

# **Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts**

**Berichte der  
Bundesanstalt für Straßenwesen**

**Straßenbau Heft S 83**



**bast**

# **Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts**

**Referate eines Forschungsseminars  
des Arbeitskreises „Straßenrecht“  
am 23./24. September 2013 in Bonn**

Wissenschaftliche Betreuung und Leitung

Universitätsprofessor Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.  
Universität Bonn

**Berichte der  
Bundesanstalt für Straßenwesen**

**Straßenbau Heft S 83**

**bast**

Die Bundesanstalt für Straßenwesen veröffentlicht ihre Arbeits- und Forschungsergebnisse in der Schriftenreihe **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen**. Die Reihe besteht aus folgenden Unterreihen:

- A - Allgemeines
- B - Brücken- und Ingenieurbau
- F - Fahrzeugtechnik
- M - Mensch und Sicherheit
- S - Straßenbau
- V - Verkehrstechnik

Es wird darauf hingewiesen, dass die unter dem Namen der Verfasser veröffentlichten Berichte nicht in jedem Fall die Ansicht des Herausgebers wiedergeben.

Nachdruck und photomechanische Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Bundesanstalt für Straßenwesen, Stabsstelle Presse und Öffentlichkeitsarbeit.

Die Hefte der Schriftenreihe **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen** können direkt bei der Carl Schünemann Verlag GmbH, Zweite Schlachtpforte 7, D-28195 Bremen, Telefon: (04 21) 3 69 03 - 53, bezogen werden.

Über die Forschungsergebnisse und ihre Veröffentlichungen wird in der Regel in Kurzform im Informationsdienst **Forschung kompakt** berichtet. Dieser Dienst wird kostenlos angeboten; Interessenten wenden sich bitte an die Bundesanstalt für Straßenwesen, Stabsstelle Presse und Öffentlichkeitsarbeit.

Ab dem Jahrgang 2003 stehen die **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt)** zum Teil als kostenfreier Download im elektronischen BASt-Archiv [ELBA](http://elba.bast.opus.hbz-nrw.de) zur Verfügung.  
<http://bast.opus.hbz-nrw.de>

## Impressum

**Bericht zum Forschungsprojekt: Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 23./24. September 2013 in Bonn**

### Herausgeber

Bundesanstalt für Straßenwesen  
Brüderstraße 53, D-51427 Bergisch Gladbach  
Telefon: (0 22 04) 43 - 0  
Telefax: (0 22 04) 43 - 674

### Redaktion

Stabsstelle Presse und Öffentlichkeitsarbeit

### Druck und Verlag

Fachverlag NW in der  
Carl Schünemann Verlag GmbH  
Zweite Schlachtpforte 7, D-28195 Bremen  
Telefon: (04 21) 3 69 03 - 53  
Telefax: (04 21) 3 69 03 - 48  
[www.schuenemann-verlag.de](http://www.schuenemann-verlag.de)

ISSN 0943-9323

ISBN 978-3-95606-087-8

Bergisch Gladbach, Juni 2014

## Kurzfassung – Abstract

### **Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts**

T. DÜNCHHEIM erörtert in seinem Einführungsvortrag zu „Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht“ die kommunalen Gestaltungsspielräume hinsichtlich ihres Satzungsrechts, das sich auf § 19 StrWG NRW stützen lässt. Er schildert die Auswirkungen dieser Gestaltung auf das Straßen- und Straßenverkehrsrecht, die letztlich Ausfluss der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie sind. Dabei problematisiert er die Abgrenzung zwischen straßenrechtlichem Gemeingebrauch und Sondernutzung sowie die Bedeutung der rechtlichen Ausgestaltung des Straßen- und Straßenverkehrsrechts. Hierbei wird die Anwendung des § 45 StVO durch die Gemeinden einer kritischen Analyse unterzogen.

A. NETTER schildert in seinem Beitrag „Aktuelle Rechtsfragen der Ortsdurchfahrten“ die Gremienstruktur im Straßenwesen und den Einfluss des Europarechts, des Bundes- und Landesstraßenrechts sowie den Ortsdurchfahrtenrichtlinien auf das Straßenwesen. Er stellt dabei die Folgen der Aufhebung der Radwegbenutzungspflicht sowie die aus der Straßenbaulast folgende Entwässerungsverpflichtung der Straßenbaulastträger und ihre Umsetzung in den Gemeinden dar.

U. WEGNER berichtet in ihrem Beitrag „Aktuelle Entwicklungen des Verbandsklagerechts“ über die Auswirkungen europäischer Richtlinien auf das Umweltrecht. In diesem Zusammenhang wird eine wegweisende Entscheidung des BVerwG erörtert, welche die direkte Anwendung des Art. 9 Abs. 3 AK zum Gegenstand hat. Trotz der Einführung einer bundesrechtlichen Verbandsklage in § 64 BNatSchG sei das Problem der Wahrung von Allgemeininteressen nicht gelöst, da diese Norm die Interessen des Umweltschutzes nicht hinreichend zu schützen vermöge.

Der Beitrag „Inanspruchnahme öffentlicher Wege durch TK-Unternehmen“ von U. STELKENS, stellt eine differenzierte Auseinandersetzung mit dem TKG-Wegerecht dar. Er konstatiert, dass die Bestimmungen des TKG im Wesentlichen auf den Normen des Telegraphenwegegesetz (TWG) basieren. Daher bestehen Spannungsverhältnisse und Reibungsflächen zwischen den verschiedenen Ab-

schnitten des TKG, da das TKG und das TWG unterschiedliche Ziele verfolgen. Beispielsweise seien die § 77a bis § 77e TKG nicht auf die § 68 bis § 77 TKG abgestimmt worden.

Der abschließende Beitrag „Fachplanerische Auswirkungen des Umweltschadensgesetzes“ von M. PETERSEN widmet sich der Frage, ob und welche Auswirkungen das Umweltschadensgesetz auf das Fachplanungsrecht hat. Zunächst wird allgemein herausgearbeitet, dass das Umweltschadensgesetz nicht Schadensersatz- oder Ausgleichsleistungen eines geschädigten Dritten bezweckt; vielmehr sollen Umweltschäden vermieden und die Wiederherstellung geschädigter Umweltgüter erreicht werden. Die Frage, ob und inwieweit das Umweltschadensgesetz Auswirkungen auf das Fachplanungsrecht hat, hängt davon ab, ob die Haftungstatbestände des § 3 Abs. 1 USchadG einschlägig sind.

### **The position of municipalities under the Road Traffic Act – Current problems of environmental law**

T. DÜNCHHEIM in his opening statement on "The position of municipalities under the Road Traffic Act", discussed the scope for municipal action. He particularly takes into account their own statutory law, which derives from Section 19 of the North Rhine-Westphalian Traffic Act. He describes this arrangement, which ultimately results from the impact the municipal self-government guarantee makes on the special laws in this area. Inter alia, he comments on the distinction in the Road Traffic Act between public use and special use and the importance of this legal structure on the existing framework governing roads. Furthermore, he critically analyses the current application of Section 45 of the German road traffic regulation (StVO) by the municipalities.

A. NETTER in his lecture "Current legal issues of cross-town links" focuses on the institutional structure of the road sector and the existing influences of European law, the federal and state traffic laws, as well as the cross-town link policies in this area. He outlines the consequences of the

removal of the obligation of cyclists to use bike paths and the impact of the obligation of road construction authorities to provide drainage capacities. Another focal point of his essay is put on municipal implementation policies.

U. WEGNER in her statement "Current developments in the collective action law" highlights the impact of European policies on environmental law. In particular, she comments on a recent landmark decision of the Federal Administrative Court, which deals with the direct application of Article 9 paragraph 3 of the Aarhus Convention. One of her main arguments is that despite the federal collective action regulation in Section 64 Federal Nature Protection Act, the problem of safeguarding the public interest will remain. According to her line of reasoning the current standard will not be able to protect the environment sufficiently.

The essay "Usage of public roads through telecommunications companies" by U. STELKENS represents a nuanced examination of the right of way in the Telecommunications Act. He states that the provisions of the Telecommunications Act are essentially based on the norms of the older Telegraph Lines Act. Therefore, tensions and frictions between the various sections of the current Telecommunications Act arise, since both acts follow different objectives. For example, Sections 77a to 77e Telecommunications Act were not matched with Sections 68 to 77 Telecommunications Act.

The final statement "Sectoral planning impact of the Environmental Damage Act" by M. PETERSEN addresses the question if and what kind of impact the Environmental Damage Act has on the sectoral planning law. First, he generally establishes that the objective of this law is not to compensate an injured third party; rather, its aim is to avoid environmental damage and to restore damaged environmental assets. In his view, the final answer to his initial question depends on whether Section 3 paragraph 1 Environmental Damage Act is deemed applicable.

## Inhalt

Vorwort Wolfgang Durner . . . . .	7
--------------------------------------	---

### Vorträge

Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht Thomas Dünchheim . . . . .	9
---	---

Aktuelle Rechtsfragen der Ortsdurchfahrten Armin Netter . . . . .	18
---	----

Inanspruchnahme öffentlicher Wege durch TK-Unternehmen – Entwicklungen seit 2010 – Ulrich Stelkens . . . . .	29
---	----

Aktuelle Entwicklungen des (Umwelt-)Verbandsklagerechts Ulrike Wegner . . . . .	63
---	----

Fachplanerische Auswirkungen des Umweltschadensgesetzes Malte Petersen . . . . .	68
--	----

<b>Programm des Forschungsseminars . . . . .</b>	<b>79</b>
--	-----------

<b>Teilnehmerliste . . . . .</b>	<b>80</b>
----------------------------------	-----------



## Vorwort

Die Beiträge dieses Bandes dokumentieren die Vorträge des 59. Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“, das am 23. und 24. September 2013 an der Universität Bonn stattfand.<sup>1</sup>

Überschattet wurde die Veranstaltung durch den Tod von Siegfried Rinke, der den Arbeitskreis auf der 52. Sitzung 2006 gemeinsam mit dem Unterzeichner übernommen hatte. Rinke war als Leiter des Referats „Straßenrecht“ im damaligen BMVBS auf gewisse Weise das Gesicht dieses Rechtsgebiets. Seine Amtszeit war für das Straßenrecht durch vielfältige Veränderungen, Umbrüche und bisweilen auch hektische Betriebsamkeit geprägt, sodass Rinke bisweilen hervorhob, er habe das Fernstraßengesetz als Referatsleiter öfter ändern lassen müssen als alle seine Vorgänger zusammen. In der sechsten Auflage des Kodal/Krämer stellte Rinke noch weit über 200 Seiten die Straßenbaulast und Straßenaufsicht sowie wichtige Teile der Straßenplanung dar; in der siebten beschränkte er sich auf das einleitende Kapitel zum „Straßenrecht“. Am 4. Juni ist Siegfried Rinke im Alter von nur 57 Jahren verstorben. Der Arbeitskreis wird sich seiner stets in tiefer Verbundenheit und Zuneigung erinnern. Zu seinem Nachfolger als stellvertretender Vorsitzender wurde auf der Mitgliederversammlung am Ende des zweiten Tags des Forschungsseminars Herr Ministerialrat Ulrich Stahlhut gewählt, der im heutigen Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur das Referat „Straßenrecht“ leitet.

Mit dem Doppelthema „Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts“ knüpft der Arbeitskreis an eine bereits oft praktizierte Tradition an, die Diskussion grundlegender Fragestellungen einerseits und aktueller Entwicklungen andererseits zu verknüpfen. „Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht“ war bereits in den vergangenen Forschungsseminaren immer wieder gestreift worden, namentlich in den unter Leitung von Willi Blümel durchgeführte Forschungsseminar „Straßenplanungen und Gesamtplanungen“ im Jahr 1997, auf dem seinerzeit mit Hoppe, Losch und Ronellenfisch drei prägende Persönlichkeiten des Arbeitskreises referiert hatten.

Der Referent des ersten Vortrags, Rechtsanwalt Dr. Thomas Dünchheim, ist Partner der Sozietät Hogan Lovells, leitet die Düsseldorfer Praxisgruppe Öffentliches Recht dieser Kanzlei und zudem Lehrbeauftragter an der Universität Düsseldorf. Anwaltlich hat er unter anderem das Unternehmen ‚Tank und Rast‘ beraten und kommentiert in der 6. Auflage des Großkommentars von Marschall die Bestimmungen über Vorkaufsrecht, Besitzeinweisung, Enteignung und Entschädigungsverfahren. Zuvor war Dünchheim von 1999 bis 2009 hauptamtlicher Bürgermeister der Stadt Monheim am Rhein. Mit dieser wohl einmaligen Kombination aus straßenrechtlicher und kommunaler Expertise war er damit für das Grundsatzreferat geradezu prädestiniert.

Dies gilt auch für den zweiten Referenten, Herrn RD Armin Netter vom Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen, der als Obmann der Expertengruppe „Ortsdurchfahrten“ in seinen Vortrag über „Aktuelle Rechtsfragen der Ortsdurchfahrten“ umfangreiche Detailkenntnisse einbringen konnte. Auch Netter ist Mitverfasser in dem bereits erwähnten Kommentar zum Fernstraßengesetz von Marschall und dort u. a. für § 5 verantwortlich, die Vorschrift über die Straßenbaulast und die Ortsdurchfahrten.

Prof. Dr. Ulrich Stelkens aus Speyer ist einer der führenden Verwaltungsrechtler seiner Generation und neben vielen anderen Publikationen als Mitverfasser des führenden Kommentars zum VwVfG bekannt. Mit seinem 2009 erschienenen Kommentar zum TKG-Wegerecht der §§ 68-77 TKG hat er sich zudem auch als maßgebliche Autorität dieses Spezialgebiets etabliert. Die Rahmenbedingungen der Inanspruchnahme öffentlicher Wege durch TK-Unternehmen haben sich durch aktuelle Gesetzesänderungen, zuletzt vom August 2013, ein Stück weit verschoben, leider ohne dass die vielbekanntesten Probleme weniger geworden wären.

Die Referentin zu „aktuellen Entwicklungen des Verbandsklagerechts“, Rechtsanwältin Ulrike Wegner, Dietzenbach, ist eine langjährige Teilnehmerin des Arbeitskreises und wurde ursprünglich als Schülerin von Blümel durch dessen legendäre Speyerer Seminare an das Straßenrecht herangeführt. Ihr Vortrag behandelte das derzeit wohl dynamischste und umstrittenste umweltrechtliche Themenfeld. Zuletzt hatte der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts am 5. September 2013, also nur drei Wochen vor dem Forschungsseminar entschieden, dass anerkannte Umweltverbände die

<sup>1</sup> Vgl. bereits den Bericht von B. STÜER/C. DVBI. 1/2014, S. 32 ff.



Einhaltung der Vorschriften über Luftreinhaltepläne gerichtlich einklagen können.<sup>2</sup> Das Verbandsklage-recht befindet sich also in einem folgenreichen Fort-entwicklungsprozess, der sich auch auf das Stra-ßenrecht auswirken wird.

Den abschließenden Vortrag hielt mit Dr. Malte Petersen von der Bundesnetzagentur in Bonn ein Schüler des Unterzeichners, der 2008 mit einer Monographie über „Die Umsetzung der Umwelthaf-tungsrichtlinien im Umweltschadensgesetz“ promo-viert wurde 2013 und zu diesem Gesetz im Heymanns-Verlag einen Kommentar vorlegte. Petersen legte dar, dass das Umweltschadensge-setz potentiell auch erhebliche Auswirkungen auf das Genehmigungsrecht haben könnte, dass diese Auswirkungen jedoch gerade beim Straßenrecht eher gering ausfallen mögen.

Wie immer gilt der abschließende Dank des Herausgebers einerseits den Referenten und Autoren, die ihre Vorträge auf ehrenamtlicher Grundlage erstellt haben. Dank schuldet der Ar-beitskreis zudem den Mitarbeitern des Lehrstuhls für Öffent-liches Recht, insbesondere Frau Brigitte Flögel für die tatkräftige Organisation des For-schungsseminars und Herrn Hizir Aydogdu für die Bearbeitung der Manuskripte.

Bonn, im Mai 2014

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.

---

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 5.9.2013 – 7 C 21/12 –, NVwZ 2014, 64 ff.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Dünchheim, Düsseldorf

## Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht

### I. Einleitung

Die Thematik „Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht“ scheint auf den ersten Blick eine eher simple Standortbestimmung zu erfordern, entpuppt sich jedoch bei genauerem Hinsehen als komplexe Herausforderung, die nicht zuletzt in verfassungsrechtlichen Überlegungen zur Bedeutung der Selbstverwaltungsgarantie der kommunalen Gebietskörperschaften wurzelt.

In diesem Beitrag soll zunächst ein Überblick über die Rechtsquellen des Straßen- und des Straßenverkehrsrechts geschaffen werden. Sodann erfolgt eine Erörterung der rechtlichen Qualifizierung der kommunalen Handlungsoptionen. Dabei soll insbesondere das kommunale Selbstgestaltungsrecht als verfassungsrechtliches Postulat und seine Auswirkungen auf das Straßen- und Straßenverkehrsrecht, sowie die Frage nach dem Straßenverkehrsrecht als kommunales Gestaltungsrecht eigener Art im Mittelpunkt des Beitrags stehen.

### II. Verortung straßen- und straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften

Die im Grundgesetz geregelte Gesetzgebungszuständigkeit determiniert bereits jeweils weitgehend präzise die Regelungsebene, deren Gesetzgebungsorgane mit der Errichtung entsprechender Normkomplexe beauftragt sind.<sup>1</sup> Den Gemeinden wird die Möglichkeit zugestanden, bestimmte Sachverhalte durch örtliches Satzungsrecht zu regeln, soweit eine diesbezügliche Kompetenz aus dem Recht der kommunalen Selbstverwaltung abgeleitet werden kann.<sup>2</sup> Exemplarisch soll vorliegend das kommunale Ortsrecht der Stadt Bonn dargestellt werden.

Am 14. Dezember 2001 hat die Bundesstadt Bonn eine Satzung „über Erlaubnisse und Gebühren für Sondernutzungen an öffentlichen Straßen“<sup>3</sup> erlassen, die am 20. Mai 2010 in Kraft getreten ist. Die Kompetenz der Stadt zum Erlass dieser Satzung fußt nicht allein auf dem Recht zur kommunalen

Selbstverwaltung, sondern findet auch in § 19 StrWG NRW eine kompetenzielle Stütze. Angesichts denkbarer Konflikte, die sich insoweit aus der Ausübung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts einerseits und den gesetzlichen Regelungen des Landes und auch des Bundes andererseits ergeben können, genügt diese zusätzliche gesetzliche Anknüpfung in besonderem Maße dem „Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes“<sup>4</sup>. Diese Sondernutzungssatzung der Bundesstadt Bonn enthält neben Regelungen zum sachlichen Geltungsbereich der Satzung und zu Gebührenfragen insbesondere Bestimmungen darüber, welche Arten von Sondernutzungen erlaubnisfrei oder erlaubnisbedürftig sind.<sup>5</sup> Durch solche Vorschriften werden die erlaubnisfreien Sondernutzungen im Kern dem gesetzlich in Nordrhein-Westfalen in § 14 StrWG NRW geregelten Gemeingebrauch faktisch angenähert.<sup>6</sup> Den Gemeinden kommt hierbei also ein in der gemeindlichen Gestaltungshoheit wurzelnder und durch die Satzungsermächtigung nach § 19 StrWG NRW fundierter Ausgestaltungsspielraum im Bereich des Straßenrechts zu. Die Gemeinde muss allerdings darauf bedacht sein, i. S. d.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu grundlegend T. v. DANWITZ, in: SCHMIDT-AßMANN/SCHOCH (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 7 Rdnr. 9.

<sup>2</sup> Siehe ferner auch zu der im Selbstverwaltungsrecht wurzelnden Kompetenz der Gemeinden zur Ergreifung von „Maßnahmen zur Pflege von Natur und Landschaft“ M. SAUTHOFF, *Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1989*, NVwZ 1994, 17 (21).

<sup>3</sup> Die zitierte Satzung ist online abrufbar unter: [http://www.bonn.de/rat\\_verwaltung\\_buergerdienste/aktuelles/ortsrecht/index.html?lang=de&ukid=114](http://www.bonn.de/rat_verwaltung_buergerdienste/aktuelles/ortsrecht/index.html?lang=de&ukid=114) (dort Ziffer 60-6) – zuletzt besucht am 17.07.2013 um 11:48 Uhr.

<sup>4</sup> Zu ihm instruktiv M. SACHS, in: DERS. (Hrsg.), *GG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rdnr. 113 ff.; G. ROBBERS, in: DOLZER/VOGEL/GRAßHOF, *BK GG*, Stand: 142. Aktualisierung 2009, Art. 20 Abs. 1 Rdnr. 2000 ff.; zu den Verbindungslinien zwischen dem Grundsatz des „Vorbehalts des Gesetzes“ und den für den Grundrechtsschutz bedeutsamen „Gesetzesvorbehalten“ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/2*, 1994, S. 384 f.; vgl. insbesondere zum „Vorbehalt“ des Straßenrechts“ v. DANWITZ (o. Fußn. 1), Kap. 7 Rdnr. 5; W. DURNER, *Rechtsfragen von „Shared Space“-Bereichen*, SVR 2013, 81 (82); B. STÜER/C. D. HERMANNNS, *Das straßenrechtliche Nutzungsregime im Umbruch*, DVBl. 2013, 25 ff. (25).

<sup>5</sup> §§ 2 und 3 der „Satzung der Bundesstadt Bonn über Erlaubnisse und Gebühren für Sondernutzungen an öffentlichen Straßen“ vom 14. Dezember 2011.

<sup>6</sup> Es findet mithin eine Einstufung als „gemeinverträglich“ statt, vgl. SAUTHOFF (o. Fußn. 2), S. 19 f., der zudem einen Überblick über die verfassungsrechtlichen Hintergründe der gesetzlichen Maßgaben zur teilweise eigenständigen Regelung des Sondernutzungsrechts durch die Gemeinden gibt.

Wortlauts des § 19 StrWG NRW tatsächlich nur „bestimmte Sondernutzungen“ von der Erlaubnispflicht auszunehmen.

Neben dieser zentralen und für das örtliche Straßenrecht relevanten Satzung verfügt die Bundestadt Bonn über eine beachtliche Anzahl weiterer Satzungen. Eine detaillierte Darstellung der einzelnen Regelungen würde den Rahmen dieses Beitrages überschreiten, sodass im Folgenden lediglich einige Satzungen der Stadt aufgezählt werden sollen, deren bloße Bezeichnungen schon Aufschluss darüber geben können, welche Regelungsmaterien mit zumindest straßenrechtlichen Bezugspunkten den einzelnen Normenbeständen des Ortsrechts zugewiesen sind:

- Satzung der Stadt Bonn über die Ablösung von Stellplatzpflichten – Stellplatzablösesatzung –,
- Satzung der Stadt Bonn über besondere Anforderungen an die Baugestaltung zum Schutz der Eigenart des Straßenbildes im Stadtbezirk Bonn,
- Satzung der Stadt Bonn über die Beschaffenheit und Größe von Spielplätzen für Kleinkinder,
- Satzung der Stadt Bonn über die Erhebung von Beiträgen nach § 8 KAG für straßenbauliche Maßnahmen.

Die vielfältigen kommunalen Gestaltungsoptionen, die durch die Möglichkeit der Errichtung gemeindlicher Satzungen eröffnet werden, sind nicht zuletzt Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips, das die föderalen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland bis in die Kommunen hinein verlängert.

### III. Das kommunale Selbstgestaltungsrecht als verfassungsrechtliches Postulat und seine Auswirkungen auf das Straßen- und Straßenverkehrsrecht

Im Straßenrecht wird die Stellung der Gemeinden als kommunale Gebietskörperschaften wesentlich durch ihren verfassungsrechtlich gesicherten Status geprägt. Insbesondere bildet gerade die Planungshoheit der Gemeinden die Kernmaterie kommunaler Selbstgestaltungskompetenzen, die sich zunehmend auch auf andere Bereiche, wie das Straßenrecht und angrenzende Rechtsmaterien, erstrecken.

Laut SCHENK ist unter dem Selbstgestaltungsrecht „das von besonderen Vorschriften oder besonderen Planungen unabhängige Recht jeder Gemeinde zu verstehen, das Gepräge und die Struktur ihres Ortes selbst zu bestimmen“.<sup>7</sup> Es ist Ausfluss der verfassungsrechtlich verankerten Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 der Landesverfassung NRW). Gerade das von SCHENK in Bezug genommene „Gepräge“, aber auch die darüber hinausreichende „Struktur“<sup>8</sup> einer Gemeinde werden neben gebäudearchitektonischen Aspekten gerade durch die Gestaltung des örtlichen Straßennetzes bestimmt. Die Reichweite kommunaler Gestaltungskraft im Straßen- und Straßenverkehrsrecht zeigt sich insbesondere dann, wenn sich eine Gemeinde dazu entschließt, signifikante Sonderwege zu beschreiten, indem sie ihre Innenstadt etwa besonders „fahrradfreundlich“ oder „autofrei“ gestaltet.

#### 1. Gemeindliche Satzungskompetenz, § 19 StrWG NRW

Die den nordrhein-westfälischen Kommunen eingeräumte Satzungskompetenz beschränkt sich auf die Befreiung von der Erlaubnispflicht im Hinblick auf bestimmte „Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten und in den Gemeindestraßen“ (§ 19 Satz 1 StrWG NRW). Den Gemeinden wird dabei lediglich zugestanden, durch Satzungsrecht die Befreiung von Erlaubnispflichten für spezielle Sondernutzungen „und die Ausübung“ zu „regeln“. Ein umfassendes Satzungsrecht für darüber hinausgehende Fragen wird ihnen jedoch gerade nicht eingeräumt, sodass man an dieser Stelle von einer „kupierten“ Satzungskompetenz der Gemeinden sprechen kann.

Ein Beispiel liefert die Entscheidung des OLG Hamm vom 04. Mai 2010 zum Alkoholverbot in kommunalen Grünanlagen durch einen gemeindlichen Satzungsbeschluss. Auf diese Satzungsbestimmung wurde seitens der Kommune ein Bußgeldbescheid gestützt. Das OLG Hamm verneinte im konkreten Fall eine sich aus dem Straßenrecht ergebende kommunale Satzungskompetenz, weil es sich bei Alkoholkonsum im öffentlichen Straßen-

<sup>7</sup> So R. SCHENK, in: SIEDER/ZEITLER/DAHME (Hrsg.), WHG/AbwAG, Band 1, Stand: 44. Ergänzungslieferung 2012, § 31 WHG a. F., Rdnr. 101a.

<sup>8</sup> Vgl. nochmals die Definition bei R. SCHENK (o. Fußn. 7), Rdnr. 101a.

raum um Gemeingebrauch und gerade nicht um Sondernutzung handele.<sup>9</sup> Wörtlich führte das Gericht unter Bezugnahme auf Literatur und Rechtsprechung aus:

„Straßenrechtlich ist aber anerkannt, dass der Alkoholkonsum auf öffentlichen Verkehrsflächen keine Sondernutzung im Sinne der straßenrechtlichen Bestimmungen darstellt, sondern sich vielmehr noch im Rahmen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Verkehrsflächen hält“.<sup>10</sup>

Mit der kommunalen Gestaltungsoption, bestimmte Sondernutzungen von der Erlaubnispflicht zu befreien, ist ein Stück Rechtsunsicherheit für den Normanwender verbunden. Dies gilt insbesondere dann, wenn er in verschiedenen Kommunen tätig ist und die betreffenden Kommunen in unterschiedlicher Weise von der satzungsmäßigen Befreiungsmöglichkeit für bestimmte Sondernutzungen Ge-

brauch gemacht haben. Die Folgen dieser recht geringfügigen Rechtsunsicherheit sind jedoch um der Gestaltungsfreiheit der einzelnen Gemeinde willen zu tolerieren. Schwerwiegende Einbußen hinsichtlich der notwendigen Rechtsklarheit sind hingegen nicht zu besorgen, da die meisten Gemeinden heute über ihr Ortsrecht auf ihrer frei verfügbaren Internetpräsenz informieren und damit dem Rechtsanwender die Möglichkeit eröffnen, sich frühzeitig und unbürokratisch über die aktuelle Rechtslage vor Ort zu informieren.

## 2. Sondernutzungserlaubnisse für Gastronomiebetriebe; insb. „Berliner Heizpilzentscheidung“

Das Erfordernis und die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis werden immer wieder im Hinblick auf gastronomische Betriebe diskutiert.<sup>11</sup> Mancherorts gilt dies auch für solche Gastronomiebetriebe ohne Außengastronomie. So wurde in Köln neben besonderen Problemstellungen im Rahmen des kommunalen Steuerfindungsrechts<sup>12</sup> auch über die Frage der Sondernutzungsgebühren für Diskothekenbetreiber diskutiert, deren künftige Besucher vor der Lokalität öffentliche Gehwege zu Wartezwecken benutzen. Der Kölner Oberbürgermeister gebot diesen Bestrebungen jedoch schließlich Einhalt und stoppte damit die Etablierung eines neuen Gebührentatbestands in der Domstadt.<sup>13</sup>

Wesentlich intensiver wurde in der Vergangenheit über das „Pro“ und „Contra“ des Einsatzes von wärmespendenden, aber zugegebenermaßen äußerst energieintensiven, klimaschädlichen „Heizpilzen“ diskutiert. So hatten einige Bezirksverwaltungen in Berlin auf der Grundlage entsprechender Beschlussfassungen der zuständigen Stadträte aus Klimaschutzgründen untersagt, Sondernutzungserlaubnisse für die Aufstellung von „Heizpilzen“ zu erteilen. Über die Klage eines betroffenen Gastronomen, dem eine entsprechende Sondernutzungserlaubnis vor diesem Hintergrund verweigert worden war, hatte das OVG Berlin-Brandenburg am 03. November 2011 zu entscheiden.<sup>14</sup> In Bezug auf Sondernutzungen formuliert § 11 Abs. 2 Satz 1 BerlStrG, dass die Sondernutzungserlaubnis „in der Regel erteilt werden“ solle, „wenn überwiegende öffentliche Interessen der Sondernutzung nicht entgegenstehen oder ihnen durch Nebenbestimmungen zur Erlaubnis entsprochen werden kann.“<sup>15</sup> Das OVG Berlin-Brandenburg stellte mit seiner Entscheidung vom 03. November

<sup>9</sup> OLG Hamm, NVwZ 2010, 1319 (1320) m. weit. Nachw. aus Rechtsprechung und Literatur; S.-C. LENSKI, Der öffentliche Raum als kommunale Einrichtung, JuS 2012, 984 (985).

<sup>10</sup> So OLG Hamm, NVwZ 2010, 1319 (1320) m. weit. Nachw. aus Rechtsprechung und Literatur.

<sup>11</sup> Siehe hierzu etwa jüngst die Darlegungen bei A. SCHEIDLER, Straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für Freisitzflächen vor einer Gaststätte – Anmerkungen zu BayVerfGH, GewArch 2011, 498 und BayVGH, 8 ZB 10.2931 –, Gew-Arch 2012, 285.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu H. SIEKMANN, in: SACHS (Hrsg.), GG Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 105 Rdnr. 51; L. LAMMERS, Das kommunale Steuerfindungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG – Begründung und Folgen eines grundgesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechts aus Art. 28 Abs. 2 GG auf Übertragung und Ausübung der Kompetenz aus Art. 105 Abs. 2a GG, DVBl. 2013, 348.

<sup>13</sup> Der Kölner Oberbürgermeister J. ROTERS gebot der Erhebung entsprechender Sondernutzungsgebühren jedoch schließlich Einhalt, vgl. hierzu den Artikel von P. MÜHLBAUER auf der Internetpräsenz von Heise vom 05. August 2012 zum Thema „Kölner Oberbürgermeister stoppt Warteschlangensteuer“, abrufbar unter: <http://www.heise.de/tp/blogs/8/152527> – zuletzt besucht am 22. Juli 2013 um 12:19 Uhr.

<sup>14</sup> OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217 ff., wobei das Gericht die gängige Bezeichnung des „Heizpilzes“ unter Rekurs auf eine „technische Beschreibung [...] in der Anlage zur Klageschrift vom 11.5.2009“ in „mobiles gasbetriebenes Terrassenheizgerät“ auflöst.

<sup>15</sup> Andere Bundesländer halten hingegen teilweise negatorische Bestimmungen vor. So sieht § 18 Abs. 1 Satz 4 StrWG NRW etwa folgenden Passus vor: „Eine Erlaubnis soll nicht erteilt werden, wenn Menschen mit Behinderung durch die Sondernutzung in der Ausübung des Gemeingebrauchs erheblich beeinträchtigt werden.“ Eine ähnliche Regelung kennt § 16 Abs. 1 Satz 2 Hessisches Straßengesetz.

2011 schlicht und doch juristisch „extravagant“ klar:

„Mit dem Klimaschutz steht der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ein berücksichtigungsfähiger, überwiegender öffentlicher Belang entgegen.“<sup>16</sup>

In diesem Urteil wird deutlich, dass – zumindest in Berlin – die Berücksichtigungsfähigkeit straßenferner Belange obergerichtlichen Rückhalt gefunden hat.

Im Kern bedeutet dies, dass jedenfalls den kommunal geprägten Berliner Stadtbezirken zugebilligt wird, per Beschlussfassung „öffentliche Interessen“ im Sinne des Berliner Straßengesetzes näher zu definieren und diese definierten Interessen sodann als tragfähige Begründung für die Vorenthaltung einer Sondernutzungserlaubnis – etwa in Gestalt einer begehrten Heizpilzaufstellungsgenehmigung – heranzuziehen. Die ergänzende Heranziehung des Berliner Straßengesetzes zur Begründung, dass zu befürchtende „Umwelteinwirkungen“ einer Sondernutzungserlaubnis entgegenstehen können, wirkt in diesem Kontext eher bemüht als überzeugend.<sup>17</sup>

#### IV. Das Straßenverkehrsrecht als kommunales Gestaltungsrecht sui generis

Neben den rein straßenrechtlich determinierten Kommunalkompetenzen rücken auch die straßenverkehrsrechtlichen Befugnisse der Gemeinden zunehmend in den Fokus der Diskussion.

##### 1. Gestaltung und Reglementierung des örtlichen Straßennetzes

Untersucht man den Einfluss von Gemeinden auf die Gestaltung und Reglementierung des örtlichen Straßennetzes, gewinnen auch sonderordnungsrechtliche Vorschriften des Bauordnungsrechts, wie etwa § 51 BauO NRW, für den Diskurs Bedeutung. Diese Norm betrifft die Herstellung von Stellplätzen im Rahmen der Errichtung baulicher oder anderer Anlagen. Der diesen Vorschriften anhaftende Telos hat sich im Laufe der Jahre gewandelt.<sup>18</sup> Nicht mehr allein die Vermeidung von Verkehrsbehinderungen durch eine zu große Anzahl an Kraftfahrzeugen im öffentlichen Straßenraum ist Reglementationsintention; die Gemeinde entscheidet über diesen Hebel vielmehr über die Steuerung von Zielverkeh-

ren in ihren Innenstädten und Außenbezirken.<sup>19</sup> „Von der ursprünglichen ordnungsrechtlichen Regelungsidee“<sup>20</sup> hat man sich verabschiedet. Dasselbe gilt auch für Parkgebühren: § 6a Abs. 6 StVG ermöglicht den Gemeinden, Parkgebühren zu erheben.<sup>21</sup> Durch die Entscheidung, entsprechende Parkgebühren im kommunalen Straßenraum für das Parken von Kraftfahrzeugen vorzusehen, könne nicht nur „die Attraktivität der Anreise mit dem eigenen Kraftfahrzeug [...] gesteuert“, sondern vielmehr auch ein Beitrag zur kommunalen Wirtschaftsförderung geleistet werden.<sup>22</sup> Der Wandel gesetzlicher Intentionen hat demzufolge zu einer Stärkung der kommunalen Position im Rahmen der Gestaltung und Reglementierung des örtlichen Straßennetzes geführt.

In der kommunalen Praxis vollzieht auch § 45 StVO – jedenfalls teilweise – den (faktischen) Wandel von einer reinen sonderordnungsrechtlichen Vorschrift zu einer Ordnungsvorschrift mit stadtplanerischem Einschlag.<sup>23</sup> Primärer Anknüpfungspunkt des § 45 StVO ist eine Kompetenz der Straßenverkehrsbehörden, „die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken aus Gründen der Sicherheit oder

<sup>16</sup> So OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217 (218).

<sup>17</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217 (218).

<sup>18</sup> P. BOOS, Steuerung des kommunalen Straßenverkehrs durch einen „Straßenverkehrsplan“, NZV 2001, 497 (500).

<sup>19</sup> Vgl. BOOS (o. Fußn. 18), S. 500.

<sup>20</sup> So BOOS (o. Fußn. 18), S. 500.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu BOOS (o. Fußn. 18), S. 500.

<sup>22</sup> In vielen Kommunen wurde intensiv über die Frage diskutiert, wie die Parkplatzbewirtschaftung im Detail auszugestalten sei. Mit der Zielsetzung, den örtlichen Einzelhandel zu stärken, war dabei die sog. „Brötchentaste“ Beratungsgegenstand der kommunalen Vertretungen. Nach dieser Konzeption soll das Parken für eine bestimmte Zeitspanne kostenlos möglich sein und erst nach Ablauf einer näher festzulegenden Parkdauer eine Gebührenpflicht ausgelöst werden, vgl. hierzu etwa den Artikel von C. BADTKE auf der Internetpräsenz der Westdeutschen Zeitung vom 15. April 2013, abrufbar unter: <http://www.wz-newsline.de/lokales/kreis-mettmann/langenfeld/broetchentaste-parken-nur-noch-15-minuten-kostenfrei-1.1293290> – zuletzt besucht am 23. Juli 2013 um 10:10 Uhr; ein anderer wesentlicher Impuls zur Wirtschaftsförderung kann im Wege kommunalbehördlicher Entscheidung auch von einem Rückbau ehemals stark befahrener Straßen ausgehen, vgl. hierzu D. KETTLER, Mehr Sicherheit durch weniger Verkehrszeichen – Shared Spaces, Gemeinschaftsstraßen, Begegnungszonen und Simply Cities, NZV 2012, 17.

<sup>23</sup> P. BOOS weist darauf hin, dass „in vielen Bereichen“ „aus einer ordnungsrechtlichen Aufgabe eine zumindest auch planungsrechtliche Aufgabe geworden“ sei, so DERS. (o. Fußn. 18), S. 501.

Ordnung des Verkehrs“ zu „beschränken oder“ zu „verbieten und den Verkehr umzuleiten“.<sup>24</sup>

Auf der Grundlage von § 45 StVO hat sich eine breit gefächerte Kasuistik entwickelt, die insbesondere auch kommunalspezifische und das Stadtplanungsrecht tangierende Tatbestände umfasst. Danach sind nach § 45 Abs. 1 Nr. 5 Var. 2 StVO notwendig zu treffende Anordnungen „zur Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung“ gestattet oder gar geboten. Allein auf der Grundlage des Wortlauts von § 45 Abs. 1 Nr. 5 Var. 2 StVO wird bereits deutlich, dass dieser Norm eine gewisse „Janusköpfigkeit“ nicht abgesprochen werden kann. Gerade die „Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung“ ist von der ursprünglich ordnungsrechtlichen Stoßrichtung sehr weit entfernt. Zugespißt kann man m. E. von einem kombinierten ordnungs- und planungsrechtlichen Auftrag des § 45 StVO sprechen. Die ohnehin erkennbaren Kalamitäten in der behördlichen Kompetenzzuweisung<sup>25</sup> werden an dieser Stelle in besonderer Weise sichtbar. Was genau unter einer „notwendigen Anordnung“ und „zur Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung“ nach Maßgabe des § 45 Abs. 1b Satz 1 Nr. 5 Var. 2 StVO zu verstehen ist, bleibt jedoch völlig unklar: Wenn das Gesetz von „Unterstützung“ spricht,

kann hieraus abgeleitet werden, dass § 45 Abs. 1b Satz 1 Nr. 5 Var. 2 StVO nur flankierende Maßnahmen, nicht jedoch ein initiatives Tätigwerden ohne eine zugrundeliegende (ganzheitliche) Entwicklungskonzeption ermöglicht. Die Festlegung eines genauen Grenzverlaufs zwischen unterstützender und initiativer Anordnung bereitet in der Praxis daher große Schwierigkeiten und ist zuweilen sogar unmöglich.

§ 45 StVO bildet also geradezu eine Fundgrube für solche Anordnungen, deren faktische Wirkungen über rein sonderordnungsrechtlich motivierte Ziele hinausreichen. Es handelt sich mithin um Anordnungen mit „Doppelwirkung“.

## 2. Reichweite der gemeindlichen Planungskomponente

Wenn die öffentliche Verwaltung eine Anordnung oder sonstige Maßnahme trifft, kann sie dies nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung tun.<sup>26</sup> Von dieser Ermächtigungsgrundlage muss das behördliche Verhalten in seiner ganzen Reichweite gedeckt sein. Die Behörde ist dabei allerdings nicht daran gehindert, durch ihr Handeln weitere positive Nebeneffekte zu generieren. So ist es nicht notwendig, dass sich die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ihrem Wortlaut nach zu allen von der Maßnahme gedeckten (positiven) Nebeneffekten verhält. Die in einer Ermächtigungsgrundlage genannten Zielsetzungen können somit grundsätzlich keine Exklusivität für sich in Anspruch nehmen.

Ein weiteres Problemfeld stellt die Lösung straßen- und straßenverkehrsrechtlicher Konflikte dar, die im Rahmen straßenbezogener Kompetenzzuweisungen entstehen können. „Safety first“ ist nicht nur ein wohlklingender und womöglich marketingträchtiger Ausruf in der Werbeindustrie, sondern auch ein leitendes Prinzip<sup>27</sup> bei der Gewichtung solcher Belange, die im Rahmen des Straßenverkehrsrechts durch behördliche Maßnahmen geschützt oder in sonstiger Weise gefördert werden sollen.<sup>28</sup> Dies bedeutet im Kern, dass stadtplanerische Belange etwa im Rahmen des § 45 Abs. 1b Nr. 5 Var. 2 StVO niemals Vorrang beanspruchen können, wenn ihre „Unterstützung“ nur zulasten der „Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs“ i. S. d. § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO gelänge.<sup>29</sup> Mit der Stellung von „Sicherheit“ und „Ordnung des Verkehrs“ an erster Stelle im Gesetzeswortlaut des § 45 StVO, korrespondiert eine entsprechende gesetzgeberische Wertung.<sup>30</sup> Nach Auffassung von DURNER kann die „Pflicht zur Ver-

<sup>24</sup> Siehe hierzu auch F.-R. HERBER, *Besonderes Verwaltungsrecht leicht gemacht – Lernbeitrag zum Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht* –, BayVBl. 2013, 413 ff. (415), der die genannte Norm als „zentrale Vorschrift der StVO“ wertet, da hier nicht zuletzt der „Vorrang des Straßenverkehrsrechts vor dem Straßenrecht normiert“ werde; siehe zu diesem Vorrangverhältnis auch V. DANWITZ (o. Fußn. 1), Kap. 7 Rdnr. 6; W. DURNER, *Rechtsfragen von „Shared Space“-Bereichen*, SVR 2013, 81 (85); B. STÜER/C. D. HERMANNNS sprechen unter Bezugnahme auf einen Vortrag von G. MANNSEN sogar von einer „Vorherrschaft des Straßenverkehrsrechts“, so B. STÜER/C. D. HERMANNNS, *Das straßenrechtliche Nutzungsregime im Umbruch*, DVBl. 2013, 25 ff. (25).

<sup>25</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen bei BOOS (o. Fußn. 18), S. 499.

<sup>26</sup> Grund hierfür ist der weiter oben bereits in Bezug genommene Grundsatz vom „Vorbehalt des Gesetzes“, zu ihm oben Fußn. 4.

<sup>27</sup> Siehe zur überragenden Bedeutung der Verkehrssicherheit auch BVerwG, NZV 1995, 165 ff. (165).

<sup>28</sup> So formuliert DURNER treffend, „dass Sicherheitsaspekte im Zweifel den Ausschlag geben müssen“, DURNER (o. Fußn. 4), S. 85.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu nochmals DURNER (o. Fußn. 4), S. 85.

<sup>30</sup> DURNER bezeichnet die „Pflicht zur Verkehrssicherheit“ insofern als „maßgebliche Leitlinie“, DURNER (o. Fußn. 4), S. 85.

kehrssicherheit" als „maßgebliche Leitlinie für die straßenverkehrsrechtliche Reglementierung des straßenrechtlich geschaffenen Straßenraums" bezeichnet werden.<sup>31</sup> Dieser Grundsatz findet seine Rechtfertigung nicht zuletzt auch darin, dass den Staat bzgl. der Sicherheit des Straßenverkehrs grundrechtlich verbürgte Schutzpflichten<sup>32</sup> zugunsten der Grundrechtsträger treffen.

Eine von der Vorrangigkeit von Sicherheitsaspekten zu unterscheidende Problematik bildet die Fragestellung, welche Aspekte straßen- und straßenverkehrsrechtlichen Entscheidungen seitens der zuständigen Behörden im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung zugrunde gelegt werden dürfen. Grundsätzlich ist die Berücksichtigung „straßenferner Belange" im Rahmen von straßenrechtlichen und straßenverkehrsrechtlichen Entscheidungen der vielfachen Verschränkung und Konnexität unseres Rechtssystems geschuldet. Diese rechtsdogmatische Erkenntnis musste jedoch zuerst reifen und fand ihren Ursprung in einem Berliner Sonderweg.<sup>33</sup> Als die anderen Bundesländer noch eine straßenzentrierte Sichtweise im Rahmen ihres jeweiligen Straßenrechts präferierten, konnten bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bereits nach damals geltendem Berliner Landesrecht „straßenferne Belange" Berücksichtigung finden.<sup>34</sup> Auch heute ist die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit externer Faktoren keineswegs unbestritten akzeptiert. So betont etwa INGOLD unter Bezugnahme auf eine (noch) starke Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum, dass „ausgehend von straßenrechtlicher Zielsetzung und Systematik allein Belange mit Bezug zur Straße in die Beurteilung der Verträglichkeit einer Sondernutzung einbezogen werden dürfen."<sup>35</sup> Hinsichtlich der Frage, wie ein Sachverhalt im Einzelnen ausgestaltet sein muss, um noch einen hinreichenden Straßenbezug aufzuweisen, benennt Ingold drei Abstufungen: Zum einen seien „vorrangig der Schutz des Straßenkörpers und des störungsfreien Gemeingebrauchs als Interesse zu gewichten"<sup>36</sup>; zum anderen „auch Gesichtspunkte, die mit dem Widmungszweck der Straße in Zusammenhang stehen"<sup>37</sup>; und schließlich solche Aspekte, die „einen sonstigen sachlichen Bezug zur Straße aufweisen"<sup>38</sup>.

Unabhängig davon, ob man nun straßenferne oder gar straßenfremde Faktoren im Rahmen von straßenrechtlichen Entscheidungen als berücksichtigungsfähig ansieht oder nicht, dürfte sich eine gewisse Annäherung der gegenläufigen Positionen dadurch bewirken lassen, dass man entweder zu

einer weiten Auslegung der Kategorie „sonstiger sachlicher Bezug zur Straße"<sup>39</sup> gelangt oder die Berücksichtigungsfähigkeit straßenferner Faktoren einer restriktiven Eingrenzung in materieller Hinsicht unterzieht. So ist es eine Frage perspektivischer Betrachtungsweise, ob man beispielsweise in der Zielsetzung des Klimaschutzes noch „einen sonstigen sachlichen Bezug zur Straße"<sup>40</sup> erkennen mag oder einen entsprechenden Zusammenhang verneint.<sup>41</sup> Vor diesem Hintergrund dürfte sich die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit „straßenferner Belange" als dogmatisch brisant, in tatsächlicher Hinsicht jedoch als weniger bedeutungsvoll erweisen. Wagt man, eine Parallele zwischen dem Straßenrecht (und seiner dogmatischen Ausgestaltung) zum Straßenverkehrsrecht zu ziehen, so spricht vieles dafür, die restriktive, rein straßenzentrierte Betrachtung der Materie zugunsten einer Öffnung des Straßenrechts für Drittbelange aufzugeben. So sollen „auch Belange des Umfelds der Straße in städtebaulichen und baupflegerischen Vorschriften mit eine Rolle spielen, soweit

<sup>31</sup> So DURNER (o. Fußn. 4), S. 85.

<sup>32</sup> Diesen Aspekt betont DURNER (o. Fußn. 4), S. 85; siehe allgemein zu grundrechtlichen Schutzpflichten K. STERN, in: DERS./BECKER (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Einl. Rdnr. 47 ff., der die sog. „Schutzpflichtenfunktion" näher beleuchtet; ferner SACHS (o. Fußn. 4), Vor Art. 1 Rdnr. 35 ff.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen des OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217 (218).

<sup>34</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217 (218); siehe in diesem Zusammenhang auch zu der Frage, ob eine Sondernutzungserlaubnis für das Betreiben politischer Informationsstände versagt werden kann, wenn im Rahmen der zu erwartenden inhaltlichen Positionierung Gesetzesverstöße zu befürchten sind, vor knapp dreißig Jahren W. SCHMIDT, Der Ermessensrahmen bei der Versagung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, NVwZ 1985, 167.

<sup>35</sup> So A. INGOLD, Möglichkeiten eines Ausschlusses der Nutzung sog. Heizpilze in der Gastronomie, GewArch 2010, 89 (92) m. weit. Nachw.

<sup>36</sup> INGOLD (o. Fußn. 35), S. 92.

<sup>37</sup> INGOLD (o. Fußn. 35), S. 92.

<sup>38</sup> So INGOLD (o. Fußn. 35), S. 92; vgl. auch in Bezug auf die Ermessenserwägungen der gemeindlichen Behörde im Rahmen der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis SCHEIDLER (o. Fußn. 11), S. 287.

<sup>39</sup> So unter Anpassung der grammatikalischen Bezüge INGOLD (o. Fußn. 35), S. 92.

<sup>40</sup> Vgl. nochmals die entsprechende Wortwahl bei INGOLD (o. Fußn. 35), S. 92.

<sup>41</sup> Siehe speziell zum Beispiel des Klimaschutzes OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217 (218); INGOLD (o. Fußn. 35), S. 92.

sie einen eindeutigen Bezug zur Straße aufweisen".<sup>42</sup> § 45 StVO stellt insofern unter Beweis, dass eine straßenverkehrs- oder auch straßenrechtliche Dogmatik im Sinne einer „Isolationsdoktrin“ bereits de lege lata keine hinreichende Grundlage mehr im Gesetz findet. Im Straßenverkehrsrecht stellt § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StVO eindrucksvoll unter Beweis, wie eng die einzelnen Rechtsdisziplinen zur heutigen Zeit miteinander verwoben sind. Die „Wohnbevölkerung“ und ihr Schutz vor Geräusch- und Geruchsimmissionen bilden nach dieser Vorschrift eine legitime Zielsetzung für entsprechende behördliche Maßnahmen. Die Einwirkungen des Straßenverkehrs auf seine Umwelt, also immissionsschutzrechtliche Aspekte, sind hier Gegenstand der behördlichen Ermächtigungsnorm, nicht jedoch straßenverkehrsrechtliche Problemstellungen als solche. Auf diese Weise begründet die Norm an der ausgewiesenen Schnittstelle eine interkompetenzielle Gestaltungsmöglichkeit zugunsten der jeweils zuständigen Straßenverkehrsbehörde.

Ein weiteres Beispiel für gemeindliche Gestaltungsspielräume liefert das kommunale „Zonenrecht“. Als wesentliches kommunales Steuerungselement im Straßenverkehrsrecht wurde im Verlauf der 80er Jahre zugunsten der Straßenbehörden die recht-

liche Möglichkeit geschaffen, besondere Zonen in einzelnen Stadtteilen auszuweisen; auch bekannt unter dem Begriff „geschwindigkeitsbeschränkte Zonen“<sup>43</sup> oder „Tempo 30-Zonen“.<sup>44</sup> Mittlerweile findet die Möglichkeit einer entsprechenden Zonenweisung ihre rechtliche Verortung in § 45 Abs. 1b a. E. und Abs. 2 StVO. So darf man konstatieren: Was für das „strenge“ Straßenverkehrsrecht gilt, muss erst recht auch für das wesentlich flexiblere Straßenrecht gelten. Gerade dem Straßenrecht eignet durch die abweichend geregelten behördlichen Zuständigkeiten ohnehin eine größere Vielfalt in seiner Ausgestaltung.

### 3. Grenzen der gemeindlichen Gestaltungsspielräume

Die erste Grenzlinie für die kommunalen Gestaltungsspielräume ist kompetenziell abgesteckt, da die Gemeindeverwaltung über Art. 20 Abs. 3 GG als vollziehende Gewalt „an Recht und Gesetz gebunden“ ist. Ebenfalls selbstverständlich ist, dass die Gemeinden nicht an der grundlegenden Verteilung der sich aus dem Grundgesetz ergebenden Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern partizipieren. Den Gemeinden steht insbesondere auch keine Abweichungskompetenz gegenüber gesetzgeberischen Vorgaben zu. Gemeindliche Satzungsakte dürfen daher nicht zu einer „Hochzonung“ kommunaler Kompetenzen führen und gesetzgeberische Entscheidungen auch nicht substituieren.

Eine weitere Grenze bildet das Gebot der „Einheitlichkeit des Straßenverkehrsrechts“. Soweit Regelungen des öffentlichen Straßenverkehrs betroffen sind, handelt es sich aufgrund des kommunalen Grenzen überschreitenden Individual- und öffentlichen Personennah- und Personenfernverkehrs nicht mehr um eine bloße Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Vielmehr sind hier grundlegende, allgemein gültige Vorschriften erforderlich, die den einzelnen Verkehrsteilnehmern eine Ausrichtung ihres persönlichen Verhaltens im Straßenverkehr nach gesicherter Kenntnislage der einschlägigen Regelungen ermöglichen.<sup>45</sup> Vor diesem Hintergrund kann es etwa auch kein „kommunales Erfindungsrecht für neue Verkehrszeichen“ geben.<sup>46</sup> Nur innerhalb des gesetzlich gesteckten Rahmens bleiben Gestaltungsoptionen lokaler Prägung erhalten. Ortsspezifische Ausgestaltungen dürfen dabei insbesondere zu keinem Zeitpunkt dazu führen, dass die Einheitlichkeit des Straßenverkehrs in

<sup>42</sup> So SCHEIDLER (Fußn. 11), S. 288 m. weit. Nachw.

<sup>43</sup> So die allgemeine Terminologie. Vgl. hierzu etwa BVerwG, NZV 1995, 165; BVerwG, NZV 1995, 243; ferner auch U. STEINER, Die Rechtsstellung der Gemeinden beim Vollzug des § 45 StVO, NZV 1995, 209 (209 f.).

<sup>44</sup> Vgl. hierzu STEINER (o. Fußn. 43), S. 210.

<sup>45</sup> DURNER betont in diesem Zusammenhang, dass die insofern zu erkennende „staatliche Verantwortung“ „ein Mindestmaß an Reglementierung des Straßenverkehrs“ fordere, so DURNER (o. Fußn. 4), S. 85; vor diesem Hintergrund erschließt sich auch die Notwendigkeit, u. a. mit v. DANWITZ und der wohl h. M. einen „Vorrang“ des Straßenverkehrsrechts“ anzuerkennen, so und hierzu v. DANWITZ (o. Fußn. 1), Kap. 7 Rdnr. 6 f.

<sup>46</sup> Die durch Bundesverordnung ausgewiesenen Verkehrszeichen sind nämlich – ergänzt um eine entsprechende Anordnungs-kompetenz des Bundesverkehrsministers – als „abschließend“ anzusehen, vgl. BGH, NJW 1976, 2138; hierauf Bezug nehmend OLG Köln, NZV 1990, 483 (484); auf letztgenannte Entscheidung Bezug nehmend und insofern einen durch das Straßenverkehrsrecht determinierten „numerus clausus der Verkehrszeichen“ annehmend, F. REIMER, Fortgeschrittenenhausarbeit – Öffentliches Recht: Kommunalaufsichtsrecht, JuS 2005, 628 (631) m. zahlreichen weit. Nachw.; dabei soll jedoch selbst für sog. „Shared Space“-Bereiche das vorhandene Beschilderungspotenzial – auch ohne Etablierung neuer Verkehrszeichen – ausreichend sein, vgl. DURNER (o. Fußn. 4), S. 84 f.



ihrer Gesamtheit infrage gestellt wird. Mit dieser Grundannahme ist etwa auch „ein Mindestmaß an Reglementierung des Straßenverkehrs“<sup>47</sup> verbunden, das einer ausufernden Deregulierung des Straßenverkehrs als kommunalem Sonderweg jedenfalls Schranken setzt.<sup>48</sup> Das hieraus zurecht abgeleitete „ordnungsrechtliche Untermaßverbot“<sup>49</sup> stellt dabei ebenso eine Beschränkung ortsrechtlicher Sonderwege dar, wie sie in der Beanspruchung einer nicht existenten kommunalen Gesetzserweiterungskompetenz liegt.

Allerdings sind auch die Grenzen kommunaler Kompetenzen ihrerseits begrenzt. Art. 28 Abs. 2 GG setzt dem Gesetzgeber Grenzen, die dann überschritten werden, wenn ein ungerechtfertigter Eingriff in die „Magna Charta“ gemeinderechtlicher Schutzpositionen, also in das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen, erfolgt. Soweit nicht gemeindliche Behörden, sondern staatliche Straßenverkehrsbehörden mit der Anordnung bestimmter Maßnahmen betraut sind, sind die Gemeinden entsprechenden Maßnahmen nicht schutzlos ausgeliefert. Für die Anordnung bspw. der „Parkmöglichkeiten für Bewohner“, für „die Kennzeichnung von Fußgängerbereichen, verkehrsberuhigten Bereichen“ sowie für „Maßnahmen zum Schutze der Bevölkerung vor Lärm und Abgasen oder zur Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung“ gebietet § 45 Abs. 1b Satz 2 StVO ein „Einvernehmen mit der Gemeinde“ als rechtliches Korrektiv, das den „externen“ Eingriff in gemeindliches Territorium zumindest zugunsten der betroffenen Gemeinde abfedern soll. Ganz entscheidend ist schließlich, dass die Gemeinden jedenfalls vor einer Aushöhlung kommunalplanungsrechtlicher Kernkompetenzen durch die klaren Maßgaben des Grundgesetzes und der Landesverfassung geschützt sind. Der Gesetz- und Verordnungsgeber darf die Reichweite seines originären Gestaltungsspielraums nicht zulasten der Gemeinden überdehnen.

Eine besondere Gefahrenlage ergibt sich dann, wenn staatliche Behörden als Straßenverkehrsbehörde handeln. Fühlt sich eine Gemeinde durch die Betätigung einer staatlichen, ihr übergeordneten Behörde in der Ausübung ihres kommunalen Selbstverwaltungsrechts (berechtigterweise) mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, muss ihr eine Möglichkeit offen stehen, ihrem Recht durch die Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit zur Geltung zu verhelfen.<sup>50</sup> Die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, ist nicht zuletzt dem auf Art. 28

Abs. 2 GG gründenden Sonderstatus der Gemeinden geschuldet, der gegenüber einer staatlichen Straßenverkehrsbehörde in einem „Rechtsanspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Erlass (sic!) von verkehrsrechtlichen Anordnungen auf der Grundlage solcher Vorschriften des § 45 StVO“<sup>51</sup> gipfelt. Auf der Grundlage dieser verfassungsrechtlich geschützten Position der Gemeinde kann eine „fachaufsichtliche Weisung im Straßenverkehrsrecht“ Verwaltungsaktqualität gegenüber der betroffenen Gemeinde erhalten.<sup>52</sup>

## V. Fazit

Als das kodifizierte Straßenverkehrsrecht und das Straßenrecht geschaffen wurden, waren kommunale Gestaltungsspielräume zunächst auf ein Minimum reduziert.<sup>53</sup> In der weiteren Ausgestaltung der Rechtsmaterie ist den jeweiligen Gesetz- bzw. Verordnungsgebern zunehmend bewusst geworden, dass der intensivierten Wechselwirkung zwischen verschiedenen Lebensbereichen nur dadurch Rechnung getragen werden kann, dass sich auch die rechtliche Kodifikation einer stärkeren (interdisziplinären) Vernetzung öffnet. Die Gestaltungsoptionen im Rahmen des § 45 StVO, aber auch die kommunalen Handlungsspielräume im Straßenrecht sind Ausflüsse dieser Entwicklung. Es bleibt nunmehr abzuwarten, ob und inwiefern sich diese Entwicklungstendenz zugunsten kommunaler Kompetenzen fortsetzen wird. Das Recht muss dabei insbesondere für tatsächliche Entwicklungen offen bleiben! Wissenschaft und Praxis bleiben hier gleichermaßen auch in Zukunft gefordert.

Insbesondere wird sich zu fragen sein, welche Rolle die weitere Entwicklung des Rechts auf der

<sup>47</sup> So DURNER (o. Fußn. 4), S. 85.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu DURNER (o. Fußn. 4), S. 85, der insofern von „Grenzen“ spricht.

<sup>49</sup> So DURNER (o. Fußn. 4), S. 85.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu STEINER (o. Fußn. 43), S. 211 f. unter Bezugnahme auf die seinerzeit bereits erkennbaren Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des BVerwG.

<sup>51</sup> So STEINER (o. Fußn. 43), S. 211.

<sup>52</sup> So BVerwG (nach Mitteilung von STEINER), NZV 1995, 243 f. (243, dort 2. Leitsatz).

<sup>53</sup> Als ein Meilenstein für die Entwicklung straßenverkehrsrechtlicher Kompetenzen der Gemeinden kann das Jahr 1980 angesehen werden, auf das sich STEINER im Rahmen seiner Ausführungen zu § 45 StVO bezieht, vgl. STEINER (o. Fußn. 43), 209.

---

Ebene der Europäischen Union spielen wird. Wird die zunehmende Inanspruchnahme des öffentlichen Verkehrsraums zu einer Neuausrichtung der gesetzlichen Ausgestaltung unter Einschluss der Kompetenzverteilung führen?<sup>54</sup> Werden sich Vereinheitlichungstendenzen zulasten lokal determinierter Regelungen auswirken? Es wird sich zeigen, ob die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht auch in der Zukunft eine weitere Stärkung erfahren wird oder ob individuelle Lösungen vor Ort „höheren Zielen“ weichen müssen. Möglicherweise könnte die straßenrechtliche Gestaltungskompetenz der Gemeinden im Zuge der künftigen Entwicklungen auch zu einer weiteren Säule der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie erstarken. Der wissenschaftliche Diskurs ist dabei geeignet, die tatsächlichen Entwicklungen zu begleiten und womöglich auch zu beflügeln. Wir befinden uns nicht am Ende sondern vielmehr am Anfang eines intensiven Diskussionsprozesses.

---

<sup>54</sup> So fordert etwa BOOS ein „de lege ferenda zu schaffendes Straßenverkehrsplanungsrecht“, BOOS (o. Fußn. 18), S. 502; einen „straßenverkehrsrechtlichen Reformbedarf“ erörtert auch DURNER (o. Fußn. 4), S. 84 im Zusammenhang mit „Shared Space“-Gebieten.

Regierungsdirektor Armin Netter,  
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

## Aktuelle Rechtsfragen der Ortsdurchfahrten

### I. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag beleuchtet zunächst die Gremienstruktur im Straßenwesen. Für Personen, die nicht im Straßenwesen arbeiten, wird dieser Überblick von Interesse sein, weil er zeigt, über welchen fachlichen „Unterbau“ die Verkehrsministerkonferenz (VMK) letztlich verfügt.

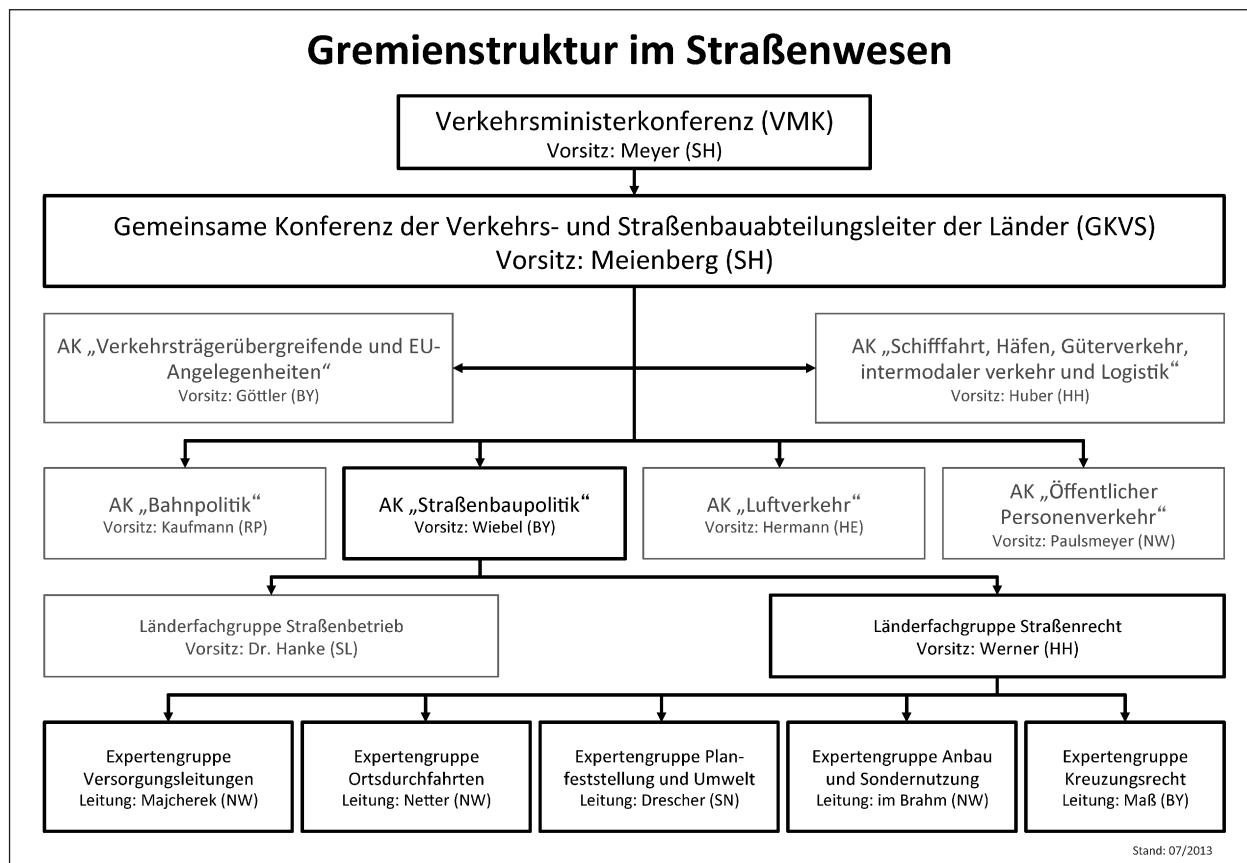
Danach wird es um einzelne Rechtsfragen gehen, die die Expertengruppe Ortsdurchfahrten in der letzten Zeit bewegt hat und noch bewegen wird. Es wird deutlich, dass das Spektrum der Befassung in der Expertengruppe vom Europarecht über das Bundes- und Landesstraßenrecht sowie den Ortsdurchfahrtrichtlinien (ODR) bis zu Fragen des jeweiligen Kommunalabgabenrechts reicht. Insbesondere stellen und stellen die straßenrechtlichen

Auswirkungen der Aufhebung der Radwegbenutzungspflicht sowie die aus der Straßenbaulast folgende Entwässerungsverpflichtung der Straßenbaulastträger (SBL) und ihre Umsetzung in den Gemeinden regelrechte „Dauerbrenner“ in den Sitzungen der Expertengruppe dar.

### II. Gremienstruktur im Straßenwesen

Die Übersicht macht zunächst deutlich, dass sich unterhalb der VMK ingenieurfachliche und rechtlich dominierte Gremien gruppieren. Zum Zwecke der Betonung und Fokussierung sind die eher technischen Gruppen schwächer unterlegt. Sie sollen nur das Gesamtbild „abrunden“. Im Folgenden werden nur die deutlich hervorgehobenen Bereiche erläutert, die sich vorwiegend mit dem Straßenrecht befassen. Zusätzlich wurde zur Information der im Durchschnitt im Turnus von 1-2 Jahren wechselnde derzeitige Vorsitz festgehalten (Stand Juli 2013).

Im Grunde stützt sich die VMK und die für Technik und Recht gebündelt zuständige Gemeinsame Konferenz der Verkehrs- und Straßenbauabteilungsleiter (GKVS) – soweit es um Rechtsfragen geht – auf 3 weitere Ebenen:



Zunächst ist in diesem Zusammenhang der AK Straßenbaupolitik zu erwähnen, dem die ministeriellen Spitzen der Straßenbauverwaltungen von Bund und Ländern angehören. Diesem Gremium arbeiten die beiden Länderfachgruppen Straßenbetrieb und Straßenrecht zu. Die jeweiligen Länderfachgruppenvorsitzenden nehmen daher auch an den halbjährlichen Sitzungen des AK Straßenbaupolitik teil und berichten über die Ergebnisse ihrer jeweiligen zeitlich vorgelagerten Fachgruppensitzungen.

Im Mittelpunkt des straßenrechtlichen Geschehens steht die Länderfachgruppe Straßenecht mit jährlich wechselndem Vorsitz. Sie tagt ebenfalls in etwa im halbjährlichen Abstand jeweils im Vorfeld von höherrangigen Gremien. In der Länderfachgruppe Straßenrecht (LFG) versammeln sich der Bund, vertreten durch das BMVBS (als Gast – es handelt sich um eine Veranstaltung der Länder), sowie fachliche Vertreter der Straßenbauverwaltungen der Länder.

Spezielle Fragestellungen, die einer eingehenden und ständigen Diskussion oder Beobachtung bedürfen, sind den 4 Expertengruppen zugewiesen. Sie werden dort fachlich begleitet und dann im Plenum der LFG diskutiert und ggf. als „Haltung der LFG“ verabschiedet.

Auf diese Art und Weise entsteht z. B. eine Novelle der Nutzungsrichtlinien auf der Basis der Beratungen in der „Expertengruppe Versorgungsleitungen“, die Planfeststellungsrichtlinien entstehen in der Expertengruppe „Planfeststellung und Umweltschutz“ und die für diesen Beitrag noch eine Rolle spielenden ODR in der Expertengruppe „Ortsdurchfahrten“.

Der Expertengruppe „Ortsdurchfahrten“ gehören derzeit insgesamt sechs Länderstraßenbauvertreter, der Bund (BMVBS) sowie der BRH an. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass auch zwei Ingenieure an Bord der Gruppe sind und die fachlichen Beratungen z. B. um Entwässerungseinrichtungen, um die Unterhaltung von Brücken und Unterführungen oder modernen Querungshilfen um ihre Beiträge bereichern. In der Gruppe erfolgt insoweit ein reger Gedankenaustausch zwischen den Fachbereichen Rechtswissenschaft und Technik.

Aus den Beratungen der Expertengruppe soll nunmehr berichtet werden.

### III. EuGH: Einbeziehung von Autobahnen in Umweltzonen<sup>1</sup>

Die Expertengruppe hatte sich in den letzten Jahren mit einschlägigen Urteilen zur Rechtmäßigkeit von innerstädtischen Umweltzonen befasst, die auf vielbefahrenen und daher hochbelasteten Straßen auch Durchfahrtsverbote für Lkw zum Gegenstand hatten.

Soweit es sich um temporäre, also von der Überschreitung von Grenzwerten abhängige und damit zeitlich begrenzte Beschränkungen handelte, wirken sich derartige Maßnahmen nicht auf die Widmung von Bundesfernstraßen aus. Dieser Befund wurde in einer gemeinsamen Sitzung der Expertengruppen Planfeststellung und Umweltschutz sowie Ortsdurchfahrten herausgearbeitet. Die zeitlich befristete Sperrung ist nach Auffassung der Expertengruppen mit einer baustellenbedingten, also auch temporären Tonnagebeschränkung z. B. auf einer Brücke vergleichbar. Dauerhaft wird keine Verkehrsart ausgeschlossen und damit die straßenrechtliche Widmung nicht berührt.

Gegenstand der Urteile waren jedoch nur Innerortsstraßen, die in Rede stehenden Urteile betrafen keine Autobahnen. In den Gremien war daher bis zum Urteil den EuGH die Meinung vorherrschend, dass Transitautobahnen, die auch im engmaschigen Bereich z. B. des Ruhrgebietes außerhalb von Ortsdurchfahrten verlaufen im Geltungsbereich von Umweltzonen keine Berücksichtigung finden dürften. Schließlich sind in einem Transitland wie z. B. NRW auch wichtige europäische Grundfreiheiten wie die Gewährleistung der freien Warendurchfuhr zu berücksichtigen. Im Regelfall und bei deutschlandweiter Betrachtung durchqueren Autobahnen überwiegend nicht emissionsfördernde Häuserschluchten, sondern ziehen sich über unbebautes und unbewohntes Land hin.

Dieser Haltung, die auf emissionsgrenzwertfreie Autobahntrassen quer durch Deutschland hinauslief, trat der EuGH entgegen. Nachfolgend wesentliche einzelne umweltrechtlich relevante Aspekte der Entscheidung:

Der Tenor lautet:

„Die Republik Österreich hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 EG und Art. 29 EG ver-

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09).

stoßen, dass sie für Lastkraftwagen über 7,5 t, die bestimmte Güter befördern, auf einem Teilstück der Autobahn A 12 im Inntal (Österreich) ein Fahrverbot verhängt hat.“

In den hier interessierenden Passagen begründete der EuGH seine Entscheidung wie folgt:

Am 27.05.2003 erließ der Landeshauptmann von Tirol eine Verordnung (VO), mit der das Befahren eines Teilstücks der Autobahn A 12 im Inntal zwischen den Gemeinden Kundl und Ampass mit Lastkraftwagen über 7,5 t zum Transport der in der Verordnung aufgezählten Güter mit Wirkung vom 1. August 2003 auf unbestimmte Zeit verboten wurde. Es handelte sich insbesondere um den Transport von Abfällen, Getreide, Rundholz und Kork. Ausgenommen von diesem Verbot war allerdings der Transport von Gütern, die entweder aus dem Gebiet der Stadtgemeinde Innsbruck oder der benachbarten Bezirke kamen oder dafür bestimmt waren. Außerdem galt das sektorale Fahrverbot nicht für bestimmte Fahrzeugkategorien, wie beispielsweise Fahrzeuge der Straßeninstandhaltung, der Müllabfuhr sowie der Land- und Forstwirtschaft. Schließlich konnte auch für andere Fahrzeuge im Einzelfall eine Genehmigung beantragt werden, soweit ein öffentliches oder ein erhebliches persönliches Interesse bestand.<sup>2</sup>

Da die Kommission der Auffassung war, dass das Verbot eine Beschränkung des freien Warenverkehrs im Sinne des Art. 28 EG und 29 EG darstellte, erhob sie gegen die Republik Österreich eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG<sup>3</sup>.

Der freie Warenverkehr stellt einen der tragenden Grundsätze des europäischen Rechts dar. Er garantiert die Freiheit der Warendurchfuhr in der Europäischen Union.

Im vorliegenden Fall verbietet es die VO, einen Abschnitt der A 12 mit Lastkraftwagen über 7,5 t zu befahren, die bestimmte, nach Auffassung der österreichischen Behörden „bahnaffine“-Güter transportierten. Sie steht somit in diesem alpenquerenden Korridor der Benutzung eines maßgeblichen Verkehrsträgers für die genannten Güter entgegen.<sup>4</sup>

Unter diesen Umständen ist das sektorale Fahrverbot als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen anzusehen, die grundsätzlich mit den Verpflichtungen aus den Art. 28 EG und 29 EG unvereinbar sind, sofern sie nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>5</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung können nationale Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, durch einen der in Art. 30 EG aufgezählten Gründe des Gemeinwohls, wie etwa Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, oder durch ein zwingendes Erfordernis u. a. des Umweltschutzes gerechtfertigt sein, sofern sie in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.<sup>6</sup>

Danach können zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes nationale Maßnahmen rechtfertigen, die zur Zielerreichung verhältnismäßig sind und nicht über das hinausgehen, was zur Sicherung des Umweltschutzes erforderlich ist.

Eine Maßnahme muss jedoch die Zielerreichung in kohärenter und systematischer Weise gewährleisten.

Im Vergleich zu anderen vergleichbaren Maßnahmen ist festzustellen, dass das sektorale Fahrverbot – auch unter Ausschluss des lokalen Verkehrs – geeignet ist, den Umweltschutz kohärent und systematisch zu gewährleisten.<sup>7</sup>

Jedoch ist bei einer so radikalen Maßnahme wie der eines völligen Fahrverbotes auf einem wichtigen Autobahnabschnitt sorgfältig zu prüfen, ob nicht auf Maßnahmen zurückgegriffen werden könnte, die den freien Verkehr weniger beschränken.<sup>8</sup>

Das Gericht untersucht hier insbesondere die Ausweitung des Fahrverbotes von bestimmten EURO-Klassen auf andere, ähnlich viel emittierende EURO-Klassen.<sup>9</sup>

Es stellt fest, dass angesichts der Tatsache, dass verschiedene weiter einzubeziehende EURO-Klassen unbestreitbar eine jeweils wesentliche Verringerung der Stickstoffdioxidmissionen erzielen können, nicht nachgewiesen ist, dass die Ausweitung des Fahrverbotes für Lastkraftwagen bestimmter EURO-Klassen auf solche anderer Klas-

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 30.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 31.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 114.

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 117.

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 119.

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 138 f.

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 140.

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 140.

sen nicht ebenso wirksam zur Erreichung des angestrebten Ziels hätte beitragen können wie die Einführung des sektoralen Fahrverbotes.<sup>10</sup> Weiter wurde nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Ersetzung der situativ und variabel angeordneten Geschwindigkeitsbegrenzung auf eine ständige Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100 km/h ein Verringerungspotenzial für Stickstoffdioxidmissionen aufweist, das nicht vernachlässigt werden durfte.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der EuGH damit die Einbeziehung von Bundesautobahnen (BAB) in Umweltzonen auch angesichts des hohen Wertes der betroffenen Grundfreiheiten nicht bestreitet. Unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist jedoch insbesondere zu prüfen, welche BAB-Warentransitstrecken in welchem Umfang in Betracht kommen. Ein Fahrverbot im vorgestellten Sinne dürfte danach eher eine „ultima ratio“ darstellen.

Anders als in ländlichen Regionen sind damit in Agglomerationsräumen wie z. B. im Ruhrgebiet oder Rhein/Main die Autobahnen „Verhandlungsmasse“ bei der Schaffung von Umweltzonen zur Eindämmung von Grenzwertüberschreitungen.

Das ist wohl auch damit zu rechtfertigen, dass sie dort auch vom lokalen Verkehr genutzt werden und damit häufig einen „Quasi-Ortsdurchfahrtscharakter“ aufweisen.

#### IV. Aufhebung der Radwegbenutzungspflicht

Die bekannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und ihre Berücksichtigung bzw. Umsetzung durch die Verkehrsbehörden hat der Expertengruppe einiges Kopfzerbrechen bereitet.<sup>11</sup>

Die straßenrechtlichen Auswirkungen einer solchen Umbeschilderung waren vor kurzem auch Gegenstand eines Vortrags des Autors beim „Nationalen Radverkehrskongress“ in Münster. Den anschließenden Diskussionsbeiträgen der Kongressteilnehmer konnte entnommen werden, dass man es nach wie vor bei der bestehenden Gebotsbeschilderung mit den scharfen Grenzen der Anordnung einer Radwegbenutzungspflicht nicht allzu ernst nimmt.

Mit dem danach vielerorts bestehenden „Wildwuchs“ an durch entsprechende Beschilderung angeordneten Benutzungspflichten befasste sich das BVerwG in seiner grundlegenden Entscheidung vom 18.11.2010.

Die Kernaussagen des Urteils beschreiben die Restriktionen bei der straßenverkehrsrechtlichen Anordnung der Radwegbenutzungspflicht:

Die positive Anordnung der Benutzungspflicht – so das Gericht – stellt eine Beschränkung des Verkehrs dar, weil die Beschilderung es den Radfahrern verbietet, wie andere Fahrzeuge die Fahrbahn zu nutzen. Es handelt sich damit immanent oder mittelbar um ein Fahrbahnbenutzungsverbot.

Radfahrer gebietet die Anordnung – das ist die reglementierende Wirkung der Zeichen 237, 240 oder 241 StVO – den Radweg zu benutzen.

„Besondere örtliche Verhältnisse“ als Motiv der – nur ausnahmsweise möglichen – Anordnung der Benutzungspflicht (§ 45 Abs. 9 StVO) können sein: Streckenführung, Ausbauzustand der Strecke, witterungsbedingte Einflüsse wie Nebel, Schnee- oder Eisglätte, die dort anzutreffende Verkehrsbelastung und die daraus resultierenden Unfallzahlen.

In diesen Fällen gebietet es somit die z. B. nach Unfallzahlen nachgewiesene lokal begrenzte und überproportional vorhandene Gefährdung der Verkehrssicherheit, die verschiedenen Verkehrsarten zu trennen.

Nach der geltenden Rechtslage ist damit das Fahrbahnfahren für den Radfahrer der Regelfall und eine Radwegbenutzungspflicht die absolute Ausnahme.

Neben den Grundsätzen zur Abgrenzung von Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht, also dem Vorbehalt des Straßenrechts und dem Vorrang des Straßenverkehrsrechts, ging es bei dem Radverkehrskongress als auch in der Expertengruppe um die Auswirkungen der verkehrsbehördlichen Anordnung (Umbeschilderung) auf Baulast, Widmung, Verkehrssicherung oder Winterdienst.

Virulent war insbesondere folgende Fallgestaltung:

Gemeinsamer Geh- und Radweg (Zeichen 240 StVO – ohne bauliche Trennung):

Innerhalb einer Ortsdurchfahrt einer klassifizierten Straße gilt der Grundsatz der „längsgeteilten Bau-

<sup>10</sup> EuGH, Urteil vom 21.12.2011 (C-28/09), Rn. 143.

<sup>11</sup> BVerwGE 138, 159.

last“.<sup>12</sup> Nur und ausschließlich für die reinen Gehwege und die Parkplätze sind die Gemeinden verantwortlich.

Umgekehrt folgt daraus, dass der Träger der Straßenbaulast für die Fahrbahn für alle für den Radverkehr bestimmten Teile der Straße baulastpflichtig und verantwortlich ist. Es gibt folglich keine „gemeinsame Baulast an gemeinsamen Geh- und Radwegen“.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob sich die Gemeinde – die sich ja die Anlage bzw. den Bau eines eigenen (reinen) Gehweges in ihrer Baulast erspart hat – nicht an den Aufwendungen für den gemeinsamen Geh-/Radweg auf vertraglicher Grundlage beteiligen soll. Hierzu trifft Ziff. 12a ODR eine Regelung. Dies stellt jedoch nur eine vertragliche Beteiligung der Gemeinde dar, es handelt sich nicht um eine von den Straßengesetzen abweichende Begründung einer Baulast.<sup>13</sup>

Daraus folgt:

Mit der Umbeschilderung in einen „reinen Gehweg“ (Zeichen 239 StVO) oder einen Gehweg mit Zusatzzeichen „Radfahrer frei“ (ZZ 1022-10) würde sich nur verkehrsrechtlich etwas ändern: Der Radfahrer muss nunmehr die Fahrbahn benutzen (Alt.1), oder kann frei entscheiden (ZZ 1022-10), ob er den Gehweg wählt.

Straßen- und widmungsrechtlich hat das Geschehen zunächst keine Auswirkungen. Baulast, Verkehrssicherungspflicht, Unterhaltung und Winterdienst verbleiben zunächst bei dem Fahrbahnbaulastträger.

Jedoch besteht – gerade um das Haftungsrisiko und die Unterhaltungs- bzw. Verkehrssicherungspflichten der SBL zu begrenzen – ein Anspruch auf Übernahme der Baulast an diesem nunmehrigen Gehweg durch die Gemeinde. Dieser Anspruch ist notfalls rechtsaufsichtlich durchzusetzen.

Bei einer solchen Umbeschilderung widerspricht also eine Zeitlang die verkehrsrechtliche Lage der straßenrechtlichen Widmung. Im Hinblick auf Nr. 12a Abs. 1 ODR ein rechtswidriger Zustand – die Beschilderung entspricht nicht den Vorgaben der „geteilten Baulast“ (Vorrang des Straßenrechts) –, der bei gesetzgebundenen Baulast- und kommunalen Verwaltungsträgern schnell zu korrigieren ist.

In der letzten Sitzung der Expertengruppe Ortsdurchfahrten im Mai 2013 hat das Gremium dazu betont, dass der bisherige kombinierte Geh- und Radweg rechtlich ein „Radweg“ war und daher die Baulast beim Fahrbahnbaulastträger lag und liegt (§ 5 Abs. 3 FStrG). Mit der Abnahme der entsprechenden Beschilderung (Zeichen 240, 241 StVO) ändert sich rechtlich nichts.

Allerdings dürfte die Verkehrsbehörde ohne Vereinbarung nach Nr. 12a Abs. 2 ODR (über den Übergang der Baulast an die Gemeinde) eine solche straßenrechtlich widmungswidrige Beschilderung gar nicht anordnen, die rechtlich zu einem „Gehweg“, ggf. mit Zusatzzeichen 1022-10 StVO, führen würde. Hierzu ist der vorherige vertraglich abgesicherte Übergang der Baulast und damit die Umwidmung der Fläche in einen „Gehweg“ erforderlich und abzuwarten.

Nach Nr. 12 a Abs. 1 Ziffer 2 ODR müssen straßenverkehrsrechtliche Anordnungen im Einklang mit der Widmung stehen. Weiter verlangt auch Nr. 12 a Abs. 2 Ziffer 2 für die Änderung der Verkehrsfunktion – wie hier – eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Baulastträgern.

Festzuhalten ist daher, dass bei einer solchen Konstellation zunächst eine Vereinbarung mit der Gemeinde über den Baulastwechsel zustande kommen muss, bevor durch verkehrsbehördliche Anordnung die nachvertraglich umgewidmete Fläche (auch für die Verkehrsteilnehmer sichtbar) mit einer „Gehwegbeschilderung“ versehen wird. Baulastträgerschaft, Verkehrssicherung, Winterdienst und Haftung bleiben jedoch bis dahin beim Fahrbahnbaulastträger.

Für die Zwischenzeit hat die LFG in ihrer letzten Sitzung die Bund-Länder-Fachgruppe StVO (BLFA-StVO) gebeten, ein geeignetes Zeichen (z. B. Piktogramm) vorzusehen, das das Radwegangebot für den mit den örtlichen Verhältnissen nicht vertrauten Radfahrer deutlich macht.

<sup>12</sup> Z. B. § 5 Abs. 3 FStrG.

<sup>13</sup> Nach Ziff. 12a ODR 2008 soll die vertragliche Beteiligung vor Baubeginn feststehen, damit sich die Gemeinden zwingend beteiligen. Nach den Prüfungen des Bundesrechnungshofes (BRH) noch unter der Vorfassung der ODR haben sich einige Kommunen geweigert, auch im nachhinein einen Beitrag zu leisten. Folge davon war, die ODR insoweit zu „verschärfen“ und den Bau eines gemeinsamen Geh- und Radweges von der Beteiligung der Gemeinde abhängig zu machen (...darf nur gebaut werden..., ).

## V. BVerwG: Reinigungszuständigkeit für Sinkkästen<sup>14</sup>

Kopferbrechen bereitete der Expertengruppe in mehreren Sitzungen ein Beschluss des BVerwG aus dem Bereich der Straßenentwässerung, dem absoluten Dauerbrenner in den Gruppensitzungen.

Das Gericht hatte entschieden:

„Die Reinigung von zur Straße gehörenden Regenwasserabläufen und Sinkkästen ist bundesrechtlich (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 WHG 2010) dem Regime der Abwasserbeseitigung zugewiesen, weil diese Einrichtungen dem Sammeln und Fortleiten des im Bereich der befestigten Straßenflächen anfallenden Niederschlagswassers dienen. Die Bestimmung der zur Erfüllung dieser Aufgabe verpflichteten juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines anderen Abwasserbeseitigungspflichtigen obliegt dem Landesrecht (§ 56 Satz 1 und 2 WHG 2010)“.

Die Expertengruppe untersuchte den Spruch darauf hin, ob die Aussagen des Beschlusses lediglich die Abwasserreinigungsverantwortlichkeit im Sinne des WHG 2010 betreffen oder auch Aussagen oder gar Änderungen des herkömmlichen Verständnisses der Straßenbaulast im Hinblick auf die Straßenentwässerung beinhalten.

Das Gericht hatte insoweit in den Gründen festgestellt, dass nach der zur Beurteilung anstehenden landesrechtlichen Vorschrift die Straßenbaulast zwar alle mit dem Bau und der Unterhaltung einer Straße zusammenhängenden Aufgaben umfasst und dass dazu auch die Pflicht zum Bau bzw. der Errichtung und Unterhaltung von Anlagen zur Oberflächenentwässerung der Fahrbahn zählt. Die Baulast bestimmt jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht im Einzelnen die Art und Weise der technischen Umsetzung der Oberflächenentwässerung und deren rechtliche Regelung. Der Straßenbaulastträger war und ist insoweit grundsätzlich darin frei, ob er sich zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht einer eigenen Abwassereinrichtung bedient oder – in Absprache mit einer Kommune – eine vorhandene kommunale Kanalisation mitbenutzt. Dabei muss er jedoch gesetzliche Vorgaben und

hier insbesondere Maßgaben des Wasserrechts beachten.

Das BVerwG knüpfte insoweit an seine bereits seit 1996 bekannte Rechtsprechung an und bestätigte sein Verständnis von Straßenbaulast und ihrer Grenzen im Hinblick auf die Straßenentwässerung erneut. Die Aussagen über den Umfang der Straßenbaulast entsprechen denjenigen im Bundesfernstraßengesetz (vgl. § 3 Abs. 1, § 4, § 1 Abs. 4 Nr. 1 FStrG) und der hierzu ergangenen Rechtsprechung.<sup>15</sup>

Gegenstand des vorliegenden Revisionsbeschlusses war damit die Frage, ob die Erfüllung der Reinigungsverpflichtung kraft Bundesrechts (revisibel) dem Pflichtenkreis der Abwasserbeseitigung zuzuordnen ist und welche Zuständigkeitsregelung das (Landes-) Wasserrecht insoweit trifft.

Das Bundesverwaltungsgericht nahm insoweit Bezug auf seine ständige Rechtsprechung, die den Straßenbaulastträger verpflichtet, das auf Verkehrsflächen entstehende Niederschlagswasser zu beseitigen und die hierfür entstehenden Kosten zu tragen.<sup>16</sup>

Auch nach neuem WHG 2010 ist die Aufgabe der Beseitigung des auf befestigten Straßenflächen gesammelt anfallenden Niederschlagswasser kraft geltendem Bundesrecht dem Regime des Wasserrechts und der Abwasserbeseitigung zugeordnet.

An dieser Verteilung der jeweiligen Verantwortungsbereiche von Straßenbaulastträger und Abwasserbeseitigungspflichtigen hat die Novelle des WHG im Jahre 2010 nach Auffassung des Gerichts nichts geändert.

Nach § 54 Abs. 2 Satz 1 WHG 2010 umfasst die Abwasserbeseitigung insbesondere das Sammeln und Fortleiten von Abwasser von befestigten Straßenflächen.

Insoweit sind die Niederschlagswassersammler (Sinkkästen) definitionsgemäß Einrichtungen des Vorgangs der Abwasserbeseitigung. Ihre Unterhaltung und Reinigung gehört daher – so der Senat – zum Pflichtenkreis der Abwasserbeseitigung, nicht zur (verkehrsmäßigen) Straßenreinigung im Verantwortungsbereich des Baulastträgers.

Die Diskussion in der Expertengruppe drehte sich um diese tragenden Entscheidungsgründe.

Dabei wurde auch darauf hingewiesen, dass die Niederschlagswasserbeseitigung immanent und

<sup>14</sup> BVerwG, NVwZ 2012, 117.

<sup>15</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1998, 129 (130 f.).

<sup>16</sup> BVerwG, NVwZ 1986, 204 ff.



untrennbar ein mit dem Betrieb der Verkehrsanlage „Straße“ verbundener Bestandteil ist, da die Anlage ansonsten nicht funktionsfähig wäre; sie ist seit jeher Bestandteil der Aufgabe „Straßenbaulast“.

Daher ist schon nach dem historischen Verständnis eine eigenständige straßenrechtliche Pflicht zur Beseitigung des Niederschlagswassers gegeben, die möglicherweise lange vor der im Wasserrecht normierten bestand.

Der Beschluss macht es aus Sicht der Expertengruppe erforderlich, dieses Verständnis zu hinterfragen und die Grenzen der aus der Straßenbaulast folgenden Entwässerungsverpflichtung auszuloten, um ein Ausweiten des Zugriffs Dritter (der Abwasserbeseitigungspflichtigen) auf traditionelle Elemente der bundesrechtlich oder landesstraßenrechtlich geregelten Straßenbaulast und damit ein Aushöhlen der Straßenbaulast zu verhindern. Danach geht es um die Grenze eines eigenen „baulastgeprägten Entwässerungsregimes“. Soweit Bundesrecht in Rede steht, dürften die abschließenden Regelungen zur Straßenbaulast im FStrG wegen Art. 31 GG dem (abweichenden) Landesrecht vorgehen.

In Sachsen-Anhalt wird z. B. durch eine neue Regelung im Landeswassergesetz hinsichtlich der Niederschlagswasserbeseitigung auf öffentlichen Verkehrsanlagen auf die straßenrechtliche Regelung (Straßenbaulast) – eigenes Regime – verwiesen („Den Trägern der öffentlichen Verkehrsanlagen obliegt die Entwässerung ihrer Anlagen“).<sup>17</sup>

Die Expertengruppe war nach Analyse des Beschlusses sich darüber einig, dass der Beschluss ausschließlich Fragen der Abwasserbeseitigungsverantwortlichkeit unterhalb der Straßenoberfläche zum Gegenstand hatte und sich daher nicht auf die herkömmlichen Grenzen des Umfangs der Straßenbaulast auswirkt und bezieht. Die Frage der Reinigungszuständigkeit ist damit von der Frage der Errichtung und Herstellung, Finanzierung und Unterhaltung notwendiger Entwässerungseinrichtungen auf der Straßenoberfläche zu unterscheiden. Anderenfalls müsste die z. B. Finanzierung von Straßeneinläufen/ Sinkkästen durch den SBL (Nr. 14 ODR) überdacht werden.

Die Expertengruppe war sich jedoch auch einig, im Hinblick auf diese Fragestellung im Grenzbereich zwischen Straßenbaulast und Abwasserregime die weitere Rechtsprechung im Blick zu behalten.

## VI. Nr. 14 ODR: Beteiligung des SBL an kommunalen Entwässerungseinrichtungen

Fortbestehender Diskussionsbedarf ergibt sich aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in NRW zur Unwirksamkeit von Kostenbeteiligungsvereinbarungen nach Nr. 14 ODR. Die gerichtliche Wertung steht im Widerspruch zur Haltung des Bundes, der Länderstraßenbauverwaltungen und des BRH:

Diese traditionelle Auffassung von Bund und Ländern zum Wesen einer Vereinbarung nach Nr. 14 ODR hat exemplarisch das OVG Thüringen wie folgt zusammengefasst:<sup>18</sup>

Zweck der Regelung über die Kostenbeteiligung ist es, dem Träger der Straßenbaulast einen vereinfachten und pauschalierenden Ausgleich für die Mitbenutzung der Anlage eines kommunalen Einrichtungsträgers zur Straßenentwässerung zur Verfügung zu stellen, der alle Kosten der Mitbenutzung einschließlich der laufenden Unterhaltungskosten während der Nutzungsdauer der Anlage im Voraus abdeckt und daher auch jede spätere Gebührenerhebung für die Mitbenutzung der betreffenden Anlage auf die Dauer ihrer Nutzungszeit ausschließt. Die Höhe der Kostenbeteiligung richtet sich nach den Kosten, die dem Träger der Straßenbaulast entstehen würden, wenn er selbst eine straßeneigene Entwässerungsanlage herstellen würde. Dieses Modell der Kostenbeteiligung des Trägers der Straßenbaulast liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, dass die vollen Kosten einer eigenen Straßenentwässerung erheblich höher liegen als die auf die Straßenentwässerung entfallenden anteiligen Investitionskosten für die Herstellung oder Erneuerung der zur Straßenentwässerung mitbenutzten kommunalen Entwässerungsanlage. Die Kostenbeteiligung enthält damit einen die anteiligen investiven Kosten übersteigenden Teilbetrag, der dazu bestimmt ist, den Anteil der Straßenentwässerung an den Kosten der laufenden Unterhaltung aller zur Straßenentwässerung dienenden Anlagen der kommunalen Entwässerungseinrichtung abzudecken.

Die Verpflichtung zur unentgeltlichen Aufnahme und Beseitigung des Straßenwassers einschließ-

<sup>17</sup> § 79 b Abs. 2 LWG.

<sup>18</sup> OVG Thüringen, Beschluss vom 11.06.2009 (4 EO 109/06).

lich der damit einhergehenden Unterhaltungslasten ist eine zwingende Folge des vertraglich vereinbarten Übergangs der Aufgabe der Straßenentwässerung. Der Abwasserzweckverband tritt kraft vertraglicher Aufgabenübernahme an die Stelle des Straßenbaulastträgers. Für die Straßenentwässerung ist er nunmehr selbst Träger der Straßenbaulast und erfüllt eine eigene Aufgabe. Er leitet also „sein“ Straßenwasser in seine eigene Entwässerungseinrichtung ein. Deshalb fehlt es an einem Einleitungsatbestand, an den eine Heranziehung des SBL zur Entwässerungsgebühr anknüpfen könnte.<sup>19</sup>

Die vertragliche Übertragung eines Teils der Straßenbaulast lässt somit die Erhebung von Entwässerungsgebühren gegenüber dem originären Straßenbaulastträger entfallen („Sonderbaulast“).<sup>20</sup>

Die Vereinbarung nach Nr. 14 ODR ist auch nicht gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG/134 BGB nichtig. Die Grundsätze der Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung werden nicht verletzt. Die Verpflichtung zur dauernden und unentgeltlichen Aufnahme und schadlosen Ableitung des Oberflächenwassers stellt als Übertragung einer Teilaufgabe des Trägers der Straßenbaulast (auf den Abwasserzweckverband) keinen Vertrag über Abgaben im Sinne des § 2 KAG TH dar. Zum einen handelt es sich nicht um eine Gebührevorauszahlung im Sinne der §§ 2 Abs. 6, 12 Abs. 7 KAG TH. Nicht durch Veranlagung gedeckte Zahlungen schließt schließlich auch das Haushaltsrecht von vorneherein aus.

Zudem sieht der Vertrag gerade nicht vor, dass zu einem späteren Zeitpunkt noch eine endgültige Gebührenabrechnung erfolgen und die gezahlte Kostenbeteiligung mit der endgültig berechneten Gebühr verrechnet werden soll. Eine solche Abrede wäre auch mit dem vereinbarten Aufgabenübergang nicht vereinbar, denn der vertraglich vereinbarte Übergang der Aufgabe der Straßenentwässerung auf den Abwasserzweckverband entzieht einer Gebührenpflicht des Antragstellers insgesamt die Grundlage. Aus dem gleichen Grund handelt es sich auch nicht um die Vereinbarung eines kostendeckenden Entgelts anstelle von Gebühren oder Beiträgen nach § 2 Abs. 6 KAG TH.

Die Vereinbarung ist auch nicht nach § 59 Abs. 2 VwVfG nichtig. Diese Vorschrift gilt nur für subordi-

nationsrechtliche Verträge. Die Vereinbarung nach Nr. 14 ODR ist aber ein koordinationsrechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Abs. 1 VwVfG. Trotz unwiderruflicher Verpflichtung des Abwasserzweckverbands zur dauernden und unentgeltlichen Aufnahme und Ableitung des Straßenwassers stehen sich die Parteien bei der Regelung dieses Gegenstands im Verhältnis der Gleichordnung gegenüber. Keine der Vertragsparteien ist ermächtigt, einseitig und für die andere Vertragspartei verbindlich über diesen Vertragsgegenstand zu entscheiden. Dies gilt hier insbesondere auch für die Vereinbarung der Kostenbeteiligung, die sich als finanzieller Ausgleich für die Aufgabenübernahme und nicht als Abgabenverzicht darstellt.

Damit scheidet auch eine Nichtigkeit des Vertrages nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG aus, wonach ein Vertrag nichtig ist, wenn sich die Behörde eine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.

Eine solche Gegenleistung ist nur bei subordinationsrechtlichen Verträgen denkbar und findet bei koordinationsrechtlichen Verträgen grundsätzlich nicht statt. Im Hinblick darauf dürften die Einwände gegen die „Auskömmlichkeit“ der vereinbarten Kostenbeteiligung in Höhe der Pauschalen nach den ODR auch kaum Aussicht auf Erfolg haben, gleichgültig ob die Angemessenheit der Kostenbeteiligung zur Deckung der Kosten einer eigenen Straßenentwässerung oder zur Deckung der anteiligen Unterhaltungskosten des Zweckverbands für seine eigene Entwässerungseinrichtung in Rede steht. Im Hinblick auf das Gleichordnungsverhältnis der Vertragsparteien und die damit zu unterstellende grundsätzliche „Waffengleichheit“ muss sich ein Abwasserbeseitigungspflichtiger, der sich vertraglich auf eine Kostenbeteiligung in Höhe der Pauschalen nach der ODR eingelassen hat, auch daran festhalten lassen, wenn er später zu der Auffassung gelangt, dass die Pauschalen für ihn nicht auskömmlich sind. Weiter lässt sich ein „krasses Missverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung auch angesichts des Verfahrens bei der Festlegung der ODR-Pauschalen nach Auffassung des Senats kaum belegen. Die Pauschalen nach der ODR sind vom BMVBS zusammen mit den Straßenbauverwaltungen der Länder und der Beteiligung der Bundesvereinigung der Kommunalen Spitzenverbände festgelegt worden; sie werden inzwischen in regelmäßigen Abständen u. a. anhand der Entwicklung der Baupreise in der Expertengruppe überprüft. Es handelt sich nicht um beliebig gegriffene Beträge,

<sup>19</sup> ebenso KÖSTER, NWVBI. 2005, 451 (454).

<sup>20</sup> Vgl. die Regelung in Nr 14 ODR.

sondern um Schätzwerte, denen Analysen der Bundesländer über tatsächliche und fiktive Kosten zugrunde liegen. Weiter können nach Nr. 14 Abs. 6 ODR außer den Pauschalbeträgen zur Berücksichtigung besonderer Verhältnisse vor Ort ein nach Lage des Einzelfalls jeweils zu ermittelnder Zuschlag gewährt werden. Im Übrigen ist die Orientierung der vertraglich vereinbarten Kostenbeteiligung an fachkundig begründeten und bundesweit einheitlich festgelegten Pauschalen aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität gerechtfertigt: Sie vermeidet aufwändige Ermittlungen der konkreten Kosten in jedem Einzelfall. Außerdem dient sie dazu, zwischen den Vertragsparteien die Ungewissheit über die richtige Höhe der Kostenbeteiligung zu beseitigen, die selbst durch eine konkrete Kostenermittlung im Hinblick auf prognostische Risiken und die Anfechtbarkeit fachlicher Annahmen nicht beseitigt werden könnte.

Eine denkbare „Änderung der Verhältnisse“ kann nur unter den Voraussetzungen von § 60 VwVfG TH (Vertragsanpassung) berücksichtigt werden. Danach kommt unter der Voraussetzung der Unzumutbarkeit des Festhaltens an der ursprünglichen vertraglichen Regelung in erster Linie ein Anspruch auf Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderten Verhältnisse in Betracht. Eine solche Anpassung in Gestalt einer „Nachrüstklausel“ für den Fall, dass nachträglich Maßnahmen wegen erhöhter Umweltauflagen erforderlich werden, ist im Übrigen seit 1996 in den Vereinbarungsmustern zu Nr. 14 Abs. 2 ODR vorgesehen (dort § 3 Abs. 3).

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in NRW hält demgegenüber eine Vereinbarung nach dem Muster von Nr. 14 ODR aus folgenden Gründen für nichtig:<sup>21</sup>

Der gebührenausschöpfende Tatbestand der Inanspruchnahme der öffentlichen Abwasseranlage durch Ableitung von Niederschlagsabwasser in die öffentliche Entwässerungsanlage ist erfüllt. Denn das auf den in Rede stehenden befestigten Flächen des veranlagten Straßengrundstücks gesammelte Niederschlagswasser wird in den öffentlichen Kanal eingeleitet.

Soweit der SBL dem entgegenhält, er nehme mit dieser Einleitung in den Kanal nicht die öffentliche Abwasseranlage der Gemeinde, sondern in einer

Mischnutzung eine von ihm selbst in Dienst gestellte „eigene“ Straßenentwässerungsanlage in Anspruch, greift diese Argumentation nicht durch. Eine mischgewidmete Nutzung liegt nicht vor. Der Straßenbaulastträger hat keine eigenen Abwasseranlagen zur Beseitigung des Niederschlagswassers geschaffen und in Dienst gestellt, sondern bedient sich zur Entsorgung des sich auf den streitgegenständlichen Straßenflächen sammelnden Abwassers der vorhandenen kommunalen Entwässerungseinrichtung. Allein in dem Anschluss der Straßenflächen an die von der Kommune erstellte und gewidmete Entwässerungsanlage ist keine teilumwidmende Neuregelung des öffentlich-sachenrechtlichen Status eines Teils der kommunalen Abwasseranlage zu sehen. Der Straßenbaulastträger will sich durch die Vereinbarung nach Nr. 14 ODR für die dauerhaft gebotene Möglichkeit der Entwässerung in die im Eigentum der Kommune stehende Entwässerungsanlage von den laufenden Kosten und Mühen der dauerhaften Unterhaltung der betroffenen Entwässerungsanlage freizeichnen. Ein solches Verhalten widerspricht einer Mischwidmungsabsicht des Straßenbaulastträgers. Ihm fehlt für die betroffenen Straßenflächen ersichtlich der Wille zur mischanteilsgerechten Unterhaltung der öffentlichen Sache „Landes- bzw. Bundesstraßenentwässerungsanlage“.

Der Straßenbaulastträger kann sich auch nicht auf den gegenteiligen Beschluss des Thüringer Oberverwaltungsgerichts vom 11. Juni 2009 berufen. Entwässerungsvereinbarungen haben aus Sicht des Straßenbaulastträgers unabhängig von der Lage der Straßenflächen innerhalb oder außerhalb von OD in erster Linie den Zweck, das auf ihm lastende Problem der Straßenentwässerung für sich möglichst aufwandsarm und kostengünstig zu lösen. Dazu bedient er sich der vertraglich gesicherten „Hilfe“ der Kommunen. Sie kann ihre Vertragspflichten erfüllen, indem sie den Straßenbaulastträger mit dem Vertrag als Nutzer ihrer Abwasseranlage zu Entsorgungszwecken zulässt. Vor diesem Hintergrund kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass Verträge der in Rede stehenden Art überhaupt eine Baulastübertragung beinhalten sollen. Vielmehr ist naheliegender Weise davon auszugehen, dass eine Übertragung der hoheitlichen Straßenbaulast, die unter Abweichung von den Zuständigkeiten, die das Gesetz für den Regelfall vorsieht, erfolgen soll, ausdrücklich vereinbart würde, wenn ein Straßenbaulastträger Teile der gesetzlich zunächst ihm zur hoheitlichen Erfül-

<sup>21</sup> z. B. VG Düsseldorf, Urteil vom 09.05.2012 (5 K 3487/11).

lung zugewiesenen Baulast rechtlich nachhaltig aus der Hand geben und auch rechtlich verbindlich und vor allem rechtssicher von der Gemeinde erledigt werden soll. Diese Annahme gilt erst recht aus Sicht eines „Übernehmers“, der sich die Baulast teilweise als eigene hoheitliche Aufgabe mit allen rechtlichen Folgen – Haftung – tatsächlich übertragen lassen wollte, um nicht zu sagen „aufdrängen“ lassen sollte. Ist die Absicht der Übertragung von Teilen der Straßenbaulast selbst von den Parteien nicht klar und eindeutig im Vertragstext geregelt worden, so ist ein entsprechender Vertragswille fernliegend.

Dementsprechend unterliegt der SBL der Satzung der Kommune und ist daher grundsätzlich gebührenpflichtig. Für eine (vertragliche) Freistellung des Straßenbaulastträgers gibt es nach Überzeugung des erkennenden Gerichts mit Blick darauf, dass der Straßenbaulastträger die gleiche Leistung in Anspruch nimmt wie jeder andere angeschlossene Grundstückseigentümer auch keine überzeugende Begründung. Daher besteht auch nach der aktuellen Rechtsprechung des OVG NRW eine Gebührenpflicht des Landes bzw. des Bundes.<sup>22</sup>

Daher kann sich der Straßenbaulastträger auch nicht auf die vertragliche Unentgeltlichkeitsabrede berufen. Denn diese Abrede stellt – jedenfalls seit der Einführung einer gesonderten Niederschlagswassergebühr für das Gebiet der Beklagten – einen rechtlich unwirksamen Gebührenverzicht dar. Er ist unwirksam, weil er gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist. Die Gleichbehandlung aller Abgabenschuldner gebietet die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG), die sich hier insbesondere im Gebührenerhebungsgebot nach § 6 KAG NRW entfaltet. Das Gebot der Abgabengerechtigkeit und Abgabengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) schließen es aus, dass Abgabengläubiger und Abgabenschuldner abweichende Vereinbarungen treffen, sofern nicht das Gesetz dies ausnahmsweise gestattet. Eine Verletzung dieser Grundsätze führt zu einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB, der die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge hat.

Aus diesen Erwägungen ist ein gegenleistungsloser, außerhalb eines Vergleichsvertrages vorgenommener Abgabeverzicht ohne Vorliegen eines gesetzlichen Erlassgrundes nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 a KAG NRW i. V. m. § 227 AO ausgeschlossen.

Das bedeutet, dass ein Verzicht auf die Abgabenerhebung nur in engen Grenzen zulässig ist. Diese engen Grenzen werden von der Rechtsprechung des OVG NRW konkret in der Weise gezogen, dass der Gebührengläubiger nur in einem begrenzten Zeitraum auf die Veranlagung zu Entwässerungsgebühren verzichten kann, wobei sich die Dauer des künftigen (Verzichts-) Zeitraums nach dem wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung des Abgabenschuldners bemessen muss.<sup>23</sup>

Der allein hier vorliegende generelle Gebührenverzicht auf unbestimmte Zeit ohne Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes der Gegenleistung der Kommune führt nach den oben stehenden Grundsätzen zur Nichtigkeit des Gebührenverzichts.

In mündlichen Verhandlungen vor den Verwaltungsgerichten geht man sogar noch einen Schritt weiter: Es wird gar infrage gestellt, angesichts des eindeutigen innerörtlichen Wasserrechts (z. B. § 53 LWG NRW) überhaupt eigene Entwässerungseinrichtungen vorzusehen. Der SBL unterliege wie jeder andere Bürger dem kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang.

Diese Auffassung dürfte jedoch in diametralem Widerspruch zu den Regelungen in §§ 3 ff. FStrG stehen (eigenes straßenrechtliches Entwässerungserrichtungsregime).

Die letzte Sitzung der Expertengruppe im Mai 2013 hat die Gefahr der Ausweitung der NRW-Rechtsprechung bestätigt. In NRW sind derzeit mehrere hundert Anfechtungsverfahren mit einem Volumen von über 10 Mio. € anhängig.

Leider hat das OVG NRW kürzlich die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bestätigt.<sup>24</sup>

## VII. Ausblick und Schluss

Der Überblick über aktuelle Themen aus der Expertengruppe Ortsdurchfahrten hat gezeigt, dass es im Schnittbereich mehrerer SBL und ihrer Anlagen mannigfache Problemstellungen gibt. Gerade in Zeiten allseits knapper Kassen werden die Aus-

<sup>22</sup> OVG NRW, DVBl 2012, 1188.

<sup>23</sup> OVG NRW, NVwZ-RR 2003, 147.

<sup>24</sup> OVG NRW, Beschlüsse vom 24.07.2013 (9 A 1290/12 sowie 1291/12).

einandersetzungen immer heftiger geführt. Zudem achten die Rechnungshöfe auf die strikte Einhaltung der geltenden Spielregeln.

Die Expertengruppe Ortsdurchfahrten, respektive der frühere Unterausschuss Ortsdurchfahrten, begeht im Jahr 2014 sein 40-jähriges Bestehen und hat sich vorgenommen, im Jubiläumsjahr eine weitere Novelle der ODR auf den Weg zu bringen.

Angesicht der in den letzten Jahren seit der letzten Novellierung 2008 in der Gruppe erörterten Probleme dürfte es nicht das letzte Vorhaben dieser Art sein.

Prof. Dr. Ulrich Stelkens, Deutsche Universität  
für Verwaltungswissenschaften Speyer

## Inanspruchnahme öffentlicher Wege durch TK-Unternehmen – Entwicklungen seit 2010 –

### I. Eine etwas längere Einführung zum heutigen Zustand des TKG-Wegerechts

Was kommt dabei heraus, wenn man Regelungen der Reichstelegraphenverwaltung mit EU-rechtlichen TK-Regulierungsmodellen und straßenrechtlicher Ahnungslosigkeit mischt? Das TKG-Wegerecht!

Der Abschnitt 3 des Teils 5 des TKG über die Wegerechte der Telekommunikationsunternehmen besteht in seiner heutigen Gestalt – ohne dass dies durch gesetzliche Überschriften gekennzeichnet wäre – mittlerweile aus zwei „gefühlten“ Unterabschnitten. Der erste Unterabschnitt besteht aus den § 68 bis § 77 TKG, der zweite Unterabschnitt aus den § 77a bis § 77e TKG. Beide Unterabschnitte sind weder aufeinander abgestimmt noch folgen sie durchgehend in sich schlüssigen und überzeugenden Konzepten.

Die § 77a bis § 77e TKG – also die Bestimmungen des zweiten Unterabschnitts – sind erst durch Art. 1 Nr. 75 des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 3. Mai 2012<sup>1</sup> (im Folgenden: TKGÄndG 2012) in das TKG eingefügt worden. Die § 68 bis § 77 TKG – also die Bestimmungen des ersten Unterabschnitts – waren dagegen im Wesentlichen schon in der Ursprungsfassung des TKG vom 22. Juni 2004<sup>2</sup> so enthalten, wie sie auch heute noch gelten. Zwar haben die Art. 1 Nr. 72 bis 74 des TKGÄndG 2012 auch hier Änderungen gebracht, von denen eine – nämlich die Änderung des § 68 Abs. 2 TKG – gerade für die Straßenbaulastträger besonders wichtig ist (Näheres unten bei III.). Unberührt blieb aber die Grundstruktur dieser Bestimmungen. Sie entsprechen deshalb (wie auch schon die § 50 bis § 58 des TKG von 1996<sup>3</sup>) teilweise wortgleich den Bestimmungen des Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899<sup>4</sup> (im Folgenden: TWG), das vom Gedanken einer „Fernmeldehoheit“ geprägt war. In diesem „Fernmeldehoheitsgedanken“, auf dem die § 68 bis § 77 TKG

basieren, liegt ein Problem dieser Bestimmungen: Sie tragen dem veränderten Charakter des Nutzungsberechtigten keine Rechnung. Zu TWG-Zeiten bestand nur ein bundesweit tätiges öffentliches Monopolunternehmen, für das wegen seiner Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Vermutung der „Rechtstreue“ sprach. Das TWG diente daher der Abgrenzung von Befugnissen und Finanzierungspflichten zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung.<sup>5</sup> Heute nehmen dagegen mehrere konkurrierende Privatunternehmen das Wegerecht nach den §§ 68 ff. TKG unabhängig voneinander in Anspruch. Die Tätigkeit dieser Unternehmen ist natürlich und in berechtigter Weise primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Sie müssen daher letztlich das Wegerecht nach §§ 68 ff. TKG nicht gemeinwohlorientiert, sondern eigennützig ausnutzen.<sup>6</sup> Die Vorschriften über Folgepflichten und Folgekostenpflichten der §§ 71 ff. TKG sind hieran aber nicht angepasst worden, obwohl das Verhältnis zwischen Verwaltungsträgern grundsätzlich von ganz anderen „Gerechtigkeitsabwägungen“ geprägt ist, als das im Staat-Bürger-Verhältnis geltende Recht.<sup>7</sup>

Die „Liberalisierungsblindheit“ der § 68 bis § 77 TKG zeigt sich etwa daran, dass den privaten Nutzungsberechtigten vielfach die gleiche Rechtsstellung eingeräumt wird, wie dem früheren öffentlichen Unternehmen „Deutsche Bundespost“ nach dem TWG. Den Wegebausträgern werden gegenüber den Nutzungsberechtigten Telekommunikationsunternehmen etwa kaum Aufsichtsbefugnisse und Kontrollinstrumente zugesprochen.<sup>8</sup> Der verfehlt „Fernmeldehoheitsgedanke“ spielt aber auch mit, wenn BGH<sup>9</sup> und BVerwG<sup>10</sup> systemfremd

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 958.

<sup>2</sup> BGBl. I, S. 1190.

<sup>3</sup> Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl. I, S. 1120).

<sup>4</sup> Telegraphen-Wegegesetz v. 18.12.1899 (RGebl., 705). Ausführlich zur Entwicklung des Telegraphen-Wegegesetzes und seiner Vorbildfunktion für die §§ 68 ff. TKG s. U. STELKENS, TKG-Wegerecht, 2010, § 68 Rdnr. 5 ff. Siehe ferner zum Vergleich der §§ 68 ff. TKG mit den Regelungen des Telegraphen-Wegegesetzes die Synopse im Anhang dieses Kommentars.

<sup>5</sup> Sehr deutlich BGH, III ZR 80/85 v. 18.9.1986, BGHZ 98, 244 (254 f.).

<sup>6</sup> Hierzu U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 131 ff.

<sup>7</sup> U. STELKENS, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 809 ff.

<sup>8</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 170 ff.

<sup>9</sup> BGH, III ZB 47/04 v. 27.1.2005, BGHZ 162, 78 (83 ff.).

<sup>10</sup> BVerwG, 6 B 41/08 v. 17.11.2008, NVwZ-RR 2009, 308 (309 f.).

nach wie vor von einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur des in den § 74, § 75 TKG geregelten „fernmelderechtlichen Kollisionsrechts“ ausgehen, obwohl es heute fast nur noch zwischen Privatunternehmen gilt.<sup>11</sup>

Das zweite Problem der § 68 bis § 77 TKG ist eher technischer Natur und dennoch wichtig: Soweit sie sich auf die Nutzung von öffentlichen Straßen, Straßenbestandteilen und sonstigen auf Straßengrundstücken vorhandenen Anlagen und Einrichtungen beziehen, modifizieren sie – wie eben das TWG – die Regelungen des (Bundes-)Fernstraßengesetzes und des Landesstraßenrechts und begründen insoweit für die Telekommunikationsunternehmen besondere Sondernutzungsrechte. Die §§ 68 ff. TKG stehen aber eben in der „Tradition“ des TWG von 1899 und verwenden deshalb teilweise Begrifflichkeiten und wegerechtliche Konzepte von 1899 (was insbesondere bei § 75 TKG deutlich wird).<sup>12</sup> Die „modernen“ §§ 68 ff. TKG bauen daher ironischerweise noch auf Konzepten von 1899 auf, die von den in den 1950er Jahren auf Bundes- und Länderebene entwickelten „neue“ Straßengesetzgebung<sup>13</sup> unberührt blieben, weshalb es dann auch an verschiedenen Stellen Reibungspunkte gibt.

Ein weiteres Problem tritt hinzu: Für das gesamte nationale Telekommunikationsrecht gibt es natürlich EU-rechtliche Vorgaben. Dies betrifft auch die Wegerechte bzw. „Installationsrechte“ von TK-Unternehmen auf öffentlichen und privaten Grundstücken sowie deren Mitbenutzungsrechte bzw. „Kollokationsrechte“ in Bezug auf Einrichtungen und Anlagen anderer Unternehmen. Derartige durch den nationalen Gesetzgeber gewährten Rechte müssen

den Vorgaben der Art. 11 („Installationsrechte“) und Art. 12 („Kollokationsrechte“) der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (im Folgenden RRL) gerecht werden. Art. 12 RRL ist jedoch durch die Ende 2009 erlassene Änderungsrichtlinie 2009/140/EG<sup>14</sup> – die bis zum 25. Mai 2011 umzusetzen war – nicht unerheblich umgestaltet worden.<sup>15</sup> Vor allem die neue Fassung des Art. 12 RRL lässt nun erkennen, dass der Richtliniengeber den nationalen Telekommunikations-Regulierungsbehörden (in Deutschland: der Bundesnetzagentur) eine wichtige Rolle bei der Erteilung von Wege- und Mitbenutzungsrechten zu Gunsten von Telekommunikationsunternehmen zuspricht und insoweit von der Existenz einzelfallbezogener Anordnungsbefugnisse ausgeht.

Nach dem Grundmodell der § 68 bis § 77 TKG ist dagegen die BNetzA nur insoweit bei der Vergabe von Nutzungsrechten beteiligt, als sie nach § 69 TKG dafür zuständig ist, einem TK-Unternehmen auf dessen Antrag hin für ein bestimmtes Gebiet (ggf. auch bundesweit) generell die Nutzungsberechtigung aus § 68 TKG zu „übertragen“. Hierbei hat sie nur die Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu prüfen, also allein personenbezogene Merkmale, nicht aber die Eignung eines konkreten Verkehrswegs oder einer konkreten Anlage oder Einrichtung für die Aufnahme von TK-Kabelanlagen. Den Zugang zu einem konkreten Grundstück oder einer konkreten Anlage regeln die § 68 bis § 76 TKG dagegen in der Form, dass

- entweder zu Gunsten der TK-Unternehmen gegenüber privaten oder öffentlichen Grundstücks- und Anlageneigentümern gesetzliche Zugangs- bzw. Duldungsansprüche begründet werden, die unmittelbar gerichtlich durchgesetzt werden können (so im Fall von § 70 und § 76 TKG aber auch von § 71 Abs. 1 TKG);
- oder dem TK-Unternehmen zwar kein unmittelbarer gesetzlicher Duldungsanspruch zugesprochen wird, jedoch ein Anspruch auf Zustimmung des Wegebausträgers zu der konkreten Baumaßnahme, die dieser i. d. R. zu erteilen hat, wenn das Bauvorhaben den technischen Anforderungen entspricht (so im Fall des § 68 Abs. 3 TKG).

Letztlich wird durch dieses Modell den nutzungsberechtigten TK-Unternehmen eine Art „physischen (Netz-)Zugang“ zu der Infrastruktur oder dem

<sup>11</sup> Ausführlich zur Kritik an dieser Rechtsprechung U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 74 Rdnr. 12 ff.

<sup>12</sup> Hierzu U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 75 Rdnr. 9, 17, 55 ff.

<sup>13</sup> Zur Neuordnung F-R. HERBER, in: KODAL (Begr.), Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 2 Rdnr. 78 ff., 92 ff.

<sup>14</sup> RL 2009/140/EG zur Änderung der RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der RL 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der RL 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste.

<sup>15</sup> Ausführlich U. STELKENS/O. SEIFERT, Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte der TK-Unternehmen – Kollokation nach der RL 2009/140/EG, MMR 2010, 811 (814 ff.); R. SCHÜTZ, in: GEPPERT/SCHÜTZ (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 70 Rdnr. 2 ff.

Grundstück vermittelt, das sie in Anspruch nehmen wollen. Die § 68 bis § 77 TKG weisen der BNetzA dabei – anders als dies der „Vorstellungswelt“ der Art. 11, 12 RRL entspricht – keine Aufgaben in Zusammenhang mit der Errichtung konkreter TK-Infrastrukturen zu. Dies war mit der ursprünglichen Fassung von Art. 11 und Art. 12 RRL auch vereinbar – bzw. die Art. 11 und Art. 12 RRL standen derartigen Regelungen nicht entgegen.<sup>16</sup> Art. 12 RRL n. F. hat jedoch den deutschen Gesetzgeber zu nicht unerheblichen Änderungen bei den Mitbenutzungs- bzw. Kollokationsrechten gezwungen. Dem wollte man mit dem TKGÄndG 2012 an sich auch Rechnung tragen. Im ursprünglichen Regierungsentwurf war jedoch nur der heutige § 77a TKG enthalten gewesen.<sup>17</sup> Die § 77b bis § 77e TKG wurden dagegen (ebenso wie der bereits erwähnte neu gefasste § 68 Abs. 2 TKG) erst aufgrund der Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses für Wirtschaft und Technologie in das TKG eingefügt. Ziel dieser Regelungen war dabei ausweislich des Ausschussberichts allerdings nicht, Art. 12 RRL n. F. umzusetzen, sondern hiervon unabhängig zusätzlich den Breitbandausbau zu fördern.<sup>18</sup>

Hier soll nicht auf die Frage eingegangen werden, ob Art. 12 RRL mit den neuen § 77a bis § 77e TKG hinreichend umgesetzt worden ist,<sup>19</sup> und ob und inwieweit insbesondere die § 77b bis § 77e TKG über die Anforderungen des Art. 12 RRL hinausgehen und hinausgehen dürfen. Es verdient jedoch betont zu werden, dass die §§ 77a bis § 77e TKG – dem Vorbild des Art. 11 und Art. 12 RRL n. F. folgend – gerade der BNetzA die Befugnis zur Anordnung von Mitbenutzungsrechten im Einzelfall als (Quasi-)Regulierungsaufgabe zuweisen, indem sie bei Streitigkeiten zwischen TK-Unternehmen und den Inhabern von „mitnutzungsfähigen“ Anlagen auf Antrag des TK-Unternehmens als Streitschlichter (Fall des § 77b TKG) oder auch als anordnungsbefugte Be-

hörde (Fall des § 77a TKG und der § 77c bis § 77e TKG) tätig werden soll. Die §§ 77a ff. TKG gehen zudem eher vom Modell eines „verhandelten (Netz-)Zugangs“ zwischen dem nutzungsberechtigten TK-Unternehmen und dem Inhaber der Infrastruktur aus, die mitbenutzt werden soll.

Wie bereits erwähnt sind die § 77a bis § 77e TKG jedoch nicht mit den § 68 bis § 77 TKG abgestimmt worden. Ein Konzept, das die beiden Regelungsregime der §§ 68 bis § 77 TKG mit den neuen § 77a bis § 77e TKG verbindet, ist nicht erkennbar. Daher bestehen Spannungsverhältnisse und Reibungsflächen zwischen den beiden Unterabschnitten des TKG-Wegerechts, die zeigen, dass die §§ 77b TKG bis § 77e TKG mit „heißer Nadel“ gestrickt worden sind. Die zahlreiche Überschneidungen lassen sich zur Zeit wohl nur so lösen, dass ein genereller Vorrang der „alten“ wegerechtlichen Bestimmungen der § 68 bis § 77 TKG vor den „neuen“ § 77a bis § 77e TKG angenommen wird: Ein Unternehmen, das schon nach § 68, § 70 oder § 76 TKG nutzungsberechtigt ist, kann also nicht zusätzlich noch die BNetzA nach § 77a bis § 77e TKG einschalten.

Diese allgemeinen Überlegungen stellen sowohl den Hintergrund als auch die Perspektive dar, vor dem bzw. aus der im Folgenden die für die Straßenbulasträger bedeutsame Entwicklungen im TKG-Wegerechts der letzten Jahre dargestellt werden sollen: Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Verwaltungsgerichte ihre Rechtsprechung zu der sich aus § 68, § 69 TKG ergebenden Nutzungsberechtigung von TK-Unternehmen im Wesentlichen unverändert und in „telegraphenwegerechtlicher Tradition“ – also liberalisierungsblind – fortführen. Dabei verlagern sich offenbar die Auseinandersetzungen der TK-Unternehmen mit den Wegebulasträgern von „Zustimmungsstreitigkeiten“ nach § 68 Abs. 3 TKG zu Streitigkeiten um Verlegungen und Verlegungskosten nach § 71, § 72, § 74 und § 75 TKG (II). Große Unsicherheiten bewirken die durch das TKGÄndG 2012 neu eingeführten Regelungen zum Mini- und Microtrenching (§ 68 Abs. 2 Satz 2 bis 4 TKG), die nur gelten, wenn es um Verlegung von „Glasfaserkabeln“ geht (III). Aus dem neuen zweiten „Unterabschnitt“ des TKG können für die Straßenbulasträger schließlich – neben der neuen Pflicht der Wegebulasträger zur Mitwirkung bei der Erstellung eines Infrastrukturatlases durch die BNetzA (§ 77a Abs. 3 TKG), auf die hier nicht eingegangen werden soll – nur die § 77b und § 77c TKG von Bedeutung sein. Während bei

<sup>16</sup> Ausführlich hierzu U. STELKENS (o. Fußn. 4), Europarechtliche Vorgaben für TK-Wegerechte, Rdnr. 17 ff. (für § 68 und § 76 TKG), Rdnr. 54 ff. (für § 70 TKG); ebenso im Ergebnis R. SCHÜTZ (o. Fußn. 15), § 68 Rdnr. 5 ff.; § 70 Rdnr. 4, § 76 Rdnr. 9a.

<sup>17</sup> Art. 1 Nr. 72 des Entwurfs (BT-Drs. 17/5707, S. 29) – näher zur Entstehungsgeschichte des § 77a TKG M. SCHRAMM/P. SCHUMACHER, in: GEPPERT/SCHÜTZ (o. Fußn. 15), § 77a Rdnr. 18 ff.

<sup>18</sup> S. hierzu den Ausschussbericht bei BT-Drs. 17/7521, S. 116 ff.

<sup>19</sup> Zweifel bei R. SCHÜTZ (o. Fußn. 15), § 70 Rdnr. 4c.



§ 77b TKG die eigentliche Rechtsfolge unklar ist (IV), ist § 77c TKG offenbar nicht mit dem Bundesfernstraßengesetz abgestimmt, was teilweise zu erheblichen Unstimmigkeiten führt, die die Vollzugstauglichkeit und Verfassungsmäßigkeit der Norm infrage stellen (V).

## II. Neuere Rechtsprechung zu §§ 68 ff. TKG in „telegraphenwegerechtllicher“ und „liberalisierungsblinder“ Tradition

Kennzeichnend für den „telegraphenwegerechtllichen“ und „liberalisierungsblinden“ Charakter der Rechtsprechung zu den §§ 68 ff. TKG sind v. a. drei neue Entscheidungen des BVerwG zu den Folgepflichten der TK-Unternehmen nach § 72 TKG. Aber auch die im „Berichtszeitraum“ ergangenen Entscheidungen der Instanzgerichte zeigen auf, dass nach wie vor nicht alle Rechtsfragen der §§ 68 ff. TKG als geklärt erscheinen können.

### 1. Beschluss des BVerwG vom 19. Dezember 2012 – 6 B 21/12 –

In einem ersten Beschluss vom 19. Dezember 2012 hatte sich das BVerwG zunächst mit folgender Situation zu befassen: Ein Straßenbaulastträger hatte Baumaßnahmen auf seiner Straße durchgeführt und war hierbei auf Telekommunikationslinien gestoßen, die er vorübergehend verlegen und nach Abschluss der Arbeiten wieder an die ursprünglich Stelle eingraben ließ. Anschließend verlangte er vom betroffenen TK-Unternehmen, das Inhaber einer Nutzungsberechtigung nach § 68, § 69 TKG war, die hierdurch entstandenen „Erschwerniskosten“ zu ersetzen.

Für dieses Erstattungsbegehren lässt sich nun eine ausdrückliche Rechtsgrundlage in den §§ 68 ff. TKG nicht finden. Aus § 72 TKG ergibt sich zwar, dass das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen in derartigen Fällen die TK-Leitung verlegen muss und hierfür die Kosten zu tragen hat. An einem ausdrücklichen Recht des Wegebaulastträgers, die Leitung selbst zu verlegen und die hierdurch entstehenden Kosten vom TK-Unternehmen ersetzt zu verlangen, fehlt es jedoch.

Das BVerwG hatte nun bereits in einem Beschluss vom 28.3.2003<sup>20</sup> – entgegen OVG Koblenz als Berufungsinstanz<sup>21</sup> – angenommen, dass bei den Ansprüchen der Wegebaulastträger nach § 72 TKG –

anders als bei § 71 Abs. 3 TKG – eine Selbstvornahme nicht vorgesehen sei. Dem Wegebaulastträger sei es daher verwehrt, die nach § 72 Abs. 1 TKG erforderlichen Maßnahmen an den TK-Linien selbst vorzunehmen und vom nutzungsberechtigten TK-Unternehmen Kostenersatz entsprechend den Grundsätzen über die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag zu verlangen; dem stehe die abschließende Regelung des Nutzungsverhältnisses des TKG entgegen.

Für die Praxis bedeutete schon dieser Beschluss von 2003, dass der Wegebaulastträger nach Möglichkeiten suchen muss, das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen selbst zum Handeln zu bringen, wenn er nicht auf den „Selbstvornahmekosten“ sitzen bleiben will. Insoweit bleibt ihm nach wohl herrschender Auffassung nichts anderes übrig, als gegen das TK-Unternehmen eine entsprechende verwaltungsgerichtliche Leistungsklage zu erheben und ggf. auch eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zu beantragen. Denn nach wohl herrschender Ansicht steht dem Wegebaulastträger auch keine Befugnis zu, mittels Verwaltungsakt (dessen sofortige Vollziehbarkeit angeordnet werden könnte) die Folgepflichten des nutzungsberechtigten TK-Unternehmens nach § 72 TKG durchzusetzen.<sup>22</sup>

Diese Auffassung – der mittlerweile auch das OVG Koblenz folgt<sup>23</sup> (s. u. II. 3. a.) – führt für die Wegebaulastträger zu sehr umständlichen Ergebnissen: Will der Wegebaulastträger die Verlegungskosten nicht selbst tragen, müssen die Arbeiten an der offenen Baugrube nach Auffinden einer „störenden“ TK-Linie unterbrochen und eine Abstimmung mit dem nutzungsberechtigten TK-Unternehmen (oder auch dem Betreiber der aufgefundenen TK-Linie selbst) gesucht werden. Bei fehlender Koopera-

<sup>20</sup> BVerwG, 6 B 22/03 v. 28.3.2003, ZUM-RD 2004, 133 f.

<sup>21</sup> OVG Koblenz, 6 A 11416/02 v. 10.12.2002, DVBl. 2003, 411 (412); offen gelassen bei VGH Kassel, 11 UE 128/84 v. 5.12.1989, juris Rdnr. 42; OVG Münster, 20 A 2575/93 v. v. 14.4.1994 Archiv PT 1994, 331 (332).

<sup>22</sup> Zum Streitstand U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 72 Rdnr. 46 (wo vorgeschlagen wird, anzunehmen, dass sich der Nutzungsberechtigte im Falle der Missachtung der Folgepflicht außerhalb der Nutzungsberechtigung des § 68 TKG bewegt, sodass eine entsprechende Anordnungsbefugnis auf straßenrechtlicher Grundlage (vgl. § 8 Abs. 7a FStrG) erfolgen könne (dem zustimmend C. D. HERRMANN, Durchsetzung der Pflichten der Telekommunikationsunternehmen durch den Wegebaulastträger, KommJur 2009, 208 [212]).

<sup>23</sup> OVG Koblenz, 6 A 10310/13 v. 2.7.2013, juris Rdnr. 12 ff.

tionswilligkeit des TK-Unternehmens muss zudem eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO gegenüber dem TK-Unternehmen erwirkt und ggf. auch vollstreckt werden, bevor mit den Bauarbeiten fortgefahren werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist nun die rechtliche Argumentation des Wegebausträgers in dem Verfahren zu verstehen, das zu dem Beschluss des BVerwG vom 19. Dezember 2012 führte: Es war versucht worden, die Ergebnisse der Rechtsprechung von 2003 dadurch zu „umgehen“, dass derartige Verlegungskostenerstattungen auf Grundlage des (analog anzuwendenden) § 71 Abs. 2 TKG („Wird die Unterhaltung erschwert, so hat der Nutzungsberechtigte dem Unterhaltungspflichtigen die aus der Erschwerung erwachsenden Kosten zu ersetzen“) geltend gemacht wurden. Als Berufungsinstanz hatte aber schon der VGH Kassel auch diesen Weg in einem Urteil vom 2. 3. 2012 mit dem Argument verschlossen, dass die von § 72 TKG erfassten Kosten nicht nach § 71 Abs. 2 TKG geltend gemacht werden könnten. Im Übrigen wurde ein Kostenerstattungsanspruch nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag – unter Verweis auf den Beschluss des BVerwG vom 28. März 2003 – abgelehnt.<sup>24</sup>

Die hiergegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wies das BVerwG nun in dem Beschluss vom 19. Dezember 2012 zurück und bestätigte damit den Beschluss vom 28. März 2003.<sup>25</sup> Michael BERGMANN beurteilt in seiner Entscheidungsanmerkung<sup>26</sup> „diese klare, nach den Sphären ‚Weg‘ und ‚Telekommunikationslinie‘ abgegrenzte Aufgabenzuweisung“ als sachgerecht – und zwar im Hinblick auf das besondere öffentlich-rechtliche Nutzungsverhältnis, das durch die §§ 68 ff. TKG begründet würde. Dieser Verweis Bergmanns auf das „besondere öffentlich-rechtliche Nutzungsverhält-

nis“ – das in Teilen der Literatur auch zu einem „verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis“ gesteigert wird<sup>27</sup> – dürfte aber auch nicht mehr als der Verweis auf eine Leerformel sein. Eine solche Leerformel eignet sich jedoch nicht dazu, ausschlaggebendes Argument für eine bestimmte Auslegung der §§ 68 ff. TKG zu sein.

Mit dem Beschluss des BVerwG vom 19. Dezember 2012 werden damit die geschilderten praktischen Probleme für die Wegebausträger im Falle des Auffindens von TK-Linien bei Straßenbauarbeiten zunächst einmal perpetuiert – und damit auch zu Lasten der Straßennutzer längere Bauzeiten hingenommen.<sup>28</sup> Dabei zeigt jedenfalls folgender Passus der Begründung dieses Beschlusses, dass das BVerwG den Realitäten des Netzausbaus im liberalisierten Telekommunikationsmarkt wohl nicht hinreichend Rechnung trägt:

„5. [...] Indem § 53 Abs. 3 TKG a.F. (§ 72 Abs. 3 TKG) ausschließlich den zur Nutzung des Verkehrsweges mit einer Telekommunikationslinie Berechtigten verpflichtet und berechtigt, die gebotenen Maßnahmen ins Werk zu setzen, verfolgt er auch den Zweck, dass die gebotenen Arbeiten sachgerecht durchgeführt werden. Für den abschließenden Charakter der Regelung spricht daher auch, dass der Nutzungsberechtigte im Vergleich zum Verkehrswegeunterhaltungspflichtigen über größere Erfahrung und Sachkunde im Zusammenhang mit Arbeiten an Telekommunikationslinien verfügt.“

Insoweit fragt BERGMANN zu Recht kritisch:

„[...] ob die Abgrenzung tatsächlich mit einer größeren Erfahrung und Sachkunde des Nutzungsberechtigten zu begründen ist. Denn selbst große Telekommunikationsunternehmen lassen Baumaßnahmen an Telekommunikationslinien regelmäßig durch besonders fachkundige Drittunternehmen durchführen. Die besondere Sachkunde des Nutzungsberechtigten kann dann allenfalls noch bei der Auswahl, der Beauftragung und der Beaufsichtigung der Fremdfirma in Ansatz gebracht werden. Zumindest die Träger der öffentlichen Wegebausträger dürften heute jedoch über nahezu gleichwertiges Erfahrungswissen verfügen (auch wenn es, wie im Ausgangsfall, Unstimmigkeiten bezüglich einzelner Details der Beauftragung geben mag).“<sup>29</sup>

Tatsächlich hat das BVerwG wohl noch die Situation vor Augen, dass es nur ein großes öffentliches

<sup>24</sup> VGH Kassel, 7 A 2037/10 v. 2.3.2012, juris Rdnr. 39 ff.

<sup>25</sup> BVerwG, 6 B 21/12 v. 19.12.2012, NVwZ 2013, 439 ff.

<sup>26</sup> M. BERGMANN, Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 19.12.2012 – 6 B 21/12 – NVwZ 2013, 441 f.

<sup>27</sup> S. die Nachw. bei U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 71 Rdnr. 76 ff.

<sup>28</sup> Die Konsequenzen für die Verwaltungspraxis werden ausführlich dargelegt in dem Leserbrief von B. TAHLMANN, Gravierende Änderungen in der Verwaltungspraxis der Straßenbauverwaltungen bei Mehrkosten in Folge des Vorhandenseins von Telekommunikationslinien, NVwZ-aktuell Heft 1/2013, S. VII f.

<sup>29</sup> BERGMANN (o. Fußn. 26), S. 442.

Unternehmen – die Deutsche Bundespost – gibt, das durch eigenes Personal selbst sachkundig Fernmeldeleitungen verlegt. Dies ist jedenfalls heute schlicht Fiktion. Demgegenüber lässt sich nicht einwenden, dass nach § 69 Abs. 2 TKG die Nutzungsberechtigung nur auf solche TK-Unternehmen übertragen werden darf, die „nachweislich fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig“ sind, „Telekommunikationslinien zu errichten“. Jedenfalls in der Praxis verlangt die BNetzA für den Nachweis der Sachkunde entsprechend einer Mitteilung der früheren Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation aus dem Jahre 2004<sup>30</sup> nur:

„Der Antragsteller hat die Fachkunde in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise darzulegen. Im Rahmen dessen können Nachweise über bisherige Tiefbau-Tätigkeiten (Referenzen), im Zusammenhang mit der Verlegung neuer Telekommunikationslinien oder Änderung vorhandener Telekommunikationslinien vorgelegt werden. Soweit kein eigenes fachkundiges Personal eingesetzt werden soll, hat der Antragsteller zu erklären, dass er nur solche Unternehmen mit der Errichtung und Unterhaltung von Telekommunikationslinien beauftragen wird, die über die oben spezifizierte Fachkunde verfügen sowie die Anforderungen der Sicherheit und Ordnung, die anerkannten Regeln der Technik sowie die einschlägigen Normen einhalten“.<sup>31</sup>

Diesen Realitäten sollte auch die Rechtsprechung bei der Anwendung der §§ 68 ff. TKG Rechnung tragen. Ein besonderer „Sachkundebonus“ gegenüber den Wegebausträgern kann den heutigen Nutzungsberechtigten (anders als der früheren Bundespost) jedenfalls nicht mehr in dieser Allgemeinheit zugesprochen werden.<sup>32</sup> Das BVerfG scheint von dieser Erkenntnis jedoch noch recht weit entfernt zu sein.

## 2. Urteil des BVerfG vom 21. Februar 2013 – 7 C 9/12

In einem Urteil vom 21. Februar 2013 musste sich das BVerfG wieder einmal mit dem Problem der „drittveranlassten Verkehrswegeänderung“ befassen.<sup>33</sup> Hintergrund dieses Problems ist, dass nach der Systematik der §§ 72 ff. TKG das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen grundsätzlich nur gegenüber dem Wegebausträger nach § 72 TKG folge- und folgekostenpflichtig ist. Dabei wird diese Belastung des nutzungsberechtigten TK-Unternehmens im Verhältnis zum Wegebausträger letzt-

lich als Äquivalent zu der dem Baulastträger auferlegten Pflicht der unentgeltlichen Einräumung der Nutzungsberechtigung verstanden.<sup>34</sup> § 72 Abs. 3 TKG schließt deshalb auch aus, dem nutzungsberechtigten TK-Unternehmen Entschädigungsansprüche nach allgemeinem Enteignungsrecht zu Lasten des Wegebausträgers für nach § 72 TKG gebotene Verlegungs- und Beseitigungsmaßnahmen zuzusprechen.<sup>35</sup> Umgekehrt setzt § 75 Abs. 5 TKG voraus, dass § 72 Abs. 3 TKG grundsätzlich auch nur gegenüber dem Wegebausträger „Schutzwirkung“ entfaltet, also nur ihm gegenüber sicher stellt, dass eine durch die Verlegung oder Veränderung des Verkehrswegs notwendig gewordene Verlegung oder Veränderung der TK-Linie kostenmäßig zu Lasten des nutzungsberechtigten TK-Unternehmens geht.

Das Rechtsverhältnis des nutzungsberechtigten TK-Unternehmens zu Dritten regelt § 72 TKG damit „an sich“ nicht, unabhängig davon, ob es sich bei diesen Dritten um Private oder Verwaltungsträger handelt. Ob und in welchem Umfang das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen gegenüber Dritten einen Anspruch auf Erstattung der Folgekosten hat, bestimmt sich daher i. d. R. allein nach allgemeinem Recht oder fachrechtlichen Regelungen. So hat der BGH etwa 2006 zu Recht – vom BVerfG 2010 bestätigt<sup>36</sup> – festgestellt, dass die Nutzungsberechtigung als entschädigungspflichtiges Nutzungsrecht nach materiellem Enteignungsrecht zu behandeln ist, eben weil § 72 Abs. 3 TKG Ansprüche gegenüber Dritten grundsätzlich unberührt

<sup>30</sup> Mitteilung Nr. 237/2014 „Lizenzen und Wegerechte“ (ABl. RegTP 15/2004, S. 785 ff.).

<sup>31</sup> BNetzA, Mitteilung Antragsverfahren Wegerecht, veröffentlicht auf [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/Wegerecht/Antragsverfahren-Wegerecht.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Wegerecht/Antragsverfahren-Wegerecht.pdf). Näher hierzu U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 69 Rdnr. 34 ff.

<sup>32</sup> Zu weiteren sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Auslegung der §§ 68 ff. TKG s. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 133 m. w. N.

<sup>33</sup> Hierzu zuletzt zusammenfassend U. RATHGEB, Die (unentgeltliche) Inanspruchnahme öffentlicher Wege durch Telekommunikationsunternehmen, NVwZ 2012, 270 (274 ff.).

<sup>34</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 72 Rdnr. 57 m. w. N.

<sup>35</sup> OVG Lüneburg, 3 L 1422/91 v. 22.3.1993, NuR 1995, 201 (202) für wasserrechtliches Enteignungsrecht (soweit der benutzte Verkehrsweg ein öffentliches Gewässer ist).

<sup>36</sup> BVerfG (K), 1 BvR 2133/08 v. 28.7.2010, NVwZ 2011, 159 ff.

lässt.<sup>37</sup> Wird eine Verlegung oder Veränderung des Verkehrswegs durch einen Dritten veranlasst, schließt § 72 Abs. 3 TKG daher nicht aus, dass das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen von diesem Dritten die Kosten der Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie nach § 75 Abs. 5 TKG, nach den Grundsätzen über die Enteignungsentschädigung oder nach anderen Entschädigungsgrundsätzen ersetzt verlangen kann.

Aus der Wertung des § 75 TKG ergibt sich zudem, dass die Schutzwirkung des § 72 Abs. 3 TKG auch zu Gunsten des Wegebausträgers nur insoweit greift, als er eine Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie gerade in Zusammenhang mit seinen Aufgaben als Wegebausträger verlangt. Verlangt der Wegebausträger die Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie in Zusammenhang mit anderen Aufgaben, die ihm als Körperschaft des öffentlichen Rechts unabhängig von seiner Wegebausträgereigenschaft zugewiesen wird, wird er grundsätzlich ebenfalls als „Dritter“ behandelt. § 72 Abs. 3 TKG wird insoweit also zu Lasten des Wegebausträgers teleologisch reduziert.<sup>38</sup> Eine Gemeinde, die als Inhaberin einer sich in der Straße befindlichen Kanalisationsanlage oder als Betreiberin eines Straßenbahnschienenwegs die Verlegung oder Beseitigung einer im Straßengrund verlegten TK-Linie verlangt, wird also auch dann als „Dritte“ behandelt – und kann sich nicht auf die „Sperrwirkung“ des § 72 Abs. 3 TKG berufen –, wenn ihr zugleich die Baulast für die betroffene Straße zugewiesen ist.<sup>39</sup> U. U. greifen aber zu Gunsten der Gemeinde in derartigen Fällen die – schwer zu verstehenden – Regelung für „privilegierte besondere Anlagen“ der § 75 Abs. 2 bis 4 TKG ein, worauf in anderen Zusammenhang noch zurück zu kommen sein wird (s. u. II. 3.).<sup>40</sup>

Dass § 72 Abs. 3 TKG grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen dem nutzungsberechtigten TK-Unternehmen und dem Wegebausträger betrifft, schließt jedoch nicht aus, bestimmte Dritte – letztlich in Form der teleologischen Extension – in den „Schutzbereich“ dieser Bestimmung mit einzubeziehen. Sehr streitanfällig war und ist insoweit die Frage der Reichweite des § 72 Abs. 3 TKG in den Fällen, in denen die Änderung eines Verkehrswegs durch die Änderung eines anderen Verkehrswegs i. S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG veranlasst wird. Ein Beispiel hierfür wäre, dass eine Gemeindestraße baulich verändert werden muss, weil eine neue Autobahnbrücke über sie geführt wird, und deshalb wiederum eine in der Gemeindestraße gelegene TK-Linie verlegt werden muss. In einem Urteil vom 1. Juli 1999 hatte das BVerwG<sup>41</sup> tatsächlich die Schutzwirkung des § 72 Abs. 3 TKG auf Träger anderer Verkehrswege i. S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG ausgeweitet. Damit wurde der Gedanke, dass die Folgekostenpflicht das Äquivalent zur Unentgeltlichkeit der Nutzungsberechtigung ist, nicht allein auf das Verhältnis zu dem von dem TK-Unternehmen konkret in Anspruch genommenen Verkehrsweg, sondern letztlich auf alle Verkehrswege bezogen, die das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen nach § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG unentgeltlich benutzen darf, unabhängig davon, wer Träger dieses Verkehrswegs ist.<sup>42</sup> Der BGH hat diesem Ansatz in einem Beschluss vom 27. Februar 2003 zugestimmt.<sup>43</sup>

Nach diesen Grundsätzen war nun folgender Fall zu entscheiden: Hochwasserschutzmaßnahmen an der Donau machten eine Veränderung einer bayerischen Staatsstraße notwendig, was wiederum die Verlegung von TK-Leitungen notwendig machte. Nicht gestritten wurde darüber, dass § 72 Abs. 3 TKG gegenüber dem Baulastträger der Staatsstraße galt, das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen ihm gegenüber also folge- und folgekostenpflichtig war. Gestritten wurde aber darum, ob das TK-Unternehmen vom Vorhabenträger der Hochwasserschutzmaßnahme Entschädigung für die ihm entstandenen Kosten verlangen konnte. Dies hatte der VGH München zunächst mit der Begründung abgelehnt, dass die Donau eine Bundeswasserstraße sei und deshalb selbst ein Verkehrsweg i. S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG. Daher sei der Vorhabenträger als Baulastträger der Donau nach den oben geschilderten Grundsätzen in die Schutzwirkung des § 72 Abs. 3 TKG mit einzubeziehen und gegenüber dem nutzungsberechtigten TK-Unternehmen nicht entschädigungspflichtig.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> So jeweils zu jeweils zu § 87 Abs. 2 Nr. 2 BBergG: BGH, III ZR 141/05 v. 23.3.2006, BGHZ 167, 1 (2 ff.) und BGH, III ZR 266/07 v. 19.6.2008, NVwZ-RR 2008, 734 (736).

<sup>38</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 72 Rdnr. 61 f. m. w. N.

<sup>39</sup> So bereits zu §§ 3, 6 TWG: BVerwG, 7 C 78/85 v. 20.5.1987, BVerwGE 77, 276 (280 ff.).

<sup>40</sup> Siehe auch bei Fußn. 72.

<sup>41</sup> BVerwG, 4 A 27/98 v. 1.7.1999, BVerwGE 109, 192 (199 ff.).

<sup>42</sup> So sehr deutlich die Erläuterung von M. RONELLEN-FITSCH, Aktuelle Entwicklungen in der Folgekostenproblematik, in: GRUPP (Hrsg.), Nichtverkehrliche Sondernutzung Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Heft 29, 2002, S. 20 (25 f.).

<sup>43</sup> BGH, III ZR 229/02 v. 27.2.2003, NVwZ 2003, 1018 f.

<sup>44</sup> VGH München, 8 BV 10.1795 v. 22.12.2011, juris Rdnr. 28 ff.

Die hiergegen gerichtete Revision hatte Erfolg: In seinem Urteil vom 21. Februar 2013<sup>45</sup> betont das BVerwG zunächst, dass es zwar nach wie vor die in der Entscheidung von 1999 aufgestellten Grundsätze für zutreffend hält, verfeinert jedoch diese Grundsätze und nuanciert ihre Begründung: Es hebt zunächst als Grundsatz hervor (Rdnr. 16), dass die in § 72 TKG geregelte Folge- und Folgekostenpflicht das auf den §§ 68, 69 TKG beruhende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem nutzungsberechtigten TK-Unternehmen und dem Wegeunterhaltungspflichtigen ausforme. § 72 TKG verdeutliche, dass das kostenfreie Nutzungsrecht den Notwendigkeiten des Verkehrsweges folge, über den grundsätzlich der Wegeunterhaltungspflichtige nach seinen Vorstellungen und Absichten verfüge. Im Fall eines Konflikts zwischen den Interessen an der Nutzung des Verkehrsweges durch eine Telekommunikationslinie und den von dem Wegeunterhaltungspflichtigen repräsentierten Interessen an einer der Widmung entsprechenden Nutzung des Verkehrsweges sei den zuletzt genannten Belangen der Vorrang einzuräumen. Hierauf aufbauend gibt das BVerwG die Grundsätze seiner Entscheidung von 1999 wieder: Wenn dem Interesse der Allgemeinheit an der Bereitstellung und der Verbesserung von Verkehrswegen der Vorzug vor dem Interesse des Nutzungsberechtigten am unveränderten Fortbestand seiner Anlagen gebühre, sei bei einer durch die Verkehrsverhältnisse veranlassten Änderung des Verkehrsweges der Umstand nicht von ausschlaggebender Bedeutung, dass das (zusätzliche) Verkehrsbedürfnis nicht (primär) auf dem die Leitung führenden Verkehrsweg, sondern auf einem anderen Verkehrsweg befriedigt werde (Rdnr. 20). Es sei vielmehr (Rdnr. 21) eine einheitliche Betrachtung geboten, wenn das Planvorhaben dem Verkehrsinteresse diene. Es komme nicht darauf an, ob die Änderung des genutzten Verkehrsweges unmittelbar auf die Ausführung einer mit einem anderen Vorhaben verbundenen naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahme zurückzuführen sei.

Das Neue an dem Urteil des BVerwG ist jedoch, dass es nun betont, dass der gesetzgeberischen Wertung, die § 72 Abs. 3 TKG zu Grunde liege, bei Einbeziehung anderer Vorhabenträger in die

„Sperrwirkung“ des § 72 Abs. 3 TKG nur dann Rechnung getragen werde, wenn dieses Vorhaben seinerseits einen Verkehrsbezug habe und der Vorhabenträger damit ein Verkehrsinteresse verfolge (Rdnr. 20). Nur sehr knapp wird dies in Rdnr. 24 der Entscheidung begründet:

„Nutzt der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes eine öffentliche Straße für seine Zwecke, hat er sich deren vorrangiger Verkehrsfunktion unterzuordnen. Die damit nach § 72 Abs. 3 TKG verbundenen finanziellen Lasten werden erweitert, wenn die Auswirkungen anderer Vorhaben auf den genutzten Verkehrsweg in die Risikosphäre des Nutzungsberechtigten einbezogen werden. Der Anknüpfungspunkt und die Rechtfertigung hierfür können aber letztlich nur in einem – auch Verkehrsarten übergreifenden – spezifischen Verkehrsbezug der Maßnahme des anderen Planungsträgers liegen [...], nicht jedoch allein in der potenziellen Nutzbarkeit des anderen Vorhabens für die Verlegung von Telekommunikationslinien.“

Im weiteren Verlauf der Entscheidung (Rdnr. 27) wird dann auch klargestellt, dass das fragliche Vorhaben als Hochwasserschutzmaßnahme keinem Verkehrsinteresse in diesem Sinne gedient habe. Der Plan für den Ausbau der Hochwasserschutzmaßnahmen sei nach § 31 Abs. 2 WHG a. F. und damit auf wasserrechtlicher und nicht auf wasserstraßenrechtlicher (§ 14 Abs. 1 WaStrG) Grundlage festgestellt worden. Schon dies spreche gegen eine Einordnung als verkehrsbezogene Maßnahme. Ein Verkehrsinteresse könne auch nicht deswegen bejaht werden, weil das planfestgestellte Vorhaben insoweit die Verkehrsverhältnisse auf der Staatsstraße positiv beeinflusse, als die durchgängige Befahrbarkeit auch bei einem hundertjährigen Hochwasser sichergestellt werde (Rdnr. 31 ff.). Denn es käme allein auf die Motivation des Vorhabenträgers für die Hochwasserschutzmaßnahme an.

Dieses Urteil wirft zunächst die Frage auf, ob hiermit nur eine Einschränkung der teleologischen Extension des § 72 Abs. 3 TKG zu Gunsten dritter Wegebausträger erreicht werden oder ob – noch weitergehend – auch die Schutzwirkung des § 72 Abs. 3 TKG zu Lasten des Wegebausträgers eingeschränkt werden soll, dessen Verkehrsweg genutzt wird. Mit ähnlicher Argumentation könnte etwa behauptet werden – und ist bereits behauptet worden<sup>46</sup> – auch die von § 72 Abs. 1 TKG angesprochenen Maßnahmen des Wegebausträgers selbst müssten einem „Verkehrsinteresse“ dienen,

<sup>45</sup> BVerwG, 7 C 9/12 v. 21.2.2013, NVwZ 2013, 1224 ff.

<sup>46</sup> Siehe hierzu die Nachw. bei U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 72 Rdnr. 29.

verkehrlich nicht „erforderliche“ Maßnahmen schlossen eine Folge(kosten)pflcht des nutzungsberechtigten TK-Unternehmens aus, sodass etwa Straßenverschönerungsmaßnahmen, aber auch etwa ein Straßenrückbau zur Verkehrsberuhigung<sup>47</sup> – vielleicht aber auch die Errichtung von Lärmschutzwänden – mangels „Verkehrsinteresse“ keine Folge(kosten)pflchten auslösen würden. Überzeugend wäre dies kaum.

Das ist aber vielleicht nicht das entscheidende Problem dieses neuen Urteils. Bei unbefangener Betrachtungsweise scheint es vielmehr erstaunlich, weshalb es für die Frage, ob die öffentliche Hand ein Privatunternehmen für Folgekosten entschädigen muss, die ein bestimmtes im öffentlichen Interesse liegendes Vorhaben verursacht, darauf ankommen soll, ob dieses Vorhaben einen Verkehrsbezug hat. Ein derartiges Kriterium mag – wie es zu TWG-Zeiten der Fall war – ein vertretbarer Anknüpfungspunkt für die Verteilung von Finanzierungspflichten zwischen Bund, Ländern und Gemeinden gewesen sein<sup>48</sup> – in diesen Fällen wird zur Bestimmung von Finanzierungspflichten (schon wegen Art. 104a Abs. 1 GG) oft nur danach abgegrenzt, welche Aufgaben mit einer konkreten Maßnahme verfolgt werden, ohne dass es auf „Schuldfragen“ und „Veranlassungskriterien“ ankommt.<sup>49</sup> Heute handelt es sich bei der Nutzungsberechtigung nach den §§ 68 ff. TKG jedoch schlicht um eine Realsubvention von Privatunternehmen.<sup>50</sup> Wieso es zur Bestimmung der Reichweite dieser Subvention darauf ankommen soll, ob gerade Verkehrsinteressen mit einer folgekostenauslösenden Maßnahme verbunden sind, bleibt zumindest unklar. Im Ergebnis sollte der Bundesgesetzgeber diese Entscheidung des BVerwG nunmehr zum Anlass nehmen, den Interessenausgleich zwischen nutzungsberechtigten TK-Unternehmen, den Wegebausträgern und anderen Verwaltungsträgern nach Kriterien neu zu regeln, die für alle Beteiligten vorhersehbar und plausibel sind.

### 3. Beschluss des BVerwG vom 25. Juni 2013 – 6 B 56/12

Der Eindruck der – aus heutiger Sicht – Beliebigkeit der § 75 TKG zu Grunde liegenden Wertungen wird durch einen weiteren Beschluss des BVerwG vom 25. Juni 2013 verstärkt, in dem es abstrakt um die Auslegung des § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG und konkret um die Frage ging, ob die Kosten der Verlegung von TK-Kabeln, die in Kölner Straßen belegen waren und wegen des Kölner U-Bahnbaus verlegt werden mussten, von den nutzungsberechtigten TK-Unternehmen oder der Stadt Köln als „Veranlasser“ des U-Bahnbaus getragen werden müssen. Ausgangspunkt der Beurteilung ist dabei zunächst erneut die Erkenntnis, dass die zu Lasten des TK-Unternehmens aus § 72 Abs. 3 TKG folgende Folgekostenpflicht zu Gunsten des Wegebausträgers nur insoweit greift, als er eine Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie gerade in Zusammenhang mit seinen Aufgaben als Wegebausträger verlangt.<sup>51</sup> Soweit der Wegebausträger die Verlegung oder Beseitigung der TK-Linie in Zusammenhang mit Aufgaben verlangt, die ihm als Körperschaft des öffentlichen Rechts unabhängig von seiner Wegebausträgereigenschaft zugewiesen sind, gilt die Schutzwirkung des § 72 Abs. 3 TKG dementsprechend nicht. Soweit der Wegebausträger auf, in oder unter seinem Verkehrsweg eine „besondere Anlage“ i. S. des § 74 Abs. 1 Satz 1 TKG errichten will – wozu auch der Bau einer U-Bahn gezählt wird<sup>52</sup> – und dieser Errichtung eine bereits im Verkehrsweg vorhandene TK-Linie entgegen steht, muss er dementsprechend nach dem Grundsatz des § 75 Abs. 1 TKG auf die vorhandenen TK-Linien Rücksicht nehmen und hat ggf. nach § 75 Abs. 5 TKG die Kosten einer notwendigen Verlegung der TK-Linie zu tragen. Von diesem Grundsatz macht § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG jedoch zu Gunsten sog. „privilegierter besonderer Anlagen“ eine Ausnahme: Steht eine vorhandene TK-Linie der Errichtung einer solchen Anlage entgegen, muss sie auf Kosten des nutzungsberechtigten TK-Unternehmens verlegt werden. Privilegierte Anlagen dieser Art werden in § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG umschrieben als „Anlage, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses, insbesondere aus volkswirtschaftlichen oder Verkehrsrücksichten, von den Wegeunterhaltungspflichtigen oder unter ihrer überwiegenden Beteiligung ausgeführt werden soll.“ Dass der planfestgestellte U-Bahnbau diese Voraussetzungen erfüllte, war im vom BVerwG konkret zu entscheidenden Fall nicht bezweifelt worden (obwohl höchst umstritten ist, wie diese Tatbestandsmerkmale im Einzelnen auszulegen sind<sup>53</sup>).

<sup>47</sup> So etwa RONELLENFITSCH (o. Fußn. 42), S. 23.

<sup>48</sup> Vgl. bei Fußn. 5.

<sup>49</sup> Vgl. die Nachw. bei Fußn. 7.

<sup>50</sup> Vgl. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 14.

<sup>51</sup> Vgl. bei Fußn. 39.

<sup>52</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 74 Rdnr. 29 m. w. N.

<sup>53</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 75 Rdnr. 49 ff. m. w. N. Siehe hierzu auch die bei Fußn. 72 erwähnte Entscheidung des VGH Kassel.

Gestritten wurde jedoch darüber, ob die sich aus § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG ergebende Verlegungs- und Verlegungskostenpflicht des TK-Unternehmens nicht wiederum nach § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG ausgeschlossen war („Dient eine kabelgebundene Telekommunikationslinie nicht lediglich dem Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr, kann ihre Verlegung nur dann verlangt werden, wenn die kabelgebundene Telekommunikationslinie ohne Aufwendung unverhältnismäßig hoher Kosten anderweitig ihrem Zweck entsprechend untergebracht werden kann.“). Diese Regelung ist in zweierlei Hinsicht rechtspolitisch problematisch: Zum einen entspricht der Anknüpfungspunkt der Privilegierung mit der Differenzierung zwischen „Ortsverkehrslinien“ und „Fernverkehrslinien“ nicht mehr den heutigen technischen Gegebenheiten.<sup>54</sup> Zum anderen funktioniert die Rechtsfolge des § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, dies aber nur, soweit eine Verlegung der TK-Linie betroffen ist (während der Anspruch aus § 75 Abs. 1 Satz 1 TKG, soweit er eine Veränderung der TK-Linie betrifft, nicht von § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG ausgeschlossen wird). Dies führt im Einzelfall zu Zufallsergebnissen.<sup>55</sup>

Im konkreten Fall war angenommen worden, dass die zu verlegenden TK-Linien solche im Sinne des § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG waren. Das OVG Münster als Berufungsinstanz hatte durch Urteil vom 2. Oktober 2012 auch festgestellt, dass die TK-Linien auf dem jeweiligen Verkehrsweg „anderweitig untergebracht“ werden konnten.<sup>56</sup> Entscheidende Frage war deshalb allein, ob die Verlegung der TK-Linien „unverhältnismäßig hohe Kosten“ verursacht hat. Insoweit hatte das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen vorgetragen, für die Abgrenzung zwischen verhältnismäßigen und unverhältnismäßigen Kosten sei maßgeblich, welche Gesamtkosten ein bestimmtes Bauvorhaben für das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen verursache – insoweit verursache ein U-Bahnbau als Großprojekt unverhältnismäßig hohe Verlegungskosten im Vergleich zu „normalen“ (kleineren) sonst üblichen Bauvorhaben.<sup>57</sup>

Schon das OVG Münster als Berufungsinstanz hatte nun klargestellt,<sup>58</sup> dass für die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nicht entscheidend sei, welchen Nutzen das TK-Unternehmen selbst von der Kabelverlegung habe, welchen Nutzen die TK-Linie habe oder welche absolute Höhe die durch ein konkretes Bauvorhaben verursachten Verlegungskosten erreichten. Entscheidend sei vielmehr ein Ver-

gleich zwischen den Verlegungskosten, die durch die Verlegung der TK-Linie in einem konkreten Bauabschnitt verursacht werden, und den Verlegungskosten, die in einem gedachten gleich großen Bauabschnitt normalerweise anfallen. Dementsprechend griffe der Anspruchsausschluss letztlich nur, wenn außergewöhnliche kostenverursachende Faktoren nachweisbar seien, wie etwa besondere technische oder örtliche Schwierigkeiten.<sup>59</sup> Dies entspricht der ganz herrschenden Meinung,<sup>60</sup> so dass nicht erstaunlich ist, dass das BVerwG der gegen das Urteil des OVG Münster gerichteten Nichtzulassungsbeschwerde nicht stattgab. Dabei führte das BVerwG insoweit recht knapp aus:

„In der von der Klägerin selbst zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass ‚unverhältnismäßig hohe Kosten‘ im Sinne der mit § 56 Abs. 2 Satz 2 TKG 1996 bzw. § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG 2004 inhaltlich identischen Vorgängervorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 2 des Telegraphenwege-Gesetzes vom 18. Dezember 1899 (RGI S. 705) – TWG – solche Kosten sind, die die Kosten einer gewöhnlichen oder normalen Verlegung erheblich übersteigen (Urteil vom 7. November 1975 – BVerwG 7 C 25.73 – Buchholz 442.065 TWG Nr. 2; Beschluss vom 27. Februar 1981 – BVerwG 7 B 15.81 – Buchholz 442.065 TWG Nr. 3). Was konkret noch als gewöhnliche oder normale Verlegung anzusehen ist, ist Frage des Einzelfalles (vgl. Beschluss vom 27. Februar 1981 a. a. O.) und deshalb einer weiteren verallgemeinerungsfähigen, rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich. Dass es in diesem Zusammenhang nicht auf einen – wie auch immer zu bestimmenden – „abstrakten Normalfall einer Leitungsverlegung“ bzw. auf einen „Vergleich zu den Kosten einer durchschnittlichen

<sup>54</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 75 Rdnr. 89; siehe auch die Argumentation des Beklagten bei OVG Münster, 20 A 33/11 v. 2.10.2012, juris Rdnr. 15: „Vororts- und Nachbarortsverkehr gebe es als Netzkonstruktion seit Jahrzehnten nicht mehr. Die Materialbeschaffenheit eines Kabels lasse eine Zuordnung zum Orts- oder Fernverkehr nicht zu und sei für die Eigenschaft als Fernverkehrsleitung unerheblich.“

<sup>55</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 75 Rdnr. 93.

<sup>56</sup> OVG Münster, 20 A 33/11 v. 2.10.2012, juris Rdnr. 46 ff. Zur Frage, wo eine „anderweitige Unterbringung“ möglich sein muss s. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 75 Rdnr. 91.

<sup>57</sup> Vgl. die Wiedergabe der Argumentation des Beklagten bei OVG Münster, 20 A 33/11 v. 2.10.2012, juris Rdnr. 15 ff.

<sup>58</sup> OVG Münster, 20 A 33/11 v. 2.10.2012, juris Rdnr. 50 ff.

<sup>59</sup> OVG Münster, 20 A 33/11 v. 2.10.2012, juris Rdnr. 70 ff.

<sup>60</sup> Vgl. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 75 Rdnr. 92 m. w. N.

Verlegung“ ankommt, bedarf auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung keiner Klärung in einem Revisionsverfahren. Als Vergleichsmaßstab dienen die Kosten einer Verlegung „unter normalen Verhältnissen“ (Urteil vom 7. November 1975 a. a. O., S. 7). Gegenüber einer gewöhnlichen Verlegung unverhältnismäßig hoch sind die Kosten der Verlegung einer Telekommunikationslinie demnach nicht etwa dann, wenn sie einen bestimmten absoluten Betrag überschreiten, sondern wenn die konkrete örtliche Situation Besonderheiten aufweist, die zu erheblichen Kostensteigerungen führen (vgl. Urteil vom 7. November 1975 a. a. O., S. 8). Der von der Beklagten demgegenüber offenbar vertretene Ansatz, einen Durchschnittsbetrag der bei anderen Verlegungsmaßnahmen entstandenen Kosten als Bezugsgröße heranzuziehen, würde bei umfangreicheren Infrastrukturvorhaben praktisch stets zum Ausschluss des in § 56 Abs. 2 TKG 1996 bzw. § 75 Abs. 2 TKG 2004 geregelten Verlegungsanspruchs führen. Dies stünde in Widerspruch zu der in der Rechtsprechung im Hinblick auf Sinn und Zweck des Gesetzes geforderten Einzelfallbetrachtung.<sup>61</sup>

Der jahrelange Rechtsstreit, den die Beteiligten über diese Frage geführt haben, ist ein weiterer Beweis für die Rechtsunsicherheit, die der letztlich in jeder Hinsicht „veraltete“ § 75 TKG im TKG-Wege recht verursacht. Es scheint schlichtweg kein Grundkonsens dafür zu bestehen, wie § 75 TKG für die aktuellen Verhältnisse „passend gemacht“ werden kann, weshalb auch aus der Perspektive der betroffenen TK-Unternehmen die Erfolgsaussichten von Prozessen um § 75 TKG kaum abschätzbar zu sein scheinen.

#### 4. Aktuelle Entscheidungen der Instanzgerichte

In den letzten drei Jahren sind auch eine ganze Reihe instanzgerichtlicher Entscheidungen zu den §§ 68 ff. TKG ergangen, die sich zumeist ebenfalls mit Einzelfragen der Folge(kosten)pfllichten nach § 71, § 72 TKG und den telekommunikationsrechtlichen Kollisionsrecht der § 74, § 75 TKG befassen.

##### a) Rechtsprechung zu Folgepflichten (§ 71 und § 72 TKG)

Wie bereits erwähnt hatte sich in einem Urteil vom 2. Juli 2013 auch das OVG Koblenz<sup>62</sup> mit dem oben genannten Problem (s. Kapitel II. 1.) zu befassen, dass vom nutzungsberechtigten TK-Unter-

nehmen Kostenersatz für die Verlegung von TK-Linien im Wege der „Selbstvornahme“ durchgeführt wird. Es schloss sich insoweit der Entscheidung des BVerwG vom 19. Dezember 2012 und ihrer Begründung an, sodass hiergegen die bereits oben angeführten Bedenken geltend zu machen sind. Zusätzlich enthält das Urteil aber noch umfangreiche Ausführungen zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 71 Abs. 2 TKG und § 72 Abs. 3 TKG, aber auch zum Verjährungsbeginn des Anspruchs aus § 71 Abs. 2 TKG nach § 77 TKG. Wie schon das VG Trier als Vorinstanz entschieden hatte,<sup>63</sup> beginnt nach § 77 TKG i. V. mit § 199 Abs. 1 BGB die Verjährung der Ansprüche aus § 71 Abs. 2 TKG nicht erst mit dem Zeitpunkt der Erfüllung der Werklohnforderung des beauftragten Bauunternehmers durch den Wegebausträger, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, in dem die Forderung dieses Bauunternehmers gegenüber dem Wegebausträger fällig wird.

Wie zuvor schon das VG Koblenz in einem Urteil vom 27. April 2010,<sup>64</sup> hat das VG Augsburg in einem Urteil vom 18. Mai 2012<sup>65</sup> ferner zu Recht abgelehnt, auf Grundlage des § 71 Abs. 2 oder § 72 Abs. 3 TKG das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen im Hinblick auf die Kosten der Instandsetzung eines Verkehrswegs (anteilig) erstattungspflichtig anzusehen, wenn die Aufbrucharbeiten, bei denen die TK-Leitungen hinderlich waren, auf Veranlassung des Wegebausträgers durchgeführt worden sind und mit den TK-Kabeln nichts zu tun hatten. Das ist eigentlich selbstverständlich: Die Kosten der Straßeninstandsetzung als solche werden nicht durch die TK-Leitung verursacht und erhöhen sich nicht allein dadurch, dass das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen die „offene Baugrube“ nutzt, um seine TK-Kabel zu verbessern (hier: Austausch von bleiummantelten durch kunststoffummantelte TK-Kabel).

In einem weiteren Urteil vom 13. Februar 2013 (s. hierzu auch Kapitel II. 4. e.), musste sich das VG Augsburg zudem mit dem Umfang der Instandsetzungspflicht nach § 71 Abs. 3 TKG befassen. Es

<sup>61</sup> BVerwG, 6 B 56/12 v. 25.6.2013, juris Rdnr. 4.

<sup>62</sup> OVG Koblenz, 6 A 10310/13 v. 2.7.2013, juris Rdnr. 11 ff.

<sup>63</sup> VG Trier, 5 K 617/12.TR v. 28.11.2012, MMR 2013, 615 f.

<sup>64</sup> VG Koblenz, 1 K 575/09.KO v. 27.4.2010, LKRZ 2010, 313 f.

<sup>65</sup> VG Augsburg, Au 4 K 11.1702 v. 18.5.2012, juris Rdnr. 25 ff.



ging insbesondere um die Frage, wie „optisch ansprechend“ die Instandsetzung durch das nutzungsberechtigte TK-Unternehmen erfolgen muss.<sup>66</sup> Hier hatte der Wegebausträger verlangt, dass der in Anspruch genommene Geh- oder Radweg in seiner gesamten Breite ohne Längsfuge neu asphaltiert werden muss. Dies lässt sich nach Auffassung des VG Augsburg nicht aus § 71 Abs. 3 TKG herleiten. Ästhetische Gesichtspunkte, die den Gebrauch des Gehwegs nicht beeinträchtigen, spielten für Art und Umfang der Instandsetzung keine Rolle. Selbst wenn man einer anderen Auffassung folgen würde:

„[...] gilt dies nur bei einer besonders aufwändigen Gestaltung zur Verschönerung der Straße insbesondere in Fußgängerzonen/Fremdenverkehrsorten. Hier handelt es sich jedoch wohl nur um einen ‚normalen‘ Geh- und Radweg, unabhängig davon, ob er Bestandteil eines überregionalen Radwegnetzes ist bzw. kürzlich erneuert wurde. Soweit die Klägerin sich darauf beruft, dass die beabsichtigte Längsnaht eine Gefahr für die Radler darstellen könnte, scheidet dies wohl aus, nachdem die „Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen“ solche Nähte grundsätzlich für zulässig halten. Es erscheint bereits fraglich, ob die von der Beklagten in der Klageerwiderung vorgetragene Ziffer 3.3.2 der ZTV Asphalt-StB 07, wonach Nähte in Längsrichtung nicht in Rollspuren anzuordnen sind, vorliegend überhaupt einschlägig ist.“

Eine wirkliche gerichtliche Klärung, ob und welche ästhetischen Gesichtspunkte hinsichtlich von Art und Umfang der Instandsetzung berücksichtigt werden müssen, steht damit noch aus. Es kommt dabei wohl auf den tatsächlichen „ästhetischen Zustand“ der genutzten Verkehrswegefäche an.<sup>67</sup>

#### b) Rechtsprechung zum „fernmelderechtlichen Kollisionsrecht“ (§ 74 und § 75 TKG)

Es ist bereits eingangs erwähnt worden, dass die Rechtsprechung Streitigkeiten nach den § 74, § 75 TKG zu Unrecht immer als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ansieht, auch wenn an ihnen nur Privatunternehmen oder öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform beteiligt sind.<sup>68</sup> Daher gibt es zu diesem Problemkreis i. d. R. nur verwaltungsgerichtliche Entscheidungen – und es bleibt zumeist unklar, wie die Regelungen des § 74, § 75 TKG in die zwischen den betroffenen Privatunternehmen im Übrigen bestehenden vertraglichen oder allgemeinen privatrechtlichen Rechtsbeziehungen etwa

aus §§ 823 ff., §§ 903 ff., § 1004 BGB einzupassen sind.<sup>69</sup> Zur Klärung dieser Fragen trägt auch die jüngere Rechtsprechung der Instanzgerichte nichts bei:

In einem nicht veröffentlichten Urteil vom 16. Februar 2012 – 3 A 402/10 – setzt sich das VG Magdeburg allerdings mit der Frage auseinander, ob schon der Umstand, dass eine Telekommunikationslinie eine andere Versorgungsleitung überbaut, eine „störende Beeinflussung“ dieser anderen Versorgungsleitung sei, die zu unterlassen sei. Konkret gestritten wurde über die Mehrkosten, die einem Abwasserverband durch einen solchen Überbau bei einer Kanalsanierungsmaßnahme entstanden sind. Das VG Magdeburg führte insoweit aus (S. 6 des Urteilsendrucks):

„Entgegen den Ausführungen des Klägers gibt es keine zwingende Verpflichtung, die Telekommunikationsleitungen neben dem Kanal des Klägers zu verlegen. Auch wenn die Richtlinie DIN 1998 im Grundsatz die Existenz mehrerer Zonen und die Verlegung von Leitungen der einzelnen Energieversorger regelt, heißt dies nicht, dass stets und in allen Punkten diese Regeln hinsichtlich einer Zoneneinteilung eingehalten werden und die Leitungen nebeneinander verlegt werden müssen. So wird in der DIN 1998 selbst ausgeführt, dass sich aus den örtlichen Verhältnissen, besonderes mit Rücksicht auf vorhandene Anordnungen, eine davon abweichende Zoneneinteilung festgelegt werden kann. Auch ist es nicht nach der DIN 1998 von vorn herein ausgeschlossen, dass über vorhandene Leitungen weitere Leitungen verlegt werden. Hier ist weiterhin zu beachten, dass die Verhältnisse im Bereich der Baumaßnahme aufgrund der felsigen Strukturen durchaus eine andere Ausgestaltung, als nach DIN 1998 im Grundsatz vorgesehen, ermöglichen. Eine Zustimmung zur Benutzung anderer Trassen ist auch belegbar durch die Einweisungen vor Ort, da im Schriftsatz vom Januar 1994 darauf hingewiesen wird, dass das Bestandsverzeichnis unvollständig ist und jeweils eine Einweisung vor Ort erfolgen muss.“

<sup>66</sup> VG Augsburg, Au 4 K 12.1090 v. 13.2.2013, juris Rdnr. 32 f.

<sup>67</sup> Ausführlich m. w. N. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 163, § 71 Rdnr. 24, 53, § 72 Rdnr. 29.

<sup>68</sup> Siehe oben bei Fußn. 11.

<sup>69</sup> Hierzu U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 74 Rdnr. 21 ff., § 75 Rdnr. 21 f.

Insoweit sollte das Urteil aber wirklich als Einzelfallentscheidung betrachtet werden. Dass sich aus § 74 TKG ein grundsätzliches Verbot des Überbaus von fremden Versorgungsleitungen ergibt, war jedenfalls bisher allgemeine Auffassung,<sup>70</sup> die eben die räumliche Nähe einer TK-Leitung zu einer bereits vorhandenen Versorgungsleitung als „störende Beeinflussung“ i. S. des § 74 TKG bewertet hat. Ein solcher Überbau entspricht normalerweise auch nicht den anerkannten Regeln der Technik, den der Nutzungsberechtigte nach § 68 Abs. 3 TKG beachten muss.<sup>71</sup>

In einem Beschluss des VGH Kassel vom 18. Oktober 2011 ging es dagegen wiederum um die Frage, wer nach § 75 TKG die Kosten der Verlegung einer TK-Linie zu Gunsten einer später hinzutretenden Straßenbahnlinie tragen muss (s. hierzu bereits oben Kapitel II. 3.). Der VGH Kassel macht hier umfangreiche Ausführungen zu den Sonderregelungen der § 75 Abs. 2 bis 4 TKG für bevorrechtigte spätere besondere Anlagen, wobei – wie in diesen Fällen üblich – im Wesentlichen mit der früheren Rechtsprechung des BVerwG zu § 6 Abs. 2 bis 4 TWG gearbeitet wird.<sup>72</sup> Die Ausführungen des VGH Kassel sind insoweit konsequent und schlüssig. Trotz aller Begründungsversuche und Präjudizienverweise müssen sie dennoch für den nicht einschlägig vorgebildeten Leser unverständlich bleiben. Denn auch der VGH Kassel lässt völlig offen, welche Wertungen der Risikoverteilung des § 75 TKG zu Grunde liegen. Dies bestätigt, dass

das Regelungssystem des § 75 TKG insgesamt viel zu kompliziert ist und letztlich eher zufällige Risikoverteilungen schafft. Die 1:1-Überführung der Regelungen des § 6 TWG in das neue Telekommunikationsrecht war und ist daher rechtspolitisch verfehlt.

#### c) Rechtsprechung zum Begriff der Telekommunikationslinie (§ 3 Nr. 26 TKG)

Die Nutzungsberechtigung nach §§ 68 ff. erstreckt sich nur auf die Verlegung von „Telekommunikationslinien“. Dieser Begriff wird in § 3 Nr. 26 TKG legaldefiniert als „unter- oder oberirdisch geführte Telekommunikationskabelanlagen einschließlich ihrer zugehörigen Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, Masten und Unterstützungen, Kabelschächte und Kabelkanalrohre“. Zu diesem Begriff sind im Berichtszeitraum drei bemerkenswerte Urteile ergangen: In einem Urteil vom 3. November 2010 stellte das OVG Berlin-Brandenburg zunächst klar, dass hiervon die Errichtung von öffentlichen Fernsprechern und Telefonhäuschen nicht erfasst wird, sodass eine straßenrechtliche (ggf. gebührenpflichtige) Sondernutzungserlaubnis erforderlich ist, wenn eine Errichtung auf Straßengrund erfolgen soll.<sup>73</sup> Dies entsprach schon vorher nahezu allgemeiner Auffassung, obwohl dies unter Geltung des TWG noch anders gesehen worden war.<sup>74</sup>

Eine erhebliche Ausweitung der Nutzungsberechtigung ist dagegen Folge von zwei weiteren Urteilen von 2013. Insoweit hinterließ ein Urteil des VG Bayreuth vom 19. Juni 2013 zunächst eine gewisse Ratlosigkeit. Dieses verpflichtet den beklagten Wegebausträger nach § 68 Abs. 3 TKG „der Errichtung von zwei Gehäusen (Multifunktions- bzw. Zuführungsgehäuse) und eines Antennenmastes (maximale Höhe 9,90 m, Durchmesser ca. 10 cm) auf einem bestimmten Wegegrundstück zuzustimmen“. <sup>75</sup> Diese Anlage behandelt das VG Bayreuth stillschweigend – wie auch offenbar Kläger und Beklagter in diesem Verfahren – als oberirdische TK-Linie. Dies ist insofern erstaunlich als TK-Linien in § 3 Nr. 26 TKG eben als Telekommunikationskabelanlagen definiert werden. Soweit in § 3 Nr. 26 TKG auch von „Masten“ gesprochen wird, sind damit ersichtlich nicht Sendemaste gemeint, sondern nur die Trägermaste oberirdischer TK-Kabel. Im Grundsatz war daher eigentlich unstrittig, dass § 68 TKG nicht zur Errichtung von Mobilfunk- oder sonstigen TK-Funkanlagen berechtigt.<sup>76</sup> Wieso die Frage, ob die Errichtung des Sendemastes überhaupt in den Anwendungsbereich der §§ 68 ff. TKG

<sup>70</sup> S. die Nachw. bei U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 271; § 74 Rdnr. 47.

<sup>71</sup> Gegen das Urteil des VG Magdeburg ist Berufungszulassung beantragt worden. Durch Beschluss v. 29.6.2012 (1 L 36/12 – veröffentlicht bei juris) hat das OVG Magdeburg die Berufungszulassung abgelehnt. Dieser Nichtzulassungsbeschluss ist wenig erhellend, weil er im Wesentlichen nur begründet warum der Kläger die Berufungszulassungsgründe nicht hinreichend dargelegt hat ohne auf das materielle Recht näher einzugehen.

<sup>72</sup> VGH Kassel, 7 A 438/10.Z v. 18.10.2011, juris Rdnr. 9 ff.

<sup>73</sup> OVG Berlin-Brandenburg, 1 B 26/08 v. 3.11.2010, NVwZ-RR 2011, 587 ff.; ablehnend insoweit R. SCHÜTZ (o. Fußn. 15), § 68 Rdnr. 21; zu den Konsequenzen: A. KOCH, Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 3. November 2010 – Az. 1 B 26.08, N & R 2011, 158 f.; A. NEUMANN, Kommunale Daseinsvorsorge im Bereich der Telekommunikation: Das Beispiel öffentlicher Münz- und Kartentelefone, KommJur 2012, 161 ff.

<sup>74</sup> S. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 99 m. w. N.

<sup>75</sup> VG Bayreuth, B 4 K 12.326 v. 19.6.2013, Ziff. 1 des Tenors.

<sup>76</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 101 f. m. w. N.

fällt, vor dem VG Bayreuth nicht aufgeworfen worden ist, erschließt sich daher nicht.<sup>77</sup>

Das OVG Münster hat dagegen jedenfalls Anlass dazu gesehen, in einem Urteil vom 12. September 2013 ausführlich zu begründen, weshalb die Errichtung einer 9,5 m hohen Richtfunkantenne auf dem Gehweg einer Ortsdurchfahrt der beklagten Gemeinde noch eine „Telefonkabelanlage“ sein soll.<sup>78</sup> Insoweit führt es aus:

„Zwar ist die eigentliche Antenne eine Funkeinrichtung. Die Antenne wird aber durch Kabel mit ihrerseits kabelgebundenen Telekommunikationsanlagen verbunden und gehört funktional (auch) zu deren Bestandteilen. Dabei kann auf sich beruhen, ob die Antenne mit den kabelmäßigen Verbindungen zur Schalttechnik im Schaltgehäuse der Klägerin und Schaltkasten der Telekom als eigenständige kabelgebundene Anlage der Telekommunikation einzuordnen ist. Jedenfalls ist die Antenne durch Kabelverbindungen an das Telefonfestnetz angebunden. Sie bildet aufgrund dieser Anbindung im technischen Zusammenwirken mit dem Telefonfestnetz ein Element eines kabelgebundenen Übertragungswegs für den DSL-Zugang. Die Zugehörigkeit einer Einrichtung der Telekommunikation zu einer Telekommunikationslinie nach § 3 Nr. 26 TKG setzt nicht voraus, dass die Einrichtung funktional ausschließlich Teil einer Kabelanlage ist. Die Vorschrift bezieht auch Funkeinrichtungen ein, die kabelmäßig mit Telekommunikationskabelanlagen verbunden sind (Vgl. hierzu STELKENS, TKG-Wegerecht – §§ 68-77 TKG, § 68 Rn. 102).“<sup>79</sup>

Unabhängig davon, dass die angegebene Fundstelle diese Ausführungen nicht belegen, erscheint

<sup>77</sup> Ähnlich verwunderlich ist daher auch das Verfahren, das zum Beschluss des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung von § 76 TKG führte (BVerfG [K], 1 BvR 1499/97 v. 25.8.1999, NJW 2000, 798 ff.). Auch hier ging es um die Errichtung eines 6 m hohen Sendemastes, obwohl auch nach § 76 TKG nur TK-Kabelanlagen und deren Nebeneinrichtungen zu dulden sind.

<sup>78</sup> OVG Münster, 20 A 380/12 v. 12.9.2013, DVBl. 2013, 1615 ff.

<sup>79</sup> OVG Münster, 20 A 380/12 v. 12.9.2013, juris Rdnr. 27 f. = DVBl. 2013, 1615.

<sup>80</sup> OVG Münster, 20 A 380/12 v. 12.9.2013, juris Rdnr. 42 = DVBl. 2013, 1615 (1616).

<sup>81</sup> OVG Münster, 13 A 2661/11 v. 27.7.2013, juris Rdnr. 43 ff.

<sup>82</sup> VG Köln, 1 K 8589/09 v. 27.10.2011, MMR 2012, 134 ff.

<sup>83</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 69 Rdnr. 14.

<sup>84</sup> OVG Münster, 13 A 2661/11 v. 27.7.2013, juris Rdnr. 64 ff.

<sup>85</sup> Näher U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 69 Rdnr. 63 ff.

die Argumentation des OVG Münsters nicht überzeugend. Sie werfen die Folgefrage auf, ob die Zustimmung zur Errichtung eines solchen Mastes nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG eine gebundene Entscheidung ist oder als Zustimmung zu „oberirdischen Leitungen“ nach § 68 Abs. 3 Satz 2 TKG unter Abwägungsvorbehalt steht, was das OVG Münster mit einigem Begründungsaufwand bejaht<sup>80</sup> – indes passt die § 68 Abs. 3 Satz 2 TKG hier nicht: Beim Regelfall des § 68 Abs. 3 Satz 2 TKG geht es um die Entscheidung, ob ober- oder unterirdisch verlegt werden soll, während die Standortfrage, die Linienführung als solche, nicht wirklich eine Rolle spielt. Bei Richtfunkmasten geht es aber um Punktvorhaben, die an einer bestimmten Stelle errichtet werden sollen und von vorneherein nur oberirdisch errichtet werden können. Das Abwägungsprogramm des § 68 Abs. 3 Satz 2 TKG geht also hier ins Leere. Dies bestätigt wiederum, dass TK-Funkanlagen mit Sendeanten eben nicht als Telekommunikationskabelanlage i. S. des § 3 Nr. 26 TKG angesehen, sondern so wie Mobilfunkanlagen behandelt werden sollten.

#### d) Rechtsprechung zur Nutzungsrechtsübertragung (§ 69 TKG)

In einem sehr ausführlich begründeten Urteil vom 27. Februar 2013 hat das OVG Münster zudem geklärt, dass die Übertragung der Nutzungsberechtigung durch die BNetzA nach § 69 strikt personen- gebunden und damit nicht rechtsnachfolgefähig ist.<sup>81</sup> Vielleicht noch bedeutsamer ist, dass das OVG Münster – anders als das VG Köln als Vorinstanz<sup>82</sup> – zugleich die Auffassung<sup>83</sup> bestätigte, dass sich die wegerechtlichen Wirkungen der nach § 150 Abs. 3 TKG als Nutzungsrechtsübertragungen fortwirkenden Alt-Lizenzen nicht nach den früheren § 8, § 9 und § 15 des TKG von 1996 richten (die u. a. Sonderregelungen für die Aufhebung derartiger Lizenzen vorsahen), sondern nach den allgemeinen Bestimmungen, die auch sonst für die Nutzungsrechtsübertragungen nach § 69 TKG gelten<sup>84</sup> – das sind im Ergebnis die §§ 48 ff. VwVfG.<sup>85</sup>

#### e) Rechtsprechung zu Zustimmungsstreitigkeiten (§ 68 Abs. 3 TKG)

Im Übrigen hatten sich die Verwaltungsgerichte auch weiterhin mit Streitigkeiten um Zustimmungen der Wegebausträger nach § 68 Abs. 3 TKG zu befassen. Zunächst hat sich das VG Darmstadt in einem Urteil vom 25. März 2011 sehr ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, auf welcher

Grundlage und in welcher Höhe Gebühren für die Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG erhoben werden dürfen und welche Bedeutung dem früheren § 142 Abs. 6 TKG (nach dem TKGÄndG 2012: § 146 Abs. 8 TKG) insoweit zukommt.<sup>86</sup>

Betreffend die Rechtmäßigkeit der eigentlichen Zustimmungsentscheidung hat zunächst das bereits erwähnte Urteil des VG Augsburg vom 13. Februar 2013 (s. Kapitel II. 4. a.) sehr strenge Anforderungen an die Ermessensbegründung bezüglich der Frage aufgestellt, welche Nebenbestimmungen einer solchen Zustimmung nach § 68 Abs. 3 Satz 4 und 5 TKG beigefügt werden sollen.<sup>87</sup> Ausführlich ist hiernach auch zu begründen, warum welche Nebenbestimmung gerade mit diesem Inhalt der Zustimmung beigefügt wurde, um eine Ermessensausübung nachweisen zu können. Dies scheint recht weitgehend und ist in diesem Umfang bisher noch nicht gefordert worden. Zutreffend ist jedoch die vom VG Augsburg vertretene Auffassung, dass mittels einer Nebenbestimmung zur Zustimmung nicht eine Mitverlegung von Leerrohren des Wegebausträgers verlangt werden und auch keine fünfjährige Gewährleistung für die Instandsetzungsarbeiten angeordnet werden kann.<sup>88</sup>

Zutreffend hat sich auch das VG Bayreuth in dem ebenfalls schon (s. Kapitel II. 4. c.) erwähnten Urteil vom 19. Juni 2013 der Auffassung<sup>89</sup> angeschlossen, dass es sich bei der Zustimmung zur oberirdi-

schen Verlegung einer TK-Linie nach § 68 Abs. 3 Satz 2 TKG um eine „echte“ Planungsentscheidung handelt, deren Rechtmäßigkeit (nur) am Maßstab der allgemeinen Abwägungsfehlerlehre kontrolliert werden kann.<sup>90</sup> Ebenso sieht dies das OVG Münster in dem auch schon erwähnten Urteil vom 12. September 2013.<sup>91</sup> Die Gegenauffassung, nach der eine Zustimmungsverweigerung zur oberirdischen Verlegung nur dann in Betracht komme, wenn die Interessen des Wegebausträger oder städtebauliche Belange eindeutig überwiegen, konnte sich somit – wohl angesichts des klaren Wortlaut des § 68 Abs. 3 Satz 2 TKG<sup>92</sup> – bisher in der Rechtsprechung nicht durchsetzen. Hervorzuheben ist weiter, dass – wie schon beschrieben – das OVG Münster nun ausdrücklich alle oberirdischen TK-Anlagen (also auch „Punktanlagen“, wie Schaltkästen etc.) dem Abwägungsvorbehalt unterwerfen will.<sup>93</sup> Dies war bisher unter Berufung auf den Wortlaut, der von oberirdischen TK-Linien spricht, abgelehnt worden. Tatsächlich ist bisher auch die Praxis – soweit ersichtlich – davon ausgegangen, dass die Zustimmung zur Errichtung von Schalt- und Verteilerkästen als Bestandteile von unterirdischen TK-Anlagen nicht unter einem Abwägungsvorbehalt steht, sondern eine gebundene Entscheidung ist.<sup>94</sup>

Von allgemeiner Bedeutung scheinen zudem die Ausführungen des OVG Münsters zur Frage zu sein, in wieweit eine oberirdische TK-Anlage dem Widmungszweck eines Verkehrswegs widersprechen kann:

„Die räumliche Inanspruchnahme des Gehwegs als Aufstellungsort für den Antennenmast, wodurch die betroffene Fläche einer der Widmung entsprechenden Nutzung entzogen wird, reicht als solche nicht aus, um eine dauernde Beschränkung des Widmungszwecks annehmen zu können. Der Verlust an für den Widmungszweck nutzbarer Fläche ist die typische Folge der Benutzung eines öffentlichen Verkehrswegs für eine oberirdische Telekommunikationslinie. Die Nutzungsberechtigung nach § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG besteht aber gerade an öffentlichen Verkehrswegen, ohne dass nach dem Vorstehenden eine unterirdische Verlegung von Telekommunikationslinien außerhalb der Reichweite von § 68 Abs. 3 Satz 3 TKG auch nur als deren Regelform festgelegt wäre, und erstreckt sich auf sämtliche Teile von Telekommunikationslinien im Umfang der Definition von § 3 Nr. 26 TKG.

Der Gemeingebrauch am Gehweg wird durch den Antennenmast allenfalls geringfügig erschwert. Der

<sup>86</sup> VG Darmstadt, 5 K 1496/09.DA v. 25.3.2011, juris Rdnr. 30 ff.; hierzu RATHGEB (o. Fußn. 33), S. 272.

<sup>87</sup> VG Augsburg, Au 4 K 12.1090 v. 13.2.2013, juris Rdnr. 28 ff.

<sup>88</sup> VG Augsburg, Au 4 K 12.1090 v. 13.2.2013, juris Rdnr. 34 f. Zur Unzulässigkeit derartiger Nebenbestimmungen auch U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 267, 284.

<sup>89</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 240 m. w. N.

<sup>90</sup> VG Bayreuth, B 4 K 12.326 v. 19.6.2013, juris Rdnr. 25 ff.

<sup>91</sup> OVG Münster, 20 A 380/12 v. 12.9.2013, juris Rdnr. 34 ff. = DVBl. 2013, 1615 f.

<sup>92</sup> A. DEMMEL/G. MANSSEN in: MANSSEN (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblatt, § 68 TKG Rdnr. 62 (kein Gestaltungsermessen); M. FREUND, Infrastruktur-gewährleistung in der Telekommunikation, 2002, S. 245 (Zustimmungsverweigerung nur, wenn die Interessen des Wegebausträgers oder die städtebaulichen Belange eindeutig überwiegen); G. MANSSEN, Das Telekommunikationsgesetz (TKG) als Herausforderung für die Verfassungs- und Verwaltungsrechtsdogmatik, Archiv PT 1998, 236 (241); B. SCHOLTKA, in: WISSMANN (Hrsg.), Telekommunikationsrecht – Praxishandbuch, 2. Aufl. 2006, Kap. 10 Rdnr. 69.

<sup>93</sup> OVG Münster, 20 A 380/12 v. 12.9.2013, juris Rdnr. 44 ff. = DVBl. 2013, 1615 (1616).

<sup>94</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 229.

Antennenmast [...] bildet mit seinem Durchmesser von ca. 0,1 m und seiner Anordnung am Rand des Gehwegs für den Fußgängerverkehr kein tatsächlich spürbar ins Gewicht fallendes Hindernis, zumal die verbleibende Breite des Gehwegs von ca. 1,4 m noch Begegnungsverkehr zwischen Fußgängern zulässt.“<sup>95</sup>

Diese Überlegungen sollten nicht dahingehend verallgemeinert werden, dass oberirdische TK-Anlagen immer auf Gehwegen errichtet werden dürfen. Das OVG Münster stellt hier sehr deutlich auf die konkrete Situation im Einzelfall ab.

### III. Micro- und Mini-Trenching (§ 68 Abs. 2 TKG)

Wie bereits erwähnt ist durch Art. 1 Nr. 72 TKGÄndG 2012 auch § 68 Abs. 2 TKG neu gefasst worden. Die Bestimmung lautet nunmehr:

„Telekommunikationslinien sind so zu errichten und zu unterhalten, dass sie den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügen. Beim Träger der Straßenbaulast kann beantragt werden, Glasfaserleitungen oder Leerrohrsysteme, die der Aufnahme von Glasfaserleitungen dienen, in Abweichung der Allgemeinen Technischen Bestimmungen für die Benutzung von Straßen durch Leitungen und Telekommunikationslinien (ATB) im Wege des Micro- oder Mini-Trenching zu verlegen. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn

1. die Verringerung der Verlegetiefe nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Schutzniveaus und
2. nicht zu einer wesentlichen Erhöhung des Erhaltungsaufwandes führt oder

<sup>95</sup> OVG Münster, 20 A 380/12 v. 12.9.2013, juris Rdnr. 49 f. (insoweit in DVBl. 2013, 1615 ff. nicht abgedruckt).

<sup>96</sup> S. zum Kontext nur H. BEINE, Neues Wegerecht für den Breitbandausbau, MMR 2013, 290 ff.; B. KIND/M. SCHRAMM, Infrastrukturrecht nach dem neuen KG 2012, N & R 2012, 140 ff.; A. KAFKA/F. KÖNIG, Die Novellierung des TKG und ihre Auswirkungen auf kommunale Infrastrukturunternehmen (Teil 1), IR 2013, 53 f.; J. SCHERER/C. HEINICKEL, Die TKG-Novelle 2012, NVwZ 2012, 585 (588 ff.).

<sup>97</sup> D. RUF, Micro-Trenching – Ein modernes Verlegeverfahren mit Potenzial zur Kosteneinsparung – auf dem Weg zu einem straßenbautechnischen Standard, BWGZ 2012, 488 (489).

<sup>98</sup> BT-Drs. 17/7521, S. 115.

3. der Antragsteller die durch eine mögliche wesentliche Beeinträchtigung entstehenden Kosten beziehungsweise den höheren Verwaltungsaufwand übernimmt.

Die Sätze 2 und 3 finden keine Anwendung auf die Verlegung von Glasfaserleitungen oder Leerrohrsystemen in Bundesautobahnen und autobahnähnlich ausgebauten Bundesfernstraßen.“

Diese Änderung ist im Kontext des allgemeinen Bemühens um eine Sicherstellung von Hochgeschwindigkeitsnetzen (sog. Next-Generation Access Networks – NGA-Netze, zum Begriff siehe Kapitel IV) auch im ländlichen Raum zu sehen.<sup>96</sup> Die Neufassung des § 68 Abs. 2 TKG ist dennoch erst vom Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Technologie in die Gesetzesvorlage eingeführt worden – ohne dass zuvor eine Abstimmung mit dem Bundesministerium für Verkehr oder den Verkehrsministerien der Länder gegeben hätte. Für viele Fachleute – gerade auch in den Straßenverwaltungen – kam das überraschend.<sup>97</sup> Begründet wurde dies in der Beschlussempfehlung des Ausschusses wie folgt:

„Mit der ergänzenden Regelung erhalten die Unternehmen die Möglichkeit, Glasfaserleitungen einschließlich Kabelkanäle in Abweichung der Allgemeinen Technischen Bestimmungen für die Benutzung von Straßen durch Leitungen und Telekommunikationslinien (ATB) mit einer geringeren Verlegetiefe zu verlegen. Mit Blick auf das Ziel, den Auf- und Ausbau der Netze der nächsten Generation voranzutreiben, ermöglicht die Regelung eine kostengünstigere und zügigere Verlegung moderner Glasfasernetze. Bei den Verlegetechniken Micro-Trenching bzw. Mini-Trenching wird ein Graben in den Asphalt gefräst und das Kabel mit einer Tiefe von 30 cm (Microtrenching) verlegt. Mit den übrigen Kriterien wird sichergestellt, dass die Verringerung der Verlegetiefe nicht zu einer Beeinträchtigung des Schutzniveaus und zu einer Erhöhung des Erhaltungsaufwands führen darf, es sei denn das Unternehmen trägt die entsprechenden Folgekosten. Die Ausnahmeregelung gilt nicht für Bundesautobahnen und autobahnähnlich ausgebauten Bundesfernstraßen.“<sup>98</sup>

Ziel der Regelung ist damit letztlich, nutzungsberechtigten TK-Unternehmen nur für die Verlegung von „Glasfaserleitungen oder Leerrohrsysteme[n], die der Aufnahme von Glasfaserleitungen dienen“ (also nicht für alle TK-Linien) eine Option für eine bestimmte Verlegungsart zu eröffnen, die einerseits

als besonders kostengünstig angesehen wird (die Tiefbaukosten sollen gegenüber herkömmlichen Verlegungsmethoden um 25 bis 40 % geringer sein<sup>99</sup>), für die andererseits jedoch jedenfalls zum Zeitpunkt der Inkrafttretens der Vorschrift noch keine „anerkannten Regeln der Straßenbautechnik“ bestanden.<sup>100</sup> Solche Regeln sind jedoch mittlerweile von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen und den Landesstraßenverwaltungen mit dem Ziel entwickelt worden, das Micro- oder Mini-Trenching möglichst „straßen-substanzverträglich“ auszugestalten.<sup>101</sup> Man hört indes, dass die Trenchingmethode bei Beachtung dieser Regeln dann wohl doch nicht mehr als wesentlich günstiger als die herkömmliche Bauweise ausfällt. Ob dies zutreffend ist und ob die ausgearbeiteten technischen Regeln gelungen sind, kann hier allerdings nicht beurteilt werden. Hier kann es nur darum gehen, einige mit dem (nun auch nicht mehr ganz so) neuen § 68 Abs. 2 TKG verbundene Rechtsfragen aufzuwerfen. Dabei werden auch die durch Rundschreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 4. Februar 2014<sup>102</sup> neu gefassten „Richtlinien für die Benutzung der Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes“ (im Folgenden: Nutzungsrichtlinien 2014)<sup>103</sup> zu beachten sein, die eine Art „offizielle Interpretation“ der neuen Bestimmung durch das Ministerium bieten, die in Abstimmung mit der Länderfachgruppe Straßenrecht erarbeitet worden sind.

### 1. Zusammenhang mit übrigen gesetzgeberischen „Breitbandausbauförderungsmaßnahmen“

Zunächst ist der neue § 68 Abs. 2 TKG als gesetzgeberische Maßnahme zur Förderung des Breitbandausbaus (natürlich) in den Kontext der §§ 77a ff. TKG zu stellen, die ebenfalls Sonderregelungen für den Breitbandausbau aufstellen, aber nicht konkret von Glasfaserleitungen, sondern (abstrakter) vom „Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation“ (s. IV. 1.) als „Fördergegenstand“ sprechen. Warum dieser Unterschied bei der Beschreibung der „Fördergegenstände“ gemacht wird, ist nicht unmittelbar einleuchtend – wenn man nicht davon ausgeht, dass Micro- und Mini-Trenching beim gegenwärtigen Stand der Technik ohnehin nur zur Verlegung von Glasfaserkabeln geeignet ist.

Unabhängig davon darf der Zusammenhang der Einführung des „Fräserechts“ nach § 68 Abs. 2 Satz 2 bis 3 TKG mit den Initiativen zur Förderung des Breitbandausbaus im ländlichen Raum nicht da-

rüber hinwegtäuschen, dass die Bestimmung dieses „Fräserechts“ allen Nutzungsberechtigten TK-Unternehmen überall gewährt, also nicht nur in den Gebieten, wo noch kein „schnelles Internet“ zur Verfügung steht. Das „Fräserecht“ gilt demnach nicht nur für den Fall der Einbindung des Vorhabens in ein kommunales Breitbandkonzept, sondern auch in Ballungsgebieten, wo ein weiterer Breitbandausbau nicht unbedingt gefördert werden müsste. Theoretisch dürften auch mehrere TK-Unternehmen nebeneinander Glasfaserkabel im Wege des Micro-Trenchings in denselben Verkehrsweg verlegen.

### 2. Verhältnis des Antragsverfahrens nach § 68 Abs. 2 TKG zum Zustimmungsverfahren nach § 68 Abs. 3 TKG

Rechtstechnisch unklar erscheint, in welchem Verhältnis das Antragsverfahren nach § 68 Abs. 2 Satz 2 und 3 TKG zum Zustimmungsverfahren nach § 68 Abs. 3 TKG steht. Schließen sich beide Verfahren wechselseitig aus? Sind sie kumulativ durchzuführen? Oder ist § 68 Abs. 2 Satz 2 bis 3 TKG eher als „besonderes Zustimmungsverfahren“ zu verstehen (ähnlich den Sonderregelungen, die § 68 Abs. 2 Satz 2 und 3 TKG für die oberirdische Verlegung von TK-Linien vorsehen)? Diese Frage könnte auch dafür von Bedeutung sein, ob für die Entscheidung des Wegebausträgers nach § 68 Abs. 2 Satz 2 und 3 TKG eine Gebühr erhoben werden kann. Denn § 146 Abs. 8 TKG gestattet ausdrücklich nur eine Gebührenerhebung für Zustimmungsbescheide nach § 68 Abs. 3 TKG.

<sup>99</sup> So BEINE (o. Fußn. 96), S. 291; RUF (o. Fußn. 97), S. 488.

<sup>100</sup> Zur Technik v. BRAUN, Mikro-Trenching – die Alternative zum konventionellen Breitbandausbau, BWGZ 2012, 492; KIND/SCHRAMM (o. Fußn. 96), S. 146 f.; D. RUF, Micro-Trenching – die Sicht des Gemeindetags, BWGZ 2011, 688 ff.

<sup>101</sup> Vgl. Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen (Hrsg.), Hinweise für die Anwendung des Trenchingverfahrens bei der Verlegung von Glasfaserkabeln in Verkehrsflächen in Asphaltbauweise – H Trenching-StB 13, 2013 ff.; ferner Arbeitsgruppe 2 des Nationalen IT-Gipfels (Hrsg.), Digitale Infrastrukturen – Jahrbuch 2012/ 2013, 2013, S. 282 ff.

<sup>102</sup> Allgemeines Rundschreiben Straßenbau Nr. 03/2014 v. 4.2.2014; abrufbar unter <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/richtlinien-fuer-die-benutzung-der-bundesfernstrassen-in-der-baulast-des-bundes-nutzungsrichtlinie.html>.

<sup>103</sup> Abrufbar unter <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/richtlinien-fuer-die-benutzung-der-bundesfernstrassen-in-der-baulast-des-bundes-nutzungsrichtlinie.html>.

Teil E Nr. 2 der Nutzungsrichtlinien 2014<sup>104</sup> gehen offenbar von der zweiten Variante aus, nehmen also an, dass die Entscheidung über den Antrag nach § 68 Abs. 2 Satz 2 bis 4 TKG integraler Bestandteil des Zustimmungsbescheides nach § 68 Abs. 3 TKG ist. Dementsprechend sieht auch das von den Richtlinien in Anlage E 1 vorgesehene Formular für einen Antrag auf Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG ein Feld vor, wo die „Verlegung mittels Micro-/Mini-Trenching gemäß § 68 Abs. 2 TKG“ angekreuzt werden kann. Dies versteht sich auch vor dem Hintergrund, dass § 68 Abs. 2 Satz 2 und 3 TKG von den Richtlinien so verstanden werden, dass sie sich ausschließlich auf die Verlegungstiefe beziehen, während sich die übrigen Anforderungen des Vorhabens ausschließlich nach § 68 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 TKG beziehen sollen.

### 3. Verhältnis von § 68 Abs. 2 bis 4 TKG zu § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG

Das Hauptproblem des „Fräserechts“ dürfte aber v. a. sein, dass es unabhängig vom Zustand der Straßendecke, in die gefräst werden soll, und offenbar auch unabhängig davon gewährt wird, auf welcher Straßenfläche (Fahrbahn, Randstreifen, Gehweg) gefräst werden soll. Dies ist aus folgenden Gründen problematisch:

Aus den in § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG in Bezug genommenen anerkannten Regeln der Straßenbautechnik folgt an sich, dass TK-Linien nicht in solche Teile von Verkehrswegen verlegt werden können, die nach Aufgrabung aus technischen Gründen nicht mehr vollständig nach Maßgabe des § 71 Abs. 3 TKG instand gesetzt werden können, wie dies bei hochwertigen Fahrbahnbefestigungen der Fall ist, die durch stellenweise Aufgrabungen insgesamt, dauernd und unumkehrbar an Qualität verlieren.<sup>105</sup> Einem derartigen Verlegungsvorhaben kann der Wegebausträger daher grundsätzlich nach § 68 Abs. 3 TKG die Zustimmung verweigern, weil das Vorhaben den Vorgaben des § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht entspricht.<sup>106</sup>

§ 68 Abs. 2 Satz 2 TKG entbindet nun jedoch gerade für das Micro- und Mini-Trenching schlechthin

von der Beachtung der allgemeinen Regeln der Straßenbautechnik. § 68 Abs. 2 Satz 2 bis 3 TKG verpflichten damit den Wegebausträger – unabhängig von einer ingenieurmäßigen Beurteilung und ggf. weitergehenden bzw. gegenläufigen technischen Erkenntnissen – ein Auffräsen der Straße auch dann zu ermöglichen, wenn hiermit ein unwiederbringlicher Qualitätsverlust an der Straße verbunden ist. Zudem werden Einbußen in der Verkehrssicherheit (insoweit wurde jedenfalls zunächst v. a. für Motorradfahrer eine Gefahr durch Spurrillen gesehen) werden vom Gesetzgeber hingenommen und können dem „Fräserecht“ nicht entgegengehalten werden. Ferner enthält § 68 Abs. 2 TKG auch keine mit § 68 Abs. 3 Satz 3 TKG vergleichbare Regelung. Es hätte aber nahe gelegen – eben entsprechend dem Vorbild des § 68 Abs. 3 Satz 3 TKG – eine Ablehnung des „Fräseantrags“ jedenfalls dann zu gestatten, wenn die Verlegung im Rahmen einer Gesamtbaumaßnahme koordiniert werden kann, die in engem zeitlichen Zusammenhang nach dem „Fräseantrag“ durchgeführt wird. Angesichts dessen erscheint es aus der Sicht der Landesstraßenverwaltungen als etwas zynisch, wenn der Bund seine „hochwertigen“ Bundesautobahnen und Bundesfernstraßen in § 68 Abs. 2 Satz 4 TKG vom „Fräserecht“ freistellt.

Den genannten Problemen versucht Teil E Nr. 2 der Nutzungsrichtlinien 2014<sup>107</sup> dadurch zu begegnen, dass die Ablehnungsgründe der § 68 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 bis 3 TKG eher extensiv ausgelegt werden. So wird etwa ausgeführt:

„Die Abnahme der letzten Deckenerneuerung oder grundhaften Erneuerung auf der betreffenden Straße muss länger als 5 Jahre zurückliegen; Mängelansprüche gemäß VOB/B dürfen somit nicht mehr bestehen. Bestehende Gewährleistungsrechte gegenüber Auftragnehmern der Straßenbauverwaltung würden nach Durchführung einer Trenchingmaßnahme erlöschen bzw. nicht mehr durchsetzbar sein. Da eine Sicherheitsleistung durch das TK-Unternehmen wegen der bereits geleisteten Bürgschaft durch den Auftragnehmer rechtlich unzulässig wäre (Doppelsicherung) und eine Aufteilung nach möglicher Verantwortlichkeit nicht vorgenommen werden kann, ist in den entsprechenden Fällen der Antrag unter Hinweis auf § 68 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 TKG zurückzuweisen.“

Wenn auch das Anliegen der Straßenverwaltung hier ohne weiteres nachvollziehbar ist, erscheint nicht frei von Zweifeln, ob diese Sichtweise wirklich

<sup>104</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>105</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 115, 120.

<sup>106</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 214.

<sup>107</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

haltbar ist – wie insbesondere die geschilderte Rechtsprechung zur unzulässigen Aufnahme von Gewährleistungsfristen in Zustimmungsbescheide zeigt (s. Kapitel II. 4. e.).<sup>108</sup>

Unabhängig davon ist jedoch festzuhalten, dass die geschilderten und befürchteten Probleme des neuen § 68 Abs. 2 TKG offenbar bisher noch nicht praktisch geworden sind. Soweit erkennbar, scheint bisher nur in einigen wenigen Fällen von der „Fräserechoption“ Gebrauch gemacht worden zu sein und dies auch nur im Rahmen eines bestehenden kommunalen Breitbandkonzepts, sodass in diesem Rahmen dann eine genauere Abstimmung mit dem Straßenbaulastträger erfolgen konnte.

#### 4. Folge(kosten)pfllichten und Haftung

Die offenbar doch nicht so hohe Attraktivität des „Fräserechts“ dürfte damit zusammenhängen, dass aufgrund der geringen Verlegungstiefe beim Mini- bzw. Micro-Trenching die so verlegten Leitungen wohl mit einem deutlich erhöhten Folge(kosten)pflichtrisiko verbunden sind, wie dies ja auch schon durch § 68 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 TKG verdeutlicht wird. Auch ist das Beschädigungsrisiko bei Baggerarbeiten deutlich größer,<sup>109</sup> ohne dass dieses Risiko schadensersatzrechtlich (im vollen Umfang) auf den grabenden Bauunternehmer verlagert werden kann.<sup>110</sup>

Schließlich ist auch das Verhältnis des „Fräserechts“ zu § 74 TKG unklar, aus dem sich – wie dargestellt (s. Kapitel II. 4. b.)<sup>111</sup> – ein grundsätzliches Verbot des Überbaus von fremden Versorgungsleitungen ergibt. Bei einer Verlegung mittels Microtrenchings dürfte jedoch kaum möglich sein, auf bereits im Straßengrund befindliche Versorgungsleitungen und andere „besondere Anlagen“ i. S. des § 74 Abs. 1 TKG angemessen Rücksicht zu nehmen. Gegenüber Dritten kann § 68 Abs. 2 TKG aber wohl kaum vom anerkannten Stand der Technik bei der Errichtung von TK-Linien befreien.

#### 5. Gesamtbewertung

Ungeachtet der allgemein zu unterstützenden Zielrichtung der Förderung des Breitbandausbaus scheint daher der neue § 68 Abs. 2 TKG rechtstechnisch insgesamt wenig durchdacht. Er kann wohl als bundesgesetzliche Nötigung der Landesstraßenverwaltungen zur Fortentwicklung der Straßenbautechnik verstanden werden. Dem hierdurch ausgeübten Druck haben die Landesstraßenver-

waltungen – wie bereits erwähnt – mit Hilfe der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen auch nachgegeben. Rechtspolitisch zweifelhaft scheint vor allem, dass das „Fräserechoption“ unabhängig davon gewährt wird, ob das fragliche Gebiet bereits über Breitbandverkabelungen verfügt. Bei einer Anbindung an kommunale Breitbandkonzepte wäre die Notwendigkeit des „Fräserechts“ jedenfalls wesentlich leichter vermittelbar.

### IV. Mitbenutzung „alternativer Infrastrukturen“ nach § 77b TKG

Der ebenfalls durch das TKGÄndG 2012 neu eingefügte<sup>112</sup> § 77b TKG hat die Überschrift „Alternative Infrastrukturen“ und lautet:

- „(1) Unternehmen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, die über Einrichtungen verfügen, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können, sind verpflichtet, Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf schriftliche Anfrage ein Angebot zur Mitnutzung dieser Einrichtungen gegen ein angemessenes Entgelt zu unterbreiten.
- (2) Kommt zwischen den Beteiligten eine Einigung nicht zustande, so kann jeder Beteiligte binnen einer Frist von vier Wochen ab Zugang der Anfrage bei der Bundesnetzagentur durch einen Antrag ein Schlichtungsverfahren einleiten.
- (3) Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens ist der Antragsgegner verpflichtet, binnen einer von der Bundesnetzagentur zu bestimmenden Frist seine Einwendungen gegen das Mitnutzungsrecht oder das vorgeschlagene Entgelt darzulegen. Hierauf kann der Antragsteller innerhalb einer ebenfalls von der Bundesnetzagentur zu bestimmenden Frist antworten. Die Bundesnetzagentur kann die Beteiligten im Interesse einer gütlichen Einigung anhören. Ist eine Einigung nicht möglich, trifft die Bundesnetzagentur unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Entscheidung (Schlichterspruch). Die

<sup>108</sup> Oben bei Fußn. 63.

<sup>109</sup> BEINE (o. Fußn. 96), S. 291.

<sup>110</sup> Vgl. hierzu U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 143 ff.

<sup>111</sup> Siehe oben vor Fußn. 70.

<sup>112</sup> Siehe oben bei Fußn. 17.



Beteiligten sind zur Annahme des Schlichterspruchs nicht verpflichtet. Im Übrigen gilt für das Schlichtungsverfahren die Schlichtungsordnung der Bundesnetzagentur entsprechend.“

Auch diese Bestimmung ist erst vom Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Technologie in die Gesetzesvorlage eingeführt worden. In der Begründung der Beschlussempfehlung heißt es dazu nur:

„§ 77b wird neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügt. Das für den Breitbandausbau wichtige Anliegen, alternative Infrastrukturen (kommunale Abwasserkanäle, Energieleitungen, Kabelkanäle in Strassen usw.) für Zwecke des Auf- und Ausbaus von Netzen der nächsten Generation zu öffnen, wird zu den bereits im Gesetzentwurf enthaltenen einschlägigen Bestimmungen durch die Einführung eines Schlichtungsverfahrens bei der BNetzA ergänzt. Mit der neuen Regelung soll der Zugang zu alternativen Infrastrukturen wie Wasserleitungen und Abwasserkanälen im Interesse eines beschleunigten und kostengünstigen Breitbandausbaus erleichtert werden. Danach werden alle Infrastrukturinhaber verpflichtet, auf Nachfrage über eine Mitbenutzung ihrer Infrastrukturen zu verhandeln. Kommt keine Einigung zustande, unterbreitet die BNetzA einen Einigungsvorschlag. Mit Blick auf die europäischen Vorgaben, die eine netzübergreifende, alle Infrastrukturen erfassende einheitliche Zugangsregulierung unabhängig vom Vorliegen marktmächtiger Stellungen in diesem Umfang nicht zulassen, ist der Schlichterspruch für die Beteiligten unverbindlich. Dennoch ist davon auszugehen, dass allein die Verhandlungspflicht und das Vorliegen eines Einigungsvorschlags dazu führen wird, dass alternative Infrastrukturen in größerem Umfang als bisher für die Breitbandnutzung geöffnet werden können. Die wesentlichen Elemente des danach möglichen Schlichtungsverfahrens werden in § 77b genannt; ergänzend dazu gilt die Schlichtungsordnung der Bundesnetzagentur nach § 47a Absatz 4.“<sup>113</sup>

Wie die in dieser Begründung genannten Beispiele zeigen, kann § 77b TKG gerade auch die Mitbenutzung von Kabelanlagen, Kabelkanälen und sonstigen „besonderen Anlagen“ i. S. des § 74 TKG betreffen, die in einem öffentlichen Verkehrsweg i. S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG belegen sind. Die Regelung ist damit zwar nicht auf den Anwendungsbereich des § 68 TKG beschränkt, sondern gilt für „Einrichtungen“ auf allen öffentlichen und privaten

Grundstücken, soweit über sie ein „Unternehmen“<sup>114</sup> oder eine juristische Personen des öffentlichen Rechts „verfügt“. Sie kann aber grundsätzlich auch neben den §§ 68 ff. TKG Anwendung finden. Die Nutzungsrichtlinien 2014<sup>115</sup> sagen zu § 77b TKG allerdings nichts.

### 1. Was sind „Netze der nächsten Generation“?

Die erste Frage, die sich im vorliegenden Zusammenhang stellt, ist wohl die Frage, was mit „Netzen der nächsten Generation“ gemeint sein kann – ein Begriff der nicht nur in § 77b TKG, sondern auch in § 2 Nr. 5, § 15a, § 28 Abs. 1 Satz 2, § 30 Abs. 3, § 32 Abs. 2 Nr. 3, § 76 Abs. 1 und § 77c bis § 77e TKG verwendet wird, ohne jedoch im TKG legaldefiniert zu werden. Da insoweit in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 15a TKG<sup>116</sup> auf eine Kommissionsempfehlung über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation<sup>117</sup> verwiesen wird, wird zumeist der Definition der Ziff. 11 dieser Empfehlung Bedeutung auch für die Auslegung des TKG zugemessen.<sup>118</sup> Hiernach sind „Zugangsnetze der nächsten Generation“ („NGA-Netze“)

„leitungsgebundene Zugangsnetze, die vollständig oder teilweise aus optischen Bauelementen bestehen und daher Breitbandzugangsdienste mit erweiterten Leistungsmerkmalen (z. B. mit einem höheren Durchsatz) ermöglichen, die über das hinaus gehen, was mit schon bestehenden Kupferkabelnetzen angeboten werden kann. In den meisten Fällen sind NGA-Netze das Ergebnis der Ausrüstung bereits bestehender Kupfer- oder Koaxialkabel-Zugangsnetze.“

<sup>113</sup> BT-Drs. 17/7521, S. 116 (Schreibfehler im Original enthalten).

<sup>114</sup> Zum Begriff SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77b Rdnr. 18.

<sup>115</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>116</sup> BT-Drs. 17/5707, S. 58.

<sup>117</sup> Empfehlung der Kommission 2010/572/EU v. 20. 9. 2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) (ABl. EU v. 25.9.2010 Nr. L 251, S. 35).

<sup>118</sup> So bei M. HOENIKE/M. HARTMANN, Das Recht auf Mitbenutzung von Infrastrukturen öffentlich-rechtlicher Unternehmen nach dem TKG, K & R 2012, 483 f.; KIND/SCHRAMM (o. Fußn. 96), S. 144; SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77b Rdnr. 24 ff.

Im Regelfall wird es dabei um Netze gehen, die einen Breitbandanschluss mit 50 MBits/s ermöglichen.<sup>119</sup> Ob der Begriff statisch ist (also nur die aus heutiger Sicht „nächste Generation erfasst wird) oder dynamisch (sodass es auf die „nächste Generation“ aus der Sicht des Rechtsanwenders abzustellen wäre, die aus dem Blickwinkel der Gesetzesverfasser schon die „übernächste Generation“ sein können), bleibt dabei offen. Einiges dürfte allerdings für eine dynamische Sichtweise sprechen.<sup>120</sup> Zur Zeit geht es jedenfalls im Wesentlichen – wie bei § 68 Abs. 2 TKG – um Glasfasernetze und hierfür geeignete Leerrohre.

## 2. Was sind „Einrichtungen, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können“?

Was im Übrigen unter „Einrichtungen, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können“ zu verstehen sein kann, lässt sich unter Rückgriff auf § 77a Abs. 3 Satz 2 TKG bestimmen,<sup>121</sup> nach dem unter Einrichtung i. S. des § 77a Abs. 3 Satz 1 TKG u. a. anderem „Gebäude, Gebäudezugänge, Verkabelungen oder Kabelkanäle in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre,

Leerrohre, Einstiegsschächte und Verteilerkästen“ zählen. In einem Beschlusskammerbeschluss vom 21. März 2013 hat zudem die BNetzA den vergleichbaren Begriff der „Eisenbahninfrastruktur“ in § 77e TKG sogar – unter Rückgriff auf § 77a Abs. 3 Satz 2 TKG und die Gesetzesbegründung zu § 77b TKG – so weit ausgelegt, dass nicht nur Kabel und Kabeltröge darunter fallen sollen, sondern auch Brücken, Tunnel und Böschungen etc.<sup>122</sup> Folgt man dem, kann letztlich alles als „Einrichtung“ verstanden werden, was nicht nur die reine Grundstücksfläche ist. Dem entspricht, dass insbesondere § 76 TKG nur ein Nutzungsrecht der TK-Unternehmen für Grundstücke, nicht aber für Grundstücksbestandteile und Grundstückszubehör begründet<sup>123</sup> und die §§ 77b ff. TKG insoweit insbesondere auch § 76 TKG ergänzen sollen. Ob für ein konkretes Netzaus- oder Netzaufbauvorhaben geeignete „Einrichtungen“ in diesem Sinne vorhanden sind, soll das TK-Unternehmen an sich durch Einsichtnahme in den nach § 77a Abs. 3 TKG von der BNetzA zu führenden Infrastrukturatlas erfahren.<sup>124</sup> Dieser befindet sich jedoch nach wie vor noch im Aufbau und ist alles andere als vollständig, sodass auf seinen Inhalt wohl noch nicht vertraut werden sollte.

## 3. Vorrangige Anwendung von § 68 und § 70 TKG

§ 77b TKG begründet zunächst nur einen Anspruch eines TK-Unternehmens darauf, dass dasjenige Unternehmen oder diejenige juristische Person des öffentlichen Rechts, deren oder dessen Einrichtung das TK-Unternehmen zum Auf- oder Ausbaus eines NGA-Netzes mitnutzen will, diesem TK-Unternehmen ein Angebot zur Mitnutzung dieser Einrichtung gegen ein angemessenes Entgelt unterbreitet. § 77b TKG begründet also keinen gesetzlichen (unentgeltlichen) Mitbenutzungsanspruch, sondern allenfalls eine Verhandlungspflicht des Einrichtungsinhabers über die Einräumung eines (entgeltlichen) vertraglichen Nutzungsrechts (näher zur Rechtsfolge unten bei IV. 3.).

### a) Mitbenutzung von Straßenbestandteilen

Soweit eine „Einrichtung“ i. S. des § 77b TKG zugleich ein nach § 68 TKG unentgeltlich nutzbarer Straßenbestandteil ist, wird ein nach § 68, § 69 TKG Nutzungsberechtigtes TK-Unternehmen also kaum auf § 77b TKG zurückgreifen, um eine entgeltliches vertragliches Nutzungsrecht an dieser

<sup>119</sup> Vgl. die Regierungsbegründung zu § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG: BT-Drs, 17/5707, S. 47 f.; ferner A. KAFKAV. KÖNIG, Wesentliche Änderungen des TKG und ihre Auswirkungen auf kommunale Infrastrukturen (Teil 2), IR 2013, 74 (75) und Teil E Nr. 2 der Nutzungsrichtlinien 2014 (siehe oben bei Fußn. 103) zu § 77c TKG.

<sup>120</sup> Ausführlich M. CORNILS, in: GEPPERT/SCHÜTZ (o. Fußn. 15), § 2 Rdnr. 53 ff.

<sup>121</sup> So SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77b Rdnr. 26.

<sup>122</sup> BNetzA, Beschluss v. 21.3.2013 – BK 3e-12/117 (veröffentlicht unter BeckRS 2013, 09630).

<sup>123</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 76 Rdnr. 76 ff. Durch das TKGÄndG 2012 ist allerdings auch dieses Nutzungsrecht insoweit erweitert worden als der „Anschluss von Gebäuden an öffentliche TK Netze der nächsten Generation“ nun ebenfalls zu dulden ist. Dies ist aber nur eine eng begrenzte Ausnahme (s. hierzu auch M. FREUND/T.-L. BARY, TKG-Novelle 2012: Der „Hausstich“ im Spannungsfeld zwischen Eigentumsschutz und unternehmerischen Erlösinteressen, NVwZ 2012, 1504 [1506 ff.]). Eine Mitbenutzung von Leerrohren oder anderen Einrichtungen auf dem Grundstück kann auf Grundlage des § 76 TKG nach wie vor nicht verlangt werden.

<sup>124</sup> Näher hierzu SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77a Rdnr. 125 ff. Ausführlich zum EU-rechtlichen Hintergrund U. STELKENS (o. Fußn. 4), Europarechtliche Vorgaben für Wegerechte Rdnr. 77 ff.

Einrichtung zu erwerben. Insoweit ist zu beachten, dass alle Straßenbestandteile als Bestandteil des „öffentlichen Weges“ i. S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG auch Gegenstand der Nutzungsberechtigung nach § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG sind:<sup>125</sup> § 1 Abs. 4 Nr. 1 FStrG ordnet etwa an:

„Zu den Bundesfernstraßen gehören

1. der Straßenkörper; das sind besonders der Straßengrund, der Straßenunterbau, die Straßendecke, die Brücken, Tunnel, Durchlässe, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Stützmauern, Lärmschutzanlagen, Trenn-, Seiten-, Rand- und Sicherheitsstreifen;
2. der Luftraum über dem Straßenkörper;
3. das Zubehör; das sind die Verkehrszeichen, die Verkehrseinrichtungen und -anlagen aller Art, die der Sicherheit oder Leichtigkeit des Straßenverkehrs oder dem Schutz der Anlieger dienen, und die Bepflanzung;
4. Einrichtungen zur Erhebung von Maut und zur Kontrolle der Einhaltung der Mautpflicht;
5. die Nebenanlagen; das sind solche Anlagen, die überwiegend den Aufgaben der Straßenbauverwaltung der Bundesfernstraßen dienen, z. B. Straßenmeistereien, Gerätehöfe, Lager, Lagerplätze, Entnahmestellen, Hilfsbetriebe und -einrichtungen;
6. die Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen (§ 15 Abs. 1).“

Entsprechende Regelungen enthalten (zumeist in § 2) alle Landesstraßengesetze, die vielfach noch sog. „unselbstständige“ Geh- und Radwege erwähnen. Alle diese Straßenbestandteile können dementsprechend vom nutzungsberechtigten TK-Unternehmen bereits nach § 68 TKG unentgeltlich genutzt werden, soweit diese Nutzung mit dem Widmungszweck des Verkehrswegs vereinbar ist.<sup>126</sup> Für Unternehmen, die nach § 68, § 69 TKG nutzungsberechtigt sind, ist daher § 77b TKG bezogen auf derartige Einrichtungen ohne Bedeutung.

Umgekehrt wird sich zeigen, ob es TK-Unternehmen gibt, die für den Aus- oder Aufbau von NGA-Netzen auch in Bezug auf Straßenbestandteile eher auf den Anspruch aus § 77b TKG (und den Anspruch aus § 77c TKG) zurückgreifen als sich eine Nutzungsberechtigung nach § 69 TKG übertragen zu lassen. Denn der Anspruch aus § 77b

TKG – ebenso wie die Ansprüche aus § 76, § 77a Abs. 1 und §§ 77c bis § 77e TKG – setzt nicht voraus, dass dem betroffenen TK-Unternehmen eine Nutzungsberechtigung nach § 69 TKG übertragen worden ist. Daher kann für ein TK-Unternehmen ein Vorgehen nach § 77b TKG grundsätzlich eine Alternative zur Nutzungsrechtsübertragung nach § 69 TKG sein, auch wenn dies auf den ersten Blick als ökonomisch wenig sinnvoll erscheint. Fehlt es an einer Nutzungsrechtsübertragung nach § 69 TKG, bedeutet dies jedoch auch, dass die im Rahmen des Übertragungsverfahrens nach § 69 Abs. 2 TKG zu prüfenden Sachkundeerfordernisse<sup>127</sup> bei der Frage eine Rolle spielen können, ob und inwieweit eine Mitbenutzung der fraglichen Einrichtung auf Grundlage des § 77b TKG für deren Inhaber zumutbar ist (s. Kapitel IV. 3. c.).

- b) Mitbenutzung von „besonderen Anlagen“ i. S. des § 74 Abs. 1 Satz 1 TKG

Die Situation stellt sich etwas anders dar, wenn die Mitbenutzung solcher „Einrichtungen“ begehrt werden sollte, die nicht Bestandteile der Verkehrswege i. S. des § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG sind, da sie nicht zum Straßenzubehör oder den Nebenanlagen i. S. der oben genannten straßenrechtlichen Bestimmungen gehören. Dementsprechend erstreckt sich die Nutzungsberechtigung nach § 68 TKG nicht auf solche auf oder im Straßengrund befindliche Einrichtungen, die ausschließlich zur Aufnahme von TK-Leitungen und sonstigen Versorgungsleitungen dienen und nicht zur Benutzung durch die Verkehrsteilnehmer oder zur Erfüllung der Aufgaben der Wegebausträger bestimmt sind. Solche nicht zum Straßenzubehör bzw. den Nebenanlagen gehörenden Einrichtungen sind z. B. unterhalb einer Brücke angebrachte Kabeltragewannen oder besonders eingerichtete Kabeldurchleitungsröhren in Straßentunneln.<sup>128</sup> Zumeist ordnet das Landesstraßenrecht auch die der Straßenbeleuchtung dienenden Einrichtungen nicht den Straßenbestandteilen zu.<sup>129</sup> Bei derartigen Einrichtungen handelt es sich folglich um „besondere Anlagen“ i. S. des

<sup>125</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 71 ff.

<sup>126</sup> Näher zu dieser Beschränkung U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 111 ff.

<sup>127</sup> Siehe oben bei Fußn. 30.

<sup>128</sup> Für Rechtslage unter Geltung des TWG: BGH, III ZR 313/98 v. 3.2.2000, NVwZ 2000, 710 (712 f.).

<sup>129</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 71 Rdnr. 26.

§ 74 TKG<sup>130</sup>, über deren Mitnutzung nach dem bisherigem System der §§ 68 ff. TKG der Wegebau- lastträger (oder der von ihm verschiedene Anlagen- betreiber) grundsätzlich frei entscheiden konnte.<sup>131</sup> Bezogen auf derartige Einrichtungen im und auf dem Straßengrund kann daher § 77b TKG gegen- über dem Wegebau- lastträger oder dem hiervon verschiedenen Anlagenbetreiber grundsätzlich grei- fen.

Man könnte indes annehmen, dass auch insoweit ein TK-Unternehmen, dem nach § 69 TKG die Nut- zungsberechtigung nach § 68 TKG übertragen wor- den ist, i. d. R. auf den weitergehenden Mitbenut- zungsanspruch nach § 70 TKG zurückgreifen wird, wenn dessen Anspruchsvoraussetzungen vorlie- gen. Die „Hürden“ dieses Anspruchs aus § 70 TKG sind allerdings sehr hoch, sodass der Bestimmung kaum praktische Bedeutung zukommt.<sup>132</sup> Auf das Verhältnis von § 70 TKG zu § 77b TKG soll daher hier nicht weiter eingegangen werden.

#### 4. Rechtsfolge des § 77b TKG

Hauptproblem des Anspruchs aus § 77b TKG ist seine Rechtsfolge. Nach § 77b Abs. 1 TKG muss der Anspruchsverpflichtete dem TK-Unternehmen auf schriftlichen Antrag hin ein „Angebot zur Mitnut- zung der Einrichtung gegen ein angemessenes Entgelt unterbreiten.“ Damit strebt der Gesetzgeber offenbar einen Vertragsschluss zwischen dem TK- Unternehmen und dem Einrichtungsinhaber an. Auch wenn es um die Mitbenutzung von „Einrich- tungen“ auf oder in Straßen geht, dürfte es sich

dabei in den allermeisten Fällen um privatrechtliche Verträge handeln, auch wenn an ihnen der Wege- baulastträger selbst oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligt ist. Denn bei der Gestattung der Mitnutzung von derartigen Infrastrukturen handelt es sich auch aus der Sicht eines öffentlichen Infrastrukturinhabers i. d. R. um einen – immer dem Privatrecht zuzuordnenden – Akt der Vermögensverwaltung.<sup>133</sup> Anders kann es nur sein, wenn – ausnahmsweise (s. Kapitel IV. 3. a.) – ein Straßenbestandteil als „Einrichtung“ mitgenutzt werden soll. In derartigen Fällen kann sich deren Mitbenutzung als eine nach den Stra- ßengesetzen als öffentlich-rechtlich zu beurteilende Sondernutzung darstellen, sodass der Anspruch nach § 77b TKG dann als Anspruch auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu verstehen sein kann.<sup>134</sup> In derartigen Fällen erscheint aber ein einfacher Sondernutzungsantrag nach Stra- ßenrecht als zielführender als die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 77b TKG, sodass auf diese Konstellation hier nicht näher eingegangen werden soll.

a) Vorstellungen der Gesetzesverfasser: Aus- schließlichkeit des Schlichtungsverfahrens

Unbestritten ist nun, dass § 77b TKG dem TK-Un- ternehmen keinen (unmittelbaren) Anspruch auf Vertragsschluss gewährt, sondern lediglich eine Verhandlungspflicht des Einrichtungsinhabers be- gründet.<sup>135</sup> Aus der Gesetzesbegründung geht zudem deutlich hervor, dass der Gesetzgeber davon ausging, die Rechtsfolgen dieser Verhand- lungspflicht abschließend in § 77b Abs. 2 bis 3 TKG zu regeln, sodass als Rechtsfolge einer Missach- tung der Verhandlungspflicht allein die Möglich- keit der Einleitung eines Schiedsverfahrens bei der BNetzA besteht, dessen Ergebnis für die Beteiligten jedoch unverbindlich ist. Diese sehr schwache Aus- gestaltung des Anspruchs aus § 77b Abs. 1 TKG degradiert diesen Anspruch letztlich zu einer un- vollkommenen Verbindlichkeit oder Naturalobliga- tion und macht damit wenig Sinn: Wenn es auf Sei- ten des Einrichtungsinhabers schlicht an einer Be- reitschaft fehlt, Dritten Zugang zu eigenen Infra- strukturen zu gewähren, lässt sich diese fehlende Bereitschaft auch im Schlichtungsverfahren nicht überwinden, sollte sich die Verhandlungspflicht tat- sächlich im Ergebnis auf eine formelle Mitwirkung im Schlichtungsverfahren beschränken.<sup>136</sup> Der Ge- setzgeber hielt allerdings eine so schwache Ausge- staltung des Anspruchs aus § 77b TKG für europä-

<sup>130</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 74 Rdnr. 28 ff.

<sup>131</sup> S. HEUN in: HEUN (Hrsg.), Handbuch zum TK-Recht, 2. Aufl. 2007, F Rdnr. 225 ff.

<sup>132</sup> Vgl. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 70 Rdnr. 8.

<sup>133</sup> Vgl. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 70 Rdnr. 16 ff., 20 ff. (dort auch zur Bedeutung der bei Fußn. 11 geschilderten Rechtsprechung zur öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur der §§ 74 f. TKG in diesem Zusammenhang).

<sup>134</sup> Vgl. zur Frage, inwieweit die Nutzung von Straßenbe- standteilen für TK-Zwecke eine öffentlich-rechtliche Son- dernutzung nach Straßenrecht darstellen kann, wenn die §§ 68 ff. TKG nicht greifen U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 39 ff.

<sup>135</sup> KAFKA/KÖNIG (o. Fußn. 119), S. 75 f.; KIND/SCHRAMM (o. Fußn. 96), S. 144 f.; SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77b Rdnr. 29 ff.

<sup>136</sup> So zutreffend KAFKA/KÖNIG (o. Fußn. 119), S. 76; Zwei- fel an der Sinnhaftigkeit auch bei KIND/SCHRAMM (o. Fußn. 96), S. 145.

rechtlich zwingend: Das Unionsrecht lasse eine netzübergreifende, alle Infrastrukturen erfassende einheitliche Zugangsregulierung unabhängig vom Vorliegen marktmächtiger Stellungen in diesem Umfang nicht zu.<sup>137</sup> Dies stimmt indes so nicht. Der Gesetzgeber wäre unionsrechtlich nicht gehindert gewesen, auch für den Fall des § 77b TKG einen echten Mitbenutzungsanspruch zu begründen.<sup>138</sup>

Daher fragt sich bei § 77b TKG wieder einmal, ob das Gesetz nicht klüger als der Gesetzgeber ist. Dem Wortlaut des § 77b TKG lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass die sich aus § 77b TKG ergebende Verhandlungspflicht ausschließlich im Schlichtungsverfahren nach § 77b Abs. 2 und 3 TKG und nicht auch unter Inanspruchnahme der Gerichte durchgesetzt werden kann. Insoweit stellt sich materiellrechtlich die Frage, ob sich der Verhandlungsanspruch aus § 77b Abs. 1 TKG in eine (gerichtlich durchsetzbare) Vertragsabschlusspflicht verdichten kann, wenn die Ablehnung eines Vertragsschlusses durch den Einrichtungsinhaber unbillig wäre. Prozessrechtlich stellt sich die Frage, wie dies dann gerichtlich durchzusetzen wäre.

#### b) Gerichtliche Durchsetzbarkeit von Verhandlungspflichten

Die Annahme einer gerichtlich durchsetzbaren Verhandlungspflicht nach § 77b Abs. 1 TKG würde aus dieser Bestimmung jedenfalls keine völlig singuläre Erscheinung machen: Vergleichbare Konstellationen sind im privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht bekannt. Zu denken ist hierbei zunächst an die Fälle, in denen vertragliche Neuverhandlungsklauseln bestehen oder in denen sich die Vertragsparteien untereinander durch Vertrag (Vorvertrag) verpflichten, (demnächst) einen anderen schuldrechtlichen Vertrag (Hauptvertrag) zu schließen, ohne dessen Inhalt genau festgelegt zu haben. Vor allem aber besteht bei Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB und § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG nur ein gesetzlicher Anspruch auf Vertragsänderung (in Richtung einer Anpassung an die veränderten Umstände), ohne dass den Vertragsparteien die Einzelheiten der Vertragsänderung vorgegeben werden. Diesen Fällen unvollständiger Vertragsabschlusspflichten ist gemeinsam, dass zwar ein Recht auf einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt besteht, dieses Recht aber letztlich nur ein Rahmenrecht ist. Wie dieser Rahmen auszufüllen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur mittlerweile (weitgehend) einheitlich beurteilt, und zwar unabhängig davon, ob solche

Rahmenrechte durch Vertrag oder Gesetz begründet werden oder ob sie privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind.<sup>139</sup> Zunächst sollen sie eine Verhandlungspflicht der Beteiligten begründen: Beide Parteien seien zur Abgabe eines eigenen Angebots, aber auch zur Annahme eines vom Vertragsgegner gemachten Angebots verpflichtet, das die Vorgaben der Vertragsabschlusspflicht einhält. Sie müssen daher jedenfalls auf das von der anderen Partei gemachte Angebot eingehen und darlegen, in welcher Hinsicht es aus ihrer Sicht zu ergänzen ist. Zumindest ist ein Alternativangebot vorzulegen. Verweigert sich ein Beteiligter von Anfang an oder bricht er die Verhandlung ab, soll § 315 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommen mit der Folge, dass sich die unvollständige Vertragsabschlusspflicht letztlich zu einem Recht des am Vertragsschluss (noch) Interessierten verdichtet, den konkreten Vertragsinhalt nach billigem Ermessen zu bestimmen. Im Rahmen dieses billigen Ermessens sind auch die vom Vertragsgegner während der Verhandlungsphase geäußerten Bedenken und Anregungen zu berücksichtigen, soweit sie ihrerseits der Billigkeit und der Vertragsabschlusspflicht entsprechen. Der Vertragsgegner ist dann verpflichtet, das den Grenzen der Vertragsabschlusspflicht und den Anforderungen des § 315 Abs. 1 BGB gerecht werdende Angebot des am Vertragsschluss (noch) Interessierten anzunehmen, auch wenn ein anderer Vertragsinhalt ebenfalls der Vertragsabschlusspflicht und der Billigkeit entspreche.

Für den Fall, dass eine Einigung über die Vertragsänderung nicht zustande kommt, stellt sich die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Anspruchs. Da § 77b TKG nicht nur Träger öffentlicher Gewalt als solche berechtigt und verpflichtet und

<sup>137</sup> Siehe oben bei Fußn. 113.

<sup>138</sup> Ausführlich hierzu SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77b Rdnr. 6 ff.

<sup>139</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden (in völlig anderem Zusammenhang und m. w. N.): U. STELKENS, Von der Nichtigkeit zur Vertragsanpassungspflicht – Zur Neuordnung der Fehlerfolgen öffentlich-rechtlicher Verträge, Die Verwaltung 37 (2004), 193 (204 ff.) und U. STELKENS (o. Fußn. 7), S. 1001 ff. und S. 1039 ff. Die nachfolgende Rechtsprechung bestätigt die Allgemeingültigkeit der dort vorgestellten Grundsätze: BGH, V ZR 97/05 v. 12.5.2006, NJW 2006, 2843 (Rdnr. 26) – für Anspruch aus Vorvertrag; BGH, V ZR 17/11 v. 30.9.2011, BGHZ 191, 139 (Rdnr. 25 und Rdnr. 33 f.) – für Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB; BVerwG, 8 C 4/11 v. 18.7.2012, NVwZ 2013, 209 (Rdnr. 36 f.) – für Anspruch aus § 60 Abs. 1 VwVfG; BAG, 9 AZR 626/03 v. 29.7.2004, NJW 2005, 1144 (1145) – für Anspruch aus § 8 TzBfG.

der sich aus § 77b Abs. 1 TKG folgende Verhandlungsanspruch – auch wenn er sich gegen den Wegebauastträger richtet – auf Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages gerichtet ist,<sup>140</sup> wären für derartige Streitigkeiten nach allgemeinen Grundsätzen allein die Zivilgerichte zuständig.<sup>141</sup> Insoweit werden von den Zivilgerichten Klagen auf Durchsetzung unvollständiger Vertragsabschlusspflichten als Leistungsklagen, gerichtet auf Annahme eines (vorformulierten) bestimmten, dem Recht des Klägers und der Billigkeit entsprechenden Angebots des Klägers durch den Beklagten behandelt; denn der BGH verlangt auch für die Durchsetzung unvollständiger Vertragsabschlusspflichten, dass nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO eine Klage auf Abgabe einer in jeder Hinsicht bestimmten Willenserklärung erhoben wird, sodass ein stattgebendes Urteil nach § 894 Abs. 1 ZPO vollstreckt werden kann. Hierdurch soll vermieden werden, dass die Frage, welche Willenserklärung der Beklagte genau abgeben muss, in das Vollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO verlagert wird. Dies bringt den Kläger natürlich in die Verlegenheit, ein Vertragsangebot zu formulieren, das sowohl seinem Anspruch auf Vertragsschluss als auch der Billigkeit nach § 315 Abs. 1 BGB entspricht, weil andernfalls seine Klage als unbegründet abgewiesen wird. Um dieses Risiko abzumildern, geht der BGH im Ergebnis davon aus, dass das Gericht eine Mittlerrolle zwischen Kläger und Beklagten einnimmt: Der Kläger soll in seinem Klageantrag die vom Beklagten abzugebende Willenserklärung bestimmt und vollständig bezeichnen. Es soll dann Sache des Beklagten sein, den eigenen Gestaltungsspielraum einwendungsweise durch Vorschlag konkreter Alternativregelungen geltend zu machen. Solche Abweichungen muss der Kläger dann – gegebenenfalls hilfsweise – durch Änderung seines Klageantrags zum Gegenstand seiner Klage machen oder aber (mit dem Risiko der Klageabweisung) auf seinem ursprünglichen Klageantrag beharren. Erklärt sich der Beklagte nicht, bestreitet er eine Verpflichtung zum Vertragsschluss schlechthin oder legt er keine konkreten Alternativlösungen vor, soll das Gericht der Klage stattgeben, wenn die konkre-

te Bestimmung des Vertragsinhalts durch den Kläger der Billigkeit entspricht. Sieht das Gericht demgegenüber das vom Kläger geltend gemachte Vertragsabschlussrecht zwar als bestehend an, hält es aber die Bestimmung des konkreten Inhalts des Vertrages durch den Kläger für unbillig i. S. des § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB, soll es ihn nach § 139 Abs. 2 ZPO darauf hinweisen. Der Kläger kann dann gegebenenfalls seinen Klageantrag umstellen. Die verweigerte Verhandlungsbereitschaft des Beklagten wird folglich im Zivilprozess durch einen Dialog zwischen dem Kläger und dem Gericht ersetzt, ohne dass unmittelbar auf das Instrument der gerichtlichen Gestaltung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zurückgegriffen wird.

c) Übertragbarkeit der allgemeinen Grundsätze durch Durchsetzbarkeit von Verhandlungspflichten auf § 77b TKG?

Konstruktiv wäre es nun durchaus möglich, die allgemeinen zivilrechtlichen und zivilprozessualen Grundsätze zur Durchsetzbarkeit von Verhandlungspflichten auf § 77b Abs. 1 TKG zu übertragen. Wie bei allen derartigen Pflichten wäre ein so verstandener Anspruch aus § 77 Abs. 1 TKG auch durch die Zumutbarkeit des Vertragsschlusses für den Verpflichteten begrenzt, wobei sich im Falle des § 77b TKG eine Unzumutbarkeit auch aus der fehlenden Sachkunde oder fehlender Zuverlässigkeit des TK-Unternehmens ergeben könnte (insoweit wäre der Rechtsgedanke des § 69 Abs. 2 Satz 2 TKG zur Anspruchsbegrenzung heran zu ziehen). Das Schlichtungsverfahren nach § 77b Abs. 2 und 3 TKG würde schließlich seinen Sinn auch bei Annahme einer gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Verhandlungspflicht nicht verlieren: Es würde nach wie vor als kostengünstige Verhandlungsplattform zur Verfügung stehen, auf der die jeweiligen Verhandlungspositionen und Argumente aufgearbeitet werden. Der Schlichterspruch der BNetzA wäre nach wie vor nicht verbindlich, könnte aber für den Kläger als Ausgangspunkt für die Formulierung seines Klageantrags dienen.

Im Ergebnis erscheint daher nicht völlig ausgeschlossen die Verhandlungspflicht nach § 77b Abs. 1 TKG nicht nur als Naturalobligation sondern als gerichtlich einklagbare Verpflichtung zu verstehen. Ob es Fälle geben wird, in denen ein TK-Unternehmen tatsächlich versucht, im Fall des § 77b Abs. 1 TKG einen Mitbenutzungsvertrag einzuklagen, und wie die Gerichte hierauf reagieren werden, bleibt aber natürlich abzuwarten.

<sup>140</sup> Siehe oben bei Fußn. 133

<sup>141</sup> Die zu § 74, § 75 TKG oben bei Fußn. 11 geschilderten Rechtsprechung lässt sich auf § 77b TKG nicht übertragen, weil der Anspruch aus § 77b Abs. 1 TKG – anders als die Nutzungsberechtigung nach § 68 TKG – nicht vom Bund „abgeleitet“ ist, vgl. zum Parallelproblem bei § 76 TKG: U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 76 Rdnr. 46.

## V. Mitbenutzung nach § 77c TKG

Für das Verhältnis zwischen Straßenrecht und TKG-Wegerecht ist schließlich der neue § 77c TKG über die „Mitnutzung von Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes“ von Bedeutung. Die Bestimmung lautet:

„(1) Der Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 des Bundesfernstraßengesetzes hat auf schriftliche Anfrage den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze die Mitnutzung der Teile einer Bundesfernstraße zu gestatten, die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation genutzt werden können. Die Mitnutzung ist so auszugestalten, dass sie den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügt. Die Mitnutzung und deren Abänderung bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast. Die Zustimmung kann 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 Mitnutzung sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik und die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und die Verkehrssicherungspflichten regeln. § 8 des Bundesfernstraßengesetzes bleibt unberührt. Für die Mitnutzung kann ein kostendeckendes Entgelt verlangt werden.

(2) Kommt zwischen den Beteiligten eine Einigung nicht zustande, so gilt das Verfahren nach § 133 Absatz 1 und 4 entsprechend.

(3) Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung teilt der Bundesnetzagentur die für die Bearbeitung des Mitnutzungsantrags nach Absatz 1 zuständige Stelle mit. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht diese Angaben im Amtsblatt und auf ihrer Internetseite.“

§ 133 TKG, auf dessen Absätze 1 und 4 § 77c Abs. 2 TKG Bezug nimmt, befasst sich ausweislich seiner Überschrift mit „Sonstige Streitigkeiten zwischen Unternehmen“. Die Absätze, auf die verwiesen wird, lauten:

„(1) Ergeben sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Streitigkeiten zwischen Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben

oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste anbieten, oder zwischen diesen und anderen Unternehmen, denen Zugangs- oder Zusammenschaltungsverpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes zugute kommen, trifft die Beschlusskammer, soweit dies gesetzlich nicht anders geregelt ist, auf Antrag einer Partei nach Anhörung der Beteiligten eine verbindliche Entscheidung. Sie hat innerhalb einer Frist von höchstens vier Monaten, beginnend mit der Anrufung durch einen der an dem Streitfall Beteiligten, über die Streitigkeit zu entscheiden.

(4) Die §§ 126 bis 132 und 134 bis 137 gelten entsprechend.“

Konkret bedeutet dies, dass § 77c TKG einen entgeltlichen Mitbenutzungsanspruch (nicht nur eine Verhandlungspflicht) bezüglich der „Teile einer Bundesfernstraße“ begründen soll, „die zum Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation“ genutzt werden können. Für die Durchsetzung dieses Mitbenutzungsanspruchs sieht § 77c Abs. 2 TKG mit seinem Verweis auf § 133 TKG – bei unbefangener Betrachtungsweise (siehe auch Kapitel V. 3.) letztlich ein Vorverfahren vor: Zunächst soll die BNetzA im Beschlusskammerverfahren entscheiden. Deren Entscheidung ist für die Beteiligten verbindlich und kann nach § 126 TKG von der BNetzA (durch Zwangsgeldfestsetzung) vollstreckt werden.<sup>142</sup> Rechtsschutz kann mittels Anfechtung des Beschlusskammerbeschlusses vor den Verwaltungsgerichten erlangt werden. Der Beschlusskammerbeschluss soll damit für die „Stelle“, die nach § 77c Abs. 1 TKG für die Bearbeitung des Mitnutzungsantrags zuständig ist“ (vgl. § 77c Abs. 3 TKG), bindend sein. Begründet wurde diese Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens im Gesetzgebungsverfahren wie folgt:

„Mit Absatz 2 wird vorgesehen, dass das in § 133 zunächst für Streitigkeiten zwischen Telekommunikationsunternehmen vorgesehene Streitschlichtungsverfahren auch entsprechend auf etwaige Konfliktfälle zwischen dem Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und dem Träger der Straßenbaulast Anwendung finden kann. Damit kann in die Lösung etwaiger Konfliktfälle zwischen

<sup>142</sup> Vgl. Th. ATTENDORN/M. GEPPERT, in: GEPPERT/SCHÜTZ (o. Fußn. 15), § 133 Rdnr. 53 f.

Straßenbaulastträger und Telekommunikationsnetzbetreiber das gesamte Fachwissen der Bundesnetzagentur als zuständige Fachbehörde für die Regulierung des Telekommunikationsmarktes eingebracht werden. Außerdem wird durch die nach § 133 Absatz 1 Satz 1 vorgesehene verbindliche Entscheidung gleichzeitig eine für vergleichbare Fälle bundesweit einheitliche Regelung erreicht. Dieses erhöht für alle am Markt tätigen Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen die Rechts- und Planungssicherheit beim Aus- und Aufbau von Netzen der nächsten Generation. Gleiches gilt für die etwaige gerichtliche Überprüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Mit Blick auf die originäre und umfassende Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die „Benutzung und Mitbenutzung öffentlicher und privater Wege, Grundstücke und Gewässer für Telekommunikationszwecke“ (vgl. unter anderem Abschnitt 3 des TKG) bzw. des Zugangs zu Infrastrukturen wird eine verpflichtende Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur gegenüber Hoheitsträgern für zulässig erachtet. Insoweit gilt das gleiche wie in anderen Rechtsbereichen.<sup>143</sup>

§ 77c TKG wirft eine ganze Reihe von Fragen auf, die im Gesetzgebungsverfahren so wohl nicht bedacht worden sind. Während hinsichtlich der Frage, was Netze der nächsten Generation sind, auf die Ausführungen zu § 77b TKG verwiesen werden kann (s. o. IV. 1.), stellt sich zunächst die Frage des Verhältnisses des Mitbenutzungsrechts aus § 77c TKG zur Nutzungsberechtigung aus § 68 ff. TKG (1.) aber auch zu § 8 FStrG, der nach § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG „unberührt“ bleiben soll (2). Dies wirft zudem die Frage der Rechtsnatur der „Gestattung“ nach § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG auf (3). Vor allem aber trägt § 77c TKG nicht dem Umstand Rechnung, dass die Bundesfernstraßen von den Ländern nach Art. 90 Abs. 2 GG im Auf-

trag des Bundes verwaltet werden (4). Zur Lösung dieser Probleme haben die Bundes- und die Landesstraßenverwaltungen in den Nutzungsrichtlinien 2014<sup>144</sup> versucht Lösungen zu finden, die – vorsichtig ausgedrückt – kreativ sind und offenbar das Ziel haben, den eigentlichen Zweck des § 77c TKG zu verwirklichen, die auf, unter und an Bundesfernstraßen belegenen Infrastrukturen für den Breitbandausbau nutzbar zu machen, ohne sich allzu sehr von der misslungenen Konstruktion des Anspruchs aus § 77c TKG stören zu lassen.

### 1. Verhältnis von § 77c TKG zu § 68 ff. TKG

Nach § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG erstreckt sich der Anspruch auf Mitbenutzung nur auf „Teile der Bundesfernstraße“, was einen klaren Verweis auf den bereits oben zitierten (s. o. IV. 3. a.) § 1 Abs. 4 FStrG bedeutet. Es wurde nun bereits darauf hingewiesen (s. Kapitel IV. 3. a.), dass sich die (unentgeltliche) Nutzungsberechtigung des §§ 68 ff. TKG auf alle in § 1 Abs. 4 FStrG genannten Straßenbestandteile erstreckt, während insbesondere etwa Versorgungsleitungen und TK-Kabelanlagen als „besondere Anlagen“ i. S. des § 74 TKG nicht von der Nutzungsberechtigung nach §§ 68 ff. TKG umfasst sind, da sie nicht Straßenbestandteil sind. Versteht man den Begriff „Teile einer Bundesfernstraße“ in § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG also rechtstechnisch, geht das durch § 77c TKG genannte Mitbenutzungsrecht nicht über das hinaus, was sich auch bei Bundesfernstraßen schon aus der Nutzungsberechtigung aus §§ 68 ff. TKG ergibt.<sup>145</sup> Die Mitbenutzung von Leerrohren oder Kabelschächten wäre somit vom Mitbenutzungsanspruch aus § 77c TKG nicht umfasst – obwohl in der Entwurfsbegründung gerade auf „Leerrohrsysteme“ hingewiesen wird, auf deren Mitbenutzung § 77c TKG zielt.<sup>146</sup> Etwas anderes gilt nur und nur insoweit als die Leerrohre und Kabelschächte ihrerseits Verkehrszwecken dienen, wie etwa für Verkehrsleitsysteme verlegte Kabel und Rohre. Dagegen wird etwa auch das Autobahnnotrufnetz als solches nicht (mehr) zu den Straßenbestandteilen gezählt,<sup>147</sup> sodass auch insoweit § 77c TKG nicht zu greifen scheint.<sup>148</sup> Insoweit käme allenfalls – wie bei sonstigen Versorgungsleitungen, Kabeltragegarnen etc. – ein Anspruch aus § 77b TKG gegenüber dem jeweiligen Betreiber dieser Anlage in Betracht. Dies könnte auch der Bund sein – aber eben nicht als Träger der Straßenbaulast i. S. des § 5 FStrG, sondern al-

<sup>143</sup> BT-Drs. 17/7521, S. 117.

<sup>144</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>145</sup> Für „bemerkenswert“ wird dies gehalten von KIND/SCHRAMM (o. Fußn. 96), S. 146.

<sup>146</sup> BT-Drs. 17/7521, S. 116

<sup>147</sup> K. GRUPP, in: MARSCHALL (Begr.), FStrG, 6. Aufl. 2012, § 1 Rdnr. 54; HERBER (o. Fußn. 13), Kap. 7 Rdnr. 29.3 f.

<sup>148</sup> Anders wohl – ohne Begründung – SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77c Rdnr. 7.



lenfalls als Eigentümer des Straßengrundstücks (vgl. § 6 FStrG).<sup>149</sup>

§ 77c TKG kann damit vor allem insoweit praktische Bedeutung zukommen, als ein Unternehmen, dem keine Nutzungsberechtigung nach § 69 TKG übertragen worden ist, Teile einer Bundesfernstraße für den Ausbau von NGA-Netzen nutzen will. Dass Unternehmen ein entgeltliches Mitbenutzungsrecht nach § 77c TKG der unentgeltlichen Nutzungsberechtigung aus § 68 TKG vorziehen, scheint vor allem vorstellbar, wenn mittels des Rechts aus § 77c TKG eine Fernstraße gekreuzt werden soll (und sich wegen der Kleinräumigkeit der Fernstraßennutzung deshalb der Aufwand einer Übertragung nach § 69 TKG nicht lohnt). Tatsächlich sind wohl auch bereits eine Reihe von Mitbenutzungsanträgen nach § 77c TKG gestellt worden, wohl vor allem von solchen Betreibern, die ihr Telekommunikationsnetz sonst nicht unter Inanspruchnahme öffentlichen Straßen errichten.

Zu ergänzen ist, dass die Straßenbauverwaltungen ausweislich der Nutzungsrichtlinien 2014<sup>150</sup> – entgegen dem weiten Wortlaut des § 77c Abs. 1 TKG, der alle Fernstraßenbestandteile im Sinne des § 1 Abs. 4 FStrG umfasst – Mitbenutzungsrechte im Wesentlichen wohl nur für Leerrohre einräumen wollen. So ergibt sich aus der Anlage E 4 (unter Nr. 3.1), dass sich das Mitbenutzungsrecht nicht auf Schaltanlagen, Räume, in denen Übertragungstechnik betrieben wird, Räume, in denen der Kabelabschluss stattfindet, Kabelanlagen der Straßen-

bauverwaltung oder von Teilen davon beziehen und dass kein Zutritt zu Räumlichkeiten der Straßenbauverwaltungen gewährt werden soll. Ob eine solche Begrenzung in jedem Fall zulässig ist und ob dies von den betroffenen Unternehmen als problematisch empfunden werden wird, wird sich zeigen müssen.

## 2. Verhältnis von § 77c TKG zu § 8 FStrG

Nach § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG soll § 8 FStrG – also die Regelung über Sondernutzungserlaubnisse – „unberührt“ bleiben. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu nur, dass durch die Bestimmung klar gestellt wird, „dass für bauliche Anlagen, wie z. B. Sendemasten eine Sondernutzungserlaubnis nach § 8 FStrG notwendig sein kann.“<sup>151</sup>

Während § 68 TKG somit § 8 FStrG vorgeht und die Nutzung von Straßen(bestand)teilen für TK-Linien abschließend regelt,<sup>152</sup> soll also neben der Gestattung nach § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG (in Einzelfällen?) noch eine Sondernutzungserlaubnis nach § 8 Abs. 1 Satz 2 FStrG erforderlich sein. Wird dies ernst genommen, kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 77c Abs. 1 TKG wohl auch kein Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis bestehen, sondern diese steht – wie immer – im Ermessen der Straßenbaubehörde, wobei allerdings nur straßenbezogene Gesichtspunkte zu einer Erlaubnisverweigerung führen dürfen.<sup>153</sup> Insofern stellt sich dann aber die Frage, welcher Regelungsgehalt der Sondernutzungserlaubnis neben die „Zustimmung“ nach § 77c Abs. 1 Satz 3 TKG zukommen soll. Im Grundsatz scheint zudem auch auf § 8 Abs. 10 FStrG verwiesen zu werden, sodass neben die Gestattung nach § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG gegebenenfalls zusätzlich ein (weiterer?) privatrechtlicher Gestattungsvertrag treten müsste. Offen bleibt schließlich das Verhältnis des „kostendeckenden Entgelts“ i. S. des § 77c Abs. 1 Satz 7 TKG zur ggf. anfallenden Sondernutzungsgebühr (§ 8 Abs. 3 FStrG).

Für diese – nahe liegenden – Fragen gibt § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG keine Antwort. Insgesamt wird durch den Verweis auf § 8 FStrG in § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG also nichts klargestellt, sondern zumindest teilweise eine Rechtsfolge angeordnet, die den Anspruch aus § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG konterkariert.

Bezeichnenderweise gestalten die Nutzungsrichtlinien 2014<sup>154</sup> (deshalb?) den Anspruch aus § 77c

<sup>149</sup> Um dem Anspruch aus § 77c TKG einen weiteren Anwendungsbereich zu geben, wäre allenfalls denkbar, den Begriff „Teile einer Bundesfernstraße“ untechnisch zu verstehen und damit letztlich alle wesentlichen Bestandteile i. S. des § 94 BGB des Straßengrundstücks (nicht der Straße i. S. des § 1 Abs. 4 FStrG) hierunter zu fassen, unabhängig davon, ob sie der Erfüllung von Aufgaben der Straßenverwaltung dienen. Hiergegen spricht allerdings, dass § 77c TKG den Bund nicht als Eigentümer der Straßengrundstücke anspricht, sondern ausdrücklich als „Träger der Straßenbaulast nach § 5 des Bundesfernstraßengesetzes“ und sich diese Straßenbaulast (vgl. hierzu unten V. 4.) ebenfalls nur auf Bestandteile der Fernstraße und nicht auf sonstige Bestandteile des Straßengrundstücks beziehen kann und damit nicht auf das Straßengrundstück und dessen Bestandteile insgesamt.

<sup>150</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>151</sup> BT-Drs. 17/7521, S. 117.

<sup>152</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 30.

<sup>153</sup> Vgl. M. SAUTHOFF, *Öffentliche Straßen*, 2. Aufl. 2010, § 8 Rdnr. 361 (mit Fußn. 361).

<sup>154</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

TKG ohne Rücksicht auf § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG aus: § 8 FStrG wird im Zusammenhang mit § 77c TKG (Teil E 2 der Richtlinien), und den hierfür vorgesehenen Antrags- und Bescheidmustern (Anlagen E 4 und 5 der Richtlinien) nicht erwähnt. Zudem gehen die Richtlinien von der Gebührenfreiheit der Zustimmungserklärung nach § 77c Abs. 1 TKG aus und verweisen insoweit gerade nicht auf die Möglichkeit einer Sondernutzungsgebühr nach § 8 Abs. 3 FStrG.

### 3. Rechtsnatur der „Gestattung“ nach § 77c Abs. 1 TKG

Aber auch unabhängig von dem Verweis des § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG auf § 8 FStrG ist bei dem Mitbenutzungsanspruch des § 77c Abs. 1 TKG unklar, auf was er eigentlich gerichtet ist.<sup>155</sup>

- Nach § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG hat der „Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 des Bundesfernstraßengesetzes“ die Mitbenutzung „zu gestatten“. Dies könnte als Anspruch auf Abschluss eines (öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen) Nutzungsvertrages durch den Bund verstanden werden. Eine vertragliche Ausgestaltung wird auch von § 77c Abs. 1 Satz 7 TKG nahe gelegt, nach dem die Mitbenutzung von einem „Entgelt“ abhängig gemacht werden kann. Der Vertrag wäre wohl in der Regel als Sondernutzungsvertrag über Straßenbestandteile öffentlich-rechtlicher Natur, soweit sich die Mitbenutzung nicht als Sondernutzung i. S. des § 8 Abs. 10 FStrG darstellt, deren Gestattung allein nach privatrechtlichen Grundsätzen erfolgt.
- Dagegen sind § 77 Abs. 1 Satz 3 bis 5 TKG in deutlicher Anlehnung an § 68 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 TKG formuliert.<sup>156</sup> Damit klingen sie so, als ob der Mitbenutzungsanspruch – wie die Nutzungsberechtigung aus § 68 TKG – ein Duldungsanspruch wäre, der jedoch der „Zustimmung“ des „Trägers der Straßenbaulast“ bedarf, die mit „Nebenbestimmungen“ versehen werden kann. Im Ergebnis wäre der Mitbenutzungsanspruch des § 77c Abs. 1 Satz 1 TKG dann als Anspruch auf einen begünstigenden Verwaltungsakt (der Zustimmung) ausgerichtet.
- Vom Wortlaut her nicht ausgeschlossen scheint zudem, dass der Gesetzgeber von letztlich zwei Anspruchsschuldern ausging: Der „Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 des Bun-

desfernstraßengesetzes“ wäre dann derjenige, mit dem ein Mitbenutzungsvertrag geschlossen werden muss. Daneben wäre noch eine „Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast“ in Form eines Verwaltungsakts, ggf. mit Nebenbestimmungen, notwendig. Die Gesetzesverfasser hätten dann angenommen, dass der „Bund als Träger der Straßenbaulast nach § 5 Bundesfernstraßengesetz“ nicht mit dem „Träger der Straßenbaulast“ i. S. des § 77c Abs. 1 Satz 3 TKG identisch ist.<sup>157</sup>

Angesichts der in sich widersprüchlichen Formulierungen stellt sich ernsthaft die Frage, ob § 77c Abs. 1 TKG nicht schon wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig ist – vor allem wenn noch das oben behandelte Problem hinzugenommen wird, dass § 77c Abs. 1 TKG das Sondernutzungsrecht des § 8 FStrG „unberührt lassen soll“ – einer Klausel, der ebenso kein Sinn beigemessen werden kann.

Die Nutzungsrichtlinien 2014<sup>158</sup> versuchen die Problematik dadurch zu umgehen, dass sie – unter Ausblendung des § 77c Abs. 1 Satz 6 TKG (s. o. V. 2.) – aus § 77c Abs. 1 TKG eine Vorgehensweise ableiten, die an die „Zweistufentheorie“ erinnert. Sieht man sich die Anlagen E 4 bis E 6 der Richtlinien an, so soll offenbar über das „Ob“ der Zustimmung einschließlich der – durch Nebenbestimmungen zu regelnden – technischen Bedingungen über das „Wie“ der Mitbenutzung ein Verwaltungsakt der Straßenbaubehörde ergehen. Dieser Zustimmungsbescheid ist wohl durch den Abschluss einer Vereinbarung zwischen der Straßenbaubehörde und dem Antragsteller bedingt, die sowohl Regelungen über das Entgelt (Anlage E 4 unter Nr. 4)<sup>159</sup> als auch Regelungen über die Folge(kosten)pflichten, die Instandsetzung nach Beschädigungen, Verpflichtungen zur Freistellung von Ansprüchen Dritter und schließlich auch Regelungen

<sup>155</sup> Zu diesem Problem – mit der Annahme, dass es sich um einen Anspruch auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages handelt: SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77c Rdnr. 9 ff.

<sup>156</sup> BT-Drs. 17/7521, S. 116.

<sup>157</sup> Vgl. auch die auf Ortsdurchfahrten bezogenen Überlegungen bei SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77c Rdnr. 18 ff.

<sup>158</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>159</sup> Hinsichtlich der Höhe des Entgelts heißt es in den Richtlinien, dass i. d. R. eine Einmal-Zahlung von 1,00 Euro je laufenden Meter Schutzrohr für angemessen erachtet wird.

über die Übernahme der Kosten enthält, die durch die Antragsbearbeitung entstehen (Anlage E 4 unter Nr. 3. 1 bis 3.4). Bezeichnend ist, dass die Bereitschaft zum Abschluss einer derartigen Vereinbarung bereits im Antrag auf Erlass des Zustimmungsbescheides zu erklären ist, also letztlich ohne ein entsprechendes Vertragsangebot des Antragstellers der Antrag auf Erteilung des Zustimmungsbescheides nicht bearbeitet wird.

Die so vorgeschlagene Kombination von Verwaltungsakt und Nutzungsvereinbarung ist durchaus elegant, insbesondere weil sie die Regelung des Mitbenutzungsverhältnisses einschließlich der Folge(kosten)plichten und Schadensersatzfragen auf die Vereinbarungsebene verschiebt und damit die Probleme vermeidet, die bei den Nebenbestimmungen zur Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG an der Tagesordnung sind. Gemeint sind die Probleme, die sich daraus ergeben, dass sich die Nebenbestimmungen zur Zustimmung nach § 68 Abs. 3 Satz 4 und 5 TKG nur auf Fragen des Zugangs zum öffentlichen Weg beziehen dürfen, nicht aber auf das Nutzungsverhältnis als solches.<sup>160</sup> Dennoch bestehen Zweifel, ob diese Art der Ausgestaltung des Mitbenutzungsverhältnisses mit dem Rechtsschutzmodell des § 77c Abs. 2 TKG vereinbar ist. Bezüglich des Rechtsschutzes des Mitbenutzungsberechtigten im Falle der Ablehnung der Zustimmung nach § 77c Abs. 1 TKG heißt es nämlich in E 2 der Nutzungsrichtlinien:

„Der Hinweis in § 77c Abs. 2 TKG auf das Verfahren gemäß § 133 Abs. 1 und 4 TKG bezieht sich auf ein vom verwaltungsgerichtlichen Verfahren unabhängiges Verfahren. Das Verhältnis der Verfahren zueinander ist noch nicht abschließend geklärt. Einwände von Netzbetreibern gegen die Erteilung bzw. Versagung der Zustimmung sind auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen. Insbesondere ersetzt der Antrag auf Entscheidung der Beschlusskammer der Bundesnetzagentur nach § 133 Abs. 1 TKG nicht die fristgebundenen Rechtsbehelfe gegen den Verwaltungsakt der Straßenbauverwaltung. Hierauf ist in der Rechtsbehelfsbelehrung hinzuweisen.“

Dementsprechend heißt es dann auch in den Rechtsbelehrungen der Bescheidmuster in Anlage E 4 und 5 der Richtlinien:

„Der Hinweis in § 77c Abs. 2 TKG auf das Verfahren gemäß § 133 Abs. 1 und 4 TKG bezieht sich auf ein vom verwaltungsgerichtlichen Verfahren unab-

hängiges Verfahren. Einwände gegen die Erteilung bzw. Versagung der Zustimmung sind auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen. Insbesondere ersetzt der Antrag auf Entscheidung der Beschlusskammer der Bundesnetzagentur nach § 133 Abs. 1 TKG nicht die fristgebundenen Rechtsbehelfe gegen den Verwaltungsakt der Straßenbauverwaltung.“

Diese Hinweise sollten jedenfalls nicht dahingehend verstanden oder weitergedacht werden, dass dem betroffenen Unternehmen zwei alternative Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Zustimmungsbescheide nach § 77c Abs. 1 TKG bzw. ihre Ablehnung offen stehen – mit der Folge, dass etwa beide Rechtsschutzverfahren parallel durchgeführt werden könnten. Dies wäre mit den rechtstaatlichen Geboten klarer Zuständigkeitsverteilung nicht mehr vereinbar. Wird das Konzept der Richtlinien im Sinne der „Zweistufentheorie“ zu Ende gedacht, wäre dagegen eine Lösung plausibel, nach der das besondere Rechtsschutzverfahren des § 77c Abs. 2 TKG nur die zweite Stufe betrifft, also nur dann eingreift, wenn sich die Beteiligten nicht über die Höhe des Entgelts oder die Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses (Folge[kosten]recht, Schadensersatzansprüche etc.) einigen können, während der „normale“ Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben wäre, wenn um die Ablehnung des Zustimmungsbescheides oder um einen Zustimmungsbescheid beigefügte Nebenbestimmungen gestritten würde.

Auch wenn diese Konstruktion ebenfalls sehr elegant erscheint, ist doch zweifelhaft, ob die hierin liegende Verkürzung des Anwendungsbereichs des § 77c Abs. 2 TKG noch mit dem erkennbar gewordenen gesetzgeberischen Anliegen vereinbar ist, alle Streitigkeiten über das Mitbenutzungsrecht aus § 77c Abs. 1 TKG dem Beschlusskammerverfahren zu unterwerfen, um insoweit die besondere Sachkunde der BNetzA nutzbar zu machen und eine bundesweit einheitliche Spruchpraxis sicher zu stellen.<sup>161</sup> Insoweit stellt sich letztlich die allgemeine Frage, inwieweit Konstruktionsfehler eines Gesetzes, die dessen Vollzugstauglichkeit infrage stellen, im Wege „kreativer Auslegung“ repariert werden können. In der vorliegenden Konstellation scheint die Grenze zur unzulässigen freien Rechts-

<sup>160</sup> U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 280 ff.

<sup>161</sup> Siehe oben bei Fußn. 149

schöpfung jedenfalls gefährlich nahe zu sein. Die Regelung des § 77c TKG wird letztlich nur noch als Impuls für die Einräumung von Mitbenutzungsrechten seitens der Straßenbauverwaltung genommen, ohne das – zugegebenermaßen misslungene – Regelungsmodell des § 77c TKG ernst zu nehmen. Es wird vielmehr durch ein „passenderes“ Modell ersetzt.

#### 4. § 77c TKG und Bundesauftragsverwaltung

Die beschriebene völlig unklare Rechtsfolgenanordnung des § 77c Abs. 1 TKG legt jedenfalls die Vermutung nahe, dass die Gesetzesverfasser § 77c TKG ohne Rücksicht auf die Besonderheiten formuliert haben, die sich daraus ergeben, dass die Länder die Bundesfernstraßen im Auftrag des Bundes verwalten (Art. 90 Abs. 2 GG). Blendet man das Mitbenutzungsregime der Nutzungsrichtlinien 2014<sup>162</sup> (s. o. V. 3.), das auch als Lösung dieses Problems konzipiert zu sein scheint, einmal aus und stellt sich gegenüber § 77c TKG „ganz dumm“, so ist § 77c TKG so formuliert als würden die im

Eigentum des Bundes stehenden „Teile der Bundesfernstraße“, die mitgenutzt werden sollen, zumindest in vermögensrechtlicher Hinsicht vom Bund selbst verwaltet, während die Straßenbaubehörden der Länder allenfalls die hoheitlichen Aufgaben der Fernstraßenverwaltung im Auftrag des Bundes wahrnehmen.<sup>163</sup> Wäre dieses Verständnis zutreffend, könnte das Rechtsfolgenchaos des § 77c Abs. 1 TKG ansatzweise Sinn machen:

- Das TK-Unternehmen hätte einen Anspruch darauf, dass der Bund (vertreten durch die nach § 77c Abs. 3 TKG benannte Stelle) mit ihnen einen privatrechtlichen Gestattungsvertrag über die Mitbenutzung von im Eigentum des Bundes stehenden Straßenbestandteilen schließt. Dieser Vertragsschluss könnte von einem angemessenen Entgelt abhängig gemacht werden.
- Die für die Fernstraßenverwaltung zuständige Behörde des betroffenen Landes müsste diesem Mitbenutzungsvertrag jedoch unter dem Gesichtspunkt der Sicherung des Gemeingebrauchs und der Verkehrssicherheit zustimmen und könnte diese Zustimmung ggf. mit Nebenbestimmungen versehen.
- Ferner müsste die für die Fernstraßenverwaltung zuständige Behörde des betroffenen Landes noch Sondernutzungserlaubnisse nach § 8 FStrG erteilen, für die eine Sondernutzungsgebühr erhoben werden kann.

Die von einem solchen Verständnis des § 77c TKG vorausgesetzte Trennung zwischen einer von Bundesbehörden vorzunehmenden Straßenvermögensverwaltung und der Verwaltung der Bundesfernstraßen durch die Länder im Auftrag des Bundes wird auch teilweise vertreten.<sup>164</sup> Sie widerspricht allerdings der wohl ganz herrschenden – zutreffenden – Meinung und der hierauf aufbauenden Praxis, die die gesamte Vermögensverwaltung im Fernstraßenwesen in die Auftragsverwaltung einbezieht, welche die Länder im eigenen Namen wahrnehmen.<sup>165</sup> Das Bundesministerium für Verkehr hat dementsprechend der BNetzA in Vollzug des § 77c Abs. 3 TKG als „Stelle“, die für die für die Bearbeitung des Mitnutzungsantrags nach § 77c Abs. 1 TKG zuständig ist, allein die Landesbehörden benannt, die nach Landesrecht für die Verwaltungen der Bundesfernstraßen zuständig sind (obwohl § 77c Abs. 3 TKG ersichtlich nur von einer Stelle [beim Bundesministerium für Verkehr?] aus-

<sup>162</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>163</sup> Dass ein solches Verständnis wohl den Hintergrund für die Formulierung des § 77c TKG bildet, zeigt ein Vergleich von § 77c TKG mit § 77d TKG: § 77d TKG spricht den Bund für einen vergleichbaren Mitbenutzungsanspruch ausdrücklich als „Eigentümer der Bundeswasserstraßen“ an (Art. 89 Abs. 1 GG) und nicht als Wasserstraßenbehörde.

<sup>164</sup> W. DURNER, in: FRIAUF/HÖFLING (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Art. 90 Rdnr. 24 (Bearbeitung 2006); dem folgend S. BOYSEN, in: v. MÜNCH/KUNIG (Begr. und Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar II, 6. Aufl. 2012, Art. 90 Rdnr. 34.

<sup>165</sup> Ausführlich hierzu U. STELKENS, Die rechtsgeschäftliche Vertretung des Bundes bei der Bundesauftragsverwaltung, in: GRUPP (wiss. Betr.), Rechtsfragen der Bundesauftragsverwaltung bei Bundesfernstraßen, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Heft S. 38, 2005, S. 33 ff. m. w. N.; ebenso aus neuerer Zeit: OLG Celle, 13 Verg 2/11 v. 6.6.2011, VergabeR 2011, 783 (784); OLG Celle, 13 Verg 7/12 v. 8.11.2012, VergabeR 2013, 455 (458); G. HERMES, in: DREIER (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar III, 2. Aufl. 2008, Art. 90 Rdnr. 19; M. IBLER, in: MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Begr. u. Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz III, 6. Aufl. 2010, Art. 90 Rdnr. 37; F.-R. HERBER (o. Fußn. 13), Kap. 2 Rdnr. 34; W. MAß, Die Wahrnehmungskompetenz der Länder bei der Vermögensverwaltung der Bundesfernstraßen – Anmerkungen aus der Sicht der Verwaltungspraxis, in: GRUPP (wiss. Betr.), Rechtsfragen der Bundesauftragsverwaltung bei Bundesfernstraßen, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Heft S. 38, 2005, S. 47 ff.; B. WITTING, in: MÜLLER/SCHULZ (Hrsg.), FStrG, 2. Aufl. 2013, Vor § 1 Rdnr. 16 ff.

zugehen scheint).<sup>166</sup> Auch aus § 5 Abs. 1 FStrG folgt nichts anderes: Wenn dort (missverständlich) vom Bund als „Träger der Straßenbaulast“ gesprochen wird, ist nicht (wie im sonstigen Sprachgebrauch des Straßenrechts) die sog. „externe Straßenbaulast“ gemeint, die die nach außen wirkende Verwaltungstätigkeit zur Erfüllung der Straßenbau- und Verwaltungsmaßnahmen umfasst, sondern nur die sog. „interne“ Straßenbaulast als Finanzierungslast.<sup>167</sup> § 5 FStrG konkretisiert damit Art. 104a Abs. 2 GG, nicht Art. 90 Abs. 2 GG.

Damit gilt auch für die Vermögensverwaltung im Bereich des Fernstraßenwesens, dass die Länder diese als eigene Aufgaben im eigenen Namen wahrnehmen, auch wenn sie insoweit der Direktionskompetenz des Bundes unterstehen. Die Entscheidungen der Länder werden daher im Außenverhältnis zum Bürger nicht dem Bund, sondern den Ländern zugerechnet, die dementsprechend z. B. auch die nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu verklagenden Behördenträger sind. Ansprüche Dritter in Zusammenhang mit der Bundesauftragsverwaltung sind damit gegenüber den Ländern geltend zu machen, selbst und auch dann, wenn die Kosten ihrer Erfüllung nach Art. 104a Abs. 2 GG vom Bund zu tragen sind. Ebenso haben die Länder im eigenen Namen alle diejenigen Ansprüche gegenüber Dritten durchzusetzen, die in Zusammenhang mit der von ihnen zu verwaltenden Bundesauftragsangelegenheit entstanden sind, unabhängig davon, ob die Länder den hierdurch erwirtschafteten Ertrag an den Bund abführen müssen.<sup>168</sup> Soweit folglich über die Mitbenutzung von „Teilen einer Bundesfernstraße“ für den Auf- und Ausbau von Netzen der nächsten Generation entschieden wird, ist dies eine Entscheidung, die die für die Fernstraßenverwaltung zuständigen Landesbehörden im eigenen Namen (wenn auch unter Beachtung der sich aus Art. 85 GG zu ergebenden Vorgaben) zu treffen haben, wobei sich die Frage des „Ob“ der Mitbenutzung nach § 8 FStrG richtet, soweit nicht Sondervorschriften – wie z. B. § 68 TKG – greifen.<sup>169</sup> Hiervon gehen ersichtlich auch die Nutzungsrichtlinien 2014<sup>170</sup> aus.

Dies führt letztlich zwingend zur Annahme der Verfassungswidrigkeit des von § 77c Abs. 2 TKG vorgesehenen Streitbelegungsmechanismus<sup>171</sup> unabhängig davon, ob der Anwendungsbereich des § 77 Abs. 2 TKG auf alle Fragen der Mitbenutzung nach § 77c Abs. 1 TKG erstreckt oder – wird der restriktiven Auslegung durch die Nutzungsricht-

linien 2014 gefolgt (s. Kapitel V. 3.) – nur auf die nach § 77c Abs. 1 TKG zu treffende Vereinbarung über das Entgelt und die konkreten (nicht-technischen) Nutzungsbedingungen bezogen wird. In beiden Fällen unterstellt § 77c Abs. 2 TKG die zuständige Landesbehörde einer besonderen Form der Aufsicht durch die BNetzA, die weder von Art. 90 GG noch von Art. 85 GG vorgesehen und damit verfassungswidrig ist: Denn bei der die Landesbehörde verpflichtenden Beschlusskammerentscheidung handelt es sich der Sache nach um eine (Einzel-)Weisung des Bundes, die unmittelbar an die zuständige Landesfernstraßenbehörde gerichtet ist und die (nur) im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Klage angegriffen werden kann. Nach dem Regelungsmodell des Art. 85 Abs. 3 GG sind Einzelweisungen des Bundes an die Länder jedoch nur zulässig, wenn sie von einer obersten Bundesbehörde, d. h. letztlich dem zuständigen Bundesminister, erlassen werden<sup>172</sup> – hierzu gehört die BNetzA als Bundesoberbehörde i. S. des Art. 87 Abs. 3 GG nicht, sodass auf sie die Weisungskompetenz nicht übertragen werden kann.<sup>173</sup> Zudem müssen Einzelweisungen des Bundes im Rahmen nach Art. 85 Abs. 3 Satz 2 GG an die obersten Landesbehörden (Art. 85 Abs. 3 Satz 2 GG) gerichtet werden, also an den zuständigen Landesminister<sup>174</sup> – ein unmittelbarer „Durchgriff“ auf untere

<sup>166</sup> Siehe hierzu [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/Infrastrukturatlas/MitnutzungvonBundesverkehrswegen/mitnutzungvonbundesverkehrswegen-node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Infrastrukturatlas/MitnutzungvonBundesverkehrswegen/mitnutzungvonbundesverkehrswegen-node.html).

<sup>167</sup> Vgl. Ch. GRÖPL, in: MAUNZ/DÜRIG (Begr.), Grundgesetz, Loseblatt, Art. 90 Rdnr. 47 (Bearbeitung 2007); A. NETTER, in: MARSCHALL (Fußn., 147), § 5 Rdnr. 3; SAUTHOFF (o. Fußn. 153) § 28 Rdnr. 909; WITTING (Fußn. 165), § 3 Rdnr. 5.

<sup>168</sup> S. U. STELKENS (o. Fußn. 165), S. 34; WITTING (o. Fußn. 165), Vor § 1 Rdnr. 19 ff.; ferner z. B. BVerwG, 7 B 18.13 und 7 B 19.13 v. 20.12.2013, DVBl. 2014, 303 (Rdnr. 11 f.); OLG Celle, 13 Verg 2/11 v. 6.6.2011, Vergabe R 2011, 783 (784).

<sup>169</sup> Vgl. U. STELKENS (o. Fußn. 4), § 68 Rdnr. 39 ff.

<sup>170</sup> Siehe oben bei Fußn. 103.

<sup>171</sup> Siehe hierzu oben bei Fußn. 142.

<sup>172</sup> Ausführlich zum Begriff „oberste Bundesbehörde“ in Art. 85 Abs. 3 GG: N. JANZ, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 132 f.; T. TSCHENTSCHER, Bundesaufsicht in der Bundesauftragsverwaltung, 1992, S. 77; ferner G. HERMES (Fußn. 165), Art. 85 Rdnr. 46.

<sup>173</sup> JANZ (Fußn. 172), S. 133; TSCHENTSCHER (Fußn. 172), S. 82 ff.

<sup>174</sup> G. HERMES (o. Fußn. 165), Art. 85 Rdnr. 47; JANZ (Fußn. 172), S. 141; TSCHENTSCHER (Fußn. 172), S. 94.

Landesbehörden, wie sie nach § 77c Abs. 2 i. V. mit § 133 TKG vorgesehen ist –, ist damit – jenseits des allein die Bundesregierung ermächtigenden Art. 85 Abs. 2 Satz 3 GG – ausgeschlossen. Schließlich geht Art. 85 Abs. 3 i. V. mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG davon aus, dass Einzelweisungen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung als „Verfassungsakt“ ergehen, dessen Verbindlichkeit für die Landesverwaltungen sich ausschließlich nach verfassungsrechtlichen Vorgaben richtet<sup>175</sup> (vgl. Art. 85 Abs. 3 Satz 3 GG) und der ausschließlich Gegenstand eines Bund-Länder-Streits sein kann.<sup>176</sup> Auch diesen Vorgaben widersprechen § 77c Abs. 2 i. V. mit § 133 Abs. 4, § 132 Abs. 1 Satz 2 TKG, die den Beschlusskammerbeschluss auch im Fall des § 77c Abs. 2 TKG als (im Verwaltungsrechtsweg angreifbaren und dem VwVfG unterworfenen) Verwaltungsakt qualifizieren.

Dass diese Problematik im Gesetzgebungsverfahren nicht gesehen worden ist, wird deutlich in der zitierten Gesetzesbegründung die „eine verpflichtende Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur gegenüber Hoheitsträgern für zulässig erachtet“.<sup>177</sup> Hier wird offenbar davon ausgegangen, dass der Bundesgesetzgeber mit § 77c TKG nur die Bundesverwaltung verpflichtet, ein Übergreif in die Zuständigkeit anderer Hoheitsträger damit nicht stattfindet.<sup>178</sup> Wie gezeigt beruht diese Annahme schlicht auf einem Fehlverständnis der Verwaltungskompetenzverteilung bei der Bundesfernstraßenverwaltung.

## 5. Verfassungswidrigkeit des § 77c TKG?

Gerade deshalb muss § 77c TKG als Vorschrift, die von falschen Ausgangsannahmen ausgeht, wohl insgesamt als verfassungswidrig angesehen werden. Sie ist letztlich nicht vollzugstauglich: Dies be-

trifft nicht nur das Streitbeilegungsverfahren nach § 77c Abs. 2 TKG (s. Kapitel V. 4.), sondern auch die völlig unklare – in sich widersprüchliche – Rechtsfolgenanordnung nach § 77c Abs. 1 TKG, die sich letztlich nur noch in völlig freier Rechtschöpfung zu etwas Sinnvollem (um-)interpretieren lässt (s. Kapitel V. 2. und 3.). Letztlich dürfte § 77c TKG als „Gesamtkonzept“ am verfassungsrechtlichen Gebot der Klarheit der Kompetenzordnung scheitern, den das BVerfG bereits in seiner Entscheidung zu § 50 Abs. 4 des TKG von 1996 hervorgehoben hat.<sup>179</sup>

## VI. Fazit

Die neuere Rechtsprechung und Gesetzgebung zur Inanspruchnahme von Verkehrswegen durch TK-Unternehmen machen damit deutlich, dass die §§ 68 ff. TKG insgesamt wenig gelungen sind. Selbst wenn der politischen Vorgabe der Förderung des TK-Netzausbaus durch unentgeltliche Wege-rechte zu Lasten (auch) der Straßenverwaltungen (und der Straßennutzer) zugestimmt wird und auch das Ziel des TKGÄndG 2012 gut geheißt wird, durch den neuen § 68 Abs. 2 TKG und die neuen §§ 77a ff. TKG den Breitbandausbau zu fördern, so werfen doch die §§ 68 ff. TKG in ihrer heutigen Gestalt gerade wegen mangelnder Abstimmung mit dem FStrG und den Straßengesetzen der Länder eine Unmenge vermeidbarer Probleme auf.

Insbesondere zeigt sich immer deutlicher, dass die Wertungen der § 71 bis § 75 TKG auf dem Rechtszustand von 1899 beruhen und die Bestimmungen damit der Weiterentwicklung insbesondere des Straßenrechts und der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes nicht hinreichend Rechnung tragen. Die Rechtsprechung muss damit gerade auch beim folge(kosten)rechtlichen Streitigkeiten und im Anwendungsbereich der § 74, § 75 TKG von Fall zu Fall arbeiten, ohne ihrer Entscheidungsfindung klare, plausible und aktuelle Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu Grunde legen zu können, was einen Rückgriff auf Leerformeln begünstigt und einer Vorhersehbarkeit der Entscheidungsergebnisse abträglich ist. Deutlich wurde auch, dass die Änderungen des TKGÄndG 2012, soweit sie die Nutzung von Verkehrswegen betreffen, nicht hinreichend durchdacht sind. Sowohl § 68 Abs. 2 Satz 2 bis 4 TKG als auch § 77b und § 77c TKG führen neue Nutzungsrechtsformen ein, die mit heißer Nadel gestrickt und mit den straßen-

<sup>175</sup> G. HERMES (o. Fußn. 165), Art. 85 Rdnr. 57 ff.; JANZ (Fußn. 172), S. 146.

<sup>176</sup> Vgl. BVerfG, 2.BvG 1/91 v. 10.4.1991, BVerfGE 84, 25 (30); BVerfG, 2 BvG v. 3.7.2000, BVerfGE 102, 167 (172); G. HERMES (o. Fußn. 165), Art. 85 Rdnr. 59 ff.; U. STELKENS, in: P. STELKENS/BONK/SACHS, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 35 Rdnr. 177, 212 m. w. N.

<sup>177</sup> Siehe oben bei Fußn. 143.

<sup>178</sup> So aber SCHRAMM/SCHUMACHER (o. Fußn. 17), § 77c Rdnr. 43.

<sup>179</sup> BVerfG, 2 BvF 6/98 v. v. 15.7.2003, BVerfGE 108, 169 (181 f.); ebenso BVerfG (K), 1 BvR 2036/05 v. 14. 5. 2007-NVwZ 2007, 942 (943).

rechtlichen Bestimmungen – aber auch den „alten“ §§ 68 ff. TKG – nicht hinreichend abgestimmt sind.

Vor diesem Hintergrund sollte insbesondere die festgestellte Verfassungswidrigkeit des § 77c TKG Anlass sein, dass sich das Bundesministerium für Verkehr dem Projekt einer grundlegenden Neuordnung der §§ 68 bis § 77e TKG widmet und bei seiner Vorbereitung nicht nur telekommunikationsrechtlichen, sondern gerade auch straßenrechtlichen Sachverstand einfließen lässt. Dabei kann es nicht politisches Ziel sein, die getroffene Grundentscheidung für ein unentgeltliches Wegerecht für TK-Unternehmen auf öffentlichen Straßen infrage zu stellen (unabhängig davon, ob dies mit EU-Recht vereinbar wäre<sup>180</sup>). Es ginge vielmehr darum, zu vorhersehbaren Risikoverteilungen nach plausiblen Kriterien zwischen den TK-Unternehmen, den Straßenverwaltungen und den Straßennutzern zu kommen. Der neue Zuschnitt des Bundesverkehrsministeriums zu einem „Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur“, das die Verkehrspolitik mit Fragen des Netzausbaus in einem Ressort verbindet, nährt insoweit die Hoffnung, dass eine solche grundlegende Überarbeitung der §§ 68 ff. TKG in dieser Legislaturperiode vielleicht nicht völlig ausgeschlossen ist.

---

<sup>180</sup> Zur unionsrechtlichen Möglichkeit, auch entgeltliche „Installationsrechte“ vorzusehen, siehe U. STELKENS (o. Fußn. 4), Europarechtliche Vorgaben für TK-Wegerechte, Rdnr. 102 ff. m. w. N. Siehe hierzu nunmehr auch EuGH, Rs. C-55/11, C-57/11 und C-58/11 v. 12.7.2012, NVwZ 2012, 1303 ff. (Vodafone España u. a.).

Rechtsanwältin Ulrike Wegner,  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

## Aktuelle Entwicklungen des (Umwelt-)Verbandsklagerechts

Die heutige Umweltverbandsklage bewegt sich in der Spannung zwischen ihrer Beurteilung als „Ewiger Patient“ oder „Sorgenkind des deutschen Gesetzgebers“<sup>1</sup> und ihrer euphorischen Begrüßung als „Zeitenwende im Umweltrecht“.<sup>2</sup> Die aktuellen Entwicklungen des Verbandsklagerechts hätten so ohne die europarechtlichen Vorgaben wohl nicht stattgefunden. Das hängt vom dem deutschen Verfassungsrecht immanenten Grundsatz ab.

### I. Grundsatz

Dem deutschen Verwaltungsprozessrecht liegt nämlich grundsätzlich das auf Art. 19 Abs. 4 GG basierende System des Individualrechtsschutzes zugrunde.

Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist nach § 42 Abs. 2 VwGO eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung in seinen Rechten verletzt zu sein. Zwar sind nach § 61 Ziff. 2 VwGO auch Vereinigungen fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, soweit ihnen ein Recht zustehen kann. So sind die – früher nach BNatschG – heute nach § 3 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG)<sup>3</sup> vom Bund anerkannten Vereinigungen, die nach ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich im Schwerpunkt die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege fördern (anerkannte Naturschutzvereinigung), mit besonderen Mitwirkungsrechten nach § 63 BNatSchG ausgestattet, die selbstverständlich auch eingeklagt werden können.<sup>4</sup> Insofern entsprechen die Klagerechte der anerkannten Verbände grundsätzlich denen von Einzelpersonen. Sie können beispielsweise gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Informationszugang klagen, da der Zugang zu Umweltinformationen zu ihren Rechten gehört, oder gegen ein Bauvorhaben, sofern es ihre Rechte beeinträchtigt.

Auch eine solche anerkannte Vereinigung kann aber nicht ohne weiteres gegen Projekte klagen, die ihrer Ansicht nach widerrechtlich in Natur oder

Umwelt eingreifen. Dies gilt erst recht für nicht anerkannte Vereinigungen oder Bürgerinitiativen. Der deutsche Gesetzgeber hatte nämlich unterschieden zwischen Vorschriften, die dem Schutz des Einzelnen zu dienen bestimmt sind und diesem rechtlich durchsetzbare subjektiv-öffentliche Rechte gewähren, und solchen, die – was nie unumstritten war<sup>5</sup> – allein oder in erster Linie dem Allgemeininteresse dienen sollen – wie etwa der Natur- und Umweltschutz; deren Durchsetzung sollte in der Regel nur durch die hierfür zuständigen öffentlichen Stellen erfolgen.

### II. Probleme

Trotz nationaler und europäischer Regelungen war und bleibt bei der Durchsetzung natur- und umweltrechtlichen Vorgaben allein durch die staatlichen Naturschutz- und Umweltverwaltung immer ein Vollzugsdefizit erkennbar. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Vordergründig spielen dabei Sach- und Personalmitteldefizite eine Rolle.<sup>6</sup> Zum anderen sieht sich die Umweltverwaltung vor allem bei der Planung und Verwirklichung größerer Vorhaben einem erheblichen politischen Druck ausgesetzt.

Vor Einführung einer Verbandsklage haben sich daher auch anerkannte Vereinigungen oft damit beholfen, dass sie Grundstücke erworben haben, die durch die Planung beeinträchtigt wurden, um so eine Klagebefugnis zu erlangen – so genanntes Sperrgrundstück. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts reicht der Hinweis eines von einer Planung Betroffenen

<sup>1</sup> So KMENT, Der ewige Patient: die Umweltverbandsklage – Einblicke in eine lange Krankenakte und neue Therapieansätze, in: UPR 2013, 41-47

<sup>2</sup> So heißt es in einer Pressemitteilung der DUH vom 05.09.2013 zum Urteil des am gleichen Tag des Urteils des BVerwG

<sup>3</sup> Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG

<sup>4</sup> Für die von den Ländern nach § 3 Abs. 3 UmwRG anerkannten Vereinigungen gelten entsprechend in den Bundesländern Mitwirkungsrechte nach den Landesnaturschutzgesetzen.

<sup>5</sup> Siehe KMENT, a. a. O., der als Beispiel die Vorschriften des Naturschutzes oder Vorsorgevorschriften wie etwa § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG anführt, mit weiteren Nachweisen in Fußn. 13 und 14.

<sup>6</sup> Vgl. WEGENER, Die europäische Umweltverbandsklage, ZUR 2011, S. 363 (364)



auf seine Eigentümerstellung in aller Regel aus, um im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO die Möglichkeit einer Rechtsverletzung aufzuzeigen. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, aus welchen Beweggründen ein Kläger das Eigentum an einem Grundstück erworben hat.<sup>7</sup> Einer anderen rechtlichen Beurteilung unterliegt eine Klage allerdings dann, wenn das Eigentum nur deshalb erworben wurde, um die Voraussetzungen für eine Prozessführung zu schaffen.<sup>8</sup> Davon ist auszugehen, wenn die konkreten Umstände ohne Weiteres erkennen lassen, dass an der erworbenen Rechtsstellung, welche die Klagebefugnis vermitteln soll, kein über das Führen eines erwarteten Rechtsstreits hinausgehendes Interesse gegeben ist.<sup>9</sup> Ein solches Verhalten wird heute in ständiger Rechtsprechung als rechtsmissbräuchlich angesehen.<sup>10</sup>

### III. Verbandsklagerecht

Nach § 42 Abs. 2 1. Halbsatz ist eine Klage nur zulässig, „soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“.

Für nach § 3 UmwRG anerkannte Vereinigungen sind die gesetzlichen Grundlagen für solche nicht auf die Verletzung eigener Rechte, sondern auf eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle ausgerichteten Klagen zwischenzeitlich durch § 64 BNatSchG und § 2 UmwRG auch auf Bundesebene geschaffen worden. Das BVerwG<sup>11</sup> stellt klar, dass diese natur- und umweltschutzrechtlichen Verbandsklagen neben den subjektiv-rechtlichen Rechtsschutz treten, diesen aber nicht erweitern.

<sup>7</sup> So hatte noch das BVerwG in seinem Urteil vom 12. Juli 1985 – 4 C 40/83 – in: BVerwGE 72, 15-28 (16) die Klage eines Verbandes gegen eine wasserstraßenrechtliche Planfeststellung für zulässig erachtet, da das Eigentum nach seinen Feststellungen nicht nur zum Schein erworben worden war.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. Urteil vom 27. Oktober 2000 – 4 A 10/99 – in: BVerwGE 112, 135 (137) und Urteil vom 9. Juli 2008 – BVerwG 9 A 14/07 – BVerwGE 131, 274 (286)

<sup>9</sup> Vgl. Urteil vom 27. Oktober 2000, a.a.O. S. 138

<sup>10</sup> Zuletzt hat BVerwG, Urteil vom 25. Januar 2012 – 9 A 6/10 –, juris – zum Planfeststellungsbeschluss für den Neubau der Bundesautobahn A 44 darauf hingewiesen, dass nur zum Zweck der Prozessführung erworbene Grundstücke als rechtsmissbräuchlich anzusehen sind.

<sup>11</sup> BVerwG, Entscheidung vom 25. Januar 2012 – 9 A 6/10

<sup>12</sup> Beschluss des Rates vom 17. Februar 2005, Abl. EU Nr. L 124 S. 1

<sup>13</sup> Aarhus-Übereinkommen – Aarhus-Konvention – AK –; Gesetz vom 09.12.2006, BGBl II S. 1251.

Dabei bleibt zu prüfen, ob aus bisher nur natürlichen und juristischen Personen zustehenden Rechten – wie etwa § 47 Abs. 1 BImSchG – sich auch Rechte von anerkannten Verbänden herleiten lassen.

Und schließlich ist zu prüfen, ob und inwieweit sich anerkannte Verbände auch direkt auf Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention (AK) Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG stützen können. Die Aarhus-Konvention ist nicht nur von der EU selbst,<sup>12</sup> sondern auch von allen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden.<sup>13</sup>

Die Rechtsbehelfsmöglichkeiten im Einzelnen:

#### 1. § 64 BNatSchG: Klagerecht für Naturschutzverbände

Die Regelung eröffnet einer nach § 3 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) anerkannten Naturschutzvereinigung gegen bestimmte verwaltungsrechtliche Entscheidungen von Bundes- oder Landesbehörden eine Klagemöglichkeit vor den Verwaltungsgerichten, knüpft diese aber an mehrere Bedingungen.

Das Verbandsklagerecht im Naturschutzrecht ist seit 2002 in § 64 BNatSchG verbindlich geregelt. Die Einräumung eines Verbandsklagerechts war früher allein Ländersache. Heute sind die Bundesländer gemäß Abs. 3 ermächtigt, das Verbandsklagerecht auf Verfahren und Tatbestände auszuweiten, die in ihrer eigenen Verantwortung stehen, allerdings nur, soweit in § 63 Abs. 2 Nr. 8 BNatSchG eine Mitwirkung vorgesehen ist.

Klagen gegen Bundes- oder Landesbehörden sind im Wesentlichen nur möglich bei

- Befreiungen von Geboten und Verboten zum Schutz von Naturschutzgebieten und Nationalparks,
- Planfeststellungsbeschlüssen über Vorhaben, die in Natur und Landschaft eingreifen, sowie
- Plangenehmigungen mit Öffentlichkeitsbeteiligung, die an die Stelle einer Planfeststellung treten.

#### 2. § 2 UmwRG

Mit dem „Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach

der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz – UmwRG)<sup>14</sup> vom 07.12.2006<sup>14</sup> wurde erstmals im deutschen Recht die erweiterte Verbandsklage gegen bestimmte umweltrechtliche Zulassungsentscheidungen für Industrieanlagen (insbesondere nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz) und Infrastrukturmaßnahmen eingeführt.

Das Gesetz diene der Anpassung des Bundesrechts an die zwingenden europarechtlichen Vorgaben. Die EG-Richtlinie 2003/35/EG – so genannte „Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie“ – war bis zum 25. Juni 2005 in deutsches Recht umzusetzen. Die Bundesregierung kam mit der Umsetzung in Verzug.<sup>15</sup> Die Richtlinie 2003/35/EG diene ihrerseits der Umsetzung des UN/ECE-Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungen und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (sog. Aarhus-Konvention).<sup>16</sup>

Für bestimmte umweltrechtliche Entscheidungen und Genehmigungen haben die anerkannten Verbände damit ein Klagerecht und können vor den Verwaltungsgerichten die Rechtswidrigkeit des Genehmigungsbescheides rügen. Insbesondere kann auch gerügt werden, dass eine erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung ausgeblieben ist.

Allerdings konnte eine anerkannte Vereinigung nach § 2 Abs.1 UmwRG a. F. nur dann klagen,

wenn sie unter anderem geltend machte, dass eine Entscheidung Rechtsvorschriften widerspricht, die nicht nur dem Umweltschutz dienen, sondern auch Rechte Einzelner begründen konnte.<sup>17</sup> Somit hatte sich zwar der Kreis der Klageberechtigten erweitert; inhaltlich einer gerichtlichen Überprüfung zuführen konnten die klageberechtigten Verbände aber nur das, was bislang auch ein sog. subjektiv Betroffener geltend machen kann. Nicht umfasst sind dabei beispielsweise Aspekte des Klimaschutzes, auch nicht bei einem beabsichtigten Vorhaben wie z. B. der Bau eines Kohlekraftwerkes.

Um die Umsetzung der Öffentlichkeits-Richtlinie bzw. der Aarhus-Konvention ist in Deutschland seitdem ein intensiv geführter juristischer Streit entstanden. Im Mittelpunkt stand und steht dabei die Frage, in welchem Umfang den Umwelt- und Naturschutzverbänden als anerkannten Vereinigungen eine Klagemöglichkeit eingeräumt werden soll.

In der so genannten Trianel-Entscheidung<sup>18</sup> vom 12.05.2011 urteilte der Europäische Gerichtshof (EuGH),<sup>19</sup> dass eine die Klagerechte von Umweltvereinigungen einschränkende Regelung in § 2 UmwRG (2006) gegen EU-Rechte verstößt. Sie stimmten nicht mit der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie (2003/35/EG) der Europäischen Union überein; die Bundesrepublik Deutschland müsse daher das UmwRG den europäischen Standards anpassen. Bis zum Inkrafttreten der Gesetzesänderung könnten sich anerkannte Umweltvereinigungen zur Begründung ihrer Klagerechte unmittelbar auf das EU-Recht berufen.<sup>20</sup>

Die Anpassung des UmwRG ist inzwischen durch Änderungsgesetz vom 21.01.2013<sup>21</sup> geschehen. Das neue UmwRG in der Fassung der Bekanntmachung vom 08.04.2013 sieht die Einschränkung in § 2 Abs. 1 Ziff. 1 nun nicht mehr vor. Es bleibt allerdings der beschränkte Anwendungsbereich des § 1 UmwRG.

### 3. Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention (AK)

In Art. 9 Abs. 3 AK ist der Zugang zu Gericht in Umweltangelegenheiten geregelt. Während die ersten beiden Absätze des Art. 9 AK Schutz gegen Verletzungen des Umweltinformationsrechts (Art. 9 Abs. 1) sowie im Zusammenhang mit der Zulassung von Vorhaben (Art. 9 Abs. 2) geben sollen, geht Art. 9 Abs. 3 AK deutlich darüber hinaus. Nicht nur behördlich veranlasste Entscheidungen und Maßnahmen können bei Vorliegen von Rechtsverletzungen

<sup>14</sup> UmwRG vom 07.12.2006, BGBl I 2006 Nr. 58, S. 2816. Gleichzeitig mit dem UmwRG trat das Bundesgesetz zur Umsetzung der Aarhus-Konvention in Kraft, das sog. Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz. Die Europäische Kommission hatte daraufhin das beim Europäischen Gerichtshof anhängige Vertragsverletzungsverfahren im Januar 2007 zurückgenommen.

<sup>15</sup> Ein Gesetzentwurf wurde nach Eröffnung eines Vertragsverletzungsverfahrens erst im August 2006 ins Parlament eingebracht und als besonders eilbedürftig gekennzeichnet.

<sup>16</sup> Siehe oben. Fn. 12 und 13

<sup>17</sup> § 2 Abs. 1 Ziff. 1 a. F.

<sup>18</sup> EuGH, Urteil vom 12.05.2011 – Rs. C-115/09 – NVwZ 2011, S. 801 ff.

<sup>19</sup> Die Entscheidung erging auf das Vorabentscheidungsersuchen des OVG Münster im Vorlagebeschluss vom 05.03.2009 – 8 D 58/08.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 12.05.2011, a.a.O., Ziff. 2 des Entscheidungstenors; s. auch Informationen des Umweltbundesamtes (UBA) vom 29. Juni 2011 [1] u. a. mit einer rechtlichen Stellungnahme des UBA

<sup>21</sup> Neubekanntmachung des UmwRG v. 07.12.2006 (BGBl. I S. 2816) in der ab 02.05.2013 geltenden Fassung (BGBl. I S. 753)

beklagt werden, sondern ganz allgemein behördliche Handlungen und Unterlassungen. Wörtlich heißt es in Art. 9 Abs. 3 AK:

„Zusätzlich und unbeschadet der in den Absätzen 1 und 2 genannten Überprüfungsverfahren stellt jede Vertragspartei sicher, dass Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsgerichtlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.“

Schon in seiner Entscheidung zum slowakischen Braunbären vom 8.3.2011 urteilte der EuGH,<sup>22</sup> dass ein anerkannter Umweltverband sich notfalls auf Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention berufen können müsse, um europäische Umweltrechtsnormen effektiv vor einem nationalen Gericht überprüfen lassen zu können. Die EU ist Vertragsstaat der AK und hat sich somit dem völkerrechtlichen Vertrag verpflichtet.

Bezogen auf Deutschland, das die AK ebenfalls ratifiziert hat,<sup>23</sup> könnte die Entscheidung des EuGH bedeuten, dass die Berufung auf Art. 9 Abs. 3 AK anerkannten Umweltverbänden Zugang zu behördlichen oder gerichtlichen Überprüfungsverfahren gewährt, um die Einhaltung des europäischen Umweltrechts effektiv überprüfen zu können – jedenfalls dann, wenn weder die EU noch der Vertragsstaat Umsetzungsgesetze zu Art. 9 Abs. 3 AK verabschiedet haben.

Fraglich ist dies aber, wenn die Vertragsstaaten zwar Umsetzungsgesetze verabschiedet haben, diese aber unzureichend sind.

In der Bundesrepublik Deutschland gab es nach der Braunbären-Entscheidung des EuGH 2011 in der praktischen Umsetzung eine gewisse Verunsicherung. Dies äußerte sich u. a. darin, dass es Verwaltungsgerichte gab, die die Zulässigkeit einer Klage auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 AK ablehnten<sup>24</sup> und solche, die dies zuließen.<sup>25</sup>

#### 4. Weiterungen der Klagebefugnis aus § 42 VwGO

Inzwischen hat das Bundesverwaltungsgericht als höchste verwaltungsgerichtliche Instanz diesen Streit durch das Urteil vom 05.09.2013<sup>26</sup> zum Immissionsschutzrecht beigelegt. Das Gericht eröffnete damit die Möglichkeit, künftig nicht mehr nur auf der Grundlage des UmwRG oder des BNatSchG und entsprechender landesgesetzlicher Regelungen gegen Verstöße des Umwelt- und Naturschutzrechts vor Gericht zu gehen, sondern darüber hinaus auch mittels Berufung auf Art. 9 Abs. 3 AK zu klagen.

Allerdings argumentierten die Leipziger Richter, dass sich die Klagebefugnis der anerkannten Umweltverbände zwar nicht aus Art. 9 Abs. 3 AK direkt, aber aus eigenen subjektiven Rechten ableiten lassen könne. Sie führen aus: „Die in dieser Weise vom Unionsrecht zugebilligte Rechtsmacht (d. h. die Befugnis, fremde Interessen zum eigenen Anliegen zu machen, siehe EuGH-Urteil zum slowakischen Braunbären) ist in unionskonformer Auslegung des § 42 Abs. 2 Halbsatz 2 VwGO [...] als subjektives Recht anzuerkennen.“<sup>27</sup> Das Gericht nennt die Stellung der anerkannten Umweltverbände insofern „prokuratorisch“. Weiter wird ausgeführt: „Eine Auslegung des § 47 Abs. 1 BImSchG dahingehend, dass neben unmittelbar betroffenen natürlichen Personen auch Umweltverbände das Recht haben, die Einhaltung der zwingenden Vorschriften des Luftqualitätsrechts zu verlangen, ist durch Art. 23 RL 2008/50/EG und Art. 9 Abs. 3 AK geboten.“<sup>28</sup>

Deutlich benennt das Gericht aber auch die nach wie vor bestehenden gesetzgeberischen Defizite des UmwRG, wenn es feststellt, dass der Gesetzgeber das UmwRG im Zeitpunkt seiner Verabschiedung als seinen Anwendungsbereich abschließend umschreibende Regelung verstanden habe und „ungeachtet der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 8. März 2011 ... an der ausdrücklichen Beschränkung des Anwendungsbereichs auch im Gesetz zur Änderung des Umwelt-

<sup>22</sup> EuGH, Urte. v. 08.03.2011, Rs. C – 240/09

<sup>23</sup> S. oben Fn. 13

<sup>24</sup> OVG Lüneburg, Urte. v. 30.7.2013 – 12 MN 300/12; OVG Koblenz, Beschl. v. 27.2.2013 – 8 B 10254/13.

<sup>25</sup> VG Wiesbaden, Urte. v. 10.10.2011 4 K 757/11.WI(1); VG Kassel, B. v. 14.5.2012 – 9 B 1918/11 VG; VG München, Urte. v. 9.10.2012 – M 1 K 12.1046; VG Augsburg, Beschl. v. 13.2.2013 – Au 2 S 13.143; OVG Koblenz, Beschl. v. 6.2.2013 – 1 B 11266/12.OVG

<sup>26</sup> BVerwG, Urte. v. 05.09.2013 – 7 C 21.12

<sup>27</sup> BVerwG, Urteil vom 5.9.2013 – 7 C 21.12 – Rn. 46. Hinweis: Die schriftliche Begründung lag bei Abfassung des Vortrags am 23.09.2013 noch nicht vor und wurde erst bei Abfassung dieses Beitrags hinzugefügt.

<sup>28</sup> BVerwG, a.a.O. – Rn. 48

Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften vom 21. Januar 2013 (...) festgehalten“ habe.

## 5. Fazit

Zwar hat auch die letzte Entscheidung des BVerwG vom 05.09.2013 zu einer klaren Weiterung der Rechte anerkannter Vereinigungen geführt; dennoch will das Gericht dem Gesetzgeber durch die direkte Anwendung des Art. 9 Abs. 3 AK nicht vorgehen. Von einer „Zeitenwende“<sup>29</sup> im Umweltrecht zu sprechen, scheint demnach verfrüht.

Dass die deutsche Umweltverbandsklage weiterhin das „Sorgenkind des deutschen Gesetzgebers“<sup>30</sup> bleibt, zeigt sich nicht zuletzt durch die Polder-Altripp-Entscheidung des EuGH<sup>31</sup> vom 07.13.2013.<sup>32</sup> Diese Entscheidung behandelt die Relevanz von Verfahrensfehlern bei durchgeführten Umweltverträglichkeitsprüfungen (UVP) und rügt, dass bislang durch einen Kläger nachgewiesen werden musste, dass die Entscheidung über das Vorhaben ohne den Fehler (hier die fehlerhafte UVP) voraussichtlich anders ausgefallen wäre. Da dies nur schwer zu beweisen ist, schreckte das viele Kläger ab. Der EuGH hat nun nicht nur die Klagerechte von Gemeinden und Privatpersonen, sondern auch von anerkannten Umweltverbänden gegen umweltbeeinträchtigende Vorhaben nochmals erheblich gestärkt. Konkret hat der EuGH eine Beweislastumkehr bei gerügten und offensichtlichen Fehlern der Umweltverträglichkeitsprüfung zu Lasten von Behörden und Vorhabenträgern begründet. Künftig müssen diese belegen, dass ein Verfahrensfehler bei UVPs keine Relevanz für die Zulassung eines Vorhabens hatte.

Ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission wird inzwischen gegen die Bundesrepublik Deutschland<sup>33</sup> wegen fehlerhafter Umsetzung der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie (2003/35/EG) geführt, insbesondere

wegen der in Deutschland praktizierten Präklusionsvorschriften. Dadurch werde – so die EU-Kommission – der Zugang zu Gericht unzulässig verengt. Eine Entscheidung des EuGH steht aus.

Auch vor dem Beschwerdeorgan der AK (Compliance-Committee der Aarhus-Konvention) ist gegen Deutschland etwa sechs Jahre lang ein Verfahren wegen unzulässiger Umsetzung des Zugangs zu Gericht (Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 AK) geführt worden. Die Entscheidung erging im Dezember 2013.<sup>34</sup> Neben der Bestätigung des Trianel-Urteils des EuGH wird Deutschland aufgefordert, anerkannten Vereinigungen die Möglichkeit einzuräumen, nicht nur Verletzungen des europäischen Umweltrechts rügen zu können, sondern jegliche Rechtsverletzungen im Umweltbereich. Damit geht das Compliance-Committee der AK über das Trianel-Urteil des EuGH hinaus. Deutschland ist als Vertragsstaat der AK nun verpflichtet, auch die Entscheidung des Compliance-Committee umzusetzen.

<sup>29</sup> Siehe oben Fn. 2

<sup>30</sup> Siehe oben Fn. 1

<sup>31</sup> EuGH, Urt. v. 07.11.2013 – Rs. C-72/12

<sup>32</sup> Diese Entscheidung lag bei Abfassung des Vortrags am 23.09.2013 noch nicht vor, soll aber hier der Vollständigkeit halber hier noch angefügt werden.

<sup>33</sup> Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4267

<sup>34</sup> <http://www.unece.org/env/pp/cc.html>

Dr. Malte Petersen, LL. M.,  
Bundesnetzagentur, Bonn

## Fachplanerische Auswirkungen des Umweltschadensgesetzes

Das als Umsetzungsgesetz der europäischen Umwelthaftungsrichtlinie am 14.11.2007 in Kraft getretene Umweltschadensgesetz enthält umfangreiche Regelungen über die Verantwortlichkeit für Beeinträchtigungen von Naturgütern. Für eine Einschätzung, welche Auswirkungen das Umweltschadensgesetz auf das Fachplanungsrecht hat, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den vielschichtigen und zum Teil schwer durchsichtigen Bestimmungen des Gesetzes und insbesondere auch des damit verknüpften § 19 BNatSchG. Im Anschluss an einen Überblick über Hintergrund, Struktur, Schutzgüter und Haftungstatbestände des Haftungsregimes werden nachfolgend die Auswirkungen auf das Fachplanungsrecht beleuchtet. Dabei wird unter anderem untersucht, welche Tätigkeiten haftungsrelevant sind, ob und inwieweit eine behördliche Tätigkeit eine Verantwortlichkeit nach sich ziehen kann, unter welchen Umständen eine Legalisierungswirkung von Genehmigungsentscheidungen infrage kommt und welche Auswirkungen das Gesetz auf Zulassungs- und Planungsverfahren hat.

### I. Einleitung

Das Umwelthaftungsrecht hat durch die am 30.04.2004 in Kraft getretene Umwelthaftungsrichtlinie<sup>1</sup> (UH-RL) und ihre Umsetzung mit dem deutschen Umweltschadensgesetz<sup>2</sup> (USchadG) eine erhebliche Weiterentwicklung erfahren. Die Regelungen betreffen die Verantwortung für die Verursachung von Umweltbeeinträchtigungen sowie die Frage, inwieweit der Verantwortliche zur Gefahrenabwehr und Schadensbeseitigung verpflichtet ist bzw. verpflichtet werden kann.

Das Haftungsregime wirkt sich hauptsächlich auf das Naturschutz-, Wasser- und Bodenschutzrecht aus, wobei zum Teil eine deutliche Verschärfung der Haftung für Umweltbeeinträchtigungen eingeführt wird.<sup>3</sup> Manche Elemente – wie etwa eine z. T. verschuldensunabhängige Haftung, das Fehlen von Haftungshöchstgrenzen, weitreichende Rechtsfolgen (Sanierung zur Wiederherstellung

des Ausgangszustands) und die Tatsache, dass eine generelle Legalisierungswirkungen für Genehmigungen nicht vorgesehen ist – deuten eine erhebliche Verschärfung der Verantwortlichkeit für Umweltbeeinträchtigungen an. Gleichzeitig bleiben die Auswirkungen des Gesetzes nicht ganz so gravierend, wie es auf den ersten Blick scheint, weil das Umweltschadensgesetz lediglich einen Mindeststandard für die Verantwortlichkeit für Umweltbeeinträchtigungen vorsieht. Daher kommen die Regelungen in manchen Konstellationen – wie etwa im Hinblick auf Bodenbeeinträchtigungen – wegen des bereits weitreichenden deutschen Rechts überhaupt nicht zur Anwendung.<sup>4</sup>

Nicht zuletzt im Hinblick auf die Tatsache, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes in verschiedener Hinsicht eingeschränkt ist, lohnt eine Auseinandersetzung mit der Frage, wann die Regelungen zur Anwendung gelangen und welche Auswirkungen sie haben. Im Rahmen des nachfolgenden Beitrages soll die Frage betrachtet werden, ob und welche Auswirkungen das Umweltschadensgesetz auf das Fachplanungsrecht hat. Dazu werden nach einer kurzen Darstellung der Entstehungsgeschichte und des Hintergrunds (Kapitel II.) und einem Überblick über die wesentlichen Regelungen (Kapitel III.) die Haftungstatbestände (Kapitel IV. 1.), der haftungsrelevante Begriff der „beruflichen Tätigkeit“ (Kapitel IV. 2.) und die einschlägigen Ausnahmetatbestände untersucht (Kapitel IV. 3.).

<sup>1</sup> Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl. EG 2004 L 143 vom 30.04.2004, S. 56 ff.

<sup>2</sup> Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vom 10.05.2007 (BGBl. I S. 666), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 23.07.2013 (BGBl. I S. 2565).

<sup>3</sup> PETERSEN, USchadG, 2013, § 1 Rdnr. 20 ff.; Ein Fazit nach ersten Erfahrungen mit der Umwelthaftungsrichtlinie und dem Umweltschadensgesetz ziehen etwa BRINKTRINE, Vier Jahre Umweltschadensgesetz, EurUP 2012, 2 ff.; KNOPP, Erste Erfahrungen mit der EU-Umwelthaftungsrichtlinie, in: HECKER/HENDLER/PROELB/REIFF (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden, 2013, 107 ff. Siehe auch von FALKENHAUSEN/DEGHANI, Bericht der Europäischen Kommission über die Umwelthaftungsrichtlinie, VersR 2011, 853 ff.

<sup>4</sup> Zum Anwendungsbereich siehe § 1 USchadG; ein Überblick über die unterschiedlichen Einschätzungen zu der Frage, ob und welche praktischen Auswirkungen das Gesetz haben wird, findet sich bei BRINKTRINE, Vier Jahre Umweltschadensgesetz, EurUP 2012, 2 ff. (3).

## II. Entstehungsgeschichte und Hintergrund

Das Umweltschadensgesetz ist im Rahmen der Umsetzung der Umwelthaftungsrichtlinie entstanden. Jene Richtlinie stellte eine erhebliche Weiterentwicklung des Umwelthaftungsrechts dar; sie wurde nicht zuletzt wegen der Einbeziehung reiner Umweltschäden als „neue Dimension“<sup>5</sup> des Umweltrechts und als „kopernikanische Wende“<sup>6</sup> im Umwelthaftungsrecht bezeichnet.

Die Umwelthaftungsrichtlinie sieht eine Verpflichtung des Verursachers von Umweltschäden zu umfangreichen Informations-, Gefahrenabwehr-, Schadensbegrenzungs- und Schadenssanierungsmaßnahmen vor, die von der zuständigen Behörde überwacht bzw. sogar angeordnet und vollstreckt werden können. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Besonderheit, dass es nicht darauf ankommt, ob mit der Umweltbeeinträchtigung ein individueller/zivilrechtlicher Schaden einhergeht oder ob (nur) ein reines Naturgut betroffen ist. Es geht also nicht um Schadensersatz- oder Ausgleichsleistungen zu Gunsten eines geschädigten Dritten, sondern vielmehr um die Vermeidung von Umweltschädigungen bzw. die Wiederherstellung geschädigter Umweltgüter.

Der Vorbereitungen zur Schaffung eines umwelthaftungsrechtlichen Regimes begannen bereits 1993, als die Kommission noch unter dem Eindruck der spektakulären Umweltgroßschäden der 80er Jahre ein Grünbuch zur Umwelthaftung vorlegte.<sup>7</sup> Sieben Jahre später deutete die Kommission auf der Grundlage dieses Grünbuchs am 09.02.2000 mit dem Weißbuch zur Umwelthaftung<sup>8</sup> den Erlass eines Richtlinienvorschlags an und verlieh damit dem angestrebten Umwelthaftungssystem auf Gemeinschaftsebene Konturen. Am 23.01.2002 brachte die Kommission dann schließlich einen konkreten Vorschlag<sup>9</sup> in das Mitentscheidungsverfahren nach Art. 175 Abs. 1 i. V. m. Art. 251 EGV ein, das am 21.04.2004 mit der Unterzeichnung der Umwelthaftungsrichtlinie abgeschlossen wurde. Der im Rechtsetzungsverfahren zur Diskussion gestellte Vorschlag, die Kompetenz zur Rechtsangleichung, Art. 95 EGV, in Anspruch zu nehmen, wurde nicht aufgegriffen.<sup>10</sup> Die Wahl der Rechtsgrundlage wirkt sich insoweit aus, als die Mitgliedstaaten strengere Regelungen einführen bzw. beibehalten können.<sup>11</sup> Es handelt sich also nicht um eine sogenannte „Harmonisierungsrichtlinie“ zur Rechtsvereinheitlichung in den Mitgliedstaaten; die Umwelthaftungsrichtlinie

ist vielmehr auf die Schaffung eines haftungsrechtlichen Mindeststandards gerichtet.<sup>12</sup> Die Richtlinie trat am 30.04.2004 in Kraft.<sup>13</sup>

Die Richtlinie räumte den Mitgliedstaaten zur Umsetzung des neuen umwelthaftungsrechtlichen Regimes eine Frist bis zum 30.04.2007 ein. Deutschland hat die Umsetzung mit einem aus vier Artikeln bestehenden „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden“ vollzogen.<sup>14</sup> Am 14.05.2007

<sup>5</sup> HENDLER, in: HENDLER/MARBURGER/REINHARDT/SCHRÖDER (Hrsg.), Umwelthaftung nach neuem EG-Recht, 2005, 11; kritisch zu dieser Begrifflichkeit jedoch BEYER, Eine neue Dimension der Umwelthaftung in Europa?, ZUR 2004, 257 ff. (265).

<sup>6</sup> THÜSING, Was ist ein Riesengrabfrosch wert?, VersR 2002, 927 ff. (931).

<sup>7</sup> KOM (93) 47 endg., 14.05.1993. Näher zum Grünbuch GODT, Haftung für Ökologische Schäden, 1997, 71 ff.

<sup>8</sup> KOM (2000) 66 endg., 09.02.2000. Siehe zu dem Weißbuch die Beiträge in HAMER (Hrsg.), Umwelthaftung in der EU, 2002; GODT, Das neue Weißbuch zur Umwelthaftung, ZUR 2001, 188 ff.

<sup>9</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Umwelthaftung betreffend die Vermeidung von Umweltschäden und die Sanierung der Umwelt vom 23.01.2002, KOM (2002) 17 endg., ABl. 2002 C 151 E v. 25.06.2002, S. 132. Vgl. zu dem Richtlinienvorschlag z. B. HAGER, Der Vorschlag einer europäischen Richtlinie zur Umwelthaftung, JZ 2002, 901 ff.; die Beiträge in KNOPP (Hrsg.), Neues Europäisches Umwelthaftungsrecht und seine Auswirkungen auf die deutsche Wirtschaft, 2003, sowie die Beiträge in OLDIGES (Hrsg.), Umwelthaftung vor der Neugestaltung, 2004; SPINDLER/HÄRTEL, Der Richtlinienvorschlag über Umwelthaftung, UPR 2002, 241 ff.

<sup>10</sup> Europäisches Parlament, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Umwelthaftung betreffend die Vermeidung von Umweltschäden und die Sanierung der Umwelt vom 02.05.2003, A5-0145/2003, PE 316.215.

<sup>11</sup> Darauf weisen Art. 16 Abs. 1 und der 29. Erwägungsgrund der Umwelthaftungsrichtlinie ausdrücklich hin.

<sup>12</sup> BECKER, Einführung in die Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, NVwZ 2005, 371 ff. (371); vgl. auch KNOPP, EG-Umwelthaftungsrichtlinie und deutsches Umweltschadensgesetz, UPR 2005, 361 ff. (361).

<sup>13</sup> Näher zu den Einzelheiten des Entstehungsprozesses DUIKERS, Die Umwelthaftungsrichtlinie der EG, 2006, 5 ff.; PETERSEN, USchadG, 2013, Einl. Rdnr. 11 f.

<sup>14</sup> Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vom 10.05.2007 (BGBl. I S. 666). Näher zu dem Artikelgesetz: BECKER, Das neue Umweltschadensgesetz und das Artikelgesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, NVwZ 2007, 1105 ff.

wurde das Gesetz im Bundesgesetzblatt verkündet, es ist gemäß Art. 4 am 14.11.2007 in Kraft getreten. Den Schwerpunkt bildet dabei das in Art. 1 geregelte Umweltschadensgesetz, während in Art. 2 und Art. 3 die zur Umsetzung der UH-RL notwendigen Ergänzungen des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG)<sup>15</sup> und des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG)<sup>16</sup> vorgenommen werden. Art. 4 betrifft das Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes.

Mit dem Umweltschadensgesetz wurde ein Rahmen geschaffen, der für alle von der Umwelthaftungsrichtlinie erfassten Umweltschäden gilt und die für diese Schäden geltenden allgemeinen Vorschriften einheitlich regelt. Das Gesetz ist auf Ergänzung durch das jeweilige Fachrecht – Naturschutz-, Wasserhaushalts- und Bodenschutzrecht – angelegt; das Umweltschadensgesetz soll also sozusagen einen allgemeinen Teil darstellen, der durch die fachrechtlichen besonderen Teile ergänzt wird.<sup>17</sup> Die Tatsache, dass das Umweltschadensgesetz auf eine Ergänzung durch das jeweilige Fachrecht – Naturschutz-, Wasserhaushalts- und Bodenschutzrecht – angelegt ist, wird unter anderem an den Begriffsbestimmungen der Umweltschäden in § 2 Nr. 1 USchadG und auch im Hinblick auf die Anforderungen an die Sanierung deutlich, für die § 90 Abs. 2 WHG und § 19 Abs. 4 BNatSchG explizite Vorgaben enthalten. Mit der Schaffung eines solchen eigenständigen Stammgesetzes hat sich der deutsche Gesetzgeber gegen die – gesetzestechnisch ebenfalls mögliche – ausschließliche Anpassung der entsprechenden bundesrechtlichen Umweltgesetze entschieden.<sup>18</sup>

Das Umweltschadensgesetz sieht eine öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit vor, bei der die allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätze und die Verwaltungsvollstreckungsgesetze von Bund und Ländern anwendbar sind.<sup>19</sup> Dementsprechend wird der Behörde die so genannte VA-Befugnis eingeräumt, sie wird also berechtigt, die Pflichten in einem Verwaltungsakt zu titulieren, der zu begründen und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist.<sup>20</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit dem „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden“ im Wesentlichen auf eine bloße Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beschränkt (1:1 Umsetzung). Nicht nur die Struktur, sondern auch die Definitionen der Um-

welthaftungsrichtlinie finden sich weitestgehend in nicht – bzw. in nicht inhaltlich – veränderter Form nunmehr im deutschen Recht wieder.<sup>21</sup>

### III. Überblick über die Regelungen des Umweltschadensgesetzes

Das Umweltschadensgesetz sieht Pflichten für den für eine Umweltbeeinträchtigung Verantwortlichen vor, sofern eine Gefahren- oder Schadenssituation für bestimmte Schutzgüter vorliegt, die Gefahr bzw. der Schaden durch bestimmte Tätigkeiten verursacht wurde und ein ursächlicher Zusammenhang<sup>22</sup> zwischen dem Schaden und der Tätigkeit zu bejahen ist. Grundlegend gilt es aber zu beachten, dass die Regelungen des Umweltschadensgesetzes nicht bei jeglicher Umweltbeeinträchtigung zur Anwendung kommen, sondern dass insbesondere mit § 1 USchadG ein eingeschränkter Anwendungsbereich vorgesehen ist (siehe dazu Kapitel 1.).

Anknüpfungspunkt für eine Verantwortlichkeit nach dem Gesetz ist das Vorliegen eines näher definierten Umweltschadens bzw. einer unmittelbaren Gefahr eines solchen Schadens; dieser Umweltschadensbegriff wird daher – in differenzierter Betrachtung

<sup>15</sup> § 90 WHG; § 22a WHG a.F.

<sup>16</sup> § 19 BNatSchG; § 21a BNatSchG a.F.

<sup>17</sup> Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/3806, S. 13.

<sup>18</sup> Zu der Regelungstechnik siehe etwa DOLDE, Zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Umwelthaftung in deutsches Recht, in: HENDLER/MARBURGER/REINHARDT/SCHRÖDER (Hrsg.), Umwelthaftung nach neuem EG-Recht, 2005, 169 ff. (208 ff.).

<sup>19</sup> Auch in der Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/3806, wird der öffentlich-rechtliche Charakter der Bestimmungen an verschiedener Stelle betont: Vgl. etwa S. 20: „Da es sich bei dem USchadG um eine öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit (Polizeipflicht) handelt ...“; S. 24: „... bleiben die Verwaltungsvollstreckungsgesetze von Bund und Ländern anwendbar ...“; S. 27: „Wer Betroffener in diesem Sinne ist, ergibt sich aus den allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätzen.“ Siehe aber auch WAGNER, Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts, VersR 2005, 177 ff.

<sup>20</sup> Dies stellt § 11 USchadG ausdrücklich klar.

<sup>21</sup> Vgl. näher zu dieser Art der Umsetzung die Stellungnahme des Bundesrates aus der 827. Sitzung am 03.11.2006 unter Nr. 28, nachzulesen in BT-Drs. 16/3806, Anlage 2, S. 37 f., sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung, a. a. O., Anlage 3, S. 41.

<sup>22</sup> Dazu VG Schleswig, NuR 2013, 442 ff.; VG Saarlouis, NuR 2013, 439 ff.

tung der einzelnen Schutzgüter – vorab dargestellt (hierzu Kapitel 2.). Da nicht jede Tätigkeit, die einen Umweltschaden oder die unmittelbare Gefahr eines solchen herbeiführt, ohne weiteres eine Verantwortlichkeit nach dem Umweltschadensgesetz auslöst, bedarf es sodann einer Betrachtung der in § 3 USchadG normierten Haftungstatbestände (unter Kapitel 3.), bevor die Rechtsfolgen (Kapitel 4.) und die Auswirkungen der Regelungen auf das Fachplanungsrecht betrachtet werden (IV.).

## 1. Anwendungsbereich

Mit § 1 ist dem Umweltschadensgesetz eine Regelung zum (sachlichen) Anwendungsbereich vorangestellt.<sup>23</sup> Nach § 1 Satz 1 USchadG findet das Gesetz Anwendung, soweit Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden nicht näher bestimmen oder in ihren Anforderungen dem Umweltschadensgesetz nicht entsprechen. § 1 Satz 2 USchadG stellt klar, dass Rechtsvorschriften mit weitergehenden Anforderungen unberührt bleiben.<sup>24</sup>

Daran wird deutlich, dass sonstige Regelungen über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden neben dem Umweltschadensgesetz bestehen bleiben und weiterhin anwendbar sind. Weiter wird klargestellt, dass das Umweltschadensgesetz keineswegs bei jedem Umweltschaden bzw. jeder Gefahr eines Umweltschadens zur Anwendung kommt.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Der sachliche Anwendungsbereich ist zudem auch mit den Haftungstatbeständen des § 3 Abs. 1 USchadG näher bestimmt. § 13 USchadG enthält eine Bestimmung zur zeitlichen Anwendbarkeit und für den personellen Anwendungsbereich ist der Begriff des „Verantwortlichen“ maßgeblich, § 2 Nr. 3 USchadG.

<sup>24</sup> Eine vergleichbare Klarstellung bzgl. der Schädigung bzw. Gefährdung von Gewässern und deren Sanierung ist in § 90 Abs. 3 WHG enthalten.

<sup>25</sup> Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Umweltschadensgesetz der Umsetzung der Umwelthaftungsrichtlinie dient und gewährleisten soll, dass der darin gemeinschaftsweit vorgesehene Mindeststandard für die Verantwortlichkeit für erfasste Umweltschäden nicht unterschritten wird.

<sup>26</sup> BECKMANN/WITTMANN, in: LANDMANN/ROHMER (Hrsg.), Umweltrecht, 69. Ergänzungslieferung, 2013, § 1 USchadG Rdnr. 5.

<sup>27</sup> BT-Drs. 16/3806, S. 20.

<sup>28</sup> Siehe zu einem Vergleich mit der bisherigen Rechtslage DUIKERS, Die Umwelthaftungsrichtlinie der EG, 2006, Kapitel E und F.; PETERSEN, USchadG, 2013, § 1 Rdnr. 20 ff.

Die Einführung des Umweltschadensgesetzes hat also nicht zu einer vollständigen Veränderung des Umwelthaftungsrechts in Deutschland, sondern lediglich dazu geführt, dass bei Umweltschäden, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, die Regelungen des Umweltschadensgesetzes zusätzlich anwendbar sein können. In denjenigen Fällen, in denen das Umweltschadensgesetz weitergehende Anforderungen an die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vorsieht als sonstige Bestimmungen, sind sonstige Regelungen subsidiär.

Das Umweltschadensgesetz findet keine Anwendung, soweit sonstige Regelungen die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden näher bestimmen. Eine „nähere Bestimmung“ i. S. d. § 1 Satz 1 USchadG ist anzunehmen, wenn die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden i. S. d. Gesetzes in anderen Rechtsvorschriften konkreter, inhaltlich genauer bzw. ausführlicher geregelt ist.<sup>26</sup> Die Klarstellung des § 1 Satz 2 USchadG, dass Rechtsvorschriften mit „weitergehenden Anforderungen“ unberührt bleiben, betrifft nicht nur Bestimmungen, die sachlich einen anderen, weiter gefassten Anwendungsbereich haben, sondern auch solche, die inhaltlich strengere Anforderungen an die Verantwortlichkeit stellen.<sup>27</sup>

Insgesamt wird an § 1 USchadG deutlich, dass sichergestellt werden soll, dass die durch das Gesetz vorgegebenen Anforderungen an die Vermeidung und Sanierung entsprechender Umweltschäden nicht unterschritten werden. Die Frage, welche einzelnen Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder in ihren Anforderungen dem Umweltschadensgesetz nicht entsprechen, kann nicht pauschal beantwortet werden und bedarf einer Klärung im Einzelfall.<sup>28</sup> Letztlich bedeutet dies, dass in jedem potenziellen Anwendungsfall des Gesetzes zu prüfen ist, ob das Umweltschadensgesetz einschlägig ist und angesichts § 1 USchadG zur Anwendung kommt.

## 2. Umweltschaden

Die Verantwortlichkeit nach dem Umweltschadensgesetz setzt das Vorliegen eines Umweltschadens voraus; dieser Begriff ist in § 2 Nr. 1 USchadG legal definiert. Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz genaugenommen von drei verschiedenen Begriffen des „Umweltschadens“ – nämlich Biodiversitätsschäden (§ 2 Nr. 1a USchadG – siehe dazu unten IV. 3.), Gewässerschädigungen (§ 2 Nr. 1b



USchadG) und Bodenschädigungen (§ 2 Nr. 1c USchadG) – ausgeht.

Diese Umweltschadensbegriffe lassen nicht jegliche Veränderung der erfassten Umweltmedien ausreichen, sondern setzen vielmehr jeweils eine gewisse Erheblichkeit voraus. Bei Gewässerschäden und Schädigungen von Arten und Lebensräumen kommt dies durch das Erfordernis „erhebliche nachteilige Auswirkungen“ in § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG bzw. § 90 Abs. 1 WHG zum Ausdruck. Im Hinblick auf Bodenschädigungen ist dies in der entsprechenden Definition des „Umweltschadens“ in § 2 Nr. 1c USchadG angelegt, wonach nur solche Schädigungen des Bodens erfasst werden, die „Gefahren für die menschliche Gesundheit“ verursachen. Bei (potenziellen) Haftungsfällen nach dem Umweltschadensgesetz sind daher einerseits die Frage, ob ein vom Schutzbereich des Gesetzes erfasstes Schutzgut betroffen ist, und andererseits die Frage, ob eine Gefahr oder Schädigung dieses Schutzguts gegeben ist, auseinander zu halten. Während die vom Schutzbereich des Gesetzes erfassten Umweltgüter in § 2 Nr. 1 USchadG genannt sind, erfolgt die genaue Bestimmung der erfassten Schutzgüter und die Regelung der Frage, wie gravierend die (drohende) Beeinträchtigung sein muss, um einen Anwendungsfall des Gesetzes auszulösen, aber sodann z. T. zum Teil durch Verweisungen auf fachrechtliche Vorschriften (§ 2 Nr. 1a und Nr. 1b USchadG).

### 3. Haftungstatbestände

Eine Verantwortlichkeit nach dem Umweltschadensgesetz setzt voraus, dass der Umweltschaden bzw. die unmittelbare Gefahr eines solchen Umweltschadens durch eine berufliche Handlung kausal verursacht wird. Hinsichtlich der Anforderungen an die haftungsauslösende Tätigkeit sind zwei Haftungstatbestände vorgesehen: Zum einen ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG eine verschuldensunabhängige Haftung für bestimmte Aktivitäten normiert, zum anderen sieht § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG eine ergänzende Verschuldenshaftung für sonstige Tätigkeiten vor. Bei Gefährdungen bzw. Schädigungen von Gewässern und dem Boden kommt allerdings nur die erstgenannte verschuldensunabhängige Haftung in Betracht, weil das Umweltschadensgesetz die zusätzliche Verschuldenshaftung ausdrücklich nur bei Schädigungen von geschützten Arten und natürlichen Lebensräumen vorsieht.<sup>29</sup> Die Haftungstatbestände

werden nachfolgend unter Kapitel IV. 1. näher betrachtet.

### 4. Rechtsfolgen

Das Umweltschadensgesetz normiert für die Verursachung eines Umweltschadens bzw. für die Verursachung der unmittelbaren Gefahr eines solchen Schadens verschiedene Rechtsfolgen: Zum einen ist der Verantwortliche zur Information der Behörde, zur Gefahrenabwehr und zur Sanierung verpflichtet (§§ 4 bis 6 USchadG), zum anderen werden der zuständigen Behörde Überwachungspflichten auferlegt und Befugnisse zur Anordnung entsprechender Maßnahmen eingeräumt (§ 7 USchadG). Bemerkenswert im Hinblick auf die Verpflichtungen des Verantwortlichen ist die unmittelbare Wirkung der §§ 4 ff. USchadG, die dazu führt, dass die Informations-, Gefahrenabwehr- und Sanierungspflichten bereits unabhängig von behördlichen Anordnungen zu erfüllen sind.<sup>30</sup> Im Hinblick auf die Vornahme von Sanierungsmaßnahmen sieht § 8 USchadG aber eine Abstimmung mit der zuständigen Behörde vor.

Bei Schäden an Arten und natürlichen Lebensräumen und bei Gewässerschäden richtet sich die Sanierung nach Anhang II Nummer 1 der Umwelthaftungsrichtlinie, der durch § 19 Abs. 4 BNatSchG bzw. § 90 Abs. 2 WHG in Bezug genommen wird. Dieser Anhang der Umwelthaftungsrichtlinie wird durch die gesetzliche Verweisung zu unmittelbar geltendem Bundesrecht;<sup>31</sup> er enthält differenzierte Vorgaben hinsichtlich der Sanierung von Gewässerschäden und Schäden an Arten und Lebensräumen. Grundlegendes Ziel der dort normierten Sanierungsmaßnahmen ist es, die geschädigte Umwelt in ihren Ausgangszustand zurück zu versetzen. Ergänzend zu dieser sogenannten „primären Sanierung“ kommen zudem eine „ergänzende Sanierung“ und die „Ausgleichssanierung“ in Betracht.

<sup>29</sup> Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG, die derjenigen des zu Grunde liegenden Art. 3 Abs. 1b UH-RL entspricht.

<sup>30</sup> NETTESHEIM, Effizienzprobleme des EU-Umwelthaftungsregimes, in: HECKER/HENDLER/PROELß/REIFF (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden, 2013, 83 ff. (89); PETERSEN, USchadG, 2013, § 4 Rdnr. 12.

<sup>31</sup> REINHARDT, in: GIESBERTS/REINHARDT (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand 01.10.2013, § 90 WHG Rdnr. 6.

Unter primäre Sanierung fällt nach Anhang II Nr. 1a UH-RL jede Sanierungsmaßnahme, die die geschädigten natürlichen Ressourcen und/oder beeinträchtigten Funktionen ganz oder annähernd in den Ausgangszustand zurückversetzt. Als ergänzende Sanierung werden Sanierungsmaßnahmen in Bezug auf die natürlichen Ressourcen und/oder Funktionen beschrieben, mit denen der Umstand ausgeglichen werden soll, dass die primäre Sanierung nicht zu einer vollständigen Wiederherstellung der geschädigten natürlichen Ressourcen und/oder Funktionen führt.<sup>32</sup> Zu diesem Zweck ist gegebenenfalls an einem anderen Ort ein Zustand herzustellen, der einer Rückführung des geschädigten Ortes in seinen Ausgangszustand gleichkommt.<sup>33</sup> Unter „Ausgleichssanierung“ versteht das Haftungsregime schließlich jede Tätigkeit zum Ausgleich zwischenzeitlicher Verluste natürlicher Ressourcen und/oder Funktionen, die vom Zeitpunkt des Eintretens des Schadens bis zu dem Zeitpunkt entstehen, in dem die primäre Sanierung ihre Wirkung vollständig entfaltet hat.<sup>34</sup> Als zwischenzeitliche Verluste sind diejenigen Verluste definiert, die darauf zurückzuführen sind, dass die geschädigten natürlichen Ressourcen und/oder Funktionen ihre ökologischen Aufgaben nicht erfüllen oder ihre Funktionen für andere natürliche Ressourcen oder für die Öffentlichkeit nicht erfüllen können, solange die Maßnahmen der primären bzw. der ergänzenden Sanierung ihre Wirkung nicht entfaltet haben.<sup>35</sup> Es liegt auf der Hand, dass der Umgang mit diesen Sanierungsanforderungen, und dabei insbesondere die Ermittlung des wieder herzustellenden Ausgangszustands, die Bewertung des Umweltschadens und die Bestimmung der erforderlichen Sanierungsmaßnahmen mit praktischen Schwierigkeiten einher geht und ein weites Feld für Gutachterstreitigkeiten eröffnet.

Vergleichbar konkrete Vorgaben gibt es für die Sanierung von Bodenschädigungen i. S. v. § 2 Nr. 1c USchadG nicht. Bei diesen richtet sich die Sanierung gemäß § 8 Abs. 1 i. V. m. § 2 Nr. 8 und Nr. 10 USchadG nach den dort in Bezug genommenen fachrechtlichen Vorschriften.

<sup>32</sup> Anhang II Nr. 1b UH-RL.

<sup>33</sup> Anhang II Nr. 1.1.2 UH-RL.

<sup>34</sup> Anhang II Nr. 1c UH-RL.

<sup>35</sup> Anhang II Nr. 1d UH-RL.

<sup>36</sup> SPINDLER, Die Umsetzung der Umwelthaftungsrichtlinie, Jb. UTR 2006, 147 ff. (159).

#### IV. Auswirkungen des Umweltschadensgesetzes auf das Fachplanungsrecht

Die Frage, ob und inwieweit das Umweltschadensgesetz Auswirkungen auf das Fachplanungsrecht hat, hängt zunächst davon ab, ob Haftungstatbestände des § 3 Abs. 1 USchadG einschlägig sind (siehe dazu unter Kapitel 1.) und ob die Anforderungen an eine „berufliche Tätigkeit“ i. S. des Gesetzes erfüllt sind (Kapitel 2.). Weiter bedarf es angesichts der Tatsache, dass das Umweltschadensgesetz nicht bei jeglicher Umweltbeeinträchtigung, sondern nur bei bestimmten Umweltschäden einschlägig ist, einer Betrachtung des Umweltschadensbegriffes (Kapitel 3.). Dabei sind insbesondere die Frage, welche Auswirkungen eine Genehmigung entfaltet, und die Auseinandersetzung mit den Ausnahmetatbeständen des § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG interessant.

##### 1. Anwendungsbereich/Haftungstatbestände

Hinsichtlich der Haftungstatbestände stellt sich zunächst die Frage, ob die nur für bestimmte Tätigkeiten vorgesehene verschuldensunabhängige Haftung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG einschlägig ist, bevor auf die verschuldensabhängige Haftung für sonstige berufliche Tätigkeiten § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG einzugehen ist.

###### a) Verschuldensunabhängige Haftung

Im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit das Umweltschadensgesetz Auswirkungen auf das Fachplanungsrecht haben kann, ist zunächst zu klären, welche Aktivitäten in den Anwendungsbereich der verschuldensunabhängigen Haftung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG fallen. Die insofern relevanten Tätigkeiten sind abschließend in Anlage 1 USchadG aufgeführt.

Die in dem Katalog in Anlage 1 USchadG aufgeführten Aktivitäten lassen sich in die Kategorien „Betreiben einer Anlage“ und „Tätigkeiten“ einteilen.<sup>36</sup> Nach der Auflistung kann zum Beispiel der Betrieb von Anlagen, für die eine Genehmigung gemäß der Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung erforderlich ist, von Deponien, die gemäß § 35 Abs. 2 und 3 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes einer Planfeststellung oder Plangenehmigung bedürfen, oder der Betrieb von Verbrennungsanlagen, die gemäß § 4 BImSchG i. V. m.

dem Anhang der 4. BImSchV einer Genehmigung bedürfen, eine verschuldensunabhängige Haftung auslösen. Auch für genehmigungsbedürftige Abfallbewirtschaftungsmaßnahmen, für das erlaubnisbedürftige Einbringen von Schadstoffen in Oberflächengewässer und für den Umgang mit gefährlichen Stoffen i. S. d. Chemikaliengesetzes oder gentechnisch veränderten Organismen i. S. d. GenTG ist unter den genannten Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit ohne Verschuldenserfordernis vorgesehen.

In Anlage 1 Nr. 6 sind auch Aufstauungen von oberirdischen Gewässern gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG genannt, sodass die verschuldensunabhängige Haftung im Rahmen des Wasserstraßenbaus relevant werden kann. Im Hinblick auf den Straßenbau und die Straßennutzung gehört nach Anlage 1 Nr. 8 die Beförderung gefährlicher oder umweltschädlicher Güter auf der Straße zu den Aktivitäten, die eine verschuldensunabhängige Haftung auslösen können. Allerdings betrifft dies nur Aktivitäten auf der Straße; der Bau von Fernstraßen, Freileitungen etc. ist in dem Katalog hingegen nicht aufgeführt, sodass eine verschuldensunabhängige Haftung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG ausscheidet. Damit ergibt sich für den Straßenbau insofern eine Privilegierung gegenüber dem Wasserstraßenbau.

Eine analoge Anwendung der Anlage 1 USchadG auf nicht explizit genannte Tätigkeiten ist ausgeschlossen.<sup>37</sup> Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die erfassten Aktivitäten derart spezifiziert sind, dass eine Übertragung auf sonstige nicht in dem Katalog genannte Tätigkeiten ausscheiden muss. Zum anderen zeigt die Systematik von § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 USchadG mit der Differenzierung zwischen verschuldensunabhängiger Haftung und Verschuldenshaftung, dass eine verschuldensunabhängige Haftung eben nur für die explizit in den Katalog aufgenommenen Aktivitäten bestehen soll. Die nicht per se für gefährlich erachteten und daher nicht ausdrücklich genannten Tätigkeiten sollen allenfalls eine Verschuldenshaftung, aber gerade keine verschuldensunabhängige Haftung auslösen können.

## b) Verschuldenshaftung

Auch wenn ein Schaden durch eine nicht in Anlage 1 genannte Aktivität (z. B. Straßenbau) verursacht wird, kann es zu Rechtsfolgen nach dem Umweltschadensgesetz kommen, weil neben der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG normierten verschuldensunabhängigen Haftung auch eine Verschuldenshaftung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG für andere berufliche Tätigkeiten vorgesehen ist. Das Umweltschadensgesetz sieht damit eine Verantwortlichkeit auch für sonstige berufliche Aktivitäten vor, die nicht in Anlage 1 USchadG aufgelistet – also nicht per se für umweltgefährlich erachtet worden – sind.

Zu beachten ist allerdings, dass verschiedene Aspekte die praktische Relevanz dieses Haftungstatbestands erheblich einschränken. Eine Einschränkung ergibt sich daraus, dass nur berufliche Tätigkeiten Rechtsfolgen nach dem Umweltschadensgesetz auslösen können (siehe hierzu den nachfolgenden Abschnitt). Zudem kommt eine Verantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG nur bei vorsätzlichem bzw. fahrlässigem Handeln und nur bei Gefährdungen und Schädigungen von Arten und natürlichen Lebensräumen – und nicht bei Schädigungen der sonstigen Schutzgüter des Haftungsregimes, nämlich Gewässern oder dem Boden – in Betracht. Für Gewässerschädigungen und Bodenbeeinträchtigungen normiert das Umweltschadensgesetz also lediglich eine verschuldensunabhängige Haftung für die per se für umweltgefährdend erachteten Tätigkeiten. Bei Gewässer- oder Bodenbeeinträchtigungen, die nicht durch eine in Anlage 1 USchadG aufgelistete berufliche Tätigkeit ausgelöst werden, verbleibt es bei einer Verantwortlichkeit nach sonstigen Haftungsnormen.

## 2. Berufliche Tätigkeiten/Verantwortlicher

Die Haftungstatbestände des § 3 Abs. 1 USchadG setzen eine berufliche Tätigkeit voraus. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 USchadG, sondern zeigt sich im Übrigen auch an der Definition des „Verantwortlichen“. Die Haftungsregelungen des Umweltschadensgesetzes sind insgesamt an den „Verantwortlichen“ gerichtet, der im Rahmen der Begriffsbestimmungen in § 2 Nr. 3 USchadG legaldefiniert ist als „jede natürliche oder juristische Person, die eine berufliche Tätigkeit ausübt oder bestimmt, einschließlich der Inhaber einer Zulassung oder Genehmigung für eine solche Tätigkeit oder der Person, die eine solche Tätigkeit

<sup>37</sup> BECKMANN/WITTMANN, in: LANDMANN/ROHMER (Hrsg.), Umweltrecht, 69. Ergänzungslieferung, 2013, § 3 USchadG Rdnr. 7; PETERSEN, USchadG, 2013, § 3 Rdnr. 32 m.w.N.

anmeldet oder notifiziert und dadurch unmittelbar einen Umweltschaden oder die unmittelbare Gefahr eines solchen Schadens verursacht hat“.

Natürliche Personen können danach insbesondere dann verantwortlich sein, wenn sie eine berufliche Tätigkeit ausüben und dadurch einen Umweltschaden oder die unmittelbare Gefahr eines solchen verursachen. Nicht erforderlich ist dabei, dass sie die ausschlaggebende wirtschaftliche Verfügungsmacht über die technische Durchführung der Tätigkeit besitzen, denn der deutsche Gesetzgeber hat von der Option, eine entsprechende Vorgabe der Umwelthaftungsrichtlinie umzusetzen,<sup>38</sup> keinen Gebrauch gemacht.

Der Begriff der „beruflichen Tätigkeit“ ist in § 2 Nr. 4 USchadG legaldefiniert als „jede Tätigkeit, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit, einer Geschäftstätigkeit oder eines Unternehmens ausgeübt wird, unabhängig davon, ob sie privat oder öffentlich und mit oder ohne Erwerbscharakter ausgeübt wird“. Aus dieser Definition ergibt sich zum einen, dass es auf die Organisationsform der ausgeübten Tätigkeit nicht ankommt, und zum anderen, dass auch behördliches Handeln grundsätzlich eine Haftung nach dem Umweltschadengesetz auslösen kann.<sup>39</sup> Ein Handeln der öffentlichen Hand kann allerdings nur dann in den Anwendungsbereich fallen, wenn die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Tätigkeit gemäß § 2 Nr. 4 USchadG erfüllt sind.

Demzufolge bedarf es im Einzelfall einer Prüfung, ob die entsprechende Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ oder als „Geschäftstätigkeit“ zu qualifizieren ist: Während dies in Fällen, in denen die öffentliche Hand lediglich als Genehmigungs- oder Planfeststellungsbehörde Beeinträchtigungen der genannten Schutzgüter gestattet, in aller Regel zu verneinen sein wird, kann eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ oder „Geschäftstätigkeit“ gegeben sein, wenn die öffentliche Hand selbst als Betreiber oder als Projektträger in Erscheinung tritt und etwa ein Straßenbauvorhaben durchführt.<sup>40</sup> Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit wird bei Straßenbauprojekten insbesondere bei flächendeckender Gebührenerhebung bzw. dann zu diskutieren sein, wenn ein privater Auftragnehmer den Bau von Fahrstreifen/Straßen übernimmt und als Gegenleistung das Gebührenaufkommen erhält (sog. A-Modell<sup>41</sup>). Mit Spannung bleibt abzuwarten, wie der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ in der Rechtsprechung konkretisiert und bewertet werden wird.

Da aber die Begrifflichkeit und auch die Intention der Haftungsregelungen dahin gehen, nur private Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich des Umweltschadengesetzes auszunehmen, liegt dem Begriff „berufliche Tätigkeit“ ein weites Verständnis zu Grunde.<sup>42</sup>

### 3. Umweltschaden

Da nicht jegliche Beeinträchtigung von Umweltgütern einen Anwendungsfall des Gesetzes darstellt, kommt es entscheidend darauf an, ob ein Schutzgut i. S. d. Gesetzes betroffen ist und ob ein Umweltschaden i. S. d. § 2 Nr. 1 USchadG vorliegt. Das Umweltschadengesetz unterscheidet insofern, den Vorgaben der Umwelthaftungsrichtlinie entsprechend, zwischen Schädigungen bzw. Gefährdungen der biologischen Vielfalt, von Gewässern und des Bodens und sieht drei verschiedene Umweltschadensbegriffe vor. Nachfolgend wird besonderes Augenmerk auf Gefährdungen bzw. Schädigungen der biologischen Vielfalt i. S. v. § 2 Nr. 1a USchadG i. V. m. § 19 BNatSchG gelegt, weil dies im Hinblick auf den Straßenbau und hinsichtlich des dafür einschlägigen Haftungstatbestands § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG der maßgebliche Begriff ist, und weil insofern die in § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG genannten Ausnahmeregelungen relevant werden können.

a) Umweltschaden i. S. d. § 2 Nr. 1a USchadG i. V. m. § 19 Abs. 1 BNatSchG

Ein Umweltschaden i. S. d. § 2 Nr. 1a USchadG i. V. m. § 19 Abs. 1 BNatSchG ist nicht bereits bei jedweder Schädigung von Arten oder Lebensräumen anzunehmen, sondern setzt vielmehr eine Beeinträchtigung der ausdrücklich in § 19 Abs. 2 bzw.

<sup>38</sup> Art. 2 Nr. 6 UH-RL.

<sup>39</sup> SCHINK, Die EU-Richtlinie über Umwelthaftung – Auswirkungen auf das deutsche Umweltrecht, EurUP 2005, 67 ff. (68).

<sup>40</sup> ROLLER/FÜHR, EG-Umwelthaftungs-Richtlinie und Biodiversität, Ergebnisse aus dem F+E Vorhaben 803 18 221/01 des Bundesamtes für Naturschutz, Bundesamt für Naturschutz (Hrsg.), 2005, S. 63.

<sup>41</sup> TEGTBAUER, Privatisierung im Straßenbau: Aktuelle Erfahrungen mit dem A-Modell aus Sicht des Bundes, in: Entgegnung für den Straßenbau – Verfahrensvereinheitlichung – Privatisierung, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen, Heft S. 71, 2011, 35 ff. (37).

<sup>42</sup> PETERSEN, USchadG, 2013, § 2 Rdnr. 141.

Abs. 3 BNatSchG aufgezählten Arten und natürlichen Lebensräume voraus. Haftungsrelevant können daher nur Beeinträchtigungen von Arten sein, die in Artikel 4 Abs. 2 oder Anhang I der Richtlinie 79/409/EWG (Vogelschutzrichtlinie) oder in den Anhängen II und IV der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-Richtlinie) aufgeführt sind. Natürliche Lebensräume i. S. d. Haftungsregelungen sind die Lebensräume der Arten, die in Artikel 4 Abs. 2 oder Anhang I der Richtlinie 79/409/EWG oder in Anhang II der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführt sind, natürliche Lebensräume von gemeinschaftlichem Interesse und die Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der in Anhang IV der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführten Arten.

Die Bestimmung der Schutzgüter ist somit also nicht allein anhand der Bestimmungen des Umweltschadensgesetzes in Verbindung mit § 19 BNatSchG möglich, sondern es wird wegen der Verweisungen auf die Vogelschutzrichtlinie und die FFH-Richtlinie eine Auseinandersetzung mit den in Bezug genommenen Regelungen erforderlich.

Sofern die (drohende) Betroffenheit des Schutzgutes, also der genannten Arten und Lebensräume, gegeben ist, kommt es gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG weiter darauf an, ob erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustands dieser Lebensräume oder Arten anzunehmen sind. Aus diesem Erheblichkeitserfordernis ergibt sich eine Einschränkung des Anwendungsbereiches, die in der Praxis zu Schwierigkeiten und Unsicherheiten führt.<sup>43</sup> Auch wenn die Erheblichkeit eine nähere Definition in § 19 Abs. 5 USchadG erfahren hat, sind die einzelnen Kriterien praktisch schwer handhabbar. Eine erhebliche Schädigung liegt z. B. in der Regel nicht bei nachteiligen Auswirkungen vor, die geringer sind als die natürlichen Fluktuationen, die für den betreffenden Lebensraum oder die betreffende Art als normal gelten. Zu verneinen ist die Erheblichkeit zudem auch bei einer Schädigung, die sich nachweislich ohne äußere Einwirkung in kurzer Zeit so weit regenerieren wird, dass entweder der Ausgangszustand erreicht wird oder aber allein auf Grund der Dynamik der betreffenden Art oder des Lebensraums ein Zustand erreicht wird, der im Vergleich zum Ausgangszustand als gleichwertig oder besser zu bewerten ist.

#### b) Legalisierungswirkung von Genehmigungen

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob und inwieweit einer Genehmigungsentscheidung Legalisierungswirkung zukommt. Insofern ist zunächst

gründlegend zu beachten, dass Genehmigungen grundsätzlich für die Anwendung des Umweltschadensgesetzes keine Rolle spielen. Eine allgemeine Legalisierungswirkung für genehmigte Tätigkeiten kennt das Umweltschadensgesetz nicht;<sup>44</sup> das Haftungsregime gilt daher ungeachtet der Frage, ob eine Gefährdung oder Schädigung durch einen Stör- oder Unfall oder im Rahmen eines genehmigten Normalbetriebs entstanden ist.

Die zu Grunde liegende Umwelthaftungsrichtlinie sieht in Art. 8 Abs. 4a UH-RL zwar vor, dass die Mitgliedstaaten eine Legalisierungswirkung (bzw. genau genommen eine Kostenbefreiung) für bestimmte Genehmigungen zulassen können; der deutsche Gesetzgeber hat jedoch davon abgesehen, von dieser Umsetzungsoption Gebrauch zu machen. Vielmehr wird diese Option mit § 9 Abs. 1 Satz 2 USchadG<sup>45</sup> an die Länder weiter gereicht, die ihrerseits im Wesentlichen keine entsprechenden Regelungen erlassen haben.<sup>46</sup> Demzufolge sind behördlich zugelassene Einwirkungen grundsätzlich nicht aus dem Begriff des Umweltschadens ausgenommen.

Mag auch diese Feststellung auf den ersten Blick gravierend wirken, darf nicht übersehen werden, dass mit dem Umsetzungsgesetz zur Umwelthaftungsrichtlinie zugleich entsprechende Sonderregelungen in das deutsche Recht übernommen worden sind. So finden sich in § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG weitreichende Ausnahmenvorschriften, die den Be-

<sup>43</sup> NETTESHEIM, Effizienzprobleme des EU-Umwelthaftungsregimes, in: HECKER/HENDLER/PROELß/REIFF (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden*, 2013, 83 ff. (93).

<sup>44</sup> RUFFERT, *Verantwortung und Haftung für Umweltschäden*, NVwZ 2010, 1177 ff. (1182).

<sup>45</sup> § 9 Abs. 1 S. 2 USchadG: „Für die Ausführung dieses Gesetzes durch Landesbehörden erlassen die Länder die zur Umsetzung der Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (ABl. EU Nr. L 143 S. 56) notwendigen Kostenregelungen; Regelungen über Kostenbefreiungen und Kostenerstattungen; dabei können die Länder insbesondere vorsehen, dass der Verantwortliche unter den Voraussetzungen des Artikels 8 Abs. 4 der Richtlinie 2004/35/EG die Kosten der durchgeführten Sanierungsmaßnahmen nicht zu tragen hat.“

<sup>46</sup> Hierzu und auch dazu, dass Berlin eine besondere Kostentragungsregelung getroffen hat, BRINKTRINE, *Vier Jahre Umweltschadensgesetz*, EurUP 2012, 2 ff. (4).

griff des Umweltschadens näher definieren<sup>47</sup> und unter den dort genannten Voraussetzungen dazu führen, dass kein Umweltschaden im Sinne des Gesetzes gegeben ist.<sup>48</sup> Der Umweltschadensbegriff des § 2 Nr. 1a USchadG i. V. m. § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG wird also durch die Ausnahmeregelung des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG beschränkt.<sup>49</sup>

Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG werden zuvor ermittelte nachteilige Auswirkungen von Tätigkeiten eines Verantwortlichen, die von der zuständigen Behörde nach den §§ 34, 35, 45 Abs. 7 oder 67 Abs. 2 BNatSchG oder, wenn eine solche Prüfung nicht erforderlich ist, nach § 15 BNatSchG genehmigt wurden, aus dem Umweltschadensbegriff ausgenommen, um das schutzwürdige Vertrauen des Betreibers in eine ihm erteilte Zulassung bzw. Genehmigung zu berücksichtigen.<sup>50</sup> Gleiches gilt auch für Auswirkungen von Tätigkeiten, die aufgrund der

Aufstellung eines Bebauungsplans nach § 30 oder § 33 BauGB zulässig sind.

Hinsichtlich der Frage, was in einer Genehmigung geprüft worden sein muss, gilt es zu beachten, dass es sich hierbei nicht um einen pauschalen Ausschluss sämtlicher genehmigter oder zulässiger Tätigkeiten handelt. Es kommt vielmehr darauf an, dass die Voraussetzungen der bezeichneten Tatbestände bzw. der Naturschutzvorschriften erfüllt sind. Erforderlich ist, dass der konkrete Umweltschaden an Arten und Lebensräumen vorher in einem Verfahren ermittelt wurde;<sup>51</sup> davon sind keine verkannten oder übersehenen, sondern nur solche nachteiligen Auswirkungen erfasst, die „sehenden Auges“ zugelassen worden sind.<sup>52</sup> Dies ist ein Anreiz, die negativen Wirkungen einer Tätigkeit sorgfältig zu ermitteln und der zur Entscheidung berufenen Behörde zur Kenntnis zu bringen.<sup>53</sup>

Wenn die Auswirkungen nicht vorab erkannt und geprüft wurden – z. B. weil es sich um Schädigungen oder Gefährdungen handelt, die zunächst unerkannt geblieben bzw. erst später zu Tage getreten sind –, sind die Ausnahmen des § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG nicht einschlägig. Das bedeutet, dass ein Umweltschaden i. S. des Gesetzes bzw. die Gefahr eines solchen vorliegt und – sofern die übrigen Voraussetzungen an die Verantwortlichkeit erfüllt sind – die Rechtsfolgen der §§ 4 ff. USchadG eingreifen. Die Gefahrvermeidungspflicht aus § 5 USchadG bzw. die Schadensbegrenzungspflicht gem. § 6 Nr. 1 USchadG können dann die Vornahme sämtlicher zur Vermeidung (weiterer) Schäden erforderlicher Maßnahmen erfordern.

Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob z. B. ein Planfeststellungsbeschluss unanfechtbar geworden ist.<sup>54</sup> Die Anwendung des Umweltschadensgesetzes hängt nur von den im Umweltschadensgesetz und in § 19 BNatSchG genannten Voraussetzungen ab. Auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit einer Genehmigungs- oder Zulassungsentscheidung können also Rechtsfolgen nach dem Umweltschadensgesetz – z. B. ein Stillstand, sofern dies zur Gefahrvermeidung bzw. Schadensbegrenzung erforderlich ist – drohen. Eine nachträgliche Legalisierung ist zu erreichen, wenn die Voraussetzungen einer Ausnahmeregelung gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG erfüllt sind, wenn also eine entsprechende Genehmigungs- oder Zulassungsentscheidung eingeholt wurde, die eine Auseinandersetzung mit den konkreten Auswirkungen beinhaltet. Um einen Stillstand zu vermeiden, ist auch die Vor-

<sup>47</sup> Daran zeigt sich im Übrigen, dass sich eine Genehmigung bzw. Zulassung auf verschiedenen Ebenen auswirken kann. Während eine Genehmigung oder Zulassung nach § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG zur Folge hat, dass kein Umweltschaden i. S. d. Umweltschadensgesetzes gegeben ist, würde eine Regelung i. S. d. Art. 8 Abs. 4a UH-RL bzw. § 9 Abs. 1 S. 2 a. E. USchadG den Verantwortlichen lediglich von der Pflicht zur Kostentragung entbinden.

<sup>48</sup> Weitere Ausnahmeregelungen sind in § 90 Abs. 1 WHG enthalten.

<sup>49</sup> Zu der Richtlinienkonformität dieser Ausnahmeregelungen siehe GELLERMANN, in: LANDMANN/ROHMER (Hrsg.), Umweltrecht, 69. Ergänzungslieferung, 2013, § 19 BNatSchG Rdnr. 25; PETERSEN, Die Umsetzung der Umwelthaftungsrichtlinie im Umweltschadensgesetz, 2008, 87 ff.

<sup>50</sup> Siehe zu den Einzeltatbeständen z. B. J. SCHUMACHER, in: SCHUMACHER/FISCHER-HÜFTLE (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl., 2011, § 19 Rdnrn. 44 ff.

<sup>51</sup> J. SCHUMACHER, in: SCHUMACHER/FISCHER-HÜFTLE (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl., 2011, § 19 Rdnr. 41.

<sup>52</sup> BRÜNING, Nationale Staats- und Betreiberhaftung für Umweltschäden, in: HECKER/HENDLER/PROELß/REIFF (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden, 2013, 139 ff. (156); GELLERMANN, in: LANDMANN/ROHMER (Hrsg.), Umweltrecht, 69. Ergänzungslieferung, 2013, § 19 BNatSchG Rdnr. 26.

<sup>53</sup> GELLERMANN, in: LANDMANN/ROHMER (Hrsg.), Umweltrecht, 69. Ergänzungslieferung, 2013, § 19 BNatSchG Rdnr. 26.

<sup>54</sup> Darauf weist auch DURNER zutreffend hin, siehe den Diskussionsbericht in: HECKER/HENDLER/PROELß/REIFF (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden, 2013, 129 ff. (132). Mit dem Hinweis, dass die Legalisierungswirkung einer Genehmigung durch § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG eingeschränkt wird, auch LIEBER, Das Artenschutzrecht im Vollzug von Planfeststellungsbeschlüssen, NuR 2012, 665 ff. (671 m.w.N.).

nahme von Maßnahmen denkbar, die eine Schädigung ausschließen oder unter die Erheblichkeitsschwelle drücken, ohne das Vorhaben selbst zu ändern.<sup>55</sup>

Praktische Relevanz können in diesem Zusammenhang im Übrigen die Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung und Verbandsklage nach §§ 10, 11 USchadG entfalten, mit denen Betroffene und Vereinigungen auf die Anwendung des Umweltschadensgesetzes hinwirken können.<sup>56</sup>

## V. Zusammenfassung

Das Umweltschadensgesetz kann für das Fachplanungsrecht relevant sein, wenn die Voraussetzungen eines Haftungstatbestands gem. § 3 Abs. 1 USchadG erfüllt sind. § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG statuiert eine verschuldensunabhängige Haftung für bestimmte Tätigkeiten, die als risikobehaftet angesehen wurden und in Anlage 1 des Gesetzes aufgeführt sind. Dazu zählen etwa das Aufstauen von Gewässern und Beförderungen gefährlicher Güter auf der Straße. Straßenbau und Freileitungsbau sind dort hingegen nicht genannt, sodass eine verschuldensunabhängige Haftung insofern ausscheidet.

Da aber § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG zudem eine ergänzende verschuldensabhängige Haftung für sonstige Tätigkeiten vorsieht, können grundsätzlich sämtliche beruflichen Tätigkeiten, und damit z. B. auch der Bau von Straßen, zu Rechtsfolgen nach dem Umweltschadensgesetz führen. Zu beachten ist jedoch, dass dieser Haftungstatbestand Gefährdungen bzw. Schädigungen von näher beschriebenen Arten und natürlichen Lebensräumen sowie vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Verantwortlichen voraussetzt.

Weiter ist zu beachten, dass nur „berufliche Tätigkeiten“ i. S. v. § 2 Nr. 4 USchadG eine Verantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 USchadG auslösen können. Auch bei behördlichem Handeln kann grundsätzlich eine Verantwortlichkeit nach dem Umwelt-

schadensgesetz bestehen, allerdings fällt ein Handeln der öffentlichen Hand nur dann in den Anwendungsbereich, wenn die Tätigkeit im Einzelfall als „wirtschaftliche Tätigkeit“ oder als „Geschäftstätigkeit“ zu qualifizieren ist. Dies ist in Fällen, in denen die öffentliche Hand lediglich als Genehmigungsbehörde auftritt, zu verneinen. Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit wird aber jedenfalls bei flächendeckender Gebührenerhebung bzw. dann zu diskutieren sein, wenn der Staat Straßen verpachtet und der Private das Gebührenaufkommen erhält (sog. A-Modell).

Das Umweltschadensgesetz greift nur bei Gefährdungen oder Schädigungen der konkret aufgeführten Arten und natürlichen Lebensräume, also nicht bei jeglicher Umweltbeeinträchtigung. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine Gefährdung bzw. Schädigung durch eine genehmigte Tätigkeit verursacht wurde, sodass sich auch bei Vorliegen einer Genehmigung Gefahrvermeidungs- bzw. Sanierungspflichten ergeben können. Etwas anderes gilt dann, wenn die explizit in § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG oder § 90 Abs. 1 WHG aufgeführten Ausnahmetatbestände erfüllt sind. Dabei ist entscheidend, ob die nachteiligen Auswirkungen erkannt und in der Genehmigungs- bzw. Zulassungsentscheidung berücksichtigt worden sind. Wenn dies nicht der Fall ist – etwa weil es sich um zunächst unerkannte bzw. erst später aufgetretene Auswirkungen handelt – schützt auch ein (ggfs. bestandskräftiger) Planfeststellungsbeschluss nicht vor einer Anwendung des Umweltschadensgesetzes. Dann müssen die erforderlichen Gefahrvermeidungs- bzw. Schadensbegrenzungsmaßnahmen vorgenommen werden, was ggfs. einen Stillstand erfordern kann, wenn nur so Umweltschäden i. S. d. § 2 Nr. 1 USchadG verhindert werden können.

<sup>55</sup> LIEBER, Das Artenschutzrecht im Vollzug von Planfeststellungsbeschlüssen, NuR 2012, 665 ff. (671).

<sup>56</sup> Dazu etwa BECKMANN/WITTMANN, Rechtsschutz für Betroffene und Umweltvereinigungen bei Umweltschäden im Sinne des Umweltschadensgesetzes, UPR 2008, 421 ff.; SCHRADER/HELLENBROICH, Verbandsklage nach dem Umweltschadensgesetz, ZUR 2007, 289 ff.

**59. Forschungsseminar  
des Arbeitskreises „Straßenrecht“**

**am 23./24. September 2013  
im Universitätsclub Bonn**

**Leitung: Univ.-Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL. M.**

**Programm**

**Montag, 23. September 2013**

- 14.15 Uhr Begrüßung
- 14.30 Uhr Dr. Thomas Dünchheim,  
Hogan Lovells, Rechtsanwälte,  
Düsseldorf:  
Die Stellung der Gemeinden  
im Straßenrecht
- 15.00 Uhr Diskussion
- 15.30 Uhr ☕ Kaffeepause
- 16.00 Uhr RD Armin Netter,  
,  
Landesbetrieb Straßenbau NRW,  
Gelsenkirchen:  
Aktuelle Rechtsfragen der  
Ortsdurchfahrten
- Prof. Dr. Ulrich Stelkens,  
Speyer:  
Inanspruchnahme öffentlicher Wege  
durch TK-Unternehmen
- 16.45 Uhr Diskussion
- 17.15 Uhr Rechtsanwältin Ulrike Wegner,  
Dietzenbach:  
Aktuelle Entwicklungen des  
Verbandsklagerechts
- 17.45 Uhr Diskussion
- 19.00 Uhr Gemeinsames Abendessen

**Dienstag, 24. September 2013**

- 9.00 Uhr Dr. Malte Petersen LL.M.,  
Bundesnetzagentur Bonn:  
Fachplanerische Auswirkungen  
des Umweltschadensgesetzes
- 9.45 Uhr Diskussion
- 10.30 Uhr ☕ Kaffeepause
- 11.00 Uhr „Aktuelle Stunde“
- 12.00 Uhr Mitgliederversammlung  
(59. Sitzung) des Arbeitskreises  
„Straßenrecht“
- 13.00 Uhr Gelegenheit zum Mittagsimbiss im  
Bistro „Luigi Pirandello“  
(Universitätsclub)



## Teilnehmerliste

Axer, Dr. Peter, Univ.-Prof.,  
Universität Heidelberg

Baumbach, Bodo, Geschäftsführer DEGES,  
Berlin

Blümel, Dr. Willi, em. Univ.-Prof.,  
Deutsche Universität für Verwaltungswissen-  
schaften, Speyer/Wilhelmsfeld

Bracher, Dr. Christian-Dietrich,  
RAe Redeker Sellner Dahs,  
Bonn

Burgi, Dr. Martin, Univ.-Prof.,  
Ludwig-Maximilians-Universität,  
München

de Witt, Friedrich,  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

Deutsch, Dr. Markus,  
RAe Dolde Mayen & Partner, Bonn

Dünchheim, Dr. Thomas,  
RAe Hogan Lovells International LL.P.,  
Düsseldorf

Durner, Dr. Dr., Wolfgang, Univ.-Prof.,  
Universität Bonn

Enderle, Dr. Bettina,  
Allen & Overy LLP, Frankfurt/Main

Flögel, Brigitte,  
Universität Bonn

Geyer, Gerhard, Ltd. MR a. D.,  
Baldham

Grundhewer, Nicolas,  
Universität Bonn

Halser, Claudia,  
Regierung von Oberbayern, München

Hermanns, Dr. Caspar David,  
RAe Hermanns & Partner, Osnabrück

Hartmann, Tim,  
Uni Bonn

Hönig, Dr. Dietmar,  
Hessen Mobil, Wiesbaden

Im Brahm, MRin Ulrike,  
Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen und  
Verkehr, Düsseldorf

Jupe, Michael, MR,  
Ministerium für Infrastruktur und Raumordnung  
des Landes Brandenburg, Potsdam

Karrenstein, Fabian,  
Universität Bonn

Klein, Vera,  
Universität Bonn

Kern, Jürgen, MR a. D.,  
Wiesbaden

Kobus, Anna,  
Bundesministerium für Verkehr, Bau und  
Stadtentwicklung, Bonn

Kohal, Jaschar,  
Universität Bonn

Kriebitzsch, Jost,  
Tank & Rast, Bonn

Majcherek, Joachim, RD,  
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

Michler, Dr. Hans-Peter, Prof.,  
Fachhochschule Trier, Umweltcampus Birkenfeld

Netter, Armin, RD,  
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

Petersen, Dr. Malte, LL.M.,  
Bundesnetzagentur, Bonn

Recht, Thomas,  
Universität Bonn

Rohlf, Meike,  
Bundesnetzagentur, Bonn

Ronellenfitch, Dr. Michael, Univ.Prof.,  
Universität Tübingen

Sauthoff, Prof. Dr. Michael, VPräsOVG,  
Greifswald

Schlarmann, Prof. Dr. Hans,  
RAe Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner,  
Stuttgart

Schmidt-Preuß, Dr. Matthias, Univ.-Prof.,  
Universität Bonn

Schneider, Jutta, ORRin,  
Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr  
des Landes Sachsen-Anhalt, Magdeburg

---

Schwertner, Dr. Inga, Rechtsanwältin,  
Köln

Seibert, Julian,  
Universität Bonn

Siegel, Dr. Thorsten, Univ.-Prof.,  
Freie Universität Berlin

Sitsen, Dr. Michael,  
RAe Orth Kluth, Düsseldorf

Stahlhut, Ulrich, RD,  
Bundesministerium für Verkehr, Bau und  
Stadtentwicklung, Bonn

Stelkens, Dr. Ullrich, Univ.-Prof.,  
Deutsche Universität für Verwaltungswissen-  
schaften Speyer

Strick, Stefan,  
Präsident der Bundesanstalt für Straßenwesen,  
Bergisch Gladbach

Stüer, Dr. Bernhard, Prof.,  
Rechtsanwalt und Notar, Münster

Tegtbauer, Tatjana, MRin,  
Bundesministerium für Verkehr, Bau und  
Stadtentwicklung, Bonn

Uechtritz, Michael, Prof. Dr.,  
RAe Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner,  
Stuttgart

von Weschpfennig, Armin,  
Universität Bonn

Wegner, Ulrike, Rechtsanwältin,  
Dietzenbach

Wiget, Maximilian, Oberlandesanwalt a. D.,  
München

## Schriftenreihe

### Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen

#### Unterreihe „Straßenbau“

### 2003

S 26: Bauverfahren beim Straßenbau auf wenig tragfähigem Untergrund - Aufgeständerte Gründungspolster  
Rogner, Stelter € 14,00

S 27: Neue Methoden für die Mustergleichheitsprüfung von Markierungsstoffen – Neuentwicklung im Rahmen der Einführung der ZTV-M 02  
Killing, Hirsch, Boubaker, Krotmann € 11,50

S 28: Rechtsfragen der Bundesauftragsverwaltung bei Bundesfernstraßen – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am 25./26. September 2000 in Saarbrücken € 13,00

S 29: Nichtverkehrliche Straßennutzung – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am 24./25. September 2001 in Saarbrücken € 13,50

### 2004

S 30: 4. Bund-Länder-Erfahrungsaustausch zur systematischen Straßenerhaltung – Workshop Straßenerhaltung mit System € 19,50

S 31: Arbeitsanleitung für den Einsatz des Georadars zur Gewinnung von Bestandsdaten des Fahrbahnaufbaues  
Golkowski € 13,50

S 32: Straßenbaufinanzierung und -verwaltung in neuen Formen – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am 23. und 24. September 2002 in Saarbrücken € 13,50

S 33: 38. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau € 17,50

S 34: Untersuchungen zum Einsatz von EPS-Hartschaumstoffen beim Bau von Straßendämmen  
Hillmann, Koch, Wolf € 14,00

### 2005

S 35: Bauverfahren beim Straßenbau auf wenig tragfähigem Untergrund – Bodenersatzverfahren  
Grundhoff, Kahl € 17,50

S 36: Umsetzung und Vollzug von EG-Richtlinien im Straßenrecht – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ am 22. und 23. September 2003 in Saarbrücken € 13,50

S 37: Verbundprojekt „Leiser Straßenverkehr – Reduzierte Reifen-Fahrbahn-Geräusche“  
Projektgruppe „Leiser Straßenverkehr“ € 16,50

### 2006

S 38: Beschleunigung und Verzögerung im Straßenbau – Referate eines Forschungsseminars der Universität des Saarlandes und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen am 27./28. September 2004 in Saarbrücken € 16,50

S 39: Optimierung des Triaxialversuchs zur Bewertung des Verformungswiderstandes von Asphalt  
Renken, Büchler € 16,00

S 40: 39. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau € 17,50

S 41: Chemische Veränderungen von Geotextilien unter Bodenkontakt – Untersuchungen von ausgegrabenen Proben  
Schröder € 13,50

S 42: Veränderung von PmB nach Alterung mit dem RTFOT- und RFT-Verfahren – Veränderungen der Eigenschaften von polymer-modifizierten Bitumen nach Alterung mit dem RTFOT- und RFT-Verfahren und nach Rückgewinnung aus Asphalt  
Wörner, Metz € 17,50

S 43: Eignung frostempfindlicher Böden für die Behandlung mit Kalk  
Krajewski, Kuhl € 14,00

S 44: 30 Jahre Erfahrungen mit Straßen auf wenig tragfähigem Untergrund  
Bürger, Blossfeld, Blume, Hillmann € 21,50

### 2007

S 45: Stoffmodelle zur Voraussage des Verformungswiderstandes und Ermüdungsverhaltens von Asphaltbefestigungen  
Leutner, Lorenzl, Schmoeckel, Donath, Bald, Grätz, Riedl, Möller, Oeser, Wellner, Werkmeister, Leykauf, Simon € 21,00

S 46: Analyse vorliegender messtechnischer Zustandsdaten und Erweiterung der Bewertungsparameter für Innerortsstraßen  
Steinauer, Ueckermann, Maerschalk € 21,00

S 47: Rahmenbedingungen für DSR-Messungen an Bitumen  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter [www.nw-verlag.de](http://www.nw-verlag.de) heruntergeladen werden.  
Hase, Oelkers € 24,50

S 48: Verdichtbarkeit von Asphaltmischgut unter Einsatz des Walzsektor-Verdichtungsgerätes  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter [www.nw-verlag.de](http://www.nw-verlag.de) heruntergeladen werden.  
Wörner, Bönisch, Schmalz, Bösel € 15,50

### 2008

S 49: Zweischichtiger offenporiger Asphalt in Kompaktbauweise  
Ripke € 12,50

S 50: Finanzierung des Fernstraßenbaus – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ der FGSV am 25./26. September 2006 in Tecklenburg-Leeden € 15,50

S 51: Entwicklung eines Prüfverfahrens zur Bestimmung der Haftfestigkeit von Straßenmarkierungsfolien  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter [www.nw-verlag.de](http://www.nw-verlag.de) heruntergeladen werden.  
Killing, Hirsch € 14,50

S 52: Statistische Analyse der Bitumenqualität aufgrund von Erhebungen in den Jahren 2000 bis 2005  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter [www.nw-verlag.de](http://www.nw-verlag.de) heruntergeladen werden.  
Hirsch € 16,00

S 53: Straßenrecht und Föderalismus – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 24./25. September 2007 in Bonn € 15,50

S 54: Entwicklung langlebiger dünner Deckschichten aus Beton  
Silwa, Roßbach, Wenzl € 12,50

S 55: Dicke Betondecke auf Schichten ohne Bindemittel (SoB/STSuB)  
Leykauf, Birmann, Weller € 13,50

## 2009

S 56: Vergangenheit und Zukunft der deutschen Straßenverwaltung – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 22./23. September 2008 in Bonn € 14,00

S 57: Vergleichende Untersuchung zweischichtiger offener Asphaltbauweisen  
Ripke € 13,50

S 58: Entwicklung und Untersuchung von langlebigen Deckschichten aus Asphalt  
Ludwig € 15,50

S 59: Bestimmung des adhäsiven Potentials von Bitumen und Gesteinsoberflächen mit Hilfe der Kontaktwinkelmessmethode  
Hirsch, Friemel-Göttlich € 16,00

## 2010

S 60: Die Zukunftsfähigkeit der Planfeststellung – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 21./22. September 2009 in Bonn € 15,50

S 61: Modell zur straßenbautechnischen Analyse der durch den Schwerverkehr induzierten Beanspruchung des BAB-Netzes  
Wolf, Fielenbach € 16,50

S 62: 41. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau € 18,50

S 63: Vergleichsuntersuchungen zum Frosthebungsversuch an kalkbehandelten Böden, RC-Baustoffen und industriellen Nebenprodukten  
Blume € 16,00

S 64: Griffigkeitsprognose an offenporigen Asphalten (OPA)  
Teil 1: Bestandsaufnahme an vorhandenen Strecken  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter [www.nw-verlag.de](http://www.nw-verlag.de) heruntergeladen werden.  
Rohleder, Kunz, Wasser, Pullwitt, Müller, Ripke, Zöller, Pöppel-Decker € 23,00

S 65: Untersuchungen von Dübellagen zur Optimierung des Betondeckenbaus  
Freudenstein, Birmann € 14,00

## 2011

S 66: Qualitätssicherung von Waschbetonoberflächen  
Breitenbücher, Youn € 14,50

S 67: Weiterentwicklung der automatisierten Merkmalserkennung im Rahmen des TP3  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann kostenpflichtig unter [www.nw-verlag.de](http://www.nw-verlag.de) heruntergeladen werden.  
Canzler, Winkler € 16,50

S 68: Lärmindernder Splittmastixasphalt  
Ripke  
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 69: Untersuchung der Messunsicherheit und der Klassifizierungsfähigkeit von Straßenbelägen  
Müller, Wasser, Germann, Kley € 14,50

S 70: Erprobungsstrecke mit Tragschichten ohne Bindemittel aus ziegelreichen RC-Baustoffen  
Dieser Bericht liegt außerdem in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de> heruntergeladen werden.  
Jansen, Kurz € 16,00

S 71: Enteignung für den Straßenbau – Verfahrensvereinheitlichung – Privatisierung – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ im September 2010 in Bonn € 15,00

S 72: Griffigkeitsprognose an offenporigen Asphalten – Teil 2: Neue Baumaßnahmen  
Jansen, Pöppel-Decker € 15,00

S 73: Längsebenenheitsauswerteverfahren „Bewertetes Längsprofil“ – Weiterentwicklung der Längsebenenheitsbewertung der Zustandserfassung und -bewertung  
Maerschalk, Ueckermann, Heller € 18,50

## 2012

S 74: Verbundprojekt „Leiser Straßenverkehr 2“ – Reduzierte Reifen-Fahrbahn-Geräusche  
Projektgruppe „Leiser Straßenverkehr 2“ € 30,50

S 75: Abschätzung der Risiken von Hang- und Böschungsrutschungen durch die Zunahme von Extremwetterereignissen  
Krauter, Kumerics, Feuerbach, Lauterbach € 15,50

S 76: 42. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau  
Maerschalk, Ueckermann, Heller € 18,50

S 77: Netzplanung – Netzbildung – Netzbereinigung  
Durner € 16,50

S 78: Untersuchung des Einflusses der Grobtextur auf Messergebnisse mit dem SKM-Verfahren  
Bürckert, Gauterin, Unrau € 16,50

## 2013

S 79: Gussasphalt ohne Abstreuerung  
Ripke € 9,00

S 80: Entwicklung einer neuen Versuchstechnik zur Bestimmung der Grenze zwischen halbfestem und festem Boden  
Vogt, Birle, Heyer, Etz € 17,50

S 81: Das straßenrechtliche Nutzungsregime im Umbruch – Aktuelle Fragen des Planungsrechts  
Durner € 15,00

## 2014

S 82: Qualitätskontrolle PWS – Wehner/Schulze Quality Control  
Teil 1: Auswertung der Kenndaten der PWS Prüfung  
Teil 2: Auswertung von Vergleichsuntersuchungen zur Prüfung der Poliereinheit mittels Schleifpapier  
Jansen

Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 83: Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 23./24. September 2013 in Bonn  
Durner € 17,00

Alle Berichte sind zu beziehen im:

Carl Schünemann Verlag GmbH  
Zweite Schlachtpforte 7  
28195 Bremen  
Tel. (0421) 3 69 03-53  
Fax (0421) 3 69 03-48  
[www.schuenemann-verlag.de](http://www.schuenemann-verlag.de)

Dort ist auch ein Kompletverzeichnis erhältlich.