

**30. SEPTEMBER 2011**

---

**GUTACHTEN**

---

für

**Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM)**

**Gewerbsteuerrechtliche Behandlung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung im Rahmen des § 8 Nr. 1 GewStG**

**C/M/S/ Hasche Sigle**

Rechtsanwälte Steuerberater

## INHALTSVERZEICHNIS

|   | SEITE     |
|---|-----------|
| <b>A. Zusammenfassung .....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>B. Vorbemerkung zu § 8 Nr. 1 GewStG.....</b>   | <b>6</b>  |
| I. Sinn und Zweck der Vorschrift und der Gesetzesänderung .....   | 6         |
| 1. Historie und Bedeutung von § 8 Nr. 1 GewStG allgemein .....  | 6         |
| 2. Historie und Zweck von § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG .....   | 6         |
| 3. Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder<br>betreffend § 8 Nr. 1 GewStG vom 4. Juli 2008 .....            | 7         |
| 4. Entwurf der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der<br>Länder zur Änderung des Erlasses vom 4. Juli 2008 ..... | 8         |
| II. Tatbestandsvoraussetzungen zu § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG.....  | 9         |
| 1. Benutzung .....  | 9         |
| 2. Im Eigentum eines anderen stehend.....   | 9         |
| 3. Miet- oder Pachtvertrages im Sinne des BGB .....   | 9         |
| <b>C. Vorbemerkung zur Teilnehmeranschlussleitung .....</b>   | <b>10</b> |
| I. Allgemeines .....  | 10        |
| II. Historische Entwicklung.....  | 11        |
| III. Technische Grundlagen .....  | 12        |
| 1. Regelfall des Zugangs am Hauptverteiler .....  | 12        |
| 2. Keine physikalische Einwirkungsmöglichkeit des Vertragspartners der<br>Telekom auf die Teilnehmeranschlussleitung .....        | 13        |
| 3. Konkreter Leitungsverlauf weder Vertragsgegenstand noch dem<br>Vertragspartner im Regelfall bekannt .....                      | 14        |
| 4. Sonderfälle: FTTC und FTTB .....   | 14        |
| IV. Kollokation .....   | 14        |
| V. Formen des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung .....  | 15        |
| 1. Entbündelter versus gebündelter Zugang .....   | 15        |
| 2. Zugang zur TAL insgesamt versus Gemeinsamer Zugang/Line Sharing ....   | 15        |
| <b>D. TAL-Vertrag ist kein Mietvertrag, sondern Vertrag sui generis .....</b>   | <b>16</b> |
| I. Öffentlich-rechtliche Prägung des TAL-Vertrages spricht für Vertrag sui<br>generis.....  | 16        |
| 1. Umfang der Regulierung .....   | 17        |
| a) Entgeltgenehmigung .....   | 17        |
| b) Standardangebot.....   | 18        |
| c) Anordnungsverfahren.....   | 19        |
| 2. Beschränkung der Privatautonomie durch zwingendes öffentliches<br>Recht.....   | 20        |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| a)        | Auswirkungen der Entgeltgenehmigung .....   | 21        |
| b)        | Standardangebotsverfahren .....   | 21        |
| c)        | Anordnungsverfahren.....  | 22        |
| 3.        | Auswirkung der Regulierung auf die Einordnung des TAL-Vertrages .....   | 23        |
| II.       | Regelungen des TAL-Vertrages entsprechen nicht dem zivilrechtlichen<br>Charakter eines Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB ..... | 23        |
| 1.        | TAL-Verträge nach dem Standardangebot.....  | 23        |
| 2.        | Zivilrechtlicher Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB .....   | 24        |
| a)        | Hauptleistungspflichten des Mietvertrages .....   | 24        |
| b)        | Gewährleistungsrechte des Mieters im Falle der Mangelhaftigkeit<br>der Mietsache .....  | 25        |
| (aa)      | § 536 BGB: Mietminderung .....  | 25        |
| (bb)      | § 536a Abs. 1 BGB: Schadenersatz .....  | 25        |
| (cc)      | § 536a Abs. 2 BGB: Mängelbeseitigung durch den Mieter .....   | 25        |
| 3.        | Regelungen des TAL-Vertrages entsprechen nicht dem Charakter eines<br>Mietvertrages nach §§ 535 ff. BGB .....                 | 25        |
| a)        | Weder Übergabe noch Besitzverschaffung an der<br>Teilnehmeranschlussleitung .....   | 26        |
| b)        | Durchschnittliche Verfügbarkeit.....  | 26        |
| c)        | Längenunabhängiges Entgelt.....   | 27        |
| d)        | Mangelnde Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes.....  | 27        |
| e)        | Parteiwille ist auf die Leistung der Zugangsgewährung nicht auf<br>die Gebrauchsüberlassung der Leitung gerichtet.....        | 27        |
| f)        | Regelung der Rechte des Vertragspartners der Telekom bei<br>Leistungsstörungen .....  | 28        |
| g)        | Sonstige Leistungen .....   | 30        |
| 4.        | Entgeltpflichtige Kündigung.....  | 30        |
| 5.        | Sprachgebrauch des TAL-Vertrages.....   | 31        |
| III.      | Vertragsverhältnis einheitliches und unteilbares Ganzes .....   | 32        |
| <b>E.</b> | <b>Steuerrechtliche Konsequenzen der Einordnung als Vertrag sui generis.....</b>  | <b>32</b> |
| <b>F.</b> | <b>Vergleichbarkeit mit Netznutzung Strom .....</b>   | <b>33</b> |
| I.        | Nutzung des Telekommunikations- und des Stromnetzes ist sachlich<br>vergleichbar .....  | 33        |
| II.       | Nutzung des Telekommunikations- und Stromnetzes sind regulatorisch und<br>verfassungsrechtlich vergleichbar .....             | 34        |
| 1.        | Vergleichbare regulatorische Beurteilung .....  | 34        |
| 2.        | Vergleichbare verfassungsrechtliche Beurteilung .....   | 36        |
| III.      | Sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung .....   | 37        |
| IV.       | Ergebnis .....  | 38        |
| <b>G.</b> | <b>Hinzurechnung würde den Zielen des TKG zuwiderlaufen .....</b>   | <b>38</b> |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| I.  | Besteuerung führt zu einem Wettbewerbsnachteil der alternativen<br>Telekommunikationsunternehmen gegenüber der Telekom .....                               | 38 |
| II. | Wettbewerbsnachteil steht im Widerspruch zur Zielsetzung des<br>Telekommunikationsrechts und der zugrundeliegenden europarechtlichen<br>Vorschriften ..... | 39 |

## **Gutachten**

### **A. Zusammenfassung**

Eine Hinzurechnung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung im Rahmen des § 8 Nr. 1 GewStG kommt mangels Tatbestandlichkeit nicht in Frage und wäre zudem unangemessen und nicht sachgerecht.

1. Die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unterfallen aus den folgenden Gründen nicht der Vorschrift des § 8 Nr. 1 GewStG:

Die Verträge über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung stellen keine Mietverträge im Sinne des BGB dar, sondern sind jeweils Verträge eigener Art (Vertrag sui generis).

Dies ergibt sich insbesondere aus dem Folgenden:

- Die Verträge sind in weiten Teilen durch zwingendes öffentliches Recht vorbestimmt und damit der Privatautonomie entzogen;
  - Ihre vertraglichen Regelungen entsprechen schon nicht dem zivilrechtlichen Charakter eines Mietvertrages nach § 535 BGB;
  - Die jeweiligen Vertragsverhältnisse bilden ein einheitliches und unteilbares Ganzes.
2. Die tatsächlichen sowie die regulatorischen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Nutzung von Telekommunikationsnetzen sind mit denen der Netznutzung von Strom vergleichbar. Eine unterschiedliche Behandlung dieser leitungsgebundenen Grundversorgungsdienste im Rahmen des § 8 Nr. 1 GewStG wäre daher nicht sachgerecht.
  3. Eine Zurechnung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung im Rahmen des § 8 Nr. 1 GewStG würde des Weiteren im Widerspruch zu den Zielen des Telekommunikationsrechts und den diesem zugrundeliegenden europarechtlichen Vorschriften stehen.

## **B. Vorbemerkung zu § 8 Nr. 1 GewStG**

### **I. Sinn und Zweck der Vorschrift und der Gesetzesänderung**

#### 1. Historie und Bedeutung von § 8 Nr. 1 GewStG allgemein

Ausweislich der Begründung des Gesetzgebers soll durch die in § 8 GewStG normierten Hinzurechnungen zum ermittelten Gewinn aus Gewerbebetrieb nach § 7 GewStG eine Objektivierung der Ertragskraft des Gewerbebetriebs erreicht werden

(vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 79).

Dadurch soll dem Charakter der Gewerbesteuer als Objektsteuer (§ 3 Abs. 2 AO) Rechnung getragen werden. Ziel ist es als Besteuerungsgrundlage einen objektivierten Gewerbeertrag zu erhalten, welcher unabhängig von der Art der Finanzierung des Betriebes (Eigenkapital oder Fremdmittel) zur Besteuerung heranzuziehen ist.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Hinzurechnungen nach § 8 GewStG liegt in der Erhöhung der Gewerbesteuerbelastung der betroffenen Gewerbetreibenden

(Blümich/Hofmeister, GewStG, § 8 Rn. 22).

Durch die Unternehmenssteuerreform 2008 erfolgte dabei eine erhebliche Ausweitung der Hinzurechnungstatbestände des § 8 GewStG (dabei wurden insbesondere die Hinzurechnungen nach § 8 Nr. 1 GewStG neu gefasst und signifikant erweitert) und somit auch eine Verbreiterung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer

(Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 v. 14. Juli 2007, BGBl. I 2007, S. 1912, BStBl I 2007, S. 630).

Die Gewerbesteuer entwickelt sich insoweit immer mehr zu einer "Sonderertragssteuer" für mittlere und größere Gewerbebetriebe unter Durchbrechung des Objektsteuerprinzips

(vgl. Tipke/Lang/Montag, Steuerrecht, 20. Auflage 2010, § 12 Rn. 1).

Dies führte dazu, dass in der Literatur die potentielle Verfassungswidrigkeit der Hinzurechnungstatbestände nach der Unternehmenssteuerreform 2008 bei der Gewerbesteuer angemahnt wurde

(vgl. z.B. Hey, BB 2007, 1303).

#### 2. Historie und Zweck von § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG

Im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2008 wurde die bisherige Regelung des § 8 Nr. 7 GewStG a.F. durch § 8 Nr. 1 lit. d GewStG zusammen mit § 8 Nr. 1 lit. e GewStG und § 8 Nr. 1 lit. f GewStG ersetzt. Bis zum Jahr 2008 unterlagen nur Mieten und Pach-

ten für nicht in Grundbesitz stehende Wirtschaftsgüter der Hinzurechnung bei der Gewerbesteuer (und dies auch nur, soweit die Miete/Pacht beim Empfänger nicht zur Gewerbesteuer herangezogen wurde). Mit der Einführung von § 8 Nr. 1 lit. e GewStG wurde der Anwendungsbereich der Hinzurechnungen auf Miet- und Pachtzinsen für unbewegliche Wirtschaftsgüter und nach § 8 Nr. 1 lit. f GewStG auch auf Entgelte für die zeitlich befristete Überlassung von Rechten ausgeweitet. Das Ziel der Neuregelung sollte die Herstellung einer Gleichbehandlung von Betrieben sein, die mit eigenen (nicht gemieteten oder gepachteten) Wirtschaftsgütern arbeiten

(vgl. Tipke/Lang/Montag, Steuerrecht, 20. Auflage 2010, § 12 Rn. 27).

Der hierbei hinzuzurechnende Finanzierungsanteil der Miet- und Pachtzinsen wird durch die Neuregelungen pauschal festgelegt.

3. Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder betreffend § 8 Nr. 1 GewStG vom 4. Juli 2008

Um die Grundsätze der Anwendung der Neuregelungen von § 8 Nr. 1 GewStG nach der Unternehmenssteuerreform 2008 festzulegen, erließen die obersten Finanzbehörden der Länder am 4. Juli 2008 entsprechende gleichlautende Erlasse

(Gleichlautender Erlass betreffend Anwendungsfragen zur Hinzurechnung von Finanzierungsanteilen nach § 8 Nr. 1 GewStG in der Fassung des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008 v. 14. August 2007 mit Datum v. 4. Juli 2008, BStBl I 2008, 730).

Die Ausführungen in Ziffer 29 bis 32 zur Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG enthalten dabei Anmerkungen zur Abgrenzung von Mietverträgen über unbewegliche oder bewegliche Wirtschaftsgüter sowie Anmerkungen zur Abgrenzung der Miete und Pacht zu übrigen Überlassungsverhältnissen. Konkrete Beispielfälle wurden hier jedoch, mit Ausnahme von Mietereinbauten, Schiffen und Flugzeugen, nicht aufgenommen.

In Ziffer 6 und 7 des Erlasses werden darüber hinaus die Grundsätze zur Aufteilung sogenannter "gemischter Verträge" erläutert. Ein gemischter Vertrag liegt demnach vor, wenn ein Vertrag Vereinbarungen über mehrere Leistungskomponenten enthält. Sind diese trennbar, so ist jede Komponente für sich nach Maßgabe des § 8 Nr. 1 lit. a bis f GewStG zu beurteilen. Stellt sich jedoch der gemischte Vertrag als einheitliches und unteilbares Ganzes dar, so scheidet eine Aufteilung aus. Steht dabei im Einzelfall eine Leistung, die keinen Tatbestand des § 8 Nr. 1 GewStG darstellt, im Vergleich zu einer § 8 Nr. 1 GewStG erfüllenden Leistung, derart im Vordergrund, dass sie dem Gesamtvertrag das Gepräge gibt, so fällt der Gesamtvertrag regelmäßig nicht unter § 8 Nr. 1 GewStG.

Gleichlautende Anmerkungen bzw. Auffassungen der Finanzbehörden finden sich später auch in den Gewerbesteuer-Richtlinien 2009 mit Datum vom 28. April 2010 (GewStR 2009)

(BStBl I 2010, S. 2, R 8.1 (4) und H 8.1 (4)).

4. Entwurf der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Änderung des Erlasses vom 4. Juli 2008

Durch den vorliegenden Erlassentwurf der obersten Finanzbehörden der Länder vom September diesen Jahres ergibt sich aus den Ziffern 29 bis 32 wiederum eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG für Fälle von Leasingverträgen, Baumontagen, Verträgen zur Teilnehmeranschlussleitung und Schienennetzen. In Ziffer 29c werden nun die Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung sowie für die Nutzung von Schienennetzen ohne nähere Begründung als "Mietaufwendungen" deklariert und sollen somit einer Hinzurechnung bei der Gewerbesteuer unterworfen werden. Insoweit erfolgt keinerlei Klarstellung, ob diese Entgelte unter § 8 Nr. 1 lit. d (bewegliche Wirtschaftsgüter) oder lit. e (unbewegliche Wirtschaftsgüter) GewStG fallen. In Ziffer 29d werden dann Aufwendungen für die Benutzung des Stromnetzes, wiederum ohne genauere Begründung, von einer Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG ausgenommen.

Die Finanzverwaltung scheint hier die Benutzung des Stromnetzes, im Gegensatz zur Benutzung der Teilnehmeranschlussleitung, grundsätzlich als Überlassung von Rechten im Sinne von § 8 Nr. 1 lit. f GewStG anzusehen. Letztendlich wird jedoch für den Fall der Stromnetznutzung auf eine Hinzurechnung durch die Finanzverwaltung (wiederum ohne Begründung) verzichtet (Ziffer 34a). Dasselbe soll nach Ansicht der Finanzverwaltung auch für die entrichtete Maut für schwere Nutzfahrzeuge ("LKW-Maut") gelten (Ziffer 34). Auch hier fehlt es an einer entsprechenden Begründung im Erlassentwurf.

Die von der Finanzverwaltung vorgenommene unterschiedliche steuerliche Behandlung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung einerseits und der Entgelte für die Stromnetznutzung andererseits, ist weder nachvollziehbar noch sachgerecht, da es sich hierbei sowohl technisch wie auch rechtlich um vergleichbare Sachverhalte handelt.

Die folgende rechtliche Analyse soll klären, ob Entgelte, welche für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gezahlt werden, unter den Wortlaut des § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG zu subsumieren sind bzw. ob eine solche Subsumption gegen den Sinn und Zweck der Norm verstoßen würde. Darüber hinaus soll auch untersucht werden, ob die unterschiedliche gewerbesteuerliche Behandlung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Hinzurechnung) im Gegensatz zu den Entgelten für die Nutzung des Stromnetzes (keine Hinzurechnung) gerechtfertigt ist, da es sich hier grundsätzlich um vergleichbare Sachverhalte handelt, und zwar sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Sicht.

## II. Tatbestandsvoraussetzungen zu § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG

Nach § 8 Nr. 1 lit. d bzw. e GewStG wird dem Gewinn nach § 7 GewStG ein Fünftel bzw. die Hälfte der Miet- und Pachtzinsen (einschließlich) Leasingraten für die Benutzung der beweglichen bzw. unbeweglichen Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die im Eigentum eines anderen stehen, zu 25 % hinzugerechnet. Im Einzelnen müssen die folgenden Tatbestandsmerkmale für eine Hinzurechnung vorliegen:

### 1. Benutzung

Unter Benutzung im Sinne von § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG ist die Nutzung des Wirtschaftsgutes durch den Gewerbebetrieb des Mieters/Pächters zu verstehen

(Blümich/Hofmeister, GewStG, § 8 Rn. 217).

Eine Nutzung durch den Betrieb des Mieters/Pächters wird dabei nach BFH-Rechtsprechung grundsätzlich auch dann angenommen, wenn das Wirtschaftsgut aus betrieblichen Gründen einem Dritten zur Nutzung überlassen oder weitervermietet wird

(Blümich/Hofmeister, GewStG, § 8 Rn. 217, m.w.N. zur BFH-Rechtsprechung).

Durch den TAL-Vertrag wird einem anderen (alternativen) Telekommunikationsunternehmen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gewährt. Dieses wird damit in die Lage versetzt, die Teilnehmeranschlussleitung für die Anbietung eigener Telekommunikationsdienstleistungen an seine Endkunden zu nutzen bzw. an dritte Unternehmen Telekommunikationsdienstleistungen unter Einbeziehung der Teilnehmeranschlussleitung anzubieten. Die Teilnehmeranschlussleitung wird somit durch den Gewerbebetrieb des alternativen Telekommunikationsunternehmens genutzt.

### 2. Im Eigentum eines anderen stehend

Eigentümer der Teilnehmeranschlussleitung ist – wie unter C.II näher ausgeführt – in den meisten Fällen die Telekom. Dies ist durch den ursprünglichen Aufbau des Telekommunikationsnetzes im seinerzeitigen hoheitlichen Bereich bedingt.

### 3. Miet- oder Pachtvertrages im Sinne des BGB

§ 8 Nr. 1 lit. d und lit. e GewStG erfassen nur Miet- bzw. Pachtzinsen, welche aus Rechtsverhältnissen stammen, die nach ihrem wesentlichen rechtlichen Inhalt einem Mietvertrag im Sinne der §§ 535ff. BGB oder einem Pachtvertrag im Sinne der §§ 581ff. BGB entsprechen

(vgl. H 8.1 (4) GewStR 2009 "Begriff des Miet- oder Pachtvertrages"; Lenski/Steinberg/Sarazzin, GewStG, § 8 Nr. 1 lit. e Rn. 22; Blümich/Hofmeister, GewStG, § 8 Rn. 201 m.w.N.).

Ein Rechtsverhältnis ist dabei dann nach seinem wesentlichen rechtlichen Gehalt ein Miet- oder Pachtvertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts, wenn es sich um einen dem

Privatrecht zuzuordnenden Vertrag handelt, dessen Hauptpflichten den in § 535 BGB oder § 581 Abs. 1 BGB aufgeführten Hauptpflichten entsprechen

(Blümich/Hofmeister, GewStG, § 8 Rn. 201).

Untergeordnete Nebenleistungen oder Nebenabreden berühren die Einordnung als Miet- bzw. Pachtvertrags dabei nicht

(BFH v. 17. Februar 1965, I 174/60 S, BStBl III 1965, 230; BFH v. 28. Juni 1978, I R 131/76, BStBl II 1979, 47).

Enthält ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag jedoch wesentliche miet- oder pachtfremde Elemente, ist zwischen einem "gemischten Vertrag" und einem "Vertrag eigener Art" ("Vertrag sui generis") zu unterscheiden. Ein gemischter Vertrag enthält mehrere Hauptleistungen, von denen nicht alle zu den in §§ 535, 581 BGB genannten gehören. In diesem Fall ist zu klären, ob die Miet- und Pachtelemente eindeutig abtrennbar sind, mit der Konsequenz, dass nur für diese Elemente des Vertrages eine Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG zu prüfen wäre

(vgl. H. 8.1 (4) GewStR 2009 "Gemischte Verträge").

Das bezahlte Entgelt wäre hier notfalls im Wege einer Schätzung auf die einzelnen Leistungskomponenten aufzuteilen

(vgl. Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder v. 4. Juli 2008, Rn. 6).

Bei einem Vertrag sui generis ist jedoch eine solche Aufteilung der Leistungskomponenten nicht möglich, da hier die verschiedenen Hauptpflichten des Vertrages untrennbar miteinander verschmolzen sind. Stehen dabei die wesentlichen miet- oder pachtfremden Leistungskomponenten des Vertrages derart im Vordergrund, dass sie dem Gesamtvertrag das Gepräge geben, so fällt der Gesamtvertrag insgesamt nicht unter § 8 Nr. 1 GewStG

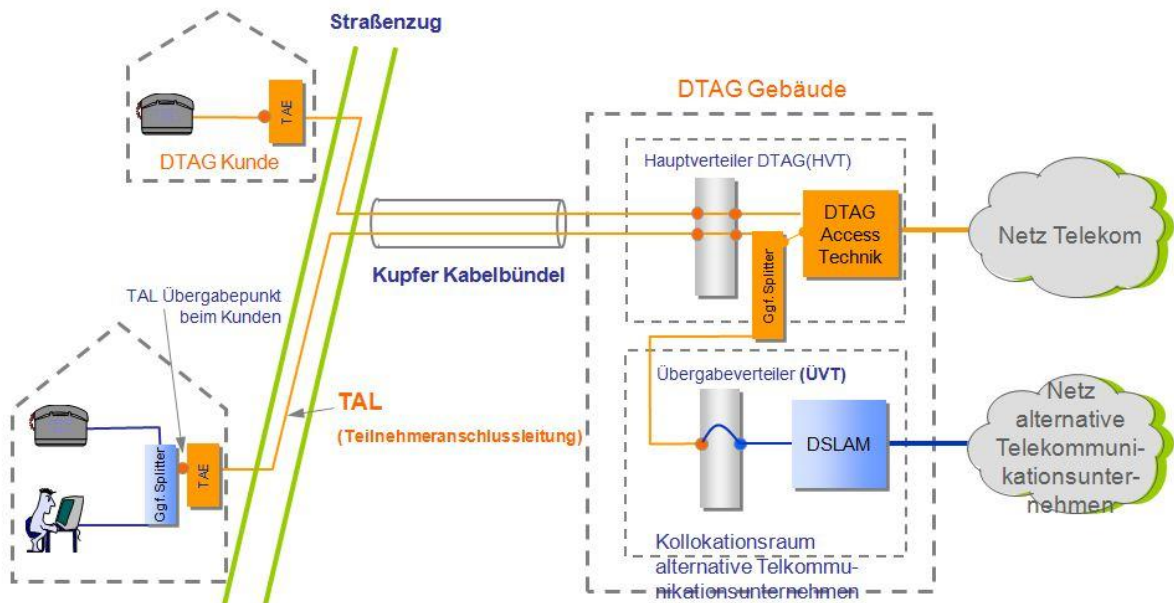
(vgl. Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder v. 4. Juli 2008, Rn. 7; BFH v. 17. Februar 1965, I 174/60 S, BStBl III 1965, 230).

## **C. Vorbemerkung zur Teilnehmeranschlussleitung**

### **I. Allgemeines**

Die Teilnehmeranschlussleitung, auch kurz "TAL" oder "*letzte Meile*" genannt, stellt innerhalb eines Telefonnetzes die Verbindung zwischen der Vermittlungsstelle des Telefonanschlusnetzbetreibers, also regelmäßig der Telekom und dem Telefonanschluss des Telefonendkunden dar.

Bei der Teilnehmeranschlussleitung handelt es sich um einen für die alternativen Telekommunikationsanbieter besonders wesentlichen Teil des Telekommunikationsnetzes, da durch ihn der direkte Zugang zum Endkunden realisiert wird.



Quelle: QSC AG (vereinfacht)

## II. Historische Entwicklung

Der Eigentümer der Teilnehmeranschlussleitung ist regelmäßig die Telekom. Dies ergibt sich historisch aus der Tatsache, dass ein Großteil der Teilnehmeranschlussleitungen noch aus der Zeit vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes stammen und im Eigentum des ehemaligen Staatsmonopolisten, der Deutsche Telekom AG standen, deren Rechtsnachfolger die Telekom ist.

Lediglich ein geringer Anteil der Teilnehmeranschlussleitungen wird von vorwiegend regionalen, alternativen Telekommunikationsunternehmen, wie NetCologne, NetAachen, MNet, wilhelm.tel, EWE TEL, etc. bereitgestellt.

Die Telekom ist seit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes verpflichtet, den alternativen Telekommunikationsunternehmen den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gegen Entgelt zu gewähren. Diese Zugangsverpflichtung ergibt sich schon aus Europarecht, sowie dem darauf beruhenden nationalen Recht, nämlich dem TKG. Die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unterliegen der Prüfung und Genehmigung der BNetzA. Die entsprechenden Verträge zwischen der Telekom und den alternativen Telekommunikationsunternehmen über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ("TAL-Verträge") werden sowohl in Bezug auf das "Wie" des Vertragsschlusses als auch in Bezug auf ihren Inhalt im Wesentlichen durch öffentlich-rechtliche Vorschriften bestimmt. Die Telekom ist verpflichtet, unter Mitwirkung der

BNetzA eine Art "Mustervertrag" zu veröffentlichen, das sogenannte "Standardangebot", das sich auf der Internetseite der Telekom unter

([https://wholesale-portal.telekom.de/wps/portal!/ut/p/c1/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnCyfjQGdLU19Tj0BzA09L71B3t7AAQwNHQ\\_1I\\_ShznPKBZvoh-pFu-sEpqfoF2Ym6AMP8f80!/?navItem=Teilnehmeranschlussleitung#7\\_C8B3QC95M5HQ70I9KUGFVP10Q6](https://wholesale-portal.telekom.de/wps/portal!/ut/p/c1/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnCyfjQGdLU19Tj0BzA09L71B3t7AAQwNHQ_1I_ShznPKBZvoh-pFu-sEpqfoF2Ym6AMP8f80!/?navItem=Teilnehmeranschlussleitung#7_C8B3QC95M5HQ70I9KUGFVP10Q6))

findet. Siehe hierzu im Detail unten D.I.1.b).

Im Rahmen der folgenden Prüfung sind wir davon ausgegangen, dass die TAL-Verträge weitgehend in Bezug auf die hier relevanten Regelungen mit dem Standardangebot der Telekom übereinstimmen. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass in einzelnen Verträgen vom Standardangebot abweichende Regelungen existieren.

Die Telekom ist verpflichtet, dieses Standardangebot bei Nachfrage durch ein anderes Telekommunikationsunternehmen ohne Weiteres abzuschließen

(vgl. hierzu insgesamt die relevante TAL-Regulierungsverfügung der BNetzA wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 4 "Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten vom 21. März 2011, BK 3g-09/085).

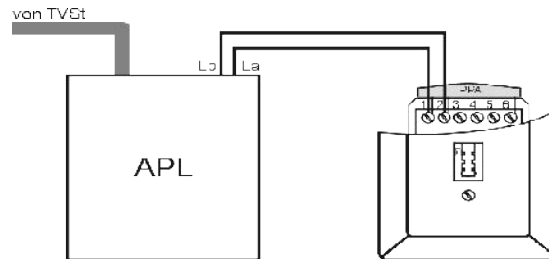
### **III. Technische Grundlagen**

Die Teilnehmeranschlussleitung besteht typischerweise aus mindestens einer Kupferdoppelader pro Telefonkunde, wobei die Telekom bei Privathaushalten üblicherweise zwei, teilweise aber auch noch mehr Kupferdoppeladern verlegt hat.

#### **1. Regelfall des Zugangs am Hauptverteiler**

Im Regelfall stellt die Teilnehmeranschlussleitung dasjenige Teilstück eines Telefonnetzes dar, das als Leitung vom Hauptverteiler über den Kabelverzweiger und den Endverzweiger der Telekom zur so genannten Teilnehmeranschlusseinheit in die Räumlichkeiten des Endkunden reicht.

Eine Besonderheit hierbei ist, dass ein Teilstück der Teilnehmeranschlussleitung, nämlich das Installationskabel zwischen dem sogenannten "Abschlusspunkt Linientechnik" und der Teilnehmeranschlusseinheit in den Räumlichkeiten des Telefonkunden sich im Regelfall nicht im Eigentum der Telekom, sondern vielmehr des Hauseigentümers befindet, obwohl es Bestandteil der Teilnehmeranschlussleitung ist.



Wie oben bereits erwähnt, handelt es sich bei der Teilnehmeranschlussleitung vorwiegend um Kupferkabel, es gibt jedoch auch Teilnehmeranschlussleitungen aus einer Glasfaserleitung und Kombinationen von Kupfer- und Glasfaserleitungen (so genannte hybride Lösungen).

Die Teilnehmeranschlussleitung endet grundsätzlich an der Stelle, an der der einzelne Teilnehmer oder Endkunde nicht mehr auf ausschließlich ihm vorbehaltene Netzressourcen zurückgreifen und wo er, bei Erreichen von Kapazitätsgrenzen des Gesamtnetzes, von der Nutzung ausgeschlossen werden kann.

Die Übergabe der jeweiligen Signale (nämlich Telefon- bzw. Datenverkehr) zwischen dem Netz des alternativen Telekommunikationsunternehmens und der Telekom findet dann auf einer so genannten Kollokationsfläche statt, die sich in der Regel im gleichen Gebäude wie der Hauptverteiler befindet. Auf der Kollokationsfläche werden die Teilnehmeranschlussleitungen an das Telekommunikationsnetz des alternativen Telekommunikationsunternehmens angeschlossen.

## 2. Keine physikalische Einwirkungsmöglichkeit des Vertragspartners der Telekom auf die Teilnehmeranschlussleitung

Der TAL-Vertrag räumt dem Vertragspartner der Telekom lediglich das Recht zum räumlichen Zugang zum Kollokationsraum ein

(vgl. hierzu Ziffer 3 des Standardvertrages sowie Ziffer 3 des Vertrags über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, jeweils i.V. mit dem Vertrag über den räumlichen Zugang (Kollokation) und Raumlufttechnik) der Telekom, Stand 1. April 2010).

Das alternative Telekommunikationsunternehmen erhält dagegen nach den uns vorliegenden Informationen weder einen irgendwie gearteten Besitz oder auch nur Mitbesitz, noch sonst eine Möglichkeit, auf die Teilnehmeranschlussleitung physikalisch einzuwirken.

Die Teilnehmeranschlussleitung verbleibt vielmehr in der alleinigen physikalischen Kontrolle sowie ausschließlichen Einwirkungsmöglichkeit und Funktionsherrschaft der Telekom.

3. Konkreter Leitungsverlauf weder Vertragsgegenstand noch dem Vertragspartner im Regelfall bekannt

Eine weitere Besonderheit ist, dass der Vertragspartner der Telekom nach den uns vorliegenden Informationen im Regelfall nicht einmal weiß, über welches konkrete Kabel der Transport der Signale und damit des Telefon- bzw. Datenverkehrs erfolgt. Dem Vertragspartner sind vielmehr lediglich die beiden Enden des Kabels sowie deren vertraglich vereinbarte Eigenschaften bekannt.

Dagegen wird ihm von der Telekom nicht mitgeteilt, über welches konkrete Kabel der Verkehr tatsächlich transportiert wird und dies ist für ihn auch nicht erkennbar. In der Praxis nimmt die Telekom sogar teilweise Wechsel in der Kabelführung vor, ohne dass der Vertragspartner davon erfährt oder darauf irgendeinen Einfluss hätte.

4. Sonderfälle: FTTC und FTTB

Teilweise wird aber auch auf dem Segment zwischen Teilnehmeranschlusseinheit und Hauptverteiler Glasfasertechnik eingesetzt (z.B. vom Hauptverteiler bis zum Kabelverzweiger, so genanntes "FTTC", oder "*fibre to the curb*"). In diesem Falle verkürzt sich die Teilnehmeranschlussleitung entsprechend und die Strecke zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger wird dann nicht mehr als Bestandteil der Teilnehmeranschlussleitung betrachtet, da dann schon der Kabelverzweiger den Übergabepunkt darstellt.

Im Falle des so genannten "FTTB" ("*fibre to the building*") wird die Glasfaserleitung sogar noch näher zum Telefonendkunden herangeführt, nämlich zum Endverzweiger im Gebäude des Teilnehmers oder unmittelbar davor. In diesem Fall erstreckt sich die Teilnehmeranschlussleitung sogar lediglich nur von der Teilnehmeranschlusseinheit bis zu dem als Übergabepunkt dienenden Endverzweiger

(vgl. hierzu insgesamt S. 7ff. der Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (Markt Nr. 4 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) vom 25. Oktober 2010; BK 1-09/004).

#### **IV. Kollokation**

Die Kollokation ist erforderlich, um den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu realisieren. Unter Kollokation wird allgemein das Mitbenutzen von Ressourcen (Stellplatz, Infrastruktur, Stromversorgung, Klimaanlage) am Standort des Hauptverteilers bezeichnet. Alternative Telekommunikationsunternehmen benötigen im Gebäude des Hauptverteilers eine so genannte Kollokationsfläche. Auf dieser bringen sie ihre eigenen technischen Geräte unter, um dort den Telefonverkehr von der Telekom übernehmen, bzw. an

diese übergeben zu können. Hierzu wird die Teilnehmeranschlussleitung direkt an das Netz des alternativen Telekommunikationsunternehmens angeschlossen.

## **V. Formen des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung**

### **1. Entbündelter versus gebündelter Zugang**

Beim Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist zwischen dem "entbündelten" und dem "gebündelten" Zugang zu unterscheiden.

Beim entbündelten Zugang, der auch als Zugang auf den "blanken Draht" bezeichnet wird, erstreckt sich der Zugang lediglich auf die Leitung ohne vorgeschaltete Übertragungs- bzw. Vermittlungstechnik.

Im Falle des gebündelten Zugangs stellt die Telekom darüber hinaus auch noch die von ihr eingesetzten vorgeschalteten übertragungstechnischen Systeme zur Verfügung und erbringt damit noch als zusätzliche Leistung die Beschaltung der Leitung, um etwa diese Leitung in mehrere Kanäle zu teilen. Dies kann erforderlich sein, um so den jeweiligen Teilnehmeranschlusseinheiten am Punkt des Zugangs durch das alternative Telekommunikationsunternehmen (also in der Regel am Übergabeverteiler) eine individualisierte Teilnehmeranschlussleitung zuweisen zu können, wenn dies technisch nur durch eine derartige "Mehrfachausnutzung" realisierbar ist (z.B. im Falle der Auslastung der nachgefragten Teilnehmeranschlussleitung und dementsprechende Versorgung mehrerer Kunden über eine einzelne Teilnehmeranschlussleitung).

(vgl. hierzu S. 14f. der Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (Markt Nr. 4 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) vom 25. Oktober 2010 – BK 1-09/004).

### **2. Zugang zur TAL insgesamt versus Gemeinsamer Zugang/Line Sharing**

Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader kann als Zugang zur gesamten Teilnehmeranschlussleitung oder aber auch als so genannter "Gemeinsamer Zugang" oder "Line Sharing" erfolgen.

Beim Line Sharing wird die Teilnehmeranschlussleitung nach ihren Frequenzbändern in einen niederen und in einen höheren Frequenzbereich unterteilt. Damit kann z.B. der untere Frequenzbereich von der Telekom weiter für einen (Sprach-)Telefonanschluss genutzt werden, während das alternative Telekommunikationsunternehmen lediglich den oberen Frequenzbereich für einen Internetzugang verwendet. Line Sharing wird deshalb auch als "Leitungsteilung" oder "Frequenzbündelung der Teilnehmeranschlussleitung" bezeichnet. Es wird dadurch realisiert, dass durch einen Splitter am Hauptverteilerstandort das Frequenzspektrum geteilt wird

(vgl. hierzu insgesamt S. 15 der Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (Markt Nr. 4 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) vom 25. Oktober 2010; BK 1-09/004).

#### **D. TAL-Vertrag ist kein Mietvertrag, sondern Vertrag sui generis**

Der TAL-Vertrag ist kein Mietvertrag nach §§ 535ff. BGB. Er ist vielmehr als Vertrag sui generis einzuordnen, wobei das Vertragsverhältnis ein einheitliches und unteilbares Ganzes darstellt.

Die Einordnung als Vertrag sui generis ergibt sich zum einen daraus, dass der TAL-Vertrag sowohl im Hinblick auf seine wesentlichen Bestandteile (wie Leistungsbeschreibung und Entgelte) weitgehend öffentlich-rechtlich bestimmt ist und zum anderen, dass die Regelungen des TAL-Vertrages auch nicht dem zivilrechtlichen Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB entsprechen.

Der Vertrag ist damit weder dem zivilrechtlichen Typus des Mietvertrages, noch sonst einem der typischen zivilrechtlichen Vertragstypen zuzuordnen, sondern es handelt sich um einen besonderen Vertragstypus, einen Vertrag sui generis. Seine einzelnen Leistungskomponenten sind auch nicht von einander trennbar, sondern bilden ein einheitliches und unteilbares Ganzes.

#### **I. Öffentlich-rechtliche Prägung des TAL-Vertrages spricht für Vertrag sui generis**

Schon die öffentlich-rechtliche Prägung des TAL-Vertrages führt dazu, dass er sich keinem zivilrechtlich kodifizierten Vertragstypus zuordnen lässt. Vielmehr spricht die weitgehende Einflussnahme des öffentlichen Rechts auf die Vertragsbeziehungen der Vertragspartner für ein Vertragsverhältnis eigener Art (so genannter Vertrag sui generis).

Grundsätzlich können auch bei der Beurteilung eines telekommunikationsspezifischen Vertrages die Regelungen des Zivilrechts, insbesondere die des allgemeinen und besonderen Schuldrechts, herangezogen werden, soweit hinreichende Ähnlichkeit zu einem zivilrechtlichen Vertragstyp besteht. Im Falle der TAL-Verträge kann eine solche Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp jedoch nicht erfolgen, da die Bestimmungen der TAL-Verträge in weiten Teilen durch öffentlich-rechtliche Vorgaben festgeschrieben sind.

Dies gilt insbesondere für die essentialia negotii des TAL-Vertrages, wie z.B. das vereinbarte Entgelt oder die Beschreibung der vertraglichen Leistungen. Diese vertraglichen Vereinbarungen sind im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung der Privatautonomie der Vertragspartner entzogen und nicht durch Zivilgerichte überprüfbar. Insoweit überlagern die öffentlich-rechtlich geprüften und angeordneten Vertragsbestandteile das Zivilrecht.

## 1. Umfang der Regulierung

Der Bereich des Zugangs zu Endkunden über die Teilnehmeranschlussleitung ist unabhängig von der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bis heute einer umfassenden Regulierung durch die BNetzA unterworfen.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass bis heute die Telekom über das mit Abstand am weitesten ausgebaute Teilnehmernetz in Deutschland verfügt.

Wie oben bereits unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** erläutert, sind alternative Telekommunikationsunternehmen darauf angewiesen, den Zugang zum Endkunden nutzen zu können, um die Möglichkeit zu haben in den Wettbewerb mit der Telekom zu treten. Aus diesem Grund sieht das TKG in den §§ 21ff. umfassende Regelungen zur Anordnung und Kontrolle des Zugangs zum Endkunden (so genannte "Zugangsregulierung") und zur Bemessung der Entgelte für diesen Zugang (so genannte "Entgeltregulierung") vor.

Für die zu untersuchenden TAL-Verträge sind vor allem die Regelungen zur Genehmigung des Entgelts für den Zugang (hierzu (a)), zum Inhalt der TAL-Verträge (hierzu (b)) sowie zur Anordnung des Zugang bzw. des Vertragsschlusses selbst (hierzu (c)) maßgeblich.

### a) Entgeltgenehmigung

Seit die Telekom zum ersten Mal von der damaligen Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation verpflichtet wurde, Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anzubieten, werden die Entgelte hierfür von der Regulierungsbehörde vorab, d.h. vor deren Inkrafttreten, kontrolliert und genehmigt (so genannte ex-ante Regulierung).

In der Praxis beantragt die Telekom üblicherweise ein bestimmtes Entgelt, welches dann von der BNetzA geprüft wird.

Zuletzt hat die BNetzA mit Beschluss vom 17. Juni 2011 das monatliche Überlassungsentgelt der Telekom für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nach Maßgabe des § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG (rückwirkend ab dem 1. April 2011) befristet bis zum 30. Juni 2013 genehmigt

(BNetzA, Beschluss v. 17. Juni 2011, BK3c-11/003).

Für das Produkt Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Kupferform – von der Telekom und der BNetzA abgekürzt als "CuDA 2Dr" bezeichnet – darf die Telekom einem den Zugang nachfragenden Unternehmen, u.a. ein monatliches Entgelt in Höhe von EUR 10,08 in Rechnung stellen.

Dieses Entgelt ist unabhängig von der konkreten Länge des Übertragungswegs.

Neben den monatlichen Entgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sind auch die Entgelte für weitere Leistungen der Telekom genehmigungspflichtig.

tig, wie z.B. die Entgelte für die einmalige Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung oder die Kündigung der Teilnehmeranschlussleitung

(BNetzA, Beschluss v. 19. Januar 2011, BK3-10/111).

Das Abweichen von diesen von der BNetzA genehmigten Entgelten ist gemäß § 37 Abs. 1 TKG verboten. Es ist sogar so, dass genehmigte Entgelte nach § 37 Abs. 2 TKG das vertraglich vereinbarte Entgelt Kraft Gesetzes ersetzen, wenn die Vertragspartner ein anderes als das genehmigte Entgelt im TAL-Vertrag vereinbaren.

b) Standardangebot

Die regulatorischen Vorgaben in Bezug auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung beschränken sich nicht nur auf die Genehmigung des Entgelts. Vielmehr gibt es auch zum Inhalt von TAL-Verträgen umfassende regulatorische Vorgaben (so genanntes Standardangebotsverfahren).

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 TKG kann die BNetzA einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt – hier die Telekom –, verpflichten, ein Standardangebot für Zugangsleistungen zu veröffentlichen bzw. der BNetzA vorzulegen (siehe dazu auch schon oben C.II).

Das veröffentlichte bzw. vorgelegte Standardangebot prüft die BNetzA und nimmt Veränderungen vor, soweit Vorgaben für einzelne Bedingungen, insbesondere in Bezug auf Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit nicht umgesetzt wurden (§ 23 Abs. 4 Satz 1 TKG).

Wie im Rahmen der eben beschriebenen Entgeltgenehmigung prüft die BNetzA dieses Standardangebot vorab.

Das geprüfte und gegebenenfalls veränderte Standardangebot legt dann den regulatorischen Mindeststandard fest, den jeder Nachfrager in Anspruch nehmen kann

(BeckTKG-Komm/Piepenbrock/Attendorn, 3. Auflage, § 23 Rn. 3).

Das vorzulegende Standardangebot muss so umfassend sein, dass es von den einzelnen Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann (§ 23 Abs. 3 Satz 4 TKG). Für den Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung besteht außerdem die Besonderheit, dass die nationalen Regulierungsbehörden (also hier die BNetzA) sicherzustellen haben, dass das Standardangebot mindestens die in Anhang II der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (so genannte Zugangsrichtlinie) genannten Komponenten zu umfassen hat (Art. 9 Abs. 4 Zugangsrichtlinie). Hierzu gehören z.B. Angaben zu den Standorten für den physischen Zugang und zur Verfügbarkeit von Teilnehmeranschlüssen in be-

stimmten Teilen des Zugangsnetzes oder Lieferbedingungen, wie Bearbeitungsfristen für Anträge auf Bereitstellung von Diensten und Einrichtung sowie Vereinbarungen über den Dienstumfang.

Diese Vorgaben führen dazu, dass insbesondere die angebotenen Leistungen – hier der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung – in dem Standardangebot genau zu beschreiben sind.

Für die Zugangsleistungen zur Teilnehmeranschlussleitung hat die BNetzA der Telekom aufgrund der genannten Vorschriften bereits 2005 auferlegt, ein einheitliches Standardangebot für Zugangsleistungen zur Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen

(RegTP, Beschluss v. 20. April 2005, BK4a-04/075R).

Dieses Standardangebot wurde im Anschluss durch die Regulierungsbehörde überprüft. Aufgrund der Überprüfung wurden sowohl der Hauptteil des von der Telekom vorgelegten Standardangebots über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, als auch dessen Anlagen geändert

(BNetzA, Beschlüsse v. 27. April 2007 und 21. Dezember 2007, BK4-05/101).

Zwischenzeitlich ist die Telekom von der BNetzA unter anderem verpflichtet worden, eine Zusatzvereinbarung zum TAL-Vertrag im Hinblick auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung an einem neu auf dem Hauptkabel zu errichtenden Schaltverteiler zu ändern

(BNetzA, Beschluss v. 30. November 2010, BK3e-10/090).

c) Anordnungsverfahren

Neben der Vorabprüfung des Inhalts und der Entgelte des TAL-Vertrages kann die BNetzA gemäß § 25 TKG auch den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung selbst anordnen (so genanntes Anordnungsverfahren), wenn eine freiwillige Vereinbarung der Vertragspartner – d.h. hier eine Vereinbarung zwischen der Telekom und deren Wettbewerber über den Abschluss eines TAL-Vertrages – nicht zustande kommt. Hierzu ist ferner erforderlich, dass die BNetzA eine Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs erlassen hat. Diese Zugangsverpflichtung setzt wiederum die Durchführung eines vorgeschalteten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nach §§ 10ff. TKG voraus. Im Rahmen dieses Verfahrens ist festzustellen, welche Märkte grundsätzlich der Regulierung durch das TKG unterliegen und inwieweit auf diesen Märkten wirksamer Wettbewerb besteht. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 TKG liegt wirksamer Wettbewerb nicht vor, wenn auf dem jeweiligen Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Für den Bereich der TAL-Verträge, d.h. für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, liegen diese Voraussetzungen vor.

Mit Beschluss vom 20. April 2005 hat die BNetzA erstmals nach dem neuen TKG von 2004 festgestellt, dass die Telekom auf dem bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügt

(BNetzA, Beschluss v. 20. April 2004, BK 4a 04-075/R).

An dieser Einschätzung der BNetzA hat sich bis heute nichts geändert. So hat die BNetzA zuletzt im Rahmen von zwei Beschlüssen vom 25. Oktober 2010 und 21. März 2011 nochmals bestätigt, dass die Telekom als Betreiber eines bundesweiten öffentlichen Telekommunikationsnetzes auf dem bundesweiten Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (gemeint ist damit der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung) – einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs – an festen Standorten das beherrschende Unternehmen ist

(Regulierungsverfügung der BNetzA wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 4 "Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten vom 21. März 2011, BK 3g-09/085).

In der eben genannten Entscheidung wurde der Telekom außerdem die Verpflichtung auferlegt, anderen Unternehmen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren.

Wenn und soweit sich damit das den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nachfragende Unternehmen und die Telekom nicht über den Abschluss eines TAL-Vertrages einigen können, müsste die BNetzA einen solchen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anordnen.

## 2. Beschränkung der Privatautonomie durch zwingendes öffentliches Recht

Die soeben in D.I.1 geschilderten regulatorischen Vorgaben des TKG haben unmittelbare, gestaltende Auswirkungen auf die privatrechtlichen Beziehungen und schränken insoweit die Privatautonomie der Vertragspartner des TAL-Vertrages ein.

Der öffentlich-rechtliche Einfluss geht soweit, dass sie in ihrer Reichweite zivilrechtliche Prüfungen überlagern. Eine entsprechende Kontrolle durch die Zivilgerichte wird ebenfalls verdrängt.

Im Rahmen des TAL-Vertrages betrifft die Einflussnahme sowohl die zwischen den Vertragspartnern vereinbarten Entgelte (hierzu (a)), als auch den Inhalt der vertraglichen Regelungen (hierzu (b)). Im Falle einer Anordnung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung ist schließlich sogar der Vertragsschluss betroffen (hierzu (c)).

a) Auswirkungen der Entgeltgenehmigung

Im Falle von TAL-Verträgen ist die Vereinbarung über die Preise für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der Privatautonomie der Vertragspartner weitestgehend entzogen.

Die Preise für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung werden von der BNetzA im Wege der Entgeltgenehmigung verbindlich festgelegt (hierzu oben D.I.1.a)).

Die Entgeltgenehmigung ist als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt einzustufen, d.h. als eine Regelung mit öffentlich-rechtlichem Inhalt, die ihre Rechtswirkung auf dem Gebiet des Privatrechts entfaltet. Die Entgeltgenehmigung wirkt damit unmittelbar auf das zwischen Privatpersonen bestehende Vertragsverhältnis ein

(Spindler/Schuster/F. Müller, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, § 30 Rn. 13; zum privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt im Allgemeinen: BVerwG, Urteil v. 22. April 1994, Az. 8 C 29/92, Rn. 34 (juris)).

Dies wiederum hat zur Folge, dass eine zivilrechtliche Prüfung der Entgelte, hier der in den TAL-Verträgen anwendbaren Preise für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, nicht mehr möglich ist

(BGH, Urteil v. 24. Mai 2007, MMR 2007, 585, 586).

Das Zivilrecht folgt insoweit dem öffentlichen Recht.

b) Standardangebotsverfahren

Neben der Höhe des Entgelts beruhen auch die übrigen vertraglichen Bedingungen in weiten Teilen nicht auf einer privatautonomen Entscheidung der Vertragspartner.

Gemäß § 23 Abs. 7 TKG hat der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bei Abschluss eines TAL-Vertrages mit einem Wettbewerber das von der BNetzA vorab geprüfte und gegebenenfalls geänderte Standardangebot in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen. Diese Vorabprüfung führt dazu, dass die Gestaltung der vertraglichen Konditionen von TAL-Verträgen auf die BNetzA als hoheitliche Behörde verlagert wird. Sowohl die Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen des Standardangebots, als auch deren Aufnahme in den TAL-Vertrag sind damit nicht mehr eine privatautonome Entscheidung der Vertragspartner.

Letztlich handelt es sich um einen hoheitlichen Kontrahierungszwang zu den Bedingungen des Standardangebots

(Scheurle/Mayen/Hölscher, TKG-Kommentar, 2. Auflage, § 24 Rn. 86).

Wie oben unter D.I.1.b) dargelegt, muss ein Standardangebot ferner so umfassend sein, dass es von Nachfragern ohne Weiteres angenommen werden kann. Das Standardangebot betrifft damit nicht nur einzelne Klauseln des TAL-Vertrages, sondern den Vertrag insgesamt.

Dies hat zum einen zur Folge, dass die zivilrechtliche Kontrolle der Bedingungen des TAL-Vertrages nur eingeschränkt möglich ist und zum anderen der TAL-Vertrag bei Rechtsstreitigkeiten nicht durch die Zivilgerichtsbarkeit, sondern von BNetzA und den Verwaltungsgerichten zu prüfen ist

(Geppert/Helmes, BGH: Neuerdings unzuständig für das Zivilrecht?, MMR 2007, 564, 567; Scheurle/Mayen/Hölscher, TKG-Kommentar, 2. Auflage, § 24 Rn. 87; BGH, Urteil v. 24. Mai 2007, MMR 2007, 585, 586, zur zivilrechtlichen Überprüfbarkeit der genehmigten Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung).

Damit unterliegen die vertraglichen Regelungen des TAL-Vertrages auch inhaltlich weitgehend der telekommunikationsrechtlichen Regulierung.

c) Anordnungsverfahren

Die Anordnung über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung wirkt sich ebenfalls unmittelbar zivilrechtsgestaltend auf das Verhältnis zwischen dem Eigentümer der Teilnehmeranschlussleitung – hier der Telekom – und den zugangssuchenden Unternehmen aus.

Die Zugangsanordnung ist als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG mit privatrechtsgestaltender Wirkung zu qualifizieren. Durch die Anordnung entsteht zum einen ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen der BNetzA und dem Anbieter bzw. Nachfrager des Netzzugangs. Zum anderen ersetzt die Anordnung die zivilrechtliche Zugangsvereinbarung und begründet zwischen Nachfrager und Anbieter ein privatrechtliches Rechtsverhältnis

(BVerwG, Urteil v. 31. März 2004, NVwZ 2004, 1365, für den vergleichbaren Fall der Netzzusammenschaltung; Spindler/Schuster/Neitzel, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, § 25 Rn. 32; Geppert/Helmes, BGH: Neuerdings unzuständig für das Zivilrecht?, MMR 2007, 564, 567).

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die BNetzA im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung nicht nur das Entgelt und den Inhalt der Vertragsbedingungen, sondern sogar den zivilrechtlichen Vertragsschluss über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anordnen kann.

### 3. Auswirkung der Regulierung auf die Einordnung des TAL-Vertrages

Diese weitreichenden telekommunikationsrechtlichen Vorgaben bewirken, dass der TAL-Vertrag letztlich nicht einer privatautonomen Entscheidung der Vertragspartner entspringt, sondern weitgehend öffentlich-rechtlich bestimmt ist.

Zwar handelt es sich bei den TAL-Verträgen nicht um öffentlich-rechtliche, sondern um zivilrechtliche Verträge. Gleichwohl werden die TAL-Verträge sowohl im Hinblick auf die essentialia negotii, wie die Leistungsbeschreibung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung oder das hierfür zu entrichtende Entgelt, als auch in Bezug auf den Vertragsschluss selbst, durch das öffentliche Recht geprägt.

Aus diesem Grund kann eine Zuordnung zu den typischen zivilrechtlichen Vertragstypen nicht ohne Weiteres stattfinden. Vielmehr handelt es sich bei den TAL-Verträgen um einen besonderen Vertragstypus, der sich von den herkömmlichen zivilrechtlichen Vertragstypen unterscheidet und aufgrund der telekommunikationsrechtlichen Einflussnahme als öffentlich-rechtlicher geprägter Vertragstypus eigener Art zu bezeichnen ist.

## II. Regelungen des TAL-Vertrages entsprechen nicht dem zivilrechtlichen Charakter eines Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB

Eine Qualifizierung des TAL-Vertrages als Mietvertrag scheidet außerdem daran, dass die vertraglichen Regelungen des TAL-Vertrages nicht dem zivilrechtlichen Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB entsprechen.

### 1. TAL-Verträge nach dem Standardangebot

Die Verträge über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gemäß dem Standardangebot der Telekom (siehe dazu im Detail D.I.1.b) und D.I.2.b)) stellen ein umfangreiches und höchst komplexes Vertragswerk dar

(vgl. hierzu insgesamt die Veröffentlichung des Standardvertrages im Internet auf der Website der Telekom: [https://wholesale-portal.telekom.de/wps/portal!/ut/p/c1/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnCyfjQGdLU19Tj0BzA09L71B3t7AAQwNHQ\\_1I\\_ShznPKBZvoh-pFu-sEpqfoF2Ym6AMP8f80!/?navItem=Teilnehmeranschlussleitung#7\\_C8B3QC95M5HQ70I9KUGFVP10Q6](https://wholesale-portal.telekom.de/wps/portal!/ut/p/c1/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnCyfjQGdLU19Tj0BzA09L71B3t7AAQwNHQ_1I_ShznPKBZvoh-pFu-sEpqfoF2Ym6AMP8f80!/?navItem=Teilnehmeranschlussleitung#7_C8B3QC95M5HQ70I9KUGFVP10Q6)).

Dieses Vertragswerk umfasst zwei jeweils getrennte Hauptverträge für (a) den Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und (b) den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie jeweils ein dazugehöriges Anlagenkonvolut.

In diesen Anlagen sind insbesondere die unterschiedlichen Produktvarianten (z.B. entbundelter und gebundelter Zugang, etc.), Bestell-, Bereitstellungs- und Kündigungsprozess, Entstörung, Preise, Schadenersatzpauschalen und Ausgleichszahlungen, Über-

tragungsverfahren, Netzverträglichkeitsprüfung, Nachweisverfahren, Ansprechpartner und Vordrucke geregelt.

Des Weiteren existieren insbesondere separate Zusatzverträge für jeweils Kollokation (Vertrag über den räumlichen Zugang (Kollokation) und Raumluftechnik), die Carrier-Express-Entstörung (Zusatzvereinbarung zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie zum Vertrag über den gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über Carrier-Express-Entstörung) sowie den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu besonderen Zeiten (Zusatzvereinbarung zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über zusätzliche Leistungen zu besonderen Zeiten).

Dezidierte Spezifikationen befassen sich unter anderem mit den Serviceleistungen der Telekom in Bezug auf die raumluftechnische Versorgung des Kollokationsraumes, der Fernkollokation, dem Zugang zum Kabelverzweiger, der Spannungsversorgung des Kollokationsraumes, dem Übergabeverteiler im Kollokationsraum, sowie dem Eskalationsprozess Raumklima für den Kollokationsraum.

Das hierin enthaltene hochkomplexe Regelwerk beschränkt sich nicht allein in der Regelung des Zugangs des alternativen Telekommunikationsunternehmens zur Teilnehmeranschlussleitung, sondern beinhaltet dezidierte Regelungen in Bezug auf weitere Verfahrensabläufe, wie Planungsabsprachen, die Bearbeitung von Voranfragen, genaue Festlegungen hinsichtlich des Bestellvorgangs, Kündigung, Nutzungsänderungen, Entstörprozess, Nachweis bzw. Eskalationsverfahren, Testverfahren und Auskunftsverfahren sowie die damit verbundenen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien

(vgl. hierzu Anlage 4 – Bestellung und Bereitstellung, Kündigung zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand: 1. April 2010 sowie Anlage 3 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung zum Vertrag über den gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand: 1. April 2010).

## 2. Zivilrechtlicher Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB

Der zivilrechtliche Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB bestimmt sich im Wesentlichen durch die Hauptleistungspflichten der Vertragspartner (nämlich die Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters und die Mietzahlungspflicht des Mieters) sowie die Gewährleistungsrechte des Mieters im Falle der Mangelhaftigkeit der Mietsache nach §§ 536ff. BGB.

### a) Hauptleistungspflichten des Mietvertrages

Der Mietvertrag stellt die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses dar, dass der Vermieter dem Mieter als Hauptpflicht den dauernden Gebrauch der Mietsache gewährt.

So bestimmt § 535 BGB:

*"Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache [...] zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter [...] zu überlassen [...]. "*

Demgegenüber steht die Hauptleistungspflicht des Mieters zur Bezahlung der Miete.

- b) Gewährleistungsrechte des Mieters im Falle der Mangelhaftigkeit der Mietsache
- Desweiteren wird der gesetzliche Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB entscheidend durch die in den §§ 536ff. BGB geregelten Gewährleistungsrechte des Mieters im Falle der Mangelhaftigkeit der Mietsache bestimmt. Diese Gewährleistungsrechte sehen insbesondere die folgenden Rechte des Mieters vor:

- (aa) § 536 BGB: Mietminderung

Weist die Mietsache einen Mangel auf, mindert sich der Anspruch des Vermieters auf die Zahlung der Miete Kraft Gesetzes.

Mangel ist jede für den Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen Ist- von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit

(BGH NJW 2009, 2441, 2442; BGH NJW 2010, 1133, 1134; MünchKommBGB/Häublein, 2008, § 536 BGB, Rn. 3; Staudinger/Emmerich, BGB, 2011, § 536 Rn. 5; Soergel/Heintzmann, BGB, 2007, § 536 Rn. 2).

- (bb) § 536a Abs. 1 BGB: Schadenersatz

Des Weiteren steht dem Mieter im Falle der Mangelhaftigkeit der Mietsache ein Anspruch auf Schadenersatz zu, sofern der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist.

- (cc) § 536a Abs. 2 BGB: Mängelbeseitigung durch den Mieter

Der Mieter hat außerdem das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen vom Vermieter zu verlangen, wenn entweder der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung der Mietsache notwendig ist.

3. Regelungen des TAL-Vertrags entsprechen nicht dem Charakter eines Mietvertrages nach §§ 535 ff. BGB

Die Regelungen des TAL-Vertrages stehen jedoch an entscheidenden Stellen im Widerspruch zu dem Charakter eines Mietvertrages nach §§ 535 ff. BGB.. Der TAL-Vertrag kann daher weder insgesamt noch in seinen wesentlichen Teilen als Mietvertrag nach § 535 BGB eingeordnet werden.

a) Weder Übergabe noch Besitzverschaffung an der Teilnehmeranschlussleitung

Ein Indiz gegen eine Qualifizierung des TAL-Vertrages als Mietvertrag nach § 535 BGB ist schon, dass weder eine irgendwie geartete "Übergabe" der Teilnehmeranschlussleitung an das alternative Telekommunikationsunternehmen, geschweige denn eine Verschaffung des Besitzes (oder zumindest des Mitbesitzes) an ihr erfolgt.

Die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache ist nämlich regelmäßig mit der körperlichen Übergabe und dem Besitz des Mieters an der Sache verknüpft

(vgl. BGH NJW 1976, 105, 106; Soergel/Heintzmann, BGB, 2007, Vor § 535 Rn. 1; Staudinger/Emmerich, BGB, 2011, § 535 Rn. 15; MünchKommBGB/Häublein, 2008, § 535 BGB, Rn. 66).

Wie oben bereits unter C.III.2 ausgeführt, besteht aber nicht einmal eine irgendwie geartete physikalische Einwirkungsmöglichkeit des Vertragspartners der Telekom auf die Teilnehmeranschlussleitung. Sie verbleibt vielmehr in der alleinigen physikalischen Kontrolle sowie ausschließlichen Einwirkungsmöglichkeit und tatsächlichen Funktionsherrschaft der Telekom.

Unterstützt wird dies auch durch die Tatsache, dass die Kabelstrecke zwischen dem Abschlusspunkt Linientechnik und der Teilnehmeranschlusseinheit in den Räumlichkeiten des Endkunden nicht einmal im Eigentum der Telekom steht. Die Telekom könnte dem alternativen Telekommunikationsunternehmen folglich hieran nicht einmal den Besitz, oder eine sonst geartete Gebrauchsmöglichkeit verschaffen könnte, wenn sie es denn wollte.

b) Durchschnittliche Verfügbarkeit

Dass es sich bei dem Vertragsgegenstand des TAL-Vertrages nicht um eine Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 535 BGB handeln kann, zeigt sich auch daran, dass die Leistungsbeschreibungen der verschiedenen Produktvarianten der TAL-Verträge (z.B. entbundelter und gebündelter Zugang, etc.) vorsehen, dass die Telekom dem Vertragspartner lediglich

*"im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten [...] eine Verfügbarkeit von 98,5 % im Jahresdurchschnitt"*

gewährt.

Schon aus dieser Formulierung wird deutlich, dass es sich hierbei nicht um die Gebrauchsüberlassung einer Sache, sondern um eine sonstige Leistung der Telekom handeln muss. Würde es sich um einen Mietvertrag handeln, würde ja die Sache an sich überlassen, die Bestimmung einer Verfügbarkeit würde hierbei folglich keinen Sinn machen.

c) Längenunabhängiges Entgelt

Ein weiteres Indiz gegen eine Qualifizierung der TAL-Verträge als Mietvertrag ist, dass das Entgelt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unabhängig von der konkreten Länge des verwendeten Übertragungsweges ist (siehe dazu oben D.I.1.a). Auch dies ist Mietvertragsuntypisch, da die Höhe der Miete im Regelfall von den die quantitativen Eigenschaften der Mietsache (z.B. qm-Zahl) abhängig ist.

d) Mangelnde Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes

Eine Einordnung des TAL-Vertrages als Mietvertrag scheitert außerdem an der mangelnden ausreichenden Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes. Wie oben unter C.III.3 gezeigt, ist dem Vertragspartner der Telekom im Regelfall nämlich weder bekannt noch für ihn erkennbar, über welches konkrete Kabel die Signale tatsächlich transportiert werden. Vielmehr kann sogar während der Vertragslaufzeit ein Austausch des betreffenden Kabels erfolgen, ohne dass er dies zwangsläufig erfährt, oder daran beteiligt wird.

Der Mietvertrag setzt jedoch zwingend die hinreichende Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes voraus. Nach der Rechtsprechung des BGH ist

*"Voraussetzung für einen Mietvertrag [...] die Überlassung einer bestimmten Sache zum Gebrauch. Der Mietgegenstand muss im Mietvertrag individuell bestimmt oder zumindest bestimmbar sein."*

(BGH NJW 2002, 3322 in Bezug auf Breitbandkabelanlagen, Unterstreichung nur hier).

Dies ist hier jedoch gerade nicht der Fall. Das konkrete Kabel, das zum Signaltransport genutzt wird, ist im TAL-Vertrag weder bestimmt noch im Regelfall bestimmbar.

e) Parteiwille ist auf die Leistung der Zugangsgewährung nicht auf die Gebrauchsüberlassung der Leitung gerichtet

Gegen eine Einordnung des TAL-Vertrages als Mietvertrag spricht auch der Parteiwille der Vertragspartner bei Vertragsabschluss. Dieser Parteiwille ist darauf gerichtet, dem Vertragspartner der Telekom den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung als Möglichkeit, den Endkunden direkt zu kontaktieren, zu verschaffen.

Die Leistung der Telekom besteht daher nicht in einer Gebrauchsüberlassung, sondern in der Herstellung einer galvanisch durchgängigen Verbindung für ihren Vertragspartner zwischen dem Kollokationsraum und der Wohnung des Endkunden.

Dem alternativen Telekommunikationsunternehmen ist es nämlich im Regelfall völlig gleichgültig, über welche konkreten Leitungen die relevanten Signale (Te-

lefon- bzw. Datenverkehr) zwischen seinem Netz und der Teilnehmeranschlusseinheit des Kunden transportiert werden. Ihm kommt es lediglich darauf an, dass er den Endkunden erreichen kann und hierbei die vertraglich vereinbarten Qualitätsparameter eingehalten werden. Auch die Telekom hat kein Interesse daran, dass der Transport über eine bestimmte Leitung Vertragsinhalt wird. Damit ist die vertragliche Hauptleistungspflicht der Telekom im TAL-Vertrag nicht etwa auf die Gebrauchsüberlassung der Leitung, sondern auf die erfolgreiche Zugangsverbindung gerichtet. Der Vertragsgegenstand ist damit am ehesten mit einer Dienstleistung nach § 611 BGB oder einem Werkvertrag nach § 631 BGB vergleichbar.

Diese Rechtsauffassung wird auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Zusammenhang mit Verträgen über den Zugang zum Internet (Access-Provider-Vertrag) bestätigt. Hier hat der Bundesgerichtshof nämlich entschieden, dass es in dem dort streitgegenständlichen Fall gegen die Qualifizierung als Mietvertrag spricht, dass dem Vertragspartner

*"mit der Nutzung [der Sache, dort eines Rechners] nicht gedient ist."*

Für den Nutzer liege nämlich der Schwerpunkt der Leistung nicht bei der Nutzung der Sache [hier Rechner des Providers], sondern bei dem

*"Transport der Daten"*

(vgl. BGH MMR 2005, 373, 374).

Besonders deutlich wird das insbesondere im Falle des gebündelten Zugangs (siehe dazu oben C.V.1). Beim gebündelten Zugang stellt die Telekom nämlich auch noch vorgeschaltete Übertragungstechnische Systeme zur Verfügung und erbringt dabei als zusätzliche Leistung die Beschaltung der Leitung, um etwa diese Leitung in mehrere Kanäle zu teilen.

f) **Regelung der Rechte des Vertragspartners der Telekom bei Leistungsstörungen**

Die Divergenz zwischen dem gesetzlichen Charakter des Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB und dem TAL-Vertrag zeigt sich auch bei der Betrachtung der Rechte des Vertragspartners der Telekom im Falle von Leistungsstörungen. Diese weichen so deutlich von den Rechten des Mieters bei der Mangelhaftigkeit der Mietsache ab (siehe dazu oben D.II.2.b)), dass sich schon allein daran zeigt, dass es sich bei dem TAL-Vertrag nicht um einen Mietvertrag handeln kann.

Der Mieter besitzt bei Mängeln der Mietsache nämlich ein umfassendes Instrumentarium an Rechten. Diese ergeben sich daraus, dass Grundpflicht des Vermieters nach § 535 BGB die Verpflichtung nicht nur zu einer irgendwie gearteten Überlassung der Mietsache an den Mieter, sondern vielmehr die Überlassung im zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand ist

(Soergel/Heintzmann, BGB, 2007, Vor § 536 Rn. 4; Staudinger/Emmerich, BGB, 2011, Vorbem. zu § 536 Rn. 1; MünchKommBGB/Häublein, 2008, Vor § 536 Rn. 1).

Insgesamt sind die Rechte des Vertragspartners der Telekom nach dem TAL-Vertrag dagegen – und damit absolut mietvertragsuntypisch – äußerst limitiert.

Während dem Mieter die oben unter D.II.2.b) dargestellten Rechte zustehen, seine Entgeltzahlungspflicht sich automatisch und per Gesetz mindert, er – sofern der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug kommt – den Mangel selbst beseitigen bzw. Schadenersatz fordern kann, wird der Vertragspartner der Telekom im Wesentlichen allein auf das vertraglich geregelte und von den Vertragspartnern der Telekom teilweise als sehr unbefriedigend empfundene Entstörungsverfahren verwiesen

(vgl. jeweils Ziffer 9 des Vertrags über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie des Standardvertrags über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und Anlage 4 – Entstörung zum Vertrag über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie Anlage 5 – Entstörung zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, alle jeweils Stand: 1. April 2010).

Unter diesen Bestimmungen steht dem Vertragspartner der Telekom nicht etwa das Recht zu, bei Vorliegen einer Leistungsstörung ein gemindertes Entgelt zu zahlen. Es besteht auch faktisch keine Möglichkeit für das alternative Telekommunikationsunternehmen, eine Beseitigung des Mangels selbst vorzunehmen, da es ja gar keinen Zugriff und keine physikalische Einwirkungsmöglichkeit auf die Teilnehmeranschlussleitung hat.

Es ist lediglich vorgesehen, dass die Telekom

*"die Störung im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten innerhalb von 24 Stunden"*

beseitigt.

Möchte das alternative Telekommunikationsunternehmen eine unverzügliche Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustandes (also eigentlich die Erfüllung seiner vertraglichen Rechte), ist es gezwungen, eine gesonderte und entgeltpflichtige Zusatzvereinbarung abzuschließen, die dann in Ziffer 2.3 eine Störungsbeseitigung innerhalb von 6 Stunden vorsieht

(vgl. Ziffer 2.3 der Zusatzvereinbarung zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie zum Vertrag über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über Carrier-Express-Entstörung, Stand: 1. April 2010).

An diesem Punkt wird deutlich, dass es sich bei dem hier vorliegenden Vertrag keinesfalls um einen Mietvertrag handeln kann. Wie oben bereits gezeigt, ist das Grundwesen der Miete ja das Recht des Mieters auf Gebrauchsüberlassung der Mietsache im vertragsgemäßen Zustand. Ein Mangel der Mietsache zieht unmittelbare Folgen, nämlich eine sofort und unmittelbar gesetzlich eintretende Minderung der vereinbarten Entgelte nach sich. Sofern der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug gerät, entsteht beim Mieter ein Schadensersatzanspruch, d.h. der Mieter hat sogar einen Anspruch auf unverzügliche Mängelbeseitigung des Vermieters.

Dieses Recht hat der Vertragspartner der Telekom aber gerade nicht. Er muss für die unverzügliche Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustandes sogar ein zusätzliches Entgelt zahlen. Dies zeigt, dass es sich bei dem vereinbarten Entgelt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nicht um die Gegenleistung für die mängelfreie Überlassung des Vertragsgegenstandes (also eine Miete) und damit bei dem Vertrag insgesamt auch nicht um einen Mietvertrag handeln kann.

g) Sonstige Leistungen

Des Weiteren enthalten die TAL-Verträge aber auch eine Fülle von weiteren Regelungen in Bezug auf sonstige Verfahrensabläufe, wie Planungsabsprachen, die Bearbeitung von Voranfragen, genaue Festlegungen hinsichtlich des Bestellvorgangs, Nutzungsänderungen, Nachweis bzw. Eskalationsverfahren, Testverfahren und Auskunftsverfahren sowie die damit verbundenen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, die ebenfalls keinem der anerkannten Vertragstypen des Zivilrechts zuzuordnen sind. Diese Leistungen werden auch nicht etwa gesondert abgerechnet, sondern sind untrennbarer Bestandteil der Leistungsbestimmung.

4. Entgeltpflichtige Kündigung

Ein weiteres Indiz, das gegen das Vorliegen eines Mietvertrages nach §§ 535ff. BGB spricht, ist die Regelung des Kündigungsprozesses der TAL-Verträge.

Diese sehen nämlich jeweils vor, dass bei einer Kündigung des Vertragspartners der Telekom ein Entgelt durch den Vertragspartner zu zahlen ist

(vgl. hierzu Ziffer 6.1 der Anlage 4 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung des Standardvertrags Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie Ziffer 3.7.1 der Anlage 3 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung des Vertrags "Gemeinsamer Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung").

Würde es sich bei den TAL-Verträgen um Mietverträge und damit klassische Dauerschuldverhältnisse im Sinne des Zivilrechts handeln, wäre das Recht des Mieters, sich von dem Vertragsverhältnis zu lösen, aber ein originäres, aus dem Schuldverhältnis selbst folgendes Recht. Bei diesem wäre es äußerst untypisch und befremdlich, wenn dieses mit einem zusätzlichen Entgelt verbunden wäre.

Die Entgeltspflichtigkeit der Kündigung zeigt aber, dass auch dieses Entgelt ein Entgelt für eine zusätzliche, anlässlich der Kündigung zu erbringende Leistung der Telekom sein muss. Dies spricht auch dafür, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis insgesamt nicht um eine Miete, sondern vielmehr um die Erbringung sonstiger Leistungen durch die Telekom handelt.

#### 5. Sprachgebrauch des TAL-Vertrags

Auch wenn die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung teilweise im allgemeinen Sprachgebrauch untechnisch als "Miete" bezeichnet werden, lassen sich daraus keine zwingenden oder auch nur gar überzeugenden Argumente für eine Einordnung des TAL-Vertrages als Mietvertrag entnehmen.

Zum einen wird das Entgelt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowohl in Ziffer 10.1 des Standardvertrags über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie auch in Ziffer 10.1 des Vertrags über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ausdrücklich und explizit allgemein als "Preise" und "Entgelte" und nicht etwa als "Miete" bezeichnet

(vgl. Vertrag über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung).

Allein schon dieser Sprachgebrauch spricht dafür, dass die Vertragspartner hier keinen Mietvertrag mit entsprechenden Mietzahlungen vereinbart haben.

Zum anderen wird dies auch durch die relevante Entgeltgenehmigung der BNetzA bestätigt, die ebenfalls ausdrücklich allgemein von "Überlassungsentgelten", nicht aber etwa von Mietzahlungen spricht

(vgl. Entgeltgenehmigung der BNetzA in Bezug auf die monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Beschluss v. 17. Juni 2011 – BK3c-11/003).

Gerade da die BNetzA ja entscheidend auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrags über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung Einfluss nimmt (vgl. dazu oben im Detail D.I.2), muss davon ausgegangen werden, dass die BNetzA die Entgelte auch als Miete bezeichnet hätte, wenn es sich bei den entsprechenden Verträgen ihrer Auffassung nach um Mietverträge handeln würde.

Des Weiteren spricht aber auch die Verwendung des Begriffs "Bestellung"

(vgl. hierzu Ziffer 4.1 und 4.2 der Anlage 4 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung des Standardvertrags Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie Ziffer 3.2 der Anlage 3 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung des Vertrags "Gemeinsamer Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung")

in Bezug auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bzw. Nutzungsänderungen gegen eine Gebrauchsüberlassung im Rahmen einer Miete, da Mietsachen, oder Nutzungsänderungen an ihnen üblicherweise nicht "bestellt" werden.

### **III. Vertragsverhältnis einheitliches und unteilbares Ganzes**

Der TAL-Vertrag stellt ein einheitliches und unteilbares Ganzes dar, bei dem die einzelnen Vertragskomponenten untrennbar miteinander verwoben sind. Es handelt sich auch nicht etwa um einen gemischten Vertrag, weil die einzelnen Leistungskomponenten nicht auf die verschiedenen zivilrechtlichen Vertragstypen aufteilbar sind.

Dies ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass die TAL-Verträge in weiten Teilen durch zwingendes öffentliches Recht vorbestimmt und damit der Privatautonomie entzogen sind. Dies führt dazu, dass die TAL-Verträge sich schon hierdurch der Einordnung unter die einzelnen zivilrechtlichen Vertragstypen des BGB entziehen.

Die einzelnen Vertragsbestimmungen stellen aber auch ansonsten eine in hohem Maße individuelle und ineinander verwobene Regelung dar. Keine spezifische Leistung aus einem bestimmten zivilrechtlichen Vertragstypus steht derart im Vordergrund, dass man davon sprechen könnte, dass die jeweilige Komponente dem TAL-Vertrag ein allgemeines Gepräge gebe, das einem bestimmten zivilrechtlich geregelten Vertragstypus zuzuordnen wäre.

Am ehesten wird der Vertrag noch durch die dienstvertragsähnliche Verpflichtung der Telekom zum Signaltransport bestimmt. Von einer mietvertraglichen Komponente der Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung kann dagegen (siehe dazu oben D.II.3 im Detail) insbesondere mangels erforderlicher Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes und völlig abweichender Regelung bei Leistungsstörungen nicht gesprochen werden.

### **E. Steuerrechtliche Konsequenzen der Einordnung als Vertrag sui generis**

Bei einem Vertrag sui generis liegen sowohl nach Finanzverwaltungsauffassung

(vgl. Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder v. 4. Juli 2008, Rn. 7)

als auch nach BFH-Rechtsprechung

(BFH v. 17. Februar 1965, I 174/60 S, BStBl III 1965, 230)

insgesamt keine Miet-/Pachtzinsen im Sinne von § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG vor. Im Ergebnis ist damit eine gewerbesteuerliche Hinzurechnung der gezahlten Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung mangels Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ausgeschlossen.

Ein solches Ergebnis ist auch mit dem Sinn und Zweck des § 8 Nr. 1 lit. d und e GewStG vereinbar. Die Teilnehmeranschlussleitung ist ein bewegliches Wirtschaftsgut,

deshalb unterfällt sie nicht dem Anwendungsbereich der Neuregelung des § 8 Nr. 1 lit. e GewStG nach der Unternehmenssteuerreform 2008, welcher nun auch Mietaufwendungen für immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens einer Hinzurechnung bei der Gewerbesteuer unterwirft.

Wir verweisen zusätzlich auf das BFH-Urteil vom 17. Februar 2000

(I R 130/97, BFH/NV 1997, 1182)

zur beschränkten Steuerpflicht aufgrund der Überlassung eines Satellitentransponders. In Ziffer 3 des Urteils heißt es:

*"Besteht die ausschlaggebende Hauptpflicht der Klägerin im Signaltransport und in der Signalverarbeitung und damit in der eigentlichen Programmübertragung, erzielt die Klägerin die in Rede stehenden Einkünfte weder durch Vermietung eines Sachinbegriffs oder eines Rechtes, noch durch die Nutzung einer beweglichen Sache."*

## **F. Vergleichbarkeit mit Netznutzung Strom**

Gegen die Hinzurechnung der Entgelte für die Benutzung von Telekommunikationsnetzen im Wege des § 8 Nr. 1 GewStG spricht der Vergleich mit der geplanten Behandlung der Entgelte für die Benutzung von Strom- und Gasnetzen. Ausweislich Rn. 34a des Entwurfes der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörde der Länder zur Änderung des Erlasses der obersten Finanzbehörden der Länder vom 4. Juli 2008 sollen Aufwendungen, die für die Benutzung eines Stromnetzes entrichtet werden, nicht der Hinzurechnung unterliegen.

Die telekommunikationsrechtliche ist mit der energierechtlichen Netznutzung jedoch sowohl in sachlicher (hierzu I.) als auch in rechtlicher Hinsicht (hierzu II.) vergleichbar. Eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Sachverhalte würde daher eine verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung darstellen (hierzu III.).

## **I. Nutzung des Telekommunikations- und des Stromnetzes ist sachlich vergleichbar**

In sachlicher Hinsicht lässt sich die Nutzung des Telekommunikationsnetzes mit der Nutzung der Stromnetze vergleichen.

In beiden Fällen handelt es sich um leitungsgebundene Infrastrukturen. Auch im Hinblick auf den Ausbau der Netze gibt es Übereinstimmungen. So beinhalten sowohl die Telekommunikations- als auch die Stromnetze die letzte Meile, d.h. den direkten Zugang zum Endkunden. In Telekommunikationsnetzen ist dies der letzte Abschnitt der Leitung bis zum Telefonanschluss des Kunden, in Stromnetzen der Abschnitt bis zum Hausanschluss bzw. zur Steckdose.

Dabei ist auch das Übertragungsmedium für die letzte Meile in beiden Netzen identisch. So wird sowohl bei Strom- als auch bei Telekommunikationsnetzen der direkte End-

kundenzugang über Kupferkabel realisiert. Dabei macht es keinen Unterschied, dass im Rahmen der Telekommunikation Signale in Form von Telefon- und Datenverkehr und bei Stromnetzen Elektrizität übertragen wird. Jedenfalls ähnelt sich die Art und Weise der Übertragung, da die relevanten Signale, wie auch Elektrizität, letztlich mittels Frequenzen übertragen werden.

Technisch ist es zudem möglich, dass über die so genannte Powerline Communications-Technologie (PLC-Technologie) auch Signale über das Stromnetz übermittelt werden

(vgl. Breitband-Informationportal Baden-Württemberg, veröffentlicht vom Ministerium für Ernährung und ländlichen Raum Baden-Württemberg, abrufbar unter <http://www.breitband-bw.info/internetueber-stromnetz.html>, Stand: 26. September 2011).

Auch in der Praxis gibt es Telekommunikationsunternehmen – wie etwa die Vype GmbH – die das Stromnetz für das Angebot von Breitband-Internet und Telefonie nutzen.

## **II. Nutzung des Telekommunikations- und Stromnetzes sind regulatorisch und verfassungsrechtlich vergleichbar**

Neben der sachlichen Vergleichbarkeit der Netze besteht auch eine vergleichbare (sektorspezifische) Regulierung für die Nutzung von Strom- und Telekommunikationsnetzen (hierzu 1.). Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass die beiden Bereiche auch verfassungsrechtlich gleich beurteilt werden (hierzu 2.).

### **1. Vergleichbare regulatorische Beurteilung**

Sowohl im Telekommunikations- als auch im Energiewirtschaftsrecht besteht die Verpflichtung eines Netzbetreibers dritten Unternehmen auf Verlangen Netzzugang einzuräumen (§ 20 EnWG bzw. §§ 18 und 21 TKG).

Die Netzzugangspflicht, die z.B. auch den Zugang zur letzten Meile bzw. der Teilnehmeranschlussleitung beinhaltet, wird aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht damit begründet, dass die eigentumsrechtliche Kontrolle von nicht ohne Weiteres duplizierbaren Netzinfrastrukturen zur Bildung von so genannten natürlichen Monopolen führen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die jeweiligen Eigentümer der Infrastruktur bzw. der Netzbetreiber auch den direkten Zugang zum Endkunden kontrollieren. In diesem Falle ist ein Wettbewerber, um im Hinblick auf den Endkunden in Konkurrenz mit dem Netzbetreiber treten zu können, auf den direkten Zugang angewiesen.

Im Telekommunikationssektor kontrolliert den Zugang zum Endkunden in weiten Teilen die Telekom über ihre Teilnehmernetze und Teilnehmeranschlussleitungen. Im Energiesektor besteht eine vergleichbare Situation in Bezug auf die Kontrolle des Verteilnetzes durch die Energieversorgungsunternehmen.

In beiden Sektoren sieht das Gesetz daher sowohl eine Netzzugangs- als auch eine Entgeltregulierung vor (zur Regulierung im Telekommunikationssektor bereits oben D.I.1).

So gilt z.B. nach § 20 Abs. 1 EnWG:

*"Betreiber von Energieversorgungsnetzen haben jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren [...]."*

Im TKG enthält § 21 Abs. 1 Satz 1 eine vergleichbare Verpflichtung. Dort heißt es:

*"Die Bundesnetzagentur kann auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren [...]."*

Für Unternehmen, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, gilt gemäß § 18 Abs. 1 TKG Folgendes:

*"Die Bundesnetzagentur kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren und die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, in begründeten Fällen verpflichten, auf entsprechende Nachfrage ihre Netze mit denen von Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze zusammenschalten, soweit dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren und die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, weitere Zugangsverpflichtungen auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erforderlich ist."*

Schließlich sind auch der Zweck bzw. die Ziele der Regulierung nach dem EnWG und des TKG vergleichbar. Ausweislich des § 1 Abs. 2 EnWG bezweckt das Gesetz die

*"Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas [...]."*

Laut § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist Ziel des Gesetzes

*"die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation [...]."*

In beiden Gesetzen sollen ferner Verbraucherinteressen Berücksichtigung finden

(vgl. § 1 Abs. 1 EnWG bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

Auch bei der Betrachtung der regulatorischen Vorgaben im TKG und EnWG im Einzelnen bestehen weitgehende Übereinstimmungen.

Nach den genannten Vorschriften haben die Unternehmen grundsätzlich einen Anspruch, Zugangsleistungen vom jeweiligen Netzbetreiber einzufordern.

Sowohl im Telekommunikationsrecht (hierzu bereits oben in D.I.1.a) erläutert) als auch im Energiewirtschaftsrecht hat der jeweilige Netzbetreiber den Zugang nicht unentgeltlich zu gewähren, sondern kann ein Entgelt für den Netzzugang fordern. Aufgrund seiner netzbedingt beherrschenden Marktstellung ist der Netzbetreiber im Hinblick auf die Bemessung der Entgelt- bzw. Preisforderung jedoch nicht frei. Dem Netzbetreiber steht vielmehr regelmäßig "nur" ein Anspruch auf ein kostenorientiertes Entgelt zu. Dieses kostenorientierte Entgelt wird im Telekommunikations- und im Energiewirtschaftsrecht ex-anteermittelt.

Für das Energiewirtschaftsrecht schreibt dies der § 23a EnWG vor. Im Bereich der Telekommunikation ist § 31 TKG hierfür maßgeblich (zur Entgeltregulierung nach dem TKG bereits oben in D.I.1.a)).

Die Berechnung und Kontrolle dieser Entgelte obliegt im Übrigen in beiden Wirtschaftssektoren der BNetzA als zuständiger Behörde.

## 2. Vergleichbare verfassungsrechtliche Beurteilung

Die regulatorischen Übereinstimmungen spiegeln sich auch in der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Netzzugangs zu Telekommunikations- und Stromnetzen wider.

Bei der Verpflichtung von Betreibern von Stromnetzen anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für die Durchleitung zur Verfügung zu stellen, handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 12 GG), bei der die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich zu bringen sind

(Maunz/Dürig/Papier, Grundgesetz, 62. Ergänzungslieferung 2011, Art. 14 GG, Rn. 521; zum Ausgleich der Interessen: BVerfG, Beschluss v. 14. Juli 1981, BVerfGE 58, 137, 147).

Die Einschränkung des Eigentums am Netz der leitungsgebundenen Energieversorgung rechtfertigt dabei der soziale Bezug des Netzeigentums, da – wie bereits oben in F.II.1 gezeigt – der Nichteigentümer zur eigenen wirtschaftlichen Betätigung in signifikanter Weise auf die (Mit-)Nutzung angewiesen ist. Diese Einordnung des Netzzugangs im Energiesektor gilt entsprechend für den Zugang zu anderen Netzen, insbesondere Telekommunikationsnetzen. Auch dort stellt die Zugangsregulierung nach § 18 und § 21 TKG jeweils eine im öffentlichen Interesse (vgl. Art. 87f Abs. 1 GG) gebotene Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums dar. Sowohl im Energie- als auch im Telekommunikationsrecht wird der gerechte Ausgleich zwischen den Interessen des Netzeigentümers und der zugangssuchenden Unternehmen über die Festsetzung angemessener Durchleitungsentgelte gewährleistet

(Maunz/Dürig/Papier, Grundgesetz, 62. Ergänzungslieferung 2011, Art. 14 GG, Rn. 521).

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es sich aus Sicht der Endkunden jeweils um leistungsgebundene Grundversorgungsdienste handelt.

Auch verfassungsrechtlich lassen sich damit keine strukturellen Unterschiede zwischen der Nutzung des Stromnetzes und des Telekommunikationsnetzes, welches unter anderem auch die Teilnehmeranschlussleitung beinhaltet, feststellen.

### **III. Sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung**

Aufgrund der sachlichen, regulatorischen und verfassungsrechtlichen Vergleichbarkeit der Benutzung von Strom- und Telekommunikationsnetzen wäre eine steuerrechtliche Bevorzugung des Energiesektors gegenüber dem Telekommunikationssektor nicht gerechtfertigt und mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht vereinbar. Daher ist auch die Benutzung von Telekommunikationsnetzen dem Anwendungsbereich des § 8 Nr. 1 GewStG zu entziehen.

Der verfassungsrechtliche verbürgte Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verbietet der öffentlichen Gewalt, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln

(BVerwG, Beschluss v. 15. Juli 1998, BVerwGE 98, 365, 385; BVerwG, Beschluss v. 27. Juni 1961, BVerwGE 13, 46, 53).

Als Vergleichsgruppen stehen sich hier die Benutzung von Telekommunikationsnetzen und die Benutzung von Stromnetzen gegenüber.

Wie soeben gezeigt, besteht eine sachliche Vergleichbarkeit der Netze im Hinblick auf den Umfang der möglichen Nutzung, da in beiden Fällen die Netznutzung auch die Nutzung des netzbasierten Zugangs zu den Endkunden (letzte Meile) umfassen kann. Für diesen Zugang zum Endkunden nutzen beide Netzinfrastrukturen dasselbe Übertragungsmedium (Kupferkabel) und dieselbe Übertragungsart (Frequenzen).

Auch in rechtlicher Sicht bestehen signifikante Parallelen. Beide Bereiche unterliegen einem strengen Regulierungsregime, welches durch ein und dieselbe Aufsichtsbehörde umgesetzt wird. Die jeweils anwendbaren Gesetze verpflichten den jeweiligen Netzbetreiber Wettbewerbern Netzzugang zu gewähren. Für die dafür zu erhebenden Entgelte bestehen weitreichende gesetzliche Vorgaben (Entgeltregulierung). Das Ziel dieser sektorspezifischen Regulierung ist in beiden Bereichen die Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs.

Schließlich wird die Netzzugangspflichtung auch verfassungsrechtlich unabhängig von dem betroffenen Wirtschaftsbereich als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums angesehen.

Eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung bei der Benutzung von Strom- und Telekommunikationsnetzen ist hingegen nicht ersichtlich. Auch der Entwurf

der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörde der Länder zur Änderung des Erlasses der obersten Finanzbehörden der Länder vom 4. Juli 2008 enthält keinerlei Begründung zu der unterschiedlichen Behandlung von Telekommunikations- und Stromnetzen. Allein auf die zivilrechtliche Einordnung kann es aufgrund der geschilderten wirtschaftlichen und rechtlichen Besonderheiten bei der Benutzung fremder Infrastrukturnetze jedenfalls nicht ankommen.

Im Ergebnis kann daher auch die Benutzung des Telekommunikationsnetzes nicht in den Anwendungsbereich des § 8 Nr. 1 GewStG fallen.

#### **IV. Ergebnis**

Da die Benutzung der Teilnehmeranschlussleitung durch alternative Telekommunikationsunternehmen mit der Benutzung des Stromnetzes rechtlich und tatsächlich vergleichbar ist, ist auch aus steuerlicher Sicht eine Ungleichbehandlung im Rahmen der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungen nicht geboten.

#### **G. Hinzurechnung würde den Zielen des TKG zuwiderlaufen**

Desweiteren würde eine Hinzurechnung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung im Rahmen des § 8 Nr. 1 GewStG aber auch im Widerspruch zu den Zielen des Telekommunikationsrechtes und den diesen zugrundeliegenden europarechtlichen Vorschriften stehen.

Dies gilt im gleichen Maße auch für andere regulierte Entgelte für sonstige Netznutzungen.

#### **I. Besteuerung führt zu einem Wettbewerbsnachteil der alternativen Telekommunikationsunternehmen gegenüber der Telekom**

Wie unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** schon ausgeführt, handelt es sich bei der Teilnehmeranschlussleitung um eine für die alternativen Telekommunikationsnetzbetreiber wesentliche Voraussetzung, um zum Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt beizutragen, da nur die Teilnehmeranschlussleitung den direkten Zugang zum Telefonendkunden gewährleistet.

Sollten die entsprechenden regulierten (zuletzt von der BNetzA im Beschluss v. 17. Juni 2011 – BK 3c-11/903 – genehmigten) Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung hier der Besteuerung unterworfen werden, bedeutet dies eine faktische Verteuerung dieser Entgelte durch erhöhte Gewerbesteuerausgaben für die alternativen Telekommunikationsunternehmen.

Dies würde für die Unternehmen zu einer erheblichen finanziellen Belastung führen und faktisch die Gewinnspanne der alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Vergleich zur Telekom verringern. Diese ist ja regelmäßig Eigentümerin der für ihre eigenen Kunden genutzten Teilnehmeranschlussleitungen und unterläge damit nicht dieser gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsvorschrift.

Hierdurch würde den alternativen Wettbewerbsunternehmen ein Wettbewerbsnachteil gegenüber der Telekom entstehen, die sowieso schon auf dem relevanten Markt eine herausstechende marktmächtige Stellung innehat, die sich in ihren überragenden Marktanteilen mit geringem tatsächlichen Wettbewerb von Seiten der alternativen Telekommunikationsunternehmen widerspiegelt

(vgl. S. 80ff. der Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (Markt Nr. 4 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) vom 25. Oktober 2010; BK 1-09/004).

## **II. Wettbewerbsnachteil steht im Widerspruch zur Zielsetzung des Telekommunikationsrechts und der zugrundeliegenden europarechtlichen Vorschriften**

Dieser Wettbewerbsnachteil würde im Widerspruch zur Zielsetzung des TKG und der diesem zugrundeliegenden europarechtlichen Vorschriften (hier insbesondere die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste in der Fassung vom 25. November 2009, "Rahmenrichtlinie") stehen.

§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG nennt als Ziel der Regulierung nämlich ausdrücklich die

*"Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze".*

Diese Sicherstellung des Wettbewerbs, der chancengleich und funktionsfähig ausgestaltet werden soll, ist der wesentliche Zweck des TKG zur Verwirklichung der Interessen der Nutzer

(vgl. BeckTKG-Komm/Schuster, 2006, § 2 TKG, Rn. 10; Scheurle/Mayen/Scheurle, Telekommunikationsgesetz, 2008, § 2 TKG, Rn. 7; Arndt/Fetzer/Scherer/Ruthig, TKG, 2008, § 2 TKG, Rn. 7).

Eben dies würde allerdings konterkariert, wenn die BNetzA ein Entgelt nach den Vorschriften des TKG genehmigt, das nach der Intention der BNetzA in seiner Höhe nach so bemessen ist, dass es der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs dient, die Finanzverwaltung dieses Entgelt dann aber ihrerseits mittelbar erhöht und damit die Wettbewerbsmöglichkeiten der alternativen Telekommunikationsunternehmen wieder verschlechtert und damit insgesamt den Wettbewerb gefährdet.

München, den 30. September 2011

---

CMS Hasche Sigle

Dr. Daniel Hofmann

Michaela von Voß

Rechtsanwälte

Martina Toppelhofer, LL.M.

Steuerberaterin

Abkürzungsverzeichnis:

|                 |   |
|-----------------|---|
| APL             | Abschlusspunkt Linientechnik  |
| BFH             | Bundesfinanzhof   |
| BGB             | Bürgerliches Gesetzbuch   |
| BGH             | Bundesgerichtshof   |
| BNetzA          | Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen                |
| BVerfG          | Bundesverfassungsgericht  |
| BVerwG          | Bundesverwaltungsgericht  |
| DTAG            | Telekom Deutschland GmbH bzw. deren Rechtsvorgänger   |
| EnWG            | Energiewirtschaftsgesetz  |
| Evz             | Endverzweiger   |
| FTTB            | <i>fibre to the building</i> ("Glasfaser bis zum Gebäude")                                      |
| FTTC            | <i>fibre to the curb</i> ("Glasfaser bis zum Bordstein")  |
| GewStG          | Gewerbesteuergesetz   |
| GG              | Grundgesetz   |
| HVt             | Hauptverteiler  |
| KVz             | Kabelverzweiger   |
| Standardvertrag | Standardvertrag der Telekom über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand 1. April 2010 |
| TAE             | Teilnehmeranschlusseinheit  |
| TAL             | Teilnehmeranschlussleitung  |
| TAL-Vertrag     | Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung  |
| Telekom         | Telekom Deutschland GmbH bzw. deren Rechtsvorgänger   |
| TKG             | Telekommunikationsgesetz  |

Zugangsrichtlinie Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung

#### Anlagenverzeichnis:

1. Regulierungsverfügung der BNetzA wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 4 "Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten vom 21. März 2011, BK 3g-09/085)
2. Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des Gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (Markt Nr. 4 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) vom 25. Oktober 2010, BK 1-09/004)
3. Entgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur in Bezug auf die monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Beschluss BK3c-11/003 vom 17. Juni 2011
4. Standardvertrag der Telekom über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand 1. April 2010
5. Vertrag der Telekom über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand 1. April 2010
6. Anlage 5 – Entstörung – zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand: 1. April 2010
7. Anlage 4 – Entstörung – zum Vertrag über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand: 1. April 2010
8. Anlage 4 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung – zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand: 1. April 2010
9. Anlage 3 – Bestellung, Bereitstellung, Kündigung – zum Vertrag über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, Stand: 1. April 2010
10. Vertrag über den räumlichen Zugang (Kollokation) und Raumluft-Technik, Stand 1. April 2010
11. Zusatzvereinbarung zum Standardvertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie zum Vertrag über den Gemeinsamen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung über Carrier-Express-Entstörung, Stand: 1. April 2010