

4.5. Duldungspflichten und Ausgleichsansprüche bei der Kreuzung von Telekommunikationslinien mit Bahntrassen

Übersicht

	Rdnr.
A. Einleitung	1
B. Anwendung von § 76 TKG auf Bahngelände	4
I. Anwendungskonkurrenz	4
II. Straßenrechtlicher Verkehrswegebegriff	7
III. Indienststellung der Bahntrassen	10
IV. Widmung der Bahntrassen	14
C. Duldungspflichten	21
I. Erweiterte Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG	25
1. Persönlicher Anwendungsbereich	25
a) Dingliche und schuldrechtliche Nutzungsberechtigung	25
b) Person des Nutzungsberechtigten	35
c) Meldepflicht nach § 6 TKG	38
2. Umfang der erweiterten Duldungspflicht	40
a) Keine Beschränkung auf eine Telekommunikationslinie	40
b) Begriff der Einschränkung	43
c) Keine dauerhafte zusätzliche Einschränkung	48
II. Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG	66
D. Ausgleichsansprüche der Deutschen Bahn AG	74
I. Anspruch aus § 76 Abs. 2 Satz 1 TKG	74
II. Anspruch aus § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG	77
E. Fazit	81

A. Einleitung

Die deutschen Gasversorgungsunternehmen verfügen über ein 30 000 km um-¹fassendes Leitungssystem¹. Häufig sind parallel zu den Versorgungsleitungen Kabelschutzrohre verlegt worden, durch die bislang Kabel für die betriebsinterne Kommunikation oder zu Steuerungszwecken geführt worden sind. Diese – in der Regel leistungsschwachen – Leitungen werden derzeit von den Energieversorgungsunternehmen in Erfüllung ihres Infrastrukturauftrages nach Art. 87f GG hochgerüstet². Die Unternehmer nutzen auf diese Weise die Möglichkeit, die für die Errichtung von Telekommunikationsnetzen erforderlichen Lichtwellenleiterkabel parallel zu den bereits bestehenden Versorgungsleitungen kostengünstig zu ver-

¹ Burgi/Brauner, MMR 2001, 429 (429).

² Wendlandt, MMR 2004, 297 (297).

legen. Hierdurch kann nahezu jeder Punkt in der Bundesrepublik erreicht werden.

- 2 Besondere Rechtsprobleme entstehen bei der Kreuzung von Telekommunikationslinien mit Bahntrassen. Unter dem Begriff der Kreuzung ist dabei jedes Führen der Leitungen über oder in Gelände der *Deutschen Bahn AG* zu verstehen. Auch die Führung von Leitungen und Leitungsrohren parallel zu den Bahntrassen ist daher eine „Kreuzung“. Diese erfolgt in der Praxis häufig auf freien Strecken, bei der Durchleitung öffentlicher Wege sowie innerhalb von Straßenbrücken, die über Bahnlinien führen. Die Kreuzung von Trassen der *Deutschen Bahn AG* mit Gas- und Wasserleitungen ist in einer Vereinbarung vom 23. 12. 1999 geregelt, die zwischen dem *Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft e. V. (BGW)* und der *Deutschen Bahn AG Holding (DB AG Holding)*, vertreten durch die *Deutsche Bahn Immobiliengesellschaft mbH (DBImm)*, die *DB Netz AG* und die *DB Station & Service AG*, abgeschlossen worden ist. Nach dieser Vereinbarung gelten für Kreuzungen die Gas- und Wasserleitungskreuzungsrichtlinien *DB AG/BGW (Richtlinien 2000)*³. Von den Richtlinien sind auch die zugehörigen Fernmelde-, Meß-, Steuer- und Korrosionsschutzkabel umfaßt⁴. Die Geltung der Richtlinien ist bis zum 31. 12. 2009 befristet; sie verlängert sich jedoch um drei Jahre, sofern kein Partner innerhalb von drei Monaten vor dem 31. 12. 2009 der Fortgeltung widerspricht⁵.
- 3 Inhaltlich sehen die Richtlinien den Abschluß eines gesonderten Kreuzungsvertrages für jede einzelne Kreuzung vor⁶. Die Herstellungskosten hat bei erstmaliger Kreuzung nach § 4 der Richtlinien der hinzukommende Partner zu tragen. Kosten der Unterhaltung und Erneuerung tragen hingegen die Partner nach §§ 5, 6 für ihre Anlagen jeweils selbständig.

B. Anwendung von § 76 TKG auf Bahngelände

I. Anwendungskonkurrenz

- 4 Bei der Inanspruchnahme von Grundstücken zu Zwecken der Telekommunikation bestehen nach den §§ 68 und 76 TKG Duldungspflichten der Eigentümer. § 68 TKG regelt die Nutzung von Verkehrswegen, § 76 TKG die Nutzung solcher Grundstücke, die keine Verkehrswege i.S.d. § 68 TKG sind. Beide Vorschriften stehen damit in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. Problematisch ist, welche der beiden Normen Anwendung findet, wenn es sich bei den betroffenen Grundstücken um Bahntrassen handelt.
- 5 Nach § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG besteht bei der Kreuzung von Telekommunikationslinien mit Verkehrswegen ein unentgeltliches, also entschädigungsloses Durchleitungsrecht des Bundes. Der Begriff der Verkehrswege wird in § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG als öffentliche Wege, Plätze und Brücken sowie als öffentliche Gewässer defi-

³ Die Richtlinien ersetzen nach §§ 18 und 18 a die Gas- und Wasserkreuzungsrichtlinien Ausgabe 1980.

⁴ § 1 der Richtlinien

⁵ Nr. 7 der Vereinbarung vom 23. 12. 1999.

⁶ § 2 der Richtlinien.

niert. Die lange umstrittene Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift ist inzwischen durch das *Bundesverfassungsgericht* abschließend geklärt. Aufgrund mehrerer Kommunalverfassungsbeschwerden entschied es, daß die Regelung einer unentgeltlichen Nutzungsberechtigung an öffentlichen Verkehrswegen nicht zu den gemeindlichen Aufgaben mit relevantem örtlichen Charakter gehöre und daher nicht von dem in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG garantierten gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht erfaßt werde⁷. Die beschwerdeführenden Gemeinden hatten geltend gemacht, in der gesetzlichen Anordnung der Unentgeltlichkeit der Straßen- und Wegenutzung liege ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die von ihrer Selbstverwaltungsgarantie umfaßte Finanzhoheit. Das *Bundesverfassungsgericht* hatte die Beschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, da ihnen keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme. Ein Entzug spezifischer Einnahmemöglichkeiten gefährde nicht die Finanzhoheit, solange den Gemeinden anderweitige Finanzquellen offenstünden, die ihre angemessene Finanzausstattung sicherstellten.

Im Gegensatz zur Regelung des § 68 TKG statuiert § 76 Abs. 1 TKG eine Duldungspflicht des Eigentümers eines Grundstücks, das keinen Verkehrsweg im Sinne von § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG darstellt. Für den Eigentümer eines solchen Grundstücks sieht § 76 Abs. 2 Satz 1 TKG eine Entschädigungspflicht des Betreibers der Telekommunikationslinie oder des Eigentümers des Leitungsnetzes vor, sofern die Nutzung des Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt wird. Ferner besteht nach § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG eine einmalige Ausgleichspflicht bei der erstmaligen Nutzung des Grundstücks zu Telekommunikationszwecken im Rahmen der erweiterten Duldungspflicht. Maßgebliches Abgrenzungskriterium für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der beiden Normen ist die Frage, ob Bahntrassen Verkehrswege nach § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG darstellen.

II. Straßenrechtlicher Verkehrswegebegriff

Der Begriff des Verkehrswegs richtet sich nach dem straßenrechtlichen Verkehrsbegriff⁸. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) sind Bundesfernstraßen öffentliche Straßen, die ein zusammenhängendes Verkehrsnetz bilden und einem weiträumigen Verkehr dienen oder zu dienen bestimmt sind. Das Landesrecht definiert öffentliche Straßen überwiegend als diejenigen Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind⁹.

Auffallend ist hier schon die mit dem Telekommunikationsgesetz übereinstimmend verwendete Terminologie. So bedarf die Verlegung neuer und die Änderung vorhandener Telekommunikationslinien nach § 68 Abs. 3 Satz 1 TKG der schriftlichen Zustimmung der Träger der Wegebaukosten. Auch die Gesetzesmaterialien zum Telekommunikationsgesetz deuten auf einen straßenrechtlichen Wegebegriff hin. Nach dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP vom 30. 1. 1996 sollte die konkrete Ausgestaltung der Nutzung der Verkehrswege mit

⁷ Hierzu ausführlich *Püttner*, in diesem Handbuch, Kap. 4.8 Rdnr. 11 ff.; *BVerfG*, NJW 1999, 1952 ff. = CR 1999, 431 ff. = K & R 1999, 176 ff. m. Anm. *Ellinghaus* = DÖV 1999, 336 ff. = DVBl. 1999, 697 ff. = BayVBl. 1999, 243 ff.

⁸ *Burgi/Brauner*, MMR 2001, 429 (430); *Hoeren*, Die Nutzung von Bahntrassen für Telekommunikationszwecke, 1997, S. 7; *Nienhaus*, Wegerechte für Telekommunikationslinien auf Privatgrundstücken, 2000, S. 71.

⁹ So etwa § 2 Abs. 1 StrWG NRW.

dem Wegebausträger abgestimmt werden¹⁰. Nach dem Regierungsentwurf vom 23. 4. 1996 darf durch die unentgeltliche Nutzungsberechtigung die straßenrechtliche Widmung nicht berührt werden¹¹. Bei der gewählten Begrifflichkeit handelt es sich um eine spezifisch straßenrechtliche Terminologie. Der systematische Zusammenhang mit der Vorschrift des § 68 Abs. 1 TKG erfordert daher eine straßenverkehrsrechtliche Auslegung, wovon offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen ist. Hiefür spricht auch die für den 3. Abschnitt des Telekommunikationsgesetzes gewählte amtliche Überschrift, die sich auf „Wegerechte“ bezieht. Herkömmlich versteht man unter Wegerecht die ursprünglich auf den Weggebrauch und die Wegeerhaltung beschränkte, nunmehr aber erheblich erweiterte Rechtsmaterie, deren Rahmen sich aus den Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder ergibt¹².

- 9 Der im Telekommunikationsgesetz verwendete Begriff des Verkehrswegs ist daher mit dem straßenrechtlichen Begriff der Straße gleichzusetzen.

III. Indienststellung der Bahntrassen

- 10 Für die Begründung des besonderen rechtlichen Status einer Straße als öffentliche Sache bedarf es ihrer tatsächlichen Indienststellung und Benutzung durch die Öffentlichkeit, sowie des hoheitlichen Rechtsakts der Widmung¹³. Im Falle der Bahntrassen fehlt es an beiden Voraussetzungen.
- 11 Durch die tatsächliche Indienststellung soll die Nutzung der Straße durch die Öffentlichkeit zur Erfüllung ihrer spezifischen Gemeinwohlfunktion umfassend gewährleistet werden¹⁴. Die öffentliche Straße unterliegt damit dem Gemeingebrauch. Sondergebrauch und der Begriff der öffentlichen Straße sind rechtlich nicht miteinander vereinbar¹⁵.
- 12 Bezogen auf die Bahntrassen müssten diese folglich jedermann, wenn auch durch den Widmungszweck begrenzt, zum freien Gebrauch zugänglich sein. Zwar haben nach §§ 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)¹⁶ auch private Unternehmen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Der Betrieb von Eisenbahnfahrzeugen bedarf jedoch nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 AEG einer Genehmigung. Diese darf nach § 6 Abs. 2 AEG nur erteilt werden, wenn der Antragsteller die notwendige Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und die erforderliche Sachkenntnis besitzt. Im Antragsverfahren nach § 2 EBZugV¹⁷ ist die

¹⁰ BT-Drs. 13/3609, S. 49.

¹¹ BT-Drs. 13/4438, S. 15.

¹² Kodal/Krämer, Straßenrecht – Systematische Darstellung des Rechts der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze in der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. 1999, Kap. 1 Rdnr. 2.

¹³ von Danwitz, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 7. Kap. Rdnr. 16; Herber, in: Kodal/Krämer (o. Fußn. 12), Kap. 7 Rdnr. 15.

¹⁴ von Danwitz, in: Schmidt-Aßmann (o. Fußn. 13), Rdnr. 16.

¹⁵ So schon Wolf, Das Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899, 1916, S. 28 u. 47, der darauf abstellt, daß das Eisenbahngelände lediglich dem Transportgewerbe der Eisenbahnen diene und nicht dem Allgemeingebrauch; v. Rohr, Das Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899, 1900, S. 33.

¹⁶ Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27. 12. 1993 in der Fassung vom 3. 8. 2005 – AEG, BGBl. I 1993, S. 2378.

¹⁷ Eisenbahnunternehmer-Berufszugangsverordnung vom 27. 10. 1994 in der Fassung vom 3. 6. 2005 – EBZugV, BGBl. I 1994, 3203.

finanzielle Leistungsfähigkeit durch Vorlage des Jahresabschlusses oder gegebenenfalls einer Vermögensübersicht nachzuweisen. Die erforderliche Fachkunde besitzt nach § 3 EBZugV nur, wer als Betriebsleiter nach § 2 Abs. 2 oder 3 EBV¹⁸ durch die Aufsichtsbehörde bestätigt ist. Ferner unterstehen die Betreiber nach § 5 AEG der Eisenbahnaufsicht. Zwar sind aufgrund des § 14 Abs. 4 AEG die sich aus der Benutzung der fremden Infrastruktur ergebenden administrativen, technischen und finanziellen Fragen durch Vereinbarung in einem privatrechtlichen Vertrag zu regeln. Im Streitfall zwischen Bewerber und Infrastrukturihaber entscheidet jedoch nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit, sondern nach § 14 Abs. 5 AEG das *Eisenbahn-Bundesamt*, also eine Behörde des *Bundesverkehrsministeriums*.

Diese doch erheblichen Einschränkungen des freien Zugangs zum Schienennetz, insbesondere die Genehmigungspflicht, sind mit dem Begriff des Gemeingebrauchs nicht vereinbar. Zudem wird die Genehmigung nach § 6 Abs. 3 AEG nur Eisenbahnverkehrsunternehmen, Haltern von Eisenbahnfahrzeugen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen erteilt. Ein jedermann zugänglicher Gebrauch ist daher nicht gegeben¹⁹. Die für die Eigenschaft als öffentlicher Verkehrsweg notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der Indienststellung liegt bei Eisenbahntrassen somit nicht vor. Schon aus diesem Grund fallen Eisenbahntrassen nicht in den Anwendungsbereich des § 68 TKG. Ohne vorherige oder spätere Indienststellung entsteht auch im Falle einer Widmung kein öffentlicher Verkehrsweg. Die Indienststellung ist vielmehr für die Widmung zwingend erforderlich²⁰.

IV. Widmung der Bahntrassen

Aber auch wenn die Bahntrassen tatsächlich als öffentliche Verkehrswege genutzt würden, würden sie dem Anwendungsbereich des § 76 TKG unterfallen, da die tatsächliche Indienststellung keine ausreichende Bedingung für die Entstehung eines öffentlichen Verkehrsweges ist. Notwendig hinzukommen muß die öffentlich-rechtliche Widmungsverfügung²¹. Dies ergibt sich aus dem Bundesfernstraßengesetz sowie den entsprechenden Regelungen der Straßen- und Wegegesetze der Länder. Nach § 2 Abs. 1 FStrG erhält eine Straße die Eigenschaft einer Bundesfernstraße durch Widmung. Unter einer Widmung im Sinne des Straßenverkehrsrechts versteht man die durch die Rechtsordnung mit Rechtswirkung verbundene Bestimmung einer Sache für einen öffentlichen Zweck²². Dies entspricht dem Grundsatz des öffentlichen Sachenrechts, wonach der öffentliche Rechtsstatus nur aufgrund eines hoheitlichen Rechtsakts entstehen kann²³. Die Widmungsverfügung ist eine mitwirkungsbedürftige, formgebundene und rechtsgestaltende dingliche Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 Alt. 2 VwVfG, die die Sache dem Gemeingebrauch unterstellt²⁴. Diese straßen-

¹⁸ Verordnung über die Bestellung und Bestätigung sowie die Aufgaben und Befugnisse von Betriebsleitern für Eisenbahnen – Eisenbahnbetriebsleiterverordnung vom 7. 7. 2000 – EBV, BGBl. I 2000, S. 1023.

¹⁹ BGH, NJW-RR 2004, 1314 ff. = MMR 2004, 608 (608).

²⁰ Herber, in: Kodal/Krämer (o. Fußn. 12), Kap. 7 Rdnr. 15.2.

²¹ Burgi/Brauner, MMR 2001, 429 (430); Scholtka, in: Wissmann, Telekommunikationsrecht, 2003, Kap. 8 Rdnr. 9.

²² Herber, in: Kodal/Krämer (o. Fußn. 12), Kap. 7 Rdnr. 1.

²³ Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 1998, S. 4.

²⁴ Papier (o. Fußn. 23), S. 41.

rechtliche Widmung ist aber nicht mit der bahnrechtlichen Widmung gleichzusetzen, die im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens erfolgt und der Bahntrasse die Eigenschaft einer öffentlichen Sache verleiht. Wegerechtlich entscheidend – und damit für den Begriff des öffentlichen Verkehrswegs nach § 68 TKG maßgeblich – ist allein der straßenrechtliche Widmungsbegriff, der die Sache dem Gemeingebrauch zuordnet.

- 15 Es liegt daher auf der Hand, daß Bahntrassen mangels Widmungsverfügung keine öffentlichen Sachen sind²⁵. Zwar sind im Straßenrecht Ausnahmen von dem Erfordernis einer formbedürftigen Widmungsverfügung anerkannt. So sieht etwa § 36 Abs. 4 Landesstraßengesetz Rheinland-Pfalz (LStrGRP) eine Fiktion der Widmung durch die Verkehrsübergabe vor. Dies gilt aber nur im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens, in dem die Widmung mit der Maßgabe verfügt wird, daß sie mit der Verkehrsübergabe wirksam wird.
- 16 Ferner rechtfertigen auch die Grundsätze der unvordenklichen Verjährung keine andere Betrachtungsweise. Im Straßenrecht ist anerkannt, daß bei älteren Wegen, die seit jeher von jedermann wie ein öffentlicher Weg benutzt worden sind, bei denen also freier und ungehinderter Zugang besteht, eine ausdrückliche oder nach altem Recht ausreichende konkludente Widmung vermutet wird²⁶. Da es bei Bahntrassen schon an einem freien und ungehinderten Zugang fehlt, kommt eine Anwendung dieser Grundsätze nicht in Betracht.
- 17 Auch der Wille des Gesetzgebers spricht für die Anwendung des § 76 TKG auf Schienennetze. Der Begriff der öffentlichen Wege in § 50 TKG a. F. sollte dem Begriff der öffentlichen Wege im Telegraphenwege-Gesetz (TWG)²⁷, dem Vorgänger des Telekommunikationsgesetzes, entsprechen. Der Regierungsentwurf zum TKG ging davon aus, daß das unentgeltliche Durchleitungsrecht nach dem Telegraphenwege-Gesetz vor der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes bereits dem Bund zustand²⁸. Nach § 1 Satz 1 TWG war die Telegraphenverwaltung befugt, die Verkehrswege für ihre öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenlinien zu benutzen. Nach § 1 Satz 2 TWG galten als Verkehrswege im Sinne des Gesetzes öffentliche Wege, Plätze, Brücken und öffentliche Gewässer unter Einbeziehung des Luftraums und des Erdkörpers. Hierbei war anerkannt, daß der Begriff des öffentlichen Weges Eisenbahnnetze nicht umfaßte²⁹. Dies schloß man zum einen daraus, daß die für den öffentlichen Verkehr bestimmten Eisenbahnen nicht in § 1 Satz 2 TWG ausdrücklich genannt wurden; zum anderen sah man Eisenbahnen nur als beschränkt öffentliche Sachen an, da ihre Benutzung nicht jedermann offen freistand, sondern dem Publikum nur unter bestimmten Bedingungen eingeräumt wurde³⁰. Aus diesem Grund erfuhren die Wegerechte in Bezug auf Eisenbahngelände eine eigenständige gesetzliche Regelung. Nach § 15 TWG sollten die bestehenden Vorschriften und Vereinbarungen über die Rechte der Telegraphenverwaltung zur

²⁵ So auch *Ulmen*, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsrecht – Komm., 2002, § 57 Rdnr. 2.

²⁶ *Fickert*, Straßenrecht in NRW – Komm., 3. Aufl. 1989, § 2 Rdnr. 11; beispielhaft OVG NW, Urteil vom 26. 11. 2003 – Az.: 11 A 251/01, Abs. 106.

²⁷ Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899, RGBl. 1899, S. 705.

²⁸ BT-Drs. 13/3609, S. 48.

²⁹ *Kämmerer/Eidenmüller*, Post- und Fernmeldewesen, 1969, S. 100 Anm. 9; *Hotz*, Das Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899 unter besonderer Berücksichtigung der für das Königreich Bayern gültigen verwaltungsrechtlichen Vorschriften, 1910, S. 80.

³⁰ *Schelcher*, Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899, 1900, S. 10.

Benutzung der Eisenbahngelände durch das Telegraphenwege-Gesetz nicht berührt werden. Die Vorschrift bezog sich auf einen Beschluß des *Bundesrates* vom 21. 12. 1868³¹, der nach § 18 TWG weiterhin Gültigkeit beanspruchte. Nach diesem Beschluß wurden die Eisenbahnverwaltungen verpflichtet, „die Benutzung des Eisenbahnterrains, welches außerhalb des vorschriftsmäßigen freien Profils liegt und, soweit es nicht zu Seitengräben, Einfriedungen usw. benutzt wird, zur Anlage von oberirdischen und unterirdischen Bundes-Telegraphenlinien unentgeltlich zu gestatten“. Rechtlich handelt es sich dabei um einen öffentlich-rechtlichen Staatsvertrag³².

Bei der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes im Jahre 1996 sollte der vom Telegraphenwege-Gesetz verwendete Begriff der öffentlichen Verkehrswege in seiner bisherigen Bedeutung übernommen werden. Schon im Referentenentwurf vom 6. Oktober 1995 wurde darauf hingewiesen, daß die Definition der Verkehrswege „dem Telegraphenwege-Gesetz entnommen“ sei und „unverändert fortgelten“ solle³³. Zweck der Neufassung war allein die Gewährleistung der durch die dritte Stufe der Postreform eingeleiteten vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes. Der Bund sollte das ihm originär zugewiesene Durchleitungsrecht nach Satz 1, welches bisher allein zugunsten der *Deutsche Telekom AG* bestand, auf die nach dem Wegfall des Netzmonopols zu erwartenden weiteren privaten Wettbewerber, die eine Lizenz erhielten, übertragen³⁴. Anhaltspunkte für ein verändertes Verständnis des Begriffes der öffentlichen Wege ergeben sich aus dem Regierungsentwurf hingegen nicht.

Eine veränderte Rechtslage ergibt sich auch nicht durch die im Rahmen der Bahnreform von 1993 erfolgte Umwandlung des nicht-rechtsfähigen Sondervermögens *Deutsche Bundesbahn* in das privatrechtliche Unternehmen *Deutsche Bahn AG*³⁵. Dies ist Konsequenz der vorherrschenden dualistischen Konstruktion des Rechtsstatus öffentlicher Sachen. Hiernach richtet sich das Eigentum nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jedoch lastet im Falle des Bestehens von Privateigentum aufgrund der Widmung für einen öffentlichen Zweck auf diesem ein beschränktes dingliches Recht, nämlich eine Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts³⁶. Anknüpfungspunkt für die Eigenschaft als öffentlicher Verkehrsweg ist allein diese öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit; ob im übrigen privatrechtliches Eigentum besteht, ist insofern unerheblich³⁷.

Schienenwege sind somit keine öffentlichen Verkehrswege i. S. v. § 68 TKG³⁸. Sie unterliegen vielmehr dem Anwendungsbereich des § 76 TKG.

³¹ Bundesratsbeschluß über die Verpflichtungen der Eisenbahnverwaltungen im Interesse der Bundes-Telegraphenverwaltung vom 21. 12. 1868; auszugsweise abgedruckt in: *v. Rohr* (o. Fußn. 15), S. 144.

³² *Aubert/Klingler*, Fernmelderecht/Telekommunikationsrecht – Systematische Darstellung – Band II, 4. Aufl. 1990, 2. Kap. Rdnr. 272.

³³ O. Fußn. 28, S. 33.

³⁴ BT-Drs. 13/3609, S. 49.

³⁵ Die Bahnreform erfolgte 1993 durch Änderung des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG und Einfügung des Art. 87e GG durch Gesetz vom 20. 12. 1993 (BGBl. I 1993, 2089) sowie das Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG) vom 27. 12. 1993 (BGBl. I 1993, 2378).

³⁶ *Papier* (o. Fußn. 23), S. 10.

³⁷ Offen gelassen *Nienhaus* (o. Fußn. 8), S. 79.

³⁸ *BGH*, NJW-RR 2004, 1314 ff. = *MMR* 2004, 608 (608); *Holznapel/Enaux/Nienhaus*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 558; *Nienhaus* (o. Fußn. 8), S. 81; *Hoe-*

C. Duldungspflichten

- 21 Nach § 76 Abs. 1 TKG kann der Eigentümer des Grundstücks die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung von Telekommunikationslinien insoweit nicht verbieten, als auf dem Grundstück eine durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage auch für die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung einer Telekommunikationslinie genutzt und hierdurch die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird *oder* das Grundstück durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Die Vorschrift normiert damit zwei unterschiedliche Duldungspflichten. Die weitergehende Alternative des § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG betrifft die Nutzung von Grundstücken, die bereits mit Nutzungsrechten belastet sind. Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, daß zugunsten der Energieversorgungsunternehmen zahlreiche dingliche und schuldrechtliche Nutzungsrechte zur Durchleitung von Versorgungsleitungen, wie etwa Gas-, Strom-, Wasser-, Abwasser- und Fernwärmeleitungen, bestehen. Da entlang dieser Leitungen vielfach Betriebskabel zur Steuerung und Überwachung der Versorgungsleitungen oder zur innerbetrieblichen Kommunikation verlegt sind, ist eine Hochrüstung durch Nachverlegung von Lichtwellenleitern mit geringem wirtschaftlichem Aufwand möglich. Die Versorgungsleitungen liegen innerhalb eines Schutzstreifens, dessen Nutzung dem Grundstückseigentümer aufgrund der bestehenden Rechte untersagt ist. Dies bietet die Möglichkeit, weitere Kabelschutzrohre zur Aufnahme von Lichtwellenleitern innerhalb des Schutzstreifens zu verlegen. Der Ausbau des öffentlichen Telekommunikationsnetzes kann so schnell und unter Ausnutzung des vorhandenen Know-how der Versorgungsunternehmen im Bereich der Leitungsverlegung vorangetrieben werden.
- 22 Geringere Bedeutung kommt der Vorschrift des § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG zu. Diese regelt eine Duldungspflicht unabhängig von bereits bestehenden Rechten. Unter Berücksichtigung des nach Art. 14 GG gewährten Schutzes des Grundeigentums besteht hiernach eine Duldungspflicht nur bei einer unwesentlichen Beeinträchtigung der Nutzung des Grundstücks. Die Vorschrift ist damit Ausdruck der allgemeinen Sozialpflichtigkeit des Eigentums und bringt das Allgemeininteresse an einer flächendeckenden und angemessenen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen mit dem Interesse des Privateigentümers an der ungehinderten Nutzung seines Grundstücks zu einem billigen Ausgleich.
- 23 Die Vorschrift des § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist die speziellere Norm³⁹, da sie ein bereits bestehendes Recht voraussetzt. Neben ihr ist aber auch § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG anwendbar. Die Zulässigkeit der Verlegung von Lichtwellenleitern parallel zu Bahntrassen kann sich daher aus beiden Vorschriften ergeben. Den Duldungspflichten ist gemein, daß sie – im Gegensatz zu der Vorgängernorm § 10 TGW – die unterirdische Verlegung von Telekommunikationsleitungen ermöglichen⁴⁰. Dies ergibt sich aus der Verwendung des Begriffes der Telekommunikationslinien. Dieser umfaßt nach § 3 Nr. 26 TKG ober- oder unterirdisch geführte Telekommunikationskabelanlagen ein-

ren (o. Fußn. 8), S. 9; *ders.*, MMR 1998, 1 (2); *Demmel*, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht – Band 1, Stand: Febr. 2006, § 57 Rdnr. 2; *Schäfer/Just*, ArchivPT 1997, 200 (201).

³⁹ BGH, NJW 2000, 3206 (3207) = MMR 2000, 689 (691) = CR 2000, 823 (825).

⁴⁰ BT-Drs. 13/4438, S. 17f.

schließlich ihrer zugehörigen Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, ihrer Masten und Unterstützungen, sowie ihrer Kabelschächte und Kabelkanalrohre.

Versuchen, Duldungspflichten für öffentliche Telekommunikationslinien aus den den Energieversorgungsunternehmen bestellten Dienstbarkeiten herzuleiten, ist die Rechtsprechung entgegengetreten⁴¹. Vielfach berechtigen diese Dienstbarkeiten neben der Verlegung der Energieversorgungsleitungen auch zur Verlegung von Kabeln zu Überwachungs- und Steuerungszwecken. Vereinzelt wird angenommen, hieraus lasse sich ein Recht zur Durchleitung von Telekommunikationslinien unter dem Gesichtspunkt der Bedarfssteigerung herleiten⁴². Richtig ist zwar, daß der Umfang einer Dienstbarkeit nicht schon bei ihrer Bestellung in allen Einzelheiten feststehen muß, sondern sich mit den wirtschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen verändern und bei steigendem Bedarf auch anwachsen kann; eine bloße Steigerung der Nutzungsintensität wird daher von der Dienstbarkeit mit umfaßt. Im Falle der Aufrüstung der Leitungen zu öffentlichen Telekommunikationszwecken liegt aber neben der erhöhten Nutzungsintensität auch eine qualitative Veränderung der Zweckbestimmung vor. Eine solche ist auch unter Gesichtspunkten der Bedarfssteigerung nicht mehr von der Dienstbarkeit gedeckt.

I. Erweiterte Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG

1. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Dingliche und schuldrechtliche Nutzungsberechtigung

Die erweiterte Duldungspflicht erfordert nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG eine auf dem Grundstück bestehende, durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage. Die Vorschrift ist insofern ungenau, als eine Leitung oder Anlage nicht durch ein Recht gesichert werden kann, sondern lediglich ihre Nutzung⁴³.

Die Norm bedarf eines weiteren Korrektivs. Nach ihr besteht eine Duldungspflicht nur dann, wenn auf dem Grundstück bereits tatsächlich eine Leitung oder Anlage vorhanden ist. Damit würden Fälle nicht erfaßt, bei denen zugunsten der Energieversorger ein Recht bestellt ist, das tatsächlich noch nicht genutzt wird. Für das Bestehen der Duldungspflicht kann es aber nur auf das Bestehen des Rechts und nicht auf dessen Ausübung ankommen, da sich der Grundstückseigentümer schon mit der Einräumung des Rechts seiner Befugnisse nach § 903 BGB, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, begeben hat. Da ihm hierfür eine Vergütung zusteht, ist er nicht schutzwürdiger als im Falle einer bereits erfolgten Nutzung des Rechts. Er mußte vielmehr jederzeit mit der Errichtung einer Versorgungsanlage rechnen.

Für diese erweiterte Auslegung der Norm spricht auch das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel einer umfassenden Verwertung bestehender Nutzungsrechte zu Telekommunikationszwecken. Ein tatsächliches Vorhandensein der Leitung oder Anlage ist daher für das Bestehen der Duldungspflicht nicht erforderlich⁴⁴.

⁴¹ BGH, NJW 2000, 3206 (3207) = MMR 2000, 689 (690); OLG Oldenburg, NJW 1999, 957 (957 f.) = MMR 1999, 173 (173 f.).

⁴² Hamm, Anm. zum Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22. 10. 1998, in: MMR 1999, 165 (166).

⁴³ Hoeren (o. Fußn. 8), S. 16.

⁴⁴ BGH, NJW 2002, 678 (679); Ulmen, in: Scheurle/Mayen (o. Fußn. 25), § 57 Rdnr. 5; Nienhaus (o. Fußn. 8), S. 123 f.; anders Demmel, in: Manssen (o. Fußn. 38), § 57 Rdnr. 3.

- 28 Problematisch ist ferner, ob die Nutzung durch ein dingliches Recht gesichert sein muß oder ob eine schuldrechtliche Vereinbarung ausreicht. Bedeutung hat diese Fragestellung insbesondere für die Kreuzung der Telekommunikationslinien mit Bahntrassen, da die *Deutsche Bahn AG* regelmäßig keine dinglichen Rechte zugunsten der Energieversorger bestellt, sondern traditionell schuldrechtliche Gestattungsverträge – sogenannte Kreuzungsverträge – abschließt. Dies gilt auch nach den derzeit geltenden Gas- und Wasserleitungskreuzungsrichtlinien DB AG/BGW. Nach § 3 Abs. 1 der Richtlinien bestellt die *Deutsche Bahn AG* den Gas- und Wasserversorgungsunternehmen keine dinglichen Sicherheiten an ihren Grundstücken. Nur im Falle der Veräußerung eines Grundstücks wird zu deren Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt⁴⁵.
- 29 Der Wortlaut der Vorschrift spricht für eine Einbeziehung schuldrechtlicher Verträge, da die Leitung oder Anlage nur allgemein durch ein Recht gesichert sein muß. Der Begriff des Rechts umfaßt neben dinglichen auch obligatorische Rechte.
- 30 In der Literatur wird häufig darauf hingewiesen, daß nach der Beschlußempfehlung des *Ausschusses für Post und Telekommunikation* vom 12. 6. 1996⁴⁶ der Anwendungsbereich der Vorschrift auf dingliche Rechte begrenzt sei⁴⁷. Tatsächlich wird in der Begründung zu Abs. 1 von „dinglich gesicherten Leitungen“ und zu Abs. 2 von einer „vertraglich und dinglich gesicherten“ Durchleitung ausgegangen. Die zitierte Beschlußempfehlung setzt sich mit der Frage der Art des Rechtes jedoch nicht auseinander, da sie insofern vom Gesetzesentwurf der *Bundesregierung*⁴⁸ nicht abweicht. Vielmehr sollte durch die Einfügung des Merkmals der Dauerhaftigkeit klargestellt werden, daß das Grundstück etwa zur Errichtung von Telekommunikationslinien auch kurzfristig mit technischem Gerät befahren bzw. in ähnlicher Weise in Anspruch genommen werden kann⁴⁹. Dieser Regelungszweck besteht aber unabhängig von der Art des gewährten Rechts.
- 31 Stärker ins Gewicht fällt der vom Gesetzgeber verwendete Begriff des gesicherten Rechts, da insofern an eine dingliche Sicherheit gedacht werden kann. Die Möglichkeiten der Sicherung eines Rechts sind jedoch mannigfaltig. Neben der Bestellung von dinglichen Rechten fallen hierunter auch vielfältige schuldrechtliche Vereinbarungen, die zu Sicherungszwecken getroffen werden können. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Art der Sicherheit hat der Gesetzgeber gerade nicht vorgenommen.
- 32 Auch aus der Sicht des Grundstückseigentümers gibt es keinen Grund für eine Differenzierung zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Sicherheiten. Der Einwand, bei einem solchen Verständnis der Norm wäre ein schwerwiegender Eingriff in die Privatautonomie gegeben, greift nicht. In beiden Fällen hat der Eigentümer sein Grundstück „belastet“, da sich auch die schuldrechtliche Vereinbarung auf die Nutzung des Grundstücks bezieht. Hierfür erhält der Grundstückseigentümer einen Geldausgleich, der es rechtfertigt, das Grundstück im Rahmen der erweiterten Duldungspflicht auch zu öffentlichen Telekommunikationszwecken zu nutzen. Für den Grundstückseigentümer bedeutet es keinen Unterschied, ob die Nutzung aufgrund einer schuldrechtlichen oder dinglichen Vereinbarung erfolgt.

⁴⁵ § 3 Abs. 2 der Richtlinien 2000.

⁴⁶ BT-Drs. 13/4864 (neu).

⁴⁷ *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, § 57 Rdnr. 20.

⁴⁸ BT-Drs. 13/4438.

⁴⁹ BT-Drs. 13/4864, S. 81.

Im Ergebnis würde eine Beschränkung auf dingliche Rechte dem Normzweck widersprechen. Auch nach der erfolgten Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes trägt der Bund nach Art. 87f GG die Verantwortung für eine flächendeckende und angemessene Grundversorgung im Bereich der Telekommunikation. Um diesem Infrastrukturgewährleistungsauftrag nachzukommen, sollten mit der Einführung der erweiterten Duldungspflicht die von privaten Energieversorgungsunternehmen entlang ihrer Versorgungsstrassen verlegten Kabel, die bisher für betriebliche Kommunikation genutzt wurden, zu öffentlichen Netzen ausgebaut werden⁵⁰. Die Nutzung einer bereits vorhandenen Infrastruktur ermöglicht einen wirtschaftlichen und bedarfsgerechten Ausbau der Telekommunikationsnetze und trägt damit dem zentralen gesetzgeberischen Ziel Rechnung. Da die Energieversorgungsunternehmen mit der *Deutschen Bahn AG* in der Regel nur schuldrechtliche Gestattungsverträge über die Nutzung der Grundstücke abgeschlossen haben, wäre dieser Normzweck bei einer Beschränkung auf dingliche Rechte nicht zu erreichen. Daher bezieht die Literatur im Ergebnis zutreffend den Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf schuldrechtliche Verträge⁵¹. 33

Weitgehend Einigkeit besteht darüber, daß das bestehende Recht nicht speziell die Durchleitung von Telekommunikationslinien, wenn auch nur zu innerbetrieblichen Zwecken, umfassen muß⁵². Hierfür bieten weder der Wortlaut der Vorschrift noch die Gesetzesmaterialien irgendwelche Anhaltspunkte. Vielmehr wäre der Anwendungsbereich unter Zugrundelegung dieser Auffassung weit eingeschränkt; das dargestellte gesetzgeberische Ziel wäre übergebührend gefährdet. Zudem geht § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG ersichtlich davon aus, daß auch bei einer bisher fehlenden Nutzung zu Telekommunikationszwecken eine Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 gegeben sein kann; denn gerade für diesen Fall sieht die Norm einen einmaligen Ausgleichsanspruch des Grundstückseigentümers vor. 34

b) Person des Nutzungsberechtigten

In § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG wird der Nutzungsberechtigte nicht positiv genannt. Die Vorschrift knüpft passiv an die Duldungspflicht des Eigentümers an. Fraglich ist, ob der Betreiber der Telekommunikationslinie mit dem Rechteinhaber identisch sein muß. Die Norm fordert jedoch lediglich, daß an dem Grundstück eine durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage besteht. Sie ist unpersönlich formuliert und gibt keinen Hinweis darauf, daß der Betreiber und der Rechtsinhaber identisch sein müssen⁵³. Die Frage ist durch die Neufassung des Telekommunikationsgesetzes geklärt. § 76 Abs. 2 Satz 1 TKG sieht als Schuldner eines Ausgleichsanspruchs den Betreiber der Telekommunikationslinie und den Eigentümer des Leitungsnetzes vor. Beide haften nach § 76 Abs. 2 Satz 3 TKG gemäß § 840 Abs. 1 BGB als Gesamt- 35

⁵⁰ Bullinger, ArchivPT 1998, 105 (118).

⁵¹ Bornhofen, in diesem Handbuch, Kap. 4.3 Rdnr. 46; Ulmen, in: Scheurle/Mayen (o. Fußn. 25), § 57 Rdnr. 3; Schütz, in: Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 20; Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2002, Teil 6 Rdnr. 257; Schlotka, in: Wissmann (o. Fußn. 21), Kap. 8 Rdnr. 105; Burgil/Brauner, MMR 2001, 429 (435); Ellinghaus, CR 1999, 420 (423); Hoeren (o. Fußn. 8), S. 17.

⁵² Bornhofen, in diesem Handbuch, Kap. 4.3 Rdnr. 50 ff.; Schütz, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 21; Schlotka, in: Wissmann (o. Fußn. 21), § 57 Rdnr. 116; aber anders Schmidt, Anm. zum Urteil des LG Hanau vom 30. 5. 1997, in: ArchivPT 1997, 224 (225).

⁵³ Hoeren, MMR 1998, 1 (4); Demmel, in: Manssen (o. Fußn. 38), § 57 Rdnr. 9.

schuldner. Das Gesetz geht daher ersichtlich von der Möglichkeit einer Personenverschiedenheit von Rechtsinhaber und Betreiber aus.

- 36 Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Rechtsinhaber im Falle einer Personenverschiedenheit dem Betreiber der Telekommunikationslinie seine Rechte zur Ausübung überlassen oder übertragen kann. Eine isolierte Übertragung des Duldungsanspruchs ist nicht möglich, da aus § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG allein der Rechtsinhaber berechtigt ist⁵⁴. Zwar wird in Abs. 2 allgemein auf den Betreiber der Telekommunikationslinie abgestellt, jedoch berücksichtigt das Gesetz damit nur den Umstand, daß der Ausgleichsanspruch theoretisch⁵⁵ auch für die Duldungspflicht nach Abs. 1 Nr. 2 gilt, die keine Inhaberschaft eines Rechts voraussetzt. Durch die erweiterte Duldungspflicht sollte hingegen nur der Anwendungsbereich vorhandener Rechte erweitert werden. Eine Trennung von Leitungsrecht und Rechtsinhaberschaft ist folglich nach dem Gesetz nicht vorgesehen. Daher sind dem Betreiber der Telekommunikationslinie die Leitungsrechte in ihrer Gesamtheit zur Ausübung zu übertragen.
- 37 Auch wenn der Eigentümer des Grundstücks selbst Telekommunikationsanlagen errichtet, um diese an interessierte Telekommunikations-Unternehmen weiterzuvermieten, ist § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG anzuwenden. Der Eigentümer ist in diesem Fall allerdings verpflichtet, Konkurrenz auf seinem eigenen Grundstück zuzulassen. Für eine entsprechende Beschränkung der Vorschrift finden sich im Gesetz jedoch keine Anhaltspunkte. Die Duldungspflicht entfällt zwar bei einer dauerhaften zusätzlichen wesentlichen Einschränkung der Nutzbarkeit. Verluste, die aufgrund einer Konkurrenzlage entstehen, werden hiervon jedoch nicht erfaßt⁵⁶.

c) Meldepflicht nach § 6 TKG

- 38 Bis zur Novelle des Telekommunikationsgesetzes im Jahre 2004 war unklar, ob zur Errichtung von Telekommunikationslinien ausschließlich Lizenznehmer nach § 6 TKG a.F. berechtigt waren. Problematisch war dies in den Fällen, in denen neben den Telekommunikationsunternehmen weitere Dienstleister an der Errichtung der Anlagen und Leitungen beteiligt waren. Häufig übernehmen dritte Unternehmen diese Aufgaben, um dann den Telekommunikationsunternehmen die Leitungen zu vermieten. Überwiegend wurde eine Beschränkung der Vorschrift auf Lizenznehmer verneint⁵⁷. Hiergegen sprach vor allem der Vergleich mit § 50 TKG a.F., nach dem das unentgeltliche Durchleitungsrecht nur Lizenznehmern zustand. In § 57 TKG a.F. war eine solche Beschränkung hingegen nicht vorgesehen.
- 39 Mit der Abschaffung des Lizenzsystems hat sich die Frage erledigt. Wer gewerblich öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt oder gewerblich Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt, muß die Aufnahme, Änderung und Beendigung seiner Tätigkeit nach § 6 TKG nur noch bei der *Regulierungsbehörde* melden. Die Vorschrift dient dazu, der *Regulierungsbehörde* auch nach Abschaffung des Lizenzsystems einen Überblick über die Marktteilnehmer zu verschaffen. Hierdurch soll die *Regulierungsbehörde* die notwendigen Informationen erhalten,

⁵⁴ Hoeren (o. Fußn. 8), S. 24.

⁵⁵ Siehe unter D. I.

⁵⁶ Hoeren (o. Fußn. 8), S. 23.

⁵⁷ BGH, NJW 2000, 3206 (3208) = MMR 2000, 689 (691); Schütz, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 7.

um ihren aufsichtsrechtlichen Aufgaben nachkommen zu können⁵⁸. Die Norm bezweckt somit lediglich eine Dokumentation. Eine zugangsbeschränkende Wirkung ist hingegen nicht vorgesehen.

2. Umfang der erweiterten Duldungspflicht

a) Keine Beschränkung auf eine Telekommunikationslinie

In der Praxis problematisch ist die Frage, ob die Duldungspflicht des Grundstückseigentümers auf die Verlegung eines einzelnen Kabelschutzrohres oder eines einzelnen Kabels beschränkt ist. Hierfür spricht bei oberflächlicher Betrachtungsweise der Wortlaut der Vorschrift, wonach eine durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage auch für die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung *einer* Telekommunikationslinie genutzt werden kann. Der Begriff der Telekommunikationslinie ist in § 3 Nr. 26 TKG definiert. Hiernach sind Telekommunikationslinien unter- oder oberirdisch geführte Telekommunikationskabelanlagen einschließlich ihrer zugehörigen Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, Masten und Unterstützungen, Kabelschächte und Kabelkanalrohre. Eine Einschränkung auf eine bestimmte Zahl von Kabelanlagen ist dem Begriff der Telekommunikationslinien nicht zu entnehmen. Hätte der Gesetzgeber die Duldungspflicht auf die Verlegung eines einzelnen Kabelschutzrohres oder eines einzelnen Kabels beschränken wollen, hätte es einer ausdrücklichen Normierung bedurft⁵⁹. 40

Auch der Zweck der Vorschrift spricht gegen eine solche Auslegung. Die Norm soll den Energieversorgungsunternehmen, die bereits entlang ihrer Versorgungsleitungen Kabel für innerbetriebliche Zwecke verlegt haben, den Aufbau eines öffentlichen Netzes ermöglichen⁶⁰. Dies wäre bei einer Beschränkung auf ein einzelnes Kabel nicht möglich. Nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG darf eine vorhandene Leitung oder Anlage für die Telekommunikationslinie genutzt werden. Der Grundstückseigentümer ist nicht schutzwürdig, wenn die Nutzung seines Grundstücks durch die bereits vorhandene Leitung oder Anlage beeinträchtigt ist, und die Verlegung der Telekommunikationslinien keine zusätzliche Einschränkung mit sich bringt. Nach der Ratio der Vorschrift kommt es nicht auf die Zahl der zu verlegenden Leitungen, sondern nur auf die Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks an. 41

Auch stützt ein Vergleich mit § 68 TKG die hier vertretene Auffassung. Dieser sieht bei der Benutzung öffentlicher Wege keine Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl von Telekommunikationslinien vor. Mit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes wäre es aber nicht vereinbar, wenn Telekommunikationsunternehmen, die auf die Nutzung nicht-öffentlicher Verkehrswege angewiesen sind, gegenüber anderen, die Durchleitungsrechte nach § 68 TKG in Anspruch nehmen, benachteiligt wären. Nach dem Regierungsentwurf zum Telekommunikationsgesetz vom 30. Januar 1996 sollte die Norm gerade den diskriminierungsfreien Wettbewerb gegenüber solchen Anbietern ermöglichen, die überwiegend eine Leitungsführung unter Nutzung öffentlicher Wege realisiert haben⁶¹. 42

⁵⁸ BT-Drs. 15/2316, S. 59 f.

⁵⁹ Im Ergebnis so auch *Heun* (o. Fußn. 51), Rdnr. 78.

⁶⁰ BT-Drs. 13/3609, S. 50.

⁶¹ BT-Drs. 13/3609, S. 50.

b) Begriff der Einschränkung

- 43 Auffallend ist die in § 76 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 TKG unterschiedlich verwendete Begrifflichkeit. Nach Nr. 1 ist eine dauerhafte zusätzliche *Einschränkung* der Nutzbarkeit des Grundstücks nicht mehr von der Duldungspflicht umfaßt; Nr. 2 stellt hingegen auf eine unwesentliche *Beeinträchtigung* des Grundstücks ab. Ob hiermit unterschiedliche Anforderungen an die Eingriffsintensität gestellt werden, ist umstritten.
- 44 Zum einen wird davon ausgegangen, daß es sich bei den gewählten Begriffen um Synonyme handelt⁶².
- 45 Die Gegenansicht deutet den Begriff der Einschränkung restriktiver. Dieser impliziere, daß den theoretischen Möglichkeiten der Nutzung faktische Grenzen gesetzt seien, die nicht ohne weiteres überwunden werden können. Bei einer Beeinträchtigung hingegen stünden der Nutzbarkeit der Sache lediglich überwindbare Hindernisse entgegen⁶³.
- 46 Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Verwendung der unterschiedlichen Begriffe keinen Einfluß auf die Intensität des noch zu dulddenden Eingriffs⁶⁴. Die Divergenz ist allein eine Folge des sprachlichen Kontexts, da in Nr. 1 eine Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks bei einem bereits bestehenden Recht geregelt ist. Insofern ist eine zusätzliche, d. h. über das bestehende Recht hinausgehende Einschränkung des Eigentums nicht zu dulden. Bei der Duldungspflicht nach Nr. 2 bestehen hingegen noch keine Rechte an dem Grundstück, die einschränkbar wären. Es wird daher an dieser Stelle auf die faktische Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Grundstücks abgestellt.
- 47 Für dieses Verständnis sprechen auch die Gesetzesmaterialien. Im Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP zum Telekommunikationsgesetz vom 30. 1. 1996 wurde für beide Alternativen der Begriff der Beeinträchtigung gewählt⁶⁵. Erst auf Empfehlung des Rechtsausschusses⁶⁶ erfolgte die Änderung der Begrifflichkeit. Hiermit sollte allein der Begriff der Unwesentlichkeit sprachlich konkretisiert werden⁶⁷, eine inhaltliche Änderung war hingegen nicht gewollt.

c) Keine dauerhafte zusätzliche Einschränkung

- 48 Nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG besteht eine erweiterte Duldungspflicht, wenn die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Dies gilt nur dann, wenn auf dem Grundstück eine durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage auch für die Errichtung, den Betrieb und die Erneuerung einer Telekommunikationslinie genutzt wird. Das *Bundesverfassungsgericht* hat inzwischen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift festgestellt und sie als eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG angesehen⁶⁸.
- 49 In Bezug auf das Sicherungsrecht wird hier insbesondere auf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 BGB abgestellt. Eine solche wurde in der

⁶² Hoeren (o. Fußn. 8), S. 13.

⁶³ Nienhaus (o. Fußn. 8), S. 152 f.

⁶⁴ Anders: Demmel, in: Manssen (o. Fußn. 38), § 57 Rdnr. 20.

⁶⁵ BT-Drs. 13/3609, S. 19.

⁶⁶ RA-PR. 13/45, S. 16 f.

⁶⁷ Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Post und Telekommunikation, BT-Drs. 13/4864 (neu), S. 81.

⁶⁸ BVerfG, NJW 2001, 2960 ff. = MMR 2001, 521 ff.

Vergangenheit häufig Energieversorgungsunternehmen bestellt, um die Versorgungsleitungen über die betroffenen Grundstücke leiten zu können. Daneben bestehen vielfach schuldrechtliche Gestattungsverträge, die ebenfalls als Rechte im Sinne der Norm anzusehen sind⁶⁹. Um die so belasteten Grundstücke auch für Telekommunikationszwecke nutzen zu können, hat der Gesetzgeber eine Duldungspflicht eingeführt, die es den Energieversorgungsunternehmen ermöglicht, bei der Verlegung der Telekommunikationslinien über den vertraglich vorgesehenen Nutzungszweck hinauszugehen.

Die erweiterte Duldungspflicht des § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG ermöglicht intensivere 50
Einschränkungen der Nutzbarkeit des Grundstücks als die Duldungspflicht nach Nr. 2⁷⁰. Sie zwingt zur Duldung einer mehr als nur unwesentlichen Beeinträchtigung⁷¹. Damit erfaßt die Norm auch wesentliche Beeinträchtigungen, die über die Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG hinausgehen. Im Falle der erweiterten Duldungspflicht hat sich der Grundstückseigentümer durch die Vereinbarung eines Nutzungsrechts bereits wesentlicher Befugnisse nach § 903 BGB gegen Erhalt einer Vergütung begeben. Dies rechtfertigt einen Eingriff in seine Rechte, der bei isolierter Betrachtung mehr als eine Beschränkung des Eigentums aufgrund der allgemeinen Sozialpflichtigkeit darstellt. Die Grenze der noch zulässigen wesentlichen Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks ist dabei erst dann überschritten, wenn die Einschränkung von dauerhafter Natur ist. Im Falle der Duldungspflicht nach Nr. 2 bestehen hingegen keine Vorbelastungen des Grundstücks. Den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt ein solcher Eingriff in das Eigentum nur dann, wenn er nach Intensität, Schwere und Tragweite unwesentlich ist.

Eine zusätzliche Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks liegt dann vor, 51
wenn die telekommunikationsspezifische Nutzung über die Art der Grundstücksnutzung, die durch das bestehende Recht gewährt wird, hinausgeht. Erforderlich ist insofern ein qualitatives Plus⁷², da eine zulässige Einschränkung der Nutzbarkeit noch gegeben wäre, wenn die telekommunikative Nutzung von dem bestehenden Recht bei unterstellter Nutzung zu Energieversorgungszwecken gedeckt wäre. Insofern käme es weder auf die Wesentlichkeit noch auf die Dauerhaftigkeit der Einschränkung an, da schon keine zusätzliche Einschränkung vorläge. § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG erweitert damit die nach einem bereits bestehenden Recht geduldeten Nutzungszwecke auf solche der Telekommunikation unter Zulassung solcher zusätzlicher Einschränkungen, die nicht von wesentlicher oder dauerhafter Natur sind.

Für die Bestimmung des Umfangs der Duldungspflicht ist daher darauf abzustel- 52
len, ob die für Telekommunikationszwecke erforderlichen Eingriffe von dem bestehenden Recht gedeckt wären, wenn sie zu Zwecken der Energieversorgung vorgenommen würden oder nicht wesentlich darüber hinausgingen. Grundlegend ist zwischen dem Errichtungsakt und dem bloßen Vorhandensein der Telekommunikationslinie zu unterscheiden⁷³. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Wesentlichkeitsschwelle aufgrund der zeitlichen Begrenzung für den Errichtungsakt höher anzuset-

⁶⁹ Oben C. I. 1. a).

⁷⁰ So auch *Schuster*, MMR 1999, 137 (139).

⁷¹ *Scholtka*, in: *Wissmann* (o. Fußn. 21), Kap. 8 Rdnr. 102.

⁷² *Nienhaus* (o. Fußn. 8), S. 155; *Schütz*, *Beck'scher TKG* (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 25.

⁷³ *Schuster*, MMR 1999, 137 (139).

zen ist als für die Einschränkungen aufgrund des dauerhaften Betriebs der Telekommunikationslinie⁷⁴.

- 53 Im Falle der Nachverlegung von Lichtwellenleitern in bereits vorhandene Kabelschutzrohre ist eine dauerhafte zusätzliche Einschränkung durch den Errichtungsakt ohne weiteres abzulehnen⁷⁵. Die Verlegung der Lichtwellenleiter-Kabel erfolgt heute unter Einsatz modernster Einblastechniken⁷⁶, die die Nutzung des Grundstücks in keiner Form beeinflussen. Die Kabel können auf einer Länge von 2000m mit Druckluft eingeblasen werden⁷⁷. Erdlöcher müssen nur am Anfang und Ende des Rohres gegraben werden, soweit nicht schon ein Zugangskasten oder eine andere Eingangsstelle vorhanden ist⁷⁸. In der Regel erfolgt das Ausheben der Baugruben außerhalb des betroffenen Grundstücks, so daß eine wesentliche Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks ausscheidet⁷⁹. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Verlegung in einem Arbeitsschritt und somit in einem zeitlich sehr begrenzten Rahmen vorgenommen wird. Folglich ist auch keine dauerhafte Einschränkung i.S.d. § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG gegeben⁸⁰. Die Nachverlegung von Lichtwellenleitern ist daher auch wegen ihres vorübergehenden Charakters zu dulden.
- 54 Aber auch im Falle der Neuverlegung von Kabelschutzrohren liegen die Voraussetzungen der erweiterten Duldungspflicht vor.
- 55 Dies könnte zweifelhaft sein, da bei der Neuverlegung nicht das bereits vorhandene Kabelschutzrohr für die neue Telekommunikationslinie genutzt wird. § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG verlangt aber, daß die durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage für die Errichtung der Telekommunikationslinie genutzt wird. Deshalb geht das *OLG Düsseldorf* davon aus, daß die Neuverlegung eines Kabelschutzrohres nicht mehr vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt sei⁸¹. Durch die Neuverlegung werde die bisher zur betriebsinternen Kommunikation und zur Steuerung und Überwachung der Energieversorgungsleitungen dienende Leitung in technischer Hinsicht nicht für die Errichtung einer Telekommunikationslinie genutzt. Im Ergebnis kommt das Gericht aber über eine erweiterte Auslegung der Vorschrift zu einer Anwendbarkeit von § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG a.F. Der Schutzstreifen selbst sei nicht als Anlage im Sinne der Vorschrift anzusehen. Jedoch erfasse die erweiterte Duldungspflicht nach der Intention des Gesetzgebers den gesamten rechtlich geschützten räumlichen Bereich, in dem Energieversorgungsleitungen verlegt seien.
- 56 Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf es dieses Umwegs nicht. Unter Zugrundelegung der Auffassung des *OLG Düsseldorf* würde es sich bei den Begriffen der Anlage und der Leitung um Synonyme handeln. § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG unterscheidet aber zwischen beiden Begriffen. Der Begriff der Anlage ist schon nach dem Wortsinn weiter gefaßt als der der Leitung⁸². Würde man den Begriff der Anlage auf das Kabelschutzrohr beschränken, käme ihm neben dem Begriff der Leitung keine eigenständige Bedeutung zu, da der Begriff der Versorgungsleitung das

⁷⁴ Schütz, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 10; Schuster, MMR 1999, 137 (139).

⁷⁵ So auch Schuster, MMR 1999, 137 (139); Hoeren, MMR 1998, 1 (2).

⁷⁶ Hoeren (o. Fußn. 8), S. 15; König/Teuffer in diesem Handbuch, Kap. 2.2 Rdnr. 38 ff.

⁷⁷ Ders., MMR 1998, 1 (1).

⁷⁸ Wendlandt, MMR 2004, 297 (298).

⁷⁹ Scholtka, in: Wissmann (o. Fußn. 21), Kap. 8 Rdnr. 109.

⁸⁰ Schuster, MMR 1999, 137 (139).

⁸¹ *OLG Düsseldorf*, NJW 1999, 956 (956) = MMR 1998, 533 (534).

⁸² Schütz, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 27.

Kabelschutzrohr mit umfaßt. Dies kann nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein. Unter einer Anlage ist vielmehr nicht nur das bestehende Kabelschutzrohr mit den darin verlegten Kabeln zu verstehen, sondern der gesamte für die unterirdische Verlegung von Erdgasleitungen und Zubehör geschützte räumliche Bereich⁸³. Damit wird auch der Schutzstreifen erfaßt. Nur dieses Verständnis des Begriffs der Anlage entspricht dem Zweck des Gesetzes. Das Ziel einer flächendeckend angemessenen Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen kann nur durch einen chancengleichen Wettbewerb der Telekommunikationsanbieter gewährleistet werden. Da in neuerer Zeit im Zusammenhang mit der Installation von Versorgungsleitungen immer mehr Schutzrohre zur Aufnahme weiterer Leitungen verlegt werden müssen, bedarf es der Nutzung des gesamten Schutzstreifens zum Ausbau des öffentlichen Telekommunikationsnetzes⁸⁴.

Zwar wird der Begriff der Anlage in § 1020 BGB in einem engeren Sinne verstanden; dies läßt jedoch keinen zwingenden Rückschluß auf die im Telekommunikationsgesetz verwendete Begrifflichkeit zu. Sowohl § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG als auch § 19g WHG gehen von einem weiten Anlagenbegriff aus. Bei einer engeren Auslegung würden willkürliche und wirtschaftlich sinnlose Ergebnisse erzielt. Unternehmen, die breitere Kabelschutzrohre verlegt hätten, würden gegenüber anderen privilegiert. Auch wäre die Nutzung von stillgelegten Versorgungsleitungen zu Telekommunikationszwecken trotz bestehender Nutzungsrechte nicht möglich. Dies widerspricht aber der Intention des Gesetzgebers und dem verfassungsrechtlich verankerten Infrastrukturauftrag.

Ferner ist es dem Grundstückseigentümer ohnehin verwehrt, den durch das bestehende Recht gesicherten Schutzstreifen zu eigenen Zwecken zu nutzen. Daher kann es für die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Grundstücks keinen Unterschied machen, ob die neu zu verlegenden Telekommunikationsleitungen in ein bereits vorhandenes oder in ein neues Kabelschutzrohr eingezogen werden.

Die Verlegung des Kabelschutzrohrs innerhalb des Schutzstreifens stellt daher die Nutzung einer Anlage zur Errichtung einer Telekommunikationslinie dar⁸⁵.

Eine zusätzliche dauerhafte Beschränkung der Nutzbarkeit liegt bei der Neuverlegung von Kabelschutzrohren nicht vor. Die Neuverlegung erfolgt heute unter weitgehender Schonung des Grundstücks. Vorwiegend werden geschlossene Verlegetechniken verwendet, bei denen die Einziehung eines Grabens nicht mehr erforderlich ist; die mit erheblichen Kosten verbundene Wiederherstellung der Grundstücksoberfläche wird auf diese Weise vermieden. Zum Unterqueren von Bahnkreuzungen wird das Naßbohrverfahren (HDD-Verfahren = Horizontal Directional Drilling) angewendet, bei dem sich der Bohrkopf von der Start- bis zur Zielgrube sendergesteuert durch den Untergrund bohrt⁸⁶. Das dabei anfallende überschüssige

⁸³ So auch *Nienhaus* (o. Fußn. 8), S. 118; *Schuster*, MMR 1999, 137 (140); *Hamm*, Anm. zum Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 22. 10. 1998, in: MMR 1999, 165 (167); anders *Demmel*, in: *Manssen* (o. Fußn. 38), § 57 Rdnr. 6; *Ellinghaus*, CR 1999, 420 (423 f.), der aber durch eine erweiternde Auslegung des Begriffs der Anlage zur Anwendung von § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG kommt; *OLG München*, OLGR München 2000, 128 (128).

⁸⁴ *BGH*, NJW 2002, 678 (679).

⁸⁵ So auch *BGH*, NJW 2002, 678 (679); *Hamm*, Anm. zum Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 22. 10. 1998, in: MMR 1999, 165 (167).

⁸⁶ Im einzelnen hierzu *König/Teuffer*, in diesem Handbuch, Kap. 2.2 Rdnr. 48 ff.; *Nienhaus* (o. Fußn. 8), S. 17 f.

Bodenmaterial wird mit Druckwasser oder Druckluft aus dem Bohrloch hinausgepreßt, so daß das Grundstück hierdurch in seiner Nutzbarkeit nicht weiter beeinträchtigt wird. Hat der Bohrkopf die Endgrube erreicht, wird das Kabelschutzrohr beim Zurückziehen des Bohrers in das Bohrloch hineingezogen. Die Verlegetechnik ermöglicht es, die Arbeiten durchzuführen, ohne den Ablauf und die Sicherheit des Bahnverkehrs zu gefährden.

- 61 Aber auch bei offenen Verlegungstechniken, etwa parallel zu den Bahntrassen, wird die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht zusätzlich wesentlich eingeschränkt. Hier wird die sogenannte Kabelpflugtechnik verwendet, bei der ein Spezialgerät das Erdreich in einigem Abstand zur Versorgungsleitung aufschlitzt⁸⁷. Nachdem das Kabelschutzrohr in den entstandenen Graben hinabgelassen wurde, stürzt das Erdreich oberhalb des Rohres in sich zusammen. Nach der anschließenden Glättung des Bodens ist der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt.
- 62 Auch durch das bloße Vorhandensein bzw. den Betrieb der Telekommunikationsleitung wird die Nutzbarkeit des Grundstücks nicht zusätzlich wesentlich eingeschränkt. Die bisherigen Vereinbarungen der Bahn mit den Gasversorgungsunternehmen sahen in der Regel auch die Verlegung von Lichtwellenleitern zur Steuerung und Überwachung der Gasversorgungsleitungen oder zur innerbetrieblichen Kommunikation vor. Für den Betrieb der Bahntrassen macht es aber keinen Unterschied, ob ein Kabelschutzrohr, das unter der Trasse hindurchführt, mit einem schwächeren, für innerbetriebliche Zwecke genutztem, oder einem leistungsfähigeren Lichtwellenleiter bestückt ist, der dem Ausbau eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes dient⁸⁸. Das leistungsfähigere Kabel nimmt weder einen größeren Raum ein, noch gehen von ihm andere weitergehende Einschränkungen der Nutzbarkeit aus. Durch die Auswechslung der Telekommunikationsleitung verändert sich daher die Situation des Grundstücks nicht, so daß die Voraussetzungen der Duldungspflicht vorliegen⁸⁹.
- 63 Dies gilt auch, wenn die hinzukommende Telekommunikationsleitung in einem zusätzlichen Kabelschutzrohr betrieben wird. Erforderlich ist insofern nur, daß das Rohr innerhalb des Schutzstreifens verlegt wird. Der Grundstückseigentümer ist in diesem Bereich durch die Kreuzungsvereinbarungen ohnehin von der Nutzung des Grundstücks ausgeschlossen.
- 64 Auch ein eventuell gesteigertes Haftungsrisiko des Grundstückseigentümers hinsichtlich einer möglichen Beschädigung der Telekommunikationslinie hat auf den Umfang der Duldungspflicht keinen Einfluß⁹⁰. Dagegen wird vereinzelt angeführt, im Falle einer fahrlässigen Beschädigung der Kabel hafte der Grundstückseigentümer für alle damit verbundenen Schäden, etwa für die Reparatur der Leitungen oder den entgangenen Gewinn. Damit trage der Grundstückseigentümer ein beachtliches Haftungsrisiko, welches ihm nicht zuzumuten sei⁹¹. Dieses Haftungsrisiko schränkt die Nutzbarkeit des Grundstücks jedoch nicht zusätzlich ein, da der

⁸⁷ Nienhaus (o. Fußn. 8), S. 17; Hoeren, MMR 1998, 1 (2).

⁸⁸ OLG Frankfurt am Main, NJW 1997, 3030 (3031) = MMR 1999, 161 (163) und MMR 1998, 40 (41) im vorläufigen Rechtsschutz.

⁸⁹ BGH, NJW 2002, 678 (680); NJW 2000, 3206 (3208) = CR 2000, 823 (825) = MMR 2000, 689 (691); OLG Frankfurt am Main, MMR 1999, 161 (163) m. Anm. Hamm.

⁹⁰ BGH, NJW 2000, 3206 (3208) = CR 2000, 823 (825) = MMR 2000, 689 (691); OLG Frankfurt am Main, (o. Fußn. 89).

⁹¹ Schmidt, ArchivPT 1996, 306 (306).

Grundstückseigentümer schon vor der Verlegung des Lichtwellenleiter-Kabels aufgrund des Gestattungsvertrages oder einer bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dazu verpflichtet war, Handlungen zu unterlassen, die das Kabelschutzrohr beschädigen⁹². Durch die Einziehung eines neuen Kabels oder die Neuverlegung eines Kabelschutzrohres wird diese von vornherein bestehende Beschränkung nicht erweitert. Ausweislich der Gesetzesbegründung dient die erweiterte Duldungspflicht dem Ausbau innerbetrieblich genutzter Kabel zu öffentlichen Telekommunikationslinien. Diese „Aufrüstung“ ist aber stets mit einer Wertsteigerung und daher mit einem höheren Haftungsrisiko verbunden. Bei Berücksichtigung eines gesteigerten Haftungsrisikos würde der Anwendungsbereich der Vorschrift weitgehend eingeschränkt⁹³.

§ 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG stellt zudem auf physische Beeinträchtigungen des Grundstücks ab⁹⁴. Dies ergibt sich zum einen daraus, daß auf Einschränkungen der Nutzbarkeit abgestellt wird. Zum anderen ist die Vorschrift des § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG ersichtlich § 906 Satz 1 BGB nachempfunden⁹⁵. Für diese Norm ist anerkannt, daß sie nur auf physische Beeinträchtigungen Anwendung findet⁹⁶. Bei näherer Betrachtung ist das Haftungsrisiko auch nicht unangemessen hoch. Bei einer üblichen Verlegungstiefe von 0,90–1,50 m ist eine Beschädigung des Rohres oder der Kabel bei einer gewöhnlichen Nutzung des Grundstücks nahezu ausgeschlossen⁹⁷. Bei einem potentiellen Schadensfall wird der überwiegende Teil des Schadens beim Endkunden durch einen entsprechenden Nutzungsausfall entstehen. Solche mittelbaren Schäden sind aber nach ständiger Rechtsprechung nicht ersatzfähig⁹⁸. Das Haftungsrisiko ist daher auf die Substanzverletzung am Kabel beschränkt.

Im Ergebnis sind somit sowohl die Neuverlegung als auch die Nachverlegung nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG zu dulden.

II. Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG

Nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG besteht eine Duldungspflicht auch dann, wenn das Grundstück durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift war lange Zeit umstritten. Inzwischen hat das *Bundesverfassungsgericht* entschieden, daß die Norm eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Grundeigentums i. S. v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellt⁹⁹.

Vereinzelt wird angeführt, § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG betreffe nur die Beeinträchtigung des Grundstücks durch das Vorhandensein der Telekommunikationslinie, nicht aber durch den Errichtungsakt¹⁰⁰. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, der von der Beeinträchtigung des Grundstücks durch die *Benutzung* spreche. Hiergegen spricht jedoch die Gesetzesbegründung. § 56 TKG a.F. sollte nach

⁹² So schon OLG Frankfurt am Main, NJW 1997, 3030 (3031).

⁹³ BGH, NJW 2000, 3206 (3208) = MMR 2000, 689 (691).

⁹⁴ Schuster, MMR 1999, 137 (139).

⁹⁵ Hierzu unter C. II.

⁹⁶ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 65. Aufl. 2006, § 906 Rdnr. 10.

⁹⁷ Schuster, MMR 1999, 137 (139).

⁹⁸ BGHZ 86, 152 (156).

⁹⁹ BVerfG, NJW 2000, 798 ff. = MMR 2000, 87 ff.

¹⁰⁰ Heun (o. Fußn. 51), Rdnr. 290.

der Intention des Gesetzgebers den Auf- und Ausbau von Telekommunikationsnetzen regeln¹⁰¹. Der Begriff der Benutzung ist daher weit auszulegen. Er umfaßt neben dem eigentlichen Betrieb der Anlage alle Handlungen, die mit der Errichtung oder der Aufrechterhaltung des Betriebs im Zusammenhang stehen.

- 68 Für die Frage, ob eine unwesentliche Beeinträchtigung des Grundstücks nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG vorliegt, kann auf die von der Rechtsprechung für § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden¹⁰². Hierfür spricht zunächst der vergleichbare Regelungsgegenstand der beiden Normen. Sie statuieren Duldungspflichten der Grundstückseigentümer im Falle einer unwesentlichen Beeinträchtigung. Gegenstand der Beeinträchtigung ist jeweils die Nutzung des Grundstücks¹⁰³. Dies ergibt sich für § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG aus dem Umstand, daß bei einer fehlenden Beschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks jegliches Ausschließungsinteresse des Grundstückseigentümers fehlen würde¹⁰⁴. Gegen die Heranziehung von § 906 BGB wird zwar eingewendet, daß diese Vorschrift Einwirkungen durch Imponderabilien regelt und daß nach § 906 Abs. 3 BGB die Zuführung der Stoffe durch eine besondere Leitung von der Anwendung ausgenommen sei¹⁰⁵; daher sei die Norm zur Bestimmung der Duldungspflicht bei der Verlegung von Telekommunikationslinien ungeeignet. Jedoch ist für die Auslegung der Vorschriften nicht die Art der zugeführten Stoffe maßgeblich, sondern der Umfang der Beeinträchtigung des Herrschaftsbereichs des Eigentümers. Dieser ist aber schon im Hinblick auf Art. 14 GG einheitlich zu bestimmen¹⁰⁶.
- 69 Ferner wird gegen die Anwendung des § 906 BGB der Regelungszweck der Vorschrift vorgebracht. Die Norm solle einen Ausgleich zwischen Grundstücksnachbarn schaffen, da die Interessen der Eigentümer bei der Ausübung ihrer Nutzungsrechte kollidierten¹⁰⁷. Diese Situation ist aber mit der des § 76 TKG vergleichbar. Im Rahmen der Duldungspflichten steht das Interesse des Grundstückseigentümers an der ungehinderten Ausübung seiner Rechte nach § 903 BGB dem öffentlichen Interesse an der adäquaten Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen gegenüber.
- 70 Weiter wird gegen den Rückgriff auf § 906 BGB vorgebracht, daß dieser eine reine Duldungspflicht statuiere, nach § 76 Abs. 1 TKG dem Berechtigten aber ein Anspruch auf Nutzung zustehe¹⁰⁸. Auch dieser Einwand geht fehl, da § 906 BGB nur deswegen keinen Anspruch gewährt, weil die Norm die Zuführung *unwägbarer* Stoffe regelt. Für den Umfang der Duldungspflicht ist in beiden Fällen auf die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Grundstücks abzustellen. Diese ist jedoch unabhängig von einer bestehenden Berechtigung oder der Art der zugeführten Stoffe und kann daher nur einheitlich bestimmt werden.

¹⁰¹ BT-Drs. 13/3609, S. 50.

¹⁰² So zuletzt BGH, NJW-RR 2004, 1314 (1314) = MMR 2004, 608 (608); BVerfG, NJW 2000, 798 (799) = MMR 2000, 87 (89); Freund, NVwZ 2003, 408 (414).

¹⁰³ Nienhaus (o. Fußn. 8), S. 170; Schütz, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 9; Schäfer/Just, ArchivPT, 1997, 200 (203); anders BGH, NJW-RR 2004, 1314 (1314) = MMR 2004, 608 (608).

¹⁰⁴ Nienhaus (o. Fußn. 8), S. 170.

¹⁰⁵ So aber Ellinghaus, CR 1999, 420 (421); Schäfer/Just, ArchivPT, 1997, 200 (203).

¹⁰⁶ BGH, NJW-RR 2004, 1314 (1314) = MMR 2004, 608 (608).

¹⁰⁷ Schäfer/Just, ArchivPT 1997, 200 (203).

¹⁰⁸ Haidinger/Rädler, MMR 1999, 330 (331).

Maßstab für die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung ist daher § 906 BGB. Abzu- 71
stellen ist somit auf das Empfinden eines verständigen Durchschnittsbenutzers des
betroffenen Grundstücks in seiner durch Natur, Gestaltung und Zweckbestimmung
geprägten konkreten Beschaffenheit¹⁰⁹.

Für den zeitlich begrenzten Errichtungsakt ist bereits darauf hingewiesen worden, 72
daß der Maßstab für die Wesentlichkeitsgrenze höher anzusetzen ist. Eine wesentli-
che Beeinträchtigung kommt nur bei der Verwendung von offenen Verlegetechni-
ken in Betracht, bei denen durch das Einpflügen des Grabens die Grundstücksober-
fläche für eine gewisse Dauer beeinträchtigt wird. Bei den modernen Verlegetechni-
ken fällt das Erdreich jedoch nach Verlegung des Kabelschutzrohres wieder in sich
zusammen, so daß die Grundstücksoberfläche nach einem kurzen Zeitraum wieder
ihren ursprünglichen Zustand zurückgewinnt. Eine wesentliche Beeinträchtigung ist
daher in der Regel ausgeschlossen. Das *OLG Oldenburg* verneint in einem entspre-
chenden Fall zwar eine unwesentliche Beeinträchtigung¹¹⁰, da das Haftungsrisiko
bei der Neuverlegung des Leerrohres gesteigert sei. Bei der Bestimmung der Dul-
dungspflicht hat das Haftungsrisiko jedoch außer Betracht zu bleiben, da die Vor-
schrift ansonsten entgegen dem Gesetzeszweck erheblich eingeschränkt würde¹¹¹.
Im Ergebnis liegt daher in der Regel eine unwesentliche Beeinträchtigung vor¹¹².
Ausnahmen sind im Einzelfall möglich, sofern die Nutzbarkeit der Bahntrassen –
etwa durch längere Unterbrechungen des Bahnverkehrs aufgrund notwendiger
Schutzmaßnahmen – auch in zeitlicher Hinsicht in erheblichem Maße beeinträchtigt
wird.

Bei der Verwendung von geschlossenen Verlegetechniken wird die Grundstücks- 73
oberfläche in ihrer Substanz nicht beschädigt. Das Durchschießen der Kabel erfolgt
in einem zeitlich sehr begrenzten Arbeitsdurchgang unter größtmöglicher Schonung
des Grundstücks. Die Baugruben befinden sich häufig außerhalb des betroffenen
Grundstücks. Die Wesentlichkeitsschwelle wird daher in keinem Fall erreicht¹¹³.

D. Ausgleichsansprüche der Deutschen Bahn AG

I. Anspruch aus § 76 Abs. 2 Satz 1 TKG

Nach § 76 Abs. 2 Satz 1 TKG kann der Grundstückseigentümer von dem Betrei- 74
ber der Telekommunikationslinie oder dem Eigentümer des Leitungsnetzes einen
angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn durch die Errichtung, die Erneue-
rung oder durch Wartungs-, Reparatur- oder vergleichbare, mit dem Betrieb der
Telekommunikationslinie unmittelbar zusammenhängende Maßnahmen eine Be-
nutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus
beeinträchtigt wird.

¹⁰⁹ *Bassenge*, in: Palandt (o. Fußn. 96), § 906 Rdnr. 16.

¹¹⁰ *OLG Oldenburg*, NJW 1999, 957 (958) = MMR 1999, 173 (174).

¹¹¹ Oben C. I. 2. c).

¹¹² *Heun* (o. Fußn. 51), Rdnr. 292; anders *Schütz*, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 13.

¹¹³ *BGH*, NJW-RR 2004, 1314 (1315) = MMR 2004, 608 (608 f.); *Schuster*, MMR 1999, 137
(140); *Ulmen*, in: Scheurle/Mayen (o. Fußn. 25), § 57 Rdnr. 14.

- 75 Zunächst stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Ausgleichspflicht zu den Duldungspflichten nach Abs. 1. Besteht schon eine Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG, kommt eine Ausgleichspflicht nicht in Betracht¹¹⁴. Dies ergibt sich aus der Systematik der Vorschrift. Liegt nämlich eine unwesentliche Beeinträchtigung nach Abs. 1 vor, kann die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten werden. Hiergegen wendet *Schuster* ein, daß § 76 Abs. 2 S. 1 auf Eingriffe in das Eigentum Anwendung finden solle, die nicht dauerhafter Natur seien, wie etwa Reparaturarbeiten¹¹⁵. Dies sei der eigentliche Anwendungsbereich der Vorschrift, bei dem ein Ausgleich zu zahlen sei. Für dieses Verständnis der Vorschrift finden sich im Gesetz jedoch keine Anhaltspunkte. Auf die Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung stellt § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG im Gegensatz zu Nr. 1 nicht ab. Die in Abs. 2 genannten ausgleichspflichtigen Handlungen entsprechen denen in § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG inhaltlich und zum Teil auch wörtlich. Die vom Gesetz ausdrücklich genannten Fälle der Wartungs- und Reparaturarbeiten sind Spezialfälle der Benutzung des Grundstücks zu Telekommunikationszwecken¹¹⁶. Hierbei handelt es sich um besonders schwerwiegende Eingriffe in das Eigentum, die nach Art. 14 GG ausgleichspflichtig sein können (ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung). Dies ist aber nur der Fall, wenn eine mehr als nur unwesentliche Beeinträchtigung des Eigentums vorliegt. Im Ergebnis sind daher bei einer unwesentlichen Beeinträchtigung Ausgleichsansprüche der *Deutschen Bahn AG* ausgeschlossen.
- 76 Damit verbleibt für den Anwendungsbereich von § 76 Abs. 2 Satz 1 TKG nur die erweiterte Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG. Hierfür muß die Nutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt werden. Eine Beeinträchtigung des Ertrages des Grundstücks kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil Bahntrassen als solche keinen mit Grundstücken vergleichbaren Verkehrswert haben¹¹⁷. Es könnte daher nur eine unzumutbare Beeinträchtigung der Nutzung des Grundstücks vorliegen. Hierfür sind die Grundsätze des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB heranzuziehen¹¹⁸. Ob eine unzumutbare Beeinträchtigung vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Im Falle der Nachverlegung von Lichtwellenleitern sind wesentliche Beeinträchtigungen jedoch in der Regel ausgeschlossen, so daß kein Ausgleichsanspruch besteht. Für die Kosten der Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes der bestehenden Anlagen oder ihrer vorübergehenden Sperrung während der Bauausführung kann auf die Kreuzungsrichtlinien verwiesen werden. Nach § 4 Abs. 1 u. Abs. 2 lit. b) der Richtlinien trägt der hinzukommende Partner die Kosten, also das Energieversorgungsunternehmen. Dies gilt nach § 4 Abs. 2 lit. c) auch für die Kosten, die durch die Bestellung eines Beauftragten für die

¹¹⁴ So schon *Hoeren*, Anm. zum Urteil des BGH vom 14. 5. 2004, in: MMR 2004, 611 (611); *Schütz*, Beck'scher TKG (o. Fußn. 47), § 57 Rdnr. 39, nach dem der Ausgleichsanspruch bei einer unwesentlichen Beeinträchtigung regelmäßig nicht in Betracht kommt; *Ulmen*, in: Scheurle/Mayen (o. Fußn. 25), § 57 Rdnr. 16; anders *BGH*, NJW-RR 2004, 1314 (1315) = MMR 2004, 608 (609); *Schuster*, in diesem Handbuch, Kap. 4.4 Rdnr. 34 ff.; *ders.*, MMR 1999, 137 (142); *Scholtka*, in: Wissmann (o. Fußn. 21), Kap. 8 Rdnr. 124.

¹¹⁵ *Schuster*, MMR 1999, 137 (142); auch *Scholtka*, in: Wissmann (o. Fußn. 21), Kap. 8 Rdnr. 124.

¹¹⁶ So auch *Holzner/Enaux/Nienhaus* (o. Fußn. 38), Rdnr. 576.

¹¹⁷ *Hoeren* (o. Fußn. 8), S. 27.

¹¹⁸ So zuletzt *BGH*, NJW-RR 2005, 1683 (1685) = MMR 2005, 690 (691).

Überwachung der Sicherheit des Betriebes und der bestehenden Anlagen während der Bauausführung entstehen.

II. Anspruch aus § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG

§ 76 Abs. 2 Satz 2 TKG sieht im Falle der erweiterten Nutzung zu Telekommunikationszwecken eine einmalige Ausgleichspflicht vor, sofern bisher keine Leitungswege vorhanden waren, die zu Zwecken der Telekommunikation genutzt werden konnten. Die Norm betrifft damit die erstmalige Nutzung zu Telekommunikationszwecken. Umstritten ist insofern, ob eine Zahlungspflicht besteht, wenn bereits vorhandene Lichtwellenleiter, die bisher innerbetrieblichen Zwecken dienten, zu öffentlichen Telekommunikationsleitungen hochgerüstet werden. Dies richtet sich danach, ob unter Telekommunikation i.S. der Vorschrift nur öffentliche oder jegliche Art von Telekommunikation zu verstehen ist. Der *Bundesgerichtshof* geht davon aus, daß § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG insofern keine eindeutige Aussage treffe¹¹⁹. Die Ausgleichspflicht ergebe sich aber aus Art. 14 GG. Der betroffene Eigentümer müsse nicht hinnehmen, daß Dritte seine Grundstücke zu Telekommunikationszwecken vermarktet und daraus Gewinn erzielen, ohne daraus einen Geldausgleich gewähren zu müssen. Auch verstoße eine unterschiedliche Anwendung der Ausgleichspflicht auf den erstmaligen Einbau eines telekommunikationsfähigen Leitungswegs und die Umrüstung der bisher betriebsintern genutzten Leitungen gegen den Gleichheitsgrundsatz. Für eine Differenzierung sei kein sachlicher Grund gegeben, zumal in beiden Fällen das Haftungsrisiko des Grundstückseigentümers steige. 77

Diese Argumentation widerspricht jedoch dem Gesetzeswortlaut. Nach § 3 Nr. 22 TKG ist unter Telekommunikation der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen zu verstehen. Eine Beschränkung auf einen öffentlichen Telekommunikationsvorgang sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Dies zeigt auch ein Vergleich mit den anderen in § 3 TKG getroffenen Begriffsbestimmungen. Hier wird durchgängig zwischen Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit und anderen Diensten unterschieden. 78

Auch die Gesetzesmaterialien sprechen für dieses Verständnis der Norm. Nach der Beschlußempfehlung des *Ausschusses für Post und Telekommunikation* sollte „nicht nur für die Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung sondern auch für den Fall, daß bisher ausschließlich die Durchleitung von Strom, Gas oder Wasser vertraglich geregelt war, nun aber eine völlig neue Nutzung gesetzlich zu dulden ist, die vertraglich nicht geschuldet ist“, ein Ausgleich gezahlt werden¹²⁰. Dies trifft auf die Hochrüstung zu öffentlichen Telekommunikationslinien aber gerade nicht zu, da hier in der Regel das Durchziehen von Kabeln nach der vertraglichen Vereinbarung zu dulden ist. Dies rechtfertigt auch eine unterschiedliche Behandlung gegenüber denjenigen Eigentümern, durch deren Grundstücke erstmals Telekommunikationslinien verlegt werden. 79

Obwohl durch die Nachverlegung und Nutzung der Lichtwellenleiter eine qualitativ andere Nutzungsform vorliegt, läßt sich insofern nicht von einer völlig neuen 80

¹¹⁹ BGH, NJW 2000, 3206 (3209) = MMR 2000, 689 (693).

¹²⁰ BT-Drs. 13/4864 (neu), S. 81.

Nutzungsart sprechen. Sowohl bei der Nutzung der Lichtwellenleiter zu öffentlichen Telekommunikationszwecken als auch bei der Nutzung zu innerbetrieblichen Zwecken handelt es sich um Telekommunikation i.S. von § 3 Nr. 22 TKG. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Ausgleichspflicht auf die Fälle beschränkt sein, bei denen bisher ausschließlich die Durchleitung von Strom, Gas und Wasser vertraglich vereinbart war¹²¹. Im Ergebnis wird daher bei der Aufrüstung innerbetrieblicher Kabel zu öffentlichen Telekommunikationsleitungen kein Ausgleich geschuldet.

E. Fazit

- 81 Bahntrassen sind keine Verkehrswege i.S.v. § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG. Daher findet auf die Durchleitung von Telekommunikationslinien § 76 TKG Anwendung. Im Rahmen der erweiterten Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG werden auch die von der *Deutschen Bahn AG* mit den Energieversorgungsunternehmen geschlossenen schuldrechtlichen Gestattungsverträge als Recht im Sinne der Vorschrift erfaßt. Sowohl die Nachverlegung von Telekommunikationsleitungen als auch die Neuverlegung stellt keine zusätzliche wesentliche Einschränkung der Nutzbarkeit des Grundstücks dar. Damit besteht bei der Kreuzung von Telekommunikationslinien mit Bahntrassen eine Duldungspflicht nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG. Dies gilt auch für die Neuverlegung von Kabelschutzrohren. Eine entsprechende Duldungspflicht ergibt sich daneben aus § 76 Abs. 1 Nr. 2 TKG, wobei im Einzelfall – etwa bei erheblichen Beeinträchtigungen des Bahnverkehrs – die Wesentlichkeitsgrenze überschritten sein kann. Ausgleichsansprüche stehen der *Deutschen Bahn AG* gegebenenfalls für zu errichtende Prüfungs- und Sicherungskosten aus den Kreuzungsrichtlinien zu. Im übrigen wird kein Ausgleich geschuldet. Auf die Hochrüstung innerbetrieblich genutzter Lichtwellenleiter zu einem öffentlichen Telefonnetz ist entgegen der Ansicht der Rechtsprechung § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG nicht anwendbar.

¹²¹ BT-Drs. 13/4864 (neu), S. 81.