

RECHTSGUTACHTEN

ERSTELLT IM AUFTRAG DES

BUNDESMINISTERIUMS FÜR VERKEHR UND DIGITALE INFRASTRUKTUR

VON

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)
UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

UND

DIPL.-JUR. (UNIV.) DIPL.-VERWALTUNGSWIRT (FH) STEFAN BULOWSKI
REGENSBURG

19. JULI 2016

Gliederung

| | |
|--|----|
| A. Hintergrund..... | 5 |
| B. Rechtsfragen | 7 |
| C. Rechtliche Bewertung..... | 8 |
| I. Europarechtliche Vorgaben..... | 8 |
| 1. Ausstattungsvorgaben allein in Art. 8 Kostensenkungs-Richtlinie | 8 |
| 2. Ergänzende Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz aus Art. 11 Abs. 1 Rahmenrichtlinie..... | 8 |
| 3. Problem der Technologieneutralität – Sekundärrechtliche und EU-beihilfenrechtliche Vorgaben | 8 |
| a) Spezifische Vorgaben des EU-Beihilfenrechts und EU-Sekundärrechts insbesondere zur Technologieneutralität..... | 8 |
| b) EU-beihilfenrechtliche Bewertung der Mitverlegungspflicht..... | 10 |
| aa. Keine Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV..... | 10 |
| bb. Genehmigungsfähigkeit | 11 |
| cc. Technologieneutralität..... | 12 |
| 4. Zwischenergebnis..... | 12 |
| II. Verfassungsrechtliche Vorgaben..... | 12 |
| 1. Gesetzgebungskompetenzen | 12 |
| a) Ausgangspunkt: Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 GG..... | 12 |
| b) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG..... | 13 |
| c) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG | 14 |
| d) Weitere Gesetzgebungskompetenzen aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 18, 22 und 23 GG | 15 |
| e) Zwischenergebnis..... | 15 |
| 2. Verwaltungskompetenzen – Konflikt mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG?..... | 16 |
| 3. Grenzen der Mitverlegungspflicht aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG..... | 17 |
| a) Wettbewerbs- und Technologieneutralität..... | 17 |
| b) Primat der Privatwirtschaftlichkeit..... | 18 |
| 4. Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG..... | 18 |
| a) Schutzbereich..... | 18 |
| b) Eingriff | 19 |
| c) Zwischenergebnis..... | 20 |
| 5. Vorgaben aus den Grundrechten des Grundgesetzes..... | 20 |
| a) Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG | 20 |
| aa. Schutzbereich | 20 |
| (i) Persönlicher Schutzbereich..... | 20 |
| (ii) Sachlicher Schutzbereich..... | 21 |
| bb. Eingriff..... | 21 |

| | |
|--|-----------|
| cc. Rechtfertigung..... | 21 |
| (i) Legitimer Zweck (Gemeinwohlziel)..... | 21 |
| (ii) Geeignetheit | 22 |
| (iii) Erforderlichkeit | 22 |
| (iv) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)..... | 22 |
| (1) Sozialer Bezug | 22 |
| (2) Eigene Leistung..... | 23 |
| (3) Raumrelevanz der Infrastrukturen als Abwägungsparameter | 23 |
| (4) Bewertung anhand der relevanten Parameter | 23 |
| b) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG..... | 24 |
| c) Ergebnis..... | 25 |
| 6. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots | 25 |
| III. Sonstige Vorgaben, insbesondere Haushalts- und Wettbewerbsrelevanz | 25 |
| IV. Weitere Hinweise zur Ausgestaltung; Verortung im TKG..... | 25 |
| V. Ergebnisse..... | 26 |

A. Hintergrund

Ein wichtiger Treiber für die Förderung von Breitbandinfrastrukturen ist die geplante Verpflichtung zur bedarfsorientierten Verlegung von Leerrohren und Glasfasern bei Verkehrsinfrastrukturen, wie sie für Leerrohre bereits in dem Bundestagsbeschluss „Moderne Netze für ein modernes Land – Schnelles Internet für alle“ (BT-Drs. 18/1973, S. 7) vorgesehen ist. Ähnlich wie bei der Ausstattungsverpflichtung mit hochgeschwindigkeitsfähigen gebäudeinternen physischen Infrastrukturen bis zu den Netzabschlusspunkten im Rahmen der Richtlinie 2014/61/EU (im Folgenden: Kostensenkungs-Richtlinie) wäre es sinnvoll, auch bei Verkehrsinfrastrukturvorhaben Leerrohre gleich mitzuverlegen, da dies mit nur geringen Kosten verbunden ist, während eine spätere Nachrüstung deutlich höhere Kosten verursacht. Sofern aber keine Verpflichtung besteht, sind die – wenn auch nur geringen – Mehrkosten einer entsprechenden Ausstattung bei öffentlichen Bauvorhaben vor allem haushalterisch schwer zu rechtfertigen, da der Nutzen nicht direkt dem Bauwerk zugute kommt. Dabei geht das Statistische Bundesamt nach Angaben gegenüber dem Auftraggeber vom 7. und 14. August 2015 davon aus, dass die öffentliche Hand in den Bereichen des Straßen- und Tiefbaus in den Jahren 2013 und 2014 etwa jeweils 29.000 Bauaufträge vergeben hat. Die Mitverlegungsverpflichtung soll in Bezug auf Glasfaserleitungen einen Aufwand in Höhe von 67,2 Mio. Euro für alle Verkehrsvorhaben ausmachen. Davon entfallen auf die in den Zuständigkeiten von Ländern und Kommunen liegenden Landes- und Kreisstraßen Kosten in Höhe von 20,1 Mio. Euro. Auf den Bund entfallen hingegen Kosten von 47,1 Mio. Euro für die in seiner Finanzierungsverantwortung stehenden Bundesautobahnen, Bundesstraßen und Ortsumgehungen. Dabei wird zugrunde gelegt, dass eine Verlegung von Glasfaser die Kosten der Bauvorhaben um 34 Euro je Meter erhöhen wird, die zu den Kosten von bis zu etwa 10.000 Euro pro Meter des Straßenbaus hinzukommen. Die Kosten des Straßenbaus hängen dabei stark von der Art der Straße ab. Der Höchstbetrag bezieht sich auf einen Meter Autobahn, während einfache Kreisstraßen gegebenenfalls auch nur ein Zehntel der Kosten pro Meter verursachen.

Der Regelungsvorschlag im ersten Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzEG) lautete in den Absätzen 5 und 6 im geplanten § 77i wie folgt:

„§ 77i Koordinierung von Bauarbeiten

[...]

(5) Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze können im Rahmen von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen mitverlegen, um eine Mitnutzung im Sinne dieses Abschnitts zu ermöglichen.

(6) Im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten sind passive Netzinfrastrukturen bedarfsgerecht mitzuverlegen, um eine Mitnutzung im Sinne dieses Abschnitts zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere für die Erschließung von Neubaugebieten.“

Dem liegt folgende Begründung zugrunde:

„Die Absätze 5 und 6 wurden in Anlehnung an den Bundestagsbeschluss „Moderne Netze“ vom 09.10.2014 in das DigiNetzEG aufgenommen.

Absatz 5 statuiert zunächst das Recht aller Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, im Rahmen von Bauarbeiten passive Netzinfrastrukturen 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 regelmäßig gering sind im Verhältnis zu den Kosten der Tiefbauarbeiten, die Synergieeffekte und Kosteneinsparungen für den Breitbandausbau dagegen sehr hoch sind, ist eine solche Mitverlegung gesamtwirtschaftlich wünschenswert.

Die Mitverlegungsverpflichtung in Absatz 6 führt den Gedanken aus Nr. 13 des Bundestagsbeschlusses „Moderne Netze“ vom 09.10.2014 fort. Dort heißt es, dass „bei Verkehrsinfrastrukturprojekten (bspw. bei Brückenbau und -sanierung) zukünftig eine Pflicht zur bedarfsorientierten Verlegung von Leerrohren rechtlich bindend“ vorgesehen werden soll. Die Verpflichtung ist einerseits begrenzt auf öffentlich finanzierte Bauarbeiten und andererseits begrenzt auf Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten. Zudem soll die Mitverlegung bedarfsgerecht erfolgen und so-

mit berücksichtigen, ob und in welchem Umfang eine Nachfrage nach Mitnutzungen zu erwarten ist. Durch die gesetzliche Verpflichtung wird sichergestellt, dass die Träger öffentlicher Belange Haushaltsmittel für die Mitverlegung in Anspruch nehmen können. Diese Inanspruchnahme der öffentlichen Haushalte ist durch die gesamtwirtschaftlich positiven Effekte und die gesamtgesellschaftlichen Vorteile eines beschleunigten Breitbandausbaus gerechtfertigt.

Die ausdrückliche Erstreckung der Verpflichtung auf Neubaugebiete stellt die Bedeutung des Breitbandausbaus für zu erschließende Ansiedlungsflächen heraus. Die Erschließung mit passiver Netzinfrastruktur stellt sicher, dass unabhängig von der Technologie der Grundversorgung eine spätere bedarfsgerechte Aufrüstung jederzeit erfolgen kann, zum Beispiel eine Glasfaseranbindung der Haushalte (Fiber-to-the-Home, FTTH).“

Alternativ ist ein stärkerer Akzent auf den Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen - gleichsam einen Schritt weiter - diskutiert worden. Dies korrespondierte mit folgender Formulierung¹:

„§ 77i Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung

[...]

(5) 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.

(6) Im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten sind geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, bedarfsgerecht mitzuverlegen, um den späteren Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu ermöglichen. Im Rahmen der Erschließung von Neubaugebieten sind stets geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, mitzuverlegen.“

¹ Im Kabinettsentwurf wurde dieser Bezugspunkt der Glasfaser beibehalten, allerdings eine bloße Sicherstellungsverpflichtung formuliert („ist sicherzustellen, dass passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, bedarfsgerecht mitverlegt werden“), BT-Drs. 18/8332, S. 17.

B. Rechtsfragen

Die Ausgestaltung einer derartigen Verpflichtung wirft eine Fülle rechtlicher Fragen auf, die im Folgenden rechtsgutachterlich untersucht werden sollen. Im Vordergrund stehen – ausgehend von den in diesem Zusammenhang wenig relevanten europarechtlich zwingend umzusetzenden Vorgaben (dazu C.I.) – vor allem die verfassungsrechtlichen Aspekte (dazu C.II.). Ergänzend ist knapp zu prüfen, welche netzplanerischen, wettbewerblichen und haushalterischen Fragestellungen zu adressieren und zu lösen sind (dazu C.III.). Abschließend ist knapp auf die Verortung im TKG einzugehen (dazu C.IV.).

C. Rechtliche Bewertung

I. Europarechtliche Vorgaben

Europarechtliche Vorgaben könnten sich zum einen in den sektorspezifischen Bestimmungen der Kostensenkungs-Richtlinie (dazu 1.), in den Vorgaben der Rahmenrichtlinie (dazu 2.), vor allem aber im Gebot der Technologieneutralität aus dem EU-Sekundärrecht und dem EU-primärrechtlichen Beihilfenverbot ergeben (dazu 3.).

1. Ausstattungsvorgaben allein in Art. 8 Kostensenkungs-Richtlinie

Die Kostensenkungs-Richtlinie bezieht Verpflichtungen zur Schaffung von Ausstattungsvorgaben ausschließlich auf Gebäudeeigentümer (siehe Art. 8). Verpflichtungen zur Verlegung von Leerrohren sind im Übrigen nicht vorgesehen. Daher ergeben sich insoweit keine europarechtlichen Verpflichtungen.

2. Ergänzende Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz aus Art. 11 Abs. 1 Rahmenrichtlinie

Umgekehrt sind auch keine telekommunikationsrechtlichen oder sonstigen europäischen Regelungen ersichtlich, die einer derartigen Pflicht entgegenstehen können. Allenfalls nachgelagert wird zu beachten sein, bei der Vergabe von Nutzungsrechten an diesen Infrastrukturen diskriminierungsfrei und transparent vorzugehen, um die Vorgaben des Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) einzuhalten. Vorliegend geht es jedoch um die vorgelegte Frage der Verlegung entsprechender Infrastrukturen, so dass insoweit keine rechtlichen Probleme entstehen können. Demnach besteht also insofern ein weiterer Spielraum auf der nationalen Ebene.

3. Problem der Technologieneutralität – Sekundärrechtliche und EU-beihilfenrechtliche Vorgaben

Mit Blick auf die Vorgaben der Technologieneutralität, die sich sowohl aus dem Sekundärrecht als auch aus dem EU-beihilfenrechtlichen Primärrecht ergeben, sind zunächst die besonderen Anforderungen an die Technologieneutralität selbst (dazu a) und sodann die allgemeinen EU-beihilfenrechtlichen Anforderungen in Bezug auf die Mitverlegungspflicht zu prüfen (dazu b)).

a) Spezifische Vorgaben des EU-Beihilfenrechts und EU-Sekundärrechts insbesondere zur Technologieneutralität

Bedenken könnte die besondere Hervorhebung der Glasfaserausstattung gerade in Neubaugebieten auslösen, da diese möglicherweise nicht neutral in Bezug auf die verschiedenen späteren Telekommunikationsdiensteanbieter ist. Dabei ist die Netzneutralität nicht betroffen, da es noch nicht um die anschließende Nutzung des Netzes und etwaige Qualitätsdifferenzierungen geht, sondern lediglich um den Aufbau einer Vorleistung für das anschließende Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen.

Vielmehr geht es um die Wahrung der sogenannten Technologieneutralität. Diese ist ein wichtiger Aspekt gerade im Rahmen der 2002 erfolgten Novellierung des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens gewesen. So sollten sämtliche Regulierungsinstrumente neutral hinsichtlich der verschiedenen Telekommunikationsdiensteanbieter und der verwendeten Technologien sein, seien es leitungsgebundene Netze (einschließlich Breitbandkabelnetze), Mobilfunk oder Satellit. So zählt Erwägungsgrund 18 der Rahmenrichtlinie als eine Handlungsanweisung auf:

„Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Forderung nach einer technologieneutralen Regulierung weitestgehend berücksichtigen (d. h. dass weder eine bestimmte Technologie vorgeschrieben noch deren Einsatz begünstigt wird), schließt nicht aus, dass angemessene Schritte unternommen werden, um bestimmte spezifische Dienste in gerechtfertigten Fällen zu fördern, wie z. B. das Digitalfernsehen als ein Mittel zur effizienteren Nutzung des Frequenzspektrums.“

Die Regulierung muss also das Ziel verfolgen, nicht eine bestimmte Technologie – sei es in Form der grundlegenden Kategorien wie Mobilfunk oder Festnetz oder differenzierter etwa in Bezug auf verschiedene FTTX-Modelle im Breitbandbereich – zu bevorzugen.

Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie ergänzt in Bezug auf die vorliegend nicht betroffene Frequenzregulierung:

„Soweit in Artikel 9 zu den Funkfrequenzen nichts anderes vorgesehen ist, berücksichtigen die Mitgliedstaaten weitestgehend, dass die Regulierung möglichst technologieneutral sein sollte, und sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der in dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien festgelegten Regulierungsaufgaben, insbesondere der Aufgaben, die der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs dienen, dies ebenfalls tun.“

Die Vorgaben sind allerdings recht moderat formuliert. Sie beschränken sich zudem auf den Regulierungsrahmen und adressieren dabei als Akteur die nationale Regulierungsbehörde. Vorliegend geht es aber um ein legislatives Handeln des Mitgliedstaates gleichsam im Vorfeld der Regulierung, das auf eine Verbesserung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Breitbandinfrastrukturen ausgerichtet ist. Relevante Steuerungsvorgabe ist daher weniger das sekundärrechtliche Telekommunikationsrecht der EU, sondern eher das primärrechtliche EU-Beihilfenrecht, an dem sich alle Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten auszurichten haben. Vorliegend relevant könnte sodann also die Frage sein, inwiefern diese Maßnahme die insoweit gebotene Technologieneutralität im Rahmen des EU-Beihilfenrechtsregimes einhält, die nach den Vorgaben der EU-Kommission zu wahren ist. Mit Blick auf die Technologieneutralität heißt es in Ziff. 3.4. e) der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (im Folgenden: Breitband-Leitlinien 2013)² wörtlich:

„Angesichts dieser unterschiedlichen technischen Lösungen zur Breitbandversorgung sollte bei einer Ausschreibung keine der möglichen Technologien oder Netzplattformen bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Die Bieter sollten berechtigt sein, die Versorgung mit den geforderten Breitbanddiensten unter Nutzung einer (Kombination von) Technologie(n) vorzuschlagen, die sie als am besten geeignet erachten. Die Bewilligungsbehörde ist berechtigt, die am besten geeignete technische Lösung oder einen Technologiemix auf

² Europäische Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. EU C 25/1 v. 26.01.2013.

der Grundlage der objektiven Ausschreibungskriterien auszuwählen. Grundsätzlich kann eine universelle Breitbandabdeckung in größeren Zielgebieten durch eine Kombination verschiedener Technologien erreicht werden.“

Gemessen an diesen Vorgaben sind die in Deutschland aktivierten Förderprogramme in jüngerer Zeit entsprechend von der Kommission genehmigt worden – auch die Leerrohrförderrichtlinie³.

In den häufigsten Fällen der Beihilfenverfahren im Bereich der Breitbandförderung hat die Kommission im Rahmen ihres allgemeinen Ermessens über die Zulässigkeit der staatlichen Breitbandausbauförderung auf Ebene der Genehmigung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV entschieden. Prüfungsmaßstab ist Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV bzw. auch Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV, demzufolge die Breitbandförderungsmaßnahme eine Zielsetzung von gemeinsamem Interesse aufweisen und im Übrigen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftsgebiete von Bedeutung ist, sowie hierzu geeignet, erforderlich sowie verhältnismäßig sein muss.

Die in Bezug auf die Breitbandförderung zugrunde gelegten Bewertungsmaßstäbe hat die Kommission nach zahlreichen einzelnen Genehmigungsverfahren⁴ 2009 im Rahmen von Leitlinien zusammengefasst⁵. Diese Leitlinien hat die Kommission im Jahr 2013 in den bereits erwähnten Breitband-Leitlinien 2013 aktualisiert und partiell modifi-

³ Siehe Europäische Kommission, Beschluss vom 12.07.2010, K(2010)4862 final, Staatliche Beihilfe N 53/2010 – Deutschland Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren, abrufbar im WWW unter der URL http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235087/235087_1130404_45_2.pdf; vgl. auch Europäische Kommission, Beschluss vom 02.12.2011, K(2011)9052 final, Staatliche Beihilfe SA.33589 (2011/N) – Deutschland, Breitbandversorgung ländlicher Räume in Deutschland – Änderung der Beihilferegelung N 368/2009.

⁴ Eine Übersicht über 132 Entscheidungen ist im Internet abrufbar unter der URL http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf; bislang ist die tendenziell großzügige Kommissionslinie von den Gerichten nicht in Frage gestellt worden, vgl. insbesondere EuG, Rs. T-79/10, *Colt Télécommunications France/Kommission*, Urt. v. 16.09.2013.

⁵ Europäische Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2009/C 235/04, ABl. EU C 235 v. 30.09.2009, Rn. 44 ff.

ziert. Im Kern verlangt die Kommission, dass die folgenden sieben Anforderungen erfüllt werden⁶:

- „1. Beitrag zur Erreichung von Zielen von gemeinsamem Interesse
2. Unzufriedenstellendes Marktergebnis aufgrund von Marktversagen oder wesentlichen Ungleichheiten
3. Eignung des Instruments der staatlichen Beihilfe
4. Vorliegen eines Anreizeffekts
5. Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum
6. Begrenzte negative Auswirkungen
7. Transparenz“.

Vorliegend relevant sind vor allem die Hinweise auf die Reduktion der potenziellen Wettbewerbsverzerrungen auf ein Minimum im Rahmen der Begrenzung der negativen Auswirkungen. Gerade in Bezug auf dieses sechste Erfordernis ist darauf zu achten, dass die Förderprogramme nicht nur zu einer Förderung gerade des marktbeherrschenden Unternehmens führen und nicht bereits erfolgte oder beabsichtigte private Investitionen verdrängen⁷.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Fördermaßnahmen ferner auf die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) gestützt werden können, die am 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, und Investitionsbeihilfen für den Ausbau der Breitbandversorgung im Sinne des Art. 107 Abs. 3 AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar normiert und von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV freistellt. Die Vergabevoraussetzungen – etwa im Rahmen einer Regionalförderung – entsprechen dann weitgehend den Beihilfeleitlinien, wenn Art. 14 Nr. 10 AGVO verlangt, dass „kein Netz derselben Kategorie (entweder Breitbandgrundversorgung oder NGA) vorhanden“ und auch in den kommenden drei Jahren nicht zu erwarten ist, dass das oder die geförderten Unternehmen in einem Auswahlverfahren ermittelt wird bzw. werden und diesem bzw. diesen anschließend Zu-

gangspflichten auferlegt werden. Noch ausdifferenziertere Vorgaben finden sich sodann in Abschnitt 10 der AGVO und sehen in Art. 52 Abs. 1 AGVO als beihilfenfähige Kosten Investitionskosten für „den Ausbau passiver Breitbandinfrastruktur“, „Baumaßnahmen im Breitbandbereich“, „den Ausbau der Netze für die Breitbandgrundversorgung“ und „den Ausbau von Zugangsnetzen der nächsten Generation“ vor. Im Übrigen greifen vergleichbare Regeln wie in den Breitband-Leitlinien 2013 der Kommission.

b) EU-beihilfenrechtliche Bewertung der Mitverlegungspflicht

aa. Keine Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Vorliegend ist jedoch fraglich, ob überhaupt eine beihilfenrechtliche relevante Förderung vorliegt. Beihilfenrechtlicher Maßstab ist dabei Art. 107 Abs. 1 AEUV. Danach „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Die fünf EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung (1) bestimmter Unternehmen (2), der staatlichen Mittelherkunft (3), der Wettbewerbsverfälschung (4) und der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (5) müssen kumulativ vorliegen, um den Beihilfentatbestand zu begründen.

Vorliegend ist zunächst das zweite Tatbestandsmerkmal fraglich. Denn es werden ja gerade nicht bestimmte Unternehmen gefördert. Vielmehr werden Entitäten verpflichtet, die grundsätzlich keine Telekommunikationsdiensteanbieter sind und die im Rahmen der Bauvorhaben Leerrohre und Glasfaserleitungen mitverlegen sollen. Telekommunikationsdiensteanbieter profitieren davon nur mittelbar durch die anschließenden Mitbenutzungsansprüche. In EU-beihilfenrechtlicher Hinsicht ist aber erforderlich, dass eine bestimmte Begünstigung vorliegt, d. h. dass einzelne individualisierbare Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt werden.⁸ Hier käme also lediglich eine Begüns-

⁶ Europäische Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. EU C 25/1 v. 26.01.2013, Rn. 33 ff.

⁷ Europäische Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Mitteilung 2013/C 25/01, ABl. EU C 25/1 v. 26.01.2013, Rn. 47.

⁸ Koenig/Paul, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 68 ff.

tigung des Produktionszweigs der Telekommunikation in Betracht. Im Fall der Leerrohrverlegung wäre dies eher zweifelhaft, da diese zumindest theoretisch polyfunktional durch eine Vielzahl von Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen verwendet werden können (etwa auch zu Zwecken der betriebsinternen Kommunikation), obgleich es schon dem Wortlaut der Norm nach primär um digitale Hochgeschwindigkeitsnetze geht. Spezifischer sind im Übrigen Glasfaserleitungen, da diese – noch deutlicher – vor allem von Telekommunikationsunternehmen genutzt werden können. Zwar könnte auch dies noch zu diffus sein im Sinne der EU-beihilfenrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen, da nicht im Einzelnen von vornherein erkennbar ist, welche Unternehmen anschließend Nutzer der Glasfaserinfrastrukturen und also Begünstigte im EU-beihilfenrechtlichen Sinne sein werden. So soll § 77d TKG n.F. einen Mitbenutzungsanspruch nur für passive Infrastrukturen einräumen, wozu aber nach dem geplanten künftigen § 3 Nr. 17b TKG Glasfaserkabel gerade nicht zählen sollen. Daher werden entsprechende Zugangsansprüche nur auf Leerrohre bestehen, die aber wiederum polyvalenter sind als Glasfaserkabel. Ein Zugang zu Letzteren wird hingegen nur auf Basis vertraglicher Verhandlungen gewährt werden. Gleichwohl dürfte angesichts der Ausrichtung auf die vorrangige – auch faktische – Nutzung durch Telekommunikationsdiensteanbieter eine hinreichende Spezifität im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben sein.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund aber vor allem, ob überhaupt eine Begünstigung eintritt. Die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze als potenzielle Nutzer der Leerrohre und Glasfaserinfrastrukturen können diese nämlich anschließend nur gegen Zahlung eines Entgelts nutzen. Dieses dürfte regelmäßig eine angemessene Gegenleistung darstellen und daher eine Begünstigung ausschließen. Jedenfalls kann eine etwaige Begünstigung erst auf dieser nachgelagerten Ebene erfolgen. Da die Verpflichtung selbst auch keine öffentliche Förderung der Maßnahmen vorsieht, kann auch insoweit noch kein Begünstigungsverhältnis erkannt werden. Die Maßnahme ist demnach als „vorgelagerte“ Verpflichtung vor einer eigentlichen EU-beihilfenrechtlich relevanten Breitbandförderung anzusehen. Allerdings bestehen insoweit gewisse Restrisiken einer gegenteiligen Bewertung.

bb. Genehmigungsfähigkeit

Dann dürfte aber eine etwaige Genehmigungsfähigkeit der Mitverlegungsverpflichtung angesichts der skizzierten großzügigen, allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen für die Breitbandförderung und in Anbetracht der parallelen Stoßrichtung zur sekundärrechtlichen Verpflichtung, entsprechende Maßnahmen gemäß Art. 8 Kostensenkungs-Richtlinie an den Gebäuden vorzunehmen, jedenfalls in Bezug auf die Verlegung von Leerrohren kaum zu bezweifeln sein. Es wäre letztlich inkonsequent, leerrohrbezogene Ausstattungsverpflichtungen an den Gebäuden sekundärrechtlich zu verlangen, diese dann aber beim Ausbau von Verkehrsnetzen primärrechtlich zu verbieten. Für eine Mitverlegungsverpflichtung von Glasfaser greift dieses letzte Argument allerdings nicht. So verpflichtet Art. 8 Kostensenkungs-Richtlinie (Neubau-)Gebäudeeigentümer nur zur Ausstattung mit hochleistungsfähigen „gebäudeinternen physischen Infrastrukturen“ bis zum Netzabschlusspunkt. „Physische Infrastrukturen“ sind nach Art. 2 Nr. 2 Kostensenkungs-Richtlinie „Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden, beispielsweise Fernleitungen, Masten, Leitungsrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen, Türme und Pfähle; Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sowie Komponenten von Netzen, die für die Versorgung mit Wasser für den menschlichen Gebrauch im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Richtlinie 98/83/EG des Rates (1) genutzt werden, sind keine physischen Infrastrukturen im Sinne dieser Richtlinie“. „Gebäudeinterne physische Infrastrukturen“ werden in Art. 2 Nr. 7 Kostensenkungs-Richtlinie definiert als „physische Infrastrukturen [vgl. Art. 2 Nr. 2] oder Anlagen am Standort des Endnutzers (einschließlich Komponenten, die im gemeinsamen Eigentum stehen), die dazu bestimmt sind, leitungsgebundene oder drahtlose Zugangsnetze aufzunehmen, sofern solche Zugangsnetze geeignet sind, elektronische Kommunikationsdienste bereitzustellen und den Zugangspunkt des Gebäudes mit dem Netzabschlusspunkt zu verbinden“. Allerdings ist die Richtlinie insoweit nicht so zu verstehen, dass es entsprechende Ausstattungspflichten mit Glasfaser ausschließen möchte. Daher ist davon auszugehen, dass selbst im Fall der Annahme einer EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit der Mitverlegungsverpflichtung jedenfalls eine Genehmi-

gungsfähigkeit anhand der oben skizzierten Vorgaben (siehe oben a)) gegeben wäre.

cc. *Technologieneutralität*

Im Übrigen ist insoweit eine Neutralität gegeben, als die Glasfaserinfrastrukturen auch von Mobilfunkdiensteanbietern verwendet werden können für die leistungsfähige (Rück-)Anbindung ihrer drahtlosen Zugangsnetze an das Kernnetz (sog. Backhaul)⁹. Der Umstand, dass Neubaugebiete im Rahmen der Glasfaserverlegungspflicht besonders hervorgehoben werden, führt nicht zu einer spezifischen Begünstigung, da angesichts der Vielzahl der Bauaufträge der öffentlichen Hand im Bereich des Straßen- und Tiefbaus in Höhe von je rund 29.000 in den Jahren 2013 und 2014 und der Vielzahl der damit künftig bewirkten Ausbaumaßnahmen mit Leerrohren bzw. Glasfaserleitungen ein relevanter Ausbau auch für den Anschluss von Mobilfunkinfrastrukturen vorangetrieben wird. Das gilt auch vor dem Hintergrund, wenn im Zuge des flächendeckenden Ausbaus von Mobilfunknetzen mit höherer Bandbreite die Zahl der Standorte von Mobilfunkstationen steigt.

4. Zwischenergebnis

Insgesamt ist die Leerrohrmitverlegungspflicht dementsprechend gemessen am Maßstab der Technologieneutralität und des EU-Beihilfenrechts unproblematisch. Die Verpflichtung, Glasfaserinfrastrukturen zu verlegen, ist zwar kritischer zu bewerten, aber auch als zulässig anzusehen, da mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass der EU-Beihilfentatbestand schon nicht erfüllt ist. Eine EU-beihilfenrechtlich problematische Begünstigung von Telekommunikationsunternehmen wird durch die entsprechende Entgeltspflichtigkeit der Nutzung der zu verlegenden passiven Infrastrukturen vermieden. Die bloße Verlegungsverpflichtung begünstigt keine Telekommunikationsdiensteanbieter, die allenfalls durch eine vergünstigte Bereitstellung jener Infrastrukturen begünstigt werden könnten. Das ist aber eine nachgelagerte Frage, die durch die vorliegend zu prüfende Verlegungsverpflichtung nicht entschieden wird.

⁹ Vgl. dazu *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 118.

Die Kostensenkungs-Richtlinie bezieht im Übrigen Verpflichtungen zur Schaffung von Ausstattungsvorgaben ausschließlich auf Gebäudeeigentümer (siehe Art. 8). Verpflichtungen zur Verlegung von Leerrohren bzw. Glasfaserinfrastrukturen sind dagegen im Übrigen nicht vorgesehen. Umgekehrt sind auch keine telekommunikationsrechtlichen oder sonstige europäischen Regelungen ersichtlich, die einer derartigen Pflicht entgegenstehen können. Insoweit besteht ein nicht unerheblicher Spielraum aus europarechtlicher Sicht. Diese müssen sodann so ausgelegt sein, dass sie technologieneutral nicht nur der Verbreitung von Festnetzen mit hohen Bandbreiten, sondern auch entsprechenden Mobilfunknetzen dienen können.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

In verfassungsrechtlicher Hinsicht sind zunächst die einschlägigen Gesetzgebungskompetenzen für die vorgesehene Mitverlegungsverpflichtung zu prüfen (dazu 1.). Sodann stellt sich die Frage nach den diesbezüglichen Verwaltungskompetenzen (dazu 2.). Ferner ist auf die besonderen Vorgaben der Wettbewerbs- und Technologieneutralität sowie des Gebots der Privatwirtschaftlichkeit aus Art. 87f GG einzugehen (dazu 3.). Knapp sind darüber hinaus die Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG zu analysieren (dazu 4.). Schließlich sind umfassend die grundrechtlichen Anforderungen an eine entsprechende Verpflichtung zu untersuchen (dazu 5.) und in diesem Zusammenhang ist auch auf die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots im vorliegenden Kontext einzugehen (dazu 6.).

1. Gesetzgebungskompetenzen

a) *Ausgangspunkt: Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 GG*

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist zunächst zu prüfen, ob dem Bund überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für eine derartige Ausstattungspflicht zukommt. Nach der Verteilungsregel des Art. 70 GG verbleibt die allgemeine Straßen- und Wegekompentenz nämlich den Ländern, sofern nicht einzelne Kompetenztitel des Bundes (ausschließlicher oder konkurrierender Art) einschlägig sind.

b) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG

In Betracht kommt insoweit zunächst die Spezialgesetzgebungskompetenz für die Universaldienstversorgung nach Art. 87f Abs. 1 GG als ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes, da gerade bei öffentlich getragenen Verkehrsprojekten auf lokaler Ebene eine Verlegungspflicht von Glasfaser oder Leerrohren die Erreichung von Universaldienstversorgungszielen beflügeln könnte.

Dabei ist umstritten, wie weit die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG gerade in Abgrenzung zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG reicht. Dies ist vorliegend allerdings für die Rechtmäßigkeit des Vorhabens nicht entscheidend, da in beiden Fällen eine ausschließliche Kompetenz des Bundes besteht. Die Differenzierung ist nur insofern von Bedeutung, als die übrige Post- und Telekommunikationsgesetzgebung nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG nicht der Zustimmungspflichtigkeit des Bundesrates unterliegt.¹⁰ Praktisch ist diese Frage bislang allerdings bei den größeren TKG-Novellen noch nicht relevant geworden, weil der Bundesgesetzgeber das TKG als Ganzes in einem einheitlichen Gesetzgebungsverfahren überarbeitet hat, ohne den Universaldienst in einem eigenständigen Verfahren zu novellieren.

Im Übrigen sind drei Fragenkreise in Bezug auf die hoch umstrittene Norm des Art. 87f Abs. 1 GG voneinander zu unterscheiden: Erstens stellt sich die Frage, inwiefern Art. 87f Abs. 1 GG auch andere universaldienstrelevante wegerechtliche Gesetzgebungsaktivitäten jenseits der Fixierung eines Universaldienststandards abdeckt. Davon zu trennen ist eine zweite Frage, ob die Gesetzgebungskompetenz auch für die Festsetzung von Universalstandards jenseits eines Minimalstandards greift¹¹ und falls dies verneint wird, ob drittens die Regelung andere Kompetenztitel insoweit

sperrt und damit Fördermaßnahmen jenseits eines Mindeststandards kompetenziell ausschließt¹².

Vorliegend geht es ausschließlich um die erste Frage, da hier *nicht* die Fixierung von Universaldienststandards einschließlich entsprechender Förderprogramme in Rede stehen, sondern – gleichsam vorgelagert – die Frage nach der Förderung des Breitbandausbaus insgesamt jenseits von Universaldienstfragen. Die Verlegungspflichten sind vorliegend nämlich in keiner Weise auf bestimmte förderpflichtige Regionen beschränkt. Mit Blick auf diese erste Frage ist festzustellen, dass die Vorgabe einer Universaldienstabsicherung in allen – insbesondere regulatorischen, aber auch die frequenzpolitischen und wegerechtlichen – Entscheidungen der Telekommunikationsgesetzgebung zumindest indirekt eine Rolle spielt, da entsprechende Festlegungen Einfluss auf den Wettbewerb und damit auch auf die Sicherung der Daseinsvorsorge im Wettbewerb haben. Diese in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG vorgegebene Wettbewerbsorientierung muss jedoch nicht zwingend von der spezialgesetzlichen Gesetzgebungskompetenz des Art. 87f Abs. 1 GG, sondern kann gleichermaßen von der allgemeinen telekommunikationsrechtlichen Kompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG erfasst werden.¹³ Diese ist nämlich, wie sogleich darzulegen ist (dazu c)), als umfassende Gesetzgebungskompetenz im Telekommunikationsbereich zu verstehen. Jedenfalls sind die beiden Vorschriften gleichsam als „kommunizierende Röhren“ einzuordnen: Sofern eine Bestimmung enger gefasst wird, wird dies jeweils durch ein erweitertes Verständnis der anderen Kompetenznorm kompensiert. So oder so ist also eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes das Ergebnis.

Art. 87f Abs. 1 GG greift gleichwohl nicht als Kompetenzgrundlage für die gesetzliche Regelung einer Leerrohr- bzw. Glasfasermittelverlegungsverpflichtung.

¹⁰ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 87f, Rn. 43.

¹¹ Dagegen Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 87f, Rn. 35 f. und 40; Uerpmann-Witzack, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 87f, Rn. 12; dafür Möstl, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band VI, Stand: Oktober 2010, Art. 87f, Rn. 66 ff.

¹² Gegen ein solches Verständnis Kühling, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ergänzungslieferung November 2015, Art. 87f, Rn. 101 ff. (im Erscheinen); vgl. auch Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 596.

¹³ Dagegen wohl Möstl, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band VI, Stand: Oktober 2010, Art. 87f, Rn. 89 i.V.m. Rn. 83 ff.

c) *Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG*

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass eine Abstützung auf die allgemeine und ebenfalls ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Telekommunikationsbereich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG in Betracht kommt. Diese kann zwar enger bezogen werden auf unmittelbar telekommunikationsrelevante Sachverhalte. In diesem Zusammenhang sorgte in jüngerer Zeit die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts für Missverständnisse, Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG berechtere „unmittelbar allerdings nur zur Regelung der technischen Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur und der Informationsübermittlung mit Hilfe von Telekommunikationsanlagen“.¹⁴ Daraus wird zum Teil geschlossen, dass die wirtschaftlichen Regelungsgehalte der Telekommunikation nicht von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG erfasst werden, sondern von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.¹⁵ Das würde eine erhebliche Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG zur Folge haben und im Übrigen zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen, da häufig technische Regelungen mit ökonomischen Implikationen und umgekehrt ökonomische Vorgaben mit technischem Hintergrund normiert werden müssen. Das gilt etwa für die Steuerung der Frequenzvergabe. Gerade im Rahmen der Ausgestaltung der Versteigerung von Mobilfunkfrequenzen dürfte dann eher der wirtschaftlich-wettbewerbliche Aspekt im Vordergrund stehen und die technische Seite der Frequenzknappheit nur der Auslöser des Regelungsbedürfnisses sein.¹⁶

Ein derartiges Verständnis der Ausblendung der wirtschaftlichen Aspekte der Telekommunikation wird schon der traditionell umfassenden Abdeckung des gesamten Fern-

meldewesens nicht gerecht. So war vor der Aufgabenprivatisierung im Telekommunikationsbereich (ebenso wie im Postwesen) die Leistungserbringung durch die Deutsche Bundespost kompetenziell umfassend abgedeckt. Nach der Beseitigung der Monopole ist nunmehr eine umfangreiche Regulierung erforderlich, die zur Sicherung der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen notwendig ist. Sie ist also Konsequenz der Beseitigung der Monopole und war im Rahmen der vorbereitenden Postreform II Gegenstand der verfassungsrechtlichen Anpassung in den Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 87f und 143b GG. Eine Verschiebung der Gesetzgebungskompetenzen in diesem Bereich in den Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG war damit aber nicht beabsichtigt und entspräche nicht der bisherigen Tradition der Erfassung der legislativen Steuerung auch der Leistungserbringung. Damit werden die wirtschaftlichen und wettbewerblichen Steuerungen in der Telekommunikationsordnung durch Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG gleichermaßen erfasst. Die Norm ist auch insoweit *lex specialis* zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 16 GG.

Die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes war zwar auch im Rahmen der Normierung der, heute in den §§ 68 ff. TKG geregelten, telekommunikationsrechtlichen Wegerechte umstritten.¹⁷ Dazu wurde vertreten, dass allenfalls die Entscheidung, den Telekommunikationsunternehmen überhaupt die Wegebenutzung zu ermöglichen, nicht aber die konkrete Ausgestaltung von der Bundeskompetenz erfasst sei.¹⁸ Letzteres verbliebe nach der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG in der Zuständigkeit der Länder. Gestützt wurde auch diese Auffassung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der die Kompetenz für das Fernmeldewesen auf die technische Seite der Nachrichtenübertragung beschränkt sei.¹⁹ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass damit lediglich eine Abgrenzung zur materiell-inhaltlichen Seite gemeint war, nicht aber die fernmeldetechnischen und infrastrukturellen Voraussetzungen der Übertragung ausgenommen werden sollten,

¹⁴ Zuletzt etwa BVerfGE 125, 260 (314).

¹⁵ *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band V, Stand: April 2010, Art. 73, Rn. 167; ähnlich *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 73, Rn. 71 und v.a. Rn. 76.

¹⁶ Unverständlich insoweit *Uhle*, der trotz der von ihm – zu Unrecht – vertretenen Nicht-Erfassung ökonomischer Aspekte die gesetzliche Steuerung der Versteigerung von UMTS-Lizenzen einschließlich der Regelung der Einnahmen doch unter Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG subsumiert, siehe *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band V, Stand: April 2010, Art. 73, Rn. 168.

¹⁷ *Stelkens*, TKG-Wegerecht - §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 68, Rn. 20 ff. mit zahlreichen Nachweisen zu den vertretenen Ansichten.

¹⁸ So *Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Archiv PT 1996, 307 (311).

¹⁹ *Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Archiv PT 1996, 307 (311).

was sich auch aus der Anlehnung an den älteren Begriff des Fernmeldewesens ergibt.²⁰ Mit der Neuformulierung „Telekommunikation“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 TKG sollte im Übrigen keine inhaltliche Veränderung einhergehen.²¹ Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach der Bundeskompetenz für das telekommunikationsrechtliche Wegerecht zwar offen gelassen²², aber nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts berechtigt Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG den Bund, Regelungen zur Nutzung von Verkehrswegen für Telekommunikationslinien zu erlassen.²³ Damit ist der Bund nach ganz herrschender Meinung²⁴ auch für die Regelung der wegerechtlichen Implikationen zuständig.

Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG ist damit als umfassende Kompetenznorm zur Steuerung des Wirtschaftssektors „Telekommunikation“ zu verstehen. Dies umfasst über technische Aspekte hinaus die wirtschaftlichen Fragen, dann aber nicht nur die wirtschaftlichen Voraussetzungen in einem engeren Sinne, sondern auch die wegerechtlichen Implikationen und Bedingungen für eine umfassende Breitbandversorgung. Daher ist auch die Mitverlegungsverpflichtung von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG kompetenziell abgedeckt. Auch die planerischen und haushalterischen Implikationen widersprechen nicht dieser Subsumtion, da der Schwerpunkt nicht auf diesen Aspekten liegt, sondern auf der umfassenden Schaffung der Voraussetzungen für eine funktionsfähige Breitbandversorgung. Das folgt ferner aus einer vergleichenden Betrachtung insoweit, als beispielsweise die Energieeinspargesetzgebung über das Energieeinspargesetz (und die Energieeinsparverordnung) aufgrund der gestiegenen Anforderungen an das Bauen auch durch die öffentliche Hand haushalterische Implikationen hat, ohne dass deshalb die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das Recht der Wirtschaft in Fra-

²⁰ Dörr, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 68, Rn. 7.

²¹ Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 73, Rn. 33.

²² Vgl. BVerfG, Beschluss v. 07.01.1999 – 2 BvR 929/97, NVwZ 1999, 520; dazu auch Stelkens, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 68, Rn. 21.

²³ BVerfG, Beschluss v. 07.05.2001 – Az. 6 B 55/00, NVwZ 2001, 1170 (1170).

²⁴ Vgl. dazu auch das insoweit eindeutige Meinungsbild in der Literatur bei Stelkens, TKG-Wegerecht – §§ 68 – 77 TKG, Handkommentar, 2010, § 68, Rn. 20.

ge gestellt worden wäre. Angesichts der Bedeutung einer Leerrohrverlegungsverpflichtung für die Errichtung von breitbandigen Telekommunikationsnetzen und ihrer Verbindungslinien zu den allgemeinen Wegerechten spricht eine teleologische Interpretation des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG daher für ein weiteres Verständnis jener Norm.

d) Weitere Gesetzgebungskompetenzen aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 18, 22 und 23 GG

Alternativ käme zwar die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zum Bodenrecht bzw. für den Bau der Landstraßen auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG in Betracht. Soweit Schienenwege betroffen sind, könnte auch der Kompetenztitel aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG bzw. Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG in Erwägung gezogen werden. Angesichts der obigen Ausführungen sind diese Kompetenztitel jedoch als verdrängt zu erachten. Sollte – entgegen der hier vertretenen Auffassung – nicht Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG, sondern Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 oder Nr. 11 GG für einschlägig erachtet werden, wären jedenfalls die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt, da die Verpflichtung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich macht. Denn es muss im ganzen Bundesgebiet eine einheitliche Grundlage für eine angemessene Versorgung mit Breitbandinfrastrukturen geschaffen werden. Dieses Einheitlichkeitsgebot folgt auch aus der bundesweit ausgerichteten Verpflichtung des Art. 87f GG.

e) Zwischenergebnis

Demnach besteht vorliegend für die vorgesehenen Mitverlegungsverpflichtungen eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG. Die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG ist nicht einschlägig, so dass keine Zustimmungspflichtigkeit seitens des Bundesrates vorliegt. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG verdrängt als *lex specialis* Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 oder Nr. 11 GG. Im Übrigen wären aber auch die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt, da die Verpflichtung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erfordert.

2. Verwaltungskompetenzen – Konflikt mit Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG?

Bei der Anordnung einer Leerrohr- bzw. Glasfaserverlegungspflicht gilt es ferner zu bedenken, dass angesichts des Umstands, dass diese Pflicht auch die Kommunen bei ihren Bauvorhaben betrifft, neben einem Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 GG (dazu umfassend sogleich 3.) auch ein Verstoß gegen das Kompetenzverteilungsprinzip aus den Art. 83 ff. GG vorliegen kann. Danach sind grundsätzlich die Länder für die Ausführung der Verwaltung zuständig. Nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist sodann eine Aufgabenübertragung, das heißt eine Übertragung des Vollzugs von Bundesgesetzen, an die Gemeinden und Gemeindeverbände unzulässig.²⁵ Dabei stellt sich allerdings zunächst allgemein die Frage, ob die vorgesehene Vorschrift überhaupt einen eigenständigen Verwaltungsvollzug vorsieht, so dass eine verfassungsrechtliche Prüfung der exekutiven Kompetenzverteilung indiziert ist. Das ist für die bislang konzipierte Leerrohr- oder Glasfaserverlegungspflicht in § 77i TKG n.F. schon fraglich. Denn es geht ja nicht um eine administrative Aufgabenerledigung, sondern eine Ausstattungsverpflichtung bei Verkehrsprojekten, die zudem sehr weit reichend Bauarbeiten zur Bereitstellung von Verkehrsdiensten erfasst, die auch bloß „teilweise aus öffentlichen Mitteln“ gefördert werden. Damit ist ein breites Spektrum auch privater Akteure Adressat der Maßnahme. Schon insoweit liegt keine Verwaltungstätigkeit vor, da schon nicht ausschließlich die Verwaltung im organisatorischen Sinne adressiert wird.²⁶ Vor allem liegt aber keine Verwaltung im materiellen Sinne vor, da das Mitverlegen von Leerrohren bzw. Glasfaserkabeln keine hoheitliche Tätigkeit darstellt. Zwar ist die Durchführung von Verkehrsprojekten eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, die allgemein zur Leistungsverwaltung gezählt wird.²⁷ Vorliegend geht es jedoch nicht um die Bereitstellung einer bestimmten Leistung, sondern um eine Ausstattungsvorgabe. Auch die an Private adressierte Ausstattungsverpflichtung

der Gebäude mit Breitbandinfrastrukturen müsste sonst zur Annahme führen, dass insoweit die Gebäudeeigentümer in die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen eingebunden werden, was offensichtlich nicht der Fall ist. In der Auferlegung der vorliegenden Ausstattungsverpflichtung bzw. Mitverlegungsverpflichtung kann daher mit guten Gründen kein Verwaltungsvollzug erkannt werden. Schon insoweit können also etwaige verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt werden.

Unabhängig davon ist auf die in der Literatur sehr umstrittene Reichweite des Verbots aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG und insbesondere auf die verbreitete teleologische Reduktion dieser Vorschrift hinzuweisen, nach der Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG die Gemeinden nur vor der Übertragung von mit erheblichen Kostenfolgen verbundenen Leistungsgesetzen schützen soll.²⁸ Auf dieser Grundlage ist – im Einklang mit der zunächst aufgeworfenen Frage des „Ob“ eines Verwaltungsvollzugs – davon auszugehen, dass nicht jede noch so kleine, den Kommunen zusätzlich auferlegte Verpflichtung bereits als Übertragung einer (neuen) Aufgabe im Sinne jener Norm anzusehen ist.²⁹ Grundsätzlich nicht erfasst sind rein quantitative Mehrungen, solange der bestehenden Aufgabe dadurch nicht eine grundsätzlich andere Bedeutung und Tragweite verliehen wird.³⁰ Die Straßenbaulast der Kommunen wird jedenfalls selbst nicht in diesem Maße modifiziert. Hier können wiederum Parallelen zum Energieeinsparungsgesetz gezogen werden, das gleichermaßen steigende Anforderungen an den Bau von Gebäuden – auch der öffentlichen Hand auf kommunaler Ebene – stellt. Diese zusätzlichen Pflichten sind aber ebensowenig als Übertragung einer neuen Aufgabe angesehen worden. Zwar ist einzuräumen, dass jedenfalls eine Glasfaserverlegungspflicht nicht unerhebliche Kosten für die öffentliche Hand insgesamt bedingt, da diese ja die Verkehrsvorhaben finanzieren müssen. So geht das Statistische Bundesamt von einem Aufwand in Höhe von 67,2 Mio. Euro für alle Ver-

²⁵ Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band V, Stand: Januar 2011, Art. 84, Rdnr. 162.

²⁶ Zu den verschiedenen Definitionen der Verwaltung siehe im Überblick Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 9 ff.

²⁷ Siehe wiederum statt vieler Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 10 m. w. Nachw.

²⁸ Vgl. Broß/Mayer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 84, Rn. 34.

²⁹ Ebenso z. B. Groß, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 4, Stand: 2007, Art. 84, Rn. 22.

³⁰ So überzeugend Broß/Mayer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 84, Rn. 37 f., m. w. Nachw. zur Gegenansicht; wie hier auch Groß, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 4, Stand: 2007, Art. 84, Rn. 22.

kehrsvorhaben aus. Davon entfallen auf die in den Zuständigkeiten von Ländern und Kommunen liegenden Landes- und Kreisstraßen Kosten in Höhe von 20,1 Mio. Euro. Der Großteil der Kosten – nämlich für Bundesautobahnen, Bundesstraßen und Ortsumgehungen – in Höhe von 47,1 Mio. Euro entfällt hingegen auf den insoweit in der Finanzierungsverantwortung stehenden Bund. Dabei sind auch die Kosten pro Meter in Höhe von 34 Euro, wie sie vom Statistischen Bundesamt geschätzt werden, durchaus relevant. Gemessen an den Kosten der Bauvorhaben pro Meter Straße in Höhe von teils bis zu 10.000 Euro (bei Autobahnen) und mindestens etwa 3000 Euro ist der Anteil gleichwohl bei maximal etwa 1 %, so dass insoweit keine die Vorhaben prägende Wirkung entsteht.

Daher spricht alles dafür, dass angesichts der Übertragung überschaubarer Pflichten, Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vorliegend nicht greift. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Lehrrohr- bzw. Glasfasernetzverlegungspflicht jedenfalls nicht spezifisch an die Kommunen richtet. Nicht erfasst vom Aufgabenübertragungsverbot sind nämlich nach einer Auffassung im Schrifttum indirekte Folgen bundesgesetzlicher Regelungen, die an lediglich funktional umschriebene Behörden adressiert sind, deren Aufgaben aber bereits durch Landesrecht den Kommunen zugewiesen sind.³¹ Damit ergeben sich hinsichtlich Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG für die geplante Mitverlegungspflicht keine durchgreifenden Bedenken. Auf die Möglichkeit, eine Verpflichtung der Kommunen durch die Länder anzustreben, die nicht der Einschränkung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG unterliegen, muss daher nicht weiter eingegangen werden. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass in der bisherigen Konzeption des § 77i DigiNetzG auch keine spezifische Kompetenz für den Vollzug vorgesehen ist. Diese läge nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich beim Bund, der sie in der bisherigen Logik des TKG im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung auf die Bundesnetzagentur zu übertragen hätte.

³¹ *Germann*, in: Kluth (Hrsg.), *Föderalismusreformgesetz, Einführung und Kommentierung*, 2007, Art. 84, 85 GG, Rn. 121; ähnlich auch *Pieroth*, *Das Verbot bundesgesetzlicher Aufgabenübertragung an Gemeinden*, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), *Festschrift Schnapp*, 2008, S. 213 (229); a.A. *Trute*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 84, Rn. 59.

3. Grenzen der Mitverlegungspflicht aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG

a) Wettbewerbs- und Technologieneutralität

Ergänzend stellt sich die Frage, ob eine Mitverlegungsverpflichtung gegebenenfalls gegen das aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG abzuleitende Wettbewerbsprinzip verstößt³², wonach Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten bestehender Anbieter zu vermeiden bzw. zu minimieren sind. Zentrale Komponente des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ist das Gebot der Wettbewerbsöffnung bzw. das Verbot der Wettbewerbsverfälschung, das im Verfassungstext in der Formulierung „und durch andere private Anbieter“ verortet werden kann. Die gleichwertige Nennung als Wettbewerber impliziert die Ausstattung mit vergleichbaren Marktzutritts- und Wettbewerbschancen. Dies ergibt sich auch im Gegenschluss aus den in Art. 143b Abs. 2 GG eigens vorgesehenen ausschließlichen Rechten. Abgesehen von diesen Sonderpositionen dürfen spezifische Marktteilnehmer nicht bevorzugt werden. Dementsprechend müssen nichtdiskriminierende und chancengleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Dies setzte in der Folge der Verfassungsänderung einen ordnungspolitischen Wandel und entsprechende regulatorische Flankierungen voraus, da bislang kein Wettbewerb herrschte. Ferner ist der Grundsatz der Technologieneutralität zu gewährleisten. Die verfassungsrechtliche Reichweite dieser Vorgabe ist in der Literatur noch nicht weiter ausgelotet. Da die Technologieneutralität letztlich eine Wettbewerbsneutralität sichert, ist davon auszugehen, dass insoweit aus Art. 87f Abs. 2 GG vergleichbare Forderungen abgeleitet werden können wie bei einem strengen Verständnis der EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben zur Technologieneutralität. So dürfen Förderprogramme weder rechtlich noch faktisch bestimmte Technologien bevorzugen bzw. benachteiligen.

Insoweit kann jedoch auf die Ausführungen zum EU-Beihilfenrecht verwiesen werden (siehe oben C.I.3.). Dort wurde ja gerade dargelegt, dass die Mitverlegungsverpflichtung technologieneutral und im Übrigen auch auf einer der Telekommunikationsregulierung vorgelagerten Stufe erfolgt.

³² Wie hier *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 87f, Rn. 34 ff.

b) Primat der Privatwirtschaftlichkeit

Weitere Vorgaben ergeben sich aus dem Primat der Privatwirtschaftlichkeit („privatwirtschaftliche Tätigkeiten“) gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG, das einer öffentlichen Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen entgegensteht. Sicher ist nämlich, dass die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Art. 87f GG der hoheitlichen Verwaltung in materieller Hinsicht entzogen ist. Damit sind einer verwaltungsmäßigen Erbringung von Infrastrukturdiensten entsprechende Grenzen gesetzt. Das Gebot des Erbringens der Dienstleistungen in privatwirtschaftlicher Tätigkeit zielt nach der Begründung des Regierungsentwurfs gerade primär darauf ab, die Erbringung als hoheitliche Verwaltungsaufgabe auszuschließen.³³

Dies bedeutet in der Konsequenz, dass vor dem Hintergrund des Art. 87f GG solche Verpflichtungen ausscheiden, die darauf abzielen, in öffentlicher Hand ein umfassendes Telekommunikationsnetz zu schaffen. So ist der Gesamtansatz des Art. 87f GG auf einen Rückzug des Staates aus der Bereitstellung von Telekommunikationsleistungen einschließlich entsprechender Infrastrukturen ausgerichtet, also ein Rückzug von einer Leistungsverantwortung hin zu einer Gewährleistungsverantwortung. Die Universaldienstversorgung soll im Wettbewerb durch unternehmerisches Handeln bereitgestellt werden. Versorgungslücken, die insbesondere im Bereich der Universaldienstverpflichtung aus Art. 87f Abs. 1 GG entstehen, sollen gerade nicht durch eigene staatliche Leistungsaktivitäten geschlossen werden, sondern wiederum im Wettbewerb durch private Akteure, gegebenenfalls gefördert durch finanzielle Anreize.

Unproblematisch ist insofern aber der hier durch die Mitverlegungsverpflichtung erfolgende punktuelle Ausbau von telekommunikationsinfrastrukturelevanten *Vorleistungen* seitens der öffentlichen Hand, die anschließend Telekommunikationsnetzbetreibern zur Verfügung gestellt werden. Auch wenn der Bestand an entsprechenden passi-

ven Infrastrukturen gerade auf kommunaler Ebene durch die Mitverlegungsverpflichtung über die Jahre hinweg erheblich anwachsen kann, so zielt das gleichwohl nicht auf eine Netzbetreiberstellung. Dies gilt erst recht, wenn die bisher avisierte Regelung einer Verlegungsverpflichtung durch eine bloße Gewährleistungsverpflichtung ersetzt wird, was in der Fassung des Kabinettsentwurfs geschehen ist.³⁴ Denn diese ist gegenüber einer privatwirtschaftlichen Realisierung deutlich offener, so dass gegebenenfalls schon insoweit ein Konflikt mit dem Primat der Privatwirtschaftlichkeit ausscheidet, ohne dass es darauf ankäme, dass nur ein punktueller Ausbau erfolgt. Schließlich sieht der Regierungsentwurf in § 77i Abs. 7 DigiNetzG nunmehr vor, dass die Mitverlegung „den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes durch private Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze [...] ermöglichen“³⁵ soll, was nach der Gesetzesbegründung³⁶ die Ausgestaltung des anschließenden Betriebs als privatwirtschaftliche Tätigkeit sicherstellen soll.

4. Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG

Sodann stellt sich die Frage, ob die Mitverlegungsverpflichtung einen Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG zu begründen vermag. So können Parallelen gezogen werden zu der vom Bundesverfassungsgericht akzeptierten Regelung einer unentgeltlichen Nutzungsberechtigung an öffentlichen Verkehrswegen zu Zwecken des Aufbaus von Telekommunikationsinfrastrukturen privater Unternehmen.³⁷

a) Schutzbereich

Art. 28 Abs. 2 GG begründet über eine institutionelle kommunale Einrichtungsgarantie hinaus subjektive Rechte von Gemeinden und Gemeindeverbänden. Gemeinden wird im Grundgesetz das Recht auf eine selbständige, vom Staat unabhängige Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im eigenen Namen, nach eigenem

³³ Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/7269, S. 4 („[...] ausschließlich private Tätigkeit, deren Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Organisationsform ausgeschlossen wird [...]“) und S. 5 („[...] staatliche Kompetenzen keinesfalls das verwaltungsmäßige Erbringen postalischer Dienstleistungen zulassen“).

³⁴ BT-Drs. 18/8332, S. 17.

³⁵ BT-Drs. 18/8332, S. 17. Hervorhebung durch die Verfasser.

³⁶ BT-Drs. 18/8332, S. 53.

³⁷ BVerfG, Beschluss v. 07.01.1999 – 2 BvR 929/97, NVwZ 1999, 520.

Erkennen und mit eigenen Finanz- und Wirtschaftsmitteln eingeräumt.³⁸ Das beinhaltet die Freiheit von staatlichen Weisungen und die Freiheit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nach eigenen politischen Vorstellungen, insbesondere in den typisierten Bereichen der Organisation, der Planung und der Finanzen. Konkret beinhaltet dies das Recht, die für die selbständige Erledigung der eigenen und übertragenen Aufgaben erforderlichen Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten im einzelnen zu regeln (Organisationshoheit), die Befugnis, die eigenen Angelegenheiten auf Grund eigener Konzeption und Schwerpunktsetzung zu erledigen (Planungshoheit) sowie die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft (Finanzhoheit, Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG).³⁹

Zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft⁴⁰ zählen alle Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen.⁴¹ Dies umfasst, wie zum Beispiel die Aufzählung in Art. 83 Abs. 1 BV zeigt, über das genuine gemeindliche Aufgabengebiet der Bauleitplanung hinausgehend insbesondere den „örtliche[n] Verkehr nebst Straßen- und Wegebau“ sowie „die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft“.⁴² Diesbezüglich stehen den Gemeinden die o. g. Befugnisse zur eigenverantwortlichen Regelung entsprechender Belange zu.

Durchaus fraglich ist jedoch, ob dies auch die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Verlegung von Infrastrukturu-

ren zu Telekommunikationszwecken umfasst. So sieht es das Bundesverfassungsgericht durchaus als zweifelhaft an, ob die Entscheidung der Einräumung von Wegerechten für Telekommunikationslinien überhaupt eine selbständige kommunale Verwaltungsaufgabe darstellt.⁴³ Darüber hinaus spricht die verfassungsrechtliche Zuweisung hoheitlicher telekommunikationsrechtlicher Aufgaben an die bundeseigene Verwaltung in Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG gegen deren Qualifikation als örtliche Angelegenheit.⁴⁴

Damit wäre nur bei äußerst großzügiger Auslegung des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG die Mitverlegungsverpflichtung dem eigenen Wirkungskreis zuzurechnen und damit überhaupt als örtliche gemeindliche Angelegenheit zu qualifizieren. Angesichts der finanziellen Implikationen einer Mitverlegungsverpflichtung und der Bedeutung der Finanzhoheit mag dies jedoch noch zu bejahen sein.

Fraglich ist demnach schon, ob der Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG vorliegend überhaupt eröffnet ist. Dies ist nur bei großzügiger Auslegung zu bejahen, da es sich bei den genannten Maßnahmen um solche zur Förderung des Breitbandausbaus handelt, die nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG mit guten Gründen der Bundesebene zugeordnet werden können, auch wenn sie Auswirkungen auf die dezentrale Ebene haben.

b) Eingriff

Ausgehend von der Annahme einer Schutzbereichseröffnung könnten Eingriffe in die gemeindliche Finanz-, Organisations- und Planungshoheit aus der Auferlegung einer Mitverlegungspflicht resultieren. Darin ist aber selbst bei großzügiger Auslegung kein Entzug kommunaler Selbstverwaltungsaufgaben und damit kein Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG zu erkennen. Dafür sind die Beeinträchtigungen zu minimal, die finanziellen Auswirkungen zu gering, die planerischen Konsequenzen ebenfalls nur sehr randseitig relevant. Art. 28 Abs. 2 GG schützt im Übrigen nicht einzelne vermögenswerte Rechtspositionen, sondern nur generell die Möglichkeit „eigenes Wirtschaften[s] mit Einnah-

³⁸ Zur Allzuständigkeit von Gemeinden in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft BVerfGE 83, 37 (54).

³⁹ Zu den verschiedenen Ausprägungen der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.01.2013, Art. 28, Rn. 40 ff.

⁴⁰ Umfassend Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 28, Rn. 12 ff.

⁴¹ BVerfGE 79, 127 (151 f.).

⁴² Zur Qualifikation der Wasser- und Energieversorgung als „typische [...] die Daseinsvorsorge betreffende [...] Aufgabe der kommunalen Gebietskörperschaften“ bereits BVerfG, Beschluss v. 16.05.1989 – 1 BvR 705/88, NJW 1990, 1783 (1783).

⁴³ BVerfG, Beschluss v. 07.01.1999 – 2 BvR 929/97, Rn. 36 (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 1999, 520 (520).

⁴⁴ Ebenso BVerfG, Beschluss v. 07.01.1999 – 2 BvR 929/97, Rn. 39 (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 1999, 520 (521).

men und Ausgaben“ der Gemeinden.⁴⁵ Diese Möglichkeit ist vorliegend offensichtlich nicht betroffen.

c) Zwischenergebnis

Die in § 77i Abs. 6 DigiNetzG normierte Mitverlegungspflicht greift angesichts ihrer geringen finanziellen, planerischen und organisatorischen Auswirkungen nicht in die gemeindliche Finanz-, Planungs- und Verwaltungshoheit ein. Eine Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG scheidet jedenfalls aus.

5. Vorgaben aus den Grundrechten des Grundgesetzes

Da sehr weit gehend alle – auch die nur teilweise – aus öffentlichen Mitteln geförderten Verkehrsinfrastrukturprojekte einer Mitverlegungsverpflichtung unterworfen werden sollen, sind auch private Vorhabenträger von der Verpflichtung erfasst, wenn diese im Rahmen der Projektrealisierung auf öffentliche Mittel zurückgreifen. Daher ist die Vereinbarkeit der Verpflichtung mit Grundrechten zu prüfen.

a) Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG

Von einer Verfassungswidrigkeit wäre auszugehen, wenn die Leerrohr- bzw. Glasfasermitlegungspflicht einen nicht rechtfertigbaren Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG begründet.

aa. Schutzbereich

(i) Persönlicher Schutzbereich

Als Rechteinhaber der Eigentumsfreiheit kommen sowohl juristische Personen des öffentlichen Rechts (insbesondere Gemeinden) und juristische Personen des Privatrechts (als auch natürliche Personen) in Betracht.

Kommunen als juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich grundsätzlich nicht auf Art. 14 GG

berufen.⁴⁶ Ein Verstoß gegen Art. 14 GG scheidet diesbezüglich von vornherein aus. Gleiches gilt, wenn auch nicht unumstritten⁴⁷, für privatwirtschaftlich organisierte, mehrheitlich in öffentlicher Hand befindliche⁴⁸ kommunale Versorgungsunternehmen, die öffentliche Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge wahrnehmen^{49,50}. Gemischtwirtschaftlichen, aber nicht von der öffentlichen Hand beherrschten kommunalen Versorgungsunternehmen dürfte angesichts des dortigen Überwiegens des personalen Substrats von Privatrechtssubjekten eine Berufung auf Art. 14 GG hingegen eröffnet sein.⁵¹ Unumstritten können sich aber ohnehin privatrechtliche Vorhabenträger, hinter denen ausschließlich Privatrechtssubjekte stehen, unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG ebenso wie natürliche Personen auf Art. 14 GG berufen. Von der von Art. 19 Abs. 3 GG geforderten wesensgerechten Anwendbarkeit ist in diesem Kontext auszugehen.⁵²

Während sich Kommunen und in öffentlicher Hand befindliche juristische Personen demnach nicht auf die Grundrechte aus Art. 12 und Art. 14 GG berufen können, ist dies für private (natürliche und) juristische Personen der Fall.

⁴⁵ Insofern reicht der Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG nicht so weit wie Art. 14 Abs. 1 GG, auf den sich die Gemeinden gerade nicht berufen können, BVerfG, Beschluss v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, Rn. 42 f. (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 1999, 520 (521).

⁴⁶ BVerfGE 61, 82 (100 f.).

⁴⁷ So stellt zum Beispiel *Kämmerer* im Hinblick auf Art. 12 GG nicht auf die Anteilsverteilung, sondern auf eine funktionale Betrachtungsweise ab, siehe *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 14.

⁴⁸ Im Hinblick auf ein zu 75 % in öffentlicher Hand befindliches Stromversorgungsunternehmen BVerfG, Beschluss v. 18.05.2009 – 1 BvR 1731/05, Rn. 16 f. (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 2009, 1282 (1283).

⁴⁹ Exemplarisch für den Bereich der Wasserversorgung BVerfGE 45, 63 (78 ff.).

⁵⁰ Diese sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst Grundrechtsverpflichtete, BVerfG, Urteil v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 (1201). BR Drucksache 240/1/13 (Entwurf), Rn. 8, differenziert hiernach nicht und geht pauschal von einem „unangemessenen und unverhältnismäßigen Eingriff in die Eigentums- und Nutzungsrechte der kommunalen Versorgungsbetriebe“ aus.

⁵¹ So hat auch das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit für die Deutsche Telekom AG bejaht, BVerfG, Beschluss v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03, Rn. 72 (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 2006, 1041 (1041).

⁵² Zur Geltung des Art. 14 GG für juristische Personen allgemein BVerfGE 4, 7 (17).

(ii) Sachlicher Schutzbereich

Art. 14 Abs. 1 GG schützt sämtliche vermögenswerten Rechte, die einem Privatrechtssubjekt durch die Rechtsordnung zugeordnet sind.⁵³ Hierzu zählen das privatrechtliche Eigentum sowie die auf Grundlage des Zivilrechts eingeräumten Nutzungsrechte an den von Bauvorhaben betroffenen Verkehrswegen. Als geschützte Aspekte umfasst Art. 14 Abs. 1 GG vollumfänglich „die Entscheidung des Eigentümers [bzw. des Inhabers von Nutzungsrechten] darüber, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will“⁵⁴. Hierzu zählt nicht nur das Recht zur Entscheidung über die (entgeltliche) Überlassung zur Nutzung⁵⁵ durch Dritte oder den Ausschluss von Dritten, sondern auch die vorgelagerte Frage, inwiefern überhaupt spätere Zugangsansprüche auslösende Leerrohre bzw. Glasfaserleitungen bei Verkehrsvorhaben mitverlegt werden.

Damit sind die eigentumsrechtlichen Nutzungsrechte vorliegend umfassend geschützt.

bb. Eingriff

Die in § 77i Abs. 6 TKG-E vorgesehene unmittelbare Verpflichtung zur Verlegung von Leerrohren bzw. Glasfasern bei Verkehrsprojekten, die öffentlich mitfinanziert werden, beschneiden die Entscheidungsfreiheit über die Ausgestaltung der entsprechenden Bauvorhaben.

Angesichts der unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen sind die genannten Verpflichtungen entweder als Inhalts- oder Schrankenbestimmung oder als Enteignung zu qualifizieren. Während die nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG zulässige Enteignung durch eine konkret-individuelle „Entziehung [von] Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“⁵⁶ gekennzeichnet ist, zielen Inhalts- und Schrankenbestimmungen auf eine „generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten [...] hinsichtlich solcher

Rechtsgüter, die als Eigentum i.S. der Verfassung zu verstehen sind“⁵⁷. Letzteres ist im vorliegenden Kontext der Fall. Die oben genannten Verpflichtungen definieren den Inhalt und die Schranken von Nutzungs- und Ausbaumöglichkeiten der Verkehrsprojekte in abstrakter Form neu.

Die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungspflicht ist daher als Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) zu qualifizieren und obliegt nicht den Anforderungen aus Art. 14 Abs. 3 GG.

cc. Rechtfertigung

Die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung ist daher nur dann vereinbar mit Art. 14 GG, sofern sich diese auf eine verfassungsrechtliche Schranke stützen kann und verhältnismäßig ist, d. h. geeignet (ii), erforderlich (iii) und verhältnismäßig i.e.S. in Relation zu dem vom der Bundesregierung verfolgten legitimen Zweck (i) der Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochleistungsbreitbandinfrastrukturen (iv) ist.⁵⁸ Eine Einschränkung wird dabei durch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eröffnet, da Inhalt und Schranken vermögenswerter Rechte durch Gesetz bestimmt werden können.

(i) Legitimer Zweck (Gemeinwohlziel)

Die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung zielt darauf ab, den Ausbau von Hochleistungsbreitbandinfrastrukturen zu erleichtern. Dies soll dadurch gelingen, dass Synergien gehoben werden. Denn die Kosten einer Leerrohrverlegung direkt im Rahmen der Baumaßnahme sind in Relation zu den Gesamtkosten sehr gering. Eine spätere Verlegung ist hingegen regelmäßig deutlich teurer. Beim Ausbau von NGA-Netzen handelt es sich um eine Aufgabe, an deren Erfüllung – gerade angesichts der prognostizierten positiven externen gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Effekte – ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht. Ergänzend kann gegebenenfalls Art. 87f Abs. 1 GG im Kontext der Förderung von Hochgeschwindigkeitsinfrastrukturen mit dem Argument aktiviert werden, dass sich

⁵³ Ausführlich Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 14, Rn. 6 ff.

⁵⁴ BVerfGE 88, 366 (377).

⁵⁵ BVerfGE 98, 17 (35 f.).

⁵⁶ BVerfGE 115, 97 (112).

⁵⁷ BVerfGE 52, 1 (27 f.).

⁵⁸ Exemplarisch zur Verhältnismäßigkeitsprüfung BVerfG, Beschluss v. 25.08.1999 – 1 BvR 1499/97, Rn. 9 (zitiert nach www.bverfg.de), NJW 2000, 798 (799).

dieser zwar auf die Gewährleistung eines flächendeckend angemessenen und ausreichenden Mindestangebots an Dienstleistungen beschränkt und keine über eine Grundversorgung hinausgehende proaktive Förderung verlangt, angesichts der dynamischen Entwicklung die hier vorgesehenen Verpflichtungen aber alsbald durchaus auch für die Grundversorgung relevant werden können. Jedenfalls kann aus Art. 87f GG insgesamt eine Verpflichtung des Bundes abgeleitet werden, im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung die Voraussetzungen für eine möglichst optimale Ausstattung mit Telekommunikationsleistungen zu schaffen.

(ii) Geeignetheit

Die Leerrohr- bzw. Glasfaserverlegungsverpflichtung ist auch imstande, den Rollout von kabelgebundenen und drahtlosen Hochgeschwindigkeitsnetzen in der Fläche bis hin zu den Endnutzern zu erleichtern, und damit den gesetzlich gewünschten Erfolg einer Forcierung des NGA-Ausbaus zu fördern

(iii) Erforderlichkeit

Angesichts der kompensationslosen Verpflichtung stellt sich die Frage, ob das Förderziel nicht mit gleich wirksamen weniger eingriffintensiven Mitteln wie zum Beispiel kompensationsbasierten Verpflichtungen erreicht werden könnte. Dies ist jedoch zu verneinen, da es sich ohnehin nur um Fälle öffentlich geförderter Verkehrsprojekte handelt. Zusätzliche Kosten sind im Rahmen der Beantragung der öffentlichen Fördergelder geltend zu machen. Außerdem können die Infrastrukturen anschließend entgeltpflichtig Telekommunikationsunternehmen bereit gestellt werden. Die Erforderlichkeit ist daher zu bejahen.

(iv) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)

Sodann stellt sich die Frage nach der Angemessenheit, also der Verhältnismäßigkeit i.e.S. der beabsichtigten Verpflichtung. Deren Beantwortung erfordert eine Abwägung der von Art. 14 GG geschützten Interessen der betroffenen Rechteinhaber mit dem durch die Verlegungsverpflichtung verfolgten Ziel der Forcierung des Ausbaus von NGA-Netzen. Hierbei sind die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Abwägungstopoi zu

berücksichtigen (dazu (1) bis (3)). Anhand dieses Maßstabs kann anschließend die Angemessenheit bewertet werden (dazu (4)).

(1) Sozialer Bezug⁵⁹

Von großer Bedeutung ist zunächst die Sozialbindung des Eigentums, wie sie in Art. 14 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommt. Je höher die Sozialbindung des betroffenen Eigentums, desto höher die Berechtigung, entsprechende hoheitliche Eingriffe vornehmen zu können. Ausgangspunkt jeglicher Bewertung der Eigentumspositionen im Rahmen der Abwägung gegenüber öffentlichen und grundrechtlichen Eingriffsinteressen ist damit die Feststellung des Umfangs der Sozialbindung des Eigentums. Dabei wird in Rechtsprechung und Literatur zu Recht von einer abgestuften Sozialpflichtigkeit je nach Umfang des sozialen Bezugs und der sozialen Funktion des konkreten Eigentums ausgegangen.⁶⁰ Von Relevanz für die Beurteilung des sozialen Bezugs ist insbesondere die Angewiesenheit Dritter auf die Nutzung des betreffenden Eigentums. Insoweit kann auch der Topos der Situationsgebundenheit herangezogen werden, der vom Bundesverfassungsgericht zur Konkretisierung des sozialen Bezugs entwickelt wurde.⁶¹ Dabei wird auf die soziale Funktion des konkreten Eigentums abgestellt.⁶² Je bedeutender diese ist, desto stärker ist die Sozialbindung. Gerade

⁵⁹ Vgl. zum Folgenden bereits *Kühling*, Die Bedeutung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG für die Regulierung der Energieordnung, in: Joost/Oetker/Paschke (Hrsg.), Festschrift Säckler, 2011, S. 677 (680 ff.).

⁶⁰ Ständige Rechtsprechung BVerfGE 50, 290 (340 f.); BVerfGE 95, 64 (84 f.); BGHZ 101, 24 (27); *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juli 2010, Art. 14, Rn. 305 f.; kritisch *Leisner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 1992, § 149, Rn. 161 ff.

⁶¹ BVerfGE 49, 365 (368); 67, 84 (87); siehe auch BGHZ 23, 30; 90, 4 (14 f.); 105, 15 (18 ff.); kritisch *Leisner* (Fn. 30), Rn. 157 ff.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 387; ablehnend ferner *Schönfeld*, Die Eigentumsgarantie und Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums, 1996, S. 23 ff.; grundlegend auch *Weyreuther*, Die Situationsgebundenheit des Grundeigentums, 1983 und im vorliegenden Kontext *Fehling*, AöR 1996, 59 (89).

⁶² *Badura*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, § 10, Rn. 76; bei einer solchen Anwendung des Topos „Situationsgebundenheit“ relativiert sich auch ein Großteil der Kritik dieser dogmatischen Figur.

wenn angesichts der tatsächlichen Besonderheiten des Eigentums mit einer erhöhten sozialen Bedeutung gerechnet werden muss, ist auch die Sozialbindung stark ausgeprägt.

(2) Eigene Leistung

Ein weiterer wichtiger Aspekt im Rahmen der Abwägung ist der Umfang der eigenen Leistung bei der Eigentumsgenerierung. In der Literatur ist allerdings umstritten, ob der Leistungsbezug eines vermögenswerten, subjektiven Privatrechts für die Intensität des Eigentumsschutzes relevant ist. Dies wird teilweise mit dem Hinweis abgelehnt, dass Privatrechte typischerweise durch eigene Leistung, jedenfalls aber in einer privatautonomen Sphäre erworben worden seien, und sie damit Selbsterworbenes darstellten, das einem besonderen Schutz unterliege. Ein Aufbrechen der Einheitlichkeit der Eigentumsgarantie je nach Leistungsbezug verbiete sich daher.⁶³ Zwar ist es zutreffend, dass es eines vorsichtigen Umgangs mit dem Topos des Leistungsbezugs bedarf, denn es soll nicht eine in der Verfassung nicht angelegte Differenzierung vorgenommen und so im Ergebnis die Wertigkeit des Eigentums relativiert werden. Dennoch ist eine dem Leistungsprinzip folgende Unterscheidung dem Grunde nach mit Art. 14 GG vereinbar.⁶⁴ Dabei greift das Leistungsprinzip allerdings nur, soweit es an die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG rückgebunden und aus dieser fortentwickelt werden kann. So kann in zahlreichen Zusammenhängen Eigentum überhaupt erst durch die Einbindung in ein bestimmtes gesellschaftliches und ordnungsrechtliches Umfeld geschaffen werden. Damit ist es von Bedeutung, ob die Schaffung des Eigentums primär durch individuelle Leistung oder durch hoheitliche Prozesse gesteuert wurde. Relevant und eigentumsrelativierend sind danach vor allem individualleistungsfremde hoheitliche Interventionen in die Eigentumsgenerierung.

⁶³ Deutlich *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 359 f.; ebenso *Kluth*, ZIP 1997, 1217 (1219).

⁶⁴ *Leibholz/Linke*, DVBl. 1975, 933 (934 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 14, Rn. 44.

(3) Raumrelevanz der Infrastrukturen als Abwägungsparameter

Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang ein weiterer damit verknüpfter Aspekt, nämlich der der Raumrelevanz der Infrastrukturen.⁶⁵ Denn eine hohe Raumrelevanz spiegelt sich nicht nur in der gesteigerten Bedeutung von eigentumsschutzrelativierenden Enteignungen und dem Zugriff auf privilegierte Grundstücksnutzungsrechte wider. Sie weist auch Verbindungslinien zum Abwägungsgut des Umweltschutzes und zur Planungsrelevanz auf. So verpflichtet die Staatszielbestimmung des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG zu einem verantwortlichen und schonenden Umgang mit den Ressourcen und verbietet die Förderung unnötiger Umweltbeeinträchtigungen⁶⁶ etwa durch mehrfache und ineffiziente Leitungsverlegungen. Danach verstärkt Art. 20a GG die Rechtfertigung von Regulierungsinstrumenten, die gerade in Bezug auf flächenverbrauchende Netzinfrastrukturen unnötige Ressourcenduplizierungen bzw. Umweltbeeinträchtigungen durch die Gewährung von Netzzugangsrechten oder Mitbenutzungsrechten zu vermeiden suchen. Die Raumrelevanz steuert damit zugleich die Sozialpflichtigkeit des Eigentums: Je stärker der (alternative) Netzaufbau durch planerische und umweltschutzbedingte Erwägungen beschränkt wird, desto stärker sind Zugangspetenten auf die Infrastrukturen der existenten Inhaber verwiesen, was wiederum die Sozialbindung des betroffenen Infrastruktureigentums steigert. Das gilt dann auch für die vorgelagerte Frage der Schaffung entsprechender Infrastrukturen bei der Realisierung insoweit relevanter Verkehrsprojekte.

(4) Bewertung anhand der relevanten Parameter

Der soziale Bezug des betroffenen Eigentums stellt sich im Falle der Telekommunikation als besonders stark dar: Ohne eine Mitbenutzung (fremder) Verkehrsinfrastruk-

⁶⁵ Vgl. dazu bereits *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 496 f., auch *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung: rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998, S. 345 f. und passim.

⁶⁶ Dazu im Überblick *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20a, Rn. 34 f. und 37 ff.

tur ist ein Ausbau der Telekommunikationsinfrastruktur für die Allgemeinheit nur deutlich schwieriger möglich, jedenfalls aber erheblich teurer, was für eine hohe Sozialbindung spricht. Nachdem zudem nur die von der öffentlichen Hand geförderte Infrastruktur von der Mitverlegungspflicht erfasst sein soll, handelt es sich auch nicht um rein durch private Leistung geschaffenes Vermögen, was ebenfalls tendenziell eine erhöhte Sozialpflichtigkeit zur Folge hat. Schließlich ist auch aufgrund der hohen Raumrelevanz der Telekommunikationslinien eine Mitnutzung bestehender Infrastrukturen – möglichst effizient noch durch eine Planung bereits im Vorfeld – angezeigt, um einen nachhaltigen Umgang mit Ressourcen sicherzustellen, was ebenfalls für eine hohe Sozialbindung des betroffenen Eigentums spricht. Im Übrigen erfolgt eine Ergänzung der angeführten allgemeinen Abwägungstopoi durch spezifische betroffene Grundrechtspositionen und Allgemeinwohlerwägungen im konkreten Fall. So rechtfertigt der Schutz des Wettbewerbs und entsprechende Grundrechtspositionen der Wettbewerber aus Art. 12 GG⁶⁷ tendenziell Mitverlegungspflichten. Ergänzend relevant könnte die Notwendigkeit einer Kompensationsleistung für die Verlegungsverpflichtung sein, da diese letztlich drittbegünstigend ist.⁶⁸ Insoweit ist aber zu beachten, dass der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum verfügt, gerade in komplexen wirtschaftspolitischen Fragen. Das gilt erst recht, wenn es um den Bereitstellung von besonders sozialpflichtigem Eigentum geht oder die Eigenleistungen beim Eigentumsaufbau gering sind. Das ist hier ja der Fall, da es um besonders gemeinwohlpflichtige öffentliche Verkehrsinfrastrukturen geht. Gleichwohl lässt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ableiten, dass jedenfalls keine Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, die letztlich dazu führen, dass Dritte Gewinne auf Kosten des

⁶⁷ Aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 115, 205 (229).

⁶⁸ Zwar verpflichtet eine Rechtsbeschränkung nicht zwingend zu einer Entschädigung, siehe etwa BVerfG, Beschluss v. 10.10.1997 – 1 BvR 310/84, NJW 1998, 367 (368). Wenn allerdings ein drittbegünstigender Eingriff vorliegt, ist regelmäßig der begünstigte Dritte zur Kompensation verpflichtet. Insoweit wendet das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung den in Art. 14 Abs. 3 GG enthaltenen Rechtsgedanken an und berücksichtigt „das darin zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes bei der vorzunehmenden Abwägung“, auch wenn „Art. 14 Abs. 3 GG nicht unmittelbar eingreift“, vgl. erneut BVerfG, NJW 1998, 367 (368).

Eigentümers erzielen, ohne dass dieser angemessen daran beteiligt wird.⁶⁹ Allerdings ist vorliegend der enge Anwendungsbereich zu beachten. Es geht um besondere raumwirksame Infrastrukturvorhaben mit einer hohen Sozialgebundenheit. Hinzu kommt, dass die Vorhaben ohnehin öffentlich gefördert werden und in diesem Rahmen regelmäßig auch eine Kompensation zusätzlicher Kosten erlangt werden kann. Hinzu kommt die anschließende Möglichkeit, die Infrastrukturen Dritten entgeltlich zur Verfügung zu stellen und insoweit Einnahmen zu generieren. Außerdem ist durch die Einschränkung auf eine Bedarfsgerechtigkeit eine angemessene Dimensionierung impliziert, die eine hinreichende spätere Nutzung durch Dritte eröffnet.

Daher ist die Leerrohr- bzw. Glasfaservermitlungsverpflichtung insgesamt als verhältnismäßig anzusehen.

b) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG

Daneben ist zu prüfen, ob die Berufsfreiheit der Vorhabenträger verletzt sein könnte. Wie im Hinblick auf Art. 14 GG (soeben a) aa.) ist die Einbeziehung kommunaler, privatwirtschaftlich organisierter Versorgungsunternehmen, an denen mehrheitlich die öffentliche Hand beteiligt ist, in den Schutzbereich des Art. 12 GG umstritten⁷⁰, im Ergebnis aber mit der Rechtsprechung des BVerfG abzulehnen. Von Privatrechtssubjekten beherrschten juristischen Personen i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG ist eine Berufung auf Art. 12 GG wie natürlichen Personen jedoch jedenfalls eröffnet. Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch vollumfänglich die Freiheit zur unternehmerischen Betätigung.⁷¹ Dies umfasst alle genuin erwerbstätigkeitsbezogenen Aspekte, wie die Form und den Inhalt der unternehmerischen Betätigung und damit auch

⁶⁹ BVerfG, Beschluss v. 26.08.2002 – 1 BvR 142/02, Rn. 32 (zitiert nach www.bverfg.de), NJW 2003, 196 (198) unter Hinweis auf BGHZ 145, 16 (32 f.) und BVerfG, Beschluss v. 18.01.2001 – 1 BvR 1700/00, NJW 2001, 2960.

⁷⁰ Ausführlich *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 14, der entgegen höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Beurteilung dieser Frage unter Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit privater Anteilseigner nicht formal auf die Anteilsverhältnisse, sondern auf eine funktionale Zurechenbarkeit abstellt.

⁷¹ BVerfG, Beschluss v. 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03, Rn. 79 f. (zitiert nach www.bverfg.de), NVwZ 2006, 1041 (1042); Allgemein *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Band 1, Art. 12, Rn. 20.

die Freiheit, Leerrohre mitzuverlegen oder darauf zu verzichten. In diese Freiheit greift die Verlegungsverpflichtung auch ein. Bei der Rechtfertigung ergeben sich sodann keine schärferen Anforderungen als in Bezug auf Art. 14 GG. Daher kann mit den oben angeführten Argumenten auch die Grundrechtskonformität mit Blick auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG festgestellt werden.

c) Ergebnis

Die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung verstößt weder gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG noch gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG.

6. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots

Unter dem Blickwinkel des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots ist für eine genaue Fixierung der Reichweite entsprechender Verlegungsverpflichtungen Sorge zu tragen. Die Norm muss hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihres Inhalts so klar formuliert sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann.⁷² Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind umso höher, je stärker die Norm in Grundrechte eingreift.⁷³ Die vorgesehene Normierung formuliert die Voraussetzungen (öffentlich mitfinanzierte Verkehrsprojekte) und den Umfang der Verlegungspflicht (bedarfsgerechte Mitverlegung, die eine Mitnutzung ermöglicht) klar und verständlich. Insbesondere die in den Kabinettsentwurf⁷⁴ aufgenommenen, erläuternden Hinweise zum Verständnis der Bedarfsgerechtigkeit sind vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Die Formulierung ist auch im Hinblick auf die oben festgestellte Intensität des Eingriffs ausreichend. Damit wahrt die vorgesehene Normierung das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.

III. Sonstige Vorgaben, insbesondere Haushalts- und Wettbewerbsrelevanz

Auch die haushaltsrelevanten Implikationen begründen angesichts des bereits dargelegten geringen Berührtseins keine relevanten Bedenken gegen eine derartige Regelung. Denn die haushaltsrelevanten Auswirkungen sind angesichts der regelmäßig unwesentlichen Mehrkosten in Relation zu den Kosten der Verkehrsvorhaben gering. Auch die wettbewerblichen Implikationen sind nicht weiter problematisch, sofern entsprechende Leerrohre bzw. Glasfaserkabel anschließend einem gleichheitsorientierten Zugang unterliegen, so dass auf dieser Ebene gleiche Wettbewerbschancen greifen. Das wird schon durch die überwiegend öffentliche Grundrechtsbindung der Verkehrsträger und Eigentümer der Infrastrukturen gewährleistet. Die gegebenenfalls entstehende Nivellierung von Wettbewerbsvorteilen lokaler Telekommunikationsnetzbetreiber, die mit den Kommunen vernetzt sind und daher bei Ausbauvorhaben Synergien erzielen können, ist eine hinnehmbare und notwendige Konsequenz der beabsichtigten Beschleunigung und Kostensenkung des Breitbandausbaus.

IV. Weitere Hinweise zur Ausgestaltung; Verortung im TKG

Angesichts der Nähe der Regelungsgehalte zu den Wegerechten zeigt sich auch, dass die Verortung innerhalb des dritten Abschnitts im Teil 5 des TKG sinnvoll und zweckmäßig ist. Bislang sind in jenen Normen Zugangs- und Mitbenutzungsansprüche in Bezug auf Wegerechte vorgesehen, die allerdings partiell um Ausbaurechte ergänzt wurden. Die Vervollständigung durch eine begrenzte „Ausbaupflicht“ im Sinne einer Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung stellt eine stimmige systematische Ergänzung dar. Das gilt erst recht für eine bloße „Sicherungsverpflichtung“.

⁷² BVerfGE 83, 130 (145) m. w. Nachw.; *Degenhart*, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 30. Aufl. 2014, Rn. 374.

⁷³ BVerfGE 83, 130 (145); *Papier/Möller*, AöR 1997, 177 (187).

⁷⁴ BT-Drs. 18/8332, S. 52 f.

V. Ergebnisse

Gesamtergebnis

1. Der Bund plant in § 77i des Entwurfs eines Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG) die Schaffung einer bedarfsgerechten Mitverlegung von Leerrohren bzw. gegebenenfalls darüber hinausgehend von Glasfaser. Diese soll für ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten greifen.
2. Einer derartigen gesetzlich induzierten Mitverlegung stehen keine durchgreifenden europarechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Das gilt für eine Verlegungsverpflichtung für Leerrohre, aber auch für eine weiter reichende und eingriffsschärfere Verpflichtung zur Verlegung von Glasfaser. Für die zwischenzeitlich im Gesetzesentwurf vorgesehene Modifikation der Verlegungsverpflichtung in eine bloße „Sicherungsverpflichtung“ gilt das erst recht.

Es wurden folgende *Einzelergebnisse* erzielt:

I. Europarechtliche Vorgaben

3. Eine Leerrohrmitverlegungspflicht ist gemessen am Maßstab der Technologieneutralität und des EU-Beihilfenrechts unproblematisch. Die Verpflichtung, Glasfaserinfrastrukturen zu verlegen, ist zwar kritischer zu bewerten, aber auch als zulässig anzusehen, da mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass der EU-Beihilfentatbestand schon nicht erfüllt ist.
4. Eine EU-beihilfenrechtlich problematische Begünstigung von Telekommunikationsunternehmen wird durch die entsprechende Entgeltspflichtigkeit der Nutzung der zu verlegenden passiven Infrastrukturen vermieden. Die bloße Verlegungsverpflichtung begünstigt keine Telekommunikationsdiensteanbieter, die allenfalls durch eine vergünstigte Bereit-

stellung jener Infrastrukturen begünstigt werden könnten. Das ist aber eine nachgelagerte Frage, die durch die vorliegend zu prüfende Verlegungsverpflichtung nicht entschieden wird.

5. Die Kostensenkungs-Richtlinie bezieht im Übrigen Verpflichtungen zur Schaffung von Ausstattungsvorgaben ausschließlich auf Gebäudeeigentümer (siehe Art. 8). Verpflichtungen zur Verlegung von Leerrohren bzw. Glasfaserinfrastrukturen sind dagegen im Übrigen nicht vorgesehen. Umgekehrt sind auch keine telekommunikationsrechtlichen oder sonstige europäischen Regelungen ersichtlich, die einer derartigen Pflicht entgegenstehen können. Insoweit besteht ein nicht unerheblicher Spielraum aus europarechtlicher Sicht. Die Pflicht muss sodann so ausgestaltet sein und angewandt werden, dass sie technologieneutral nicht nur der Verbreitung von Festnetzen mit hohen Bandbreiten, sondern auch entsprechenden Mobilfunknetzen dienen können.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Gesetzgebungskompetenzen

6. Art. 87f Abs. 1 GG kann nicht als Kompetenzgrundlage für die gesetzliche Regelung einer Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung herangezogen werden.
7. Vielmehr besteht für die vorgesehenen Mitverlegungsverpflichtungen eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG. Die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 87f Abs. 1 GG ist nicht einschlägig, so dass keine Zustimmungspflichtigkeit seitens des Bundesrates vorliegt. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG verdrängt als *lex specialis* Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 oder Nr. 11 GG. Im Übrigen wären aber auch die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt, da die Verpflichtung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erfordert.

Verwaltungskompetenzen

8. Es spricht alles dafür, dass angesichts der Übertragung überschaubarer Pflichten, Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG vorliegend nicht greift. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungspflicht jedenfalls nicht spezifisch an die Kommunen richtet. Damit ergeben sich hinsichtlich Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG für die geplante Mitverlegungspflicht keine durchgreifenden Bedenken.
9. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass in der bisherigen Konzeption des § 77i DigiNetzG keine spezifische Kompetenz für den Vollzug vorgesehen ist. Diese läge nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich beim Bund, der sie in der bisherigen Logik des TKG im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung auf die Bundesnetzagentur zu übertragen hätte.

Grenzen der Mitverlegungspflicht aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG

10. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG ist ein Grundsatz der Wettbewerbs- und Technologieneutralität zu entnehmen, der ähnlich wie die Vorgaben aus dem EU-Beihilfenrecht durch die Mitverlegungspflicht eingehalten wird, da diese auf einer der Telekommunikationsregulierung vorgelagerten Stufe erfolgt und hinreichend technologieneutral ist.
11. Das gleichfalls aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG abzuleitende Primat der Privatwirtschaftlichkeit wird durch die Mitverlegungspflicht ebenso wenig verletzt, da sie nicht zum Aufbau einer Telekommunikationsinfrastruktur seitens der öffentlichen Hand führt. Dies gilt erst recht, wenn die bisher avisierte Regelung einer Verlegungsverpflichtung durch eine bloße Gewährleistungsverpflichtung ersetzt wird, was in der Fassung des Kabinettsentwurfs geschehen ist. Denn diese ist gegenüber einer privatwirtschaftlichen Realisierung deutlich offener, so dass gegebenenfalls schon insoweit ein Konflikt mit dem Primat der Privatwirtschaftlichkeit ausscheidet, ohne dass es darauf ankäme, dass nur ein punktueller Ausbau erfolgt. Schließlich sieht der Regierungsentwurf in § 77i Abs. 7 DigiNetzG nunmehr vor, dass die Mitverlegung „den Betrieb eines digitalen

Hochgeschwindigkeitsnetzes durch private Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze [...] ermöglichen“ soll, was nach der Gesetzesbegründung die Ausgestaltung des anschließenden Betriebs als privatwirtschaftliche Tätigkeit sicherstellen soll.

Vorgaben aus der Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG

12. Die in § 77i Abs. 6 DigiNetzG normierte Mitverlegungspflicht greift angesichts ihrer geringen finanziellen, planerischen und organisatorischen Auswirkungen nicht in die gemeindliche Finanz-, Planungs- und Verwaltungshoheit aus Art. 28 Abs. 2 GG ein. Eine Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG scheidet jedenfalls aus.

Vorgaben aus den Grundrechten des Grundgesetzes

13. Die Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung greift in die Eigentumsfreiheit privater oder gemischt-wirtschaftlicher Vorhabenträger im Verkehrsbereich aus Art. 14 GG ein, sofern diese öffentlich geförderte Verkehrsvorhaben realisieren. Es handelt sich jedoch um eine als verhältnismäßig anzusehende Inhalts- und Schrankenbestimmung.
14. Ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG ist ebenso wenig festzustellen.

Anforderungen des Bestimmtheitsgebots

15. Unter dem Blickwinkel des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots ist für eine genaue Fixierung der Reichweite entsprechender Verlegungsverpflichtungen Sorge zu tragen. Die Norm muss hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihres Inhalts so klar formuliert sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann. Die vorgesehene Normierung formuliert die Voraussetzungen (öffentlich mitfinanzierte Verkehrsprojekte) und den Umfang der Verlegungspflicht (bedarfsgerechte Mitverlegung, die eine Mitnutzung ermöglicht) klar und verständlich. Insbesondere die in den Kabinettsentwurf aufgenommenen, erläuternden Hinweise zum Verständnis der

Bedarfsgerechtigkeit sind vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Damit wahrt die vorgesehene Normierung das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.

III. Sonstige Vorgaben, insbesondere Haushalts- und Wettbewerbsrelevanz

16. Auch die haushaltsrelevanten Implikationen begründen angesichts des geringen Berührtseins keine relevanten Bedenken gegen eine derartige Regelung.
17. Die wettbewerblichen Implikationen sind ebenfalls nicht weiter problematisch, sofern entsprechende Leerrohre bzw. Glasfaserkabel anschließend einem gleichheitsorientierten Zugang unterliegen, so dass auf dieser Ebene gleiche Wettbewerbschancen greifen. Die gegebenenfalls entstehende Nivellierung von Wettbewerbsvorteilen lokaler Telekommunikationsnetzbetreiber, die mit den Kommunen vernetzt sind und daher bei Ausbauprojekten Synergien erzielen können, ist eine hinnehmbare und notwendige Konsequenz der beabsichtigten Beschleunigung und Kostensenkung des Breitbandausbaus.

IV. Verortung im TKG

18. Angesichts der Nähe der Regelungsgehalte zu den Wegerechten ist die Verortung innerhalb des dritten Abschnitts im Teil 5 des TKG sinnvoll und zweckmäßig. Die Vervollständigung durch eine begrenzte „Ausbaupflicht“ im Sinne einer Leerrohr- bzw. Glasfasermitverlegungsverpflichtung stellt eine stimmige systematische Ergänzung dar. Das gilt erst recht für eine bloße „Sicherstellungsverpflichtung“.

Regensburg, den 19. Juli 2016



Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.



Stefan Bulowski