

## Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter

### ABHANDLUNGEN

#### Benutzung von Verkehrswegen durch Gasversorger zum Zwecke der Telekommunikation

##### – Rechtsfragen des § 50 TKG –\*

Von Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster und Rechtsanwalt Dr. Roman J. Brauner, Bochum

#### I. Einleitung

Unternehmen der Ferngaswirtschaft planen die Einrichtung eines neuen Lichtwellenleiter-Kabelsystems in Deutschland, das betrieblichen Zwecken dienen und zusätzlich auch an interessierte Telekommunikationsunternehmen vermarktet werden soll. Die Realisierung dieser Zielsetzung hat sich eine Gruppe von Gasversorgungsunternehmen vorgenommen. Die Gasversorger haben Nutzungsverträge mit Telekommunikationsunternehmen abgeschlossen und sollen die hierfür benötigten Lichtwellenleiterkabel auf eigenen Trassen verlegen und unterhalten.

Die Gasversorger haben ein Leitungssystem, das die gesamte Bundesrepublik vernetzt. Die Leitungstrassen sind auch zum Verlegen der Lichtwellenleiterkabel geeignet. Die Einbeziehung der vorhandenen Energiestrassen in die zu schaffenden Telekommunikationsnetze ermöglicht es, die Strecken zu bündeln, eine etwaige Zerschneidung der Landschaft durch eine Vielzahl von Kabeln zu verhindern und einen qua gesetzlicher Fiktion eintretenden Eingriff in Natur und Landschaft (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 5 LG NW<sup>1</sup>) zu minimieren. Die Kabelschutzrohre zur Aufnahme der Lichtwellenleiterkabel sollen in der Regel entlang von Ferngasleitungen verlegt werden. Sie liegen im Schutzstreifen der Pipeline, parallel zu den Gasleitungen. Naheliegender ist, daß hier und dort Verkehrswege unterirdisch gekreuzt werden.

Die Gemeinden haben als Träger der Wegebaukosten zum Teil die Zustimmung nach § 50 Abs. 3 TKG<sup>2</sup> für die Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien erteilt, zum Teil (noch) nicht. Nachdem die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände in der Vorbemerkung zum „Muster-Gestattungsvertrag für die Benutzung öffentlicher Wege für Telekommunikationslinien“ die Auffassung vertreten hat, Energieversorgungsunternehmen, die Leerrohre verlegen wollen, um diese an Lizenzinhaber zu vermieten oder zu verpachten, könnten sich nicht auf das unentgeltliche Wegerecht des § 50 TKG berufen, gehen immer mehr Gemeinden dazu über, den Abschluß von nutzungsentgeltspflichtigen Gestattungsverträgen zu verlangen. Die Gasversorgungsunternehmen, selber nicht Lizenznehmer, berufen sich demgegenüber auf ein in § 50 Abs. 2 TKG vorgesehenes Recht auf unentgeltliche Verlegung von Lichtwellenleiterkabeln im Bereich von Verkehrswegen. Entgeltlichkeit beeinträchtigt die Marktchancen der Konkurrenten der Telekom und damit den Gesetzeszweck<sup>3</sup>. Gerichtliche Auseinandersetzungen sind vorprogrammiert.

#### II. Rechtsfragen der Wegerechte nach dem Telekommunikationsgesetz

Mit dem am 25. 7. 1996 beschlossenen Telekommunikationsgesetz wird der Schlußpunkt eines mehrstufigen Prozesses zur

Umsetzung europarechtlicher Vorgaben über eine Liberalisierung und Privatisierung des Marktes der Telekommunikationsdienstleistungen durch Beseitigung des Übertragungswege- und Telefondienstmonopols der Telekom gesetzt<sup>4</sup>. Soweit es hierbei um Wegerechte geht, sind Reminiszenzen an das Telegraphenwege-Gesetz (TWG) unverkennbar<sup>5</sup>.

Dem Telekommunikationsgesetz liegt ein dualistisches Modell der Wegerechte zugrunde, die unentgeltliche Nutzungsberechtigung von Verkehrswegen – das frühere Fernmeldeleitungsrecht<sup>6</sup> – nach § 50 TKG und die ausgleichspflichtige Duldungspflicht bei anderen Grundstücken nach § 57 TKG. Beide Wegeberechtigungen werfen zahlreiche Rechtsfragen auf.

So wird etwa die Verfassungsmäßigkeit des § 50 TKG von den Kommunen in Zweifel gezogen<sup>7</sup>. Die Pflicht, Privaten die Benutzung von Verkehrswegen unentgeltlich zu gestatten, verletzt das aus Art. 28 Abs. 2 GG<sup>8</sup> folgende Recht kommunaler Selbstverwaltung, das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG sowie die in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Eigentumsfreiheit. Zudem fehle dem Bund die Gesetzgebungskompetenz. Über diese Fragen ist von kommunaler Seite bereits ein Verfassungsbeschwerdeverfahren anhängig gemacht worden. Solange die Vorschrift des Telekommunikationsgesetzes allerdings vom Bundesverfassungsgericht nicht für nichtig erklärt wird, ist § 50 TKG weiter anwendbar<sup>9</sup>; die einfachrechtlichen Rechtsfragen des § 50 TKG bleiben relevant.

Kreuzen die Telekommunikationslinien Bahntrassen, ist fraglich, ob § 50 TKG oder aber § 57 TKG Anwendung findet, der die Duldungspflicht von Eigentümern solcher Grundstücke regelt, die keine Verkehrswege i. S. d. Telekommunikationsgesetzes sind. Weitere praxisrelevante Rechtsfragen sind etwa, ob § 57 TKG, der den Energieversorgungsunternehmen den Einstieg in den Telekommunikationsmarkt erleichtern soll<sup>10</sup>, nur auf Lizenznehmer anwendbar ist, die Vorschrift Stichtagsparagrafencharakter hat, also nur bei zur Zeit des Inkraft-

\* Dem Aufsatz liegt ein Gutachten im Auftrag eines Gasversorgungsunternehmens zugrunde.

1 Landschaftsgesetz i. d. F. d. Bekanntmachung v. 15. 8. 1994 (GV NW S. 710 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz v. 2. 5. 1995 (GV NW S. 382 ff.).

2 Telekommunikationsgesetz v. 25. 7. 1996 (BGBl. I S. 1120 ff.).

3 Vgl. § 1 TKG, wonach es u. a. Zweck des Gesetzes ist, den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern.

4 Scherer, NJW 1996, 2953; Schütz, NVwZ 1996, 1053; Schuster, in: Böhner u. a., TKG, 1997, § 1 Rdn. 7 ff.; BT-Drs. 13/4864, S. 73.

5 S. BT-Drs. 13/3609, S. 48.

6 Scherer, a. a. O., S. 2961; Eidenmüller, DVBl. 1984, 1193, 1194.

7 Vgl. Scherer, a. a. O., S. 2961 f.; Schütz, a. a. O., S. 1054 ff. m. w. N.; Schütz, in: Böhner u. a., TKG, 1997, § 50 Rdn. 6 f. u. 31.

8 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz v. 3. 11. 1995 (BGBl. I S. 1492).

9 Vgl. Rennert, in: Umbach/Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 95 Rdn. 73.

10 BT-Drs. 13/3609, S. 34.

tretens des Gesetzes bereits bestehenden Anlagen Erweiterungen um Telekommunikationslinien zuläßt, und – so in der Tat eine gerichtliche Entscheidung – die Vorschrift des § 57 Abs. 2 S. 2 TKG über den einmaligen Geldausgleich eine Gewinnabschöpfungsregelung sei<sup>11</sup>. Selbstverständlich bestehen auch häufig Meinungsverschiedenheiten mit Grundstückseigentümern darüber, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 57 TKG erfüllt sind. Die ersten gerichtlichen Verfahren sind bereits zugunsten der Gasversorger entschieden<sup>12</sup>.

Im Nachfolgenden wird der Frage nachgegangen, ob die Gemeinden die unentgeltliche Verlegung von Lichtwellenleiterkabeln im Bereich von Verkehrswegen durch Gasversorger verhindern und zur endgültigen Herstellung eines flächendeckenden Telekommunikationsnetzes die vertragliche Gestattung durch die Gemeinden verlangen können.

### III. Regelungen des § 50 TKG

Die maßgebliche Vorschrift des § 50 TKG über die Nutzungsberechtigung lautet:

„(1) Der Bund ist befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen, soweit nicht dadurch der Widmungszweck der Verkehrswege dauernd beschränkt wird (Nutzungsberechtigung). Als Verkehrswege gelten die öffentlichen Wege, Plätze und Brücken sowie die öffentlichen Gewässer.

(2) Der Bund überträgt das Recht nach Absatz 1 auf Lizenznehmer nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 im Rahmen der Lizenzerteilung nach § 8. ...“

#### 1. Sachlicher Anwendungsbereich der Nutzungsberechtigung

Der Anwendungsbereich der Berechtigung zur unentgeltlichen Benutzung beschränkt sich auf Verkehrswege. Als Verkehrswege gelten nach § 50 Abs. 1 S. 2 TKG öffentliche Wege, Plätze und Brücken sowie öffentliche Gewässer. Für die vorliegende Betrachtung sind die öffentlichen Wege maßgeblich.

Bereits dem Wortlaut nach nimmt das Gesetz Bezug auf die Begrifflichkeiten der Straßengesetze des Bundes und der Länder. Danach sind öffentliche Wege solche Wege, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 FStrG, § 2 Abs. 1 StrWG NW<sup>13</sup>). Zum öffentlichen Weg gehört nach den straßenrechtlichen Regelungen<sup>14</sup> insbesondere auch der für die Verlegung der Lichtwellenleiterkabel notwendige Straßenuntergrund. Entscheidend ist hiernach nicht das sachenrechtliche Kriterium des Eigentums. Auch ein Weg, der im (privaten) Eigentum eines Dritten steht, kann öffentlich im rechtlichen Sinn sein, wie beispielsweise aus § 6 Abs. 5 StrWG NW folgt, wenn es als Voraussetzung für die Widmung, durch die der Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Weges erhält, als ausreichend erachtet wird, daß der Eigentümer des betroffenen (Wege-)Grundstücks der Widmung zustimmt. Maßgeblich ist nicht die dingliche Rechtslage, sondern die Widmung für den öffentlichen Verkehr<sup>15</sup>. Diese Ansicht wurde zur im wesentlichen gleichlautenden Vorgängernorm des § 50 Abs. 1 S. 2 TKG, zu § 1 Abs. 1 S. 2 TWG, ebenfalls vertreten<sup>16</sup>. Die Widmung grenzt im übrigen die beiden Wegerechte des Telekommunikationsgesetzes, § 50 TKG und § 57 TKG, voneinander ab. § 57 TKG betrifft Grundstücke, die nicht Verkehrswege i. S. v. § 50 Abs. 1 S. 2 TKG sind.

Die Widmung selbst erfolgt durch behördliche Allgemeinverfügung (§ 6 Abs. 1 S. 1 StrWG NW). Der Weg wird hierdurch unter öffentliche Sachherrschaft gestellt<sup>17</sup>. Sofern förmliche Widmungsakte nicht nachweisbar sind, kann die Öffentlichkeit des Weges auch etwa durch stillschweigende Widmung oder durch Widmung kraft unvordenklicher Verjährung begründet sein<sup>18</sup>. Voraussetzung einer stillschweigenden Wid-

mung ist die konkludente Zustimmung der Widmungsbeteiligten, der Wegepolizeibehörde, der Eigentümer des Weges sowie des Wegeunterhaltspflichtigen. Das wird man häufig annehmen können, wenn ein Wegegrundstück seit langer Zeit ungehindert und unentgeltlich von der Allgemeinheit verkehrlich genutzt wird. Widmung kraft unvordenklicher Verjährung liegt vor, wenn ein Weg von alters her von jedermann wie ein öffentlicher Weg benutzt worden ist und der Verkehr im ganzen genommen frei und ungehindert unter Umständen stattgefunden hat, die auf die allgemeine Rechtsüberzeugung schließen lassen, daß der Weg kraft öffentlichen Rechts dem allgemeinen Verkehr offensteht<sup>19</sup>. Der Bundesgerichtshof sieht diese Voraussetzungen als erfüllt an, wenn der Weg schon seit 40 Jahren entsprechend genutzt wurde und während weiterer 40 Jahre vorher keine Erinnerung an einen anderen Zustand seit Menschengedenken bestanden hat<sup>20</sup>.

Die Nutzungsberechtigung des § 50 TKG bezieht sich folglich auf den Untergrund von Wegen, die für den öffentlichen Verkehr förmlich oder anders gewidmet sind, gleichgültig in wessen Eigentum sie stehen.

Eine Beschränkung auf bestimmte Straßengruppen enthält § 50 TKG nicht. Soweit Gemeinden die unentgeltliche Verlegung der Lichtwellenleiterkabel verhindern wollen, kommen natürlich nur diejenigen Wege in Betracht, für die die Gemeinden die Wegebaulast tragen (vgl. § 50 Abs. 3 u. 4 TKG). Das ist bei Gemeindestraßen nach §§ 47, 3 Abs. 4 StrWG NW durchgängig der Fall und kommt auch bei Kreisstraßen und im übrigen bei Ortsdurchfahrten in Betracht (§§ 43 S. 1 Nr. 2, 3 Abs. 3, 44 StrWG NW).

Der sachliche Anwendungsbereich der Nutzungsberechtigung erfaßt nur öffentlichen Zwecken dienende Telekommunikationslinien. Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 20 TKG sind unter Telekommunikationslinien u. a. unterirdisch geführte Telekommunikationskabelanlagen einschließlich ihrer zugehörigen Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, Kabelschächte und Kabelkanalrohre zu verstehen, also auch sämtliche unterirdisch geführte Leitungen<sup>21</sup>. Lichtwellenleiterkabel für Telekommunikationszwecke gehören erkennbar dazu.

Öffentlichen Zwecken dienen die Telekommunikationslinien, wenn sie für öffentliche Telekommunikationsdienstleistungen bestimmt sind<sup>22</sup>. Das ist der Fall, wenn sie der Erbringung von Dienstleistungen für beliebige natürliche und juristische Personen dienen und nicht lediglich für geschlossene Benutzergruppen (vgl. § 3 Nr. 19 TKG)<sup>23</sup>. Das gilt auch im Fall der Gasversorger, die ein Lichtwellenleiter-Kabelsystem planen. Im übrigen ist es nach der Vermutungsregel des § 6 Abs. 3 TKG so, daß eine Telekommunikationsdienstleistung für die Öffent-

11 LG Hanau, Urt. v. 30. 5. 1997 – 7 O 1519/95 –, Archiv PT 1997, 222 ff. mit Anm. v. Schmidt, Archiv PT 1997, 224 ff. Zu weiteren Rechtsfragen des § 57 TKG s. Schäfer/Just, Archiv PT 1997, 200 ff.

12 LG Hanau, a. a. O.; LG Leipzig, Urt. v. 3. 12. 1997 – 06 O 9508/97 –, OLG Frankfurt, Urt. v. 26. 6. 1997 – 1 U 18/97 –, NVwZ 1997, 1247 f.; LG Krefeld, Urt. v. 5. 2. 1998 – 30475/97 –.

13 Bundesfernstraßengesetz i. d. F. d. Bekanntmachung v. 19. 4. 1994 (BGBl. I S. 854 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz v. 18. 6. 1997 (BGBl. I S. 1452); Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (StrWG NW) i. d. F. d. Bekanntmachung v. 23. 9. 1995 (GV NW S. 1028 ff.).

14 So etwa § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) StrWG NW.

15 Vgl. Kodal/Krämer, Straßenrecht, 1995, Kap. 5 Rdn. 21 ff.

16 Eidenmüller, Grundlagen des Fernmelderechts, 1975, § 1 TWG Anm. 9; Kämmerer/Eidenmüller, Post- und Fernmeldewesen, 1969, § 1 TWG Anm. 9; Klingler/Aubert, Fernmelderecht, Telekommunikationsrecht, Bd. 2, 1990, S. 18 u. 96; Neugebauer, Fernmelderecht und Rundfunkrecht, Berlin 1929, § 1 TWG Anm. 9 F m. w. N.

17 Fickert, Straßenrecht in Nordrhein-Westfalen, 1989, § 6 Rdn. 35; Kodal/Krämer, a. a. O., Kap. 5 Rdn. 8.

18 Schütz, a. a. O., § 50 Rdn. 15.

19 Kodal/Krämer, a. a. O., Kap. 7 Rdn. 19.4.

20 Vgl. Fickert, a. a. O., § 2 Rdn. 13 m. w. N.

21 Schütz, a. a. O., § 50 Rdn. 12.

22 Schütz, a. a. O., S. 1054.

23 Schütz, a. a. O., § 50 Rdn. 14.

lichkeit schon dann angenommen wird, wenn die Übertragungswege von Dritten genutzt werden. Unschädlich muß es danach sein, wenn das Lichtwellenleiter-Kabelsystem zugleich betrieblichen Zwecken der Gasversorger dient. Denn anderenfalls hätte es nahegelegen, daß die gesetzliche Vermutungsregelung darauf abgehoben hätte, daß die Übertragungswege nur von Dritten genutzt werden.

## 2. Personaler Anwendungsbereich der Nutzungsberechtigung

Die Nutzungsberechtigung öffentlicher Wege wird auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des in Art. 87 f. GG vorgesehene Infrastrukturgebots dem Bund zugewiesen. Der Bund ist originär nutzungsberechtig<sup>24</sup>. Dieses Recht stand der Telegraphenverwaltung bereits nach § 1 TWG zu und stellte nach Auffassung des Gesetzgebers ein unverzichtbares Mittel für den Bund dar, seine Pflicht zur flächendeckenden Versorgung zu erfüllen<sup>25</sup>.

Nach § 50 Abs. 2 S. 1 TKG überträgt der Bund das Recht nach Absatz 1 der Vorschrift, also die Nutzungsberechtigung, auf Lizenznehmer nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG im Rahmen der Lizenzerteilung nach § 8 TKG. Lizenznehmer nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG sind diejenigen, die Übertragungswege betreiben, die die Grenzen eines Grundstücks überschreiten und für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit genutzt werden. Nach der gesetzlichen Definition in § 3 Nr. 1 TKG ist das Betreiben von Übertragungswegen das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle (Funktionsherrschaft) über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen. Mit der Übertragung im Rahmen der Lizenzvergabe werden die privaten Wettbewerber der Telekom in die verfassungsrechtliche Infrastrukturaufgabe des Bundes eingebunden<sup>26</sup>.

Weitere Nutzungsberechtigte führt das Gesetz nicht auf. Angesichts des insoweit eindeutigen Normtextes scheiden folglich Dritte, die nicht Lizenznehmer sind, aus. Ihnen steht keine vom Bund übergeleitete Nutzungsberechtigung zu. Das gilt auch für Gasversorger, solange sie nicht selbst lizenzpflichtige Tätigkeiten nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG ausüben und die erforderliche Lizenz erhalten haben, was aber nur im Rahmen von § 14 Abs. 1 TKG zulässig sein dürfte. Eine Überlassung der Nutzungsberechtigung mag im Rahmen des genehmigungs- oder anzeigepflichtigen Lizenznehmerwechsels nach § 9 TKG an Tochtergesellschaften der Gasversorger (vgl. § 14 Abs. 1 TKG) zulässig sein<sup>27</sup>. Eine bloße Überlassung zur Ausübung ohne Lizenznehmerwechsel erscheint dagegen rechtlich ausgeschlossen. Der Bundesgesetzgeber hat in § 50 Abs. 2 S. 1 TKG zum Ausdruck gebracht, daß die Nutzungsberechtigung an die Person des Lizenznehmers gebunden sein sollte.

Die personale Beschränkung der Nutzungsberechtigung auf Bund und Lizenznehmer muß jedoch noch nicht bedeuten, daß die Gemeinden die Ausführung von Verlegearbeiten durch die Gasversorger verhindern bzw. von vertraglicher Gestattung abhängig machen können. Maßgeblich wird vielmehr sein, ob und inwieweit sich Lizenznehmer Dritter, so auch der Gasversorger, bedienen können. Für die Beantwortung dieser Rechtsfrage wird es darauf ankommen, welchen Inhalt die Nutzungsberechtigung hat.

## 3. Inhalt der Nutzungsberechtigung

§ 50 TKG berechtigt den Bund bzw. den Lizenznehmer zur Benutzung der öffentlichen Wege. Eine Legaldefinition des Benutzungsbegriffs enthält das Telekommunikationsgesetz nicht.

Dem Wortlaut nach kann unter „benutzen“ jede auf den Telekommunikationszweck gerichtete Inanspruchnahme des öffentlichen Weges – auch des Untergrundes – verstanden werden. Danach würden alle Tätigkeiten zum Inhalt der Nut-

zungsberechtigung gehören, die der Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen dienlich sind (vgl. § 3 Nr. 1 TKG). Hierher gehören das Errichten neuer und das Ändern bestehender Telekommunikationslinien, das Unterhalten der Linien sowie die Informationsübertragung selbst.

Die Gesetzssystematik bestätigt den umfassenden Ansatz des Benutzungsbegriffs, wenn es etwa in § 50 Abs. 2 S. 2 TKG heißt, Telekommunikationslinien seien so „zu errichten und zu unterhalten“, daß sie den Anforderungen der Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügen und in Absatz 3 Satz 1 der Vorschrift von „Änderung“ und „Verlegung“ von Telekommunikationslinien die Rede ist.

Das Verlegen der Lichtwellenleiterkabel wird folglich vom Inhalt der Nutzungsberechtigung erfaßt.

Mit Blick auf die geplante Tätigkeit der Gasversorger muß fraglich sein, ob der Lizenznehmer die vom „Benutzen“ erfaßten Tätigkeiten selber, eigenhändig, durchführen muß, oder er sich Dritter für die Verlegung der Lichtwellenleiterkabel bedienen darf<sup>28</sup>.

Der Wortlaut des § 50 Abs. 1 S. 1 TKG steht nicht entgegen; er ist offen. Die Inanspruchnahme öffentlicher Wege durch Verlegen der Lichtwellenleiterkabel kann ebensogut durch Dritte erfolgen, wie durch den Lizenznehmer selber.

Im übrigen wurden schon im Rahmen des Telegraphenweges-Gesetzes Fernmeldenetze nicht mehr allein von der Deutschen Bundespost errichtet. Vielmehr bediente sie sich bereits damals privater Unternehmen zur Beschleunigung des Netzausbaus, den sie mit eigenen sächlichen und personellen Mitteln nicht bewirken konnte<sup>29</sup>. Eine solche Übertragung von Aufgaben wurde als unproblematisch angesehen, sofern die Deutsche Bundespost als Auftraggeber nach außen in Erscheinung trat<sup>30</sup>. Den ausführenden Unternehmer sah man – in Abgrenzung vom beliebigen Unternehmer und vom selbständigen Verwaltungshelfer – als eine Art Verrichtungsgehilfen an<sup>31</sup>. Dabei wurde darauf abgestellt, ob die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluß genommen hat, daß sie Arbeiten des privaten Unternehmens wie eigene gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muß, wie wenn der Unternehmer lediglich als Werkzeug der Behörde bei der Durchführung ihrer hoheitlichen Aufgabe tätig geworden wäre<sup>32</sup>. Wenn aber bereits unter der Geltung des Telegraphenweges-Gesetzes eine Funktionswahrnehmung durch (private) Dritte zulässig war, wird dies nach dem Telekommunikationsgesetz erst recht gelten. Wenn nämlich Zweck des neuen rechtlichen Handlungsrahmens nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten ist, dann werden den privaten Wettbewerbern der Telekom ähnlich freie Handlungsmöglichkeiten eingeräumt werden müssen<sup>33</sup>. Der „traditionell monopolistisch geprägte Markt“<sup>34</sup> kann nur durch Schaffung vergleichbarer Voraussetzungen für die Mitbewerber umgewandelt werden.

24 BT-Drs. 13/3609, S. 36.

25 BT-Drs. 13/3609, S. 48 f.

26 BT-Drs. 13/3609, S. 49.

27 So Schütz, a. a. O., § 50 Rdn. 10.

28 Vgl. Bothe/Heun/Lohmann, a. a. O., S. 7, zu § 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen (FAG) i. d. F. d. Bekanntmachung v. 3. 7. 1989 (BGBl. I S. 1455 ff.), zuletzt geändert durch das TKG.

29 Eidenmüller, a. a. O., S. 1195.

30 Eidenmüller, a. a. O., S. 1195.

31 Eidenmüller, a. a. O., S. 1195.

32 BGH, Urt. v. 15. 6. 1967 – III ZR 23/65 –, BGHZ 48, 98, 103; BGH, Urt. v. 10. 11. 1977 – III ZR 157/75 –, BGHZ 70, 212, 216; BGH, Urt. v. 14. 6. 1971 – III ZR 120/68 –, NJW 1971, 2220, 2221; BGH, Urt. v. 21. 1. 1993 – III ZR 189/91 –, NJW 1993, 1258, 1259.

33 Scherer, a. a. O., S. 2955; vgl. BT-Drs. 13/4864, S. 72.

34 BT-Drs. 13/4864, S. 73.

Ein Blick auf die Umgebung von § 50 TKG bestätigt diese Sicht. Wenn nach § 51 S. 1 TKG unter den dort aufgeführten Voraussetzungen für den Lizenznehmer ein Anspruch auf Mitbenutzung anderer für die Aufnahme von Telekommunikationskabeln vorgesehener Einrichtungen besteht, ist klar, daß der Lizenznehmer nach der gesetzgeberischen Vorstellung nicht selber Errichter dieser Einrichtungen sein muß. Vertritt man überdies die Ansicht, das Wegerecht für sonstige Grundstücke nach § 57 Abs. 1 TKG stehe auch Nicht-Lizenznehmern zu, kann das Gebot der strukturellen Separierung nach § 14 Abs. 1 TKG sogar bewirken, daß der Lizenznehmer mit dem Inhaber des Wegerechts nach § 57 Abs. 1 TKG nicht identisch sein darf.

Der Lizenznehmer kann sich Dritter bedienen. Er muß die vom „Benutzen“ erfaßten Tätigkeiten nicht eigenhändig durchführen.

Der Bundesgesetzgeber hat nicht schlicht an die zur alten Regelung vertretene zivilistische Rechtsauffassung angeknüpft, der ausführende Dritte müsse eine Art Verrichtungsgehilfe sein. Gesetzessystematische Erwägungen zeigen vielmehr, daß es nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Einschaltung Dritter durch den Lizenznehmer darauf ankommt, daß der Lizenznehmer Funktionsherrschaft innehat bzw. behält<sup>35</sup>. Die Nutzungsberechtigung ist für das lizenzpflichtige Betreiben von Übertragungswegen notwendig, denn ohne die Errichtung von Telekommunikationslinien ist die Informationsübertragung auf Übertragungswegen nicht möglich. Vom Betreiber aber wird Funktionsherrschaft verlangt (§ 3 Nr. 1 TKG).

Der Begriff der Funktionsherrschaft wird in § 3 Nrn. 1 u. 2 TKG als das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle gesetzlich definiert. Damit hat der Bundesgesetzgeber den Begriff auf eine objektive Ebene gestellt. Teilweise in der Literatur vertretene subjektive Kriterien, wie etwa das eigene wirtschaftliche Interesse des Geschäftsherrn<sup>36</sup>, finden im Gesetz keine Stütze.

Was unter rechtlicher Kontrolle zu verstehen ist, wird im Telekommunikationsgesetz an keiner Stelle vorgegeben. Ähnlich wie beim Verrichtungsgehilfen wird aber das Weisungsrecht als die rechtliche Befugnis maßgeblich sein, die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken, entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen zu können<sup>37</sup>. Das folgt aus folgender Überlegung.

An die Erteilung der Lizenz werden gesetzliche Anforderungen gestellt, deren Einhaltung und Sicherstellung erfordern, daß der Lizenznehmer bei der Inanspruchnahme von Dritten den erforderlichen rechtlichen Einfluß geltend machen kann. So ermächtigt § 8 Abs. 2 S. 2 TKG dazu, zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG der Lizenz Nebenbestimmungen beizufügen. Der Lizenznehmer muß aufgrund etwa vertraglicher Regelungen die Handhabe gegen Dritte haben, die Einhaltung der Nebenbestimmung durchsetzen zu können. Gleiches gilt für die Versagungsgründe der Lizenzerteilung nach § 8 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG. Danach ist die Lizenzerteilung aus Gründen fehlender Zuverlässigkeit – zur Zuverlässigkeit gehören nach § 8 Abs. 3 S. 2 TKG Leistungsfähigkeit, Fachkunde und die Gewähr für die Einhaltung von Rechtsvorschriften –, einer aus dem Gewerbebereich bekannten Kategorie, und aus Gründen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, einer polizei- und ordnungsrechtlichen Kategorie, zu versagen. Über die rechtliche Kontrolle erhält der Lizenznehmer die Möglichkeit, auch bei der Einschaltung von Dritten die rechtlichen Anforderungen zu erfüllen<sup>38</sup>.

Auch ein an sich selbständiger Dritter kann in diesem Sinne aufgrund vertraglicher Regelung weisungsunterworfen sein<sup>39</sup>. Gegenständlich beschränkt sich die rechtliche (und auch die tatsächliche) Kontrolle auf solche Funktionen, die zur Realisierung

der Informationsübertragung auf Übertragungswegen „unabdingbar“ erbracht werden müssen. Errichtung und Unterhaltung von Kabelanlagen gehören dazu.

Ist die Verlegung der Kabel erfolgt, setzt die rechtliche Kontrolle offenbar nicht voraus, daß der Lizenznehmer auch Eigentum an der Telekommunikationslinie erhält<sup>40</sup>. Denn auch der Eigentümer der Telekommunikationslinie kann sich vertraglich den Weisungen des Lizenznehmers unterwerfen, und das Gesetz stellt bei der Definition der Funktionsherrschaft auf die Eigentümerposition nicht ab.

Unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Kontrolle muß fraglich sein, ob es ausreichend ist, daß eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Errichter der Telekommunikationslinie und dem Lizenznehmer nach der Verlegung der Kabel eingegangen wird. Für eine solche Vorratsverlegung spricht immerhin, daß anderenfalls die Wegerechte aus §§ 50 und 57 TKG zu einer völlig uneinheitlichen Situation führen würden. Kann das Wegerecht aus § 57 TKG von einem Nicht-Lizenznehmer ausgeübt werden, dann kann dieser nach Errichtung der Kabelanlage im Bereich von sonstigen Grundstücken diese nachträglich vertraglich einem Lizenznehmer zur Verfügung stellen, während dies im Bereich von Verkehrswegen ausgeschlossen wäre.

Hinsichtlich der tatsächlichen Kontrolle kann nur darauf abgestellt werden, daß der Lizenznehmer sich auch faktisch um die Umsetzung der rechtlichen Kontrollmöglichkeiten kümmert. Zur Regelung des § 2 FAG wurde insoweit bereits vertreten, daß rechtliche und tatsächliche Kontrolle durchaus auseinanderfallen können, wenn die eigentliche Kontrolle bei der Errichtung des Übertragungsweges vom Werkunternehmer, nicht aber vom Genehmigungsinhaber ausgeübt werde. Das Erfordernis tatsächlicher Kontrolle wird offenbar als Kriterium zur Umgehungsvermeidung angesehen<sup>41</sup>.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß Eigenhändigkeit des Lizenznehmers nicht erforderlich ist. Es reicht aus, wenn der Lizenznehmer die Funktionsherrschaft nach dem zuvor dargelegten Maßstab innehat. Der Lizenznehmer kann beispielsweise im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags einen Geschäftsbesorger, auch ein Gasversorgungsunternehmen, beauftragen, für ihn Telekommunikationslinien zu verlegen und zu unterhalten, auch wenn der Gasversorger Eigentümer der Telekommunikationslinie ist und bleiben soll.

Beauftragt daher ein Lizenznehmer einen Gasversorger mit der Durchführung von Verlegearbeiten, richtet sich die Benutzung des öffentlichen Weges nach § 50 TKG; die Berechtigung zur unentgeltlichen Nutzung greift ein. Es macht rechtlich keinen Unterschied, ob der Lizenznehmer selber oder der Gasversorger im Auftrag des Lizenznehmers Kabel verlegt.

#### 4. Reichweite der Nutzungsberechtigung

Die Nutzungsberechtigung geht nach § 50 Abs. 1 S. 2 TKG so weit, wie durch die Benutzung der Widmungszweck des jeweiligen Verkehrsweges nicht dauernd beschränkt wird. Vergleicht man den Normtext des § 50 Abs. 1 S. 2 TKG mit dem von § 57 Abs. 1 TKG, wird deutlich, daß eine Beschränkung auf unwesentliche und/oder vorübergehende Beeinträchtigungen

<sup>35</sup> So auch die Ansicht des baden-württembergischen Ministeriums für Umwelt und Verkehr in einem Hinweis an die Regierungspräsidenten vom 25. 2. 1997; vgl. auch Scherer, a. a. O., S. 2955.

<sup>36</sup> *Bothe/Heun/Lohmann*, a. a. O., S. 14.

<sup>37</sup> BGH, *Urt. v. 30. 6. 1966 – VII ZR 23/65 –*, BGHZ 45, 311, 313.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 13/3609, S. 34.

<sup>39</sup> BGH, *Urt. v. 13. 7. 1989 – VII ZR 82/88 –*, WM 1989, 1946, 1947; BGH, *Urt. v. 29. 6. 1956 – I ZR 129/54 –*, NJW 1956, 1715.

<sup>40</sup> So *Scherer*, a. a. O., S. 2955; BT-Drs. 13/3609, S. 36; ungenau *Schütz*, a. a. O., § 50 Rdn. 23, wenn dort ausgeführt wird, die Telekommunikationslinie bleibe nach unterirdischer Verlegung im Eigentum des Nutzungsberechtigten.

<sup>41</sup> Vgl. *Bothe/Heun/Lohmann*, a. a. O., S. 14 u. 21.

nicht vorgesehen ist. Durch § 50 TKG werden folglich weitergehende Eingriffe legitimiert als durch § 57 TKG.

Diese Interpretation entspricht der herrschenden Ansicht zu § 1 Abs. 1 TWG. Auch dort wurde die Duldungspflicht darauf beschränkt, daß der Gemeingebrauch der Verkehrswege nicht dauernd beeinträchtigt werden durfte. Die Literatur wies darauf hin, daß durch Herstellung, Erweiterung und Unterhaltung unterirdischer Anlagen eine dauernde Beschränkung im Grundsatz nicht eintreten könne<sup>42</sup>. Teilweise wird sogar eine Pflicht der privaten Netzträger angenommen, vorhandene Durchleitungen bis an die Grenze der Kapazität mit angemessener Kapazitätsreserve auszunutzen<sup>43</sup>.

Dieser Sichtweise mag auch die Vorschrift des § 50 Abs. 3 S. 2 TKG korrespondieren, nach der die Gemeinden bei der Verlegung oberirdischer Leitungen ein Versagungsersuchen bei der Entscheidung über die Zustimmung der Verlegung haben, nicht hingegen bei der unterirdischen Verlegung von Leitungen<sup>44</sup>.

Daraus folgt, daß die (zusätzliche) Schaffung von Reservekapazitäten durch Verlegen weiterer Leerrohre von § 50 TKG nicht ausgeschlossen ist. Es ist jedoch abhängig von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles, ab welcher Ausnutzung der Widmungszweck des betroffenen Verkehrsweges dauernd beschränkt wird.

Die Gemeinden werden daher in aller Regel auch das Verlegen von Reserveerohren durch Gasversorger nicht von ihrer Gestattung abhängig machen können.

#### IV. Resümee

Das Telekommunikationsgesetz stellt es dem Lizenznehmer frei, ob und wie er sich Teilkomponenten für sein Angebot an Telekommunikationsdienstleistungen bei Dritten beschafft. Die Art dieser Beschaffung berührt seine Nutzungsberechtigung nach § 50 TKG nicht. Die gesetzliche Nutzungsberechtigung beschränkt den Lizenznehmer nicht, sie unterstützt ihn dabei, den Infrastrukturvorsprung der Telekom zu verringern

und Chancengleichheit auf dem Telekommunikationsmarkt herzustellen. Unter „Benutzung“ i. S. v. § 50 TKG ist jede Tätigkeit zu verstehen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen dienlich ist, insbesondere auch das Verlegen von Lichtwellenleiterkabeln. Der Lizenznehmer ist nicht gehalten, die von der Nutzungsberechtigung erfaßten Tätigkeiten eigenhändig durchzuführen. Er kann sich insbesondere für das Verlegen von Leitungen Dritter bedienen.

Jedenfalls dann, wenn der Lizenznehmer Funktionsherrschaft im Rechtssinn innehat, haben die Gemeinden keine rechtliche Handhabe, die unentgeltliche Verlegung von Lichtwellenleiterkabeln und Reserveerohren im Bereich von Verkehrswegen durch die Gasversorger zu verhindern. Insoweit ist auch eine vertragliche und insbesondere entgeltpflichtige Gestattung durch die Gemeinden nicht erforderlich. Die Auffassung der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände in der Vorbemerkung zum „Muster-Gestattungsvertrag für die Benutzung öffentlicher Wege für Telekommunikationslinien“ hat unberechtigt zu einer Blockadehaltung bei den Gemeinden geführt. Die hierauf gestützte Ansicht der Gemeinden, sind Verleger von Leitungen und Lizenznehmer nicht identisch, sei Gestattung durch die Gemeinden erforderlich, greift zu kurz. Der Versuch, den gemeindlichen Haushalt durch Nutzungsentgelte aufzubessern und damit faktisch nachzuholen, was der Gesetzgeber zur Gewährung der Umwandlung des traditionell monopolistisch geprägten Marktes verhindern wollte<sup>45</sup>, kann sich durchaus ins Gegenteil verkehren, wenn nämlich die Gasversorger oder Lizenznehmer die Gemeinden für etwaige, durch die verspätete Herstellung des Kabelsystems verursachte Schäden in Anspruch nehmen. Es sprechen gute Gründe gegen den „Paraphen-Crash“.

42 *Kämmerer/Eidenmüller*, Post- und Fernmeldewesen, 1969, § 1 TWG Anm. 8; vgl. auch VG Sigmaringen, Urt. v. 14. 12. 1970, zit. bei *Wiechert/Schmid*, Fernmelderecht, Entscheidungen, Bd. 3, Stand Oktober 1993, Rdn. 5.1.1. Nr. 9.

43 *Bullinger*, Durchleitungsrechte, Mitbenutzungsrechte und Planfeststellung für konkurrierende Telekommunikationsnetze, Rechtsgutachten im Auftrag des BMPT, September 1995, unveröffentlichtes Manuskript S. 73 f.

44 Vgl. *Schütz*, a. a. O., § 50 Rdn. 38 ff., 41.

45 Vgl. BT-Drs. 13/4864, S. 74.