



---

## Ausarbeitung

---

### **Ausbau des Telekommunikationsnetzes**

Vereinbarkeit von staatlichen Maßnahmen zur Durchführung des Netzausbaus mit dem Unionsrecht

## **Ausbau des Telekommunikationsnetzes**

Vereinbarkeit von staatlichen Maßnahmen zur Durchführung des Netzausbau mit dem Unionsrecht

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 004/19  
Abschluss der Arbeit: 4. Februar 2019  
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Ausbau des Breitbandnetzes</b>	<b>4</b>
2.1.	Szenario 1: Ausbau des Breitbandnetzes durch die Gemeinde	4
2.1.1.	Sachverhalt	4
2.1.2.	Richtlinie 2018/1972	4
2.1.2.1.	Inhalt und Ziele der Richtlinie 2018/1972	5
2.1.2.2.	Vorgaben an öffentliche Unternehmen beim Netzausbau aus der RL 2018/1972	5
2.1.3.	Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch Vorliegen eines Verwaltungsmonopols	5
2.1.3.1.	Vorliegen eines Verwaltungsmonopols gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV	6
2.1.3.2.	Eingriff durch das Vorliegen eines Verwaltungsmonopols	6
2.1.3.3.	Rechtfertigung eines Verwaltungsmonopols	7
2.1.4.	Eingriff in Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union	8
2.1.4.1.	Anwendbarkeit der Grundrechtecharta	8
2.1.4.2.	Eingriff in das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit	9
2.2.	Szenario 2: Ausbau des Breitbandnetzes durch ein Telekommunikationsunternehmen	10
2.2.1.	Sachverhalt	10
2.2.2.	Richtlinie 2018/1972	10
2.2.2.1.	Zugang und Zusammenschaltung	10
2.2.2.2.	Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht	11
2.2.2.2.1.	Vorliegen beträchtlicher Marktmacht	11
2.2.2.2.2.	Rechtsfolgen des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht	11
2.2.3.	Europäisches Beihilferecht	12
2.2.4.	Grundfreiheiten/Europäische Grundrechte	12
2.2.4.1.	Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV	12
2.2.4.2.	Unternehmerische Freiheit, Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union	13
<b>3.</b>	<b>Ausbau des Mobilfunknetzes</b>	<b>13</b>
3.1.1.	Sachverhalt	13
3.1.2.	Richtlinie 2018/1972	13
3.1.3.	Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch Vorliegen eines Verwaltungsmonopols	14
3.1.4.	Eingriff in Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union	14

## 1. Fragestellung

Der Fachbereich Europa wurde um Begutachtung verschiedener Szenarien zum Ausbau des Telekommunikationsnetzes unter dem Aspekt unionsrechtlicher Fragestellungen gebeten. Gegenstand der Bearbeitung sollten der Ausbau des Breitbandnetzes (Ziff. 2.) und der Ausbau des Mobilfunknetzes (Ziff. 3.) sein.

Es wird bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass aufgrund der Abstraktheit der vorgegebenen Szenarien keine abschließende inhaltliche Prüfung erfolgen kann und die Ausarbeitung sich folglich auf die Darstellung der möglichen Berührungspunkte zum Unionsrecht beschränkt.

## 2. Ausbau des Breitbandnetzes

Der Auftraggeber unterscheidet im Hinblick auf den Ausbau des Breitbandnetzes zwischen zwei Szenarien (Ziff. 2.1. und Ziff. 2.2.).

### 2.1. Szenario 1: Ausbau des Breitbandnetzes durch die Gemeinde

#### 2.1.1. Sachverhalt

In dem vom Auftraggeber vorgegebenen ersten Szenario soll die Gemeinde den Ausbau des Breitbandnetzes auf dem Gemeindegebiet als öffentlicher Hoheitsträger selbst übernehmen. Gleichzeitig soll die Gemeinde Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen verpflichten, bei ihrer Leistungserbringung ausschließlich auf das von der Gemeinde errichtete Breitbandnetz zurückzugreifen und entsprechende Entgelte für diese Nutzung an die Gemeinde zu entrichten.

Wie die konkrete Ausgestaltung dieser Errichtung erfolgen soll, ist vom Auftraggeber nicht vorgegeben. Insbesondere ist unklar, in welcher rechtlichen Form die Gemeinde tätig werden soll. Gleichermaßen gilt für die spätere Verpflichtung der Telekommunikationsbetreiber, das vorhandene Netz zu nutzen und die Gemeinde zu entschädigen. Vor diesem Hintergrund können im Folgenden allein mögliche Berührungspunkte eines derartigen Vorgehens zum Unionsrecht angesprochen werden.

#### 2.1.2. Richtlinie 2018/1972

Zunächst ist zu prüfen, ob das vorgenannte Szenario über Bezüge zum europäischen Sekundärrecht verfügt. In Betracht kommt insoweit die Richtlinie 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für elektronische Kommunikation<sup>1</sup>.

Mit der Richtlinie 2018/1972 hat der Europäische Gesetzgeber eine Neufassung der Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2022/22/EG vorgenommen und damit den rechtlichen Rahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste sowie bestimmter Aspekte der Endeinrichtungen neu geordnet.

---

<sup>1</sup> [Richtlinie \(EU\) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für elektronische Kommunikation \(Neufassung\)](#), Abl. EU L 321/36 vom 17.12.2018.

Gemäß Art. 288 UA 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind Richtlinien für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, jedoch ist den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel überlassen. Richtlinien bedürfen daher grundsätzlich der Umsetzung in nationales Recht. Gemäß Art. 124 Richtlinie 2018/1972 erlassen und veröffentlichen die Mitgliedstaaten bis zum 21.12.2020 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um der Richtlinie nachzukommen, und wenden diese ab dem 21.12.2020 an.

#### 2.1.2.1. Inhalt und Ziele der Richtlinie 2018/1972

Die Richtlinie 2018/1972 legt gemäß Art. 1 Abs. 1 die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden und gegebenenfalls der anderen zuständigen Behörden sowie eine Reihe von Verfahren fest, die unionsweit die harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten sollen. In diesem Zusammenhang trifft die Richtlinie insbesondere Regelungen zum Marktzutritt und dem Netzausbau (Teil II Netze, Titel 1 Marktzutritt und Netzausbau, Art. 42 ff.).

Ziele der Richtlinie 2018/1972 sind gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) insbesondere die Förderung der Konnektivität von sowie des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen – einschließlich Festnetz-, Mobilfunk- und Drahtlosnetzen – mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen der Union sowie die Förderung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und zugehöriger Einrichtungen – einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs – und des Wettbewerbs bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste und zugehöriger Dienste, Art. 3 Abs. 2 lit. b).

#### 2.1.2.2. Vorgaben an öffentliche Unternehmen beim Netzausbau aus der RL 2018/1972

Die Richtlinie 2018/1972 enthält u. a. Vorgaben an öffentliche Unternehmen beim Netzausbau. So regelt Art. 43 Abs. 2 der Richtlinie 2018/1972, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass bei Behörden oder Gebietskörperschaften, die an Unternehmen, die öffentliche elektronische Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, beteiligt sind oder diese kontrollieren, eine wirksame strukturelle Trennung zwischen der für die Erteilung von Rechten zum Netzausbau nach Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2018/1972 genannten zuständigen Stelle und den Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle besteht. Im Wege dieser Vorschrift sollen Kompetenz- bzw. Interessenkonflikte vermieden werden.

Soweit die Gemeinde den Ausbau des Netzes durch ein mit ihr verbundenes Unternehmen durchführt, wäre die vorgenannte Trennungsvorschrift zu beachten. Im Übrigen steht Art. 43 Abs. 2 der Richtlinie 2018/1972 einem Ausbau des Breitbandnetzes durch die Gemeinde nicht entgegen.

#### 2.1.3. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch Vorliegen eines Verwaltungsmonopols

Möglicherweise könnte das in Szenario 1 vorgegebene Verfahren zu einem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit aufgrund des Entstehens eines Verwaltungsmonopols führen, Art. 106 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 56 AEUV.

### 2.1.3.1. Vorliegen eines Verwaltungsmonopols gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV

Gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Art. 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Für eine Anwendbarkeit von Art. 106 Abs. 1 AEUV ist erforderlich, dass die Gemeinde als öffentliches Unternehmen, d. h. in gewisser organisatorischer Selbstständigkeit wirtschaftlich tätig wird.<sup>2</sup> Nimmt die Gemeinde ihre Aufgaben jedoch ohne Einschaltung organisatorisch verselbstständigter Verwaltungseinheiten war, soll Art. 106 Abs. 1AEUV nach wohl überwiegender Ansicht in der Literatur unanwendbar bleiben.<sup>3</sup> Keine Anwendung soll Art. 106 Abs. 1 AEUV zudem finden, wenn die betreffende Stelle zur Wahrung öffentlicher Interessen und nicht zu wirtschaftlichen Zwecken oder in Ausübung hoheitlicher Gewalt tätig wird.<sup>4</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH wird die Begründung eines Monopols von Art. 106 Abs. 1 AEUV erfasst, wenn ein nationales Gesetz eine potentiell gegen Art. 102 AEUV widersprechende Lage schafft und das Monopolunternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen Rechte zwangsläufig einen Missbrauch begeht oder wenn es geneigt ist, sich entsprechend missbräuchlich zu verhalten.<sup>5</sup>

Für eine abschließende Bewertung, ob nach vorstehenden Vorgaben ein Verwaltungsmonopol vorliegt, kommt es jedoch auf die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens an.

### 2.1.3.2. Eingriff durch das Vorliegen eines Verwaltungsmonopols

Soweit das in dem Szenario beschriebene Vorhaben zu einem Verwaltungsmonopol führt, könnte dies einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zur Folge haben (Art. 106 Abs. 1 AEUV i. V. m.

<sup>2</sup> [EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rs. C-41/90](#) (Höfner u. Elsner/Macraton), Rn. 21, siehe dazu *Jung*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 11 m. w. N.

<sup>3</sup> Dazu *Jung*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 11; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 106 AEUV, Rn. 16; a. A. *Scharpf*, EuZW 2005, 295, 296.

<sup>4</sup> [EuGH, Urteil vom 12.07.1973, Rs. 2/73](#) (Geddo), Rn. 8, 9; *Jung*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 11; *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Rn. 17.

<sup>5</sup> [EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-387/93](#) (Banchero), Rn. 51 m. w. N.; [EuGH, Urteil vom 18.06.1991, Rs. C-260/89](#) (ERT), Rn. 37, 38; *Jung*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 32, m. w. N.

Art. 56 AEUV).<sup>6</sup> So soll nach der Rechtsprechung des EuGH bereits das Bestehen eines Dienstleistungs- bzw. Verwaltungsmonopols eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, die einer Rechtfertigung bedarf.<sup>7</sup>

#### 2.1.3.3. Rechtfertigung eines Verwaltungsmonopols

Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit in Form eines Verwaltungsmonopols könnte gemäß den Art. 51 und 52 AEUV jeweils in Verbindung mit Art. 62 AEUV gerechtfertigt werden. Gemäß Art. 51 AEUV finden die Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, keine Anwendung. Art. 52 AEUV sieht wiederum eine Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit vor. Nach Ansicht des EuGH kommen als Rechtfertigung für Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit auch die ungeschriebenen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses in Betracht.<sup>8</sup>

Eine Möglichkeit zur Rechtfertigung eines Verwaltungsmonopols bietet ferner die Vorschrift in Art. 106 Abs. 2 AEUV.<sup>9</sup> Nach dieser sachgebietsübergreifenden Ausnahmebestimmung gelten u. a. für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragt sind, die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nur soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Unter „*Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*“ sollen alle wirtschaftlichen Aktivitäten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden können und insbesondere Maßnahmen zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge fallen.<sup>10</sup> Telekommunikation

<sup>6</sup> Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 56 AEUV, Rn. 117, m. w. N.; Jung, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 32; Scharpf, EuZW 2005, 295, 296.

<sup>7</sup> [EuGH, Urteil vom 25.7.1991, C-353/89](#) (Kommission/Königreich der Niederlande) Rn. 34-36; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 56 AEUV, Rn. 116.

<sup>8</sup> [EuGH, Urteil vom 6.11.2003, Rs. C-243/01](#) (Gambelli), Rn. 60; Kluth, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 56 AEUV, Rn. 95, m. w. N.

<sup>9</sup> [EuGH, Urteil vom 23.10.1997 Rs. C-157/94](#) (Kommission u.a./Königreich der Niederlande), Rn. 32; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 56 AEUV, Rn. 117, m. w. N..

<sup>10</sup> [Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa \(2001/C 17/04\) vom 19.01.2001](#), Abl. C 17/4, Anhang II sowie Rn. 14; Jung, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Rn. 36; Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 106 AEUV, Rn. 16

---

und Kommunikationsnetze sollen dabei Teil der Daseinsvorsorge sein.<sup>11</sup> In der Literatur wird ferner diskutiert, ob von der Daseinsvorsorge auch die Informations- und Kommunikationstechnik umfasst sein soll (sog. e-Daseinsvorsorge).<sup>12</sup>

Eine „Verhinderung“ der Aufgabenerfüllung durch die Verträge i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV sieht der EuGH grundsätzlich dann als gegeben an, wenn die öffentliche Aufgabe unter den Voraussetzungen des freien Wettbewerbs nicht mehr zu wirtschaftlich annehmbaren bzw. ausgewogenen Bedingungen erfüllt werden kann.<sup>13</sup> Eine Verhinderung läge demnach nicht vor, wenn es einen anderen technisch möglichen sowie wirtschaftlich bzw. rechtlichen Weg gäbe, um die übertragene Aufgabe unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ohne Vertragsverletzung zu erfüllen.<sup>14</sup>

Die abschließende Bewertung, ob ein Verwaltungsmonopol durch die in dem Szenario beschriebene Vorgehensweise begründet wird bzw. ob dies gerechtfertigt werden kann, muss einer konkreten Ausgestaltung der Maßnahmen vorbehalten bleiben.

#### 2.1.4. Eingriff in Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Möglicherweise könnte das vorgegebene Szenario (Verpflichtung zur Nutzung des zur Verfügung gestellten Breitbandnetzes durch dritte Unternehmen) Berührungspunkte mit den Europäischen Grundrechten, wie sie in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (*Grundrechtecharta*) niedergelegt sind, aufweisen.

##### 2.1.4.1. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta

Zunächst müsste die Grundrechtecharta anwendbar sein. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Grundrechtecharta sieht insoweit vor, dass deren Bestimmungen u. a. für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts Anwendung finden. Eine Bindung der Grundrechtecharta trifft alle Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Mitgliedstaaten, ferner regionale und lokale Stellen und öffentliche Einrichtungen mithin auch Gebietskörperschaften.<sup>15</sup> Denkbar wäre insoweit eine Durchführung von Unionsrecht im Wege der Umsetzung der

---

<sup>11</sup> Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (2001/C 17/04) vom 19.01.2001, Abl. C 17/4, Anhang II (Fn. 10); *Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 106 AEUV, Rn. 38.

<sup>12</sup> *Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 65. EL August 2018, Art. 106 AEUV, Rn. 127 m. w. N.

<sup>13</sup> [EuGH, Urteil vom 10.02.2000, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97](#) (Deutsche Post AG), Rn. 49 f.; *König/Paul*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Rn. 17, m. w. N.

<sup>14</sup> *Scharpf*, EuZW 2005, 295, 296.

<sup>15</sup> *Jarass*, in: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Art. 51 Rn. 16 m. w. N.

---

vorgenannten Richtlinie 2018/1972, soweit die geplanten Maßnahmen im Einklang mit den Richtlinienzielen (Art. 3 Abs. 2 RL 2018/1972) stehen.<sup>16</sup>

#### 2.1.4.2. Eingriff in das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit

In Betracht käme insoweit ein Eingriff in das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit, Art. 16 Grundrechtecharta. Das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit schützt sachlich die freie Berufsausübung der Unternehmer.<sup>17</sup> Vom persönlichen Schutzbereich von Art. 16 Grundrechtecharta sind natürliche wie juristische Personen des Privatrechts umfasst.<sup>18</sup> Ein Eingriff in das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit liegt immer dann vor, wenn ein Grundrechtsverpflichteter eine Regelung trifft, die für einen Grundrechtsinhaber im Hinblick auf die unternehmerischen Aktivitäten einen Nachteil bezweckt oder unmittelbar bewirkt.<sup>19</sup> Darunter sollen insbesondere Sanktions- oder Erzwingungsmaßnahmen, die wegen eines bestimmten unternehmerischen Verhaltens erlassen werden, fallen.<sup>20</sup>

Denkbar wäre insoweit ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit der zur Nutzung verpflichteten Unternehmen, da möglicherweise deren freie Wahl der Vertragspartner, der Inhalte von Verträgen und die freie Verfügung über technische und finanzielle Ressourcen und damit die freie Marktentscheidung beeinträchtigt würden. Hierbei käme es jedoch wiederum auf die konkrete Ausgestaltung entsprechender Maßnahmen an.

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die unternehmerische Freiheit kann gemäß Art. 52 Abs. 1 Grundrechtecharta durch Gesetz erfolgen, das den Wesensgehalt der in der Grundrechtecharta niedergelegten Rechte und Freiheiten achtet. Ferner müssen Eingriffe verhältnismäßig sein und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.<sup>21</sup>

Die Bewertung, ob ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit vorliegt bzw. ob dieser gerechtfertigt werden kann, ist einer konkreten Ausgestaltung der Maßnahmen vorbehalten.

---

<sup>16</sup> *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 51 GRCh, Rn. 8 ff..

<sup>17</sup> [Urteil des Gerichts \(Dritte Kammer\) vom 14.12.2012, Rs. T-52/09](#) (Nycomed/Europäische Arzneimittel-Agentur), Rn. 88 f.

<sup>18</sup> *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 16 GRCh, Rn. 2.

<sup>19</sup> [EuGH, Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-200/96](#) (Metronome Musik/Music Point Hokamp GmbH), Rn. 28.

<sup>20</sup> [EuGH, Urteil vom 30.7.1996, Rs.C-84/95](#) (Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS/Minister for Transport, Energy and Communication u. a.), Rn. 22.

<sup>21</sup> Vgl. die Ausführungen in *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Art. 16 Rn. 18 ff. m. w. N.

## 2.2. Szenario 2: Ausbau des Breitbandnetzes durch ein Telekommunikationsunternehmen

### 2.2.1. Sachverhalt

In dem vom Auftraggeber vorgegebenen zweiten Szenario soll die Gemeinde ein Telekommunikationsunternehmen verpflichten, das Breitbandnetz auf dem Gemeindegebiet auszubauen. Gleichzeitig soll die Gemeinde andere Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen verpflichten, bei ihrer Leistungserbringung ausschließlich auf das errichtete Breitbandnetz zurückzugreifen und entsprechende Entgelte für diese Nutzung an das errichtende Telekommunikationsunternehmen zu entrichten.

Wie die konkrete Ausgestaltung dieser Errichtungsverpflichtung erfolgen soll, ist vom Auftraggeber nicht vorgegeben. Insbesondere ist unklar, nach welchen Kriterien und zu welchen Bedingungen der jeweilige Telekommunikationsdienstleister ausgewählt und dessen Ausbau erfolgen soll. Gleichermaßen gilt für die spätere Verpflichtung anderer Telekommunikationsbetreiber, das vorhandene Netz zu nutzen und das ausbauende Telekommunikationsunternehmen für die Nutzung zu entschädigen. Vor diesem Hintergrund können im Folgenden allein mögliche Berührungs-punkte eines derartigen Vorgehens zum Unionsrecht angesprochen werden.

### 2.2.2. Richtlinie 2018/1972

Berührungs-punkte des vorgenannten Sachverhalts könnten insbesondere zu der bereits erwähnten Richtlinie 2018/1972 bestehen. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Richtlinie 2018/1972 den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze stärken will, Art. 3 Abs. 2 lit. b). In dem vorgegebenen Szenario soll, mangels entsprechender Bereit-schaft, ein Unternehmen ausdrücklich zu der Errichtung eines Netzes verpflichtet werden.

Sobald ein Unternehmen ein Breitbandnetz errichtet hat, stellen sich in der Folge Fragen hin-sichtlich des Netzzugangs durch andere Telekommunikationsunternehmen (Ziff. 2.2.2.1.) sowie hinsichtlich der Auswirkungen durch die möglicherweise herausgehobene Marktstellung des er-richtenden Unternehmens (Ziff. 2.2.2.2.).

#### 2.2.2.1. Zugang und Zusammenschaltung

Die Richtlinie 2018/1972 enthält Bestimmungen zum Zugang und zu Zusammenschaltungen. Be-treiber elektronischer Kommunikationsnetze sind gemäß Art. 60 Richtlinie 2018/1972 auf Antrag von gemäß Art. 15 Richtlinie 2018/1972 befugten Unternehmen verpflichtet, miteinander über die Zusammenschaltung zwecks Erbringung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunika-tionsdienste zu verhandeln, um die unionsweite Bereitstellung von Diensten sowie deren In-teroperabilität zu gewährleisten.

Zudem sollen die nationalen Regulierungsbehörden bzw. zuständigen Behörden einen angemes-senen Zugang und eine geeignete Zusammenschaltung sowie die Interoperabilität der Dienste si-cherstellen, Art. 61 Abs. 1 Richtlinie 2018/1972. Dazu können die nationalen Regulierungsbehör-den bzw. zuständigen Behörden Unternehmen unter weiteren Voraussetzungen u. a. Verpflich-tungen zur Zusammenschaltung von Netzen, zur Interoperabilität von Diensten sowie zum Zu-gang zu Verkabelungen auflegen, Art. 61 Abs. 2, 3 Richtlinie 2018/1972.

Die Möglichkeit zur Verpflichtung des ausbauenden Unternehmens, anderen Telekommunikationsunternehmen die Nutzung des Breitbandnetzes zu ermöglichen, wird durch die Regelungen der Richtlinie 2018/1972 zu Zugang und Zusammenschaltung daher nicht beschränkt.

## 2.2.2.2. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

### 2.2.2.2.1. Vorliegen beträchtlicher Marktmacht

Die Richtlinie 2018/1972 enthält ferner Regelungen betreffend Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Gemäß Art. 63 Abs. 2 Richtlinie 2018/1972 gilt ein Unternehmen als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, nämlich eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten.<sup>22</sup> Bei der Bewertung, ob ein Unternehmen eine beherrschende Stellung einnimmt, sollen die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 63 Abs. 2 UA 2 Richtlinie 2018/1972 insbesondere im Einklang mit dem Unionsrecht handeln und dabei weitest möglich die von der Kommission gemäß Art. 64 Richtlinie 2018/1972 veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht berücksichtigen (*SMP-Leitlinien*).<sup>23</sup> Soweit im gegenwärtigen Zeitpunkt ersichtlich, wurden die SMP-Leitlinien gemäß Art. 67 Abs. 2 Richtlinie 2018/1972 bisher nicht veröffentlicht.<sup>24</sup>

Ob bereits der örtlich begrenzte Bereich einer Gemeinde im Ergebnis ausreicht, das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht anzunehmen, kann an dieser Stelle nicht abschließend bewertet werden.

### 2.2.2.2.2. Rechtsfolgen des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht

Verfügt ein Unternehmen über eine beträchtliche Marktmacht, so haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass nationale Regulierungsbehörden einem solchen Unternehmen besondere Verpflichtungen auferlegen können, Art. 63 Abs. 2 Richtlinie 2018/1972. Dazu gehören beispielsweise Transparenzverpflichtungen (Art. 69 RL 2018/1972), Nichtdiskrimierungsverpflichtungen (Art. 70 RL 2018/1972), Zugang zu baulichen Anlagen und deren Nutzung (Art. 72 RL

<sup>22</sup> Gemäß Art. 80 Richtlinie 2018/1972 kann auch ein ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätiges Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden.

<sup>23</sup> Gemäß Art. 64 Abs. 2 Richtlinie 2018/1972 veröffentlicht die Kommission spätestens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie 2018/1972 Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht. Die SMP-Leitlinien müssen für die nationalen Regulierungsbehörden eine Orientierungshilfe in Bezug auf die Anwendung des Grundsatzes der beträchtlichen Marktmacht auf den spezifischen Kontext der Vorabregulierung der Märkte für elektronische Kommunikation enthalten. Die Richtlinie 2018/1972 ist gemäß ihres Art. 126 am dritten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union, mithin am 20.12.2018, in Kraft getreten.

<sup>24</sup> In den zuletzt veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse (bezugnehmend auf die Vorgängerrichtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2022/22/EG) vgl. Mitteilung der Kommission – [Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste \(2018/C 159/01\)](#), Abl. EU C/159/1 vom 7.5.2018.

2018/1972), Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zu gehörigen Einrichtungen und deren Nutzung (Art. 73 RL 2018/1972), Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung sowie Zustellungsentgelte (Art. 74, 75 RL 2018/1972) oder Verpflichtungen im Hinblick auf die funktionale Trennung vertikaler Unternehmen (Art. 77-79 RL 2018/1972).

Eine mögliche Verpflichtung des ausbauenden Unternehmens, anderen Telekommunikationsunternehmen die Nutzung des Breitbandnetzes zu ermöglichen, stünde nicht im Widerspruch zu den Regelungen der Richtlinie 2018/1972 zu Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

### 2.2.3. Europäisches Beihilferecht

Möglicherweise ließe sich das in Szenario 2 vorgegebene Verfahren unter dem Gesichtspunkt des Europäischen Beihilferechts prüfen. Dazu müsste in dem in Szenario 2 vorgegebenen Verfahren eine beihilferelevante Maßnahme ersichtlich sein.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Eine unionsrechtlich relevante Beihilfe läge bspw. in dem Fall vor, im dem das ausführende Telekommunikationsunternehmen für seine Tätigkeit eine staatliche Förderung erhalten würde.<sup>25</sup> Insoweit käme es wiederum auf die konkrete Ausgestaltung der Maßnahme an.

### 2.2.4. Grundfreiheiten/Europäische Grundrechte

Als vorgenannte Prüfungsmaßstäbe für das Szenario kommen die Dienstleistungsfreiheit (2.2.5.) sowie die Europäischen Grundrechte (2.2.6.) eines zum Ausbau oder zur Nutzung verpflichteten Unternehmen in Betracht.

#### 2.2.4.1. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV

Denkbar wäre ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV soweit EU-ausländische Telekommunikationsunternehmen aufgrund der vorgenannten Konstellation daran gehindert sind, ein eigenes Netz aufzubauen und zu nutzen. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit erfor-

<sup>25</sup> Im Falle des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe wären insbesondere die von der Kommission in ihrer Mitteilung veröffentlichten „[Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau \(2013/C 25/01 vom 26.1.2013\)](#)“ geändert durch „[Mitteilung der Kommission zur Änderung der Mitteilungen der Kommission über Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, über Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke, über Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen sowie über Leitlinien für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften \(2014/C 198/02, vom 27.6.2014\)](#)“ vom zu berücksichtigen.

derte eine unmittelbare oder mittelbare diskriminierenden Charakter gegenüber EU-ausländischen Unternehmen verfügen, Art. 57 UA 3 AEUV.<sup>26</sup> Hier käme es wiederum auf die Ausgestaltung der konkreten Maßnahme an.

#### 2.2.4.2. Unternehmerische Freiheit, Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Möglicherweise könnte das vorgegebene Szenario (Verpflichtung des Ausbaus durch einen Telekommunikationsunternehmen und Verpflichtung zur Nutzung durch dritte Unternehmen) an den Europäischen Grundrechten zu messen sein. Denkbar wäre insoweit ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit sowohl des mit dem Ausbau und Betrieb des Breitbandnetzes verpflichteten Unternehmens als auch des zur Nutzung verpflichteten Unternehmens, da möglicherweise deren freie Wahl der Vertragspartner, der Inhalte von Verträgen und die freie Verfügung über technische und finanzielle Ressourcen und damit die freie Markentscheidung beeinträchtigt würden. Hierbei käme es jedoch wiederum auf die konkrete Ausgestaltung entsprechender Maßnahmen an.

Im Hinblick auf einen möglichen Eingriff sowie die Möglichkeit einer Rechtfertigung wird auf die unter Ziff. 2.1.4 gemachten Ausführungen entsprechend verwiesen.

### 3. Ausbau des Mobilfunknetzes

#### 3.1.1. Sachverhalt

In dem vom Auftraggeber vorgegebenen Szenario übernimmt die Gemeinde den Ausbau des Mobilfunknetzes durch Errichtung von entsprechenden Mobilfunkanlagen (Sendemasten) auf dem Gemeindegebiet als öffentlicher Hoheitsträger selbst. Gleichzeitig verpflichtet die Gemeinde Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen bei ihrer Leistungserbringung, ausschließlich auf die von der Gemeinde errichteten Mobilfunkanlagen zurückzugreifen und entsprechende Entgelte für diese Nutzung an die Gemeinde zu entrichten.

Wie die konkrete Ausgestaltung dieser Errichtung erfolgen soll, ist vom Auftraggeber nicht vorgegeben. Insbesondere ist unklar, in welcher rechtlichen Form die Gemeinde tätig werden soll. Gleichermaßen gilt für die spätere Verpflichtung der Telekommunikationsbetreiber, das vorhandene Netz zu nutzen und die Gemeinde zu entschädigen. Vor diesem Hintergrund können im Folgenden allein mögliche Berührungspunkte eines derartigen Vorgehens zum Unionsrecht angesprochen werden.

#### 3.1.2. Richtlinie 2018/1972

Möglicherweise wäre das vorgegebene Verfahren zur Errichtung von Mobilfunkanlagen an den Vorgaben der Richtlinie 2018/1972 zu messen. Hierzu wird auf die unter Ziff. 2.1.2. gemachten Ausführungen entsprechend verwiesen.

---

<sup>26</sup> Siehe hierzu: *Kluth*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 54 ff.

### 3.1.3. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch Vorliegen eines Verwaltungsmonopols

Ferner ließe sich das vorgegebene Verfahren zur Errichtung von Mobilfunkanlagen möglicherweise unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens eines Verwaltungsmonopols prüfen. Hierzu wird auf die unter Ziff. 2.1.3 gemachten Ausführungen entsprechend verwiesen.

### 3.1.4. Eingriff in Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Ferner könnte das vorgegebene Verfahren zur Errichtung von Mobilfunkanlagen möglicherweise als Eingriff in die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 Grundrechtecharta zu qualifizieren sein. Hierzu wird auf die unter Ziff. 2.1.4 gemachten Ausführungen entsprechend verwiesen.

- Fachbereich Europa -