

r REGENT – soweit sinnvoll – auszureizen, Art. 6 IV,  
t Art. 27 V NC TAR; die jüngste Überarbeitung war einzig  
f der Marktgebietszusammenlegung geschuldet. Damit  
i dürfte sich die Entgeltsystematik etablieren – oder was soll  
nach der Marktgebietszusammenlegung noch kommen?

9 *Missling*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Energiepreisrecht, Einf GasNEV, Rn. 34

10 BK9-19/610 gültig ab dem 1.1.2021 (REGENT 2021); entsprechendes gilt für BK9-19/612, „MARGIT 2021“.

11 BK9-19-607 gültig ab dem 1.1.2021.

12 BK9-19-610 gültig ab dem 1.1.2021.

### **Amtshaftung bei behördlich verschuldeten Behinderungen des zügigen Breitbandausbaus! (Teil 1)**

*Prof. Dr. Christian Koenig und Carlos Deniz Cesarano, Bonn\**

*Der Ausbau der Breitbandinfrastrukturen könnte vielerorts zügiger voranschreiten, als dies aktuell der Fall ist. Verzögerungen sind jedoch nicht auf eine mangelnde Investitions- und Ausbaubereitschaft privatwirtschaftlicher Telekommunikationsunternehmen (TKU) zurückzuführen. Vielmehr ist vermehrt zu beobachten, dass es zu erheblichen Verzögerungen und Behinderungen des privatwirtschaftlichen Ausbaus im Rahmen von behördlichen Genehmigungsverfahren kommt. Diese Verzögerungen und Behinderungen, die insbesondere die Wegnutzungszustimmung (§ 68 II TKG) betreffen, mindern nicht nur die Ausbauanreize, indem sie einen privatwirtschaftlichen Ausbau unwirtschaftlich erscheinen lassen. Hinzu treten v. a. wirtschaftliche Nachteile für das ausbauwillige privatwirtschaftliche TKU. In diesen Fällen kommt eine Amtshaftung zur Kompensation der wirtschaftlichen Nachteile in Betracht.*

#### **I. Zentrale Bedeutung der Wegnutzungszustimmung**

Ein zügiger Ausbau der Breitbandinfrastrukturen ist nicht bloß durch die nationalen Zielsetzungen aufgegeben.<sup>1</sup> Auch auf europäischer Ebene strebt man das Ziel einer gigabitfähigen Breitbandinfrastruktur bis 2025 an, um den wachsenden Konnektivitätsbedarf der Europäer in allen Lebensbereichen zu decken.<sup>2</sup> Die erforderlichen Verbindungsgeschwindigkeiten lassen sich dabei zukunftsorientiert v. a. durch einen FTTH (fiber to the home)-Ausbau gewährleisten, bei dem die Glasfaserleitungen bis zum Teilnehmeranschluss reichen.

Um die ambitionierten Konnektivitätsziele zu erreichen, ist eine effiziente Kombination aus privatwirtschaftli-

\* Der Erstautor ist Direktor, der Zweitautor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

1 Europäische Kommission, Mitteilung COM(2016) 587 final v. 14.9.2016 (Gigabit-Mitteilung), S. 5 ff.

2 CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag v. 14.3.2018, Rn. 1625 ff.

chem Ausbau und staatlichen Fördermaßnahmen erforderlich. Das Grundgesetz räumt durch das Privatisierungsgebot sowie das Postulat des offenen Wettbewerbs in Art. 87f II GG privatwirtschaftlichen Dienstleistungen und den hierzu erforderlichen Investitionen den Vorrang ein.<sup>3</sup> Bevor sich der Staat am Breitbandausbau durch unmittelbare Fördermaßnahmen beteiligt, sind also zunächst größtmögliche Anreize für den privatwirtschaftlichen Ausbau zu schaffen. Solche Ausbauanreize lassen sich insbesondere durch eine Beschleunigung und Vereinfachung von Genehmigungsverfahren sowie kostensenkende regulatorische Maßnahmen schaffen. Privatwirtschaftliche TKU, die FTTH-Ausbau betreiben, sind nämlich stets auf die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungen angewiesen, um die geplanten Ausbaumaßnahmen umsetzen zu können. Im Mittelpunkt steht dabei v. a. die Benutzung öffentlicher Wege (§ 68 TKG). Diese Benutzung öffentlicher Wege ist so einfach wie möglich zu gestalten, um größtmögliche Ausbauanreize zu schaffen.

Die zentrale Bedeutung der Benutzung öffentlicher Wege durch privatwirtschaftliche TKU für den zügigen Breitbandausbau wird auch bei einer Betrachtung der unionsrechtlichen Grundlagen deutlich. So verfolgt die Richtlinie über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation (RL 2014/61/EU – Kostensenkungsrichtlinie) das Ziel, durch kostensenkende regulatorische Maßnahmen Ausbauanreize für privatwirtschaftliche TKU zu schaffen (Art. 1 I Kostensenkungsrichtlinie). Dabei stellen aufwendige Genehmigungsverfahren einen der kostentreibenden Faktoren dar, an die die Kostensenkungsrichtlinie anknüpft. Die kostentreibenden Faktoren ergeben sich aus dem Erwägungsgrund (8) der Kostensenkungsrichtlinie:

„Ein Großteil Kosten ist bedingt durch Ineffizienzen beim Infrastrukturausbau im Zusammenhang mit der Nutzung bestehender passiver Infrastrukturen (Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Pfähle, Masten, Antennenanlagen, Türme und andere Trägerstrukturen), Engpässe aufgrund mangelnder Koordination der Bauarbeiten, aufwändige Genehmigungsverfahren und Engpässe beim Ausbau der Netze im Inneren von Gebäuden, was – insbesondere in ländlichen Gebieten – zu hohen finanziellen Hürden führt.“

Vor diesem Hintergrund trägt die Kostensenkungsrichtlinie dazu bei, dass „Genehmigungsverfahren nicht zum Investitionshindernis werden und sich nicht nachteilig auf den Binnenmarkt auswirken“ (Erwägungsgrund (27) zur Kostensenkungsrichtlinie). Dabei nimmt die Kostensenkungsrichtlinie in Erwägungsgrund (27) auch Bezug auf etwaige wirtschaftliche Nachteile für privatwirtschaftliche TKU, die aus einer Verzögerung oder Behinderung bei der Wegenutzungszustimmung hervorgehen:

„Gegebenenfalls sollten die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Anbieter, denen ein Schaden entstanden ist, weil

eine zuständige Behörde eine Genehmigung nicht innerhalb der geltenden Fristen erteilt, Anspruch auf Entschädigung haben.“

Auch der Europäische Kodex für elektronische Kommunikation (RL (EU) 2018/1972 – EKEK) misst der Benutzung öffentlicher Wege durch privatwirtschaftliche TKU eine zentrale Bedeutung für den Breitbandausbau bei. Dies ergibt sich aus dem Erwägungsgrund (104) zum EKEK:

„Genehmigungen, die Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste den Zugang zu öffentlichen oder privaten Grundstücken ermöglichen, sind für die Einrichtung elektronischer Kommunikationsnetze oder neuer Netzbestandteile wesentliche Faktoren.“

Die Benutzung öffentlicher Wege durch ausbauwillige privatwirtschaftliche TKU ist folglich für den zügigen Breitbandausbau eine zentrale Funktionsbedingung. In diesem Zusammenhang kommt es jedoch immer häufiger zu Komplikationen in Form einer rechtswidrigen Versagung der Wegenutzungszustimmung (§ 68 II 3 TKG) und anderen Behinderungsmaßnahmen, die den zügigen privatwirtschaftlichen Breitbandausbau verzögern. Dabei geht es um Fallkonstellationen, in denen eine Gemeinde als Träger der Straßenbaulast die Zustimmung zum Breitbandausbau im Genehmigungsverfahren zur Wegenutzung (§ 68 TKG) – und auch in baurechtlichen Verfahren – behindert, verzögert oder blockiert, insbesondere in Fällen, in denen ein kommunales Unternehmen selbst FTTH ausbaut. Dies führt zwar regelmäßig zu erfolgreichen Verpflichtungsklagen der Antragssteller. Diese erleiden jedoch durch die erheblichen Verzögerungen wirtschaftliche Nachteile (v. a. entgangene Gewinne), die einen privatwirtschaftlichen Ausbau immer unattraktiver erscheinen lassen. Hinzu treten Überholungsschäden, wenn das kommunale Unternehmen den eigenen FTTH-Ausbau zwischenzeitlich abgeschlossen hat. Derartige Behinderungsmaßnahmen der Behörden haben also durchaus eine staatshaftungsrechtliche Dimension und können eine Amtshaftung gem. § 839 BGB begründen (hierzu B. und C.). Dabei ist insbesondere auch ein Ausschluss der Haftungsüberleitung (Art. 34 S. 2 GG) denkbar, sodass es zu einer Eigenhaftung des Beamten kommen kann (hierzu D.).

## II. Die drittsschützende Amtspflicht zur zügigen Genehmigungserteilung (§ 68 II 3 TKG)

Die zentrale Bedeutung der Wegenutzungszustimmung für den Breitbandausbau schlägt sich in der Amtspflicht zur zügigen Genehmigungserteilung nieder. Die Amtspflicht zur Erteilung einer Zustimmung zur Wegenutzung ergibt sich aus der gebundenen Entscheidungsnatur. Die Zustimmung ist stets zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des § 68 II 3 Nr. 1–3 TKG erfüllt sind.

Präzisiert wird die Amtspflicht durch das unionsrechtliche Beschleunigungsgebot. Dieser regulatorische Imperativ soll einen zügigen Breitbandausbau sicherstellen, indem unnötige Verzögerungen bei der Gewährung von Wegerechten vermieden werden. Als unionsrechtliche Grundlage des Beschleunigungsgebotes dient zunächst

3 *Sachs/Windthorst*, GG, Art. 87f Rn. 22 ff.

die RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), die eine mitgliedstaatliche Gewährleistungspflicht mit Blick auf die Gewährung von Wegerechten statuiert. Das aktuelle TKG beruht auf der Rahmenrichtlinie, sodass diese trotz der Einführung des EKEK zu berücksichtigen ist. Der gebundene Anspruch auf Erteilung einer Zustimmung zur Wegenutzung (§ 68 II 3 TKG) basiert dabei auf Art. 11 Rahmenrichtlinie. Dieser sieht vor, dass die zuständige Behörde „auf der Grundlage einfacher, effizienter, transparenter und öffentlich zugänglicher Verfahren, die nicht diskriminierend und unverzüglich angewendet werden“ handelt und „in jedem Fall – außer in Enteignungsfällen – innerhalb von sechs Monaten nach der Antragstellung“ entscheidet. Nahezu wortlautidentisch ist die entsprechende Vorschrift in der neuen RL (EU) 2018/1972 (Art. 43 I EKEK) ausgestaltet, die als Grundlage für die Nachfolgeregelung zu § 68 II 3 TKG im neuen TKGMoG-RefE fungiert (§ 125 II TKGMoG-RefE).

Der hohe Stellenwert der Beschleunigung der Wegenutzungsverfahren wird zudem in Erwägungsgrund (104) des EKEK deutlich, der als Auslegungsmaxime heranzuziehen ist:

„Unnötige Komplexität und Verzögerungen bei den Verfahren zur Gewährung von Wegerechten können daher die Entwicklung des Wettbewerbs stark behindern. Der Erwerb von Wegerechten durch zugelassene Unternehmen sollte deshalb vereinfacht werden. (...)“

Eine Konkretisierung des Beschleunigungsgebotes mit Blick auf den Ausbau von Breitbandnetzen findet sich zudem in Art. 7 III der Kostensenkungsrichtlinie. Demnach ergreifen die Mitgliedstaaten „die Maßnahmen, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass die zuständigen Behörden die Genehmigungen innerhalb von vier Monaten nach Eingang eines vollständigen Antrags (...) erteilen oder ablehnen.“ Diese Frist kann „in ausreichend begründeten Fällen“ ausnahmsweise verlängert werden. Jede gewährte Fristverlängerung muss jedoch „so kurz wie möglich“ sein. Lehnt eine Behörde einen Antrag auf Wegenutzung ab, so muss dieser „anhand objektiver, transparenter, nichtdiskriminierender und verhältnismäßiger Kriterien“ begründet werden. Der Art. 7 III Kostensenkungsrichtlinie statuiert damit ein noch schärferes Beschleunigungsgebot mit Blick auf den Breitbandausbau, indem die Genehmigungen innerhalb von vier Monaten zu erteilen sind. Dabei liegt auch keine Kollision vor, die einen Vorrang der Regelung des Art. 11 Rahmenrichtlinie in Anwendung der Kollisionsregel gem. Art. 1 IV KSRL begründet. So stellt die Kostensenkungsrichtlinie Spezialvorschriften für den Breitbandausbau auf, die die Vorschriften der Rahmenrichtlinie konkretisieren.

Das unionsrechtliche Beschleunigungsgebot hat der deutsche Gesetzgeber durch die Fiktionsregel des § 68 III 2 TKG umgesetzt. Der § 68 III 2 TKG sieht vor, dass die Zustimmung zur Wegenutzung gem. § 68 II 2, 3 TKG nach dem Ablauf einer Frist von drei Monaten nach Eingang des vollständigen Antrages als erteilt gilt. Die Nachfolgeregelung zu § 68 II 2, 3 TKG findet sich nun in § 125 II 1, 2 TKGMoG-RefE<sup>4</sup>:

„Dem Träger der Straßenbaulast ist mitzuteilen, ob Glasfaserleitungen oder Leerrohrsysteme, die der Aufnahme von Glasfaserleitungen dienen, in Abweichung der Allgemeinen Technischen Bestimmungen für die Benutzung von Straßen durch Leitungen und Telekommunikationslinien (ATB-BeStra) in geringerer Verlegetiefe, wie zum Beispiel im Wege des Micro- oder Minitrenching, verlegt werden. Der Nutzung der Verlegetechniken nach Satz 1 kann nur widersprochen werden, wenn

1. eine Verringerung der Verlegetiefe zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Schutzniveaus oder
2. zu einer wesentlichen Erhöhung des Erhaltungsaufwandes führt und
3. der Antragsteller die durch eine mögliche wesentliche Beeinträchtigung entstehenden Kosten beziehungsweise den höheren Erhaltungsaufwand nicht übernimmt.“

Im Vergleich zur aktuellen Regelung trägt die Nachfolgeregelung dem regulatorischen Imperativ der unionsrechtlichen Grundlagen (Beschleunigung, Vereinfachung und Kostensenkung) in gesteigerter Form Rechnung. So wandelt sich das Antragserfordernis in eine bloße Mitteilungspflicht gegenüber dem Straßenbaulastträger. Zudem wird die behördliche Darlegungslast verschärft, indem die Behörde angehalten wird, die Verweigerungsgründe expliziter darzulegen. Die Intention des Gesetzgebers wird insbesondere bei einer Betrachtung der Gesetzesbegründung deutlich. So dienen die vorgesehenen Änderungen in der Nachfolgeregelung „der Vereinfachung und Beschleunigung des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und der Entlastung der Wegebausträger“.<sup>5</sup>

Insgesamt besteht damit eine Amtspflicht zur zügigen Genehmigungserteilung, um einen raschen und effizienten FTTH-Ausbau durch privatwirtschaftliche TKU zu ermöglichen. Die drittschützende Wirkung der Amtspflicht besteht darin, dass § 68 II 3 TKG eine gesetzliche Vorschrift darstellt, die im Lichte der oben zitierten EU-Richtlinienbestimmungen dazu bestimmt ist, gerade auch im Interesse der Marktteilnehmer einen zügigen Ausbau zu ermöglichen.

### III. Fallgruppen der Amtspflichtverletzung

Als Verletzungen der Amtspflicht zur zügigen Genehmigungserteilung kommen verschiedene Formen der Behinderung, Verzögerung und Blockade des raschen FTTH-Ausbaus in Betracht. Dabei reichen die behördlichen Verhaltensweisen von einer vollständigen Versagung der Wegenutzungszustimmung (§ 68 II 3 TKG) über die Auf-

4 Der Referentenentwurf des *BMI* und des *BMI* zu einem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz – TKGMoG-RefE) ist mit Stand v. 14.12.2020 abrufbar unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8).

5 TKGMoG-RefE, Stand 14.12.2020, S. 388, 389.

erlegung kostentreibender Nebenbestimmungen zur Wegenutzungszustimmung bis hin zur mittelbaren Verzögerung des FTTH-Ausbaus durch Behinderungen in baurechtlichen Genehmigungsverfahren.

### 1. Vollständige Versagung bzw. Verzögerung der Wegenutzungszustimmung (§ 68 II 3 TKG)

Die Versagung der Wegenutzungszustimmung durch die Behörde trotz Erfüllung aller Voraussetzungen zur Wegenutzung (§ 68 II 3 TKG) stellt den wohl offensichtlichsten Fall einer Amtspflichtverletzung dar. Hier lehnt die Behörde den Antrag des TKU auf Wegenutzung ab, obwohl sie aufgrund der gebundenen Entscheidungsnatur zu einer Genehmigungserteilung gesetzlich verpflichtet ist. Die Rechtswidrigkeit dieser Versagungen zeigen v. a. die regelmäßig erfolgreichen Verpflichtungsklagen der Antragsteller.

Eine Amtspflichtverletzung kann ferner in einer erheblichen Verzögerung des Genehmigungsverfahrens durch fehlende Kommunikation und langwierige interne Abstimmungsprozesse aufseiten der Behörde liegen. Die Behörden melden sich trotz mehrmaliger Kontaktaufnahmen seitens der ausbauwilligen TKU schlichtweg nicht zurück oder verweisen auf interne Abstimmungsprozesse, die teilweise mehrere Monate andauern. Während das Gesetz für solche Fälle eigentlich die Fiktionsregel enthält (§ 68 III 2 TKG), verhindern die Behörden den Eintritt dieser Fiktion durch rechtlich nicht gebotene Einreichungsobliegenheiten und stellen sich auf den Standpunkt, der Antrag sei nicht vollständig. Auch dieses Verhalten bewirkt erhebliche Verzögerungen des Ausbaus und stellt damit einen Verstoß gegen die Amtspflicht zur zügigen Genehmigungserteilung dar.

*(Der Beitrag wird fortgesetzt.)*

---

## Das gemeindliche Friedhofswesen im Freistaat Sachsen – rechtliche Verortung, finanzielle Einblicke und absehbare Herausforderungen

*Kristina K. Tyufekchieva, LL. M., Halle (Saale) und Christoph Mengs, M.Sc. VWL, B.Sc. Geographie, Leipzig\**

*Kaum eine gemeindliche Daseinsvorsorgeaufgabe ist so facettenreich wie das Bestattungswesen. Es erfüllt eine Reihe gesellschaftlicher Funktionen, muss sich ändernden demographischen und kulturellen Entwicklungen anpassen und nicht selten wird es an einer Schnittstelle zwischen Staat und Kirche vollzogen. All dies wirkt sich auf dessen rechtliche Rahmenbedingungen und auf die gemeindlichen Finanzen aus. Dieser Beitrag gibt Einblicke in die Struktur der Aufgaben, die*

---

\* Die Erstautorin ist Juristin am Fachbereich Recht, Abteilung Vergabe der Stadt Halle (Saale). Der Zweitautor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kompetenzzentrum für kommunale Infrastruktur Sachsen (KOMKIS), Universität Leipzig.