

FD 69

Vermerk: Pflicht zur Verlegung von Glasfaserkabeln nach § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG

1. Sachverhalt und Prüfungsauftrag

Gemäß § 77i Absatz 7 Satz 1 TKG ist im Rahmen von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten, deren anfänglich geplante Dauer acht Wochen überschreitet, sicherzustellen, dass geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, bedarfsgerecht mitverlegt werden, um den Betrieb eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes durch private Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu ermöglichen. Gemäß Satz 2 ist im Rahmen der Erschließung von Neubaugebieten stets sicherzustellen, dass geeignete passive Netzinfrastrukturen, ausgestattet mit Glasfaserkabeln, mitverlegt werden.

Aufgrund entsprechender Forderungen von Anwohnern der Menni-Rosendahl-Straße und der Tönne-Arnsberg-Straße bat FD 69 um Einschätzung, ob die vorgenannte Vorschrift die Stadt Beckum verpflichtet, im Rahmen des im Laufe des Jahres geplanten Straßenendausbau dieses (im Übrigen bereits erschlossenen und weitgehend bebauten) Gebietes Glasfaserkabel mitzuverlegen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob bzw. zu welchem Zeitpunkt bei künftigen Erschließungsvorhaben die „Sicherstellungsverpflichtung“ greift.

Die Prüfung beschränkt sich insoweit auf die bedarfsunabhängigen Pflichten gemäß § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG und umfasst nicht die bedarfsabhängige Mitverlegung im Rahmen sonstiger Verkehrsprojekte gemäß § 77i Absatz 7 Satz 1 TKG.

2. Zusammenfassung des Ergebnisses

Nach rechtlicher Prüfung unter Zuhilfenahme der zu diesem Themenbereich veröffentlichten Fachliteratur müssen die gestellten Fragen im Ergebnis als offen bezeichnet werden. Entscheidend kommt es auf die Auslegung des Begriffs „Erschließung von Neubaugebieten“ an. Konkretisierungen durch Einzelfallentscheidungen oder konkrete Anwendungshinweise sind nicht bekannt. Die Gesetzesbegründung enthält insoweit nur allgemeine Aussagen. Auch waren die möglicherweise erheblichen Folgen, die den Gemeinden bei entsprechend weiter Auslegung des § 77i Absatz 7 TKG auferlegt würden, nicht Gegenstand der Beratung und öffentlichen Anhörung im federführenden Verkehrsausschuss des Deutschen Bundestages.

Bei der somit gebotenen Auslegung nach den anerkannten Auslegungsregelungen besteht nach Auffassung von FB 3/FD 32 im Ergebnis eine Sicherstellungspflicht grundsätzlich nicht mehr im Bereich der Menni-Rosendahl-Straße und der Tönne-

Arnsberg-Straße. Der dort nur noch vorzunehmende Straßenendausbau unterfällt nicht mehr der „Erschließung eines Neubaugebietes“ i. S. d. § 77i TKG. Der Gesetzgeber beabsichtigte durch die Mitverlegungspflicht, Synergien mit ohnehin stattfindenden Tiefbau- und Verlegungsarbeiten zu nutzen und so den Glasfaserausbau zu beschleunigen. Maßgeblich ist daher die erstmalige Erschließung im Sinne der baurechtlichen Nutzbarmachung von Grundstücken. Nicht maßgeblich ist hingegen der Straßenendausbau, bei dem keine Verlegungsarbeiten mehr stattfinden.

Hingegen ist grundsätzlich eine Sicherstellungsverpflichtung bei der erstmaligen Erschließung künftiger Neubaugebiete anzunehmen. Die Stadt Beckum hätte daher grundsätzlich selbst Glasfaserkabel zu verlegen, sofern nicht privatwirtschaftliche Unternehmen diese Aufgabe übernehmen.

3. Rechtliche Würdigung im Einzelnen

a) Neubaugebiete

Der Begriff „Neubaugebiet“ ist im TKG nicht definiert. Andere gesetzliche oder untergesetzliche Definitionen dieses Begriffs sind ebenfalls nicht bekannt.

Nach allgemeinem Sprachverständnis sind „Neubaugebiete“ als Grundstücksflächen zu verstehen, die bislang nicht erschlossen und also auch nicht in baurechtlich zulässigem Maße nutzbar waren. Ein Neubaugebiet ist demnach anzunehmen, wenn eine Fläche erstmalig einer baulichen Nutzung i. S. v. § 1 Absatz 2 BauNVO zugeführt werden soll (vgl. Scheurle/Mayen/Stelzer, TKG, 3. Aufl. 2018, § 77i Rn. 37).

Im diesem Sinne sind auch die nachfolgenden Ausführungen in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8332 vom 04.05.2016) zu verstehen (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

- „Weiterhin soll mit der Regelung für Neubaugebiete sichergestellt werden, dass dort, wo ein ganzes Gebiet neu erschlossen wird, ob Wohn- oder Gewerbegebiet, keine neuen Schwachstellen in Form von Kupferinfrastrukturen entstehen.“ (S. 30)
- „Die uneingeschränkte Erstreckung der Verpflichtung auf Neubaugebiete stellt die Bedeutung des Breitbandausbaus für zu erschließende Ansiedlungsflächen heraus. Dies umfasst gleichermaßen Wohn- und Gewerbegebiete.“ (S. 53)
- „Aufgrund der unabhängig von § 77i bestehenden Universaldienstverpflichtungen ist zum Beispiel in Neubaugebieten ohne ein Telekommunikationsnetz auszubauen – hier gilt es sicherzustellen, dass (zumindest auch) Leerrohre mit Glasfasern verlegt werden.“ (S. 52)
- „In Neubaugebieten fehlt es dagegen definitionsgemäß an bestehenden überbaubaren Telekommunikationsinfrastrukturen.“ (S. 85)

Dass der Gesetzgeber mit seinem Hinweis auf „Wohn- und Gewerbegebiete“ andere Gebietstypen nach BauNVO ausklammern wollte, ist nicht anzunehmen (so auch Scheurle/Mayen/Stelzer, a.a.O.).

Soweit bereits Telekommunikationsleitungen verlegt sind, handelt es sich nach dem Willen des Gesetzgebers daher nicht um ein Neubaugebiet i. S. d. des TKG.

b) Erschließung

Der Begriff „Erschließung“ ist im TKG ebenfalls nicht definiert.

Er ist jedoch anhand des bauplanungsrechtlichen Erschließungsbegriffes gemäß §§ 123 ff. BauGB zu verstehen und auszulegen. Dafür sprechen schon die Grundsätze der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtsklarheit. Danach ist grundsätzlich anzunehmen, dass der (Bundes-)Gesetzgeber mit gleichen Begriffen nicht Unterschiedliches meint. Dafür spricht ferner, dass die Erschließung „Neubaugebiete“ betrifft, also solche, die typischerweise baurechtlich zu erschließen sind.

Fraglich ist, an welches Stadium von Erschließungsmaßnahmen die Pflicht anknüpft. § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG spricht insoweit zwar nur allgemein von einem „Rahmen der Erschließung“. Ein genauer Zeitpunkt für die Mitverlegung ist damit nicht festgelegt und liegt vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen des Verpflichteten. Im Übergangszeitraum nach Inkrafttreten des DigiNetzG, in dem – wie hier – bereits Erschließungsmaßnahmen durchgeführt wurden, ist die Sicherstellungspflicht jedoch nur dann entstanden, soweit im Einzelfall die für die Vorschrift maßgebliche „Erschließung eines Neubaugebietes“ noch nicht abgeschlossen ist.

Regelungszweck des DigiNetzG und auch speziell des § 77i Absatz 7 TKG ist, den Leitungsausbau mit ohnehin stattfindenden Arbeiten zu verbinden, dadurch Synergien zu nutzen und insgesamt Ausbaurkosten zu senken (vgl. BT-Drs. 18/8332).

Daher kann zunächst nur die sogenannte innere Erschließung eines Bereichs gemeint sein, nicht aber die sogenannte äußere Erschließung mittels Anlagen außerhalb der jeweiligen Baugebiete (z.B. Kläranlagen, überörtliche Leitungen o. ä.).

Nicht ausreichend ist ferner, dass die Erschließung lediglich „gesichert“ i. S. d. §§ 30 bis 35 BauGB ist. Dieser Zustand liegt vor, wenn im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung damit gerechnet werden kann, dass die notwendig werdenden Erschließungsanlagen im Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauvorhabens funktionsfähig hergestellt sein werden. Schon nach seinem Wortlaut bezieht sich § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG jedoch auf die „Erschließung“ selbst und nicht auf einen vorgelagerten Zustand. Zum anderen geht es dem Gesetzgeber gerade um Synergieeffekte, die erst bei der Durchführung der Erschließungsmaßnahmen auftreten.

Als Anknüpfungspunkt kommt hingegen die baurechtlich notwendige Erschließung in Betracht. Dieses Stadium ist erreicht, wenn das Grundstück an die erforderlichen Versorgungsleitungen („technisch“) und das Wegenetz angeschlossen und somit ordnungsgemäß nutzbar ist (Erschließung i. S. d. §§ 123 bis 126 BauGB). Diese Erschließung ist im Regelfall abgeschlossen, wenn die Erschließungsanlagen den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs genügen und die anzuschließende bauliche Anlage nutzbar ist (vgl. § 123 Absatz 2 BauGB). Dies ist bei den in Rede stehenden Grundstücken seit längerem der Fall.

Nach Auffassung von FB 3/FD 32 ist mit diesem Stadium die „Erschließung“ i. S. d. § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG abgeschlossen. Auf einen nachgelagerten Straßenendausbau, bei dem im Wesentlichen nur die Wegedecken und das Straßenbegleitgrün angelegt werden, kommt es dann nicht mehr an.

Dafür spricht, dass die wesentlichen Tiefbauarbeiten an Versorgungsleitungen, die eine kostengünstige Mitverlegung erlauben, dann bereits erfolgt sind. Die vom Ge-

setzgeber beabsichtigten Synergien beziehen sich aber auf die gleichzeitige Verlegung von Leitungen. Tiefbauarbeiten in diesem Umfang bzw. dieser Tiefe sind später in der Regel nicht mehr erforderlich.

Dagegen ließe sich zwar vortragen, dass im Zuge des Straßenendausbaus zum einen Tiefbauarbeiten stattfinden, bei denen eine Mitverlegung erleichtert würde. Zum anderen bestehen für Verlegungsarbeiten nach dem Straßenendausbau wegen der dann fertig gestellten Wegedecken eventuell höhere Hürden.

Allerdings hat der Gesetzgeber die Kostensenkung erkennbar an den Leitungsausbau, speziell an den ohnehin stattfindenden Ausbau von Telekommunikationsleitungen geknüpft (vgl. die bereits zitierten Passagen in BT-Drs. 18/8332). Auch insoweit stellt er maßgeblich auf die grundlegende Gebietserschließung und speziell die Kabelinfrastruktur ab. Anders als bei der Leitungsverlegung sind mögliche Einsparungseffekte beim Endausbau erheblich geringer.

Für die hier vertretene Ansicht spricht schließlich auch der Zusammenhang mit den so bezeichneten „Neubaugebieten“. Im Allgemeinen werden in solchen Gebieten zunächst koordinierte Erschließungstätigkeiten durchgeführt und die Grundstücke so nutzbar gemacht. Der Straßenendausbau erfolgt in der Regel erst deutlich später, wenn und soweit das Gebiet im Wesentlichen seiner baulichen Nutzung zugeführt wurde und sich der Charakter als „Neubaugebiet“ weitgehend verloren hat.

Im Gegensatz zu den Verkehrsprojekten gemäß Satz 1 hat der Gesetzgeber in § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG die Mitverlegung in Neubaugebieten nur deshalb bedarfsunabhängig vorgesehen, weil in Neubaugebieten mangels bestehender Telekommunikationsinfrastruktur ein Bedarf per se vorausgesetzt wird (vgl. Reuße/Karrer, Das DigiNetzG aus kommunaler Sicht, N&R 2017, 207 (210)). Gebiete, die in der jüngeren Zeit, aber bereits vor Inkrafttreten des DigiNetzG erschlossen wurden und bereits an ein Telekommunikationsnetz angeschlossen sind, fallen folglich nicht mehr hierunter.

Unerheblich ist insoweit auch, dass die Erschließung aus Sicht der jeweiligen Bauherren ihren Abschluss erst mit Fälligkeit der Erschließungsbeiträge findet, welche grundsätzlich auch die Kosten des Straßenendausbaus umfassen. Denn es ging dem Gesetzgeber offensichtlich um die konkreten Tiefbauarbeiten. Die Fälligkeit der Beiträge steht mit den beabsichtigten Synergien in keinem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang.

c) Sicherstellung

Die Sicherstellungspflicht zielt auf ein bestimmtes Ergebnis, nämlich die tatsächliche Verlegung von Glasfaserkabeln. Ermessen besteht insoweit nicht. Wird die Mitverlegung nicht über privatwirtschaftliche Akteure erreicht, muss daher in jedem Fall die (in der Regel) verpflichtete Kommune selbst tätig werden.

Eine bestimmte Vorgehensweise ist nicht ausdrücklich vorgegeben. Ob zwingend zuerst private Dritte angefragt werden müssen, ist umstritten.

Ausweislich der Gesetzesbegründung der Bundesregierung geht der Gesetzgeber zwar von einer zweistufigen Sicherstellungspflicht aus. Die Mitverlegung solle wegen Artikel 87f Absatz 2 GG in erster Linie durch die Privatwirtschaft erfolgen. Nur

wenn eine Mitverlegung durch private Dritte (1. Stufe) nicht realisierbar ist, solle und müsse der (öffentliche) Bauherr demnach selbst mitverlegen (2. Stufe):

„Aufgrund der unabhängig von § 77i bestehenden Universaldienstverpflichtungen ist zum Beispiel in Neubaugebieten ohnehin ein Telekommunikationsnetz auszubauen – hier gilt es sicherzustellen, dass (zumindest auch) Leerrohre mit Glasfasern verlegt werden. Den Bauherrn trifft daher im Rahmen seiner Sicherstellungspflichten nur dann eine eigenständige Ausbauverpflichtung, wenn er die Mitverlegung durch Dritte nicht anderweitig sicherstellen kann. Auch in diesem Fall sollte er sich zur Ausführung fachkundiger Unternehmen bedienen. Zur Klärung der Mitverlegungsabsichten der Telekommunikationsnetzbetreiber ist eine Veröffentlichung geeigneter Bauvorhaben insbesondere gemäß den Transparenzregelungen des § 77i Absatz 1 und 2 zum Beispiel im Infrastrukturatlas der Bundesnetzagentur geeignet“ (BT-Drs. 18/8332, S. 52).

Mit dem Gesetzeswortlaut lässt sich dieser gesetzgeberische Wille nicht vereinen. Daher lässt sich mit guten Argumenten vertreten, dass die zur Sicherstellung Verpflichteten in der Art und Weise der Pflichterfüllung frei sind und auch ohne ein zuvor durchgeführtes (erfolgloses) Vergabeverfahren die Leitungen mitverlegen können. Dagegen spricht auch nicht das Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Artikels 87b Absatz 2 GG. Dieses bezieht sich nämlich nicht auf die Errichtung der Infrastruktur, sondern auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen. Anderenfalls wäre zu überlegen, ob bei Erreichen der unionsrechtlich festgelegten Schwellenwerte eine Ausschreibung unter den interessierten privaten Telekommunikationsunternehmen erforderlich ist (vgl. zu allem Reuße/Karrer (215)).

d) Inhalt der Sicherstellungsverpflichtung

Ausweislich der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 17b TKG sind passive Netzinfrastrukturen die Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden. Nach der beispielhaften Aufzählung geht es hier v.a. um die Leerrohre, die Glasfaserkabel aufnehmen können.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut sind darüber hinaus stets Glasfaserkabel mitzuverlegen (vgl. Reuße/Karrer, a.a.O., 216 mit kritischen Anmerkungen der damit verbundenen Herausforderung für die städtischen Tief- oder Straßenbauämter).

Ggf. sind zusätzlich geeignete Zugangspunkte einzurichten bzw. freizuhalten (in diesem Sinne wohl Karrer/Reuße, Das DigiNetzG und seine Bedeutung für Kommunen und kommunale Unternehmen, BWGZ 2017, 449 (451)).

Ungeklärt ist, ob die Pflicht zur Mitverlegung einen weiterführenden Anschluss an ein überörtliches Netz voraussetzt. Das ist nach dem Wortlaut nicht der Fall. Ebenso wenig ist die Mitverlegung jedoch davon abhängig, ob bereits ein solcher Anschluss besteht und das Glasfaserkabel daher bereit genutzt werden kann. Demnach wären Glasfaserkabel auch dann zu verlegen, wenn dieses kurz- oder mittelfristig nicht in Betrieb genommen werden kann. Besteht kein Anschluss an ein überörtliches Netz, bleibt es zur Sicherung der Grundversorgung daher dabei, dass

eine klassische Kupferkabelstruktur verlegt wird (vgl. Reuße/Karrer, a.a.O. (216), die diese Folge unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kritisch bewerten).

e) Adressaten/Verpflichtete

Die Vorschrift regelt nicht, wer Verpflichtete ist.

Im Ergebnis ist dies aber regelmäßig die Gemeinde als Trägerin der Erschließung (vgl. § 123 Absatz 1 BauGB) oder als Trägerin der Straßenbaulast (vgl. Gartner, Mitverlegung im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes und die Auswirkungen für Kommunen, BWGZ 2018, 213 (215); Karrer/Reuße, Das DigiNetzG und seine Bedeutung für Kommunen und kommunale Unternehmen, BWGZ 2017, 449 (451 f.)).

f) Schlussfolgerungen

Im Übergangszeitraum – so auch bei der Menni-Rosendahl- und Tönne-Arnsberg-Straße – kommt eine Mitverlegungspflicht nach § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG nach allem grundsätzlich nicht mehr in Betracht.

Bei künftigen Neubaugebieten, bei denen sowohl die Neuerschließung mit Leitungsverlegung also auch der Straßenendausbau noch vorzunehmen sind, dürfte die Stadt Beckum hingegen grundsätzlich zur Sicherstellung verpflichtet sein. Zu beachten ist aber, dass § 77i Absatz 7 Satz 2 TKG nur allgemein auf den „Rahmen der Erschließung“ verweist. Demnach steht es grundsätzlich im Ermessen der Verpflichteten, bei welcher der beiden Gelegenheiten die Mitverlegung erfolgt. Aufgrund des Regelungszwecks (Kosteneinsparung) hat die Mitverlegung jedoch im Regelfall dann zu erfolgen, wenn die (Telekommunikations-)Leitungen verlegt werden.

Unabhängig von den zweifellos vorliegenden praktischen Anwendungsschwierigkeiten des DigiNetzG bestehen gleichwohl erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift. Der Bundesgesetzgeber hat – mindestens faktisch – den Kommunen unmittelbar Aufgaben des Breitbandausbaus übertragen. Konflikte ergeben sich daher mit den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben in Artikel 84 und Artikel 85 GG. Die Aufgabenübertragung sieht zudem entgegen der insoweit maßgeblichen landesverfassungsrechtlichen Bestimmung in Artikel 78 LVerfG NRW keinen finanziellen Ausgleich für die Kommunen vor. Die Pflichten der Kommunen stehen demzufolge unter dem Vorbehalt, dass das Gesetz in dieser Form Bestand hat (vgl. zu allem Reuße/Karrer, a.a.O. (217 f.)).

gez. Sonnenburg