

zu machen, um zu verhindern, dass bloße Ausbauankündigungen zu einer Verzögerung des Ausbaus führen. Erfolgt keine einseitige Verpflichtung, kann die Gebietskörperschaft an der geplanten Fördermaßnahme festhalten.

Die Vergabe der Fördermittel hat anbieterneutral zu erfolgen. Hierzu sind die Ausschreibungsverfahren diskriminierungsfrei auszugestalten. So sollten größere Projektgebiete in mehrere Teillose aufgeteilt und entsprechend ausgeschrieben werden. Um die Anbietervielfalt und damit den Wettbewerb zu erhalten, sollte auch erwogen werden, separate Lose für Wohngebiete/Mischgebiete und Gewerbegebiete auszuschreiben. Zudem ist eine höchstmögliche Transparenz der Verfahren für alle Marktteilnehmer sicherzustellen. In diesem Zusammenhang kritisch zu bewerten ist, dass auch mehr als 18 Monate nach dem Start des Bundesförderprogramms keine hinreichende und laufend aktualisierte Übersicht über die erteilten Förderbescheide, die laufenden Ausschreibungsverfahren und die bereits abgeschlossenen Ausschreibungen verfügbar ist.<sup>58</sup>

Wichtig ist außerdem, dass die Förderprogramme auf Bundes- und Landesebene noch besser aufeinander abgestimmt werden und deren Kompatibilität sichergestellt wird. Hierzu ist eine engere Zusammenarbeit und Abstimmung zwischen dem Bund und den Bundesländern notwendig. Sofern in den Bundesländern eigene Breitbandstrategien erarbeitet werden, sind diese so auszugestalten, dass sie nicht hinter der zukünftigen Breitbandstrategie des Bundes zurückbleiben.

Um Fehlentwicklungen möglichst frühzeitig entgegenwirken zu können, sollten neben Vertretern von Bund, Ländern und Kommunen auch die Telekommunikationsnetzbetreiber in einen Förderbeirat aufgenommen werden, der die Fortentwicklung des Programms ständig begleitet. Darüber hinaus sollte fortlaufend eine Evaluation erfolgen, die auch Basis für kurzfristige notwendige Anpassungen der Fördergrundlagen ist.

### III. Fazit

Die bisherigen Erfahrungen mit dem ersten eigenständigen Bundesförderprogramm für den Breitbandausbau haben gezeigt, dass Fördermittel für den Breitbandausbau in unterversorgten Gebieten dazu beitragen können, die Breitbandversorgung in Deutschland zu verbessern und einer digitalen Spaltung der Gesellschaft entgegenzuwirken. Gleichzeitig hat sich ein Großteil der bereits im Vorfeld des Bundesförderprogramms geäußerten Kritik an verschiedenen Regelungen der

Breitbandförderrichtlinie in der Praxis bestätigt. Beispielhaft sind hier die zu starke Fokussierung auf das Ausbauziel von 50 Mbit/s bis 2018, die Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Betreibermodellen und die zu starren Regelungen zum Materialkonzept und den Dimensionierungsvorgaben genannt. Außerdem sollten die Beantragung von Fördermitteln für die Gebietskörperschaften vereinfacht und die Ausschreibungsverfahren auf ein erforderliches Maß beschränkt werden. Zudem besteht bei der Zusammenarbeit zwischen Bund, Ländern und Kommunen noch Optimierungspotential. Wichtig ist es auch, dass die Telekommunikationsnetzbetreiber, als Begünstigte der Förderung, in die Begleitung und Fortentwicklung des Bundesförderprogramms einbezogen werden.

Wesentliche Aufgabe der kommenden Bundesregierung wird es sein, ein langfristiges Glasfaserinfrastrukturziel festzuschreiben und das bestehende Bundesförderprogramm entsprechend diesem übergeordneten Ziel zu überarbeiten und möglichst nahtlos fortzusetzen. Das Bundesförderprogramm ist dabei so auszugestalten, dass es den eigenwirtschaftlichen Ausbau von Glasfaseranschlussnetzen bis in die Gebäude nicht behindert, sondern diesen in Regionen mit fehlender Wirtschaftlichkeit des Ausbaus sinnvoll ergänzt. Der eigenwirtschaftliche Ausbau im Wettbewerb wird auch zukünftig der maßgebliche Treiber für den Ausbau von Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude sein.

Die Förderung ist auf den nachhaltigen Ausbau von Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude auszurichten. Eine Förderung von Übergangslösungen (Ausbau von Glasfaser nur bis zu den Kabelverzweigern, FTTC) darf es zukünftig nicht mehr geben. Um dies sicherzustellen, sind als Förderbedingungen neben einer Mindestgeschwindigkeit von 1 Gbit/s weitere Anforderungen an die Qualität der Übertragung vorzugeben. Des Weiteren sind die Rahmenbedingungen des Förderprogramms stärker auf die Praxis der ausbauenden Telekommunikationsunternehmen auszurichten.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass Deutschland nur durch die Festlegung ambitionierter Ausbauziele, ausgerichtet auf den flächendeckenden Ausbau von Glasfaseranschlüssen bis in die Gebäude, und ein flankierendes Bundesförderprogramm zum digitalen Spitzenreiter in Europa werden kann.

<sup>58</sup> Die zentrale Ausschreibungsplattform [www.breitbandausschreibungen.de](http://www.breitbandausschreibungen.de) ist nicht geeignet, um einen schnellen Überblick über die Verfahren zu erlangen.

*Bastian Reuße und Till Karrer*

## Das DigiNetzG aus kommunaler Sicht

### Überblick und praktische Herausforderungen

*Das DigiNetzG stellt nicht nur Energieversorger, Bahnunternehmen und weitere private Netzinhaber vor neue Herausforderungen beim Umgang mit der eigenen Infrastruktur. Auch Kommunen und ihre Beteiligungsunternehmen sind unmittelbar und im erheblichen Maße betroffen. Dieser Beitrag beleuchtet deshalb vor allem aus dem Blickwinkel der Kommunen die Fragen und Problemstellungen, welche die telekommunikationsrechtlichen Neuerungen in der Praxis mit sich bringen, und formuliert passende Lösungen.*

#### I. Einführung

Das zum größten Teil auf der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU beruhende DigiNetzG<sup>1</sup> hat schon vor seinem Inkrafttreten am 10. November 2016 und erst recht seither für Widerhall in der rechtswissenschaftlichen und fachspezifischen Literatur

<sup>1</sup> Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, BGBl. 2016 I, 2473.

gesorgt.<sup>2</sup> Dies überrascht nicht, enthalten die durch das DigiNetzG in den §§ 77a bis 77p TKG geänderten und ergänzten Rechtsnormen doch umfangreiche Neuerungen, die insbesondere für Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Verpflichtungen auslösen. Im Mittelpunkt steht das Recht der Telekommunikationsunternehmen, passive Netzinfrastrukturen<sup>3</sup> öffentlicher Versorgungsnetzbetreiber<sup>4</sup> für den Aufbau ihrer eigenen digitalen Hochgeschwindigkeitsnetze<sup>5</sup> mitzunutzen. Strom- oder Gasnetzbetreiber können etwa dazu verpflichtet werden, die Verlegung von Glasfaserkabeln in ihren Leerrohren, Kabel- und Leitungsschächten zu dulden. Neben diesen Infrastrukturen „klassischer“ Versorgungsunternehmen greift die Mitnutzungsverpflichtung aber auch bei nahezu sämtlichen sonstigen Netzinfrastrukturen – etwa Abwassernetzen, Straßen oder Bahntrassen –, sofern diese zur Aufnahme von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geeignet sind (§§ 77d bis 77g TKG). Einen Schritt vor der Mitnutzung setzt die neugeschaffene Pflicht zur Koordinierung von Bauarbeiten an. Unter bestimmten Voraussetzungen können Telekommunikationsunternehmen verlangen, geplante oder anstehende Bauarbeiten an öffentlichen Versorgungsnetzen mit ihrem eigenen Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu verbinden, um dadurch insbesondere Tiefbaukosten zu sparen (§ 77i Abs. 1 bis 5 TKG). Von besonderer Bedeutung ist schließlich die Pflicht zur Mitverlegung von Glasfaserkabeln im Rahmen von Verkehrsinfrastrukturprojekten, insbesondere bei der Erschließung von Neubaugebieten (§ 77i Abs. 6 und 7 TKG). Flankiert werden all diese Regelungen durch unterschiedliche Informationsansprüche und -pflichten (§§ 77a bis 77c sowie 77h TKG).

### 1. Neue Pflichten für Kommunen

Städte, Gemeinden und Landkreise sind dabei in besonderer Weise von den Regelungen der §§ 77a bis 77p TKG betroffen. Kommunen sind – entweder selbst oder mittelbar durch Beteiligungsunternehmen – regelmäßig Eigentümer umfangreicher öffentlicher Versorgungsnetzinfrastrukturen.<sup>6</sup> Oft betreiben die Beteiligungsunternehmen die öffentlichen Versorgungsnetze auch. Kommunen zählen damit zum unmittelbaren Kreis der Verpflichteten. Sie haben Telekommunikationsunternehmen die Mitnutzung ihrer Infrastruktur zu gewähren, sind zur Koordinierung ihrer Bauarbeiten verpflichtet und müssen die hierfür erforderlichen Informationen bereitstellen. Besonders betroffen werden Kommunen von der Pflicht zur Mitverlegung von Glasfaserkabeln. Denn die davon erfassten Baumaßnahmen finden regelmäßig an kommunalen Straßen, Brücken und sonstigen Verkehrsinfrastrukturen statt.

### 2. Chancen für den kommunalen Breitbandausbau

Die Einspar- und Beschleunigungseffekte des DigiNetzG können Kommunen aber auch nutzen, um ihren eigenen Breitbandausbau voranzutreiben. Unabhängig von der getroffenen Systementscheidung zur Art und Weise des kommunalen Breitbandausbaus können so Kostenvorteile genutzt werden, um entweder die Höhe der für den Breitbandausbau notwendigen kommunalen Zuschüsse (Deckungslückenmodell<sup>7</sup>) oder die Kosten für den Aufbau eigener kommunaler Breitbandinfrastrukturen (Betreibermodell<sup>8</sup>) zu senken. Denn die Mitnutzungs-, Koordinierungs- und Informationsansprüche des DigiNetzG stehen jedem zu, der die Absicht besitzt, ein Telekommunikationsnetz aufzubauen.<sup>9</sup> Neben den privaten Telekommunikationsunternehmen erfüllen auch Kommunen, die alleine oder im kommunalen Verbund eigene Programme zum Aufbau flächendeckender Breitbandinfrastrukturen verfolgen, ohne weiteres diese Voraussetzung und können gegenüber anderen Versorgungsnetzbetreibern Ansprüche

geltend machen. So haben Kommunen die Möglichkeit, in Infrastrukturen großer Energiekonzerne oder Bahnunternehmen zu gelangen, um dort beispielsweise ein landkreisweites Kernnetz („backbone“) zu errichten. Auch Landes- oder Bundesfernstraßen können in den Fokus genommen werden, sofern sie zur Aufnahme von Telekommunikationsnetzinfrastrukturen geeignet sind.

### 3. Kommunale Praxis

In der kommunalen Praxis haben sich seit Inkrafttreten dieser Neuerungen bereits vielfältige Fragen ergeben. Kommunen stehen geltenden Bestimmungen gegenüber, für die es außer den Gesetzesmaterialien kaum Handlungsanleitungen gibt. Neben mangelnden Präzedenzfällen und handwerklichen Fehlern im Gesetzgebungsverfahren sorgen Konflikte des DigiNetzG mit Förder- und Verfassungsrecht für Herausforderungen bei der Anwendung. Vor näherer Betrachtung zahlreicher in der Praxis bereits aufgetretener Probleme und ihren Lösungen folgt zum besseren Verständnis zunächst ein Überblick über die unterschiedlichen Verpflichtungen des DigiNetzG.

## II. Überblick über die neuen Regelungen

Das DigiNetzG enthält unterschiedlichste Berechtigungen und Verpflichtungen. Die maßgeblichen Regelungen lassen sich in drei Themenblöcke ordnen: Transparenz, Synergien bei Bauarbeiten und Mitnutzung.

### 1. Transparenz

Effizienzgewinne beim Breitbandausbau setzen Klarheit über den Bestand der Infrastrukturen voraus. Hierzu sehen die §§ 77a bis 77c und 77h TKG unterschiedliche Informationspflichten vor, die den (eentlichen) Instrumenten zur Beschleunigung des Breitbandausbaus den Boden bereiten sollen. So haben etwa Eigentümer und Betreiber öffentlicher Ver-

2 Vgl. *Leitzke/Berg*, N&R 2016, 141; *Sörries*, N&R 2016, 272; *Reuße/Ronkartz*, ZfK 9/2016, 6; *Reuße/Ronkartz*, Städte- und Gemeinderat 11/2016, 25; *Kühling/Bulowski*, N&R 2017, 19; *Karrer/Reuße*, BWGZ 2017, 449.

3 Siehe § 3 Nr. 17b TKG. Entscheidend ist die Fähigkeit zur Aufnahme aktiver Netzkomponenten.

4 Zum Begriff „öffentliche Versorgungsnetze“ siehe § 3 Nr. 16b TKG. Entscheidend ist die öffentliche Bereitstellung des Netzes. Ausgenommen sind daher beispielsweise geschlossene Unternehmens- und Behördenetze oder private Verkehrswege, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 35.

5 Nach § 3 Nr. 7a TKG ist ein „digitales Hochgeschwindigkeitsnetz“ ein Telekommunikationsnetz, das die Möglichkeit bietet, Datendienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 50 Megabit pro Sekunde bereitzustellen. Dieser technologieneutrale Begriff ersetzt den in den bisherigen §§ 77a ff. TKG 2012 enthaltenen Begriff der „Netze der nächsten Generation“, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 34.

6 In der Begründung zum Gesetzentwurf werden Kommunen mehrfach erwähnt, so beispielsweise bezüglich des § 77b TKG: „Für den Auskunftsanspruch spielt die Rechtsnatur des jeweiligen Netzbetreibers keine Rolle. Umfasst sind juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts ebenso wie Personenvereinigungen oder Gebietskörperschaften.“; siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 42.

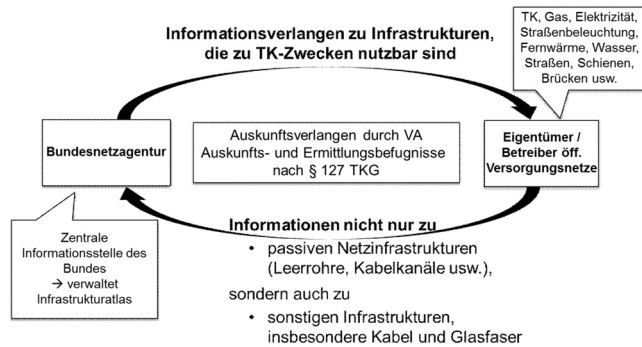
7 Auch Wirtschaftlichkeitslückenförderung genannt. Eine Wirtschaftlichkeitslücke wird vom Bund definiert „als Differenz zwischen dem Barwert aller Einnahmen und dem Barwert aller Kosten des Netzaufbaus und -betriebs, für einen Zeitraum von mindestens sieben Jahren“, siehe Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ v. 22.10.2015 i.d.F. v. 2.5.2017, Ziff. 3.1.

8 Siehe BMVI, Bundesförderrichtlinie (Fn. 7), Ziff. 3.2.

9 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 45.

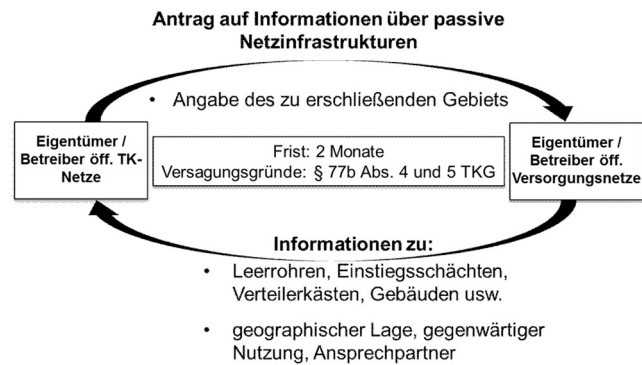
sorgungsnetze (und damit regelmäßig auch Kommunen) der Bundesnetzagentur<sup>10</sup> nach § 77a TKG Daten zur Ausfüllung des Infrastrukturatlases zur Verfügung zu stellen.<sup>11</sup> In dieses seit 2009<sup>12</sup> bestehende und stetig verbesserte Instrument können am Breitbandausbau Beteiligte Einsicht nehmen<sup>13</sup> und so erkennen, welche Infrastrukturen in den für sie relevanten Ausbaugebieten bestehen und für Telekommunikationszwecke nutzbar sind.<sup>14</sup>

Abbildung 1: § 77a TKG – Infrastrukturatlas



Diese Informationsverpflichtung gegenüber der Bundesnetzagentur wird ergänzt durch einen direkten Anspruch der Telekommunikationsunternehmen gegenüber Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze nach § 77b TKG. Während § 77a TKG also eine Verpflichtung gegenüber einer Behörde statuiert, regelt § 77b TKG das Verhältnis zwischen Telekommunikationsunternehmen und Versorgungsnetzinhabern. Inhaltlich unterscheiden sich die beiden Normen insoweit, als dass bei § 77b TKG lediglich Informationen zu passiven Netzinfrastrukturen zu übermitteln sind, während § 77a TKG alle Infrastrukturen in den Blick nimmt, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können.<sup>15</sup>

Abbildung 2: § 77b TKG – Informationen zu passiven Infrastrukturen



Mit den dadurch erlangten Informationen<sup>16</sup> können Telekommunikationsunternehmen klären, inwieweit bestehende Infrastrukturen im Ausbaugbiet oder Bauarbeiten an diesen Infrastrukturen genutzt werden können, um beim Breitbandausbau Kosten zu sparen. Entsprechende Ansprüche auf Vor-Ort-Untersuchungen der Infrastrukturen (§ 77c TKG) oder auf Informationen über Bauarbeiten an den Versorgungsnetzen (§ 77h TKG) schließen die Transparenzbestimmungen des DigiNetzG ab.<sup>17</sup>

## 2. Synergien bei Bauarbeiten

Da die Hoch- und Tiefbaukosten den Löwenanteil der Gesamtkosten beim Breitbandausbau ausmachen,<sup>18</sup> setzt hier § 77i TKG mit zwei Instrumenten an, um Synergien und damit Kostenersparnisse zu ermöglichen: der Koordinierung von Bauarbeiten und der Mitverlegung.

### a) Koordinierung von Bauarbeiten

Nach § 77i Abs. 2 S. 1 TKG können Telekommunikationsunternehmen bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Koordinierung von Bauarbeiten beantragen.<sup>19</sup> Ziel ist die Nutzung ohnehin stattfindender Bauarbeiten zum Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes und damit die Vermeidung unnötiger zusätzlicher Bauarbeiten.<sup>20</sup> Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen, sind gemäß § 77i Abs. 3 S. 1 TKG verpflichtet, zumutbaren Koordinierungsanträgen zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben. Anträge sind insbesondere zumutbar, sofern

- dadurch keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht werden, wobei eine geringfügige zeitliche Verzögerung der Planung und geringfügige Mehraufwendungen für die Bearbeitung des Koordinierungsantrags nicht als zusätzliche Kosten der ursprünglich geplanten Bauarbeiten gelten,
- die Kontrolle über die Koordinierung der Arbeiten nicht behindert wird,
- der Koordinierungsantrag so früh wie möglich, spätestens aber einen Monat vor Einreichung des endgültigen Projektantrags bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gestellt wird und

10 Diese fungiert als „zentrale Informationsstelle des Bundes“, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 40.

11 Zur Form der Datenübermittlung führt die Bundesnetzagentur in ihrer Konsultation zur Einrichtung der zentralen Informationsstelle des Bundes auf Grundlage der §§ 77a und 77b TKG 2016 v. 6.2.2017, Rn. 92, aus: „Die Bundesnetzagentur übernimmt auch weiterhin für die detaillierte Übersicht nach § 77a Abs. 1 Nr. 1 TKG nur vektorisierte und georeferenzierte Daten in den Infrastrukturatlase. Die Daten müssen der Bundesnetzagentur so geliefert werden, dass die geforderten Informationen nach § 77a Abs. 2 TKG in einem Geographischen Informationssystem abgebildet werden können. Analoge Daten, wie beispielsweise eingescannte Karten oder Plandokumente in Papierform, bewertet die Bundesnetzagentur im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zu § 77a Abs. 3 TKG 2012 als ungeeignet für die Erstellung einer detaillierten Übersicht, die die geographische Lage von Infrastrukturen abbilden soll.“

12 Siehe zur Einführung des Infrastrukturatlases auf zunächst freiwilliger Basis übersichtlich Schramm/Schumacher, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 77a Rn. 126 ff. Mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen, BGBl. 2012 I, 958, wurde der Infrastrukturatlas in § 77a Abs. 3 TKG 2012 erstmals gesetzlich ausgeformt, vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 78.

13 Siehe hierzu die Einsichtnahmebedingungen für den Infrastrukturatlas der zentralen Informationsstelle des Bundes (ISA-Planung und ISA-Mitnutzung), Stand: 6.2.2017, abrufbar über die WWW-Seite der Bundesnetzagentur.

14 Karrer/Reuße, BWGZ 2017, 449, 450 f.

15 Hiervon umfasst sind insbesondere auch bestehende Glasfaserkabel, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 40.

16 Dabei gilt, dass „nach bestem Wissen und Gewissen nur die Informationen zu erteilen [sind], die beim Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes vorliegen. Auch die Form oder das Format der Informationen müssen zur Erfüllung des Anspruchs nicht verändert werden.“ Siehe Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 41. Letzteres ist ein erheblicher Unterschied zu § 77a TKG.

17 Vgl. zu den Transparenzregelungen Leitzke/Berg, N&R 2016, 141, 143 f.

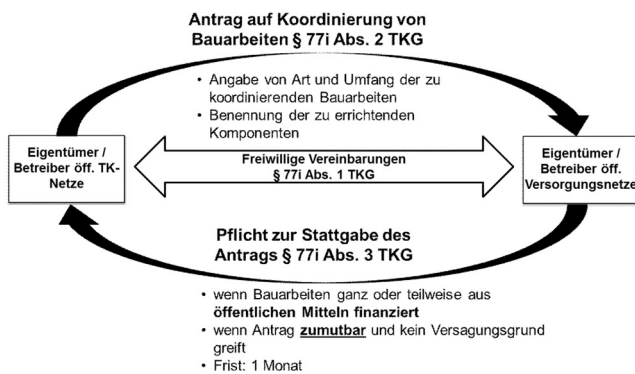
18 Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 1: „Bis zu 80 Prozent der Investitionen entfallen dabei auf Hoch- und Tiefbauarbeiten.“

19 Je nach Versorgungsnetz (Energie, Straßen, Abwasser, Straßenbeleuchtung usw.) auch bei Kommunen und kommunalen Beteiligungsunternehmen.

20 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 50 f.

- der Koordinierungsantrag Bauarbeiten betrifft, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet.

Abbildung 3: § 77i Abs. 1 bis 5 TKG – Koordinierung von Bauarbeiten



Telekommunikationsunternehmen, deren Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten stattgegeben wurde, haben lediglich die Mehrkosten der Koordinierung zu tragen. Das bedeutet, dass sämtliche Kosten, die auch ohne die Koordinierung angefallen wären, allein von den Eigentümern oder Betreibern der öffentlichen Versorgungsnetze getragen werden. Dies betrifft insbesondere die Kosten für Tiefbauarbeiten, da diese Kosten nicht erst durch den Koordinierungsantrag verursacht wurden, sondern ohnehin angefallen wären. Konsequenz dieser Kostenverteilung ist, dass im Rahmen der ursprünglich vorgesehenen Maßnahme die vollen Tiefbaukosten zu tragen sind, während Telekommunikationsunternehmen lediglich den (geringfügigen) Koordinierungsaufwand bezahlen. Nach § 77i Abs. 4 S. 1 TKG ist beabsichtigt, dass die Bundesnetzagentur Grundsätze dazu veröffentlicht, wie die Kosten, die mit der Koordinierung von Bauarbeiten verbunden sind, auf die Telekommunikationsunternehmen umgelegt werden sollen. Bislang existieren diese Grundsätze jedoch noch nicht.

#### b) Mitverlegung

Auf der Ebene der Bauarbeiten enthält § 77i TKG ein weiteres Regelungsinstrument: die Berechtigung und – unter bestimmten Voraussetzungen – die Pflicht zur Mitverlegung passiver Netzinfrastrukturen (z.B. Leerrohre) mit Glasfaser. Die Verortung in § 77i Abs. 6<sup>21</sup> und 7<sup>22</sup> TKG erscheint auf den ersten Blick einleuchtend, da die Mitverlegung ebenso wie die Koordinierung auf Synergien bei Bauarbeiten abzielt. Trotzdem wäre es besser gewesen, die Mitverlegung in einem eigenen Paragraphen zu regeln, da sie systematisch scharf von der Koordinierung abzugrenzen ist.

Während bei der Koordinierung (§ 77i Abs. 1 bis 5 TKG) die antragstellenden Telekommunikationsunternehmen den (möglicherweise) anspruchspflichtigen Versorgungsnetzbetreibern gegenüberstehen, greift die Pflicht zur Mitverlegung nach § 77i Abs. 7 TKG unmittelbar aus dem Gesetz. Es handelt sich nicht um einen durchzusetzenden Anspruch der Telekommunikationsunternehmen, sondern um eine einseitige Verpflichtung. Nach § 77i Abs. 7 S. 1 TKG ist im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten an Verkehrsinfrastrukturen, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet,<sup>23</sup> sicherzustellen, dass geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, bedarfsgerecht mitverlegt werden. Nach § 77i Abs. 7 S. 2 TKG ist bei der Erschließung von Neubaugebieten bedarfsunabhängig stets sicherzustellen, dass geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, mitverlegt werden. Der Bedarf wird in Neubaugebieten von Gesetzes wegen vorausgesetzt – eine gesonderte Prüfung entfällt.<sup>24</sup>

Die Mitverlegungspflicht greift insbesondere beim Neubau oder der wesentlichen Änderung von Straßen, Brücken oder Tunneln.<sup>25</sup> Anders als die Definition des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes in § 3 Nr. 7a TKG gibt § 77i Abs. 7 TKG die Technologieneutralität auf und schreibt explizit die Mitverlegung von Glasfasern vor. Durch andere Technologien (z.B. Koaxialkabel, Funk) kann die Verpflichtung zur Mitverlegung daher nicht erfüllt werden.

### 3. Mitnutzung

Die in den §§ 77d bis 77g TKG geregelte Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen betrifft auch kommunale Netzinfrastrukturen (Abwasser, Energie, Straßen und Straßenbeleuchtung). Diese müssen für Telekommunikationsunternehmen zum Auf- oder Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geöffnet werden. Gleiches gilt aber auch zugunsten des kommunalen Breitbandausbaus für die passiven Netzinfrastrukturen sonstiger Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze.

Dem Anspruch auf Mitnutzung liegt nach § 77d TKG ein Antragsverfahren zugrunde. Anträge der (ggf. kommunalen) Telekommunikationsunternehmen gegenüber Kommunen oder sonstigen Verpflichteten lösen eine Angebotsverpflichtung der Antragsempfänger aus.<sup>26</sup> Diese müssen innerhalb von zwei Monaten ein Angebot auf Mitnutzung mit gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalten, insbesondere zu fairen und angemessenen Bedingungen,<sup>27</sup> unterbreiten. Über das Angebot ist zu verhandeln. Die Mitnutzung kann nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden. Hierfür listet der Gesetzgeber in § 77g Abs. 2 TKG abschließend sieben Versagungsgründe auf, u.a. die fehlende technische Eignung (§ 77g Abs. 2 Nr. 1 TKG) und den fehlenden Platz<sup>28</sup> im Versorgungsnetz (§ 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG). Von besonderer Relevanz ist der sog. Überbauschutz nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG. Danach dürfen Mitnutzungsanträge abgelehnt werden, wenn im betreffenden Gebiet bereits Glasfasernetze existieren, die einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zur Verfügung stellen.<sup>29</sup> Möchte sich der Antragsempfänger auf einen der Versagungsgründe berufen, trägt er die Darlegungs- und Beweislast.<sup>30</sup>

21 Ausdrückliche gesetzliche Berechtigung der Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze zur Mitverlegung von Leerrohren mit Glasfaser.

22 Regelung zur pflichtigen Mitverlegung von Leerrohren mit Glasfaser.

23 In der Praxis ist das die oft fallentscheidende Voraussetzung. Beispielsweise dürfte die bloße Erneuerung des Fahrbahnbelags in vielen Fällen keine acht Wochen in Anspruch nehmen.

24 Reuße/Ronkartz, ZfK 9/2016, 6; Karrer/Reuße, BWGZ 2017, 449, 450 f.

25 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

26 Reuße/Ronkartz, ZfK 9/2016, 6.

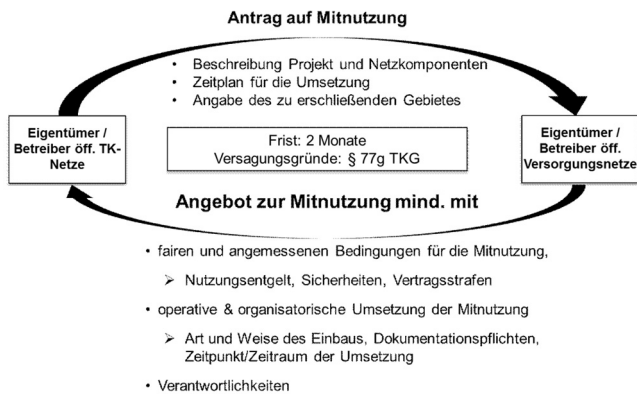
27 Vgl. zum Begriff der Angemessenheit nach § 77d Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG unter verfassungs- und unionsrechtlichen Gesichtspunkten Kühling/Bulowski, N&R 2017, 19, 27 f.

28 Geltend gemacht werden kann auch der zukünftig fehlende Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze im öffentlichen Versorgungsnetz. Hierbei genügt es allerdings nicht, den künftigen Platzmangel pauschal zu behaupten. Stattdessen muss als Nachweis eine Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre vorgelegt werden, vgl. Reuße/Ronkartz, ZfK 9/2016, 6.

29 Der Aufbau paralleler bzw. doppelter Breitbandinfrastrukturen ist ökonomisch nicht sinnvoll, solange ein offener Zugang zum bereits bestehenden Netz gewährleistet ist, und daher nicht Ziel der Regelungen des DigiNetzG.

30 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 48.

Abbildung 4: § 77d bis 77g TKG – Mitnutzung



### III. Herausforderungen in der kommunalen Praxis

Die beschriebenen neuen Regelungen betreffen insbesondere Kommunen und ihre Teilnehmungsunternehmen als Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze. In der Praxis haben sich bereits etliche Fragen gestellt, deren Problemstellungen nachfolgend herausgearbeitet und einer Lösung zugeführt werden: Zunächst ist unklar, welche Infrastrukturen von den Verpflichtungen konkret umfasst sind (dazu sogleich, unter 1.). Ebenso fraglich ist, ob die Mitnutzung aufgrund technischer Defekte der Infrastruktur versagt werden kann (dazu unten, unter 2.) oder ob auch bei der Koordination von Bauarbeiten ein „Überbauschutz“ für bereits bestehende Glasfasernetze geltend gemacht werden kann (dazu unten, unter 3.). Besonderer Klärungsbedarf besteht seitens der Kommunen bei der neuen Mitverlegungspflicht im Rahmen von Verkehrsinfrastrukturprojekten – insbesondere im Hinblick auf die inhaltliche Reichweite der Pflicht sowie auf die Auswirkungen auf das bestehende Förderrecht von Bund und Ländern beim Breitbandausbau. Ebenso stellt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Übertragung einer solchen neuen kommunalen Aufgabe (dazu unten, unter 4.). Im Folgenden werden diese offenen Fragen dargestellt und – soweit bereits möglich – Lösungen entwickelt.

#### 1. Umfasste Infrastrukturen

Verpflichtete der Regelungen des DigiNetzG sind vor allem Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze – insbesondere beim Informationsanspruch nach § 77b TKG und der Mitnutzung nach § 77d TKG. Gegenstand dieser Ansprüche und der meisten anderen Regelungen des DigiNetzG sind die passiven Netzinfrastrukturen der Versorgungsnetze, die Komponenten eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes aufnehmen können. Passive Netzinfrastrukturen sind nach § 3 Nr. 17b TKG

„Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden; hierzu zählen zum Beispiel Fernleitungen, Leer- und Leitungsrohre, Kabelkanäle, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen und Trägerstrukturen wie Türme, Ampeln und Straßenlaternen, Masten und Pfähle; Kabel, einschließlich ungeschalteter Glasfaserkabel, sind keine passiven Netzinfrastrukturen“.

Die Verpflichtungen des DigiNetzG erstrecken sich demnach auf

- passive Netzinfrastrukturen (§ 3 Nr. 17b TKG)
- als Teil öffentlicher Versorgungsnetze (§ 3 Nr. 16a TKG),
- deren Eigentümer oder Betreiber verpflichtet werden sollen.

Die von den Regelungen des DigiNetzG erfassten Infrastrukturen sind anhand dieses Dreiklangs abzugrenzen. Dies kann in einigen Fällen jedoch Schwierigkeiten bereiten.

#### a) Fehlender Netzzusammenhang

Der Dreiklang könnte aus kommunaler Sicht in vielen – eigentlich für die Informationserteilung und Mitnutzung prädestinierten – Fällen nicht erfüllt sein. Viele Kommunen haben in den letzten Jahren Leerrohre bei unterschiedlichsten Arten von Bauarbeiten, seien es eigene oder die Dritter, mitverlegt. Diese vorsorglich mitverlegten Leerrohre könnten zwar grundsätzlich gegenüber Informationsberechtigten offengelegt und nach § 77d TKG mitgenutzt werden. Sie weisen jedoch oftmals keinen funktionellen Bezug zu öffentlichen Versorgungsnetzen auf und sind deshalb nicht Teil dieser Versorgungsnetze. Vielmehr liegen sie eigenständig und – wenn sie bei Bauarbeiten an Versorgungsnetzen (beispielsweise Straße, Abwasser, Energie) mitverlegt wurden – lediglich zufällig im räumlichen Zusammenhang zu solchen Netzen.

Derartige eigenständige passive Netzinfrastrukturen ohne funktionelle Verbindung zu öffentlichen Versorgungsnetzen sind nicht „Komponenten eines Netzes“ (§ 3 Nr. 17b TKG), könnten daher nicht unter den maßgeblichen Dreiklang subsumiert und damit nicht dem Breitbandausbau zugeführt werden: eine immense, inhaltlich überraschende Anwendungslücke.

Grund hierfür ist die Gesamtsystematik der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU<sup>31</sup> und damit auch die des DigiNetzG. Der Gesetzgeber hat gerade nicht schlicht auf die Inhaber der passiven Netzinfrastrukturen, sondern auf einer vorgelagerten Stufe auf die Inhaber der Versorgungsnetze abgestellt. Fehlt es aber am übergeordneten Versorgungsnetz, geht diese Systematik nicht lückenlos auf.

#### aa) Auslegung nach Sinn und Zweck

Vieles spricht dafür, diese Lücke durch eine weite Auslegung zu schließen. Hierzu zwingen schon Sinn und Zweck der Regelung: Warum sollten Leerrohre, in die ohne größeren Aufwand Glasfasern eingeblasen werden können und die anderweitig nicht gebraucht werden, nicht offengelegt und mitgenutzt werden? Dies würde dem ausdrücklichen Ziel des DigiNetzG, bestehende Infrastrukturen für den Breitbandausbau zu öffnen,<sup>32</sup> vollkommen widersprechen.

#### bb) Systematische Auslegung mit Blick auf § 77i Abs. 6 TKG

Darüber hinaus zeigt § 77i Abs. 6 TKG, dass solche eigenständigen passiven Netzinfrastrukturen sehr wohl unter den Anwendungsbereich des DigiNetzG fallen sollen. § 77i Abs. 6 TKG lautet:

„Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze können im Rahmen von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen sowie Glasfaserkabel mitverlegen, um eine Mitnutzung im Sinne dieses Abschnitts oder den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu ermöglichen.“

In den Gesetzesmaterialien heißt es hierzu:

„Absatz 6 statuiert zunächst das Recht aller Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, im Rah-

31 Adressat der neuen Verpflichtungen insbesondere in den Art. 3 bis 5 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU ist demnach der „Netzbetreiber“ i. S. v. Art. 2 Nr. 1 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU.

32 „Ineffizienzen des Netzinfrastrukturausbaus [sollen] minimiert werden, indem bestehende passive Infrastrukturen wie zum Beispiel Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte, Masten und Antennenanlagen gemeinsam genutzt werden.“ So die Zielsetzung in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28.

men von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen sowie unbeschaltete Glasfaserkabel mitzuverlegen. Dies gilt sowohl für Bauarbeiten für den Erstausbau von Versorgungsnetzen als auch für spätere Ausbauarbeiten an bestehenden Netzen. Da die Mehrkosten der Mitverlegung von geeigneten passiven Netzinfrastrukturen und Glasfaserkabeln im Verhältnis zu den Kosten der Tiefbauarbeiten regelmäßig gering, die Synergieeffekte und Kosteneinsparungen für den Breitbandausbau dagegen sehr hoch sind, ist eine solche Mitverlegung gesamtwirtschaftlich wünschenswert. Die Möglichkeit der Mitverlegung von Glasfaserkabeln ist hier zusätzlich zu der Mitverlegung von passiven Netzinfrastrukturen erwähnt, da auch unbeschaltete Glasfaserkabel von der Definition der passiven Netzinfrastrukturen in § 3 Nummer 17b ausgenommen sind.<sup>33</sup>

Diese auf den ersten Blick lediglich deklaratorisch anmutende Regelung hat vielmehr einen klar konstitutiven Charakter. Die Wegenutzungsberechtigung der Versorgungsnetzinhaber und -betreiber wird erstmals ausdrücklich auch für passive Netzinfrastrukturen ohne funktionellen Bezug zu Versorgungsnetzen formuliert. Erst dadurch können die Netzinhaber ohne Einschränkungen Leerrohre und sogar Glasfaser bei Bauarbeiten an ihren Versorgungsnetzen (vorrätig) mitverlegen. Das Wegenutzungsrecht nach § 68 TKG hingegen gilt beispielsweise nur für solche Leerrohre, die in absehbarer Zeit Telekommunikationskabel aufnehmen sollen. Nur dann sind sie als Telekommunikationslinie i. S. d. § 3 Nr. 26 TKG zu behandeln und von § 68 Abs. 1 TKG mitumfasst.<sup>34</sup> Auch die Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG zwischen Energieunternehmen und Kommunen sehen regelmäßig keine Berechtigung für die Verlegung zusätzlicher, für die Energieversorgung nicht benötigter Leerrohre oder gar (unbeschalteter) Glasfaser vor. Dies liegt nicht zuletzt im Interesse der Kommunen begründet, den Raum unter ihren Kreis- und Gemeindestraßen von Nutzungen möglichst freizuhalten. Denn jede im Straßenraum verlegte Leitung nimmt Platz in Anspruch, verursacht verkehrsbehindernde Straßenbauarbeiten, kann Baumaßnahmen an anderen Leitungen erschweren und hat Auswirkungen auf die Statik des Straßenkörpers. Diese Interessen werden zugunsten des Breitbandausbaus durch § 77i Abs. 6 TKG zurückgestellt. Auch entlang der öffentlichen Verkehrswege können nun bei allen Bauarbeiten an Versorgungsnetzen eigenständige, nicht im funktionellen Zusammenhang zu den Versorgungsnetzen stehende, passive Netzinfrastrukturen mitverlegt werden, um – i. S. v. § 77i Abs. 6 TKG – „eine Mitnutzung ... oder den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu ermöglichen“.

Aus Vorstehendem ergibt sich, dass Leerrohre auch vereinzelt und ohne funktionellen Bezug zu bestehenden Versorgungsnetzen mitverlegt werden dürfen und für den Aufbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze mitgenutzt werden sollen. Wenn dies aber für die Neuverlegung passiver Netzinfrastrukturen gilt, so hat dies erst recht für in der Vergangenheit verlegte Leerrohre zu gelten, die beim Aufbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze mitzunutzen sind. Auf den fehlenden Netzzusammenhang kommt es dann nicht an.

#### cc) Erwägungsgrund 15 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU

Unterstützt wird dieses Ergebnis auch durch Erwägungsgrund 15 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU, der zwar auch von netzzugehörigen passiven Infrastrukturen und nicht von völlig eigenständigen Leerrohren ausgeht, jedoch die Notwendigkeit einer funktionellen Verbindung zwischen Netz und passiver Infrastruktur relativiert:

„Da die physischen Einrichtungen eines Netzes nicht sehr spezifisch sind, können sie bei minimalen Anpass-

ungskosten häufig verschiedenste Komponenten elektronischer Kommunikationsnetze gleichzeitig aufnehmen ... Daher können physische Infrastrukturen, wenn sie nur weitere Netzkomponenten aufnehmen, selbst jedoch nicht als Netzkomponente aktiv werden sollen ..., grundsätzlich für die Aufnahme von Kabeln, Ausrüstung oder sonstigen Komponenten elektronischer Kommunikationsnetze genutzt werden, gleichgültig, wofür sie derzeit verwendet werden oder wer ihr Eigentümer ist, wenn in Bezug auf die Sicherheit oder künftige geschäftliche Interessen des Eigentümers der Infrastruktur keine Bedenken bestehen.“

Auch die Kostensenkungsrichtlinie setzt grundsätzlich Netze und deren Inhaber als Adressaten der neuen Verpflichtungen voraus. Eine den Netzen dienende Funktion der passiven Infrastrukturen ist aber nicht notwendig. Da Kommunen aufgrund ihrer Straßen-, Abwasser- und Straßenbeleuchtungsnetze stets Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze sind, erscheint es auch nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers gerechtfertigt, alle passiven Netzinfrastrukturen der Kommunen für den Breitbandausbau zu öffnen, „gleichgültig, wofür sie derzeit verwendet werden“.

#### dd) Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auch eigenständige passive Netzinfrastrukturen ohne funktionellen Zusammenhang zu öffentlichen Versorgungsnetzen vom Anwendungsbereich des DigiNetzG umfasst sein sollen.

#### b) Pachtmodelle

Mit vorgenanntem Ergebnis lassen sich auch Problemkonstellationen bei (vom Gesetzgeber nicht explizit erfassten, aber in der Praxis sehr häufigen) Verpachtungen von Netzinfrastrukturen lösen. Landkreise als Initiatoren überregionaler Telekommunikationsnetze<sup>35</sup> („Backbone“-Netze) pachten zum Auf- oder Ausbau ihrer Netze oft lokale passive Netzinfrastrukturen, wie beispielsweise auf Vorrat verlegte Leerrohre der Gemeinden.

Es stellt sich nun die Frage, ob Informations- oder Mitnutzungsanträge gegenüber verpachtenden Gemeinden noch Erfolg haben können. Die Einbindung in gemeindeübergreifende Netze schließt nicht per se eine Anspruchsverpflichtung aus. Auch einzelne Netzbestandteile können – wie soeben (unter a)) aufgezeigt – unter die neuen Regelungen fallen. Doch werden sich Gemeinden regelmäßig darauf berufen können, dass sie sich durch die (vollständige) Verpachtung ihrer tatsächlichen Verfügungsbefugnis über die Infrastrukturen begeben haben. Den auf Mitnutzung gerichteten Anträgen nach § 77d Abs. 1 TKG kann dann die fehlende Kapazität (§ 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG) entgegengehalten werden, denn aufgrund der Verpachtung verfügen jedenfalls die Gemeinden über keinen freien Platz in ihren Infrastrukturen. Anders ist dies nur zu beurteilen, wenn sich die Gemeinden im Pachtvertrag gewisse Reservekapazitäten vorbehalten haben.

Gehen Informations- oder Mitnutzungsanträge hingegen bei den Pächtern ein (z. B. den Landkreisen oder interkommunalen Netzgesellschaften), haben diese bei sämtlichen in ihrer Verfügungsbefugnis stehenden Infrastrukturen zu prüfen, ob eine Angebotsverpflichtung besteht oder ob Versagungsgründe geltend gemacht werden können. Es dürfte hingegen nicht möglich sein, dass sich die Pächter auf die fehlende (zivil-

33 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

34 Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 12), § 68 Rn. 20.

35 Siehe hierzu beispielsweise das Ausbauprojekt Komm.Pakt.Net <<http://www.kommpakt.net.de/>> (zuletzt abgerufen am 11.6.2017) von acht Landkreisen und 231 Städten und Gemeinden in Baden-Württemberg, Scheffold, BWGZ 2016, 1070.

rechtliche) Eigentümerstellung berufen. Als Verfügungsbefugte müssen sich die Pächter den Informations- und Mitnutzungsverpflichtungen stellen. Die Systematik der Ansprüche des DigiNetzG, Eigentümer und Betreiber der öffentlichen Versorgungsnetze in die Pflicht zu nehmen, spricht eindeutig für diesen Ansatz. Ob Versorgungsnetzeigentümer ihre Netze auch durch Pachtung der Infrastrukturen Dritter aufbauen, kann nicht zulasten der antragstellenden Telekommunikationsunternehmen gehen.

### c) Zwischenergebnis

Bei der Reichweite der umfassten Infrastrukturen und der Frage nach den richtigen Adressaten der Verpflichtungen ist eine weite Auslegung anzuraten, die Sinn und Zweck des DigiNetzG berücksichtigt.

## 2. Technische Defekte als Versagungsgrund für die Mitnutzung

Zu den in § 77g Abs. 2 TKG abschließend aufgezählten sieben Versagungsgründen zählt u.a. die fehlende technische Eignung. Ob diese auch technische Defekte der Infrastruktur umfasst, bedarf einer näheren Betrachtung.

Grundsätzlich fällt unter den in § 77g Abs. 2 Nr. 1 TKG aufgeführten Versagungsgrund der fehlenden technischen Eignung der passiven Netzinfrastruktur zur Unterbringung von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze jede technische Inkompatibilität. So greift der Versagungsgrund etwa, wenn der Durchmesser eines mitzunutzenden Leerrohrs für die aufzunehmende Hochgeschwindigkeitsnetzkomponente zu klein ist. In der Praxis stellt sich aber – oftmals bei älteren Infrastrukturen – die Frage, ob hierunter auch der schlichte technische Defekt der Infrastruktur zu subsumieren ist. Nicht selten sind alte Abwasserkanäle oder vor Jahren mitverlegte Leerrohre in einer Weise und einem Umfang defekt, die ebenso wie die fehlende Kompatibilität der Infrastrukturen eine Mitnutzung praktisch ausschließen. In den Gesetzesmaterialien findet sich zu dieser Frage keine Erläuterung. Dennoch spricht vieles dafür, technische Defekte auch unter den Versagungsgrund der fehlenden technischen Eignung zu subsumieren:

Zum einen dienen die Regelungen des DigiNetzG dazu, bestehende und nutzbare Infrastrukturen dem Breitbandausbau zuzuführen, um so Kosten – insbesondere bei Hoch- und Tiefbauarbeiten – zu sparen.<sup>36</sup> Zu diesem Zweck wird auf gesetzlicher Grundlage tiefgehend in die Rechte der Infrastrukturihaber eingegriffen. Dies ließe sich nicht rechtfertigen, wenn zunächst umfassende Reparaturarbeiten inkl. kostenintensiver Hoch- oder Tiefbauarbeiten an der für die Mitnutzung zu öffnenden Infrastruktur nötig wären. Einspareffekte fielen weitgehend weg, würde man auch erst zu sanierende Abwasserkanäle oder Leerrohre usw. der Mitnutzung unterwerfen.

Zum anderen sieht der Gesetzgeber auch keinerlei entsprechende Kostentragungsregelungen<sup>37</sup> vor. Hätte er auch defekte passive Netzinfrastrukturen bei der Mitnutzung in den Blick nehmen wollen, wären entsprechende Regelungen wohl – zumindest im Ansatz und nicht zuletzt aufgrund des Gesetzesvorbehalts für solch einen Eingriff in die Rechte der Infrastrukturihaber – zu erwarten gewesen. Die Mitnutzung defekter passiver Netzinfrastrukturen dürfte daher gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 1 TKG zu versagen sein.

## 3. Überbauschutz bei der Koordinierung von Bauarbeiten

Nach § 77i Abs. 5 TKG können Koordinierungsanträge nur abgelehnt werden, soweit von den Anträgen besonders schutzbedürftige Teile kritischer Infrastrukturen betroffen sind und unverhältnismäßige Maßnahmen erforderlich wären, um

diese kritischen Infrastrukturen zu schützen. Ein Überbauschutz, so wie in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG bei der Mitnutzung vorgesehen,<sup>38</sup> existiert bei der Koordinierung von Bauarbeiten nicht. Gleichwohl ist es denkbar, den Rechtsgedanken des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG auch auf Fälle der Koordinierung von Bauarbeiten zu übertragen. Eine derartige analoge Anwendung erfordert eine vergleichbare Interessenlage sowie eine planwidrige Regelungslücke.<sup>39</sup>

### a) Ziel des Überbauschutzes

Zweck des Überbauschutzes in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG ist laut der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung folgender:

„Der Ausbau paralleler Glasfasernetze ist im Regelfall ökonomisch nicht sinnvoll. Da zudem bis auf weiteres keine Verbesserung der Versorgungslage mehr zu erzielen ist, sobald in einem Ausbaubereich bereits Glasfasernetze bestehen, entfällt in diesen Gebieten teilweise der Rechtfertigungsgrund für eine gesetzliche Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsnetze in Form der Mitnutzung. Gewährt das bestehende Glasfasernetz zudem Wettbewerbern Zugang zu nachgefragten Netzdienstleistungen auf Basis diskriminierungsfreier und angemessener Entgelte (offener Netzzugang), so fehlt es gänzlich an einer Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in den Netzausbau. Daher entfällt die gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung von Mitnutzungen in diesen Fällen gemäß Nummer 7. Die freiwillige Gewährung bleibt weiterhin möglich. Dies stellt einen zusätzlichen Anreiz für Investitionen in offene Glasfasernetze dar.“<sup>40</sup>

Erfasst werden somit Situationen, in denen trotz eines bereits vorhandenen Glasfasernetzes, das einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zur Verfügung stellt („open access“), die passiven Infrastrukturen öffentlicher Versorgungsnetze zum Ausbau eines (weiteren) digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes mitgenutzt werden sollen. In diesem Fall soll die Mitnutzung versagt werden können, da der „Ausbau paralleler Glasfasernetze ... im Regelfall ökonomisch nicht sinnvoll“ ist und „bis auf weiteres keine Verbesserung der Versorgungslage mehr zu erzielen ist“.<sup>41</sup> Daher „entfällt ... der Rechtfertigungsgrund für eine gesetzliche Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsnetze in Form der Mitnutzung“.<sup>42</sup> Der Gesetzgeber sieht keine Notwendigkeit für staatliche Eingriffe in den Netzausbau, wenn dadurch keine bessere Versorgung mit schnellem Internet hergestellt wird.

Geht bei Bauarbeiten an einem öffentlichen Versorgungsnetz ein Antrag auf Koordinierung nach § 77i Abs. 2 S. 1 TKG ein, um im Rahmen der Bauarbeiten ein weiteres digitales Hochgeschwindigkeitsnetz zu verlegen, obwohl in dem Bereich bereits ein Glasfasernetz vorhanden ist, droht ebenfalls eine Doppelung der Telekommunikationsinfrastruktur. Auch hier ist davon auszugehen, dass dies im Regelfall ökonomisch nicht sinnvoll ist und bei Vorhandensein eines diskriminierungsfreien offenen Netzzugangs zu keiner Verbesserung der Versorgungslage beiträgt. Ein staatlicher Eingriff in den

36 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28.

37 Wie beispielsweise in § 77i Abs. 4 TKG.

38 Siehe oben, unter II. 3.

39 Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Loseblattsammlung, Stand: 32. Ergänzungslieferung (10/2016), § 173 Rn. 54; BVerwG, Beschl. v. 28.2.2017 – Az. 5 P 3.16, Rn. 25; Urt. v. 17.7.2014 – Az. 5 C 20.13, Rn. 16; NJW 2014, 1256, 1258 Rn. 27 (Urt. v. 12.9.2013 – Az. 5 C 35.12).

40 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 48 f.

41 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 48.

42 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 48.

Netzausbau ist daher nicht gerechtfertigt. Dies gilt erst recht für den Fall, dass es sich um Bauarbeiten an einem Glasfasernetz handelt (freiwillige Vereinbarungen sind weiter möglich). Die Sachverhalte sind daher grundsätzlich vergleichbar.

#### b) Planwidrige Regelungslücke

Eine analoge Heranziehung von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG verlangt des Weiteren eine planwidrige Regelungslücke. Der Gesetzgeber müsste den Regelungsbedarf übersehen haben. Hiergegen könnte sprechen, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf vorgeschlagen hatte, dem § 77i Abs. 5 TKG folgenden Satz anzufügen:

„Der Antrag kann auch dann abgelehnt werden, wenn es durch die Mitverlegung zu einem Überbau von bestehenden, im Bau befindlichen oder in den nächsten drei Jahren konkret geplanten Glasfasernetzen kommt, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen.“

Dies begründete der Bundesrat wie folgt:

„Der Überbauschutz sollte nicht nur bei der Beantragung von Mitnutzungen gewährt werden (§ 77g Absatz 2 Nummer 7), sondern auch bei Mitverlegungen, um privaten oder öffentlich geförderten Ausbauprojekten eine hinlängliche Investitionssicherheit zu geben.“<sup>43</sup>

Zwar ist in der Formulierung von „Mitverlegung“ die Rede, nicht von „Koordinierung“. Der Kontext sowie der klare Bezug auf § 77i Abs. 5 TKG machen jedoch deutlich, dass der Bundesrat die Koordinierung von Bauarbeiten gemeint hat. Denn die Mitverlegung ist in § 77i Abs. 6 und 7 TKG geregelt, die Ablehnungsgründe der Koordinierung dagegen in § 77i Abs. 5 TKG. Gleichwohl lehnte die Bundesregierung den Ergänzungsvorschlag des Bundesrates mit folgender Begründung ab:

„Die Bundesregierung spricht sich gegen die Übertragung einer zudem gegenüber § 77g Absatz 2 Nummer 7 des Entwurfs erweiterten Überbaueinwendung auf die Mitverlegung aus, die nach Auffassung des Bundesrats in einem neuen Satz 2 des § 77i Absatz 5 des Entwurfs geregelt werden sollte. Die Sicherstellung der Mitverlegung in § 77i Absatz 7 Satz 1 des Entwurfs setzt einen Bedarf voraus, der im Fall nachträglicher Doppelung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll (Überbau), zu verneinen ist. In Neubaugebieten fehlt es dagegen definitionsgemäß an bestehenden überbaubaren Telekommunikationsinfrastrukturen. Soweit rein privat finanzierte Ausbauprojekte betroffen sind, können die Unternehmen unabhängig vom aktuellen Versorgungsstand Mitverlegungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen.“<sup>44</sup>

Dabei bezieht sich die Bundesregierung nun aber eindeutig auf die Mitverlegung nach § 77i Abs. 6 und 7 TKG und nicht mehr auf die (vom Bundesrat gemeinte) Koordinierung nach § 77i Abs. 1 bis 5 TKG. So begründet sie ihre ablehnende Haltung damit, dass ein weiterer Versagungsgrund des Überbaus gar nicht notwendig wäre, weil die Mitverlegung nach § 77i Abs. 7 S. 1 TKG einen Bedarf an digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen voraussetze, der im Fall einer Doppelung von Telekommunikationsinfrastrukturen nicht gegeben sei. Eines besonderen Überbauschutzes bedürfe es daher nicht. Dies trifft aber lediglich auf die Mitverlegung nach § 77i Abs. 7 S. 1 TKG zu. Bei der Koordinierung von Bauarbeiten nach § 77i Abs. 1 bis 5 TKG gibt es das Merkmal der Bedarfsgerechtigkeit nicht.

Im Ergebnis haben Bundesrat und Bundesregierung sich missverstanden. Während die Stellungnahme des Bundesrates nur so verstanden werden kann, dass dieser einen Überbauschutz

bei der Koordinierung von Bauarbeiten einfügen wollte (§ 77i Abs. 1 bis 5 TKG), bezog sich die Bundesregierung auf die Mitverlegung und das dort ausreichende Merkmal der Bedarfsgerechtigkeit (§ 77i Abs. 7 S. 1 TKG). Dieses Missverständnis zwischen Bundesrat und Bundesregierung im Gesetzgebungsprozess führt zu einem dazu, dass die Koordinierung von Bauarbeiten ohne ausdrücklich geregelten Überbauschutz auskommen muss. Es bedeutet zum anderen aber auch, dass der Bundesregierung sowie dem Bundestag das Problem des Überbaus im Zusammenhang mit der Koordinierung von Bauarbeiten nicht bewusst war. Sie haben den Einwand des Bundesrates (auch wegen dessen falsch verwendeter Terminologie) schlicht nicht verstanden. Damit kann aber von keiner bewussten Regelungslücke die Rede sein. Im Gegenteil spricht viel dafür, dass der Bundestag – hätte er den Einwand des Bundesrates richtig eingeordnet – anders entschieden und einen speziellen Überbauschutz bei der Koordinierung von Bauarbeiten eingefügt hätte. Denn die Sach- und Interessenlage ist wie dargestellt mit der bei der Mitnutzung vergleichbar.

#### c) Zwischenergebnis

Eine analoge Heranziehung des Versagungsgrundes des Überbauschutzes nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG auf die Koordinierung von Bauarbeiten ist daher möglich. Bestehen bereits Glasfasernetze oder sind in der Entstehung, können Koordinierungsanträge zur Verlegung weiterer (doppelter) Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze unter Bezugnahme auf den Überbauschutz abgelehnt werden, sofern das vorhandene Netz einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zur Verfügung stellt.

## 4. Mitverlegung

Bei der Mitverlegung nach § 77i Abs. 7 TKG<sup>45</sup> sind die Reichweite der Verpflichtung, die Vereinbarkeit mit Förderrecht sowie verfassungsrechtliche Fragen näher zu beleuchten.

#### a) Reichweite der Mitverlegungspflicht

Nach § 77i Abs. 7 S. 1 TKG ist eine „bedarfsgerechte“ Mitverlegung „sicherzustellen“. Diese beiden unbestimmten Rechtsbegriffe werfen in der Praxis Fragen auf. Eine Pflicht zur Sicherstellung der Mitverlegung kann unterschiedlich interpretiert und erfüllt werden. Ebenso ist bei der Bedarfsgerechtigkeit die Art und Weise der Bedarfsermittlung nicht eindeutig vorgegeben. Inhaltlich ist zwar zu prüfen, ob und in welchem Umfang im Umfeld der Baustelle eine ungedeckte Nachfrage nach schnellen Breitbandanschlüssen besteht oder zu erwarten ist, so dass der Auf- oder Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes erforderlich ist. Mit welchen Mitteln – kommunale Netzausbauplanung, Bürgerbefragung usw. – dies erfolgen kann, ist aber offen.

#### aa) Sicherstellungspflicht

Die in § 77i Abs. 7 TKG statuierte Pflicht zur Sicherstellung der Mitverlegung wird vom Gesetzgeber als zweistufig angesehen. In der Entwurfsbegründung führt die Bundesregierung aus:

„Die Mitverlegung sollte dabei gemäß Artikel 87f Absatz 2 des Grundgesetzes in erster Linie durch die Privatwirtschaft erfolgen.“<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/8332, 69, 75.

<sup>44</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 81, 85.

<sup>45</sup> § 77i Abs. 6 TKG enthält eine einseitige Berechtigung der Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze zur Mitverlegung. Die pflichtige Mitverlegung ist hingegen allein in § 77i Abs. 7 TKG geregelt.

<sup>46</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.



Nur wenn eine Mitverlegung durch private Dritte (1. Stufe) nicht realisierbar ist, soll und muss der (öffentliche) Bauherr demnach selbst mitverlegen (2. Stufe).

Entgegen dem in der Begründung klar zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen ergibt sich ausgehend vom Wortlaut des § 77i Abs. 7 TKG kein solches Stufenverhältnis. Vielmehr ließe sich die Norm auch dergestalt auslegen, dass die zur Sicherstellung Verpflichteten in der Art und Weise der Pflichterfüllung frei sind. Die Kommunen könnten demnach frei entscheiden, ob sie erst bei den privaten Telekommunikationsunternehmen nachfragen, ob diese mitverlegen wollen, oder ob sie direkt selbst, sei es durch ein kommunales Unternehmen, sei es durch den kommunalen Bauhof, mitverlegen. Hiergegen spricht auch nicht das in der Begründung zum Gesetzentwurf angeführte Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 GG. Dieses bezieht sich gerade nicht auf die bloße Errichtung von Infrastruktur, sondern auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen. Letztere umfasst zwar auch den Netzbetrieb als solchen und nicht nur die Erbringung von Dienstleistungen im Telekommunikationsnetz, wie die Zustellung von Telefonaten usw.<sup>47</sup> Einem bloßen Aufbau von Telekommunikationsinfrastruktur durch die öffentliche Hand steht das Privatwirtschaftlichkeitsgebot als solches jedoch nicht explizit entgegen.<sup>48</sup> Die Begründung des gesetzgeberischen Willens geht folglich fehl, weshalb es vorzugswürdig erscheint, der kommunalen Praxis bei der Art und Weise der Sicherstellung mehr Freiheiten zu gewähren.

Wäre hingegen den Gesetzesmaterialien folgend ein Stufenverhältnis anzunehmen, würden sich insbesondere vergaberechtliche Fragen anschließen. Beispielsweise wäre dann zu prüfen, ob die Mitverlegung bei Erreichen der unionsrechtlich festgelegten Schwellenwerte unter den interessierten privaten Telekommunikationsunternehmen auszuschreiben wäre. Hierzu schweigt die Entwurfsbegründung jedoch.

#### bb) (Fehlende) Netzausbauplanung

Nach der Begründung zum Regierungsentwurf setzt die Bedarfsermittlung bei der Mitverlegung nach § 77 Abs. 7 S. 1 TKG voraus, dass die Mitverlegung entsprechend einem vorhandenen Netzausbauplan erfolgt.<sup>49</sup> Damit ist aber noch nicht geklärt, wie zu verfahren ist, wenn es an einem solchen Netzausbauplan fehlt. Denkbar wäre etwa, dass vor Durchführung der Baumaßnahmen eine Ausbauplanung für den konkreten örtlichen Bereich nachzuholen wäre. Dies kann je nach Größe und Lage des Gebiets aber wenig Sinn ergeben, gerade wenn schon überörtliche Planungen in Vorbereitung, aber noch nicht abgeschlossen sind, auf welche die örtliche Planung abgestimmt werden müsste. Fest steht aber, dass die Mitverlegungspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen in jedem Fall besteht. Die Kommunen können sich der Erfüllung dieser Pflicht nicht aufgrund fehlender Netzausbauplanung entziehen. Fehlt es an einer Netzausbauplanung bzw. kann diese nicht rechtzeitig erstellt werden, könnten daher zumindest auch Anwohnerbefragungen in Betracht kommen, um den konkreten örtlichen Bedarf festzustellen.

#### cc) Mindestbedarf

Bei der Mitverlegung nach § 77i Abs. 7 S. 1 TKG setzt der im Zeitpunkt der Durchführung der Baumaßnahme oder in der Zukunft zu erwartende Bedarf private Haushalte oder Gewerbebetriebe im Umfeld der Baustelle voraus, deren Nachfrage nach schnellen Breitbandanschlüssen im Rahmen der kommunalen Netzausbauplanung ermittelt und festgeschrieben wurde.<sup>50</sup> Ob im Verhältnis zum Mitverlegungsaufwand ein bestimmter Mindestbedarf an Breitbandanschlüssen zu verlangen ist, lässt das Gesetz offen. Jedenfalls bei einzelnen Gebäuden (Aussiedlerhöfe, alleinstehende Werksgebäude) müsste es

vertretbar sein, die Mitverlegungspflicht aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten<sup>51</sup> zu verneinen, zumal das Gesetz nicht zwischen Innen- und Außenbereich unterscheidet.

#### dd) Anderweitige Versorgung

Am Bedarf fehlt es des Weiteren, wenn das Gebiet bereits hinreichend mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen, also Telekommunikationsnetzen mit Datengeschwindigkeiten von mindestens 50 Megabit pro Sekunde (Mbit/s), versorgt ist.<sup>52</sup> Eine bestehende Versorgung von lediglich „bis zu“ 50 Mbit/s, wie sie bisweilen von den Telekommunikationsunternehmen angeboten wird, genügt jedoch nicht. Wie die Versorgung sichergestellt ist, ist wiederum technologieneutral zu beurteilen. Das bedeutet, dass auch bereits vorhandene Koaxialkabel oder Funklösungen den Bedarf entfallen lassen, sofern Datengeschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s erreicht werden. Anders verhält es sich lediglich bei der Erschließung von Neubaugebieten. Nach § 77i Abs. 7 S. 2 TKG ist hier stets die Mitverlegung von Glasfaserkabeln sicherzustellen. Der Bedarf an schnellen Breitbandanschlüssen wird bei neu erschlossenen Wohn- und Gewerbegebieten vorausgesetzt.<sup>53</sup> Eine gesonderte Bedarfsprüfung entfällt. Zugleich spielt es keine Rolle, ob ein privater Akteur die Erschließung mit anderen Technologien anbietet oder bereits begonnen hat – das Gesetz schreibt für Neubaugebiete bedarfsunabhängig die Verlegung von Glasfaser vor.

#### ee) Umfang der Bauarbeiten

Ob die Pflicht zur Mitverlegung im Einzelfall besteht, hängt zudem vom Umfang der Bauarbeiten ab. § 77i Abs. 7 S. 1 TKG begrenzt die Pflicht zunächst in zeitlicher Hinsicht. Nur Bauarbeiten mit einer anfänglich geplanten Dauer von mehr als acht Wochen verpflichten zur Mitverlegung. Doch auch unabhängig von der Dauer der Bauarbeiten können qualitative Kriterien gegen eine Mitverlegungspflicht sprechen, etwa wenn lediglich die Fahrbahndecke erneuert wird und die Mitverlegung der passiven (und aktiven) Netzinfrastrukturen einen deutlichen Mehraufwand bedeuten würde. Es ist dann zu prüfen, ob die konkrete Baumaßnahme für die Mitverlegung der Telekommunikationsinfrastrukturen geeignet ist und ob die Vorteile in einem angemessenen Verhältnis zum Aufwand stehen.<sup>54</sup>

#### ff) Fehlender Netzanschluss

Es ist bislang ungeklärt, ob die Pflicht zur Mitverlegung einen weiterführenden Anschluss an ein überörtliches Netz voraussetzt. Dies ist jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht der Fall. Folge wäre, dass auch in Kommunen, die noch nicht an ein Kern- bzw. „Backbone“-Netz angeschlossen sind, Glasfaser zu verlegen wäre. Dies könnte im Einzelfall – etwa bei der Erschließung eines Neubaugebiets – dazu führen, dass ein

47 Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 6. A., 2010, Art. 87f Abs. 1 Rn. 16 ff.; Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblattsammlung, Stand: 78. Ergänzungslieferung (9/2016), Art. 87f Rn. 33.

48 Siehe dazu Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. A., 2014, Art. 87f Rn. 13; Möstl (Fn. 47), Art. 87f GG Rn. 33.

49 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

50 Bei der Mitverlegung in Neubaugebieten (Wohnen und Gewerbe) nach § 77i Abs. 7 S. 2 TKG wird der Bedarf von Gesetzes wegen vorausgesetzt.

51 Laut der Begründung zum Regierungsentwurf ist die „Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der konkreten Baumaßnahme zur Mitverlegung von Telekommunikationsinfrastrukturen für die Bedarfsdeckung zu prüfen.“ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

52 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

53 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 53.

54 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

innerörtliches Glasfasernetz aufgebaut wird, das aber jedenfalls kurz- und mittelfristig nicht in Betrieb genommen werden kann, da ihm der „Backbone“-Anschluss fehlt. Zur Sicherung der Grundversorgung müsste zusätzlich eine klassische Kupferkabelstruktur aufgebaut werden. Sollte die Kommune zukünftig an ein „Backbone“ angeschlossen werden, sind die Jahre zuvor mitverlegten Glasfaserkabel möglicherweise veraltet oder beschädigt und müssten ausgetauscht werden, ohne je in Betrieb genommen worden zu sein. Ob dieses Szenario unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten verhindert werden kann, da dem Mitverlegungsaufwand jedenfalls im Zeitpunkt der Mitverlegung kein Vorteil gegenübersteht, ist fraglich. Denn es ist unbestreitbar, dass ein bereits vorhandenes innerörtliches Glasfasernetz die Wahrscheinlichkeit erhöht, in überörtliche „Backbone“-Planungen der Telekommunikationsunternehmen und Landkreise einbezogen zu werden, und daher zumindest einen mittelbaren Vorteil bietet.

#### gg) Mitzuverlegende Netzkomponenten

Die Mitverlegungspflicht geht auch bezüglich der mitzuverlegenden Netzkomponenten über die bisherige kommunale Praxis hinaus. Denn während es heutzutage üblich ist, bei der Erschließung von Neubaugebieten oder kommunalen Straßenbauarbeiten vorsorglich Leerrohrinfrastrukturen mitzuverlegen, um diese ggf. später zum Aufbau eines Telekommunikationsnetzes zu nutzen oder zu verpachten, sind die Kommunen nunmehr auch zur Verlegung von Glasfaserkabeln verpflichtet. Dies stellt die zuständigen Tief- oder Straßenbauämter vor neue Herausforderungen. Schon die Auswahl des geeigneten Glasfasertyps (z.B. Quarzglas- oder Kunststofffaser) erfordert Entscheidungen, die bislang vom Betreiberunternehmen getroffen wurden und dort auch richtigerweise beheimatet sind. Die Kommunen sind nun oftmals gezwungen, Technologien einzukaufen, mit dem Risiko, dass ein späterer Betreiber diese Technologien nur suboptimal oder zu höheren Kosten in seine bestehenden Strukturen einbinden kann. Ob die vom Gesetzgeber mit der Pflicht zur Verlegung von Glasfaserkabeln verfolgten Synergieeffekte und Kosteneinsparungen<sup>55</sup> diese Unsicherheiten rechtfertigen, ist fraglich, zumal der Aufbau einer Leerrohrinfrastruktur regelmäßig ausreichen dürfte, um mit geringem Aufwand ein – für den ausgewählten Betreiber maßgeschneidertes – Glasfasernetz zu verlegen.

#### b) Mitverlegung und Förderrecht

Die somit noch viele Fragen aufwerfende Mitverlegungspflicht könnte darüber hinaus auch mit dem bestehenden System des geförderten Breitbandausbaus in Konflikt geraten. Sowohl auf Bundes-<sup>56</sup> als auch auf Landesebene<sup>57</sup> wird der kommunale Breitbandausbau seit Jahren mit erheblichen Fördermitteln unterstützt. Zweck der Förderung ist die Unterstützung eines effektiven und technologieneutralen Breitbandausbaus in unterversorgten Gebieten, die derzeit nicht durch ein Anschlussnetz der nächsten Generation („Next Generation Access“, NGA)<sup>58</sup> versorgt sind und in denen in den kommenden drei Jahren von privaten Investoren kein NGA-Netz errichtet wird (sog. weiße NGA-Flecken).<sup>59</sup>

#### aa) Weiße NGA-Flecken

NGA-Netze sind nach der maßgeblichen Breitbandleitlinie der EU-Kommission<sup>60</sup> beim jetzigen Stand der Marktentwicklung und Technik solche Netze, die jedem Teilnehmer eine zuverlässige Versorgung von mindestens 30 Mbit/s (in Empfangsrichtung [„download“]) bieten. Nur wenn diese weißen NGA-Flecken in einem Prognosezeitraum von drei Jahren nicht marktgetrieben ausgebaut werden – was mittels einer Markterkundung bei den Marktakteuren abzufragen ist –, kann ein durch öffentliche Mittel des Bundes oder Landes geförderter

Ausbau erfolgen. So soll sichergestellt werden, „dass der staatliche Eingriff nicht private Investitionen hemmt“.<sup>61</sup>

Das Verhältnis zwischen diesem System des geförderten kommunalen Breitbandausbaus und der im DigiNetzG neu geregelten Mitverlegungspflicht nach § 77i Abs. 7 TKG ist zurzeit noch ungeklärt. Zurückzuführen ist dies vor allem auf eine über die europäischen Vorgaben hinausgehende nationale Gesetzgebung. Die Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU, die durch das DigiNetzG umgesetzt werden soll, enthält keine Regelungen zur Mitverlegung. § 77i Abs. 6 und 7 TKG gehen vielmehr auf den Beschluss „Moderne Netze“ des Deutschen Bundestages<sup>62</sup> zurück.<sup>63</sup> Diese rein nationalen Mitverlegungsverpflichtungen kommen mit dem durch das europäische Beihilfenrecht determinierten Bundes- und Landesförderrecht in Konflikt.

#### bb) Wegfall der weißen NGA-Flecken bei Mitverlegungspflicht

Es stellt sich die Frage, ob bei einer für die Kommune bestehenden Pflicht zur Sicherstellung der Mitverlegung passiver Netzinfrastrukturen mit Glasfaserkabeln, die im Betrieb eine Versorgung von weit mehr als 30 Mbit/s gewährleisten,<sup>64</sup> das davon betroffene Gebiet nicht mehr als weißer NGA-Fleck zu qualifizieren wäre. Damit entfielen aber die grundlegende Voraussetzung für eine umfassende Förderung dieses Ausbaus durch Bund und Länder. Alle Straßenzüge, bei denen die Mitverlegungspflicht zur Geltung käme, wären nicht mehr in gleicher Weise förderfähig wie bisher.

Zwar ließe sich argumentieren, eine kommunale Sicherstellungspflicht könne kein marktgetriebener Ausbau sein, selbst wenn die Kommune ein zur Mitverlegung bereites privates Unternehmen findet. Denn nur durch die Übernahme der Tiefbaukosten durch die Kommune würde die Mitverlegung in jedem Fall wirtschaftlich interessant.

Maßgeblich bei der Frage, ob ein weißer NGA-Fleck vorliegt, ist aber schlicht, ob in den nächsten drei Jahren eine Versorgung mit 30 Mbit/s zu erwarten ist oder nicht. Dies ist bei einem Ausbau aufgrund einer kommunalen Sicherstellungspflicht der Fall. Eine Unterversorgung des betroffenen Gebietes mit breitbandigem Internet liegt dann nicht mehr vor. Auf einen marktgetriebenen Ausbau kommt es in diesem Fall gar nicht mehr an. Ein weißer NGA-Fleck entfielen aufgrund des gesetzlich verpflichtenden Ausbaus.

55 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

56 BMVI, Bundesförderrichtlinie (Fn. 7).

57 Beispielsweise in Baden-Württemberg: Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, Verwaltungsvorschrift zur Breitbandförderung (VwV Breitbandförderung) v. 1.8.2015.

58 Der Begriff wird auf nationaler Ebene durch den Begriff „digitales Hochgeschwindigkeitsnetz“ in § 3 Nr. 7a TKG ersetzt, siehe Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 34.

59 Siehe BMVI, Bundesförderrichtlinie (Fn. 7), Ziff. 1.1.

60 Kommission, Mitteilung „Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“, ABL EU 2013 C 25, 1.

61 Kommission, Breitbandleitlinien (Fn. 60), Rn. 63.

62 Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der CDU/CSU sowie von Abgeordneten und der Fraktion der SPD, BT-Drs. 18/1973; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur, BT-Drs. 18/2778; zum Beschluss siehe BT-Plenarprotokoll 18/57, 5353 D.

63 So explizit in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

64 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang nicht nur die unterschiedliche Begrifflichkeit in Förderrecht und DigiNetzG („NGA-Netz“/„digitales Hochgeschwindigkeitsnetz“), sondern auch die darin zum Ausdruck kommende unterschiedliche Zielsetzung beim Versorgungsgrad: 30 Mbit/s im NGA-Netz und 50 Mbit/s im digitalen Hochgeschwindigkeitsnetz. Vgl. Kommission, Breitbandleitlinien (Fn. 60), Rn. 66, und § 3 Nr. 7a TKG.

Diese Kollision mit dem bestehenden Förderrecht wurde im Gesetzgebungsverfahren zum DigiNetzG nicht gesehen. Durch den Bund ist – möglichst in Absprache mit europäischer Kommission, Ländern und Kommunen – zu klären, ob die daraus resultierenden Folgen gewollt sind oder ob hier Änderungen vorgenommen werden müssen. Eine fortwährende Ungewissheit könnte erhebliche Auswirkungen auf laufende, geförderte Ausbauprojekte haben. Im geförderten Gebiet liegende und nun eher kurzfristig von der Mitverlegungspflicht erfasste Straßen könnten plötzlich keine weißen NGA-Flecken und nachträglich aus dem Fördergebiet auszunehmen sein. Dies wäre finanziell insbesondere in Hinblick auf die lediglich vorläufig gewährte und eine Endabrechnung vorsehende Bundes- und Landesförderung von erheblicher Relevanz. Ebenso könnte durch die Mitverlegung von Glasfaser ein auf Funktechnik<sup>65</sup> oder „Vectoring“<sup>66</sup> basierendes laufendes Ausbauprojekt technisch unterminiert werden.

Falls eine Förderung weiterhin beabsichtigt ist, wären die bestehenden Regelungen des Förderrechts anzupassen. Beispielsweise heißt es im baden-württembergischen Leitfaden zur Mitverlegung<sup>67</sup> unter Ziff. 1.7.2:

„Gefördert wird eine Mitverlegung von Kabelschutzrohren bei inner- oder überörtlichen Infrastrukturmaßnahmen.“

Die Mitverlegung von Glasfaserkabeln ist hiervon – im Gegensatz zu § 77i Abs. 7 TKG – nicht umfasst.

#### c) Verfassungsrechtliche Implikationen bei der Mitverlegung

Die in § 77i Abs. 7 TKG enthaltene Pflicht, bei zumindest teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Verkehrsinfrastrukturprojekten die Mitverlegung sicherzustellen, adressiert vor allem Kommunen als Straßenbaulasträger.<sup>68</sup> Sowohl über das Ob als auch das Wie der Mitverlegung ist bereits auf Gesetzesebene durch den Bund entschieden. Liegen die Voraussetzungen des § 77i Abs. 7 S. 1 oder 2 TKG vor, muss die Kommune die Mitverlegung sicherstellen. Findet sie kein privates Unternehmen, das die günstige Gelegenheit zur Mitverlegung nutzt,<sup>69</sup> muss die Kommune selbst tätig werden.<sup>70</sup> Auch wenn der Bundesgesetzgeber die Mitverlegung nicht explizit als neue kommunale Pflichtaufgabe benennt, handelt es sich inhaltlich eindeutig um eine solche.

Diese Übertragung einer neuen kommunalen Pflichtaufgabe<sup>71</sup> ist verfassungsrechtlich bedenklich.

#### aa) Gewährleistungsverantwortung und Optimierungsrecht

Art. 87f Abs. 1 GG weist die Gewährleistungsverantwortung für den Telekommunikationssektor eindeutig dem Bund zu. Der Bund ist Adressat dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung, sowohl in legislativer wie administrativer Hinsicht.<sup>72</sup> Diese Pflicht zur Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen ist durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, und durch bundeseigene Verwaltung zu erfüllen.<sup>73</sup> An die Stelle der vorherigen hoheitlichen Leistungsbereitstellung als Ausdruck der staatlichen Daseinsvorsorge<sup>74</sup> ist ein „Infrastruktursicherungsauftrag“<sup>75</sup> des Bundes getreten, der diesen verpflichtet, die notwendige Infrastruktur im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten.<sup>76</sup> Die Bestimmung der konkreten Reichweite dieser Infrastrukturgewährleistungsverantwortung ist zwar seit jeher umstritten. Einigkeit herrscht aber insoweit, dass keine optimale Infrastruktur zu gewährleisten ist, sondern nur eine Grundversorgung.<sup>77</sup> Dies geschieht vorrangig durch die Regelungen zu den Universaldiensten in den §§ 78 ff. TKG. Art. 87f Abs. 1 GG legt dem Gesetzgeber aber nicht nur die Pflicht auf, ein sozialstaatlich unerlässliches Mindestniveau an Grundversorgung zu gewährleisten. Ebenso ist darin die Berechtigung enthalten, auch jenseits dieses absoluten Schutzminimums für ein sozialstaatlich wünschens-

wertes Versorgungsniveau zu sorgen.<sup>78</sup> Genau in diesem – dem Bund zugewiesenen – Optimierungsbereich ist die Mitverlegung von Glasfaser zu verorten. Dieses Optimierungsrecht durch eine kommunale Aufgabe auszugestalten entspricht hingegen nicht der in Art. 87f Abs. 1 GG festgelegten Adressierung des Bundes. Schon deshalb erscheint die Regelung des § 77i Abs. 7 TKG bedenklich.

#### bb) Aufgabenübertragung

Kritisch zu würdigen ist neben der Frage des richtigen Adressaten des Art. 87f Abs. 1 GG aber vor allem Folgendes: Mit § 77i Abs. 7 TKG überträgt der Bund den Kommunen unmittelbar die Aufgabe des Breitbandausbaus. Dem steht Verfassungsrecht klar entgegen. Seit der Föderalismusreform im Jahr 2006 dürfen gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG sowie Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG durch Bundesgesetz den Gemeinden und Gemeindeverbänden keine Aufgaben übertragen werden. Dieses Aufgabenübertragungsverbot<sup>79</sup> sperrt die Gesetzgebung des Bundes, um die Kommunen allgemein, insbesondere deren Selbstverwaltungshoheit und finanzielle Leistungsfähigkeit, zu schützen.<sup>80</sup> Neue Aufgaben können den Gemeinden nur nach Maßgabe des Landesverfassungsrechts durch Landesgesetz übertragen werden.<sup>81</sup> Für den Bund gilt hingegen, dass als Adressat für Aufgabenübertragungen durch den Bund ausschließlich die Länder in Betracht kommen.<sup>82</sup>

Zwar adressiert § 77i Abs. 7 TKG nicht allein Kommunen, sondern auch die Länder, soweit diese Bauarbeiten an ihren Verkehrsinfrastrukturen vornehmen, sowie Private, soweit deren Bauarbeiten zumindest teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert sind. Ohne eine Ausnahmeregelung für kommunale Bauvorhaben dürfte § 77i Abs. 7 TKG insoweit dennoch verfassungswidrig sein. Denn das Verbot der Aufgabenüber-

65 Richtfunktechnik, siehe zur Erläuterung die Informationsseite zum „Richtfunk“ der Bundesnetzagentur, abrufbar unter <[https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/Firmennetze/Richtfunk/richtfunk-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Firmennetze/Richtfunk/richtfunk-node.html)> (zuletzt abgerufen am 11.6.2017).

66 VDSL 2-„Vectoring“ verbessert die Datenübertragung über Teilnehmeranschlüssen aus Kupfer, indem es die gegenseitigen Störungen mehrerer Kupferkabelstränge – das sog. Übersprechen – vermindert. Näher Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.8.2013 – Az. BK 3d-12/131, S. 73 ff.; Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, S. 158 ff.

67 Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, Leitfaden für die Mitverlegung von Kabelschutzrohren bei über- oder innerörtlichen Infrastrukturmaßnahmen v. 14.8.2015.

68 Siehe zur Straßenbaulast beispielsweise § 43 Abs. 2-4 u. § 44 StrG BW.

69 So die Vorstellung des Gesetzgebers, vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

70 Und „sich zur Ausführung fachkundiger Unternehmen bedienen“, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52.

71 Allgemein zu kommunalen Aufgaben *Brüning*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. A., 2013, § 64 Rn. 61 ff.

72 *Möstl* (Fn. 47), Art. 87f Rn. 88.

73 *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. A., 2016, Art. 87f Rn. 5.

74 Siehe allgemein zum Begriff der Daseinsvorsorge *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. A., 1951, sowie *Ronellenfitsch*, in: Kolloquium Ernst Forsthoff, 2003, S. 53, 67 f.

75 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/8108, 5, 6; *Gersdorf* (Fn. 47), Art. 87f Abs. 1 Rn. 4 f.

76 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/7269, 7.

77 *Gersdorf* (Fn. 47), Art. 87f Abs. 1 Rn. 23 f.

78 *Möstl* (Fn. 47), Art. 87f Rn. 66; *Uerpmann-Witzack*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 5. A., 2012, Art. 87f Rn. 9.

79 Auch „Durchgriffsverbot“ genannt, *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 47), Art. 84 Rn. 52.

80 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Fn. 47), Art. 84 Rn. 11.

81 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/813, 7, 15.

82 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/813, 7, 15; *Trute* (Fn. 79), Art. 84 Rn. 56 f.; *Henneke*, DVBl 2011, 125, 126.

tragung durch den Bund auf die Kommunen gilt strikt und umfassend.<sup>83</sup>

#### cc) Konnexitätsprinzip

Wie bereits ausgeführt können den Gemeinden neue Aufgaben nur nach Maßgabe des Landesverfassungsrechts durch Landesgesetz übertragen werden.<sup>84</sup> Die Landesverfassungen der Flächenländer enthalten dabei ein – teils striktes, teils relatives – Konnexitätsprinzip bzw. Konnexitätsgebot.<sup>85</sup> Das Aufgabenübertragungsverbot wurde gerade im Bewusstsein und mit ausdrücklichem Bezug auf diese in den Ländern existierenden Konnexitätsregelungen eingeführt.<sup>86</sup> Überträgt ein Land seinen Kommunen eine bestimmte Aufgabe und führt dies zu einer (wesentlichen) Mehrbelastung, muss das Land gleichzeitig für Ausgleich sorgen, indem es Bestimmungen über die Deckung der Kosten trifft oder direkt einen finanziellen Ausgleich zahlt. Verkürzt ausgedrückt gilt: „Wer bestellt, der bezahlt.“<sup>87</sup> Dieser Schutz der Kommunen vor finanzieller Überlastung darf nicht umgangen werden. Auch dies lässt sich der Regelung des § 77i Abs. 7 TKG aber vorwerfen.

#### dd) Finanzielle Folgen

Ausgehend von einem Wegfall der weißen NGA-Flecken bei bestehender Mitverlegungspflicht<sup>88</sup> verschiebt sich die Finanzierung des Breitbandausbaus von der Bundes- oder Landesebene allein auf die kommunale Ebene. Die finanziellen Konsequenzen wären enorm. Allein das Bundesförderprogramm hat einen Umfang von vier Milliarden Euro. Diese Gelder und auch die von den Ländern zur Verfügung gestellten Mittel<sup>89</sup> stünden für die von § 77i Abs. 7 TKG erfassten Bauarbeiten an Verkehrswegen nicht mehr zur Verfügung. Vielmehr verbliebe die alleinige Kostenlast bei den Kommunen.<sup>90</sup>

## IV. Fazit

Das DigiNetzG ist seit Herbst 2016 in Kraft. Seitdem haben Kommunen und kommunale Unternehmen seine Regelungen zu befolgen. Die ersten Erfahrungen zeigen, dass dies die

Betroffenen vor große Herausforderungen stellt und etliche praktische Fragen noch beantwortet werden müssen. Dies liegt vor allem daran, dass das Gesetz mit dem bisherigen Rechtsregime kaum abgestimmt ist und daher auf viele Fallkonstellationen der kommunalen Wirklichkeit nicht passt. Dies schafft Unsicherheit über das Bestehen und die Reichweite von Verpflichtungen und Ansprüchen. Eine Klärung seitens des Bundes – in Abstimmung mit den Kommunen, den Ländern und der Europäischen Kommission – ist dringend anzuraten. Darüber hinaus sind nach erster vorsichtiger Einschätzung zwar viele Regelungen des Gesetzes geeignet, den Breitbandausbau zu befördern. Doch erfolgt dies zumeist auf Kosten der Versorgungsnetzinhaber und mithin der Kommunen. Dies führt zu Mehrbelastungen, die auch verfassungsrechtlich nicht unbedenklich sind. Ob das einseitige Ziel eines schnellen Breitbandausbaus die teils erheblichen Eingriffe in Eigentum und Planungshoheit rechtfertigt, darf daher zumindest angezweifelt werden.

83 *Pieroth* (Fn. 73), Art. 84 Rn. 14; *Kirchhof* (Fn. 80), Art. 84 Rn. 152; *Schoch*, DVBl 2007, 261, 263.

84 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/813, 7, 15; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 48), Art. 84 Rn. 36; *Pieroth* (Fn. 73), Art. 84 Rn. 13.

85 Beispielsweise Art. 71 Abs. 3 Landesverfassung BW.

86 *Ritgen*, LKV 2011, 481, 482; *Henneke*, DVBl 2011, 125, 126.

87 *Dombert*, LKV 2011, 353.

88 Siehe oben, unter b).

89 Seit Beginn der Breitbandförderung in Baden-Württemberg im Jahr 2008 bis Mai 2016 wurde beispielsweise ein Gesamtfördervolumen von rund 107 Mio. Euro bewilligt. Für das Jahr 2017 sind weitere 134 Mio. Euro an Landeshaushaltungsmitteln vorgesehen, vgl. die Informationsseite „Breitbandversorgung im Ländlichen Raum stärken“ des Ministeriums für Inneres, Digitalisierung und Migration, abrufbar unter <http://im.baden-wuerttemberg.de/de/digitalisierung/breitbandausbau/> (zuletzt abgerufen am 11.6.2017).

90 Sich ebenfalls zur Kostenlast kritisch äußernd, jedoch aus Sicht eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens: *Leitzke/Berg*, N&R 2016, 141, 145.

Lothar H. Fiedler und Dr. Lorenz Wachinger

# Das Recht des straßengebundenen Verkehrs in den Jahren 2016/2017

*Der folgende Beitrag soll einen gerafften Überblick über die Entwicklungen im Recht des straßengebundenen Verkehrs liefern, die Bezug zu der fachlichen Ausrichtung dieser Zeitschrift haben. Der Schwerpunkt liegt auch dieses Jahr auf Fragen des Marktzugangs und des Wettbewerbs im Straßenpersonenverkehr. Wie in den Vorjahren (zuletzt N&R 2016, 207) wird über neue Entwicklungen ebenso wie über den Fortgang der im letzten Jahr berichteten Fälle informiert.*

## I. Gesetzgebung

### 1. Europäische Gesetzgebung

Das EU-Parlament hat am 14. Dezember 2016 eine kleine Novelle der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 beschlossen.<sup>1</sup> Die Änderungsverordnung (EU) Nr. 2016/2338 tritt am 24. Dezember 2017 in Kraft. Da die Verordnung Teil des 4. Eisenbahnpakets ist, befasst sie sich vorrangig mit der Intensivierung des Wettbewerbs im Schienenpersonenverkehr. Auch für den

straßengebundenen öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) ergeben sich aber relevante Neuerungen.

Die zuständigen Behörden dürfen kostendeckende und nicht kostendeckende Dienste in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag zusammenfassen, wobei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen ist. Die Festlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen muss mit den politischen Zielen aus Strategiepapieren für den öffentlichen Verkehr in Einklang stehen. Als Strategiepapiere dürften in Deutschland vor allem die Nahverkehrspläne anzusehen sein. Zukünftig muss also die Leistungsbeschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit dem Nahverkehrsplan in Einklang stehen.

Präzisiert wird der zulässige geographische Geltungsbereich eines nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 an einen internen Betreiber direkt vergebenen öffentlichen

1 ABl. EU 2016 L 354, 22.