

# Amtshaftung droht ...

... bei behördlich verschuldeten Behinderungen des zügigen Breitbandausbaus

Wenn behördliche Behinderungen des zügigen Breitbandausbaus können eine Amtshaftung begründen (§ 839 BGB), wenn die gegenüber den TKU drittschützende Amtspflicht zur Erteilung einer Zustimmung zur Wegenutzung entgegen den Beschleunigungs- und Vereinfachungsgeboten schuldhaft verletzt wird.

So verpflichtet der Europäische Kodex für die elektronische Kommunikation (Art. 43 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972) die Mitgliedsstaaten zu "einfachen, effizienten und transparenten" Verfahrensregelungen, welche von den zuständigen Behörden "nicht diskriminierend und unverzüglich angewendet werden", sodass "innerhalb von sechs Monaten nach der Antragstellung" über die Wegenutzung entschieden wird. Eine Konkretisierung des Beschleunigungsgebots sieht zudem die Richtlinie (EU) 2014/61 zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen vor. Nach Art. 7 Abs. 3 dieser Richtlinie ist sicherzustellen, dass die Behörden über die erforderlichen Genehmigungen "innerhalb von vier Monaten nach Eingang eines vollständigen Antrags" entscheiden.

Der deutsche Gesetzgeber hat die unionsrechtlichen Beschleunigungs- und Vereinfachungsgebote durch die Fiktionsregel in § 68 Abs. 3 S. 2 TKG umgesetzt, wonach die Zustimmung nach Ablauf einer Frist von drei Monaten ab Eingang des vollständigen Antrags als erteilt gilt.

## Versagung der Wegenutzungszustimmung

Behinderungen von Behördenseite können zudem eine Amtshaftung begründen, wenn die Wegenutzungszustimmung trotz

(BS/Prof. Dr. Christian Koenig) Ein zügiger Ausbau der Breitbandinfrastrukturen ist sowohl durch nationale als auch durch europäische Rechtsvorschriften aufgegeben. Das Grundgesetz räumt in Art. 87f Abs. 2 privatwirtschaftlichen Dienstleistungen und den hierzu erforderlichen Investitionen den Vorrang ein. EU-Richtlinien und das deutsche Telekommunikationsgesetz (TKG) flankieren die Ausbauanreize durch Beschleunigungs- und Vereinfachungsgebote in den Genehmigungsverfahren. Zu Komplikationen kommt es, wenn eine Gemeinde als Straßenbaulastträger die Zustimmung zur Wegenutzung zum Breitbandausbau (§ 68 Abs. 2 TKG) entgegen diesen Beschleunigungs- und Vereinfachungsgeboten behindert oder verzögert. Dies ist zuweilen in Fällen zu beobachten, in denen ein kommunales Unternehmen selbst mit öffentlichen Mitteln in den Breitbandausbau investiert. Die ausbauwilligen Telekommunikationsunternehmen (TKU) erleiden dann wirtschaftliche Nachteile in Form von Verzögerungs- und Überholungsschäden. Daraus folgen staatshaftungsrechtliche Fragen.

Erfüllung der Voraussetzungen nach § 68 Abs. 2 TKG versagt oder erheblich verzögert wird, obwohl die Behörde dem Antrag des TKU auf Wegenutzung aufgrund der gesetzlich gebundenen Entscheidungsnatur stattzugeben verpflichtet ist.



Prof. Dr. iur. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.

Foto: BS/pfivat

Der Versagung gleichzustellen ist zudem eine erhebliche Verzögerung des Genehmigungsverfahrens, etwa wenn sich die Behörde trotz mehrmaliger Kontaktaufnahmen seitens des ausbauwilligen TKU schlichtweg nicht zurückmeldet oder auf interne Abstimmungsprozesse verweist, die teilweise mehrere Monate andauern sollen. Das Gesetz enthält für solche Fälle eigentlich die Fiktionsregel (§ 68 Abs. 3 S. 2 TKG). Den Eintritt dieser Zustimmungsfiktion verhindern

manche Behörden jedoch durch rechtlich nicht gebotene Einreichungsobliegenheiten und stellen sich dann auf den Standpunkt, der Antrag sei nicht vollständig. Dies steht im Widerspruch zu den Beschleunigungs- und Vereinfachungsgeboten, reduziert Ausbauanreize und stellt damit einen Verstoß gegen die Amtspflicht zur gesetzlich beschleunigten Erteilung einer Zustimmung zur Wegenutzung dar. Die Rechtswidrigkeit solcher behördlichen Verzögerungsmaßnahmen zeigen

vor allem die regelmäßig erfolgreichen verwaltungsgerichtlichen Klagen der ausbauwilligen TKU.

## Kostentreibende Nebenbestimmungen

Eine Amtshaftung kann ebenso bestehen, wenn die Wegenutzungszustimmung mit kostentreibenden Nebenbestimmungen erlassen wird, die den Breitbandausbau verzögern und behindern. Manche Nebenbestimmungen reichen von ungerechtfertigten Auflagen vor Durchführung der Maßnahme

(z. B. dem Erfordernis einer Beweissicherung der Oberfläche) über nicht erforderliche kostentreibende Anforderungen an die Durchführung der Bauarbeiten bis hin zur Aufstellung weiterer Genehmigungserfordernisse (z. B. Sondernutzungsgenehmigungen und Aufgrabegenehmigungen). Solche Nebenbestimmungen werden teilweise aktiv als Behinderungstaktik eingesetzt, indem TKU auf unverbindliche Spartenanfragen und Leitungsauskunftsverlangen einen nicht beantragen Zustimmungsbekund erhalten, der mit entsprechenden Nebenbestimmungen versehen ist.

Aufgrund der gebundenen Entscheidungsnatur darf die Wegenutzungszustimmung mit Nebenbestimmungen nur versehen werden, wenn dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist (§ 36 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes). Die Ermächtigunggrundlage für den Erlass der Nebenbestimmungen (§ 68 Abs. 3 Sätze 8 und 9 TKG) ist stets im Lichte der (EU-rechtlichen) Beschleunigungs- und Vereinfachungsgebote auszulegen. Nebenbestimmungen sind also nur insoweit zulässig, wie sie den zügigen Breitbandausbau nicht verzögern oder behindern. Dysfunktionale Nebenbestim-

mungen, die den Breitbandausbau unwirtschaftlich erscheinen lassen und damit die Ausbauanreize erheblich mindern, liegen außerhalb der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Hinzu kommt, dass die Nebenbestimmungen häufig bereits aufgrund eines Verstoßes gegen die Vorschriften des TKG rechtswidrig sind.

## Versagung baurechtlicher Genehmigungen

Eine Amtshaftung der Behörden kommt auch dann in Betracht, wenn baurechtliche Genehmigungen rechtswidrig versagt werden, die für eine Verwirklichung des Breitbandausbaus zwingend erforderlich sind. Hier stehen vor allem sanierungsrechtliche Genehmigungsverfahren sowie erhaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren (§§ 144, 145 bzw. § 172 des Baugesetzbuches) im Mittelpunkt. Wenn diese bauplanungsrechtlichen Genehmigungsverfahren instrumentalisiert werden, um den zügigen Breitbandausbau zu behindern, kann dies eine Amtspflichtverletzung begründen. Die Beschleunigungs- und Vereinfachungsgebote müssen in solchen Fällen auch auf die flankierenden bauplanungsrechtlichen Geneh-

migungsverfahren Anwendung finden, um eine praktische Wirksamkeit der EU-rechtlichen Vorgaben zu gewährleisten. Ansonsten ließen sich diese Vorgaben unterlaufen. Eine zügig zu erteilende Wegenutzungszustimmung wird nämlich faktisch entwertet, wenn die zusätzlich erforderlichen bauplanungsrechtlichen Genehmigungen nur verzögert erteilt werden.

Eine Eigenhaftung des Beamten droht, wenn der Beamte zu mindestens grob fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat. Die Eigenhaftung droht nach beamtenrechtlichen Grundsätzen (§ 48 des Beamtenstatusgesetzes) im Falle eines Außerachtlassens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in einem besonders schweren Maße. Davon umfasst ist insbesondere das Unterlassen von sich aufdrängenden Überlegungen, die das Gesetz offensichtlich nahelegt. Auch unvermeidbare Rechtsanwendungsfehler können eine grobe Fahrlässigkeit begründen.

Bei der Bearbeitung des Antrags auf Wegenutzung ist die Berücksichtigung der Beschleunigungs- und Vereinfachungsgebote nicht nur nahelegend, sondern insbesondere mit Blick auf die Regel der Zustimmungsfiktion (§ 68 Abs. 3 S. 2 TKG) zwingend erforderlich. Zudem ist die Auffassung des Beamten, der ohne ersichtliche Versagungsgründe eine gebundene Zustimmungsentscheidung unterlässt, behindert oder verzögert, offensichtlich unvermeidbar. Entsprechendes gilt für zusätzliche Einreichungsobliegenheiten ohne rechtliche Grundlage oder dem zügigen Breitbandausbau offensichtlich zuwiderlaufende Nebenbestimmungen, welche die Ausbauanreize zunichtemachen.