. Demgemäß schützt das Grundrecht aus Art. 14 GG nicht nur den Bestand der Eigentumsposition, sondern auch die Nutzung der Position und die Verfügungsbefugnis über diese.<sup>46</sup> Das Eigentum an einer Sache ist in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und durch Verfügungsbefugnis gekennzeichnet.<sup>47</sup> Die Eigentumsgarantie soll es dem Eigentümer ermöglichen, sein Eigentum nach privatautonomen Handlungsmustern zu nutzen. Insoweit enthält die grundrechtlich geschützte Eigentumsgewährleistung Elemente der allgemeinen Handlungsfreiheit. Sie schützt grundsätzlich auch die Entscheidung des Eigentümers darüber, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will.<sup>48</sup> Die Regulierung des Netzzugangs schmälert diese Dispositionsfreiheit des Netzeigen-

tümers und ist daher an der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu messen.<sup>49</sup>

Auch scheidet Art. 14 GG nicht schon deshalb als Maßstabnorm für entsprechende Zugangsregulierungen aus, weil das Netz dem Eigentümer als solches erhalten bleibt.<sup>50</sup> Denn Art. 14 GG gewährleistet nicht nur den Bestand des Eigentums, sondern verbürgt zugleich die Befugnis des Eigentümers, sein Eigentum nach freiem Belieben zu nutzen. Die Entscheidung darüber, zu welchen Zwecken das Netzeigentum genutzt werden soll, ist Ausfluss der durch Art. 14 GG geschützten freien Nutzungsmöglichkeit des Netzeigentümers.

Die tatbestandliche Betroffenheit der grundrechtlich geschützten Eigentumsgarantie ist schließlich auch dann nicht aufgehoben, wenn gesetzliche Bestimmungen vorsehen, dass der Netzeigentümer als Kompensation für eine fremdbestimmte Nutzungsfestsetzung und für die Verpflichtung zur Gewährung der Durchleitung ein angemessenes Entgelt erhält (vgl. §§ 27 ff. TKG). Denn der grundrechtlich geschützte Freiheitsbereich ist nicht auf die Freiheit reduziert, „aus der Fremdnutzung des Gegenstandes fi-

39 BVerfGE 75, 192, 200 (Beschl. v. 14.4.1987 – Az. 1 BvR 775/84): „Selbst wenn wegen der weitgehenden Angleichung an das private Bankgewerbe für die Beurteilung der Funktion der öffentlich-rechtlichen Sparkassen nicht mehr deren öffentliche Aufgabe, sondern die privatwirtschaftliche Unternehmenseigenschaft bestimmend wäre, könnte dies nicht zu einem Grundrechtsschutz führen. Es würde auch dann der hierzu erforderliche Bezug zum Freiheitsraum natürlicher Personen fehlen, denn als Träger des Unternehmens käme nur die hinter der Sparkasse stehende Gebietskörperschaft in Betracht.“

40 Vgl. VG Berlin, AfP 1997, 959, 961 (Beschl. v. 12.8.1997 – Az. 27 A 272/97); VG Köln, CR 1999, 79, 82 f. (Urt. v. 5.11.1998 – Az. 1 K 5929/97); Stern, DVBl. 1997, 309, 310; Stern/Dietlein, ArchivPT 1998, 309, 317 ff.; Uerpmann (Fn. 33), Art. 87f Rn. 11a; Windthorst, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000, S. 227.

41 Vgl. Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 67.

42 BT-Drs. 12/6717, 3, 4.

43 Vgl. statt aller Kutzschbach, Grundrechtsnetze, 2004, S. 131; Wegmann (Fn. 33), S. 190 f.

44 Vgl. BVerfGE 53, 257, 289 ff. (Urt. v. 28.2.1980 – Az. 1 BvL 17/77 u. a.); 69, 272, 298 ff. (Urt. v. 16.7.1985 – Az. 1 BvL 5/80 u. a.); 72, 175, 193 ff. (Beschl. v. 13.5.1986 – Az. 1 BvR 99/85 u. a.); 77, 370, 375 f. (Beschl. v. 20.1.1988 – Az. 2 BvL 23/82); vgl. auch BVerfGE 100, 1, 33 (Urt. v. 28.4.1999 – Az. 1 BvL 32/95 u. a.).

45 Wegmann (Fn. 33), S. 191.

46 BVerfGE 52, 1, 30 (Beschl. v. 12.6.1979 – Az. 1 BvL 19/76); 88, 366, 377 (Beschl. v. 25.5.1993 – Az. 1 BvR 345/83); BVerfG, NJW-RR 1999, 1097, 1098 (Beschl. v. 20.5.1999 – Az. 1 BvR 29/99).

47 BVerfGE 52, 1, 39 (Beschl. v. 12.6.1979 – Az. 1 BvL 19/76); 70, 191, 200 (Beschl. v. 19.6.1985 – Az. 1 BvL 57/79); 79, 292, 303 f. (Urt. v. 14.2.1989 – Az. 1 BvR 308/88 u. a.); 82, 6, 16 (Beschl. v. 3.4.1990 – Az. 1 BvR 1186/89); 83, 201, 209 (Beschl. v. 9.1.1991 – Az. 1 BvR 929/89); 87, 114, 138 f. (Beschl. v. 23.9.1992 – Az. 1 BvL 15/85 u. a.); 91, 294, 308 (Beschl. v. 22.11.1994 – Az. 1 BvR 351/91); 100, 226, 240 f. (Beschl. v. 2.3.1999 – Az. 1 BvL 7/91).

48 BVerfGE 79, 292, 303 f. (Urt. v. 14.2.1989 – Az. 1 BvR 308/88 u. a.); 88, 366, 377 (Beschl. v. 25.5.1993 – Az. 1 BvR 345/83).

49 OVG Münster, NVwZ 2000, 697, 701 (Beschl. v. 7.2.2000 – Az. 13 A 180/99); OVG Bremen, ZUM 2000, 250, 257 (Urt. v. 14.9.1999 – Az. 1 HB 433/98); VG Köln, CR 1997, 639, 641 (Beschl. v. 18.8.1997 – Az. 1 L 2317/97); VG Berlin, MMR 1998, 164, 165 (Beschl. v. 12.8.1997 – Az. 27 A 272/97); VG Bremen, AfP 1998, 536, 541 (Urt. v. 26.3.1998 – Az. 2 KK 3073/97); Aschenbrenner, Deregulierungszwang im Fernsehkabelnetz?, 2000, S. 115 ff.; Cannié (Fn. 33), S. 178 ff.; Kutzschbach (Fn. 43), S. 133; Schütz, MMR 1998, 11, 12 ff.; Stettner, Die Rechtspflicht der Landesmedienanstalten zur Kabelbelegung, 1998, S. 62 ff.; Wegmann (Fn. 33), S. 191 f.; Wichmann, Vielfaltsicherung in digitalen Breitbandkabelnetzen, 2004, S. 46 f.; Gersdorf, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze, 1996, S. 69 f.; Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, 1998, S. 88 f.; Kabeleinspeisung von Programmbouquets, 2000, S. 40; offenlassend BVerwG, NVwZ 2001, 1399, 1407 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); NVwZ 2004, 871, 878 (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03); NVwZ 2004, 878, 884 (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02); vgl. schließlich zu dem Parallelproblem der grundrechtlichen Betroffenheit (Art. 14 GG) durch entsprechende Durchleitungsrechte nach Energiewirtschaftsrecht BGHZ 128, 17, 37 (Beschl. v. 15.11.1994 – Az. KVR 29/93); Klimisch/Lange, WuW 1998, 15, 23 f.; Papier, BB 1997, 1213, 1214 ff.; Schmidt-Preuß, AG 1996, 1, 7 f.

50 So aber in Bezug auf den landesrechtlich vorgesehenen Zugang der Rundfunkveranstalter zum Breitbandkabelnetz OVG Berlin, OVG 20, 212, 215 (Urt. v. 17.11.2005 – Az. 27 A 166.04), wonach die durch Landesrecht auferlegte Verpflichtung der Netzbetreiber, entsprechende Kabelkapazitäten für die Nutzung des „Offenen Kanals“ unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, bereits keinen Eingriff in den Schutzbereich des grundrechtlich geschützten Eigentums (Art. 14 GG) bewirken soll; ähnlich OLG Hamburg, ZUM 1996, 85, 90 (Urt. v. 24.11.1994 – Az. 3 U 232/92); hiergegen zu Recht Dörr, ZUM 1997, 337, 369; Stettner (Fn. 49), S. 62 f.; Gersdorf, Regelungskompetenzen (Fn. 49), S. 70; ders., Chancengleicher Zugang (Fn. 49), S. 88 f.; ders., Kabeleinspeisung (Fn. 49), S. 40 f.; siehe auch VG Bremen, AfP 1998, 536, 541 (Urt. v. 26.3.1998 – Az. 2 KK 3073/97).

nanziellen Ertrag zu erzielen“.<sup>51</sup> Das Grundrecht des Art. 14 GG ist nicht auf eine bloße „Vermögenswertgarantie“ beschränkt, die ausschließlich vor Vermögensverlusten und Vermögenseinbußen beim Eigentümer schützt.<sup>52</sup> Vielmehr ist die durch freie Nutzungsbefugnis gekennzeichnete Eigentumsgarantie auch dann betroffen, wenn der Eigentümer für die fremdbestimmte Nutzungsfestsetzung und für die Durchleitung von Diensten ein angemessenes Entgelt erhält und auch erhalten muss. Dieser Aspekt ist lediglich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Eigentumsbeeinträchtigung von maßgeblicher Bedeutung; er führt indes zu keiner Verkürzung des grundrechtlich umhögten Schutzbereichs und lässt daher die grundrechtliche Betroffenheit unberührt, wenn der Netzeigentümer nicht nach freiem Belieben über sein Netzeigentum verfügen darf.

### cc) Sozialbindung des Netzeigentums

Zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, also den Anforderungen des Übermaßverbotes mit seinen Elementen der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne genügen.<sup>53</sup> Bei der erforderlichen Abwägung kommt der Schutzintensität der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG maßgebliche Bedeutung zu. Der Rechtsprechung des BVerfG liegt eine differenzierende Bestimmung der konkreten Schutzzreichweite der Eigentumsgarantie zugrunde, die sich maßgeblich an der Funktion des Eigentumsobjekts orientiert. Soweit es um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz.<sup>54</sup> Demgegenüber geht die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht;<sup>55</sup> hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung.<sup>56</sup> Ist ein Dritter zu seiner Freiheitssicherung und verantwortlichen Lebensgestaltung auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen, dann umfasst das grundgesetzliche Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Nichteigentümer.<sup>57</sup>

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass der Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung des telekommunikationsrechtlichen Zugangsregimes hat. Zunächst ist zu bedenken, dass die DTAG als Kapitalgesellschaft organisiert ist. Bei Kapitalgesellschaften geht es um gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum, das keinen nennenswerten personalen Bezug aufweist. Vielmehr ist das Eigentum der Netzbetreiber durch einen gesteigerten sozialen Bezug und durch eine qualifizierte soziale Funktion gekennzeichnet. In der Eigenart der Telekommunikation als Dienstleistung liegt begründet, dass die Nutzung des Eigentumsobjekts die persönliche Sphäre des Eigentümers transzendiert und die schutzwürdigen Belange Dritter berührt, die auf die Nutzung der Telekommunikationswege und -einrichtungen zur Verwirklichung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheiten angewiesen sind.<sup>58</sup> Dementsprechend konkretisieren die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften über den Netzzugang die Sozialgebundenheit des Eigentums i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG.

Freilich ist die soeben beschriebene Sozialpflichtigkeit des Netzeigentums keine unveränderliche Größe. Sie ist eingebunden in das technische und wirtschaftliche Umfeld der Telekommunikation. Das BVerfG weist in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass veränderte wirtschaftliche und gesellschaftliche Verhältnisse zu einer Verschiebung der Maßstäbe führen können.<sup>59</sup> Das hat zur Folge, dass die Sozialpflichtigkeit des Netzeigentums in dem Maße schwindet, in dem wirtschaftlich tragfähige Alternativen zur (Mit-) Benützung der Netze der DTAG zur Verfügung stehen.

Der Umstand, dass ein großer Teil der Telekommunikationsinfrastruktur der DTAG unter dem Schutz des staatlichen Monopols und unter Verwendung öffentlicher Mittel aufgebaut wurde, führt nicht zu einem geminderten grundrechtlichen Schutz der

DTAG.<sup>60</sup> Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die DTAG nicht nur die Aktiva, sondern auch die Passiva der vormaligen Deutschen Bundespost TELEKOM übernommen hat.<sup>61</sup> Und zum anderen verbietet es die in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG zum Ausdruck kommende Gleichstellungsgarantie, der DTAG einen im Vergleich zu den Wettbewerbern geringeren eigentumsrechtlichen Grundrechtsschutz zukommen zu lassen.<sup>62</sup> Auch das BVerfG hat eine solche historisch begründete Verminderung grundrechtlichen Schutzes der DTAG zurückgewiesen:

„Eine Abwägungsregel, die das Geheimhaltungsinteresse grundsätzlich hinter das Rechtsschutzinteresse zurückstellt, lässt sich nicht allein mit dem Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts auf eine besondere Sozialpflichtigkeit des Eigentums der Beschwerdeführerin rechtfertigen, die in der Art der Entstehung dieses Eigentums angelegt sei. Das genügt schon deshalb nicht, weil die Marktverhältnisse laufender Veränderung unterliegen. So beruht die Netzinfrastruktur der Beschwerdeführerin zunehmend auf eigenen, selbst erwirtschafteten Investitionen. Ferner verliert der Vorteil der übernommenen Netzinfrastruktur tendenziell an Gewicht, je mehr die Wettbewerber auf eine eigene Netzinfrastruktur zugreifen können oder durch Inanspruchnahme alternativer Technologien nicht mehr auf die Leistungen der Beschwerdeführerin angewiesen sind.“<sup>63</sup>

### c) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

Dass die Vorschriften der Netzzugangsregulierung an der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu messen sind, schließt die tatbestandliche Einschlägigkeit des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht aus. Beide Verfassungsverbürgungen stehen nicht im Verhältnis der Alternativität zueinander. Vielmehr kann ein und dieselbe Maßnahme sowohl die bestands- und betriebsbezogene Eigentumsgarantie als auch die erwerbs- und tätigkeitsbezogene Berufsfreiheit betreffen.<sup>64</sup>

- 51 BVerfGE 79, 292, 304 (Urt. v. 14.2.1989 – Az. 1 BvR 308/88 u. a.); siehe auch BVerfGE 52, 1, 36 f. (Beschl. v. 12.6.1979 – Az. 1 BvL 19/76).
- 52 So zutreffend im Zusammenhang mit dem Parallelproblem der Durchleitungsrechte nach dem Energiewirtschaftsrecht *Papier*, BB 1997, 1213, 1215.
- 53 Vgl. nur BVerfGE 79, 174, 192 (Beschl. v. 30.11.1988 – Az. 1 BvR 1301/84); 83, 201, 212 (Beschl. v. 9.1.1991 – Az. 1 BvR 929/89); 91, 294, 308 (Beschl. v. 22.11.1994 – Az. 1 BvR 351/91).
- 54 Vgl. BVerfGE 14, 288, 293 f. (Urt. v. 7.8.1962 – Az. 1 BvL 16/60); 42, 64, 77 (Beschl. v. 24.3.1976 – Az. 2 BvR 804/75); 50, 292, 340 (Urt. v. 1.3.1979 – Az. 1 BvL 21/78 u. a.); 58, 81, 112 (Beschl. v. 1.7.1981 – Az. 1 BvR 874/77 u. a.); 70, 191, 201 (Beschl. v. 19.6.1985 – Az. 1 BvL 57/79); 79, 283, 289 (Urt. v. 14.2.1989 – Az. 1 BvR 1131/87); 95, 64, 84 (Beschl. v. 15.10.1996 – Az. 1 BvL 44/92 u. a.); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblattsammlung, Stand: 50. Ergänzungslieferung (Juni 2007), Art. 14 Rn. 311; *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 33), Art. 14 Rn. 218.
- 55 Vgl. BVerfGE 21, 73, 83 (Beschl. v. 12.1.1967 – Az. 1 BvR 169/63); 36, 281, 292 (Beschl. v. 12.12.1973 – Az. 2 BvR 558/73); 42, 263, 294 (Urt. v. 8.7.1976 – Az. 1 BvL 19/75 u. a.); 50, 292, 340 f. (Urt. v. 1.3.1979 – Az. 1 BvL 21/78 u. a.); 53, 257, 292 (Urt. v. 28.2.1980 – Az. 1 BvL 17/77); 70, 191, 201 (Beschl. v. 19.6.1985 – Az. 1 BvL 57/79); 79, 292, 302 (Urt. v. 14.2.1989 – Az. 1 BvR 308/88 u. a.); 100, 226, 241 (Beschl. v. 2.3.1999 – Az. 1 BvL 7/91); 101, 54, 75 f. (Urt. v. 14.7.1999 – Az. 1 BvR 995/95 u. a.); aus dem Schrifttum statt vieler *Papier* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 311; *Depenheuer* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 218.
- 56 Vgl. BVerfGE 53, 257, 292 (Urt. v. 28.2.1980 – Az. 1 BvL 17/77); 100, 226, 241 (Beschl. v. 2.3.1999 – Az. 1 BvL 7/91).
- 57 BVerfGE 50, 292, 314 (Urt. v. 1.3.1979 – Az. 1 BvL 21/78 u. a.); 68, 361, 368 (Beschl. v. 8.1.1985 – Az. 1 BvR 501/83 u. a.); 71, 230, 247 (Beschl. v. 4.12.1985 – Az. 1 BvL 23/84 u. a.); 84, 382, 385 (Beschl. v. 9.10.1991 – Az. 1 BvR 227/91); 101, 54, 75 (Urt. v. 14.7.1999 – Az. 1 BvR 995/95 u. a.).
- 58 Allgemein zu Durchleitungsrechten vgl. *Papier* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 521.
- 59 BVerfGE 20, 351, 361 (Beschl. v. 17.11.1966 – Az. 1 BvL 10/61); 52, 1, 30 (Beschl. v. 12.6.1979 – Az. 1 BvL 19/76); 70, 191, 201 (Beschl. v. 19.6.1985 – Az. 1 BvL 57/79).
- 60 BVerfGE 115, 205, 242 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 u. a.); *Cannivé* (Fn. 33), S. 180 f.; *Stern/Dietlein*, RTKom 1999, 2, 5; a. A. BVerwG, NVwZ 2001, 1399, 1407 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); NVwZ 2004, 871, 878 (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03); NVwZ 2004, 878, 884 (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02); *Fuhr/Kerkhoff*, MMR 1998, 6, 11.
- 61 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf des PostUmwG, BT-Drs. 12/6718, 75, 88; siehe auch *Cannivé* (Fn. 33), S. 181; *Stern/Dietlein*, RTKom 1999, 2, 5.
- 62 *Cannivé* (Fn. 33), S. 181; *Stern/Dietlein*, RTKom 1999, 2, 5.
- 63 BVerfGE 115, 205, 242 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 u. a.).
- 64 Vgl. hierzu *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 12 Rn. 146 f.; siehe auch *Schmidt-Preuß*, RdE 1996, 1, 9; *Wegmann* (Fn. 33), S. 197.

Die Vertragsfreiheit wird zwar auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet.<sup>65</sup> Betrifft eine gesetzliche Regelung jedoch die Vertragsfreiheit gerade im Bereich beruflicher Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab aus.<sup>66</sup> Gesetzliche Vorschriften, die die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen der DTAG zu ihren Wettbewerbern betreffen und die sich deshalb für die DTAG als Berufsausübungsregelungen darstellen, sind daher grundsätzlich an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

Die Regulierung des Netzzugangs beschränkt den Netzeigentümer neben der Verfügungsfreiheit auch in der Freiheit unternehmerischer Betätigung, die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.<sup>67</sup> Netzzugangsvorschriften beruhen auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls und vermögen daher staatliche Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

## 2. Grundrechtliche Schutzpositionen der Wettbewerber

Während der DTAG als Adressatin belastender Regulierungsmaßnahmen unzweifelhaft grundrechtlicher Schutz zukommt, ist zweifelhaft, ob auch auf Seiten der den Netzzugang begehrenden Wettbewerber Grundrechtsspositionen zu berücksichtigen sind. Als thematisch einschlägige Grundrechte kommen vor allem die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentums-garantie (Art. 14 GG) in Betracht. Eine grundrechtliche Umhegung der einfachgesetzlichen Zugangsansprüche der Wettbewerber bedarf deshalb einer besonderen Begründung, weil es aus Sicht der Zugangspetenten nicht um die Abwehr klassischer Grundrechtseingriffe, sondern um den Erlass staatlicher Regulierungsmaßnahmen zulasten der DTAG geht. Gegenstand der Konfliktlage ist ein mehrpoliges, tripolares Rechtsverhältnis, an dem erstens der Staat in der Gestalt des Gesetzgebers und der Bundesnetzagentur, zweitens die DTAG als Adressatin legislativischer bzw. exekutiver Regulierungsmaßnahmen und drittens die Wettbewerber als Begünstigte entsprechender Regulierungsmaßnahmen beteiligt sind. Im Zusammenhang mit der Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der DTAG im Rahmen der Entgeltregulierung hat das BVerfG diesen verfassungsrechtlichen Konflikt wie folgt umschrieben:

„Im Zuge der Entgeltgenehmigung ist eine Konfliktlage in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen. An ihm sind beteiligt: (1) der Staat in Gestalt der Genehmigungsbehörde, (2) die Wettbewerber als potentiell zur Entgeltzahlung Verpflichtete mit ihrem Interesse an effektivem Rechtsschutz bei der Überprüfung der Entgelthöhe, die ihrerseits auf ihre Berufsausübung zurückwirkt, und (3) die Beschwerdeführerin als Trägerin der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie als Berechtigte zur Entgelterhebung mit einem Interesse an effektivem Rechtsschutz als Beigeladene im Streit um die Entgeltgenehmigung.“<sup>68</sup>

Das BVerfG berücksichtigt auf Seiten der Wettbewerber also nicht nur ihr „Interesse an effektivem Rechtsschutz bei der Überprüfung der Entgelthöhe“, sondern auch die Rückwirkungen „auf ihre Berufsausübung“. Nach Ansicht des Gerichts findet im Rahmen dieses tripolaren Verfassungsrechtsverhältnisses das Grundrecht der Wettbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG Anwendung.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob und in welcher Funktion Grundrechte der Wettbewerber im Zusammenhang mit der telekommunikationsrechtlichen (Zugangs-) Regulierung auf Verwirklichung drängen. Diese Frage hat in der Rechtsprechung und in der Lehre bislang wenig Beachtung gefunden. Während die grundrechtlichen Schutzbezirke des Adressaten entsprechender Regulierungsmaßnahmen umgrenzt und bestimmt sind, ist der grundrechtliche Schutz der Zugangspetenten noch im Wesentlichen ungeklärt.<sup>69</sup> Die Frage lässt sich nicht mit dem schlichten Hinweis abtun, dass weder die Eigentums-garantie des

Art. 14 GG noch die Berufsfreiheit des Art. 12 GG den Zugangspetenten einen gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Erweiterung der Absatzmärkte bzw. auf Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen zur Erreichung dieses Ziels einräumen.<sup>70</sup> Denn selbst wenn man annähme, dass Wettbewerber aus Grundrechten keine strikten Zugangsansprüche ableiten können, ist damit nicht gesagt, dass bei der Ausgestaltung und Anwendung des Zugangsregulierungsregimes grundrechtliche Schutzpositionen der Wettbewerber keine Berücksichtigung finden. Zwischen der thematischen Einschlägigkeit grundrechtlicher Schutzansprüche einerseits und verfassungsunmittelbaren Zugangsansprüchen andererseits ist strikt zu unterscheiden. Mögliche grundrechtliche Schutzansprüche auch der Wettbewerber führten nicht axiomatisch zu entsprechenden verfassungsunmittelbaren Zugangsansprüchen. Vielmehr wären solche Schutzpositionen ihrerseits durch Grundrechte des Regulierungsadressaten begrenzt. Es handelte sich allein um verfassungsrechtliche Positionen, die den grundrechtlich geschützten Interessen des Regulierungsadressaten im Rahmen der notwendigen Güterabwägung gegenübergestellt werden könnten.

a) *Zur relevanten grundrechtlichen Funktion: Status negativus oder grundrechtliche Schutzpflichten?*

aa) *Grundrechtseingriff durch Übertragung des Netzes der Deutschen Bundespost TELEKOM auf die DTAG?*

Kraft § 2 Abs. 1 PostUmwG ist das Teilsondervermögen Deutsche Bundespost TELEKOM auf die DTAG übergegangen. Durch diesen Legislativakt erhielt die DTAG insbesondere die unter dem Schutz staatlicher Monopole mit öffentlichen Mitteln errichteten Telekommunikationsnetze der vormaligen Deutschen Bundespost TELEKOM. In dieser Entscheidung des Gesetzgebers wird teilweise ein (mittelbarer) Eingriff in die Grundrechte der Wettbewerber erblickt.<sup>71</sup> Hieraus wird eine staatliche Verpflichtung abgeleitet, durch Regulierung die in der Übertragung der Netzinfrastruktur liegende übermäßige Begünstigung der DTAG im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern auszugleichen.<sup>72</sup> Art. 12 Abs. 1 GG begründe insoweit eine staatliche Schutzpflicht zugunsten der benachteiligten Wettbewerber.<sup>73</sup>

Diese Konstruktion leidet schon deshalb an einem Mangel, weil sich ein (mittelbarer) Grundrechtseingriff nicht zu einer grundrechtlichen Schutzpflicht verdichten kann. Grundrechtseingriff und grundrechtliche Schutzpflicht sind zwei unterschiedliche Kategorien grundrechtlicher Funktionen. Während der Grundrechtseingriff den klassischen Status negativus der Grundrechte betrifft, in dessen Sinnzentrum die Freiheit vom Staat steht, geht es bei der Kategorie staatlicher Schutzpflichten um den staatlichen Schutz vor Übergriffen auf grundrechtlich geschützte Bereiche durch einen anderen Grundrechtsträger.<sup>74</sup>

65 Vgl. BVerfGE 65, 196, 210 (Urt. v. 19.10.1983 – Az. 2 BvR 298/81); 74, 129, 151 f. (Beschl. v. 14.1.1987 – Az. 1 BvR 1052/79).

66 Vgl. BVerfGE 68, 193, 223 f. (Beschl. v. 31.10.1984 – Az. 1 BvR 35/82 u. a.); 77, 84, 118 (Urt. v. 28.2.1980 – Az. 1 BvL 17/77 u. a.); 95, 173, 188 (Beschl. v. 22.1.1997 – Az. 2 BvR 1915/91).

67 BVerwG, NVwZ 2001, 1399, 1406 f. (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); NVwZ 2004, 871, 878 (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03); NVwZ 2004, 878, 883 (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02); OVG Münster, NVwZ 2000, 697, 701 (Beschl. v. 7.2.2000 – Az. 13 A 180/99); *Aschenbrenner* (Fn. 49), S. 114 f.; *Cannivé* (Fn. 33), S. 158 ff.; *Kutzschbach* (Fn. 43), S. 129 f.; *Märkl*, Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation, 1998, S. 295; *Stietner* (Fn. 49), S. 62; *Stern/Dietlein*, ArchivPT 1998, 309, 318 ff.; *Wegmann* (Fn. 33), S. 197; *Wichmann* (Fn. 49), S. 45 f.

68 BVerfGE 115, 205, 232 f. (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 u. a.).

69 Zu der im rechtswissenschaftlichen Schrifttum eher stiefmütterlich behandelten Frage des grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerber im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen (Netzzugangs-) Regulierung *Wegmann* (Fn. 33), S. 198 ff.; siehe auch *Kutzschbach* (Fn. 43), S. 130 f., 135; *Reinke*, Der Zweck des Telekommunikationsgesetzes, 2001, S. 82.

70 Im energiewirtschaftsrechtlichen Zusammenhang siehe etwa *Schmidt-Prepß*, RdE 1996, 1, 9: „Es gibt kein Grundrecht auf Durchleitung“; vgl. auch *Papier*, BB 1997, 1213, 1217; *Wegmann* (Fn. 33), S. 198.

71 *Wegmann* (Fn. 33), S. 199 f.; ebenso *Meyer-Arndt*, ZUM 1996, 757, 762, 769.

72 *Wegmann* (Fn. 33), S. 201.

73 *Wegmann* (Fn. 33), S. 201.

74 Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung BVerfGE 39, 1, 41 (Urt. v. 25.2.1975

Dementsprechend gilt beim Grundrechtseingriff das Übermaßverbot, während der Staat bei der grundrechtlichen Schutzpflicht an ein Untermaßverbot<sup>75</sup> gebunden ist.

Darüber hinaus lässt sich die durch § 2 Abs. 1 PostUmwG angeordnete Übertragung der Netzinfrastruktur der vormaligen Deutschen Bundespost TELEKOM auf die DTAG nicht als mittelbarer Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG qualifizieren. Art. 12 Abs. 1 GG sichert die Teilnahme am Wettbewerb nur nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Im Bereich der Telekommunikationsmärkte ergeben sich diese Funktionsbedingungen aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG und Art. 143b GG.<sup>76</sup> Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG sichert der DTAG die Teilnahme am Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten. Nach Art. 143b Abs. 1 S. 1 GG wird das Sondervermögen Deutsche Bundespost nach Maßgabe eines Bundesgesetzes in Unternehmen privater Rechtsform umgewandelt. Die Übertragung des Sondervermögens Deutsche TELEKOM – einschließlich des hierzu zählenden Netzeigentums – konkretisiert diese unmittelbar aus Art. 143b Abs. 1 GG folgende Direktive. § 2 Abs. 1 PostUmwG setzt damit lediglich die aus Art. 143b Abs. 1 GG folgende Vorgabe um. Da Art. 12 Abs. 1 GG nur nach Maßgabe der durch Art. 143b Abs. 1 GG geprägten Funktionsbedingungen gilt, kann die in Art. 143b Abs. 1 GG vorgesehene Übertragung des Eigentums an der Netzinfrastruktur auf die DTAG den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Wettbewerber nicht berühren.

#### bb) Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates

Die Grundrechte haben nicht nur eine staatsausgrenzende Funktion, sondern verpflichten den Staat zugleich, sich schützend und fördernd vor die grundrechtlich geschützten Freiheiten und Güter zu stellen und sie vor rechtswidrigen Übergriffen Dritter zu bewahren.<sup>77</sup> Da durch Netzzugangsregulierung und durch sonstige Regulierungsmaßnahmen die Privatautonomie des Regulierungsadressaten berührt ist, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten der Wettbewerber zum Tragen kommen.<sup>78</sup> Es geht in diesem Fall um Maßnahmen grundrechtsgebundener Staatsgewalt (Legislative, Exekutive), so dass man geneigt sein könnte, die Grundrechte der Wettbewerber im Konflikt mit dem Regulierungsadressaten ohne weiteres zur Anwendung zu bringen. Die im Schrifttum allein um die Drittwirkung von Grundrechten im Privatrechtsverhältnis geführte Diskussion scheint hier nicht von Bedeutung zu sein. Bei Lichte betrachtet trägt dieser Eindruck jedoch. Letztlich ist in beiden Konstellationen die Privatautonomie betroffen, so dass die Frage nach der Anwendbarkeit von Grundrechten in beiden Fällen einheitlich beantwortet werden sollte. Grundsätzlich hat sich der Staat aus den vertraglich geprägten Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern herauszuhalten, weil sich der Abschluss und die Ausgestaltung solcher Verträge als zweiseitige Selbstbestimmung und insofern als freies und eigenverantwortliches Handeln der Vertragspartner darstellen. Dieses Einmischungsverbot bezieht sich auf den (grundrechtsgebundenen) Staat als Ganzes, so dass es insoweit unerheblich ist, ob die staatlichen Ingerenzen vom Gesetzgeber, der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt ausgehen.

Die geschützte Privatautonomie setzt indes voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung auch tatsächlich gegeben sind.<sup>79</sup> Wenn aufgrund erheblich ungleicher Verhandlungspositionen zwischen den Vertragspartnern einer von ihnen ein solches Gewicht besitzt, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen der beteiligten Parteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen oder mehrere Vertragsteile die Selbstbestimmung in Fremdbestimmung verkehrt.<sup>80</sup> Befindet sich ein Vertragspartner gegenüber einem anderen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit, die ihn daran hindert, seine grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen auf Augenhöhe mit dem anderen Vertragspartner zu wahren und zu verteidigen, fällt dem Staat die Aufgabe des Ausgleichs der Disparitäten zu, die eine Beschränkung der Grundrechte des

„überlegenen“ Vertragspartners rechtfertigen. In solchen Situationen gestörter Vertragsparität sind nach der Rechtsprechung des BVerfG korrigierende, das vertragliche Gleichgewicht wiederherstellende Maßnahmen erforderlich.<sup>81</sup>

Diese für die Inhaltskontrolle privatrechtlicher Beziehungen durch den Richter entwickelten Maßstäbe müssen für die anderen staatlichen Gewalten gleichermaßen zur Anwendung kommen. Denn sub specie der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie ist es unerheblich, ob der Eingriff in die privatautonome Gestaltungsmacht der Vertragsbeteiligten von der ersten, zweiten oder dritten Staatsgewalt ausgeht. Beschränkungen der Privatrechtsautonomie durch alle drei Staatsgewalten sind durch die Kategorie der gestörten Vertragsparität legitimiert, aber zugleich auch limitiert. Nur wenn eine solche Disparität besteht, ist die für die grundrechtliche Schutzpflicht erforderliche Schutzbedürftigkeit eines Vertragsteilnehmers gegeben, die zu staatlichen Eingriffen in die Vertragsautonomie berechtigt.

Seit seinem zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch wendet das BVerfG im Rahmen seiner Schutzpflichtdogmatik das Untermaßverbot an, das der Staat bei der Wahrnehmung seiner ihm obliegenden Schutzpflichten zu beachten hat.<sup>82</sup> Danach muss der Staat Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art treffen, die zu gewährleisten helfen, dass ein unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter angemessener und wirksamer Schutz erreicht wird.<sup>83</sup> Dabei betont das Gericht den weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten.<sup>84</sup>

Im Bereich der Telekommunikationsmärkte im Allgemeinen und beim Netzzugang im Besonderen liegt die Voraussetzung eines Ungleichgewichts zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern vor. Die marktmächtige Stellung der DTAG in den nachgelagerten Märkten und strukturelle Asymmetrien im Bereich des Zu-

– Az. 1 BvF 1/74 u. a.); 46, 160, 164 (Urt. v. 16.10.1977 – Az. 1 BvQ 5/77); 49, 89, 140 ff. (Beschl. v. 8.8.1978 – Az. 2 BvL 8/77); 53, 30, 57 (Beschl. v. 20.12.1979 – Az. 1 BvR 385/77); 56, 54, 73 (Beschl. v. 14.1.1981 – Az. 1 BvR 612/72); 75, 40, 66 (Urt. v. 8.4.1987 – Az. 1 BvL 8/84 u. a.); 77, 170, 214 f. (Beschl. v. 29.10.1987 – Az. 2 BvR 624/83 u. a.); 79, 174, 201 f. (Beschl. v. 30.11.1988 – Az. 1 BvR 1301/84); 81, 242, 254 ff. (Beschl. v. 7.2.1990 – Az. 1 BvR 26/84); 81, 310, 339 (Urt. v. 22.5.1990 – Az. 2 BvG 1/88); 84, 133, 147 (Urt. v. 24.4.1991 – Az. 1 BvR 1341/90); 85, 191, 212 (Urt. v. 28.1.1992 – Az. 1 BvR 1025/82); 87, 363, 386 (Beschl. v. 17.11.1992 – Az. 1 BvR 168/89 u. a.); 88, 203, 251 ff. (Urt. v. 28.5.1993 – Az. 2 BvF 2/90 u. a.); 89, 276, 286 f. (Beschl. v. 16.11.1993 – Az. 1 BvR 258/86); 90, 107, 114 ff. (Beschl. v. 9.3.1994 – Az. 1 BvR 682/88 u. a.); 90, 145, 195 (Beschl. v. 9.3.1994 – Az. 2 BvL 43/92 u. a.); 91, 335, 339 (Beschl. v. 7.12.1994 – Az. 1 BvR 1279/94); 115, 118, 152 (Urt. v. 15.2.2006 – Az. 1 BvR 357/05).

75 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfGE 88, 203, 251 (Urt. v. 28.5.1993 – Az. 2 BvF 2/90 u. a.); 90, 145, 195 (Beschl. v. 9.3.1994 – Az. 2 BvL 43/92 u. a.).

76 So deutlich zum Verhältnis der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu Art. 143b Abs. 2 S. 1 GG BVerfGE 108, 370, 388 ff. (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01). Vgl. die Nachweise in Fn. 74.

77 Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten im Privatrecht *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 141 ff.

78 Vgl. BVerfGE 81, 242, 254 f. (Beschl. v. 7.2.1990 – Az. 1 BvR 26/84); 103, 89, 100 (Urt. v. 6.2.2001 – Az. 1 BvR 12/92).

79 Vgl. BVerfGE 89, 214, 232 (Beschl. v. 19.10.1993 – Az. 1 BvR 567/89 u. a.); 103, 89, 101 (Urt. v. 6.2.2001 – Az. 1 BvR 12/92).

80 Vgl. BVerfGE 81, 242, 255 (Beschl. v. 7.2.1990 – Az. 1 BvR 26/84); 84, 212, 229 (Beschl. v. 26.6.1991 – Az. 1 BvR 779/85); 85, 191, 213 (Urt. v. 28.1.1992 – Az. 1 BvR 1025/82); 89, 214, 232 (Beschl. v. 19.10.1993 – Az. 1 BvR 567/89 u. a.); 92, 365, 395 (Urt. v. 4.7.1995 – Az. 1 BvF 2/86 u. a.); 97, 169, 176 f. (Beschl. v. 27.1.1998 – Az. 1 BvL 15/87); 103, 89, 100 f. (Urt. v. 6.2.2001 – Az. 1 BvR 12/92); 114, 1, 34 f. (Urt. v. 26.7.2005 – Az. 1 BvR 782/94 u. a.); 114, 73, 90 (Urt. v. 26.7.2005 – Az. 1 BvR 80/95); kritisch zu dem Konzept der gestörten Vertragsparität *Isensee*, in: ders., Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239, 262 ff.; *Jestaedt*, VVDStRL 64 (2005), 298, 339 ff.

81 BVerfGE 88, 203, 251 (Urt. v. 28.5.1993 – Az. 2 BvF 2/90 u. a.); 90, 145, 195 (Beschl. v. 9.3.1994 – Az. 2 BvL 43/92 u. a.); BVerfG, NJW 1996, 651 (Beschl. v. 29.11.1995 – Az. 1 BvR 2203/95); der Begriff des Untermaßverbots geht, soweit ersichtlich, auf *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 228, zurück, vgl. hierzu zuletzt *Calliess*, JZ 2006, 321, 328.

82 BVerfGE 88, 203, 251 (Urt. v. 28.5.1993 – Az. 2 BvF 2/90 u. a.); 90, 145, 195 (Beschl. v. 9.3.1994 – Az. 2 BvL 43/92 u. a.); BVerfG, NJW 1996, 651 (Beschl. v. 29.11.1995 – Az. 1 BvR 2203/95).

83 Vgl. BVerfGE 77, 170, 214 (Beschl. v. 29.10.1987 – Az. 2 BvR 624/83 u. a.); 79, 174, 202 (Beschl. v. 30.11.1988 – Az. 1 BvR 1301/84); 85, 191, 212 (Urt. v. 28.1.1992 – Az. 1 BvR 1025/82 u. a.); BVerfG, NJW 1996, 651 (Beschl. v. 29.11.1995 – Az. 1 BvR 2203/95); statt aller im Schrifttum *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2005, S. 180 f.; *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 69; *Klein*, NJW 1989, 1633, 1637 f.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 86 f.

gangsnetzes kennzeichnen das Wettbewerbsverhältnis zwischen der DTAG und den Wettbewerbern.<sup>85</sup> Dass sich DTAG und Wettbewerber – insbesondere im Bereich des Zugangsnetzes – nicht auf Augenhöhe begegnen, ist manifest. Erst die Regulierung schafft die notwendige Parität, zu deren Herstellung der Staat aufgrund der ihm obliegenden grundrechtlichen Schutzpflichten verpflichtet ist. Diese Schutzpflicht trifft sowohl den den Telekommunikationsbereich ausgestaltenden Gesetzgeber als auch die mit dem Vollzug des TKG betraute Bundesnetzagentur.

Indem der Gesetzgeber die Herstellung und Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte (vgl. § 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) zur zentralen Aufgabe der Regulierung erklärt, kommt er seiner ihm obliegenden grundrechtlichen Schutzpflicht nach. Die Netzzugangsvorschriften der §§ 19 ff. TKG sind ein wesentlicher Eckpfeiler der Regulierung. Der chancengleiche und nicht diskriminierende Zugang zu den Zugangsnetzen der DTAG ist Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der nachgelagerten Endnutzermärkte (vgl. § 21 TKG). Ohne Zugangsregulierung begegnen sich DTAG und Wettbewerber nicht auf Augenhöhe. Erst durch die Zugangsregulierung werden die strukturellen Asymmetrien ausgeglichen und damit die Voraussetzung für die Gewährleistung eines auf Chancengleichheit beruhenden nachgelagerten Endnutzermarktes geschaffen. Die Zugangsregulierung dient dem Ausgleich struktureller Disparitäten im Verhältnis der DTAG zu ihren Wettbewerbern und damit der Verwirklichung des Kernanliegens der aus den Grundrechten folgenden staatlichen Schutzpflichten: der Herstellung eines auf Parität basierenden Vertragsverhältnisses im Bereich des Zugangsmarktes und eines auf Parität beruhenden Wettbewerbsverhältnisses im Bereich der nachgelagerten Endnutzermärkte.

Hiergegen spricht auch nicht, dass im Schutzzentrum des TKG die Herstellung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Telekommunikationsmärkte steht, während es bei der Verwirklichung des grundrechtlichen Schutzauftrages im Kern um den Schutz individueller Freiheiten geht. Denn für die Erfüllung des grundrechtlichen Schutzauftrages kommt es nicht auf die Motive, sondern auf den Effekt der gesetzgeberischen Maßnahmen an. Bei Erreichung der Regulierungsziele des TKG ist zugleich der individuelle grundrechtliche Freiheitsanspruch erfüllt. Das TKG zielt auf die Herstellung und Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs in den Telekommunikationsmärkten. Ist dieses Ziel – durch Regulierung – erreicht, ist zugleich der grundrechtliche Schutzauftrag des Staates erfüllt, der durch Disparitäten im Verhältnis der einzelnen Marktteilnehmer ausgelöst wird. Anders gewendet: Aus denselben Gründen, die eine Regulierung der Telekommunikationsmärkte nach dem TKG rechtfertigen, besteht eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates zugunsten der Wettbewerber: nämlich wegen der auf strukturellen Asymmetrien beruhenden Marktmacht der DTAG im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern.

#### b) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Berufsfreiheit grundsätzlich nicht vor Veränderungen der Marktdaten und Rahmenbedingungen der unternehmerischen Entscheidungen. In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Marktteilnehmer haben keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder auf künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.<sup>86</sup> Diese Funktionsbedingungen ergeben sich vor allem aus der telekommunikationsrechtlichen Bestimmung des Art. 87f GG.<sup>87</sup> Art. 12 GG sichert die Teilnahme

am Wettbewerb in den Märkten der Telekommunikation nach Maßgabe der durch Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG geprägten Funktionsbedingungen.

#### c) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG

Nicht nur die DTAG, sondern auch die Wettbewerber, insbesondere die alternativen TNB, haben nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte erhebliche Summen in die Netzinfrastruktur investiert. Im Bereich des Zugangsnetzes sind vor allem die Investitionen der alternativen TNB am HVt zu nennen. Das Interesse der alternativen TNB geht dahin, dass diese Investitionen unter den besonderen Schutz der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG fallen.

Vor allem im Natur- und Denkmalschutzrecht ist die Kategorie der Situationsgebundenheit des Eigentums entwickelt worden, die der Abgrenzung ausgleichsfreier von ausgleichspflichtigen Sozialbindungen dient.<sup>88</sup> Danach ist jedes Grundstück durch seine Lage und Beschaffenheit sowie Einbettung in die Umwelt geprägt. Diese immanente Belastung durch die Realfaktoren bestimmt die Reichweite des Eigentums i. S. d. Art. 14 GG. Werden diese Umweltbedingungen – etwa im Zuge planungsrechtlicher Umgestaltungen – verändert, ist die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht verletzt.

Das bedeutet nicht, dass der Eigentümer über keinen grundrechtlichen Schutz verfügt. Insbesondere dann, wenn der Eigentümer von seinem Grundeigentum Gebrauch gemacht hat, kann sich der Eigentümer auf einen gewissen Vertrauensschutz berufen.<sup>89</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe können sich die alternativen TNB auf einen gewissen Bestandsschutz ihrer am HVt getätigten Investitionen berufen. Die Nutzung der Infrastruktureinrichtungen befindet sich in einem Spannungsverhältnis zwischen der Dispositionsbefugnis der DTAG einerseits und den schützwürdigen Bestandsschutzinteressen der alternativen TNB andererseits. Der Schutz der Netzinvestitionen der alternativen TNB darf nicht der ausschließlichen Dispositionsmacht der DTAG anheimfallen. Hieraus folgt ein besonderer Schutzauftrag der Bundesnetzagentur. Wie weit dieser im Einzelnen reicht, bestimmt sich indes nicht allein nach den divergierenden grundrechtlichen Positionen der DTAG einerseits und der alternativen TNB andererseits. Vielmehr richtet sich der Bestandsschutz der alternativen TNB auch insoweit nach den durch Art. 87f GG geprägten Funktionsbedingungen der Telekommunikationsmärkte.

### 3. Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs als verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates

Wie zuvor gezeigt, können sich DTAG und Wettbewerber im Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten auf grundrechtlichen Schutz berufen. Dies gilt auch im Zusammenhang mit dem Zugang der Wettbewerber zum Zugangsnetz der DTAG. Den grundrechtlichen Positionen der DTAG stehen die Grundrechte der Wettbewerber gegenüber, die der Staat von Verfassungen wegen zu schützen verpflichtet ist. Hierin erschöpft sich die verfassungsrechtliche Dimension der Problematik indes

85 Vgl. hierzu noch unten, unter 3. b) bb).

86 Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 (Beschl. v. 26.6.2002 – Az. 1 BvR 558/91 u. a.); 106, 275, 298 f. (Urt. v. 17.12.2002 – Az. 1 BvL 28/95 u. a.); 110, 274, 288 (Urt. v. 20.4.2004 – Az. 1 BvR 1748/99 u. a.); BVerfG, NVwZ 2007, 1168, 1169 (Beschl. v. 25.7.2007 – 1 BvR 1031/07).

87 Vgl. hierzu unten, unter 3.

88 Vgl. BVerfGE, 49, 365, 368 (Urt. v. 14.11.1975 – Az. IV C 2.74); 67, 84, 87 (Urt. v. 13.4.1983 – Az. 4 C 21.79); BGHZ 23, 30 (Urt. v. 20.12.1956 – Az. III ZR 82/55); 90, 4, 14 f. (Urt. v. 26.1.1984 – Az. III ZR 179/82); 105, 15, 18 ff. (Urt. v. 23.6.1988 – Az. III ZR 8/87); *Papier* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 385 ff.; *Depenheuer* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 284 ff.

89 Zum Verhältnis von Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz vgl. BVerfGE 31, 275, 293 (Beschl. v. 8.7.1971 – Az. 1 BvR 766/66); 36, 281, 293 (Beschl. v. 12.12.1973 – Az. 2 BvR 558/73); 45, 142, 168 (Beschl. v. 8.6.1977 – Az. 2 BvR 1042/75 u. a.); 53, 257, 309 (Urt. v. 28.2.1980 – Az. 1 BvL 17/77); 58, 81, 120 f. (Beschl. v. 1.7.1981 – Az. 1 BvR 874/77 u. a.); 101, 239, 263 ff. (Urt. v. 23.11.1999 – Az. 1 BvF 1/94); *Papier* (Fn. 54), Art. 14 Rn. 412.

nicht.<sup>90</sup> Denn wie bereits erwähnt,<sup>91</sup> ist Gegenstand der hier in Rede stehenden Konfliktlage ein mehrpoliges, tripolares Rechtsverhältnis, an dem erstens der Staat in der Gestalt des Gesetzgebers und der Bundesnetzagentur, zweitens die DTAG als Adressatin legislatorischer bzw. exekutiver Regulierungsmaßnahmen und drittens die Wettbewerber als Begünstigte entsprechender Regulierungsmaßnahmen beteiligt sind. In diesem Konflikt tritt der Staat nicht lediglich als „Schiedsrichter“ auf, der in einem grundrechtlichen Konflikt zwischen zwei Grundrechtsträgern zu schlichten und einen Interessenausgleich im Sinne praktischer Konkordanz herbeizuführen sucht. Vielmehr kommt ihm eine eigenständige verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe zu, die diesseits grundrechtlicher Schutzbezirke ressortiert: in der telekommunikationsverfassungsrechtlichen Vorschrift des Art. 87f GG. Art. 87f GG verpflichtet den Bund, für funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation Sorge zu tragen. Die Herstellung und Gewährleistung eines auf Chancengleichheit beruhenden Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation ist dem Bund als verfassungsrechtliche Pflicht auferlegt. In diesem dem Bund obliegenden positiven Gestaltungsauftrag unterscheidet sich das Telekommunikationsrecht von anderen (Wirtschafts-) Bereichen, in denen sich die Lösung verfassungsrechtlicher Konfliktlagen regelmäßig in der Abwägung der miteinander kollidierenden Grundrechte erschöpft. Sedes materiae dieser auf die Herstellung und Gewährleistung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte gerichteten Pflichtaufgabe des Bundes ist nicht Art. 87f Abs. 1 i. V. m. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG (a)), sondern Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG (b)).

#### a) Art. 87f Abs. 1 i. V. m. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG

Nach Art. 87f Abs. 1 GG ist der Bund verpflichtet, im Bereich der Telekommunikation für angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu sorgen. Dieser Infrastruktursicherungsauftrag soll verhindern, dass es im Zuge der Liberalisierung des Telekommunikationssektors zu einer Unterversorgung der Bevölkerung kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniert oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt.<sup>92</sup> Der hierdurch begründete Regulierungsauftrag<sup>93</sup> erstreckt sich bei Lichte betrachtet auf zwei Felder. Erstens: Aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich, dass das Ziel der Infrastruktursicherung nach Art. 87f Abs. 1 GG i. d. R. im und durch Wettbewerb sichergestellt wird.<sup>94</sup> Der Bund muss die erforderlichen Maßnahmen normativer und administrativer Art ergreifen, damit im Wettbewerb das Normziel des Art. 87f Abs. 1 GG erreicht wird. Zweitens: Lässt sich das Gewährleistungsziel des Art. 87f Abs. 1 GG nicht im Wettbewerb erreichen – insbesondere weil in weniger lukrativen Bereichen nicht hinnehmbare Versorgungslücken entstehen –, ist der Bund zu nicht wettbewerbskonformen Interventionen verpflichtet.

Art. 87f Abs. 1 i. V. m. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet den Bund daher zur Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, um auf diese Weise das Normziel des Art. 87f Abs. 1 GG zu erreichen. Der wettbewerbsbezogene Herstellungs- und Gewährleistungsauftrag ist insoweit funktional auf die Verwirklichung des Universaldienstleistungsauftrages nach Art. 87f Abs. 1 GG bezogen.<sup>95</sup>

Das bedeutet aber nicht, dass sämtliche auf die Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs in den Telekommunikationsmärkten bezogene Normen des TKG, insbesondere die Netzzugangsbestimmungen, ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 87f Abs. 1 GG finden.<sup>96</sup> Denn Einigkeit besteht darin, dass der Bund keine Maximalversorgung, sondern lediglich eine Art Grundversorgung der Bevölkerung im Telekommunikationsbereich zu garantieren hat.<sup>97</sup> Bereits die Entstehungsgeschichte macht deutlich, dass der staatliche Handlungsauftrag „nicht auf den Ausbau einer optimalen Infrastruktur ausgerichtet“ ist, sondern lediglich „auf die Gewährleistung einer flächendeckenden Grundversorgung durch Sicherung der aus Sicht der Benutzer angemessenen und ausreichenden Dienstleistungen“ zielt.<sup>98</sup> Die Netzzugangsvorschriften der §§ 19 ff. TKG reichen über den durch Art. 87f Abs. 1 GG gesteckten Horizont hinaus. Ob etwa ein

breitbandiger Internetzugang von Art. 87f Abs. 1 GG erfasst ist, erscheint bereits fraglich. Vor allem aber genügt es für Art. 87f Abs. 1 GG, dass die hierdurch garantierte Grundversorgung von der DTAG erbracht wird. Dass auch ihre Wettbewerber die entsprechenden Dienstleistungen anbieten können, wird von Art. 87f Abs. 1 GG nicht gefordert. Das auf die Herstellung und Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs gerichtete TKG geht also regelmäßig über den Garantiegehalt des Art. 87f Abs. 1 GG hinaus. Das verfassungsrechtliche Fundament dieses Kernanliegens des TKG ruht nicht auf Art. 87f Abs. 1 i. V. m. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG.

#### b) Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG beruht auf zwei Ordnungsprinzipien. Zum einen bekennt sich die Verfassung zur Kommerzialisierung des Telekommunikationsbereichs, indem die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen als „privatwirtschaftliche Tätigkeiten“ deklariert wird (aa)). Zum anderen legt Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG den Telekommunikationsbereich auf das Wettbewerbsprinzip („und durch andere private Anbieter“) fest. Der Bund trägt eine Verantwortung für die Herausbildung und Gewährleistung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte. Hieraus ergeben sich spezifische Verpflichtungen des Bundes (bb)).

#### aa) Kommerzialisierung des Telekommunikationsbereichs

Nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG werden „Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1“ als „privatwirtschaftliche Tätigkeiten“ erbracht. Der Wortlaut könnte Anlass zu der Schlussfolgerung geben, dass damit nur die flächendeckend angemessenen und ausreichenden Dienstleistungen i. S. d. Art. 87f Abs. 1 GG gemeint sind. Dies ist indes nicht der Fall. Vielmehr sind von dem Begriff „Dienstleistungen“ sämtliche Telekommunikationsdienstleistungen erfasst und nicht nur die Universaldienstleistungen i. S. d. Art. 87f Abs. 1 (Grundversorgung).<sup>99</sup> Der Verweis in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG bezieht sich demnach allein auf den Begriff der „Dienstleistung“, während die Attribute „flächendeckend“, „angemessen“ und „ausreichend“ ausgeklammert bleiben.<sup>100</sup> Das Merkmal „Erbringen“ umfasst Angebot und Ausführung der Dienstleistung<sup>101</sup> sowie alle hiermit im Zusammenhang stehenden (Hilfs-) Tätigkeiten.

Während die Infrastruktursicherung im Bereich der Telekommunikation als hoheitliche, dem Gemeinwohl verpflichtete Aufgabe des Bundes definiert wird (Art. 87f Abs. 1 und Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG), wird das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen als „privatwirtschaftliche Tätigkeit“ verstanden. Wörtlich heißt es hierzu in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung:

„Das Angebot der Dienstleistungen ist in Zukunft ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Ver-

90 Zutreffend Wegmann (Fn. 33), S. 203.

91 Vgl. bereits oben, unter 2., vor Fn. 68.

92 Vgl. BVerfGE 108, 370, 393 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01); BVerwG, NVwZ 2004, 1355, 1356 (Urt. v. 30.6.2004 – Az. 4 C 3.03).

93 Vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 1355, 1356 (Urt. v. 30.6.2004 – Az. 4 C 3.03).

94 Herdegen (Fn. 36), VerfGrdL Rn. 23 f.; Masing, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. A., 2006, § 90 Rn. 37; Stern, DVBl. 1997, 309, 312; Windthorst (Fn. 33), Art. 87f Rn. 15; Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 34; DÖV 2001, 661, 667 u. 669 f.

95 Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 61.

96 A. A. offenbar Wegmann (Fn. 33), S. 179.

97 Vgl. BVerfGE 108, 370, 394 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01); Badura, in: Bonner Kommentar zum GG, Loseblattsammlung, Stand: 40. Ergänzungslieferung (September 1997), Art. 87f Rn. 29; Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 192 ff.; Herdegen (Fn. 36), VerfGrdL Rn. 29; Lerche, in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 87f Rn. 79; Schoch, VVDStRL 57 (1998), 158, 205; Windthorst (Fn. 40), S. 276 f.; ders. (Fn. 33), Art. 87f Rn. 12; Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 24.

98 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/6717, 3, 4.

99 Statt aller vgl. Lerche (Fn. 97), Art. 87f Rn. 54; Windthorst (Fn. 33), Art. 87f Rn. 26; Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 50.

100 Windthorst (Fn. 33), Art. 87f Rn. 26; Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 50.

101 Windthorst (Fn. 33), Art. 87f Rn. 26; Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 50.

waltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird.<sup>102</sup> Der im Gesetzgebungsverfahren vorgenommene Begriffswechsel von „privater“ zu „privatwirtschaftlicher“ Tätigkeit soll den Gegensatz zur gemeinwohlorientierten Staatswirtschaft hervorheben.<sup>103</sup> Die alternativ vorgeschlagene Bezeichnung „privatrechtlich“ akzentuierte demgegenüber nicht mit hinreichender Deutlichkeit den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers, weil sie lediglich die Handlungsform, nicht aber den Zweck der Privatisierung festlegt.<sup>104</sup>

Die Bezeichnung „als privatwirtschaftliche Tätigkeit“ meint nicht „ähnlich wie“, sondern umschreibt in verfassungsverbindlicher Form den Zweck der auf dem Telekommunikationsmarkt tätigen Unternehmen.<sup>105</sup> Privatwirtschaftliche Ziele stehen im Gegensatz zu den auf umfassende Gemeinwohlhervorbringung gerichteten gemeinwirtschaftlichen Unternehmenszielen. Wirtschaftlichkeit erfasst Gemeinwirtschaftlichkeit gerade nicht.<sup>106</sup> Erforderlich ist eine an kaufmännischen Leitprinzipien orientierte Unternehmenspolitik der Nachfolgeunternehmen und der anderen privaten Anbieter. Die von den einzelnen Unternehmen zu erbringenden Dienstleistungen werden als Wirtschaftsgut verstanden, durch dessen Angebot am Markt Gewinne erzielt werden sollen. Dies bedeutet nach außen eine Orientierung am Wettbewerb mit anderen Anbietern und nach innen eine Ausrichtung der Unternehmensziele auf eine Optimierung des Unternehmensgewinns. Telekommunikationsdienstleistungen werden als Wirtschaftsgut wie jedes andere verstanden, das in den freien Wettbewerb überführt wird und mit dessen Hilfe Gewinne erzielt werden sollen.<sup>107</sup> Kurzum: Dem durch Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ausgeformten Telekommunikationsverfassungsrecht liegt ein deutliches Bekenntnis zugunsten der Kommerzialisierung der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen zugrunde.<sup>108</sup>

Dieser in der Formulierung „privatwirtschaftliche Tätigkeiten“ zum Ausdruck kommende Kommerzialisierungsgedanke findet seine Entsprechung in der Gleichstellung der Nachfolgeunternehmen mit „anderen privaten Anbietern“ in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG. Für private Anbieter ist die auf Gewinnmaximierung ausgerichtete Unternehmenszielsetzung eine Selbstverständlichkeit. Gewinnorientierung ist Grundlage und Motivationskraft der Privaten für die Teilnahme am Markt der Telekommunikationsdienstleistungen. Sie erbringen nur insoweit Dienstleistungen, als derartige Angebote unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvoll und lukrativ erscheinen. Da Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen zwischen den Nachfolgeunternehmen und privaten Anbietern keinen Unterschied macht, sondern beide ausdrücklich gleichstellt, ist das den privaten Telekommunikationssektor prägende Strukturprinzip der Wirtschaftlichkeit auch für die Nachfolgeunternehmen verbindlich.<sup>109</sup>

#### bb) Herstellung und Gewährleistung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte als staatliche Pflichtaufgabe

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG beruht auf dem Wettbewerbsprinzip.<sup>110</sup> Bereits aus dem Wortlaut des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG („... und durch andere private Anbieter ...“) ergibt sich, dass auf den Telekommunikationsmärkten wettbewerbliche Strukturen bestehen müssen. Der Verfassungsgesetzgeber bekennt sich damit ausdrücklich zum Wettbewerbsprinzip. Dieses Wettbewerbsprinzip ist von dem Prinzip der Privatwirtschaftlichkeit zu unterscheiden. Privatwirtschaftlichkeit verweist auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und damit auf eine auf Gewinn gerichtete Betätigung; sie ist auch dann gegeben, wenn ein privatwirtschaftliches Unternehmen ohne Wettbewerber handelt.<sup>111</sup> Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG geht über die Festlegung auf die Privatwirtschaftlichkeit hinaus. Telekommunikationsdienstleistungen sind neben der DTAG „durch andere private Anbieter“ zu erbringen. Art. 87f Abs. 1 S. 2 GG verlangt die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte. Das Wettbewerbsprinzip tritt neben das ebenfalls in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ressortierende Prinzip der Privatwirtschaftlichkeit.<sup>112</sup>

Von – insbesondere im gegebenen Zusammenhang – herausragender Bedeutung ist die Frage, ob die Verfassungsbestimmung des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG eine Verpflichtung des Bundes zur Herstellung und Aufrechterhaltung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte begründet. Nur vereinzelt wird die Aussagekraft des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG darauf reduziert, die Monopolsituation im Telekommunikationssektor zu beseitigen und neben dem vormaligen Monopolisten weitere private Anbieter zuzulassen, die sich privatwirtschaftlich betätigen.<sup>113</sup> Demgegenüber geht die nahezu einhellige Auffassung davon aus, dass der Bund – über die Liberalisierung hinaus – von Verfassungs wegen verpflichtet ist, einen funktionsfähigen Wettbewerb in den liberalisierten Telekommunikationsmärkten herzustellen und zu gewährleisten.<sup>114</sup> Dem Wortlaut des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG lässt sich dieses Ergebnis indes nicht entnehmen.<sup>115</sup> Im Gegensatz zu Art. 87f Abs. 1 GG enthält Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG keinen ausdrücklichen Gewährleistungsauftrag. Auch ist die Entstehungsgeschichte zu dieser Frage unergiebig. In den Materialien des verfassungsändernden Gesetzgebers sucht man vergeblich nach Ansätzen, die eine Förderungspflicht nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG begründen.<sup>116</sup> Eine solche staatliche Garantiefunktion folgt jedoch aus der Ratio der Vorschrift. Normziel des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ist die Verwirklichung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation. Der „herausragenden Bedeutung“ des Telekommunikationssektors für die Volkswirtschaft<sup>117</sup> kann nur durch funktionsfähige Märkte entsprochen werden. Im Zeitpunkt der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte war dieser von Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG avisierte Zustand funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte nicht erkennbar. Der vormalig monopolistisch geprägte Telekommunikationsmarkt ist nach seiner Liberalisierung durch die erhebliche Marktmacht des ehemaligen Monopolisten und die damit verknüpften Verbund- und Skalenvorteile im Verhältnis zu den Wettbewerbern gekennzeichnet. Darüber hinaus sind die Wettbewerber – wie etwa im Bereich des Zugangsnetzes – von der Bereitstellung von Vorleistungen des Altsassen abhängig, um Dienstleistungen auf nachgelagerten Märkten gegenüber den Endnutzern anbieten zu können.<sup>118</sup> Ohne Regulierung können

102 BT-Drs. 12/6717, 3.

103 *Lerche* (Fn. 97), Art. 87f Rn. 54 Fn. 4; *Windthorst* (Fn. 40), S. 198; *ders.* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 27; *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 52.

104 *Lerche* (Fn. 97), Art. 87f Rn. 54; *Windthorst* (Fn. 40), S. 198; *ders.* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 27; *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 52.

105 *Lerche* (Fn. 97), Art. 87f Rn. 34, 54; *Windthorst* (Fn. 40), S. 199; *ders.* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 27; *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 53.

106 *Lerche* (Fn. 97), Art. 87f Rn. 34; *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 53; siehe auch *Schmidt-Abmann/Röhl*, DÖV 1994, 577, 581.

107 *Lerche* (Fn. 97), Art. 87f Rn. 54 mit Fn. 7; *Windthorst* (Fn. 40), S. 199; *ders.* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 27; *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 53.

108 *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 53.

109 *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 54.

110 Deutlich BVerfGE 108, 370, 393 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01).

111 Zutreffend BVerfGE 108, 370, 393 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01).

112 Diese Unterscheidung zwischen beiden Ordnungsprinzipien findet in BVerfGE 108, 370, 393 (Beschl. v. 7.10.2003 – Az. 1 BvR 1712/01) nicht hinreichend Beachtung.

113 So *Chan*, Staatliche Regulierung des konkurrentennützigen Netzzugangs im Bereich der Telekommunikation, 2001, S. 148 ff.; *Reinke* (Fn. 69), S. 80 f.

114 BVerfG, NJW 2001, 2960, 2961 (Beschl. v. 18.1.2001 – Az. 1 BvR 1700/00); BVerfGE 117, 93, 100 (Urt. v. 10.10.2002 – Az. 6 C 8.01); BVerfG, NVwZ 2001, 1399, 1407 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); NVwZ 2004, 233, 237 (Urt. v. 25.6.2003 – Az. 6 C 17.02); *Eifert* (Fn. 97), S. 206 Fn. 943; *Engel*, Kabelfernsehen, 1996, S. 114; *Herdegen* (Fn. 36), VerfGrdL Rn. 48 f.; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 236; *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konkurrenz und Regulierung, 2000, S. 46; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 576 ff.; *Rudolf*, Das Recht auf Netzzugang in der Telekommunikation, 2001, S. 5; *Schadow*, in: Schwarze, Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht, 1999, S. 85, 86; *Wegmann* (Fn. 33), S. 179 ff.; *Wichmann* (Fn. 49), S. 76 ff.; *Wieland*, in: Dreier, GG, 2000, Art. 87f Rn. 10, 17; *Windthorst* (Fn. 40), S. 198 f., 219 ff.; *ders.* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 25; *Gersdorf* (Fn. 33), Art. 87f Rn. 61; *ders.*, DÖV 2001, 661, 667; zurückhaltend *Stern/Dietlein*, ArchivPT 1998, 309, 313.

115 *Wichmann* (Fn. 49), S. 78 f.

116 Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 12/6717, 3, 3 f.

117 BVerfG, RTKom 1999, 173, 174 (Beschl. v. 25.8.1999 – Az. 1 BvR 1499/97); NJW 2001, 2960, 2961 (Beschl. v. 18.1.2001 – Az. 1 BvR 1700/00).

118 Zu den strukturbedingten Zugangsbarrieren im Telekommunikationssektor deutlich Erwägungsgrund 11 der Märkteempfehlung der Kommission v. 11.2.

sich unter diesen Bedingungen auf Chancengleichheit beruhende, funktionsfähige Telekommunikationsmärkte nicht herauszubilden. Dies kommt in der Entwurfsbegründung zum Telekommunikationsgesetz aus dem Jahre 1996 deutlich zum Ausdruck:

„Die Bundesregierung geht davon aus, daß der Markt für Telekommunikationsdienstleistungen auch nach Wegfall der Monopole noch für längere Zeit von der Deutschen Telekom AG bestimmt sein wird. Das Unternehmen wird bei den wesentlichen Telekommunikationsdienstleistungen mit einem Marktanteil von 100 % in den Wettbewerb entlassen. Es verfügt zudem als einziges Unternehmen in der Bundesrepublik auf dem Telekommunikationsmarkt über ein flächendeckendes modernes Telefonnetz mit fast 40 Mio. Kunden und über flächendeckende Netzinfrastrukturen für Mietleitungsangebote. Darüber hinaus ist es dominanter Anbieter von Datenkommunikationsdiensten. Internationale Erfahrungen zeigen, daß sich wettbewerbliche Strukturen und Verhaltensweisen in diesen Märkten nicht allein durch die Aufhebung von Monopolrechten entwickeln. Potentielle Anbieter haben ohne besondere regulatorische Vorkehrungen keine Chance gegenüber dem dominanten Anbieter. In Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags, die Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Wettbewerb sicherzustellen, besteht ein wesentliches Ziel der gesetzlichen Bestimmungen darin, die staatlichen Rahmenbedingungen in der Telekommunikation so zu gestalten, daß chancengleicher Wettbewerb durch die neu hinzutretenden Anbieter ermöglicht wird, sowie durch regulierende Eingriffe in das Marktverhalten beherrschender Unternehmen einen funktionsfähigen Wettbewerb zu fördern. Um letzteres Ziel zu erreichen, sind sektorspezifische Regelungen als Ergänzung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht erforderlich. Die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die grundsätzlich die Existenz eines funktionsfähigen Wettbewerbs unterstellen und verhaltenskontrollierende Eingriffe und Vorgaben nur bei Vorliegen von Mißbräuchen marktbeherrschender Unternehmen vorsehen, sind für die Umwandlung eines traditionell monopolistisch geprägten Marktes unzureichend. Um potentiellen Wettbewerbern den Einstieg in den Markt tatsächlich zu ermöglichen, sind spezifische zusätzliche Regelungen erforderlich, die es der Regulierungsbehörde ermöglichen, marktbeherrschende Unternehmen in besonderer Weise zu regulieren. Dazu gehört auch die Genehmigung von Tarifen marktbeherrschender Unternehmen in wesentlichen Dienstleistungsbereichen.“<sup>119</sup>

Die auf Herstellung und Gewährleistung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte gerichtete Zielsetzung der telekommunikationsrechtlichen Regulierung (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) ist nicht nur einfachgesetzlicher Natur, sondern prägt zugleich den Normbereich des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG; mit den Worten des BVerfG:

„Die dadurch geschaffene Zulassung von Wettbewerb setzt staatliche Rahmenbedingungen voraus, die sicherstellen, dass Wettbewerb auch tatsächlich verwirklicht wird und interessierte Unternehmen überhaupt ernsthaft in Konkurrenz zur DTAG treten können.“<sup>120</sup>

Festzuhalten ist, dass Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG den Bund verpflichtet, für einen chancengleichen, funktionsfähigen Wettbewerb in den Telekommunikationsmärkten Sorge zu tragen. Hieraus ergeben sich spezifische Verpflichtungen des Bundes, die er bei der Ausgestaltung des Telekommunikationssektors und insbesondere des Zugangsregimes des TKG zu beachten hat. Hierauf wird im Folgenden eingegangen.

### (1) Herstellung und Gewährleistung gleicher (Ausgangs-) Wettbewerbsbedingungen

Die Verpflichtung zur Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs geht über die Missbrauchskontrolle

nach allgemeinem Kartellrecht hinaus. Im Gegensatz zum allgemeinen Kartellrecht, das auf der Prämisse prinzipiell funktionsfähiger, durch Chancengleichheit gekennzeichnete Märkte beruht und das deshalb im Kern auf eine Missbrauchskontrolle begrenzt ist, fehlt es in dem von Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG erfassten Sachbereich an dieser Prämisse. Die vormalig monopolistisch strukturierten Telekommunikationsmärkte sind durch strukturelle Zugangsbarrieren und Asymmetrien geprägt, welche die Entstehung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte hemmen. Der Abbau dieser strukturellen Zugangshürden und Asymmetrien ist Voraussetzung für die Herausbildung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte. Dem Bund ist nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG aufgegeben, für gleiche (Ausgangs-) Wettbewerbsbedingungen („level playing field“) der Marktteilnehmer Sorge zu tragen. Überall dort, wo die DTAG über vergleichsweise bessere wettbewerbliche Ausgangsbedingungen verfügt, die ihren spezifischen Grund in der vormaligen Monopolstellung haben, kommt dem Bund im Hinblick auf die Herstellung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Telekommunikationsmärkte eine besondere Schutzfunktion zu. Regulierung dient dem Ziel der Schaffung und Erhaltung möglichst gleicher Wettbewerbsbedingungen, die aufgrund der Besonderheiten der Telekommunikationsmärkte zunächst nicht vorliegen und – aus technologischen und (volks-) wirtschaftlichen Gründen – teilweise auch nicht vorliegen können.

Dieser Garantiegehalt des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG bezieht sich auf zwei Aspekte, die im regulatorischen Zusammenhang strikt voneinander zu unterscheiden sind:

*Erstens:* Soweit die strukturellen Asymmetrien auf der erheblichen Marktmacht des ehemaligen Monopolisten und den damit verbundenen Verbund- und Skalenvorteilen im Verhältnis zu den Wettbewerbern beruhen, nimmt der hierdurch begründete Regulierungsbedarf mit wachsender Wettbewerbsintensität stetig ab. In dem Maße, in dem die Wettbewerber dem Altsassen Marktanteile abnehmen, reduziert sich die Schutzpflicht des Staates.

*Zweitens:* Soweit die strukturellen Asymmetrien – wie etwa im Bereich des Zugangsnetzes – in der Abhängigkeit der Wettbewerber von der Bereitstellung von Vorleistungen des Altsassen liegen, um Dienstleistungen auf nachgelagerten Märkten gegenüber den Endnutzern anbieten zu können, ist zu differenzieren. Sind entsprechende Vorleistungsprodukte – wie Netze etc. – in volkswirtschaftlich sinnvoller Weise nicht reproduzierbar, ist der Schutzbedarf beim Zugang zu solchen natürlichen Monopolen entsprechend groß. Ist den Wettbewerbern hingegen der Aufbau alternativer Infrastrukturen wirtschaftlich möglich, kann ihnen der Zugang zur Infrastruktur des Altsassen wenigstens dauerhaft nicht gewährleistet werden. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG enthält keinen Freibrief zur „Trittbrettfahrerei“, sondern verlangt im Interesse eines wirksamen Infrastrukturwettbewerbs entsprechende Investitionen der Wettbewerber.<sup>121</sup> Hierbei ist je-

2003, ABL. EU L 2003, 45: „Strukturbedingte Zugangshindernisse ergeben sich aus der anfänglichen Kosten- oder Nachfragesituation, die zu einem Ungleichgewicht zwischen den etablierten Betreibern und Einsteigern führt, deren Marktzugang so behindert oder verhindert wird. Bedeutende strukturbedingte Hindernisse liegen beispielsweise vor, wenn erhebliche mengen- und größenbedingte Vorteile und hohe Ist-Kosten der Vergangenheit für den Markt charakteristisch sind. Bislang treten derartige Hindernisse noch immer im Zusammenhang mit der weit verbreiteten Entwicklung bzw. Bereitstellung von Ortsanschlusnetzen an festen Standorten auf. Ein entsprechendes strukturbedingtes Hindernis kann auch vorliegen, wenn die Bereitstellung eines Dienstes eine Netzkomponente erfordert, die sich technisch nicht oder nur zu hohen Kosten nachbauen lässt, so dass der Dienst für Mitbewerber unrentabel wird“; vgl. zu den Regulierungsgründen im Telekommunikationssektor statt vieler v. Breitenbuch, Wettbewerbsaufsicht und Verhältnismäßigkeit, 2006, S. 32 ff.; Enaur, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation, 2004, S. 2 ff.; Holzhäuser, Essential Facilities in der Telekommunikation, 2001, S. 25 ff.

119 BT-Drs. 13/3609, 33, 33 f.

120 BVerfG, NJW 2001, 2960, 2961 (Beschl. v. 18.1.2001 – Az. 1 BvR 1700/00) unter Hinweis auf den Gesetzentwurf zum TKG 1996, BT-Drs. 13/3609, 1; siehe auch BVerfG, NVwZ 2001, 1399, 1407 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); VG Köln, CR 1997, 639, 642 (Beschl. v. 18.8.1997 – Az. 1 L 2317/97); Wegmann (Fn. 33), S. 181; Wichmann (Fn. 49), S. 81; Windthorst (Fn. 40), S. 225; ders. (Fn. 33), Art. 87f Rn. 25; Gersdorf (Fn. 33), Art. 87f Rn. 61.

121 Vgl. hierzu noch sogleich.

doch besonders zu berücksichtigen, dass bei der Duplizierung alternativer Infrastrukturen die gleichen Ausgangsbedingungen bestehen („level playing field“).<sup>122</sup> Liegen diese im Einzelfall nicht vor, ist der Bund kraft seines Gewährleistungsauftrages nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet, durch Regulierung für gleiche Ausgangsbedingungen zu sorgen. Dies kann im konkreten Fall ein Bündel begleitender Regulierungsmaßnahmen erforderlich machen.

## (2) Förderung des Infrastrukturwettbewerbs als Voraussetzung für einen nachhaltigen Dienstwettbewerb

Die aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG folgende Verpflichtung zur Herstellung und Gewährleistung funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten bezieht sich sowohl auf den Dienste- als auch auf den Infrastrukturwettbewerb im Bereich der Telekommunikation. Dienste- und Infrastrukturwettbewerb stehen einander nicht beziehungslos gegenüber, sondern bedingen und ergänzen sich wechselseitig.<sup>123</sup> Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass aus regulierungsökonomischer Sicht infrastruktureller Wettbewerb langfristig tragfähiger ist und der Entstehung eines nachhaltigen, strukturell verfestigten Dienstwettbewerbs dient.<sup>124</sup> Erst bei wirksamem Infrastrukturwettbewerb ist ein nachhaltiger Dienstwettbewerb gesichert. Soweit der Regulierungsbedarf auf strukturellen Marktzutrittsschranken in der Gestalt „wesentlicher Einrichtungen“ beruht, muss das Ziel der Regulierung darin bestehen, Anreize für den Aufbau alternativer Infrastrukturen zu setzen. Regulierung dient dem Ziel, die Gründe für die Regulierung entbehrlich zu machen. Nur bei wirksamem Infrastrukturwettbewerb lässt sich letztlich das Endziel der Regulierung erreichen: die Abschaffung von Regulierung.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Förderung des Dienstwettbewerbs keinerlei wettbewerbliche Legitimation zukommt.<sup>125</sup> Auch wenn langfristig Infrastrukturwettbewerb vorzugswürdig ist, kann die Förderung des Dienstwettbewerbs in bestimmten Wettbewerbssituationen erforderlich sein. So kann der Zugang zur bestehenden Infrastruktur Voraussetzung für den Aufbau und die Erweiterung eigener Kundenstämme sein, die dem einzelnen Telekommunikationsunternehmen erst die Kapitalkraft für spätere Investitionen in den Auf- bzw. Ausbau eigener Netze verschaffen.<sup>126</sup> Das gilt insbesondere für kleinere, regional tätige Wettbewerber, die das für regionale oder gar bundesweite Netzinvestitionen erforderliche Kapital nicht so schnell aufbringen können wie ein bundesweit agierendes Unternehmen.

Allerdings darf die den Wettbewerb kurzfristig belebende Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs nicht dazu führen, dass die Anreize für Wettbewerber zu Investitionen in alternative Infrastrukturen entfallen, die einen nachhaltigen Dienstwettbewerb sichern.<sup>127</sup> Hierbei ist indes zu berücksichtigen, dass der Aufbau alternativer Infrastruktureinrichtungen sehr zeit- und kapitalintensiv ist. Während der Investitionsphase bedürfen die Wettbewerber eines besonderen Schutzes. Insbesondere ist ihnen der Zugang in die vorhandenen Netze solange zu gewähren, bis der Aufbau ihrer eigenen Infrastruktur abgeschlossen ist.<sup>128</sup>

## IV. Bestandsgarantie des Zugangs der Wettbewerber zum kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG

Unter Zugrundelegung der herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Maßstäbe kann nun die Frage beantwortet werden, ob den Wettbewerbern Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz während der Migration zum Anschlussnetz der nächsten Generation („Next Generation Access Network“) von Verfassungen wegen zu gewähren ist.

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass die Ausgestaltung der Netzzugangsregulierung ein tripolares Rechtsverhältnis zwischen der DTAG, ihren Wettbewerbern und der Bundesnetzagentur betrifft, in dem unterschiedliche verfassungsrechtliche Positionen auf Verwirklichung drängen. Die DTAG kann sich insoweit auf die grundrechtlich geschützte Eigentumsgarantie und das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen.<sup>129</sup> Flankiert werden diese Wirtschaftsgrundrechte durch

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG, der die Privatwirtschaftlichkeit zum Strukturprinzip des Telekommunikationsverfassungsrechts erklärt.<sup>130</sup> Vor diesem Hintergrund genießt die DTAG besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, wenn sie ihr Zugangsnetz als Bestandteil des NGN zu einem „All IP“-Netz umbaut. Die damit verbundenen Effizienzsteigerungen sind Ausfluss der unternehmerischen Eigenverantwortlichkeit der DTAG (Art. 12, Art. 14 und Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG)<sup>131</sup> und erhöhen die technische Leistungsfähigkeit des Netzes, was der Zielsetzung des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG entspricht. Ebenso genösse die DTAG grundrechtlichen Schutz, sofern sie im Zuge der Migration des Zugangsnetzes zu einem NGN künftig eine erhebliche Anzahl von HVt zu schließen und das HVt und KVz verbindende Hauptkabel aus den Leerrohren zu entfernen beabsichtigte. Solche Infrastrukturmaßnahmen wären Ausdruck der wirtschaftlichen Entscheidungsrationalität der DTAG, die von Art. 12 und Art. 14 GG geschützt ist. Aus diesen grundrechtlichen Positionen folgt die Befugnis, den Betrieb von Telekommunikationslinien und von Teilen derselben einzustellen, die zur Bereitstellung entsprechender (DSL-) Angebote nicht mehr benötigt werden. Wegen des gesteigerten sozialen Bezugs und der sozialen Funktion des Netzeigentums muss sich die DTAG indes erhebliche Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit gefallen lassen. Das Netzeigentum der DTAG unterliegt besonderer Sozialpflichtigkeit, solange und soweit ihre Wettbewerber auf dessen Nutzung angewiesen sind.<sup>132</sup>

Die Wettbewerber der DTAG, namentlich die alternativen TNB, können sich beim Netzzugang ebenfalls auf grundrechtlichen Schutz berufen. Der Staat hat kraft seiner ihm obliegenden grundrechtlichen Schutzpflichten dafür Sorge zu tragen, dass die bestehenden strukturellen Asymmetrien im Bereich des Zugangsnetzes ausgeglichen werden. Erst die Regulierung schafft die notwendigen Voraussetzungen dafür, dass sich DTAG und Wettbewerber beim Netzzugang auf Augenhöhe begegnen und chancengleicher Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten möglich ist.<sup>133</sup> Die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerber auf den Märkten der Telekommunikation bestimmt sich nach dessen Funktionsbedingungen, die sich aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ergeben.<sup>134</sup>

Auf eine grundrechtliche Kollisionslage, in der die Grundrechtsspositionen der DTAG und der Wettbewerber im Konflikt miteinander stehen, lässt sich die verfassungsrechtliche Dimension der Zugangsproblematik indes nicht reduzieren.<sup>135</sup> Denn wie bereits erwähnt,<sup>136</sup> ist Gegenstand der hier in Rede stehenden Konfliktlage ein mehrpoliges, tripolares Rechtsverhältnis, an dem erstens der Staat in der Gestalt des Gesetzgebers und der Bundesnetzagentur, zweitens die DTAG als Adressatin legislatorischer bzw. exekutiver Regulierungsmaßnahmen und drittens die Wettbewerber

122 Vgl. in diesem Zusammenhang besonders deutlich die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zu § 9a TKG (BT-Drs. 16/3635, 43): „Dies gilt allerdings nur dann, wenn sich Vorreitervorteile etwa in Form temporärer Monopolstellungen auf der Basis gleicher Ausgangsbedingungen (level-playing-field) im Wettbewerb herausbilden und die Angreifbarkeit dieser Monopole durch imitierende Wettbewerber jederzeit möglich ist. Resultieren die Monopolstellungen aus Asymmetrien bzw. ungleichen Ausgangsbedingungen (z. B. Zugang des Innovators zu wesentlichen Einrichtungen, die Wettbewerbern nicht offenstehen) oder besteht die Gefahr einer Verfestigung der Monopole, besteht eindeutig Bedarf für regulatorische Eingriffe.“

123 Statt aller *Thomaschki*, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 21 Rn. 59.

124 So auch *Koenigl/Loetz*, TKMR 2004, 132, 136; *Thomaschki* (Fn. 123), § 21 Rn. 59.

125 Ebenso zu § 33 TKG 1996 BVerwG, K&R 2004, 296, 301 (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02); *Thomaschki* (Fn. 123), § 21 Rn. 59.

126 Vgl. *Piepenbrock/Attendor*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. A., 2006, § 21 Rn. 94: „Wettbewerbsleiter“; *Thomaschki* (Fn. 123), § 21 Rn. 59.

127 Erwägungsgrund 19 der Zugangsrichtlinie.

128 Vgl. *Eschweiler*, K&R 1998, 530, 534; *Holzhäuser* (Fn. 118), S. 27; *Kemmler*, ArchivPT 1996, 321.

129 Vgl. hierzu oben, unter III. 1. b) u. c).

130 Vgl. oben, unter III. 3. b) aa).

131 Vgl. BVerwG, NVwZ 2001, 1399, 1406 f. (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); NVwZ 2004, 878, 883 (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02).

132 Vgl. oben, unter III. 1. b) cc).

133 Vgl. oben, unter III. 2. a) bb), insbesondere bei und nach Fn. 85.

134 Oben, unter III. 2. b) u. c).

135 Zutreffend *Wegmann* (Fn. 33), S. 203.

136 Vgl. bereits oben, unter III. 2. vor Fn. 68.

ber als Begünstigte entsprechender Regulierungsmaßnahmen beteiligt sind. In diesem Konflikt tritt der Staat nicht lediglich als „Schiedsrichter“ auf, der in einem grundrechtlichen Konflikt zwischen zwei Grundrechtsträgern zu schlichten und einen Interessenausgleich im Sinne praktischer Konkordanz herbeizuführen sucht. Vielmehr obliegt ihm eine eigenständige verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe, die diesseits grundrechtlicher Schutzbezirke ressortiert: in der telekommunikationsverfassungsrechtlichen Vorschrift des Art. 87f GG, Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet den Bund, für funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation Sorge zu tragen. Die Herstellung und Gewährleistung eines auf Chancengleichheit beruhenden Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation ist dem Bund als verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe auferlegt. In diesem positiven Gestaltungsauftrag des Bundes unterscheidet sich das Telekommunikationsrecht von anderen (Wirtschafts-) Bereichen, in denen sich die Lösung verfassungsrechtlicher Konfliktlagen regelmäßig in der Abwägung der kollidierenden Grundrechte erschöpft.

Mit der Bundesnetzagentur nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG obliegenden Gewährleistungsfunktion wäre es unvereinbar, wenn die Funktionsfähigkeit der Telekommunikationsmärkte von der Unternehmensstrategie der DTAG abhängig wäre. Von Verfassungs wegen steht die Funktionsfähigkeit der Telekommunikationsmärkte nicht zur Disposition der DTAG. Die Verwirklichung des Garantiegehalts des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG darf nicht der Entscheidungsrationale der DTAG anheimfallen.

Hieraus folgt, dass der Bundesnetzagentur von Verfassungen wegen die Aufgabe zufällt, den Prozess der Migration des Zugangsnetzes zu einem „All IP“-Netz regulatorisch zu begleiten. Sie hat unter den gegenwärtigen Bedingungen dafür Sorge zu tragen, dass den Wettbewerbern der Zugang zum bisherigen Zugangsnetz der DTAG auch künftig offensteht. Zwei Gründe sind hierfür ausschlaggebend. Zum einen hat die Bundesnetzagentur in der Migration zum NGAN zu gewährleisten, dass die aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG folgende Chancengleichheit der Marktteilnehmer erhalten bleibt. Chancengleichheit setzt voraus, dass die Entscheidung darüber, auf welche Weise die Endkunden versorgt werden, allein von den Wettbewerbern zu treffen ist. Die Wettbewerber dürfen insoweit nicht in Abhängigkeit von der DTAG geraten. Die Wettbewerber sind nicht deshalb auf einen FTTC-/VDSL2-Zugang festgelegt, weil sich die DTAG für diese Zugangsvariante entscheidet. Die Entscheidung darüber, ob dem Kunden lediglich der bisherige DSL2+-Anschluss oder aber ein FTTC-/VDSL2-Anschluss bzw. ein FTTC-Anschluss angeboten wird, obliegt allein den alternativen TNB. Der DTAG ist es daher nicht zu gestatten, durch Auflösung der HVt und durch Entfernen des sich vom HVt zum KVz erstreckenden kupferbasierten Hauptkabels die Möglichkeit eines DSL2+-Anschlusses zu vereiteln.

Zum anderen wäre die Funktionsfähigkeit der Endkundenmärkte nicht gewährleistet, wenn es der DTAG erlaubt wäre, das bisherige Zugangsnetz zurückzubauen. Solange und soweit die Wettbewerber ihre Dienstleistungen über das rein kupferbasierte Zugangsnetz erbringen, ist die Aufrechterhaltung der bisherigen Netzinfrastruktur Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Endkundenmärkte. Die Funktionsfähigkeit der Endkundenmärkte steht nicht zur Disposition der DTAG, sondern ist von der Bundesnetzagentur von Verfassungen wegen zu gewährleisten.

Den Vorgaben des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG wäre nicht bereits entsprochen, wenn die Bundesnetzagentur weiterhin den Zugang zu den aktuell bundesweit vorhandenen 73 Breitband-Verbindungsknotenpunkten („Points-of-Presence“, PoP) im IP-Kernnetz der DTAG gewährte (IP-Bitstrom-Zugang)<sup>137</sup> und hierzu flankierend Zugang zum KVz der DTAG anordnete. Bei einem solchen Modell reduzierte sich der Infrastrukturwettbewerb zwischen der DTAG und den Wettbewerbern im Kern auf die – am oder im KVz der DTAG untergebrachte – Vermittlungstechnik. Im Übrigen aber beruhte der Zugang auf dem (Geschäfts-) Modell eines reinen Wiederverkaufs.

Sofern einzelne alternative TNB sich freiwillig für ein solches Geschäftsmodell entscheiden sollten, wäre hiergegen von Verfassungen wegen an nichts zu erinnern. Die verbindliche Fest-

legung auf ein solches Modell entspräche jedoch nicht den Vorgaben des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG. Es wäre mit Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar, wenn die Bundesnetzagentur *anstelle* des Zugangs zum bisherigen rein kupferbasierten Netz nur noch einen IP-Bitstrom-Zugang regulatorisch gewährleisten würde:

Es ist bereits fraglich, ob die Bandbreite des Konzentratornetzes der DTAG ausreichte, um sämtliche Dienste aller nachfragenden Telekommunikationsunternehmen transportieren zu können. Insbesondere bei „Triple Play“-Angeboten der einzelnen Unternehmen mit 100 oder mehr HDTV-Fernsehprogrammen sowie weiteren hochauflösenden Videodiensten dürfte die Kapazität des Konzentratornetzes der DTAG rasch erschöpft sein.

Von entscheidender Bedeutung ist jedoch, dass der Bund sub specie des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet ist, den Infrastrukturwettbewerb als Voraussetzung für nachhaltigen Dienstewettbewerb zu fördern.<sup>138</sup> Die Festlegung auf einen IP-Bitstrom-Zugang drängte die alternativen TNB im Wesentlichen in die Rolle reiner Wiederverkäufer. Dadurch würde die Abhängigkeit der alternativen TNB von der DTAG gleichsam perpetuiert. Durch die Fixierung auf einen IP-Bitstrom-Zugang würde der Infrastrukturwettbewerb nicht gefördert, sondern verkürzt und damit das Normziel des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verfehlt.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die alternativen TNB, die ihre Netze unter Aufwendung erheblicher Investitionen zu den HVt der DTAG herangeführt haben, ihre Netze mit den PoP-Standorten der DTAG verbinden und hierfür abermals in erheblichem Umfang Kapital einsetzen müssten. Diese Investitionen dienten nicht dem Infrastrukturwettbewerb und wären daher regulatorisch kaum zu rechtfertigen.

Gegen einen IP-Bitstrom-Zugang als Alternative zum Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG spricht schließlich, dass den alternativen TNB die Option auf eine FTTC-Zugangsvariante (FTTC/VDSL2, Glasfaser bis ins Gebäude [„Fibre To The Building“, FTTB] bzw. bis in die Wohnung [„Fibre To The Home“, FTTH]) erhalten bleiben muss. Bei einer Realisierung eines eigenen FTTB- bzw. FTTH-Zugangs durch alternative TNB wäre ihre Abhängigkeit von der DTAG im Wesentlichen beseitigt und das zentrale Regulierungsziel, nachhaltigen Infrastrukturwettbewerb herzustellen, erreicht (vgl. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG). Die FTTC-Zugangsvariante setzt den Erhalt der HVt der DTAG voraus. Die alternativen TNB haben die HVt der DTAG mit ihren Netzen erschlossen. Investitionen in einen FTTC-Zugang erscheinen wirtschaftlich nur sinnvoll, wenn der Netzzugang seinen Ausgangspunkt im HVt der DTAG hat, wo die Netze der alternativen TNB derzeit im Regelfall münden. Für die Realisierung eines möglichen FTTC-Zugangs muss den alternativen TNB jedoch ein gewisser Zeitkorridor eingeräumt werden, weil sie im Vergleich zur DTAG schlechtere wettbewerbliche Ausgangsbedingungen haben.<sup>139</sup>

Allerdings darf der Bestandsschutz des Zugangs zum rein kupferbasierten Zugangsnetz und seinen Einrichtungen nicht dazu führen, dass Anreize für Wettbewerber zu Investitionen in alternative Infrastrukturen entfallen, die langfristig stärkeren Wettbewerb sichern.<sup>140</sup> Gerade im Bereich des Zugangsnetzes ist der Aufbau alternativer Infrastrukturen von herausragender Bedeutung, weil dadurch die Abhängigkeit der Wettbewerber von der DTAG reduziert und der Dienstewettbewerb in den Endkundenmärkten nachhaltig belebt würde.

Hierbei ist jedoch besonders zu berücksichtigen, dass bei der Duplizierung alternativer Infrastrukturen die gleichen Ausgangsbedingungen („level playing field“) bestehen müssen. Nach Lage der Dinge ist diese Voraussetzung nicht gegeben. Ökonomische Analysen haben gezeigt, dass die für einen FTTC/VDSL-Zugang anfallenden Investitionen erst bei einem Marktanteil von 30 % bis 40 % wirtschaftlich sinnvoll sind.<sup>141</sup> Für die

137 Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 13.9.2006 – Az. BK 4a-06-039/R – IP-Bitstrom-Zugang.

138 Vgl. hierzu oben, unter III. 3. b) bb) (2).

139 Vgl. hierzu noch sogleich vor und bei Fn.145.

140 Vgl. hierzu oben, unter III. 3. b) bb) (2).

141 Hierzu umfassend WIK (Fn. 22); JPMorgan (Fn. 21), S. 1 ff.; zur Situation in den

DTAG stellt diese Markteintrittschwelle kein unüberwindbares Hindernis dar. Auch wenn die Marktanteile der DTAG am DSL-Markt seit Jahren rückläufig sind, hatte das Unternehmen Ende 2006 noch einen Marktanteil von knapp 50%.<sup>142</sup> Gegenwärtig hält die DTAG im DSL-Neukundengeschäft einen Marktanteil von 48%.<sup>143</sup> Demgegenüber verfügt derzeit kein alternativer TNB auf dem Endkundenmarkt über einen Marktanteil von (mindestens) 30%. Hinzu kommt, dass die Investitionen von Unternehmen, die erst später in den auf dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) basierten Wettbewerb eingestiegen sind, noch nicht vollständig abgeschlossen sind. Außerdem können umsatzschwächere, regional tätige Wettbewerber das für eine Migration zum KVz bzw. für eigene FTIX-Zugänge erforderliche Kapital im Vergleich zu bundesweit agierenden Unternehmen nicht so schnell aufbringen. Vor diesem Hintergrund besteht für die Wettbewerber die Notwendigkeit, die bei einem Netzausbau anfallenden Kosten zu teilen, um einen Hochgeschwindigkeitsanschluss auch mit geringeren Marktanteilen konkurrenzfähig anbieten zu können. Verschiedene Modelle der Zusammenarbeit sind möglich.<sup>144</sup> So wäre etwa die Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft sämtlicher alternativen TNB denkbar, welche die Netzkapazitäten zu gleichen Bedingungen an alle beteiligten Wettbewerber weiterverkaufte. Auch könnten die alternativen TNB den Netzaufbau geographisch untereinander aufteilen. In der Folge könnten dann die Kapazitäten zwischen den beteiligten Unternehmen wechselseitig getauscht werden, um auf diese Weise allen Unternehmen eine bundesweite Vermarktung von Hochgeschwindigkeitsanschlüssen zu ermöglichen. Beide Modelle setzen eine eingehende kartellrechtliche und ggf. fusionsrechtliche Überprüfung durch das BKartA voraus. Ungeachtet des Ausgangs dieser kartell- und fusionsrechtlichen Überprüfung entstünde kein nennenswerter Infrastrukturwettbewerb zwischen den Wettbewerbern. Der Infrastrukturwettbewerb reduzierte sich auf das Verhältnis der DTAG zu der Gruppe der alternativen TNB. Innerhalb der Gruppe der alternativen TNB führte eine Zusammenarbeit im Bereich des Netzausbaus letztlich dazu, dass die (von allen Wettbewerbern getragene) überregionale Netzgesellschaft bzw. die von dem betreffenden regionalen Anbieter verkauften Netzkapazitäten von den nachfragenden Anbietern weiterverkauft würden. Das Kooperationsmodell läuft daher auf einen Wiederverkauf von Hochgeschwindigkeitsanschlüssen hinaus. Ein solches Modell führt zu einer grundlegenden Neubestimmung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Wettbewerbern der DTAG.

Weiter erscheinen die regional tätigen Wettbewerber, die im Vergleich zu den bundesweit agierenden Unternehmen deutlich geringere Umsätze aufweisen, besonders schutzwürdig. Es gilt zu verhindern, dass sich der Wettbewerb bei den Hochgeschwindigkeitsanschlüssen auf Ballungsräume konzentriert und infolgedessen ländliche Regionen bei der Versorgung mit moderner Telekommunikationsinfrastruktur weiter zurückfallen. Deshalb muss den regional tätigen Wettbewerbern der Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG und seinen Einrichtungen solange erhalten bleiben, bis sie über das notwendige Kapital für die Realisierung eigener FTIX-Zugänge verfügen.

Vor diesem Hintergrund kann der Zugang der Wettbewerber zum rein kupferbasierten Zugangsnetz nicht unter Berufung darauf versagt werden, dass die Wettbewerber es selbst in der Hand hätten, durch Investitionen in alternative Infrastrukturen den Zugang zu den Endkundenmärkten offenzuhalten. Die einzelnen Wettbewerber verfügen insoweit nicht über die gleichen wettbewerblichen Ausgangsbedingungen wie die DTAG. Aufgrund ihrer Marktmacht ist allein für die DTAG ein entsprechender Netzausbau wirtschaftlich uneingeschränkt sinnvoll. Infrastrukturkartelle oder sonstige Kooperationsformen der Wettbewerber begründen keine gleichen Ausgangsbedingungen für Netzinvestitionen. Die Wettbewerber müssen über die Zugangsmodalitäten autonom bestimmen können. Die Unternehmensstrategie kann daher auch zunächst in der Erweiterung des Kundenstammes liegen, um sich auf diese Weise die Kapitalkraft für spätere Investitionen in den Aufbau eines eigenen Zugangsnetzes (FTTC/VDSL oder FTTB bzw.

FTTH) zu verschaffen.<sup>145</sup> Dies gilt insbesondere für die regional agierenden Wettbewerber, die im Vergleich zu den bundesweit auftretenden Unternehmen deutlich geringere Umsätze haben. Die sub specie des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG zu gewährleistende Unabhängigkeit der Wettbewerber ist nur dann sichergestellt, wenn der Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz und dessen Einrichtungen auch weiterhin eröffnet bleibt.

Überwiegende schutzwürdige Positionen der DTAG stehen dem nicht entgegen. Der DTAG bleibt es unbenommen, ihr Zugangsnetz auf eine „All IP“-Technologie umzustellen und damit die technische Leistungsfähigkeit des Netzes zu erhöhen, was der Zielsetzung des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG entspricht.<sup>146</sup> Die Verpflichtung zur Bereitstellung des rein kupferbasierten Zugangsnetzes lässt die Entscheidung der DTAG unberührt, ihre Kunden exklusiv im Wege der FTTC-/VDSL2-Zugangsvariante zu versorgen. In diesem Fall müssten die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der klassischen TAL ausschließlich die Wettbewerber tragen. Sofern die DTAG das kupferbasierte Zugangsnetz nicht mehr nutzt, können ihr die Kosten der TAL nicht mehr (anteilig) aufgebürdet werden. Allerdings wäre zu überlegen, ob die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dann nicht mehr wie bislang nach den Wiederbeschaffungskosten („Greenfield“-Ansatz), sondern unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten des bestehenden Netzes ermittelt werden müssten.

Weiterhin wäre die DTAG nicht daran gehindert, im Zuge der Migration des Zugangsnetzes zu einem NGAN die Liegenschaften, auf denen sich die HVT befinden, zu veräußern. Entscheidend wäre nur, dass der Zugang der alternativen TNB zur TAL auch weiterhin gewährleistet bleibt. Dies wäre etwa im Wege von Kollokationen möglich, wie sie teilweise bereits praktiziert werden. Das aber schliesse nicht aus, dass sich die DTAG von den entsprechenden Liegenschaften trennt. Deshalb sind die grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Interessen der DTAG (Art. 12 und Art. 14 GG) hinreichend gewahrt. Die im Vergleich zu einer „unbelasteten Veräußerung“ ggf. entstehenden Mindereinnahmen wären Ausdruck der besonderen Sozialpflichtigkeit der DTAG, die ihren spezifischen Grund darin hat, dass die alternativen TNB zur Verwirklichung ihrer grundrechtlichen Freiheiten von der Inanspruchnahme der Netzinfrastruktur der DTAG abhängig sind.<sup>147</sup>

Die der DTAG von Verfassungs wegen aufzuzubehaltende Verpflichtung zur Bereitstellung ihres kupferbasierten Zugangsnetzes respektive der hiermit im Zusammenhang stehenden Einrichtungen findet ihre Ermächtigungsgrundlage in § 21 Abs. 3 TKG. § 21 Abs. 3 TKG setzt nicht lediglich auf die Bereitstellung der TAL durch die DTAG auf. Vielmehr begründet eine nach § 21 Abs. 3 TKG auferlegte Zugangsverpflichtung implizit das Verbot, den Gegenstand der Zugangsverpflichtung zurückzubauen. Sofern der Zugang zum tradierten Zugangsnetz nach § 21 Abs. 3 TKG angeordnet wird, ist es der DTAG verwehrt, HVT aufzulösen und das zwischen HVT und KVz vorhandene Hauptkabel aus dem Leerrohr zu entfernen. § 21 Abs. 3 TKG ermöglicht daher, dass auch in der Migration zum NGAN der Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz eröffnet bleibt und damit das Normziel des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verwirklicht wird.

## V. Zusammenfassung in Thesen

### 1. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob der Zugang der alternativen TNB zum rein kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG während der Migration zum Anschlussnetz der

Niederlanden Analysis (Fn. 27), S. 11 ff.; siehe auch ERG (Fn. 21), ERG (07) 16, S. 13 ff.

142 TNS Infratest (Fn. 28), S. 102.

143 Pressemitteilung der DTAG v. 8.11.2007 (Fn. 29).

144 Vgl. hierzu FAZ v. 16.7.2007, 19.

145 Vgl. Piepenbrock/Attendorf (Fn. 126), § 21 Rn. 94; Thomaschki (Fn. 123), § 21 Rn. 59.

146 Vgl. hierzu bereits oben bei Fn. 130.

147 Vgl. hierzu oben, unter III. 1. b) cc).

nächsten Generation („Next Generation Access Network“, NGAN) von Verfassungen wegen offenstehen muss.

## 2. Netz der nächsten Generation („Next Generation Network“)

Das Konzept des Netzes der nächsten Generation („Next Generation Network“, NGN) beruht auf einer einheitlichen, für sämtliche Übertragungswege geltenden technologischen Architektur. An die Stelle der bisherigen Telekommunikationsnetze kennzeichnenden Leitungsvermittlung soll eine auf dem Internetprotokoll (IP) beruhende Paketvermittlung treten.<sup>148</sup> Die Netzbetreiber verfolgen mit NGN vor allem zwei Ziele. Zum einen sollen durch eine Netz- und Technologieoptimierung Kosten eingespart werden. Und zum anderen erhofft man sich neue Einnahmequellen, insbesondere durch die Vermarktung neuer Dienste.<sup>149</sup> Das Zugangsnetz (NGAN) ist Bestandteil des NGN. Für das NGAN stehen technologisch mehrere Zugangsvarianten zur Verfügung. Die DTAG hat sich für ein hybrides Zugangsnetz (FTTC/VDSL2) entschieden.<sup>150</sup>

## 3. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Zugangsregulierung

a) Die Ausgestaltung der Netzzugangsregulierung betrifft ein mehrpoliges, tripolares Rechtsverhältnis, an dem erstens der Staat in der Gestalt des Gesetzgebers und der Bundesnetzagentur, zweitens die DTAG als Adressatin legislatorischer bzw. exekutiver Regulierungsmaßnahmen und drittens die Wettbewerber als Begünstigte entsprechender Regulierungsmaßnahmen beteiligt sind. In diesem tripolaren Rechtsverhältnis drängen unterschiedliche verfassungsrechtliche Positionen auf Verwirklichung.

aa) Der (grundrechtsfähigen<sup>151</sup>) DTAG kommen die grundrechtlich geschützte Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) zugute. Wegen des gesteigerten sozialen Bezugs und der sozialen Funktion des Netzeigentums muss sich die DTAG indes erhebliche Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit gefallen lassen. Das Netzeigentum der DTAG unterliegt besonderer Sozialpflichtigkeit, solange und soweit ihre Wettbewerber auf dessen Nutzung angewiesen sind.<sup>152</sup>

bb) Die Wettbewerber der DTAG, namentlich die alternativen TNB, können sich beim Netzzugang ebenfalls auf grundrechtlichen Schutz (Art. 12 und Art. 14 GG) berufen. Der Staat hat kraft seiner ihm obliegenden grundrechtlichen Schutzpflichten dafür Sorge zu tragen, dass die bestehenden strukturellen Asymmetrien im Bereich des Zugangsnetzes ausgeglichen werden. Erst die Regulierung schafft die notwendige Voraussetzung dafür, dass sich DTAG und Wettbewerber beim Netzzugang auf Augenhöhe begegnen und ein chancengleicher Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten möglich ist.<sup>153</sup> Die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerber auf den Märkten der Telekommunikation bestimmt sich nach dessen Funktionsbedingungen, die sich aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ergeben.<sup>154</sup>

cc) In dem tripolaren verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis tritt der Staat nicht lediglich als „Schiedsrichter“ auf, welcher in einem grundrechtlichen Konflikt zwischen zwei Grundrechtsträgern zu schlichten und einen Interessenausgleich im Sinne praktischer Konkordanz herbeizuführen sucht. Vielmehr obliegt ihm eine eigenständige verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe, die diesseits grundrechtlicher Schutzbezirke ressortiert: in der telekommunikationsverfassungsrechtlichen Vorschrift des Art. 87f GG. Art. 87f GG verpflichtet den Bund, für einen funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation Sorge zu tragen. Die Herstellung und Gewährleistung eines auf Chancengleichheit beruhenden Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation ist dem Bund als verfassungsrechtliche Pflicht auferlegt. Sedes materiae dieser auf die Herstellung und Gewährleistung funktionsfähiger Telekommunikationsmärkte gerichteten Pflichtaufgabe des Bundes ist nicht Art. 87f Abs. 1 i. V. m. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG,<sup>155</sup> sondern Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG.<sup>156</sup> In Verwirklichung dieses verfassungsrechtlichen Auftrags hat der Bund *zum einen*

für gleiche (Ausgangs-) Wettbewerbsbedingungen („level playing field“) der Marktteilnehmer Sorge zu tragen. Überall dort, wo die DTAG über vergleichsweise bessere wettbewerbliche Ausgangsbedingungen verfügt, die ihren spezifischen Grund in der vormaligen Monopolstellung haben, kommt dem Bund im Hinblick auf die Herstellung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Telekommunikationsmärkte eine besondere Schutzfunktion zu.<sup>157</sup> *Zum anderen* hat der Bund Investitionen in alternative Infrastrukturen zu fördern, die einen nachhaltigen Dienstewettbewerb sichern.<sup>158</sup>

## 4. Bestandsgarantie des Zugangs der Wettbewerber zum kupferbasierten Zugangsnetz der DTAG

Mit der der Bundesnetzagentur nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG obliegenden Gewährleistungsfunktion wäre es unvereinbar, wenn die Funktionsfähigkeit der Telekommunikationsmärkte von der Unternehmensstrategie der DTAG abhinge. Von Verfassungen wegen fällt der Bundesnetzagentur die Aufgabe zu, den Prozess der Migration des Zugangsnetzes zu einem „All IP“-Netz regulatorisch zu begleiten. Sie hat unter den gegenwärtigen Bedingungen dafür Sorge zu tragen, dass den Wettbewerbern der Zugang zum bisherigen Zugangsnetz der DTAG auch weiterhin offensteht. Insbesondere dürfen die HVt wenigstens auf absehbare Zeit nicht abgebaut werden; zumindest müssen sie funktional erhalten bleiben. Den Vorgaben des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG wäre nicht bereits durch einen IP-Bitstrom-Zugang i. V. m. einem Zugang zum KVz der DTAG entsprochen. Auch kann den Wettbewerbern der Zugang zum rein kupferbasierten Zugangsnetz nicht unter Berufung darauf versagt werden, dass sie es selbst in der Hand hätten, durch Investitionen in alternative Infrastrukturen den Zugang zu den Endkundenmärkten offenzuhalten. Denn die einzelnen Wettbewerber verfügen insoweit nicht über die gleichen wettbewerblichen Ausgangsbedingungen wie die DTAG.<sup>159</sup>

148 Siehe dazu oben, unter II. 1.

149 Siehe dazu oben, unter II. 2.

150 Siehe dazu oben, unter II. 3.

151 Siehe dazu oben, unter III. 1. a).

152 Siehe dazu oben, unter III. 2. b) u. c).

153 Siehe dazu oben, unter III. 2. a) bb).

154 Siehe dazu oben, unter III. 2. b) u. c).

155 Siehe dazu oben, unter III. 3. a).

156 Siehe dazu oben, unter III. 3. b) bb).

157 Siehe dazu oben, unter III. 3. b) bb) (1).

158 Siehe dazu oben, unter III. 3. b) bb) (2).

159 Siehe dazu oben, unter IV.



Prof. Dr. Hubertus Gersdorf ist seit 1999 Inhaber des Gerd-Bucerius-Stiftungslehrstuhls für Kommunikationsrecht an der Universität Rostock. Neben zahlreichen außeruniversitären Tätigkeiten liegt sein Forschungsschwerpunkt hier auf dem Gebiet des Kommunikationsrechts unter Berücksichtigung auch des öffentlichen Rechts. Kernpunkte seiner Forschungstätigkeit sind die Regulierung von Netzindustrien im Telekommunikationsrecht, die Regulierung postalischer Dienste sowie das Eisenbahnrecht. Daneben lehrt und forscht er vor allem in den Bereichen „Neue Medien“, dem Gemeinschafts- und Wettbewerbsrecht sowie dem Sicherheits- und Ordnungsrecht.