



Hinweise der Bundesnetzagentur zur Umsetzung des § 77 a Abs. 3 TKG-E¹ (Umsetzungskonzept)

- Entwurf – Stand: 6. Dezember 2011 -

¹ In der Fassung vom 26.10.2011, Bundestags-Drucksache 17/7521.

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	2
ZUSAMMENFASSUNG	3
UMSETZUNGSKONZEPT	4
1 Rechtliche Grundlagen	5
2 Adressaten einer Auskunftspflichtung	7
2.1 Telekommunikationsnetzbetreiber	7
2.2 Unternehmen, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können	8
2.2.1 Unternehmen	8
2.2.2 Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können	10
2.2.3 Verfügen	14
2.3 Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können	14
2.4 Praktische Identifikation der Adressaten	14
3 Umfang einer Verpflichtung	16
3.1 Detailliertes Verzeichnis	16
3.1.1 Art der Einrichtungen	17
3.1.2 Verfügbarkeit	18
3.1.3 Geografische Lage	19
4 Verpflichtung	20
4.1 Art der Verpflichtung	20
4.2 Verfahren und Form	23
4.3 Verpflichtung der öffentlichen Hand	23
5 Absehen von Aufnahme in das Verzeichnis	24
6 Einsichtnahme durch Interessenten	25
6.1 Durch die Bundesnetzagentur festgelegten Bedingungen für eine Einsichtnahme	25
6.1.1 Art der Maßnahme	25
6.1.2 Inhalt	26
6.1.3 Interessenten	27
6.2 Einsichtnahme	28
6.3 Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	30
7 Ermessen und § 77a Abs. 4 TKG-E	32

EINLEITUNG

Der Gesetzgeber beabsichtigt, mit § 77a Abs. 3 TKG-E eine Vorschrift in das TKG einzufügen, die es der Bundesnetzagentur ermöglicht, ein detailliertes Verzeichnis über Art, geografische Lage und Verfügbarkeit von Infrastrukturen zu erstellen und die jeweiligen Infrastrukturinhaber zu verpflichten, diese Daten hierfür zur Verfügung zu stellen.

Gleichzeitig betreibt die Bundesnetzagentur bereits seit Dezember 2009 mit dem bundesweiten Infrastrukturatlas ein solches Verzeichnis auf der Basis freiwilliger Vereinbarungen, das auf die Breitbandstrategie der Bundesregierung zurückzuführen ist. Hier werden solche Infrastrukturen erfasst, die grundsätzlich zur Mitnutzung beim Breitbandauf- und -ausbau geeignet sind. Mit dem Inkrafttreten der Vorschrift gilt es also, ein bislang freiwilliges Projekt möglichst reibungslos auf eine gesetzliche Grundlage zu übertragen.

Mit dem vorliegenden Umsetzungskonzept soll dieser Weg eingeleitet werden. Ziel ist es, auf dem bisher Erreichten aufzusetzen und möglichst viel davon in die Zukunft zu überführen. Veränderungen sollen nur dort erfolgen, wo das Gesetz sie erforderlich macht oder wo die Freiwilligkeit an ihre Grenzen stößt. Dies gilt insbesondere für die Unternehmen und Institutionen, die sich bislang nicht an der freiwilligen Lösung des Infrastrukturatlas beteiligen. Sie werden nach Inkrafttreten der Novellierung des TKG zügig von der Bundesnetzagentur zur Bereitstellung von Daten verpflichtet werden, sofern die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

Wichtigstes Ziel der Bundesnetzagentur ist es, auf Basis des § 77a Abs. 3 TKG-E ein umfassendes und somit vollständiges Verzeichnis zu erstellen. Denn nur ein vollständiges Verzeichnis stellt ein verlässliches und zuverlässiges Instrument zur Synergienutzung beim Breitbandausbau dar und erreicht damit Sinn und Zweck des § 77a Abs. 3 TKG-E.

Darüber hinaus soll mit diesem Umsetzungskonzept der bewährte Weg des gemeinsamen Erarbeitens tragfähiger Lösungen konsequent fortgeführt werden. Die Phasen 1 und 2 des Infrastrukturatlas waren nur möglich, weil Bund, Länder, Unternehmen und Verbände lösungsorientiert am Aufbau des Infrastrukturatlas mitgewirkt haben und alle Beteiligten kompromissbereit waren. Auch wenn sich die Rollenverteilung verschieben wird, weil die Bundesnetzagentur durch § 77a Abs. 3 TKG-E einen Handlungsspielraum vorgegeben bekommt und durch diesen auch begrenzt wird, wird die Bundesnetzagentur in transparenter Art und Weise die Arbeit fortführen und die berechtigten Interessen der jeweiligen Beteiligten berücksichtigen. Insofern soll mit dieser Veröffentlichung eines Umsetzungskonzepts rechtzeitig Transparenz geschaffen und der Dialog fortgeführt werden. Leitbild soll dabei sein: Rechtmäßige und pragmatische Entscheidungen vorzubereiten, die den Grundgedanken des Infrastrukturatlas, Effizienzsteigerung und Synergienutzung, Rechnung tragen.

Schließlich können durch die Ermächtigung der Bundesnetzagentur, die Erhebung der entsprechenden Infrastrukturdaten durch hoheitliche Maßnahmen durchzusetzen, Sicherheits- und Haftungsbedenken von Infrastrukturinhabern ausgeräumt werden. Denn den Infrastrukturinhabern kann von Seiten ihrer Kunden und Geschäftspartnern in dem Fall, in dem ein Schaden auf der Datenweitergabe an den Infrastrukturatlas beruht, kein Verschuldensvor-

wurf gemacht werden, soweit diese Weitergabe aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung geschah.

Die Bundesnetzagentur fordert daher alle Interessenten zur Kommentierung dieses Umsetzungskonzeptes auf. Stellungnahmen werden bis zum **15. Februar 2012** erbeten und sind an infrastrukturatlas@bnetza.de zu senden.

Die Bundesnetzagentur wird die eingehenden Stellungnahmen auf ihren Internetseiten veröffentlichen. Darüber hinaus ist beabsichtigt, nach Auswertung der Stellungnahmen eine bewertende Zusammenfassung zu veröffentlichen. Das Umsetzungskonzept sowie die eingehenden Stellungnahmen werden bei der zukünftigen Anwendung des § 77a Abs. 3 TKG-E berücksichtigt.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Bundesnetzagentur betreibt seit 2009 den bundesweiten Infrastrukturatlas. Dieser ist ein bei der Bundesnetzagentur geführtes Geoinformationssystem, in dem Infrastrukturdaten der freiwillig teilnehmenden Unternehmen und öffentlichen Institutionen gespeichert sind. An den gemeinsam mit dem Markt erarbeiteten Grundzügen des Infrastrukturatlas soll auch mit Inkrafttreten der gesetzlichen Ermächtigung in § 77a Abs. 3 TKG-E festgehalten werden. Änderungen sollen dort, wo es aufgrund der praktischen Erfahrungen der Bundesnetzagentur angebracht erscheint, vorgenommen werden, die gemeinsam erarbeitete Basis aber nicht verlassen werden.
2. Adressaten einer Verpflichtung durch die Bundesnetzagentur werden die Inhaber der Funktionsherrschaft über die entsprechenden Infrastrukturen (z. B. innerhalb eines Konzerns) sein. Zur Identifizierung dieser Adressaten wird die Bundesnetzagentur gegebenenfalls in enger Zusammenarbeit mit entsprechenden Verbänden zum einen formlose Anfragen an die betreffenden Unternehmen stellen oder im Einzelfall mittels eines Verfahrens nach § 127 TKG Auskunft verlangen.
3. Das Verfahren der Verpflichtung wird folgendermaßen gegliedert sein:

Nach einer Anhörung wird der Infrastrukturihaber entweder durch Verwaltungsakt zur Datenlieferung an die Bundesnetzagentur verpflichtet oder er und die Bundesnetzagentur schließen über die Datenlieferung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Darin enthalten sein wird neben der einmaligen Verpflichtung zur Datenlieferung auch die Obliegenheit, die Daten in regelmäßigen Abständen zu aktualisieren.
4. Der Umfang der anzufordernden Infrastrukturen wird zunächst auf bislang bewährte Infrastrukturen im Rahmen des freiwilligen Projektes des Infrastrukturatlas beschränkt und nur im Bedarfsfall erweitert. Hinsichtlich des Attributs „Verfügbarkeit“ bittet die Bundesnetzagentur um die Beantwortung des beiliegenden Fragebogens.

5. Die Bundesnetzagentur wird Einsichtnahmebedingungen für künftige Nutzer des Infrastrukturatlases entwickeln und diese zur Konsultation veröffentlichen. Diese werden die Voraussetzungen regeln, unter denen Interessenten auf Antrag und nach Berechtigungsprüfung Zugang zu aufbereiteten Daten aus dem Infrastrukturatlas erlangen können. Diese werden sich im Grundsatz an den Rahmenbedingungen für die Nutzung des Infrastrukturatlases Phase 2 orientieren.
6. Die Einsichtnahmegewährung wird durch individuellen konkreten Verwaltungsakt erteilt und auf das jeweilige Hoheitsgebiet bzw. Gebiet des konkreten Breitbandprojektes beschränkt sein.

UMSETZUNGSKONZEPT

Wie sich aus der Begründung zum aktuellen Gesetzesentwurf ergibt (vgl. nachfolgend unter Punkt 1), soll § 77a Abs. 3 TKG-E dazu dienen, den bislang bei der Bundesnetzagentur geführten bundesweiten Infrastrukturatlas auf eine gesetzliche Basis zu überführen. Der vorwiegende Grundgedanke des zu schaffenden detaillierten Verzeichnisses über Art, Verfügbarkeit und geografische Lage von „Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können“ ist gemäß der Begründung des Gesetzesentwurfs die Effizienzsteigerung und Synergienutzung beim Auf- und Ausbau der Breitbandversorgung in Deutschland. Vor diesem Sinn und Zweck sind folglich alle Tatbestandsmerkmale des geplanten Gesetzestextes auszulegen. Dies gilt insbesondere aufgrund des hohen Konkretisierungsbedarfs der Tatbestandsmerkmale, die fast ausschließlich aus unbestimmten Rechtsbegriffen bestehen.

Da bislang auch keine vergleichbaren gesetzlichen Regelungen existieren, die sich ausdrücklich auf die Übermittlung von georeferenzierten Infrastrukturdaten beziehen, kann bei der Auslegung des § 77a Abs. 3 TKG-E auch nicht auf eine verwandte Regelung und hierzu ergangene Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden.

Besonders hervorzuheben ist die Eigenschaft des Infrastrukturatlases als Informationsplattform in Abgrenzung zu der nachfolgenden Frage des tatsächlichen Zugangs zu einer im Infrastrukturatlas verzeichneten Infrastruktur. Diese Frage wird zum einen in § 77a Abs. 1 und 2 und zum anderen in den §§ 77b ff. TKG-E behandelt. Der Infrastrukturatlas selbst spielt eine zentrale Rolle bei der Informationsbeschaffung im Zusammenhang mit Investitionsvorhaben zum Breitbandauf- oder -ausbau, sagt jedoch nichts über einen möglichen Zugangsanspruch zu der Infrastruktur aus. Dieses Umsetzungskonzept behandelt daher lediglich Rechtsfragen zu § 77a Abs. 3 TKG-E.

1 Rechtliche Grundlagen

Nach Art. 12 Abs. 4 RL 2002/21/EG (konsolidierte Fassung) ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet zu gewährleisten, dass die zuständige Behörde von Unternehmen die erforderlichen Informationen verlangen kann, um ein detailliertes Verzeichnis der Art, Verfügbarkeit und geografischen Lage der in Abs. 1 genannten Einrichtungen zu erstellen und interessierten Kreisen zur Verfügung stellen zu können. Der Wortlaut von Art. 12 der Rahmenrichtlinie lautet auszugsweise:

„Gemeinsame Unterbringung und gemeinsame Nutzung von Netzbestandteilen und dazugehörigen Einrichtungen durch Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze

(1) Darf ein Unternehmen, das elektronische Kommunikationsnetze bereitstellt, nach nationalem Recht Einrichtungen auf, über oder unter öffentlichen oder privaten Grundstücken installieren oder kann es ein Verfahren zur Enteignung oder Nutzung von Grundstücken in Anspruch nehmen, so kann die nationale Regulierungsbehörde unter strenger Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen oder Grundstücke vorschreiben, wozu unter anderem Gebäude, Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte und Verteilerkästen gehören.

...

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen nationalen Behörden von den Unternehmen verlangen können, dass sie die erforderlichen Informationen liefern, damit diese Behörden in Zusammenarbeit mit den nationalen Regulierungsbehörden ein detailliertes Verzeichnis der Art, Verfügbarkeit und geografischen Lage der in Abs. 1 genannten Einrichtungen erstellen und interessierten Kreisen zur Verfügung stellen können.

(5) Die von einer nationalen Regulierungsbehörde gemäß diesem Artikel getroffenen Maßnahmen müssen objektiv, transparent, nicht diskriminierend und verhältnismäßig sein. Erforderlichenfalls sind diese Maßnahmen in Abstimmung mit den lokalen Behörden durchzuführen.“

Mit § 77a Abs. 3 TKG-E soll Art. 12 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie umgesetzt werden. Die aktuelle Entwurfsfassung (Bundestags-Drucksache 17/7521) und damit Grundlage dieses Umsetzungskonzeptes lautet:

„(3) Die Bundesnetzagentur kann von den Telekommunikationsnetzbetreibern sowie von Unternehmen und von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können, diejenigen Informationen verlangen, die für die Erstellung eines detaillierten Verzeichnisses über Art, Verfügbarkeit und geografische Lage dieser Einrichtungen erforderlich sind. Zu den Einrichtungen nach Satz 1 zählen unter anderem Gebäude, Gebäudezugänge, Verkabelungen oder Kabelkanäle in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte und Verteilerkästen. Betrifft eine nach Satz 1 zu erteilende Information eine

Einrichtung, bei deren Ausfall die Versorgung der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt wird, ist von einer Aufnahme in das Verzeichnis abzusehen. Interessenten kann Einsicht in das Verzeichnis gewährt werden, falls die von der Bundesnetzagentur festgelegten Voraussetzungen für eine Einsichtnahme erfüllt sind. Dabei sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren.“

Der Vollständigkeit halber soll hier auch die Begründung (BT-Drucksache 17/5707, S. 78) für die erste Entwurfsfassung des Bundestages vom 4. Mai 2011 wiedergegeben werden:

„§ 77a Abs. 3 setzt Artikel 12 Abs. 4 RRL um. Er sieht eine symmetrische Informationsverpflichtung von Telekommunikationsbetreibern und sonstigen Unternehmen vor, die über Infrastrukturbestandteile verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können. Damit wird im Interesse des zügigen Breitbandauf- und -ausbaus eine wesentliche gegenseitige Informationsgrundlage geschaffen. Sie ermöglicht die optimale Nutzung vorhandener Ressourcen zum raschen Ausbau der Breitbandversorgung als Kernbestandteil einer modernen Daseinsvorsorge, wie sie u. a. auch im Breitbandkonzept der Bundesregierung ihren Niederschlag gefunden hat.

Vor diesem Hintergrund werden neben Telekommunikationsnetzbetreibern auch Unternehmen verpflichtet, die, wie im Bereich der Energiewirtschaft und der Gas- bzw. Wasserversorgung, bspw. über Leerrohre, Kabelkanalschächte und sonstige Einrichtungen im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 verfügen.

Der bislang auf freiwilliger Basis bei der BNetzA geführte Infrastrukturatlas wird damit in Zukunft eine zentrale Rolle bei der Informationsbeschaffung im Zusammenhang mit Investitionsvorhaben zum Breitbandauf- oder -ausbau spielen. Er wird ein gewichtiges Instrument zur Effizienzsteigerung und zur Nutzung von Synergieeffekten darstellen. Die Einrichtungen, die in Abs. 3 Satz 2 aufgezählt werden, betreffen im Regelfall keine Einrichtungen, bei deren Ausfall die Versorgung der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt wird. Für den Ausnahmefall wird gewährleistet, dass sie keinen Eingang in das Verzeichnis findet. Der gesonderte Hinweis auf die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen folgt aus Artikel 5 Abs. 3 der RRL.“

Die Begründung für die Änderungen in der aktuellsten Entwurfsfassung, Bundestags-Drucksache 17/7521, S. 142 lautet:

„In § 77a Abs. 3 S. 1 wird der Kreis der Informationsverpflichteten auf „juristische Personen des öffentlichen Rechts“ erweitert. Damit wird einer Empfehlung des Bundesrats gefolgt. Mit der Einbeziehung der Infrastruktureinrichtungen von Bund, Länder und Kommunen (z. B. Abwasserkanäle) in den Datenpool kann der von der BNetzA bereitgestellte Infrastrukturatlas weiter optimiert werden. Ziel ist es, bestehende Infrastrukturen besser und optimal für den Breitbandausbau nutzen zu können.“

Aufgrund der Eigenschaft als Gesetzesentwurf gilt es zu beachten, dass dieses Umsetzungskonzept den Gesetzesentwurf in seiner aktuellen Fassung betrifft und es daher im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch zu Änderungen kommen kann, die in diesem Konzept nicht antizipiert werden können. Da der Bundesrat in seinem Beschluss vom 25. November

2011 (BR Drucks. 685/11) jedoch die Entwurfsfassung des § 77a Abs. 3 TKG nicht beanstandet, ist davon auszugehen, dass die aktuelle Entwurfsfassung in das TKG aufgenommen wird.

2 Adressaten einer Auskunftspflichtung

Verpflichtet werden können nach dem Wortlaut des § 77a Abs. 3 Satz 1 TKG-E neben Telekommunikationsnetzbetreibern auch Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können.

2.1 Telekommunikationsnetzbetreiber

Der Begriff des Telekommunikationsnetzbetreibers ist im TKG nicht definiert und wird auch bislang im TKG-E nicht definiert. Der Begriff des Telekommunikationsnetzes jedoch ist in § 3 Nr. 27 TKG definiert als

„die Gesamtheit von Übertragungssystemen und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitwegeinrichtungen sowie anderweitigen Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetzen, festen und mobilen terrestrischen Netzen, Stromleitungssystemen, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netzen für Hör- und Fernsehfunksowie Kabelfernsehtnetzen, unabhängig von der Art der übertragenen Information“.

Der Begriff des Betriebens ist zwar nicht mehr im aktuellen TKG definiert, dafür aber in der Zugangsrichtlinie in Art. 2 Ziff. c) als

„ein Unternehmen, das ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt, oder zur Bereitstellung hiervon befugt ist“

erläutert. Ausgehend von dieser Begriffsbestimmung kann § 3 Nr. 2 TKG 1996 nach allgemeiner Ansicht weiterhin zur Auslegung herangezogen werden,² wonach sich das Betreiben eines Telekommunikationsnetzes durch die

„tatsächliche und rechtliche Kontrolle (Funktionsherrschaft) über das Netz“

auszeichnet. Demnach kommt es bei der Frage des Betriebens eines Telekommunikationsnetzes nicht auf die Eigentümerstellung an, sondern vielmehr auf die rechtliche oder tatsächliche Einwirkungsbefugnis auf das Netz: Betreiber ist derjenige, der über die Nutzung (Ob,

² *Mayen* in Scheurle/Mayen Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, § 6 Rn 3; *Fetzer* in Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, 2008, § 6 Rn 15; *Nolte* in Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 2. Auflage, § 16 Rn 11, jeweils m. w. N.

Wann und Wie) des Telekommunikationsnetzes entscheidet. Diese Befugnis kann auch ohne das Eigentum begründet werden, beispielsweise durch Miete, Pacht oder andere dingliche oder schuldrechtliche Einigungen. Praktisch wird sich die Bundesnetzagentur bei der Identifizierung der Telekommunikationsnetzbetreiber an den Meldungen gemäß § 6 TKG orientieren können, wobei allerdings zu beachten ist, dass der Adressatenkreis nach § 77a Abs. 3 TKG-E weiter ist als der nach § 6 TKG. Denn im Gegensatz zu den meisten Normen des TKG, welche Telekommunikationsnetzbetreiber betreffen, adressiert § 77a Abs. 3 TKG-E auch Betreiber von nicht öffentlichen Telekommunikationsnetzen. „Öffentlich zugänglich“ bedeutet eine Nutzung des Netzes durch beliebige natürliche und juristische Personen im Gegensatz zu einer Nutzung durch eine geschlossene Benutzergruppe.³ § 77a Abs. 3 TKG-E richtet sich grundsätzlich auch an die Betreiber von Telekommunikationsnetzen, deren Nutzung lediglich einer geschlossenen Benutzergruppe offen steht. In Betracht kommen hier beispielsweise Firmennetzwerke.

2.2 Unternehmen, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können

2.2.1 Unternehmen

Der Begriff des Unternehmens wird in § 3 Nr. 29 TKG legal definiert als

„das Unternehmen selbst oder mit ihm im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Unternehmen“.

§ 36 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) lautet:

„Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes⁴ oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes⁵, sind die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen.“

³ *Mayen* in Scheurle/Mayen Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, § 3 Rn 39; *Nolte* in Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 2. Auflage, § 16 Rn 17f., jeweils m. w. N.

⁴ „§ 17 Abhängige und herrschende Unternehmen

(1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

(2) Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.“

⁵ „§ 18 Konzern und Konzernunternehmen

(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

(2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

Wirken mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können, gilt jedes von ihnen als herrschendes.“

und § 37 Abs. 1 und 2 des GWB:

„Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:

1.
Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil;
 2.
Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch
 - a)
Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,
 - b)
Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren;
 3.
Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen
 - a)
50 vom Hundert oder
 - b)
25 vom Hundert
 des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;
 4.
jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.
- (2) Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.“

Um zu verhindern, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen in mehrere rechtlich voneinander getrennte Unternehmen aufteilt und somit einer Regulierung entgeht,⁶ ist der Unternehmensbegriff des TKG sehr weit gefasst. So umfasst er durch die Verweisung auf

⁶ *Mayen* in Scheurle/Mayen Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, § 3 Rn 80 m. w. N.

das GWB unter anderem auch abhängige oder beherrschte Unternehmen sowie den Besitz von bestimmten Anteilen an weiteren Unternehmen.

Praktische Auswirkungen für die Anwendung des § 77a Abs. 3 TKG-E könnte der umfassende Unternehmensbegriff allenfalls dahingehend haben, als dass eine Verpflichtung seitens der Bundesnetzagentur sowohl gegen das adressierte Unternehmen als auch gegen die mit diesem im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen ergehen könnte und lediglich einer dieser Rechtspersönlichkeiten nach § 131 Abs. 1 TKG zugestellt werden müsste. Eine Verpflichtung nach § 77a Abs. 3 TKG-E kann jedoch nur gegen Infrastrukturinhaber ergehen, weshalb jedes der verbundenen Unternehmen Inhaber von entsprechender Infrastruktur sein müsste. Lediglich in dem Fall, dass der Bundesnetzagentur bekannt ist, dass gleich mehrere eigenständige juristische Personen oder Personenvereinigungen eines Unternehmens nach § 3 Ziff. 29 TKG Inhaber betreffender Infrastruktur sind, könnte die sog. „Konzernklausel“, § 3 Ziff. 29 TKG dazu führen, dass die Zustellung nur an eine der Rechtspersönlichkeiten erfolgen müsste. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat sich zumindest positiv gegenüber einer solchen Auslegung der „Konzernklausel“ geäußert, aber noch keine abschließende Entscheidung hierzu getroffen.⁷ Wegen der Anforderungen an eine bestimmte Abgrenzung der Unternehmen und Unternehmensteile mit Infrastruktur gegenüber denjenigen, die nicht von der Verpflichtung erfasst werden können, stellt dieser Weg jedoch keine realistische Möglichkeit in der praktischen Umsetzung dar.

Wegen der unterschiedlichen Abhängigkeits- und Beherrschungsmöglichkeiten hat auch eine Verpflichtung an *eine* Gesellschaft mit dem Inhalt, nicht nur die Infrastrukturen der eigenen juristischen Person oder Personengesellschaft zu übermitteln, sondern auch die der abhängigen und beherrschten Gesellschaften im Unternehmensverbund keine praktische Anwendungsmöglichkeit. Denn um zu verhindern, dass eine rechtlich unmögliche Verpflichtung auferlegt wird, müsste die Bundesnetzagentur im Vorhinein prüfen, ob die konkrete Art des Unternehmensverbundes die Muttergesellschaft dazu berechtigt, von den Tochtergesellschaften die entsprechenden Daten zu erheben.

2.2.2 Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können

Der Begriff der Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können ist bei zwei Punkten zu beachten; zum einen bei der Frage des Adressatenkreises und zum anderen bei der Abfrage der erforderlichen Daten hinsichtlich dieser Einrichtungen durch die Bundesnetzagentur. An dieser Stelle soll zunächst der Begriff dieser Einrichtungen an sich erläutert werden um darzustellen, wer als Inhaber solcher Einrichtungen als Adressat einer Verpflichtung durch die Bundesnetzagentur in Frage kommt. Da die Bundesnetzagentur jedoch nur solche Adressaten verpflichten wird, deren Einrichtungen sie für die Erreichung des Zwecks des Infrastrukturatlases für erforderlich hält, wird gleichzeitig unter diesem Punkt die

⁷ BVerwG, Beschluss vom 07.07.2008, 6 B 14/08; BVerwG, Beschluss vom 07.07.2008, 6 B 29/08.

Frage geklärt werden, welche der Einrichtungen durch die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Ermessens tatsächlich angefordert werden sollen.

Eine Definition der „Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können, findet sich im TKG-E nicht.

Jedoch ist „Telekommunikation“ definiert in § 3 Nr. 22 TKG als:

„der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“

und Telekommunikationsanlagen in § 3 Nr. 23 TKG als

„technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“.

Da Telekommunikationsanlagen gerade dazu bestimmt sind, zu Telekommunikationszwecken genutzt zu werden, fallen diese unter den Begriff der Einrichtungen gemäß § 77a Abs. 3 TKG-E. Gemäß dem Wortlaut von § 77a Abs. 3 TKG-E umfassen Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken geeignet sind jedoch auch ferner

„Gebäude, Gebäudezugänge, Verkabelungen oder Kabelkanäle in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte und Verteilerkästen“.

Dieser Wortlaut ist bis auf die Kabelkanäle identisch mit der beispielhaften Aufzählung in Art. 12 RL Abs. 4 2002/21/EG.⁸

Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können sind demnach entweder Telekommunikationsanlagen oder Einrichtungen, die für den Zweck der Installation bzw. dem Betrieb von Telekommunikationsanlagen geeignet sind.

Der Begriff muss insbesondere vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck und der Entwicklung des Infrastrukturatlas ausgelegt werden. Das bedeutet, dass die Geeignetheit für den Zweck der Mitnutzung im Rahmen des Breitbandaus- und -aufbaus, also des hochbitratigen Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen im Vordergrund steht. Demnach sind solche Einrichtungen vor allem in der physischen Infrastruktur möglicher Breitbandinfrastrukturen zu sehen, die zu einer Mitnutzung im Rah-

⁸ Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffes Einrichtungen finden sich ferner in weiteren Regelungen der geplanten TKG-Novelle und umfassen die hier vertretene Auffassung. So werden Einrichtungen insbesondere in § 3 Nr. 32 TKG-E bei der Definition von „Zugang“ erwähnt und im Rahmen der Definition von „zugehörige Einrichtungen“ in § 3 Nr. 33b TKG-E ebenfalls in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 2 e) RL Abs. 4 2002/21/EG (Definition „zugehörige Einrichtungen“) weiter erläutert.

men des Auf- und Ausbaus von Breitbandnetzen geeignet sind. Daher werden die Einrichtungen nach § 77a Abs. 3 TKG-E im Folgenden auch mit „Infrastrukturen“ bezeichnet.

Bislang werden im Rahmen einer freiwilligen Teilnahme gemäß Ziffer 2. der Rahmenbedingungen für den bundesweiten Infrastrukturatlas bei der Bundesnetzagentur Phase 2⁹ insbesondere die folgenden Infrastrukturen aufgenommen:

- „Leitungsgebundene Telekommunikationsinfrastruktur: Streckenverläufe der Glasfasernetze bis zur Ebene des Kabelverzweigers bzw. letzten Netzknotens vor der Hausanschlussebene, Knotenpunkte - Hauptverteiler (HVT), Kabelverzweiger (KVz), Leerrohrtrassen
- Funkgestützte Telekommunikationsinfrastruktur: Senderstandorte, Richtfunkstrecken, Backbone-Anbindungen der Senderstandorte
- Weitere geeignete Infrastrukturen: Wegeführung von Netzen der Energieversorgung (Strom, Gas, Wärme, Wasser, Abwasser), Strommasten inklusive eventueller Antennenträgerstandorte, vorhandene Leerkapazitäten (Kabelkanäle und Kabelschächte), Potenzielle Antennenstandorte auf hohen Gebäuden, Windräder, Kirchtürme oder andere hohe Türme oder Gebäude
- Infrastrukturen an Verkehrswegen: Leerrohre und freie Leitungen an Autobahnen, Bundesstraßen, Landstraßen, Wasserstraßen und Bahnstrecken“

Zusätzlich zu diesen Infrastrukturen ermöglicht die gesetzliche Grundlage des § 77a Abs. 3 TKG-E schon aufgrund der Aufzählung von Musterbeispielen die Anforderung weiterer Infrastrukturen wie Gebäudezugänge, Verkabelungen und Kabelkanäle in Gebäuden sowie Einstiegsschächte und weitere Arten von Verteilerkästen.

Im Hinblick auf die Breitbandstrategie der Bundesregierung und das daraufhin eingerichtete NGA-Forum bietet es sich an, die Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können, im Rahmen zukünftiger Verpflichtungen entsprechend der Ergebnisse des NGA-Forums¹⁰ zu klassifizieren.

Mitbenutzbare Infrastrukturen finden sich demnach in mehreren NGA-Ebenen. Grundsätzlich kann hierbei unterschieden werden zwischen passiver und aktiver Infrastruktur. Unter passiver Infrastruktur wird insbesondere die physische Infrastruktur verstanden. Hierunter fallen diejenigen Einrichtungen, die dazu dienen, physikalische Verbindungswege bereitzustellen. Grundsätzlich kann bei der passiven Infrastruktur wiederum unterschieden werden zwischen

⁹ Vgl. Rahmenbedingungen für den bundesweiten Infrastrukturatlas vom 24.06.2011, abrufbar unter: http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Infrastrukturatlas/infrastrukturatlas_node.html.

¹⁰ Vgl. Grundsatzdokument V 1.0 vom 04.05.2011 abrufbar unter: http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/RegulierungTelekommunikation/NGAForum/NGAForum_Basepage.html

Übertragungsmedien und Einrichtungen zur Nutzung von Übertragungsmedien. Übertragungsmedien stellen zurzeit insbesondere Kupferleitungen, Glasfasern und Luftschnittstellen (optisch und elektromagnetisch) dar. Zu den Einrichtungen zur Nutzung von Übertragungsmedien zählen insbesondere Leerrohre, Funkmasten, Technikräume und -flächen, Kabelschächte. Die passive Infrastruktur wird vorwiegend durch die unterste Ebene des NGA-Ebenenmodells abgebildet.

Die aktive Infrastruktur dient dem Betrieb passiver Infrastruktur. Innerhalb der aktiven Infrastruktur werden insbesondere logische Verbindungen mit definierten Bedingungen geschaltet. Unter die aktive Infrastruktur fällt insoweit auch der Betrieb von aktiven Netzelementen. Die aktive Infrastruktur erstreckt sich im Gegensatz zur passiven Infrastruktur über mehrere Ebenen des NGA. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um Telekommunikationsanlagen, die hochbitratiges Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Signalen ermöglichen und grundsätzlich zur Mitbenutzung geeignet erscheinen. Hierzu können unter anderem auch OLT (Optical Line Termination), Multiplexer (bspw. DSLAM), MSC (Mobile Switching Center), BSC (Base Station Controller im Hinblick auf Backhaul), Bridges, (Soft-)Switches oder Router zählen.

Zu beachten ist jedoch, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist und sich insbesondere im Zuge weiterer technischer Innovationen verändern kann. Beispielsweise wurde 2010 von Herstellerkreisen die Open Lambda Initiative (OLI) ins Leben gerufen, mit dem Ziel eine offene Netzarchitektur unter Berücksichtigung der Anforderungen zukünftiger Access-Netze zu konzipieren. Kernziel ist dabei die dynamische Aufteilung des Spektrums einer Glasfaser. Dies eröffnet die Möglichkeit der flexiblen Einführung verschiedener Technologien auf derselben Glasfaser, wodurch der Großteil des verfügbaren Glasfaserspektrums genutzt werden kann. Insbesondere im Hinblick auf die Mitnutzung vorhandener Infrastrukturen werden hierdurch große Synergiepotentiale erwartet.

In der Praxis des freiwilligen Infrastrukturatlas haben die teilnehmenden Infrastrukturihaber von den oben genannten Infrastrukturen jedoch zumeist nur die gängigsten gemeldet. Dies sind insbesondere Glasfasernetze, Leerrohre und Senderstandorte.

Der Bundesnetzagentur steht nach dem Entwurfstext ein Ermessen hinsichtlich der Anforderung von Infrastrukturdaten zu („Die Bundesnetzagentur kann ...“). Der Bundesnetzagentur steht es somit frei, welche der oben genannten Infrastrukturen, die unter das Tatbestandsmerkmal „Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können“ subsumiert werden können, sie tatsächlich von den Infrastrukturihabern anfordert. In Anlehnung an die praktischen Erfahrungen sollen auch bei der Ausführung der gesetzlichen Ermächtigung im Rahmen des Ermessensspielraumes der Bundesnetzagentur nur solche Infrastrukturen angefordert werden, die sich in der Praxis bewährt haben oder für die zukünftig in der Praxis ein Bedarf entsteht.

2.2.3 Verfügen

Wie bereits unter Punkt 2.1 bei dem Begriff des Betriebens eines Telekommunikationsnetzes ausgeführt, ist auch unter „verfügen“ die tatsächliche Funktionsherrschaft über die oben genannten Einrichtungen zu verstehen. Damit ist das Unternehmen Adressat einer Verpflichtung nach § 77a Abs. 3 TKG-E, das die Verfügungsmacht über die Einrichtungen innehat.

2.3 Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können

Hinsichtlich des Begriffs der Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können, kann vollumfänglich auf die Ausführungen im Rahmen von Punkt 2.2.2 verwiesen werden.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind rechtsfähige Organisationen des öffentlichen Rechts wie öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Darunter fallen somit hauptsächlich Gebietskörperschaften wie der Bund, die Länder, Landkreise und Gemeinden, Hochschulen, Kammern sowie diverse Religionsgemeinschaften (Körperschaften) sowie öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Sparkassen (Anstalten).¹¹ Als Infrastrukturinhaber sind für den Infrastrukturatlas neben den Gebietskörperschaften beispielsweise Rundfunkanstalten, aber auch Sparkassen und Universitäten interessant.

2.4 Praktische Identifikation der Adressaten

Im Rahmen einer Verpflichtung zur Herausgabe von Infrastrukturdaten für die Aufnahme in den Infrastrukturatlas nach § 77a Abs. 3 TKG-E ist es wichtig, dass die Bundesnetzagentur im Vorfeld von den betroffenen Unternehmen Auskunft darüber verlangen kann, wer konkret Inhaber der Infrastrukturen ist, bzw. die unter Punkt 2.1 und Punkt 2.2.3 angesprochene Funktionsherrschaft innehat. Denn nur der konkrete Inhaber bzw. Betreiber der Infrastruktur ist richtiger Adressat einer solchen Verpflichtung. Oft fehlt es jedoch an der notwendigen Transparenz diesbezüglich. Beispielsweise in Konzernstrukturen ist der konkrete Infrastrukturinhaber nicht immer offensichtlich. Gerade in einem kostenintensiven Bereich wie dem Auf- und Ausbau von Breitbandnetzen ist es nicht unüblich, dass die betreffende Infrastruktur als Sicherheit der Finanzierung an einen Kreditgeber übertragen und dann von dem Betreiber des Netzes zurück gemietet oder gepachtet wird. Eigentum und Funktionsherrschaft können somit auseinanderfallen.

Die Bundesnetzagentur geht davon aus, durch formlose Anfragen bei den betreffenden Unternehmen auf freiwilliger Basis Informationen über den konkreten Inhaber der Funktions-

¹¹ Weitere Fälle und Erläuterungen zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind insbesondere den gängigen Kommentierungen zu § 89 BGB zu entnehmen.

herrschaft über die betreffenden Infrastrukturen zu erhalten und appelliert an dieser Stelle zwecks Vermeidung unnötigen Verwaltungsaufwandes sowohl auf Seiten der Unternehmen als auch auf Seiten der Bundesnetzagentur an die Infrastrukturihaber und Konzernunternehmen, kooperativ mit der Bundesnetzagentur zusammenzuarbeiten. Sollte dies nicht der Fall sein, sind Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und die Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit nach § 127 Abs. 1 TKG verpflichtet, der Bundesnetzagentur auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die für den Vollzug des TKG erforderlich sind. Der Vollzug des TKG umfasst nach der Einführung des § 77a Abs. 3 TKG-E auch die Erstellung des Infrastrukturatlas, sodass zumindest Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen der Bundesnetzagentur auf förmliche Anfrage nach § 127 Abs. 3 TKG verpflichtet sind, ihr den Inhaber der Funktionsherrschaft über die betreffende Infrastruktur mitzuteilen. Gemäß § 127 Abs. 3 TKG hat eine solche Anforderung der Auskunft durch die Bundesnetzagentur durch schriftliche Verfügung zu ergehen, in der die Rechtsgrundlagen, der Gegenstand und der Zweck des Auskunftsverlangens anzugeben und eine angemessene Frist zu bestimmen ist.

Verfahrenstechnisch wird eine solche Anforderung vor der durch § 28 VwVfG vorgeschriebenen Anhörung (näher hierzu vgl. die Ausführungen zu Punkt 4.2) stattfinden, um den richtigen Adressaten einer Verpflichtung zu ermitteln, der dann wiederum gemäß § 28 VwVfG angehört wird.

§ 77a Abs. 3 TKG-E umfasst jedoch neben Telekommunikationsnetzbetreibern nach dem aktuellen Entwurf auch Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, „die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können“. Darunter fallen nicht nur Anbieter von Telekommunikationsdiensten, sondern auch weitere Unternehmen wie beispielsweise Energie- oder Schienennetzbetreiber, die nicht dem Auskunftsanspruch nach § 127 Abs. 1 TKG unterfallen. Diesen gegenüber besteht nach den bisherigen Gesetzesentwurfsregelungen kein verpflichtender Auskunftsanspruch über die Inhaberschaft an Infrastrukturen. Diesbezüglich ist die Bundesnetzagentur folglich auf eine freiwillige Mitarbeit der Unternehmen angewiesen. Denkbar ist in der Praxis sowohl der Weg über eine formlose schriftliche Befragung der in Betracht kommenden Unternehmen vor der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens als auch der, die Unternehmen im Rahmen einer Anhörung gemäß § 28 VwVfG zu befragen. Praktischer ist jedoch sicherlich der Weg über eine formlose Befragung, soweit die Bundesnetzagentur nicht bereits auf anderem Wege hinreichende Kenntnis von der Inhaberschaft von Infrastrukturen hat, die eine Einleitung eines Verwaltungsverfahrens rechtfertigen.

Jedoch wird nicht nur die Identifizierung des konkreten Adressaten, sondern auch der Prozess der Identifizierung der Adressatenkreise an sich bereits hohe personelle und organisatorische Anforderungen an die Bundesnetzagentur stellen. Aufgrund des sehr weit gefassten Adressatenkreises in § 77a Abs. 3 TKG-E rechnet die Bundesnetzagentur mit einer fünfstelligen Anzahl von möglichen Infrastrukturihabern, die für eine Verpflichtung grundsätzlich in Betracht kommen.

Es ist insofern angesichts der zu erwartenden individuellen Klärungen, die die zunächst formlosen Anfragen erfahrungsgemäß mit sich bringen, davon auszugehen, dass für eine

weitgehend vollständige Erfassung der relevanten Infrastrukturen ein Zeitraum von mehreren Jahren erforderlich sein wird. Vor diesem Hintergrund ist ein strukturiertes Vorgehen im Sinne eines sukzessiven Abarbeitens der in Frage kommenden Infrastrukturihaber erforderlich. Es ist beabsichtigt, potenzielle Infrastrukturihaber in Gruppen einzuteilen und anzuhören. Hierbei ist beabsichtigt, eng mit den Ländern sowie den jeweiligen Verbänden zusammenzuarbeiten, um mit deren Unterstützung an die Infrastrukturihaber heranzutreten. Bei den Gebietskörperschaften kann darüber hinaus in bewährter Weise mit den kommunalen Spitzenverbänden kooperiert werden. Die Einbeziehung juristischer Personen des öffentlichen Rechts erfordert die Unterstützung der Länder, die noch mehr als bislang kommunale Infrastrukturen erheben und für den Infrastrukturatlas zur Verfügung stellen sollten. Da die Einbeziehung öffentlicher Infrastrukturen in § 77a Abs. 3 TKG-E auf Initiative des Bundesrats erfolgte, geht die Bundesnetzagentur diesbezüglich von einer breiten Unterstützung der Länder aus. Die auf Initiative des Breitbandbüros des Bundes gegründete Arbeitsgemeinschaft Geoinformationssysteme auf Bund-Länder-Ebene, die im Frühjahr 2012 zu Ergebnissen kommen soll, wird hierbei wichtige Arbeit leisten. So soll in einem ersten Schritt ein Datenmodell für die Kommunen erarbeitet werden und darauf aufsetzend eine Handlungsempfehlung an die Länder ergehen.

3 Umfang einer Verpflichtung

Nach dem Wortlaut des § 77a Abs. 3 TKG-E Satz 1 kann die Bundesnetzagentur die Informationen verlangen, die für die Erstellung eines detaillierten Verzeichnisses über Art, Verfügbarkeit und geografische Lage dieser Einrichtungen erforderlich sind.

3.1 Detailliertes Verzeichnis

Sinn und Zweck der Regelung des § 77a Abs. 3 TKG-E ist es, neben dem bisher bereits auf freiwilliger Basis bei der Bundesnetzagentur geführten bundesweiten Infrastrukturatlas zur Erhöhung der Qualität und Quantität der Datenbasis auch solche Infrastrukturihaber zu verpflichten, die bisher nicht freiwillig teilnehmen und eine verbesserte, d. h. einheitliche Datenqualität zu erreichen. Dies wird auch durch die Bezugnahme der Begründung auf den Infrastrukturatlas der Bundesnetzagentur deutlich. Als „Verzeichnis“ ist folglich der Infrastrukturatlas zu verstehen. Dieser ist ein bei der Bundesnetzagentur geführtes Geoinformationssystem (nachfolgend „GIS“), in welchem die Geodaten der betreffenden Infrastrukturen gespeichert sind. Die Bundesnetzagentur hat sich bei den Festlegungen zu den Auskünften aus dem freiwilligen Infrastrukturatlas mit allen Beteiligten auf eine stufenweise Realisierung des Projektes geeinigt:

In der von Dezember 2009 bis September 2011 durchgeführten Phase 1 hatte allein die Bundesnetzagentur ein unmittelbares Zugriffsrecht auf die Daten des Infrastrukturatlas. Hier ermöglichte der Infrastrukturatlas ausschließlich die Kontaktvermittlung zwischen Abfrage- und Nutzungsberechtigten auf der einen und Infrastrukturihabern auf der anderen Seite. Es

wurden lediglich Daten über die Art der Infrastruktur und Ansprechpartner beim Infrastrukturihaber von der Bundesnetzagentur an die Berechtigten weitergegeben.

In der aktuellen Phase 2 kann die Bundesnetzagentur auch Daten über die Lage der Infrastrukturen an die Berechtigten herausgeben. Hierzu stellt die Bundesnetzagentur den Abfrage- und Nutzungsberechtigten Kartenausschnitte in elektronischer Form als PDF-Dokument zur Verfügung. Die Kartenausschnitte enthalten die der Bundesnetzagentur gemeldete Infrastruktur. Die Infrastrukturen werden im Kartenausschnitt vergrößert dargestellt, das heißt nicht mit der exakten geografischen Lage. Die Vergrößerung wird realisiert durch die Darstellung der Geometrien (Punkt/Linien) in einer festgelegten Breite (75 m/125 m) bezogen auf den Maßstab 1:30.000 (siehe hierzu unter Punkt 3.1.3). Die Infrastrukturen werden nur bis zu einem Maßstab von 1:30.000 visualisiert, unter diesem Maßstab werden keine Infrastrukturgeometrien angezeigt. Neben der Kontaktaufnahme ermöglicht der Infrastrukturatlas somit nunmehr auch eine erste Grobplanung im Rahmen des jeweiligen Breitbandausbauprojekts.

In Phase 3 („Web-GIS-Applikation“) wird die Bundesnetzagentur das endgültige System des Infrastrukturatlas in Betrieb nehmen. Die berechtigten Nutzer erhalten dann auf Antrag und nach Berechtigungsprüfung einen gesicherten Online-Zugang zur Web-GIS-Applikation des Infrastrukturatlas. Sowohl in Phase 2 als auch in Phase 3 haben die Berechtigten keinen unmittelbaren Zugriff auf die Daten des Infrastrukturatlas. In der Phase 3 werden die Benutzer des Infrastrukturatlas trotz Web-Applikation stets nur Zugriff auf individuell freigegebene projektbezogene Abfragegebiete erhalten. Die eigentlichen Infrastrukturdaten sind im Infrastrukturatlas ausschließlich intern und für Dritte nicht zugänglich bei der Bundesnetzagentur gespeichert. Die jeweils betriebenen Server sind physikalisch voneinander getrennt.

Die Frage, welche Informationen für die Erstellung eines detaillierten Verzeichnisses über Art, Verfügbarkeit und geografische Lage erforderlich sind, werden im Hinblick auf die Anforderungen des bereits bestehenden Infrastrukturatlas jeweils bei den Merkmalen Art, Verfügbarkeit und geografische Lage thematisiert.

3.1.1 Art der Einrichtungen

Art der Einrichtungen bedeutet im Grundsatz die Unterscheidung, die bereits unter Punkt 2.2.2 (Einrichtungen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können) dargelegt wurde.

Abhängig von den Sachattributen, die in der Web-GIS-Lösung abgebildet werden können, wird von den Infrastrukturihabern eine Einordnung ihrer Infrastrukturen gefordert werden. Sachattribute sind an die Geometrie der Infrastruktur angehängte weitere informierende, erklärende und beschreibende Informationen, insbesondere Gegenstand, Betreiber, Kontakt, Verfügbarkeit. Sachattribute können sich nicht zuletzt aufgrund stetiger technischer Neuerungen und im Zuge der Weiterentwicklung des Web-GIS auch ändern. Die bisher im Rahmen der freiwilligen Teilnahme am Infrastrukturatlas gemachten Erfahrungen haben gezeigt, dass Infrastrukturihaber Ihre Infrastrukturen durchaus unterschiedlich erfassen und dementsprechend liefern. Als Beispiel sei hier die Einordnung eines Rohrs, das mit einem Glas-

faserkabel befüllt ist, zu nennen. Eine Meldung an die Bundesnetzagentur sollte grundsätzlich zum einen das Rohr und zum anderen das Glasfaserkabel umfassen. Denn hier kann die Verfügbarkeit für Rohr und Kabel unterschiedlich beurteilt werden; in das Rohr könnten weitere Kabel eingezogen werden und bei dem Glasfaserkabel kann es sein, dass einzelne Fasern unbeleuchtet sind. Eine unterschiedliche Erfassung solcher Infrastrukturen bei den Infrastrukturiern kann jedoch dazu führen, dass ein Unternehmen den oben aufgezeigten Sachverhalt lediglich als Glasfaserkabel meldet, ein anderes jedoch Leerrohre oder „dark fibre“ meldet.

Sachattribute die nicht selbsterklärend oder allgemeingültig sind und nur unternehmensintern genutzt werden, für den Infrastrukturatlas aber von Relevanz sind, sind der Bundesnetzagentur zu erläutern.

Die unterschiedliche Erfassung und Vergabe von Sachattributen hat viele Gründe. Die Erfassung ist historisch gewachsen, zu unterschiedlichen Zeitpunkten digitalisiert worden, weist branchenspezifische Unterschiede auf, ist an verschiedene GIS-Software geknüpft und teilweise im Rahmen von Umstrukturierungen und Firmenübernahmen weiteren Veränderungen unterworfen. Eine Standardisierung dieser Datenhaltung für den Infrastrukturatlas erscheint zunächst nicht verhältnismäßig. Andererseits kann ein unkoordiniertes Nebeneinander unterschiedlicher Sachattribute den Wirkungsgrad des Infrastrukturatlas verringern. Bis zu der Etablierung von Standardsachattributen wird die Bundesnetzagentur die Einordnung der Unternehmen unter die Sachattribute der Bundesnetzagentur übernehmen.

3.1.2 Verfügbarkeit

Bislang sind im Infrastrukturatlas lediglich Informationen über die Art und die geografische Lage der Infrastrukturen enthalten. § 77a Abs. 3 TKG-E eröffnet der Bundesnetzagentur jedoch zusätzlich die Möglichkeit, Informationen über die Verfügbarkeit der Infrastrukturen zu erheben.

Der Bundesnetzagentur liegen wenig belastbare Erkenntnisse darüber vor, wie das Kriterium der Verfügbarkeit, das auf die entsprechende Formulierung in Art. 12 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie zurückgeht, auszulegen ist. Die Vorstellungen reichen von einer recht einfachen Differenzierung (verfügbar / nicht verfügbar) bis hin zu detaillierten technischen Parametern über die tatsächliche Auslastung der einzelnen Infrastrukturarten.

Aus Sicht der Bundesnetzagentur geht es bei der Verfügbarkeit in erster Linie darum, dem Nutzer im Rahmen seiner Planungen erste Anhaltspunkte über die tatsächliche Mitnutzbarkeit der jeweiligen Infrastruktur zu vermitteln. Hierbei kommen grundsätzlich verschiedene Kriterien in Betracht wie beispielsweise Hersteller, Typenbezeichnung, Material, Konformität und Nutzungsgrad. Andererseits darf dies aber nicht dazu führen, dass der Infrastrukturatlas mit Details überfrachtet wird, die in der ersten Planungsphase noch nicht zwingend benötigt werden. Insofern kommt es darauf an, diejenigen Kriterien zu bestimmen, die für den Nutzer ein Ausschlusskriterium für die weitere Planung darstellen, um sowohl dem Nutzer als auch dem jeweiligen Infrastrukturiern unnötige Nachfragen zu einzelnen Infrastrukturen zu

ersparen. Gleichzeitig sollte die Bereitstellung und Aktualisierung der Informationen über die Verfügbarkeit für die Infrastrukturihaber mit einem vertretbaren Aufwand verbunden sein.

Insofern gilt es hier, einen Kompromiss zu finden, der beiden Seiten gerecht wird. Es sollten Daten erhoben und bereitgestellt werden, die den potentiellen Verhandlungspartnern relevante Informationen für die Evaluierung konkreter Mitnutzungsmöglichkeiten liefern.

Um dies näher einzugrenzen, wird zeitgleich mit diesem Umsetzungskonzept ein Fragebogen veröffentlicht¹², mit dem zum einen die Bedürfnisse der Benutzer des Infrastrukturatlas als auch die Möglichkeiten der Differenzierung seitens der Infrastrukturihaber auf der Grundlage der Möglichkeiten des § 77a Abs. 3 TKG-E erfasst werden sollen.

Aufsetzend auf den dabei erzielten Ergebnissen wird die Bundesnetzagentur bei der zukünftigen Anwendung im Rahmen ihres Ermessens entscheiden, in welchem Umfang auch Informationen zur Verfügbarkeit erhoben werden.

3.1.3 Geografische Lage

Mit der Auskunft über die geografische Lage von Infrastrukturen soll es dem Abfrageberechtigten ermöglicht werden, eine räumliche Zuordnung der Infrastrukturen herzustellen.

Daher soll das Verzeichnis die geografische Lage der jeweiligen Infrastruktur abbilden. Die Daten sind in vektorisierter und georeferenzierter Form und damit auf Grundlage von Koordinaten zu übermitteln. Das diesen Koordinaten zugrundeliegende Bezugssystem bzw. Referenzsystem ist der Bundesnetzagentur mitzuteilen. Als Datenaustauschformat kommt jedes Format in Frage, welches raumbezogene Daten in vektorisierter und georeferenzierter Form aufnimmt und einen Transfer der Geodaten inklusive der anhängenden Sachattribute in ein koordinatenführendes Zielsystem erlaubt. Formate wie PDF (Portable Document Format) oder JPG (Grafikformat) zählen beispielsweise nicht hierzu .

Analog zur zweiten Phase des Infrastrukturatlas soll die geografische Lage grundsätzlich vergrößert dargestellt werden. So erhalten die Berechtigten derzeit nur die Information, dass ein Punktelement in einem Radius von 125 m und Linienstrukturen in einem 75 m breiten Korridor liegen. Der Anzeigemaßstab beträgt maximal 1:30.000.

Diese Darstellung hat sich in Phase 2 als ausreichend für die erste Planungsphase erwiesen. Allerdings zeichnet sich mittlerweile ab, dass diese Art der Darstellung bei einer zunehmenden Befüllung des Infrastrukturatlas mit Infrastrukturdaten an praktische Grenzen stößt. So leidet die Übersichtlichkeit der Darstellung deutlich unter den Maßnahmen der Vergrößerung. Dies kann im Einzelfall soweit führen, dass die gemeldeten Infrastrukturen die Hintergrund-

¹² Der Fragebogen kann auch auf der Internetseite der Bundesnetzagentur unter http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1932/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Infrastrukturatlas/infrastrukturatlas_node.html heruntergeladen werden.

karten vollständig überdecken, was selbst bei transparenter Darstellung eine räumliche Zuordnung unmöglich macht. Ab einer gewissen Menge an Informationen ist daher eine differenziertere Darstellung erforderlich, um den Nutzern die notwendigen Informationen bereitzustellen. Die Bundesnetzagentur behält sich daher vor, die Darstellung entsprechend anzupassen, soweit sich dies als erforderlich erweisen sollte.

4 Verpflichtung

4.1 Art der Verpflichtung

Der Wortlaut des Gesetzesentwurfes gibt keine bestimmte Form des Verwaltungshandelns konkret vor. Da er insbesondere keine Verordnungsermächtigung im Sinne des Art. 80 GG enthält, scheidet ein Handeln durch Rechtsverordnung bereits aus.

Es kommt bei einer einseitigen Verpflichtung seitens der Bundesnetzagentur jedoch ein Handeln in Form eines Verwaltungsaktes gemäß § 35 VwVfG (des Bundes) in Betracht. Auch die Verpflichtung zu einer Datenlieferung (Auskunft) ist grundsätzlich mittels eines Verwaltungsaktes möglich.¹³

Diesbezüglich muss jedoch zwischen einem Verwaltungsakt in Form eines konkret-individuellen Verwaltungsaktes je verpflichtetem Adressaten und einer konkret-generellen Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 1 VwVfG (diesbezüglich kommt eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur in Betracht) unterschieden werden.

Für die individuelle Verpflichtung der Adressaten durch individuellen Verwaltungsakt im Gegensatz zu dem Handeln durch Allgemeinverfügung sprechen die folgenden Gesichtspunkte:

- **Bestimmbarkeit:** Der Adressatenkreis einer Allgemeinverfügung muss *zu der Zeit ihres Erlasses* nach allgemeinen Merkmalen bestimmbar sein. Um alle zur Erstellung des Infrastrukturatlas erforderlichen Daten abzudecken, wäre u. a. der Adressatenkreis und die Beschreibung der angeforderten Daten nicht wesentlich spezifischer als der jetzige Wortlaut der Ermächtigungsnorm.
- Der weite Anwendungsbereich des § 77a Abs. 3 TKG-E (s. o.) erfordert insbesondere vor dem Verhältnismäßigkeitsgebot des Abs. 4 und einer rechtmäßigen Ermessensausübung eine Abwägung im Einzelfall.
- **Praktikabilität:** Der Adressatenkreis des § 77a Abs. 3 TKG-E ist so weit, dass er neben Netzbetreibern auch weitere Unternehmen umfasst. Die Veröffentlichung einer

¹³ VG Hamburg, Urteil vom 01.10.2009, 9 K 24/07, nachfolgend OVG Hamburg, Beschluss vom 03.02.2010, 4 Bf 352/09.Z.

Allgemeinverfügung (insbesondere im Amtsblatt der Bundesnetzagentur) würde jedoch außer den Telekommunikations- und Energienetzbetreibern viele der übrigen Adressaten nicht erreichen. Insgesamt würde die Kenntnis der jeweiligen Infrastrukturihaber von der Allgemeinverfügung nicht in befriedigendem Maß gewährleistet werden.

- Ein zumindest zu Anfang einer rechtlichen Verpflichtungsmöglichkeit notwendiges Nebeneinander von einseitiger Verpflichtung und freiwilliger Teilnahme am Infrastrukturatlas wäre durch einen individuellen Verwaltungsakt einfacher zu gewährleisten. Denn durch eine Allgemeinverfügung würde es bei den bestehenden freiwilligen Teilnehmern eventuell zu Abgrenzungsproblemen führen.
- Rechtssicherheit: Durch das individuelle Eintreten der Bestandskraft bei individuellen Verwaltungsakten ist bei der Herausgabe der Daten für alle Beteiligten eine erhöhte Rechtssicherheit gegeben.
- Dauer: Problematisch wäre ferner die Dauer einer solchen Allgemeinverfügung, insbesondere vor dem Hintergrund eines stets wechselnden Adressatenkreises. Insgesamt wäre hier also auch eine weitere Fehlerquelle und eine Quelle für Ungleichbehandlungen gegeben.

Vorzugswürdig ist also ein Handeln der Bundesnetzagentur durch konkret-individuellen Verwaltungsakt.

Als weiteres Element der Verpflichtung ist eine individuell-abstrakte Regelung mit Dauerwirkung derart denkbar, dass dem jeweiligen Adressaten aufgegeben wird, die gelieferten Daten in regelmäßigen Zeitabständen zu aktualisieren bzw. eine Meldung über den aktuellen Stand der Infrastrukturen zu geben. Aufgrund der Menge der bevorstehenden Verpflichtungen und Vertragsschlüsse ist wohl ein Intervall von einem Jahr angemessen, obwohl ein kürzeres Intervall gerade bei sehr aktiven Infrastrukturihabern wünschenswert wäre. Soweit eine Arbeit mit automatisierten Verfahren möglich ist und die Personal- und Organisationsintensität nachlässt, dürften mittel- bis langfristig auch kürzere Intervalle aufgegeben werden. Eine solche Regelung ist ebenfalls als Verwaltungsakt zu qualifizieren.¹⁴ Einerseits ersparte dies der Bundesnetzagentur, regelmäßig neue Verwaltungsakte zu erstellen und auf der anderen Seite ersparte es den Infrastrukturihabern eine ständige behördliche Kontrolle und Überwachung.

Um dieses Dauer-Element der Verpflichtung für die Betroffenen abzumildern bietet sich weiterhin eine Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Bedingung gemäß § 36 Abs. 2 Ziff. 2 VwVfG an. Die Verpflichtung zur Aktualisierung der Daten könnte an die Geltung der von der Bundesnetzagentur nach § 77a Abs. 3 Satz 4 TKG-E festzulegenden Voraussetzun-

¹⁴ Vgl. *Heyle*, Die individuell-abstrakte Regelung des allgemeinen Verwaltungsrechts, NVwZ 2008, 390 ff. m. w. N.

gen für eine Einsichtnahme in den Infrastrukturatlas (Erläuterungen hierzu siehe unter Punkt 6) geknüpft werden. Dies würde praktisch bedeuten, dass die Bundesnetzagentur nach jeder Änderung der Einsichtnahmebedingungen die Beteiligten erneut entweder grundsätzlich zur Datenlieferung verpflichten müsste oder zumindest einen Änderungsbescheid erlassen müsste und somit für die Betroffenen auch hinsichtlich der geänderten Einsichtnahmebedingungen ein erneutes Rechtsmittel bestünde. Um zu verhindern, dass durch eine große Anzahl erneuter Verpflichtungen und den Abschluss vieler neuer freiwilliger Verträge aufgrund einer Änderung der Einsichtnahmebedingungen die Arbeit des Infrastrukturatlas praktisch lahm gelegt wird, ist auch hier jeweils eine längere Übergangsphase vorgesehen. Eine solche Übergangsphase ist vergleichbar mit der Überleitung von Phase 1 auf Phase 2 im Rahmen des freiwilligen Projektes des Infrastrukturatlas zwischen Juni und Oktober 2011. So könnten die neuen Einsichtnahmebedingungen beispielsweise ein halbes Jahr vor ihrem Geltungsbeginn bereits veröffentlicht werden und gleichzeitig die neuen Verpflichtungen befristet erlassen werden nach § 36 Abs. 2 Ziff. 1 VwVfG in dem Sinne, dass die Frist nach § 36 VwVfG erst ab einem bestimmten Zeitpunkt beginnt.

Fraglich ist noch, wie die geforderte Aktualisierung konkret ausgestaltet sein soll. Denkbar ist zum einen die Regelung, dass der jeweilige Infrastrukturihaber bei Änderungen in Art, Verfügbarkeit oder geografischer Lage die Änderungen an die Bundesnetzagentur meldet. Insbesondere aufgrund der häufigen Änderungen der Netzbetreiber an ihren Netzen erscheint eine solche Regelung jedoch sehr unpraktikabel. Während eine tagesgenaue Meldung zu unverhältnismäßig ist, ist eine Abgrenzung, ab welcher Qualität der Änderungen diese gemeldet werden müssen, sehr schwer zu treffen. Praktischer erscheint daher eine Stichtagsregelung, bei der die Infrastrukturihaber entweder jeweils nach einer bestimmten Zeitspanne oder alle an einem einzigen Stichtag Meldung geben müssen, ob, und wenn ja, was sich geändert hat. Diesbezüglich wäre die entsprechende Zeitspanne von der Bundesnetzagentur festzulegen, ohne dass sie sowohl bei der Behörde als auch bei den Infrastrukturihabern zu einem nicht mehr vertretbaren Arbeitsaufwand führt.

Insbesondere wenn Handeln durch Verwaltungsakt zulässig ist, kann gemäß § 54 VwVfG stattdessen auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden. Dies könnte dem jeweiligen Adressaten in der Anhörung gem. § 28 VwVfG angeboten werden. Damit würde bei der Einstellung der Daten jeweils mehr Rechtssicherheit gewährleistet. Die Möglichkeit des Abschlusses eines freiwilligen öffentlich-rechtlichen Vertrages stellt damit weiterhin eine echte Alternative zur einseitigen Verpflichtung dar. Wegen des Schriftformerfordernisses des § 57 VwVfG müsste eine freiwillige Datenlieferung seitens eines Infrastrukturihabers auch aufgrund eines solchen schriftlichen öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgen.

Soweit eine Verpflichtung zur Datenlieferung durch einen Adressaten angefochten werden wird, ist zu beachten, dass eine Verpflichtung gemäß §§ 137 Abs. 1 TKG, 80 Abs. 2 Ziff. 3 VwGO sofort vollziehbar ist. Das bedeutet, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Verpflichtungsbescheid keine aufschiebende Wirkung haben und der Bescheid trotz Widerspruch vollstreckt werden kann. Sofern eine aufschiebende Wirkung angeordnet werden soll, obliegt es folglich den Adressaten, dies im Wege eines Verfahrens nach § 80 Abs. 5

VwGO zu erreichen oder bei der Bundesnetzagentur einen Antrag gemäß § 80 Abs. 4 VwGO zu stellen.

4.2 Verfahren und Form

Das Verfahren besteht in dem üblichen Ablauf eines Verwaltungsverfahrens; insbesondere sind die Betroffenen vor Erlass einer Verpflichtung gemäß § 28 VwVfG anzuhören und die Verpflichtung entsprechend § 39 VwVfG zu begründen. Soweit im Vorfeld des Verwaltungsverfahrens weitere Fragen wie etwa die Inhaberschaft der Funktionsherrschaft im Konzern aufkommen, werden diese im Vorfeld des Verwaltungsverfahrens gegebenenfalls formlos oder, wenn möglich, durch ein vorgelagertes Verfahren nach § 127 TKG geklärt (vgl. bereits unter Punkt 2.4).

Eine Verpflichtung nach § 77a Abs. 3 TKG-E unterliegt grundsätzlich keiner bestimmten Form, wird aber alleine aufgrund des Zustellungserfordernisses des § 131 Abs. 1 TKG schriftlich ergehen.

4.3 Verpflichtung der öffentlichen Hand

Fraglich ist, in welcher Form die Bundesnetzagentur juristische Personen des öffentlichen Rechts verpflichten kann. Mangels Außenwirkung wird das Handeln durch Verwaltungsakt der Behörde in den meisten Fällen verwehrt bleiben. Im Gegensatz zu Telekommunikationsnetzbetreibern und anderen privatrechtlich organisierten Unternehmen bleibt eine Verpflichtung der öffentlichen Hand vielmehr im behördlichen Innenbereich. Außenwirkung gemäß § 35 Satz 1 VwVfG bedeutet, dass ein anderer Rechtsträger unmittelbar in seinen Rechten betroffen wird.¹⁵ Eigene Rechte, in die durch die Bundesnetzagentur eingegriffen werden kann, kommen vor allem bei den kommunalen Gebietskörperschaften in Form der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG in Betracht. Ferner ist ein Eingriff in eigene Rechte aus Art. 5 GG bei Universitäten und Rundfunkanstalten denkbar. Soweit eine Verpflichtung zur Datenlieferung für den Infrastrukturatlas in die vorgenannten Rechte eingreift, kommt also ein Handeln durch Verwaltungsakt in Frage und ist auf das oben unter Punkt 4.1 Gesagte zu verweisen. Insbesondere bei der Verpflichtung des Bundes oder der Länder besteht jedoch keine Möglichkeit der Bundesnetzagentur, durch Verwaltungsakt und damit mittels vollstreckbarem und gerichtlich durchsetzbarem Mittel zu handeln. Eine gerichtliche Durchsetzung einer solchen Verpflichtung des Bundes wäre beispielsweise unabhängig von der Form der Verpflichtung bereits aufgrund von mangelnder Klagebefugnis (Rechtsträger der Bundesnetzagentur Bund gegen den Rechtsträger Bund) nicht zulässig.¹⁶

¹⁵ Vgl. statt aller Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12.Auflage, § 35 Rn 124ff.

¹⁶ vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12.Auflage, § 5 Rn 43.

Auch das Institut der Amtshilfe zwischen Behörden gemäß § 5 VwVfG bzw. der jeweiligen Verfahrensgesetze der Länder (bei der Amtshilfe ist das Recht der ersuchten Behörde maßgeblich) passt nicht auf die vorliegende Konstellation. Einerseits ist Adressat einer Verpflichtung gemäß § 77a Abs. 3 TKG-E nicht eine Behörde, sondern der jeweilige Rechtsträger der Behörde, andererseits bedeutet Amtshilfe, dass das Ersuchen nicht gerade einen Bereich betrifft, der zum Pflichtenkreis der ersuchten Behörde gehört. § 77a Abs. 3 TKG-E normiert aber gerade durch die Verpflichtungsmöglichkeit der Bundesnetzagentur auch jeweils eine eigene Pflicht der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die angeforderten Daten an die Bundesnetzagentur zu liefern.

Im Ergebnis ist die Bundesnetzagentur also bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, bei denen eine Verpflichtung zur Datenlieferung kein Eingriff in eigene Rechte bedeutet, darauf angewiesen, dass der Adressat nach einer Anforderung durch die Bundesnetzagentur die betreffenden Daten auf freiwilliger Basis liefert. Um das Ziel des Gesetzes zu verwirklichen, dass die Datenbasis des Infrastrukturatlas auch im Bereich der öffentlichen Infrastrukturen eine verlässliche Planungshilfe darstellt, wird die Bundesnetzagentur aktiv mit den öffentlichen Infrastrukturiern Kontakt aufnehmen. Das bedeutet, dass die Bundesnetzagentur neben schriftlichen Aufforderungen zur Datenlieferung auch verstärkt die Kooperation mittels übergeordneter Verbänden oder Institutionen suchen wird. Als Beispiel seien hier die kommunalen Spitzenverbände genannt.

5 Absehen von Aufnahme in das Verzeichnis

Nach § 77a Abs. 3 Satz 3 TKG-E ist von einer Aufnahme der betreffenden Einrichtungen in den Infrastrukturatlas abzusehen, wenn eine zu erteilende Information eine Einrichtung betrifft, bei deren Ausfall die Versorgung der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt wird.

Es handelt sich hierbei um eine „Ist-Vorschrift“, der Bundesnetzagentur steht bei der Frage der Aufnahme in den Infrastrukturatlas kein Ermessen zu.

Die Gesetzesbegründung enthält nicht viele Erwägungen zu der Einordnung einer erheblichen Beeinträchtigung der Bevölkerung bei Ausfall der gemeldeten Infrastrukturen. Die Passage

„Die Einrichtungen, die in Abs. 3 Satz 2 aufgezählt werden, betreffen im Regelfall keine Einrichtungen, bei deren Ausfall die Versorgung der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt wird.“

spricht aber wohl dafür, dass die Auslegung der Passage enger vorzunehmen ist als es der Wortlaut an sich zulassen würde und dass zunächst eine Vermutung gegen die Versorgungsrelevanz der Infrastruktur spricht. Weiterhin deutet dies darauf hin, dass eine Einordnung von Infrastrukturen als versorgungsrelevant der absolute Ausnahmefall ist und daher nicht aufgrund allgemeiner Kriterien wie beispielsweise aufgrund der Art einer Infrastruktur, sondern individuell im Einzelfall zu bestimmen ist. Dies bedeutet jedoch auch, dass die Infrastrukturiern selbst der Bundesnetzagentur die Angaben und Tatsachengrundlage für eine Einordnung in diese Kategorie liefern müssen. Denn nur die Infrastrukturiern selbst ken-

nen die konkreten Eigenschaften der Infrastrukturen und können beurteilen, ob die Ausnahmeregelung in Betracht kommt. Entweder wird solche Infrastruktur dann gemäß des Gesetzesentwurfs nicht in den Infrastrukturatlas aufgenommen oder die Bundesnetzagentur übt ihr Ermessen bei der Verpflichtung bereits dahingehend aus, dass solche Infrastrukturen der Bundesnetzagentur erst gar nicht gemeldet werden müssen.

Anhaltspunkte für die Einordnung als erheblich versorgungsrelevante Infrastruktur können diverse Regelungen bieten, die für die Versorgung der Bevölkerung bei erheblichen Störungen der Versorgung der Bevölkerung normiert wurden, wie etwa das Gesetz zur Sicherstellung von Postdienstleistungen und Telekommunikationsdiensten in besonderen Fällen (Post- und Telekommunikationssicherstellungsgesetz – PTSG) sowie Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes (z. B. § 12g EnWG, Schutz europäisch kritischer Anlagen, Verordnungsermächtigung) und das Gesetz zur Sicherung der Energieversorgung (Energiesicherungsgesetz 1975).

Dabei ist zu beachten, dass es weitere sicherheitsrelevante Infrastruktur gibt, welche nicht unter diese Ausnahmeregelung fällt. Die Behandlung solcher Infrastrukturen wird bei der Frage der Ermessenskriterien im Rahmen einer Verpflichtung zur Auskunft behandelt (vgl. unter Punkt 7).

6 Einsichtnahme durch Interessenten

6.1 Durch die Bundesnetzagentur festgelegten Bedingungen für eine Einsichtnahme

Bislang richten sich die Einsichtnahmebedingungen des bundesweiten Infrastrukturatlas nach den „Rahmenbedingungen für den bundesweiten Infrastrukturatlas bei der Bundesnetzagentur“ in der jeweils geltenden Fassung. Diese wurden zunächst im Rahmen der Gremien des IT-Gipfels gemeinsam mit allen Beteiligten und ab 2011 federführend durch die Bundesnetzagentur erarbeitet. Inhaltlich sollen die Einsichtnahmebedingungen im Rahmen einer Verpflichtung nach § 77a Abs. 3 TKG-E auf den Grundsätzen dieser bislang geltenden Rahmenbedingungen aufsetzen und nur auf die weiteren Erfordernisse der Nutzung des Infrastrukturatlas auf Basis eines webbasierten Zugangs angepasst werden.

6.1.1 Art der Maßnahme

§ 77a Abs. 3 TKG-E enthält weder hinsichtlich der von der Bundesnetzagentur festzulegenden Voraussetzungen für die Einsichtnahme von Interessenten noch für die konkrete Einsichtnahmegewährung in den Infrastrukturatlas weitere Vorgaben zu der Ausformung. Um die Voraussetzungen für die Einsichtnahme festzulegen, kommt zum einen der Weg über die Allgemeinverfügung und zum anderen eine Festlegung durch Verwaltungsvorschriften in Frage.

Eine Allgemeinverfügung würde die größtmögliche Verbindlichkeit gegenüber allen von einer Verpflichtung zur Datenlieferung Betroffenen sowie den Nutzern gewährleisten. Zwar wäre der Adressatenkreis bei Erlass der Einsichtnahmebedingungen noch nicht bestimmt und könnte nicht auf einen geschlossenen Personenkreis beschränkt werden. Soweit man aber die Konkretheit der Regelung in Bezug auf die Nutzung des Infrastrukturatlases genügen lässt, erscheint es durchaus vertretbar, von einer Bestimmbarkeit des Adressatenkreises im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG auszugehen. Letztlich scheidet jedoch eine Ausformung als Allgemeinverfügung an dem Zustellungsgebot des § 131 Abs. 1 TKG. Die Bekanntgabevorschriften des allgemeinen Verwaltungsrechts werden aufgrund der nach § 131 Abs. 1 TKG vorgeschriebenen Form der Zustellung gemäß § 41 Abs. 5 VwVfG durch die Zustellungsvorschriften des VwZG verdrängt. Als Zustellungsweg käme wegen des zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestimmten, aber bestimmbaren Kreises der Adressaten (also alle, die Einsicht in den Infrastrukturatlas bei der Bundesnetzagentur verlangen werden) lediglich die öffentliche Zustellung gemäß § 10 VwZG in Betracht, beispielsweise durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im Amtsblatt der Bundesnetzagentur. Da eine öffentliche Zustellung jedoch nur das letzte Mittel der Zustellung sein darf und an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, die bei einer Allgemeinverfügung faktisch nicht einzuhalten sind (beispielsweise die Voraussetzung nach § 10 Abs. 2 Ziff. 2, wonach der Name und die letzte bekannte Adresse des Adressaten anzugeben ist), ist eine Zustellung einer solchen Allgemeinverfügung praktisch nicht möglich.

Aus den oben genannten Erwägungen ist deshalb eine Regelung der Einsichtnahmebedingungen durch Verwaltungsvorschriften einer Allgemeinverfügung vorzuziehen. Diese wären zwar nicht in gleichem Maß wie eine Allgemeinverfügung für die Bundesnetzagentur verbindlich, würden jedoch durch den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Selbstbindung der Verwaltung in der Verwaltungspraxis ein hinreichendes Maß an Verbindlichkeit erhalten. Im Interesse größtmöglicher Transparenz werden diese Verwaltungsvorschriften sowohl im Amtsblatt als auch auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden. Insbesondere durch die Bindung der Aktualisierungspflicht der Infrastrukturanhaber an die Einsichtnahmebedingungen würde die notwendige Beständigkeit und Verbindlichkeit der Verwaltungsvorschriften gesichert. Denn wie bereits unter Punkt 4.1 ausgeführt, könnte auch die Dauer der Verpflichtung zur Aktualisierung der Daten an die Geltung der Einsichtnahmebedingungen geknüpft werden und somit den Infrastrukturanhabern verbindlich darlegen, für welche Zwecke die Daten bei der Bundesnetzagentur gespeichert werden und welche Voraussetzungen für eine Einsichtnahme durch Interessenten bestehen.

6.1.2 Inhalt

Die „Rahmenbedingungen für den bundesweiten Infrastrukturatlas bei der Bundesnetzagentur Phase 2“, die für die freiwillige Teilnahme an dem bei der Bundesnetzagentur geführten Infrastrukturatlas aktuell maßgeblich sind, sind auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur abrufbar. Da sie in enger Abstimmung mit den Gremien des IT-Gipfels erarbeitet wurden, bieten sie eine gute Grundlage für interessengerechte Einsichtnahmebedingungen, insbesondere vor dem Hintergrund des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Die

Bundesnetzagentur wird sich dementsprechend bei der Erarbeitung der Einsichtnahmebedingungen für das Web-GIS an den bestehenden Rahmenbedingungen orientieren. Bewährt hat sich beispielsweise die Differenzierung bei der Einsicht zwischen Gebietskörperschaften auf der einen Seite und Unternehmen auf der anderen Seite. Auch in den künftigen Einsichtnahmebedingungen werden aufgrund des erhöhten Sicherheitsrisikos an eine Einsichtnahme durch Unternehmen höhere Anforderungen zu stellen sein als an eine Einsichtnahme durch Gebietskörperschaften. Auch der Nachweis der Projektbezogenheit hat sich als zuverlässiges Mittel der Nutzungsbeschränkung erwiesen. Die neu zu erarbeiteten Einsichtnahmebedingungen werden rechtzeitig vor der Anwendung veröffentlicht werden.

6.1.3 Interessenten

Das Gesetz definiert den Begriff der „Interessenten“ nicht weiter. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die von der Bundesnetzagentur festgelegten Voraussetzungen für eine Einsichtnahme auch den Begriff des Interessenten weiter definieren sollen.

Auch diesbezüglich wird sich die Bundesnetzagentur im Interesse aller Beteiligten grundsätzlich an den bislang im Rahmen der freiwilligen Teilnahme am Infrastrukturatlas gefundenen Ergebnissen orientieren:

Derzeit werden die Auskunftsberechtigten des Infrastrukturatlas unterteilt in Nutzungs- und Abfrageberechtigte. Als Abfrageberechtigte gelten in der aktuellen Phase 2 Vertreter der öffentlichen Hand auf Ebene des Bundes, der Länder, der Landkreise, Gemeindeverbände und Gemeinden (Gebietskörperschaften). Als Nutzungsberechtigte gelten Telekommunikationsunternehmen gemäß § 6 TKG, Unternehmen, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können sowie Planungsbüros, soweit sie im Auftrag von Gebietskörperschaften die Breitbandausbauplanung unterstützen.¹⁷

Diesen engen Kreis der Auskunftsberechtigten neben einigen klarstellenden Erläuterungen zunächst beizubehalten macht insbesondere vor dem Hintergrund Sinn, dass die Daten, die über den Infrastrukturatlas erlangt werden können, teilweise sensible Daten sind. Daher sollte der Nutzerkreis weiterhin auf die Interessenten beschränkt werden, die die Daten im Rahmen der Mitnutzung von Infrastrukturen beim Breitbandausbau nutzen und deren Zulassen sich bereits im Rahmen der freiwilligen Beteiligung am Infrastrukturatlas bewährt hat. Sollte sich im Laufe der Zeit herausstellen, dass es weitere Interessenten gibt, für die eine Auskunft aus dem Infrastrukturatlas erforderlich erscheint, könnten die Einsichtnahmebedingungen der Bundesnetzagentur entsprechend geändert werden. Ob jedoch die klare Unterscheidung zwischen Abfrage- und Nutzungsberechtigten aufrechterhalten wird, oder ob nicht in mehrere unterschiedliche Nutzerkreise mit entsprechend differenzierten Nutzungsbedin-

¹⁷ Vgl. die Rahmenbedingungen für den bundesweiten Infrastrukturatlas bei der Bundesnetzagentur Phase 2, Punkt 5, abrufbar unter:
http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Infrastrukturatlas/infrastrukturatlas_node.html

gungen unterschieden werden sollte, wird sich vor dem Hintergrund der Prüfung der Sicherheitsrelevanz noch zeigen. Hier ist beispielsweise eine Unterscheidung zwischen öffentlichen Gebietskörperschaften und privaten Organisationen derart denkbar, als dass große öffentliche Gebietskörperschaften wie die Länder oder Landkreise zum Zwecke der gebietsübergreifenden Planungen ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht erhalten, während kleinere Gebietskörperschaften ein zeitlich begrenztes Nutzungsrecht erhalten und schließlich die Auflagen für private Unternehmen sowohl in zeitlicher als auch in räumlicher Hinsicht wesentlich stärker ausfallen werden.

6.2 Einsichtnahme

Die konkrete Genehmigung zur Einsichtnahme an den jeweiligen Interessenten ist, anders als die Einsichtnahmebedingungen, mittels individuellem konkreten Verwaltungsakt zu erteilen. Denn die Erteilung der Nutzungsberechtigung und Mitteilung der Zugangsdaten für das abgefragte Gebiet oder auch die Ablehnung der Nutzung der WebGIS-Lösung des Infrastrukturatlas stellt eine konkret individuelle Regelung im Einzelfall dar. Wie bereits unter Punkt 4.2 ausgeführt, müsste auch dieser Verwaltungsakt aufgrund des Zustellungserfordernisses gemäß § 131 Abs. 1 TKG schriftlich ergehen. In dem Fall, dass die Einsichtnahmebedingungen als Verwaltungsvorschriften ergehen und daher Bestandteil des jeweiligen konkreten Gewährungsaktes werden, stellen diese keine Nebenbestimmung zu diesem Verwaltungsakt dar, da der Verwaltungsakt an sich ohne die Nutzungsbestimmungen keinen Sinn macht und diese daher nicht gesondert angefochten werden können. Sie bedeuten vielmehr eine sog. „modifizierte Auflage“, also die inhaltliche Ausgestaltung und Begrenzung der Begünstigung, und können nur gemeinsam mit dem Grundverwaltungsakt angefochten werden.

Bei der Gewährung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts stellt sich bei der Qualifizierung der Gewährung als Verwaltungsakt die gleiche Problematik wie bereits bei der Verpflichtung zur Datenlieferung als Infrastrukturihaber (vgl. hierzu unter Punkt 4.3).

Zum Schutz der Infrastrukturdaten wird die Einsichtnahmegewährung, zumindest Unternehmen gegenüber, nur mit einer Befristung erteilt werden.

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, dass ein solcher Einsichtsgewährungsbescheid kein Verwaltungsakt mit Drittwirkung ist und wird daher Einsichtsgewährungsbescheide den Infrastrukturihabern nicht gesondert zustellen. Dieser die Nutzer des Infrastrukturatlas begünstigende Verwaltungsakt stellt nicht gleichzeitig eine Belastung für die Infrastrukturihaber dar weshalb kein Verwaltungsakt mit Drittwirkung vorliegt. Eine Bejahung dieser Frage würde bedeuten, dass bei jeder Einsichtnahmegewährung in den Infrastrukturatlas zu prüfen wäre, welche Infrastrukturen von der Einsichtnahme betroffen wären und die Einsichtnahmegewährung gleichzeitig den betroffenen Infrastrukturihabern nach einer entsprechenden Anhörung zuzustellen wäre. Denn ohne die Zustellung liefe für den Drittbetroffenen keine Rechtsmittelfrist, sondern aufgrund des allgemeinen Verwirkungsgedankens sowie einer entsprechenden Anwendung des Rechtsgedankens des § 58 Abs. 2 VwGO lediglich eine einjährige Verwirkungsfrist ab Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis des Drittbetroffenen. Dies hätte weiterhin zur Folge, dass die Bundesnetzagentur, um lange Rechtsmittelfristen bei Drittbetroffenen

zu vermeiden, die Einsichtsgewährungsbescheide auch den von der jeweiligen Einsicht betroffenen Infrastrukturihabern zustellen (§ 131 Abs. 1 TKG) müsste und damit jeder Einsichtnahmebescheid von den betroffenen Infrastrukturihabern angefochten werden könnte. Eine Drittwirkung bei begünstigenden Verwaltungsakten besteht bei einer Verletzung des Dritten in seinen Rechten. Eine Klagebefugnis hat er entsprechend dann, wenn er sich auf Vorschriften berufen kann, die nicht nur ein öffentliches Interesse verfolgen, sondern zumindest auch dazu bestimmt sind, dem Schutz des Dritten zu dienen, er in dieser Position unmittelbar-tatsächlich betroffen ist und die konkrete Möglichkeit besteht, dass er in diesen Rechten verletzt ist.¹⁸ Als drittschützende Norm kämen vorliegend neben den Grundrechten (darunter insbesondere Art. 12 und 14 GG) auch § 77a Abs. 3 Satz 5 TKG-E in Betracht, wonach Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seitens der Bundesnetzagentur bei der Gewährung der Einsichtnahme gewahrt werden müssen. Insbesondere folgen die Einsichtsgewährungen nicht zwingend auf die Verpflichtungen zur Datenlieferung. Vielmehr wird es auch nach einer Einsichtnahme gewährung Verpflichtungen zur Datenlieferung geben, die ein Gebiet betreffen, in das bereits Einsicht gewährt wurde. In diesem Fall kann die zeitlich vorhergehende Einsichtnahme gewährung keine eigenständige Eingriffsqualität aufweisen, obwohl sachlich die gleiche Wirkung erzielt wird wie bei einer anderen Reihenfolge: Der Einsichtnehmende erhält Einsicht in die von der Bundesnetzagentur aufgearbeiteten Infrastrukturdaten des Infrastrukturihabers. Der Eingriff in die Rechte des Infrastrukturihabers erfolgt vielmehr bereits durch die ursprüngliche Verpflichtung, die aufgrund der Bezugnahme auf die Einsichtsbedingungen eine konkrete Ausprägung erfahren hat und auch diesbezüglich bereits mit einem Rechtsmittel angegriffen werden kann. Weiterhin gingen neben großen Einbußen hinsichtlich der Rechtssicherheit wegen der Anfechtungsmöglichkeit eines Einsichtsgewährungsbescheides auch ein hoher Personal- und Zeitaufwand der Bundesnetzagentur und der verpflichteten Unternehmen damit einher. Schließlich ist bei der Entscheidung des weiteren Vorgehens der Bundesnetzagentur auch zu beachten, dass im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, dass eine Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes an einen Dritten nicht ohne Ermächtigungsgrundlage möglich ist und die Bundesnetzagentur daher mit der Zustellung an Dritte rechtswidrig handeln könnte.¹⁹ Um dennoch höchstmögliche Transparenz gegenüber den Infrastrukturihabern über den Nutzerkreis zu ermöglichen, erwägt die Bundesnetzagentur eine Veröffentlichung der Benutzer des Infrastrukturatlases auf ihrer Internetseite, die nur für die geschlossene Benutzergruppe der Infrastrukturihaber zugänglich ist. Diese Seite würde von der Bundesnetzagentur regelmäßig aktualisiert und die Infrastrukturihaber könnten sich folglich bei Interesse über die Einsicht nehmenden Nutzer informieren.

Die Einsichtnahme gewährung umfasst die Zuteilung eines Benutzerkontos in Form eines Benutzernamens und eines Passworts. Ferner wird die Einsichtnahme gewährung weitere Nebenbestimmungen enthalten wie beispielsweise eine zeitliche und geografische Begrenzung der Einsichtnahme sowie einen Verweis auf die Einsichtnahmebedingungen. Nach der

¹⁸ Statt aller Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. § 80 Rn 43; § 42 Rn 71.

¹⁹ Gegen die Möglichkeit der Bekanntgabe an Dritte ohne Ermächtigungsgrundlage: *Mayen* in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, § 131 Rn 15 m. w. N.

Anmeldung des Abfrageberechtigten mit Benutzername und Passwort folgt eine starke Authentifizierung, um den Sicherheitsbestimmungen und dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Infrastrukturinhabern gerecht zu werden.

Im Rahmen der Entwicklung des Infrastrukturatlases wurden regelmäßig elektronische Schnittstellen bzw. das Angebot von Web-Map-Services (WMS) und Web-Feature-Services (WFS) gefordert. Zunächst ist davon auszugehen, dass mit der Einführung der geplanten Web-GIS-Applikation, die den berechtigten Nutzern einen Online-Zugriff auf den Infrastrukturatlas ermöglicht, eine elektronische Schnittstelle zum Infrastrukturatlas vorliegt. Hinsichtlich der Zurverfügungstellung von WMS bzw. WFS stellt sich einerseits die Frage nach dem Zweck solcher Dienste und andererseits die Frage, wie die Nutzer der Dienste die umfangreichen Sicherheitsvorkehrungen, die soft- und hardwareseitig von der Bundesnetzagentur geleistet werden, gewährleisten können. Was den Zweck anbelangt, müsste ein per WMS und WFS zur Verfügung gestellter Infrastrukturatlas Nutzungsmöglichkeiten eröffnen, die die Web-GIS-Applikation nicht bieten kann und die gleichzeitig zur Erreichung des Gesetzeszwecks erforderlich sind. Dies müsste durch die Nutzer entsprechend dargelegt werden.

Darüber hinaus birgt die Bereitstellung von WMS und WFS vor dem Hintergrund der sehr hohen Sicherheitsanforderungen an den Infrastrukturatlas Risiken. Die Bundesnetzagentur muss im Rahmen zukünftiger Anordnungen gemäß § 77a Abs. 3 TKG-E den Nutzungszweck der erhobenen Daten definieren. Daraus ergibt sich, dass sie den Infrastrukturinhabern den Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch entsprechende Sicherheitsvorkehrungen gewährleisten muss. Hierauf ist die Web-GIS-Applikation ausgelegt; die vorgesehenen Sicherheitsmaßnahmen sind hierbei sehr anspruchsvoll, um die hohen Anforderungen, etwa des BSI, zu erfüllen. Sollte der Infrastrukturatlas nun zusätzlich Dritten als WMS und WFS zur Verfügung gestellt werden, kann die Bundesnetzagentur die Einhaltung ihrer Sicherheitsanforderungen nicht mehr in gleichem Maße gewährleisten. Dies könnte einerseits zur Rechtswidrigkeit entsprechender Anordnungen führen und andererseits Haftungsrisiken der Bundesnetzagentur begründen, die gegenüber den Infrastrukturinhabern stets zur Einhaltung aller Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet ist und dann auch für Sicherheitslücken bei den WMS-Nutzern zur Verantwortung gezogen werden könnte. Entsprechende Dienste können daher allenfalls dann eingerichtet werden, wenn die Nutzer die Einrichtung entsprechender Sicherheitsmaßnahmen nachweisen und garantieren können.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die von der Bundesnetzagentur erarbeitete Web-GIS-Applikation auf technologischer Seite grundsätzlich WMS- und WFS-fähig ist. Inwieweit solche Dienste eine sinnvolle Ergänzung des Infrastrukturatlases darstellen, sollte jedoch zunächst mit den Infrastrukturinhabern und den Nutzern erörtert werden.

6.3 Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Gemäß § 77a Abs. 3 Satz 5 TKG-E hat die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Einsichtnahmevoraussetzungen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren.

Laut der Begründung für § 77a Abs. 3 TKG-E (vgl. unter Punkt 1) erfolgte die Anordnung der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aufgrund von Art. 5 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie. Dieser lautet:

„Werden Informationen von einer nationalen Regulierungsbehörde gemäß den gemeinschaftlichen und einzelstaatlichen Vorschriften über das Geschäftsgeheimnis als vertraulich angesehen, so stellen die Kommission und die betreffenden nationalen Regulierungsbehörden eine entsprechende vertrauliche Behandlung sicher.“

Art. 5 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie verweist demnach insbesondere auf nationale Vorschriften („einzelstaatliche Vorschriften“) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betreffend. § 77a Abs. 3 Satz 5 TKG-E stellt somit eine derartige nationale Regelung zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dar.

Die Begrifflichkeiten „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ werden sowohl in § 30 VwVfG als auch in verschiedenen Normen des TKG verwendet (§§ 12 Abs. 1 Satz 3, 24 Abs. 2, 26, 135 Abs. 3, 136, 138 Abs. 2 TKG). Sie sind zwar nicht gesetzlich definiert, Rechtsprechung und Literatur verstehen darunter jedoch einheitlich

„alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.“²⁰

Bei der Identifizierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kann daher auf die bislang zu diesen Vorschriften ergangenen Entscheidungen und erschienene Literatur zurückgegriffen werden. Demnach umfassen Betriebsgeheimnisse im Wesentlichen technisches Wissen, während Geschäftsgeheimnisse vor allem kaufmännisches Wissen wie u. a. Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher einschließen.

Die Infrastrukturdaten, die von den Telekommunikationsnetzbetreibern, den weiteren Unternehmen und der öffentlichen Hand angefordert werden können, werden im Rahmen der freiwilligen Teilnahme bislang von den Infrastrukturinhabern in der Regel als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse deklariert. § 77a Abs. 3 TKG-E gibt der Bundesnetzagentur insofern also eine Ermächtigungsgrundlage, solche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im beschränkten Rahmen im Infrastrukturatlas zu offenbaren und ist somit eine Ausnahme zu dem allgemeinen Anspruch der Beteiligten an Verwaltungsverfahren nach § 30 VwVfG auf Geheimhaltung. Eine andere Interpretation würde angesichts der Einstufung der betreffenden Infrastrukturdaten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dem Sinn und Zweck der Erstellung des Infrastrukturatlas zuwiderlaufen. Insofern bezieht sich die vorgeschriebene Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse insbesondere auf anderweitige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, von denen die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Tätigkeit als

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006, 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, Juris-Dokument Rn 87; *Mayen* in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, § 136 Rn 6; vgl. ferner Kopp/Ramsauer, VwVfG 12. Auflage, § 30 Rn 9a.

zuständige Behörde für den Infrastrukturatlas Kenntnis erlangt. Dies können beispielsweise Angaben sein, ob eine Infrastruktur unter die Ausnahmeregelung nach Satz 3 zählt oder sonst sicherheitsrelevant ist, zusätzliche Sachattribute, die bei den gelieferten Daten enthalten sind, aber von der Bundesnetzagentur nicht angefordert wurden, Informationen über strategische Unternehmensentscheidungen insbesondere im Hinblick auf Netzausbauplanungen oder Tatsachen, hinsichtlich derer die Infrastrukturinhaber zur Geheimhaltung verpflichtet sind.

Da die bislang im Rahmen der freiwilligen Teilnahme am Infrastrukturatlas geltenden Rahmenbedingungen mit allen Beteiligten in unterschiedlichen Gremien erarbeitet wurden und dementsprechend auch Sicherheitsbedenken der Infrastrukturinhaber eine große Rolle gespielt haben, wird sich die Bundesnetzagentur auch bei der Erstellung der Einsichtnahmebedingungen im Rahmen einer gesetzlichen Ermächtigung an den bereits erarbeiteten Ergebnissen orientieren.

Die Bundesnetzagentur wird daher auch dem Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, welche Infrastrukturdaten betreffen, besondere Beachtung schenken. Zum einen wird bei der Einstellung der Infrastrukturdaten in den Infrastrukturatlas eine Vergrößerung der Daten vorgenommen (im Einzelnen hierzu siehe Punkt 3.1.3). Zum anderen werden die Einsichtnahmebedingungen derart ausgestaltet, dass die Einsichtnahme nur den Interessenten gewährt wird, die die betreffenden Informationen für den Zweck des Gesetzes benötigen. Ferner wird die Einsicht dementsprechend auch vom Umfang des beauskunfteten Gebietes her auf das von der jeweiligen Hoheitsgebiet der Gebietskörperschaft oder den Ausbauplanungen umfasste Gebiet begrenzt werden (vgl. hierzu bereits die Ausführungen zu den Einsichtnahmebedingungen unter Punkt 6.1) und je nach Nutzer einer zeitlichen Beschränkung unterliegen.

7 Ermessen und § 77a Abs. 4 TKG-E

Gemäß § 77a Abs. 4 TKG-E müssen die Maßnahmen der Bundesnetzagentur objektiv, transparent und verhältnismäßig sein und dürfen nicht diskriminieren. Diese Vorgaben ergeben sich jedoch bereits aus der Verfassung und dem allgemeinen Verwaltungsrecht und sind daher bereits im Rahmen des Ermessens von der Bundesnetzagentur zu beachten.

Nach dem bisherigen Gesetzesentwurf steht der Bundesnetzagentur sowohl bei der Verpflichtung der Infrastrukturinhaber als auch bei der Gewährung der Einsichtnahme in den Infrastrukturatlas ein Ermessen zu. Obwohl es sich hierbei um zwei verschiedene Rechtsakte handelt, sind die beiden Punkte nicht voneinander zu trennen, da die Anforderung von Infrastrukturdaten innerhalb der Ermessensgrenzen erheblich davon abhängt, für welchen Zweck diese Daten erhoben werden, sprich, in welcher Form sie wem, wann und wie lange zur Verfügung gestellt werden.

Aus diesem Grund erwägt die Bundesnetzagentur, wie bereits oben beschrieben, die Verpflichtung der Infrastrukturinhaber an die Einsichtnahmebedingungen zu knüpfen (vgl. unter

Punkt 4) und sich damit selbst zu verpflichten, bei einer Änderung der Einsichtnahmebedingungen die Infrastrukturinhaber neu zu verpflichten.

Die Ausübung des Ermessens im Einzelfall wird insbesondere von den Äußerungen der Infrastrukturinhaber im Rahmen der Anhörungen von § 28 VwVfG abhängen und kann deshalb an diesem Platz nicht abschließend erläutert werden.

Da bisher im Rahmen der freiwilligen Teilnahme am Infrastrukturatlas nicht alle Infrastrukturen, die gemäß § 77a Abs. 3 TKG-E verlangt werden dürfen, angefordert wurden, werden die Verpflichtungen der Bundesnetzagentur solche Infrastrukturen auch nicht umfassen. Dies betrifft insbesondere Inhouse-Infrastrukturen. Lediglich in dem Fall, dass sich zukünftig ein Bedarf für eine Erweiterung der enthaltenen Infrastrukturen zeigt, wird die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer gesetzlichen Ermächtigung darauf reagieren.

Ein gewichtiger Punkt im Rahmen der Ermessensausübung der Bundesnetzagentur bei der Anforderung von Infrastrukturdaten bei Infrastrukturinhabern werden Sicherheitsgesichtspunkte sein. Da der Anwendungsbereich von § 77a Abs. 3 Satz 3 TKG-E nur versorgungsrelevante Infrastrukturen betrifft, sind weitere sicherheitsrelevante Infrastrukturen bislang im Gesetzesentwurf nicht adressiert, werden aber von der Bundesnetzagentur in der Abwägung, ob bestimmte Infrastrukturen angefordert werden oder nicht, beachtet werden. Denkbar sind beispielsweise Infrastrukturen, bei deren Ausfall nicht nur die Versorgung der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt wäre, sondern andere dramatische Folgen oder Störungen der öffentlichen Sicherheit eintreten würden (z. B. Infrastrukturen, die ausländische Botschaften oder besonders geschützte Personen[kreise] betreffen). Bei der Identifizierung dieser Infrastrukturen ist die Bundesnetzagentur auf die Hinweise der Infrastrukturinhaber angewiesen. Entweder kann die Bundesnetzagentur in der Anhörung oder in der Verpflichtung bestimmte Infrastrukturen bereits so hinreichend beschreiben, dass diese gar nicht erst angefordert werden, oder die Infrastrukturinhaber teilen der Bundesnetzagentur die zugrunde liegenden Tatsachen auf eine Anhörung mit, so dass diese daraufhin über eine Aufnahme der Infrastrukturen in den Infrastrukturatlas entscheiden kann.