

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

3&4/2020

S. 129–192

17. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig

Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|--|-----|
| ■ | <i>Manuel Höferlin</i>
Ein neues Vergabedesign für die
5G-Frequenzversteigerung | 129 |
| ■ | <i>Henning Recknagel</i>
Zur Auslegung von § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV | 130 |
| ■ | <i>Danielle Herrmann/Stefan Heilmann</i>
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2019 | 136 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i>
Reform des Rechtswegs im Telekommunikationsrecht? | 148 |
| ■ | <i>Bernd Sörries</i>
Neues Geschäftsmodell, neue Regulierung? –
Das Geschäftsmodell des reinen Vorleistungsanbieters
und seine rechtliche und ökonomische Bedeutung | 161 |
| ■ | <i>Sebastian Lißek</i>
Das Netzwirtschaftsrecht in Zeiten der Pandemie | 166 |
| ■ | <i>Markus Böhme</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH: Voraussetzungen
für Entbehrlichkeit einer persönlichen Kunden-
information über Änderungen des Erdgaspreises | 174 |
| ■ | <i>Maximilian Hemmert-Halswick</i>
Anmerkung zum Beschluss des BGH: Anpassung
der Erlösobergrenze im Hinblick auf eine geänderte
Bestimmung des Qualitätselements | 180 |
| ■ | <i>Konstantina Bourazeri</i>
Anmerkung zu den Beschlüssen des BGH:
Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die
dritte Regulierungsperiode | 188 |

Andreas Neumann*

Reform des Rechtswegs im Telekommunikationsrecht?

Die anstehende Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) wird erhebliche Änderungen des TKG zur Folge haben. Das eröffnet ein Handlungsfenster, das deutsche Telekommunikationsrecht auch über die unmittelbar unionsrechtlich veranlassten Anpassungen hinaus weiterzuentwickeln. Der folgende Beitrag geht der Frage nach, ob in diesem Zuge nunmehr die bei früheren Gesetzesnovellen diskutierte Umstellung des Rechtswegs von den Verwaltungsgerichten zu den Zivil- bzw. Kartellgerichten näher in Betracht gezogen werden sollte.

I. Einleitung

Derzeit werden die von der Bundesnetzagentur auf Grundlage des TKG getroffenen Entscheidungen ggf. im verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg überprüft. Im Energiesektor greift hingegen ein (an die prozessualen Regelungen des GWB angelehnter¹) Rechtsweg zur Zivilgerichtsbarkeit.² Darüber hinaus obliegt den Zivilgerichten – auf Grundlage der (für die Ausgestaltung des energierechtlichen Rechtswegs nachgebildeten) §§ 63 ff. GWB – die Kontrolle von Entscheidungen des BKartA (auch) im Bereich der Netzwirtschaften.³

Verfassungsrechtlich ist die Frage der Rechtswegzuweisung nicht vorgeprägt.⁴ Auch dem Unionsrecht und mittlerweile namentlich Art. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (bzw. künftig Art. 31 des Kommunikationskodex) sind insoweit keine maßgeblichen Entscheidungsparameter zu entnehmen.⁵ Vielmehr überlässt das Unionsrecht die Bestimmung der zuständigen Gerichte der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten.⁶ Die Entscheidung über den Rechtsweg obliegt somit dem deutschen Gesetzgeber, der sich insoweit von rechtspolitischen und praktischen Erwägungen leiten lassen kann.⁷

Dementsprechend war sowohl bei Erlass des TKG im Jahr 1996⁸ als auch im Gesetzgebungsverfahren zum TKG 2004 die Frage der Ausgestaltung des Rechtswegs gegen telekommunikationsrechtliche Entscheidungen der Bundesnetzagentur umstritten.⁹ Insbesondere fassten im Rahmen des letztgenannten Legislativvorhabens sowohl der Bundesrat als auch der Bundestag Beschlüsse, mit denen eine Umstellung des Verwaltungsrechtswegs auf den zivilrechtlichen Kartellrechtsweg¹⁰ gefordert wurde.¹¹ Hierzu ist es jedoch bislang nicht gekommen, obwohl der Bundesrat 2006 im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften noch einmal ausdrücklich auf diese Forderung Bezug genommen hat.¹² Mit gegenteiliger Stoßrichtung konstatierte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Kohlendioxid-Speicherungsgesetzes (KSpG) einige Jahre später vielmehr hinsichtlich des Rechtswegs zur ordentlichen Gerichtsbarkeit eine „Fehlentwicklung“, „die im Bereich des Energiewirtschaftsrechts zu beobachten“ sei,¹³ und regte dementsprechend auch für Maßnahmen auf Grundlage des EnWG eine „Bereinigung“ der Rechtswegzuweisung an.¹⁴ Diese Prüfbite wiederholte der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften.¹⁵ Den Gedanken einer Rechtswegvereinheitlichung griff schließlich

André Wiegand von Goldmedia und Herrn Prof. Dr. Jörn Sickmann für die Zusammenarbeit und den Gedankenaustausch in diesem Projekt.

- 1 Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3917, 46, 71 f. (zu § 75 EnWG-RegE bis zu § 90 EnWG-RegE); Antweiler/Nieberding, NJW 2005, 3673, 3675; Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. A., 2016, Kap. 54 Rn. 2 (S. 627); Huber, in: Kment, EnWG. 2. A., 2019, § 75 Rn. 1 f.; Johannis/Roesen, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, Hb. 2, 4. A., 2019, § 75 EnWG Rn. 1; Kresse/Vogl, WiVerw 2016, 275, 275 f.; Schneider, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 22 Rn. 6 (S. 1202); vgl. auch Ludwigs, in: FS Schmidt-Preuß, 2018, S. 689, 700.
- 2 Nach § 75 Abs. 4 EnWG entscheidet über die Beschwerde gegen Entscheidungen der Energieregulierungsbehörde (grundsätzlich) ausschließlich das für den Sitz der (Landes- oder Bundes-) Regulierungsbehörde zuständige Oberlandesgericht. Gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte findet nach § 86 Abs. 1 EnWG unter den Voraussetzungen des § 86 Abs. 2 und 4 EnWG die Rechtsbeschwerde an den BGH statt.
- 3 Nach § 63 Abs. 4 S. 1 GWB entscheidet über die Beschwerde gegen Entscheidungen der Kartellbehörde das für den Sitz der (Landes- oder Bundes-) Kartellbehörde zuständige Oberlandesgericht (bzw. bei Beschwerden gegen Fusionskontrollentscheidungen nach §§ 35–42 GWB das für den Sitz des BKartA zuständige Oberlandesgericht).
- 4 Knauff, VerwArch 98 (2007), 382, 392; Kresse/Vogl, WiVerw 2016, 275, 277 ff.; allgemein Kahl, Droht die Entmachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Zivilgerichte?, 2016, S. 9 ff.
- 5 Gurlit, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, § 137 Rn. 9; Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche, MMR-Beilage 12/2003, 3, 8; Knauff, VerwArch 98 (2007), 382, 392.
- 6 EuGH, ECLI:EU:C:2008:103, Rn. 51 (Urt. v. 21.2.2008 – Rs. C-426/05) – *Tele2 Telecommunication*; allgemein auch Knauff, VerwArch 98 (2007), 382, 392.
- 7 Knauff, VerwArch 98 (2007), 382, 392; siehe auch Kresse/Vogl, WiVerw 2016, 275, 279.
- 8 Siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/4438, 5 (Nr. 2); ablehnend hierzu die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4438, 29, 30 (zu Nr. 2).
- 9 In einem nicht ganz ernstgemeinten Kompromissvorschlag wurde angesichts des kontroversen Diskussionsstands die Einrichtung eines eigenen Gerichtszweigs für telekommunikationsrechtliche Fragen zur Debatte gestellt, siehe Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 229 Fn. 282.
- 10 Der Begriff wird hier entsprechend verbreiteter Übung und im Einklang mit der gesetzlichen Bezeichnung der in diesem Rechtsweg kontrollierten Aufsichtsbehörden (als „Kartellbehörden“, vgl. §§ 54 ff. GWB) verwendet, obwohl die Anknüpfung an „Kartelle“ die tatsächlich erfassten Lebenssachverhalte nur auszugsweise (und für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sogar ganz überwiegend unzureichend) widerspiegelt. Vorzugswürdig wäre es, etwa von einem „Wettbewerbsrechtsweg“ zu sprechen.
- 11 Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 379/04 (Beschluss); Beschluss des Deutschen Bundestages, BT-Plenarprotokoll 15/111, S. 10075 (C) (zum Antrag der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, BT-Drs. 15/3218). Hierzu Scherer, NJW 2004, 3001, 3010: „alle Merkmale eines schlechten Kompromisses“.
- 12 Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 359/06 (Beschluss), 16 (Nr. 23 [zu Artikel 3 Nr. 4 – neu – (§§ 137 ff. TKG)]); die Bundesregierung hat seinerzeit zugesagt, sie werde das „Anliegen prüfen“, siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/2581, 41, 43 (zu Nr. 23 zu Artikel 4 Nr. 4 – neu – [§ 137 ff. TKG]).
- 13 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 214/11 (Beschluss), 21 (Nr. 34 [zu Artikel 1 [§ 35 KSpG], Artikel 5 [Änderung des Gerichtskostengesetzes], Artikel 6 [Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes]); Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 282/09 (Beschluss), 27 (Nr. 51 [zu Art. 1 (§ 36 Abs. 3 bis 5 KSpG)]).
- 14 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 214/11 (Beschluss), 26 (Nr. 41 [zu Art. 8a – neu – (§ 75 Abs. 4 EnWG)]); eine Prüfung des Vorschlags ankündigend die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6264, 11, 15 (zu Nr. 41 [Art. 8a – neu – § 75 Abs. 4 EnWG]).
- 15 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 343/11 (Beschluss), 22 f. (Nr. 23 [Zum Gesetzentwurf insgesamt]); ablehnend die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6248, 21, 26 (Zu Nr. 23 [Gesetzentwurf insgesamt]).

* Der Beitrag geht auf eine Kurzstudie zurück, die der Verfasser als Teil eines interdisziplinären Teams im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) angefertigt hat, und gibt allein die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Dank gilt Herrn Dr.

die Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister im Jahr 2016 auf und sprach sich für eine Konzentration der regulierungsrechtlichen Entscheidungen nach dem EnWG, dem KSpG, dem TKG, dem PostG und dem AEG in einer Gerichtsbarkeit aus.¹⁶

Der vorliegende Beitrag soll vor diesem Hintergrund Argumente herausarbeiten, die für bzw. gegen den Rechtsweg zu den Zivil- bzw. Kartellgerichten auch für Entscheidungen der Bundesnetzagentur im Bereich der Telekommunikation sprechen.¹⁷ Dabei werden insbesondere die praktischen Auswirkungen angesichts der bereits sehr langjährigen Verwaltungspraxis in den Blick genommen. Ergänzend wird die Möglichkeit einer differenzierten Rechtswegzuweisung diskutiert.

II. Argumente für eine Zuweisung zu den Zivilgerichten

Zunächst sollen die Argumente dargestellt und bewertet werden, die für eine Umstellung des Rechtswegs gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur im Bereich des TKG sprechen könnten.

1. Verhinderung von Rechtswegspaltungen und bestehende Zuständigkeiten der Zivilgerichte

Solche Argumente können zunächst möglicherweise aus dem Gesetzgebungsverfahren zum EnWG abgeleitet werden. Der Gesetzgeber hat seinen damaligen Entschluss, die gerichtliche Überprüfung von regulierungsbehördlichen Entscheidungen auf Grundlage des EnWG den Zivilgerichten zuzuweisen, auf zwei Argumente gestützt:

Zum einen verhindere die Zuweisung zu den Zivilgerichten Rechtswegspaltungen (insbesondere bei der Anwendung der Bestimmungen der Teile 2 und 3 des EnWG).¹⁸ Und zum anderen seien die Zivilgerichte ohnehin für die Entscheidung von Zivilprozessen und über Beschwerden gegen Verfügungen der Wettbewerbsbehörden auf der Grundlage des GWB zuständig, die energiewirtschaftsrechtliche Fragen betreffen.¹⁹

Beide Aspekte können im Prinzip auch für das TKG Geltung beanspruchen. So können z. B. Streitigkeiten zwischen einem regulierten Unternehmen und einem Zugangsnachfrager aus einem (privatrechtlich ausgestalteten) Zugangsverhältnis vor den Zivilgerichten ausgetragen werden.²⁰ Entsprechendes gilt für etwaige Verstöße gegen Vorschriften des TKG (wie z. B. das Missbrauchsverbot nach § 42 TKG²¹) oder Verfügungen der Bundesnetzagentur, die zu zivilrechtlichen Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen nach § 44 Abs. 1 TKG führen können. Diese sind dementsprechend vor den Zivilgerichten geltend zu machen.²² Zugleich können Vorfragen, die solchen Auseinandersetzungen zugrunde liegen, aber auch etwaige Ansprüche auf ein Einschreiten der Bundesnetzagentur Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten sein.²³ Hier besteht somit die Gefahr einer Rechtswegspaltung²⁴ und in deren Folge inhaltlich abweichender Entscheidungen über die letztlich selben Fragen.²⁵ Mit dem Standardangebotsverfahren nach § 23 (Abs. 2 ff.) TKG und Zugangsanordnungen nach § 25 TKG, in denen jeweils die Zugangsverhältnisse zwischen dem regulierten Unternehmen und den Zugangsnachfragern ausgestaltet werden, weisen überdies einige praktisch besonders bedeutsame Entscheidungen der Bundesnetzagentur selbst enge – im Einzelnen in ihrer Bedeutung freilich umstrittene – Berührungspunkte zum Zivilrecht auf.²⁶ Auch hier können gerichtliche Korrekturen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu Abweichungen von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung in vergleichbaren Konstellationen (etwa bei rein privatautonom geschlossenen Zugangsvereinbarungen) führen. Dementsprechend hatte bereits

im Vorfeld der Verabschiedung des TKG 1996 der Bundesrat für den Bereich des Telekommunikationsrechts argumentiert: Es werde zwei Gerichtszweige für die Entscheidung über Streitigkeiten nach dem TKG geben, die Know-how für die Beurteilung von wettbewerblichen Fragen vorzuhalten hätten, obwohl die Kartellgerichte aufgrund ihrer Zuständigkeiten nach dem GWB schon jetzt und vor allem auch künftig wegen der sich auf den Telekommunikationsmärkten ergebenden wettbewerbsrechtlichen Verfahren mit identischen Rechtsfragen befasst seien und befasst sein würden.²⁷

Fraglich ist allerdings, ob diese Gefahr divergierender Judikate durch eine Zuweisung des Rechtswegs gegen telekommunikationsrechtliche Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu den Zivilgerichten ohne weiteres gebannt würde.²⁸ Das wäre nur

- 16 87. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, Beschluss der Ministerinnen und Minister v. 17.11.2016, TOP I.10, Ziff. 2 lit. b.
- 17 Ein etwaiges Konfliktpotential der Zuständigkeiten von BKartA und Bundesnetzagentur auf exekutiver Ebene, wie es beispielsweise im Bereich der Missbrauchsaufsicht oder der Zusammenschlusskontrolle denkbar erscheint, ist demgegenüber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Siehe hierzu etwa *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 5 f.; *Sennekamp*, Der Diskurs um die Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht, 2016, S. 92 ff.
- 18 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3917, 46, 71 f. (zu § 75 EnWG-RegE); ebenso *Büdenbender/Rosin*, et 53 (2003), 746, 752; *Johanns/Roesen* (Fn. 1), § 75 EnWG Rn. 3; *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 288; *Säcker*, in: Mohr, Energierecht im Wandel, 2018, S. 130, 131.
- 19 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/3917, 46, 71 f. (zu § 75 EnWG-RegE). Siehe auch *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 282; *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1025.
- 20 *Mayen*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, § 137 Rn. 5; das gilt auch für angeordnete Zugangsverhältnisse und zwar selbst dann, wenn man entgegen der h. M. hier nicht von einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis ausgeht, siehe *Kühling/Neumann*, in: Säcker (Fn. 5), § 25 Rn. 88.
- 21 Siehe auch *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 5.
- 22 *Kleinlein/Schubert*, N&R 2017, 270, 275; *Rugullis*, in: Säcker (Fn. 5), § 44 Rn. 32.
- 23 *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 6.
- 24 Das Argument der Rechtswegspaltung wird hier nicht formal verstanden, nachdem auch für Klagen gegen bestimmte Behördenentscheidungen auf Grundlage des EnWG der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein kann, siehe *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 322; *Kahl* (Fn. 4), S. 81; *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. A., 2015, Vor § 75 Rn. 3; *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 276; ebenso *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 391, mit dem entsprechenden Fazit: „Das Ziel einer Verhinderung von Rechtswegspaltungen kann so schwerlich erreicht werden.“ Vgl. auch *Antweiler/Nieberding*, NJW 2005, 3673, 3676; *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17; *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1025.
- 25 *Attendorf/Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 137 Rn. 9; *Geppert/Helmes*, MMR 2007, 564, 565; *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 290 f.; *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 6; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 53 und 57; vgl. auch *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 9. Eine andere Frage ist, welche praktische Relevanz diese Gefahr insbesondere im Bereich der Wettbewerbsregulierung hat; jedenfalls bislang werden die Zivilgerichte von Wettbewerbern regulierter Unternehmen für telekommunikationsrechtliche Streitigkeiten kaum in Anspruch genommen, siehe etwa *Christiansen*, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht, 2013, S. 255, 268 f.; *Sennekamp* (Fn. 17), S. 88; anders *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 6.
- 26 Vgl. für Standardangebote nach § 23 TKG etwa *Geppert/Attendorf*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 25), § 23 Rn. 58; *Geppert/Helmes*, MMR 2007, 564, 567; *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker (Fn. 5), § 23 Rn. 86; *Scherer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. A., 2015, § 23 Rn. 19 und 45, und für Anordnungen nach § 25 TKG etwa *Geppert/Attendorf*, a. a. O., § 25 Rn. 58; *Geppert/Helmes*, MMR 2007, 564, 567; *Kühling/Neumann* (Fn. 20), § 25 Rn. 102; *Scherer*, a. a. O., § 25 Rn. 19 und 30.
- 27 Siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/4438, 5 (Nr. 2).
- 28 Die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen in Bezug auf einen konkreten Streitfall/-gegenstand dürfte unabhängig davon jedenfalls wirksamer durch prozessrechtliche Konsequenzen in Form wechselseitiger Zulässigkeitsbeschränkungen (über fehlendes Rechtsschutzbedürfnis oder Verwirkungsaspekte) gebannt werden, siehe hierzu ausführlich *Christiansen* (Fn. 25), S. 257 ff.

der Fall, wenn auch Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Privatrechtssubjekten (Unternehmensträgern) von demselben Gericht (bzw. demselben Spruchkörper) entschieden würden, das (bzw. der) auch für die Kontrolle von Entscheidungen der Bundesnetzagentur zuständig wäre. Das ist selbst im Anwendungsbereich des GWB und des EnWG nur begrenzt der Fall, die erst ab Ebene der Berufungsinstanz die gemeinsame Zuständigkeit des Kartellsenats beim Oberlandesgericht sowohl für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten als auch für Beschwerdeverfahren gegen die Kartell- bzw. Regulierungsbehörde vorsehen (§ 91 S. 2 GWB bzw. § 106 Abs. 1 EnWG).²⁹ Und selbst insoweit bleibt es bei der besonderen (örtlichen) Zuständigkeitszuweisung für die letztgenannten Beschwerdeverfahren nach § 63 Abs. 4 S. 1 GWB bzw. § 75 Abs. 4 S. 1 EnWG, die zu einem Auseinanderfallen der örtlichen Zuständigkeiten führen kann.³⁰ Auch wenn für das TKG eine entsprechende Sonderregelung getroffen würde, könnte also möglicherweise erst (aber natürlich auch immerhin) der BGH für eine einheitliche Rechtsprechung sorgen.³¹

Eine solche Möglichkeit der Rechtsprechungsvereinheitlichung besteht freilich auch für die derzeitige Situation abweichender Rechtswege über den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 Abs. 1 RsprEinhG,³² auch wenn dieser in der Rechtspraxis jedenfalls bislang nur sehr selten tätig werden muss und seine Anrufung die Verfahrensdauer weiter verlängert.³³ In der Praxis dürften jedoch abweichende Entscheidungen auch aus der unterschiedlichen Beurteilung tatsächlicher Fragen (bzw. aus abweichenden Informationsgrundlagen) resultieren.³⁴ Solche Fragen lassen sich in aller Regel nicht durch die obersten Gerichtshöfe des jeweiligen Rechtswegs klären. Denn deren Aufgabe liegt primär in der Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung des Rechts (und dessen Fortentwicklung), nicht aber in der Aufklärung und Bewertung tatsächlicher Umstände. Insoweit könnte auch eine einheitliche Zuweisung an die Zivilgerichte (bei u. U. unterschiedlicher örtlicher Zuständigkeit) inhaltlich abweichende Entscheidungen über dieselben Vorfragen nicht vermeiden. Die Frage, ob ein einheitlicher oder ein – je nach Rechtsverhältnis – gespaltener Rechtsweg gegeben ist, führt somit im Ergebnis zu einem eher theoretischen Unterschied in Bezug auf die Vermeidung inhaltlich abweichender Entscheidungen. Davon abgesehen enthalten sowohl das Wettbewerbsrecht (§ 90 GWB) als auch das Energiewirtschaftsrecht (§ 104 EnWG) und das Telekommunikationsrecht (§ 139 TKG i. V. m. § 90 Abs. 1 und 2 GWB) Vorschriften, mit denen sichergestellt wird, dass die jeweils zuständige (Wettbewerbs- bzw. Regulierungs-) Behörde über alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten informiert ist, die sich aus dem jeweiligen Gesetz ergeben,³⁵ und sich ggf. in anhängige Gerichtsverfahren einbringen kann.³⁶ Auf diese Weise wird durch eine normative Verschränkung des allgemeinen Zivilprozesses mit der (sektorspezifischen) Aufsichtstätigkeit in besonderem Maße auch auf eine materielle Vereinheitlichung der Rechtsprechung hingewirkt.³⁷

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich das Prozessrecht des GWB ohnehin in zahlreichen Punkten vom allgemeinen Zivilprozessrecht unterscheidet und in der Sache verwaltungsprozessualen Grundsätzen angenähert ist.³⁸ Wie das EnWG zeigt, ist mit einer etwaigen Zuweisung von Rechtsstreitigkeiten gegen regulierungsbehördliche Entscheidungen zu den Zivilgerichten in der Sache eine Ausgestaltung entsprechend dem wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzsystem gemeint, nicht aber eine Übernahme der Verfahrensregelungen der ZPO.³⁹ Diese Regelungen wiederum sind jedoch maßgeblich für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen zwei Privatrechtssubjekten, mögen sie ihre Grundlage auch in

Vorschriften des TKG oder in Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur haben.⁴⁰ Die bloße Rechtswegangleichung führt daher ohne eine damit einhergehende Prozessrechtsangleichung noch nicht einmal zu einer zumindest weitgehenden Verfahrensvereinheitlichung und -vereinfachung.⁴¹

Schlussendlich haben Verfügungen der Wettbewerbsbehörden im Telekommunikationssektor jenseits des Bereiches der Fusionskontrolle zumindest auf nationaler Ebene in der Praxis

29 Das dürften *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 19, übersehen. In erster Instanz sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten die Landgerichte zuständig (§ 87 GWB, § 102 EnWG). Unklar insoweit *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 276, die auch für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten von einer Konzentration auf die Kartellsenate der Oberlandesgerichte und des BGH sprechen; richtig dann aber a. a. O., S. 291.

30 *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146, 148. Diesen Aspekt blenden *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 52 f., aus. Ein solches Auseinanderfallen kann nur durch die weitere Vorgabe einer besonderen örtlichen Zuständigkeitskonzentration auch für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vermieden werden; so ist die Zuständigkeit für Berufungen gegen landgerichtliche Urteile nach § 87 GWB in Nordrhein-Westfalen durch § 2 der Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte und über die gerichtliche Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem Energiewirtschaftsgesetz beim OLG Düsseldorf konzentriert. Anderen Bundesländern dürfte eine solche Zuständigkeitskonzentration beim für die Kontrolle von Entscheidungen des BKartA zuständigen OLG Düsseldorf nicht möglich sein. Hier käme lediglich der Abschluss eines entsprechenden Staatsvertrages in Betracht, wie ihn § 93 i. V. m. § 92 Abs. 2 GWB für den Bereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts vorsieht, vgl. auch *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146, 149.

31 *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146, 148. Erfahrungen im Energiewirtschaftsrecht sprechen gegen die Annahme, dass andere Oberlandesgerichte geneigt sein könnten, die Auslegung der gesetzlichen Vorschriften durch das für die Kontrolle von Entscheidungen der Bundesnetzagentur zuständige Oberlandesgericht als „Primus inter Pares“ nachzuvollziehen, siehe (für die Konstellation mehrerer [Landes-]Regulierungsbehörden im Zuständigkeitsbereich unterschiedlicher Oberlandesgerichte) *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146, 147 f.

32 *Schütz*, MMR-Beilage 12/2002, 18, 20; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 57.

33 *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 57.

34 A. A. für die Praxis unter dem TKG 1996 *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 56.

35 Im Detail ergeben sich hier jedoch Unterschiede zwischen den einzelnen Gesetzen, insbesondere in Bezug auf die Frage, ob die Beteiligungsvorschrift sich auch auf solche Rechtsstreitigkeiten bezieht, in denen Fragen aus dem jeweiligen Gesetz nur Vorfragen für die streitigen Ansprüche sind, die ihre Rechtsgrundlage andernorts finden, insbesondere in anderen Gesetzen oder einer privatrechtlichen Vereinbarung. Denkbar wäre, im Rahmen der anstehenden TKG-Novelle § 139 TKG, der insoweit eher restriktiv gefasst ist – siehe etwa *Attendorn/Geppert* (Fn. 25), § 139 Rn. 4 ff.; *Gurlit* (Fn. 5), § 139 Rn. 3 –, stärker an § 90 Abs. 1 S. 1 f. GWB oder § 102 Abs. 1 (insbesondere S. 2) EnWG anzulehnen, um so die Einbindung der Bundesnetzagentur in bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem TKG zu optimieren.

36 *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, D. 179.

37 *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2013, Kap. 8 Rn. 61 (S. 505); *Schmitt-Kanthak*, N&R 2008, 86.

38 *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 331; *Kahl* (Fn. 4), S. 67.

39 Eine solche Ausgestaltungsoption, bei der gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur der Weg zu den Zivilgerichten eröffnet würde und dort allein nach den Regeln der ZPO ausgestaltet wäre, soll im Folgenden nicht diskutiert werden. Sie wäre zwar theoretisch nicht zwingend ausgeschlossen. Das auf dem Beibringungsgrundsatz basierende Prozessrecht der ZPO passt aber von vornherein nicht recht auf die Kontrolle behördlichen Handelns im Gemeinwohlinteresse, siehe auch *Kahl* (Fn. 4), S. 99; noch weitergehend („strukturell ungeeignet“) *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 334. Die gerichtliche Korrektur von Regulierungsentscheidungen hinge so von den Zufälligkeiten und der Qualität des Parteivortrags ab, was mit den am öffentlichen Wohl ausgerichteten Regulierungszielen nicht vereinbar wäre; siehe allgemein zur Insuffizienz des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Aufklärung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen besteht, *Kahl* (Fn. 4), S. 26. Darüber hinaus hätte eine solche Ausgestaltung die Schaffung eines „dritten Weges“ für die Kontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen zur Folge, den – soweit ersichtlich – bisher niemand gefordert hat und der insbesondere auch nicht den Beschlüssen von Bundesrat und Bundestag aus dem Jahr 2004 (Fn. 11) entspräche.

40 *Masing* (Fn. 36), D. 35. Entsprechend für das Energierecht *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 19.

41 *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 394.

keine nennenswerte Bedeutung.⁴² Und schon angesichts der auch bei Zusammenschlussvorhaben sehr geringen Fallzahl kann aus dem Umstand der diesbezüglichen Zuständigkeit der Zivilgerichte kein maßgebliches Argument dafür abgeleitet werden, den Rechtsweg auch für die Kontrolle von ungleich zahlreicheren Entscheidungen der Bundesnetzagentur von den Verwaltungs- auf die Zivilgerichte umzustellen.⁴³ Darüber hinaus geht es – trotz gewisser inhaltlicher Überschneidungen⁴⁴ und ungeachtet der umfassenden Entscheidungskompetenz im Rahmen des zulässigen Rechtswegs (§ 17 Abs. 2 S. 1 GVVG) – im Bereich der Fusionskontrolle sowie aber auch generell im allgemeinen Wettbewerbsrecht und bei der Überprüfung von regulierungsbehördlichen Entscheidungen um die Anwendung jeweils anderer Rechtsgrundlagen, nämlich des GWB einerseits und des TKG andererseits.⁴⁵ Die rechtlichen Synergieeffekte, die sich mit Blick auf die Anwendung des GWB auf den Telekommunikationssektor durch die Zivilgerichte aus einer Ausweitung ihrer Zuständigkeiten auf die regulierungsbehördliche Tätigkeit in diesem Sektor ergeben könnten, sind daher von vornherein eng begrenzt.

2. Konvergenz und Konsistenz des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht

Ein weiteres Argument für eine Umstellung des Rechtswegs kann sich aus den Beschlüssen von Bundesrat und Bundestag zur „Umstellung des im TKG normierten Verwaltungsrechtsweges auf den zivilrechtlichen Kartellrechtsweg“ aus dem Jahr 2004 ergeben. Diese Forderung wurde mit der „angestrebte[n] Konvergenz des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts für den Telekommunikationsmarkt mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und [dem] Ziel einer konsistenten Spruchpraxis“ begründet.⁴⁶

Das Argument, eine Konvergenz des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht anzustreben, dürfte jedoch jedenfalls für den Telekommunikationssektor nur bedingt tragfähig sein. Es betrifft schon von vornherein nur die Marktregulierung im engeren Sinne, während etwa im Bereich der Frequenz- und Nummernverwaltung sowie der öffentlichen Sicherheit eine normative Angleichung an das allgemeine Wettbewerbsrecht ersichtlich nicht in Rede steht.⁴⁷

Aber selbst für den Bereich der Marktregulierung, die durchaus als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht verstanden werden kann,⁴⁸ erscheint das Konvergenzpotential überschaubar.⁴⁹ Die am ehesten mit der Missbrauchsaufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts vergleichbaren Vorschriften der §§ 28, 42 TKG⁵⁰ spielen im Telekommunikationsrecht jedenfalls bislang⁵¹ eine eher untergeordnete Rolle. Stattdessen dominieren hier spezifische Instrumente der Vorabregulierung, wie namentlich ex ante auferlegte Zugangsverpflichtungen nach §§ 19 ff. TKG, daran anknüpfende Standardangebotsverfahren nach § 23 (Abs. 2 ff.) TKG und Zugangsanordnungen nach § 25 TKG sowie vor allem eine stark ausdifferenzierte Ex-ante-Entgeltregulierung nach §§ 31 ff. TKG. Diese Instrumente basieren mit Marktdefinition und -analyse zwar auf Verfahrensstufen, die an die Marktabgrenzung und Marktbeherrschungsprüfung des allgemeinen Wettbewerbsrechts angelehnt sind.⁵² Sie haben als solche im allgemeinen Wettbewerbsrecht jedoch keine unmittelbare Entsprechung.⁵³ Insbesondere im Bereich der Entgeltregulierung, der „Königsdisziplin“⁵⁴ bzw. dem „Herzstück“⁵⁵ der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung, erweist sich das allgemeine Wettbewerbsrecht als sehr zurückhaltend,⁵⁶ während das Telekommunikationsrecht der Bundesnetzagentur ausdrücklich

weitreichende Instrumente wie analytische Kostenmodelle und unterschiedliche Kostenmaßstäbe an die Hand gibt.

Dementsprechend unterscheidet sich auch das Maß der möglichen Verhaltenssteuerung: Während ein Missbrauchsvorwurf nach allgemeinem Wettbewerbsrecht stets ein erhebliches Abweichen von einem

42 Für den besonders regulierungsnahen Bereich der Missbrauchskontrolle verweisen die letzten beiden Tätigkeitsberichte des BKartA lediglich auf eine Beschwerde in Bezug auf Breitbandanschlüsse, in deren Folge keine eindeutigen Anhaltspunkte für einen Missbrauch festgestellt werden konnten, BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760, 1, 102, sowie auf Beschwerden über Mobilfunkvorleistungen, in deren Folge eine Vorprüfung eingeleitet wurde, BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, BT-Drs. 19/10900, 1, 98.

43 Entsprechend übersteigen auch die Fallzahlen (jedenfalls der höchstgerichtlichen) Rechtsprechung zu (energie-) regulierungsbehördlichen Maßnahmen die Zahl der Entscheidungen zu Maßnahmen der Wettbewerbsbehörden deutlich, siehe *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 52 f. Kritik an einer diesbezüglichen „Doppelzuständigkeit“ jedoch bei *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1025. Denkbar ist im Übrigen auch eine Beseitigung diesbezüglicher Rechtswegspaltungen zugunsten des Verwaltungsrechtswegs durch Erweiterung des Prüfprogramms der Bundesnetzagentur auf wettbewerbsrechtliche Fragestellungen, so etwa *Christiansen* (Fn. 25), S. 273.

44 Solche bestehen etwa bei der Frage nach etwaigen Verpflichtungszusagen als Voraussetzung für die Freigabe eines Zusammenschlusses, denen auch regulatorische Bedeutung zukommen kann (vgl. Art. 76 Abs. 1 des Kommunikationskodex).

45 So für das Energierecht auch *Holzner/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 19. Das kommt zu kurz, wenn auch insoweit pauschal eine uneinheitliche Rechtsanwendung befürchtet wird, siehe etwa *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 290. Vgl. zum Verhältnis der Vorschriften des GWB zu den Vorschriften des TKG im Rahmen einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit zuletzt BGH, K&R 2020, 143 (Urt. v. 29.10.2019 – Az. KZR 60/18), sowie die umfassende Darstellung bei *Sennekamp* (Fn. 17), S. 19 ff.

46 Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 379/04 (Beschluss); Antrag der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, BT-Drs. 15/3218; hieran anknüpfend der Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 359/06 (Beschluss), 16 (Nr. 23 [zu Artikel 3 Nr. 4 – neu – (§§ 137 ff. TKG)]). In diese Richtung auch bereits der Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 15/2329, 1, 7, sowie der Änderungsantrag der FDP-Fraktion, Ausschussdr. 15(9)1059. Gleichsinnig außerdem Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 40 (zur Reform des TKG), BR-Drs. 162/04, 1, 64 f. Tz. 100 f.; *Helmes*, CR 2006, 583, 590; *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 279; *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505, 508; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 52 f. und 57 f. Vgl. auch Monopolkommission, 14. Hauptgutachten, BT-Drs. 14/9903, 1, 55 Tz. 21; *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1025. Entsprechend in Bezug auf das Energierechtsrecht die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6248, 21, 26 (Zu Nr. 23 [Gesetzentwurf insgesamt]); *Limperg*, in: Mohr (Fn. 18), S. 27, 28 f.

47 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4438, 29, 30 (zu Nr. 2); *Masing* (Fn. 36), D. 166 f.; entsprechend auch *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 282.

48 *Attendorf/Geppert* (Fn. 25), § 137 Rn. 7; *Helmes*, CR 2006, 583, 590; *Laubenstein*, in: Mohr (Fn. 18), S. 44, 45; *Säcker/Wolf*, K&R 2007, 20, 21.

49 So auch *Mayen*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. A., 2008, § 137 Rn. 3 („Die vorgebrachten Argumente überzeugen freilich mit immer weiter zunehmender Ablösung des Telekommunikationsrechts von kartellrechtlichen Grundmustern noch weniger“).

50 Auf diese nehmen etwa *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 286, Bezug.

51 Mit der zunehmenden Herausbildung lokaler (Glasfaser-) Anschlussmonopole könnte sich das in Zukunft ggf. ändern. Insoweit stünde aber voraussichtlich keine klassische Marktmachtkontrolle zu erwarten, sondern die Kontrolle einer (wenn auch marktmachtähnlichen) Verfügungsgewalt über nicht duplizierbare Infrastruktur.

52 *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505, 508.

53 Entsprechend aus Sicht des Energierechts schon *Becker*, ZNER 2004, 130, 132.

54 *Franz*, N&R 2020, 86, 87.

55 *Mohr*, N&R-Beilage 1/2020, 1, 4; *Wißmann*, in: FS Schmidt, 2006, S. 632.

56 Exemplarisch *Fischmann*, GRURInt 2010, 185, 194 (Preisregulierung nach allgemeinem Wettbewerbsrecht soll ausnahmsweise akzeptiert werden, wenn keine anderen Maßnahmen zur Verfügung stehen); siehe auch *Masing* (Fn. 36), D. 164; *Wißmann* (Fn. 55), S. 635 („Preisvorgaben [liegen] am äußersten Rand des Kartellrechts“). Deutlich die Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 24, BT-Drs. 14/2321, 149, 166 Tz. 68, die auf die konzeptionellen Probleme der Preisaufsicht nach dem GWB, die hohen Anforderungen an den Nachweis eines Missbrauchs und die langen Verfahrensdauern hinweist.

wettbewerbsanalogen Preis voraussetzt,⁵⁷ kann das Preissetzungsverhalten eines marktmächtigen Unternehmens insbesondere auf die Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung begrenzt werden, die keinen solchen Erheblichkeitszuschlag umfassen.⁵⁸ Der Maßstab der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung beschränkt das Preissetzungsverhalten deshalb stärker als das Verbot eines Ausbeutungsmissbrauchs und ist insoweit das strengere Regulierungsinstrument.⁵⁹ Das zeigt auch deutlich, dass das Regulierungsrecht nicht lediglich die Vorgaben des Missbrauchsverbots (insbesondere nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) ausdifferenziert und konkretisiert.⁶⁰

Hinter dieser abweichenden Ausgestaltung steht letzten Endes der strukturelle Unterschied zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und Telekommunikationsrecht.⁶¹ Zwar soll das regulatorische Instrumentarium letztlich – ähnlich dem allgemeinen Wettbewerbsrecht – ein Marktversagen kompensieren, das sich aus dem Fehlen wirksamen Wettbewerbs ergibt.⁶² Das allgemeine Wettbewerbsrecht geht dabei jedoch von grundsätzlich funktionsfähigen Wettbewerbsstrukturen aus, die lediglich punktuelle Interventionen erforderlich machen.⁶³ Demgegenüber ist der Wettbewerbsprozess jedenfalls in den Bereichen, die der marktmachtabhängigen Regulierung nach §§ 19 ff. TKG unterliegen, nachhaltig gestört und bedarf laufender regulatorischer Absicherung und Förderung.⁶⁴ Während gerichtliche Kontrolle im allgemeinen Wettbewerbsrecht in erster Linie auf die Bereinigung eines privatrechtlichen Überschreitens normativer Grenzen gerichtet ist (wobei die Wettbewerbsbehörden im Grundsatz nur in die Position des von einem solchen Verhalten belasteten Wettbewerbers rücken⁶⁵), greift die sektorspezifische Regulierung vorab steuernd (und damit den Bereich bloßer Abwehrensprüche von Wettbewerbern verlassend) in das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens ein.⁶⁶ Vor diesem Hintergrund ist zwar das Ziel der wettbewerbsfördernden Regulierung des Telekommunikationsrechts, die sektorspezifische Vorabregulierung je nach der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und letztendlich sicherzustellen, dass die elektronische Kommunikation nur dem Wettbewerbsrecht unterliegt.⁶⁷ Daraus kann aber jedenfalls zum jetzigen Stand der normativen Entwicklung nicht auf einen materiellen Gleichlauf bzw. relevantes Kohärenzpotential⁶⁸ zwischen den hierzu entwickelten spezifischen Instrumenten des Telekommunikationsrechts und den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts geschlossen werden.⁶⁹ Im Gegenteil hat gerade der Kommunikationskodex sogar eine weitere Ausdifferenzierung der sektorspezifischen Vorschriften und keine Vereinfachung in Richtung der generalklauselartigen Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts⁷⁰ zur Folge gehabt.⁷¹

Insoweit ist auch die Einführung der neuen Vorschriften zur marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung (Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex) zu nennen. Diese adressieren spezifische Gegebenheiten des Telekommunikationssektors, in dem vor allem der Übergang in die Glasfaserwelt mit dem Entstehen neuer lokaler Anschlussmonopole einhergeht.⁷² Diese fügen sich nicht ohne weiteres in den Übergangsprozess des sektorspezifischen Aufbrechens bestehender Vermachtungen ein. Darüber hinaus ist auch offen, inwieweit das

allgemeine Wettbewerbsrecht materiell und instrumental geeignet ist, den Herausforderungen zu begegnen, die sich aus

57 BGH, N&R 2017, 184, 185 Rn. 25 (Urt. v. 24.1.2017 – Az. KZR 2/15) – *Kabelkanalanlagen*; 2015, 311, 316 Rn. 63 (Beschl. v. 14.7.2015 – Az. KVR 77/13) – *Wasserpreise Calw II*; 2012, 296, 299 Rn. 26 (Beschl. v. 15.5.2012 – Az. KVR 51/11) – *Wasserpreise Calw*; 2005, 156, 160 (Beschl. v. 28.6.2005 – Az. KVR 17/04) – *Stadtwerke Mainz*; siehe auch v. *Danwitz*, DVBl 2003, 1405, 1414.

58 Aus einer abstrakten, mit der Ex-ante-Höchstpreisgenehmigung kaum zu vereinbarenden Perspektive heraus differenzierend *Säcker/Böcker*, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland, 2008, S. 69, 97 f., sowie *Säcker/Wolf*, K&R 2007, 20, 21 und 23, denen zufolge eine regulierungsbehördliche Intervention nur bei Überschreiten eines – gering bemessenen – Erheblichkeitszuschlags erfolgen soll, dann aber eine Herabsetzung auf den wettbewerbsanalogen Preis zur Folge habe.

59 BVerwGE 131, 41, 74 Rn. 69 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07); *Herrmann*, N&R 2018, 314, 315; *Heun/Jenny*, CR 2007, 287, 292; *Kühling/Bulowski*, N&R 2017, 19, 28; *Werkmeister*, N&R 2013, 23, 27; vgl. auch BVerwG, N&R 2011, 42, 43 Rn. 20 (Urt. v. 20.10.2010 – Az. 6 C 18.09); entsprechend *Säcker*, in: ders. (Fn. 5), Einl. I Rn. 21 (anders aber wohl a. a. O., Rn. 34). Aus der Perspektive des allgemeinen Wettbewerbsrechts auch BGH, N&R 2017, 184, 185 Rn. 27 (Urt. v. 24.1.2017 – Az. KZR 2/15) – *Kabelkanalanlagen* (ein missbräuchliches Entgelt muss die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für eine vergleichbare Leistung „deutlich“ übersteigen).

60 So aber *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 281; ähnlich bereits *Säcker/Böcker* (Fn. 58), S. 73; entsprechend für das Energierecht *Säcker* (Fn. 18), S. 135; wohl auch *Limperg* (Fn. 46), S. 29. Siehe überdies die unglückliche Formulierung bei BVerwG, N&R 2015, 184, 186 Rn. 21 (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13), wonach die Vorgaben der §§ 31 ff. TKG die allgemeinen Regelungen des Ausbeutungsmissbrauchs „abschließend konkretisieren“ sollen.

61 *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; zu diesen Unterschieden siehe auch *Burgi*, NJW 2006, 2439, 2443; *Christiansen* (Fn. 25), S. 89.

62 So *Säcker* (Fn. 18), S. 132, der diesen Ausgleich aber zusätzlich als „privatrechtlichen“ kennzeichnet. Angesichts zahlreicher spezifischer Eingriffsinstrumentarien (wie etwa Standardangebotspflichten), die keine Entsprechung in privatrechtlichen Handlungsinstrumenten haben, erscheint diese Bezeichnung zumindest irreführend.

63 *Gersdorf*, in: FS Schmidt-Preuß (Fn. 1), S. 585, 590; *Jacob*, N&R 2020, 107; *Säcker* (Fn. 59), Einl. I Rn. 23; *WiBmann* (Fn. 55), S. 635 und 643. Siehe auch *Masing* (Fn. 36), D. 163 („Schutz vor Marktmachtmissbrauch ... als pathologischer Ausnahmefall“).

64 *Gersdorf* (Fn. 63), S. 590; *Säcker/Böcker* (Fn. 58), S. 74 f.; *WiBmann* (Fn. 55), S. 642 f. Vgl. auch VG Köln, N&R 2020, 48, 57 (Urt. v. 30.8.2019 – Az. 25 K 5770/16), dem zufolge die wettbewerbliche Zielsetzung der Regulierung diejenige des GWB übersteigt, weil Letzteres den Wettbewerb lediglich erhalten soll, Regulierung hingegen auf die Herstellung von Wettbewerb gerichtet ist.

65 *Blohm*, N&R 2008, 40, 42; *Christiansen* (Fn. 25), S. 211 und 274; *Kahl* (Fn. 4), S. 67; *Masing* (Fn. 36), D. 163; *WiBmann* (Fn. 55), S. 642.

66 *Christiansen* (Fn. 25), S. 274; *Kahl* (Fn. 4), S. 83; *Masing* (Fn. 36), D. 164; *Säcker* (Fn. 59), Einl. I Rn. 23; *WiBmann* (Fn. 55), S. 643; siehe auch *Ellinghaus*, MMR 2004, 293, 297. *Säcker*, ZNER 2004, 98, 100, unterscheidet insoweit anschaulich zwischen „äußere[n] Grenznormen“ und „Richtnormen“ als „Innenschranken“. Zu kurz greift es daher, wenn etwa *Helmes*, CR 2006, 583, 590, unter Hinweis auf ergänzende (Umsetzungs-) Instrumente (namentlich Zugangsanordnungen nach § 25 TKG) Raum für regulatorische Maßnahmen nur dann sieht, wenn die Unternehmen mit Verhandlungslösungen nicht weiterkommen.

67 Erwägungsgrund 29 S. 1 des Kommunikationskodex; siehe ausführlich auch *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 23 ff.; vgl. außerdem *Gersdorf* (Fn. 63), S. 592; a. A. *Säcker* (Fn. 59), Einl. I Rn. 18; ders., ZNER 2004, 98, 100. Auf eine vermeintliche „Rechtswegspaltung“ in Bezug auf solche nicht bzw. deregulierten Märkte stellen *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 8 f., ab, was übersieht, dass insoweit gerade ein anderer normativer Ordnungsrahmen zur Anwendung kommt.

68 Denkbar ist jedoch ein effektiveres „Abgrenzungspotential“, siehe *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 9.

69 *Masing* (Fn. 36), D. 168 f. Deutlich *Bardenhewer*, N&R 2006, 45: „Herausbildung eines ... vom Kartellrecht deutlich abgehobenen ‚Regulierungsverwaltungsrechts‘“. Siehe auch *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8. In diese Richtung ebenfalls *Säcker* (Fn. 59), Einl. I Rn. 18 = ders., ZNER 2004, 98, 100 („Regulierungsrecht ... nicht mehr ein absterbendes Sonderkartellrecht“); *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1025. Differenzierend *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 323. Tendenziell anders, ein bidirektionales Transferpotential betonend *Limperg* (Fn. 46), S. 29. Führt man den Gedanken einer zielsetzungsbedingten Begrenzung materieller Überschneidungen fort, muss man letzten Endes wohl für das Energiewirtschaftsrecht ein noch geringeres Kohärenzpotential in Bezug auf das allgemeine Wettbewerbsrecht konzidieren, *Christiansen* (Fn. 25), S. 275, da dieser Bereich noch deutlich stärker durch natürliche Monopole geprägt wird, siehe dazu *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 26; a. A. wohl *Limperg* (Fn. 46), S. 28.

70 Hierzu *Jacob*, N&R 2020, 107, 107 Fn. 2.

71 Vgl. *Eckhardt/Baran/Van Rooseebeke*, cepAnalyse Nr. 36/2016, S. 4; *Gerpott*, K&R 2016, 801, 807; *Neumann*, N&R 2019, 152, 155; siehe auch *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, 721, 726.

72 Zu den ökonomischen Grundlagen siehe *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohl auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, 2017, S. 70 ff.; *Sörries*, N&R 2020, 161, 164 ff. (in diesem Heft).

einem entsprechenden „Flickenteppich“ lokaler Kleinstmonopole ergeben können. Diese marktlichen Entwicklungen und ihre normative Verarbeitung durch den Richtliniengesetzgeber relativieren noch einmal zusätzlich das Ziel einer Konvergenz von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht als solches.

3. Umgang mit Drittbetroffenen

Als ein weiteres Argument für eine Umstellung auf den Zivilrechtsweg wird der prozessuale Umgang mit Wettbewerbern des (oder der) regulierten Unternehmen(s) genannt:⁷³ Im Verwaltungsprozess hingen die Rechtsschutzmöglichkeiten Drittbetroffener von der Schutznormlehre ab, deren Anwendung jedoch mit einigen Rechtsunsicherheiten und Einschränkungen verbunden sei.⁷⁴ Im zivilrechtlichen Kartellrechtsweg komme eine Beschwerdebefugnis demgegenüber unter erleichterten Voraussetzungen in Betracht, was unter Wettbewerbsschutzgesichtspunkten vorzugswürdig sei.⁷⁵

Nach § 63 Abs. 2 S. 1 GWB (bzw. § 75 Abs. 2 EnWG) steht die Beschwerde⁷⁶ nämlich den am Verfahren vor der Wettbewerbsbehörde (bzw. der Regulierungsbehörde) Beteiligten zu. Das umfasst nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB (bzw. § 66 Abs. 3 Nr. 3 EnWG) insbesondere auch all diejenigen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und welche die Wettbewerbsbehörde (bzw. die Regulierungsbehörde) auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigelegt hat. Eine Rechtsverletzung muss insoweit – anders als nach der verwaltungsprozessrechtlichen Schutznormlehre – gerade nicht vorliegen bzw. geltend gemacht werden können.⁷⁷ Erforderlich, aber auch ausreichend ist, neben der (zumindest gebotenen⁷⁸) Beiladung, eine materielle Beschwer, die bereits vorliegt, wenn der Betroffene durch die angefochtene Behördenentscheidung in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist.⁷⁹ Der Kreis derjenigen, die eine Regulierungsentscheidung gerichtlich überprüfen lassen können, ist bei Anwendung dieser Grundsätze daher grundsätzlich weiter gezogen als im Verwaltungsprozessrecht.⁸⁰

Generell ist allerdings auch die Schutznormlehre geeignet, um multipolaren Interessenkonflikten, die dem modernen Verwaltungsrecht in vielen Regelungszusammenhängen bekannt sind,⁸¹ gerecht zu werden.⁸² Das gilt insbesondere angesichts des Verständnisses, das der EuGH hinsichtlich der richtlinienrechtlich vorgesehenen Rechtsbehelfsgarantie nach Art. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (künftig: Art. 31 des Kommunikationskodex) vertritt⁸³ und in dessen Lichte die Schutznormlehre jedenfalls in Bezug auf das abgeleitete deutsche Telekommunikationsrecht anzuwenden ist,⁸⁴ auch wenn damit nach der zustimmungswürdigen⁸⁵ Rechtsprechung des BVerwG kein Verzicht auf das Erfordernis einer materiellen Rechtsposition als Voraussetzung für die Klagebefugnis verbunden ist.⁸⁶

Ob eine darüber noch hinausgehende Aufweichung des Zusammenhangs zwischen betroffener Position und Rechtsschutzmöglichkeit sinnvoll ist, erscheint zumindest zweifelhaft.⁸⁷ Sicherlich korrespondiert eine Ausweitung des Kreises der potentiellen Rechtsschutzberechtigten zumindest theoretisch⁸⁸ mit einer potentiellen Ausweitung der Kontrolle regulierungsbehördlicher Maßnahmen, so dass materiell ggf. fehlerhafte Regulierungsentscheidungen noch öfter korrigiert werden könnten. Dies würde jedoch um den Preis einer zusätzlichen Zunahme von Rechtsstreitigkeiten sowie höherer Rechts- und Planungsunsicherheit erfolgen.⁸⁹

- 74 *Attendorn/Geppert* (Fn. 25), § 137 Rn. 7; *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 20; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 54 f.
- 75 *Attendorn/Geppert* (Fn. 25), § 137 Rn. 7; *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 21; Monopolkommission (Fn. 46), BT-Drs. 14/9903, 1, 55 Tz. 22; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 55. Siehe auch *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 399, mit dem Hinweis auf eine „wirksame, alle Facetten der Marktstruktur berücksichtigende Kontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen“.
- 76 Das gilt jedenfalls für die Anfechtungsbeschwerde. Für die energierechtliche Verpflichtungsbeschwerde legt der Wortlaut von § 75 Abs. 3 EnWG die (Möglichkeit einer) Rechtsverletzung als Voraussetzung für die Beschwerdebefugnis nahe, siehe *Christiansen* (Fn. 25), S. 149 ff.; *Ludwigs* (Fn. 1), S. 704.
- 77 Vgl. BGH, N&R 2019, 303, 303 Rn. 15 (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 5/18) – *Lichtblick*; WRP 2007, 195, 197 Rn. 19 (Beschl. v. 7.11.2006 – Az. KVR 37/05) – *pepcom*.
- 78 Zu den Voraussetzungen, unter denen die Beschwerdebefugnis auch dann gegeben ist, wenn eine Beiladung im Verwaltungsverfahren unterblieben ist, siehe (für das EnWG) BGH, ZNER 2011, 46, 47 Rn. 14 ff. (Beschl. v. 5.10.2010 – Az. EnVR 52/09) – *GABI Gas*.
- 79 BGH, N&R 2019, 303, 303 Rn. 13, 19 (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 5/18) – *Lichtblick*; ZNER 2009, 39, 40 Rn. 14, 17 (Beschl. v. 11.11.2008 – Az. EnVR 1/08) – *citiworks*.
- 80 *Antweiler/Nieberding*, NJW 2005, 3673, 3676; *Holznapel*, MMR 2003, 513, 514; *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 398; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 55. Anders die durch entsprechende Andeutungen von gerichtlicher Seite genährte Erwartung von *Kühling/Hermeier*, N&R 2007, 146, 151.
- 81 *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 19. Zu denken sind etwa an typische Konstellationen im Bau(nachbar)recht, in Konkurrentenverdrängungssituationen oder im Immissionsschutzrecht, aber auch im Planungsrecht; siehe die umfassende Bestandsaufnahme auf dem Stand (der Erstauflage) vor mittlerweile bereits fast 30 Jahren bei *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. A., 2005, S. 252–422. Anders die pauschale Behauptung von *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 290, und ähnlich auch *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 4.
- 82 *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; *Masing* (Fn. 36), D. 149 f.; siehe auch *Christiansen* (Fn. 25), S. 154 f. Vgl. zur Gewährung von Drittschutz im Bereich des Telekommunikationsrechts etwa *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 45.
- 83 EuGH, ECLI:EU:C:2015:24, Rn. 36 (Urt. v. 22.1.2015 – Rs. C-282/13) – *T-Mobile Austria/Telekom-Control-Kommission*.
- 84 Vgl. BVerwG, Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 4 Rn. 22 (Urt. v. 16.12.2015 – Az. 6 C 27.14); N&R 2015, 184, 186 f. Rn. 22 ff. (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13); VG Köln, Urt. v. 3.7.2019 – Az. 9 K 8490/18, Rn. 150 (NRWE); allgemein zur Auslegung von § 42 Abs. 2 VwGO im Lichte von Art. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG auch VG Köln, Beschl. v. 6.1.2010 – Az. 1 L 1576/09, Rn. 6 (NRWE); *Christiansen* (Fn. 25), S. 61.
- 85 Umfassende Analyse bei *Christiansen* (Fn. 25), S. 55 ff., der zufolge auch nach Art. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG eine Rechtsverletzung geltend gemacht werden muss und eine bloße Interessenbeeinträchtigung nicht reicht.
- 86 BVerwG, N&R 2015, 184, 187 Rn. 26 (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13); hieran festhaltend BVerwG, Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 4 Rn. 23 (Urt. v. 16.12.2015 – Az. 6 C 27.14); ebenso VG Köln, Urt. v. 3.7.2019 – Az. 9 K 8490/18, Rn. 152 (NRWE); siehe auch EuGH, ECLI:EU:C:2015:24, Rn. 34 (Urt. v. 22.1.2015 – Rs. C-282/13) – *T-Mobile Austria/Telekom-Control-Kommission*; *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 8 (tendenziell anders aber a. a. O., S. 21).
- 87 Ablehnend *Masing* (Fn. 36), D. 149, dem zufolge der Drittbetroffenschutz nach dem GWB inadäquat ist; entsprechend *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 18; siehe überdies *Christiansen* (Fn. 25), S. 152 ff., die außerdem – S. 102 ff. – auf die unzureichende gesetzliche Ausgestaltung der Drittbeteiligung im Gerichtsverfahren hinweist, die zu konstruierten und teilweise wortlautwidrigen Korrekturanträgen von Rechtsprechung und Schrifttum geführt habe. *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 48, weist darauf hin, dass deshalb gerade umgekehrt im Wettbewerbs- und Energiewirtschaftsrecht ganz überwiegend eine Angleichung an die verwaltungsprozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen gefordert wird; siehe auch *Ludwigs* (Fn. 1), S. 704 f.
- 88 Siehe *Christiansen* (Fn. 25), S. 157 f.
- 89 Vgl. auch *Holznapel*, MMR 2003, 513, 514; *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 18 f. Zu diesem Spannungsverhältnis aus der Perspektive effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG *Christiansen* (Fn. 25), S. 70 ff. m. w. N. Auf das Interesse an der Vermeidung langwieriger Gerichtsverfahren und der damit einhergehenden Investitionshemmnisse weisen im Übrigen auch Befürworter des „Drittschutzarguments“ hin, siehe *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 55.

73 *Attendorn/Geppert* (Fn. 25), § 137 Rn. 7; *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 20; *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505, 508; *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 54.

Darüber hinaus handelt es sich bei der Bestimmung des Kreises der Rechtsschutzberechtigten aber auch nur um eine – wenn auch wichtige – Frage der Ausgestaltung des Rechtswegs. Selbst wenn man hier eine Ausweitung gegenüber der verwaltungsprozessrechtlichen Schutznormlehre rechtspolitisch für angezeigt halten wollte, ergäbe sich daraus nicht die Notwendigkeit, den Rechtsweg als solchen umzustellen.⁹⁰ Stattdessen könnte der Gesetzgeber subjektive Rechte über das bisher vorhandene Maß hinaus eindeutig zuweisen.⁹¹ Denkbar ist darüber hinaus auch eine sektorspezifische Ausnahme von dem Erfordernis der Rechtsverletzung, wie sie § 42 Abs. 2 VwGO („Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“) ausdrücklich zulässt.⁹²

4. Weitere Unterschiede zwischen dem zivilrechtlichen Kartellrechtsweg und dem Verwaltungsrechtsweg

Entsprechendes gilt für weitere Einzelaspekte, in denen das gerichtliche Verfahren auf Grundlage des GWB (bzw. des EnWG) bisweilen als dem Verwaltungsprozess in öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten auf Grundlage des TKG überlegen erachtet wird,⁹³ etwa in Bezug auf die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle⁹⁴ oder den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen⁹⁵. Selbst wenn man entsprechende Einschätzungen rechtspolitisch teilen wollte, würden sie doch keine Umstellung des Rechtswegs erforderlich machen. Vielmehr könnte ihnen mit sektorspezifischen Modifikationen im Rahmen des TKG Rechnung getragen werden,⁹⁶ das ja beispielsweise gerade zur Frage des Umgangs mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in § 138 TKG bereits eine von § 99 VwGO abweichende Sonderregelung enthält.⁹⁷

Das betrifft namentlich auch die Verfahrensdauer, die in der Diskussion im Vorfeld der TKG-Novelle im Jahr 2004 als Vorzug des Kartellrechtswegs und Argument für eine Änderung des Rechtswegs genannt wurde.⁹⁸ Die seinerzeit vorgebrachte Überlegung, durch die Anwendung des Kartellrechtswegs könne der Instanzenzug verkürzt und so die Verfahrensdauer verringert werden,⁹⁹ hat sich nämlich durch die Verkürzung des Rechtswegs gegen Beschlusskammerentscheidungen nach § 137 Abs. 3 S. 1 TKG gerade für den hier besonders relevanten Bereich der Marktregulierung erledigt.¹⁰⁰ Auch aus der Entscheidungsgeschwindigkeit lässt sich daher mittlerweile – aufgrund der bereichsspezifischen Modifikation der verwaltungsprozessualen Regelungen für den Bereich des Telekommunikationsrechts – kein Argument mehr für eine Rechtswegumstellung ableiten.¹⁰¹

5. Fachkompetenz im Bereich der Wettbewerbsstrukturierung

Zu guter Letzt wird bisweilen auf die umfangreichere praktische Erfahrung und eine hieraus resultierende höhere Fachkompetenz der Zivilgerichte bei der Beurteilung von wettbewerblichen Verhaltensweisen und Wirkungen verwiesen, die auch für den Telekommunikationssektor fruchtbar gemacht werden sollten.¹⁰² Allerdings sind die ökonomischen Fragestellungen, die sich beim Schutz grundsätzlich funktionsfähiger Wettbewerbsprozesse ergeben, nicht zwingend identisch mit den ökonomischen Herausforderungen bei der Schaffung wettbewerblicher Prozesse in den strukturell vermachteten Netzindustrien.¹⁰³ Das Argument besonderer wettbewerblicher Fachkunde der Kartellgerichte war daher immer nur von überschaubarer Substanz. Aber selbst wenn es vor 15 Jahren evtl. noch nachvollziehbar gewesen wäre, wird man nach mittlerweile über 20 Jahren gerichtlicher Kontrolle von marktregulierenden Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf Grundlage des TKG dem VG Köln und auch dem BVerwG

Verständnis von und Sachkunde in wettbewerblichen Fragen jedoch nicht mehr ernsthaft absprechen können.¹⁰⁴ Vielmehr verfügen diese Gerichte durch ihre diesbezügliche Kontrolltätigkeit über ein reichhaltiges Wissen um die Besonderheiten der (deutschen) Telekommunikationsmärkte, ihre historische Entwicklung, die komplexen technischen Grundlagen und die vielfältigen Geschäftsmodelle der in diesem Sektor tätigen Unternehmen.¹⁰⁵ Die Fachkompetenz der jeweils zuständigen Gerichte dürfte daher mittlerweile eher gegen, nicht aber für eine Umstellung des Rechtswegs sprechen.

90 Grundlegend zu der Erkenntnis, dass es nicht auf die Rechtswegzuweisung, sondern auf die Ausgestaltung des jeweiligen Rechtswegs ankommt, auch *Christiansen* (Fn. 25), S. 3 f.

91 *Knauff*, *VerwArch* 98 (2007), 382, 400.

92 In diese Richtung auch *Knauff*, *VerwArch* 98 (2007), 382, 399. Zur gleichlaufenden Berücksichtigung einer solchen Ausnahme im Rahmen der Aufhebungsvoraussetzungen nach § 113 Abs. 1 VwGO siehe *Schenke/Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, *VwGO*, 25. A., 2019, § 113 Rn. 5, 25.

93 Demgegenüber wird für bestimmte Bereiche aber auch von einer besseren Eignung des Verwaltungsprozesses ausgegangen, siehe etwa für den einstweiligen Rechtsschutz *Nolte*, *NVwZ* 2009, 365, 369 (Spruchpraxis der Oberlandesgerichte verkürze diesen Rechtsschutz „auf ein Maß, das vor den Verwaltungsgerichten undenkbar wäre“).

94 *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, *MMR-Beilage* 12/2003, 3, 27 (ohne inhaltliche Begründung a. a. O., S. 15 f.). Insoweit wird jedoch auch gerade umgekehrt von der Überlegenheit des telekommunikationsrechtlichen Systems gegenüber einem am GWB orientierten Verständnis des EnWG ausgegangen, siehe etwa *Christiansen* (Fn. 25), S. 209 ff.; *Holznapel/Werthmann*, *ZNER* 2004, 17, 18 f.

95 So z. B. *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, *MMR-Beilage* 12/2003, 3, 12 und 26; *Wissmann/Klümper*, *K&R* 2003, 52, 56 f.

96 Vgl. exemplarisch beispielsweise *Masing* (Fn. 36), D. 169 ff. Gleichsinnig für das Energierecht *Holznapel/Werthmann*, *ZNER* 2004, 17, 19. Entsprechendes gilt freilich für Vorzüge, die in der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verwaltungsrechtswegs gesehen werden, etwa in Bezug auf geringere Verfahrenskosten wegen der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts statt eines Oberlandesgerichts, so etwa *Masing* (Fn. 36), D. 168. Hier könnte im GK und dem RVG ggf. auch eine Sonderregelung für telekommunikationsrechtliche Verfahren vor dem Oberlandesgericht geschaffen werden, um Nachteile für die Rechtssuchenden zu vermeiden.

97 Siehe hierzu etwa im Überblick *Christiansen* (Fn. 25), S. 212 ff.; *Franke*, *Die Verwaltung* 49 (2016), 25, 49 f.; *Neumann/Koch* (Fn. 37), Kap. 8 Rn. 55 ff. (S. 502 ff.).

98 So etwa *Monopolkommission* (Fn. 46), BR-Drs. 162/04, 1, 64 Tz. 100; *Wissmann/Klümper*, *K&R* 2003, 52, 53 und 55.

99 Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 15/2329, 1, 7; Änderungsantrag der FDP-Fraktion, Ausschussdr. 15(9)1059.

100 Siehe auch *Christiansen* (Fn. 25), S. 273; *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; *Kahl* (Fn. 4), S. 85.

101 *Attendorp/Geppert* (Fn. 25), § 137 Rn. 7; *Knauff*, *VerwArch* 98 (2007), 382, 394; sogar umgekehrt eher schnellere Entscheidungen auf dem Verwaltungsrechtsweg erwartend *Masing* (Fn. 36), D. 168. Skeptisch demgegenüber unter Hinweis auf besondere Beschleunigungselemente im GWB *Wissmann/Klümper*, *K&R* 2003, 52, 56, die allerdings u. a. davon ausgehen, dass § 66 Abs. 3 GWB „zwingend eine Begründungspflicht innerhalb eines Monats nach Einlegung“ vorsehe. Bereits § 66 Abs. 3 S. 2 GWB 2001 sah aber die Möglichkeit einer Verlängerung dieser Frist vor, was nunmehr in § 66 Abs. 3 S. 5 GWB geregelt ist. Allgemein zu den Verfahrensdauern von Verwaltungs- und ordentlicher Gerichtsbarkeit *Kahl* (Fn. 4), S. 30 f.; *Steinbeiß-Winkelmann*, *NVwZ* 2016, 713, 715 Fn. 41 f.; zu einem empirischen Vergleich von Telekommunikations- und Energiewirtschaftsrecht siehe *Christiansen* (Fn. 25), S. 247 f.; *Franke*, *Die Verwaltung* 49 (2016), 25, 52.

102 *Monopolkommission* (Fn. 46), BR-Drs. 162/04, 1, 65 f. Tz. 102; *Kresse/Vogl*, *WiVerw* 2016, 275, 285 (allgemein in Bezug auf „Fragestellungen ökonomischer Art“); *Wissmann/Klümper*, *K&R* 2003, 52, 58; für den Energiesektor ebenso *Büdenbender/Rosin*, et 53 (2003), 746, 752.

103 *Christiansen* (Fn. 25), S. 276; ähnlich auch *Holznapel/Werthmann*, *ZNER* 2004, 17, 19; *Hilzinger* (Fn. 1), Kap. 54 Rn. 2 (S. 627).

104 *Christiansen* (Fn. 25), S. 276; *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; auch *Kresse/Vogl*, *WiVerw* 2016, 275, 295, erkennen diese Fachkunde an. Ebenso bereits aus früherer Perspektive *Holznapel*, *MMR* 2003, 513, 514; *Knauff*, *VerwArch* 98 (2007), 382, 396; *Masing* (Fn. 36), D. 162.

105 *Ellinghaus*, *MMR* 2004, 293, 295.

6. Zwischenergebnis

Eine Zuweisung des Rechtswegs gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts könnte bestehende Rechtswegspaltungen vermeiden. Diese ergeben sich bislang daraus, dass bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Privatrechtssubjekten (Unternehmen), die ihre Grundlage in Vorschriften des TKG oder darauf beruhenden Regulierungsentscheidungen haben, vor den Zivilgerichten verhandelt werden, während Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf Grundlage des TKG von den Verwaltungsgerichten kontrolliert werden. Allerdings kann dem Nachteil solcher Rechtswegspaltungen, also der Gefahr uneinheitlicher Rechtsprechung, grundsätzlich auch auf andere Weise entgegengewirkt werden, namentlich über die gesetzlich vorgesehene Information und Beteiligung der Bundesnetzagentur sowie in letzter Konsequenz über den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Darüber hinaus wäre auch bei einem einheitlichen Rechtsweg zu den Zivilgerichten (in der Form der für Wettbewerbssachen zuständigen Gerichte) bis zu klärenden Grundsatzjudikaten des BGH mit uneinheitlicher Rechtsprechung zu rechnen, da für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten jedenfalls grundsätzlich nicht die konzentrierte Zuständigkeit des OLG Düsseldorf gegeben ist, die bei der Kontrolle behördlicher Entscheidungen (nach dem GWB und EnWG und künftig dann sinnvollerweise auch nach dem TKG) besteht/bestünde. Deshalb ist auch das weitere (Teil-) Argument nur von geringem Gewicht, dass die Zivilgerichte bereits jetzt für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts zuständig sind. Das gilt im Ergebnis auch für die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des BKartA auf Grundlage des GWB, die jenseits des Bereichs der Fusionskontrolle ohnehin praktisch kaum von Relevanz sind und überdies insgesamt gerade nicht auf der Anwendung von Vorschriften des Telekommunikationsrechts, sondern des allgemeinen Wettbewerbsrechts beruhen.

Ebenfalls von geringem Gewicht ist das weitere Argument, eine Rechtswegänderung für das Telekommunikationsrecht hin zu den Zivilgerichten entspreche der angestrebten Konvergenz des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts für den Telekommunikationsmarkt mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und dem Ziel einer konsistenten Spruchpraxis. Diese Überlegung trifft von vornherein nur auf den Teil des Telekommunikationsrechts zu, der überhaupt als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht qualifiziert werden könnte, nicht jedoch für die (vielen) anderen Bereiche telekommunikationsrechtlicher Regulierung. Darüber hinaus beruht auch jenes sektorspezifische Wettbewerbsrecht für die Telekommunikation mit seinem gemeinwohlorientierten, von konkreten Normverstößen gelösten Ex-ante-Gestaltungsauftrag auf einem grundsätzlich anderen Regelungsansatz als das allgemeine Wettbewerbsrecht, das letzten Endes auf nur punktuelle Eingriffe in an sich funktionsfähige Marktprozesse gerichtet ist. Die Anwendung des ausdifferenzierten Regulierungsinstrumentariums, das durch den Kommunikationskodex noch einmal komplexer geworden ist, findet keine Entsprechung in den generalklauselartigen Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, so dass das Konvergenz- und Konsistenzpotential von vornherein eng begrenzt ist.

Kein belastbares Argument für eine Umstellung des Rechtswegs ergibt sich darüber hinaus aus einzelnen Aspekten, in denen das Gerichtsverfahren auf der Grundlage von GWB bzw. EnWG möglicherweise dem Verwaltungsprozess nach der VwGO überlegen ist, was bisweilen, wenn auch zu Unrecht, insbesondere in Bezug auf die Rechtsschutzmöglichkeiten Drittbetroffener angenommen wird. Insoweit ließen sich etwaige Änderungen ohne weiteres auch durch sektorspezifische Anpassungen im Rahmen des TKG umsetzen, das in

§§ 137 ff. TKG schon jetzt z. T. von der VwGO abweichende Vorgaben für das Gerichtsverfahren enthält. Erwägungen höherer Fachkompetenz der Zivilgerichtsbarkeit in wettbewerblichen Fragen erscheinen zu guter Letzt jedenfalls nach 20 Jahren verwaltungsgerichtlicher Kontrolle von Marktregulierungsentscheidungen von vornherein fernliegend. Ihnen müsste ohnehin das umfassende Verständnis von den komplexen technischen und marktlichen Gegebenheiten des Telekommunikationssektors entgegengestellt werden, das die Verwaltungsgerichte im Rahmen dieser Tätigkeit erworben haben.

III. Argumente für eine Beibehaltung der bisherigen Zuweisung zu den Verwaltungsgerichten

Erweisen sich damit die Argumente, die für eine Änderung des Rechtswegs hin zu den Zivilgerichten sprechen, insgesamt als nicht belastbar oder zumindest nicht sonderlich gewichtig, stellt sich nun die Frage, welche Argumente für eine Beibehaltung der derzeitigen Rechtswegzuweisung sprechen.

1. Rechtssystematische Konsistenz

Insoweit ist aus rechtssystematischer Sicht zunächst daran zu erinnern, dass es sich bei Streitigkeiten über regulierungsbehördliche Entscheidungen auf Grundlage des TKG um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art handelt, für die nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.¹⁰⁶ Für das EnWG gilt insoweit im Ausgangspunkt im Übrigen nichts anderes.¹⁰⁷ Die dort getroffene Zuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit ist deshalb eine abdrängende Sonderzuweisung.¹⁰⁸ Sie – und nicht etwa der Verwaltungsrechtsweg im Bereich der Telekommunikation – ist daher die (jedenfalls rechtspolitisch¹⁰⁹) begründungsbedürftige Ausnahme.¹¹⁰ Dementsprechend hat auch der Bundesrat im Jahr 2004 im Gesetzgebungsverfahren zum EnWG die allgemeine Zuweisung der Rechtsstreitigkeiten über Entscheidungen der Regulierungsbehörde an die Zivilgerichtsbarkeit kritisiert, da hierdurch auch „klassische verwaltungsbehördliche Entscheidungen“ erfasst würden, die sachgerechter in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fielen.¹¹¹ Das relativiert auch das Argument der vermeintlich drohenden Rechtswegspaltung. Denn die grundsätzliche Ausrichtung des Rechtswegs an der Natur des jeweils in Rede stehenden (zivil- oder öffentlich-rechtlichen) Rechtsverhältnisses ist für

¹⁰⁶ *Attendorff/Geppert* (Fn. 25), § 137 Rn. 8; *Heinickel*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich* (Fn. 26), § 137 Rn. 6; *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 4; *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 2.

¹⁰⁷ *Becker*, ZNER 2004, 130, 132; *Huber* (Fn. 1), § 75 Rn. 1. Siehe auch *Antweiler/Nieberding*, NJW 2005, 3673, 3675. Entsprechend für Eingriffsmaßnahmen der Wettbewerbsbehörden auf Grundlage des GWB *Holznapel/Werthmann*, ZNER 2004, 17.

¹⁰⁸ Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 343/11 (Beschluss), 22 (Nr. 23 [Zum Gesetzentwurf insgesamt]); Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 214/11 (Beschluss), 26 (Nr. 41 [zu Art. 84 – neu – (§ 75 Abs. 4 EnWG)]); *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 322; *Huber* (Fn. 1), § 75 Rn. 1; *Johanns/Roesen* (Fn. 1), § 75 EnWG Rn. 2; *Kahl* (Fn. 4), S. 81; *Ludwigs* (Fn. 1), S. 700. Entsprechendes gilt im Übrigen für die Zuweisung des Rechtswegs für die Überprüfung wettbewerbsbehördlicher Entscheidungen auf Grundlage des GWB, siehe *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 320 m. w. N.

¹⁰⁹ Vgl. zur Frage, ob sich insoweit auch eine rechtliche Vorprägung aus Art. 95 Abs. 1 GG ergibt, (verneinend) *Kahl* (Fn. 4), S. 12 m. w. N.; kritischer *Renner*, in: *Eyermann, VwGO*, 15. A., 2019, § 40 Rn. 100 und 124.

¹¹⁰ Vgl. auch *Knauff*, *VerwArch* 98 (2007), 382, 391 und 396; *Mayen*, DVBl 2006, 1008, 1011; *Schneider* (Fn. 1), § 22 Rn. 6 (S. 1202) („Sonderstellung“). Im Ausgangspunkt auch *Masing* (Fn. 36), D. 162.

¹¹¹ Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 613/04 (Beschluss), 40 f. (Nr. 57 [zu § 75 EnWG-RegE]).

das deutsche Prozessrecht kennzeichnend¹¹² und keine korrekturbedürftige Rechtswegspaltung.¹¹³ Rechtssystematisch konsistent wäre es deshalb, alle Regulierungsstreitigkeiten den Verwaltungsgerichten zuzuweisen.¹¹⁴ Diesem Ansatz liefe es zuwider, nun auch für den Telekommunikationssektor eine abweichende Sonderregelung zu treffen.¹¹⁵

2. Verwaltungsrechtlicher Charakter der Kontrollgegenstände

Auch in der Sache geht es bei der gerichtlichen Überprüfung von telekommunikationsrechtlichen Behördenentscheidungen um originär verwaltungsrechtliche Fragen.¹¹⁶ Zu nennen wären hier insbesondere der Umgang mit behördlichen Einschätzungsprärogativen¹¹⁷, die Wirkweise von behördlichen Genehmigungen¹¹⁸, die Reichweite gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen¹¹⁹ und generell die Kontrolle von Grundrechtseingriffen, die mit behördlichen Maßnahmen einhergehen¹²⁰. Diese Fragen sind typischer Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kontrollpraxis, für Zivilgerichte demgegenüber grundsätzlich rechtsgebietfremd.¹²¹ Dahinter steht letzten Endes der bereits betonte Unterschied zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht¹²² mit seinem von konkreten Normüberschreitungen losgelösten behördlichen Gestaltungsauftrag.¹²³

Auch das Ziel einer prozessualen Angleichung an das allgemeine Wettbewerbsrecht führt daher nur sehr bedingt weiter. So unterliegen beispielsweise Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden im Bereich der Missbrauchsaufsicht einer in der Regel uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle,¹²⁴ während das Telekommunikationsrecht durch zahlreiche behördliche Einschätzungsspielräume auf Tatbestands- und Rechtsfolgeenseite¹²⁵ gekennzeichnet ist.¹²⁶ Selbst die spezialisierten Kartellsenate der Zivilgerichtsbarkeit verfügen hier also – anders als die Verwaltungsgerichte – über keine spezifischen Erfahrungen.¹²⁷

Dieses Bild verändert sich zwar, wenn man den Blick auch auf das Energiewirtschaftsrecht lenkt, in dem mittlerweile ebenfalls in nicht unerheblichem Maße¹²⁸ behördliche Einschätzungsprärogativen insbesondere bei Entscheidungen mit Breitenwirkung¹²⁹ anerkannt sind.¹³⁰ Das ist jedoch gerade nicht der Zuweisung zu den Zivilgerichten, sondern den Besonderheiten der regulierungsrechtlichen Materie geschuldet und namentlich dem Vorbild des Telekommunikationsrechts nachgebildet.¹³¹ Auch hier sind also nicht etwa das allgemeine zivilrechtliche oder das spezifische wettbewerbsrechtliche Prozessrecht prägend, sondern kommen gerade die verwaltungsrechtlichen Charakteristika des Regulierungsrechts zum Tragen.

3. Beibehaltung eines einheitlichen Rechtswegs bei Eisenbahn, Post und Telekommunikation

Mangels abdrängender Sonderzuweisung sind die Verwaltungsgerichte auch für die Kontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen auf Grundlage des PostG und des ERegG

112 *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 387; *Schneider* (Fn. 1), § 22 Rn. 5 (S. 1201); *Schütz*, MMR-Beilage 12/2002, 18, 20.

113 Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit siehe *Kahl* (Fn. 4), S. 34 m. w. N.

114 *Burgi*, NJW 2006, 2439, 2443; *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 396 f.; siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 343/11 (Beschluss), 23 (Nr. 23 [Zum Gesetzentwurf insgesamt]); Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 214/11 (Beschluss), 26 (Nr. 41 [zu Art. 8a – neu – (§ 75 Abs. 4 EnWG)]). Auf die Bedeutung von Erwägungen der Rechtssystematik hinweisend (wenn auch in Bezug auf das EnWG mit abweichendem Ergebnis) ebenfalls *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 279.

115 Entsprechend für das KSpG die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 214/11 (Beschluss), 21 (Nr. 34 [zu Artikel 1 [§ 35 KSpG], Artikel 5 [Änderung des Gerichtskostengesetzes], Artikel 6 [Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes]); Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 282/09 (Beschluss), 27 (Nr. 51 [zu Art. 1 [§ 36 Abs. 3 bis 5 KSpG]]).

116 *Kahl* (Fn. 4), S. 84; *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 3; ders., DVBl 2006, 1008, 1011. Entsprechend für das Energierecht *Hilzinger* (Fn. 1), Kap. 54 Rn. 2 (S. 627); *Mayen*, RdE 2008, 314, 318.

117 *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; *Koenig*, N&R 2005, 176; *Masing* (Fn. 36), D. 165 f.; *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 3.

118 *Mayen*, RdE 2008, 314, 315 ff.

119 Aus Sicht des Energierechts ebenso *Becker*, ZNER 2004, 130, 132; *Eder/de Wyl/Becker*, ZNER 2004, 3, 10.

120 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4438, 29, 30 (zu Nr. 2); *Koenig*, N&R 2005, 176; *Masing* (Fn. 36), D. 164.

121 Siehe auch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4438, 29, 30 (zu Nr. 2); *Bardenhewer*, N&R 2006, 45; *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 396; *Koenig*, N&R 2005, 176; *Ludwigs*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. A., 2019, § 12 Rn. 36 (S. 612); *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 3; entsprechend zum Energierecht *Becker*, ZNER 2004, 130, 132; *Eder/de Wyl/Becker*, ZNER 2004, 3, 10. Zur eingeschränkten Kontrollrolle bei behördlichen Einschätzungsspielräumen auch *Kahl* (Fn. 4), S. 29; *Wißmann* (Fn. 55), S. 641 f. Zum einstweiligen Rechtsschutz *Nolte*, NVwZ 2009, 365, 369. Dem entsprechend auch den (Kompromiss-) Vorschlag der Einrichtung gemischter Kammern – entsprechend den Baulandkammern nach § 220 BauGB – ablehnend *Masing* (Fn. 36), D. 167. Allgemein differenzierend jedoch *Kahl* (Fn. 4), S. 110. A. A. *Säcker* (Fn. 18), S. 135; ders., ZNER 2004, 98, 100.

122 Siehe oben, unter II. 2.

123 *Masing* (Fn. 36), D. 164; *Wißmann* (Fn. 55), S. 643; siehe auch *Bardenhewer*, N&R 2006, 45.

124 BGH, NJW 1968, 1037, 1039 (Beschl. v. 5.2.1968 – KVR 1/67) – *Fensterglas II*; *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34, 36; v. *Danwitz*, DVBl 2003, 1405, 1414; *Kind/Geppert/Schütze/Schulze zur Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 15; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, Teil 1, 5. A., 2014, § 71 GWB Rn. 37 („Verrechtlichung der kartellbehördlichen Tätigkeit“); *Wißmann* (Fn. 55), S. 639 f.

125 Siehe zusammenfassend etwa *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 29 ff. m. w. N.

126 *Sennekamp* (Fn. 17), S. 161.

127 Bezeichnend insoweit *Limperg* (Fn. 46), S. 29 f., die in ihrem Plädoyer für die Beibehaltung des Rechtswegs im Energierecht zu den Kartellgerichten darauf hinweist, dass es in diesem Rechtsgebiet „nicht in erster Linie um die Überprüfung von Ermessensentscheidungen ..., sondern um die sachgerechte Umsetzung gebundener Entscheidungen“ gehe.

128 Im Vergleich zum Telekommunikationsrecht bleibt das Energierecht jedoch noch wesentlich stärker dem Ansatz einer normierenden Regulierung verhaftet, bei der viele Fragen durch den Gesetz- und Verordnungsgeber (u. a. in eine Vielzahl von Rechtsverordnungen wie der Strom/GasNEV, der Strom/GasNZV und der ARegV) vorentschieden werden, siehe *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 32 ff.; *Ludwigs*, N&R 2018, 262, 263. Damit wird dem höheren Bedarf nach einer verbindlichen Vorabfestlegung Rechnung getragen, der sich aus der Regulierung von deutlich mehr als 1000 Netzbetreibern ergibt, siehe *Jacob*, N&R 2020, 107, 112; vgl. auch BGH, N&R 2020, 103, 107 Rn. 78 f. (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 58/18) – *Normativer Rahmen*. Dieser Regelungsansatz steht derzeit jedoch auf dem Prüfstand des Unionsrechts, siehe hierzu etwa *Jacob*, N&R 2020, 107, 108 f.; *Ludwigs* (Fn. 121), § 12 Rn. 17 (S. 603 f.); ders., N&R 2018, 262, 263 f.

129 *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 34 ff.

130 BGH, N&R 2020, 103, 105 Rn. 55 (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 58/18) – *Normativer Rahmen*. Grundlegend BGH, RdE 2014, 276, 278 f. Rn. 25 ff. (Beschl. v. 21.1.2014 – Az. EnVR 12/12) – *Stadtwerke Konstanz GmbH*. Siehe auch *Johanns/Roesen* (Fn. 1), § 83 EnWG Rn. 26 f. A. A. unter Bezugnahme auf die wortgleiche Übernahme des wettbewerbsrechtlichen Vorbilds aus § 71 Abs. 5 S. 1 GWB in § 83 Abs. 5 EnWG etwa *Huber* (Fn. 1), § 83 Rn. 19, und wohl auch noch BGH, N&R 2008, 36, 39 f. Rn. 42 (Beschl. v. 19.6.2007 – Az. KVR 16/06) mit kritischer Anmerkung *Blohm*; siehe auch *Antweiler/Nieberding*, NJW 2005, 3673, 3675; *Limperg* (Fn. 46), S. 30.

131 Siehe die Bezugnahme auf die einschlägigen Rechtsprechung des BVerwG in der grundlegenden Entscheidung zu behördlichen Entscheidungsspielräumen im Energierecht: BGH, RdE 2014, 276, 278 f. Rn. 25 ff. (Beschl. v. 21.1.2014 – Az. EnVR 12/12) – *Stadtwerke Konstanz GmbH*; vgl. auch die diesbezügliche Einschätzung des BVerwG, N&R 2015, 173, 178 Rn. 47 (Beschl. v. 10.12.2014 – Az. C 16.13).

zuständig.¹³² Eingangsstanz ist aufgrund des Behördensitzes der Bundesnetzagentur in Bonn jeweils das VG Köln (§ 52 Nr. 2 S. 1 VwGO i. V. m. § 17 Nr. 5 JustG NRW)¹³³ und die letztinstanzliche Zuständigkeit liegt beim BVerwG. Sowohl im Postrecht als auch im Eisenbahnregulierungsrecht ist eine wettbewerbsfördernde Marktregulierung mit Instrumenten der Zugangs- und Entgeltregulierung vorgesehen.¹³⁴ Beide Regelungsbereiche weisen daher materielle Parallelen zum Telekommunikationsrecht auf,¹³⁵ wobei die inhaltlichen Berührungspunkte zwischen Post- und Telekommunikationsrecht schon aufgrund der historischen Entwicklung beider Sektoren am deutlichsten ausgeprägt sind.¹³⁶ Hieraus ergibt sich ungeachtet zahlreicher Unterschiede in der konkreten normativen Ausgestaltung¹³⁷ ein erhebliches rechtliches Transferpotential,¹³⁸ das sich gerade auch auf Ebene der Judikatur fortsetzt.¹³⁹ Wenn man dem Gedanken eines einheitlichen Rechtswegs überhaupt Gewicht beimessen wollte,¹⁴⁰ dann spräche dieser angesichts des Konsistenz- und Synergiepotentials in Bezug auf die Regulierung des Post- und des Eisenbahnsektors also eher für eine Beibehaltung des Verwaltungsrechtswegs für die gerichtliche Kontrolle regulierungsbehördlicher Entscheidungen auf dem Gebiet des TKG.¹⁴¹ Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Rechtsweg auch in Bezug auf diese beiden Sektoren entsprechend umgestellt würde.¹⁴² Eine solche Umstellung wäre jedoch angesichts der vorgefundenen Rechtswegführung, die in drei regulierten Netzindustrien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigt und nur in einer zu den Zivilgerichten, nicht unbedingt die nächstliegende Lösung zur Schaffung eines einheitlichen Rechtswegs für das Regulierungsrecht.¹⁴³ Das gilt zumal mit Blick auf die fehlende Perspektive einer Überführung des Ordnungsrahmens für Energie und Eisenbahn in das allgemeine Wettbewerbsrecht.¹⁴⁴

4. Erheblicher Novellierungsaufwand

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass selbst eine isolierte Umstellung des Rechtswegs im Bereich der Telekommunikation einen erheblichen Novellierungsaufwand auslösen dürfte. Das gilt insbesondere, wenn hierzu dem Vorbild des Energierechts gefolgt werden sollte. Dieses verarbeitet die Besonderheiten der abdrängenden Sonderzuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit einschließlich der Folgewirkungen auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in fast zwei Dutzend z. T. sehr umfangreichen Vorschriften (vgl. §§ 75 bis 88 und §§ 102 bis 108 EnWG). Dem stehen bislang gerade einmal vier Vorschriften im TKG gegenüber, die das Gerichtsverfahren zum Gegenstand haben. Das auf Ebene des materiellen Rechts bereits nicht unterkomplexe Telekommunikationsrecht würde hierdurch in Bezug auf den nachgelagerten Rechtsschutz noch einmal erheblich ausgebaut. Außerdem wären wohl auch Folgeänderungen im Bereich des Verwaltungsverfahrens mit Blick auf die unterschiedlichen Beteiligungsphilosophien erforderlich.¹⁴⁵

Das Gewicht dieser Konsequenzen wird allerdings dadurch nicht unerheblich gemindert, dass zum einen die Rechtsanwendung bei einer Umstellung des Rechtswegs (und etwaigen Änderungen in Bezug auf das Verwaltungsverfahren) für die damit aufgeworfenen Fragen auf die langjährige Rechtspraxis im Bereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts und des Energierechts zurückgreifen könnte.¹⁴⁶ In der Sache würde also schlichtweg das eine erprobte Rechtsschutzsystem (der VwGO) durch ein anderes erprobtes System (des GWB bzw. des EnWG) ersetzt, so dass materiell eher von einem Komplexitätswandel als von einem Komplexitätszuwachs gesprochen werden könnte. Und zum anderen bestünde auf formaler Ebene u. U. die Möglichkeit, einen erheblichen Normenzuwachs zu vermeiden, indem insoweit eine entsprechenden Anwendung der

relevanten Vorschriften des EnWG (oder auch des GWB) angeordnet und bereichsspezifischen Besonderheiten durch einzelne Abweichungsbestimmungen Rechnung getragen wird.¹⁴⁷

5. Umstellung in laufender Praxis

Weitaus schwerer wirkt jedoch, dass eine solche Umstellung nicht nur die Gefahr einer Diskontinuität der Rechtsprechung birgt,¹⁴⁸ sondern – anders als etwa bei der erstmaligen Etablierung einer echten Ex-ante-Regulierungsaufsicht (wie 2005

132 *Ludwigs* (Fn. 1), S. 700; ders. (Fn. 121), § 12 Rn. 35 (S. 611). Siehe (zur alten Rechtslage nach dem AEG) *Gärdtitz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 322; *Kahl* (Fn. 4), S. 80; *Koenig*, N&R 2005, 176; *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 276 f.; *Masing* (Fn. 36), D. 34; *Sennekamp* (Fn. 17), S. 19; *Steinbeiß-Winkelmann*, NVwZ 2016, 713, 715 Fn. 33; *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1025.

133 *Ludwigs* (Fn. 121), § 12 Rn. 35 (S. 611).

134 Siehe allgemein zu den gemeinsamen Regelungsmustern für die regulierten Netzindustrien *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1020.

135 Gleiches gilt freilich auch in Bezug auf das Energierecht, das jedoch eben nach derzeitiger Ausgestaltung einem anderen Rechtsweg folgt als das Post- und das Eisenbahnrecht und überdies einer stärkeren normativen Vorsteuerung unterliegt (siehe hierzu oben, in Fn. 128).

136 Das betrifft etwa das Rechtsinstitut der Entgeltgenehmigung und materielle Fragen der Kostenmaßstäbe, vgl. zu diesbezüglichen Anleihen der postrechtlichen Judikatur an Rechtsprechung und wissenschaftlichem Schrifttum zum TKG unlängst etwa VG Köln, N&R 2020, 48, 57 (Urt. v. 30.8.2019 – Az. 25 K 5770/16).

137 Siehe hierzu etwa *Säcker/Böcker* (Fn. 58), S. 72; *Storr*, DVBl 2006, 1017, 1020 ff.

138 *Kahl* (Fn. 4), S. 82; *Ludwigs* (Fn. 1), S. 711; *Säcker/Böcker* (Fn. 58), S. 70 und 72 f.; *Schütz*, MMR 6/2005, VIII; *Masing* (Fn. 36), D. 189; vgl. auch *Säcker*, ZNER 2004, 98, 100 f. Differenzierend *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 53. Skeptisch *Böge*, et 53 (2003), 652, 655.

139 *Bardenhewer*, N&R 2006, 45; *Christiansen* (Fn. 25), S. 271 f.; *Hanebeck* (Fn. 24), Vor § 75 Rn. 4; *Holzner/Werthmann*, ZNER 2004, 17, 20; *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 395; *Koenig*, N&R 2005, 176; *Mayen*, RdE 2008, 314, 318.

140 Dieses Gewicht ist aber jedenfalls eher gering, siehe oben, unter II. 1. Gegen eine Rechtswegspaltung im Regulierungsverwaltungsrecht u. a. *Hanebeck* (Fn. 24), Vor § 75 Rn. 4; *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 395; *Mayen*, RdE 2008, 314, 318; tendenziell auch *Böge*, et 53 (2003), 652, 655; differenzierend *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, Loseblattsammlung, Stand: 37. Ergänzungslieferung (7/2019), § 40 Rn. 581.

141 Entsprechend mit Blick auf das KSpG die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 214/11 (Beschluss), 22 (Nr. 34 [zu Artikel 1 § 35 KSpG], Artikel 5 [Änderung des Gerichtskostengesetzes], Artikel 6 [Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes]).

142 *Koenig*, N&R 2005, 176.

143 Stimmiger wäre vielmehr die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gegen Maßnahmen der Bundesnetzagentur auf allen vier von ihr regulierten Netzsektoren, siehe *Christiansen* (Fn. 25), S. 275 f.; *Kahl* (Fn. 4), S. 84 und 109; *Masing* (Fn. 36), D. 168; *Steinbeiß-Winkelmann*, NVwZ 2016, 713, 716; *Wißmann* (Fn. 55), S. 643; entsprechend *Eder/de Wyl/Becker*, ZNER 2004, 3, 10; siehe auch *Ludwigs* (Fn. 1), S. 702; a. A. (für den Kartellrechtsweg) *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 287 f., sowie *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505, 508 (allerdings noch vor Etablierung der Regulierungsaufsicht durch die Bundesnetzagentur in den Bereichen Energie und Eisenbahn). Nicht nachvollziehbar ist das diesbezügliche Argument von *Kresse/Vogl*, WiVerw 2016, 275, 295, die übersehen, dass die konzentrierte Gerichtszuständigkeit im Wettbewerbs- und Energiewirtschaftsrecht bereits jetzt alleine Folge diesbezüglicher gesetzlicher Vorgaben ist (siehe Fn. 2 f.), die bei einer Rechtswegumstellung entsprechend (etwa auf die Oberverwaltungsgerichte als Eingangsstanz oder bestimmte Verwaltungsgerichte) umzustellen wären.

144 *Christiansen* (Fn. 25), S. 275 f.; siehe zu dieser fehlenden Deregulierungsperspektive für Eisenbahn und Energie auch *Säcker/Böcker* (Fn. 58), S. 72 f.

145 *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8.

146 Kritisch allerdings zu den „fachgesetzliche[n] Miniaturprozessordnungen“ von GWB und EnWG als Grundlage „zahlreiche[r] und unnötige[r] Auslegungsdivergenzen“ *Gärdtitz*, Die Verwaltung 43 (2010), 309, 332.

147 So etwa auch der Formulierungsvorschlag von *Kind/Geppert/Schütze/Schulze* zur *Wiesche*, MMR-Beilage 12/2003, 3, 27.

148 Bereits insoweit eine Rechtswegänderung als „kontraproduktiv“ bewertet *Schulz/Werthmann*, MMR-Beilage 12/2002, 38.

für den Energiesektor)¹⁴⁹ – in laufender Rechtspraxis erfolgen würde.¹⁵⁰ Es ist derzeit eine Vielzahl von telekommunikationsrechtlichen Verfahren beim VG Köln anhängig. Diese Verfahren müssten bei einer Rechtswegumstellung entweder nach den bisher geltenden Bestimmungen vor den Verwaltungsgerichten fortgeführt werden, mit der Folge, dass für einen Zeitraum von bis zu mehreren Jahren ein doppelter Rechtsweg für Altfälle einerseits und Neufälle andererseits in Kauf genommen werden müsste, mit allen damit verbundenen nachteiligen Konsequenzen (Gefahr auseinanderfallender Spruchpraxis, doppelte Vorhaltung der Ressourcen usw.). Oder die Rechtswegumstellung müsste auch bereits anhängige Verfahren erfassen. Das dürfte zumindest zu erheblichen Verzögerungen führen.¹⁵¹ Mit solchen wird darüber hinaus aber auch generell in Bezug auf die Behandlung telekommunikationsrechtlicher Fälle durch die Zivilgerichte zu rechnen sein, die sich erstmals auf das neue Rechtsgebiet einstellen müssten.¹⁵² Jedenfalls droht insgesamt ein erheblicher Umstellungsaufwand, der in Summe für eine Beibehaltung des eingespielten Rechtswegs spricht.¹⁵³

6. Zwischenergebnis

Unter dem Gesichtspunkt rechtssystematischer Konsistenz gibt es keinen Zweifel daran, dass der Rechtsweg gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf Grundlage des TKG zu den Verwaltungsgerichten führen sollte, da es sich um typische öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art handelt. Für eine abdrängende Sonderzuweisung zu den Zivilgerichten bräuchte es zumindest aus rechtspolitischer Sicht belastbare Gründe. Solche sind ausweislich der Analyse der hierfür vorgebrachten Argumente aber nicht erkennbar.

Im Gegenteil handelt es sich auch materiell bei den in Rede stehenden Entscheidungen um eine originär verwaltungsrechtliche Materie, zu deren Durchdringung die Verwaltungsgerichte grundsätzlich prädestiniert sind. Insbesondere verfügen die Zivilgerichte angesichts der abweichenden normativen Grundlagen im Anwendungsbereich des GWB über keine relevante Erfahrung im Umgang mit behördlichen Einschätzungsspielräumen. Soweit sich das für das Energiewirtschaftsrecht gegenwärtig ändert, ist dies Folge einer Übernahme von verwaltungsgerichtlich mit ausgeformten Regelungskonzepten aus dem Bereich des Telekommunikationsrechts und nicht etwa Ausdruck einer spezifischen Spruchpraxis der Zivilgerichte.

Darüber hinaus würde eine Änderung des Rechtswegs im Bereich des Telekommunikationsrechts die Hebung bisher bestehendes Konsistenzpotentials erschweren, das sich aus dem grundsätzlich parallelen Rechtsweg für das Post- und Eisenbahnrecht ergibt. Die gerichtliche Durchdringung des Netzwirtschaftsrechts in seinen Gemeinsamkeiten, aber auch blickschärfenden Unterschieden würde auf diese Weise weiter fragmentiert.

Zu guter Letzt dürfte eine Rechtsweganpassung nicht nur einen ganz erheblichen Novellierungsbedarf und Komplexitätszuwachs auf gesetzlicher Ebene auslösen, wie das Beispiel des EnWG zeigt, in das trotz inhaltlicher Anlehnung an die prozessualen Bestimmungen des GWB fast zwei Dutzend z. T. sehr umfangreiche Vorschriften über das Gerichtsverfahren aufgenommen werden mussten. Selbst wenn sich das jedoch – etwa durch die Anordnung einer entsprechenden Geltung – für das TKG verhindern ließe, würde die Rechtswegänderung hier innerhalb laufender Regulierungspraxis erfolgen. Insoweit wären disruptive Effekte und jedenfalls ein erheblicher Umstellungsaufwand zu befürchten.

IV. Partielle Rechtswegänderung

Spricht daher Überwiegendes gegen eine vollständige Rechtswegänderung zu den Zivilgerichten, könnte evtl. eine partielle Rechtswegänderung einerseits den Argumenten für eine Beibehaltung des bestehenden Verwaltungsrechtswegs, andererseits aber auch den (freilich ohnehin nicht sonderlich gewichtigen) Argumenten für eine Änderung Rechnung tragen.

Denkbar wäre insoweit beispielsweise, zwischen Beschlusskammerentscheidungen und sonstigen Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu unterscheiden.¹⁵⁴ Nur erstere – also die Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung (Zugangs- und Entgeltregulierung) nach dem zweiten Teil des TKG, bei der Vergabe knapper Frequenzen und der Flexibilisierung von Frequenzbereichen, bei der Auferlegung von Universaldienstverpflichtungen (§ 132 Abs. 1 S. 1 TKG) und im Rahmen der Streitbeilegung nach dem DigiNetzG (§ 132 Abs. 2 S. 1 TKG) – würden dann der Kontrolle durch die Zivil- bzw. Kartellgerichte unterstellt.

Noch weitergehend könnte die Zuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit auf marktregulierende (Beschlusskammer-) Entscheidungen (etwa nach dem zweiten Teil des TKG) beschränkt werden.¹⁵⁵ Hierzu zählen alle Entscheidungen im Bereich der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung, also namentlich alle Regulierungsverfügungen, Zugangsanordnungen, Standardangebotsentscheidungen und Entgeltgenehmigungen (sowie Entscheidungen im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung), aber auch die Entscheidungen der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung und damit zukünftig insbesondere voraussichtlich auch solche, die in Umsetzung von Art. 61 Abs. 3 (UAbs. 2) des Kommunikationskodex gehen.

149 Entsprechendes dürfte für den Systemwechsel von der Regulierung nach dem TKG 1996 hin zum Marktregulierungssystem des TKG 2004 gelten, den die Monopolkommission (Fn. 46), BR-Drs. 162/04, 1, 66 Tz. 102, und *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 58, seinerzeit als Argument für das geringe Gewicht einer Umstellung des Rechtswegs herangezogen haben. Anders als der damals neue EU-Rechtsrahmen zwingt der Kommunikationskodex zwar zu zahlreichen Änderungen am TKG, nicht jedoch zu einem grundlegenden Systemwechsel, mit dem deshalb ohnehin eine Diskontinuität der Rechtsanwendungspraxis einherginge.

150 Hierauf stellte (mit Bezug auf Forderungen zur Umstellung des Rechtswegs für Maßnahmen auf Grundlage des EnWG) auch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6248, 21, 26 (Zu Nr. 23 [Gesetzentwurf insgesamt]), ab. Entsprechend *Limperg* (Fn. 46), S. 30; *Ludwigs* (Fn. 121), § 12 Rn. 36 (S. 612).

151 Das dürfte selbst dann gelten, wenn es gelingen sollte, die Verfahrenskennntnis der beteiligten Richter etwa durch (ggf. zeitlich begrenzte) Abordnungen zu erhalten.

152 So auch die Einschätzung aus (verwaltungs-) gerichtlicher Perspektive, siehe *Bardenhewer*, N&R 2006, 45. Relativierend (wenn auch aus Anlass einer etwaigen Umstellung des Rechtswegs für energierechtliche Regulierungsstreitigkeiten auf den Verwaltungsrechtsweg) *Steinbeiß-Winkelmann*, NVwZ 2016, 713, 715.

153 *Ludwigs* (Fn. 1), S. 701; vgl. auch *Franke*, Die Verwaltung 49 (2016), 25, 51 f. Entsprechend die Argumentation der Bundesregierung in Bezug auf Forderungen, den Rechtsweg in energiewirtschaftsrechtlichen Verfahren zur Verwaltungsgerichtsbarkeit umzustellen, Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6248, 21, 26 (Zu Nr. 23 [Gesetzentwurf insgesamt]); ebenso *Ludwigs* (Fn. 121), § 12 Rn. 36 (S. 612). Allgemein auch *Kahl* (Fn. 4), S. 109.

154 So beispielsweise *Wissmann/Klümper*, K&R 2003, 52, 57.

155 So etwa die Vorstellung des Bundesrates für die Ausgestaltung des Rechtswegs bei Streitigkeiten gegen regulierungsbehördliche Entscheidungen auf Grundlage des EnWG, siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 613/04 (Beschluss), 40 f. (Nr. 57 [zu § 75 EnWG-RegE]). Ähnlich auch schon die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/4438, 5 (Nr. 2) (Zuständigkeit der Kartellgerichte, soweit es um „wettbewerbliche“ Fragen geht).

1. Auswirkungen auf die Argumente für eine Zuweisung zu den Zivilgerichten

Rechtswegspaltungen würden auf diese Weise (nur, aber immerhin) hinsichtlich der konkret betroffenen Bereiche vermieden, also je nach Ausgestaltung etwa für den Bereich der Marktregulierung. Entsprechendes gilt mit Blick auf den Umstand, dass die Zivilgerichte ohnehin bereits für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig sind, die telekommunikationsrechtliche Fragen betreffen. Auch insoweit würde (nur, aber immerhin) insoweit für eine Kanalisierung des Rechtswegs zu den Zivilgerichten gesorgt. Der praktische Nutzen einer entsprechenden Vereinheitlichung des Rechtswegs bliebe jedoch auch insoweit gering, da insbesondere (1.) bereits Mechanismen bestehen, um eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen, (2.) aufgrund abweichender örtlicher Zuständigkeiten der Oberlandesgerichte Divergenzen bei der Aufklärung und Bewertung tatsächlicher Umstände auch innerhalb eines einheitlichen Rechtswegs bestehen bleiben können, (3.) angesichts der bestehenden Unterschiede zwischen dem Verfahrensrecht von GWB/EnWG und der ZPO das Potential der Verfahrensvereinfachung beschränkt ist und (4.) kartellgerichtliche Entscheidungen im Bereich der Telekommunikation (jedenfalls jenseits der Fusionskontrolle) praktisch kaum Bedeutung haben und vor allem auf den Rechtsgrundlagen des GWB und nicht des TKG beruhen.

Stattdessen hätte eine partielle Rechtswegänderung wiederum eine zusätzliche Rechtswegspaltung auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts zur Folge, da nun behördliche Entscheidungen hier z. T. von den Zivilgerichten, z. T. aber weiterhin von den Verwaltungsgerichten kontrolliert würden.¹⁵⁶ Damit würde die befürchtete uneinheitliche Spruchpraxis nunmehr erst recht jedenfalls für solche Fragen drohen, die sich bei allen Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts stellen. Das umfasst neben der Anwendung der spezifischen Verfahrensvorgaben beispielsweise gerade auch den Bedeutungsgehalt der mittlerweile sehr detailreichen Regulierungsziele und -grundsätze nach § 2 TKG¹⁵⁷ sowie der Begriffsdefinitionen nach § 3 TKG.

Unter dem Gesichtspunkt der Konvergenz und Konsistenz des sektorspezifischen mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht könnte eine nur partielle Rechtswegänderung dem Umstand Rechnung tragen, dass dieser Aspekt letzten Endes für viele Bereiche des TKG – wie für die Vorschriften zur Verwaltung knapper Güter oder die Regelungen zur öffentlichen Sicherheit – keine Rolle spielt. Die Beschränkung auf eine Rechtswegänderung nur für bestimmte Bereiche des Telekommunikationsrechts, insbesondere etwa für den zweiten Gesetzesteil, würde den sich daraus ergebenden Bedenken gegen eine vollständige Rechtswegänderung Rechnung tragen. Aber gerade auch in Bezug auf denjenigen Teil des TKG, der als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht qualifiziert werden kann, bleibt es bei dem oben (unter II. 2.) entwickelten Befund: Die Instrumente und die Herangehensweise des Regulierungsrechts unterscheiden sich erheblich – und nicht zuletzt durch den Erlass des Kommunikationskodex auch noch weiter zunehmend – von dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, das auf punktuelle Eingriffe in einen an sich funktionsfähigen Wettbewerbsprozess ausgelegt ist. Es sind deshalb auch kaum echte Konsistenzprobleme zu erkennen. Zugleich ist das Konvergenzziel in erster Linie auf eine Entlassung bislang sektorspezifisch regulierter Märkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht und nicht auf eine sukzessive Angleichung der jeweiligen Regulierungsinstrumente gerichtet. Mit Blick auf Konvergenz und Konsistenz verspricht daher auch eine nur partielle Rechtswegänderung einen lediglich sehr überschaubaren Nutzen.

Hinsichtlich des Umgangs mit Drittbetroffenen und in Bezug auf weitere Unterschiede zwischen dem zivilrechtlichen

Kartellrechtsweg und dem Verwaltungsrechtsweg spielt es letzten Endes keine Rolle, ob der Rechtsweg vollständig oder nur partiell geändert würde. Wie auch für das weitere Argument einer vermeintlich höheren Fachkompetenz im Bereich der Wettbewerbsstrukturierung könnte natürlich auch eine Ausweitung des Schutzes Drittbetroffener beispielsweise gerade im Bereich der Marktregulierung den erwünschten Effekt eines besseren Wettbewerbsschutzes erreichen. Wie oben (unter II. 3. bis 5.) gezeigt wurde, dürften sich diesbezügliche Auswirkungen, wenn sie sich überhaupt ergeben sollten, jedoch in engen Grenzen halten. Etwa mit Blick auf den Umgang mit Drittbetroffenen würden sie noch nicht einmal eine Änderung des Rechtswegs, sondern lediglich bereichsspezifische Sonderregelungen im bestehenden System erforderlich machen.

2. Auswirkungen auf die Argumente für eine Beibehaltung der bisherigen Zuweisung zu den Verwaltungsgerichten

Blickt man dann auf die Argumente, die gegen eine Verlagerung des Rechtswegs zu den Zivilgerichten sprechen, so spielt es für diese ebenfalls ganz überwiegend keine entscheidende Rolle, ob der Rechtsweg vollständig oder nur hinsichtlich bestimmter Entscheidungen der Bundesnetzagentur (etwa auf dem Gebiet der Marktregulierung nach dem zweiten Teil des TKG) umgestellt würde.

Gerade auch für solche Entscheidungen gilt, dass sie als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art rechtssystematisch konsistent von den Verwaltungsgerichten zu kontrollieren sind. Gerade auch in ihrem Fall weisen die Kontrollgegenstände (grundrechtseingreifende Verwaltungsakte mit behördlichen Einschätzungsspielräumen auf Rechtsfolgen- und z. T. auch auf Tatbestandsebene, soweit es um Beschlusskammerentscheidungen bzw. Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung geht) einen originär verwaltungsrechtlichen Charakter auf.¹⁵⁸ Die auch nur partielle Änderung des Rechtswegs würde den bislang einheitlichen Rechtsweg gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Bereichen Eisenbahn, Post und Telekommunikation zersplittern. Darüber hinaus wäre unabhängig von der sachlichen Reichweite der Rechtswegänderung ein u. U. erheblicher Novellierungsaufwand zu erwarten. Und gerade in den Bereichen, die für eine solche partielle Rechtswegänderung in Betracht kommen dürften, also insbesondere bei Beschlusskammerentscheidungen bzw. Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung, ginge es um eine Umstellung in laufender Praxis mit einer Vielzahl anhängiger Verfahren und sich daraus ergebenden Folgeproblemen sowie Rechtsunsicherheiten und Verzögerungspotential.

3. Zwischenergebnis

Eine nur partielle, auf bestimmte Entscheidungen der Bundesnetzagentur beschränkte Rechtswegänderung würde an dem Ergebnis der Analyse nichts ändern – und zwar unabhängig von der Frage, für welche Entscheidungen der Rechtsweg umgestellt werden sollte.

Zwar könnte insbesondere durch eine Beschränkung auf Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung (nach dem zweiten Teil des TKG) dem Umstand Rechnung getragen

¹⁵⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4438, 29, 30 (zu Nr. 2).

¹⁵⁷ Zum Charakter der Regulierungsziele als finale Leitschnur für sämtliche Maßnahmen der Regulierungsbehörde auf Grundlage des telekommunikationsrechtlichen Rechtsrahmens siehe Kleinlein/Schubert, NeuR 2013, 185, 189; Neumann/Sickmann/Alkas/Koch (Fn. 67), S. 6.

¹⁵⁸ Siehe auch Kahl (Fn. 4), S. 84.

werden, dass sich Fragen der Konsistenz und Konvergenz in Bezug auf das allgemeine Wettbewerbsrecht von vornherein ohnehin nur für diesen Ausschnitt des Telekommunikationsrechts stellen. Aber gerade auch hier bliebe es bei den grundlegenden Unterschieden zwischen dem sektorspezifischen Regulierungsansatz des TKG und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht. Darüber hinausgehende Vorteile sind bei einer nur partiellen Rechtswegänderung nicht zu erkennen. Vielmehr hätte sie eine zusätzliche Rechtswegspaltung bei der Kontrolle behördlicher Entscheidungen auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts zur Folge, obwohl sich hier einheitlich zu beantwortende Fragen stellen, namentlich (aber nicht nur) in Bezug auf die Auslegung der Regulierungsziele nach § 2 TKG und der gesetzlichen Begriffsdefinitionen nach § 3 TKG.

Zugleich bleibt es auch hinsichtlich einer nur partiellen Rechtswegänderung uneingeschränkt bei den Argumenten, die generell für die Beibehaltung des Verwaltungsrechtswegs für die Kontrolle von Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts sprechen. Insbesondere zeichnen sich gerade marktregulatorische Entscheidungen mit ihren behördlichen Einschätzungsprärogativen und ihrer erheblichen Grundrechtsrelevanz durch typisch verwaltungsrechtliche Merkmale aus, die überdies Parallelen in den ebenfalls von den Verwaltungsgerichten überwachten Netzsektoren der Post und Eisenbahn finden. Und auch der erhebliche Umstellungsaufwand, der sich bei einer Rechtswegänderung in laufender Regulierungspraxis ergäbe, würde sich insbesondere bei einer auf den besonders streitanfälligen Bereich der Marktregulierung beschränkten Anpassung zeigen, da gerade hier zahlreiche – z. T. (etwa wegen vorgreiflicher Entscheidungen) langjährige – Verfahren bei den Verwaltungsgerichten anhängig sind.

V. Ergebnis

Die Argumente, die für eine Änderung des Rechtswegs gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts zu den Zivil- bzw. Kartellgerichten vorgebracht werden, haben insgesamt ein nur sehr geringes Gewicht. Das betrifft insbesondere auch die beiden zentralen Erwägungen, die (1.) auf eine Beseitigung von Rechtswegspaltungen bei Streitigkeiten gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur einerseits und bürgerlich-rechtlichen Auseinandersetzungen andererseits sowie (2.) auf eine bessere Abstimmung mit der Rechtsprechung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht zielen. Namentlich sind die vermeintlichen Nachteile, die auf diese Weise beseitigt werden sollen, praktisch weitgehend irrelevant. Dabei spielt es auch keine maßgebliche Rolle, ob der Rechtsweg vollständig oder nur partiell, etwa in Bezug auf Beschlusskammerentscheidungen der Bundesnetzagentur und/oder die Marktregulierung nach dem zweiten Teil des TKG, umgestellt würde. Sollten aus rechtspolitischer Sicht einzelne Aspekte der Verfahrensgestaltung nach dem GWB bzw. EnWG dem Verwaltungsprozess klassischer Prägung überlegen erscheinen, könnte dem durch eine bereichsspezifische Anpassung im TKG punktgenau Rechnung getragen werden. Einer umfassenden Rechtswegänderung bedarf es hierzu nicht.

Die bisherige Rechtswegzuweisung zu den Verwaltungsgerichten steht demgegenüber im Einklang mit der allgemeinen Regelungssystematik des deutschen Prozessrechts, die nur durchbrochen werden sollte, wenn Sachgründe von besonderem Gewicht vorliegen (was hier nicht der Fall ist). Darüber hinaus handelt es sich auch bei den in Rede stehenden Kontrollgegenständen um eine typisch verwaltungsrechtliche Materie. So haben beispielsweise die Kartellgerichte eine nur sehr eingeschränkte Erfahrung mit der Kontrolle behördlicher

Einschätzungsspielräume, die das Telekommunikationsregulierungsrecht jedoch in erheblichem Maße prägen. Die Rechtswegänderung würde außerdem den bisher einheitlichen Rechtsweg für die Kontrolle von Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Sektoren Post, Eisenbahn und Telekommunikation aufteilen. Die Beseitigung einer vermeintlichen Rechtswegzersplitterung und theoretischer Konsistenzgefahren in Bezug auf das Zivilrecht und das allgemeine Wettbewerbsrecht (sowie das Energierecht) würde somit durch eine Rechtswegzersplitterung und mögliche Konsistenzgefahren in Bezug auf inhaltlich eng verwandte Bereiche des Regulierungsrechts erkaufte. Durch die Beibehaltung des Verwaltungsrechtswegs würden demgegenüber ein u. U. erheblicher Novellierungsaufwand und Komplexitätszuwachs sowie disruptive Auswirkungen vermieden, die eine Umstellung in laufender Rechtspraxis mit einer Vielzahl anhängiger Gerichtsverfahren zur Folge hätte. Die bisherige Ausgestaltung des Rechtswegs gegen telekommunikationsrechtliche Entscheidungen der Bundesnetzagentur erweist sich daher nach wie vor als sachgerecht.¹⁵⁹

Dabei darf zu guter Letzt auch nicht übersehen werden, dass die Probleme einer partiellen Rechtswegspaltung innerhalb eines regulierten Sektors sowie die Gefahren einer inkonsistenten Spruchpraxis zwischen allgemeinem und sektorspezifischem Wettbewerbsrecht in der Rechtsrealität bisher ganz überwiegend¹⁶⁰ in einem dialogischen Rechtsfindungsprozess zwischen den Gerichtsbarkeiten vermieden (bzw. zumindest minimiert) werden konnten. So greifen beispielsweise die Verwaltungsgerichte gerade bei klassischen wettbewerbsrechtlichen Fragen der Markttabgrenzung und Marktmachtbestimmung,¹⁶¹ aber auch bei der Prüfung von Missbrauchstatbeständen¹⁶² etwa unter Anwendung der im allgemeinen Wettbewerbsrecht prominenten Vergleichsmarktmethode¹⁶³ die etablierte Rechtsprechung der Kartellgerichte auf. Demgegenüber rekurren die Zivilgerichte in energiewirtschaftsrechtlichen Verfahren für typisch verwaltungsgerichtliche Fragestellungen beispielsweise in Bezug auf behördliche Entscheidungsspielräume,¹⁶⁴ das Rechtsinstitut eines gestuften Verfahrens mit der Bestandskraft fähigen Zwischenentscheidungen,¹⁶⁵ die Teilbarkeit von Entscheidungen der

159 So auch *Christiansen* (Fn. 25), S. 272 ff.; *Gurlit* (Fn. 5), § 137 Rn. 8; *Kahl* (Fn. 4), S. 84; *Mayen* (Fn. 20), § 137 Rn. 3; vgl. bereits früher *Bardenhewer*, N&R 2006, 45; *Holznapel*, MMR 2003, 513, 514; *Knauff*, VerwArch 98 (2007), 382, 397; *Koenig*, N&R 2005, 176; *Masing* (Fn. 36), D. 168.

160 Eine prominente Ausnahme bildete der Streit um die Rechtsschutzmöglichkeiten von Postendkunden gegen die postrechtliche Genehmigung von Endkundenentgelten, in dem sich zunächst weder Zivil- noch Verwaltungsgerichte zuständig sahen. Hier bedurfte es erst der Intervention des BVerfG, um zu klären, vor welchen Gerichten Endkunden die Rechtmäßigkeit einer solchen Genehmigung überprüfen lassen können, siehe BVerfG, N&R-Beilage 4/2011, 8, 9 Rn. 33 ff. (Beschl. v. 22.8.2011 – Az. 1 BvR 1764/09); dazu *Neumann*, N&R-Beilage 4/2011, 1, 7.

161 VG Köln, Urt. v. 8.3.2007 – Az. 1 K 3918/06, Rn. 50 ff. (NRWE). Vgl. für das Postrecht außerdem beispielsweise VG Köln, N&R 2020, 48, 51 (Urt. v. 30.8.2019 – Az. 25 K 5770/16). Auf die grundsätzlich einheitliche, wenn auch sektorspezifischen Unterschieden Rechnung tragende Anwendung dieser Konzepte drang insbesondere die Monopolkommission (Fn. 46), BR-Drs. 162/04, 1, 64 f. Tz. 100.

162 BVerwG, N&R 2011, 42, 42 Rn. 16, 44 Rn. 30 (Urt. v. 20.10.2010 – Az. 6 C 18.09); 2008, 140, 147 Rn. 58 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 16.07); VG Köln, Urt. v. 13.3.2013 – Az. 21 K 8224/08, Rn. 36 ff., 55 ff. (NRWE). Vgl. für das Postrecht außerdem z. B. VG Köln, N&R 2020, 48, 54 f. (Urt. v. 30.8.2019 – Az. 25 K 5770/16).

163 BVerwG, N&R 2015, 184, 189 Rn. 38 (Urt. v. 25.2.2015 – Az. 6 C 37.13); 2010, 233, 235 Rn. 27 (Urt. v. 23.6.2010 – Az. 6 C 36.08).

164 Siehe nochmals BGH, RdE 2014, 276, 278 f. Rn. 25 ff. (Beschl. v. 21.1.2014 – Az. EnVR 12/12) – *Stadtwerke Konstanz GmbH*.

165 BGH, N&R 2015, 107, 108 Rn. 21 (Beschl. v. 16.12.2014 – Az. EnVR 54/13) – *Festlegung Tagesneuwerte II*.

Regulierungsbehörde¹⁶⁶ und die Reichweite der Bindungswirkung von Bescheidsurteilen¹⁶⁷ auf die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Angesichts des geringen Nutzens einer Umstellung des Rechtswegs und der damit zugleich verbundenen erheblichen Nachteile sollte auch in Zukunft auf eine solche kommunikative Abstimmung zwischen den Gerichtsbarkeiten gesetzt werden, sofern es bei der energierechtlichen Rechtswegzuweisung zu den Kartellgerichten bleibt.¹⁶⁸ Eine Änderung des bewährten und sachlich angemessenen Verwaltungsrechtswegs für die Überprüfung von Entscheidungen

der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts hin zu den Zivilgerichten ist demgegenüber nicht zu empfehlen.

166 BGH, N&R 2015, 107, 109 f. Rn. 25 ff. (Beschl. v. 16.12.2014 – Az. EnVR 54/13) – *Festlegung Tagesneuwerte II*.

167 BGH, Beschl. v. 11.2.2020 – Az. EnVR 33/19, Rn. 17 ff. – *Energieversorgung Halle Netz GmbH*; N&R 2019, 293, 296 Rn. 75 f. (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 52/18) – *Eigenkapitalzinssatz II*.

168 Vgl. auch *Hanebeck* (Fn. 24), Vor § 75 Rn. 4.

Dr. Bernd Sörries*

Neues Geschäftsmodell, neue Regulierung?

Das Geschäftsmodell des reinen Vorleistungsanbieters und seine rechtliche und ökonomische Bedeutung

Der neue europäische Rechtsrahmen beinhaltet spezifische Regulierungsmaßnahmen für reine Vorleistungsanbieter („Wholesale only“). Sofern sich die Nachfrage nach Breitbandanschlüssen in den Gigabit-Bereich bewegt, wird es in den meisten Anschlussbereichen mittel- bis langfristig nur eine Gigabit-Infrastruktur geben. Reine Vorleistungsanbieter könnten hier zu einer schnelleren Migration auf Gigabit-Anschlüsse beitragen, weil sie mit den am Markt etablierten Netzbetreibern nicht auf den Endkundenmärkten konkurrieren. Ohne einen Strategiewechsel der etablierten Netzbetreiber im Bereich des Breitbandausbaus vermag der Rechtsrahmen aber nicht, reinen Vorleistungsanbietern im Markt den Weg zu ebnen.

I. Einleitung

Die EU und ihre Mitgliedstaaten wollen die Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft nachhaltig unterstützen und voranbringen.¹ Digitalisierung benötigt leistungsfähige Kommunikationsnetze. Aus diesem Grund sollen Anreize für den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen („very high capacity networks“) in der EU gesetzt werden. Im Fokus der nachfolgenden Ausführungen steht der leitungsgebundene Breitbandausbau.

Der aktuelle Breitbandausbau hat in den Mitgliedstaaten durchaus unterschiedliche Versorgungsstände erreicht. Deutschland belegt in den Statistiken über reine Glasfaserzugänge keine vorderen Plätze im europäischen Vergleich.² Über den Rechtsrahmen für das Angebot von Kommunikationsdiensten verfügt der unionale und nationale Gesetzgeber über Stellhebel, mit einer investitionsfreundlichen Regulierung die zur Errichtung von Gigabit-Anschlüssen notwendigen Investitionen anzureizen.³ Der neue europäische Kodex für die elektronische Kommunikation,⁴ der bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzen ist, soll entsprechende Impulse für einen schnellen und flächendeckenden Ausbau von Gigabit-Netzen geben.⁵ Der Rechtsrahmen beinhaltet neben den bereits im aktuellen Recht festgelegten Zielen der Förderung des Wettbewerbs, des Binnenmarkts und der Interessen der Endnutzer⁶ zusätzlich das Ziel, den breiten Zugang zu und die weitverbreitete Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu verfolgen. Das Ziel einer hohen Verfügbarkeit von Gigabit-Anschlüssen lässt sich volkswirtschaftlich begründen. Ökonomische Studien zeigen, dass das

regionale Bruttoinlandsprodukt zwischen 0,05 % und 0,09 % steigt, wenn die Versorgung mit schnellem Breitbandinternet um einen Prozentpunkt wächst.⁷

Es gibt Länder, allen voran Schweden, in denen sich das Geschäftsmodell eines reinen Vorleistungsanbieters in den vergangenen Jahren etabliert hat.⁸ Für ein derartiges „Wholesale only“-Geschäftsmodell sieht der neue EU-Rechtsrahmen besondere Regelungen vor. Die Umsetzung dieser europäischen Regelungen in nationales Recht ist Anlass, eine rechtliche und ökonomische Analyse dieses Geschäftsmodells mit Blick auf Deutschland vorzunehmen. Es wird dabei der Frage nachgegangen, welchen Beitrag dieses Geschäftsmodell für den weiteren Gigabit-Ausbau in Deutschland potentiell leisten kann.

Der vorliegende Beitrag ist wie folgt strukturiert: Zunächst wird das Geschäftsmodell eines reinen Vorleistungsanbieters mit seinen wesentlichen Merkmalen vorgestellt. Nachfolgend wird die regulatorische Behandlung von Unternehmen, die allein Vorleistungsprodukte anbieten, aufgezeigt. Hierbei wird neben dem Kodex auch auf die Beihilfeleitlinien zur Förderung des Breitbandausbaus abgestellt. Danach wird für deutsche Telekommunikationsmärkte das ökonomische Potential dieses Geschäftsmodells dargelegt. Der Beitrag schließt mit einem Fazit.

* Der Beitrag beruht auf einem durch die Bundesnetzagentur finanzierten Zuwendungsprojekt.

1 Kommission, *Shaping Europe's Digital Future*, 2020.

2 Vgl. Kommission, *DESI Report 2019 – Connectivity*, Folie 9, abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60010 (zuletzt abgerufen am 4.4.2020).

3 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)/Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), *Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019*, 2019, S. 2 f., 10 f.

4 Richtlinie (EU) 2018/1972.

5 Unter Gigabit-Anbindungen wird hier eine kosteneffiziente symmetrische Internetanbindung mit einer Abruf- („Downlink“-) und Sendee- („Uplink“-) Geschwindigkeit von mindestens 1 Gigabit pro Sekunde (Gbit/s) verstanden, siehe Kommission, Mitteilung „Konnektivität für einen wettbewerbsfähigen digitalen Binnenmarkt – Hin zu einer europäischen Gigabit-Gesellschaft“, KOM (2016) 587 final, S. 5.

6 Siehe Erwägungsgrund 23 des Kommunikationskodex und § 2 Abs. 2 TKG.

7 *Briglaue* u. a., ZEW Discussion Paper No. 19-026, 2019; *Bertschek* u. a., ZEW Discussion Paper No. 16-056, 2016.

8 Vgl. *Godlovitch* u. a., *Wholesale only models: impacts and implications for the Communications Code*, 2017.