

1. Die Zustimmung zur Verlegung einer Telekommunikationslinie nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 kann nicht mit einer Nebenbestimmung verbunden werden, die personenbezogene Anforderungen an die Fachkunde der mit der Verlegung beauftragten Unternehmen aufstellt.

2. Nebenbestimmungen nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 dürfen nicht darauf gerichtet sein, die rechtliche Verantwortung des Nutzungsberechtigten abweichend vom gesetzlichen Regelungssystem auszugestalten und zu erweitern.

3. Die nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 geschuldete Instandsetzung des Verkehrswegs umfasst nur die Wiederherstellung des vorherigen, vor Beginn der Arbeiten bestehenden Zustands.

OVG NRW, Urteil vom 11.5.2023 - 20 A 3586/20 -;
I. Instanz: VG Köln - 9 K 8224/17 -.

Im Zusammenhang mit der Erschließung eines Neubaugebiets beantragte die Klägerin beim Beklagten dessen Zustimmung für Baumaßnahmen zur Verlegung von unterirdischen Telekommunikationsleitungen. Mit Bescheid vom 2.5.2017 erteilte der Beklagte die Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG 2004 zur Verlegung eines Rohres in grabenloser Bauweise verbunden mit näheren Bestimmungen zur konkreten Durchführung der Baumaßnahmen, wobei er insbesondere auch das im Anhang befindliche "Datenblatt" samt dort enthaltener Auflagen, das "Musterblatt zur Wiederherstellung bituminöser Befestigungen" und das "Merkblatt für die Behandlung stillgelegter Anlagen/-teile" zum Bestandteil des Bescheids erklärte.

In der Bescheidbegründung führte der Beklagte aus: Die Nebenbestimmungen im Sinn von § 68 Abs. 3 TKG 2004 seien diskriminierungsfrei gestaltet und genügten dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bei Beachtung der Maßgaben werde den Erfordernissen aus § 68 Abs. 1 und 2 TKG 2004 entsprochen, den Widmungszweck der Verkehrswege nicht dauernd zu beschränken und bei Errichtung und Unterhaltung der Telekommunikationslinien die Anforderungen der Sicherheit und Ordnung sowie die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten.

Mit ihrer dagegen erhobenen Klage hat die Klägerin einzelne Nebenbestimmungen angegriffen und beantragt, den Bescheid vom 2.5.2017 aufzuheben, soweit er Nebenbestimmungen enthält, nach denen

1. gemäß Nr. II des Bescheids Tiefbauarbeiten ausschließlich von Firmen mit gültiger Handwerkerkarte durchzuführen sind und eine Kopie der Handwerkerkarte dem Beklagten unverzüglich nach Bescheiderteilung, spätestens vor Beginn der Arbeiten, vorzulegen ist,
2. gemäß Nr. V des Bescheids der Aufbruch erst verschlossen werden darf, wenn die Verdichtung der Aufbruchverfüllung im Beisein eines Mitarbeiters der Straßenbauverwaltung geprüft worden ist, ferner bei einer Längsverlegung alle 15 m eine Rammsondierung vorzunehmen ist und auf Verlangen der Straßenbauverwaltung die Einhaltung der geforderten Einbaudicken zulasten des Berechtigten durch Bohrkerne nachzuweisen ist, wobei die Bohrkerne, deren Bohrstellen ein Vertreter der Straßenbauverwaltung bestimmt, in dessen Anwesenheit zu entnehmen und zu protokollieren sind,
3. gemäß Nr. V des Bescheids die Mindesttragfähigkeit auf Fahrbahnen einen Ev2-Wert von 120 MN/m² und auf allen anderen Verkehrsflächen einen Ev2-Wert von 100 MN/m² zu betragen hat,
4. gemäß Nr. VI des Bescheids die Fertigstellung der Bauarbeiten anzuzeigen ist, das Protokoll der Bauabnahme "zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer" mit Angaben gemäß Protokoll zur Fertigstellungsanzeige vorzulegen ist und erst daraufhin die "Übernahme der Verkehrssicherungspflicht" durch den Beklagten erfolgt,
5. gemäß Datenblatt zum Bescheid - "Besondere Einrichtungen und Maßnahmen" - die Verfüllung der Baugrube und die Wiederherstellung der Straßenbefestigung dergestalt vorzunehmen sind, dass der Oberbau von bituminösen Straßen- und Wegebefestigungen unabhängig von einem geringeren Bestand mit einem Mindestaufbau gemäß RStO 01 herzustellen ist, und gemäß Musterblatt bei Fahrbahnbefestigungen 4 cm Binderschicht, 14 cm bituminöse Tragschicht und 33 cm Frostschuttschicht bzw. bei Rad- und Gehwegbefestigungen 19,5 cm Frostschuttschicht einzubringen sind,
6. gemäß Nr. 5 des "Merkblattes für die Behandlung stillgelegter Anlagen/teile" Mehraufwendungen, die dem Beklagten bei späteren Baumaßnahmen entstehen, in voller Höhe inklusive der gültigen Mehrwertsteuer binnen vier Wochen vom Antragsteller zu übernehmen sind.

Das VG hat die Klage als unzulässig abgewiesen, soweit sich die Klägerin mit ihren Klageanträgen zu 3. und zu 5. gegen solche in Nr. V des Bescheids sowie in Nr. II

i. V. m. dem Datenblatt enthaltenen Regelungen gewandt hat, die technische Anforderungen an den Wiederaufbau von Straßen bzw. Fahrbahnen stellen. Insoweit fehle der Klägerin das Rechtsschutzbedürfnis, weil die streitgegenständliche Baumaßnahme mittels Bohrungen lediglich in den Gehweg durchgeführt werden solle. Im Übrigen hat das VG der Klage stattgegeben und festgestellt, dass die betreffenden Regelungen in dem Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 2.5.2017 von der Befugnis zum Erlass von Nebenbestimmungen nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 nicht gedeckt seien. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet. Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist nur der stattgebende Teil des verwaltungsgerichtlichen Urteils.

Soweit das VG die von der Klägerin angefochtenen Nebenbestimmungen zum Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 2.5.2017 aufgehoben hat, hat die Klage Erfolg.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Die Anfechtungsklage ist die statthafte Klageart.

a) Die angefochtenen Nebenbestimmungen zum Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 2.5.2017 sind selbständig anfechtbar. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts, einschließlich der Auflage, die Anfechtungsklage statthaft. Ob diese zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Dies ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 31.1.2019 - 8 B 10.18 -, juris, Rn. 5, sowie Urteile vom 17.10.2012 - 4 C 5.11 -, BVerwGE 144, 341, juris, Rn. 5, vom 19.11.2009 - 3 C 10.09 -, juris, Rn. 12, vom 21.6.2007 - 3 C 39.06 -, juris, Rn. 20, und vom 22.11.2000 - 11 C 2.00 -, BVerwGE 112, 221, juris, Rn. 25, jeweils m. w. N.

Die isolierte Aufhebbarkeit der angefochtenen Nebenbestimmungen zum Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 2.5.2017 scheidet nicht offenkundig von vornherein aus. Die Zustimmung zur Verlegung von Telekommunikationslinien kann vom Träger der Wegebaukosten nach § 68 Abs. 3 TKG 2004 grundsätzlich auch ohne Nebenbestimmungen ausgesprochen werden.

b) Bei sämtlichen von der Klägerin angefochtenen Bestimmungen in dem Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 2.5.2017 handelt es sich um Nebenbestimmungen mit selbständigem Regelungscharakter.

Der Beklagte weist nicht nur auf die Rechtslage hin, sondern formuliert jeweils konkrete Verpflichtungen, die von der Klägerin in Zusammenhang mit der von ihr beabsichtigten Verlegung der Telekommunikationslinie zu erfüllen sind. Nach dem entsprechend §§ 133, 157 BGB maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont sollen damit gegenüber den gesetzlichen Regelungen in § 68 Abs. 2 und § 71 TKG 2004 selbständige, im Weg der Verwaltungsvollstreckung durchsetzbare Verpflichtungen begründet werden.

Dies gilt auch, soweit der Beklagte in dem mit dem Klageantrag zu 5. angefochtenen Datenblatt auf den Mindestaufbau gemäß RStO 01 Bezug nimmt, in Nr. V des Bescheids bestimmte Mindesttragfähigkeitswerte benennt und im Merkblatt für die Behandlung stillgelegter Anlagen und Anlagenteile eine Kostenübernahmepflicht festlegt. Auch insoweit werden der Klägerin konkret umschriebene Pflichten auferlegt und nicht lediglich Hinweise auf gesetzliche Vorgaben erteilt.

Soweit der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren erklärt hat, den in Nr. V enthaltenen Mindesttragfähigkeitswerten solle kein eigenständiger Regelungsgehalt zukommen und es handele sich bei der im Merkblatt aufgeführten Kostenübernahmepflicht nur um einen Hinweis mit informativen Charakter, lässt dies weder nachträglich den nach dem objektiven Empfängerhorizont bestehenden Regelungscharakter noch das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin entfallen. Denn der Beklagte hat nicht erklärt, die genannten Bestimmungen aufzuheben, und auch nicht verbindlich zugesichert, sie nicht zu vollstrecken oder der Klägerin nicht in anderer Form entgegenzuhalten. Vielmehr hat er den fehlenden Regelungswillen nur als eines von mehreren Argumenten für die Unzulässigkeit und Unbegründetheit der Klage angeführt und sich in der Berufungsbegründung sogar ausdrücklich darauf berufen, dass sämtliche angefochtenen Nebenbestimmungen von § 68 i. V. m. § 71 TKG 2004 gedeckt und rechtmäßig seien.

2. Die Klägerin hat ein Rechtsschutzbedürfnis für die von ihr begehrte Aufhebung der Nebenbestimmungen.

Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin ist nicht deshalb entfallen, weil das betroffene Neubaugebiet mittlerweile bereits über eine andere Telekommunikationslinie angebunden ist. Die Klägerin hat nachvollziehbar dargelegt, die streitgegenständliche Telekommunikationslinie weiterhin verlegen zu wollen, um eine Zweitbindung zu schaffen. Dafür ist sie nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 auf die Zustimmung des Beklagten angewiesen, unabhängig von der Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Verlegung einer weiteren Telekommunikationslinie.

Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren erstmalig vorträgt, aufgrund der beabsichtigten Bauweise müsse die Klägerin Bestimmungen wie die Verpflichtung zur Vornahme von Rammsondierungen nicht beachten, stellt dies ebenfalls nicht das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin in Frage. Nach der Erklärung des Beklagten bleibt bereits unklar, welche konkreten Bestimmungen - abgesehen von der beispielhaft genannten Pflicht zur Vornahme von Rammsondierungen - nicht für die von der Klägerin beabsichtigte Verlegung der Telekommunikationslinie gelten sollen, und auch dem Zustimmungsbescheid vom 2.5.2017 lässt sich dies nicht klar

entnehmen. Im Hinblick auf die begehrte Aufhebung der Bestimmung zur Vornahme von Rammsondierungen in Nr. V des Zustimmungsbescheids vom 2.5.2017 kann der Klägerin das Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls schon deshalb nicht abgesprochen werden, weil der Beklagte die angefochtenen Regelungen in Nr. V des Zustimmungsbescheids vom 2.5.2017 noch im erstinstanzlichen Verfahren insgesamt als rechtmäßig und erforderlich verteidigt hat und auf den ausdrücklichen Einwand der Klägerin, dass eine Überprüfung der Verdichtung mittels Platendruckversuchs ausreichend sei, nicht eingegangen ist.

II. Die Klage ist begründet. Die im Berufungsverfahren noch streitgegenständlichen Nebenbestimmungen zum Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 2.5.2017 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Die mit den Klageanträgen zu 1., 4. und 6. angefochtenen Nebenbestimmungen, die der Klägerin vorschreiben, Tiefbauarbeiten ausschließlich von Firmen mit gültiger Handwerkskarte durchführen zu lassen (dazu 1.), die Verkehrssicherungspflicht nach Fertigstellung der Arbeiten bis zur Übernahme durch den Beklagten zu tragen (dazu 2.) und Mehraufwendungen, die dem Beklagten bei späteren Baumaßnahmen entstehen, zu übernehmen (dazu 3.), finden schon nach ihrem Regelungsgegenstand weder in § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 noch in anderen Vorschriften eine Rechtsgrundlage. Die mit den Klageanträgen zu 2., 3., und 5. angefochtenen Nebenbestimmungen über die bei der Instandsetzung des Verkehrswegs zu befolgenden Prüfungs- und Nachweispflichten (dazu 4.) und die technischen Vorgaben zur Mindesttragfähigkeit und zur Wiederherstellung bituminöser Befestigungen (dazu 5.) sind jedenfalls nach ihrer konkreten Ausgestaltung nicht von § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 gedeckt und rechtswidrig.

1. Die mit dem Klageantrag zu 1. angefochtene Nebenbestimmung, mit der die Klägerin verpflichtet wird, Tiefbauarbeiten ausschließlich von Firmen mit gültiger Handwerkskarte durchführen zu lassen, betrifft keinen nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 zulässigen Regelungsgegenstand (dazu a). Sie kann auch nicht auf

§ 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW gestützt werden (dazu b). Unabhängig davon ist die Nebenbestimmung auch sachlich nicht gerechtfertigt (dazu c).

a) § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 scheidet als Rechtsgrundlage für die mit dem Klageantrag zu 1. angefochtene Nebenbestimmung aus.

Nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 ist für die Verlegung oder die Änderung von Telekommunikationslinien die schriftliche oder elektronische Zustimmung des Trägers der Wegebauast erforderlich. Nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 kann die Zustimmung zur Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien mit Nebenbestimmungen versehen werden, die diskriminierungsfrei zu gestalten sind; die Zustimmung kann außerdem von der Leistung einer angemessenen Sicherheit abhängig gemacht werden. Die Nebenbestimmungen dürfen nur die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, die im Bereich des jeweiligen Wegebauastträgers übliche Dokumentation der Lage der Telekommunikationslinie nach geographischen Koordinaten und die Verkehrssicherungspflichten regeln.

Mit der angefochtenen Nebenbestimmung regelt der Beklagte nicht die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie, sondern begrenzt den Kreis der Unternehmen, die die Klägerin mit den für die Verlegung der Telekommunikationslinie erforderlichen Tiefbauarbeiten beauftragen kann. Eine derartige Nebenbestimmung, mit der die Fachkunde der beauftragten Unternehmen sichergestellt werden soll, ist in § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 nicht vorgesehen. Personenbezogene Anforderungen an die Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit unterscheiden sich von sach- oder tätigkeitsbezogenen Regelungen zur Art und Weise der Errichtung einer Telekommunikationslinie.

Siehe auch VG Düsseldorf, Urteil vom 15.9.2021
- 16 K 3087/19 -, juris, Rn. 146 ff.

Besondere Anforderungen an die Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit stellt der Gesetzgeber bei der Erteilung der Nutzungsberechtigung nach § 69

Abs. 2 Satz 2 TKG 2004. Danach ist einem Eigentümer oder Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen die Berechtigung zur Nutzung öffentlicher Wege nach § 68 Abs. 1 TKG 2004 zu erteilen, wenn er nachweislich fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig ist, Telekommunikationslinien zu errichten und die Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG 2004 vereinbar ist. Eine vergleichbare Bestimmung zur Gewährleistung der Fachkunde und Zuverlässigkeit des Telekommunikationsunternehmens oder der von ihm beauftragten Bauunternehmen findet sich aber in § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 nicht. Dafür gibt es nach der Gesetzessystematik auch keinen Anlass, weil die fachgerechte Ausführung der Tiefbauarbeiten auch durch Nebenbestimmungen zur Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie abgesichert werden kann, die Pflicht zur ordnungsgemäßen Instandsetzung des Verkehrswegs nach Beendigung der Arbeiten an der Telekommunikationslinie nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 unabhängig von etwaigen Nebenbestimmungen nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 besteht und für die beauftragten Unternehmen bereits die allgemeinen gewerbe- und handwerksrechtlichen Anforderungen gelten. Zudem kann der Träger der Wegebaukosten nach § 71 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2, Satz 2 TKG 2004 die Instandsetzung bei Bedarf selbst vornehmen und hat der Nutzungsberechtigte in diesem Fall die entstandenen Auslagen zu vergüten.

Entgegen dem Berufungsvorbringen des Beklagten verletzen die Regelungen in § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 angesichts der in § 71 TKG 2004 ausdrücklich normierten Pflichten zur Rücksichtnahme auf Wegeunterhaltung und Widmungszweck auch nicht die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, zumal die Eigenverantwortlichkeit der Straßenverwaltung und die damit verbundene Aufgabenerfüllung der Gemeinden und Kreise nicht in spezifischer Weise betroffen sind.

Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 7.1.1999 - 2
BvR 929/97 -, juris, Rn. 38 f.

b) Eine Nebenbestimmung zur Fachkunde der beauftragten Tiefbauunternehmen kann daher auch nicht auf § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW gestützt werden, da sie

nicht erforderlich ist, um die gesetzlichen Voraussetzungen der Zustimmungserteilung sicherzustellen.

Vgl. zum Anwendungsbereich des § 36 VwVfG
NRW neben § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004
Stelkens, TKG-Wegerecht, 2010, § 68 TKG
2004, Rn. 255 ff.

c) Unabhängig von der Frage, ob nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 überhaupt Nebenbestimmungen zur Fachkunde und Zuverlässigkeit der mit den konkreten Verlegungsarbeiten beauftragten Unternehmen zulässig sein können, ist die vorliegende Nebenbestimmung, mit der die Klägerin verpflichtet wird, Tiefbauarbeiten ausschließlich von Firmen mit gültiger Handwerkskarte durchführen zu lassen, auch sachlich nicht gerechtfertigt. Sie ist jedenfalls deshalb unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft, weil sie es von vornherein ausschließt, dass die Klägerin die Fachkunde des von ihr ausgewählten Unternehmens auf andere geeignete Weise nachweist. Der Beklagte setzt sich zudem in Widerspruch zu § 1 Abs. 1 und 2 der Handwerksordnung (HwO), wonach die Eintragung in die Handwerksrolle und der Besitz einer Handwerkskarte (§§ 6 ff. HwO) nur für den handwerksmäßigen Betrieb eines Gewerbes erforderlich ist, das in der Anlage A aufgeführt ist. Die Durchführung von Tiefbauarbeiten zählt nicht zu den in der Anlage A zu § 1 Abs. 2 HwO aufgeführten zulassungspflichtigen Handwerken, anders als der Straßenbau nach Nr. 5 der Anlage zu § 1 Abs. 2 HwO. Der Beklagte kann jedoch nicht von der Handwerksordnung abweichende Anforderungen an die Berufsausübung stellen und verlangen, dass gewerbliche Tätigkeiten, die nach der Handwerksordnung keine Eintragung in die Handwerksrolle voraussetzen, nur von Unternehmen durchgeführt werden, die in die Handwerksrolle eingetragen sind und eine Handwerkskarte besitzen, weil sie zugleich ein (anderes) zulassungspflichtiges Handwerk betreiben. Die Einhaltung der handwerksrechtlichen Vorgaben kann zudem schon durch die dafür zuständige Ordnungsbehörde sichergestellt werden, die im Einzelfall nach § 16 Abs. 3 HwO die Fortsetzung des Betriebs untersagen kann, wenn er ohne die gemäß § 1 Abs. 1 HwO erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle betrieben wird.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 30.3.1993 - 1 C 26.91 -, juris, Rn. 11 ff., und vom 25.2.1992 - 1 C 27.89 -, juris, Rn. 14 ff.

2. Die mit dem Klageantrag zu 4. angefochtene Nebenbestimmung, mit der die Klägerin verpflichtet wird, die Verkehrssicherungspflicht nach Fertigstellung der Arbeiten bis zur Übernahme durch den Beklagten zu tragen, ist ebenfalls weder von § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 gedeckt noch kann sie auf § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW gestützt werden.

Nach Nr. VI des Zustimmungsbescheids vom 2.5.2017 kann die Übernahme der Verkehrssicherungspflicht durch den Straßenbaulastträger erst erfolgen, wenn die Klägerin die Fertigstellung der Bauarbeiten angezeigt und das Protokoll der Bauabnahme vom beauftragten Unternehmen vorgelegt hat. Der Beklagte regelt damit weder die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie noch die dabei zu beachtenden Verkehrssicherungspflichten im Sinn von § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG 2004, insbesondere formuliert er keine inhaltlichen Anforderungen an die erforderliche Instandsetzung des Verkehrswegs, sondern er versucht, seine zivilrechtliche Haftung gegenüber Dritten zu beschränken, indem er den Rückübergang der Verkehrssicherungspflicht nach Fertigstellung der Bauarbeiten generell, das heißt unabhängig vom konkreten Zustand des Verkehrswegs, von deren "Übernahme" durch den Straßenbaulastträger, also seiner eigenen Willenserklärung abhängig macht. Für diese Bestimmung, mit der die rechtliche Verantwortung der Klägerin im Einzelfall über die bestehenden Pflichten aus §§ 71, 72 TKG 2004 hinaus erweitert werden kann, bietet § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 keine rechtliche Grundlage.

Siehe auch VG Düsseldorf, Urteil vom 15.9.2021 - 16 K 3087/19 -, juris, Rn. 128; VG Aachen, Urteil vom 27.11.2019 - 8 K 4668/17 -, juris, Rn. 108.

Der Beklagte möchte damit nach seinem eigenen Vortrag eine rechtliche Regelung schaffen, die sich an werkvertraglichen Abnahmeverfahren orientiert, wie sie in

§ 12 VOB/B und Nr. 1.8 ZTV-A StB 2012 (Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen und Richtlinien für Aufgrabungen in Verkehrsflächen, Ausgabe 2012) geregelt sind. Bei den vom Beklagten angeführten Vertragsbestimmungen handelt es sich jedoch nicht - wie er geltend macht - um anerkannte Regeln der Technik im Sinn des § 68 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 9 TKG 2004, sondern um vertragliche Bestimmungen zur Abgrenzung der Verantwortungssphären, die auf der freiwilligen Übereinkunft der Vertragsparteien beruhen. Derartige rechtliche Verpflichtungen können zwar einvernehmlich vertraglich vereinbart werden, der Klägerin aber nicht einseitig durch eine mit der Zustimmung nach § 68 Abs. 1 Satz 3 TKG 2004 verbundene Nebenbestimmung auferlegt werden.

Die angefochtene Nebenbestimmung kann dementsprechend auch nicht auf § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW gestützt werden, da sie nicht erforderlich ist, um die gesetzlichen Voraussetzungen der Zustimmungserteilung sicherzustellen.

3. Die mit dem Klageantrag zu 6. angefochtene Nebenbestimmung, mit der die Klägerin verpflichtet wird, Mehraufwendungen, die dem Beklagten bei späteren Baumaßnahmen entstehen, zu übernehmen, ist ebenfalls weder von § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 noch von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW gedeckt.

Die Regelung, die als Nr. 5 des "Merkblatts für die Behandlung stillgelegter Anlagen/-teile" im Fall der vollständigen oder teilweisen Stilllegung der streitgegenständlichen Telekommunikationslinie gelten soll, bestimmt, dass Mehraufwendungen, die dem Beklagten bei späteren Baumaßnahmen entstehen, von der Klägerin binnen vier Wochen in voller Höhe zu übernehmen sind. Nach dem Wortlaut wird damit eine eigenständige, von gesetzlichen Aufwendungsersatzansprüchen unabhängige Rechtsgrundlage für eine Zahlungsverpflichtung geschaffen, von der sich der Beklagte - wie oben ausgeführt - nicht zweifelsfrei distanziert hat. Unabhängig davon, ob die Klägerin materiell-rechtlich im Einzelfall zur Kostenübernahme verpflichtet ist, steht es dem Beklagten nicht zu, die Klägerin in pauschaler Form zu verpflichten, in nicht eindeutig bestimmtem Umfang zukünftig möglicherweise entstehende Kosten zu übernehmen

Als Nebenbestimmung zur Zustimmung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 ist die Regelung schon deshalb rechtswidrig, weil der Beklagte damit nicht die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie oder einen anderen der in § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG 2004 genannten Punkte regelt.

Die Regelung ist auch nicht nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW erforderlich, um die gesetzlichen Voraussetzungen der Zustimmungserteilung sicherzustellen.

Unabhängig davon ist die Regelung auch sachlich nicht gerechtfertigt. Selbst wenn der Beklagte auch nach dem TKG 2004 befugt gewesen sein sollte, die Erfüllung der Pflichten der §§ 71, 72 TKG durch Verwaltungsakt geltend zu machen, wie es nunmehr nach § 129 Abs. 4, § 130 Abs. 4 TKG 2021 möglich ist, berechtigt dies ihn nicht, ohne Bezug zu einer konkreten Baumaßnahme vorsorglich Zahlungsverpflichtungen festzusetzen, obwohl noch gar nicht feststeht, ob und in welchem Umfang nach § 71 Abs. 1 TKG 2004 die Unterhaltung des Verkehrswegs erschwert oder nach § 72 Abs. 1 TKG 2004 eine Änderung oder Beseitigung der Telekommunikationslinie erforderlich wird.

Soweit der Beklagte darauf verweist, dass eventuell entstehende Beseitigungskosten ohnehin nach § 72 TKG 2004 von der Klägerin zurückgefordert werden könnten, steht diese Rechtsauffassung zudem im Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerwG zur Vorgängervorschrift des § 53 des Telekommunikationsgesetzes vom 25.7.1996 (TKG 1996). Das BVerwG hat entschieden, dass die Regelung des § 53 Abs. 3 TKG 1996, wonach der Nutzungsberechtigte die nach § 53 Abs. 1 oder 2 TKG 1996 gebotene Änderung oder Beseitigung der Telekommunikationslinie auf seine Kosten zu bewirken hat, es ausschließt, dass der Träger der Wegebaukosten die gebotenen Maßnahmen selbst vornimmt, um seine Aufwendungen anschließend nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückzufordern.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 28.3.2003 - 6 B 22.03 -, juris, Rn. 2 ff.

Für die Nachfolgevorschrift des § 72 TKG 2004 gilt nichts anderes. Die Regelung des § 72 Abs. 3 TKG 2004 verpflichtet den Nutzungsberechtigten grundsätzlich nur

zur Beseitigung seiner Telekommunikationslinie, nicht aber dazu, die Kosten einer vom Träger der Wegebaukosten vorgenommenen Beseitigung zu übernehmen. Ein gesetzlicher Anspruch auf Aufwendungsersatz besteht danach grundsätzlich nur in den Grenzen des § 71 Abs. 2 TKG 2004, wonach der Nutzungsberechtigte dem Unterhaltungspflichtigen diejenigen Kosten zu ersetzen hat, die entstehen, wenn aufgrund der Verlegung einer Telekommunikationslinie die Unterhaltung des betroffenen Verkehrswegs erschwert wird. Der Beklagte ist nicht befugt, diese differenzierte Rechtslage durch Verwaltungsakt zu seinen Gunsten abzuändern und die vermögensrechtlichen Ansprüche mittels Nebenbestimmungen zur Zustimmungserteilung abweichend auszugestalten.

Siehe auch Stelkens, TKG-Wegerecht, 2010,
§ 68 TKG 2004, Rn. 282.

4. Die mit dem Klageantrag zu 2. angefochtenen Bestimmungen in Nr. V des Zustimmungsbescheids vom 2.5.2017 über die bei der Instandsetzung des Verkehrswegs zu befolgenden Prüfungs- und Nachweispflichten sind jedenfalls inhaltlich nicht gerechtfertigt und deshalb rechtswidrig.

Nach Nr. V des Zustimmungsbescheids des Beklagten vom 2.5.2017 darf der Aufbruch erst verschlossen werden, wenn die Verdichtung der Aufbruchverfüllung im Beisein eines Mitarbeiters der Straßenbauverwaltung geprüft worden ist (Abs. 1), wobei bei einer Längsverlegung alle 15 m eine Rammsondierung vorzunehmen ist (Abs. 3) und auf Verlangen der Straßenbauverwaltung die Einhaltung der geforderten Einbaudicken durch Bohrkern nachzuweisen ist, die nach den Vorgaben eines Vertreters der Straßenbauverwaltung in dessen Anwesenheit zu entnehmen sind (Abs. 5).

Es kann vorliegend dahinstehen, ob die der Klägerin damit auferlegten Prüfungs- und Nachweispflichten - wie vom VG angenommen - schon deshalb rechtswidrig sind, weil sie auf eine von der Klägerin nicht geschuldete Beweissicherung zugunsten des Beklagten hinauslaufen, oder ob damit - wie der Beklagte geltend macht - nicht mögliche Schadensersatzansprüche abgesichert, sondern vielmehr die ordnungsgemäße Erfüllung der primären Instandsetzungspflicht nach § 71

Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 sichergestellt werden soll. Grundsätzlich sind auch Vorgaben zur Instandsetzung des Verkehrswegs nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 zugleich Regelungen zur Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie im Sinn von § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG 2004

- vgl. Stelkens, TKG-Wegerecht, 2010, § 68 TKG 2004, Rn. 265, 282 -

und korrespondiert mit dem Recht des Wegebausträgers, dem Nutzungsberechtigten im Rahmen der Zustimmungserteilung bestimmte technische Vorgaben machen zu können, sein Recht, nach erfolgter Verlegung die Einhaltung der Vorgaben zu kontrollieren.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 22.5.2003 - 20 A 2732/01 -, juris, Rn. 2 f.

Die streitgegenständlichen Prüfungs- und Nachweispflichten sind aber jedenfalls deshalb rechtswidrig, weil sie nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen und die Klägerin unverhältnismäßig belasten.

Nach den von dem Beklagten angeführten Bestimmungen in Nrn. 1.6.2.2 und 1.6.2.3 ZTV A-StB 12 hat der von der Klägerin beauftragte Unternehmer zur Prüfung der Verdichtung Eigenüberwachungsprüfungen vorzunehmen und die Klägerin entweder Kontrollprüfungen vorzunehmen oder die ordnungsgemäße Durchführung der Eigenüberwachungsprüfung zu überwachen. Die Bestimmungen der ZTV A-StB 12 schreiben jedoch weder eine Bohrkernentnahme noch Rammsondierungen vor. Eine Bohrkernentnahme ist überhaupt nicht vorgesehen. Die Durchführung von Rammsondierungen wird in Nr. 1.6.2.1.4 ZTV A-StB 12 nur als eines von mehreren möglichen Prüfverfahren genannt. Die Klägerin hat dargelegt, dass der in Nr. 1.6.2.1.3 ZTV A-StB 12 genannte dynamische Plattendruckversuch als Prüfverfahren vorzugswürdig sei, weil bei einer Rammsondierung die Gefahr bestehe, dass Versorgungsleitungen beschädigt würden. Dem ist der Beklagte in der Sache nicht entgegengetreten. Aus welchem Grund abweichend von den ZTV A-

StB 12 eine Verdichtungsprüfung mittels Rammsondierungen oder Bohrkernentnahme erforderlich sein soll, lässt sich dem Zustimmungsbescheid vom 2.5.2017 nicht entnehmen.

Auch die Pflicht, die Verdichtungsprüfungen in Anwesenheit eines Vertreters des Beklagten durchzuführen, findet in den ZTV A-StB 12 keine Grundlage. Vielmehr sind nach Nrn. 1.6.2.2 und 1.6.2.3 ZTV A-StB 12 dem Straßenbaulastträger auf Verlangen lediglich die Prüfprotokolle vorzulegen. Soweit der Beklagte aufgrund der Erfahrungen bei früheren Baumaßnahmen der Klägerin ein Bedürfnis dafür sieht, selbst die Verdichtung oder die ordnungsgemäße Durchführung der Verdichtungsprüfung zu kontrollieren, mag es zulässig sein, die Klägerin daneben zur Sicherstellung dieser Kontrolle zu verpflichten, die Prüffähigkeit der Fläche oder den Zeitpunkt der Eigenüberwachungsprüfungen anzuzeigen.

Vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 15.9.2021
- 16 K 3087/19 -, juris, Rn. 113 ff.

Die Klägerin macht aber mit Recht geltend, dass sie unverhältnismäßig belastet wird, wenn der Beklagte auf den zeitlichen Ablauf der Baumaßnahmen Einfluss nimmt, indem er bestimmt, dass Aufbrüche erst nach seiner Freigabe verschlossen werden dürfen. Dem Beklagten steht es nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 und § 129 Abs. 3 Satz 1 TKG 2021 frei, die Instandsetzung des Verkehrswegs selbst vorzunehmen, und er kann die Verpflichtung der Klägerin zur ordnungsgemäßen Instandsetzung jedenfalls nach § 129 Abs. 4 TKG 2021 nunmehr gegenüber der Klägerin auch durch Verwaltungsakt durchsetzen. Die Vorschrift des § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG 2004 bietet aber keine Grundlage dafür, der Klägerin zur Erleichterung der Bauüberwachung vorsorglich ohne konkreten Anlass vorzuschreiben, dass bestimmte Arbeiten nur mit Billigung des Beklagten durchgeführt werden dürfen. Damit würde die Berechtigung der Klägerin zur Vornahme der für die Verlegung der Telekommunikationslinie erforderlichen Arbeiten entgegen § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 im Ergebnis von weiteren Zustimmungserklärungen des Beklagten abhängig gemacht.

Vgl. zu ähnlichen Regelungen VG Düsseldorf,
Urteil vom 15.9.2021 - 16 K 3087/19 -, juris,
Rn. 94 ff.; VG Aachen, Urteil vom 27.11.2019 - 8
K 4668/17 -, juris, Rn. 111 ff.

Vorliegend kommt hinzu, dass die betreffenden Nebenbestimmungen auch gegen das Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG NRW verstoßen, weil noch nicht einmal klar geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Beklagte berechtigt sein soll, die Entnahme von Bohrkernen vorzuschreiben oder den Zeitpunkt der Verdichtungsprüfungen zu bestimmen.

5. Die mit den Klageanträgen zu 3. und 5. angefochtenen Nebenbestimmungen über die bei der Aufbruchverfüllung zu erreichenden Mindesttragfähigkeitswerte und die bei der Wiederherstellung der Gehwegbefestigung zu beachtenden technischen Bestimmungen sind ebenfalls nicht von § 68 Abs. 3 Satz 1 Satz 8 und 9 TKG 2004 gedeckt, weil sie nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen und jedenfalls nicht in hinreichend bestimmter Form geregelt ist, wann von den in diesen Bestimmungen festgelegten Vorgaben abgewichen werden kann.

Als Bestimmungen zu den bei der Errichtung der Telekommunikationslinie zu beachtenden Regeln der Technik beziehen sich die streitgegenständlichen Vorgaben zur Mindesttragfähigkeit der Aufbruchverfüllung und zur Wiederherstellung der Gehwegbefestigung grundsätzlich auf einen nach § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG 2004 zulässigen Regelungsgegenstand. Der Beklagte weicht mit seinen Vorgaben jedoch von den anerkannten Regeln der Technik ab und stellt Anforderungen auf, die über die von der Klägerin nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 geschuldete Instandsetzung des Verkehrswegs hinausgehen.

Die in Nr. V des Zustimmungsbescheids vom 2.5.2017 genannten Mindesttragfähigkeitswerte entsprechen den Werten in Nr. 4.5.2 der ZTV E-StB 09 (Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen und Richtlinien für Erdarbeiten im Straßenbau, Ausgabe 2009) und Nr. 2.2.4.2 der ZTV SoB-StB 04 (Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen und Richtlinien für den Bau von Schichten ohne Bindemittel im

Straßenbau, Ausgabe 2004/Fassung 2007). Das in Nr. II des Zustimmungsbescheids in Bezug genommene Datenblatt verweist für die Wiederherstellung der Gehwegbefestigung ausdrücklich auf den "Mindestaufbau gemäß RStO 01" (Richtlinien für die Standardisierung des Oberbaus von Verkehrsflächen, Ausgabe 2001), was nach den Erklärungen des Beklagten im gerichtlichen Verfahren als Verweis auf die neueren RStO 12 (Richtlinien für die Standardisierung des Oberbaus von Verkehrsflächen, Ausgabe 2012) verstanden werden soll.

Diese allgemein für den Straßenbau geltenden Regelwerke sind vorliegend allerdings nicht uneingeschränkt anwendbar, da sich - wie auch der Beklagte einräumt - bei Aufgrabungen in Verkehrsflächen die anschließende Instandsetzung des Verkehrswegs vorrangig am vorgefundenen Altbestand zu orientieren hat, um eine gleichmäßige Druckfestigkeit des Straßenuntergrundes und Straßenoberbaus sicherzustellen und ein ungleichmäßiges Absenken des Verkehrswegs zu verhindern. Dementsprechend ist auch nach der insoweit einschlägigen Nr. 5 der ZTV A-StB 12 der Oberbau der aufgegrabenen Verkehrsfläche grundsätzlich so wiederherzustellen, dass er dem ursprünglichen Zustand technisch gleichwertig ist (Abs. 1). Nur wenn die Wiederherstellung des Oberbaus mit dem vorgefundenen Schichtenaufbau technisch nicht zweckmäßig ist, hat sich die Wiederherstellung an den Regelbauweisen der RStO zu orientieren (Abs. 2). Falls der vorgefundene Schichtenaufbau den gemäß Bauklasse erforderlichen Aufbau nach RStO deutlich unter- oder überschreitet, ist die Bauweise im Einvernehmen mit dem Straßenbaulastträger in Anlehnung an den vorhandenen Oberbau festzulegen (Abs. 3).

Unabhängig davon umfasst die von der Klägerin nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 geschuldete Instandsetzung auch nur die Wiederherstellung des vorherigen, vor Beginn der Arbeiten bestehenden Zustands des Verkehrswegs. Eine Verbesserung des Verkehrswegs kann von der Klägerin nicht verlangt werden.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.9.1996 - 20 A 5470/95 -, juris, Rn. 25 (zu § 2 Abs. 3 Telegrafienwegesgesetz - TWG); VG Düsseldorf, Urteil vom 15.9.2021 - 16 K 3087/19 -, juris, Rn. 118 ff.; Schütz in Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 71 TKG 2004, Rn. 10;

Stelkens, TKG-Wegerecht, 2010, § 71 TKG
2004, Rn. 53 f., m. w. N.

Entgegen dem Vorbringen des Beklagten lassen die von der Klägerin angefochtenen Nebenbestimmungen auch keinen Raum für eine die Regelvorgaben der ZTV E-StB, ZTV SoB-STB und RStO unterschreitende Wiederherstellung des Verkehrswegs. In Nr. V des Zustimmungsbescheids vom 2.5.2017 werden konkret einzuhaltende Mindesttragfähigkeitswerte festgesetzt. Das in Nr. II des Zustimmungsbescheids in Bezug genommene Datenblatt bestimmt ausdrücklich, dass der Oberbau wie im Bestand, jedoch mit Mindestaufbau gemäß RStO 01 herzustellen ist. Soweit in Nr. III des Zustimmungsbescheids in allgemeiner Form auf die ZTV A-StB 12 Bezug genommen wird, bleibt jedenfalls unklar, ob die Klägerin damit auch berechtigt ist, gemäß Nr. 5 der ZTV A-StB 12 von den genannten Regelvorgaben abzuweichen, zumal die Wiederherstellung in Anlehnung an den vorhandenen Oberbau nach Nr. 5 Abs. 3 der ZTV A-StB 12 im Einvernehmen mit dem Straßenbaulastträger erfolgen soll. Bei der Erteilung der Zustimmung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 kann der Beklagte die Klägerin nicht darauf verweisen, bestimmte Arbeitsschritte erst nach einer weiteren Zustimmungs-, Genehmigungs- oder Einvernehmenserklärung durchzuführen, weil damit nicht die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie geregelt, sondern das gesetzlich vorgesehene Zustimmungsverfahren modifiziert würde. Entgegen dem Vorbringen des Beklagten ist die Klägerin auch nicht verpflichtet, im Zustimmungsantrag Angaben über die Tragfähigkeit und die Schichtdicke des vorhandenen Straßenoberbaus zu machen, um die Zustimmung zu einer technisch gleichwertigen Wiederherstellung zu erhalten, sondern obliegt es umgekehrt dem Beklagten, die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen zu treffen, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der Instandsetzungspflicht nach § 71 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 und § 129 Abs. 3 Satz 1 TKG 2021 sicherzustellen.