

**Titel:**

**Verlegungstiefe von Telekommunikationslinien**

**Normenkette:**

TKG § 68 Abs. 2 S. 1, Abs. 3, § 71, § 72

BayVwVfG Art. 36 Abs. 1 Alt. 2, Art. 40

VwGO § 114

**Leitsätze:**

1. Nebenbestimmungen zur Zustimmung des Wegebausträgers gemäß § 68 Abs. 3 S. 8, 9 TKG sind selbstständig anfechtbare Teilmaßnahmen. Ob eine Klage zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung rechtmäßig bestehen bleiben kann, was eine Frage der Begründetheit der Klage ist. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)

2. Planerische Gesichtspunkte und die Zweckmäßigkeit der Führung der Telekommunikationslinie dürfen vom Träger der Wegebausträger nicht geprüft werden; der Rahmen seiner Prüfungskompetenz wird allein durch seine Rechtsstellung als Unterhaltungspflichtiger der Straßen bestimmt. Nur die Aspekte, für die er als Straßenbausträger zuständig ist, unterliegen in dem Verfahren nach § 68 Abs. 3 S. 1 TKG seiner Prüfungskompetenz. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Erlass von Nebenbestimmungen in Bezug auf zu beachtende Verlegetiefen kann auf Art. 36 Abs. 1 Alt. 2 BayVwVfG gestützt werden. (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die pauschale Festlegung von Mindestverlegetiefen in Abhängigkeit vom Abstand zur Fahrbahn berücksichtigt in erster Linie die Eigeninteressen des Straßenbausträgers an der möglichst einfachen Straßenunterhaltung, aber nur unzureichend die auch wirtschaftlichen Interessen des Linienbetreibers und ist deshalb ermessensfehlerhaft. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Statthafte Klageart gegen belastende Nebenbestimmungen, Klageerweiterung, Verlegung einer unterirdischen Telekommunikationslinie, Zustimmung des Straßenbausträgers, Nebenbestimmungen zur Verlegetiefe, Sicherstellung der Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen, anerkannte Regeln der Technik, ATB-BeStra, materielle Teilbarkeit, Ermessen

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 39839

**Tenor**

I. Der Bescheid des Staatlichen Bauamts Aschaffenburg vom 5. Juni 2019 wird aufgehoben.

II. Der Beklagte wird verpflichtet, den Antrag der Klägerin vom 24. Mai 2019 auf Zustimmung zur Verlegung einer neuen Telekommunikationslinie quer zur Fahrbahn im Abschnitt 320 der Staatsstraße 2305 in Höhe des Kilometers 2,863 und längs zur Fahrbahn im Abschnitt 320 der Staatsstraße 2305 von Station 0,917 bis Station 2,117 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu verbescheiden.

III. Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

IV. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

**Tatbestand**

1

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Klage gegen Nebenbestimmungen im Zustimmungsbescheid des Staatlichen Bauamts Aschaffenburg betreffend die unterirdische Verlegung von Telekommunikationslinien.

## 2

1. Die Klägerin betreibt ein Telekommunikationsunternehmen und ist Lizenznehmerin im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG).

## 3

Nach Rücknahme eines ersten Zustimmungsantrags vom 17. Januar 2019 und Aufhebung eines Bescheids vom 11. Februar 2019 ersuchte die Klägerin mit Antragsschreiben vom 24. Mai 2019 den Beklagten, vertreten durch das Staatliche Bauamt Aschaffenburg, erneut um die Zustimmung zum Auslegen von Kabelrohren zum Zwecke der Erschließung eines neuen Mobilfunkstandorts in Großlaudenbach. Danach sollten Kabelrohre (DN 100) innerhalb des geschlossenen Ortsteils Kleinkahl im Abschnitt 320 der Staatsstraße ... in Höhe des Kilometers 2,863 quer zur Fahrbahn und Kabelrohre (DN 40) im Abschnitt 320 der Staatsstraße ... von Station 0,917 bis Station 2,117 längs zur Fahrbahn verlegt werden. Andere erforderliche Genehmigungen lägen bereits vor. Beigefügt war ein Datenblatt, wonach bei der quer zu verlegenden Telekommunikationslinie die Rohre im Verdrängungsverfahren in einer Arbeitsgrube außerhalb des Seitenstreifens in 120 cm Tiefe und die entlang der Staatsstraße ... verlaufende Telekommunikationslinie in der feldseitigen Straßenböschung in einer Tiefe von 50 cm verlegt werden sollte, der Abstand vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn sollte 200 bis 300 cm betragen.

## 4

2. Mit Bescheid vom 5. Juni 2019, der Klägerin am 14. Juni 2019 zugegangen, erteilte der Beklagte die Zustimmung für die Benutzung der Staatsstraße ... für die Verlegung einer neuen Telekommunikationslinie nach Maßgabe der nachfolgend aufgeführten Bestimmungen (Ziffer I.).

„II. Die Verlegung erfolgt entsprechend dem vom Antragsteller vorgelegten und von der Straßenbaubehörde geänderten und ergänzten Antrag nebst Trassenplan.

Insbesondere sind folgende technischen Bedingungen und Auflagen zu beachten:

1. Neue Fahrbahnquerungen haben im Verdrängungs-/Bohr-/Pressverfahren (siehe Datenblatt) zu erfolgen.

Bei Rohrvortrieb und verwandten Verfahren wird auf die Anlage zum Schreiben des BMVBS vom 25. September 2008 (siehe Anlage) hingewiesen. (Dieses Schreiben wurde durch die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern auch für Staats- und Kreisstraßen in staatlicher Verwaltung verbindlich eingeführt.)

Soweit vorhandene Übergänge (Leerrohre) genutzt werden sollen, sind sie hinsichtlich Zustand und Lage/Tiefe vor der Bauausführung zu prüfen, ob sie dem anzustrebenden Schutzzweck nach der ATB-BeStra noch genügen.

2. Vorhandener Aushub (Arbeitsgruben) kann nur dann wieder eingebaut werden, wenn er für eine setzungsfreie Wiederverfüllung geeignet ist. Gegebenenfalls ist er entsprechend der ZTV-A StB durch geeignetes Material zu ersetzen.

3. Die vorhandenen Entwässerungseinrichtungen dürfen nicht beeinträchtigt werden.

4. Die Leitungsverlegung im Gehweg bzw. der Ortsstraßen ist mit der Kommune abzustimmen.

5. Beginn und Ende der Bauarbeiten sind rechtzeitig vorher der Straßenmeisterei M. mitzuteilen (Tel. .../...).

III. Unbeschadet der Anforderungen nach Nr. II sind die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für die Benutzung von Straßen durch Leitungen und Telekommunikationslinien - ATB-BeStra - (insbesondere die dort unter Nr. 6 aufgeführten Normen, Vorschriften und Regelwerke) Bestandteil des Bescheides.

Falls bei den Baumaßnahmen von den Angaben abgewichen werden soll, muss die Straßenbaubehörde vorher zustimmen und es sind geänderte Planunterlagen vorzulegen.

IV. Der Straßenbaubehörde ist der Beginn der Bauarbeiten 14 Tage vor Beginn der Bauarbeiten schriftlich anzuzeigen. Spätestens vier Wochen nach Abschluss der Baumaßnahme ist das vollständig ausgefüllte und unterzeichnete Datenblatt der Straßenbaubehörde vorzulegen. Darin ist insbesondere die Erfüllung der technischen Auflagen und Bedingungen zu dokumentieren. In plötzlich notwendigen Reparaturfällen ist die Straßenbauverwaltung mit einer kurzfristigen Mitteilung - vor Beginn der Arbeiten - einverstanden.“

## 5

Die Zustimmung der Straßenbaubehörde nach § 68 Abs. 3 TKG ersetze nicht nach anderen Rechtsvorschriften vorgeschriebene Genehmigungen, Zustimmungen oder Erlaubnisse anderer Behörden (Ziffer V.). Die Klägerin trage die Kosten des Verfahrens (Ziffer VI.). Es wurde eine Gebühr von 40 EUR festgesetzt, die Auslagen betragen 10 EUR (Ziffer VII.).

## **6**

In dem unter Ziffer II.1 genannten, dem Bescheid beigefügten und vom Sachbearbeiter unterzeichneten Datenblatt wurde Folgendes bestimmt:

## **7**

Der Verlegung der kreuzenden Telekommunikationslinie wurde in Abschnitt 320, Station 2,860 in einer Verlegetiefe von mindestens 120 cm bei Verlegung von Kabelrohren des Typs DN 100 im Verdrängungs-/Bohr-/Pressverfahren zugestimmt. Die Arbeitsgrube müsse sich im Seitenstreifen bzw. Gehweg und außerhalb des Straßengrundstücks befinden.

## **8**

Der Errichtung der längs zu verlegenden Telekommunikationslinie wurde in Abschnitt 320, Station 0,980 bis 1,094, Station 1,094 bis 1,106, Station 1,106 bis 1,261, Station 1,261 bis 1,268, Station 1,268 bis 1,319, Station 1,319 bis 1,336, Station 1,336 bis 1,618, Station 1,618 bis 1,626, Station 1,626 bis 1,786, Station 1,786 bis 2,001, Station 2,001 bis 2,015, Station 2,015 bis 2,090, Station 2,090 bis 2,105 und Station 2,105 bis 2,122 in offener Bauweise unter Verwendung von Kabelrohren des Typs DN 40 zugestimmt.

## **9**

Bei den Stationen 0,980 bis 1,094, 1,106 bis 1,261, 1,268 bis 1,319, 1,336 bis 1,618, 1,626 bis 1,786, 1,786 bis 2,001 und 2,015 bis 2,090 müsse die Verlegung im Seitenstreifen und in der feldseitigen Böschung, bei den Stationen 2,090 bis 2,105 und 2,105 bis 2,122 im Seitenstreifen erfolgen.

## **10**

Die Station 1,094 bis 1,106 sollte die Zufahrt zum Flurstück Nummer 2773, die Station 1,261 bis 1,268 die Zufahrt zum Flurstück Nummer 2771, die Station 1,319 bis 1,336 die Zufahrt zum Flurstück Nummer 2732 und die Station 1,618 bis 1,626 die Zufahrt zum Flurstück Nummer 1074 der Gemarkung Schöllkrippen queren. Die Station 2,001 bis 2,015 sollte die Zufahrt zum Flurstück „An der Reithalle“ der Gemarkung Großlaudenbach und die Station 2,090 bis 2,105 den Graben und Seitenstreifen in der Gemarkung Großlaudenbach queren.

## **11**

Die Verlegetiefe sollte für Station 0,980 bis 1,094 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 bis 300 cm mindestens 80 cm, für Station 1,094 bis 1,106 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 300 cm mindestens 120 cm, für Station 1,106 bis 1,261 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 cm mindestens 80 cm, für Station 1,261 bis 1,268 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 250 cm mindestens 120 cm, für Station 1,268 bis 1,319 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 250 cm mindestens 80 cm, für Station 1,319 bis 1,336 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 250 cm mindestens 120 cm, für Station 1,336 bis 1,618 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 bis 300 cm mindestens 80 cm, für Station 1,618 bis 1,626 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 300 cm mindestens 120 cm, für Station 1,626 bis 1,786 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 bis 300 cm mindestens 80 cm, für Station 1,786 bis 2,001 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 bis 300 cm mindestens 80 cm, für Station 2,001 bis 2,015 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 300 cm mindestens 120 cm, für Station 2,015 bis 2,090 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 cm mindestens 80 cm, für Station 2,090 bis 2,105 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 200 bis 100 cm mindestens 80 cm und für Station 2,105 bis 2,122 bei einem Abstand zum Fahrbahnrand von 100 cm 80 cm betragen.

## **12**

Zu den Streckenabschnitten von Station 0,920 bis 0,947, 0,947 bis 0,977 und 0,977 bis 0,980 wurde mitgeteilt, dass diese aufgrund der Lage im Gehweg bzw. im Seitenstreifen in der Baulast des Marktes Schöllkrippen stünden.

## **13**

Zur Begründung wurde ausgeführt, die beantragte Benutzung der Staatsstraße stelle eine Verlegung neuer Telekommunikationslinien nach § 68 Abs. 3 i.V.m. § 3 Nr. 26 TKG dar und bedürfe deshalb der Zustimmung

des Straßenbaulasträgers. Die Zuständigkeit ergäbe sich aus § 68 Abs. 3 TKG i.V.m. Art. 58 Abs. 2 Nr. 1, 62a Abs. 1 Nr. 2a des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes (BayStrWG) und Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG). Die Klägerin sei als Inhaberin einer Wegenutzungsberechtigung im Sinne des § 69 Abs. 1 i.V.m. § 68 Abs. 1 TKG befugt, Verkehrswege für öffentlichen Zwecken dienende Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen, sofern insoweit nicht der Widmungszweck der Verkehrswege dauernd beschränkt werde, § 68 Abs. 1 TKG. Die Errichtung und Unterhaltung der Telekommunikationslinien müsse den Anforderungen der Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügen, § 68 Abs. 2 TKG. Bei Beachtung der Maßgaben unter Ziffern II. und III. des Tenors werde den bezeichneten Erfordernissen hinsichtlich des Widmungszwecks und hinsichtlich Errichtung und Unterhaltung der Telekommunikationslinie entsprochen. Die Nebenbestimmungen im Sinne des § 68 Abs. 3 Satz 5 TKG seien diskriminierungsfrei gestaltet, da sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprächen und keine Ungleichbehandlung der Klägerin im Vergleich zu anderen darstellten, § 68 Abs. 3 Satz 4 TKG. Ein Benutzungsentgelt werde gemäß § 68 Abs. 1 TKG nicht erhoben, die Festsetzung der davon zu unterscheidenden Verwaltungsgebühren beruhe auf Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 Satz 2 des Kostengesetzes (KG) i.V.m. Tarif-Nr. 2.I.1 Tarifstelle 1.32 des Kostenverzeichnisses. Die Auslagenerhebung beruhe auf Art. 13 Abs. 1 KG.

#### 14

Beigefügt waren der Antrag der Klägerin, ein Datenblatt für die Benutzung der Staatsstraße ..., die Anlage zum Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Wohnungswesen vom 25. September 2008, sieben Trassenpläne (ein Übersichtsplan und sechs Lagepläne) sowie eine Zahlungsaufforderung, auf die ebenso verwiesen wird wie auf die im Bescheid in Bezug genommenen Regelwerke der „Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen und Richtlinien für Aufgrabungen in Verkehrsflächen“, Ausgabe 2012 (ZTV A-StB) und der „Allgemeinen Technischen Bestimmungen für die Benutzung von Straßen durch Leitungen und Telekommunikationslinien“, Ausgabe 2008 (ATB-BeStra).

#### 15

In einem Aktenvermerk vom 30. Mai 2019 mit der Überschrift „Begründung der Verlegetiefe von 0,80 m“ hielt das Staatliche Bauamt fest, dass in dem betreffenden Abschnitt der Staatsstraße ... die Bankette sehr schmal und die Mulden sehr niedrig seien. Die Mulden hätten aufgrund ihrer geringen Tiefe einen erhöhten Unterhaltungsaufwand. Verlandungen und Bewuchs müssten aus Sicht der Entwässerung „immer mal wieder“ entfernt werden. Da sich die Nachprofilierung in einem Bereich von 20 cm bewege, ergebe sich bei einem frostsicheren Bereich von 60 cm eine Verlegetiefe von 80 cm.

#### 16

Im Rahmen des vorgerichtlichen Schriftverkehrs teilte die Behörde der Klägerin mit Schreiben vom 18. Juli 2019 unter der Überschrift „Amtsfestlegung für Verlegetiefen des Staatlichen Bauamtes Aschaffenburg“ mit, es gebe ein regelmäßiges behördliches Vorgehen, wonach bis zu einem Abstand von 150 cm vom Fahrbahnrand eine Verlegetiefe von 120 cm, zwischen 150 cm und 300 cm Abstand eine Verlegetiefe von 80 cm und erst jenseits eines Abstands von 300 cm einer Verlegetiefe von 50 cm zugestimmt werde. Diese Erfahrungswerte hätten sich aufgrund von nachträglich eingetretenen Schäden ergeben und seien aus Gründen der Straßenunterhaltung notwendig. Bei einer Überdeckung von lediglich 50 cm sei nach einem Abtrag im Muldenbereich von beispielsweise 20 cm nur noch eine Überdeckung von 30 cm vorhanden.

#### 17

4. Daraufhin ließ die Klägerin mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 11. Juli 2019, beim Bayerischen Verwaltungsgericht Würzburg am 12. Juli 2019 per Fax eingegangen, Klage „gegen den Zustimmungsbescheid des Beklagten vom 5. Juni 2019, Geschäftsnummer: ..., betreffend die Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG für die Verlegung einer Telekommunikationslinie in der Staatsstraße ...; von Abschnitt 320, Stat. 0,980 bis Abschnitt 320, Stat. 2,122 und in Abschnitt 320, Stat. 2,860“ erheben.

#### 18

Im Klagebegründungsschriftsatz vom 25. November 2019 ließ die Klägerin durch ihren Bevollmächtigten beantragen,

den Bescheid des Beklagten vom 05.06.2019 betreffend den Vollzug des Telekommunikationsgesetzes (TKG), Zustimmung nach § 68 Abs. 3 TKG, Antrag vom 24.05.2019, Staatsstraße ...; von Abschnitt 320, Stat. 0,980 bis Abschnitt 320, Stat. 2,122 und in Abschnitt 320, Stat. 2,860, Verlegung einer Telekommunikationsanlage (Speednetrohrverband) im Zuge der Erschließung eines neuen

Mobilfunkstandortes in Großlaudenbach, Az. ..., aufzuheben, soweit er Nebenbestimmungen enthält, nach denen gem. Datenblatt für die Benutzung der Staatsstraße ... im Bereich von Station 0,980 bis 1,094 (Abstand vom Fahrbahnrand von 2,00 m bis 3,00 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 1,106 bis 1,261 (Abstand von 2,00 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 1,268 bis 1,319 (Abstand von 2,50 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 1,336 bis 1,618 (Abstand von 2,00 m bis 3,00 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 1,626 bis 1,786 (Abstand von 2,00 m bis 3,00 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 1,786 bis 2,001 (Abstand von 2,00 m bis 3,00 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 2,015 bis 2,090 (Abstand von 2,00 m, in feldseitiger Grabenböschung)

im Bereich von Station 2,090 bis 2,105 (Abstand von 2,00 m bis 1,00 m, Querung Graben und Seitenstreifen), jeweils eine Mindestverlegetiefe von 0,80 m einzuhalten ist.

## 19

Die angegriffenen Nebenbestimmungen seien rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. Die Zustimmung zur Verlegung von Telekommunikationslinien könne nach § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG nur mit Nebenbestimmungen versehen werden, die die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, die im Bereich des jeweiligen Wegebausträgers übliche Dokumentation der Lage der Telekommunikationslinie nach geographischen Koordinaten und die Verkehrssicherungspflichten regeln, außerdem könne die Zustimmung unter die Bedingung einer angemessenen Sicherheitsleistung gestellt werden. Es sei anerkannt, dass die Auflagenbefugnis im Hinblick auf die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie und die bei der Errichtung zu beachtenden Regeln der Technik nur in dem durch § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG gesteckten Rahmen der Herstellung des den anerkannten Regeln der Technik nach Gebotenen bestehe. Die Nebenbestimmung dürfe ihrem Gegenstand und ihrer Reichweite nach also nur der Herstellung des nach § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG vom Nutzungsberechtigten geschuldeten Zustands dienen. Der Wegebausträger besitze zwar hinsichtlich der Beauftragung mit Nebenbestimmungen ein Randerlassen, welches den allgemeinen Ermessensgrenzen unterliege. Das Ermessen sei jedoch hinsichtlich Entschließung, Auswahl und Ausgestaltung der Verwaltungsmittel pflichtgemäß auszuüben und zu begründen, wobei die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit zu wahren seien. Die Nebenbestimmung sei bezüglich ihrer Verhältnismäßigkeit, insbesondere bezüglich der Geeignetheit und Erforderlichkeit, an den Anforderungen des Standes der Technik zu messen. Die ATB-BeStra gäben als anerkannte Regeln der Technik diesen Stand wieder, wovon auch das Gesetz ausweislich der ausdrücklichen Regelung hinsichtlich der Verlegetiefe in § 68 Abs. 2 Satz 2 TKG ausgehe. Die ATB-BeStra stellten den nach den Regeln der Technik maßgeblichen Maßstab der Mindestverlegetiefe auf. Gemäß Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra gelte außerhalb von Ortsdurchfahrten eine Mindestüberdeckung von 50 cm, lediglich im Bankettbereich gelte in der Regel eine Überdeckung von 120 cm. Der in Nr. 3.1.3 ATB-BeStra genannte Bankettbereich sei der Rand der Straßenkrone (zwischen Fahrbahnrand und Böschung) und besitze nach den maßgeblichen Richtlinien für die Anlage von Landstraßen eine Regelbreite von 150 cm, sei in der Realität bei Altbestand jedoch schmaler. Auch im streitgegenständlichen Baubereich sei das Bankett schmaler als 150 cm. Die beantragte und zugestimmte Lage in Abständen von 100 bis 200 cm liege daher vollumfänglich außerhalb des Banketts am äußeren Rand des Straßengrundstückes. Aus diesem Grund sei nach den anerkannten Regeln der Technik eine Verlegung mit einer Mindestüberdeckung von 50 cm fachgerecht und zulässig. Die demgegenüber geforderte höhere Überdeckung von 80 bis 120 cm verursache für die geplante Baumaßnahme dagegen Tiefbaumehrkosten in einer Größenordnung von 30.000 bis 45.000 EUR. Die Nebenbestimmungen seien deshalb unverhältnismäßig. Die Grenzen der Verhältnismäßigkeit würden insoweit durch die anerkannten Regeln der Technik bestimmt, die wiederum durch die ATB-BeStra abschließend festgelegt seien. Zwar schließe dies nicht aus, dass im Einzelfall aufgrund besonderer örtlicher Begebenheiten abweichende Auflagen technisch geboten seien. Entsprechende Ausnahmefälle seien jedoch sachlich zu begründen. Die allgemeine Angabe, dass mögliche zukünftige Baumaßnahmen durch eine Telekommunikationslinie behindert werden könnten, sei insoweit keine ausreichende Begründung. Die Situation, dass eventuelle Tiefenarbeiten im Straßenraum mit der Telekommunikationslinie in Konflikt geraten könnten, sei allgemeintypisch und werde vom Gesetzgeber und den technischen Regelwerken in Kauf genommen. Wenn hier eine Beschädigungsfahr grundsätzlich in

die Abwägung einzustellen sei, würden die ATB-BeStra als Stand der Technik dieser allgemeinen Gefahr generell durch größere Verlegetiefen vorbeugen. Die ATB-BeStra hätten jedoch die Frage, ob die Errichtung von Schilderbrücken, Schutzplanken o.ä. eine größere Überdeckung notwendig mache, für den Bereich außerorts ausdrücklich geregelt, wie auch Nr. 3.1.3 Abs. 4 ATB-BeStra zeige. Vielmehr hätten Gesetzgeber und technischer Regelgeber hier die Gefahr einer Beschädigung zu Recht als gering und entsprechende Sorgfaltswahrung als dem Wegebausträger zumutbar angesehen. Wie jeder Tiefbauunternehmer könne der Wegebausträger vorhandene Telekommunikationslinien im Vorfeld durch Trassenauskunft aufklären lassen und sich so auch wirksam vor Regressansprüchen schützen. Stelle sich dann heraus, dass die Telekommunikationslinie seine beabsichtigte Tiefbaumaßnahme behindere, stünden dem Wegebausträger gemäß § 72 TKG die Folge- und Beseitigungsansprüche gegen den nutzungsberechtigten Telekommunikationslinienbetreiber zu. Es entspreche jedoch nicht der Absicht des Gesetzgebers, die Nutzungsrechte des nutzungsberechtigten Telekommunikationsnetzbetreibers darüber hinaus auf die bloße Möglichkeit eines zukünftigen baulichen Konflikts bzw. einer sorgfaltswidrigen Beschädigung hin weitreichend einzuschränken.

4. Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

## 20

Der angegriffene Bescheid sei in vollem Umfang rechtmäßig, da die angegriffenen Nebenbestimmungen den gesetzlich vorgegebenen Rahmen einhielten. Der Straßenbausträger sei berechtigt, im gegebenen Fall eine Verlegetiefe von 80 cm zu verlangen. Die Entscheidung lasse keine Ermessensfehler erkennen und sei auch verhältnismäßig. Die Entscheidung über das „Wie“ der Durchführung der zustimmungspflichtigen Maßnahme stehe bezüglich der in § 68 Abs. 3 Satz 4 und 5 TKG abschließend aufgezählten Aspekte im Ermessen des Wegebausträgers und diene in erster Linie der Sicherstellung der gesetzlichen Vorgaben des § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG. Die mit der Klage angegriffenen Nebenbestimmungen hinsichtlich der Verlegetiefe beträfen die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie und seien somit von der Rechtsgrundlage gedeckt. Die Entscheidung, die Verlegetiefe im Abstand von 200 bis 300 cm zum Fahrbahnrand auf 80 cm festzulegen, stehe darüber hinaus ebenfalls im Einklang mit den Vorgaben der ATB-BeStra, die insoweit nur die Mindestüberdeckung festlegten. Die getroffene Entscheidung sei Ergebnis einer Abwägung der beiderseitigen Interessen und entspreche pflichtgemäßem Ermessen. Die ATB-BeStra beschrieben, wo und in welcher Weise Leitungen unter Berücksichtigung der verkehrlichen und technischen Belange der Straßenbauverwaltung, der Straßennutzer und bereits vorhandener Leitungseinrichtungen verlegt werden könnten und wie die Verlegung überwacht und geprüft werden müsse. Die technischen Bestimmungen stellten ausweislich von Nr. 1.1 ATB-BeStra eine allgemeine Grundlage für die gebotene Interessenabwägung und die Gestaltung der technischen Auflagen und Bedingungen, auch unter wirtschaftlichen Bedingungen, dar. Nach der Regelung unter Nr. 2 Abs. 7 ATB-BeStra dürften Leitungen den Ausbau, die Unterhaltung, Instandsetzung und Erneuerung von Straßen und deren Ausstattung nicht mehr als unvermeidbar erschweren. Nach Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra seien Leitungen außerhalb von Ortsdurchfahrten grundsätzlich am äußeren Rand des Straßengrundstücks zu verlegen. Die Mindestüberdeckung richte sich nach den einschlägigen Vorschriften der jeweiligen Leitungsbetreiber, müsse aber mindestens 50 cm betragen. Anhand von Luftbildern mit unterlegter Flurkarte (Bl. 70/71 der Akte) und Lichtbildern (Bl. 75 bis 91 der Akte) lasse sich erkennen, dass die von der Klägerin geplante Verlegung der Telekommunikationslinie weitgehend nicht am äußeren Rand des Straßengrundstücks erfolgen solle. Bereits nach der gesetzlichen Definition in Art. 2 Abs. 1 BayStrWG gehöre zu der Straße der Straßenkörper, zu dem insbesondere der Straßenunterbau, die Fahrbahndecke, die Brücken, Tunnels, Durchlässe, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Stützmauern und Lärmschutzanlagen gehörten. Bei Einhaltung der Forderung nach Verlegung der Linien am äußersten Rand des Straßengrundstücks würde dies vorliegend bedeuten, dass die Linien erst außerhalb des Böschungsbereichs verlegt werden dürften. Eine Verlegung im Bereich der Mulde käme demgegenüber nicht in Betracht. Würde die Klägerin die Leitungen außerhalb des Bereichs des Straßenkörpers verlegen, würde sie einen Mindestabstand von mehr als 300 cm zum Fahrbahnrand einhalten. Bei dieser Sachlage könne man einer Verlegung mit einer Mindestüberdeckung von 50 cm uneingeschränkt zustimmen. Wenn das Staatliche Bauamt aber einer Verlegung innerhalb des Straßengrundstücks und im Bereich der Mulde zustimme, dabei aber eine Verlegetiefe von 80 cm vorgebe, komme es den Interessen der Klägerin bereits weit entgegen. Letztlich sei bei der im Rahmen der Ermessensausübung gebotenen Interessenabwägung

aber auch der für den Straßenbaulastträger erhebliche Belang der Straßenunterhaltung zur Wahrung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs einzustellen. Bereits generell gelte, dass nach der Herstellung bzw. Nachprofilierung der Straßenmulden bei einer Überdeckung der Leitung von lediglich 50 cm bei einem üblicherweise vorkommenden Abtrag von ca. 20 cm nur noch eine Überdeckung von 30 cm vorhanden sei. Diese geringe Überdeckung erschwere die gebotene Unterhaltung in erheblichem Maße, da ständig die Gefahr der Beschädigung der verlegten Leitungen bestehe. Im vorliegenden Einzelfall komme hinzu, dass der betroffene Streckenabschnitt sehr schmale Bankette und sehr niedrige Mulden aufweise (Bl. 75 bis 91 der Akte). Die Mulden erforderten aufgrund ihrer geringen Tiefe einen erhöhten Unterhaltungsaufwand, Verlandungen und Bewuchs müssten zur Sicherstellung einer funktionstüchtigen Straßenentwässerung häufiger als an anderen Strecken mit günstigeren Geländebedingungen entfernt werden. Dieser Umstand werde noch dadurch verstärkt, dass der betroffene Streckenabschnitt ein geringes Gefälle aufweise; Verlandungen träten deshalb weitaus häufiger auf als bei Strecken mit einem höheren Längsgefälle. Durch die in diesem Zuge häufig erforderlichen Nachprofilierungen könne sich die Überdeckung der Leitungen sogar über das Maß von 20 cm hinaus verringern. Nachprofilierungen erfolgten maschinell, etwa unter Einsatz von Baggern. Die Verlegung der Telekommunikationslinie in einer Tiefe von nur 50 cm erschwere die Unterhaltung der Straße bei den geschilderten Arbeiten in einem dem Straßenbaulastträger nicht mehr zumutbaren Maße, da das Risiko der Beschädigung der Leitungen bereits im Rahmen der regulären Unterhaltung erheblich erhöht sei. Die Unterhaltung der Straße und der Entwässerungseinrichtungen müsse jedoch ohne zusätzliche vermeidbare Erschwernisse möglich sein, da nur so eine funktionstüchtige Straßenentwässerung und damit verkehrssichere Verhältnisse ohne Überschwemmung der Straße sichergestellt werden könnten. Der Aspekt der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sei auch in § 68 Abs. 3 Satz 5 TKG ausdrücklich benannt. Die Verlegung der Telekommunikationslinie in einer Tiefe von 80 cm benachteilige den Leitungsträger auch nicht unangemessen. Die geschätzten Mehrkosten seien nicht nachgewiesen und bezögen sich auf eine Verlegung in einer Tiefe von 80 bis 120 cm, gefordert sei hier jedoch nur eine Verlegung in 80 cm Tiefe. Da durch die Beschädigung der Leitungen im Zuge der Straßenunterhaltung erhebliche Kosten entstünden, könne der finanzielle Mehraufwand des Leitungsträgers bei ordnungsgemäßer Verlegung im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht dazu führen, dass dem Wunsch des Leitungsträgers der Vorrang vor den Interessen des Straßenbaulastträgers an einer ordnungsgemäßen Straßenunterhaltung einzuräumen sei.

## 21

5. Die Klägerin erwiderte, die Verlegung der Telekommunikationslinie solle ausweislich des Antrags außerhalb des Banketts erfolgen. Dabei handele es sich um den Straßenrandbereich, in dem solche Anlagen üblicherweise verlegt würden und der dem Gesetzgeber als optimaler Raum für derartige Nutzungen erschienen sei. Der Abstand von der Fahrbahn sei groß genug, um eine Konfliktsituation mit verkehrlichen Baumaßnahmen und damit eine Auslösung der Folgepflicht aus § 72 TKG mit einem für die praktische Anwendung ausreichenden Maß an Wahrscheinlichkeit mittelfristig auszuschließen, gleichzeitig jedoch nicht so groß, dass die Baumaßnahme in unwegsamem, etwa in mit Gehölz bewachsenem Gelände durchgeführt werden müsse. Das Staatliche Bauamt habe jedoch beauftragt, dass auch in diesem Bereich grundsätzlich eine Verlegetiefe von 80 cm einzuhalten sei. Ausweislich des Schreibens vom 18. Juli 2019 und der Klageerwiderng sei jedoch ersichtlich, dass die Mindestverlegetiefe nicht aufgrund atypischer Geländesituationen im Einzelfall, sondern aufgrund der generellen Amtsfestlegung bestimmt worden sei. Die ATB-BeStra als maßgebliche Regel der Technik gebe jedoch eine Verlegetiefe von 80 cm nicht vor, sondern lege eine Mindestüberdeckung von 50 cm fest. Die Auffassung des Beklagten, dass die Telekommunikationslinie nicht - wie von den ATB-BeStra vorgesehen - am äußersten Rand des Straßengrundstücks verlegt werde und er deshalb nach eigenem Ermessen eine Verlegetiefe vorgeben könne, treffe nicht zu. Nr. 3.1.3 ATB-BeStra spreche vom äußeren und nicht vom äußersten Rand des Straßengrundstücks. Damit sei die Ermessenserwägung, die Telekommunikationslinie werde nicht am äußersten Rand des Straßengrundstücks verlegt, fehlerhaft. Die ATB-BeStra forderten gerade nicht, dass die Telekommunikationslinie am äußersten Rand des Straßengrundstücks verlegt werde und nur dort die Mindestverlegetiefe von 50 cm gelte. Sie bezeichneten lediglich den Bereich außerhalb des Kronenbereichs der Straße insgesamt als „äußeren Rand“ des Straßengrundstücks. Es sei erkennbar, dass die ATB-BeStra nach ihrer Regelungssystematik drei Horizontalbereiche des Straßengrundstücks - Fahrbahn, Bankett und äußerer Rand - voneinander abgrenzten. „Bankett“ sei dabei nach Nr. 1.2 ATB-BeStra als unmittelbar neben der Fahrbahn oder dem Standstreifen liegender Teil von Straßen, „Kronenbereich der Straße“ als Gesamtbreite zwischen den äußeren Grenzen der Bankette, mithin als Fahrbahn und Bankett gemeinsam,

definiert. Für den gesamten Bereich außerhalb des Kronenbereichs der Straße gebe es nur den Begriff des „äußeren Rands“. Mit der Begrifflichkeit solle dem Sinn und Zweck der Regelung nach eine terminologische Abgrenzung zum Kronenbereich der Straße hergestellt werden. Gegenüber der Situation im innerörtlichen Bereich, wo gemäß Nr. 3.1.3 Abs. 2 ATB-BeStra die Verlegung in allen Bereichen des Straßengrundstücks gestattet sei, solle Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra verdeutlichen, dass die Kronenbreite als Verlegeraum grundsätzlich nicht zur Verfügung stehe. Die ATB-BeStra differenzierten außerhalb der Kronenbreite nicht mehr nach Verlegungsbereichen und sähen auch keine graduelle Abstufung in Abhängigkeit von der Entfernung zum Straßenrand vor. Die einzige für den außerörtlichen Bereich getroffene Differenzierung hinsichtlich der Verlegetiefe sei diejenige zwischen den genannten drei Horizontalbereichen. Im Bereich der Fahrbahn dürfe eine Verlegung gemäß Nr. 2 Abs. 5 ATB-BeStra nur ausnahmsweise erfolgen, wenn andere Möglichkeiten unzumutbar seien, dann jedoch gemäß Nr. 3.1.3 Abs. 1 ATB-BeStra auch nicht im Straßenoberbau. Im Bereich der Bankette dürfe eine Verlegung erfolgen, wenn an der Straße kein ausreichender Raum für die Verlegung außerhalb der Kronenbreite der Straße vorhanden sei (vgl. Nr. 3.1.3 Abs. 4 ATB-BeStra), die Überdeckung habe dann mindestens 120 cm zu betragen. Wie ausdrücklich in der Norm dargelegt, dürfe sie jedoch auf das Regellaß von 50 cm verringert werden, wenn eine Beschädigung durch Schutzplanken-Raumarbeiten ausgeschlossen und in diesem sensiblen Bereich zusätzlich ein mechanischer Schutz der Telekommunikationslinie vorgesehen sei. In allen anderen Bereichen - was aus deren Nichtnennung folge - gelte das grundsätzliche Regellaß, wonach mit der Überdeckung verlegt werden müsse, die der Betreiber in seinen Kabelschutzanweisungen vorsehe, jedoch mindestens 50 cm (Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra). Dass der Bereich zwischen dem äußersten Rand des Grundstücks und der Kronenbreite für die Verlegung von Telekommunikationslinien nicht schlechthin gesperrt sein solle, ergebe sich aus Sinn und Zweck der Nr. 3.1.3 Abs. 4 ATB-BeStra, wonach der Bankettbereich genutzt werden dürfe, wenn außerhalb der Kronenbreite kein ausreichender Raum zur Verfügung stehe. Diese Regelung sei widersinnig, wenn eine Verlegung von Telekommunikationslinien grundsätzlich nur am äußersten Rand des Straßengrundstücks erfolgen dürfe, weil dann bei Behinderung im Bereich des äußersten Rands unmittelbar der Sprung ins Bankett erfolgen müsse, der gesamte deutlich besser geeignete Zwischenbereich jedoch ungenutzt bliebe. Es sei deshalb auch aus praktischen Erwägungsgründen nicht einsehbar, dass die ATB-BeStra die nach § 68 TKG eröffneten Nutzungen an den alleräußersten Grundstücksrand verdrängen sollten. Der Rand des Straßengrundstücks könne nach den Einzelfallumständen viele Meter von der Fahrbahn entfernt liegen, wo unter Umständen aufgrund von Gehölz das Gelände für Längsgrabungen vollständig ungeeignet sei. Die ATB-BeStra seien als anerkannte Regel der Technik Maßstab der Verhältnismäßigkeit einer Auflage zur Verlegetiefe. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass der Regelungsgeber auch die typischen Gefahren, die mit dem Betrieb der einzelnen Bereiche verbunden seien, bei der Bemessung der Verlegetiefen ausreichend berücksichtigt habe. Wenn das technische Gremium bestimmte Bereiche des Straßengrundstücks wie Böschungs- und Grabenbereiche als generaltypisch besonders schutzbedürftig angesehen hätte, hätte es insoweit Abstufungen bei der vorgegebenen Verlegetiefe vorsehen müssen. Da dies jedoch nicht erfolgt sei, dürfe es technisch unter üblichen Umständen nicht als grundsätzlich geboten angesehen werden, im Bereich der Entwässerungsmulden eine generelle Verlegetiefe von 80 cm einzuhalten. Es gelte der Grundsatz, dass die einschlägigen technischen Bestimmungen abschließende Regelungen träfen, die dem Wegebausträger die Ersetzung durch eigene Erwägungen verböten, soweit nicht der konkrete Einzelfall eine abweichende Einschätzung zulasse. Es reiche nicht aus, irgendeine technische Regel festzulegen, deren Einhaltung der Wegebausträger für wünschenswert erachte. Bereits aus diesem Grund sei für eine pauschale Anordnung einer Verlegetiefe von 80 cm kein Raum, erst recht dann nicht, wenn sie nicht räumlich begrenzt und durch die punktuellen räumlichen Umstände einer atypischen Geländesituation begründet sei. Bei dem beantragten Abstand von 200 bis 300 cm zum Fahrbahnrand läge die Telekommunikationslinie teilweise bereits außerhalb der Entwässerungsmulde, teilweise im oberen Bereich der fahrbahnabgewandten Böschung der Entwässerungsmulde. Dabei würden die Telekommunikationslinien nicht in die Sohle von Entwässerungsmulden gelegt, da sich darunter typischerweise auch Entwässerungseinrichtungen wie Kanal- oder Drainagerohre befänden. Die vom Beklagten angeführten Nachprofilierungen beträfen - wenn überhaupt - die Muldensohle, nicht hingegen die Böschungsbereiche. Der Bereich, in dem die Telekommunikationslinie verlegt würde, sei weder von Verlandungen, noch von Nachprofilierungen betroffen. Darüber hinaus sei schon fraglich, ob typischerweise überhaupt in irgendeinem Bereich ein Abtrag von 20 cm erfolge. Das Muldenprofil sei bestimmt durch die in der Mulde eingebauten Entwässerungseinrichtungen, nämlich Kanaleinlässe, Kanaldurchlässe unter Einmündungen und Kanalrohre, was auch auf Lageplan 3/6 des Zustimmungsantrags deutlich werde. Wenn das Muldenprofil

durch einen Abtrag von 20 cm verändert würde, ändere sich die Strömungsmechanik der Mulde erheblich und die Funktion der Entwässerungseinrichtungen wäre gestört. Daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass es bei Nachprofilierungen tatsächlich regelmäßig zu Abtragungen von 20 cm mit der Folge von Beschädigungen komme. Auch soweit die Entfernung von Bewuchs angeführt werde, habe der Beklagte nicht erläutert, warum die Entfernung von oberirdischem Bewuchs schadensträchtig für die unterirdisch verlegte Telekommunikationslinie sei. Zwar erlaube eine Verlegetiefe von 80 cm statt 50 cm dem Wegebausträger bei seinen Baumaßnahmen eine gewisse „Sorglosigkeit“ in Bezug auf die Vorsicht vor Beschädigungen. Jedoch könne dem Wegebausträger nicht die Pflicht abgenommen werden, im Rahmen der allgemeinüblichen Sorgfalt des Tiefbauers vorhandene Versorgungsstrassen zu erkunden und gegebenenfalls vor Schäden zu bewahren oder, wenn solche nicht auszuschließen seien, gemäß § 72 Abs. 1 TKG die Umverlegung von der Klägerin zu fordern. Eine greifbare, über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende Erschwerung der Unterhaltung im Sinne des § 71 Abs. 2 TKG sei mit der Verlegeüberdeckung von 50 cm jedoch nicht verbunden. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sei durch die Verlegeüberdeckung von 50 cm erst recht in keiner Weise berührt.

## 22

6. Der Beklagte erwiderte, obwohl das Schreiben vom 18. Juli 2019 die Überschrift „Amtsfestlegung“ trage, würden die dort aufgeführten Tiefen lediglich als Richtwerte herangezogen, die eine Abweichung im Einzelfall grundsätzlich nicht ausschließen würden. Als ein maßgeblicher Aspekt würden bei der Forderung nach einer Verlegetiefe von 80 cm in einer Entfernung von 1,50 m bis 3,00 m vom Fahrbahnrand Gründe der Straßenunterhaltung genannt. Die „Amtsfestlegung“ stelle lediglich eine Entscheidungshilfe und kein strikt anzuwendendes Regularium dar, der Begriff sei ungeschickt gewählt und missverständlich. Bei Anträgen auf Leitungsverlegungen finde regelmäßig eine Einzelfallprüfung statt, in welcher geprüft werde, ob die Leitungsverlegung künftige Straßenplanungen berühre oder Erschwernisse für den Straßenunterhaltungsdienst darstelle. Die vorliegende Bestimmung der Verlegetiefe beruhe zum einen auf dem Umstand, dass die Straßenunterhaltung nicht mehr als unvermeidbar erschwert werden dürfe und die hier gegebene spezifische Geländebeschaffenheit die Verlegung in der angeordneten Tiefe erfordere. Noch entscheidender sei aber der Umstand, dass der Straßenzustand des betroffenen Streckenabschnitts sehr schlecht und deshalb die Strecke im koordinierten Erhaltungs- und Bauprogramm in die 1. Dringlichkeitsstufe eingestuft worden sei. Auf die dem Schreiben beigefügten Unterlagen aus dem „Koordinierten Erhaltungs- und Bauprogramm 2021-2024 auf Staatsstraßen“ wird verwiesen. Eine Bestandserhaltungsmaßnahme sei in der Zeit zwischen 2021 und 2024 konkret vorgesehen, die Einstufung basiere auf Erhebungen zum Straßenzustand aufgrund Befahrung, der Unfallstatistik und etwa geplanter Maßnahmen Dritter (z.B. gemeindlicher Kanalbau). Diese erfordere Kurvenbegradigungen, die auch die geplante Telekommunikationslinie betreffen, und erfolge, wenn die hierfür erforderlichen Haushaltsmittel zur Verfügung stünden. Lagen die Leitungen in einer Tiefe von lediglich 50 cm, befänden sie sich im Bereich des 60 cm hohen Straßenoberbaus und seien demnach vom Nutzungsberechtigten kurz nach erstmaliger Verlegung auf eigene Kosten abzuändern oder zu beseitigen (vgl. § 72 TKG). Befänden sie sich dagegen in einer Tiefe von 80 cm, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass sie im Zuge der Maßnahmendurchführung an Ort und Stelle verbleiben könnten, ohne dass es kostenaufwendiger Maßnahmen des Nutzungsberechtigten bedürfe. Die Sachlage stelle sich also nicht so dar, dass lediglich die abstrakte Möglichkeit einer zukünftigen Baumaßnahme im Raum stehe, die Konflikte mit der Leitung verursachen könne. Vielmehr sei mit der Umsetzung der Maßnahme hinreichend konkret zu rechnen. Bei dieser Sachlage stelle die Anordnung der Verlegetiefe von 80 cm das Ergebnis einer Abwägung der beiderseitigen Interessen dar. Der „äußere Bereich des Straßengrundstücks“ sei zudem entgegen der klägerischen Ansicht kein legaldefinierter Grundstücksbereich, vielmehr sei der Begriff nach allgemeinem Sprachgebrauch so zu verstehen, dass damit der Bereich gemeint sei, der das Grundstück begrenze. Die Leitungen seien daher so nah an den Rand des Katastergrundstücks zu legen wie technisch möglich und durchführbar.

## 23

7. Mit Schreiben vom 17. November 2020 erwiderte die Klägerin, die Behörde habe sich bei Bescheidung des Zustimmungsantrags an die Amtsfestlegung gebunden gesehen, deren Aufstellen alleine schon ermessensfehlerhaft sei. Jedenfalls führe zu einem Ermessensfehler, dass der Beklagte von einer notwendigen Verlegung am äußersten Bereich des Straßengrundstücks ausgehe. Die Begründung der Ermessensentscheidung werde darüber hinaus ausgetauscht. Im Übrigen wird auf das Schreiben vom 17. November 2020 verwiesen.

**24**

8. In der mündlichen Verhandlung stellte der Klägerbevollmächtigte den im Klagebegründungsschriftsatz vom 25. November 2019 angekündigten Antrag und beantragte weiter hilfsweise, den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 5. Juni 2019 zu verpflichten, über den Antrag der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

**25**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichts- und Behördenakte, wegen des Verlaufs der mündlichen Verhandlung auf das Protokoll vom 20. November 2020 Bezug genommen. Auf die in der Behördenakte befindlichen Lichtbilder und Planunterlagen wird im Übrigen verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

**26**

Die zulässige Anfechtungsklage im Hauptantrag (1.) hat in der Sache keinen Erfolg, da die von ihr angefochtenen Nebenbestimmungen zur Verlegetiefe im Bescheid vom 5. Juni 2019 aufgrund fehlerhafter Ermessensausübung zwar rechtswidrig sind und die Klägerin in eigenen Rechten verletzen, jedoch der Hauptverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmungen nicht rechtmäßig bestehen kann, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (2.). Die zulässigerweise hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage (3.) erweist sich hingegen als begründet, da die Klägerin einen Anspruch auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung des Beklagten über die Beifügung von Nebenbestimmungen zur begehrten Zustimmung hat, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO. Dem gegenüber liegt keine Ermessensreduzierung auf Null vor, weshalb die Sache nicht im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO spruchreif ist (4.).

**27**

1. Die Anfechtungsklage ist zulässig. Insbesondere geht die Kammer in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts davon aus, dass es sich bei den streitgegenständlichen Nebenbestimmungen gemäß § 68 Abs. 3 Satz 8, 9 TKG um selbstständig anfechtbare Teilmaßnahmen handelt (BVerwG, U.v. 6.11.2019 - 8 C 14.18 - juris Rn. 13; U.v. 22.11.2000 - 11 C 2.00 - juris Rn. 25), da es sich bei Nebenbestimmungen zur Zustimmung des Wegebausträgers gemäß § 68 Abs. 3 Satz 8, 9 TKG um solche im Sinne des Art. 36 Abs. 1 Alt. 1 BayVwVfG handelt (Stelkens, TKG-Wegerecht, 1. Aufl. 2010, § 68 Rn. 253 f.; Schütz in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 68 Rn. 41). Ob die Klage in der Sache zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, hängt hingegen davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Dies ist jedoch eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens (BVerwG, U.v. 6.11.2019 - 8 C 14.18 - juris Rn. 15, 18 ff.; U.v. 22.11.2000 - 11 C 2.00 - juris Rn. 25).

**28**

2. In der Sache erweist sich die Anfechtungsklage jedoch als unbegründet, da die angefochtenen Nebenbestimmungen zwar rechtswidrig sind und die Klägerin in eigenen Rechten verletzen, jedoch der angegriffene Hauptverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmungen nicht rechtmäßigerweise bestehen kann, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

**29**

Der Erlass von Nebenbestimmungen in Bezug auf die Verlegetiefe kann dem Grunde nach auf § 68 Abs. 3 Satz 8, 9 TKG gestützt werden. Nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG bedarf die von der Klägerin beabsichtigte Verlegung neuer Telekommunikationslinien der schriftlichen Zustimmung des Trägers der Wegebauast, hier des Beklagten (Art. 3 Abs. 1 Nr. 1, Art. 41 Abs. 1 Nr. 1, Art. 58 Abs. 2 Nr. 1 BayStrWG), es handelt sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Schütz in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 68 Rn. 27). Nach § 68 Abs. 3 Satz 8 Halbs. 1 TKG kann die Zustimmung mit Nebenbestimmungen versehen werden, die diskriminierungsfrei zu gestalten sind. Nach § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG dürfen die Nebenbestimmungen nur die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, die im Bereich des jeweiligen Wegebauastträgers übliche Dokumentation der Lage der Telekommunikationslinie nach geografischen Koordinaten und die Verkehrssicherungspflichten regeln. Zudem ist zu prüfen, ob bei Beifügung der Nebenbestimmungen die allgemeinen Ermessensgrenzen eingehalten sind und ob sie, insbesondere im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele, verhältnismäßig sind (Stelkens, TKG-Wegerecht, 1.

Aufl. 2010, TKG § 68 Rn. 217 f.). Damit liegt eine gebundene Entscheidung insoweit vor, als es um das „Ob“ der Zustimmung zur beantragten Linienführung geht. Die Entscheidung über das „Wie“ der Durchführung der zustimmungspflichtigen Maßnahme steht demgegenüber bezüglich der in § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG abschließend aufgezählten Aspekte im Ermessen des Wegebausträgers (Stelkens, TKG-Wegerecht, 1. Aufl. 2010, TKG § 68 Rn. 210) und dient in erster Linie der Sicherstellung der gesetzlichen Vorgaben des § 68 Abs. 2 S. 1 TKG (vgl. VG Saarland, U.v. 26.2.2002 - 1 K 87/00 - juris, noch zur Vorgängerregelung des § 50 Abs. 3 TKG). Planerische Gesichtspunkte und Fragen der Zweckmäßigkeit der Führung der unterirdisch verlegten Telekommunikationslinie dürfen vom Träger der Wegebauast insoweit nicht in eigener Zuständigkeit geprüft werden, der Rahmen seiner Prüfungskompetenz wird allein durch seine Rechtsstellung als Unterhaltungspflichtiger der Straßen und Wege bestimmt. Nur die Aspekte, für die er als Straßenbauastpflichtiger zuständig ist, unterliegen in dem Verfahren nach § 68 Abs. 3 S. 1 TKG seiner Prüfungskompetenz. Durch die Zustimmungspflichtigkeit soll in erster Linie erreicht werden, dass der Träger der Wegebauast Kenntnis darüber erhält, wo Telekommunikationslinien im öffentlichen Straßenraum verbaut sind und hiervon Pläne fertigen kann. Zu diesem Zweck muss er die konkrete Lage sowie Dimensionierung der Telekommunikationslinie kennen (vgl. VG Aachen, U.v. 27.11.2019 - 8 K 4668/17 - juris Rn. 88).

### 30

a) Unter Anwendung vorgenannter Grundsätze ist der Beklagte vorliegend dem Grunde nach verpflichtet, die Zustimmung zur unterirdischen Verlegung der Telekommunikationslinie zu erteilen. Eine wirksame Übertragung der Nutzungsberechtigung des Bundes auf die Klägerin gemäß § 69 Abs. 1 TKG liegt vor und wird auch von dem Beklagten nicht bestritten. Das Vorhaben beschränkt nicht den Widmungszweck der in Anspruch genommenen Verkehrswege (§ 68 Abs. 1 Satz 1 TKG). Das Vorhaben fällt auch unter die Nutzungsberechtigung nach § 68 Abs. 1 TKG, da eine neue, öffentlichen Zwecken dienende Telekommunikationslinie (§ 3 Nr. 26 TKG) verlegt werden soll. Zudem wird ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 68 Abs. 2 TKG weder vorgetragen, noch ist ein solcher ersichtlich. Der gestellte Antrag entspricht zudem den in den Nutzungsrichtlinien des Bundesministeriums des Verkehrs festgelegten Voraussetzungen (im Internet:

<https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/nutzungsrichtlinien-03-2020.pdf?blob=publicationFile>, abgerufen am 20.11.2020), so dass der Antrag nicht zu unbestimmt ist. Der Beklagte kann damit nicht geltend machen, die mit dem Antrag eingereichten Planunterlagen seien nicht ausreichend. In diesem Fall hätte er den Antrag vielmehr ablehnen und der Klägerin die Antragsunterlagen zurückgeben müssen.

b) Der Beklagte durfte unter Anwendung dargestellter Grundsätze auch Nebenbestimmungen in Bezug auf die zu beachtende Verlegetiefe treffen.

### 31

Die Festsetzung von Verlegetiefen kann auf Grundlage der ATB-BeStra als anerkannten Regeln der Technik getroffen werden. § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG benennt als Zweck für den Erlass von Nebenbestimmungen die Einhaltung der zu beachtenden Regeln der Technik. Regeln der Technik sind alle allgemein zugänglichen Normungen, Richtlinien und Merkblätter. Eine allgemein anerkannte Regel der Technik liegt vor, wenn die technische Regel sich in der praktischen Anwendung bewährt hat und von den einschlägigen Fachkreisen als richtig anerkannt wird. Wie der Gesetzgeber der TKG-Novelle 2012 durch die ausdrückliche Zulassung von Abweichungen in § 68 Abs. 2 Satz 2 TKG n.F. bestätigt hat, gehören zu den zu beachtenden technischen Regeln insbesondere die der ATB-BeStra (Schütz in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 68 Rn. 23; Stelkens, TKG-Wegerecht, 1. Aufl. 2010, TKG § 68 Rn. 271). Diese erlauben grundsätzlich Regelungen zur Verlegetiefe und erfordern in gewissen Bereichen sogar Mindestverlegetiefen („Ob“ der Nebenbestimmung), hinsichtlich der konkreten Tiefe kommt es auf die konkrete Lage der Telekommunikationslinie gemäß den ATB-BeStra an („Wie“ der Nebenbestimmung), wie der Blick insbesondere auf Nr. 3.1.3 Abs. 3 und Abs. 4 ATB-BeStra verdeutlicht.

### 32

Darüber hinaus kann der Erlass von Nebenbestimmungen in Bezug auf zu beachtende Verlegetiefen auch auf Art. 36 Abs. 1 Alt. 2 BayVwVfG gestützt werden. Nicht von § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG erfasst und damit auch nicht ausgeschlossen ist der Erlass von Nebenbestimmungen, die im Sinne des Art. 36 Abs. 1 Alt. 2 BayVwVfG der Sicherung der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der Zustimmung dienen. Aus der Verwendung des Wortes „nur“ in § 68 Abs. 3 Satz 8 TKG ist nicht zu schließen, der Rückgriff auf

die „Generalmächtigung“ des Art. 36 Abs. 1 Alt. 2 BayVwVfG, die dem Wegebausträger ermöglicht, die Zustimmung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG zu erteilen, obwohl deren Voraussetzungen an sich nicht vorliegen, sei fachrechtlich ausgeschlossen. Derartige Nebenbestimmungen haben eine andere Zielrichtung als Nebenbestimmungen, die auf der Grundlage des § 68 Abs. 3 Satz 8 und 9 TKG erlassen werden (vgl. Stelkens, TKG-Wegerecht, 1. Aufl. 2010, TKG § 68 Rn. 254). Ohne jegliche Regelung zur Verlegetiefe würde der Bescheid vorliegend nicht den in den ATB-BeStra konkretisierten gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen. Die Festlegung einer Verlegetiefe ist insofern zwingend notwendig, um das Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen der Zustimmung nach § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG, namentlich der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik, und damit die Rechtmäßigkeit des Bescheids sicherzustellen. Bei den ATB-BeStra handelt es sich, wie ausgeführt, um anerkannte Regeln der Technik. Als solche sind sie vom Beklagten verbindlich eingeführt worden und konkretisieren einerseits den gesetzlichen Tatbestand, wie sich aus dem unbeschränkten Verweis in § 68 Abs. 2 Satz 2 TKG (vgl. Schwarz in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, VwGO § 114 Rn. 70 f.) und deren in Nr. 1.1 ATB-BeStra dargestellten Sinn und Zweck ergibt, wonach sie beschreiben, wo und in welcher Weise Leitungen unter Berücksichtigung der verkehrlichen und technischen Belange der Straßenbauverwaltung, der Straßennutzer und bereits vorhandener Leitungseinrichtungen verlegt werden können und wie die Verlegung überwacht und geprüft werden muss. Andererseits stellen sie ausweislich derselben Norm verbindliche Vorgaben für die Ausübung des Einzelfallermessens auf, da die technischen Bestimmungen eine allgemeine Grundlage für die gebotene Interessenabwägung und die Gestaltung der technischen Auflagen und Bedingungen, auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, darstellen. Es handelt sich der Sache nach somit um norminterpretierende bzw. normkonkretisierende und daneben auch ermessenslenkende technische Regelungen, welche die Funktion von Verwaltungsvorschriften erfüllen, ohne selbst solche Vorschriften zu sein (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 214 a.E.). Die in die Abwägung einzustellenden Belange werden insbesondere in Nr. 2 Abs. 6 und 7 ATB-BeStra konkretisiert.

### **33**

c) Die Festsetzung einer Verlegetiefe von 80 cm hinsichtlich der längs zur Straße verlaufenden Stationen 0,980 bis 1,094, 1,106 bis 1,261, 1,268 bis 1,319, 1,336 bis 1,618, 1,626 bis 1,786, 1,786 bis 2,001 und 2,015 bis 2,090 im Abschnitt 320 der Staatsstraße ... genügt im Einzelfall jedoch nicht den gesetzlichen Anforderungen, da sie ermessensfehlerhaft ist, § 114 Satz 1 VwGO. Da sich die Nebenbestimmungen bereits in Bezug auf die vorgenannten Abschnitte als rechtswidrig erweisen, kommt es auf die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Nebenbestimmung zur Verlegetiefe im Abschnitt 320 der Staatsstraße ... in Höhe des Kilometers 2,863 quer zur Fahrbahn - mit der Frage einer Beschwer der Klägerin (vgl. 3.1.3 Abs. 4 ATB-BeStra) - nicht mehr an.

### **34**

aa) Die vorgenannten längs zur Straße verlaufenden Stationen liegen ausweislich der Erklärungen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung und der im Zuge derselben besprochenen Planunterlagen (Bl. 66 bis 71 der Akte) im äußeren Bereich des Straßengrundstücks, so dass Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra zur Anwendung kommt.

### **35**

Die ATB-BeStra unterteilen gemäß ihrer Systematik das Straßengrundstück in drei Abschnitte: Fahrbahn mit Standstreifen, Bankett als unbefestigter Seitenstreifen (Nr. 1.2 ATB-BeStra) - beides zusammengefasst unter dem Oberbegriff der Kronenbreite der Straße (Nr. 1.2 ATB-BeStra) - und äußerer Bereich des Straßengrundstücks im Sinne der Nr. 1.2 ATB-BeStra. Der äußere Bereich des Straßengrundstücks umfasst dabei aufgrund seiner Negativabgrenzung zur Kronenbreite der Straße den gesamten Bereich, welcher außerhalb der Bankette, jedoch noch auf dem Straßengrundstück liegt.

### **36**

Wie vom Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung dargelegt, beträgt die Breite des Banketts bei ausgebauten Straßen in der Regel 1,50 m, im vorliegend nicht ausgebauten Abschnitt sei die Bankettbreite jedoch sehr wechselhaft. Teilweise lägen Bankettbreiten von 1,50 m vor, teilweise seien diese jedoch auch deutlich geringer. Die längs zur Straße verlaufenden Stationen sollten ausweislich des dem Bescheid beigefügten Datenblatts allesamt in einem Abstand von 2 bis 3 m zur Fahrbahn verlaufen, so dass diese sämtlich im äußeren Bereich des Straßengrundstücks liegen werden. Die Argumentation des Beklagten, der Bereich des Linienverlaufs liege gemäß Art. 2 Abs. 1 BayStrWG noch auf der Straße und man sei der Klägerin deshalb mit der Festlegung einer Mindestverlegetiefe von unter 1,20 m schon entgegengekommen,

verfängt nicht. Aufgrund der den ATB-BeStra eigenen Regelungssystematik und deren Zweck, die bundesgesetzlichen Regelungen u.a. des TKG zu konkretisieren, verbietet sich ein Rückgriff auf die allgemeine Definition der Bestandteile der Straße in Art. 2 Abs. 1 BayStrWG. Die ATB-BeStra trifft gegenüber Art. 2 Abs. 1 BayStrWG auch eine ganz andere Zielrichtung, da sie nicht den Gegenstand und den Umfang der Widmung des Straßengrundstücks regelt. Darüber hinaus geht es vorliegend um die verschiedenen Bereiche des Straßengrundstücks, hierfür trifft Art. 2 Abs. 1 BayStrWG keine Regelung.

### **37**

Aufgrund der Lage außerhalb jeglicher Ortsdurchfahrt im äußeren Rand des Straßengrundstücks richtet sich die festzusetzende Verlegetiefe nach Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra, welcher eine Mindestüberdeckung (Nr. 1.2 ATB-BeStra) von 50 cm statuiert. Ausweislich des Wortlauts wird ein Mindestwert festgesetzt. Es liegt damit im Ermessen des Trägers der Wegebaukosten, aus berechtigten Gründen (vgl. Nr. 2 Abs. 6, Abs. 7 ATB-BeStra), welche er ordnungsgemäß ermitteln, gewichten und mit den berechtigten - auch wirtschaftlichen - Belangen der Klägerin abwägen muss, eine die Mindestüberdeckung überschreitende Verlegetiefe im Einzelfall anzuordnen.

### **38**

bb) Zwar ist eine Überprüfung der Ermessenserwägungen der Behörde durch das Gericht nur eingeschränkt möglich, weil dieses nur prüft, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist, § 114 Satz 1 VwGO. Gemessen daran liegt jedoch ein Ermessensmissbrauch vor. Es kann dabei offenbleiben, ob der Beklagte sein in Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra eingeräumtes Ermessen schon dadurch unzulässig eingeengt hat, dass er bei der Festlegung der konkret geforderten Verlegetiefe - ausweislich des Schreibens des Staatlichen Bauamts Aschaffenburg an die Klägerin vom 18. Juli 2019 - einer „Amtsfestlegung“ gefolgt ist. Denn selbst wenn der Beklagte - wie er im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dargelegt hat - diese „Amtsfestlegung“ in der Vergangenheit und damit auch im vorliegenden Fall nicht gleichsam schematisch im Sinne einer verbindlichen innerbehördlichen Vorgabe (ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift), sondern im Sinne einer Modifizierungen im Einzelfall zulassenden Leitlinie angewendet hat, welche die Berücksichtigung von besonderen örtlichen Gegebenheiten zulässt, müssen in jedem Einzelfall die Grundsätze pflichtgemäßen Ermessens eingehalten sein, die eine Ermittlung, Gewichtung und Abwägung der berechtigten Gründe (vgl. Nr. 2 Abs. 6, Abs. 7 ATB-BeStra) unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände erfordert (Art. 40 BayVwVfG). Dies ist vorliegend jedoch schon deshalb nicht der Fall, da sowohl die „Amtsfestlegung“ als auch die - nachgeschobenen - Ermessenserwägungen stets nur die Belange des Straßenbaulastträgers im Blick haben, eine hinreichende Einstellung auch der klägerischen Interessen in eine Abwägung jedoch vermissen lassen.

### **39**

Bereits die „Amtsfestlegung“ im Schreiben des Staatlichen Bauamts vom 18. Juli 2019 erweist sich als problematisch, auch wenn im Ergebnis offenbleiben kann, ob eine derartige „vorgezogene“ Ermessensausübung mit der Folge der Selbstbindung der Verwaltung im vorliegenden Fall zulässig ist, denn jedenfalls muss eine Abwägung der berechtigten gegensätzlichen Interessen - insbesondere anhand der in Nr. 2 Abs. 6 und Abs. 7 ATB-BeStra aufgeführten Erwägungen - erfolgen, woran es vorliegend jedoch fehlt. Ausweislich vorgenannten Schreibens gibt es in Bezug auf die Verlegetiefen ein regelmäßiges behördliches Vorgehen des Staatlichen Bauamts Aschaffenburg abhängig vom Abstand der Telekommunikationslinie zur Fahrbahn. Zwar hat der Beklagte vorgetragen, die Überschrift mit „Amtsfestlegung“ sei missverständlich und die Handlungsanweisung sei nicht bindend, sondern betreffe nur einen in die Abwägung einzustellenden Zweck. Allerdings spricht hiergegen bereits der Wortlaut als „Amtsfestlegung“ sowie deren unterschiedslose Anwendung auf den vorliegenden Linienverlauf. Es ist dabei aus den Umständen nicht ersichtlich, dass der Beklagte auch die berechtigten Interessen der Klägerin ermittelt, mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt und einen dem Gewicht der betroffenen Belange entsprechenden Ausgleich vorgenommen hätte. Die Begründung der in der Amtsfestlegung aufgeführten Verlegetiefen wird lediglich auf behördliche „Erfahrungswerte“ und Probleme der Unterhaltung der Straße im Streckenabschnitt gestützt, hingegen kommen Belange der Linienbetreiber nicht zur Sprache. Die pauschale Festlegung von Mindestverlegetiefen in Abhängigkeit vom Abstand zur Fahrbahn berücksichtigt in erster Linie die Eigeninteressen des Straßenbaulastträgers, insbesondere an der möglichst einfachen Straßenunterhaltung, und demgegenüber nur unzureichend die (auch wirtschaftlichen) Interessen des Linienbetreibers.

#### 40

Auch wenn die Handlungsanweisung - wie der Beklagte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgetragen hat - nur einzelne im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung einzustellende Erwägungen enthält, genügt die vorliegend getroffene Ermessensentscheidung im Ergebnis nicht den gesetzlichen Anforderungen. Der Regelungsgeber der ATB-BeStra hat zwar mit der Vorgabe von Mindestverlegetiefen im äußeren Grundstücksbereich (Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra) bereits eine grundlegende abstrakte Abwägung zwischen den Interessen der Straßennutzer und des Wegebausträgers getroffen, wie bereits im Wortlaut „Mindestverlegetiefe“ zum Ausdruck kommt, allerdings ist das Festlegen einer größeren Tiefe durch den Wegebausträger möglich und verlangt eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall anhand der örtlichen Verhältnisse des konkreten Linienverlaufs. Eine solche liegt jedoch selbst bei Berücksichtigung der im gerichtlichen Verfahren nachgeschobenen Erwägungen des Beklagten (§ 114 Satz 2 VwGO) nicht vor.

#### 41

Ob die neuen Gründe für den Verwaltungsakt nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht nachgeschoben werden durften, da sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert, der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt und die ursprüngliche Ermessenserwägung nicht im Kern ausgewechselt wird (vgl. BVerwG, U.v. 20.6.2013 - 8 C 46.12 - juris Rn. 32), kann insofern offenbleiben, da auch die nachgeschobenen Ermessenserwägungen nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ermessensausübung genügen. Ob ein Nachschieben von Gründen zulässig ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht und dem Verwaltungsverfahrenrecht. § 114 Satz 2 VwGO regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen derart veränderte Ermessenserwägungen im Prozess zu berücksichtigen sind (vgl. BVerwG, U.v. 20.6.2013 - 8 C 46.12 - juris Rn. 31). Hierzu ist insbesondere anzumerken, dass im streitgegenständlichen Bescheid eine Ermessenausübung nicht zum Ausdruck kommt. Ein Ermessensausfall, der ein Nachschieben von Ermessenserwägungen unmöglich machen würde, liegt dennoch nicht vor (vgl. BVerwG, U.v. 20.6.2013 - 8 C 46.12 - juris Rn. 32; Decker in BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2020, § 114 Rn. 47). Ob die Behörde einen bestehenden Ermessensspielraum verkannt hat, muss anhand einer Auslegung des Bescheids ermittelt werden. Auch wenn sie in dessen Begründung keine Ermessenserwägungen mitgeteilt hat, so kann sich aus dem Gesamtzusammenhang dennoch ergeben, dass sie eine Ermessensentscheidung getroffen und welche Ermessenserwägungen sie angestellt hat (vgl. BVerwG, B.v. 15.1.1988 - 7 B 182./87 - juris Rn. 7). Das Staatliche Bauamt hat für das Gericht und die Klägerin erkennbar seinen Ermessensspielraum zumindest erkannt, indem es im beigefügten individuellen Datenblatt Verlegetiefen festsetzte, die von der Mindestüberdeckung in Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra abweichen. Aus dem in der Akte befindlichen Vermerk vom 30. Mai 2019, der noch in einem engen zeitlichen Zusammenhang zum Bescheidserlass steht und insofern unter Anwendung angeführter Grundsätze bei der Bescheidsauslegung ebenfalls berücksichtigt werden darf, geht hervor, dass der vorhandene Ermessensspielraum erkannt wurde. Dennoch wurde dieser Spielraum nur unzureichend allein anhand der örtlichen Verhältnisse ausgefüllt.

#### 42

cc) Da der Beklagte auch bei Zugrundelegung der nachgeschobenen Ermessenserwägungen vornehmlich die Belange des Wegebausträgers berücksichtigt und die Belange der Klägerin schon nicht hinreichend ermittelt bzw. nicht mit dem erforderlichen Gewicht in die Abwägung eingestellt hat, liegt ein Ermessensfehler in Form der Ermessensfehleinschätzung vor, § 114 Satz 1 VwGO. Zwar ist dem Beklagten durchaus zuzugestehen, dass es abstrakt gesehen häufiger zu Schäden kommen dürfte, je niedriger die Mindestüberdeckung ist. Selbst wenn die örtlichen Verhältnisse im Einzelfall auf dem gesamten Abschnitt wie behauptet problematisch sein sollten, fehlt es dennoch an einer hinreichenden Ermittlung auch der klägerischen Interessen und deren sachgerechten Abwägung mit den Interessen des Wegebausträgers unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

#### 43

Der Gesichtspunkt der Straßenunterhaltung und die örtlichen Verhältnisse dürfen dabei grundsätzlich in die Abwägung eingestellt werden, sie stellen allerdings immer nur Teilaspekte dar. §§ 71 und 72 TKG treffen für das Nutzungsverhältnis bzw. die Unterhaltung eine eigene, dem Verfahren der Verlegung nach § 68 TKG nachgelagerte Regelung. Allerdings konkretisieren die ATB-BeStra die Regelung des § 68 Abs. 3 TKG. Nr. 2 Abs. 7 ATB-BeStra legt insofern ausdrücklich fest, dass die Leitungen u.a. die Unterhaltung von Straßen und deren Ausstattung nicht mehr als unvermeidbar erschweren dürfen, was zeigt, dass die

Straßenunterhaltung grundsätzlich berücksichtigt werden darf, jedoch trotzdem eine Abwägung der widerstreitenden Interessen zu erfolgen hat („nicht mehr als unvermeidbar“). Außerdem kommt schon in § 68 Abs. 3 Satz 8, 9 TKG zum Ausdruck, dass die Trennung zwischen der Verlegung und der Nutzung bzw. der Unterhaltung regelungssystematisch nicht stringent durchgehalten wird, da u.a. die in § 68 Abs. 3 Satz 9 TKG aufgeführte „übliche Dokumentation“ auch Wirkungen für den nachgelagerten Zeitraum der Unterhaltung zeitigt.

#### 44

Für die Annahme eines Ermessensfehlgebrauchs spricht zudem, dass das Staatliche Bauamt erkennbar von einem falschen Verständnis des in den ATB-BeStra verwendeten Rechtsbegriffs des äußeren Bereichs des Straßengrundstücks ausgegangen ist. Wie aus den Schriftsätzen des Beklagten und seinen Schilderungen in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, ist er der Ansicht, dass damit derjenige Bereich gemeint sei, der das Straßengrundstück nach außen hin abschließe. Tatsächlich kann eine Telekommunikationslinie jedoch auch direkt neben den Banketten, also in dem gesamten Bereich zwischen der Kronenbreite der Straße und dem Rand des Straßengrundstücks verlegt werden, die Verlegung am - wie der Beklagte es selbst nennt - „äußersten Rand des Straßengrundstücks“ ist nicht notwendig. Mit einem solchen Begriffsverständnis will der Beklagte zum Ausdruck bringen, dass die Verlegung möglichst weit außen und so tief wie möglich erfolgen soll. Es hätte aber von der Behörde richtigerweise ermittelt werden müssen, wie weit entfernt von der „Kronenbreite der Straße“ und wie tief die Telekommunikationslinie insbesondere unter Berücksichtigung der örtlichen Umstände des Einzelfalls, etwaig erforderlicher Unterhaltungsarbeiten und der (auch wirtschaftlichen) Interessen des Linienbetreibers auf dem jeweiligen Straßenabschnitt notwendigerweise hätte verlegt werden müssen. Dies ist hier jedoch nicht (hinreichend) erfolgt.

#### 45

Im Ergebnis stellen die technischen Bestimmungen eine allgemeine Grundlage für die gebotene Interessenabwägung und die Gestaltung der Nebenbestimmungen, auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, dar. So werden die maßgeblichen Kriterien insbesondere in Nr. 1.1, Nr. 2 Abs. 6 und 7 ATB-BeStra aufgeführt. Der Beklagte hat die dort genannten Abwägungskriterien aber nicht bzw. nicht mit der gebotenen Gewichtung in eine Abwägung eingestellt, indem er zuvorderst (eigene) Belange des Straßenbaulastträgers berücksichtigt und die Belange der Klägerin vernachlässigt hat. Selbst wenn bei einer Überdeckung von lediglich 50 cm bei einem pauschal angenommenen Abtrag im Muldenbereich von 20 cm nur noch eine Überdeckung von 30 cm vorhanden wäre, so würde dies die Interessen des Linienbetreibers nicht bzw. nur unzureichend berücksichtigen. Es ist nämlich insbesondere einzustellen, dass eine öffentlichen Zwecken dienende Telekommunikationslinie (§ 3 Nr. 26 TKG) verlegt werden soll und eine größere Verlegungstiefe in jedem Fall einen finanziellen Mehraufwand bedeutet. Die im konkreten Fall vorgebrachten Ermessenserwägungen berücksichtigen jedoch solche berechtigten Interessen der Klägerin nicht bzw. nicht ausreichend. Es wird nicht deutlich, warum gerade im gegebenen Streckenabschnitt eine Verlegetiefe von 80 cm nach Abwägung der widerstreitenden Interessen notwendig und angemessen ist.

#### 46

d) Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch auf (isolierte) Aufhebung der angefochtenen Nebenbestimmungen gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, da der rechtswidrige Teil des Verwaltungsakts nicht in der Weise selbständig abtrennbar ist, dass der nicht aufgehobene Teil ohne Änderung seines Inhalts sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Die angefochtene Nebenbestimmung steht mit dem Inhalt des Verwaltungsakts in einem solchen Zusammenhang, dass sie die mit dem Verwaltungsakt ausgesprochene Rechtsgewährung inhaltlich einschränkt und dass nach Aufhebung der Nebenbestimmung der bestehenbleibende Teil des Verwaltungsakts entgegen dem geltenden Recht eine uneingeschränkte Begünstigung enthielte, was materiellrechtlich eine isolierte Aufhebung ausschließt (BVerwG, U.v. 6.11.2019 - 8 C 14.18 - juris Rn. 18 f.; U.v. 17.2.1984 - 4 C 70.80 - juris Rn. 14).

#### 47

Der Hauptverwaltungsakt der Zustimmung kann ohne jegliche Regelung zu den einzuhaltenden Verlegetiefen nicht rechtmäßigerweise bestehen bleiben. Telekommunikationslinien sind gemäß § 68 Abs. 2 Satz 1 TKG so zu errichten und zu unterhalten, dass sie den anerkannten Regeln der Technik, mithin den ATB-BeStra (vgl. § 68 Abs. 2 Satz 2 TKG), genügen. Würde man im vorliegenden Falle die Nebenbestimmung aufheben, so enthielte der Zustimmungsbescheid keine Regelung hinsichtlich der Verlegetiefe mehr. Nr. 3.1.3 ATB-BeStra erfordert jedoch bei Verlegung im äußeren Bereich des

Straßengrundstücks eine Mindestverlegetiefe, so dass der Zustimmungsbescheid ohne Regelung hierzu im Widerspruch zum materiellen Recht stünde. Für die fehlende materielle Abtrennbarkeit spricht darüber hinaus, dass der Abstand zur Fahrbahn und die Verlegetiefe im konkreten Fall modifizierbar sind und die Ausübung von Ermessen erfordern. Dem Gericht ist aufgrund von § 114 Satz 1 VwGO, welcher auch den Grundsatz der Gewaltenteilung konkretisiert, eine selbständige Festlegung einer Verlegetiefe jedoch verwehrt.

#### 48

3. Die Klägerin konnte ihre Klage jedoch in der mündlichen Verhandlung um eine hilfsweise Verpflichtungsklage auf Neuverbescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erweitern, § 91 Abs. 1 VwGO. Diese erweist sich als zulässig und begründet, da die Beifügung der rechtswidrigen Nebenbestimmungen zur begehrten Zustimmung den Anspruch der Klägerin auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nicht erfüllt und sie dadurch in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt, § 113 Abs. 5 Satz 1, 2 VwGO. Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt jedoch nicht vor („Mindestverlegetiefe“, Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra), mangels Spruchreife konnte das Gericht somit nur die Verpflichtung aussprechen, die Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu verbescheiden.

#### 49

a) Die Klageerweiterung in der mündlichen Verhandlung um eine hilfsweise Verpflichtungsklage auf Neuverbescheidung ist nach § 91 Abs. 1 VwGO zulässig. Zur Begründung kann zwar nicht auf § 264 Nr. 2 ZPO zurückgegriffen werden, da die Verpflichtungsklage den Klagegrund erweitert (vgl. Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 91 Rn. 15), allerdings hat der Beklagte der Klageerweiterung nicht widersprochen und sich damit rügelos darauf eingelassen (§ 91 Abs. 2 VwGO), sodass vom Vorliegen der gemäß § 91 Abs. 1 Alt. 1 VwGO erforderlichen Zustimmung auszugehen ist. Mit der hilfsweise erhobenen Verbescheidungsklage kann der Streit darüber hinaus in Gänze ausgeräumt werden, ohne dass der Streitstoff ausgewechselt wird, so dass auch Sachdienlichkeit im Sinne von § 91 Abs. 1 VwGO zu bejahen ist.

#### 50

b) Dem steht auch keine teilweise Bestandskraft des streitgegenständlichen Bescheids entgegen. Der in der Klagebegründung formulierte Antrag dient zunächst nur der Verdeutlichung des Klagebegehrens und wird lediglich für die mündliche Verhandlung angekündigt (Riese in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Januar 2020, § 82 Rn. 23). Zwar ist bei anwaltlicher Vertretung zu beachten, dass durch den konkret angekündigten Antrag und die hierzu gegebene Begründung der Streitgegenstand grundsätzlich festgelegt wird (Riese in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Januar 2020, § 82 Rn. 24). Allerdings hat die Klägerin in der gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO fristwährenden Klageschrift zunächst den ganzen Bescheid angegriffen und den Antrag erst in der Klagebegründung nachgereicht. Aus dem zunächst vollumfänglichen Angriff auf den Zustimmungsbescheid wird deutlich, dass die Klägerin sich gegen den Bescheid als solchen richten möchte. Durch den rechtzeitigen unbeschränkten Angriff auf den Bescheid im Klageschriftsatz ist deshalb kein Ablauf der Klagefrist eingetreten, der Eintritt der Bestandskraft wurde damit aufgeschoben (Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 91 Rn. 14). Ob das Gericht die materielle Teilbarkeit schlussendlich bejaht, ist als Frage der Begründetheit der Klage bei der Antragstellung nicht ersichtlich. Um keine Rechtsschutzmöglichkeiten der Klägerin abzuschneiden, musste es ihr deshalb unbenommen bleiben, ihre Klage in der mündlichen Verhandlung um den hilfsweise gestellten Verbescheidungsantrag zu erweitern.

#### 51

4. Die Verbescheidungsklage erweist sich auch als begründet. Die Beifügung der ermessensfehlerhaften und damit rechtswidrigen Nebenbestimmungen zur klägerseits begehrten Zustimmung verletzt die Klägerin in subjektiv-öffentlichen Rechten, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO. Eine Ermessensreduzierung auf Null lag jedoch nicht vor („Mindestverlegetiefe“, Nr. 3.1.3 Abs. 3 ATB-BeStra), mangels Spruchreife konnte das Gericht somit nur die Verpflichtung aussprechen, die Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu verbescheiden.

#### 52

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1, 3 VwGO. Dem Beklagten konnten die Kosten in Gänze auferlegt werden, da die Klägerin nur zu einem geringen Teil unterlegen ist. Dafür sprach, dass der Anfechtungsantrag gegen die streitbefangenen Nebenbestimmungen im Verbescheidungsantrag aufging

und dieser in der Sache Erfolg hatte. Darüber hinaus scheiterte der Erfolg der Anfechtungsklage lediglich an der materiellen Teilbarkeit des Bescheids.

**53**

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.