

# **Die Durchsetzung der Pflichten der Telekommunikationsunternehmen durch den Wegebausträger**

Von Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück

Nach dem Ende des Staatsmonopols in der Telekommunikationsbranche agieren dort mittlerweile diverse größere und kleinere Unternehmen. Neben der aus der Bundespost hervorgegangenen „Deutschen Telekom“ nehmen nunmehr auch andere größere und kleinere Telekommunikationsunternehmen ihre Möglichkeiten wahr, eigene Telekommunikationsleitungssysteme zu errichten. In diesem Geflecht unterschiedlicher Interessen muss der Wegebausträger, welcher grundsätzlich seine Straßen und Wege nach Maßgabe der §§ 68 ff. TKG zur Verfügung stellen muss, darauf bedacht sein, das eigene Interesse an der Sicherung des Widmungszweckes des Weges zu wahren.

Stimmt nämlich der Wegebausträger gemäß § 68 Abs. 3 TKG der Verlegung neuer bzw. der Änderung vorhandener Telekommunikationslinien zu, so kann das TK-Unternehmen als Nutzungsberechtigter rechtmäßig auf den jeweiligen Verkehrsweg einwirken. Die Interessen des Wegebausträgers müssen also insoweit zurücktreten. Um diesen Konflikt zu bewältigen, hat der Gesetzgeber in den §§ 68 ff. TKG eine Reihe von Pflichten der TK-Unternehmen festgeschrieben, die insgesamt der Sicherung des Widmungszweckes des betroffenen Weges dienen sollen.

Dies trifft zuallererst auf die allgemeinen Betreiberpflichten (§ 68 Abs. 2 TKG) zu. Zu nennen sind weiter die Rücksichtnahmepflicht im Sinne der § 71 Abs. 1 TKG, die Instandsetzungspflichten gem. § 71 Abs. 3 TKG, die Folgepflichten nach § 72 Abs. 1 TKG, falls sich nach Errichtung einer TK-Linie herausstellt, dass diese den Widmungszweck dauernd gefährdet, die Pflicht zur Schonung von Baumpflanzungen aus § 73 Abs. 1 TKG und zu letzt mit Einschränkungen das Schonungsgebot für vorhandene besondere Anlagen gem. § 74 Abs. 1 TKG. Hinzu kommen natürlich etwaige im jeweiligen Einzelfall in den Nebenbestimmungen des Zustimmungsbescheides oder in entsprechenden öffentlich-rechtlichen Verträgen niedergelegte Pflichten.

Alle diese Pflichten haben aber eine weitere Gemeinsamkeit. Das TKG trifft nämlich keine umfassende Regelung für den Fall, dass ein TK-Unternehmen einer Pflicht nicht oder nicht ausreichend nachkommt. Es normiert für diese Fälle zwar Kostenerstattungs- oder Schadensersatzansprüche (§§ 71 Abs. 2, Abs. 3 S. 2, 72 Abs. 3, 73 Abs. 3 TKG). Das TKG schweigt aber zu der Frage, inwiefern der Wegebausträger eine bestehende Pflicht durchsetzen kann.

Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht – Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dr. Hermanns & Partner, Rechtsanwälte

Dabei steht außer Frage, dass der Wegebausträger die Pflichten durchsetzen können muss, vielmehr ist problematisch, auf welchem Wege dies geschieht.

Diese Fragestellung soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

#### **A. Grundsätzliche Möglichkeiten der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Pflichten**

Zur Durchsetzung der einem Privaten obliegenden öffentlich-rechtlichen Pflicht bedient sich ein Hoheitsträger regelmäßig der Handlungsform des Verwaltungsaktes (§ 35 VwVfG). Dieser kann dem Adressaten auferlegen, eine bestimmte Pflicht einzuhalten oder ihr nachzukommen. Kommt der Adressat dem nicht nach, besteht für die Behörde die Möglichkeit aufgrund dieses selbstgeschaffenen Vollstreckungstitels selbstständig das konkrete Gebot im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchzusetzen. Diese Möglichkeit kann der Behörde aber nur dann offenstehen, wenn sie überhaupt befugt ist, in dem jeweiligen Fall einen Verwaltungsakt zu erlassen. Anderenfalls steht ihr nur die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage gerichtet auf die Vornahme oder das Unterlassen einer bestimmten Handlung offen.

Aus Sicht der Behörde liegen die Vorteile der ersten Variante klar auf der Hand. Sie ist kostengünstiger, führt wesentlich schneller zu einem konkreten Resultat als der Umweg über die Gerichte und ist damit die effizientere Lösung.

#### **B. Die Grundproblematik der Durchsetzung der Pflichten von TK-Unternehmen**

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht des Wegebausträgers, also eben gerade auch einer Kommune, wünschenswert die Pflichten selbst ohne Zuhilfenahme der Gerichte durchsetzen zu können. Dieser Gedanke ist dem Wegerecht auch nicht fremd. Im Anwendungsbereich des allgemeinen Straßen- und Wegerechts sind die Bausträger berechtigt, gegen Inhaber von Sondernutzungserlaubnissen, die ihren Pflichten nicht nachkommen, hoheitlich durch Verwaltungsakt vorzugehen (siehe z.B. §§ 8 Abs. 7a FrStrG, 22 NStrG). Da die §§ 68 ff. TKG für die Durchsetzung keine Regelung enthalten, liegt der Schluss nahe, nach dem "lex specialis derogat legi generali"-Grundsatz zu verfahren, und somit auf die allgemeinen wegerechtlichen Regelungen zurückzugreifen. Dies wäre aber dann abzulehnen, wenn man das Schweigen des TKG zu der Durchsetzungsfrage als beredtes Schweigen verstehen würde und daher insoweit

eine abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen TK-Unternehmen und Wegebausträgern annahme<sup>1</sup>.

Geht man von dieser Annahme aus, so kann der Wegebausträger aufgrund einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage in den abschließenden §§ 68 ff. TKG nicht einseitig hoheitlich Pflichten gegenüber den TK-Unternehmen durchsetzen. Diese Auffassung ist aber nicht unbestritten geblieben. Das zentrale Argument ist dabei der Einwand, dass aufgrund des Vorranges des Widmungszweckes gegenüber der Nutzungsberechtigung der TK-Unternehmen (§ 68 Abs. 1 TKG) die die Unternehmen treffende Pflichten vielmehr Grenzen dieser Nutzungsberechtigung seien, und somit die Nichteinhaltung dieser Pflichten eine unerlaubte Sondernutzung darstelle, gegen welche einseitig hoheitlich auf wegerechtlicher Grundlage eingeschritten werden könne.

Diejenigen die die Auffassung der fehlenden Verwaltungsakt-Befugnisse der Wegebausträger vertreten, berufen sich vor allem auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.03.2003<sup>2</sup>. In dem zugrunde liegenden Fall nahm der Straßenbausträger das nutzungsrechtige TK-Unternehmen aus öffentlich-rechtlicher GoA in Anspruch, weil das Unternehmen trotz Aufforderung im Zusammenhang mit dem Bau einer Ortsdurchfahrt Telekommunikationsleitungen nicht freigelegt hatte, weshalb der Straßenbausträger dies auf eigene Kosten selbst durchführte. Nach Ansicht des BVerwG war dies unzulässig, da § 53 Abs. 3 TKG (1996)<sup>3</sup> kein Selbstvornahmerecht des Wegeunterhaltungspflichtigen enthalte und darüber hinaus das Rechtsverhältnis zum Nutzungsberechtigten abschließend regele.

Dabei seien zwei Argumente auch über diesen Fall hinaus in der Lage, die Annahme zu begründen, dass die §§ 68 ff. TKG das Rechtsverhältnis zwischen Nutzungsberechtigten und Wegebausträger abschließend regeln. Zum einen spreche die Entstehungsgeschichte für diese. Die §§ 50-58 TKG (1996) „sind dem Telegraphenwege-Gesetz entnommen, dessen Bestimmungen nach dem Willen des Gesetzgebers unverändert fortgelten sollen“, führt das Gericht aus<sup>4</sup>. Im Gesetzgebungsverfahren zur entsprechenden Vorgängervorschrift im TWG wurde diskutiert, inwiefern eine Durchsetzung der Pflichten der „Telegraphenwegeverwaltung“ möglich sein solle<sup>5</sup>. Da ein solches eigenes Durchsetzungsrecht nicht im Gesetz enthal-

---

1 So BVerwG, Beschl. v. 28.03.2003 – 6 B 22.03 – ZUM-RD 2004, 133 ff.; Demmel/Manssen, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand 2006, § 71 TKG Rn. 8.

2 BVerwG, Beschl. v. 28.03.2003 – 6 B 22.03 – ZUM-RD 2004, 133 ff.

3 Entspricht dem heutigen § 72 Abs. 3 TKG.

4 BVerwG, Beschl. v. 28.03.2003 – 6 B 22.03 – ZUM-RD 2004, 133 ff.; vgl. dazu BT-Ds. 13/3609 S. 50.

5 Hierzu Bericht der XIV. Kommission über den Entwurf eines Telegraphenwege-Gesetzes,

ten war und dies auch so in das TKG übernommen wurde, spreche nach Ansicht des BVerwG die Entstehungsgeschichte des TKG dafür, dieses als abschließend anzusehen. Des Weiteren sei die Vornahme der Pflichten der TK-Unternehmen auch gerade deshalb ausschließlich diesen zugewiesen, da in den Unternehmen eine größere Sachkunde für Arbeiten mit oder an Telekommunikationsleitungen vorhanden sei<sup>6</sup>.

Die sonstigen in dem Beschluss angeführten Argumente, insbesondere zum Wortlaut und zur systematischen Stellung, lassen sich naturgemäß nicht ohne Weiteres auch auf die Frage der Durchsetzungsmöglichkeiten anderer im Gesetz normierter Pflichten, wie etwa in § 68 Abs. 2 TKG übertragen. Letztlich müssten also die einzelnen Pflichten zunächst für sich genommen betrachtet werden, um ausschließen zu können, ob eventuelle Abweichungen vorliegen und sich deshalb auch wichtige neue Aspekte für die Bewertung des Verhältnisses der §§ 68 ff. TKG zum allgemeinen Straßen- und Wegerecht ergeben. Erst anschließend kann dann zu dieser Grundproblematik abschließend Stellung genommen werden.

### **C. Die einzelnen Pflichten der TK-Unternehmen und deren Durchsetzung**

Daher werden nunmehr die einzelnen Pflichten kurz dargestellt und im Anschluss daran die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung erörtert werden.

#### **I. Die allgemeinen Betreiberpflichten**

Gem. § 68 Abs. 2 TKG sind Telekommunikationslinien so zu errichten und zu unterhalten, dass sie den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügen. Die Begriffe „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ sind dabei genauso zu verstehen, wie sie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht verwendet werden<sup>7</sup>.

Damit wird auch klargestellt, dass eine Nutzungsberechtigung im Sinne des § 68 Abs. 1 TKG nicht von anderen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen befreit, die nicht Gegenstand des Wegerechts sind (z.B. solche des Baurechts, des Wasserrechts oder des Denkmalschutzrechts). Die „anerkannten Regeln der Technik“ ergeben sich aus den allgemein anerkannten technischen Regelwerken.

Wie der Wegebausträger diese Pflicht durchsetzen kann, lässt das Gesetz offen. Somit wäre also die eingangs gestellte Frage zu entscheiden, ob auf die allgemeine wegerechtliche Er-

---

10. Legislatur-Periode, I. Session 1898/1900, Drucksache Nr. 498 S. 33 f.  
 6 BVerwG, Beschl. v. 28.03.2003 – 6 B 22.03 – ZUM-RD 2004, 133 ff..  
 7 Burgi in: Hoeren, Handbuch Wegerecht und Telekommunikation, 1. Aufl. 2007 Kap. 4.1 Rn. 57,  
 Dörr in: Säcker, Berliner Kommentar zum TKG, 1.Aufl. 2006, § 68 Rn. 48.

mächtigungsgrundlage zurückgegriffen werden kann oder ob das TKG insoweit abschließend ist. Allerdings ist dieses Problem im Rahmen der allgemeinen Betreiberpflichten nur von untergeordneter Bedeutung. Zum einen ist nämlich anerkannt, dass Fachbehörden, wie etwa die Bauaufsichtsbehörde, auf fachrechtlicher Grundlage durchaus gegen die Nutzungsberechtigten vorgehen können, sofern ein Verstoß gegen eben dieses Fachrecht vorliegt. Dies ist so, weil die Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG keine Konzentrationswirkung entfaltet<sup>8</sup>. Relevant ist dies deshalb, weil die zuständige Behörde hierfür häufig eine Kommune ist und daher auch mit dem Wegebauastträger identisch sein kann. Stellt ein Verstoß gegen § 68 Abs. 2 TKG also gleichzeitig einen Verstoß gegen ein Fachgesetz dar, zu dessen Ausführung der Wegebauastträger berufen ist, so ist die Beantwortung der oben gestellten Frage ohne praktische Relevanz.

Diese geringe Relevanz zeigt sich vor allem dann, wenn man die oben gemachten Überlegungen konsequent zu Ende denkt und sich die Frage stellt, für die Ausführung welcher Gesetze eine Kommune noch zuständig ist. Regelmäßig ist diese nämlich allgemeine Gefahrenabwehrbehörde. Da § 68 Abs. 2 TKG Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist, muss diese auch auf Grundlage des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts einschreiten können. Hier kann nämlich der Einwand, das TKG sei abschließend, auf jeden Fall nicht gelten. Denn aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr kann nicht hingenommen werden, dass beim Vorliegen der Verletzung eines Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit die Behörde nicht in der Lage sein soll diese – zumindest vorläufig – selbständig durch Verwaltungsakt mit unter Umständen anschließender Verwaltungsvollstreckung abstellen zu können.

Für die Durchsetzung der allgemeinen Betreiberpflichten lässt sich also festhalten, dass aufgrund derer gefahrenabwehrrechtlicher Ausgestaltung eine eigenständige Durchsetzung durch den Wegebauastträger regelmäßig möglich ist.

## **II. Die Rücksichtnahmepflicht**

Wenn die TK-Unternehmen ihre Nutzungsberechtigung im Sinne des § 68 Abs. 1 TKG wahrnehmen, trifft sie nach § 71 Abs. 1 TKG die Pflicht die Erschwerung der Unterhaltung des Weges oder eine vorübergehende Beschränkung des Widmungszweckes möglichst zu vermeiden. Die Nutzungsberechtigten sind also zur Rücksichtnahme bei „Benutzung der Verkehrswege“ verpflichtet. Dabei gilt die Rücksichtnahmepflicht bei allen Maßnahmen, ob sie

---

8 Scheurle/Mayen/Reichert, TKG, § 68 Rn. 23.

nun nach § 68 Abs. 3 TKG zustimmungspflichtig sind oder nicht. Deshalb muss man differenzieren.

Ist die Maßnahme zustimmungspflichtig, kommt § 71 Abs. 1 TKG regelmäßig nicht zur Anwendung, da der Zustimmungsbescheid in Bezug auf den Regelungsgehalt mit § 71 Abs. 1 TKG überschneidende Nebenbestimmungen enthalten wird (§ 68 Abs. 3 S. 4, 5 TKG). Sie konkretisieren die den Nutzungsberechtigten treffende Pflicht und gehen somit § 71 Abs. 1 TKG vor. Gleiches gilt, wenn in öffentlichen-rechtlichen Verträgen entsprechende Vereinbarungen getroffen werden. Damit findet § 71 Abs. 1 TKG nur Anwendung, wenn es ausschließlich um Unterhaltungsmaßnahmen an den Leitungen oder Verlegungs- und Beseitigungsarbeiten im Sinne der §§ 72, 73 ff. TKG geht.

Aufgrund dieser Unterscheidung ergeben sich auch für die Frage der Durchsetzung Unterschiede. Bei in Nebenbestimmungen oder entsprechenden vertraglichen Regelungen festgehaltenen Konkretisierungen der Rücksichtnahmepflicht gelten die allgemeinen Grundsätze. Derartige Nebenbestimmungen dürften regelmäßig Auflagen (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) sein, da sie dem Adressaten ein Tun oder Unterlassen gebieten. Dies sind selbständige Verwaltungsakte, die somit auch verwaltungsvollstreckungsrechtlich durchsetzbar sind. Hinzu kommen die Möglichkeiten gem. §§ 48, 49 VwVfG die Zustimmung aufzuheben, falls eine Auflage nicht eingehalten wird. Sind die konkreten Regelungen vertraglich getroffen, so gelten die allgemeinen Grundsätze über die Vollstreckung von öffentlich-rechtlichen Verträgen. Im Zweifel muss also ein Gericht bemüht werden.

Im Anwendungsbereich der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht des § 71 Abs. 1 TKG stellt sich aber wiederum die bereits dargestellte Grundproblematik, denn eine Regelung zur Durchsetzung dieser Pflicht fehlt. Somit besteht wieder die Frage, ob der Wegebausträger Verstöße nur im Klagewege<sup>9</sup> oder selbständig auf wegerechtlicher Grundlage durchsetzen kann. Diese Frage soll aber an dieser Stelle noch nicht entschieden werden.

### **III. Die Instandsetzungspflichten**

Sind die Arbeiten an einer Telekommunikationsleitung abgeschlossen, verpflichtet § 71 Abs. 3 TKG die Nutzungsberechtigten zur Instandsetzung des betroffenen Verkehrsweges, sofern der Wegebausträger nicht erklärt hat dafür selbst sorgen zu wollen. Grundsätzlich trifft die Pflicht zur Instandsetzung also den Nutzungsberechtigten.

---

9 So etwa Demmel/Manssen in Manssen, § 71 Rn. 8 m.w.N.

Die Durchsetzung dieser Pflicht durch den Wegebauastträger ist nicht geregelt. § 71 Abs. 3 S. 2 TKG regelt lediglich Vergütungs- und Schadensersatzansprüche zugunsten des Wegebauastträgers. Dementsprechend ist auch hier die Frage der Durchsetzung davon abhängig, wie man die Grundsatzfrage – Durchsetzung durch Verwaltungsakt<sup>10</sup> oder lediglich durch Klage<sup>11</sup> – beantwortet.

#### **IV. Die Pflicht zur Schonung der Baumpflanzungen**

Nach § 73 Abs. 1 TKG ist der Nutzungsberechtigte verpflichtet, Baumpflanzungen an den Verkehrswegen zu schonen auf deren Wachstum Rücksicht zu nehmen. Es ist aber anzumerken, dass diese Pflichten durch Vertrag abdingbar sind.

Zur Frage der Durchsetzung gilt nichts anderes als wie schon bei den in den §§ 71-73 TKG normierten Pflichten. Vertreten wird allerdings, dass die Schonungspflicht nach § 73 Abs. 1 S. 1 TKG zum Prüfprogramm des Zustimmungsbescheides nach § 68 Abs. 3 TKG gehört, so dass bei Verletzung der Pflicht ein Verstoß gegen den Bescheid vorliegt, weshalb dieser dann maßgeblich für die Durchsetzung sei<sup>12</sup>.

#### **V. Die Pflicht zur Beachtung vorhandener besonderer Anlagen**

Nach § 74 Abs. 1 TKG sind Telekommunikationslinien so auszuführen, dass vorhandene besondere Anlagen nicht störend beeinflusst werden. Besondere Anlagen sind beispielhaft in § 74 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführt. Es kann vorkommen, dass der Wegebauastträger Anlagenunternehmer ist (etwa bei der Kanalisation oder auch bei Straßenzubehör, wie Anlagen der Straßenmeisterei). Nur dieser Fall soll hier betrachtet werden.

Zunächst ist festzustellen, dass wiederum keine ausdrückliche Regelung im TKG besteht. Für die Durchsetzung sind daher folgende Grundsätze zu beachten: Nach der absolut herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur sind die Pflichten nach § 74 Abs. 1 TKG in jedem Fall öffentlich-rechtlicher Natur<sup>13</sup>, weil die Nutzungsberechtigten ihre Rechte vom Bund ableiten (§ 69 Abs. 1 TKG). Folgt man der herrschenden Meinung, so käme es wieder auf die Beantwortung der eingangs gestellten Grundsatzfrage an, wie genau die Pflichten der Nutzungsberechtigten durchgesetzt werden können. Selbst wenn man den abschließenden Charakter der §§ 68 ff. TKG aber verneinen würde, ist fraglich, ob damit eine Möglichkeit für

10 Dörr in: Säcker, § 71 Rn. 13.

11 Demmel/Manssen in: Manssen, § 71 Rn. 17; Reichert in: Scheurle/Mayen, Vor § 68 Rn. 12.

12 a. A. Reichert in: Scheurle/Mayen, 2. Aufl. 2008, § 73 Rn. 37.

13 BGH, Beschl. v. 27.01.2005 – III ZB 47/04 – BGHZ 162, 78 ff.; Demmel/Manssen in: Manssen, § 74 Rn. 18; Hoeren, Kap. 4.2. Rn. 67.

den Wegebauastträger besteht eigenständig durch Verwaltungsakt die Beachtung der Pflichten durchzusetzen. § 74 TKG regelt nämlich das Verhältnis des Nutzungsberechtigten zum Anlagenunternehmer und nicht zum Wegebauastträger als solchen. Diese Rechtspositionen überschneiden sich unter Umständen lediglich. Dabei ist zu beachten, dass § 74 TKG gerade auch private Anlagenunternehmer erfasst, weshalb es ungerechtfertigt ist, dem Wegebauastträger als Anlagenunternehmer bessere Durchsetzungsmöglichkeiten zu verschaffen als einem privaten Anlagenunternehmer, der in jedem Fall auf gerichtliche Hilfe angewiesen ist. Aus § 74 TKG ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine solche Besserstellung der Anlagenunternehmer, die auch Wegebauastträger sind. Vielmehr handelt es sich bei § 74 TKG ausschließlich um sog. telekommunikationsrechtliches Kollisionsrecht<sup>14</sup>.

## **VI. Die Folgepflichten**

Nach Errichtung einer Telekommunikationslinie kann sich herausstellen, dass diese doch – direkt oder indirekt – den Widmungszweck des Verkehrsweges nicht nur vorübergehend beschränkt. In einem solchen Fall trifft das betreffende TK-Unternehmen gem. § 72 Abs. 1 TKG die Pflicht ihre Linie „soweit erforderlich, abzuändern oder zu beseitigen“.

Erwartungsgemäß trifft das TKG zur Durchsetzung dieser Pflicht keine ausdrückliche Regelung. Die entsprechende Vorgängernorm des § 53 Abs. 3 TKG (1996) war Gegenstand des bereits dargestellten Urteil des BVerwG<sup>15</sup>.

### **D. Notwendigkeit der selbstständigen Durchsetzung durch den Wegebauastträger**

Nachdem nun die einzelnen die Telekommunikationsunternehmen treffenden Pflichten näher betrachtet wurden, kann festgehalten werden, dass bei den meisten untersuchten Pflichten deren Durchsetzung davon abhängig ist, wie man die Frage nach dem abschließenden Charakter der §§ 68 ff. TKG beurteilt. Ausnahmen hiervon sind nur bei den allgemeinen Betreiberpflichten (§ 68 Abs. 2 TKG) und den Pflichten aus § 74 Abs. 1 TKG aus den dargestellten Gründen zu machen.

Insgesamt lassen sich drei denkbare Varianten für die Durchsetzung der Pflichten der Telekommunikationsunternehmen unterscheiden. Auf der einen Seite steht die Möglichkeit die Pflichten, im Wege der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage durchzusetzen. Auf der anderen Seite steht die Möglichkeit, die Durchsetzung durch Erlass eines Verwaltungsaktes zu

---

14 P. Schütz in Arndt/Fetzer/Scherer, Telekommunikationsgesetz, 1. Aufl. 2008, § 74 Rn. 1.

15 Kap. B.



betreiben, wobei geklärt werden muss, ob die Pflichtnormen in den §§ 68 ff. TKG schon eine implizite Verwaltungsakt-Befugnis enthalten oder ob auf die allgemeine wegerechtliche Ermächtigungsgrundlage zurückgegriffen werden muss.

Wie festgestellt, hilft der Wortlaut der fraglichen Normen nicht weiter. Ausdrücklich werden keine Durchsetzungsbefugnisse geregelt. Vielmehr legt die Systematik der §§ 68 ff. TKG nahe, dass der Gesetzgeber solche Befugnisse auch nicht schaffen wollte, denn er hat durch die Normierung diverser Kostenübernahme- und Schadensersatzpflichten die Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen durch die TK-Unternehmen zumindest fragmentarisch geregelt. Dass er lediglich ausdrücklich solche Sekundäransprüche geschaffen hat, spricht dafür, davon auszugehen, dass Primäransprüche zugunsten der Wegebauasträger, welche eigenständig durchsetzbar sind, nicht gewollt sind<sup>16</sup>. Dies unterstützt, wie gezeigt<sup>17</sup>, darüber hinaus auch die Entstehungsgeschichte der wegerechtlichen Bestimmungen des TKG.

Insoweit spricht also vieles dafür, die §§ 68 ff. TKG als abschließend anzusehen. Geht man von diesem Ergebnis aus, so kann man eine Durchsetzungsbefugnis der Wegebauasträger durch Verwaltungsakt nur dann bejahen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die jeweiligen Pflichtnormen eine implizite Verwaltungsakt-Befugnis enthalten<sup>18</sup>. Dies scheint schwerlich vertretbar, denn mangels ausdrücklicher Anordnung müsste man davon ausgehen, dass eine solche gewohnheitsrechtlich im Rahmen des telekommunikationsrechtlichen Wegerechts anerkannt ist.

Dies entspricht aber gerade nicht der üblichen Konzeption wegerechtlicher Gesetze. Diese enthalten regelmäßig entsprechende Ermächtigungsgrundlagen um gegen unerlaubte Nutzungen einzuschreiten (vgl. § 8 Abs. 7a FStrG). Es ist nicht nachvollziehbar dem Gesetzgeber unterstellen zu wollen, er habe dies auf einmal im Bereich der TK-Wegerechte anders konzipiert, obwohl er die allgemeine Konzeption kennt. Selbst wenn man davon ausgehen würde, die §§ 68 ff. TKG seien nicht abschließend, wäre die Annahme einer impliziten Verwaltungsakt-Befugnis konstruiert und überflüssig, da dann ein Einschreiten des Wegebauasträgers auf allgemeiner wegerechtlicher Grundlage möglich wäre.

Damit ist es unvermeidlich, für eine sachgerechte Beantwortung der Frage nach den Durchsetzungsmöglichkeiten des Wegebauasträgers abschließend zu entscheiden, ob die §§ 68 ff.

---

16 So daher auch das BVerwG, Beschl. v. 28.03.2003 – 6 B 22.03 – ZUM-RD 2004, 133 ff.

17 Kap. B.

18 i. E. wohl dafür Dörr in: Säcker, § 72 Rn. 17.

TKG insoweit abschließend sind, wofür, wie festgestellt wurde, bedeutende systematische und historische Argumente sprechen.

Es stellt sich auch die Frage, warum die telekommunikationsrechtlichen Wegerechtsregelungen einen solchen Zweck verfolgen sollten und welchen Sinn es hätte, die Durchsetzungsmöglichkeiten des Wegebausträgers zu beschneiden. Dies ließe sich nur dann vertreten, wenn die Gewährung einer eigenständigen Durchsetzungsmöglichkeit nachteilige Folgen hätte beziehungsweise eine solche Möglichkeit nicht interessengerecht wäre.

Bei den Telekommunikationsunternehmen handelt es sich nunmehr ausschließlich um Private. Diese treten dem Staat damit grundsätzlich immer in einem Über-/Unterordnungsverhältnis gegenüber. Damit unterscheidet sich die heutige Situation fundamental von der früheren Situation, in der ausschließlich die damalige Deutsche Bundespost als TK-Unternehmen tätig wurde, die selbst Verwaltungsträger war. Es ging also ursprünglich ausschließlich darum, die Zuständigkeiten dieses Trägers von denen der Wegebausträger als einen von diesem verschiedenen Träger öffentlicher Verwaltung abzugrenzen. In dieser Konstellation war es nicht unsinnig, im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG den Wegebausträgern keine besondere Durchsetzungsermächtigung zu geben, da von einem Verwaltungsträger zu erwarten ist, dass er sich rechtmäßig verhalten wird<sup>19</sup>.

Diese Rechtfertigung ist nunmehr weggefallen, da die TK-Unternehmen privatwirtschaftlich organisiert sind und auch überwiegend der staatlichen Kontrolle entzogen sind. Ein Privatunternehmen agiert naturgemäß profitorientiert, wobei dieses Streben erfahrungsgemäß zu Konflikten mit der staatlichen Erwartung führen kann, sich rechtmäßig zu verhalten. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass diese Unternehmen öffentliche Versorgungsaufgaben wahrnehmen. Im Gegenteil ist es aus Sicht des Staates, der für die ordnungsgemäße Sicherstellung die Gewährleistungsverantwortung trägt (Art. 87f GG), nötig, ein möglichst effizientes rechtliches Instrumentarium zur Verfügung zu haben. Diese Verantwortung trifft zwar lediglich den Bund und nicht die Kommunen als Wegebausträger. Dies kann aber nicht dazu führen, die TK-Unternehmen in ein Gleichordnungsverhältnis zu den Wegebausträgern zu befördern, zumal andere Wirtschaftszweige mit öffentlichen Versorgungsaufgaben (beispielsweise die Energieunternehmen) solche Privilegierungen folgerichtig nicht in Anspruch nehmen (vgl. § 46 EnWG) können.

---

19 BGH, Urt. v. 18.09.1986 – III ZR 80/85 – BGHZ 98, 244 ff.

Nach alledem sind die §§ 68 ff. TKG keine abschließenden Regelungen, da ein dahinterstehender Normzweck nicht erkennbar ist. Vielmehr handelt es sich bei den die Nutzungsberechtigten treffenden Pflichten um Grenzen der Nutzungsberechtigung, so dass bei Verletzung der Pflichten der Wegebausträger aufgrund der allgemeinen straßenrechtlichen Grundlage ermächtigt ist, die Befolgung der Pflichten durch Erlass eines Verwaltungsakts sicherzustellen.

Zuzugestehen ist natürlich, dass dies natürlich im Gegensatz zur zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht. Es empfiehlt sich daher – soweit möglich – durch Nebenbestimmungen zu den Zustimmungsbescheiden nach § 68 Abs. 3 TKG alle die Unternehmen treffenden Pflichten umfassend aufzunehmen, da die Nebenbestimmungen Vollstreckungstitel darstellen.