

RECHTSGUTACHTEN

ÜBER DIE

„ZULÄSSIGKEIT ÖFFENTLICH-RECHTLICHER VERTRÄGE IM RAHMEN DES TKG“

Az. Z 25-4 vom 10.07.2015

ERSTELLT IM AUFTRAG DER

BUNDESNETZAGENTUR

VON

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

UND

DIPL.-JUR. (UNIV.) DIPL.-VERWALTUNGSWIRT (FH) STEFAN BULOWSKI

REGENSBURG

20. AUGUST 2015

Gliederung

A. Hintergrund.....	5
B. Rechtsfragen	6
C. Rechtliche Bewertung.....	8
I. Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im TKG.....	8
1. Vertragliche Vereinbarung zur Verfolgung des Regulierungsziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG	8
2. Reichweite der §§ 54 ff. VwVfG als Ermächtigungsgrundlage; Verhältnis zum TKG...	9
a) Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.....	9
b) § 54 VwVfG als Ermächtigungsgrundlage für den Abschluss eines öffentlich- rechtlichen Vertrages und Reichweite des § 116 TKG.....	10
3. Reichweite des Handlungsformenzwangs in den §§ 13 Abs. 5, 132 Abs. 1 S. 2 TKG und des Vertragsformverbots im Sinne des § 54 S. 1 a. E. VwVfG	11
a) Verwaltungsakt für Abschluss des Beschlusskammerverfahrens.....	11
b) Kein Vertragsformverbot für vorbereitende Maßnahmen	12
aa) Keine Anhaltspunkte im Wortlaut und in der telekommunikationsspezifischen Literatur; allgemeine Erwägungen zu § 54 S. 1 a. E. VwVfG	12
bb) Systematische und teleologische Überlegungen.....	13
cc) Europarechts- und verfassungskonforme Auslegung	14
dd) Zwischenergebnis	15
4. „Aufspaltung“ von Regulierungsverfügung und vertraglich vereinbarter Investitionszusage – Vertragsabschlusszuständigkeit.....	15
5. Zwischenergebnis und Konsequenzen für die behördeninterne Zuständigkeit für den Vertragsabschluss.....	17

II. Vertragliche Verknüpfung von Ausbauversprechen und möglichem (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung	19
1. Denkbare Varianten	19
2. Reichweite der Wirksamkeitsvoraussetzung im Fall der Betroffenheit der Rechte	
Dritter, § 58 Abs. 1 VwVfG.....	19
a) Betroffenheit von Rechten Dritter.....	20
aa) (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung als Verkürzung von Rechten	
Dritter	20
bb) Konkretisierung des Vertragstyps.....	21
b) Eingriff.....	22
aa) Eingriff als (mögliche) Verletzung.....	22
bb) Drittbelastung bei Verfügungs- und Verpflichtungsverträgen	25
cc) Reichweite des Vertragsformverbots und Problem der Drittbelastung	25
c) Zwischenergebnis und Konsequenzen für die Ausgestaltung des Vertrags.....	28
3. Grenzen des § 56 VwVfG.....	30
a) Vorgaben des Kopplungsverbots, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG.....	30
b) Beschränkungen in den Fällen eines Anspruchs auf die Leistung der Behörde, § 56	
Abs. 2 VwVfG	32
c) Konsequenzen im Falle der Einordnung als kooperationsrechtlicher Vertrag.....	33
4. Zwischenergebnis und Empfehlungen	33
III. Vollstreckung der vertraglichen Ausbauverpflichtung.....	35
1. Vollstreckung aus dem Vertrag, insbesondere Unterwerfung unter die sofortige	
Vollstreckung, § 61 VwVfG	35
2. Vertragsstrafeversprechen.....	38
3. (Keine) Anwendbarkeit auf koordinationsrechtliche Verträge.....	39
4. Möglichkeit der Zahlungspflicht an Wettbewerber	40
5. Zwischenergebnis und Empfehlung.....	41

IV. Vertragsänderung und -kündigung, § 60 VwVfG	42
1. Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen, § 60 VwVfG	42
2. Relevanz des § 60 VwVfG im vorliegenden Kontext.....	43
3. Vertragliche Relativierungsmöglichkeiten des § 60 VwVfG	45
4. Zwischenergebnis und Empfehlung	46
 V. Ergebnisse.....	 47

A. Hintergrund

Hintergrund der gutachterlichen Prüfung ist ein Antrag der Telekom Deutschland GmbH (TDG) im Rahmen der derzeit laufenden, turnusmäßigen Überprüfung der ihr auferlegten Regulierungsverpflichtungen. Die TDG beabsichtigt, nun auch im sogenannten Nahbereich um die Hauptverteiler (HVt) VDSL-Vectoring einzuführen. Sofern dem Antrag vollumfänglich entsprochen würde, könnte die TDG die Vectoring-Technologie exklusiv in allen Nahbereichen der knapp 8000 HVt einsetzen, was dazu führen würde, dass Wettbewerber künftig keinen Zugriff mehr auf den „blanken Draht“ am HVt für die Einspeisung von VDSL-Signalen erhielten und auf Bitstromprodukte angewiesen wären. Gleichsam im Gegenzug für die Genehmigung des Antrags wäre die TDG aber bereit, eine „verbindliche Investitionszusage“ für den anschließenden Ausbau des Nahbereiches mit der Vectoring-Technologie bis Ende 2018 gegenüber der Bundesnetzagentur abzugeben. Um diese Verpflichtung rechtlich abzusichern, wäre sie bereit, im Kontext der Regulierungsverfügung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen. Die Zulässigkeit eines solchen Vertrags wird allerdings mit unterschiedlichen Begründungen seitens der Wettbewerber der TDG bezweifelt. Daher ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zur Absicherung der Investitionszusage abgeschlossen werden kann.

B. Rechtsfragen

Vor diesem Hintergrund hat die zuständige Beschlusskammer 3 folgende Rechtsfragen, aufgeteilt in vier Fragenkomplexe, aufgeworfen, die unter C. rechtlich bewertet werden sollen:

Fragenkomplex 1:

Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag mit einem regulierten Unternehmen zur Absicherung eines Ausbauversprechens, insbesondere mit Blick auf das bei der Auferlegung bzw. beim Widerruf von Zugangsverpflichtungen zu beachtende Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG und auf die Vorschriften des 2. Teils des TKG, mit den rechtlichen Vorgaben des TKG sowie mit den Vorgaben des VwVfG grundsätzlich vereinbar und auf welche Ermächtigungsgrundlage könnte ein solcher Vertrag gestützt werden?

Fragenkomplex 2:

Ändert sich an der rechtlichen Beurteilung etwas, je nachdem, ob der öffentlich-rechtliche Vertrag den (Teil-)Widerruf einer Zugangsleistung als Gegenleistung für das Ausbauversprechen zum Gegenstand hat, oder ob darin eine einseitige Bindung (einseitiges Ausbauversprechen) mit einem Rücktrittsrecht vorgesehen ist, sofern der (Teil-)Widerruf wegfällt, etwa aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung?

Fragenkomplex 3:

Wäre eine Vollstreckung des in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag abgesicherten Ausbauversprechens zulässig und wenn ja, in welcher Form? Wäre in diesem Zusammenhang auch eine „Strafzahlung“ als Sanktion für die Nichterfüllung des Ausbauversprechens zugunsten der vom Ausbau betroffenen Netzbetreiber zulässig?

Fragenkomplex 4:

Könnte sich das regulierte Unternehmen, mit dem ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen wird, bei veränderten wirtschaftlichen oder regulatorischen Rahmenbedingungen, die nicht den (Teil-)Widerruf der Zugangsverpflichtung betreffen (Änderungen des europäischen bzw. na-

tionalen Rechtsrahmens, relevante Änderungen der Regulierung auf anderen Märkten), auf einen „Wegfall der Geschäftsgrundlage“, § 60 VwVfG berufen?

C. Rechtliche Bewertung

I. Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im TKG

Die Wettbewerber verweisen darauf, dass eine Aufnahme der Investitionszusage in die Regulierungsverfügung selbst, beispielsweise mittels einer Auflage, mangels Rechtsgrundlage nicht möglich sei.¹ Daher stellt sich in einem ersten Schritt die Frage, ob sich die Bundesnetzagentur zur Erreichung der Regulierungsziele, insbesondere der des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, grundsätzlich auch des Instruments des öffentlich-rechtlichen Vertrags bedienen darf. Dazu ist zunächst zu prüfen, ob ein entsprechender Vertrag einen Beitrag zur Verfolgung des Regulierungsziels des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG darstellen kann (dazu 1.). Sodann sind die Reichweite der §§ 54 ff. VwVfG als Ermächtigungsgrundlage und ihr Verhältnis zum TKG zu klären (dazu 2.). In der Folge ist die Reichweite des Handlungsformenzwangs in den §§ 13 Abs. 5, 132 Abs. 1 S. 2 TKG und des Vertragsformverbots im Sinne des § 54 S. 1 a. E. VwVfG festzustellen (dazu 3.). In diesem Zusammenhang ist schließlich die Zulässigkeit einer „Aufspaltung“ von Regulierungsverfügung und Investitionszusage zu prüfen (dazu 4.).

1. Vertragliche Vereinbarung zur Verfolgung des Regulierungsziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG

Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG ist die Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze der nächsten Generation (NGN) ein Regulierungsziel. Fraglich ist, ob auch der Ausbau der Vectoring-Technologie ein Baustein für den Aufbau von NGN sein kann oder ob diese Technik nur einen – nicht erfassten – Zwischenschritt dahin darstellt. Der – im TKG nicht definierte – Begriff der NGN ist jedenfalls nicht sehr aussagekräftig², was eine Auslegung anhand des Wortlauts erschwert. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist es der Zweck des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG aber, bis spätestens 2018 eine flächendeckende Versorgung mit

¹ Z. B. EWE-TEL, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 6 f.

² Cornils, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 2, Rn. 55.

Breitbandzugängen mit einer Bandbreite von 50 Mbit/s zu erreichen³, was durch Vectoring bei Leitungslängen von bis zu 800 m jedenfalls erreicht wird.⁴ Eine Festlegung auf bestimmte Technologien lässt sich dem Begriff daher grundsätzlich nicht entnehmen.⁵ Folglich kann eine vertragliche Vereinbarung über Investitionen zum Einsatz der Vectoring-Technologie durchaus einen Beitrag zur Verfolgung des in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG benannten Regulierungsziels darstellen.

2. Reichweite der §§ 54 ff. VwVfG als Ermächtigungsgrundlage; Verhältnis zum TKG

a) Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

Bevor sodann das Verhältnis der §§ 54 ff. VwVfG als Ermächtigungsgrundlage zu den Vorschriften des TKG zu untersuchen ist, muss geklärt werden, ob der anvisierte Vertrag als öffentlich-rechtlich im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG zu qualifizieren ist. Das ist nach der Legaldefinition des § 54 S. 1 VwVfG dann der Fall, wenn Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben werden. Es kommt darauf an, ob die vertragliche Regelung eine Norm des öffentlichen Rechts *wäre*, wenn sie in einer Rechtsvorschrift getroffen worden *wäre*.⁶ Die im Vertrag getroffene Vereinbarung *wäre* – wenn eine Rechtsgrundlage bestünde (was *nicht* der Fall ist) – in Form einer Nebenbestimmung zur Regulierungsverfügung ergangen. Die Befugnis dafür wäre öffentlich-rechtlicher Art, weil die Bundesnetzagentur als Trägerin hoheitlicher Gewalt einseitig berechtigt würde.⁷ Zudem streitet für die öffentlich-rechtliche Natur des Vertrags, dass dessen „causa“ – in diesem Falle die Berücksichtigung der Investitionszusage bei der Prüfung des (Teil-)Widerrufs der Regulierungsverfügung – in diesem Rechtsgebiet liegt.⁸ Damit handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG.

³ BT-Drs. 17/5707, S. 47 f.

⁴ Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 105.

⁵ Cornils, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 2, Rn. 58.

⁶ Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 54, Rn. 21.

⁷ Zu dieser herrschenden modifizierten Subjektstheorie Schenke, in: Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 21. Auflage, 2015, § 40, Rn. 11.

⁸ Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 54, Rn. 30c; vgl. auch BVerwGE 42, 331 (333) zu Folgekostenverträgen im Baurecht.

b) § 54 VwVfG als Ermächtigungsgrundlage für den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages und Reichweite des § 116 TKG

Diese Handlungsform wird im TKG nicht erwähnt. Es ist daher zunächst zu untersuchen, ob sie der Bundesnetzagentur mangels Ermächtigungsgrundlage im TKG grundsätzlich verwehrt ist. Es ist also zu prüfen, ob als Rechtsgrundlage die allgemeinen Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG ausreichend sind. Dies könnte man verneinen, wenn man § 116 TKG so versteht, dass *nur* die im TKG speziell der Bundesnetzagentur zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse von ihr wahrzunehmen sind und damit der Rückgriff auf anderweitige Spezialnormen oder allgemeine Regelungen gesperrt ist.

Allerdings spricht gegen eine derartige Auslegung bereits der Wortlaut des § 116 TKG, der keineswegs eine Exklusivität normiert („nur“). Aber auch bei einer systematischen Betrachtung ist ein solches Normverständnis zurückzuweisen. So wird die Bundesnetzagentur gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 BEGTPG umfassend auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts tätig.⁹ Eine enge Festlegung ihrer Aufgaben und Befugnisse wäre damit nicht vereinbar. Daher wird auch in der Kommentarliteratur allgemein angenommen, dass schon die Aufgabendefinition keineswegs abschließend ist.¹⁰ So wird etwa auf die Aufgaben im Gesetz über den Amateurfunk und in anderen Spezialgesetzen verwiesen.¹¹ Das muss aber auch für das Verständnis der Befugnisse gelten. Auch insoweit enthält § 116 TKG konsistenterweise keineswegs eine abschließende Definition. So sieht etwa das Amateurfunkgesetz eine Reihe von Aufgaben, aber auch Befugnissen (etwa in § 11 Betriebseinschränkungen und -verbote) vor, die aufeinander bezogen sind und durch § 116 TKG nicht verdrängt werden. Das entspricht sodann auch dem teleologischen Verständnis des TKG im Allgemeinen und des § 116 TKG im Besonderen, das auf eine handlungsstarke und umfassend zuständige Bundesnetzagentur abzielt, wie schon die angeführte Norm im BEGTPG verdeutlicht.

Mithin ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen des VwVfG grundsätzlich möglich. Dabei ist nach herrschender Auffassung für öffentlich-rechtliche Verträge grundsätzlich keine

⁹ Gegen eine abschließende Aufzählung im TKG auch *Attendorn/Geppert*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 116, Rn. 30.

¹⁰ *Attendorn/Geppert*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 116, Rn. 30; *Ruffert/Schmidt*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 116, Rn. 44.

¹¹ *Ruffert/Schmidt*, in: *Säcker* (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 116, Rn. 37.

spezielle Ermächtigungsgrundlage erforderlich.¹² § 54 VwVfG normiert insoweit eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.¹³

3. *Reichweite des Handlungsformenzwangs in den §§ 13 Abs. 5, 132 Abs. 1 S. 2 TKG und des Vertragsformverbots im Sinne des § 54 S. 1 a. E. VwVfG*

Sodann ist zu klären, ob sich aus dem TKG ein Vertragsformverbot im Sinne des § 54 S. 1 a. E. VwVfG ableiten lässt. So wird von den Wettbewerbern vorgebracht, dass sowohl aus § 132 Abs. 1 S. 2 TKG für das Beschlusskammerverfahren als auch aus § 13 Abs. 5 TKG ein solches Verbot folge, das einem öffentlich-rechtlichen Vertrag entgegenstünde.¹⁴

a) Verwaltungsakt für Abschluss des Beschlusskammerverfahrens

Dabei sind zwei Fragenkreise voneinander zu unterscheiden: Eindeutig ergibt sich aus den genannten Normen, dass die Bundesnetzagentur in Regulierungsverfahren in den genannten Bereichen nicht anders als im Wege eines Verwaltungsakts entscheiden darf. Der öffentlich-rechtliche Vertrag scheidet insoweit also aus. Das folgt schon aus dem klaren Wortlaut der Normen („ergehen (...) als einheitlicher Verwaltungsakt“ bzw. „ergeht durch Verwaltungsakt“). Diese Bewertung entspricht folgerichtig auch der allgemeinen Ansicht in der Kommentarliteratur¹⁵ und im Übrigen dem Sinn und Zweck jener Vorschriften: Der bilaterale öffentlich-rechtliche Vertrag passt weder *formell* zu der vorliegend justizähnlich und daher einseitig-verbindlich ausgerichteten Entscheidungsform¹⁶ noch *materiell* zu der im Rahmen der Regulierungsentscheidung erforderlichen komplexen Abwägung in multipolaren Rechtsverhältnissen mit einer „Vielzahl gegen-

¹² Dies gilt sogar für subordinationsrechtliche Verträge, siehe Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 54, Rn. 48.

¹³ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 54, Rn. 4; Reinker, in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz mit rechtlichen Aspekten des E-Government*, Kommentar, § 54, Rn. 49.

¹⁴ Vgl. *M-Net*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 7.

¹⁵ Attendorn/Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 132, Rn. 31 m. w. N.; Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 132, Rn. 29; Mayen, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 132, Rn. 43.

¹⁶ Darauf weist zutreffend Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, Kommentar, 3. Auflage, 2013 § 132, Rn. 29, hin.

läufiger öffentlicher und privater Interessen”¹⁷. Die oftmals durch Normauslegung erst noch zu ermittelnde Frage, ob ein Handlungsformenzwang greift¹⁸, ist vorliegend also vom Gesetzgeber eindeutig geklärt worden.

b) Kein Vertragsformverbot für vorbereitende Maßnahmen

aa) Keine Anhaltspunkte im Wortlaut und in der telekommunikationsspezifischen Literatur; allgemeine Erwägungen zu § 54 S. 1 a. E. VwVfG

Davon zu trennen ist aber die nachgelagerte Frage, ob damit auch „Verträge im Vor- oder Umfeld”¹⁹ des Handelns in Form des Verwaltungsakts ausgeschlossen sind. In der spezifischen telekommunikationsrechtlichen Literatur wird die Frage der Reichweite des Vertragsformverbots bzw. Handlungsformgebots zugunsten des Verwaltungsakts auf die vor- und nachgelagerten Fragen der Regulierung – soweit ersichtlich – nicht näher behandelt. Es wird lediglich erörtert, inwiefern auch sonstige verfahrensleitende Handlungen der Beschlusskammer vom Handlungsformgebot erfasst werden. Das wird sodann verneint.²⁰ Das bestätigt – argumentum a fortiori – eher die hier vertretene Ansicht, dass das Handlungsformgebot erst recht nicht für mögliche Maßnahmen außerhalb des eigentlichen Regulierungsverfahrens greift.

Nur in der allgemeinen Literatur zum Vorbehalt des Vertragsformverbots in § 54 S. 1 a. E. VwVfG finden sich sodann Ausführungen, die sich mit dem Problem der Reichweite des Vertragsformverbots explizit und näher befassen. Insoweit wird dann aber allgemein vertreten, dass ein solches „Ausgreifen” des Vertragsformverbots auf das Umfeld des Verwaltungsakthandelns *nicht* unterstellt werden soll.²¹ Das gilt etwa für den Fall von Planungsverfahren, in denen die

¹⁷ Darauf stellt allgemein in Bezug auf das Handeln der öffentlichen Verwaltung zutreffend *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000, S. 563, ab.

¹⁸ Dazu allgemein auf die Notwendigkeit einer Normauslegung hinweisend *Reinker*, in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz mit rechtlichen Aspekten des E-Government, Kommentar, § 54, Rn. 55.

¹⁹ So die treffende Formulierung von *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000, S. 563.

²⁰ *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 132, Rn. 31; *Fetzer/Groß*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, 2008, § 132, Rn. 16; *Gurlit*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 132, Rn. 30; *Mayen/Tysper*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 132, Rn. 4.

²¹ So etwa *Gurlit*, in: Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 32, Rn. 5; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 54 Rn. 43a; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertrags-

umfassende Abwägung selbst nicht vertraglich vorweggenommen werden kann und darf.²² Etwas anderes gilt jedoch für vertragliche Regelungen einzelner vor- oder nachgelagerter Fragen, die bei der Abwägung durchaus berücksichtigt werden.²³

bb) Systematische und teleologische Überlegungen

Auch die Logik der spezialgesetzlichen Kodifizierung des städtebaulichen Vertrags in den §§ 11 und 12 BauGB liegt auf dieser Linie. Denn diese zielt gerade auf die vertragliche Absicherung von Maßnahmen im Vorfeld einer Planung ab, die sie erleichtern bzw. ermöglichen, nicht aber die dabei erforderliche Abwägung substituieren.

Damit widerspräche ein strenges Handlungsformenverbot der weit gefassten Aufgabendefinition und den weit gefassten Regulierungszielen gemäß den §§ 1, 2 TKG, die von der Bundesnetzagentur verfolgt werden sollen. Letztlich würde die Erreichung dieser Ziele unnötig erschwert. Das kann aber von den §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG nicht intendiert sein, die daher enger zu verstehen sind. Ihr Telos ist es, eine strukturierte Entscheidung über die Regulierungsvorgaben im Beschlusskammerv Verfahren mit dem Verwaltungsakt zum Abschluss abzusichern, um die verfahrensrechtliche Beteiligung der Wettbewerber und daran anschließend den Rechtsschutz und die gerichtliche Kontrolle zu konzentrieren. Daraus kann aber gerade nicht sinnvoll abgeleitet werden, dass die Bundesnetzagentur daneben keine Vereinbarungen treffen könne, die insgesamt für die Verfolgung der Regulierungsziele zweckdienlich, nicht aber im Kanon der Regulierungsinstrumente im TKG abgedeckt sind. Genau dies ist bei einer Investitionszusage aber gegeben.

Es erfolgt auch keine Rechtsschutzverkürzung für die Wettbewerber, da diese die positive Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen der Regulierungsverfügung im Verfahren der Kontrolle des Verwaltungsakts gerichtlich überprüfen können. Da der Vertrag in diesem Verfah-

partner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, 2000, S. 563 m. w. N.

²² Das gilt gleichermaßen für das Regulierungsermessen im Rahmen des telekommunikationsrechtlichen Regulierungsverfahrens, das ja vom BVerwG gerade in Anlehnung an das Planungsrecht entwickelt worden ist, vgl. BVerwGE 131, 41, Rn. 47; siehe zum Umstand, dass jenes weite Regulierungsermessen nicht durch eine vertragliche Bindung unterlaufen werden darf, ausführlicher unten II.

²³ So werden bei der Aufstellung von Bebauungsplänen regelmäßig auch die damit im Zusammenhang abgeschlossenen städtebaulichen Verträge bei der Abwägung berücksichtigt, *Bank*, in: *Bank u. a. (Hrsg.), Brügelmann, Baugesetzbuch, Kommentar*, Stand: 93. Ergänzungslieferung, Februar 2015, Band 2, § 11 BauGB, Rn. 124.

ren im Rahmen der Zielbewertung und Ermessensprüfung berücksichtigt werden soll, wird er auch nicht aus der dortigen Betrachtung ausgeklammert.

Angesichts der weit gefassten Aufgabenbeschreibung der Bundesnetzagentur kann es also nicht vom Gesetzgeber gewollt gewesen sein, der Verwaltung das Handeln in Form des öffentlich-rechtlichen Vertrags aus der Hand zu schlagen, als er das Handlungsformgebot in den genannten Vorschriften normierte. Diese regeln vielmehr nur, dass, soweit ein Verwaltungshandeln hier in der Form des Verwaltungsakts möglich ist, dieses nicht durch ein Handeln in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags substituiert werden kann. Eine Investitionszusage kann aber nicht in Form einer Investitionsverpflichtung im Rahmen der Regulierungsverfügung auferlegt werden. Daher liegt kein Substitutionsfall vor.

cc) Europarechts- und verfassungskonforme Auslegung

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass aus europarechtlicher oder verfassungsrechtlicher Sicht keine abweichende Bewertung geboten ist. So sieht die Aufgaben- und Befugnisnorm des Art. 8 der Rahmenrichtlinie keine nähere Definition vor, ob die „Maßnahmen“ im Rahmen von Verwaltungsakten oder öffentlich-rechtlichen Verträgen ergriffen werden. Angesichts der funktionalen Ausrichtung des europäischen Rechtsrahmens auf eine wirksame Regulierung und der Ausgestaltung in Form von Richtlinien, die gerade im Handlungsformenbereich Besonderheiten auf nationaler Ebene gewährleisten, wäre dies auch widersinnig. Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie verweisen vielmehr auf ein weit gefasstes Aufgabenverständnis auch aus europarechtlicher Sicht, das mit entsprechend weitreichenden und flexiblen Handlungsbefugnissen einhergehen muss. Dass das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren im Mehrebenensystem in ein administratives Verfahren zu kleiden ist, das in Deutschland gerade mit dem Beschlusskammerverfahren mit einem Verwaltungsakt am Ende als Regelfall sinnvoll umgesetzt ist, steht dem nicht entgegen. Dasselbe gilt für die entsprechenden Befugnisnormen in den Einzelrichtlinien, wie insbesondere in Art. 5 der Zugangsrichtlinie.

Verfassungsrechtlich ergeben sich grundrechtliche und rechtsschutzseitige Kontrollüberlegungen sowohl aus Sicht des Vertragspartners als auch der betroffenen Wettbewerber. Diese werden jedoch durch die einfachgesetzlichen Regelungen angemessen aufgefangen. Eine weitere verfassungsrechtliche Prüfung ist daher nicht indiziert.

dd) Zwischenergebnis

Folglich steht einem Handeln in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags insoweit nichts im Wege. Das Vorliegen einer entsprechenden Investitionszusage kann anschließend auch im Rahmen der Regulierungsverfügung bei der Abwägung berücksichtigt werden. Das ergibt sich bei systematischer Betrachtung schon aus der Bestimmung des § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG, der im Rahmen der Auferlegung einer Regulierungsverfügung zulässt, dass privatrechtliche Verträge und die durch sie bewirkten Zugangsmöglichkeiten im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden, ob entsprechende Regulierungspflichten auferlegt werden.

Da die angestrebte „Auslagerung“ der Investitionszusage in einen öffentlich-rechtlichen Vertrag auch zulässig ist (dazu sogleich 4.), lassen sich die Bedenken hinsichtlich eines Vertragsformverbotes ausräumen.

4. „Aufspaltung“ von Regulierungsverfügung und vertraglich vereinbarter Investitionszusage –
Vertragsabschlusszuständigkeit

Damit stellt sich nur noch die Frage, inwieweit die Investitionsverpflichtung der TDG von der Regulierungsverfügung abgespalten werden darf.²⁴ Ein Verbot der Abtrennung ergibt sich jedenfalls nicht aus § 13 Abs. 5 TKG, da dieser nur verhindern soll, dass die Feststellungen zur Marktanalyse und Marktdefinition getrennt angegriffen werden.²⁵ Dass durch eine „Aufspaltung“ eine von den Wettbewerbern vorgebrachte unzulässige Verkürzung des Rechtsschutzes eintreten soll²⁶, ist nicht ersichtlich, zumal sich die für die Konkurrenten negativen Rechtsfolgen ohnehin aus der – weiterhin angreifbaren – Regulierungsverfügung ergeben.

Es stellt sich eher für die Regulierungsverfügung die in diesem Gutachten nicht fokussierte, aber zu bejahende Folgefrage, ob im Regulierungsverfahren Tatbestände berücksichtigt werden können, die bei einer Aufspaltung außerhalb des Beschlusskammerverfahrens liegen, das heißt, ob auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag Bezug genommen werden kann bzw. muss. Grundsätzlich gilt im Beschlusskammerverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 VwVfG, der

²⁴ Gegen die Zulässigkeit einer „Aufspaltung“ *M-Net*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 7.

²⁵ *Korehnke/Ufer*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 13, Rn. 31.

²⁶ *M-Net*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 7.

von § 128 TKG vorausgesetzt wird.²⁷ Bloßen Absichtserklärungen kann in der Abwägungsentscheidung dabei nicht das Gewicht einer rechtsverbindlichen Verpflichtung beigemessen werden. Daher müsste zunächst der Vertrag abgeschlossen werden, damit seine Inhalte überhaupt einen hinreichend gewichtigen Gegenstand der Abwägung darstellen können. Es ist davon auszugehen, dass die TDG zumindest für den Fall des Ausbleibens bzw. der (gerichtlichen) Aufhebung des (Teil-)Widerrufs der Regulierungsverfügung auf einem Rücktrittsrecht von ihrer Investitionszusage bestehen wird. Schwieriger wird dagegen im Rahmen der Abwägung zu prüfen sein, wie umfassend eine Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Investitionsverpflichtung erfolgen darf. Das richtet sich auch nach der Vollstreckbarkeit der vertraglichen Vereinbarungen (dazu III.).

Letztlich ist im Ergebnis umgekehrt eine Aufspaltung durch die sektorspezifischen Regulierungsvorgaben sogar indiziert, da innerhalb des Regulierungsverfahrens gemäß den §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG keine vertragliche Vereinbarung erfolgen und auch eine Investitionsverpflichtung nicht auferlegt werden darf. Umgekehrt darf wegen des Handlungsformgebots in den genannten Paragraphen im Vertrag keine Leistung vereinbart werden, die dem Regulierungsverfahren vorbehalten ist, was insbesondere die Vereinbarung eines (Teil-)Widerrufs ausschließt (dazu sogleich ausführlich II.2.).

Folge ist sodann auch die geteilte Zuständigkeit: Während für die Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 5 TKG und § 21 TKG aufgrund der Sonderregelung des § 132 Abs. 1 S. 1 Var. 1 TKG behördenintern die Beschlusskammer zuständig ist, greift für das Handeln in Form des öffentlich-rechtlichen Vertrags eine derartige behördeninterne Sonderzuweisung nicht und es gilt die allgemeine Generalzuständigkeit des Präsidenten.²⁸ Zwar wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass der Katalog des § 132 Abs. 1 S. 1 TKG nicht abschließend sei und der Präsident den Beschlusskammern noch weitere Zuständigkeiten übertragen könne.²⁹ Allerdings ist dies sehr zweifelhaft und gerichtlich nicht abgesichert. So wird von zahlreichen Autoren die Gegenauffassung vertreten, wonach § 132 Abs. 1 S. 1 TKG insoweit einen abschließenden Katalog von Auf-

²⁷ Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, Vor § 132, Rn. 13; Mayen, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 132, Rn. 22.

²⁸ Attendorn/Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 132, Rn. 15.

²⁹ So Attendorn/Geppert, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 132, Rn. 16 m. w. N.

gaben definiere (Enumerationsprinzip)³⁰ und eine derartige Übertragung der internen Zuständigkeit daher unzulässig sei. Angesichts dieser Unsicherheit empfiehlt es sich jedenfalls nicht, eine derart wichtige Frage wie den vorliegend erwogenen Vertragsabschluss mit der Unsicherheit der (Un-)Rechtmäßigkeit einer behördeninternen Zuständigkeitsverlagerung zu befrachten. Hinzu kommt, dass eine Tätigkeit der Beschlusskammer angesichts des Handlungsformgebots die Unsicherheiten der Handlungsweise in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags verschärfen würde. Daher ist ein Vertragsabschluss durch den Präsidenten zu empfehlen. Dieser kann zur Vorbereitung der Maßnahme weitere Bedienstete der Behörde heranziehen und dabei auch auf den Sachverstand der Mitarbeiter in der für die Regulierungsverfügung zuständigen Beschlusskammer zurückgreifen.

5. *Zwischenergebnis und Konsequenzen für die behördeninterne Zuständigkeit für den Vertragsabschluss*

Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass die §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG und auch die übrigen Vorschriften des TKG einem öffentlich-rechtlichen Vertrag mit einem regulierten Unternehmen zur Absicherung eines Ausbauseversprechens nicht entgegenstehen. Das Vertragsformverbot gemäß § 54 S. 1 a. E. VwVfG greift insoweit nicht, da das Handlungsformgebot der §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG nur auf die eigentliche Regulierungsverfügung im Rahmen des Beschlusskammerverfahrens beschränkt ist, nicht aber die hier vorgelegte Frage der Schaffung faktischer Voraussetzungen für einen anschließend denkbaren (Teil-)Widerruf einer Regulierungsverfügung erfasst. § 54 S. 1 VwVfG ist damit Ermächtigungsgrundlage für ein Tätigwerden der Bundesnetzagentur in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags. Einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage bedarf es insoweit nicht. Die Bundesnetzagentur wird innerhalb ihrer weit gefassten Aufgaben zur Erreichung des Ziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, also des Ausbaus der Netze der nächsten Generation, tätig. Eine Trennung der vertraglichen Vereinbarung und der Regulierungsverfügung ist nicht nur zulässig, sondern auch ge-

³⁰ Gurlit, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013 § 132, Rn. 10; Mayen, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 132, Rn. 43; Ohlenburg, in: Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Medienrecht, Kommentar, Stand: 36. Ergänzungslieferung, März 2015, C § 132, Rn. 10.

boten, da diese beiden Regelungsgehalte zwar inhaltlich aufeinander bezogen sind (dazu mehr unter II.), aber gleichwohl getrennte Entscheidungsvorgänge sind. Die behördeninterne Zuständigkeit für die Regulierungsverfügung liegt aufgrund der Sonderregelung des § 132 Abs. 1 S. 1 Var. 1 TKG bei der Beschlusskammer, während sie für die vertragliche Vereinbarung grundsätzlich beim Präsidenten der Bundesnetzagentur liegt. Von dieser Regelzuständigkeit des Präsidenten sollte vorliegend auch nicht abgewichen werden.

II. Vertragliche Verknüpfung von Ausbauversprechen und möglichem (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung

1. Denkbare Varianten

Aus der Sicht der TDG ist ihre Investitionszusage an die Gewährung des gestellten Antrags geknüpft. Daher stellt sich die Frage, inwiefern sich diese Verbindung im Vertrag widerspiegeln darf bzw. muss. Einerseits bestünde die Möglichkeit, den (Teil-)Widerruf der Zugangsverpflichtung als Gegenleistung für das Ausbauversprechen ausdrücklich aufzunehmen. Denkbar wäre es aber auch, nur eine Verpflichtung der TDG vorzusehen, ihr allerdings ein Rücktrittsrecht für den Fall einzuräumen, dass es nicht zum (Teil-)Widerruf kommt oder dieser später wegfällt. Auf ein entsprechendes Rücktrittsrecht könnte schließlich auch verzichtet werden. Da § 58 Abs. 1 VwVfG hier Grenzen setzt für die Art des geschlossenen Vertrags, sind die Auswirkungen dieser Vorschrift als erstes zu prüfen (dazu sogleich 2.). Sodann sind die Vorgaben des Kopplungsverbots aus § 56 VwVfG zu analysieren (dazu 3.).

2. Reichweite der Wirksamkeitsvoraussetzung im Fall der Betroffenheit der Rechte Dritter, § 58 Abs. 1 VwVfG

Sofern durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag in Rechte Dritter eingegriffen wird, hängt die Wirksamkeit des Vertrags nach § 58 Abs. 1 VwVfG von der Zustimmung der Betroffenen ab. Da mit einer Zustimmung der betroffenen Dritten nicht zu rechnen ist, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen § 58 Abs. 1 VwVfG greift. Die Beantwortung dieser Frage ist sodann auf ihre Auswirkungen in Bezug auf die Entscheidung zu prüfen, inwiefern der (Teil-)Widerruf zum Gegenstand des Vertrags als Leistung der Behörde gemacht werden soll.

Wie weit die Zustimmungspflicht im Sinne des § 58 Abs. 1 VwVfG reicht, ist im Einzelnen umstritten. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt ein Eingreifen in die Rechte Dritter. Sofern der (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung als Eingriff in diese anzusehen ist, wäre die Aufnahme in den Vertrag problematisch. Dies ist im Folgenden zu erörtern.

a) Betroffenheit von Rechten Dritter

Zunächst muss überhaupt ein subjektiv-öffentliches Recht vorliegen, in das ein Eingriff erfolgen kann. Das heißt, dass nach der Schutznormtheorie Rechtsnormen vorliegen müssen, die nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern gerade auch den Interessen des betroffenen Dritten zu dienen bestimmt sind (dazu aa)). Handelt es sich um einen subordinationsrechtlichen Vertrag (dazu bb)), gilt Folgendes: Wenn im Fall des Erlasses eines Verwaltungsakts diesem Drittwirkung zukäme, weil ein subjektiv-öffentliches Recht des betroffenen Dritten berührt ist, ist auch, wenn stattdessen die Handlungsform „öffentlich-rechtlicher Vertrag“ gewählt wird, ein Recht des Dritten betroffen.

aa) (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung als Verkürzung von Rechten Dritter

Vorliegend könnte der (Teil-)Widerruf die Berufsfreiheit und die Eigentumsfreiheit der Wettbewerber aus Art. 12 und 14 GG, die subjektive öffentliche Rechte verleihen, beeinträchtigen. Der Antrag der TDG hinsichtlich des (Teil-)Widerrufs ist darauf gerichtet, die Vectoring-Technologie exklusiv in allen Nahbereichen der knapp 8000 HVt einzusetzen. Damit würde den Wettbewerbern der bestehende Zugriff auf den „blanken Draht“ am Hauptverteiler für die Einspeisung von VDSL-Signalen entzogen, wodurch auch bereits für VDSL-Anschlüsse im Nahbereich angemietete Anschlüsse aufgegeben werden müssten und die Wettbewerber auf der „Investitionsleiter“ zurückgedrängt würden.³¹ Somit würden durch den (Teil-)Widerruf die bisher bestehenden Rechte der Wettbewerber verkürzt und bereits getätigte Investitionen zur Inanspruchnahme der TAL-Vorleistung unter Umständen entwertet. Letztlich sind damit durch den anvisierten (Teil-)Widerruf die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG tangiert. Bei diesen handelt es sich auch unstreitig um subjektive Rechte Dritter, so dass die Frage des subjektiv-rechtlichen Charakters der hier gleichfalls betroffenen, einfach-gesetzlich ausgestalteten Zugangsrechte (insbesondere aus § 21 TKG³²) nicht weiter vertieft werden muss.

³¹ Vgl. zur Investitionsleiter *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, 2014, Rn. 212 f.

³² Die drittschützende Wirkung des § 21 TKG ist inzwischen vom BVerwG anerkannt, vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 28.11.2007 – 6 C 46.06, BeckRS 2008, 32591, Rn. 13; diese Frage war zuvor umstritten, siehe insbesondere die gegenteilige Auffassung des VG Köln, Urt. v. 19.10.2006 – 1 K 2976/05, MMR 2007, 198 (200); siehe dazu auch *Attendorn/Geppert*, in: *Geppert/Schütz* (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 21, Rn. 279.

bb) Konkretisierung des Vertragstyps

Grundsätzlich kann ausgehend von dem Verhältnis der Vertragsparteien zwischen koordinations- und subordinationsrechtlichen Verträgen unterschieden werden.³³ Koordinationsrechtliche Verträge beruhen auf einer grundsätzlichen Gleichordnung und werden im Regelfall zwischen rechtsfähigen Trägern der öffentlichen Verwaltung ausgehandelt. Im Gegensatz dazu werden subordinationsrechtliche Verträge zwischen sonst im Über-/Unterordnungsverhältnis zueinander stehenden Personen abgeschlossen.³⁴ Das VwVfG kennt diese Begriffe zwar nicht, setzt jedoch nach herrschender Meinung in § 54 S. 2 VwVfG die Existenz subordinationsrechtlicher Verträge voraus.³⁵ Folgt man streng dem Wortlaut des § 54 S. 2 VwVfG und begreift ihn als eine Definition des subordinationsrechtlichen Vertrags, könnte man zu der Ansicht gelangen, dass ein subordinationsrechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 S. 2 VwVfG nur dann vorliegt, wenn die Behörde befugt wäre, den konkreten Vertragsinhalt auch durch einen Verwaltungsakt zu regeln.³⁶ Dies wäre hier nicht der Fall und es läge folglich kein subordinationsrechtlicher Vertrag vor. Allerdings hat das BVerwG entschieden, dass die inhaltsgleiche Vorschrift des § 54 S. 2 BayVwVfG „trotz des engen Wortlauts für alle Verträge zwischen einer Privatperson und einem Träger der öffentlichen Verwaltung auf einem Gebiet gilt, auf dem ein hoheitliches Verhältnis der Über- und Unterordnung besteht, und da[ss] es nicht darauf ankommt, ob der konkrete Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung „sonst“ durch Verwaltungsakt geregelt werden könnte“.³⁷ Diese Auffassung wird von einem großen Teil der Literatur geteilt³⁸ und der Wortlaut des § 54 S. 2 VwVfG daher auch als „missglückt“³⁹ bezeichnet. Dementsprechend wird nach praktisch einhelliger Meinung⁴⁰ auch in den Fällen, in denen sich ein Privater in Erwartung einer behördlichen Gegenleistung einseitig verpflichtet, das heißt bei „hinkenden“ Austauschverträgen

³³ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 14 Rn. 12.

³⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 14 Rn. 12.

³⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 14 Rn. 56; Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, § 54 Rn. 5.

³⁶ Brüning/Bosesky, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 1. Auflage, 2014, § 54, Rn. 123.

³⁷ BVerwGE 111, 162 (165), m. w. Nachw. In der Rechtsprechung.

³⁸ Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 791; Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar, 3. Auflage, 2013, § 54 VwVfG, Rn. 58; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 54, Rn. 48; a.A. aber Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 54, Rn. 29.

³⁹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, § 14 Rn. 13.

⁴⁰ Statt vieler Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 20.

(s. dazu sogleich C. II. 2. B. cc)) § 56 VwVfG zumindest analog angewandt. Dessen Voraussetzung ist aber grundsätzlich gerade das Vorliegen eines subordinationsrechtlichen Vertrags im Sinne des § 54 S. 2 VwVfG.

Wenn vorliegend der Vertragsschluss nur im Hinblick auf die später erfolgende, unproblematisch als hoheitlich einzuordnende Regulierungsverfügung erfolgt, kann nicht von einer Gleichordnung der Vertragspartner die Rede sein. Vielmehr liegt die vorliegende Vereinbarung auf einem Gebiet, auf dem im Übrigen ein hoheitliches Über-/Unterordnungsverhältnis besteht und die Vereinbarung wird auch gerade geschlossen, um Auswirkungen in einem derartigen Verfahren zu erzielen, nämlich in Form der Berücksichtigung im Rahmen eines Regulierungsverfahrens, das durch einen Verwaltungsakt abgeschlossen wird. Damit liegt hier unter Zugrundelegung der Ansicht der Rechtsprechung des BVerwG und der überwiegenden Auffassung in der Literatur ein subordinationsrechtlicher Vertrag vor, obwohl die Bundesnetzagentur eine Investitionsverpflichtung gerade *nicht* als Nebenbestimmung im Rahmen eines Verwaltungsaktes erlassen dürfte. Dieser „scheinbare Widerspruch“ zum Wortlaut des § 54 S. 2 VwVfG ist Folge des Umstandes, dass jene Norm weiter verstanden wird als der insoweit enge Wortlaut. Sofern man dieser Auffassung allerdings nicht folgen möchte, ist jeweils zu klären, welche Auswirkungen das auf die Anwendbarkeit des Kopplungsverbots aus § 56 VwVfG (dazu C. II. 3. c)) und die Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung der Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung hat § 61 VwVfG hat (dazu C. III. 3.).

b) Eingriff

aa) Eingriff als (mögliche) Verletzung

Schwieriger ist hingegen die Frage zu beantworten, wann ein Eingriff in das jeweilige Recht anzunehmen ist. Das ist nach allgemeiner Ansicht dann der Fall, wenn die bestehenden Rechte verkürzt, verschlechtert oder beeinträchtigt werden.⁴¹ Umstritten ist hingegen, ob eine rechtswidrige Verkürzung erforderlich ist oder die bloße Möglichkeit einer Rechtsverletzung genügt. Zur einfacheren Markierung kann die erste Ansicht als Verletzungstheorie und die zweite Auffassung als Möglichkeitstheorie des § 58 Abs. 1 VwVfG bezeichnet werden. Bei der Möglichkeitstheorie

⁴¹ Vgl. nur Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 1. Auflage, 2014, § 58, Rn. 19.

des § 58 Abs. 1 VwVfG wird lediglich derjenige Prüfungsmaßstab angelegt, der auch für die Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO gilt.⁴² Nach der Verletzungstheorie wäre die *erfolgreiche* Anfechtbarkeit des Verwaltungsakts der entsprechende Vergleichsmaßstab. Gemäß der zu § 42 Abs. 2 VwGO entwickelten Möglichkeitstheorie reicht es für einen Eingriff aus, wenn der Kläger möglicherweise in seinen Rechten verletzt ist.⁴³ Nach der Verletzungstheorie liegt ein Eingriff nur dann vor, wenn die Verfügung tatsächlich rechtswidrig ist.⁴⁴ Der Möglichkeitstheorie folgend bestünde vorliegend ein Eingriff hingegen bereits dann, wenn eine Klagebefugnis der Wettbewerber gegeben ist. In der Literatur zeichnet sich dazu kein klares Meinungsbild ab. Oftmals wird nur die Anfechtbarkeit eines Verwaltungsakts gleichen Inhalts verlangt, ohne genauer zu spezifizieren, ob das Vorliegen der Klagebefugnis ausreichen soll oder eine Rechtsverletzung notwendig ist, das heißt, ob eine Anfechtung *erfolgreich* sein müsste.⁴⁵ Die Mehrheit der Autoren scheint jedoch der Verletzungstheorie zuzuneigen.⁴⁶ In der Rechtsprechung ist diese Frage noch nicht abschließend geklärt. Auch wenn einzelne Entscheidungen als Ausdruck der Verletzungstheorie verstanden werden können,⁴⁷ so sind diese doch nicht hinreichend eindeutig. Insbesondere fehlt es insoweit an höchstrichterlicher Rechtsprechung. Daher kann vorliegend nicht hinreichend sicher – unter Rückgriff auf die wesentlich engere Verletzungstheorie – eine hohe Hürde für die Annahme einer die Wirksamkeit des Vertrags gefährdenden Drittbelastung angenommen werden.

Auch die Auslegung ergibt kein eindeutiges Bild. So ist der Wortlaut des § 58 Abs. 1 VwVfG diesbezüglich offen. Denn er erfasst sowohl den rechtswidrigen als auch den bloßen, also nicht

⁴² Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 58, Rn. 14, für Verträge, in denen sich die Behörde zum Erlass eines Verwaltungsaktes verpflichtet.

⁴³ Zur Möglichkeitstheorie im Rahmen von § 42 Abs. 2 VwGO Schenke/Schenke, in: Schenke (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 21. Auflage, 2015, § 42, Rn. 66.

⁴⁴ Für diesen Maßstab Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar*, 3. Auflage, 2013, § 58 VwVfG, Rn. 17; Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 58, Rn. 20.

⁴⁵ So z.B. Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 15. Auflage, 2014, § 58, Rn. 6, der von einer Anfechtbarkeit spricht und anschließend eine Verletzung nachbarschützender Vorschriften als Beispiel heranzieht. Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 58, Rn. 14, interpretieren die Aussagen als Standpunkt für die Möglichkeitstheorie.

⁴⁶ Eindeutig für die Möglichkeitstheorie Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 58, Rn. 14; Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, 2000, S. 56; für die Verletzungstheorie Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar*, 3. Auflage, 2013, § 58, Rn. 16; Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 58, Rn. 20; Spieth, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 1. Auflage, 2010, § 58, Rn. 5.

⁴⁷ So etwa VGH BW, Beschl. v. 1.2.2006 – 3 S 240/05, VBIBW 2006, S. 240.

notwendig rechtswidrigen Eingriff. Eine systematische Betrachtung hilft auch nicht weiter. Die historische Auslegung weist hingegen eindeutig auf die Verletzungstheorie. Denn in der Begründung zum damaligen Gesetzesentwurf wird davon ausgegangen, dass die Rechte Dritter „verletzt“ sind.⁴⁸ Da dies aber keinen expliziten Ausdruck im Gesetzeswortlaut gefunden hat, ist die teleologische Interpretation entscheidend.

Angesichts der scharfen Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Vertrags, der in Rechte Dritter eingreift und dem nicht vom Dritten zugestimmt wurde, ist der weiche Prüfungsmaßstab einer bloß möglichen Rechtsverletzung jedenfalls wenig überzeugend. Einen angemessenen Schutz erlangen Dritte bereits durch die scharfe Rechtsfolge. Die Unwirksamkeit auf eine breite Masse bloß möglicher Rechtsverletzungen auszudehnen, zieht den Schutz des Dritten sehr weit. Dies zeigt auch der Vergleich mit einem Verwaltungsakt. Bei diesem genügt eben nicht bereits eine mögliche Rechtsverletzung. Nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ist die Anfechtungsklage begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Dritte dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Erst die tatsächlich vorliegende Rechtsverletzung garantiert dem Dritten also den Erfolg seines Rechtsschutzes. Fordert man das tatsächliche Vorliegen einer Rechtsverletzung, wird auch das Maß der Rechtsunsicherheit auf Seiten der Vertragsparteien verringert. Denn dann würde mit dem Dritten nur noch darüber gestritten, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung und damit ein Zustimmungserfordernis vorliegt. Dieses strukturelle Gleichziehen mit dem Verwaltungsakt führt dazu, dass eine Risikokalkulation zur Beurteilung der Rechtsunsicherheit nach gleichen Maßstäben erfolgt wie bei der Drittanfechtungsklage.

Das Erfordernis einer tatsächlichen Rechtsverletzung bedeutet dann in der Konsequenz, dass im Fall eines bloßen Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ein rechtswidriger Eingriff nur dann anzunehmen ist, wenn ein Ermessensfehler vorliegt. Ein Ermessensfehler wird in der hier interessierenden Konstellation insbesondere dann zu bejahen sein, wenn die Interessen des Dritten nicht angemessen in die Abwägung einbezogen wurden – wenn also ein Abwägungsfehler vorliegt. Damit schließe erst eine Rechtswidrigkeit des vorliegend erwogenen (Teil-)Widerrufs der Regulierungsverfügung auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag durch und ließe diesen angesichts der fehlenden Zustimmung des Dritten unwirksam werden. Andernfalls wäre bereits die Möglichkeit eines rechtswidrigen (Teil-)Widerrufs genügend. Abschließend kann daraus – gerade im Hinblick auf die ungeklärte Rechtslage – aber lediglich abgeleitet wer-

⁴⁸ BT-Drs. 7/910, S. 81.

den, dass die Aufnahme von Bestimmungen, die potentiell Dritte betreffen, zu einer erheblich erhöhten Rechtsunsicherheit führt.

bb) Drittbelastung bei Verfügungs- und Verpflichtungsverträgen

Sodann ist umstritten, ob die Zustimmungspflichtigkeit nicht nur bei drittbelastenden Verfügungsverträgen, sondern auch bei drittbelastenden Verpflichtungsträgen greift.⁴⁹ So besteht zwar Einigkeit insoweit, dass jedenfalls dann eine Zustimmungspflicht besteht, wenn die Drittbelastung durch den (Verfügungs-)Vertrag selbst erfolgt, also beispielsweise die drittbelastende Baugenehmigung im öffentlich-rechtlichen Vertrag selbst erteilt wird.⁵⁰ Diese Fallkonstellation scheidet vorliegend aber aus, da angesichts des Handlungsformgebots der (Teil-)Widerruf ja gerade nicht im öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen darf.

Umstritten ist dagegen, ob auch der Fall erfasst wird, dass die Drittbelastung im Vertrag selbst zwar nicht erfolgt, sich die Behörde jedoch zum Erlass einer drittbelastenden Maßnahme verpflichtet. Derartige Verpflichtungsverträge, die nur mittelbar eine Belastung für Dritte begründen, werden zum Teil aus dem Anwendungsbereich des § 58 Abs. 1 VwVfG ausgeschlossen, mit dem Hinweis darauf, dass sich der belastete Dritte ja gegen den eigentlich belastenden Akt richten könne.⁵¹ Dagegen wird von der h. M. eingewandt, dass jene Bestimmung die Verwaltung auch davor schützen solle, später gegebenenfalls nicht einlösbare Verpflichtungen einzugehen.⁵² Daher ist vorliegend zur Sicherheit davon auszugehen, dass auch eine Verpflichtung zu einer drittbelastenden Verfügung zu vermeiden ist.

cc) Reichweite des Vertragsformverbots und Problem der Drittbelastung

Aber sowohl diese Frage als auch die Diskussion um das zutreffende Verständnis des Eingriffsbegriffs können letztlich dahin stehen, wenn eine derartige drittbelastende Verpflichtung in dem

⁴⁹ Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 58, Rn. 7.

⁵⁰ Deterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 809.

⁵¹ Gegen die h. M. Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Großkommentar, 1. Auflage, 2014, § 58, Rn. 22 ff.; Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 58, Rn. 6.

⁵² Deterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 809; für die Erfassung von Verpflichtungsverträgen durch § 58 Abs. 1 VwVfG auch Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 58, Rn. 15 m. w. N.; Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze*, Handkommentar, 3. Auflage, 2013, § 58 VwVfG, Rn. 20.

öffentlich-rechtlichen Vertrag aus anderen Erwägungen heraus gar nicht eingegangen werden dürfte. Dies ist vorliegend der Fall, da die beeinträchtigenden Wirkungen dem Verwaltungsakt vorzubehalten sind. Genau das ist die Folge des Handlungsformgebots aus § 13 Abs. 5 TKG und § 132 Abs. 1 S. 2 TKG: Die für einen (Teil-)Widerruf notwendige Abwägung hat im Rahmen des Beschlusskammerverfahrens mit der abschließenden Regulierungsverfügung zu erfolgen. Sie kann und darf nicht verpflichtend im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags vorweggenommen werden. So verhielte es sich jedoch, wenn der öffentlich-rechtliche Vertrag einen (Teil-)Widerruf einer Zugangsleistung als Gegenleistung vorsähe.

Wenn dieser (Teil-)Widerruf aber nicht vertraglich zugesichert wird, entfällt der Einwand der Wettbewerber gegen die im Raum stehende Vereinbarung. Dieser geht nämlich dahin, es handele sich um einen Vertrag zu Lasten Dritter mit der Folge der Zustimmungspflicht aus § 58 Abs. 1 VwVfG.⁵³ Dies wird damit begründet, dass durch die Änderung der Regulierungsverfügung den Wettbewerbern die bestehenden Zugangsmöglichkeiten zum Netz der TDG entzogen würden. Dies setzt aber voraus, dass die Regulierungsverfügung bei der Beurteilung des Vertrags zu berücksichtigen ist. Nur wenn man dies bejaht, wäre in einem nächsten Schritt zu erörtern, ob darin auch ein Eingriff in Rechte Dritter gesehen werden kann, was die aufgezeigten ungeklärten Rechtsfragen aufwürfe und gegebenenfalls auch noch zu der Frage führte, ob eine Ersetzung der Zustimmung in Betracht käme.⁵⁴ Das ist aber nicht der Fall. Der öffentlich-rechtliche Vertrag darf wegen des Vertragsformverbots aus den §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG weder die Regulierungsverfügung (teilweise) widerrufen noch zu einem solchen Handeln verpflichtet. Damit verbleibt nur die Bezugnahme mittels eines Rücktrittsrechts der TDG von ihrer einseitigen Verpflichtung oder ein „stillschweigendes“ Voraussetzen der Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen der Überprüfung der Regulierungsverfügung. In beiden Alternativen ist die Bundesnetzagentur – und hier die insoweit zuständige Beschlusskammer – keineswegs vertraglich verpflichtet, den (Teil-)Widerruf zu erlassen. Ihr Ermessensspielraum darf insoweit auch nicht unterlaufen werden, sollen die §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG nicht unterminiert werden, die gerade die Entscheidung im besonders ausgestalteten, gerichtsähnlichen Verfahren unter umfassender Beteiligung betroffener Dritter vorsieht. Der von der Beschlusskammer zu

⁵³ Vgl. *BREKO*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 9 f.

⁵⁴ Vgl. zu den bestehenden Möglichkeiten *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 58, Rn. 14.

erlassende Verwaltungsakt zum Abschluss des Regulierungsverfahrens darf also im Ergebnis nicht vorweggenommen oder sonst wie gebunden werden. Nur die rechtlich gebotene Berücksichtigung des Faktums einer vertraglich durchsetzbaren Ausbauverpflichtung zugunsten des regulierten Unternehmens im Zuge des Regulierungsverfahrens darf die erwartete „Gegenleistung“ sein. Das Ausmaß der Berücksichtigung und die Konsequenzen für den Ausgang des Regulierungsverfahrens obliegen dann jedoch der Entscheidung der Beschlusskammer.

Es verbleibt also als rechtlich belastbarer Weg nur die mögliche Vereinbarung eines sogenannten „hinkenden“ Austauschvertrags⁵⁵, auf den bereits die Wettbewerber hinweisen.⁵⁶ Dabei sagt die Behörde die Gegenleistung nicht im Rahmen des Austauschvertrags zu, sondern allein der Vertragspartner verpflichtet sich gegenüber der Behörde zur Erbringung einer Leistung.⁵⁷ Die Gegenleistung der Behörde wird dagegen stillschweigend vorausgesetzt. Dann stellt sich aber die Frage, ob das Leistungsversprechen der TDG allein einen Eingriff in Rechte Dritter begründen kann. Allerdings genügen insofern nicht nur faktische Nachteile oder tatsächliche Beeinträchtigungen, sondern es ist die gleiche Intensität zu verlangen, die auch für die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten gefordert wird.⁵⁸

Dazu müsste – unabhängig davon, welcher Eingriffstheorie man folgen möchte – die Investitionszusage zumindest die Möglichkeit einer Rechtsverletzung im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO begründen. Zu prüfen ist also, ob die der TDG im Vertrag auferlegte Investitionsverpflichtung möglicherweise drittschützende Rechte der Wettbewerber verletzt. In Betracht käme hier allenfalls die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG. Allerdings wird dies regelmäßig nicht einmal dann bejaht, wenn ein Subventionsvertrag geschlossen wird, das heißt, wenn staatliche Mittel an den Vertragspartner gezahlt werden.⁵⁹ Selbst in diesen Fällen ist eine Grenze erst dann erreicht, wenn die Fähigkeit der Konkurrenten zur Teilnahme am Wettbewerb so eingeschränkt ist, dass eine wirtschaftliche Betätigung als verantwortliche Unternehmen nicht mehr möglich ist.⁶⁰ Diese Schwelle wird bei einer Investitionszusage, bei der nicht einmal Mittel der öffentlichen Hand

⁵⁵ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 799; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 54, Rn. 8.

⁵⁶ Vgl. *BREKO*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 10.

⁵⁷ *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 54 Rn. 8.

⁵⁸ *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 58, Rn. 5a, 6.

⁵⁹ *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 58, Rn. 6; *Schliesky*, in: Henneke (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 10. Auflage, 2015, § 58, Rn. 12.

⁶⁰ *Schliesky*, in: Henneke (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 10. Auflage, 2015, § 58, Rn. 12; BVerwG, Urteil vom 23.3.1982, Az 1 C 157.79, GewArch 1982, 341 (343 f.).

ausbezahlt werden, nicht erreicht, zumal durch die Zusage vor allem die TDG eingeschränkt wird, indem sie nicht mehr frei in der Verwendung ihrer Mittel ist. Nach der weitergehenden Verletzungstheorie müsste die Verpflichtung (wegen einer Verletzung der Rechte der Wettbewerber) darüber hinaus auch noch rechtswidrig sein. Folgte man der Mindermeinung, die Verpflichtungsverträge vom Anwendungsbereich des § 58 Abs. 1 VwVfG ausnimmt, könnte erst mit dem Ausbau durch die TDG selbst ein Eingriff vorliegen. Dieselben Erwägungen gelten für die anschließende Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen der Regulierungsverfügung, da es sich auch insoweit lediglich um faktische Nachteile handelt und die Abwägungsentscheidung durch die Investitionszusage jedenfalls noch nicht getroffen ist. Der aus der Berücksichtigung der Investitionszusage gegebenenfalls folgende (Teil-)Widerruf ist wiederum Folge der Regulierungsverfügung selbst und kann im Rahmen der Drittanfechtung des Verwaltungsakts angegriffen werden. Die erforderliche Verschlechterung der subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen des Dritten im Sinne einer Verwandlung des „status quo ante durch den Vertragsschluss in einen status quo minus“⁶¹ tritt also nicht ein. Nicht die vertragliche Vereinbarung verschlechtert die Situation der Wettbewerber, sondern erst ihre Berücksichtigung im Regulierungsverfahren *kann* dies je nach Abwägungsergebnis herbeiführen. Das bereits als für § 58 Abs. 1 VwVfG relevante Drittbelastung anzusehen, wäre wohl selbst nach der – nach hiesiger Argumentation ohnehin nicht überzeugenden – Möglichkeitstheorie nicht der Fall. Andernfalls würde das Handlungsinstrument des öffentlich-rechtlichen Vertrags als vor- oder nachbereitende Begleitmaßnahme eines Verwaltungsakts vollständig sinnentleert.

c) Zwischenergebnis und Konsequenzen für die Ausgestaltung des Vertrags

Damit steht § 58 Abs. 1 VwVfG einem „hinkenden“ Austauschvertrag nicht im Wege. Zwar verbleiben angesichts der sehr unklaren Rechtslage und der fehlenden umfassenden Rechtsprechung zu § 58 Abs. 1 VwVfG gewisse Restunsicherheiten. Wenn aber die TDG in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag einseitig ein Leistungsversprechen abgibt und dabei vorausgesetzt wird, dass die Bundesnetzagentur dieses im Rahmen der Abwägung bei der Regulierungsverfügung berücksichtigt, kann hinreichend belastbar davon ausgegangen werden, dass kein Eingriff in

⁶¹ So die Formulierung bei Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Großkommentar, 1. Auflage, 2014, § 58, Rn. 19.

Rechte Dritter im Sinne des § 58 Abs. 1 VwVfG vorliegt. Sollte dagegen der (Teil-)Widerruf der Zugangsleistung als Gegenleistung für das Ausbauversprechen zum Gegenstand des Vertrags gemacht werden, entstehen erhebliche rechtliche Risiken. Zum einen verstieße eine solche Vorgehensweise gegen das Handlungsformengebot der §§ 13 Abs. 5 TKG und 132 Abs. 1 S. 2 TKG. Zum anderen entstünden erhebliche Rechtsunsicherheiten, da dann jedenfalls nach der Möglichkeitstheorie eine Zustimmungspflichtigkeit auch unabhängig von einer etwaigen Rechtswidrigkeit des (Teil-)Widerrufs anzunehmen wäre. Mangels Zustimmung der belasteten Wettbewerber wäre der öffentlich-rechtliche Vertrag dann unwirksam. In der Folge könnte er auch nicht im Rahmen der Regulierungsverfügung berücksichtigt werden.

Folglich scheidet die Option einer expliziten Fixierung des (Teil-)Widerrufs als Gegenleistung der Behörde aus. Empfehlenswert ist hingegen der Abschluss eines sogenannten „hinkenden“ Austauschvertrags. Wichtig ist dabei, dass die Regulierungsverfügung und das der Beschlusskammer insoweit zustehende Regulierungsermessen in keiner Weise durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag determiniert werden dürfen. Folge des öffentlich-rechtlichen Vertrags darf es allein sein, dass die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Regulierungsverfügung die Investitionszusage zugunsten des regulierten Unternehmens im Rahmen ihrer Abwägungsentscheidung angemessen berücksichtigt, ohne dass dadurch das Ergebnis im Sinne eines (Teil-)Widerrufs vorherbestimmt wäre.

Daraus ergibt sich in der Konsequenz auch die Reihenfolge der Vorgehensweise, um ein sinnvolles Verwaltungshandeln zu ermöglichen: So kann im Rahmen der Regulierungsverfügung nur ein *tatsächlich* erfolgter Vertragsabschluss sinnvoll berücksichtigt werden. Ein bloß *möglicher* Vertragsabschluss wäre wiederum nur unter einem Widerrufsvorbehalt der Regulierungsverfügung berücksichtigungsfähig, was eine unnötige Unsicherheit generieren würde. Unter dem Gesichtspunkt einer guten Verwaltung wäre das nicht zweckdienlich. Dies schränkt allerdings nicht den Spielraum der Bundesnetzagentur ein, iterativ im Rahmen des Regulierungsverfahrens bereits den parallel dazu zu verhandelnden Vertrag zu berücksichtigen unter der Annahme, dass dieser abgeschlossen wird, solange der Vertragsabschluss vor Abschluss des Regulierungsverfahrens erfolgt und dabei nur die endgültigen Vertragsinhalte berücksichtigt werden.

3. Grenzen des § 56 VwVfG

a) Vorgaben des Kopplungsverbots, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG

Auch bei dem insoweit zu wählenden „hinkenden“ Austauschvertrag handelt es sich um einen Austauschvertrag im Sinne des § 56 VwVfG.⁶² Daher ist zu prüfen, ob die Gegenleistung angemessen ist und im sachlichen Zusammenhang zur Leistung der Behörde steht, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG, ob notwendige Vertragsinhalte also gegen das sogenannte „Kopplungsverbot“ verstoßen⁶³. Insoweit stellt sich die Frage, ob die angedachte Verknüpfung generell zulässig ist und welche Einschränkungen gegebenenfalls beachtet werden müssen. Weiterhin wird zu prüfen sein, welche Positionen in einem „angemessenen“ Verhältnis zueinander stehen müssen (vgl. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG).

Zunächst muss der Zweck der Gegenleistung im Vertrag benannt werden oder jedenfalls aus diesem ableitbar sein.⁶⁴ Der Zweck ist vorliegend der NGN-Ausbau. Dies müsste sodann der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen.⁶⁵ Der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation stellt – unabhängig davon, durch welche Mechanismen er erreicht werden soll – ein Regulierungsziel nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG dar, das vorliegend durch die Investitionszusage angestrebt wird. Damit wird eine öffentliche Aufgabe erfüllt.

Die Gegenleistung müsste sodann angemessen sein. Das verweist – angesichts der Grundrechtsgebundenheit des hoheitlichen Vertragspartners – auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. So darf die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zur Leistung der öffentlichen Hand stehen. Insoweit erfolgt also ein Schutz des Bürgers. Andererseits darf die öffentliche Hand auch keinen „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ betreiben.⁶⁶ Dabei besteht vorliegend die Besonderheit, dass die

⁶² Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, Kommentar, 10. Auflage, 2015, § 56, Rn. 11; für eine zumindest analoge Anwendung des § 56 VwVfG Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 20; Brüning/Bosesky, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Großkommentar, 1. Auflage, 2014, § 56, Rn. 25; BVerwGE 111, 161 (167).

⁶³ Dahingehend BREKO, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 11.

⁶⁴ Deterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 801.

⁶⁵ Deterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 801.

⁶⁶ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 49.

Leistung der öffentlichen Hand selbst nicht vertraglich vereinbart, sondern lediglich vorausgesetzt wird. Es liegt damit ein „verwaltungsaktbegleitender Vertrag“ vor.⁶⁷

Sodann stellt sich die Frage, welcher Maßstab für die Bewertung der Angemessenheit vorliegend anzuwenden ist. Ausgangspunkt ist, dass eine „widerlegliche Vermutung“ für die Angemessenheit der vereinbarten Leistungen durch die Vertragspartner greift⁶⁸, die Bewertung also „nicht kleinlich“ erfolgen sollte.⁶⁹ Unzutreffend wäre es im Übrigen, vorliegend nach dem Äquivalenzprinzip auf die „Höhe (zulässiger) Gebühren und Beiträge“ und dabei auf die zugesagten Investitionsvolumina abzustellen.⁷⁰ Die avisierte Gegenleistung der öffentlichen Hand ist vielmehr die Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen der Abwägung über einen (Teil-)Widerruf. Ziel ist es gerade, durch die Schaffung einer verbindlichen Ausbauzusage einen Umstand zu kreieren, der anschließend im Rahmen der Regulierungsverfügung berücksichtigt werden muss. Dies muss auch ermessensfehlerfrei erfolgen. Überbewertet die Bundesnetzagentur die Investitionszusage, so wird ihre Regulierungsverfügung ebenso fehlerhaft, wie wenn sie sie unterbewerten würde. Durch diese Bindung von Investitionszusage und (Teil-)Widerruf wird aber gerade ein Mechanismus geschaffen, um die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung gleichsam „automatisch“ zu gewährleisten. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Begleitumstände⁷¹ insgesamt für die Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind, wozu auch die weiteren Vertragsinhalte gehören. Daher darf etwa keine überzogene Vertragsstrafe vereinbart werden. Diese darf vielmehr nur so gefasst werden, dass sie das Ziel, nämlich die Einhaltung der Investitionszusage (dazu III.), erfüllt. Allerdings wird auch vertreten, dass im Falle der Vereinbarung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe lediglich eine Vertragsanpassung nach § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 343 BGB durch Urteil erfolgen könne, der Vertrag aber nicht wegen eines Verstoßes gegen das Kopplungsverbot nichtig sei.⁷²

⁶⁷ Vgl. die Differenzierung bei *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 709 und 805, zwischen einem handlungsformersetzenden und verwaltungsaktvorbereitenden Vertrag. Ersteres liegt hier jedenfalls nicht vor. Beschränkt man den verwaltungsaktvorbereitenden Vertrag dagegen auf Verträge, in denen sich die Verwaltung zum Erlass eines Verwaltungsakts verpflichtet, so liegt ein solcher hier ebenfalls nicht vor.

⁶⁸ So auch *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 55b; *Ziekow*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 56, Rn. 13.

⁶⁹ *Stüer*, Der städtebauliche Vertrag, DVBl. 1995, 649 (655); *Bank*, in Bank u. a., Brügellmann, Baugesetzbuch, Kommentar, Stand: 93. Ergänzungslieferung, Februar 2015, Band 2, § 11 BauGB, Rn. 92.

⁷⁰ So z. B. *Stadtnetz Bamberg*, Stellungnahme vom 31.3.2015, S. 6.

⁷¹ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 47, BVerwGE 111, 162 (169).

⁷² *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar, 3. Auflage, 2013, § 61 VwVfG, Rn. 6.

Die Leistung ist hier die Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen der Regulierungsverfügung, die Gegenleistung die Zusage selbst. Das heißt, die Berücksichtigung der Investitionszusage kann, wenn sie tatsächlich zu einem (Teil-)Widerruf führt, eine exklusive Nutzung bedingen, die für die TDG einen erheblichen Wettbewerbsvorteil und damit auch einen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil bedeutet. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Ausbau aus Sicht der TDG in Summe ohnehin wirtschaftlich wäre, weil dadurch erhebliche Gewinne sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenebene erzielt werden können. Damit ist auch der sachliche Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung als weitere Voraussetzung des Austauschvertrags⁷³ gegeben. Hier dürfen wiederum die Anforderungen „nicht überspannt werden“⁷⁴.

Damit werden die Vorgaben des Kopplungsverbots eingehalten, wenn die Investitionszusage absprachegemäß im Rahmen der Regulierungsverfügung angemessen berücksichtigt wird und auch die Vertragsumstände im Übrigen (und insbesondere eine etwaige Vertragsstrafe) angemessen sind.

b) Beschränkungen in den Fällen eines Anspruchs auf die Leistung der Behörde, § 56 Abs. 2 VwVfG

Sofern auf die Leistung der Behörde ein Anspruch besteht, so dürfen nach § 56 Abs. 2 VwVfG nur solche Gegenleistungen verlangt werden, die bei Erlass eines Verwaltungsakts Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG sein könnten. Ein Ausbauversprechen bzw. eine Ausbaupflichtung kann aber gerade nicht Gegenstand einer Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG im Rahmen des Regulierungsverfahrens sein. Daher stellt sich die Frage, ob § 56 Abs. 2 VwVfG dem Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung über ein Ausbauversprechen entgegensteht. Vorliegend soll die Leistung der Bundesnetzagentur darin bestehen, dass ein Ausbauversprechen im Rahmen der Regulierungsentscheidung berücksichtigt wird. Die Gegenleistung besteht dagegen in dem verbindlichen Ausbauversprechen der TDG selbst. Damit ist allerdings die Gegenleistung der TDG selbst unabdingbare Voraussetzung für die Leistung der Bundesnetzagentur: Sofern kein verbindliches Ausbauversprechen der TDG vorliegt, ist auch dessen Berücksichtigung

⁷³ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 801.

⁷⁴ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 52a.

schon denklogisch nicht möglich, weil es noch gar nicht besteht. § 56 Abs. 2 VwVfG greift also insoweit nicht.

c) Konsequenzen im Falle der Einordnung als kooperationsrechtlicher Vertrag

Nach überwiegender Auffassung gilt § 56 VwVfG im Falle kooperationsrechtlicher Verträge nicht, weil dessen Abs. 1 S. 1 VwVfG auf § 54 S. 2 VwVfG verweist⁷⁵ und zwar auch nicht analog.⁷⁶ Allerdings wird dies auch mit der Prämisse begründet, dass ohnehin nur Hoheitsträger kooperationsrechtliche Verträge abschließen können, die nicht schutzbedürftig seien,⁷⁷ was wiederum eher für die Annahme eines subordinationsrechtlichen Vertrages spricht. Letztlich wäre die – hier abgelehnte (siehe oben 2.a)bb)) – Annahme eines kooperationsrechtlichen Vertrages mit der Folge der Unanwendbarkeit von § 56 VwVfG aber nicht weiter problematisch, weil dieser für den Vertragsschluss lediglich zusätzliche Hürden aufstellt. Insofern würde die Annahme eines kooperationsrechtlichen Vertrages für die Bundesnetzagentur erweiterte Handlungsoptionen bedeuten, wohingegen, wie noch darzulegen sein wird (siehe unten III.3.), die Möglichkeit einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nach § 61 VwVfG problematisch ist.

4. Zwischenergebnis und Empfehlungen

Demnach sollte ein sogenannter „hinkender“ Austauschvertrag geschlossen werden, bei dem die Leistung der Behörde (Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen des möglichen (Teil-)Widerrufs der Zugangsregulierungsverfügung) nicht explizit Gegenstand des Vertrags wird, sondern lediglich – etwa im Rahmen der Präambel – impliziert wird. Die Fixierung des (Teil-)Widerrufs als Gegenleistung für das Ausbauversprechen wäre hingegen unzulässig und würde im Übrigen zur Zustimmungspflichtigkeit und mangels Zustimmung der betroffenen Drit-

⁷⁵ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 9.

⁷⁶ Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 10. Auflage, 2015, § 56, Rn. 3; Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 56, Rn. 1; Brüning/Bosky in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 56, Rn. 14; Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 15. Auflage, 2014, § 56, Rn. 3a m. w. Nachw.

⁷⁷ So z.B. Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 56, Rn. 9.

ten zur Unwirksamkeit des Vertrags führen. Ein Rücktrittsrecht der TDG vom Vertrag für den Fall, dass kein (Teil-)Widerruf erfolgt bzw. ein entsprechender Verwaltungsakt gerichtlich aufgehoben wird, kann hingegen sehr wohl vorgesehen werden. Das Rücktrittsrecht wäre klar auf diesen Fall zu beschränken, da jedes weiter gefasste Rücktrittsrecht, das sich auf weitere regulatorische Rahmenbedingungen bezieht, die anschließende Verwertbarkeit der Investitionszusage im Regulierungsverfahren entwertet. Daher ist insbesondere von einer Ausdifferenzierung und „Überfrachtung“ des Rücktrittsrechts abzuraten. Dies gefährdet die Verwertbarkeit des Vertrages im Rahmen des Regulierungsverfahrens, da immer dann, wenn die dortige Ermessensausübung Teilelemente der im Rücktritt formulierten Aspekte nicht „ergibt“, d. h. entsprechende Teilelemente nicht Ergebnis des Regulierungsverfahrens werden, die Verwertbarkeit des Vertrages angesichts des dann möglichen Rücktritts im Regulierungsverfahren insgesamt entfällt. Außerdem muss darauf geachtet werden, dass dadurch nicht faktisch eine Beeinträchtigung des Regulierungsermessens erfolgt.

Unter dem Gesichtspunkt einer sinnvollen Verwaltung ergibt sich damit auch die zweckmäßige Reihenfolge: Der Vertrag (mit Rücktrittsrecht für den Fall eines anschließend nicht erfolgenden (Teil-)Widerrufs der Regulierungsverfügung) ist als erstes zu schließen. Nur so kann er auch sinnvoll im Rahmen der Regulierungsverfügung, die als zweites zu erlassen ist, berücksichtigt werden. Er fungiert anschließend als *ein* Baustein in der Abwägungsentscheidung der Bundesnetzagentur, ohne das Ergebnis zu determinieren.

III. Vollstreckung der vertraglichen Ausbauverpflichtung

Ein wesentlicher Grund der TDG für den Vorschlag des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ist es, die Ausbauzusage rechtsverbindlich zu machen. Die Verbindlichkeit der Zusage und auch die Frage des Vollzugs dieser Verpflichtung wurden ebenfalls von den Wettbewerbern bezweifelt.⁷⁸ Gerade im Hinblick auf den raschen Wandel in der Telekommunikationswirtschaft ist ein schneller Vollzug getroffener Entscheidungen essentiell. Zunächst ist daher zu klären, wie eine Vollstreckung des Ausbauversprechens erfolgen kann und welche Auswirkungen das auf die vorzunehmende Vertragsformulierung hat. Hinsichtlich der geäußerten Bedenken⁷⁹ angesichts der Form der Vollstreckung ist also zu prüfen, wie der Vertrag zwangsweise vollzogen werden kann. Dabei steht zunächst die sofortige Vollstreckung im Vordergrund (dazu 1.). Dazu muss aber auch eine vollstreckbare Handlung vorliegen. Insoweit ist vor allem an ein Vertragsstrafeversprechen zu denken (dazu 2.). Schließlich ist zu prüfen, ob dieses auch Zahlungen zugunsten der Wettbewerber vorsehen kann (dazu 3.).

1. Vollstreckung aus dem Vertrag, insbesondere Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung, § 61 VwVfG

Angesichts der Notwendigkeit eines schnellen Vertragsvollzugs ist der gerichtliche Standardmechanismus des öffentlich-rechtlichen Vertrags zur Durchsetzung der Verpflichtung der TDG im Wege der allgemeinen Leistungsklage⁸⁰ nicht hinreichend. Eine Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im Wege des Verwaltungsakts scheidet hingegen grundsätzlich aus.⁸¹ Daher ist zu prüfen, inwieweit eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nach § 61 VwVfG zulässig und zweckmäßig ist. Denn, sofern eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung erfolgt,

⁷⁸ Z. B. *M-Net*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 6f.

⁷⁹ Vgl. *BREKO*, Stellungnahme vom 2.4.2015, S. 11.

⁸⁰ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 821;

⁸¹ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 3; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2015, § 11, Rn. 821.

ist gemäß § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG aus dem Vertrag nach den Vorschriften des VwVG in gleicher Weise wie beim Vollzug von Verwaltungsakten zu vollstrecken. Der Vertrag stellt somit einen Vollstreckungstitel dar.⁸²

Voraussetzung einer entsprechenden Unterwerfungserklärung ist ein subordinationsrechtlicher Vertrag, § 54 S. 2 VwVfG.⁸³ Ein solcher liegt hier in Form eines „hinkenden“ Austauschvertrags vor (siehe oben, II. 2. b cc)). Im Übrigen bleibt die öffentliche Hand auch insoweit als grundrechtsgebundener Akteur zur Verhältnismäßigkeit ihres Handelns verpflichtet. Da es vorliegend aber gerade das Ziel auch im Sinne des betroffenen Vertragspartners ist, eine weitreichende Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit der Ausbaupflichtung zu gewährleisten, ist eine entsprechende Vollstreckungsvereinbarung zielführend und angemessen.

Ferner muss in der Unterwerfungserklärung der sofort vollstreckbare Inhalt hinreichend bestimmt bezeichnet werden und zwar in der Art und Weise, wie es für einen Vollstreckungstitel erforderlich ist.⁸⁴ Dabei muss nicht der gesamte Leistungsumfang von der Erklärung erfasst werden. Diese kann vielmehr auch auf einzelne Leistungsbestandteile beschränkt werden.⁸⁵ Das gilt insbesondere für eine vereinbarte Vertragsstrafe (dazu sogleich 2.).⁸⁶ Wichtig ist jedenfalls, dass im Vertrag das Ausbaupersprechen so klar formuliert wird, dass es anschließend einfach überprüfbar ist, um etwaige Verstöße möglichst eindeutig feststellen zu können, die dann wiederum die Vertragsstrafe nach sich zögen.

Die Vollstreckung erfolgt sodann nach § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG in entsprechender Anwendung des VwVG.⁸⁷ Das bedeutet, dass die Vollstreckung wegen Geldforderungen gemäß den §§ 1 – 5

⁸² *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61 Rn. 3; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, 2011, § 14 Rn. 56.

⁸³ *Lenz*, in: Funke-Kaiser (Hrsg.), *VwVfG, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Auflage, 2014, § 61, Rn. 7.

⁸⁴ *Lenz*, in: Funke-Kaiser (Hrsg.), *VwVfG, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Auflage, 2014, § 61, Rn. 11; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 24.

⁸⁵ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61 Rn. 15; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 24.

⁸⁶ *Lenz*, in: Funke-Kaiser (Hrsg.), *VwVfG, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Auflage, 2014, § 61, Rn. 11.

⁸⁷ Dazu *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 37.

VwVG erfolgt.⁸⁸ Handlungen sind hingegen gemäß den §§ 6 – 18 VwVG zu vollstrecken, das heißt, mit den Zwangsmitteln der Ersatzvornahme (§ 10 VwVG), des Zwangsgeldes (§ 11 VwVG) sowie des unmittelbaren Zwangs (§ 12 VwVG).⁸⁹ Eine Ersatzvornahme ist dabei aber unrealistisch, da die Investition regelmäßig nicht sinnvoll durch einen anderen vorgenommen werden kann, da entsprechende Maßnahmen in den Betriebsablauf eingefügt werden müssen. Dasselbe gilt für den unmittelbaren Zwang und eine Selbstvornahme im Sinne des § 12 VwVG, die schon angesichts der Privatisierungsvorgabe in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ausgeschlossen wäre, aber auch im Übrigen untunlich ist. Da also letztlich nur das Zwangsgeld bliebe, ist angesichts der Restriktionen des VwVG die Vereinbarung einer Vertragsstrafe und deren anschließende Vollstreckung als Geldforderung der zweckmäßige Weg.

Die Vollstreckung wegen Geldforderungen richtet sich nach den §§ 1 - 4 VwVG und den über § 5 Abs. 1 VwVG für anwendbar erklärten Vorschriften der Abgabenordnung.⁹⁰ Gemäß § 3 Abs. 1 VwVG wird gegen den Vollstreckungsschuldner, der vorliegend nach § 2 Abs. 1 lit. a VwVG die TDG wäre, das Verfahren durch eine Vollstreckungsanordnung eingeleitet, für die grundsätzlich kein Vollstreckungstitel vorliegen muss.⁹¹ Etwas anderes gilt nur im Rahmen des Abschlusses öffentlich-rechtlicher Verträge, die nicht ohne weiteres von der Verwaltung selbst vollstreckt werden können⁹², weswegen die hier zu prüfende Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung notwendig ist. Die Vollstreckungsanordnung ist nach herrschender Auffassung lediglich das behördeninterne Ergebnis einer Prüfung des Falles und somit kein mit einem Rechtsbehelf angreifbarer Verwaltungsakt, zumal die Leistungspflicht des Schuldner bereits verbindlich feststand.⁹³ Für den Erlass wäre die Bundesnetzagentur gemäß § 3 Abs. 4 VwVG zuständig, da sie den Anspruch geltend machen darf. Sie müsste prüfen, ob die Vollstreckungsvor-

⁸⁸ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 26; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 40 ff.

⁸⁹ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 30; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 44 f.

⁹⁰ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 26.

⁹¹ *Sadler*, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar anhand der Rechtsprechung*, 9. Auflage, 2014, § 3 VwVG, Rn. 6.

⁹² Vgl. *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 3.

⁹³ *Sadler*, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar anhand der Rechtsprechung*, 9. Auflage, 2014, § 3 VwVG, Rn. 1 ff.; *Troidl*, in: Schlatmann (Hrsg.), *Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz*, § 3 VwVG, Rn. 9 m. w. Nachw.

aussetzungen vorliegen und ob die Vollstreckung geboten ist.⁹⁴ Als weitere Voraussetzung einer solchen Anordnung müsste nach § 3 Abs. 2 lit. a VwVG ein Leistungsbescheid vorliegen, an dessen Stelle aber der vollstreckbare öffentlich-rechtliche Vertrag tritt.⁹⁵ Dies wäre also ebenso gegeben. Zudem muss die Leistungspflicht der TDG, d. h. die Vertragsstrafe, fällig sein, seit dieser Fälligkeit eine Frist von einer Woche abgelaufen sein und vor Anordnung der Vollstreckung soll mit einer Zahlungsfrist von einer weiteren Woche gemahnt worden sein, § 3 Abs. 2 und 3 VwVG. Für die Durchführung der Vollstreckung sind sodann gemäß § 4 lit. b VwVG die Vollstreckungsbehörden der Bundesfinanzverwaltung zuständig⁹⁶, d. h. die Hauptzollämter.⁹⁷ Für die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 260, 262 bis 267 AO, sowie die §§ 281 bis 317, 318 Abs. 1 bis 4 AO bzw. bei der Vollstreckung in unbewegliches Vermögen die §§ 322 bis 327 AO, die selbst wiederum vielfach auf die Vorschriften der ZPO verweisen.⁹⁸

2. Vertragsstrafeversprechen

Ein solches Vertragsstrafeversprechen mit einer Zahlungspflicht an die öffentliche Hand wird auch allgemein als zulässig angesehen.⁹⁹ Dabei würde die Vertragsstrafe vorliegend eine Beugewirkung verfolgen. Das ist auch zulässig.¹⁰⁰ Entsprechend der Vorgabe des § 9 Abs. 2 S. 1 VwVG bzw. wiederum aufgrund der allgemeinen Bindung der Behörde an die Grundrechte müsste die Vertragsstrafe verhältnismäßig sein.¹⁰¹ Auch insoweit besteht wiederum eine Verbindungslinie zur ohnehin erfolgenden Angemessenheitskontrolle im Rahmen des Austauschvertrags (siehe oben II.3.). So unterfällt die Vertragsstrafe als Bestandteil der Gegenleistung des pri-

⁹⁴ Troidl, in: Schlatmann (Hrsg.), Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, 10. Auflage, 2014, § 3 VwVG, Rn. 10.

⁹⁵ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 28.

⁹⁶ Besonders bestimmte Vollstreckungsbehörden im Sinne des § 4 lit. a VwVG existieren nach Danker, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar, 3. Auflage, 2013, § 4 VwVG, Rn. 2 derzeit nicht.

⁹⁷ Sadler, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar anhand der Rechtsprechung, 9. Auflage, 2014, § 4 VwVG, Rn. 7; Troidl, in: Schlatmann (Hrsg.), Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, § 4 VwVG, Rn. 3.

⁹⁸ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 29.

⁹⁹ Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2013, § 61, Rn. 5, BVerwGE 98, 58 (64).

¹⁰⁰ Schilling, Die Vertragsstrafe in Verträgen mit der öffentlichen Hand, VerwArch 1994, S. 226 (231).

¹⁰¹ Schilling, Die Vertragsstrafe in Verträgen mit der öffentlichen Hand, VerwArch 1994, S. 226 (231 ff.).

vaten Vertragspartners auch der allgemeinen Angemessenheitskontrolle.¹⁰² Danach muss die Vertragsstrafe so festgelegt werden, dass eine hinreichende Verbindlichkeit hergestellt wird, wie sie im Rahmen der Regulierungsverfügung – als Leistung der öffentlichen Hand – berücksichtigt wird. In dem Beschlusskammerv erfahren wird insoweit abzuwägen sein zwischen dem Beitrag für den NGN-Ausbau auf der einen Seite und den negativen Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs auf der anderen Seite. Letztere werden durch den (Teil-)Widerruf aber – teils irreversibel – eintreten. Daher muss die Vertragsstrafe so hoch festgesetzt werden, dass sie Anreize dafür vermeidet, die Investitionen tatsächlich zu unterlassen, da andernfalls – auch im Falle eines Widerrufsvorbehalts innerhalb des (Teil-)Widerrufs der Regulierungsverfügung – der negative Effekt auf die Wettbewerber eintreten kann, ohne dass der positive Effekt der Investition erfolgt. Orientiert sich die Festlegung der – demnach erheblichen – Vertragsstrafe an diesen Parametern, ist sie einerseits angemessen und kann andererseits dafür sorgen, dass die denkbaren positiven Effekte auf den NGN-Ausbau im Rahmen der Regulierungsverfügung ermessensfehlerfrei berücksichtigt werden können.

Wie bereits erwähnt (C. III. 1.) ist auch darauf zu achten, dass das Vertragsstrafeversprechen im Vertrag hinreichend konkret formuliert werden muss, damit es die Voraussetzungen an einen Vollstreckungstitel erfüllt. Es muss also im Vertrag exakt festgelegt sein, bis zu welchem Zeitpunkt eine bestimmte Ausbauverpflichtung vorzunehmen ist und in welcher Höhe eine Vertragsstrafe für den Fall eines Ausbleibens der genau definierten Investition zu zahlen wäre.

3. *(Keine) Anwendbarkeit auf koordinationsrechtliche Verträge*

Nach § 61 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist eine sofortige Vollstreckung nur bei Verträgen im Sinne des § 54 S. 2 VwVfG, d. h. subordinationsrechtlichen Verträgen zulässig. Fraglich ist, ob diese Vorschrift auch analog auf koordinationsrechtliche Verträge angewendet werden kann. Dies wird in der Literatur überwiegend mit der Begründung verneint, dass der Wortlaut insofern eindeutig sei und eine Regelungslücke nicht bestünde, weil gegebenenfalls auch eine Vereinbarung im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO abgeschlossen werden könnte, die einen Vollstreckungstitel darstellt,

¹⁰² Meyer, Vertragsstrafe und Unterwerfungserklärung im öffentlichen Recht, JZ 1996, S. 78 (80); Schilling, Die Vertragsstrafe in Verträgen mit der öffentlichen Hand, VerwArch 1994, S. 226 (243).

der unabhängig vom Rechtscharakter des Vertrages nach der ZPO vollstreckt werden könne.¹⁰³ Da hier allerdings das Vorliegen eines subordinationsrechtlichen Vertrages angenommen wird (siehe oben 2.a)bb)), bestehen insoweit keine Probleme.

4. Möglichkeit der Zahlungspflicht an Wettbewerber

Fraglich ist sodann, ob auch eine Zahlungspflicht an die Wettbewerber der TDG in den Vertrag aufgenommen und ob dies nach den Vorschriften über die Vollstreckung wegen Geldforderungen oder zur Erzwingung von Handlungen durchgesetzt werden könnte. Dies würde die Anreize für ein vertragskonformes Verhalten noch einmal erhöhen und damit zugleich die Berücksichtigungsfähigkeit der Investitionszusage im Rahmen des (Teil-)Widerrufs der Regulierungsverfügung stützen.

Grundsätzlich sind auch Strafzahlungen als Schadensersatzpauschalierungen möglich.¹⁰⁴ Hier bestünde allerdings die Besonderheit, dass kein Schaden auf der Seite der öffentlichen Hand vorliegt, sondern ein denkbarer Schaden privater Wettbewerber pauschaliert würde. Das wirft Bedenken in mehrfacher Hinsicht auf. Zunächst sind die Wettbewerber nicht Vertragspartner. Das bedingt die Frage, ob zugunsten nicht am Vertrag Beteiligter überhaupt Vertragsstrafen vereinbart werden können. Ein solches Vorgehen ist – auch unter dem Gesichtspunkt der Koppelung (siehe oben II.3.) – nicht unproblematisch, aber gegebenenfalls noch möglich. Allerdings würde insoweit wohl Neuland betreten, da sich jedenfalls die Literatur – soweit ersichtlich – zur Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise ausschweigt und auch eine gerichtliche Klärung fehlt.

Entscheidend ist jedoch, dass eine vollstreckungsfähige Regelung nicht denkbar ist, da vollkommen unklar ist, welchem Wettbewerber welcher Schaden konkret entsteht. Für eine Pauschalierung sind also keine belastbaren Parameter ersichtlich. Damit wäre aber jeder Strafzahlung das Risiko einer Begünstigung des Konkurrenten immanent. Das ist nicht nur unter grundrechtlichen Gesichtspunkten, nämlich denen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG, problematisch, sondern könnte auch EU-beihilfenrechtliche Probleme aufwerfen. Zwar könnte man die staatli-

¹⁰³ *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 12; *Mann*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 14; *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 15. Auflage, 2014, § 61, Rn. 4; *Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, 2013, § 61, Rn. 2.; a.A. *Schliesky*, in: *Henneke* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 10. Auflage, 2015, § 61, Rn. 5.

¹⁰⁴ Siehe etwa *Schilling*, *Die Vertragsstrafe in Verträgen mit der öffentlichen Hand*, *VerwArch* 1994, S. 226 (239).

che Mittelherkunft einer derartigen Zahlung als notwendiges Element einer grundsätzlich verbotenen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV mit dem Argument verneinen wollen, dass die Zahlung ja von einem privaten Unternehmen geleistet werde. Diese Strafe wird jedoch von der öffentlichen Hand im Rahmen eines Vertrags erwirkt, so dass ein erhebliches Maß staatlicher Beeinflussung vorliegt.¹⁰⁵ Daher könnte mit guten Gründen die staatliche Mittelherkunft bejaht werden. Erfolgt dann eine Begünstigung, träte sie auch gegenüber einem bestimmten Unternehmen, nämlich dem Wettbewerber ein. Sie wäre auch geeignet, den Wettbewerb zwischen den Unternehmen – nämlich den Wettbewerbern untereinander und in Relation zur TDG – zu verfälschen und würde angesichts der Betroffenheit des deutschen Marktes auch eine Zwischenstaatlichkeit bedingen.¹⁰⁶ Damit läge aber eine grundsätzlich verbotene Beihilfe vor.

5. Zwischenergebnis und Empfehlung

Eine rechtliche Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit der Ausbauzusage kann durch eine Erklärung über die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nach § 61 VwVfG zweckmäßig allein hinsichtlich eines Vertragsstrafeversprechens erreicht werden. Ein solches kann auch zulässigerweise einschließlich der darauf bezogenen Vollstreckbarkeitserklärung vereinbart werden.

Eine Zahlungspflicht an Wettbewerber ist zwar theoretisch denkbar. Sie ist aber mit erheblichen grundrechtlichen und EU-beihilfenrechtlichen Risiken behaftet, hinsichtlich ihrer Vollstreckbarkeit fraglich und würde daher das Vertragskonstrukt insgesamt gefährden. Sie ist daher tendenziell unzulässig und sicherlich nicht empfehlenswert.

¹⁰⁵ Zu diesem Erfordernis *Koenig/Paul*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Auflage, 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 56 ff.

¹⁰⁶ Zu diesen weiteren Tatbestandsvoraussetzungen *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Auflage, 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 4 ff.

IV. Vertragsänderung und -kündigung, § 60 VwVfG

Schließlich ist die Verbindlichkeit der vertraglichen Zusage auch mit Blick auf § 60 VwVfG zu prüfen, der eine Anpassungs- und Kündigungsmöglichkeit bei einer wesentlichen Veränderung der für den Vertrag maßgeblichen Verhältnisse vorsieht. Es wird zum Teil von den Wettbewerbern befürchtet, dass das Eintreten von Umständen, die eine Kündigung über die genannte Vorschrift ermöglichen, nicht sehr unwahrscheinlich sei.¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob Umstände, die nicht den (Teil-)Widerruf der Zugangsverpflichtung betreffen, auch Kündigungsgründe im Sinne des § 60 VwVfG darstellen können. In einem ersten Schritt sind dazu die Voraussetzungen der Norm zu konkretisieren (1.) und insbesondere die denkbaren Veränderungen (Änderungen des europäischen bzw. nationalen Rechtsrahmens, relevante Änderungen der Regulierung auf anderen Märkten) auf ihre Relevanz in Bezug auf § 60 VwVfG zu untersuchen (2.). Abschließend wird zu berücksichtigen sein, dass die Vertragspartner für gewisse Fälle selbst spezielle Regelungen in den Vertrag aufnehmen können, die gegebenenfalls dann dem § 60 VwVfG vorgehen.¹⁰⁸ Inwieweit dies möglich ist, ist in einem dritten Schritt näher zu prüfen (3.).

1. Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen, § 60 VwVfG

§ 60 VwVfG hat seinem Wortlaut nach zwei Voraussetzungen, um eine Vertragsanpassung oder -kündigung zu eröffnen: Es muss erstens objektiv eine erhebliche Änderung der Verhältnisse vorliegen, die zweitens zu einer Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag in unveränderter Form führt. Die beiden Merkmale überschneiden sich und lassen sich nicht vollends voneinander trennen.¹⁰⁹

Die Äquivalenzstörung muss nach einhelliger Literaturansicht und Rechtsprechung von erheblichem Gewicht bzw. Intensität sein. Leistung und Gegenleistung müssen durch die Änderung

¹⁰⁷ *Stadtnetz Bamberg*, Stellungnahme vom 31.3.2015, S.7 f.

¹⁰⁸ Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 60, Rn. 9.

¹⁰⁹ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 17.

deutlich aus dem Gleichgewicht geraten („grobes Missverhältnis“¹¹⁰). Die Änderungen müssen grundlegend sein.¹¹¹ Dies alles verweist auf eine hohe objektive Schwelle, die erfüllt sein muss, um eine Vertragsanpassung zu erzwingen.

Sodann muss subjektiv eine Unzumutbarkeit von ebenfalls erheblichem Ausmaß vorliegen. Ein Festhalten am unveränderten Vertrag muss mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbaren, nach Treu und Glauben schlechthin nicht mehr zumutbar sein.¹¹² Auch insoweit sind hohe Anforderungen zu stellen.¹¹³ Das Festhalten am unveränderten Vertrag müsste ein unzumutbares Opfer darstellen.¹¹⁴ Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Änderungen, die der Vertragspartner selbst herbeigeführt hat oder die er selbst hätte vermeiden können, regelmäßig nicht zu einer Unzumutbarkeit führen.¹¹⁵

2. Relevanz des § 60 VwVfG im vorliegenden Kontext

Zwar bleibt die Bewertung der Voraussetzungen des § 60 VwVfG eine Einzelfallentscheidung, für die es keine „feste Faustformel“¹¹⁶ gibt. Vielmehr sind sämtliche spezifischen Umstände und im Rahmen der Bewertung der Zumutbarkeit auch die Interessen der Gegenseite – also hier der öffentlichen Hand – zu beachten.¹¹⁷ Jedenfalls führt das Anforderungsprofil insgesamt aber dazu, dass über § 60 VwVfG keineswegs ein einfacher Weg der Anpassung eröffnet wird, da eine Ausnahme vom wichtigen Grundsatz der Vertragsbindung geltend gemacht wird („pacta sunt

¹¹⁰ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 19.

¹¹¹ *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 13.

¹¹² *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 18; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 13.

¹¹³ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 18; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 13.

¹¹⁴ *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 20.

¹¹⁵ *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 20.

¹¹⁶ *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 19.

¹¹⁷ *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 20 m. w. N.

servanda“).¹¹⁸ Vielmehr sind die Anforderungen erheblich und verschließen jedenfalls die Möglichkeit, dass die TDG selbst Änderungen – etwa in den Rahmenbedingungen für die Investition – herbeiführt, um sich sodann vom Vertrag und ihrer Investitionszusage zu lösen. Hinzu kommt, dass im Falle des Widerspruchs durch die Gegenseite eine entsprechende Vertragsanpassung von der TDG im Wege der allgemeinen Leistungsklage¹¹⁹ erst gerichtlich durchgesetzt werden musste, bevor sie sich von den bestehenden vertraglichen Pflichten lösen könnte. Dabei sind beide im Wege der Wertung ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsanforderungen gerichtlich vollumfänglich überprüfbar.¹²⁰ Bis dahin wären der Vertrag und insbesondere das Vertragsstrafeversprechen hingegen grundsätzlich vollstreckbar. Gegenüber Einwendungen der TDG, die sich gegen materiell-rechtliche Ansprüche aus dem Vertrag richten, kann die TDG im Vollstreckungsverfahren mit der Vollstreckungsgegenklage reagieren.¹²¹ Sofern die TDG Einwendungen nach § 60 VwVfG geltend macht, hat sie aus dieser Vorschrift gegebenenfalls einen Anpassungsanspruch, den sie im Falle einer drohenden Vollstreckung als Einwendung im Wege einer Vollstreckungsgegenklage nach § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i. V. m. § 767 ZPO erheben kann.¹²² Eine Kündigung hat allerdings grundsätzlich nur Folgen für die Zukunft und lässt bereits erbrachte Leistungen unberührt, sofern nicht eine erhebliche Äquivalenzstörung vorliegt, wegen der einer Partei nicht zugemutet werden kann, ohne Ausgleich zu bleiben.¹²³ Eine Vollstreckungsgegenklage hätte damit gegenüber der Durchsetzung des Vertragsstrafeversprechens zwar ein gewisses Verzögerungspotenzial, greift im Ergebnis jedoch nur im Falle der erfolgreichen Berufung auf § 60 VwVfG durch, dessen Voraussetzungen aber, wie dargelegt, sehr eng zu verstehen sind.

¹¹⁸ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 18; Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 10. Auflage, 2015, § 60, Rn. 26.

¹¹⁹ Dazu allgemein Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 60, Rn. 26.

¹²⁰ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 17.

¹²¹ Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar*, 1. Auflage, 2014, § 61, Rn. 54; Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 10. Auflage, 2015, § 61, Rn. 31; BVerwG, Urteil vom 3.3.1995, NJW 1996, 608 (610).

¹²² Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 61, Rn. 37 f.

¹²³ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 25d; Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO, Nebengesetze, Handkommentar*, 3. Auflage, 2013, § 60 VwVfG, Rn. 22, a.A. Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 10. Auflage, 2015, § 60, Rn. 45 f., der keinen Ausgleich gewähren will.

Damit müssten vorliegend ganz erhebliche wirtschaftliche oder rechtliche Änderungen eintreten, etwa eine neue Technologie verfügbar sein, die das Voranschreiten mit dem vorliegend geplanten NGN-Ausbau als vollkommen unwirtschaftlich erscheinen ließe. Dass dies innerhalb des hier avisierten Investitionszeitraums bis Ende 2018 eintritt, ist allerdings nicht gerade wahrscheinlich. Jedenfalls genügt es nicht, dass die TDG insgesamt eine für sie positive Regulierungspolitik künftig erwarten mag. Sie könnte sich dementsprechend auch nicht von der vertraglichen Verpflichtung mit dem Argument lösen, dass etwa nachfolgende Entgeltregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur oder auch sonstige Regulierungsverfügungen nicht so ergangen seien, wie sich die TDG diese erhofft habe. Eine derartige Kopplung von Leistung und Gegenleistung wäre ja – wie unter II. schon dargelegt – rechtlich gar nicht zulässig. Nachfolgende Regulierungsverfügungen im Bereich der Entgeltregulierung (und auch jenseits dieses Bereichs) ergehen vielmehr durch die Bundesnetzagentur nach Recht und Gesetz unter pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens und unterliegen einer vollumfänglichen gerichtlichen Kontrolle. Stellen sie sich dabei als rechtswidrig heraus, sind sie im Gerichtsverfahren zu beseitigen. Stellen sie sich hingegen als rechtmäßig heraus, sind sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch als möglich und voraussehbar zu qualifizieren. Sie können jedenfalls gemessen an den üblichen Maßstäben für den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht als ein solcher Fall reklamiert werden und daher auch keine Vertragsanpassung nach § 60 VwVfG begründen.

3. Vertragliche Relativierungsmöglichkeiten des § 60 VwVfG

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass schon jetzt denkbare oder absehbare Risiken vertraglich geregelt werden könnten. Eine Geschäftsgrundlage im Sinne des § 60 VwVfG kann nämlich nur sein, was nicht bereits vertraglich geregelt worden ist.¹²⁴ Sofern für bestimmte Veränderungen bereits entsprechende Vorkehrungen getroffen worden sind, sind diese jedenfalls vorrangig.¹²⁵ Zwar kann in gravierenden Fällen auch eine Änderung von Verhältnissen im Sinne des § 60

¹²⁴ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 10.

¹²⁵ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 10.

VwVfG gesehen werden.¹²⁶ Allerdings berechtigen Risiken, die eine Partei explizit übernommen hat oder Umstände, die in deren Risikobereich fallen, im Zweifel nicht zu einer Vertragsanpassung, weil darin ein Widerspruch zu früherem Verhalten liegen kann.¹²⁷ Insofern dürfte sich bei einer dementsprechenden Formulierung des Vertrags das Risiko einer Kündigung durch die TDG jedenfalls reduzieren lassen.

4. Zwischenergebnis und Empfehlung

Grundsätzlich könnte sich die TDG auf geänderte wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen berufen, um eine Vertragsanpassung zu verlangen oder den Vertrag zu kündigen. Diese Veränderungen müssen jedoch ganz erheblich und gravierend und nicht von der TDG selbst verursacht worden sein. Ferner müsste ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sein. Die Hürden hierfür sind also erheblich. Schon jetzt absehbare Risiken können zudem der TDG vertraglich überantwortet werden.

¹²⁶ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 11; a. A. Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar*, 10. Auflage, 2015, § 60, Rn. 15.

¹²⁷ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8. Auflage, 2014, § 60, Rn. 11.

V. Ergebnisse

Gesamtergebnis

1. Das Handeln im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrags jenseits der spezialgesetzlichen Regelungen in den §§ 11 und 12 BauGB entspricht – anders als das Handeln im Wege eines Verwaltungsaktes – nicht der etablierten Verwaltungspraxis. In der Folge gibt es wenig einschlägige Rechtsprechung und eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit, die wiederum dazu führt, dass die Beschränkung auf den Verwaltungsakt weniger risikobehaftet und daher oftmals vorzugswürdig ist.
2. Trotz dieser Unsicherheiten sind die Vereinbarung einer Investitionszusage im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrags auf der Basis der §§ 54 ff. VwVfG durch die Bundesnetzagentur auf der einen Seite und der Telekom Deutschland GmbH (TDG) auf der anderen Seite sowie die Berücksichtigung dieser Vereinbarung als ein Gesichtspunkt in der nachfolgenden Abwägungsentscheidung über einen (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung – konkret: der darin enthaltenen Zugangsverpflichtung im Nahbereich der Hauptverteiler – ein rechtlich hinreichend belastbarer Weg. Voraussetzung dafür ist, dass die Investitionszusage durch eine Strafzahlungsverpflichtung von ausreichender Schärfe kombiniert mit einer darauf bezogenen Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung das notwendige Maß an Verbindlichkeit erlangt, um anschließend im Rahmen der Regulierungsverfügung ein Belang von hinreichendem Gewicht darzustellen.

Es wurden folgende *Einzelergebnisse* erzielt:

- I. *Grundsätzliche Zulässigkeit des Handelns in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags im TKG*
3. Die §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG und auch die übrigen Vorschriften des TKG stehen einem öffentlich-rechtlichen Vertrag mit einem regulierten Unternehmen zur Absicherung eines Ausbauversprechens nicht prinzipiell entgegen.

4. Das Vertragsformverbot gemäß § 54 S. 1 a. E. VwVfG greift insoweit nicht ein, da das Handlungsformgebot der §§ 13 Abs. 5 und 132 Abs. 1 S. 2 TKG nur auf die eigentliche Regulierungsverfügung im Rahmen des Beschlusskammerverfahrens beschränkt ist, nicht aber die hier relevante vorgelagerte Frage der Schaffung faktischer Voraussetzungen für einen anschließend denkbaren (Teil-)Widerruf einer Regulierungsverfügung erfasst.
5. § 54 S. 1 VwVfG ist damit Ermächtigungsgrundlage für ein Tätigwerden der Bundesnetzagentur in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags. Einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage bedarf es insoweit nicht.
6. Die Bundesnetzagentur wird beim Abschluss eines derartigen Vertrags innerhalb ihrer weit gefassten Aufgaben zur Erreichung des Ziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, also des Ausbaus der Netze der nächsten Generation, tätig. Eine Trennung der vertraglichen Vereinbarung und der Regulierungsverfügung ist nicht nur zulässig, sondern auch geboten, da diese beiden Regelungsgehalte zwar inhaltlich aufeinander bezogen sind, aber gleichwohl getrennte Entscheidungsvorgänge darstellen.
7. Die behördeninterne Zuständigkeit für die Regulierungsverfügung liegt aufgrund der Sonderregelung des § 132 Abs. 1 S. 1 Var. 1 TKG bei der Beschlusskammer, während sie für die vertragliche Vereinbarung grundsätzlich beim Präsidenten der Bundesnetzagentur liegt. Von dieser Regelzuständigkeit des Präsidenten sollte vorliegend auch nicht abgewichen werden. Dieser kann zur Vorbereitung der Maßnahme weitere Bedienstete der Behörde heranziehen und dabei auch auf den Sachverstand der Mitarbeiter in der für die Regulierungsverfügung zuständigen Beschlusskammer zurückgreifen.

II. Vertragliche Verknüpfung von Ausbauversprechen und möglichem (Teil-)Widerruf einer Zugangsleistung

8. Empfehlenswert ist vorliegend sodann der Abschluss eines sogenannten „hinkenden“ Austauschvertrags. Bei diesem verpflichtet sich die TDG zu entsprechenden Investitionen. Die Berücksichtigung dieser Investitionszusage durch die Beschlusskammer in der anschließenden Regulierungsverfügung wird vorausgesetzt und kann zum Gegenstand eines Widerrufsrechts der TDG auch für den Fall gemacht werden, dass es nicht zu dem von der TDG erhofften (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung kommt.

9. § 58 Abs. 1 VwVfG steht einem derart aufgesetzten „hinkenden“ Austauschvertrag nicht im Wege. Zwar verbleiben angesichts der sehr unklaren Rechtslage und der fehlenden umfassenden Rechtsprechung zu § 58 Abs. 1 VwVfG gewisse Restunsicherheiten. Wenn aber die TDG in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag einseitig ein Leistungsversprechen abgibt und dabei vorausgesetzt wird, dass die Bundesnetzagentur dieses im Rahmen der Abwägung bei der Regulierungsverfügung berücksichtigt, kann hinreichend belastbar davon ausgegangen werden, dass kein Eingriff in Rechte Dritter im Sinne des § 58 Abs. 1 VwVfG vorliegt.
10. Sollte dagegen der (Teil-)Widerruf der Regulierungsverfügung als Gegenleistung für das Ausbauversprechen zum Gegenstand des Vertrags gemacht werden, entstehen erhebliche rechtliche Risiken. Zum einen verstieße eine solche Vorgehensweise gegen das Handlungsformengebot der §§ 13 Abs. 5 TKG und 132 Abs. 1 S. 2 TKG. Zum anderen entstünden erhebliche Rechtsunsicherheiten, da dann jedenfalls nach der Möglichkeitstheorie eine Zustimmungspflichtigkeit auch unabhängig von einer etwaigen Rechtswidrigkeit des (Teil-)Widerrufs anzunehmen wäre. Mangels Zustimmung der belasteten Wettbewerber wäre der öffentlich-rechtliche Vertrag dann unwirksam. In der Folge könnte er auch nicht im Rahmen der Regulierungsverfügung berücksichtigt werden. Folglich scheidet die Option einer expliziten Fixierung des (Teil-)Widerrufs als Gegenleistung der Behörde aus.
11. Wichtig ist ferner, dass die Regulierungsverfügung und das der Beschlusskammer insoweit zustehende Regulierungsermessen in keiner Weise durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag determiniert werden dürfen. Folge des öffentlich-rechtlichen Vertrags darf es allein sein, dass die Beschlusskammer beim Erlass ihrer Regulierungsverfügung die Investitionszusage zugunsten des regulierten Unternehmens im Rahmen ihrer Abwägungsentscheidung angemessen berücksichtigt, ohne dass dadurch das Ergebnis im Sinne eines (Teil-)Widerrufs vorherbestimmt wäre.
12. Daraus ergibt sich in der Konsequenz auch die Reihenfolge der Vorgehensweise, um ein sinnvolles Verwaltungshandeln zu ermöglichen: So kann im Rahmen der Regulierungsverfügung nur ein *tatsächlich* erfolgter Vertragsabschluss sinnvoll berücksichtigt werden. Ein bloß *möglicher* Vertragsabschluss wäre wiederum nur unter einem Widerrufsvorbe-

halt der Regulierungsverfügung berücksichtigungsfähig, was eine unnötige Unsicherheit generieren würde. Unter dem Gesichtspunkt einer guten Verwaltung wäre das nicht zweckdienlich. Dies schränkt allerdings nicht den Spielraum der Bundesnetzagentur ein, iterativ im Rahmen des Regulierungsverfahrens bereits den parallel dazu zu verhandelnden Vertrag zu berücksichtigen unter der Annahme, dass dieser abgeschlossen wird, solange der Vertragsabschluss vor Abschluss des Regulierungsverfahrens erfolgt und dabei nur die endgültigen Vertragsinhalte berücksichtigt werden.

13. Der Abschluss eines „hinkenden“ Austauschvertrags würde auch nicht gegen das Koppelungsverbot aus § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG verstoßen, da ein angemessenes Verhältnis zwischen der Leistung der TDG in Form einer Investitionszusage einerseits und der anschließend erfolgenden Berücksichtigung der Investitionszusage im Rahmen der Regulierungsverfügung andererseits besteht. Gerade wenn der TDG ein Widerrufsrecht für den Fall des nicht erfolgenden (Teil-)Widerrufs eingeräumt wird, wird das Unternehmen auch nicht unangemessen einseitig gebunden. Darauf ist das Widerrufsrecht allerdings streng zu begrenzen. Von einer Ausdifferenzierung und „Überfrachtung“ des Rücktrittsrechts ist abzuraten, da dies die Verwertbarkeit des Vertrages insgesamt gefährdet.

III. Vollstreckungsmöglichkeiten

14. Eine rechtliche Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit der Ausbauzusage kann durch eine Unterwerfungserklärung unter die sofortige Vollstreckung nach § 61 VwVfG zweckmäßig allein hinsichtlich eines Vertragsstrafeversprechens erreicht werden. Ein solches kann auch in zulässiger Weise einschließlich der darauf bezogenen Vollstreckbarkeitserklärung vereinbart werden. Es ist auch sehr empfehlenswert, ein solches, hinreichend anreizendes Strafversprechen abzuschließen, um die Investitionszusage hinreichend verbindlich zu machen und so überhaupt einen relevanten Abwägungstopos im Rahmen der anschließenden Prüfung eines (Teil-)Widerrufs zu generieren.
15. Das Vertragsstrafeversprechen mit einer Zahlungspflicht an die Wettbewerber zu verbinden, ist zwar theoretisch denkbar. Eine solche Vereinbarung ist aber mit erheblichen grundrechtlichen und EU-beihilfenrechtlichen Risiken behaftet, hinsichtlich ihrer Voll-

streckbarkeit fraglich und würde daher das Vertragskonstrukt insgesamt gefährden. Sie ist daher tendenziell unzulässig und sicherlich nicht empfehlenswert.

IV. Anpassung und Kündigung des Vertrags

16. Grundsätzlich könnte sich die TDG auf geänderte wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen berufen, um eine Vertragsanpassung zu verlangen oder den Vertrag zu kündigen. Diese Veränderungen müssen jedoch ganz erheblich und gravierend sein. Sie dürfen ferner nicht von der TDG selbst verursacht sein. Schließlich müsste ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sein. Die Hürden sind also erheblich.
17. Es müssten demnach ganz erhebliche wirtschaftliche oder rechtliche Änderungen eintreten, etwa eine neue Technologie verfügbar sein, die das Voranschreiten mit dem vorliegend geplanten NGN-Ausbau als vollkommen unwirtschaftlich erscheinen ließe. Dass dies innerhalb des hier avisierten Investitionszeitraums bis Ende 2018 eintritt, ist allerdings nicht gerade wahrscheinlich.
18. Jedenfalls genügt es nicht, dass die TDG insgesamt eine für sie positive Regulierungspolitik künftig erwarten mag. Sie könnte sich dementsprechend auch nicht von der vertraglichen Verpflichtung mit dem Argument lösen, dass etwa nachfolgende Entgeltregulierungs-Entscheidungen der Bundesnetzagentur nicht so ergangen seien, wie sich die TDG diese erhofft habe.
19. Eine derartige Kopplung von Leistung und Gegenleistung wäre rechtlich auch gar nicht zulässig. Nachfolgende Regulierungsverfügungen im Bereich der Entgeltregulierung, aber auch jenseits dieses Bereichs, ergehen vielmehr durch die Bundesnetzagentur nach Recht und Gesetz unter pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens und unterliegen einer vollumfänglichen gerichtlichen Kontrolle. Stellen sie sich dabei als rechtswidrig heraus, sind sie im Gerichtsverfahren zu beseitigen. Stellen sie sich hingegen als rechtmäßig heraus, sind sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch als möglich und voraussehbar zu qualifizieren. Sie können jedenfalls gemessen an den üblichen Maßstäben für den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht als ein solcher Fall reklamiert werden und demnach auch keine Vertragsanpassung nach § 60 VwVfG begründen.

20. Schon jetzt absehbare Risiken können zudem der TDG vertraglich überantwortet werden.

Regensburg, den 20. August 2015

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jürgen Kühling'.

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Stefan Bulowski'.

Stefan Bulowski