

Az.: 3 A 151/15
5 K 988/10



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

der Verkehrsbetriebe (VB) GmbH
vertreten durch die Geschäftsführer

- Klägerin -
- Berufungsbeklagte -
- Anschlussberufungsklägerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Deutsche Telekom AG
vertreten durch die Netzproduktion GmbH

- Beklagte -
- Berufungsklägerin -
- Anschlussberufungsbeklagte -

prozessbevollmächtigt:

wegen

Kostenerstattung für Verlegung einer Telekommunikationslinie
hier: Berufung

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Kober, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Groschupp aufgrund der mündlichen Verhandlung

am 25. Oktober 2017

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts L..... vom 28. Juni 2012 - 5 K 988/10 - geändert. Die Beklagte wird verpflichtet, an die Klägerin 119.496,87 €, fällig 8 Wochen nach Rechtskraft des Urteils, zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Im Zusammenhang mit der Verlegung von kabelgebundenen Telekommunikationslinien streiten die Beteiligten über einen Rückerstattungsanspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.
- 2 Die klagende L..... Verkehrsbetriebe (VB) GmbH ist eine mittelbare Eigengesellschaft der Stadt L..... Ihr Unternehmensgegenstand ist der öffentliche Personennahverkehr in der Region Leipzig. Die Geschäftsanteile an der Klägerin werden zu 100 % von einer Holdinggesellschaft gehalten, nämlich der L..... Verkehrs- und Versorgungsgesellschaft mbH - ... GmbH -, deren Geschäftsanteile wiederum zu 100% bei der Stadt Leipzig liegen. Die Klägerin errichtete in L..... in der P..... Straße im Bereich zwischen der Friedhofsgärtnerei und der F.....allee eine Stadtbahnlinie. Die Baumaßnahmen hierzu begannen im November 2009.
- 3 Die beklagte Deutsche Telekom AG ist aus der früheren Deutschen Bundespost Telekom hervorgegangen und war seit 1995 Eigentümerin und bis ins Jahr 2010 unter anderem Betreiberin des deutschen Telefon-Festnetzes sowie sämtlicher dazugehöriger Telekommunikationsanlagen und -leitungen. Mit Ausgliederungs- und

Übernahmevertrag vom 3. September 2009 (<https://www.telekom.com/resource/blob/311948/.../dl-091005-vertrag-data.pdf>), in das Handelsregister eingetragen am 30. März 2010, wurde das Geschäftsfeld "T-Home", zu dem das deutsche Festnetz gehörte, auf die T-Mobile Deutschland GmbH übertragen. Die Ausgliederung wurde am 30. März 2010 in das Handelsregister eingetragen. Seit dem 1. April 2010 firmiert die T-Mobile Deutschland GmbH unter Telekom Deutschland GmbH. Sie ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Klägerin.

- 4 Bereits mit Schreiben vom 21. Juni 2000 („Koordinierungsanfrage zum Ausbau P..... Str. als Stadtbahntrasse“) übersandte die Beklagte der L..... ..
....., einem Tochterunternehmen der Klägerin (heute: L.....
.....) im Rahmen einer "Koordinierungsanfrage" Lagepläne und wies auf ihre im Erdreich verlegten Fernmeldekabel hin, die Bestandteil von öffentlichen Zwecken dienenden Fernmeldeanlagen seien. Die vorhandenen Fernmeldeanlagen dürften nicht überbaut werden und müssten jederzeit zugänglich bleiben. Im Bereich der Fernmeldekabel dürfe nur von Hand geschachtet werden. Es werde gebeten, das Straßen- und Wegenetz so auf ihre Fernmeldeanlagen abzustimmen, dass diese nicht verändert oder verlegt werden müssten. Sollten Änderungen erforderlich werden, seien ihr die entstehenden Kosten nach dem Veranlasserprinzip zu erstatten.
- 5 Die P..... Straße wurde - ohne Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens - entsprechend den Bebauungsplänen Nr. 98.1, Nr. 98.2 sowie Nr. 241 umgestaltet. Dabei wurde der Straßenbahnverkehr in einen separaten Gleiskörper verlegt, auf dem die Straßenbahnen seither als Stadtbahnlinie verkehren. Im Bereich der Gleiskörper findet kein Kraftfahrzeugverkehr mehr statt. Die Stadtbahnlinie wird ausschließlich durch die Klägerin genutzt.
- 6 Im Zuge der Umgestaltung der P..... Straße wurden die vorhandenen kabelgebundenen Telekommunikationslinien von der Beklagten verlegt. Diese bestehen aus Kabeln mit der Kennzeichnung „ISOVK“ und „ISFVK“. ISOVK-Kabel dienen der Verbindung verschiedener örtlicher und überörtlicher Vermittlungsstellen. Über ISFVK-Kabel hingegen werden eine Vielzahl von Verbindungen im Fernverkehr hergestellt und

gehalten sowie Daten übertragen. Sie werden für den Betrieb des bundesweiten Telekommunikationsnetzes genutzt.

- 7 Vor Beginn der Baumaßnahmen lagen diese Kabel zumindest überwiegend im Gehweg- oder Fahrbahnbereich der P..... Straße. Zwischen den Beteiligten entstand Streit darüber, wer die Kosten dieser Verlegungsarbeiten zu tragen habe. Um die Baumaßnahmen an der Stadtbahnlinie einerseits sowie die hierzu notwendigen Arbeiten zur Verlegung der kabelgebundenen Telekommunikationslinien ungeachtet dieser Meinungsverschiedenheiten ausführen zu können, schlossen die Beteiligten am 26. Februar 2010 zu der zur Errichtung der Stadtbahnlinie anstehenden Baumaßnahme 507537916, betreffend den Streckenabschnitt P..... Straße zwischen Friedhofsgärtnerei und F.....allee, eine "Kostenübernahmevereinbarung". Dabei wurde die Beklagte von ihrem Tochterunternehmen Deutsche Telekom Netzproduktion GmbH vertreten. Die Kostenübernahmevereinbarung zur Belegnummer 8034789 (im Folgenden: Kostenübernahmevereinbarung) zwischen der Klägerin als Auftraggeberin und der Beklagten hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

„(...) Der kostenpflichtige und vom Auftraggeber zu erstattende Gesamtaufwand der Deutschen Telekom AG wird gemäß anliegender Aufstellung veranschlagt. Der vom Auftraggeber an die Deutsche Telekom AG zu zahlende Betrag erfolgt jedoch zu den im Zeitpunkt der Ausführung geltenden Kostensätzen in Höhe der tatsächlich entstandenen und in der Rechnung nachgewiesenen Aufwendungen. (...)

Der Auftraggeber verpflichtet sich, für die Durchführung der oben bezeichneten Maßnahmen die Aufwendungen in Höhe der tatsächlich entstehenden und in Rechnung gestellten Beträge zu bezahlen. (...)

Auf die gemäß dieser Vereinbarung vorveranschlagten voraussichtlichen kostenpflichtigen Gesamtaufwendungen der Deutschen Telekom AG leistet der Auftraggeber vor Beginn der Arbeiten der Deutschen Telekom AG eine Vorauszahlung in Höhe von 50 % der Angebotssumme.

Die Vorauszahlungsrechnung erhalten Sie mit der von uns gegengezeichneten Kostenübernahmevereinbarung.

Nach Eingang der Vorauszahlung verpflichtet sich die Deutsche Telekom AG mit den erforderlichen Maßnahmen sofort bzw. zum vereinbarten Termin zu beginnen bzw. die Geräte, Maschinen oder Kraftfahrzeuge usw. wie vereinbart unter Berücksichtigung eigener betrieblicher Belange zu überlassen bzw. einzusetzen.

Zusatz LVB GmbH:

Um die hinsichtlich der Kostentragung strittigen Maßnahmen nicht zu verzögern, sind die LVB GmbH bereit, die oben genannten Maßnahmen der Deutschen Telekom AG vorzufinanzieren bis auf dem Rechtsweg die streitige Frage der Kostentragungspflicht geklärt ist. Soweit sich die Auffassung der LVB GmbH zur Kostentragungspflicht nach dem TKG bestätigt, erfolgt durch die Deutsche Telekom AG eine unverzügliche Rückzahlung des von der LVB GmbH vorfinanzierten Betrages. (...) Die Leistung an den Anlagen der Deutschen Telekom AG ist eine Leistung außerhalb der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Kostenpflicht ergibt sich aus dem erteilten Auftrag, Anlagen der Deutschen Telekom AG zu verändern, zu sichern bzw. umzuverlegen. (...)

Zusatz Deutsche Telekom AG:

Sollte die LVB GmbH binnen 6 Monaten nach Erteilung der Schlussrechnung nicht den Rechtsweg zur Überprüfung der Kostentragungspflicht nach TKG beschritten haben (Zeitpunkt der Klageeinreichung ist maßgebend), wird unterstellt, dass die LVB GmbH im konkreten Fall auf die Überprüfung der Kostentragungspflicht verzichtet. Eine grundsätzliche Aufgabe der Rechtspositionen und eine Präjudiz für andere, ähnlich oder gleich gelagerte Fälle ist damit nicht verbunden. Die Deutsche Telekom AG verpflichtet sich, innerhalb von 8 Wochen nach Vorliegen der rechtskräftigen Entscheidung die gegebenenfalls zu erstattenden Beträge zu begleichen und mit 4 % über dem Basiszinssatz seit der Zahlung durch die LVB GmbH zu verzinsen.“

8 Zudem wurde am 28. September 2010 hinsichtlich der Baumaßnahme 507537916, welche den in Rede stehenden Streckenabschnitt der P..... Straße zwischen Friedhofsgärtnerei und F.....allee betrifft, sowie weiterer Baumaßnahmen betreffend anderer Streckenabschnitte eine „Vereinbarung zur Durchführung des gerichtlichen Verfahrens“ abgeschlossen. Als Vertragspartner sind darin die Klägerin sowie die Telekom Deutschland GmbH benannt. In der Unterschriftsleiste wird hingegen als Unterzeichnerin die Beklagte aufgeführt. Unter Nummer 2. wurde vereinbart, dass nur hinsichtlich der Kostenübernahmevereinbarung zur Baumaßnahme 507537916 der Rechtsweg beschritten werden und das Prozessergebnis sodann für alle anderen mit der Vereinbarung in Bezug genommenen Kostenübernahmevereinbarungen gelten solle. Die Parteien verpflichteten sich, sich dem Prozessergebnis wechselseitig zu unterwerfen.

9 Mit Schreiben der Deutsche Telekom Netzproduktion GmbH vom 29. September 2010 wurde der Klägerin eine Schlussrechnung der Telekom Deutschland GmbH vom selben Tag für die in der Zeit vom 9. November 2009 bis 19. August 2010 von einer Vertragsfirma durchgeführten Bauarbeiten zur Baumaßnahme 507537916 übersandt. Insgesamt wies die Schlussrechnung einen Bruttoendbetrag von 119.496,87 € aus,

wovon wegen der von der Klägerin bereits am 24. März 2010 geleisteten Anzahlung ein Betrag von 87.282,29 € abgezogen wurde. Die Schlussrechnung lautete auf einen Betrag von 32.214,58 €, der von der Klägerin - wie schon die Anzahlung - gegenüber der Telekom Deutschland GmbH beglichen wurde.

- 10 Die Klägerin hat am 12. November 2010 Klage erhoben.
- 11 Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Baumaßnahme 507537916 sei in zwei Bauabschnitten durchgeführt worden. Die Beklagte sei vertraglich verpflichtet, die Kosten für die Verlegung der Telekommunikationslinie zu tragen. Denn sie sei nach § 75 Abs. 2 TKG verpflichtet, die Kosten für die Verlegung der kabelgebundenen Telekommunikationslinie selbst zu tragen. Der Ausbau der P..... Straße diene dem allgemeinen Verkehr, so dass die Durchführung der Baumaßnahme aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgt sei. Die Verlegung der kabelgebundenen Telekommunikationslinie habe auch keine unverhältnismäßig hohen Kosten verursacht. Die Regelungen in der Kostenübernahmevereinbarung, wonach das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung über die Pflicht zur Kostentragung Voraussetzung für einen Anspruch auf Rückerstattung sei, sei lediglich eine Fälligkeitsregelung, weswegen ihr Leistungsantrag statthaft sei.
- 12 Auf richterlichen Hinweis hatte die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren ihren ursprünglichen, direkt auf Rückzahlung gerichteten Leistungsantrag hilfsweise um einen Feststellungsantrag ergänzt.
- 13 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 119.496,87 €, fällig 8 Wochen nach Rechtskraft des Urteils, zu zahlen,

hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die durch Verlegung der TK-Anlage der Beklagten in der P..... Straße in L..... (Bauabschnitt 15/3, Angebot 8034789) entstandenen Kosten für die Verlegung entsprechend der Kostenübernahmevereinbarung vom 26. Februar 2010 zu erstatten.
- 14 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

- 15 Die Beklagte hat vorgetragen, sie sei schon nicht die richtige Anspruchsgegnerin, da sie von der Klägerin keine Zahlung erhalten habe. Die Schlussrechnung vom 29. September 2010 sei von der Telekom Deutschland GmbH gestellt worden, gegenüber welcher die Klägerin auch geleistet habe. Die von der Klägerin in Bezug genommene Kostenübernahmevereinbarung vom 26. Februar 2010 sei in der vorgelegten Fassung gar nicht mehr wirksam, da am 28. September 2010 zwischen der Klägerin und der Telekom Deutschland GmbH eine Musterprozessvereinbarung geschlossen worden sei. Folglich könnten seither nur zwischen dieser und der Klägerin vertragliche Ansprüche bestehen, nicht aber gegenüber der Beklagten. Die Verlegung der Telekommunikationslinie habe unverhältnismäßig hohe Kosten im Sinne von § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG verursacht, weswegen sie die Kosten für die Verlegung nicht zu tragen habe. Grund dafür sei, dass am Ort der Verlegung keine andere Kabelkanalanlage oder ein auf öffentlichem Grund bereits befindliches Leerrohr habe genutzt werden können, wie es normalerweise der Fall sei. Zudem sei ein besonderer Kostenaufwand dadurch entstanden, dass über die Kabel besondere Kommunikation der öffentlichen Hand abgewickelt werde (militärischer Fernverkehr, Fernverkehr für Polizei, Katastrophenschutz und sonstige Sicherheitsbehörden) und die Kabel damit unter die sogenannte Sicherstellungsverpflichtung fielen. Dies bringe es mit sich, dass an diesen Kabeln nur unter besonderen Sicherheitsvorkehrungen, nach besonderer Anmeldung und mit erheblichem Umschaltaufwand Arbeiten geplant und durchgeführt werden dürften. Zudem seien Arbeiten auch während bestimmter Zeiten („Frozen Zones“) verboten, so dass oftmals kurzfristig auf andere Zeiten, v. a. am Wochenende und in den Nachtstunden, ausgewichen habe werden müssen. Dadurch seien Zuschläge fällig geworden, die die Arbeiten verteuert hätten. Die Straßenbahnlinie sei nachträglich genau auf die Stelle gelegt worden, auf der sich die Telekommunikationstrasse bereits befunden habe. Auf die unverhältnismäßigen Kosten hätten Mitarbeiter der Beklagten die Klägerin schon vor Beginn der Baumaßnahmen hingewiesen.
- 16 Mit Beschluss vom 27. April 2012 hat das Verwaltungsgericht den Verwaltungsgerichtsweg für zulässig erklärt.

- 17 Das Verwaltungsgericht hat die Klage im Hauptantrag als unbegründet abgewiesen. Anspruchsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch sei allein die Kostenübernahmevereinbarung vom 26. Februar 2010. Danach sei eine rechtskräftige Entscheidung über die Pflicht zur Kostentragung Voraussetzung für einen Zahlungsanspruch der Klägerin. Der klare Wortlaut der Kostenübernahmevereinbarung spreche gegen die von der Klägerin vertretene Auffassung, es handele sich im Zusatz der Beklagten um eine bloße Fälligkeitsbestimmung. Der Hilfsantrag habe Erfolg. Die auf Feststellung der Erstattungspflicht gerichtete Klage sei zulässig und begründet. Die Klägerin könne nicht im Wege der allgemeinen Leistungsklage vorgehen, weil dies an der vertraglich vereinbarten Vorgehensweise scheitere. Die Beklagte sei auch passivlegitimiert. Die Folgekostenpflicht nach § 75 TKG knüpfe an die Nutzungsberechtigung an. Folgekostenpflichtig sei, wer im Zeitpunkt der Entstehung der Folgekostenpflicht nutzungsberechtigt sei. Dies sei die Beklagte. Die Pflicht zur Kostentragung beruhe auf § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG und entstehe nicht erst mit der Fertigstellung der Baumaßnahmen. Sie sei nach dem Wortlaut der Anspruchsgrundlage bereits entstanden, als die Beklagte erstmals dem Verlangen der Klägerin zur Verlegung der Telekommunikationslinien ausgesetzt gewesen sei. Dies sei jedenfalls vor dem 26. Februar 2010 der Fall gewesen. Die Beklagte sei im Zeitpunkt der Entstehung der Folgekostenpflicht auch Nutzungsberechtigte gewesen. Die Ausgliederung des Geschäftsbereichs "T-Home" der Beklagten auf die T-Mobile Deutschland GmbH, die unter dem Namen Telekom Deutschland GmbH firmiere, ändere nichts daran, dass die Beklagte passivlegitimiert sei. Zwar sei gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auch die Folgekostenpflicht auf die Telekom Deutschland GmbH übergegangen. Die Beklagte hafte aber gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 UmwG weiterhin für die Verbindlichkeiten, die vor Wirksamwerden der Spaltung, also vor dem 30. März 2010, begründet worden seien. Die Beklagte sei damit weiterhin nach § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG zur Kostentragung verpflichtet, der dem § 72 TKG im Falle des Zusammentreffens einer Kommunikationslinie mit einer besonderen Anlage als *lex specialis* vorgehe. Die weiteren Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage in § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG lägen vor. Ohne die Verlegung der kabelgebundenen Kommunikationslinie wäre der Bau der Straßenbahnlinie als besonderer Anlage i. S. v. § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht möglich gewesen. Die Errichtung der Bahnlinie sei im überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgt. Dass die Errichtung von einem

Unternehmen durchgeführt worden sei, ändere hieran nichts, da die Baumaßnahme der Stadt als Wegeunterhaltungsverpflichteter zuzurechnen sei. Die Beklagte könne sich nicht nach § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG auf die Unverhältnismäßigkeit der ihr für die Verlegung der Telekommunikationslinien entstandenen Kosten berufen. Dies sei ihr verwehrt. Denn die Beklagte habe sich vorab nicht geweigert, die Baumaßnahmen wegen unverhältnismäßig hoher Kosten auszuführen. Auf Beweisangebote der Beklagten zur Unverhältnismäßigkeit sei es daher nicht angekommen.

18 Mit Beschluss vom 18. März 2015 - 3 A 558/12 - hat der Senat auf Antrag der Klägerin die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts zugelassen. Die Klägerin hat, nachdem die Beklagte am 30. April 2015 gegenüber dem Oberverwaltungsgericht begründet hatte, am 29. Mai 2015 Anschlussberufung eingelegt.

19 Zur Begründung der Berufung macht die Beklagte geltend, die Feststellungsklage sei schon wegen ihrer Subsidiarität nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO unzulässig. Vielmehr müsse die Klägerin ihr Ziel im Rahmen einer allgemeinen Leistungsklage verfolgen. Im Rahmen einer allgemeinen Leistungsklage sei auch eine Verurteilung zu künftigen Leistungen möglich. Mit der bloßen Feststellung der Folgepflicht erreiche die Klägerin ihr eigentliches Rechtsschutzziel nicht, nämlich die Rückerstattung der von ihr an die Telekom Deutschland GmbH geleisteten Zahlungen. Ob ein Zahlungsanspruch tatsächlich bestehe oder etwa verjährt sei, kläre die Feststellungsklage nicht. Im Übrigen biete ihr die Feststellungsklage auch keinen Vollstreckungstitel.

20 Sie sei nicht passivlegitimiert. Die Kostenübernahmevereinbarung sei durch die Musterprozesserklärung vom 28. September 2010 geändert worden, die zu einem Schuldnerwechsel geführt habe. Ob diese wirksam sei, habe das Gericht nicht geprüft. Unter Berücksichtigung des vorangegangenen aufwendigen Schriftverkehrs könne die Musterprozessvereinbarung offenkundig nur dahingehend verstanden werden, dass die Klägerin die Frage der Pflicht zur Kostentragung nicht mit ihr, sondern mit der Telekom Deutschland GmbH vor Gericht zu klären habe. Dies habe die Klägerin innerhalb des vereinbarten Zeitraums von sechs Monaten ab Erteilung der Schlussrechnung versäumt. Aufgrund der Musterprozessvereinbarung könne sie sich

darauf berufen, gerichtlich nicht in Anspruch genommen werden zu dürfen. Sie sei Muttergesellschaft der im Konzern Deutsche Telekom verbundenen Unternehmen und zu einhundert Prozent Gesellschafterin der Telekom Deutschland GmbH (früher: T-Mobile Deutschland GmbH). Innerhalb des Konzerns habe in den Jahren 2009/10 eine umfassende Umstrukturierung stattgefunden, bei der das zum Unternehmensbereich "T-Home" gehörende deutsche Festnetz im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG als Gesamtheit und damit das gesamte Telekommunikationsnetz von ihr auf die T-Mobile Deutschland GmbH (heute: Telekom Deutschland GmbH) übertragen worden sei. Die Ausgliederung sei zwar erst mit der Eintragung in das Handelsregister zum 30. März 2010 wirksam geworden. Der Ausgliederungs- und Übernahmevertrag sehe jedoch vor, dass die Telekom Deutschland GmbH schon seit dem 1. Januar 2010 im Innen- und Außenverhältnis Netzbetreiberin und Besitzerin sein solle. Die Telekom Deutschland GmbH sei daher neben der Beklagten, welche die Nutzungsberechtigung schon immer inne habe, seither Nutzungsberechtigte i. S. d. Telekommunikationsgesetzes. Die Nutzungsberechtigung sei ihr durch Bescheid der Bundesnetzagentur vom 18. März 2010 verliehen worden. Die Rechnungslegung sei durch die Telekom Deutschland GmbH erfolgt, an die auch gezahlt worden sei.

- 21 Die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert. Sie habe im Verfahren bislang nicht nachgewiesen, dass es sich bei ihr zu einhundert Prozent um ein Tochterunternehmen der wegeunterhaltungsverpflichteten Stadt L..... handele.
- 22 Das Verwaltungsgericht sei nicht vom richtigen Zeitpunkt für den Beginn der Folgekostenpflicht ausgegangen. Dies sei nicht der Zeitpunkt, indem erstmals das Verlangen der Verlegung zum Ausdruck gebracht werde. Jedenfalls lasse sich dies dem Wortlaut des § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht entnehmen. Der Verlegungsanspruch bestehe erst, wenn die spätere besondere Anlage hergestellt werde, also im Zeitpunkt der Durchführung der Baumaßnahmen. Erst wenn es zum Kollisionsfall komme, müsse der Nutzungsberechtigte dem Verlegungsverlangen Folge leisten. Der vom Verwaltungsgericht gewählte Zeitpunkt sei in Anbetracht der großen Planungszeiträume von Verkehrswegen auch untauglich. Die Nutzungsberechtigung knüpfe nach § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG an die tatsächliche Benutzung an. Als die Bauarbeiten ausgeführt worden seien, sei sie nicht mehr Benutzerin gewesen, sondern

die Telekom Deutschland GmbH. Daher könne auch nur diese folgekostenpflichtig sein.

- 23 Durch die Ausgliederung des Geschäftsbereichs "T-Home" sei ihre Folgekostenpflicht entfallen. § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG sei in Bezug auf die Folgekostenpflicht nicht anwendbar. Nur durchsetzbare Ansprüche seien Verbindlichkeit i. S. d. Norm. Im Übrigen regle § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG eine gesamtschuldnerische Haftung von übertragendem und neuem Rechtsträger. Sie sei nicht Hauptschuldnerin und hafte im Verhältnis zur Telekom Deutschland GmbH nach § 133 Abs. 3 UmwG nachrangig.
- 24 Die Verlegung der Telekommunikationslinien sei für sie mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden gewesen. Dies liege zum einen an dem Sicherheitsstandard für die Verlegung von Kabeln mit der Kennzeichnung ISOVK und ISFVK. Solche Arbeiten müssten besonders überwacht werden. Der überdurchschnittliche Aufwand beruhe aber auch darauf, dass anders als im Normalfall nicht auf vorhandene Kabelkanäle, Kabeltrassen und Leerrohre habe zurückgegriffen werden können. Denn es gehöre grundsätzlich zu den technischen Standards aller Telekommunikationsanbieter, bei Kabelkanälen Reserven vorzuhalten. Es hätten völlig neue Kabeltrassen aufgebaut werden müssen. Die Leitungen seien, wie im Gebiet der ehemaligen DDR bei Telekommunikationslinien für den Fernverkehr üblich, in Kabelkanalformsteinen verlegt gewesen und hätten daher nicht im Verfahren "Drücken und Verrücken" an den Ort der Verlegung verbracht werden können. Kabelkanalformsteine seien aus Beton und für dieses Verfahren nicht geeignet. Die Kabelkanalformsteine hätten zunächst aufgebrochen werden müssen. Die darin befindlichen Leitungen hätten erst gekappt werden können, nachdem in Leitungen in den neu aufgebauten Kanälen zur Verfügung gestanden hätten. Daher hätten auch neue Leitungen aufgebaut werden müssen.
- 25 Sie habe sich zunächst geweigert, die Telekommunikationslinie zu verlegen, da sie der Auffassung gewesen sei, dass sie weder hierzu noch zur Kostentragung verpflichtet sei. Erst als sich die Klägerin zur Kostenübernahme im Wege der Kostenübernahmevereinbarung bereit erklärt habe, habe sie ihre Bereitschaft erklärt. Dies sei erst kurz vor Durchführung der Arbeiten geschehen.

- 26 Mit ihrem Einwand, die Kosten für die Verlegung seien unverhältnismäßig hoch, sei sie auch nicht präkludiert. Die Kostenübernahmevereinbarung zeige deutlich, dass sie nicht auf ihre Rechtsposition, insbesondere auf die Geltendmachung der Unverhältnismäßigkeit, habe verzichten wollen. Vielmehr sei der Kostenübernahmevereinbarung zu entnehmen, dass sich die Parteien sämtliche Rechte hätten vorbehalten wollen. § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG regele kein Verlegungsverbot. Dessen Sinn und Zweck sei eine Kostenzuweisung. Der Inhaber oder Betreiber einer besonderen Anlage könne im Falle unverhältnismäßig hoher Kosten vom Nutzungsberechtigten keine Verlegung auf dessen Kosten verlangen, sondern müsse die Kosten selbst tragen.
- 27 Da die Klägerin die Kosten für die Verlegung der kabelgebundenen Kommunikationslinie zu tragen habe, könne auch ihre Anschlussberufung keinen Erfolg haben.
- 28 Die Beklagte beantragt im Rahmen ihrer Berufung,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 28. Juni 2012 - 5 K 988/10 - zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen

sowie die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.
- 29 Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen

sowie das Urteil des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 28. Juni 2012 - 5 K 988/10 - zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 119.496,87 €, fällig acht Wochen nach Rechtskraft des Urteils, zu zahlen.
- 30 Die Klägerin tritt der Berufung entgegen. Die Haftung der Beklagten nach den Regelungen des Umwandlungsgesetzes sei gegeben. Es sei für den Rückerstattungsanspruch unerheblich, ob der Neubau der Straßenbahnlinie unmittelbar von der wegeunterhaltungspflichtigen Gemeinde oder von einem Tochterunternehmen ausgeführt werde. Soweit die Beklagte behaupte, die Verlegung sei mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden gewesen, sei ihr Vortrag nicht substantiiert. Der Vortrag werde von ihr im Übrigen bestritten. Dies gelte sowohl

für den von der Beklagten angestellten Vergleich zu den im Normalfall anfallenden Materialkosten zur Verlegung einer Telekommunikationslinie als auch für deren Vortrag zu dem infolge von "besonderen Arbeitsfenstern" bedingten erhöhten Kosten für Arbeitsleistungen.

- 31 Zur Begründung ihrer Anschlussberufung trägt die Klägerin vor, die Begründung des Verwaltungsgerichts, weshalb eine Leistungsklage ausgeschlossen sei, überzeuge nicht. Die Vertragsparteien hätten in der Kostenübernahmevereinbarung vereinbart, dass die Beklagte verpflichtet sei, acht Wochen nach Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung die von ihr verauslagten Beträge zu begleichen. Hieraus folge unmittelbar ein Zahlungsanspruch. Lediglich hinsichtlich der Fälligkeit sei vereinbart worden, dass diese erst acht Wochen nach Vorliegen der rechtskräftigen Entscheidung eintreten solle. Soweit die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung ausgeführt habe, dass sie, die Klägerin, ihr Klageziel im Wege einer allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen habe, stimme sie der Beklagten zu. Dies entspreche dem von ihr erstinstanzlich gestellten Hauptantrag. Daher verfolge sie im Berufungsverfahren ihren Leistungsantrag weiter.
- 32 Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die Gerichtsakten sowie auf die beigezogenen Verwaltungsvorgänge und Bebauungspläne der Klägerin verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

- 33 Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Feststellungsurteil des Verwaltungsgerichts bleibt in der Sache ohne Erfolg (I.). Die nach § 127 VwGO statthafte Anschlussberufung der Klägerin ist begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin einen Betrag von 119.496,87 € zu zahlen, da die Beklagte verpflichtet ist, die Kosten für die Verlegung ihrer kabelgebundenen Telekommunikationslinie in der P..... Straße in L..... (Bauabschnitt 15/3, Angebot 8034789) selbst zu tragen (II.).
- 34 I. Die statthafte Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg. Wie sich aus den nachfolgend unter II. ausgeführten Gründen ergibt, ist die Beklagte verpflichtet, der

Klägerin ihre Vorauszahlungen entsprechend der Kostenübernahmevereinbarung vom 26. Februar 2010 zurückzuerstatten.

- 35 II. Die Anschlussberufung der Klägerin hat Erfolg. Die Klägerin kann von der Beklagten aufgrund der Kostenübernahmevereinbarung zu dem hier streitbefangenen Streckenabschnitt der Stadtbahnlinie (Baumaßnahme 507537916) die Rückerstattung ihrer unter Vorbehalt gerichtlicher Klärung gegenüber der Telekom Deutschland GmbH geleisteten Vorauszahlung in Höhe von 119.496,87 € verlangen.
- 36 Die Klägerin kann ihr Rückzahlungsverlangen im Wege der allgemeinen Leistungsklage geltend machen (1.). Obwohl die aus der Kostenübernahmevereinbarung folgenden Verbindlichkeiten der Beklagten mit dem Ausgliederungs- und Übernahmevertrags vom 3. September 2009 auf die Telekom Deutschland GmbH übergegangen sind, haftet die Beklagte der Klägerin für die Rückerstattung ihrer Vorausleistung weiterhin als Gesamtschuldnerin und ist daher passivlegitimiert (2.) Die in der Kostenübernahmevereinbarung geregelten vertraglichen Voraussetzungen, die für eine Rückerstattung bestehen müssen, liegen vor (3.).
- 37 1. Der Anspruch der Klägerin ist entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts nicht auf die bloße Feststellung beschränkt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die ihr durch Verlegung der Telekommunikationslinie in der P..... Straße in L..... (Bauabschnitt 15/3, Angebot 8034789) entstandenen Kosten für die Verlegung entsprechend der Kostenübernahmevereinbarung zurückzuerstatten. Sie kann aus der Kostenübernahmevereinbarung im Wege einer allgemeinen Leistungsklage vielmehr direkt auf Rückerstattung ihrer Vorauszahlung in Höhe von insgesamt 119.496,87 € klagen.
- 38 Anspruchsgrundlage des geltend gemachten Rückzahlungsanspruchs ist die Kostenübernahmevereinbarung. Hierbei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag in Gestalt eines Austauschvertrags (§ 1 SächsVwVfZG i. V. m. §§ 54 und 56 VwVfG). Nach der Kostenübernahmevereinbarung sollte die Klägerin für die der Beklagten im Zusammenhang mit der Verlegung der Telekommunikationsleitung entstehenden Kosten in Vorausleistung gehen. Für den

Fall, dass die Klägerin binnen sechs Monaten nach Erteilung der Schlussrechnung den Rechtsweg beschreite, verpflichtete sich hingegen die Beklagte, dieser die Vorausleistung zurückzuerstatten, wenn sie hierzu rechtskräftig verurteilt werden sollte.

- 39 Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Vertragsparteien die gerichtliche Klärung auf eine gerichtliche Feststellung der "Kostentragungspflicht" hätten beschränken sollen. Aus Sicht der Klägerin würde eine solche Beschränkung auch keinen Sinn haben, müsste sie doch erneut auf Zahlung klagen, wenn die Beklagte nach Eintritt der Fälligkeit die Rückzahlung verweigern sollte. Die im „Zusatz Deutsche Telekom AG“ enthaltene Regelung, wonach sich diese verpflichtet, innerhalb von acht Wochen nach Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung die gegebenenfalls zu erstattenden Beträge zu begleichen, stellt sich als bloße Fälligkeitsklausel in Verbindung mit einer Bestimmung der Leistungszeit dar. Sie bestimmt als Fälligkeitszeitpunkt "das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung" sowie als Leistungsfrist i. S. v. § 271 Abs. 2 BGB eine Zahlungsfrist von acht Wochen nach Eintritt der Fälligkeit. Dieses Verständnis entspricht im Übrigen auch dem Verständnis beider Vertragsparteien, wie deren Ausführungen im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung zeigen.
- 40 2. Die Klägerin kann ihren Rückzahlungsanspruch gegenüber der Beklagten geltend machen. Obwohl die aus der Kostenübernahmevereinbarung folgenden Verbindlichkeiten der Beklagten mit dem Ausgliederungs- und Übernahmevertrags vom 3. September 2009 auf die Telekom Deutschland GmbH übergegangen sind, haftet die Beklagte der Klägerin für die Rückerstattung ihrer Vorausleistung weiterhin als Gesamtschuldnerin und ist daher passivlegitimiert (2.1). Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten ist durch die „Vereinbarung zur Durchführung des gerichtlichen Verfahrens“ vom 28. September 2010 nicht entfallen (2.2). Der Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten steht schließlich nicht entgegen, dass die Klägerin die Vorauszahlung an die Telekom Deutschland GmbH geleistet hat (2.3).
- 41 2.1 Der Passivlegitimation der Beklagten steht nicht entgegen, dass ihre aus der Kostenübernahmevereinbarung folgenden Verbindlichkeiten durch den Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 3. September 2009 auf die T-Mobile

Deutschland GmbH übergegangen sind, die seit 1. April 2010 als Telekom Deutschland GmbH firmiert. Denn die Beklagte haftet für diese Verbindlichkeiten nach § 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 UmwG i. V. m. § 421 BGB nach wie vor als Gesamtschuldnerin.

42 Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG hat die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers die Wirkung, dass das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers, bei Abspaltung und Ausgliederung der abgespaltene oder ausgegliederte Teil oder die abgespaltenen oder ausgegliederten Teile des Vermögens einschließlich der Verbindlichkeiten entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit auf die übernehmenden Rechtsträger übergehen. Danach ist das deutsche Festnetz einschließlich zugehöriger Telekommunikationsleitungen von der Beklagten auf die Telekom Deutschland GmbH übergegangen. Die Beklagte war seit 1995 Eigentümerin des deutschen Festnetzes und sämtlicher dazugehöriger Telekommunikationsanlagen und -leitungen. Mit dem Ausgliederungs- und Übernahmevertrag wurde das Geschäftsfeld "T-Home", zu dem auch das deutsche Festnetz gehört, gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG ausgegliedert und auf die T-Mobile Deutschland GmbH übertragen, die seit dem 1. April 2010 als Telekom Deutschland GmbH firmiert. Die Kostenübernahmevereinbarung ist somit gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten auf die Telekom Deutschland GmbH übergegangen, weil sie das deutsche Festnetz auf der Grundlage eines Ausgliederungs- und Übernahmevertrags vom 3. September 2009 aus dem Vermögen der Beklagten nach § 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in ihr Vermögen übernommen hat (vgl. BayVGh, Urt. v. 31. Mai 2016 - 21 BV 14.158 -, juris Rn. 30). Wirksam geworden ist diese Unternehmensumstrukturierung mit der Eintragung in das Handelsregister am 30. März 2010.

43 Für die durch die Kostenübernahmevereinbarung begründeten Verbindlichkeiten haftet die Beklagte dennoch weiterhin als Gesamtschuldnerin (§ 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG, § 421 BGB). Denn nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die - wie die Rückerstattungsverpflichtung aus der

Kostenübernahmevereinbarung vom 26. Februar 2010 - vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind.

- 44 Der gesamtschuldnerischen Haftung der Beklagten steht auch nicht entgegen, dass die Rückerstattungsforderung der Klägerin nach dem "Zusatz Deutsche Telekom AG" zur Kostenübernahmevereinbarung erst mit Rechtskraft einer die Beklagte zur Rückzahlung verpflichtenden Entscheidung und somit nicht mehr innerhalb der Frist des § 133 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG fällig werden kann. Nach dieser Vorschrift haften diejenigen Rechtsträger, denen die Verbindlichkeiten nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG im Spaltungs- und Übernahmevertrag - wie hier der Beklagten - nicht zugewiesen worden sind, für diese Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach der Spaltung fällig und daraus Ansprüche gegen sie in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird. Diese Frist beginnt nach § 133 Abs. 4 Satz 1 UmwG mit dem Tage, an dem die Eintragung der Spaltung in das Handelsregister am Sitz des übertragenden Rechtsträgers bekannt gemacht worden ist und begann somit im vorliegenden Fall am 30. März 2010. Die von § 133 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG bestimmte Frist wäre somit mit dem 30. März 2015 abgelaufen.
- 45 Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten für die aus der Kostenübernahmevereinbarung folgenden Verbindlichkeiten ist jedoch nicht entfallen, weil der Ablauf der Frist des § 133 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG derzeit gehemmt ist (vgl. Seulen, in: Semmler/Stengl, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 133 Rn. 81). Nach § 133 Abs. 4 Satz 2 UmwG sind die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 204, 206, 201, 211 und 212 Abs. 2 und 3 BGB entsprechend anzuwenden. Die Beklagte kann sich folglich nicht darauf berufen, ihre Haftung als Gesamtschuldnerin sei wegen Ablaufs der durch § 113 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG für die Fortdauer der gesamtschuldnerischen Haftung bestimmten Frist entfallen. Denn diese Frist ist derzeit nach § 113 Abs. 4 Satz 2 UmwG i. V. m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung nämlich durch die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs gehemmt. Der Ablauf der Frist des § 133 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG

ist also seit dem 12. November 2010, seitdem die Klägerin Klage vor dem Verwaltungsgericht erhob, gehemmt.

46 2.2. Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten wurde auch nicht durch die „Vereinbarung zur Durchführung des gerichtlichen Verfahrens“ vom 28. September 2010 abbedungen. Hier kann dahinstehen, ob diese Vereinbarung von der Klägerin mit der Beklagten oder mit der Telekom Deutschland GmbH abgeschlossen wurde und ob der vom Gesetzgeber mit § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG beabsichtige Gläubigerschutz vertraglich überhaupt abdingbar ist. Denn jedenfalls lässt sich diese Vereinbarung nicht dahingehend auslegen, dass die Klägerin überhaupt nicht mehr haften solle.

47 Nach § 1 SächsVwVfZG i. V. m. § 57 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere (strengere) Form vorgeschrieben ist. Es gilt das Vollständigkeitsprinzip. Nebenabsprachen sind nur dann von Bedeutung, wenn sie im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als Teil der schriftlichen Vereinbarung angesehen werden können (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 57 Rn. 9). Hierfür muss der Vertragstext hinreichende Anhaltspunkte bieten (Andeutungstheorie). Die Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge richtet sich im Übrigen nach für Willenserklärungen und Verträge geltenden allgemeinen Auslegungsregeln (§ 62 VwVfG, § 133, 157 BGB). Maßgeblich kommt es danach darauf an, wie der Vertrag von einem verständigen objektiven Dritten verstanden werden durfte (objektivierter Empfängerhorizont), und nicht darauf, wie die eine Vertragspartei den Vertrag verstanden wissen wollte.

48 Davon ausgehend ergeben sich aus der „Vereinbarung zur Durchführung des gerichtlichen Verfahrens“ keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, dass nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsparteien die Beklagte aus jeglicher Haftung für die aus der Kostenübernahmevereinbarung folgenden Verbindlichkeiten ausscheiden und statt ihrer allein die Telekom Deutschland GmbH verpflichtet sein sollte. Weder ist dieser Vereinbarung eine Andeutung dahingehend zu entnehmen noch sind Nebenabsprachen ersichtlich, die dieser Vereinbarung einen solchen Inhalt geben könnten. Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, es handele sich hierbei lediglich um eine Musterprozessvereinbarung. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang auf eine Mail eines Vertreters der Telekom

Deutschland GmbH vom 29. Juli 2010. In dieser Mail wurde die Klägerin im Zusammenhang mit einem übersandten Entwurf der Musterprozessvereinbarung zwar darauf hingewiesen, dass "das Rubrum der Telekom" geändert worden sei, "weil durch gesellschaftsrechtliche Änderungen bei der Telekom nunmehr die Telekom Deutschland GmbH (...) Eigentümerin des öffentlichen Telekommunikationsnetzes" sei. Es mag sein, dass die Musterprozessvereinbarung deswegen als eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Telekom Deutschland GmbH zu verstehen ist. Aus dem Hinweis folgt jedoch nicht, dass fortan nur noch die Telekom Deutschland GmbH rückerstattungspflichtig sein sollte, wie die Beklagte meint. Die Beklagte kann sich zur Entlastung daher nicht auf die Vereinbarung berufen, zumal Unklarheiten bei der Vertragsauslegung grundsätzlich zu Lasten desjenigen gehen, der sich von der von ihm beanspruchten Auslegung Vorteile verspricht.

49 2.3 Der Passivlegitimation der Beklagten steht schließlich auch nicht entgegen, dass die Klägerin die vorbehaltlich einer gerichtlichen Klärung geleisteten Beträge (Vorauszahlung und Schlussrechnung) an die Telekom Deutschland GmbH und nicht an die Beklagte gezahlt hat. Denn nach § 421 BGB kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner). Dessen ungeachtet durfte die Klägerin ohnehin davon ausgehen, dass sie mit befreiender Wirkung gegenüber der Beklagten auf das in der Rechnung vom 29. September 2010 angegebene Konto der Telekom Deutschland GmbH vorleisten konnte. Diese Rechnung wurde ihr mit Schreiben der Deutsche Telekom Netzproduktion GmbH vom selben Tage übersandt, durch welche die Beklagte ausweislich der Kostenübernahmevereinbarung bei Vertragsabschluss vertreten wurde. Angesichts dieses für einen Außenstehenden undurchsichtigen Geschäftsgebarens kann die Klägerin nun nicht ihre Verantwortung verneinen, indem sie darauf verweist, sie selbst habe gar keine Vorauszahlung von der Klägerin erhalten.

50 3. Die in der Kostenübernahmevereinbarung geregelten vertraglichen Voraussetzungen, die für eine Rückerstattung bestehen müssen, liegen auch vor. Die Klägerin hat am 12. November 2010 und somit innerhalb von sechs Monaten nach

Erteilung der Schlussrechnung vom 29. September 2010 Klage zum Verwaltungsgericht erhoben. Die Beklagte hatte gemäß § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG in der zur Zeit des Vertragsabschlusses, also bis 9. November 2016 geltenden Fassung (TKG a. F.) die betroffenen kabelgebundenen Telekommunikationslinien auf eigene Kosten zu verlegen und zu verändern (3.1). Die Kosten für die Verlegung der kabelgebundenen Telekommunikationslinie sind nicht deswegen von der Klägerin zu tragen, weil die Beklagte gemäß § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. zu dieser Verlegung nicht verpflichtet gewesen ist (3.2).

- 51 3.1 Nach § 74 Abs. 1 TKG a. F. sind spätere besondere Anlagen nach Möglichkeit so auszuführen, dass sie die vorhandenen Telekommunikationslinien nicht störend beeinflussen. Doch muss dem Verlangen auf Verlegung oder Veränderung einer Telekommunikationslinie auf Kosten des Nutzungsberechtigten nach § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG a. F. stattgegeben werden, wenn sonst die Herstellung einer späteren besonderen Anlage unterbleiben müsste oder wesentlich erschwert werden würde, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses, insbesondere aus volkswirtschaftlichen oder Verkehrsrücksichten, von den Wegeunterhaltungspflichtigen oder unter ihrer überwiegenden Beteiligung ausgeführt werden soll. Dient eine kabelgebundene Telekommunikationslinie nicht lediglich dem Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr, kann ihre Verlegung gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 TKG a. F. nur dann verlangt werden, wenn die kabelgebundene Telekommunikationslinie ohne Aufwendung unverhältnismäßig hoher Kosten anderweitig ihrem Zweck entsprechend untergebracht werden kann. Ist die Verlegung einer kabelgebundenen Telekommunikationslinie für die Herstellung einer späteren besonderen Anlage notwendig, sind Kosten danach grundsätzlich vom Nutzungsberechtigten zu tragen. Handelt es sich jedoch um eine überörtliche kabelgebundene Telekommunikationslinie und ist deren Verlegung nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten möglich, ist der Nutzungsberechtigte nur dann zur Verlegung verpflichtet, wenn der Wegeunterhaltungspflichtige die Kosten hierfür trägt.

- 52 Beim Neubau der Stadtbahnlinie handelt es sich um ein nach § 75 Abs. 2 TKG a. F. privilegiertes Vorhaben. Sie ist als Schienenbahn eine besondere Anlage (§ 74 Abs. 1 Satz 1 TKG) und ihr Neubau wurde aus Gründen des öffentlichen Wohls ausgeführt. Denn sie gehört zum Netz des öffentlichen Personennahverkehrs der Stadt L.....

Zwischen den Beteiligten besteht auch Einvernehmen darüber, dass der Neubau dieser Stadtbahnlinie ohne Verlegung oder Änderung der Telekommunikationslinie hätte unterbleiben müssen oder wesentlich erschwert gewesen wäre.

53 Die Klägerin kann sich als Tochterunternehmen der Stadt L..... auf die Kostenlast der Beklagten berufen. Ohne Erfolg wendet die Beklagte dagegen ein, dass die Stadtbahnlinie durch die klagende L..... Verkehrsbetriebe GmbH und nicht durch Stadt L..... selbst, die nach § 44 Abs. 2 Satz 1 SächsStrG für die P..... Straße als Staatsstraße (§ 38) wegeunterhaltungspflichtig ist, errichtet worden sei. Die Errichtung einer späteren besonderen Anlage wird nämlich auch dann unter überwiegender Beteiligung des Wegeunterhaltungspflichtigen im Sinn des § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG a. F. zur Ausführung gebracht, wenn die Anlage zwar von einem rechtlich selbständigen Dritten (hier: Klägerin) hergestellt wird, der Wegeunterhaltungspflichtige (hier: Stadt Leipzig) diesen jedoch zur Wahrnehmung einer ihm übertragenen öffentlichen Aufgabe gegründet hat und den er auf Grund seiner unmittelbaren oder mittelbaren gesellschaftsrechtlichen Beteiligung beherrscht (zur gleichlautenden Vorschrift § 56 Abs. 2 Satz 1 TKG 1996: vgl. BVerwG, Urt. v. 29. April 2015 - 6 C 32.14 -, juris Rn. 18; s. a. HessVGH, Beschl. v. 18. Oktober 2011 - 7 A 438/10.Z -, juris Rn. 32; Schütz, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 75 Anm. 7). So liegt hier der Fall. Die Geschäftsanteile an der Klägerin werden zu 100 % von einer Holdinggesellschaft gehalten, nämlich der L..... Verkehrs- und Versorgungsgesellschaft mbH - ... GmbH -, deren Geschäftsanteile wiederum zu 100% bei der Stadt Leipzig liegen. Angesichts des pauschalen Bestreitens der Beklagten im schriftlichen Vorverfahren sah der Senat im Übrigen keinen Anlass, die von der Klägerin dargelegten Beteiligungsverhältnisse durch Vorlage entsprechender Stadtratsbeschlüsse oder sonstiger Unterlagen zu hinterfragen.

54 Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, zu dem aus ihrer Sicht für die Anwendung des § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG a. F. maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses der Verlegungsarbeiten nicht nutzungsberechtigt gewesen und schon deswegen nicht zur Tragung der Kosten für die Verlegung der kabelgebundenen Telekommunikationslinie verpflichtet zu sein.

- 55 Der Begriff der Nutzungsberechtigung wird in § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG definiert. Danach ist der Bund befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen, soweit dadurch nicht der Widmungszweck dauernd beschränkt wird (Nutzungsberechtigung). Dies gilt auch für nach § 68 Abs. 1 TKG lizenzierte Betreiber öffentlicher Telekommunikationsdienste.
- 56 Die Beklagte ist Nutzungsberechtigte gewesen. Anders als das Verwaltungsgericht meint, ist nicht von Belang, wer im Zeitpunkt des Verlangens auf Verlegung oder Veränderung einer Kommunikationslinie Nutzungsberechtigter war, und es ist auch nicht entscheidend, wer im Zeitpunkt des Beginns oder des Abschlusses der Verlegungsarbeiten nutzungsberechtigt war. Maßgeblich ist vorliegend auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Kostenübernahmevereinbarung abzuheben. Die Kostenübernahmevereinbarung gibt nichts für die Annahme her, dass die Vertragsparteien eine andere Sach- und Rechtslage zugrunde gelegt haben. Gibt es dafür keine greifbaren Anhaltspunkte, ist im Rahmen der Auslegung eines öffentlichen Vertrags (§ 62 VwVfG, § 133, 157 BGB) regelmäßig davon auszugehen, dass die Vertragsparteien die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Blick hatten und auch ihrem Vertrag zugrunde gelegt haben.
- 57 Am 26. Februar 2010, im Zeitpunkt des Abschlusses der Kostenübernahmevereinbarung, war die Beklagte Nutzungsberechtigte, denn sie war befugt, die P..... Straße für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen. Hier kann dahinstehen, ob die Beklagte ungeachtet der im Jahr 2010 wirksam gewordenen Ausgliederung des Geschäftsbereichs "T-Home" weiterhin Nutzungsberechtigte blieb. Auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung hat ihr Bevollmächtigter angegeben, die Nutzungsberechtigung sei ihr nicht entzogen worden. Selbst wenn die Klägerin ihre Nutzungsberechtigung durch die Unternehmensumstrukturierung zugunsten der Telekom Deutschland GmbH verloren haben sollte, so war sie jedenfalls zum Zeitpunkt des Abschlusses der Kostenübernahmevereinbarung noch nutzungsberechtigt. Denn die Telekom Deutschland GmbH hat ihre Nutzungsberechtigung für die P..... Straße erst mit Verleihungsurkunde der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

vom 18. März 2010 und damit nach Abschluss der Kostenübernahmevereinbarung erworben.

- 58 3.2 Gegen ihre Kostenlast vermag die Beklagte nicht einzuwenden, diese liege bei der Klägerin, weil die Verlegungsmaßnahme eine überörtliche kabelgebundene Telekommunikationslinie betroffen habe und die Verlegung einen unverhältnismäßig hohen Kostenaufwand verursacht habe. Die Voraussetzungen des § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. liegen nicht vor. Die Vorschrift dient dem Schutz von Fernlinien, die technisch aufwendiger konzipiert sind und aus höherwertigem Material bestehen, als dies bei Kurzstreckenlinien der Fall ist. Des Weiteren wiegt der Ausfall einer Fernlinie während der Verlegungsarbeiten sowohl für den Betreiber als auch für deren Kunden schwerer als derjenige einer Kurzstreckenlinie (Dörr, in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 75 Rn. 9). Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die betroffenen kabelgebundenen Kommunikationslinien dem Fernverkehr dienten.
- 59 Hier kann dahinstehen, ob die Auffassung des Verwaltungsgerichts zutrifft, wonach die Beklagte die Berufung auf § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. verwirkt habe, weil sie die Verlegung der kabelgebundenen Telekommunikationslinie wegen Unverhältnismäßigkeit der damit verbundenen Kosten im Vorfeld nicht verweigert habe. Denn jedenfalls liegen die Voraussetzungen des § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. für eine Kostenverlagerung auf die Klägerin auch ansonsten nicht vor, weil die Verlegung der betroffenen Telekommunikationslinien ohne Aufwendung unverhältnismäßiger Kosten möglich war.
- 60 Unverhältnismäßig hoch im Sinne des § 75 Abs. 2 Satz 2 TKG a. F. sind solche Kosten, welche die Kosten einer gewöhnlichen oder normalen Verlegung erheblich übersteigen. Dabei kommt es nicht auf einen - wie auch immer zu bestimmenden - abstrakten Normalfall einer Leitungsverlegung oder auf einen Vergleich zu den Kosten einer durchschnittlichen Verlegung an. Als Vergleichsmaßstab dienen vielmehr die Kosten einer vergleichbaren Verlegungsmaßnahme "unter normalen Verhältnissen". Die Kosten für die Verlegung einer für den Fernverkehr bestimmten kabelgebundenen Telekommunikationslinie können dabei nicht mit den Kosten für die Verlegung einer für den örtlichen Verkehr bestimmten verglichen werden (vgl. zur Vorgängervorschrift § 56 Abs. 2 Satz 2 TKG 1996: BVerwG, Urt. v. 29. April 2015 -

6 C 32.14 -, juris Rn. 35). Unverhältnismäßig hoch sind die Kosten auch nicht etwa dann schon dann, wenn sie einen bestimmten absoluten Betrag überschreiten. Der absoluten Höhe der Kosten der Verlegung für sich genommen kommt daher keine Aussagekraft zu. Vielmehr muss der besondere finanzielle Aufwand konkreten örtlichen Besonderheiten geschuldet sein (std. Rspr. des BVerwG, Urt. v. 29. April 2015 a. a. O; Beschl. vom 25. Juni 2013 - 6 B 56.12 -, juris Rn. 4; zu § 6 Abs. 2 Satz 2 Telegraphenwege-Gesetz: Beschl. v. 27. Februar 1981 - 7 B 15.81 -, juris Rn. 11; s. a. die obergerichtliche Rspr.: BayVGh, Urt. v. 31. Mai 2015 - 21 BV 14.158 -, juris Rn. 49; OVG NRW, Urt. v. 2. Oktober 2010 - 20 A 33/11 -, juris Rn. 57 ff.; Dörr, in: Säcker a. a. O., § 75 Rn. 11; Schütz, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 75 Rn. 26). Ob die Kosten "zu" hoch sind, lässt sich nur vor dem Hintergrund der konkreten baulichen Maßnahmen beurteilen. Die Annahme der unverhältnismäßigen Höhe setzt außergewöhnliche kostenverursachende Faktoren voraus, die erhebliche Mehrkosten nach sich ziehen. In Betracht kommen vor allem technische und örtliche Schwierigkeiten oder Besonderheiten, die üblicherweise bei einer Verlegung von Telekommunikationslinien nicht auftreten (OVG NRW a. a. O Rn. 69 f.; Schütz, a. a. O. Rn. 13).

61 Ausgehend von diesem Maßstab hat die Beklagte weder vor dem Verwaltungsgericht noch im Berufungsverfahren Tatsachen vorgetragen, die auf unverhältnismäßig hohe Kosten der von ihr durchgeführten Verlegungsmaßnahme schließen lassen. Soweit die Kostenhöhe darauf zurückzuführen ist, dass ISOVK- und ISFVK- Kabel verlegt werden mussten, weil hierüber überörtlicher Telekommunikationsverkehr schutzbedürftige Kommunikation der öffentlichen Hand abgewickelt werde (militärischer Fernverkehr, Fernverkehr für Polizei, Katastrophenschutz und sonstige Sicherheitsbehörden), rechtfertigt dies nicht die Annahme unverhältnismäßig hoher Kosten. Diese Kosten entsprechen vielmehr dem Normalfall. Die mit der Verwendung hochwertigen Materials verbundene Kostensteigerung tritt mithin immer ein, wenn kabelgebundene Telekommunikationslinien verlegt werden, die dem Fernverkehr dienen.

62 Nichts anderes gilt auch für ihr Vorbringen, die Kosten für die Verlegung von der überörtlichen Kommunikation dienenden Telekommunikationslinien seien deswegen unverhältnismäßig noch gewesen, weil die erforderlichen Arbeiten an den betroffenen

Kabelverbindungen während bestimmter Zeiten („Frozen Zones“) verboten seien und daher auf Nacht- und Wochenendzeiten hätte ausgewichen werden müssen (vgl. BayVGH a. a. O. Rn. 51).

- 63 Auch der Umstand, dass die vorhandenen ISOVK- und ISFVK keine Weiterverwendung in der neuen Kabeltrasse finden konnten, sondern neues Material verwendet werden musste, um einen nahtlosen Wechsel zu ermöglichen und einen Ausfall der über die kabelgebundene Telekommunikationslinie laufenden Kommunikationsverkehrs zu verhindern, entspricht dem Normalfall. Dies erfordert bei kabelgebundenen Telekommunikationslinien, die dem Fernverkehr dienen, stets, dass neue Kabelstränge am Ort der Verlegung einsatzbereit verlegt werden, und die vorhandenen Kabel am ursprünglichen Ort erst dann gekappt werden. Davon abgesehen sagen allein die Verwendung neuen Materials und die Wiederverwendbarkeit vorhandenen Materials über die Entstehung von Mehrkosten auch deswegen nichts aus, weil es im konkreten Fall auf eine wirtschaftliche Betrachtung ankäme. Hierbei wäre der wirtschaftliche Nutzen des Einsatzes des alten und neuen Materials zu vergleichen (OVG NRW a. a. O. Rn. 73).
- 64 Die Beklagte meint ferner, der Normalfall, bei dem unverhältnismäßige Kosten nicht entstünden, sei (nur) dann gegeben, wenn die Verlegung unter Verwendung des vorhandenen Bauzeugs durchgeführt werden könne. Die Kosten für die Verlegung, so die Beklagte, seien unverhältnismäßig hoch ausgefallen, weil sie am Ort der Verlegung nicht eine vorhandene Kabelkanalanlage oder auf ein auf öffentlichem Grund befindliches Leerrohr habe nutzen können, sondern eine neue Kabeltrasse habe legen müssen. Diese Argumentation geht schon deswegen fehl, weil die Kosten in diesem Vergleichsfall für die Beklagte gleich sind. Der Unterschied besteht vielmehr nur darin, dass die Kosten für die Verlegung von vorhandenen Reservekanälen sonst früher angefallen wären.
- 65 Schließlich rechtfertigt auch der Umstand, dass die vorhandenen Kabel in Kabelkanalformsteinen aus Beton verlegt gewesen sind und die Kabel daher nicht mittels der Technik "Drücken und Verrücken" an den neuen Ort haben verlegt werden können, keine andere Betrachtung. Denn wie die Beklagte auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, wurden für den Fernverkehr bestimmte

kabelgebundene Telekommunikationslinien im Gebiet der ehemaligen DDR stets mittels Kabelformsteinen verlegt. Damit entsprechen die Kosten für die Verlegung von Telekommunikationslinien des Fernverkehrs in diesem Gebiet dem Normalfall. Im Übrigen ist es aber auch kein außergewöhnlicher kostenverursachender Faktor, wenn im Zuge der Verlegung einer Telekommunikationslinie statt einer überkommenen die derzeit gängige Technik eingesetzt wird. Solche Investitionen entsprechen vielmehr einem üblichen Vorgehen, was hier umso mehr gilt, als die betroffenen alten Kabelkanalanlagen schon seit DDR-Zeiten bestanden hatten, wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat (BayVGH a. a. O. Rn. 52).

- 66 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 2 VwGO.
- 67 Die Revision wird nicht zugelassen, da kein Revisionsgrund nach § 132 Abs. 2 VwGO gegeben ist.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über den elektronischen Rechtsverkehr, die elektronische Aktenführung, die elektronischen Register und das maschinelle Grundbuch in Sachsen (Sächsische E-Justizverordnung - SächsEJustizVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 2014 (SächsGVBl. S. 291) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Sächsischen E-Justizverordnung einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden. In Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis und Disziplinarrecht kann auch die Abweichung des Urteils von einer Entscheidung eines anderen Obergerverwaltungsgerichts vorgetragen werden, wenn es auf diese Abweichung

beruht, solange eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis oder die Entstehung eines solchen Verhältnisses betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder vertretungsbefugt. Vertretungsbefugt sind auch juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Diese Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:
v. Welck

Kober

Groschupp

Beschluss

vom 7. November 2017

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 119.496,87 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und § 52 Abs. 3 GKG und entspricht der Höhe der geltend gemachten Rückforderung.
- 2 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
v. Welck

Kober

Groschupp