

FAQ zu den Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen bei Baumaßnahmen im öffentlichen Raum auf Grundlage von § 127 TKG

Mit der zum 1. Dezember 2021 in Kraft getretenen Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) sind die Regelungen zur Verlegung und Änderung von Telekommunikationslinien im öffentlichen Raum in den §§ 125 ff. TKG (vormals §§ 68 ff. TKG a.F.) neu normiert worden. Das Erfordernis einer Zustimmung des jeweils zuständigen Wegebaulastträgers zur Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien ist seither in § 127 Abs. 1 TKG geregelt.

Die Errichtung von Telekommunikationslinien auf Grundlage einer Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG hat in der Regel zur Folge, dass es an einer vertraglichen Grundlage zwischen dem Wegebaulastträger und dem Nutzungsberechtigten fehlt und die gesetzlichen Regelungen in §§ 127 ff. TKG maßgeblich sind.

Im Auftrag des BKZ.SH, des Amtes Schrevenborn, der Gemeinde Kronshagen und der Stadt Schwentinental hat die Anwaltskanzlei WEISSLEDER EWER Fragestellungen beleuchtet, welche Handlungsmöglichkeiten Kommunen bei Baumaßnahmen auf Grundlage von § 127 TKG haben, damit eine ordnungsgemäße und mangelfreie Durchführung einer Baumaßnahme möglichst sichergestellt ist und die Rechte des Wegebaulastträgers gewahrt werden. Entstanden ist daraus das vorliegende FAQ.

Dieses FAQ ist für die Anwendung in der kommunalen Praxis gedacht und soll den Mitarbeitern in den Kommunen in Schleswig-Holstein als eine erste Orientierungshilfe dienen, wie im Rahmen des Verwaltungshandelns mit Bautätigkeiten im Rahmen von § 127 TKG umgegangen werden kann. Das FAQ erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit und ersetzt keine rechtliche Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Das FAQ gliedert sich nach dem zeitlichen Ablauf eines Vorhabens in die Abschnitte „Handlungsmöglichkeiten vor Beginn einer Baumaßnahme“ (Abschnitt A), „Handlungsmöglichkeiten während einer laufenden Baumaßnahme“ (Abschnitt B), „Handlungsmöglichkeiten nach Abschluss einer Baumaßnahme“ (Abschnitt C) und „Handlungsmöglichkeiten bei Folgebaumaßnahmen“ (Abschnitt D).

A. Handlungsmöglichkeiten vor Beginn einer Baumaßnahme

I. Begehren von Telekommunikationsunternehmen zur Unterzeichnung einer Absichtserklärung vor Umsetzung des Vorhabens

Im Rahmen des gegenwärtigen, flächendeckenden Glasfaserausbaus ist zu beobachten, dass Telekommunikationsunternehmen vor oder anstelle der Beantragung einer Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG an Kommunen und Wegebausträger mit dem Begehren herantreten, eine Absichtserklärung zu unterzeichnen. Zentrale Inhalte der Absichtserklärung oder Ausbavereinbarung sind neben der Erklärung des Telekommunikationsunternehmens, dass der selbst finanzierte Glasfaserausbau in der Kommune beabsichtigt wird, begleitende sowie unterstützende Maßnahmen seitens der Kommune. Teilweise finden sich auch Bestimmungen, die eine Abweichung von den Regelungen in §§ 127 ff. TKG vorsehen.

1. Muss die Kommune dem Begehren auf Unterzeichnung einer Absichtserklärung nachkommen?

Eine Verpflichtung zur Unterzeichnung einer solchen Absichtserklärung besteht gemäß den §§ 127 ff. TKG nicht. Wie sich aus § 127 Abs. 1 TKG ergibt, bedarf es einer Zustimmung des jeweils zuständigen Wegebausträgers, damit Telekommunikationslinien verlegt oder geändert werden können.

2. Welche rechtlichen Bindungen und Folgen entstehen durch Unterzeichnung einer Absichtserklärung?

Eine Absichtserklärung ist üblicherweise nicht bindend. Es handelt sich hierbei um die einseitige Erklärung, mit der eine Partei lediglich eine bestimmte Absicht bekundet, wie sie sich zukünftig verhalten oder rechtlich binden möchte. Ob und gegebenenfalls inwieweit durch eine Absichtserklärung eine Bindungswirkung erzeugt wird, hängt jedoch nicht von der Bezeichnung, sondern vom konkreten Inhalt der jeweiligen Erklärung ab. Dies ist im Einzelfall zu prüfen und im Zweifel im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹

¹ Nähere Ausführungen hierzu Gigabitbüro des Bundes in "Kommunale Orientierungshilfe zum eigenwirtschaftlichen Ausbau", BMDV Mai 2022, S. 8 f.

3. Ersetzt eine Absichtserklärung eine Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG?

Die §§ 127 ff. TKG sehen nicht vor, dass die Zustimmung des Wegebauastträgers durch eine Absichtserklärung ersetzt werden kann. Die Beantragung der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG ist jedoch an keine bestimmte Form gebunden. Dementsprechend ist es zumindest denkbar, dass die Vorlage der Absichtserklärung einen Antrag darstellt und mit der Unterzeichnung ausdrücklich oder konkludent eine schriftliche Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG erklärt wird. Wenn jedoch in der Absichtserklärung Modalitäten für die Stellung eines Antrags nach § 127 Abs. 1 TKG sowie dessen Bearbeitung enthalten sind (z.B. gegenüber § 127 TKG abweichende Fristen), dürfte dies gegen die Erteilung der Zustimmung im Rahmen der Absichtserklärung sprechen.

4. Ist die Unterzeichnung einer Absichtserklärung aus Sicht der Kommune sinnvoll?

Ob der Abschluss einer Absichtserklärung für eine Kommune sinnvoll erscheint, hängt einerseits vom Inhalt und der Verbindlichkeit der jeweiligen Absichtserklärung und andererseits von der politischen Willensbildung darüber ab, ob und inwieweit ein Telekommunikationsunternehmen beim Breitbandausbau öffentlichkeitswirksam unterstützt werden soll.

In rechtlicher Hinsicht ist jedoch festzuhalten, dass eine Absichtserklärung, die ausschließlich Bestimmungen zu Maßnahmen enthält, die die Kommune zur Begleitung des Breitbandausbaus durchführen soll, keine rechtlichen Vorteile für die Kommune bringt und unter Umständen auch nachteilig sein kann, wenn zu Lasten der Kommune von den Bestimmungen in §§ 127 ff. TKG abgewichen wird (z.B. durch Verkürzung der Prüf- und Bearbeitungsfristen nach § 127 Abs 3 TKG).

Eine differenzierte Betrachtung wäre wohl vorzunehmen, wenn das Begehren eines Telekommunikationsunternehmens, eine Absichtserklärung abzuschließen, zum Anlass genommen wird, anstelle einer Absichtserklärung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen, mit dem sich der Wegebauastträger über die Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG hinaus zu Leistungen verpflichtet (etwa für die Unterstützung bei den Verlegearbeiten oder bei der öffentlichkeitswirksamen Begleitung) und der im Gegenzug Bestimmungen bezüglich der Wiederherstellung von Oberflächen, Beweissicherungsmaßnahmen sowie der Kostenübernahme und Haftung enthält, die über das

hinausgehen, was eine Kommune bei Erteilung einer Zustimmung per Verwaltungsakt im Rahmen von Nebenbestimmungen einseitig vorgeben könnte (siehe hierzu ergänzend nachfolgende Ausführungen unter A II.13).

II. Erteilung der Zustimmung nach § 127 TKG

1. Wer kann die Zustimmung zu einer Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien beantragen? Wem ist die Zustimmung zu erteilen?

Zu beachten ist, dass die §§ 125 ff. TKG ein zweistufiges Verfahren vorsehen.

Um Verkehrswege für öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich benutzen zu dürfen, bedarf es in einem ersten Schritt einer Nutzungsberechtigung. Die Nutzungsberechtigung hat gemäß § 125 Abs. 1 TKG grundsätzlich der Bunde inne. Der Bund ist jedoch gemäß § 125 Abs. 2 TKG berechtigt, die Nutzungsberechtigung durch die Bundesnetzagentur auf Antrag an die Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze oder öffentlichen Zwecken dienender Telekommunikationslinien zu übertragen. Die Bundesnetzagentur überträgt die Nutzungsberechtigung gemäß § 125 Abs. 3 Satz 1 TKG, wenn der Antragsteller nachweislich fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig ist, Telekommunikationslinien zu errichten und die Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG vereinbar ist.

In einem zweiten Schritt bedarf es neben der Übertragung der Nutzungsberechtigung durch den Bund gemäß § 127 Abs. 1 TKG der schriftlichen oder elektronischen Zustimmung durch den jeweils zuständigen Wegebausträger.

Aus der Gesamtschau von § 125 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 TKG und dem Erfordernis einer Nutzungsberechtigung sowie einer Zustimmung ist zu schlussfolgern, dass die Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG vom Nutzungsberechtigten zu beantragen ist und auch nur dieser aus der Zustimmung berechtigt wird, da es sich um ein höchstpersönliches, nicht übertragbares und nicht rechtsnachfolgefähiges Recht handelt.² Dem steht

² BVerwG, Urteil vom 29.04.2015 – 6 C 39/13 –, BVerwGE 152, 87, 91 (Rn. 14 ff.); Stelkens, in: TKG-Wegerecht, 1. Auflage 2010, § 68 Rdnr. 180.

jedoch nicht entgegen, dass ein Nutzungsberechtigter einen Dritten mit Planung und Errichtung von Telekommunikationslinien beauftragen darf.

Wem und mit welcher räumlichen Ausdehnung (z.B. für das Bundesgebiet, für ein Landesgebiet, für ein Kreis- oder Gemeindegebiet) die Nutzungsberechtigung übertragen worden ist, kann der auf der Website der Bundesnetzagentur veröffentlichten Liste von Nutzungsberechtigten entnommen werden.³

2. Kann die Zustimmung gemäß § 127 Abs. 1 TKG durch einen vom Eigentümer/Betreiber der Telekommunikationslinie beauftragten Dritten (z.B. Tochterunternehmer, Planungsbüros oder Bauunternehmen) beantragt werden?

Wenn ein vom Nutzungsberechtigten beauftragter Dritter einen Antrag auf Erteilung einer Zustimmung stellt, ist zu differenzieren, ob der Antrag namens und in Vollmacht des Nutzungsberechtigten oder im eigenen Namen des Dritten gestellt wird.

Ein Nutzungsberechtigter kann sich gemäß § 79 Abs. 1 S. 1 LVwG bei der Stellung eines Antrags vertreten lassen. Die Zustimmung wird dann zugunsten des Nutzungsberechtigten und nicht des bevollmächtigten Antragstellers erteilt. Der Bevollmächtigte hat auf Verlangen des Wegebaulastträgers die Vollmacht schriftlich nachzuweisen (vgl. § 79 Abs. 1 S. 3 LVwG), sofern diese nicht bereits bei Antragstellung vorgelegt wurde. Das Bundesministerium für Digitales und Verkehr empfiehlt Wegebaulastträgern, sich eine schriftliche Vollmacht vorlegen zu lassen, aus der klar hervorgeht, für welchen Nutzungsberechtigten der Antragsteller tätig wird.⁴

Wenn eine Aufforderung zur Vorlage einer Vollmacht vor Ablauf der in § 127 Abs. 3 S. 2 TKG geregelten einmonatigen Frist erfolgt, innerhalb derer ein Antragsteller über die Unvollständigkeit des Antrags zu informieren ist, hat dies zur Folge, dass auch die dreimonatige Zustimmungsfrist gemäß § 127 Abs. 3 S. 1 TKG nicht zu laufen beginnt und damit auch eine Fiktionswirkung nach Ablauf der Frist nicht eintritt.

³ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Breitband/Wegerecht/Liste_WR_Alle_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=145).

⁴ <https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Telekommunikationsgesetz-TKG/telekommunikationsgesetz-tkg.html>

Bis zur angeforderten Vorlage der schriftlichen Vollmacht ist der Antrag schwebend unwirksam. Darauf und auf den Neubeginn der Dreimonatsfrist nach § 127 Abs. 3 Satz 1 und 3 TKG bei Nachreichen der Vollmacht sollte der Antragsteller hingewiesen werden. Läuft eine Frist zur Vorlage der Vollmacht fruchtlos ab, kann der Antrag mit Verweis auf die fehlende Vollmacht abgelehnt werden, da der Antragsteller gerade nicht nachgewiesen hat, dass er nicht im eigenen Namen, sondern im Namen eines Berechtigten gehandelt hat.

Stellt ein Dritter demgegenüber einen Antrag im eigenen Namen, ist zu prüfen, ob der Dritte über eine eigene Nutzungsberechtigung verfügt. Sofern dies nicht der Fall ist, kann der Antrag ebenfalls abgelehnt werden.

3. Innerhalb welcher Fristen muss ein Antrag geprüft und beschieden werden?

Mit Eingang eines vollständigen Antrags beginnt gemäß § 127 Abs. 3 S. 1 TKG eine dreimonatige Frist zu laufen. Nach Ablauf dieser Frist wird die Zustimmung fingiert, wenn über den Antrag nicht vorher entschieden wurde.

Die Zustimmungsfrist beginnt nicht zu laufen, wenn der Antrag unvollständig ist und der zuständige Wegebausträger dies dem Antragsteller auch innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags in Textform mitteilt (vgl. § 127 Abs. 3 S. 2 TKG). Im Falle einer Ergänzung des Antrags beginnen die einmonatige Mitteilungsfrist sowie die dreimonatige Zustimmungsfrist von Neuem zu laufen (vgl. § 127 Abs. 3 S. 3 TKG).

Wegen dieser Regelung sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass auch ein unvollständiger Antrag, dessen Unvollständigkeit der Wegebausträger jedoch nicht innerhalb der Monatsfrist rügt, nach drei Monaten zu einer fingierten Zustimmung führt.

Gleichwohl bedarf es eines vollständigen Antrags, um inhaltlich über den Antrag entscheiden zu können. Der Wegebausträger sollte daher innerhalb eines Monats nach Antragseingang prüfen, ob der Antrag vollständig ist. Ist er unvollständig, hat der Wegebausträger dem Antragsteller dies innerhalb der Monatsfrist mitzuteilen.

Die dreimonatige Zustimmungsfrist kann um einen Monat verlängert werden, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Angelegenheit gerechtfertigt ist. Die Fristverlängerung ist zu begründen und rechtzeitig mitzuteilen (vgl. § 127 Abs. 3 S. 4, 5 TKG).

Wann eine Angelegenheit als „schwierig“ einzustufen ist, bedarf einer Prüfung im Einzelfall anhand der objektiven Umstände. Ein eigener Beurteilungsspielraum soll dem Wegebausträger nicht zustehen. Objektiv „schwierig“ soll eine Angelegenheit danach sein, wenn ungewöhnlich komplexe, umfangreiche sowie dem Antragsteller zurechenbare Gründe (z.B. Abweichung von der üblichen Praxis bei der Antragstellung) vorliegen. Keine Schwierigkeit der Angelegenheit soll dagegen vorliegen, wenn die entscheidende Behörde überlastet ist.

Abweichend von den vorstehenden Fristen können im Einzelfall andere Fristen gelten, wenn hierüber eine verbindliche Vereinbarung (z.B. in einer Absichtserklärung) zwischen Wegebausträger und Nutzungsberechtigten besteht. Wenn dies der Fall ist, aber anstelle des Nutzungsberechtigten ein Dritter einen Antrag stellt, gilt es zu prüfen, ob die mit dem Nutzungsberechtigten getroffenen Vereinbarungen maßgeblich sind.

4. Welchen inhaltlichen Anforderungen muss ein Antrag nach § 127 Abs. 1 TKG entsprechen?

Die Stellung des Antrags ist an keine bestimmte Form gebunden, sodass eine schriftliche, textliche, elektronische oder mündliche Antragstellung möglich ist.

Da ein Wegebausträger gemäß dem Wortlaut von § 127 TKG lediglich auf Antrag tätig wird, muss dieser den allgemein bei Anträgen erforderlichen Mindestinhalt aufweisen. Neben dem Namen und im Normalfall der Anschrift des Antragstellers muss der Gegenstand bzw. das Begehren des Antrags erkennbar sein. Im Zweifel ist der Antrag auszulegen. Bei Auslegungszweifeln sollte gegenüber dem potentiellen Antragsteller eine Mitteilung über die Unklarheiten und Widersprüche sowie eine Anregung zur Klarstellung und Korrektur des Antrags erfolgen.

Neben dem allgemein erforderlichen Mindestinhalt muss der Antrag vollständig im Sinne von §127 Abs. 3 S. 1, 2 TKG sein. Für die Frage der Vollständigkeit ist darauf abzustellen, ob eine Beurteilung unter wegerechtlichen Aspekten erfolgen kann und einem Wegebausträger insoweit eine Bewertung der entscheidungsrelevanten Interessen und Belange möglich ist. Dem Antrag beizufügen ist daher üblicherweise Kartenmaterial mit einem tauglichen Maßstab sowie textlichen Angaben und zeichnerischen Darstellungen, damit der geplante Trassenverlauf der Telekommunikationslinie

sowie der Standort von Kabelzweigschränken und Multifunktionsgehäusen hinreichend erkennbar sind. Eine punktgenaue, auf geostationären Daten beruhende Planung ist demgegenüber nicht erforderlich.⁵

Ferner gehört zur Vollständigkeit eines Antrags auch ein Nachweis, dass dem Antragsteller die Nutzungsberechtigung übertragen wurde, wobei dies jedoch im Zweifel vom Wegebausträger selbst über die Liste der Bundesnetzagentur in Erfahrung gebracht werden könnte.

Je nach Spezifika der geplanten Maßnahme bedarf es noch weiterer Informationen. Zu nennen sind beispielsweise Angaben betreffend die oberirdische Verlegung, da insoweit die nach § 127 Abs. 6 TKG erforderliche Abwägung stattfinden muss, oder ob eine mindertiefe Verlegung nach § 127 Abs. 7 TKG vorgesehen ist. Ebenso ist gemäß § 127 Abs. 4 TKG anzuzeigen, wenn es sich um eine geringfügige bauliche Maßnahme handeln soll.

Um potentiellen Streit über die Vollständigkeit eines Antrags zu vermeiden, ist es denkbar, dass seitens des Wegebausträgers standardisierte Antragsformulare zur Verfügung gestellt werden.⁶ Aufgrund des Grundsatzes der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens kann deren Verwendung jedoch nicht verpflichtend sein.

5. Muss für jede Verlegung oder Änderung von Telekommunikationsleitungen ein Antrag auf Zustimmung gestellt werden?

Bei geringfügigen Maßnahmen ist kein Antrag nach § 127 Abs. 1 TKG erforderlich. Anstelle eines Antrags genügt gemäß § 127 Abs. 4 S. 1 TKG die vollständige Anzeige der Maßnahmen, sofern der Wegbausträger den Anzeigenden nicht innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige auffordert, einen Antrag auf Zustimmung gemäß § 127 Abs. 1 TKG zu stellen. Erfolgt keine Aufforderung, gilt die Zustimmung abweichend von § 127 Abs. 3 S. 1 TKG nicht erst nach Ablauf von drei Monaten, sondern bereits nach einem Monat als erteilt (vgl. § 127 Abs. 4 S. 1 TKG). Die Zustimmungsfrist beginnt gemäß § 127 Abs. 4 S. 2 TKG nicht, wenn die Anzeige unvollständig ist und der

⁵ VG Magdeburg, Urteil vom 14.01.2019 – 3 A 257/18 – zit. n. juris Rdnr. 38.

⁶ siehe beispielsweise die Antragsunterlagen der Landesstraßenbaubehörde Sachsen-Anhalt, abrufbar unter: <https://lsbb.sachsen-anhalt.de/service/antragsunterlagen-nach-paragraph-127-tkg-wege-rechtliche-mitbenutzung>

Wegebausträger dies innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige dem Anzeigenden in Textform mitteilt.

Als „vollständig“ gilt eine Anzeige, wenn der Wegebausträger in der Lage ist, die Geringfügigkeit der baulichen Maßnahme zu beurteilen. Reichen die in der Anzeige enthaltenen Informationen hierzu nicht aus, kann der Wegebausträger weitere Informationen nachfordern oder den Nutzungsberechtigten auffordern, einen Antrag zu stellen.⁷

Die Geringfügigkeit einer baulichen Maßnahme bestimmt sich gemäß § 127 Abs. 4 S. 1 TKG nach Maßgabe etwaiger Verwaltungsvorschriften des jeweils zuständigen Wegebausträgers, sodass sich die Geringfügigkeit sachgerecht nur durch den jeweilig zuständigen Wegebausträger im Einzelfall und auf Grundlage der jeweils einschlägigen Verwaltungsvorschriften beurteilen lässt, da insbesondere wegen geographischer, technischer und demographischer Faktoren ähnliche Baumaßnahmen in ihrer Geringfügigkeit unterschiedlich beurteilt werden können. So kann ein und dieselbe Baumaßnahme im zentralen, innerstädtischen Bereich ein anderes Maß an Geringfügigkeit aufweisen als beispielsweise im ländlichen Bereich.⁸

Allgemein wird eine Baumaßnahme angelehnt an den allgemeinen Sprachgebrauch als „geringfügig“ eingestuft, wenn die potentiellen Auswirkungen der Maßnahme auf etwaige Bezugsgegenstände wie Rechtsgüter oder Rechte Dritter als eher unerheblich beurteilt werden.⁹

⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.01.2021, BT-Drucksache 19/26108, S. 330.

⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.01.2021, BT-Drucksache 19/26108, ab Seite 329.

⁹ Embacher/Lange, in: Säcker/Körper, TKD/TTDSG, 4. Auflage 2023, § 127 Rdnr. 30.

6. Welche Rechtsverhältnisse entstehen mit Erteilung der Zustimmung zwischen der Kommune und dem Antragssteller sowie den weiteren am Ausbau Beteiligten?

Die Erteilung der Zustimmung erfolgt in der Regel als Verwaltungsakt. Alternativ ist es jedoch auch möglich, einen öffentlichen-rechtlichen Vertrag abzuschließen.¹⁰ Bei Erteilung der Zustimmung per Verwaltungsakt entsteht zwischen Wegebausträger und Eigentümer/Betreiber der Telekommunikationslinie ein gesetzliches Schuldverhältnis.¹¹

Zwischen den für die Planung und Bauausführung eingesetzten Nachunternehmern des Eigentümers/Betreibers und dem Wegebausträger besteht in der Regel kein Vertragsverhältnis oder gesetzliches Schuldverhältnis.

7. Hat die Kommune bei Erteilung der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG ein Ermessen?

Die Entscheidung, „ob“ die Zustimmung zur Verlegung unterirdischer Telekommunikationslinien zu erteilen ist, ist eine gebundene Entscheidung. Die Zustimmung ist zwingend zu erteilen, wenn die in § 127 TKG normierten Voraussetzungen vorliegen. Insofern besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Zustimmung.¹²

Das Prüfprogramm, „ob“ die Zustimmung zu erteilen ist, beschränkt sich neben der Prüfung, ob der Antrag alle inhaltlichen Anforderungen erfüllt, im Wesentlichen auf folgende Punkte¹³:

- Ist dem Antragsteller die Nutzungsberechtigung erteilt worden?
- Ist die geplante Maßnahme tatsächlich zustimmungspflichtig?
- Sollen den öffentlichen Zwecken dienende TK-Linien verlegt werden?

¹⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 09.01.2004, BT-Drucksache. 15/3216, S. 83.

¹¹ VG Köln, Urteil vom 13.11.2020 – 9 K 8224/17 – zit. n. juris Rdnr. 125.

¹² Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 71; Stelkens, in: TKG-Wegerecht, 1. Auflage 2010, § 68 Rdnr. 210.

¹³ vgl. Stelkens, in: TKG-Wegerecht, 1. Auflage 2010, § 68 212 ff.

- Sind im Verkehrsweg noch ausreichende Kapazitäten für die Verlegung von weiteren TK-Linien vorhanden?
- Sind die in §§ 131 ff. TKG geregelten Vorgaben beachtet worden?

„Wie“ die Zustimmung zu erteilen ist, unterliegt demgegenüber der Prüfungskompetenz des Wegebausträgers aufgrund seiner Rechtsstellung als Unterhaltspflichtiger der Straßen und Wege. Insoweit ist ein Wegebausträger berechtigt, die Zustimmung nach Maßgabe von § 127 Abs. 8 TKG mit Nebenbestimmungen zu versehen. Ob und welche Nebenbestimmungen erlassen werden, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Wegebausträgers.¹⁴

8. Ersetzt die Zustimmung nach § 127 TKG andere behördliche Genehmigungen?

Die Zustimmung nach § 127 TKG entfaltet lediglich für die straßenrechtliche Sondernutzung eine Konzentrationswirkung. Andere erforderliche Genehmigungen (z.B. aufgrund des Straßenverkehrs-, Naturschutz-, Denkmalschutz- oder Wasserrechts) werden durch die Zustimmung nicht ersetzt.

§ 127 Abs. 5 S. 1 TKG sieht insoweit vor, dass alle weiteren erforderlichen Genehmigungen *zeitgleich* mit der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG zu erteilen *sind*. Die Regelung zielt somit nicht auf den Wegebausträger ab, sondern ist an die Behörden adressiert, die die anderen erforderlichen Genehmigungen zeitgleich zur Erteilung der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG erteilen sollen.

Die Regelung in § 127 Abs. 5 S. 1 TKG soll jedoch keine zeitliche Konzentrationswirkung haben, wonach alle Genehmigungen zwingend innerhalb der dreimonatigen Frist nach § 127 Abs. 3 S. 1 TKG erteilt werden müssen. Eine solche Regelung ist im Gesetzgebungsverfahren wieder verworfen worden.¹⁵ Andere erforderliche

¹⁴ VG Köln, Urteil vom 13.11.2020 – 9 K 8224/17 – zit. n. juris Rdnr. 116.

¹⁵ vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.01.2021, BT-Drucksache 19/26108, S. 104; vgl. Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung vom 24.02.2021, BT-Drucksache 19/26964, S. 32; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 21.04.2021, BT-Drucksache 19/28865, S. 185, 402.

Genehmigungen sind daher losgelöst von der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG durch die jeweils zuständige Behörde in den jeweiligen Genehmigungsverfahren zu erteilen.

Ergänzend dazu heißt es in § 127 Abs. 5 S. 4 TKG, dass die Länder eine oder mehrere koordinierende Stellen bestimmen, die für die zeitgleiche Erteilung der in § 127 Abs. 5 S. 1 TKG genannten behördlichen Entscheidung sorgen *sollen*. Solche Stellen sollen im Verhältnis zum Antragsteller als Ansprechpartner fungieren und gegenüber dem Wegebaulastträger und den anderen Behörden unterstützende, koordinierende und Expertise aufbauende Funktion haben. Ein Weisungsrecht besteht somit nicht.

Wie somit eine zeitgleiche Erteilung aller erforderlichen Genehmigung durch die jeweils zuständigen Behörden tatsächlich erreicht werden soll, ist im Rahmen der Gesetzesnovellierung von 2021 offengeblieben und ohne einheitliche Entscheidungsfrist sowie ohne Kompetenz der koordinierenden Stellen zur Erteilung von Weisungen wohl nicht realisierbar.

9. Darf die Zustimmung mit Nebenbestimmungen versehen werden, die Vorgaben zu einer ordnungsgemäßen Bauausführung (z.B. Vorgaben zur Wiederherstellung von Oberflächen, Teilnahme an Baubesprechung, allgemeine Koordination, Durchführung von Zustandsfeststellungen etc.), zur Gewährleistung und sonstigen Haftung bei Mängeln und Schäden sowie zur Übernahme etwaiger dem Wegebaulastträger aufgrund der Bauausführung entstehender Kosten enthalten?

§ 127 Abs. 8 S. 1 TKG regelt, dass die Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG mit Nebenbestimmungen versehen werden kann, die diskriminierungsfrei zu gestalten sind. Der Begriff Nebenbestimmungen soll dabei mit der Legaldefinition in § 36 Abs. 2 VwVfG bzw. § 107 Abs. 2 LVwG identisch sein, sodass eine Befristung, Bedingung, Auflage sowie ein Auflagenvorbehalt ergehen kann. Unzulässig soll jedoch der Widerrufsvorbehalt sein, da dieser gerade der Konzeption der Zustimmung als gebundene Entscheidung widersprechen würde.

Des Weiteren ist in § 127 Abs. 8 S. 1 TKG geregelt, dass Nebenbestimmungen **nur** zu folgenden Punkten erlassen werden dürfen:

- die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinien
- sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik,
- die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs,
- die im Bereich des jeweiligen Wegebausträgers übliche Dokumentation der Lage der Telekommunikationslinien nach geographischen Koordinaten und
- die Verkehrssicherungspflichten.

Dem vorstehenden Katalog wird ein abschließender Charakter beigemessen, sodass Nebenbestimmungen nur zulässig sind, wenn sie thematisch diesem Katalog zugeordnet werden. Zulässig sollen darüber hinaus Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG bzw. § 107 Abs. 1 Alt. 2 LVwG sein, mit denen sichergestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Zustimmung erfüllt werden.

Eine weitere Einschränkung erfährt die Regelung des § 127 Abs. 8 S. 1 TKG durch § 127 Abs. 7 TKG und § 127 Abs. 8 S. 2 TKG. Gemäß § 127 Abs. 7 S. 1 TKG ist ein Nutzungsberechtigter zur mindertiefen Verlegung von Glasfaserleitungen berechtigt. Erforderlich ist lediglich eine Anzeige gegenüber dem Straßenbaulastträger sowie gemäß § 127 Abs. 8 S. 2 TKG eine Erklärung des Antragstellers, dass die durch eine mögliche wesentliche Beeinträchtigung des Schutzniveaus entstehenden Kosten oder ein etwaig höherer Erhaltungsaufwand übernommen werden.

Ob und inwieweit Nebenbestimmungen zulässig sind, die Vorgaben zu einer ordnungsgemäßen Bauausführung, zur Gewährleistung und sonstigen Haftung bei Mängeln und Schäden sowie zur Übernahme etwaiger dem Wegebaulastträger aufgrund der Bauausführung entstehender Kosten machen, bedarf stets einer Prüfung im Einzelfall.

Unter Berücksichtigung der bestehenden, nachfolgend auszugsweise dargestellten Rechtsprechung lässt sich jedoch allgemein als Orientierungshilfe zusammenfassen, dass grundsätzlich technische Vorgaben nach Maßgabe der allgemeinen Regeln der Technik zur Verlegung der Telekommunikationslinien und der Wiederherstellung der in

Anspruch genommenen Flächen gemacht werden können, soweit diese erforderlich und sinnvoll und damit verhältnismäßig sind.

Allgemeine Regelwerke dürfen dabei jedoch nicht pauschal zum Gegenstand einer Nebenbestimmung gemacht werden, sondern nur soweit herangezogen werden, wie sie anerkannte Regeln der Technik zur Errichtung der Telekommunikationslinien und Wiederherstellung der in Anspruch genommenen Flächen enthalten. Ferner dürfen Vorgaben zur Anwendung der allgemeinen Regeln der Technik nicht zur Verbesserung des vorgefundenen Zustands führen. Denn Verbesserungsmaßnahmen gegenüber dem Zustand vor Bauausführung (z.B. Asphaltierung des gesamten Gehwegs statt einer Beschränkung auf die geöffneten Bereiche oder Einbau eines taktilen Leitsystems) oder zusätzliche Mitverlegungsmaßnahmen dürfen unabhängig von der Kostentragung nicht auferlegt werden. Zudem können grundsätzlich zulässige Vorgaben zu den allgemeinen Regeln der Technik im Einzelfall unzulässig sein, wenn sie im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weder notwendig noch erforderlich sind oder nach den örtlichen Begebenheiten nicht eingehalten werden können.¹⁶

Welche Regeln der Technik zu beachten sind, bedarf einer konkreten Benennung von DIN-Normen oder Regelwerken der Forschungsgesellschaft für Straßenwesen. Es genügt nicht, irgendwelche Regeln festzulegen, deren Einhaltung der Wegebausträger für wünschenswert erachtet.¹⁷

Des Weiteren erachtet die Rechtsprechung Nebenstimmungen als zulässig, die es einem Wegebausträger ermöglichen, die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten zu überprüfen und eine Beweissicherung vorzunehmen (z.B. Ortstermine zur Feststellung des Zustands der Flächen vor und nach der Bauausführung, rechtzeitige Anzeige der wiederhergestellten Flächen für eine Überprüfung durch den Wegebausträger, anlassbezogene Abstimmung mit den Bauvorhaben anderer Versorgungsträger, Informieren von Anliegern über anstehenden Baumaßnahmen etc.).

Die allgemeine und nicht anlassbezogene Auferlegung von Nachweis- und Prüfungspflichten einschließlich einer Bauüberwachung, die vor allem der Beweissicherung

¹⁶ VG Augsburg, Urteil vom 13.02.2013 – Au 4 K 12.1090 – zit. n. juris Rdnr. 34; VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 123, 136, 159.

¹⁷ VG Augsburg, Urteil vom 13.02.2013 – Au 4 K 12.1090 – zit. n. juris Rdnr. 31.

zugunsten des Wegebaulastträgers dient, die allgemeine und nicht anlassbezogene Auferlegung von Koordinierungspflichten bezüglich anderer Baumaßnahmen, Verpflichtungen zur Mitverlegung anderer Versorgungsleitungen oder Verbesserungen des Zustands der wiederhergestellten Flächen bei Übernahme der Kosten durch den Wegebaulastträger, Regelungen zur Haftung oder Gewährleistung einschließlich Fristen zur Mangelbeseitigung und die Festlegung von Gewährleistungsfristen sowie Regelungen zur Übernahme von Kosten, die dem Wegebaulastträger infolge der Bauausführung entstanden sind, werden tendenziell als zu weitreichend erachtet.

Folgende Nebenbestimmungen können im Einzelfall als zulässig oder unzulässig erachtet werden:

Als zulässig wurde es erachtet, dass ein Ortstermin vor Beginn und nach Beendigung der Baumaßnahme durchgeführt wird, um Feststellungen zum Zustand der in Anspruch genommenen Oberflächen zu treffen. Unzulässig kann eine Verpflichtung zur Zustandsfeststellung vor Ausführungsbeginn jedoch sein, wenn bereits vor Erteilung der Zustimmung Feststellungen zum Zustand getroffen wurden, um entsprechende Nebenbestimmungen erlassen zu können. Ebenso ist ein Ortstermin vor Ausführungsbeginn unzulässig, wenn dieser der Klärung technischer und verkehrlicher Aspekte sowie der Verkehrssicherheit dient. Derartige Feststellungen sind im Zweifel vor Erteilung der Zustimmung zu klären und können Gegenstand von Nebenbestimmungen sein.¹⁸

Unzulässig soll eine allgemeine Verpflichtung sein, wonach die Verlegungsarbeiten mit anderen Vorhaben zu koordinieren sind. Erforderlich ist, dass im Einzelfall eine Kollision mit anderen Bauvorhaben droht. Zulässig soll aber die allgemeine Verpflichtung sein, dass Anlieger vor Bauausführung über die Baumaßnahmen und etwaige Einschränkungen informiert werden.¹⁹

Ebenso sind Vorgaben unzulässig, wonach neben einer Zustimmung gemäß § 127 Abs. 1 TKG eine Baufreigabe durch den Wegebaulastträger erfolgen muss oder eine straßen- und wegerechtliche Sondernutzungsgenehmigung für die erforderliche Nutzung von Flächen außerhalb des Aufbruch-/Grabenbereichs durch Materiallagerung,

¹⁸ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr 81 f., 106.

¹⁹ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 90 ff., 111 ff.

Lagerung von Aushub, Geräten, aufstellen von Containern, Bauzäunen, Gerüsten, Bauwagen, Toiletten etc. Derartige Nutzungen sollen vom unentgeltlichen Nutzungsrecht umfasst sein.²⁰ Denn das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis aus den §§ 125 ff. TKG schließt die Anwendung des allgemeinen Straßenrechts aus.²¹ Das Nutzungsrecht umfasst nicht nur das „bloße Verlegen“ und das „Liegenlassen“ bereits verlegter Telekommunikationslinien, sondern auch die Bauarbeiten im Zusammenhang mit dem erstmaligen Einbringen der Telekommunikationslinie in den Straßenkörper, einschließlich der damit verbundenen Baustelleneinrichtung, der Lagerung von Erdaushub, Baumaterialien und -geräten und dergleichen auf der Straße.²² Möchte die Nutzungsberechtigte bzw. das von ihr beauftragte bauausführende Unternehmen Straßenflächen, unter denen keine Leitungen verlegt werden, für die Lagerung von Baumaterial oder Erdaushub, für die Aufstellung von Containern oder Toiletten oder zum Abstellen von Baufahrzeugen nutzen, bedarf sie dafür keiner gesonderten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis. Anderenfalls könnte eine Kommune durch die Nichtgewährung der Sondernutzungserlaubnis oder durch entsprechende Auflagen das nach §§ 125 ff. TKG bestehende telekommunikationsgesetzliche Nutzungsrecht aushöhlen. Über Lager- und Abstellflächen ist daher im Rahmen der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG zu entscheiden. Eines gesondertes Erlaubnis- oder Genehmigungsverfahrens nach dem Straßen- und Wegegesetz, ggf. in Verbindung mit einer kommunalen Sondernutzungssatzung, ist dafür nicht durchzuführen.

Verfahrenstechnisch gibt es zwei Möglichkeiten: Zum einen kann der Straßenbaulastträger mit der Zustimmung dem Telekommunikationsunternehmen bestimmte Straßenflächen zur Aufstellung von Gerät oder zur Ablagerung von Stoffen zuweisen. Der Anspruch des Telekommunikationsunternehmens auf die Nutzung von Straßenflächen ist auf das Maß begrenzt, das zu einer den Regeln der Technik entsprechenden Verlegung erforderlich ist.²³ Zum anderen dürfte es – soweit nicht vertraglich etwas anderes vereinbart ist – statthaft sein, vom Nutzungsberechtigten zu verlangen, mit dem Antrag auf Zustimmung zur Verlegung von Telekommunikationslinien auch den Umfang der benötigten Aufstell- und Ablagerungsflächen zu benennen oder die konkret benötigten

²⁰ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 101 ff.

²¹ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.02.2019 – 11 B 1033/18 –, NVwZ-RR 2019, 502 (juris Rdnr. 10, 12); VG Magdeburg, Urteil vom 22.07.2019 – 3 A 86/18 –, zit. n. juris Rdnr. 37.

²² BVerwG, Beschluss vom 07.05.2001 – 6 B 55/00 –, NVwZ 2001, 1170 f.

²³ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 105.

Flächen zu bezeichnen. Enthält der Antrag diese Angaben nicht, kann er innerhalb eines Monats (§ 127 Abs. 3 Satz 2 TKG) als unvollständig zurückgewiesen werden.

Übersteigt die Nutzung der Straßenflächen räumlich oder zeitlich das Maß des Erforderlichen (z.B. weil ein Bauschuttcontainer nach Abschluss der Bauarbeiten nicht entfernt wird), dürfte insoweit eine – dann unerlaubte – Sondernutzung vorliegen, gegen die der Straßenbaulastträger gemäß § 21 Abs. 7 StrWG vorgehen kann.

Während das Nutzungsrecht nach §§ 125 ff. TKG die straßenrechtliche Sondernutzung umschließt, sind ordnungsrechtliche Anforderungen, insbesondere nach dem Straßenverkehrsrecht, gesondert einzuhalten. Hierfür sind gegebenenfalls gesonderte Genehmigungen und Erlaubnisse einzuholen (siehe oben, A II 8).

Vorgaben zur Beweissicherung einschließlich der Auferlegung etwaiger Prüf- und Nachweispflichten werden als zulässig erachtet, wenn entsprechende Maßnahmen und Verfahren durch technische Regelwerke (z.B. Aufbruch-RL, ZTV A-StB 12) im Rahmen einer den Regeln der Technik entsprechenden Bauausführung vorgesehen sind. Werden in den Regelwerken verschiedene gleichwertige Prüf- oder Nachweismöglichkeiten genannt und im Rahmen der Nebenbestimmung jedoch eine bestimmte Methode vorgeschrieben, kann dies als unzulässig erachtet werden, wenn es an der Erforderlichkeit oder einem sachbezogenen Grund fehlt, da allgemeine und nicht anlassbezogene Maßnahmen zur Beweissicherung und Bauüberwachung als unzulässig erachtet werden.²⁴

Zulässig soll eine Nebenbestimmung sein, wonach der Nutzungsberechtigte dem Wegebaulastträger anzuzeigen hat, wenn die Fläche insoweit wiederhergestellt ist, damit eine Verdichtungsprüfung durch den Wegebaulastträger erfolgen kann.²⁵

Unzulässig sollen Bestimmungen sein, wonach der Nutzungsberechtigte den Wegebaulastträger bei Ansprüchen Dritter freizustellen hat. Das Gleiche gilt für die Bestimmungen zur Verfahrensweise bei Auftreten von Gewährleistungsfällen, die an die vertraglichen Bestimmungen eines Bauauftrags angelehnt sind. Unzulässig ist

²⁴ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 11.05.2023 – 20 A 3586/20 – zit. n. juris Rdnr. 134 ff., 144.; VG Köln, Urteil vom 13.11.2020 – 9 K 8224/17 – zit. n. juris Rdnr. 141 ff.; VG Arnsberg, Urteil vom 14.12.2010 – 11 K 2837/09 – zit. n. juris Rdnr. 38

²⁵ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 113, 115.

insbesondere die Vorgabe von Gewährleistungsfristen, die von der Verjährungsfrist in § 135 TKG abweichen (z.B. eine fünfjährige Frist im Sinne § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB), und Fristen, innerhalb derer eine Mangelbeseitigung zu erfolgen hat (z.B. Beseitigung eines Mangels innerhalb von 8 Tagen nach dessen Anzeige).²⁶

Unzulässig soll auch die Ausdehnung der Verkehrssicherungspflichten über die Beendigung der Arbeiten hinaus bis zur Übernahme durch den Wegbaulastträger nach Anzeige der Fertigstellung und Vorlage des Abnahmeprotokolls zwischen Nutzungsberechtigtem und der bauausführenden Firma sein.²⁷

Auch Regelungen zur Tragung von Mehrkosten infolge stillgelegter Telekommunikationslinien wurden bereits als unzulässig erachtet.²⁸

10. Dürfen mit den Nebenbestimmungen Vorgaben zur Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung von für die Bauausführung beauftragte Nachunternehmer gemacht werden?

Nebenbestimmungen, die Vorgaben zur Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung der für die vom Nutzungsberechtigten zur Bauausführung beauftragten Unternehmen machen, werden in der Rechtsprechung als unzulässig erachtet, da bereits im Rahmen der Übertragung der Nutzungsberechtigung gemäß § 125 Abs. 3 TKG durch die Bundesnetzagentur die Eignung des Nutzungsberechtigten geprüft wird.²⁹ Wie sich aus den auf der Internetseite der Bundesnetzagentur abrufbaren Unterlagen³⁰ zur Beantragung der Übertragung der Nutzungsberechtigung ergibt, müssen Nutzberechtigte eine

²⁶ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 132, 138, 140 ff.; VG Augsburg, Urteil vom 13.02.2013 – Au 4 K 12.1090 – zit. n. juris Rdnr. 35.; VG Aachen, Urteil vom 27.11.2019 – 8 K 4668/17 – zit. n. juris Rdnr. 100 ff.

²⁷ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 11.05.2023 – 20 A 3586/20 – zit. n. juris Rdnr. 124 ff.; VG Aachen, Urteil vom 27.11.2019 – 8 K 4668/17 – zit. n. juris Rdnr. 108; VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 128.

²⁸ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 11.05.2023 – 20 A 3586/20 – zit. n. juris Rdnr. 127 ff.

²⁹ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 11.05.2023 – 20 A 3586/20 – zit. n. juris Rdnr. 113 ff.

³⁰ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Breitband/Wegerecht/AntragsformularPDF.pdf.jsessionid=AA3E3C191E3864E6DB98C633C198BF1B?__blob=publicationFile&v=4

Verpflichtungserklärung abgeben, wonach nur solche Unternehmen beauftragt werden, die über die entsprechende Fachkunde und Eignung verfügen.

Das Telekommunikationsunternehmen ist nicht verpflichtet, die Verpflichtungserklärungen, die es gegenüber der Bundesnetzagentur abgegeben hat, dem Straßenbaulastträger vorzulegen. Ein Antrag auf Nutzung der Straße ohne Vorlage der Erklärungen ist nicht als unvollständig im Sinne des § 127 Abs. 3 Satz 1 TKG anzusehen. Denn die Prüfung der Zuverlässigkeit des Telekommunikationsunternehmens obliegt ausschließlich und abschließend der Bundesnetzagentur gemäß § 125 Abs. 3 TKG. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur zur Übertragung der Nutzungsberechtigung ist für den Straßenbaulastträger verbindlich. Der Straßenbaulastträger kann bei seiner Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG die Nutzungsberechtigung des Telekommunikationsunternehmens nicht seinerseits überprüfen. Insbesondere darf der Straßenbaulastträger nicht die Zustimmung verweigern, weil das Telekommunikationsunternehmen aus seiner Sicht die Nutzungsberechtigung nicht hätte übertragen bekommen dürfen. Das Telekommunikationsgesetz sieht bewusst zwei getrennte Verfahren vor: Über die generelle Nutzungsberechtigung von Telekommunikationsunternehmen entscheidet die Bundesnetzagentur, nicht jede Kommune einzeln.

Der Straßenbaulastträger kann daher dem Telekommunikationsunternehmen nicht im Wege einer Nebenbestimmung auferlegen, die Verpflichtungserklärungen vorzulegen, die es gegenüber der Bundesnetzagentur abgegeben hat. Der Straßenbaulastträger könnte selbst dann, wenn er zutreffend erkannt hat, dass die Bundesnetzagentur die Nutzungsberechtigung zu Unrecht übertragen hat, die Zustimmung nicht aus diesem Grund zurücknehmen oder widerrufen, solange nicht auch die Bundesnetzagentur die Übertragung aufgehoben hat. Das ist die zwingende Folge des vom Telekommunikationsgesetzes vorgesehenen zweistufigen Verfahrens.

Eine Rücknahme bzw. – in erster Linie – ein Widerruf der Zustimmung kommt nur unter den Voraussetzungen der §§ 116, 117 LVwG (§§ 48, 49 VwVfG) in Betracht (siehe unten, Frage B 2).

11. Dürfen mit den Nebenbestimmungen zur Dokumentation Vorgaben zu einer beweissichernden Dokumentation vor und während der Bauausführung gemacht werden?

Wie vorstehend bei Frage 9 dargelegt, sind Nebenbestimmungen zur Durchführung von Zustandsfeststellungen vor und nach Durchführung der Baumaßnahmen sowie solche Maßnahmen zulässig, die darauf abzielen, dass der Wegebauastträger die ordnungsgemäße Bauausführung überprüfen kann. Die Grenzen der Zulässigkeit dürften jedoch erreicht sein, wenn Maßnahmen wie die Prüfung und Dokumentation der durchgeführten Arbeiten einschließlich der damit einhergehenden Kosten gänzlich und ohne Anlass auf den Nutzungsberechtigten übertragen werden und nach den allgemeinen Regeln der Technik zur ordnungsgemäßen Durchführung von Straßenbauarbeiten nicht explizit vorgesehen sind, sondern in erster Linie oder ausschließlich der Beweissicherung zwecks Durchsetzung von Ansprüchen des Wegebauastträgers dienen.

12. Kann eine Kommune vor Bauausführung für etwaige Beschädigungen oder Mängel an den in Anspruch genommenen Flächen eine Sicherheit verlangen?

§ 127 Abs. 8 S. 3 TKG regelt, dass die Zustimmung von der Stellung einer angemessenen Sicherheit abhängig gemacht werden kann. Die Zustimmung steht dann unter der aufschiebenden Bedingung, dass eine Sicherheit gestellt wird.

Die Sicherheit soll die in § 129 Abs. 3 TKG geregelten Ansprüche des Wegebauastträgers auf Instandhaltung der in Anspruch genommenen Flächen sowie auf Schadensersatz für durch die Arbeiten an den Telekommunikationslinien entstandenen Schäden absichern. Da § 127 Abs. 8 S. 3 TKG keine weitere Differenzierung vornimmt, ist davon auszugehen, dass diese auch verlangt werden kann, wenn der Wegebauastträger die in Anspruch genommenen Flächen gemäß § 129 Abs. 3 TKG wiederherstellt, sodass der Auslagenerstattungsanspruch des Wegebauastträgers nach § 129 Abs. 3 S. 2 TKG abgesichert wird.

Angemessen soll eine Sicherheitsleistung in maximaler Höhe der Kosten sein, die voraussichtlich für die Instandsetzung der Verkehrswege während der Bauphase nötig sind. Hinsichtlich der Art der Sicherheit kommt insbesondere die Stellung einer

Bankbürgschaft in Betracht.³¹ Grundsätzlich ist jedoch auch denkbar, dass die Sicherheit in einer anderen in § 232 Abs. 1 BGB genannten Form unter Beachtung der jeweils in §§ 232 ff. BGB geregelten Voraussetzungen gestellt wird.

Da § 127 Abs. 8 S. 3 TKG anders als beispielsweise § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B den Zeitpunkt der Rückgabe der Sicherheit nicht explizit regelt, kommt eine Rückgabe nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Sicherungszweck weggefallen ist. Die Hauptschuld, die vorliegend gesichert werden soll, dürfte insbesondere die in § 129 Abs. 3 TKG enthaltene Verpflichtung zur Instandsetzung der in Anspruch genommenen Flächen sein. Die Verpflichtung erlischt grundsätzlich, wenn die Instandsetzungsarbeiten mangelfrei erbracht worden sind. Soweit bei Abschluss der Arbeiten Mängel festgestellt werden, sollte der Standpunkt eingenommen werden, dass der Anspruch auf Instandsetzung in Höhe der Kosten der Mangelbeseitigung noch nicht erloschen ist und damit auch insoweit ein Anspruch auf Herausgabe der Sicherheit mangels Erfüllung noch nicht besteht. Ob und inwieweit möglicherweise vor einer Rückgabe der gesamten Sicherheit eine Teilfreigabe in Betracht kommt, soweit Ansprüche aus § 129 Abs. 3 TKG nicht mehr bestehen, bedarf einer Prüfung im Einzelfall.

13. Können über die Erteilung der Zustimmung samt Nebenbestimmungen hinaus vertragliche Vereinbarungen zwischen Wegbaulastträger und Kommune getroffen werden?

Die Erteilung der Zustimmung kann anstelle eines Verwaltungsaktes in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgen. Gemäß § 124 LVwG bedarf der öffentlich-rechtliche Vertrag der Schriftform. Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist der Vertrag nach § 126 Abs. 1 LVwG in Verbindung mit § 125 BGB nichtig. Auch beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist der Handlungsspielraum allerdings begrenzt. Da der Nutzungsberechtigte bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung hat, kann sich der Wegbaulastträger auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nur das als Gegenleistung des Nutzungsberechtigten versprechen lassen, was er einem Verwaltungsakt als Nebenbestimmung beigegeben dürfte (§ 123 Abs. 2 LVwG bzw. entsprechend § 56 Abs. 2 VwVfG).

³¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 09.01.2004, Drucksache 15/2316, S. 119.

Die Möglichkeit zur Bestimmung weitergehender Pflichten des Nutzungsberechtigten bestünde lediglich, wenn der Wegebauastträger seinerseits über die Erteilung der Zustimmung hinaus substanzielle Verpflichtungen übernimmt, im Gegenzug zu denen der Nutzungsberechtigte Leistungen erbringt, die über das hinausgehen, was als Nebenbestimmung festgelegt werden dürfte. Der Umfang muss einer Prüfung im Einzelfall vorbehalten bleiben.

14. Können Kommunen verlangen, Baumaßnahmen zur Wiederherstellung der in Anspruch genommenen Flächen selbst auf Kosten des Nutzungsberechtigten auszuführen, um eine ordnungsgemäße Instandsetzung der Oberflächen sicherstellen zu können?

Eine entsprechende Regelung findet sich in § 129 Abs. 3 TKG. Danach hat der Nutzungsberechtigte den Verkehrsweg unverzüglich nach Beendigung der Arbeiten an den Telekommunikationslinien wieder instand zu setzen, sofern nicht der Wegebauastträger erklärt, die Instandsetzung selbst vornehmen zu wollen. In diesem Fall hat der Nutzungsberechtigte dem Wegebauastträger die Auslagen für die von ihm vorgenommene Instandsetzung zu erstatten.

Es handelt sich hierbei um ein Wahlrecht des Wegebauastträgers, das einseitig ausgeübt werden kann. Durch § 129 Abs. 3 TKG wird nicht ausdrücklich geregelt, bis zu welchem Zeitpunkt die Ausübung des Wahlrechts möglich sein soll. Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen wird jedoch angenommen, dass das Wahlrecht bis kurz vor Beginn der Instandsetzungsarbeiten, jedoch nicht mehr nach deren Beginn ausgeübt werden kann. Sofern ein Nutzungsberechtigter bereits zu einem früheren Zeitpunkt Klarheit benötigt, soll es ihm unbenommen bleiben, sich beim Wegebauastträger entsprechend zu erkundigen.

Soweit der Wegebauastträger sein Wahlrecht ausübt und die Flächen instand setzt, entsteht gemäß § 129 Abs. 3 S. 2 TKG ein Auslagenerstattungsanspruch. Dieser Anspruch umfasst die Erstattung der Auslagen, die vom Nutzungsberechtigten bei der eigenen Instandsetzung aufzuwenden gewesen wären. Beauftragt der Wegebauastträger einen Dritten mit den erforderlichen Arbeiten, gehören zu den Auslagen die von dem Dritten in Rechnung gestellten Kosten. Erledigt der Wegebauastträger die Wiederherstellung mit eigenen Mitteln, sind derartige Eigenkosten des Wegebauastträgers

nach Stundensätzen zu vergüten. Nicht erstattungsfähig sind demgegenüber Kosten für begleitende Verwaltungskosten einschließlich der Kosten der Bauüberwachung.³² Ebenso sollen Kosten für Verbesserungen gegenüber dem vorherigen Zustand nicht erstattungsfähig sein.

Der Auslagenerstattungsanspruch kann gemäß § 129 Abs. 4 TKG durch Verwaltungsakt geltend gemacht und durchgesetzt werden.

15. Welche Handlungsmöglichkeiten hat eine Kommune, wenn mit der Verlegung von Telekommunikationslinien ohne Zustimmung begonnen wird?

Beginnt der Nutzungsberechtigte mit der Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien, ohne dass die schriftliche oder elektronische Zustimmung des Trägers der Wegebaulast vorliegt, liegt eine unerlaubte Sondernutzung der Straße vor³³, gegen die der Wegebaulastträger nach § 21 Abs. 7 StrWG mit einer Untersagungs- oder Unterlassungsverfügung vorgehen kann. Eine Untersagungsverfügung und eine Unterlassungsverfügung sind allerdings nur dann verhältnismäßig, wenn die Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien auch materiell rechtswidrig ist, also insbesondere die Erteilung einer Zustimmung nicht in Betracht kommt.

Kommt der Pflichtige der Untersagung nicht nach, kann die Untersagungsverfügung mit den allgemeinen Mitteln des Verwaltungszwangs (§§ 228 ff. LVwG) durchgesetzt werden. § 21 Abs. 7 S. 2 StrWG erleichtert dabei die Möglichkeit einer Ersatzvornahme. Ist eine Untersagungs- oder Unterlassungsverfügung nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich oder nicht erfolgversprechend, kann der Träger der Straßenbaulast den rechtswidrigen Zustand auf Kosten des Pflichtigen nach § 238 LVwG beseitigen oder beseitigen lassen, ohne dass es weiterer Voraussetzungen (insbesondere Androhung und Kostenvoranschlag, § 236 Abs. 1 und 6 LVwG) bedarf.

³² VG Düsseldorf, Urteil vom 09.01.2020 – 16 K 3683 – zit. n. juris Rdnr. 21 ff.

³³ Stelkens, in: TKG-Wegerecht, 1. Auflage 2010, § 68 Rdnr. 183.

16. Dürfen für die Erteilung der Zustimmung Verwaltungsgebühren erhoben werden?

Gemäß § 223 Abs. 4 TKG können Wegebauasträger in ihrem Zuständigkeitsbereich Regelungen erlassen, nach denen die Verwaltungskosten abdeckende Gebühren und Auslagen für die Erteilung von Zustimmungsbescheiden nach § 127 Abs. 1 TKG erhoben werden können. Alternativ ist eine Pauschalierung zulässig.

Es bedarf somit einer Gebührensatzung auf kommunaler Ebene, die die Erhebung einer Verwaltungsgebühr für die Erteilung der Zustimmung vorsieht. Die Höhe der Gebühren beschränkt sich dabei auf die angefallenen Verwaltungskosten und Auslagen. Eine Orientierung der Gebührenhöhe am Vorteil, der mit der Erteilung der Zustimmung einhergeht, ist nicht zulässig. Mit der Gebühr kann der gesamte Verwaltungsaufwand für die Erbringung der Verwaltungsleistung abgedeckt werden, soweit er dem Gebührenschuldner – hier dem Nutzungsberechtigten – individuell zuzurechnen ist. Dazu zählen nicht nur die Kosten für die Erstellung des Zustimmungsbescheides als solcher, sondern auch für weitere Tätigkeiten, die der Wegebauasträger erbringt, um den Zustimmungsbescheid zu erlassen. Ermittelt der Wegebauasträger den Zustand der Oberflächen der in Anspruch zu nehmenden Straßen und fließt diese Zustandsermittlung in eine Nebenbestimmung zur Zustimmung ein, handelt es sich auch insoweit um Verwaltungsaufwand, der gebührenfähig ist.

Zudem wird der Regelung ein abschließender Charakter beigemessen, sodass für die Nutzung öffentlicher Verkehrswege durch die Verlegung von Telekommunikationslinien keine Sondernutzungsgebühren, keine zivilrechtlichen Nutzungsentgelte und auch keine Gebühren oder Entgelte für Baustellenkontrollen im Zusammenhang mit der Verlegung, Errichtung, Reparatur und Wartung von Telekommunikationslinien erhoben werden dürfen.³⁴ Zulässig soll jedoch die Erhebung von Gebühren für straßenverkehrsrechtliche Anordnungen sein.³⁵

³⁴ Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 04.09.2007 – 7 A 10255/07 – zit. n. juris Rdnr. 32 f.; VG Mainz, Urteil vom 22.11.2006 – 6 K 360/06 – zit. n. juris Rdnr. 17.

³⁵ BVerwG, Urteil vom 09.03.2005 – 6 C 8.04 – NVwZ 2005, 821 (zit. n. juris Rdnr. 23 ff.).

B. Handlungsmöglichkeiten während der laufenden Baumaßnahme

1. Welche Handlungsmöglichkeiten bestehen für die Kommune, wenn während der laufenden Baumaßnahme Mängel oder Schäden festgestellt werden?

Die maßgebliche Regelung ist § 129 Abs. 3 TKG. Danach kann ein Wegebauastträger die unverzügliche Instandsetzung der in Anspruch genommenen Flächen nach Beendigung der Arbeiten an den Telekommunikationslinien sowie Schadensersatz für im Zusammenhang mit den Arbeiten entstandene Schäden verlangen.

Der Anspruch auf Instandhaltung bestimmt sich nach dem Umfang der tatsächlichen Benutzung der Flächen. Da die Instandsetzung unverzüglich nach Beendigung der Arbeiten zu erfolgen hat, soll so bald wie möglich mit der Instandsetzung begonnen werden, auch wenn die einzelnen Arbeiten an den Telekommunikationslinien noch andauern.

Jede geringfügige Schlecht- oder Nichterfüllung der Instandsetzungspflicht führt dazu, dass der Instandsetzungsanspruch nicht erlischt und der Wegebauastträger weiterhin eine ordnungsgemäße Instandsetzung verlangen kann.³⁶

Ebenso sollen die Folgen einer mangelhaften Instandsetzung (z.B. Absackungen des Gehwegs aufgrund einer mangelhaften Verfüllung oder Verdichtung) vom Instandhaltungsanspruch umfasst sein und keinen Schadensersatzanspruch begründen. Der Schadensersatzanspruch soll nur solche Nachteile umfassen, die der Wegeunterhaltungspflichtige an seinem Vermögen und seinen sonstigen rechtlich geschützten Rechtsgütern außerhalb des wiederherzustellenden Bereichs eines Verkehrsweges infolge der Arbeiten zur Errichtung oder Änderung von Telekommunikationslinien erleidet. Es müssen gemessen am Umfang der Grundstücksbenutzung „unplanmäßige“ Vermögenseinbußen auftreten.³⁷

Wenn die Instandsetzung nicht oder mangelhaft erfolgt, wird angenommen, dass ein Wegebauastträger dem Nutzungsberechtigten unter entsprechender Anwendung von

³⁶ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.09.1996 – 20 A 5470/95 – zit. n. juris Rdnr. 25.

³⁷ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.09.1996 – 20 A 5470/95 – zit. n. juris Rdnr. 30.

§ 281 Abs. 2 BGB keine Frist zur ordnungsgemäßen Instandsetzung setzen muss, sondern die Instandsetzung im Wege der Selbstvornahme veranlassen kann.³⁸ Allerdings dürften entgegen dieser Sichtweise auch gute Gründe dafürsprechen, dass eine Fristsetzung erforderlich ist. Als sicherer Weg ist zu empfehlen, vor einer etwaigen Selbstvornahme den Nutzungsberechtigten aufzufordern, die mangelhaften Flächen innerhalb einer angemessenen Frist instand zu setzen.

Sofern statt der Geltendmachung eines Instandhaltungsanspruchs ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht kommt, richtet sich dessen Umfang nach den §§ 249 bis 254 BGB.

Neben einem Anspruch auf Schadensersatz gegen den Nutzungsberechtigten aus § 129 Abs. 3 S. 2 TKG kommen ferner deliktische Ansprüche gegen die bauausführende Firma insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

Deliktische Ansprüche oder sonstige zivilrechtliche Ansprüche des Wegebauasträgers gegen den Nutzungsberechtigten sollen nur insoweit in Betracht kommen, wie die Sonderbestimmungen des TKG nicht umgangen werden.

Wenn der Nutzungsberechtigte zur Erteilung der Zustimmung eine Sicherheit geleistet hat, bestünde ferner die Möglichkeit, sich anhand der Sicherheit schadlos zu halten.

³⁸ Stelkens, in: TKG-Wegerecht, 1. Auflage 2010, § 71 Rdnr. 60.

2. Welche Möglichkeiten hat die Kommune bei anhaltender oder wiederholt auftretender und gravierender und nicht mehr zumutbarer mangelhafter Bauausführung? Kann die weitere Bauausführung untersagt werden, bis Abhilfe (z.B. Austausch des bauausführenden Unternehmens) geschaffen wurde?

Bei einer anhaltenden oder wiederholt auftretenden und gravierenden und nicht mehr zumutbaren mangelhaften Bauausführung wäre im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, um die Wirkung der Zustimmung nachträglich entfallen zu lassen. Bei einer Zustimmung durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag kommt eine Kündigung nach § 127 LVwG bzw. § 60 VwVfG in Betracht. Für eine Zustimmung per Verwaltungsakt gelten die Regelungen zum Widerruf und zur Rücknahme in §§ 116, 117 LVwG bzw. §§ 48, 49 VwVfG.

Ist über die Zustimmung durch Verwaltungsakt entschieden worden, wird dieser Verwaltungsakt in den allermeisten Fällen im Ausgangspunkt rechtmäßig gewesen sein, sodass er durch Widerruf gemäß § 117 LVwG bzw. § 49 VwVfG (und nicht durch eine für rechtswidrige Verwaltungsakte vorgesehene Rücknahme, § 116 LVwG bzw. § 48 VwVfG) aufzuheben ist. Die Zustimmung ist ein begünstigender Verwaltungsakt, so dass ein Widerruf die Voraussetzungen des § 117 Abs. 2 LVwG erfüllt sein müssen. Ein Widerruf kommt daher nur in folgenden Fällen in Betracht:

- Der Widerruf ist durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten (§ 117 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LVwG). Durch Rechtsvorschrift zugelassen ist der Widerruf nicht. Einen Widerrufsvorbehalt darf sich der Straßenbaulastträger allerdings nicht vorbehalten (vgl. § 127 Abs. 8 TKG).
- Mit dem Verwaltungsakt ist eine Auflage verbunden und der Begünstigte hat diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt (§ 117 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVwG). Auflagen können sich nach § 127 Abs. 8 TKG unter anderem auf die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie und die dabei zu beachtenden Regeln der Technik sowie auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beziehen. Allerdings müssen auch Nebenbestimmungen über zu

beachtende Regeln der Technik einen Bezug zur Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinien haben und ihrerseits verhältnismäßig sein.³⁹

- Die Behörde wäre aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und ohne den Widerruf würde das öffentliche Interesse gefährdet (§ 117 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LVwG). Danach ist ein Widerruf möglich, wenn sich nach dem Erlass des Verwaltungsakts der Sachverhalt geändert hat und die Behörde berechtigt gewesen wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, wenn der Sachverhalt bereits zur Zeit des Erlasses nicht bestanden hätte.⁴⁰ Die Ausführung der Bauarbeiten ist jedoch eine Folge der Zustimmung. Bei der Zustimmungserteilung ist die konkrete Güte der Bauausführung notwendigerweise unbekannt. Ein Widerruf kommt daher, genau genommen, nur dann in Betracht, wenn im Zuge der Bauausführung Tatsachen bekannt werden, aufgrund derer zu prognostizieren gewesen wäre, dass die Nutzungsberechtigte von vornherein nicht in der Lage gewesen wäre, die Arbeiten den Regeln der Technik entsprechend durchzuführen, so dass auch die Verhängung etwaiger Auflagen sinnlos gewesen wäre. Dass man die Zustimmung „lieber nicht erteilt hätte, wenn man gewusst hätte, wie die Bauarbeiten ausgeführt werden“, genügt dafür nicht. Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalls, ob die Voraussetzungen für einen Widerruf nach § 117 Abs. 3 Nr. 3 LVwG insoweit vorliegen. Hinzukommen muss als Voraussetzung für einen Widerruf, dass ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Dafür muss eine konkrete Gefahr für das öffentliche Interesse bestehen, wenn die Zustimmung aufrechterhalten bleibt. Es muss dafür ein besonderes Schutzgut gefährdet sein, beispielsweise ein Schaden für wichtige Gemeinschaftsgüter drohen, und zur Beseitigung dieser Gefahr muss der Widerruf erforderlich sein.⁴¹ An das Vorliegen dieser Voraussetzung werden hohe Anforderungen gestellt. Ob die mangelhafte Durchführung von Straßenbauarbeiten dafür bereits genügt, ist fraglich. Letztlich wird auch dies sich nur im Einzelfall beurteilen lassen und unter anderem davon abhängen, welchen Umfang die Mängel haben, inwieweit sie reparabel sind und ob der Widerruf der Zustimmung dazu beiträgt, die Vergrößerung des Schadens zu verhindern. Zeigen bei einer

³⁹ VG Düsseldorf, Urteil vom 15.09.2021 – 16 K 3087/19 – zit. n. juris Rdnr. 136 und 159.

⁴⁰ Peuker, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Auflage 2020, § 49 Rdnr. 59.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 24.01.1992 – 7 C 38.90 –, NVwZ 1992, 565 f.; Peuker, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Auflage 2020, § 49 Rdnr. 60.

größeren Maßnahme zur Verlegung von Telekommunikationsleitungen bereits im ersten Bauabschnitt gravierende Mängel und ist abzusehen, dass die Nutzungsberechtigte in den künftigen Bauabschnitten ähnlich mangelbehaftet arbeiten bzw. arbeiten lassen, kann ein Widerruf der Zustimmung sachgerecht sein, um weitere erhebliche Schäden am Straßenkörper und am gesamten Straßennetz zu verhüten. Anders wäre es, wenn die Arbeiten zur Wiederherstellung der Straßenoberfläche bereits – wenn auch mangelhaft – weitgehend durchgeführt worden sind. Dann nämlich lässt sich durch einen Widerruf der Schaden für die Straße nicht mehr beseitigen. Der Widerruf dient nicht als Bestrafung oder Missfallensbekundung.

- Der Widerruf soll schwere Nachteile für das Gemeinwohl verhindern (§ 117 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 LVwG). Dafür müssen solche gewichtigen Gemeinwohlgründe vorliegen, die es – vergleichbar dem Aufopferungsgedanken im Enteignungsrecht – rechtfertigen, dem Widerrufs betroffenen eine bereits erteilte Begünstigung nachträglich wieder zu nehmen.⁴² Diese strengen Voraussetzungen dürften in der Mehrzahl der Fälle nicht erfüllt sein.

Ob die Voraussetzungen für einen Widerruf bei einer nicht den Regeln der Technik entsprechenden Bauausführung erfüllt sind, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu bestimmen. Dazu gehören insbesondere die Nebenbestimmungen zur Zustimmung, die Art und Weise der Bauausführung, die Art und der Umfang der Mängel sowie personelle, materielle und technische Gegebenheiten auf Seiten der Nutzungsberechtigten.

Überdies hat der Straßenbaulastträger über den Widerruf nach Ermessen zu entscheiden. Der Widerruf ist seinerseits ein Verwaltungsakt, den das Telekommunikationsunternehmen mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifen kann. Zudem sind die Vermögensnachteile auszugleichen, die der Berechtigte erleidet, dass er auf den Bestand der Zustimmung vertraut, soweit das Vertrauen schutzwürdig ist (§ 117 Abs. 6 LVwG).

⁴² VGH Mannheim, Urteil vom 03.07.2017 – 5 S 2429/12 –, zit. n. juris Rdnr. 54.

Daneben und stattdessen kommt ein ordnungsrechtliches Einschreiten der unteren Bauaufsichtsbehörde, der Straßenverkehrsbehörde oder der örtlichen Ordnungsbehörde im Rahmen ihrer jeweiligen allgemeinen Zuständigkeiten in Betracht.⁴³ Ist der Wegebaulastträger nicht zugleich Träger dieser Ordnungsbehörden, müsste er dort das ordnungsbehördliche Einschreiten beantragen. Einen Anspruch darauf hat er nur, wenn die Nutzungsberechtigte und die von ihr eingeschalteten Unternehmen gegen Rechtsvorschriften verstoßen, die gegenüber dem Wegebaulastträger drittschützende Wirkung entfalten.

3. Kann die Kommune vom Nutzungsberechtigten verlangen, einen aus Sicht der Kommune ungeeignetes Bauunternehmen auszutauschen?

Öffentlich-rechtliche Befugnisse für eine Anordnung, ein „ungeeignetes“ Bauunternehmen auszutauschen, bestehen nicht. Weder der Wegebaulastträger noch eine Ordnungsbehörde kann dem Nutzungsberechtigten aufgeben, eine vertragliche Verbindung zu einem bestimmten Bauunternehmen zu beenden bzw. in eine vertragliche Verbindung zu einem anderen Bauunternehmen einzutreten. Die ordnungsbehördlichen Maßnahmen können lediglich die Bauausführung als solche oder die Ergebnisse der Bauausführung zum Gegenstand haben. Beispielsweise kann, wie soeben dargestellt, die untere Bauaufsichtsbehörde die Einstellung von Baumaßnahmen verhängen. Sie kann aber nicht das auf der Baustelle befindliche Personal auswählen.

4. Kann der Straßenbaulastträger entsprechende Fehlfälle der Bundesnetzagentur anzeigen und um Überprüfung der Nutzungsberechtigung bitten?

Das Telekommunikationsgesetz sieht ein förmliches „Anzeigeverfahren“ – ähnlich der Strafanzeige – nicht vor. Es ist aber ohne Weiteres zulässig, dass der Straßenbaulastträger der Bundesnetzagentur mitteilt, wenn ein Nutzungsberechtigter aus seiner Sicht nicht den Anforderungen an eine Nutzungsberechtigung genügt.

⁴³ VG Köln, Urteil vom 13.11.2020 – 9 K 8224/17 – zit. n. juris Rdnr. 133.

C. Handlungsmöglichkeiten nach Abschluss der Baumaßnahme

1. Müssen die instandgesetzten Flächen vom Wegebausträger abgenommen werden?

Eine Verpflichtung zur rechtlichen Abnahme der instandgesetzten Flächen, wie sie im Werkvertragsrecht nach § 640 BGB zu erfolgen hat, kann den Regelungen des TKG nicht entnommen werden.

In Betracht kommt jedoch eine „technische“ Abnahme bzw. Zustandsfeststellung. Diese kann Gegenstand einer mit der Zustimmung erlassenen Nebenbestimmung sein. Losgelöst davon bietet sich jedoch eine solche Feststellung zum Zustand der Flächen nach Beendigung der Arbeiten und eine schriftliche Fixierung des Ergebnisses der Feststellung in einem gemeinsamen Protokoll an, damit Mängel und Schäden an den Oberflächen frühzeitig erkannt, den Verlegungsarbeiten zugeordnet werden können und eine entsprechende Regulierung in den jeweiligen Verhältnissen (Wegebausträger – Nutzungsberechtigter und Nutzungsberechtigter – Nachunternehmer) erfolgen kann.

2. Wer haftet gegenüber der Kommune für Mängel und Schäden infolge der Bauausführung?

Insoweit gelten die Ausführungen zur Feststellung von Mängeln und Schäden während der Bauausführung gleichermaßen nach Beendigung der Bauausführung (vgl. B 1).

3. Wann verjähren etwaige Ansprüche wegen Mängel und Schäden?

Gemäß § 135 TKG verjähren die sich aus §§ 128 bis 134 TKG ergebenden Ansprüche des Wegebausträgers nach den Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

In erster Linie ist somit die dreijährige Regelverjährungsfrist gemäß § 195 BGB maßgeblich. Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Abweichend können im Einzelfall die gesetzlichen Höchstfristen nach § 199 Abs. 2, Abs. 3 BGB von zehn und dreißig Jahren maßgeblich sein.

Der Instandsetzungsanspruch gemäß § 129 Abs. 3 S. 1 TKG, der auch mangelhafte Instandsetzungen sowie deren Folgen umfassen soll, entsteht mit Beendigung der Arbeiten an den Telekommunikationslinien, da die Instandsetzung ab diesem Zeitpunkt unverzüglich geschuldet ist. Kenntnis vom Instandhaltungsanspruch erlangt der Wegebausträger grundsätzlich ebenfalls in diesem Zeitpunkt, sodass die Verjährungsfrist mit Ablauf des Jahres beginnt, in dem die Arbeiten an den Telekommunikationslinien abgeschlossen wurden. Dies soll auch für mangelhafte Instandsetzung und deren Folgen gelten, auch wenn diese erst zu einem späteren Zeitpunkt (z.B. Feststellung von Absackungen nach Abschluss der Bautätigkeiten) erkannt werden.⁴⁴

Der Beginn der Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch nach § 129 Abs. 3 S. 2 TKG richtet sich danach, wann der Schaden eintritt und der Wegebausträger Kenntnis erlangt.

Sofern der Wegebausträger die Instandsetzung selbst vornimmt, richtet sich die Verjährung des Auslagenerstattungsanspruchs nach § 135 TKG und somit nach der Regelverjährungsfrist. Anknüpfungspunkt für die Entstehung des Anspruchs ist die Vornahme der Instandsetzung, auch wenn in diesem Zeitpunkt noch nicht sämtliche Auslagen und Kosten entstanden sind.

Wenn der Wegebausträger für die Selbstvornahme einen Dritten mit der Instandsetzung auf werkvertraglicher Basis beauftragt, finden insoweit und losgelöst von den Regelungen des TKG die werkvertraglichen Regelungen des BGB und ggf. der VOB/B Anwendung, sodass sich die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen nach der vereinbarten Gewährleistungsfrist bemisst.

⁴⁴ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 19.09.1996 – 20 A 5470/95 – zit. n. juris Rdnr. 25, 31; andere Ansicht Stelkens, in: TKG-Wegerecht, 1. Auflage 2010, § 71 Rdnr. 66, wonach Mangelfolgen mangels speziellem Gewährleistungsrecht als Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden können soll.

4. Was passiert mit versteckten Mängeln, die sich erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist bemerkbar machen, z.B. durch Risse oder Absackungen? Können diese noch geltend gemacht werden?

Für versteckte Mängel enthält das Verjährungsrecht keine gesonderten Regelungen, sodass die vorstehenden Ausführungen entsprechend gelten.

5. Welche Dokumentation und Nachweise sind notwendig, um spätere Ansprüche geltend zu machen?

Für den Nachweis eines Mangels oder Schadens gilt wie bei der Feststellung von Mängeln und Schäden im Rahmen eines Werkvertrages, dass diese positiv festgestellt sein müssen. Konkrete Vorgaben, wie der Nachweis zu erbringen ist, bestehen insoweit nicht. Wenn Streit über das Vorliegen eines Mangels oder Schadens besteht, ist davon auszugehen, dass ein mit der Sache befasstes Gericht, im Zweifel Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhebt.

Außergerichtlich kann die Dokumentation eines Mangels oder Schadens durch den Wegebauastträger beispielsweise durch Erstellung von Lichtbildern, durch technische Prüfverfahren (z.B. Durchführung eines Plattendruckversuchs) oder durch Einholung eines privaten Sachverständigengutachtens erfolgen.

Bei Beseitigung eines streitigen Mangels oder Schadens vor einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung können zudem beweissichernde Maßnahmen wie die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gemäß § 98 VwGO i.V.m. § 484 ff. ZPO in Erwägung gezogen werden.

6. Wenn durch Mehraufwendungen in Bauüberwachung, Kontrollen und Abnahmen aufgrund mangelhafter Leistungen in der Vergangenheit den Verwaltungen Mehraufwendungen im Bereich der Personalkosten entstanden sind, können diese gegenüber dem Telekommunikationsunternehmen oder den Nachunternehmen in Rechnung gestellt werden bzw. entsprechende Ansprüche geltend gemacht werden?

Die Erhebung von Gebühren für die Überwachung und Begleitung von Straßenaufbrüchen einschließlich der Durchführung einer Abnahme wird von der Rechtsprechung vielfach als unzulässig erachtet (vgl. auch Ziffer A II Frage 16 Fn. 34). Neben dem abschließenden Charakter von § 223 Abs. 4 TKG wird zur Begründung angeführt, dass die genannten Maßnahmen von der Unentgeltlichkeit der Wegebenutzung zwecks Verlegung von Telekommunikationsleitungen umfasst sind, der Wegebaulastträger die Instandsetzung im Zweifel gemäß § 129 Abs. 3 S. 1 TKG selbst vornehmen kann und die Absicherung und Wahrung eigener Interessen und Rechte zum Aufgabenkreis des Wegebaulastträgers gehört.

Der Straßenbaulastträger kann die Aufwendungen auch nicht auf andere Weise vom Nutzungsberechtigten erheben. Er kann dem Nutzungsberechtigten die Kosten nicht im Wege einer Nebenbestimmung auferlegen. Eine freiwillige Übernahme der Kosten durch den Nutzungsberechtigten ist zwar möglich. Der Straßenbaulastträger hätte aber keinen Anspruch auf die Übernahme dieser Kosten. Der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung würde sogar strafrechtliche Risiken für die handelnden Personen auf Seiten des Straßenbaulastträgers und des Nutzungsberechtigten bergen (§§ 331, 332 StGB).

Eine andere Beurteilung kommt jedoch in Betracht, wenn über die in Anspruch genommenen Flächen hinaus ein Schaden festgestellt wird und der Ursachenzusammenhang zu den Arbeiten an den Telekommunikationslinien mittels eines Sachverständigen festgestellt werden muss. Derartige Sachverständigenkosten stellen als Rechtsverfolgungskosten einen ersatzfähigen Schaden im Sinne von § 249 BGB dar.

7. Wie läuft die prozessuale Durchsetzung von Ansprüchen ab?

Gemäß § 129 Abs. 4 TKG kann die Durchsetzung von Ansprüchen nach § 129 Abs. 3 TKG durch schriftlichen Verwaltungsakt erfolgen. Dieser Verwaltungsakt kann seinerseits im Wege des Verwaltungszwangs (§§ 228 ff. LVwG) z.B. mit Zwangsgeld oder Ersatzvornahme durchgesetzt werden.

D. Handlungsmöglichkeiten bei Folgebaumaßnahmen

1. Können weitere Zustimmungen nach § 127 TKG verweigert werden, wenn zu befürchten ist, dass zu mangelhaften Bauausführungen und Schäden kommt?

Das Recht, die Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG zu verweigern, wenn zu befürchten ist, dass es zu mangelhaften Bauausführungen und Schäden kommt, ist zwar nicht explizit vorgesehen. Gleichwohl sprechen sich Stimmen in Literatur und Rechtsprechung dafür aus, dass die Zustimmung abgelehnt werden kann, wenn erkennbar ist, dass der Nutzungsberechtigte generell nicht bereit oder in der Lage ist, die vom Wegebaulastträger für erforderlich gehaltenen und rechtmäßigen Nebenbestimmungen bei der Durchführung der Maßnahme zu befolgen.⁴⁵

2. Können weitere Zustimmungen nach § 127 TKG verweigert werden, bis die Mängel an bereits vorgenommenen Leistungen vollständig beseitigt worden sind?

Anknüpfend an den vorstehend beschriebenen Fall ist festzustellen, dass das Inaus-sichtstellen einer Zustimmung unter der Bedingung, dass ein Nutzungsberechtigter zeigt, zur ordnungsgemäßen Instandsetzung bereit und in der Lage zu sein, indem bei den bereits in Anspruch genommenen Bereichen eine Mangelbeseitigung und ordnungsgemäße Herstellung erfolgt, ein milderer Mittel gegenüber einer umgehenden Verweigerung der Zustimmung darstellt. Wenn die umgehende Verweigerung möglich ist, ist es nur konsequent, wenn es ebenfalls möglich ist, die Zustimmung an die Bedingung zu knüpfen, seine Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Instandsetzung zu zeigen.

Dieses FAQ wurde erstellt durch:

Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau-
und Architektenrecht

Dr. Bernd Hoefler
Rechtsanwalt

Dr. Bastian Heuer
Rechtsanwalt

⁴⁵ VG Augsburg, Urteil vom 13.02.2013 – Au 4 K 12.1090 – zit. n. juris Rdnr. 29; Stelkens, TKG-We-gerecht §§ 68-77 TKG, 1.Auflage 2010, § 68 Rdnr. 211