



Bundesnetzagentur

**Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes**

BK11-21/001

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

**Michael Rack, RSM Freilassing
Nocksteinstr. 13, 83395 Freilassing
vertreten durch Herrn Michael Rack**

– Antragsteller –

gegen

**Gemeinde Ainring/Mitterfelden
Salzburger Str. 48, 83404 Ainring
vertreten durch den Bürgermeister Martin Öttl**

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

Verband der Anbieter von Telefon- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand

– Beigeladener zu 1 –

Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand

– Beigeladene zu 2 –

EWE TEL GmbH,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 3 –

1 & 1 Versatel GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 4 –

Bundesverband Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS),
Eduard-Pflüger-Straße 58, 53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand

– Beigeladener zu 5 –

EFN eifel-net Internet-Provider GmbH,
Bendenstr.31-33, 53879 Euskirchen,
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 6 –

NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung

– Beigeladene zu 7 –

hat die Beschlusskammer 11 – Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Ge-
setzes – der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und
Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

die Vorsitzende Judith Herchenbach-Canarius
die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und
den Beisitzer Dr. Dirk Martin Kutzscher

auf die mündliche Verhandlung vom 26. 1. 2021 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird unter Ablehnung ihres Antrags gemäß § 77d Abs. 1 S. 1 TKG verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung jeweils eines Mikroleerrohres in den gemeindeeigenen DA 50-Leerrohren auf den als Anlagen 1 bis 5 zu dem Beschluss beigefügten Kartenmaterial dargestellten fünf Streckenabschnitten
 - im Ortsteil Mitterfelden, im Bereich der Ludwig-Thoma-Straße (Anlage 1),
 - von dem Ortsteil Thundorf bis zu den Ortsteilen Eschlberg und Hofer (Anlage 2),
 - im Ortsteil Thundorfer Mühle (Anlage 3),
 - entlang der B304 im Bereich Adelstetten (Anlage 4) sowie
 - im Ortsteil Mitterfelden im Bereich der Kirchenwegstraße, Höglstraße und Dachsteinstraße (Anlage 5)zu gewähren und bis zum 20. 5. 2021 zu den vorgenannten fünf Streckenabschnitten jeweils ein Angebot (insgesamt fünf Angebote) zu unterbreiten.
2. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Anordnung in Tenorziffer 1 (Angebotslegung zur Mitnutzung von DA 50-Leerrohren) zur Unterbreitung von jeweils einem Mitnutzungsangebot zu den dort genannten fünf Streckenabschnitten (insgesamt fünf Angebote) nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht nachkommt, wird ihr gemäß § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5, 6 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1, 17 VwVG die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000 € je Angebot angedroht.
3. Der Antragsteller ist zur Mitnutzung eines Mikroleerrohres in den Infrastrukturen der Antragsgegnerin gemäß Tenorziffer 1. berechtigt, unter der Bedingung, dass er das jeweils mitzunutzende Leerrohr durch Belegung mit einem 7 × DA 10-Mikroleerrohrverbund auf eigene Kosten ertüchtigt, sofern die Antragsgegnerin nicht eigene Ertüchtigungen nach Tenorziffer 4 erklärt.
4. Die Antragsgegnerin kann die Ertüchtigungen der in Tenorziffer 1 genannten Leerrohre mit 7 × DA 10-Mikroleerrohre bis zum 21. 6. 2021 selbst vornehmen. In diesem Fall muss bis spätestens zum 6. 5. 2021 eine verbindliche schriftliche Erklärung gegenüber dem Antragsteller und der Beschlusskammer abgeben, welche der in Satz 1 genannten Streckenabschnitte sie selbst ertüchtigen wird.
5. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Anordnung in Tenorziffer 4 Satz 2 (Erklärung zur Ertüchtigung) zur Abgabe einer verbindlichen Erklärung gegenüber dem Antragsteller und der Beschlusskammer, ob sie die in Tenorziffer 4 Satz 1 genannten Ertüchtigungen selbst vornehmen wird, nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht nachkommt, wird ihr gemäß § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5 und 6 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1 und 17 VwVG die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000 € angedroht.
6. Die Antragsgegnerin wird gemäß § 77d Abs. 1 S. 1 TKG verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der gemeindeeigenen DA 7-Mikroleerrohre zu den in Anlage 3 und 4 enthaltenen Häusern im Ortsteil Thundorfer Mühle (Teilbereich 1) so-

wie der DA 10-Mikroleerrohre zu den Adressen Adelstetten 11a, 40, 40c, 52, 67a, 77, 97, 99 (Teilbereich 2) zu gewähren und bis zum 20. 5. 2021 jeweils ein Mitnutzungsangebot zu den vorgenannten zwei Teilbereichen (insgesamt zwei Angebote) zu unterbreiten. Diese Angebote können durch Angebote gemäß Tenorziffer 9 Satz 3 über einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang auf die verlegten Glasfasern ersetzt werden.

7. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Anordnung in Tenorziffer 6 (Angebotslegung zur Mitnutzung von DA 7 bzw. DA 10-Mikroleerrohren bzw. zum diskriminierungsfreien offenen Netzzugang) zur Unterbreitung von jeweils einem Mitnutzungsangebot zu den dort genannten zwei Teilbereichen (insgesamt zwei Angebote) nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht nachkommt, wird ihr gemäß § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5, 6 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1, 17 VwVG die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000 € je Angebot angedroht.
8. Der Antragsteller ist zur Mitnutzung der Infrastrukturen der Antragsgegnerin gemäß Tenorziffer 6. berechtigt, unter der Bedingung, dass er in diese Mikroleerrohre Glasfaserkabel in der Dimensionierung von mindestens vier Glasfasern je Wohneinheit und zusätzlich zwei Fasern je Gebäude auf eigene Kosten einbringt und auf diese einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang im Sinne des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG gewährt, sofern die Antragsgegnerin nicht eigene Befüllungen nach Tenorziffer 6 erklärt.
9. Die Antragsgegnerin kann die Befüllung gemäß Tenorziffer 8 selbst vornehmen, indem sie in die in Tenorziffer 6 genannten Leerrohre Glasfasern in der Dimensionierung von mindestens vier Glasfasern je Wohneinheit und zusätzlich zwei Fasern je Gebäude bis zum 21. 6. 2021 auf eigene Kosten einbringt. Die Antragsgegnerin muss bis spätestens zum 6. 5. 2021 eine verbindliche schriftliche Erklärung gegenüber dem Antragsteller und der Beschlusskammer abgeben, welche der in Tenorziffer 6 genannten Streckenabschnitte sie selbst befüllen wird. In diesem Fall muss sie dem Antragsteller Angebote über einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang auf die von ihr eingebrachten Glasfaserinfrastrukturen gemäß Tenorziffer 6 Satz 2 unterbreiten.
10. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Anordnung in Tenorziffer 9 Satz 2 (Erklärung zur Befüllung zur Abgabe einer verbindlichen Erklärung gegenüber dem Antragsteller und der Beschlusskammer, ob sie die in Tenorziffer 8 Satz 1 aufgeführte Befüllung selbst vornehmen wird, nicht vollständig oder nicht fristgerecht nachkommt, wird ihr gemäß § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5 und 6 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1 und 17 VwVG die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000 € angedroht.
11. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft die Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen auf insgesamt fünf Streckenabschnitten im Gebiet der Gemeinde Ainring.
- 2 Der Antragsteller ist ein bei der Bundesnetzagentur gelisteter regionaler Telekommunikationsdiensteanbieter in den Landkreisen Berchtesgadener Land und Traunstein, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze mittels WLAN-Richtfunksendeanlagen, Glasfaserdirektanbindungen und VDSL2+ über Kupferdoppeladern der Telekom anbietet.
- 3 Die Antragsgegnerin ist eine Gemeinde im oberbayerischen Landkreis Berchtesgadener Land, welche rund 9.800 Einwohner zählt und aus 56 Gemeindeteilen besteht.
- 4 Bereits seit dem Jahr 2018 bemüht sich der Antragsteller um eine Mitnutzung von Leerrohrinfrastrukturen in verschiedenen Bereichen der Gemeinde. In späteren, im Streitbeilegungsverfahren vorgelegten Mails fragte er
 - am 3. 7. 2019 zu Leerrohren entlang der B304 in Adelstetten,
 - im August 2019 zu Streckenabschnitten im Ortsteil Thundorfer Mühle und zwischen den Ortsteilen Ainring und Thundorf sowie
 - zuletzt am 18. 6. 2020 für den Ortsteil Mitterfelden im Gebiet Dachsteinstraße, Höglstraße und Kirchenwegstraße

jeweils zunächst formlos eine Mitnutzung von im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden Lehrrohren an. Der Antragsteller beabsichtigt, auf diesen Strecken Glasfaserkabel in die Leerrohre einzubringen und unter Nutzung von Speedpipes (Mikrolehrrohren) Grundstücke anzubinden. Dies sei Voraussetzung, um weitere Kunden mit hochbitratigen Glasfaseranschlüssen (1 GBit/s) zu versorgen. Er fügte seinen Mails Grafiken der betroffenen Gebiete bei.
- 5 Auch auf erneute Nachfrage erhielt der Antragsteller keine Antwort hinsichtlich einer Mitnutzung der Leerrohre in Mitterfelden (Dachsteinstraße, Höglstraße, Kirchenwegstraße) durch die Antragsgegnerin.
- 6 Am 26. 10. 2020 beantragte der Antragsteller mit einer erneuten Mail und unter Benennung konkreter Infrastrukturen und einer genauen Ausbauplanung die Mitnutzung von unbelegten Leerrohren der Antragsgegnerin im Ortsteil Mitterfelden zum Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes mittels Glasfaser bis ins Haus (FttH). Der Antrag bezog sich erneut auf den Abschnitt Dachsteinstraße, Höglstraße, Kirchenwegstraße. Dabei beantragte er die Mitnutzung der Leerrohrinfrastruktur sowie der Kabelschächte zum Einbau einer LWL-Haubenmuffe. Er setzte der Antragsgegnerin eine Frist von 14 Tagen und begründete dies damit, dass bereits mehrfach Aufforderungen zur Angebotsübermittlung unbeantwortet geblieben seien. Eine Karte des Gebiets, in dem sich die angefragten Leerrohre befinden, fügte er ebenfalls bei.

- 7 Am 19. 11. 2020 wandte sich der Antragsteller erstmals an die Bundesnetzagentur. Er skizzierte die Probleme bei den Anfragen an die Gemeinde und dass er bislang keine Reaktion bzw. kein Angebot für eine Mitnutzung bekommen habe. Die Beschlusskammer 11 wies auf die rechtlichen Regelungen, insbesondere zur Antragstellung sowie zu Fristen hin. Dabei wurde § 77d Abs. 2 TKG in Bezug genommen, wonach der Mitnutzungsantrag eine konkrete Projektskizzierung und einen Zeitplan enthalten müsse und der in Anspruch genommene Eigentümer eines Versorgungsnetzes zwei Monate nach Antragstellung die Möglichkeit habe, ein Angebot für eine Mitnutzung zu unterbreiten.
- 8 Der Antragsteller erklärte dazu, dass er nach seiner Anfrage vom 26. 10. 2020 zwei Monate bis zu einer Antwort abwarten würde, wies allerdings darauf hin, dass es ja bereits zuvor schon – wenn auch formlose – Anfragen gegeben habe, die alle unbeantwortet geblieben seien. Er habe in der Vergangenheit auch bereits Kooperationen angeboten und erhoffe sich immer noch eine positive Lösung zusammen mit der Antragsgegnerin. Seiner Meinung nach könne der Gemeinderatsbeschluss über den angestrebten Verkauf der Infrastrukturen seiner Anfrage auf Mitnutzung für einen eigenwirtschaftlichen Ausbau nicht entgegenstehen. Er verfüge bereits seit fünf Jahren über eine Glasfaseranbindung bis in den Ortsteil Thundorfer Mühle und die Anwohner dort seien trotz der durch die Antragsgegnerin erstellten Infrastrukturen nicht an Glasfasern angebunden, sondern würden sich mit LTE und Richtfunk behelfen.
- 9 Im Anschluss an diesen Vortrag setzte sich die Beschlusskammer telefonisch mit der Antragsgegnerin in Verbindung, um ggf. noch bei einer Klärung behilflich sein zu können und bekam von dort die Auskunft, dass man vorhabe, dem Antragsteller zeitnah zu antworten.
- 10 Weitere Anträge auf Mitnutzung von Leerrohrinfrastrukturen zur Einbringung von Glasfaserkabeln stellte der Antragsteller bei der Antragsgegnerin mit Mails vom 25. 11. 2020. Auch hierbei skizzierte er sein o. a. Projekt zum FttH-Ausbau für die Streckenabschnitte Mitterfelden, Ludwig-Thoma-Straße, Thundorf bis Eschlberg und Hofer, Thundorfer Mühle sowie Gebiet B304, Adelstetten.
- 11 Auch dort beantragte der Antragsteller jeweils die Nutzung der unbelegten Leerrohrinfrastruktur inkl. Mitbenutzung der Kabelschächte. Er bot zudem an, in die DA 50-Leerrohre Speedpipes einzubringen, davon nur eines mit 12 mm Außendurchmesser selbst zu nutzen und der Antragsgegnerin vier Rohre zu einem Preis von 0,25 € pro Meter und Rohr zu überlassen. Der Vermietungspreis habe aufgrund der Belegung und Nutzung des PE-Rohres ausschließlich ein Viertel der normalen Kosten für das ganze Rohr zu betragen. Dies bot der Antragsteller für die Strecken Mitterfelden, Ludwig-Thoma-Straße sowie Thundorf bis Eschlberg und Hofer an. Für den Ortsteil Thundorfer Mühle sowie das Gebiet B304, Adelstetten beantragte der Antragsteller darüber hinaus auch die Mitnutzung von Zugangsrohren mit 7 mm bzw. 10 mm Außendurchmesser zu den Häusern.

- 12 Am 14. 12. 2020 wurde dem Antragsteller von Seiten der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass der Gemeinderat beschlossen habe, die vorhandene Infrastruktur in das neue Gigabitförderverfahren des Freistaates Bayern einzubringen. Ihr zufolge sei gemäß der Bayrischen Gigabitrichtlinie die Einbringung von Leistungen im Wirtschaftlichkeitslückenmodell möglich und förderfähig. Unter Eigenleistungen fielen demnach z. B. bereits erstellte Leerrohrverbände, welche im Eigentum der Antragsgegnerin stünden.
- 13 Am 29. 12. 2020 wandte sich der Antragsteller nunmehr noch einmal an die Bundesnetzagentur und übermittelte dabei sowohl die Anträge als auch die Antwort der Antragsgegnerin. Er teilte dabei mit, dass in den angefragten Gebieten die Telekom im Jahr 2020 sog. „Super-Vectoring“ mit 250 Mbit/s Übertragungsgeschwindigkeit installiert habe. Die Förderung gemäß der Bayerischen Gigabitrichtlinie könne dort also nicht mehr greifen. Die Anfrage zur Mitnutzung erstreckte sich nunmehr bereits über fünf Jahre und man habe einen eigenwirtschaftlichen Ausbau angekündigt, wenn man die Leerrohre zur Nutzung erhalte. In der Zwischenzeit habe der Antragsteller die Strecken mit Richtfunk überbrückt und sei nun von der Telekom mit Super-Vectoring überbaut worden.
- 14 Nach Auffassung des Antragstellers könne sich der Gemeinderat nicht über § 77 TKG hinwegsetzen und es gebe keine Möglichkeit, sich der Verpflichtung zur Mitnutzung zu entziehen, falls mit der Infrastruktur andere Absichten für die Zukunft bestünden. Diese Pläne seien im Übrigen nicht durchsetzbar, weil die Gebiete nicht förderfähig seien.
- 15 Auf diese Einlassung reagierte die Beschlusskammer mit der Rückfrage, ob ein Streitbeilegungsverfahren eröffnet werden solle. Dies bestätigte der Antragsteller unter Vorlage der vollständigen Unterlagen am 5. 1. 2021.
- 16 Am 5. 1. 2021 stellte der Antragsteller bei der Bundesnetzagentur folgenden Antrag auf Streitschlichtung:
- „Beantragt wird die Mitnutzung von Leerrohrinfrastrukturen in den Gebieten Mitterfelden, Ludwig-Thoma-Straße, Thundorf bis Eschlberg und Hofer, Thundorfer Mühle, Gebiet B304, Adelstetten, Kirchenwegstraße, Höglstraße und Dachsteinstraße, um ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz zu errichten.“*
- 17 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 1 vom 13. 1. 2021 als Mitteilung Nr. 2 veröffentlicht.
- 18 Die Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 15. 1. 2021 zum Streitbeilegungsverfahren Stellung. Hierin teilte sie mit, dass sie durch eine jetzige Nutzung der Leerrohre nicht eine zukünftige fehlende Kapazität für einen künftigen Netzbetreiber hervorrufen möchte. Sie benennt hier als fehlende Kapazität auch, was von der Gemeinde innerhalb der nächsten fünf Jahre benötigt werde. Sie habe bereits im Herbst 2019 Schritte eingeleitet, um im Zuge eines zweiten Förderverfahrens weitere Gemeindegebiete mit schnellem Internet zu erschließen. Als sich abgezeichnet hätte, dass im neuen BayGibit-Förderverfahren weitere Anschlüsse realisiert werden könnten, wel-

che bereits durch von der Gemeinde gebaute Speedpipes erschlossen worden seien, sei ein neuer Ausbauplan beschlossen worden.

- 19 Danach plane die Antragsgegnerin im Zuge eines Fünfjahresplans eine Erschließung mit Hilfe des neuen BayGibit-Förderverfahrens. Der Plan sehe vor, dass Netzbetreiber die kommunale Infrastruktur im Rahmen des Förderverfahrens als Eigenleistung abkaufen sollen; der Ausbau sei innerhalb von längstens drei Jahren geplant. Derzeit befinde sich das Verfahren in der Vorbereitung der Markterkundungsabfrage. Dabei sei eine vorgefüllte Adressliste (ADBV) des Breitbandzentrums einzuholen und zu bearbeiten, insbesondere seien Gewerbe wegen der erhöhten Aufgreifschwelle zu kennzeichnen.
- 20 Förderrechtlich verwies die Antragsgegnerin darauf, dass die neue BayGibitRL nur noch Point-to-Point-Netze als förderfähig ansehe und die Dimensionierung so zu wählen sei, dass drei weitere Zugangsnachfrager Point-to-Point-Lösungen realisieren könnten (Ziffern 6.2 bzw. 7.5 BayGibitRL). Damit ein möglicher Zuschlagsempfänger diese Anforderung erfüllen könne, müsse diesem sicherheitshalber die gesamte Infrastruktur verkauft werden. Der zuschlagserhaltende Netzbetreiber müsse in die Infrastruktur noch eigene Glasfasern einziehen können, so dass die Infrastruktur vollständig Teil des förderfähig zu errichtenden Netzes werde.
- 21 Eine vorherige Bereitstellung an andere Anbieter könne zur Folge haben, dass dem zukünftigen Netzbetreiber die verbleibenden Speedpipes für das eigene Netz nicht ausreichen oder die Mindestvorgaben an die Dimensionierung nicht erfüllt wären. In beiden Fällen wäre der Netzbetreiber zur Verlegung zusätzlicher Speedpipes gezwungen und die genutzten Synergien der kommunalen Mitverlegung bei ohnehin stattfindenden Baumaßnahmen wären nutzlos.
- 22 Kommunalrechtlich wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Gemeinde finanziell nur im Rahmen von stattfindenden Baumaßnahmen mitverlegen könne, wenn ein größtmöglicher Mittelrückfluss hierfür gegeben sei. Dies sei nur beim Verkauf der Infrastruktur an einen Netzbetreiber zu marktüblichen Preisen/Herstellungspreisen gegeben. Im Rahmen eines Förderverfahrens werde der Kaufpreis in die Wirtschaftlichkeitslücke einberechnet, so dass bei der Kommune nur der Eigenanteil des Förderverfahrens verbleibe.
- 23 Die Antragsgegnerin wertet eine Einzelvermarktung von einzelnen Röhren oder Lichtwellenleitern an Interessenten als wirtschaftlich nicht tragbar und nicht ihrem Aufgabenbereich zufallend. Außerdem sei der Erwerb für den zukünftigen Netzbetreiber nur dann rentabel, wenn dort nicht bereits Glasfasern eingezogen seien. Denn er wolle die größtmögliche Nutzreserve und auch die einheitliche Vermarktung gegenüber Zugangsnachfragern. Ein von der Kommune geschlossener Pachtvertrag wäre durch den Zuschlagsempfänger nach dem Prinzip „Kauf bricht nicht Miete“ zu übernehmen und dieser verliere demgemäß nicht nur mögliche Reserven, sondern sehe sich auch bereits bestehenden Zugangspreisen gegenüber, welche nicht seiner Vermarktungsstrategie entsprächen und von seinen Standardpreisen abwichen.

- 24 Diese Ungewissheit, ob die bereits mitgenutzte Infrastruktur von einem Netzbetreiber gekauft werde und möglicherweise noch eine parallele Verlegung zusätzlicher Infrastrukturen erforderlich machen würde, habe dazu geführt, dass man sich gemäß dem Gemeinderatsbeschluss vom 17.11.2020 dazu entschieden habe, die gesamte Speedpipeinfrastruktur in das geplante Auswahlverfahren nach der BayGibitRL durch Verkauf einzubringen und beantrage insoweit die Abweisung des von dem Antragsteller gestellten Mitnutzungsantrags.
- 25 Der Antragsteller äußerte sich kurz vor der öffentlichen mündlichen Verhandlung nochmals mit einem Schriftsatz vom 21. 1. 2021.
- 26 Der Antragsteller weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass die Antragsgegnerin im Anschreiben vom 15. 1. 2021 von 700.000 € Eigeninvestierungsanteil gesprochen habe, der Gemeinderatsbeschluss vom 17. 11. 2020 allerdings nur von 400.000 € Investitionsanteil ausgehe. Außerdem würden Leerrohre benannt, die bereits durch Erschließungskosten im Neubaugebiet Thundorfer Mühle sowie Blasius-Hogger-Weg durch die Grundstückseigentümer vollständig bezahlt worden seien. Wenn die Antragsgegnerin diese nunmehr zu verkaufen beabsichtige, käme dies einer doppelten Vergütung gleich. Dahingehend könnten die Anwohner dann von ihrem Recht auf Schadensersatz gemäß § 283 BGB Gebrauch machen; nach Fertigstellung der Erschließung würden die Leerrohre in die Unterhaltspflicht der Antragsgegnerin übergehen.
- 27 Bezüglich der geplanten Förderungen führte der Antragsteller aus, dass das von der Antragsgegnerin angestrebte Förderverfahren gemäß der Bayerischen Gigabitrichtlinie als Zuwendungsvoraussetzung eine Aufgreifschwelle von kleiner 100 Mbit/s Versorgung vorsehe. Für mindestens drei Bereiche würde eine solche Aufgreifschwelle nicht vorhanden sein, nämlich für die Gebiete Blasius-Hogger-Weg, Thundorfer Mühle sowie Dachsteinstraße. Diese seien bereits mit Bandbreiten von mindestens 100 Mbit/s versorgt. Zwar sei der Blasius-Hogger-Weg nicht Gegenstand dieses Streitbeilegungsverfahrens, die Nutzungsbeabsichtigung durch den Antragsteller werde aber in Kürze bei der Antragsgegnerin eingehen.
- 28 Hinsichtlich des hier von der Antragsgegnerin eingewandten Versagungsgrundes der fehlenden Kapazitäten rügte der Antragsteller, dass es sich dabei gemäß den Ausführungen um eine bloße Vermutung handele, dass nach einer Vermietung bzw. Verpachtung die für den geförderten Ausbau benötigten Kapazitäten nicht mehr zur Verfügung stünden. Das Leerrohrnetz bestehe aus DA 50-Rohren und biete nach der Einbringung von 7 × 12 mm Speedpipes ausreichend Kapazität, so dass auch eine Vermietung an den Antragsteller möglich wäre. Die Bedenken hinsichtlich der ausreichenden Kapazitäten könnten aus Sicht des Antragstellers auch als Mindestvoraussetzung vereinbart werden, da der Antragsteller ohnehin beabsichtige, ausreichend Kapazitäten vorzuhalten, um der Richtlinie des Bundes für den geförderten Ausbau in allen Punkten gerecht zu werden.

- 29 Die Aussage der Antragsgegnerin, dass eine Mitverlegung nur dann erfolgen dürfe, wenn ein größtmöglicher Rückfluss der eingesetzten finanziellen Mittel gewährleistet sei, sei schon deswegen zurückzuweisen, weil gemäß DigiNetz-Gesetz eine Verpflichtung zur Mitverlegung z. B. in Neubaugebieten bestehe, wenn ein Marktversagen gegeben sei. Das DigiNetz-Gesetz sehe dabei vor, dass diese errichtete Infrastruktur im Anschluss auch nachfragenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden müsse. Eine Refinanzierung sehe das DigiNetz-Gesetz nicht vor. Zur Finanzierung solcher Mitverlegungen existierten von Bund und Ländern entsprechende Fördermöglichkeiten.
- 30 Die Antragsgegnerin sei als Kommune auch selbst für die Thematik verantwortlich und könne sich dieser nicht einfach entziehen. Sie müsse dafür Prozesse intern definieren und am Markt entsprechend zu etablieren und praktizieren. Der Gefahr, dass bei einem geförderten Ausbau erneut Tiefbau bei bereits bestehenden Rohrnetzen erfolgen müsse, könne die Antragsgegnerin begegnen, indem sie entsprechende Voraussetzungen bereits an die Ausschreibungen knüpft. Die von dem Antragsteller angefragten Netze wären aber nicht Bestandteil einer künftigen Ausschreibung und daher sei der Einwand komplett irrelevant.
- 31 Lediglich für den Bereich „B304 Adelstetten“ sei noch eine Fördermöglichkeit aufgrund einer Unterversorgung (sog. „Grauer Fleck“) nach der BayGibitRL gegeben, allerdings wolle der Antragsteller diesen Bereich ja gerade unter Zahlung eines Mitnutzungsentgelts gigabitfähig machen und entsprechende passive Komponenten wie Glasfasermuffen und Glasfaserkabel so bereitstellen, dass mindestens drei Mitbewerbern die Nutzung dieser passiven Infrastruktur ermöglicht werde. Der Antragsteller bot an, der Antragsgegnerin hier auch beratend zur Seite zu stehen, um den Aufwand für die Planung, Unterhaltung, Dokumentation und Einzelvermarktung so gering wie möglich zu halten.
- 32 Die Antragsgegnerin erwiderte dazu nochmals einen Tag vor der öffentlichen mündlichen Verhandlung per Mail am 25. 1. 2021. Sie gibt an, der Vortrag des Antragstellers zu den Erschließungskosten sei unzutreffend. Die Leerrohre befänden sich in öffentlichem Grund und seien von der Gemeinde bezahlt worden. Die Grundstückseigentümer hätten lediglich den Hausanschluss bezahlt bzw. sei dieser nach Vereinbarung weiterverrechnet worden. Diese könne bei Bedarf auch belegt werden.
- 33 Die Antragsgegnerin äußerte mit Blick auf den von ihr geplanten geförderten Ausbau, es käme nicht darauf an, ob der Antragsteller die Versorgungssituation einzelner Gebiete, etwa von Thundorfer Mühle oder des Blasius-Hogger-Weges, zu kennen meine. Denn es komme nicht auf die Versorgungssituation einzelner Adressen an; vielmehr stünden die förderfähigen Adressen erst am Ende des Markterkundungsverfahrens fest, welches die Antragsgegnerin erst noch starte. Im Übrigen könne die Infrastruktur auch als Zuführung zu dahinterliegenden „weißen Flecken“ verwendet werden.

- 34 Die Darstellung des Antragstellers zu den vorhandenen Kapazitäten sei unzutreffend. Welche Dimensionierung der den Zuschlag erhaltende Netzbetreiber vorsehe, unterliege alleine dessen Planungshoheit. Dies gelte auch in Förderverfahren nach der Bayerischen Gigabitrichtlinie. Diese sehe lediglich eine Minstdimensionierung, aber keine Obergrenze vor. Ob ein Netzbetreiber die DA 50-Leerrohre vollständig befülle, könne im jetzigen Zeitpunkt ohne die Angebote der Netzbetreiber im Auswahlverfahren niemand beurteilen. Dies hänge von der Netztypologie des Zuschlagsempfängers und dessen weiteren eigenwirtschaftlichen Ausbauplänen im Gemeindegebiet ab.
- 35 Des Weiteren weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass Kommunen nach § 77i Abs. 7 TKG zwar in Bezug auf Neubaugebiete, aber nicht bei sämtlichen Bauarbeiten länger als acht Wochen zur Mitverlegung von mit Glasfasern bestückten Leerrohren verpflichtet seien. Bei anderen Bauarbeiten, die länger als acht Wochen andauerten, bestehe lediglich eine Koordinierungspflicht zur Abfrage von Mitverlegungen durch einen interessierten Netzbetreiber. Der hier betroffene Bereich sei kein Neubaugebiet, so dass keineswegs eine Verlegungspflicht durch die Kommune bestanden habe. Die Verlegung sei freiwillig erfolgt, um die Infrastruktur in den geförderten Breitbandausbau einfließen zu lassen und durch einen Verkauf die Verlegung weitestgehend zu refinanzieren.
- 36 Auf den Vortrag des Antragstellers, die angefragten „Netze“ seien nicht Bestandteil einer künftigen Ausschreibung, verwies die Antragsgegnerin auf ihre Argumentation zum Kapazitätsbedarf des künftigen Netzbetreibers. Ohne Vorlage der Angebote könne nicht beurteilt werden, inwieweit ein Netzbetreiber die kommunale Infrastruktur für die Versorgung des noch zu definierenden Gebietes weißer und grauer Flecken verwenden könne. Das Markterkundungsverfahren sei aktuell in Vorbereitung. Erst an dessen Ende würden die förderfähigen Adressen feststehen. Inwieweit ein Zuschlagsempfänger die kommunale Infrastruktur dann als Zuführungstrasse verwende, würden erst die Angebote der Netzbetreiber im Förderverfahren zeigen.
- 37 In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. 1. 2021 erläuterte der Antragsteller, bereits über eine Backbonestruktur zwischen Salzburg und München zu verfügen. Dabei bestünden an einigen Punkten bereits Glasfaserverbindungen in das streitgegenständliche Gebiet, Teile seien auch bereits mit FTTH erschlossen. Das FTTH-Netz solle in den hier streitig gestellten Gemeindeteilen erweitert und Endkunden angebunden werden. Die Antragsgegnerin stellte nicht in Abrede, über die hier aufgeführten passiven Netzinfrastrukturen zu verfügen und gab an, dass sie in der Vergangenheit – wo irgend möglich – bei Baumaßnahmen auch Leerrohre für den Breitbandausbau mit eingebracht habe. Diese seien bislang auf den streitgegenständlichen Strecken weder mit Speedpipes belegt noch mit Glasfaserkabeln befüllt. Vielmehr habe man nach reiflicher Diskussion im Rahmen des gemeindlichen Abstimmungsprozesses nunmehr einen Gemeinderatsbeschluss vorliegen, wonach die komplette passive Infrastruktur nicht selbst betrieben, sondern nur komplett zum Verkauf angeboten werden solle. Dies solle im Rahmen einer Ausschreibung der neuen Gigabitförder-

richtlinie des Landes Bayern geschehen. Eine vorherige Vermietung sei dabei nicht vorgesehen und würde auch nicht dem Gemeinderatsbeschluss entsprechen.

- 38 Die Antragsgegnerin führte im Weiteren aus, durch ein Beratungsunternehmen IKT beraten zu werden, da man in Sachen Breitbandausbau auf externe Beratung angewiesen sei. Es sei in diesem Zusammenhang auch ein Masterplan für den Ausbau des gesamten Gemeindegebiets erstellt worden, der bestimmte Kapazitäten eingeschätzt und auf dieser Basis auch Leerrohrdimensionierungen angeraten habe. Auch auf Nachfrage der Beschlusskammer machte die Antragsgegnerin keine weiteren Angaben über den Inhalt des Masterplans und die vorgesehenen Faserplanungen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, sich nicht im Detail zu Ausbauplanungen äußern zu müssen, da es ja einen bindenden Gemeinderatsbeschluss zum Verkauf der kompletten Infrastruktur gebe und dieser nunmehr als Kapazitätseinrede im Sinne des § 77d Abs. 2 Nr. 2 TKG geltend gemacht werde.
- 39 Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung erfolgte keine weitere Einlassung von Seiten der Streitparteien oder der Beigeladenen zu den in der öffentlichen mündlichen Verhandlung diskutierten Punkten. Insbesondere kam es auch zu keinem weiteren Sachvortrag der Antragsgegnerin zu Dimensionierungsplanungen.
- 40 Zuletzt übersandte der Antragsteller einen Mailverkehr, wonach er am 1.2.2021 bezüglich des Verkaufs der Leerrohrinfrastruktur in Thundorfer Mühle bei der Antragsgegnerin angefragt hatte. Er hatte darin ein Kaufangebot zum Preis von 4.500 € unterbreitet. Mit Mail vom 9.2.2021 lehnte die Antragsgegnerin dieses Angebot ab und teilte mit, zu diesem Preis nicht verkaufen zu dürfen, da dies sowohl gegen das Verbot der Beihilfe als auch gegen Kommunalrecht verstieße. Man wolle die Infrastruktur als Ganzes in das Förderprogramm einbringen und dort zu marktüblichen Preisen verkaufen, so dass Beihilfe- und Kommunalrecht nicht tangiert seien. Die Antragsgegnerin bot im Gegenzug an, dass ein Erwerb zu einem marktüblichen Preis möglich wäre. Dieser müsse mindestens die Herstellungskosten von ca. 35.000 € umfassen, wäre aber darüber hinaus durch Marktabfrage zu ermitteln. Dies würde in einem einfachen Bieterverfahren erfolgen, in welchem mindestens alle lokal tätigen Anbieter zur Abgabe eines Höchstpreises, mindestens jedoch der ca. 35.000 € aufgefordert würden. Sollte der Antragsteller in diesem Verfahren Höchstbietender sein, müsste man die Annahme des Angebots im Gemeinderat beschließen lassen.
- 41 Bezüglich dieses Angebots beantragte der Antragsteller,
- die Beschlusskammer möge der Antragsgegnerin mitteilen, dass ein marktüblicher Preis von Seiten der Antragsgegnerin nicht gefordert werden könne.*
- 42 Die Leerrohre seien in einen ohnehin herzustellenden Graben eingelegt und verfüllt worden, demnach könne die Antragsgegnerin nur die Reinkosten, also den tatsächlich entstandenen finanziellen Aufwand gegenüber einem Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze berechnen. Ein marktüblicher Preis beinhalte demgegenüber eine Wertschöpfung für einen Zeitraum von 15 Jahren des Betriebs; dies könne von der Antragsgegnerin nicht gefordert werden. Die Beschlusskammer solle diesbezüglich

eine Kostenaufschlüsselung der Antragsgegnerin einholen, um eine realitätsmäßige Bewertung der realen Kosten durchführen zu können. Dabei gehe er, der Antragsteller, auf der Basis von Erfahrungswerten davon aus, dass die Verlegung der Leerrohrinfrastruktur im Bereich Thundorfer Mühle nicht mehr als 3.000 € bis 5.000 €, im schlimmsten Fall 10.000 € gekostet haben könne.

- 43 Zu diesem Antrag äußerte sich die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 11. 2. 2021 und beantragte diesen abzulehnen. Die Bundesnetzagentur sei in den §§ 77a TKG ff. nicht als zuständige Stelle für die Bewertung von Verkaufspreisen genannt, es fehle mithin für die Prüfung und Einordnung der angesetzten Herstellungskosten an einer Rechtsgrundlage. Im Übrigen sei die fragliche Infrastruktur zur Vermeidung verbotener Beihilfe (Art. 107 Abs. 1 AEUV) und kommunalrechtlich (Art. 75 Abs. 1 S. 1 GemOBy) nur zu ihrem vollen Wert zu veräußern, was den marktüblichen Verkaufspreis bedeute, der in einem Bieterverfahren zu ermitteln sei. Nur, weil die Infrastruktur unter Nutzung von Synergien verlegt worden sei, könne daraus nicht geschlossen werden, dass sie tatsächlich nur diesen Wert am Markt habe und dies dem vollen Wert gemäß Art. 75 Abs. 1 S. 2 GemOBy entspreche. Dieser sei nicht mit dem tatsächlichen Herstellungspreis gleichzusetzen, der bei Großbaumaßnahmen im Extremfall nur einen reinen Materialwert bedeuten könne. Die Durchführung eines Bieterverfahrens zur Ermittlung des Marktpreises sei erforderlich, um den Vorwurf von Marktmanipulation und Wettbewerbseingriff unter den lokal tätigen Netzbetreibern zu vermeiden.
- 44 Dieses Risiko könne – so die Antragsgegnerin – eben auch vermieden werden, wenn sie die Infrastruktur in einem förderrechtlichen Auswahlverfahren dem Wettbewerb gleichermaßen anbieten könne und so rechtliche Risiken vermeiden würde. Alle Netzbetreiber hätten dann die Chance, die niedrigste Wirtschaftlichkeitslücke zu bieten und das Förderverfahren stelle sogar eine Rechtsgrundlage zur Gewährung einer Beihilfe dar, so dass kein Risiko bei der Bezifferung des Kaufpreises ohne Bieterverfahren bestehe. Die Risiken einer rechtswidrigen Beihilfe, dem Verstoß gegen Art. 75 Abs. 1 S. 2 GemOBy sowie einem wettbewerbsrelevanten Eingriff würden vermieden.
- 45 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
- 46 Am 4. 3. 2021 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 10. 3. 2021 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass sie zum Beschlussentwurf keine Anmerkungen habe und von einer Stellungnahme absehe.
- 47 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren sowie den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

48 Der Antrag des Antragstellers ist zulässig und begründet, soweit er die Mitnutzung der in Rede stehenden Infrastrukturen und den ursprünglichen Antrag vom 5. 1. 2021 betrifft. Insoweit der Antrag durch den Vortrag vom 10. 2. 2021 eine Weiterung erfahren hat, ist diese Weiterung bereits als unzulässig zurückzuweisen.

2.1 Rechtsgrundlage

49 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. § 77d TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

50 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung der Beschlusskammer liegen vor.

2.2.1 Zuständigkeit

51 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. §§ 132 Abs. 2 und 134a TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 77n TKG durch Beschlusskammern. Das vorliegende Verfahren hat eine Mitnutzung gemäß § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. § 77d TKG zum Gegenstand. Der Antragsteller begehrt die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen eines öffentlichen Versorgungsnetzes für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze.

52 Insoweit der Antragsteller seinen Antrag mit Schreiben vom 10. 2. 2021 erweitert und die Mitteilung eines nicht zu fordernden Kaufpreises an die Antragsgegnerin beantragt, ist dieser Antrag mangels einer entsprechenden Zuständigkeit der Beschlusskammer bereits als unzulässig zurückzuweisen. Eine entsprechende Kompetenz, in einem Streitbeilegungsverfahren gemäß § 77n TKG über die Rechtmäßigkeit eines angebotenen Kaufpreises für eine vorhandene Infrastruktur zu entscheiden, ist erkennbar nicht gegeben. Auch aus anderen Vorschriften des TKG ergibt sich keine diesbezügliche Kompetenz der Bundesnetzagentur.

2.2.2 Verfahren

53 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

54 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.

55 Die den Beteiligten, sowohl dem Antragsteller und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden. Die Kennzeichnung von Betriebs-

und Geschäftsgeheimnissen durch den Antragsteller bzw. die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden ist.

- 56 Gemäß § 132 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 57 Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Zwar sind Entscheidungen nach § 77n TKG in der Aufzählung des § 123 Abs. 1 S. 2 TKG nicht enthalten. Allerdings ist insoweit ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers nicht auszuschließen, mit der Folge, dass in der Aufzählung immer noch § 77a TKG anstatt § 77n TKG enthalten ist.

Vgl. Fademrecht/Fetzer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 123, Rz. 14 f.

- 58 Jedenfalls ist eine generelle Betroffenheit auch kartellrechtlicher Fragestellungen nicht auszuschließen, so dass die Beschlusskammer dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dem wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und der Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Eine Rückmeldung des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.

2.2.3 Frist

- 59 Gemäß § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur verbindlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags über streitige Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 77d TKG. Der Antrag des Antragstellers ist am 5. 1. 2021 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am Montag, den 5. 5. 2021 endet. Insofern ergeht die Entscheidung über das Bestehen des Mitnutzungsanspruchsanspruchs und die dagegen eingewandten Versagungsgründe fristgerecht.

2.3 Materielle Voraussetzungen

- 60 Der Antrag ist zulässig und begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 77n Abs. 1 i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der in Rede stehenden passiven Netzinfrastrukturen ihres öffentlichen Versorgungsnetzes zu den im Tenor festgeschriebenen Bedingungen zu gewähren und ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

2.3.1 Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags

- 61 Der Antrag über die Bedingungen einer Mitnutzung ist zulässig. Der Antragsteller hatte mit Schreiben vom 26. 10. 2020 und 25. 11. 2020 den Vorgaben des § 77d Abs. 1 S. 2 TKG entsprechende Anträge an die Antragsgegnerin gestellt. Die Antrags-

gegnerin hat innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung abgegeben und vielmehr die Mitnutzung gemäß dem Schreiben vom 14. 12. 2020 explizit abgelehnt.

2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG

- 62 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1 und 2 TKG liegen vor.
- 63 Der Antragsteller ist Eigentümer und Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) TKG.
- 64 Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) TKG. Nach eigenen Angaben wurde die streitgegenständliche Infrastruktur vollständig im Rahmen von Baumaßnahmen mitverlegt, um die Leerrohre in der Folge für die Zwecke des Breitbandausbaus zu nutzen. Erforderlich ist gemäß der gesetzlichen Definition kein aktuell tatsächlich erfolgreicher Netzbetrieb für Erzeugungs-, Leitungs- oder Verteildienste für Telekommunikation. Vielmehr genügt es, dass die Infrastruktur in Zukunft für diese Zwecke bereitgestellt werden soll. Es handelt sich in diesem Fall um ein entstehendes öffentliches Versorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 16b TKG. Dass dies hier der Fall ist, kann unstrittig angenommen werden, da die Antragsgegnerin selbst den Widmungszweck angibt und dabei auch auf die angestrebte Fördermaßnahme verweist.
- 65 Der Antragsteller hatte mit Schreiben vom 26. 10. 2020 und 25. 11. 2020 den Vorgaben des § 77d Abs. 1 S. 2 TKG entsprechende Anträge auf Abgabe eines Mitnutzungsangebots betreffend der Mitnutzung von Leerrohren unter Benennung konkreter Infrastrukturen und einer genauen Ausbauplanung gestellt. Die Anträge betrafen die Mitnutzung von unbelegten Leerrohren der Antragsgegnerin in verschiedenen Teilbereichen des Gemeindegebiets zum Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes mittels Glasfaser bis ins Haus (FttH). Der Antrag vom 26. 10. 2020 bezog sich auf den Abschnitt Dachsteinstraße/Höglstraße/Kirchenwegstraße im Ortsteil Mitterfelden und die vier weiteren Anträge vom 25. 11. 2020 enthielten die Projekte zum FttH-Ausbau für die Streckenabschnitte Mitterfelden, Ludwig-Thoma-Straße, Thundorf bis Eschlberg und Hofer, Thundorfer Mühle sowie das Gebiet B304, Adelstetten. Dabei beantragte der Antragsteller stets die Mitnutzung der Leerrohrinfrastruktur sowie der Kabelschächte zum Einbau von LWL-Haubenmuffen unter Angabe eines hinreichend bestimmten Ausbauplans.
- 66 Der Antragsteller hatte bereits längere Zeit lang im Vorfeld bzgl. der nunmehr beantragten Mitnutzungen von Leerrohren bei der Antragsgegnerin angefragt und dabei z. B. auch mögliche Kooperationen angeboten. Dabei hat die Antragsgegnerin erst signalisiert, dass es möglicherweise auch noch Verhandlungen geben könne, letztlich dann aber ein Mitnutzung komplett ausgeschlossen, weil sie einen Verkauf der Leerrohrinfrastrukturen im Rahmen eines geförderten Ausbaus anstrebt. Die Antragsgegnerin äußerte sich mit Mitteilung vom 14. 12. 2020 zur Einbringung der vorhandenen Infrastruktur in das neue Gigabitförderverfahren des Freistaates Bayern einzubringen

und der Möglichkeit und Förderfähigkeit von Leistungen im Wirtschaftlichkeitslückenmodell. Mithin hat die Antragsgegnerin innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung abgegeben.

Vgl. § 77n Abs. 1 S. 1, 2. Alt. TKG

- 67 Auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin nochmals bestätigt, dass eine Mitnutzung gemeindeeigener Leerrohre durch den Antragsteller für sie nicht in Frage komme. Denn sie, die Antragsgegnerin, strebt einen Verkauf der Leerrohre an, ein Mitnutzungsmanagement kommt für sie nicht in Frage.
- 68 Die Anspruchsvoraussetzungen sind damit grundsätzlich gegeben und es liegt bislang noch kein Angebot zur Mitnutzung durch die Antragsgegnerin vor.

2.3.2.1 Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG

- 69 Die Antragsgegnerin konnte sich hier nicht auf den von ihr eingewandten Versagungsgrund der zukünftig mangelnden Kapazität gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 2, 2. Hs. TKG berufen. Dieser steht dem Mitnutzungsanspruch bezüglich des von dem Antragsteller begehrten Zugangs nicht entgegen.

2.3.2.1.1 Prüfungsmaßstab bzgl. des Vorliegens von Versagungsgründen

- 70 Insgesamt listet § 77g Abs. 2 TKG sieben zulässige Versagungsgründe auf. Die Liste der Ablehnungsgründe ist abschließend, um Rechtsklarheit über die Versagungsgründe zu schaffen sowie einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitnutzungsinteresse und den Interessen des Verpflichteten zu ermöglichen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 48.

- 71 Die Ausgestaltung der Versagungsgründe als abschließende Aufzählung – die auch durch den Gesetzeswortlaut („darf nur abgelehnt werden“) zum Ausdruck gebracht wird – legt eine enge Auslegung der Versagungsgründe nahe. Dies betont die Bundesregierung auch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, wonach „die Versagungsgründe insgesamt restriktiv und zwingend abschließend auszugestalten“ sind.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 84.

- 72 Die Darlegungs- und Beweislast liegt aufgrund des Einwendungscharakters der Versagungsgründe beim Verpflichteten. Eine Versagung der Mitnutzung kann durch die Streitbeilegungsstelle überprüft werden, so dass die ungerechtfertigte und überzogene Berufung auf Versagungsgründe unterbunden werden kann.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 48 f.

2.3.2.1.2 Zukünftig fehlender Platz in der streitgegenständlichen Infrastruktur

- 73 Die Antragsgegnerin hat das Vorliegen des behaupteten Versagungsgrundes gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 2, 2. Hs. TKG (zukünftig fehlender Platz) bezüglich der Mitnutzung

der passiven Netzinfrastruktur auf der streitgegenständlichen Strecke nicht hinreichend dargestellt und belegt. Die von der Antragsgegnerin im Verfahren vorgelegten Unterlagen reichen nicht aus, um den hier vom Gesetzgeber geforderten Nachweis eines künftigen Kapazitätsvorbehalts in Bezug auf die beantragte Nutzung zu belegen.

- 74 Der in § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG geregelte Versagungsgrund erfasst zwei Sachverhaltsalternativen. Danach kann eine Mitnutzung ganz oder teilweise versagt werden, wenn der Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze im öffentlichen Versorgungsnetz zum Zeitpunkt der Antragstellung (bei dem Infrastrukturihaber) fehlt (1. Alternative). Zudem kann der Versagungsgrund eingewandt werden, wenn der Platz für die begehrte Mitnutzung in dem betroffenen öffentlichen Versorgungsnetz zukünftig fehlen wird (2. Alternative). Den zukünftig fehlenden Platz hat der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes anhand der Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre ab Antragstellung konkret darzulegen (§ 77g Abs. 2 Nr. 2, 2. Hs. TKG). Diese Regelung korrespondiert mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 lit. b) der Kostensenkungsrichtlinie, wonach eine Zugangsverweigerung erfolgen kann, wenn der – ausreichend nachgewiesene – künftige Platzbedarf des Netzbetreibers der begehrten Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze entgegensteht.
- 75 Diesbezüglich hat der deutsche Gesetzgeber zum Einwand des künftigen Kapazitätsvorbehalts in der Regelung klargestellt, dass ein gesonderter Nachweis zu erfolgen hat und weiter ausgeführt:

„Die Festsetzung des Prognosezeitraums von fünf Jahren ist ein Ausgleich der Belange der regelmäßig langfristig zu planenden Versorgungsnetze sowie der Haushaltsplanungen der Verwaltung einerseits und der schnelllebigen Telekommunikationsbranche andererseits. (...) Die Prognose ist zu plausibilisieren, damit nicht entfernte Planungen, die sich noch nicht hinreichend manifestiert haben, als Einwendung angeführt werden können. Grundlage für eine Konkretisierung muss deshalb die hinreichend präzisierte Investitionsplanung des Verpflichteten sein.“

BT-Drs. 18/8332, S. 48

- 76 Für das Vorliegen eines Versagungsgrundes ist der in Anspruch genommene Eigentümer oder Betreiber eines Versorgungsnetzes darlegungs- und beweispflichtig. Zweifel am Vorliegen einer Kapazitätserschöpfung im Fall des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG gehen daher zu seinen Lasten. Zwar ist eine dem Zivilprozess vergleichbare Behauptungs- und Beweislast dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes grundsätzlich fremd. Es kann allerdings auch im Verwaltungsverfahren eine Situation eintreten, in der entscheidungserhebliche Tatsachen unerweislich bleiben. In einer solchen Situation ist auf allgemeine Beweislastgrundsätze zurückzugreifen. Nach dem in § 77d Abs. 2 TKG geltenden Grundsatz ist ein Angebot zur Mitnutzung bei einer Nachfrage grundsätzlich zu unterbreiten. Deshalb hat der in Anspruch

genommene Eigentümer oder Betreiber die diesen Anspruch ausschließenden Umstände einer Kapazitätserschöpfung darzulegen und zu beweisen.

Vgl. in Analogie hierzu auch die die Rechtsprechung zum Einverständnis bei unerbetener Werbung VG Köln, Beschluss vom 14. 2. 2008 – 11 L 1783/07, juris-Rz. 25; VG Köln Beschluss vom 29. 6. 2005 – 11L765/05, juris-Rz. 22, VG Köln, Beschluss vom 14. 2. 2008 – 11 L 1783/07, juris-Rz. 28; VG Köln Beschluss vom 29. 6. 2005 – 11 L 765/05, juris-Rz. 23.

- 77 Die hier streitgegenständliche Leerrohrstruktur ist bereits vorhanden, allerdings bislang noch nicht befüllt. Insoweit kann der beabsichtigten Unterbringung der Komponenten des Antragstellers nicht der bereits derzeit fehlende Platz nach § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG (1. Alternative) entgegengehalten werden. Denkbar wäre allenfalls eine Versagung mangels zukünftig fehlenden Platzes und damit die 2. Alternative aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG, die hier allerdings nicht durchgreift. Die Antragsgegnerin hat schon keine hinreichend aussagekräftigen Unterlagen vorgelegt, anhand derer die Beschlusskammer den eingewandten künftig fehlenden Platz bzw. überhaupt den (zukünftigen) Platzbedarf der Antragsgegnerin prüfen konnte. Dazu hat die Antragsgegnerin weder detaillierte Angaben zur Faserplanung noch zum geplanten Förderverfahren auf der streitgegenständlichen Strecke gemacht. Auch auf Nachfragen der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung, in der ein bereits durch ein Beratungsunternehmen erstellter Masterplan erwähnt wurde, machte die Antragsgegnerin hierzu keine konkreten Angaben. Vielmehr verweigerte sie diese unter Hinweis auf ihre Verkaufsabsicht.
- 78 Allein die Absicht des „Verkaufs“ der streitgegenständlichen Infrastruktur durch die Antragsgegnerin an einen potentiellen Zuschlagsempfänger und Netzbetreiber eines entsprechenden Förderverfahrens begründet nicht per se den Versagungsgrund zukünftig fehlenden Platzes. Vielmehr handelt es sich unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragsgegnerin um eine bloße Vermutung, wonach nach einer Veräußerung der streitgegenständlichen Infrastruktur für den geförderten Ausbau benötigten Kapazitäten nicht mehr zur Verfügung stünden. So wies die Antragsgegnerin selbst darauf hin, dass die Art der Dimensionierung, die der den Zuschlag erhaltende Netzbetreiber vorsehe, einzig seiner Planungshoheit unterliege, die sich nach der Netztypologie des Zuschlagsempfängers und dessen weiteren eigenwirtschaftlichen Ausbauplänen im Gemeindegebiet richte.
- 79 Erwähnenswert hierzu ist im Übrigen auch, dass die Antragsgegnerin auf die Rückfrage der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung, wie man einen zwingenden Erwerb durch ein im Förderverfahren den Zuschlag erhaltendes Unternehmen erreichen wolle und ob dies vergaberechtlich so zulässig sei, keine Antwort zu geben vermochte. Es bleibt damit auch hinreichend unklar, ob es überhaupt in jedem Fall zu einem Verkauf der Leerrohre im Rahmen eines Förderverfahrens kommen wird.
- 80 Der von der Antragsgegnerin zu dieser Thematik herangezogene Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ führt diesbezüglich zu keiner anderen Beurteilung der Möglichkeit

einer Mitnutzung. Auch dieses Argument führt nicht zu einer „Sperrung“ des Verkaufs. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass auch eine vermietete Infrastruktur immer verkauft werden kann, es gibt kein rechtliches Verbot o. ä., was diesen Verkauf verunmöglichen würde. Insoweit steht die Verkaufsabsicht einer Mitnutzung generell nicht entgegen: Die Antragsgegnerin selbst benennt das zivilrechtliche Grundprinzip „Kauf bricht nicht Miete“ aus §§ 566, 578 und 581 Abs. 2 BGB, welches im Ergebnis dazu führt, dass eine mitgenutzte und in Teilen vermietete Infrastruktur noch an einen Dritten verkauft werden kann. Es ändert sich in diesem Fall lediglich die personelle Zuordnung der angeordneten Mitnutzung.

Siehe dazu beispielhaft für die Anwendung auch im verwaltungsrechtlichen Zusammenhang statt vieler VG Augsburg, Urteil vom 6. 10. 2015, Az. Au 1 K 15.751, abgedruckt in BeckRS 2015, 122712. In Abgrenzung ist hier auch BGH, Urteil vom 8. 5. 2015, Az. VZR 62/14 (abgedruckt in MMR 2016, S. 284 ff.) heranzuziehen, der von einer Nichtanwendung des § 566 BGB vor dessen Inkraftsetzen ausgeht.

- 81 Inwiefern die Anwendung des Grundsatzes einen zukünftigen Verkauf erschweren oder gar vereiteln würde, ist nicht abschätzbar. Vielmehr könnte ein zukünftiger Erwerber über eine Vermietung der Infrastruktur auch eine zusätzliche Einnahmequelle generieren, um die er sich selbst nicht mehr bemühen und die Gewinne bei seiner Kalkulation bereits fest einplanen könnte.
- 82 Die eingeräumte Mitnutzung ist auch insofern hier nicht als problematisch zu bewerten, falls es zu einem Verkauf im Rahmen eines Förderverfahrens kommen würde, da ein im Rahmen eines solchen Verfahrens den Zuschlag erhaltendes Unternehmen ohnehin zum (beihilferechtlichen) Open Access und damit auch zum Leerrohrzugang verpflichtet werden würde.
- 83 Diese Ausführungen gelten auch bezüglich des Arguments des angeblich nicht möglichen, aber notwendigen Mittelrückflusses bei einer gemeindlichen Investition. Selbst wenn man hier von der Notwendigkeit eines vollständigen Mittelrückflusses ausgeht, so ist dieser auch über Mieteinnahmen möglich und nicht auf einen Verkaufserlös beschränkt. Dies wird auch mit Blick auf die Wertung in § 77i Abs. 7 TKG für den gemeindlichen Ausbau deutlich. Dazu führt der Gesetzgeber in der Begründung aus:

„Diese Inanspruchnahme der öffentlichen Haushalte ist durch die gesamtwirtschaftlichen positiven Effekte und die gesamtgesellschaftlichen Vorteile eines beschleunigten Breitbandausbaus gerechtfertigt sowie durch die zu erwartenden Einnahmen aus der privaten Nutzung der mitverlegten Infrastruktur gerechtfertigt.“

BT-Drs. 18/8332, S. 53.

- 84 Davon ausgehend, dass es sich hier um die Mitnutzung eines (zumindest im Entstehen begriffenen) öffentlichen Telekommunikationsnetzes handelt, käme der Entgelt-

maßstab des § 77n Abs. 3 TKG zur Anwendung, wonach die Antragsgegnerin die Möglichkeit haben muss, ihre Kosten zu decken.

- 85 Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kann man nicht von fehlendem Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze ausgehen, weil tatsächlich vorhandene Kapazitäten wegen eines beabsichtigten Verkaufs der streitgegenständlichen Infrastruktur nicht verfügbar seien. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es sich bei den Versagungsgründen um Umstände handeln muss, die konkret und praxisgerecht auszugestalten sind. In Erwägungsgrund 17 der Kostensenkungsrichtlinie wird dazu ausgeführt, dass „ein Netzbetreiber (...) den Zugang zu einer bestimmten physischen Infrastruktur aus objektiven Gründen verweigern“ kann:

„So kann insbesondere eine physische Infrastruktur, zu der Zugang begehrt wird, aufgrund besonderer infrastruktureller Gegebenheiten technisch ungeeignet sein, z. B. aus Mangel an derzeit verfügbarem Platz oder aufgrund künftigen Platzbedarfs, der – etwa durch öffentlich verfügbare Investitionspläne – ausreichend nachgewiesen ist.“

- 86 Der europäische Richtliniengeber konkretisiert hier insofern das Kapazitätsproblem, als er es auf infrastrukturelle, technische Gegebenheiten reduziert und nicht etwa auch rechtliche Verpflichtungen benennt.
- 87 Diese Überlegung führt die bereits im Beschluss BK11-17/009 vom 12. 10. 2017. unter Rz. 63 ff. angelegte Linie weiter, wonach die Vorlage eines (sogar zeitlich früheren) Mietvertrages über die in Rede stehende Infrastruktur als solche noch keinen Anwendungsfall des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG darstellt. Allein ein solcher Vertragsschluss führt nicht zur Annahme fehlenden Platzes für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze.
- 88 An dieser Bewertung ändert auch die Festlegung des Verkaufs der streitgegenständlichen Infrastruktur in Form eines Ratsbeschlusses nichts. Unabhängig von der Bindungswirkung eines Ratsbeschlusses verbleibt eine Unsicherheit, ob es tatsächlich zu einem Verkauf der Leerrohre im Rahmen eines Förderverfahrens kommen wird. Mit hin ergibt auch ein Erst-Recht-Schluss im Rahmen der im Beschluss BK11-17/009 angelegten und hier fortgeführten Entscheidungspraxis, dass sofern ein Mietvertrag nicht per se die Annahme fehlender Kapazität begründet, erst recht nicht ein Gemeinderatsbeschluss ausreichen kann. Zwar entfaltet der Gemeinderatsbeschluss durch die Vollzugsakte wie die Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung seine Wirksamkeit im Außenverhältnis, jedoch ist eine Abänderung des Beschlusses durch erneute Ratssitzung bis zum Vollzug – anders als ein privatrechtlicher Vertragsschluss – theoretisch möglich.
- 89 Insofern die Antragsgegnerin hier mit einer Beeinträchtigung des über Art. 28 GG grundrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltungsrechts argumentiert, so ist dem entgegenzuhalten, dass dieses Recht durch den hier vorliegenden Beschluss nicht eingeschränkt wird. Zunächst ist zu beachten, dass das gemeindliche Selbst-

verwaltungsrecht nicht uneingeschränkt gilt, sondern „im Rahmen der Gesetze“ gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Gemeinden sind demnach an alle Gesetze und Verordnungen des Bundes, die dieser im Rahmen der ihm von der Verfassung zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen erlässt, ebenso gebunden wie an landesgesetzliche Regelungen.

Vgl. Burghart in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, 81. Lieferung 9.2020, Art. 28 GG, Rz. 354.

- 90 Das TKG ist eine gesetzliche Regelung in diesem Sinne, dessen Regelungen zur Mitnutzung zudem nicht in den unantastbaren Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung eingreifen.

Zum Leitbild der gemeindlichen Selbstverwaltung und seinen Grenzen siehe umfassend, BVerfG, Beschluss vom 19. 11. 2014, 2 BvL 2/13.

- 91 Darüber hinaus beinhaltet der Gemeinderatsbeschluss vom 18. 1. 2021 lediglich die Aussage, dass der Gemeinderat „einem angestrebten Verkauf der gemeindeeigenen Speed Pipe Netzen und Leerrohren“ zustimmt, „um die Beantragung von Förderungen mit dem neuen Förderprogramm zu ermöglichen“. Ein derartiger Verkauf der Infrastruktur wird durch den vorliegenden Beschluss der Bundesnetzagentur nicht untersagt. Der Gemeinderatsbeschluss ist insoweit von der vorliegenden Beschlussfassung unberührt und trifft insbesondere auch keine Aussage dazu, wie mit in der Zwischenzeit möglicherweise eingehenden Mitnutzungsverträgen umzugehen ist (im Übrigen siehe dazu auch Rz. 80 ff.). Letztlich wurde mit dem Gemeinderatsbeschluss nur eine grundsätzliche Ausrichtung vorgezeichnet, wie man sich das weitere Vorgehen in Bezug auf die vorhandenen Infrastrukturen vorstellt. Der Ratsbeschluss traf insofern keine Aussage zu einem Verbot der zwischenzeitlichen Vermietung aufgrund zwingender bundesrechtlicher Normen. Vielmehr beinhaltet der Gemeinderatsbeschluss eine Absichtserklärung im Hinblick auf das angestrebte Förderverfahren. Die Entscheidung, die im Rahmen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts ergangen ist, unterläge im Übrigen auch gemäß Art 20 GG auch der vollen Kontrolle und Überprüfbarkeit. Sie könnte insoweit nicht so weit reichen, bundesrechtliche Anspruchsgrundlagen außer Kraft zu setzen und eine Mitnutzung, gegen die keiner der abschließend aufgeführten Versagungsgründe vorgebracht werden kann, zu untersagen.

Vgl. beispielhaft hierzu VG Bayreuth, Urteil vom 18. 12. 2014, Az. B 1 K 12.71, BeckRS 2014, 120901.

- 92 Entsprechend der Dimensionierung des streitgegenständlichen Leerrohrnetzes wird vielmehr im entscheidungserheblichen Zeitpunkt deutlich, dass auch zukünftig eine Vermietung an den Antragsteller aus Kapazitätsgesichtspunkten möglich ist, weil für eine Einbringung von Glasfaserkabeln aktuell ausreichend Kapazität besteht. Dieser Beurteilung steht auch nicht entgegen, dass die Bayerischen Gigabitrichtlinie lediglich eine Mindestdimensionierung, aber keine Obergrenze vorsieht. Denn solange der Antragsteller gewillt und in der Lage ist seine Telekommunikationsdienstleistung unter Ausschöpfung der Mindestdimensionierung anzubieten, weil er – wie vorgetragen –

selbst ausreichend Kapazitäten vorhalten will, um der Richtlinie des Bundes für den geförderten Ausbau in allen Punkten Rechnung zu tragen, steht der Mitnutzung erst recht keine zukünftige Kapazitätserschöpfung entgegen.

- 93 Insoweit die Antragsgegnerin hier einwendet, dass ein zukünftig zu fördernder Netzausbau in der Dimensionierungsplanung den Zugang von drei Zugangsnachfragern mit Point-to-Point-Glasfaser-Anbindungen ermöglichen muss und daher sicherheitshalber auch die gesamte Infrastruktur freizuhalten sei, so ist diesem Schluss zum einen entgegenzuhalten, dass sich die Vorgaben in der BayGibitRL auf Kapazitätsplanungen zu primär neu zu erstellender Infrastrukturen beziehen. Inwiefern diese Vorgabe auch auf Bestandsinfrastrukturen zu übertragen wäre, ist fraglich. Aber selbst wenn man von einer solchen Dimensionierung ausginge, hat die Antragsgegnerin nichts dazu vorgetragen, dass eine solche Dimensionierung nicht auch trotz der hier vorgesehenen Belegung durch den Antragsteller möglich wäre. Insbesondere im Backbone- bzw. Durchleitungsbereich ist es nicht unwahrscheinlich, dass auch trotz der Belegung eines Mikroleerrohres durch den Antragsteller weiterhin ausreichend Platz für weitere Zugangsnachfrager verbleibt. Letztlich wäre der Forderung nach ausreichend Platz für den Zugang von Wettbewerbern hier im Übrigen bereits dadurch Rechnung getragen, dass es sich bei dem Antragsteller um einen potentiellen Zugangsnachfrager handelt, dem dieses Recht auf Mitnutzung nun im Vorfeld über den Mechanismus des DigiNetz-Gesetzes eingeräumt wird. Gegebenenfalls wäre dieses im Förderverfahren bereits in Anrechnung zu bringen.
- 94 Daneben bleibt im Übrigen festzuhalten, dass staatliche Förderung nur in den Fällen zur Anwendung kommen soll, in denen kein eigenwirtschaftlicher Ausbau betrieben wird. Dies wird bei Förderverfahren im Rahmen der Markterkundung durch den ausschreibenden Träger ermittelt. Im vorliegenden Fall liegt die Bekundung einer solchen Ausbauabsicht durch den Antragsteller nunmehr bereits im Vorfeld einer solchen Markterkundung vor und führt letztlich dazu, dass möglicherweise die erschlossenen Gebiete gar nicht mehr ausgeschrieben werden müssten. Damit wäre dem Ziel des Breitbandausbaus genüge getan und es bedürfte insoweit auch keiner staatlichen Förderung mehr. Würde man hier das Argument des „Rosinenpickens“ als Einwand gelten lassen, so wäre grundsätzlich jeder eigenwirtschaftliche Ausbau von bestimmten Gebieten immer durch möglich zukünftige Förderverfahren zu sperren. Dies dient letztlich weder der Ausbaubeschleunigung noch einer Wirtschaftlichkeit oder dem Wettbewerb und konterkariert letztlich die Ziele des DigiNetz-Gesetzes.
- 95 Allein das Vorhalten von Kapazitäten mit dem Ziel, die Attraktivität des Netzes für den potentiellen Netzbetreiber aufrechtzuerhalten, erfüllt den Tatbestand des zukünftig fehlenden Platzes damit nicht. Die Versagung der Mitnutzung durch die Antragsgegnerin (als Veräußerin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes) geschieht hier aus einer Art „kapazitären Ungewissheit“ heraus, mit dem sie einem potentiellen Interessenten der Infrastruktur eine größtmögliche Nutzreserve und damit auch die Möglichkeit einer einheitlichen Vermarktung gegenüber Zugangsnachfragern und damit die Realisierung seiner Vermarktungsstrategie zu sichern glaubt. Letztlich liegt aber

noch eine völlig unklare Perspektive für einen möglichen Erwerber vor, bei der nicht klar ist, ob und inwiefern sie im Förderkontext passieren wird, welche Vermarktungsstrategie zur Anwendung kommen soll und inwiefern auch und gerade für Wettbewerb gesorgt werden soll. Eine solche „Überdehnung“ des Versagungsgrundes der mangelnden Kapazität widerstrebt dem Synergiegedanken des Mitnutzungsanspruchs und vor allem auch dem Verbraucherinteresse eines schnellen Breitbandausbaus.

2.3.2.2 Verpflichtung zu Vorlage der Angebote zur Mitnutzung innerhalb von einem Monat

- 96 Da die Voraussetzungen des § 77d TKG vorliegen und Versagungsgründe gemäß § 77g TKG nicht einschlägig sind bzw. durch die Antragsgegnerin nicht vorgetragen wurden, ist die Antragsgegnerin verpflichtet, dem Antragssteller Angebote über die Mitnutzung sämtlicher streitbefangener Infrastrukturen zu legen.
- 97 Dabei ist zwischen den unterschiedlichen Formen der Infrastrukturen sowie zwischen den entsprechenden Streckenabschnitten zu unterscheiden. Da dabei auch unterschiedliche Erwägungen zu Bedingungen eine Rolle spielen können, wird der Antragsgegnerin so die Möglichkeit gegeben, die Angebote passgenau auf die jeweilige Infrastruktur zuzuschneiden. Sollte sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen wollen, kann sie naturgemäß auch eine Art „Standardangebot“ für alle Streckenabschnitte mit den jeweils gleichen Bedingungen legen.
- 98 Die Vorlage aller entsprechenden Angebote hat innerhalb von einem Monat zu erfolgen. Dieser Zeitraum ist im Hinblick auf die dargestellten Interessenlagen erforderlich und gleichzeitig auch angemessen und kann der Antragsgegnerin zugemutet werden. Zwar sind noch einige Rahmenbedingungen zu klären und festzulegen, die jeweils noch einmal mit eigenen Fristenregelungen versehen sind (siehe unten ab Rz. 103). Diese sind allerdings klar umrissen und vorstrukturiert, so dass hinsichtlich eines zu erstellenden Angebots keine offenen Punkte bezüglich der grundsätzlichen Mitnutzungsmöglichkeit verbleiben.
- 99 Ein Zeitraum von einem Monat berücksichtigt dabei das Interesse des Antragstellers, möglichst schnell Klarheit über die Bedingungen seines weiteren Ausbaus zu haben und mit der Antragsgegnerin auch darüber in Verhandlungen treten zu können. Auf der anderen Seite ist der Zeitraum auch für die Antragsgegnerin ausreichend, um sich entsprechende Klarheit über ihre Bedingungen verschaffen zu können. Schon im laufenden Streitbeilegungsverfahren musste sie davon ausgehen, dass es am Ende zu einer Verpflichtung der Mitnutzung kommen kann und hatte die Gelegenheit, sich darauf vorzubereiten. Im Übrigen kennt sie die konkreten Infrastrukturen, die Lage, die Längen und weitere Details und hat auch in sonstigen Fragen von gemeindlichen Infrastrukturen den Überblick über Haftungs- und Schadensersatzregelungen und ähnliche üblichen Vertragsbestandteile.
- 100 Das DigiNetz-Gesetz zeichnet entsprechende Maßstäbe z. B. auch zur Entgeltbildung soweit vor, dass es den Versorgungsnetzbetreibern möglich ist, entsprechende ver-

tragliche Regelungen zu skizzieren. Im Übrigen besteht für sie auch die Möglichkeit, sich rechtliche Beratung einzuholen und bzw. oder Verbände oder Breitbandzentren als Fachberater heranzuziehen. Dadurch, dass die Rahmenbedingungen klar vorskizziert sind, ist es der Antragsgegnerin daher auch möglich, innerhalb von einem Monat ein Angebot vorzulegen, über das man dann mit dem Antragsteller in Verhandlungen treten kann.

- 101 Dass durch die einmonatige Frist beiderseitige Interessen gewahrt werden, zeigt sich auch in einem gesetzessystematischen Vergleich zur gesetzlichen Frist in § 77d Abs. 2 S. 1 TKG, die zwei Monate beträgt. Bereits mit dieser auf zwei Monate beschränkten Frist intendiert der Gesetzgeber eine Beschleunigung der Planungsphase der Mitnutzung, wohl wissend, dass noch im Rahmen des daran anschließenden Verfahrens vor der Nationalen Streitbeilegungsstelle eine weitere Befassung erfolgt.

Vgl BT-Drs. 18/8332, S. 45.

- 102 Unter Berücksichtigung, dass hier bereits innerhalb der Frist des § 77d Abs. 2 S. 1 TKG Vorgespräche stattgefunden haben, in dem Verfahren Informationen ausgetauscht und durch die Beschlusskammer strukturiert wurden, erscheint die Hälfte der gesetzlichen Frist angemessen.

2.3.2.3 Weitere Regelungen zum Zugang durch den Antragsteller

- 103 Aufgrund der Tatsache, dass die Antragsgegnerin dem Mitnutzungsanspruch des Antragstellers keinen Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 TKG entgegenhalten kann, ist eine Mitnutzung durch den Antragsteller zu gewähren und ein entsprechendes Angebot durch die Antragsgegnerin zu unterbreiten. Der Antragsteller hatte demgemäß auch die Feststellung des Mitnutzungsanspruchs beantragt und damit letztlich die Verpflichtung der Antragsgegnerin, ein entsprechendes Mitnutzungsangebot zu machen.
- 104 Um dem Beschleunigungsgedanken des DigiNetz-Gesetzes Rechnung zu tragen, ist ein solches Angebot innerhalb eines angemessenen Zeitraums vorzulegen, um dann über Einzelheiten des Vertragsschlusses verhandeln zu können. Eine direkte Anordnung eines eigenen Angebots durch die Beschlusskammer ist vom Gesetz nicht vorgesehen und würde auch tief in die eigentlich vorgesehenen Privatautonomie zweier Verhandlungsparteien und das eigentlich zivilrechtlich geprägte Verhältnis eingreifen. Insoweit erhält die Antragsgegnerin hier die Gelegenheit, ein Angebot innerhalb einer bestimmten Zeit zu legen. Der Antragsteller hatte diesbezüglich auch noch keine konkreten Bedingungen oder Klauseln beantragt, sondern lediglich die positive Bescheidung eines Mitnutzungsanspruchs begehrt. Diesem hat die Beschlusskammer durch Anordnung der Mitnutzungspflicht nunmehr Rechnung getragen.
- 105 Allerdings ist die Vorlage des Angebots durch die Antragsgegnerin bereits unter bestimmte Bedingungen zu stellen, um dem Gesetzeszweck des DigiNetz-Gesetzes zu entsprechen und die Modalitäten einer vertraglichen Abrede entsprechend vorzu-

formen. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des Ausbau- und Beschleunigungsgedankens bereits im Beschluss vorzusehen, um hier nicht zu einer Situation zu gelangen, bei der die Mitnutzung die spätere Eigennutzung unmöglich machen würde. Denn eine solche Regelung würde letztlich dem Ziel des Infrastrukturwettbewerbs beim Breitbandausbau zuwiderlaufen und eine Monopolisierung durch Mitnutzung begünstigen. Um dies zu verhindern, sind für die Mitnutzung bestimmte Bedingungen zu schaffen, die das zu legende Angebot vorprägen. Die Beschlusskammer ist in Ausübung ihres Ermessens zu Festlegung von Mitnutzungsbedingungen zu der Überlegung gelangt, dass vor der eigentlichen Mitnutzung durch den Antragsteller bestimmte Vorgaben durch die Streitparteien zu erfüllen sind.

- 106 Insoweit die Beschlusskammer die Antragsgegnerin verpflichtet, den Zugang zu den streitgegenständlichen Infrastrukturen zu gewähren, betrifft dies zwei unterschiedliche Arten von Infrastrukturen, in denen der Zugang auf unterschiedliche Art und Weise zu gewähren ist.
- 107 Im Bereich der Backbonezuführungen, betreffend alle fünf streitgegenständlichen Gebiete, ist jeweils die Mitnutzung eines Mikroerrohres (Speedpipe) zu gewähren, die noch in die DA 50-Leerrohre eingebracht werden müssen (siehe unten unter Rz. 109).
- 108 Im Bereich der Hauszuführungen, die bereits aus Mikroerrohren bestehen und die Gebiete Thundorfer Mühle und die Strecke entlang der B304 in Adelstetten betreffen, ist eine Mitnutzung nur unter der Bedingung der Einräumung eines diskriminierungsfreien, offenen Netzzugangs durch den Antragsteller möglich, da es ansonsten keine Zugangsmöglichkeit mehr in die Infrastrukturen gäbe und die Nutzung einer Alleinnutzung gleichkäme. Durch den Einzug einer Glasfaserleitung ist ein Mikroerrohr bereits komplett gefüllt und der Nachzug einer weiteren Leitung nicht mehr möglich. Daher ist in diesem Fall ein Zugangsanspruch verpflichtend anzuordnen (siehe unten unter Rz. 128).

2.3.2.3.1 Zugang in den Leerrohrinfrastrukturen im Backbonenetz

- 109 Die Mitnutzung des Antragstellers für die betroffenen DA 50-Leerrohre im streitgegenständlichen Bereich ist dergestalt zu ermöglichen, dass vorab die Leerrohre mit Mikroerrohrverbänden ertüchtigt werden müssen. Dazu bedarf es der Anordnung entsprechender Erklärungen und zeitlicher Vorgaben, um hier zu einer fairen und angemessenen Regelung der Angebotslegung zu gelangen.

Ertüchtigungen der Leerrohrinfrastruktur

- 110 Die von der Antragsgegnerin bereits verlegten Leerrohre in den Zuführungen zu bzw. Durchführungen innerhalb der streitgegenständlichen Bereiche, sind bislang ungefüllte DA 50-Leerrohre, ohne dass diese bereits Mikroerrohrverbände enthalten. Würde der Antragsteller in diese Infrastrukturen ohne vorherige Ertüchtigungen durch Mikroerrohrverbände Glasfaserleitungen einziehen, wäre ein späterer Nachzug weiterer

Glasfaserkabel erschwert, wenn nicht sogar teilweise unmöglich gemacht. Die Mitnutzung würde hier zur einer Einschränkung der Eigen- bzw. weiterer Fremdnutzung des Eigentümers der Infrastruktur führen.

- 111 Um zu vermeiden, dass die Mitnutzung eine spätere Eigen- oder weitere Fremdnutzungen erschwert oder verunmöglicht, ist eine Regelung zu schaffen, die eine vorherige Ertüchtigung der Leerrohre vorsieht, um den Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes möglichst weitgehend entsprechen zu können. Da der Antragsteller durch den von ihm bereits zeitnah geplanten Ausbau und die Erschließung mit Glasfaserkabeln der streitgegenständlichen Bereiche ein originäres Eigeninteresse an der Ertüchtigung hat und diese auch problemlos vornehmen kann, wird ihm das Recht zugebilligt, die Ertüchtigungen der DA 50-Leerrohre mit Mikroerrohrverbänden 7 × DA 10 selbst vorzunehmen, wobei das Eigentum an den eingebrachten Mikroerrohrverbänden mit dem Einbau an die Antragsgegnerin übergeht. So wird diese in die Lage versetzt, auch weiterhin über die Infrastruktur zu verfügen und weitere Mitnutzungsmöglichkeiten einräumen zu können.
- 112 Die für die Ertüchtigung der DA 50-Leerrohre mit Mikroerrohrverbänden 7 × DA 10 notwendigen Kosten hat der Antragsteller selbst zu tragen. Es handelt sich dabei um zusätzliche Kosten, die sich durch die Ermöglichung der Mitnutzung ergeben. Die Pflicht des Antragstellers zur Kostentragung bringt hier auch die widerstreitenden Interessen von Antragsteller und Antragsgegnerin in ein ausgewogenes Verhältnis. Denn einerseits wird die Infrastruktur und damit das Eigentum der Antragsgegnerin mit Zutun des Antragstellers aufgewertet, wobei diese Aufwertungs-Investition bei der Berechnung des Mitnutzungsentgelts durch die Antragsgegnerin zugunsten des Antragstellers entsprechend außen vor bleibt und eine Mitnutzung der übrigen passiven Infrastruktur vergünstigt. Andererseits hat der Antragsteller bereits durch die Mitnutzung der sonstigen passiven Netzinfrastrukturen erhebliche Aufwendungen erspart und den Vorteil des ersten Ausbaus eines Breitbandnetzes, was ihm eine bessere Ausgangsposition im Wettbewerb und damit eine schnellere Amortisierung seiner Investitionen ermöglicht.
- 113 Dabei bleibt es ausdrücklich den Streitparteien vorbehalten, sich ggf. auch auf eine andere Belegung mit Mikroerrohrverbänden zu einigen, wenn sich diese ebenfalls in einem Interessenausgleich erreichen lässt. Bei der durch die Beschlusskammer bislang vorgesehenen 7 × DA 10-Mikroerrohrverbund handelt es sich um die Belegung, wie sie das Materialkonzept des Bundes für den geförderten Ausbau für ein DA 50-Leerrohr als Minimum vorsieht.

Siehe dazu Einheitliches Materialkonzept und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus (Version 4.1) vom 2. 4. 2019, S. 4, zu finden unter dem Link <https://atenekom.eu/mk/Materialkonzept.pdf> (Stand: 5. 3. 2021).

- 114 Sollten sich die Parteien beide auf die Verlegung eines anderen Mikroerrohrverbundes verständigen, der auch in ihrem beiderseitigen Interesse liegt und eine Mitnut-

- zung ebenso gut ermöglicht, tritt die konkrete Beschlussfassung gegenüber dem vorrangigen übereinstimmenden Parteiwillen an dieser Stelle zurück. Das Angebot könnte in diesem Fall auch unter Berücksichtigung einer abweichenden Infrastruktur erfolgen, die den Interessen des Antragstellers ebenso entspricht. Nur im Falle einer Nichteinigung auf eine andere Lösung kommt die hier angeordnete zum Tragen.
- 115 Die Antragsgegnerin erhält dem gegenüber aber selbstverständlich das Recht, die Ertüchtigung der Leerrohrinfrastruktur auch selbst vornehmen zu können. Damit wird ein Interessenausgleich zwischen den Parteien getroffen: auf der einen Seite erhält der Antragsteller als unmittelbar den Glasfaserausbau betreibende Partei die Möglichkeit und das Recht, für die notwendigen Ertüchtigung selbst zu sorgen. Diese erhält aber im Gegenzug als unmittelbar über die passive Infrastruktur berechnete Partei das Recht und die erste und unmittelbare Gelegenheit, die Ertüchtigungen in ihrer eigenen Infrastruktur selbst vornehmen zu können.
- 116 Diese Regelung ist im Sinne von Antragsteller und Antragsgegnerin fair und angemessen. Sie berücksichtigt auf der einen Seite das Interesse des Antragstellers am Ausbau, der möglichst zeitnah durchgeführt werden können soll. Auf der anderen Seite wird durch die Regelung auch die mögliche Eigennutzung der Antragsgegnerin weiterhin auch in Zukunft gesichert, so dass die Ertüchtigung auch in ihrem Interesse stattfindet. Sie hat damit argumentiert, die Infrastruktur auch für geförderte Projekte zur Verfügung stellen zu wollen, was ihr durch die hier vorgesehene Ertüchtigung weiterhin möglich bleibt. Ein milderer Mittel ist unter Berücksichtigung dieser beiden Interessenlagen nicht erkennbar. Die Anordnung der Mitnutzung ohne eine zuvor vorgenommene Ertüchtigung würde die weiteren Pläne der Antragsgegnerin erschweren. Dies wäre auch im Sinne des schnellen und effizienten Breitbandausbaus nicht vertretbar. Die Ertüchtigung kann hier dazu führen, wettbewerblich nebeneinander bestehende Infrastrukturen zu schaffen und nutzbar zu machen und damit letztlich dem so gewollten wettbewerblichem Breitbandausbau Vorschub leisten.
- 117 Eine Ertüchtigung der Leerrohre erst im Rahmen eines Förderprojekts würde dazu führen, dass entweder die Wirtschaftlichkeitslücke entsprechend größer wäre oder eine zuvor bereits vorgenommene Ertüchtigung entsprechend mit kalkuliert werden würde. Letztlich käme es auch hier zu Rückwirkungen, die durch die öffentliche Hand aufgefangen werden müssten. Das Ziel wäre auch bei der Ertüchtigung im Rahmen von Förderprojekten eine Infrastruktur, die den Zugang mehrerer Anbieter ermöglicht; der verpflichtende Open Access beinhaltet standardmäßig auch einen Leerrohrzugang. Insoweit wird auch den hier vorgetragenen Interessen der Antragsgegnerin ausreichend Rechnung getragen und zieht letztlich eine Ertüchtigung vor, die ohnehin ansonsten zu einem späteren Zeitpunkt notwendig wäre.
- 118 Auch die konkrete Regelung der vorzunehmenden Ertüchtigungen über eine Form des „Stufenverhältnisses“ entspricht hier einem Interessenausgleich zwischen den Parteien. Zwar erhält der Antragsteller hier das Recht, die Infrastrukturen selbst mit Mikroleerrohrverbänden ertüchtigen zu können. Er kommt mit diesem Recht aber erst

dann zum Zuge, wenn die Antragsgegnerin die Ertüchtigungen nicht selbst vornimmt. Würde die Beschlusskammer sich hier darauf beschränken, die Ertüchtigungen gegenüber der Antragsgegnerin als Eigentümerin verpflichtend anzuordnen, würde diese damit in die Lage versetzt, die Ertüchtigung in jedem Fall vornehmen zu müssen, ohne daran ggf. ein Interesse oder auch die dafür notwendigen fiskalischen Mittel zur Verfügung zu haben. Ein solcher Eingriff eines quasi verpflichtenden Ausbaus würde hier zu weit in die kommunale Selbstverwaltung eingreifen und ist auf der anderen Seite auch nicht notwendig, um hier zu einer interessengerechten Lösung zu kommen.

- 119 Denn die Ertüchtigung kann hier genauso gut vom mitnutzungsinteressierten Antragsteller vorgenommen werden, der dies bereits im Vorfeld angeboten hat und dementsprechend auch über die notwendigen Mittel und Möglichkeiten zu verfügen scheint. In einer weiteren Stufe wird dieser durch die Anordnung der Beschlusskammer daher zu den notwendigen Ertüchtigungen berechtigt.
- 120 Insoweit wird über die hier gefundene Regelung beiden Interessenlagen Rechnung getragen, ohne dabei jeweils zu weitgehend in die entsprechend grundrechtlich geschützten Sphären sowohl der kommunalen Selbstverwaltung und fiskalischen Interessen auf der einen Seite als auch dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf der anderen Seite einzugreifen.

Erklärung zur Ertüchtigung

- 121 Um für die notwendigen Klärungen und Absicherungen zu sorgen, ist die Anordnung einer entsprechenden Erklärung über die eigene Ertüchtigungsabsicht durch die Antragsgegnerin erforderlich und verhältnismäßig. Es genügt dabei die Abgabe einer Erklärung, die aber für die einzelnen Abschnitte auch unterschiedlich ausfallen kann (also beispielhaft die Ertüchtigung eines Abschnitts und das Unterlassen der Ertüchtigung eines anderen Abschnitts).
- 122 Ohne eine solche Erklärung der Antragsgegnerin, ob und für welche Leerrohrinfrastrukturen sie eigene Ertüchtigungen vornimmt, bestünde für den Antragsteller über einen Zeitraum von zwei Monaten die Ungewissheit, ob die Ertüchtigung durch die Antragsgegnerin tatsächlich vorgenommen wird. Der Antragsteller hätte für seine Kapazitäten und Ressourcen keine Planungssicherheit. Insbesondere bliebe unklar, ob er eine eigene Ertüchtigung vorbereiten soll. Dies würde gegebenenfalls eine Ertüchtigung durch den Antragsteller verzögern, was wiederum nicht im Sinne eines effizienten Beschleunigungsmanagements wäre.
- 123 Insoweit trägt die Anordnung einer verbindlichen Erklärung der Absichten der Antragsgegnerin zur eigenen Vornahme von Ertüchtigungen dazu bei, für beide Parteien mehr Planungssicherheit zu erlangen und insbesondere dem Antragsteller die Möglichkeit zu geben, verlässlich zu wissen, wie es mit seinem geplanten Ausbau weitergeht. Die Anforderung, die durch die Abgabe einer solchen Erklärung an die Antragsgegnerin gestellt wird, ist eine sehr überschaubare, da es für sie keine große Belas-

tung bedeutet, den einmal gefällten Entschluss über die Ertüchtigung auch nach außen zu kommunizieren. In der Interessensabwägung ergibt sich demnach, dass das Interesse des Antragstellers an der verbindlichen Erklärung hier höher zu gewichten ist als die Belastung der Antragsgegnerin, eine solche Erklärung abgeben zu müssen.

Frist für die Ertüchtigung

- 124 Für die eigene Ertüchtigungsmöglichkeit der Antragsgegnerin wird ihr ein angemessener Zeitraum von zwei Monaten eingeräumt, um hier den Ausbauplänen des Antragstellers möglichst zügig Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine ausreichende zeitliche Möglichkeit zu schaffen, die Ertüchtigung auch tatsächlich selbst vornehmen zu können.
- 125 Der Zeitraum von zwei Monaten ist dabei in jeglicher Hinsicht fair und angemessen. In dieser Zeit ist es möglich, das notwendige Material für die Ertüchtigung von Leerrohren mit Mikroerrohrverbänden zu beschaffen und entweder selbst durch Tiefbauarbeiter durchführen zu lassen oder damit einen Dritten zu beauftragen. Da gemäß § 77i Abs. 6 und 7 TKG die Kommunen in einigen Fällen auch einer Ausbaupflichtung für Leerrohrinfrastrukturen – sogar bereits belegt mit Glasfaserkabeln – haben, müssen entsprechende Prozesse implementiert sein, auch Mikroerrohrverbände zu beschaffen und einzubringen. Eine Vergabe ist im konkreten Fall aufgrund der überschaubaren Länge der einzubringenden Strukturen und der damit verbundenen nicht zu erwartenden Überschreitung der Schwellenwerte entbehrlich. Insoweit sind keine Gründe ersichtlich, die dazu führen könnten, dass es hier zu einem weitreichenderen und komplizierteren Prozess kommen könnte, der einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen könnte.
- 126 Bereits an dieser Stelle weist die Beschlusskammer darauf hin, dass sie die der Antragsgegnerin eingeräumte Möglichkeit, innerhalb von zwei Monaten ab Beschlusszugang die Ertüchtigungen der DA 50-Leerrohre selbst vorzunehmen, nicht mit einer Zwangsgeldandrohung verknüpft hat. Sollte die Antragsgegnerin aber trotz einer entsprechenden Erklärung die Ertüchtigung nicht fristgerecht vornehmen, wäre auch nachträglich die Androhung eines Zwangsgeldes und, falls erforderlich, dessen Festsetzung gemäß § 126 Abs. 5 und 6 TKG bis zu einer Höhe von 10 Mio. € möglich.
- 127 Für die Abgabe der Erklärung, dass tatsächlich eigene Ertüchtigungen der DA 50-Leerrohre in den streitgegenständlichen Abschnitten durch die Antragsgegnerin vorgenommen werden, ist ein Zeitraum von zwei Wochen als ausreichend und im Sinne eines gegenseitigen Interessenausgleichs angemessen. In dieser Zeit kann geklärt werden, ob man eine eigene Ertüchtigung der streitgegenständlichen Abschnitte mit Mikroerrohrverbänden vornehmen möchte und die notwendigen Mittel auch innerhalb der zwei Monate zur Verfügung stellen kann.

2.3.2.3.2 Zugang in den Grundstückszuleitungen

- 128 Die Mitnutzung des Antragstellers für die betroffenen Mikroleerrohre in den Grundstückszuführungen im Bereich Thundorfer Mühle und entlang der B304 in Adelstetten ist dergestalt zu ermöglichen, dass die Antragstellerin berechtigt wird, Glasfaserkabel mit einer entsprechenden Dimensionierung einzubringen, auf die sie einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu ermöglichen hat. Dazu bedarf es auch hier – in Analogie zur Anordnung der Ertüchtigung der DA 50-Leerrohre – der Anordnung entsprechender Erklärungen und zeitlicher Vorgaben, um zu einer fairen und angemessenen Regelung der Angebotslegung zu gelangen.

Befüllung der Leerrohrinfrastruktur mit Glasfaserkabeln

- 129 Die von der Antragsgegnerin bereits verlegten Leerrohre in den Grundstückszuführungen in Thundorfer Mühle und entlang der B304 in Adelstetten, sind bislang ungefüllte DA 7-Mikroleerrohre (in Thundorfer Mühle) bzw. DA 10-Mikroleerrohre (in Adelstetten); die Grundstückszuführungen enthalten somit bislang keine Glasfaserkabel. Durch den Einzug eines Glasfaserkabels wird ein späterer Nachzug weiterer Glasfaserkabel aufgrund der kleinen Durchmesser der für die Grundstückszuführung verwendeten Leerrohrinfrastruktur unmöglich. Eine undifferenzierte Nutzung der hier vorhandenen passiven Infrastrukturen durch den Antragsteller in Form der Einbringung eines Glasfaserkabels führt demgemäß dazu, dass keine Eigen- bzw. weitere Fremdnutzung mehr möglich wäre. Daher bedarf es der Anordnung einer auflösenden Bedingung, um hier eine Form der Nutzung zu gewähren, die einer Mitnutzung im wörtlichen Sinne gleichkommt und die gleiche dahinterstehende Zielvorstellung verwirklicht. Nur so kann der Zielvorstellung des DigiNetz-Gesetzes, also dem Heben von Synergieeffekten für den schnelleren Glasfaserausbau Rechnung getragen werden.
- 130 Die Möglichkeit, bzgl. der kleinen passiven Infrastrukturen in den Grundstückszuführungen ein Mitnutzungsrecht wegen künftigen Platzmangels abzulehnen, war vorliegend nicht zu prüfen, da sich die Antragsgegnerin hierauf nicht berufen und dazu auch nichts vorgetragen hat. Vielmehr handelt es sich derzeit noch um eine komplett unbelegte Infrastruktur, die weiterhin nicht befüllt und somit für den Breitbandausbau ungenutzt bliebe. Diese Infrastruktur befindet sich im letzten Teilstück des Zugangnetzes, bei dem der Eigenausbau am aufwändigsten und teuersten wäre. Gerade hier kommt es auf eine Zugangsmöglichkeit an, um letztlich den Endkunden überhaupt ein Breitbandprodukt zur Verfügung stellen zu können. Ob, wann und wie eine solche Befüllung durch die Antragsgegnerin oder einen Dritten vorgenommen und dann auch dem hier anfragenden Antragsteller in Form eines möglichen Vorleistungsproduktes (z. B. Dark Fibre) zur Verfügung gestellt werden könnte, ist im konkreten Fall fraglich. Ein solches Ergebnis entspräche nicht dem Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes
- 131 Zuvörderst ist zu konstatieren, dass es sich im vorliegenden Fall auch bezüglich der kleineren Zuführungsrohre um passive Netzinfrastrukturen im Sinne des § 3

Nr. 17b TKG und damit um für eine Mitnutzung geeignete Objekte handelt. Eine Mitnutzung solcher Infrastrukturen ist vorgesehen für öffentliche Versorgungsnetze, womit gemäß § 3 Nr. 16b TKG entstehende, betriebene oder stillgelegte physische Infrastrukturen für die öffentliche Bereitstellung von Erzeugungs-, Leitungs- oder Verteildiensten für Telekommunikation umfasst sind. Dieser sehr weite Versorgungsnetzbe-griff beinhaltet bereits Netze im Entstehen und geht von einem einheitlichen Netzbe-griff aus (siehe dazu oben unter Rz. 64). Dabei wird also nicht zwischen bereits be-triebenen und sonstigen Netzen differenziert, so dass auch die Möglichkeit besteht, noch leere Infrastrukturen durch eine beantragte Mitnutzung komplett zu befüllen. Die dagegen möglichen Einwände sind abschließend in § 77g Abs. 2 TKG aufgeführt und kommen hier – wie oben festgestellt – nicht zum Tragen. Insoweit käme hier auch eine komplette Befüllung der Infrastruktur durch eine – insofern undifferenzierte – Mit-nutzung generell in Betracht.

- 132 Aufgrund der besonderen Fallkonstellation, dass durch die hier angeordnete Mitnut-zung eine Eigennutzung erschwert bzw. unmöglich gemacht wird, sind dabei die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumente, ihre Interessenlage sowie möglichen-weise geschützte Grundrechtspositionen in besonderem Maße zu berücksichtigen, um eine mit Blick vor allem auf die Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes objektive, transparente und verhältnismäßige Entscheidung im Rahmen des § 77n Abs. 1 S. 2 TKG zu treffen. Dabei ergibt sich die Anforderung einer verhältnismäßigen Ent-scheidung, neben allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ausdrücklich aus Art. 3 Abs. 5 der Kostensenkungsrichtlinie.
- 133 Im Fall von Hauszuführungen besteht die Besonderheit darin, dass durch die Mitnut-zung der passiven Infrastruktur diese Infrastruktur faktisch der Alleinnutzung durch den Petenten zugeführt werden würde. Das würde im Ergebnis dazu führen, dass der Eigentümer, hier die Antragsgegnerin, die Infrastruktur selbst nicht mehr befüllen könnte. Das Recht auf eine solche eigene Befüllung muss der Antragsgegnerin daher zuvörderst zugestanden werden, was in Tenorziffer 9 vorgesehen ist. Sollte eine sol-che Befüllung mit Glasfaserinfrastrukturen erfolgen, besteht in der Folge automatisch die Situation, dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller eine tragfähige Alternative z. B. in Form einer Dark Fibre gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG anbieten kann. Auf die-ses Angebot wird sie in diesem Fall durch die Beschlusskammer auch verpflichtet, um hier dem Begehrt des Antragstellers letztlich zumindest in Teilen zu entsprechen und der Zielvorstellung einer Erschließung mit einem Breitbandnetz Vorschub leisten zu können.
- 134 Für den Fall, dass die Antragsgegnerin eine solche Befüllung aber nicht selbst vornehmen möchte, bekommt der Antragsteller das Recht eingeräumt, eine eigene Befüllung mit einem Glasfaserkabel vorzunehmen, die faktisch zunächst zu einer al-leinigen Nutzung der bestehenden passiven Netzinfrastruktur durch den Antragsteller führt (vgl. aber Rz. 140 ff. zur open access-Gewährung). Dies ist in dieser Konstellati-on auch kein Widerspruch zu den Zielen des DigiNetz-Gesetzes und beeinträchtigt wegen der Einräumung der Möglichkeit, die Grundstückszuführungen selbst mit Glas-

faserkabeln zu befüllen, die Rechtsposition der Antragsgegnerin auch nicht rechtswidrig. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit gehabt hätte, anhand einer Planung die künftige Kapazitätserschöpfung der für die Grundstückszuführungen verwendeten Mikroerrohre darzulegen. Diese Möglichkeit hat sie nicht ergriffen und damit letztlich keinen Versagungsgrund dargelegt. Im Folgenden kann durch die Anordnung der Mitnutzung durch den Antragsteller nunmehr eine Nutzung erfolgen, die letztlich für die Antragsgegnerin keinen Entzug einer Rechtsposition bedeutet.

- 135 Der Gedanke der Antragsgegnerin, die Infrastrukturen für einen geförderten Ausbau komplett frei halten zu wollen, steht im diametralen Gegensatz zur Idee des Ausbaus mit Hilfe staatlicher Gelder. Die hier angeordnete Mitnutzung führt in der Folge zu einem ungeforderten Breitbandanschluss der streitgegenständlichen Gebiete durch den Antragsteller. Eine Förderung des Breitbandausbaus mithilfe staatlicher Gelder soll hingegen nur dort erfolgen, wo kein eigenwirtschaftlicher Ausbau durch ein Telekommunikationsunternehmen erfolgt. Wenn ein solcher Ausbau aber – wie hier durch den Antragsteller – zur Erschließung von Grundstücken mit Glasfaserkabeln führt, wäre eine Versagung einer solchen Erschließung aufgrund der Einwendung eines möglichen Komplettverkaufs im Rahmen einer möglicherweise zukünftig denkbaren Förderung widersinnig. Etwas Anderes würde naturgemäß dort gelten, wo es bereits konkrete Pläne für einen geförderten Ausbau z. B. auch auf Basis einer Masterplanung gäbe und bereits Ausschreibungen erfolgt wären.

*Siehe dazu beispielhaft die Beschlüsse BK11-20/005 vom 29. 1. 2021, Rz. 78 ff; BK11-18/011 vom 26. 4. 2019, Rz. 75 ff., beide abrufbar unter:
<https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/BK11/BK11.html>.*

- 136 In einem solchen Fall würde eine konkrete Dimensionierungsplanung in der Regel auch dazu führen, dass eine konkrete Überprüfung der geplanten Kapazitäten möglich und auch bereits klar wäre, wie und wann ein Ausbau mit einem Hochgeschwindigkeitsnetz tatsächlich erfolgen würde. Diese Konstellation ist hier aber gerade nicht gegeben. Die Pläne für eine mögliche Förderung sind bis zum jetzigen Zeitpunkt noch unkonkret und können gemäß den Bestimmungen über die Darlegungs- und Beweislast hier nicht als ausreichend für einen Versagungsgrund gewertet werden (siehe dazu ausführlich oben unter Rz. 73). Laut Angaben der Antragsgegnerin sollte im Februar 2021 mit einer Markterkundung begonnen werden, für die die Beschlusskammer bis zur Beschlussfassung noch keinerlei Veröffentlichung gefunden hat. Sie zeigen, dass es bislang keine konkreten Belegungspläne gibt und der Glasfaserausbau demgemäß noch längere Zeit auf sich warten lassen würde.
- 137 Daneben weist die Beschlusskammer auch darauf hin, dass für den Fall einer sich weiter konkretisierenden Planung bzw. eines möglichen „Eigenbedarfs“, die auch konkret darzulegen ist, Kündigungsmöglichkeiten denkbar sind. Diese unterliegen auch weiterhin den Anforderungen des DigiNetz-Gesetzes, insbesondere dem § 77g Abs. 2 TKG, und können insoweit Mitnutzungsmöglichkeiten nicht umgehen.

- 138 Das Argument, ein potentieller Interessent an einer Förderung würde durch eine bereits befüllte Infrastruktur abgeschreckt bzw. könne seine Planung nicht komplett umsetzen, kann so nicht gegen die Mitnutzung angeführt werden (siehe dazu die Ausführungen unter Rz. 94). Denn überall dort, wo bereits eine Erschließung stattgefunden hat, kann und muss ein zukünftiger Interessent an einem geförderten Ausbau diese ohnehin berücksichtigen und wird über die Förderrichtlinien gerade dazu gezwungen, auch mögliche Mitnutzungspotentiale (auch z. B. bezogen auf eine mögliche Anmietung von Dark Fibre o. ä.) auszuschöpfen. Im Übrigen bleibt es ohnehin mehr als fraglich, inwiefern bereits erschlossene Gebiete einem geförderten Ausbau überhaupt noch offenstehen (sollen). Auch wenn dann möglicherweise die Situation entsteht, dass nur noch „unattraktivere“ Erschließungsgebiete für die Förderung übrig bleiben, so entspricht dies gerade dem Gedanken des geförderten Ausbaus, dass letztlich nur dort auch staatliche Mittel für einen wirtschaftlich darstellbaren Ausbau erforderlich sind. Das Verhindern eines eigenwirtschaftlichen Ausbaus in Gebieten, in denen ein geförderter Ausbau geplant ist, kann nur überall dort zum Tragen kommen, wo tatsächlich ein Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 TKG greift, also z. B. eine (auch zukünftige) Kapazitätserschöpfung vorliegt oder eine tragfähige Alternative oder bereits ein offener und diskriminierungsfreier Netzzugang angeboten werden kann. In den Fällen, in denen dies nicht der Fall ist, kann und soll ein eigenwirtschaftlicher Ausbau gerade nicht verhindert werden.
- 139 Nicht zuletzt entsteht bei einer kompletten Befüllung der vorhandenen Infrastruktur durch den Antragsteller die Situation, dass die Antragsgegnerin auch einen finanziellen Vorteil aus der Situation ziehen kann. Denn eine komplette Befüllung führt insoweit auch dazu, dass für die Berechnung des Entgelts für die Mitnutzung der Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 3 TKG Anwendung finden könnte, wenn es sich um ein öffentliches Versorgungsnetz für Telekommunikation handelt. Dabei wäre dann sicher zu stellen, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit hat, ihre Kosten zu decken und dafür wären über die zusätzlichen Kosten hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz zu berücksichtigen. Diese könnten bei einer „Alleinbefüllung“ auch allein dem Antragsteller gegenüber in Ansatz gebracht werden, so dass die Kostendeckung insoweit sichergestellt wäre.
- 140 Dabei wird allerdings die Möglichkeit der vollständigen Befüllung der Infrastrukturen in den Grundstückszuführungen in den beiden aufgeführten Teilbereichen in dem hier vorliegenden speziellen Fall an die Bedingung eines verpflichtenden Open Access durch den Antragsteller geknüpft. Würde diese unterbleiben, bestünde die Gefahr, dass die komplett befüllte Infrastruktur einer Zugangsmöglichkeit für andere Erschließungsinteressierte entzogen würde und insbesondere die betroffenen Endkunden faktisch an ein Monopol gebunden wären. Dies würde den Regulierungszielen gemäß § 2 Abs. 2 TKG zuwiderlaufen, wenn durch eine staatliche Anordnung ein faktisches Monopol entstünde. Außerdem führt die Verpflichtung zum Open Access letztlich hier auch zu dem von der Antragsgegnerin gewünschten Ergebnis eines Betreibers, der –

genau wie ein gefördert tätiges Unternehmen – einer Zugangsverpflichtung kraft behördlicher Anordnung unterliegt. Aufgrund dieser besonderen Fallkonstellation besteht in diesem Fall die Notwendigkeit, einen Open Access auf die eingebrachte Glasfaserinfrastruktur durch eine besondere behördliche Anordnung sicherzustellen.

- 141 Dieser Aspekt der Anordnung wahrt demgemäß nicht nur die Verbraucherinteressen durch die Sicherstellung der Angebotsvielfalt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, sondern stellt daneben und vor allem den chancengleichen Wettbewerb sicher i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Zudem wird der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG beschleunigt. Zwar erfährt der Antragsteller insoweit eine gewisse Einschränkung, als er hier direkt zu einem wettbewerblichen Verhalten verpflichtet wird, allerdings hat er zum einen zum jetzigen Zeitpunkt noch die Möglichkeit, das Angebot der Antragsgegnerin abzulehnen, wenn ihm das Risiko der Geschäftstätigkeit zu diesen Bedingungen zu hoch erscheint. Zum anderen hat er auch die Chance, über das Angebot von Vorleistungen in einem derzeit ihm exklusiv vorbehaltenen Bereich seine notwendigen Investe zu amortisieren und damit letztlich auch eine bessere Ausnutzung der vorhandenen Netzkapazitäten zu erzielen. Insoweit bietet das Angebot eines diskriminierungsfreien, offenen Netzzugangs auch eine Chance für den so gestalteten Netzausbau.
- 142 Gemäß dem gesetzgeberischen Ziel obliegt es der Streitbeilegung, neben der Verfahrensbeschleunigung auch *„ungerechtfertigte Mitnutzungsverweigerungen zu unterbinden und unangemessene Bedingungen für die Mitnutzung in angemessene Bedingungen zu überführen und dabei auch Wettbewerbseffekte auf den vor- und nachgelagerten Bereich zu berücksichtigen“*.
- Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 55.*
- 143 Der hier vorliegende besondere Sachverhalt führt dazu, dass eine Mitnutzung der passiven Infrastrukturen bei einer anderen Entscheidung der Beschlusskammer deswegen nicht zum Tragen kommen würde, weil die noch leeren Infrastrukturen weder befüllt noch konkret verplant sind, obwohl die Antragsgegnerin sich hinsichtlich der passiven Infrastrukturen auf keinen Versagungsgrund berufen kann. Ein solches Ergebnis wäre unfair und im Ergebnis unbillig und würde der eigentlichen Zielvorstellung des Gesetzes zuwiderlaufen. Wenn es also hier (ausnahmsweise) dazu kommt, dass eine komplette Befüllung der vorhandenen Infrastruktur mit Glasfaserkabeln erforderlich ist, um überhaupt eine Nutzung und damit auch Mitnutzung durch einen Dritten ermöglichen zu können, so ist eine solche im konkreten Fall erforderlich und angemessen und wird durch die ergänzende besondere Anordnung des Open Access abgedeckt.
- 144 Über die hier gefundene Regelung wird – wie ausgeführt – beiden Interessenlagen Rechnung getragen, ohne dabei jeweils zu weitgehend in die entsprechend grundrechtlich geschützten Sphären sowohl der kommunalen Selbstverwaltung und fiskali-

schen Interessen auf der einen Seite als auch dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf der anderen Seite einzugreifen.

Erklärung zur Befüllung

- 145 Um für die notwendigen Klärungen und Absicherungen zu sorgen, ist auch hier – genau wie bzgl. der Einbringung von Mikropipes – die Anordnung einer Erklärung der Antragsgegnerin, ob sie die Befüllung der Grundstückszuführungen mit Glasfaserkabeln selbst vornehmen wird, erforderlich und verhältnismäßig. Auch hier genügt dabei die Abgabe einer Erklärung, die aber für die einzelnen Abschnitte auch unterschiedlich ausfallen kann (also beispielhaft die Befüllung in einem Abschnitt und das Unterlassen der Einbringung im anderen Abschnitt).
- 146 Ohne eine solche Erklärung der Antragsgegnerin, ob und welche Leerrohrinfrastrukturen sie mit eigenen Glasfaserkabeln befüllen wird, bestünde für den Antragsteller über einen Zeitraum von zwei Monaten die Ungewissheit, ob diese Erschließung durch die Antragsgegnerin tatsächlich vorgenommen wird. Er hätte die Schwierigkeit für seine Kapazitäten und Ressourcen keine Planungssicherheit zu haben, was wiederum nicht im Sinne eines effizienten Beschleunigungsmanagements wäre.
- 147 Insoweit trägt die Anordnung einer verbindlichen Erklärung der Absichten der Antragsgegnerin hier dazu bei, für beide Parteien mehr Planungssicherheit zu erlangen und insbesondere dem Antragsteller die Möglichkeit zu geben, verlässlich zu wissen, wie es mit seinem geplanten Ausbau weitergeht. Die Anforderung, die durch die Abgabe einer solchen Erklärung an die Antragsgegnerin gestellt wird, ist eine sehr überschaubare, da es für sie keine große Belastung bedeutet, den einmal gefällten Entschluss über die Befüllung der Leerrohrinfrastruktur mit Glasfaserkabeln auch nach außen zu kommunizieren. In der Interessensabwägung ergibt sich demnach, dass das Interesse des Antragstellers an der verbindlichen Erklärung hier höher zu gewichten ist als die Belastung der Antragsgegnerin, eine solche Erklärung abgeben zu müssen.

Frist zur Befüllung

- 148 Für die – durch die Tenorierung als Möglichkeit eingeräumte – Befüllung der Leerrohrinfrastruktur mit Glasfaserkabeln der Antragsgegnerin wird ihr ein angemessener Zeitraum von zwei Monaten eingeräumt, um hier den Ausbauplänen des Antragstellers möglichst zügig Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine ausreichende zeitliche Möglichkeit zu schaffen, die Befüllung auch tatsächlich selbst vornehmen zu können.
- 149 Der Zeitraum von zwei Monaten ist dabei in jeglicher Hinsicht fair und angemessen. In dieser Zeit ist es möglich, entsprechend Glasfaserkabel für die Befüllung der Mikropipes zu den Grundstücken zu beschaffen und entweder selbst durch Tiefbauarbeiter einbringen zu lassen oder damit einen Dritten zu beauftragen. Da gemäß § 77i Abs. 6 und 7 TKG die Kommunen in einigen Fällen auch einer Ausbaupflichtung für mit Glasfaserkabeln belegte Leerrohrinfrastrukturen unterliegen, müssen entspre-

chende Prozesse implementiert sein, die notwendigen Ausstattungen zu beschaffen und einzubringen. Eine Vergabe ist im konkreten Einzelfall aufgrund der überschaubaren Länge der einzubringenden Strukturen und der damit nicht zu erwartenden Überschreitung der Schwellenwerte entbehrlich. Insoweit sind keine Gründe ersichtlich, die dazu führen könnten, dass es hier zu einem weitreichenderen und komplizierteren Prozess kommen könnte, der einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen könnte.

- 150 Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die der Antragsgegnerin eingeräumte Möglichkeit, innerhalb von zwei Monaten ab Beschlusszugang selbst Glasfasern in die Mikroleerrohre einzubringen, nicht mit einer Zwangsgeldandrohung verknüpft hat. Sollte die Antragsgegnerin aber trotz einer entsprechenden Erklärung die Befüllung nicht oder nicht fristgerecht durchführen, wäre auch nachträglich die Androhung eines Zwangsgeldes und, falls erforderlich, dessen Festsetzung gemäß § 126 Abs. 5 und 6 TKG bis zu einer Höhe von 10 Mio. € möglich.
- 151 Für die Abgabe der Erklärung, dass tatsächlich eigene Glasfaserkabel in die DA 7 bzw. DA 10-Mikroleerrohre in den Bereichen Thundorfer Mühle und entlang der B304 in Adelstetten durch die Antragsgegnerin eingebracht werden, ist ein Zeitraum von zwei Wochen als ausreichend und im Sinne eines gegenseitigen Interessenausgleichs angemessen. In dieser Zeit kann geklärt werden, ob die Antragsgegnerin die Leerrohre mit eigenen Glasfaserkabeln befüllen wird.

2.4 Antragsablehnung im Übrigen

- 152 Der Antrag der Antragsgegnerin, die Anträge des Antragstellers auf Mitnutzung ihrer passiven Infrastrukturen abzulehnen, wird aus den vorgenannten Gründen abgelehnt.
- 153 Soweit der Antragsteller mit Schreiben vom 10. 2. 2021 den Verfahrensgegenstand um die Feststellung erweitert hat, ob die Antragsgegnerin bei einem Verkauf von Leerrohren einen marktüblichen Preis fordern könne, ist dies als unzulässig zurückzuweisen. Weder der Kostensenkungsrichtlinie, noch den durch das DigiNetz-Gesetz in das TKG eingeführten Regelungen, insbesondere § 77n TKG, lässt sich eine Zuständigkeit der nationalen Streitbeilegungsstelle entnehmen, über Streitigkeiten über die Bepreisung von zum Verkauf stehenden Leerrohrinfrastrukturen zu entscheiden (vgl. Rz. 52).

3 Zwangsgeldandrohung

3.1 Rechtsgrundlage

154 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohungen ist § 133 Abs. 4 TKG i. V. m. § 126 Abs. 2, 5 und 6 TKG i. V. m. §§ 13 und 17 VwVG.

3.2 Formelle Voraussetzungen

155 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung sind im vorliegenden Fall gegeben.

156 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Androhung von Zwangsgeldern ergibt sich aus § 133 Abs. 4 TKG i. V. m. § 126 Abs. 1, 2 und 5 TKG i. V. m. § 7 Abs. 1 und 13 Abs. 1 VwVG.

157 Die Verfahrensvorschriften wurden gewahrt. Nach § 126 Abs. 1, 2 und 6 TKG kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, wenn Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze ihren Verpflichtungen aus dem TKG nicht nachkommen. Hierbei ist ihnen mit diesem Beschluss (Tenorziffern 2, 5, 7 und 10) angemessene Fristen gesetzt worden, um den angeordneten Maßnahmen entsprechen zu können.

158 Hinsichtlich der nach § 126 Abs. 1 S. 2 TKG und § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG erforderlichen Fristsetzung sind ab Beschlusszugang

- für die Unterbreitung von insgesamt fünf Angeboten zur Mitnutzung von DA 50-Leerrohren nach Ziffer 1 des Tenors eine einmonatige Frist bis zum 19. 5. 2021 gesetzt worden,
- für die Abgabe der Erklärung zur Ertüchtigung nach Ziffer 4 Satz 2 des Tenors eine zweiwöchige Frist bis zum 5. 5. 2021 gesetzt worden,
- für die Unterbreitung zweier Angebote für die Mitnutzung von Mikroleerrohren (bzw. im Falle einer Befüllung der Leerrohre mit Glasfaserkabeln durch die Antragsgegnerin für die Unterbreitung zweier Angebote gemäß Tenorziffer 9 Satz 3 über einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang) nach Ziffer 6 des Tenors eine einmonatige Frist bis zum 19. 5. 2021 gesetzt worden,
- für die Abgabe der Erklärung zur Befüllung nach Ziffer 9 Satz 2 des Tenors eine zweiwöchige Frist bis zum 5. 5. 2020 gesetzt worden.

159 Eine Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor dem Erlass der Zwangsgeldandrohung selbst gem. § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nicht notwendig, weil die Androhung eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung ist. Die Androhung kann gem. § 13 Abs. 2 VwVG mit dem Beschluss nach § 77n TKG verbunden werden.

3.3 Materielle Voraussetzungen

3.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsakts

- 160 Die Verpflichtungen nach den Ziffern 1, 4 Satz 2, 6 und 9 Satz 2 des Tenors können gem. § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitschlichtungsentscheidung gem. § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat.
- 161 Eine Androhung der Vollstreckung gegen die Antragsgegnerin als juristische Person des öffentlichen Rechts ist zulässig, da § 126 Abs. 5 und 6 TKG eine „andere Bestimmung“ im Sinne des § 17, 2. Hs. VwVG darstellt. Die Einfügung des Absatzes 6 in § 126 TKG durch das DigiNetz-Gesetz diene der Übertragung der Durchsetzungsbefugnisse der Bundesnetzagentur aus dem Regulierungsrecht auf die Transparenz-, Mitnutzungs- und Koordinierungspflichten der §§ 77a bis 77e TKG, der §§ 77g bis 77i TKG sowie der §§ 77k bis 77n TKG der Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die keine Unternehmen sind. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich bei dem Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze um eine Gebietskörperschaft handelt.

Vgl. BT-Drs. 18/8332 S. 60.

3.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel

- 162 Die Antragsgegnerin darf als Verpflichtete mittels eines Zwangsgeldes zur Durchführung der in den Ziffer 1, Ziffer 4 Satz 2, Ziffer 6, Ziffer 9 Satz 2 des Tenors enthaltenen Anordnung angehalten werden, da die geforderten Handlungen gemäß § 11 Abs. 1 VwVG nicht durch einen anderen vorgenommen werden kann und nur von ihrem Willen abhängt.

3.4 Ermessenserwägungen

3.4.1 Zu den Tenorziffern 2 und 7

- 163 Die Zwangsgeldandrohungen nach den Tenorziffern 2 und 7 zur Unterbreitung von fünf bzw. zwei Mitnutzungsangeboten sind auch verhältnismäßig. Sie sind geeignete und erforderliche Mittel, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der Anordnungen anzuhalten.
- 164 Die Durchsetzung der Verpflichtung zur Mitnutzungsgewährung nach dem DigiNetz-Gesetz ist von besonders großem Interesse für die Nutzung von Synergien für den Breitbandausbau. Zweck der gesetzlichen Vorgabe ist es, die Mitnutzung bereits vorhandener passiver Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu ermöglichen und so eine Beschleunigung des Netzausbaus zu erreichen. Diesem Zwecken kann nicht entsprochen werden, wenn die Antragsgegnerin es in der Hand hätte, durch eine unterlassene oder verzögerte Angebotslegung den Mitnutzungsanspruch des Antragstellers weiter auszuhöhlen. Des-

halb ist die Androhung von Zwangsgeldern geeignet, die Angebotslegung und so eine zügige Mitnutzung der gemeindeeigenen Leerrohre bzw. Mikroleerrohre durch den Antragsteller sicherzustellen. Dies gilt auch hinsichtlich der § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG entsprechenden Verbindung der Androhung des Zwangsgeldes mit dem zu vollstreckenden Verwaltungsakt, weil ein erst nach Erlass der zu vollstreckenden Entscheidung eingeleitetes Verwaltungsvollstreckungsverfahren zu weiteren Verzögerungen führen würde; dies würde weder dem sich aus der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes nach § 137 Abs. 1 TKG ergebenden besonderen öffentlichen Vollziehungsinteresse, noch den Regelungen des TKG im Allgemeinen und den §§ 77a TKG ff. im Besonderen innewohnenden Beschleunigungsgedanken angesichts des dynamischen Telekommunikationsmarktes und des Zieles der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht werden.

- 165 Ein anderes, milderes Mittel ist nicht ersichtlich, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden könnte. Würde keine Zwangsmittelandrohung unmittelbar mit der Anordnung ergehen, würde bei einer Nichtbefolgung der Anordnung wieder erheblich Zeit verloren gehen, um eine Verhandlungslösung für die von dem Antragsteller begehrten Mitnutzungen der DA 50-Leerrohre auf fünf Streckenabschnitten (Tenorziffer 1) und bestimmter DA 7 und DA 10-Mikroleerrohre in den Ortsteilen Thundorfer Mühle und Adelstetten (Tenorziffer 6) zu erreichen. Die vom DigiNetz-Gesetz angestrebten Synergieeffekte lassen sich jedoch nur dann erzielen, wenn die auferlegte Mitnutzung zeitnah auch tatsächlich erfolgt. Die Mitnutzung ist aber von einer Vereinbarung über die Bedingungen der Mitnutzung zwischen Antragsgegnerin und Antragsteller abhängig. Eine solche Vereinbarung konnte aber über Monate nicht erreicht werden, und auch im Streitbeilegungsverfahren gab es – anders als in anderen von der Beschlusskammer entschiedenen Verfahren – keinerlei Ansatzpunkte dafür, dass der Versuch einer Einigung zwischen den Beteiligten möglicherweise zu einer vertraglichen Vereinbarung hätte führen können. Damit bei einer gegebenenfalls erforderlich werdenden Durchsetzung der Verpflichtung zur Angebotslegung keine weitere Zeit verloren wird, sondern vielmehr die gesetzliche Verpflichtung zügig umgesetzt wird, kam nur eine Zwangsgeldandrohung in Betracht. Denn ohne ein Mitnutzungsangebot der Antragsgegnerin und einer sich anschließenden Mitnutzungsvereinbarung würden eine separate Planung und die Durchführung von Tiefbauarbeiten notwendig, was zu zusätzlichen Kosten und Aufwände führen und damit die Zielsetzung der gesetzlichen Regelung zur Mitnutzung vereiteln würde. Deshalb ist die Androhung eines Zwangsgeldes geeignet, die Unterbreitung eines Mitnutzungsangebotes durch die Antragsgegnerin zur Erreichung dieses Zwecks sicherzustellen.
- 166 Auch die Angemessenheit des angedrohten Zwangsmittels ist vorliegend gegeben. Das angedrohte Zwangsmittel des Zwangsgeldes steht nicht außer Verhältnis zu dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck der effizienten Ressourcennutzung sowie des Beschleunigungsgedankens. Das Ziel der vorliegenden Entscheidung auf Basis des Gesetzes kann nur erreicht werden, wenn es tatsächlich zügig zu einer Angebotslegung durch die Antragsgegnerin kommt. Denn ohne solche Angebote kann es auch nicht

zu einer Verhandlungslösung zwischen den Parteien und daran anschließenden Mitnutzungen kommen. Dazu soll die Antragsgegnerin durch die Zwangsgelder angehalten werden, was keine erhebliche Einschränkung bedeutet. In diesem Zusammenhang weist die Beschlusskammer darauf hin, dass sie unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber formulierten Primats privatrechtlicher Vereinbarungen die Antragsgegnerin lediglich zur Unterbreitung von Angeboten verpflichtet hat. Die Ausgestaltung der einzelnen Regelungen der Mitnutzungsvereinbarungen ist, im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe fairer und angemessener Bedingungen, den Parteien überlassen. Freilich schließt das nicht die Möglichkeit aus, die Streitbeilegungsstelle erneut anzurufen, falls keine Einigung über faire und angemessene Bedingungen der Mitnutzungen zustande kommt.

- 167 Die angedrohten Zwangsgelder sind auch der Höhe nach angemessen. Das angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 2.000 € je zu unterbreitendem Angebot zur Durchsetzung von Ziffer 1 sowie Ziffer 6 des Tenors spiegelt in seiner Höhe die Tatsache wider, dass diese Angebote die Basis der vom Antragsteller begehrten Mitnutzungen sind. Sie liegt im untersten Bereich des eröffneten Zwangsgeldrahmens, der von 1.000 € bis zu höchstens 10 Mio. € reicht. Gleichzeitig ist das angedrohte Zwangsgeld aber hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln im Sinne der Anordnungen zu erzeugen. Denn bei Nichtumsetzung der Verpflichtungen wäre die Summe von 2.000 € je Angebot auch kein derart kleiner Betrag, dass er von der Antragsgegnerin ignoriert werden könnte, zumal im Falle einer weiteren Verweigerung der Umsetzung eine erneute Androhung und Festsetzung eines gegebenenfalls höheren weiteren Zwangsgeldes gem. § 13 Abs. 6 VwVG erfolgen würde. Hinzu tritt der Umstand, dass sich die Antragsgegnerin im Falle einer Verweigerung der Angebotslegung und dadurch erforderlich werdender Tiefbauarbeiten des Antragstellers – bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen – schadenersatzpflichtig machen würde.

3.4.2 Zu den Tenorziffern 5 und 10

- 168 Die Zwangsgeldandrohungen nach den Tenorziffern 5 und 10 zur Erklärung der Antragsgegnerin zu den Ertüchtigungen der DA 50-Leerrohre bzw. der Befüllung der Grundstückszuführungen (DA 7 bzw. DA 10-Mikroleerrohre) mit Glasfaserkabeln sind verhältnismäßig. Sie sind geeignete und erforderliche Mittel, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der Anordnungen anzuhalten.
- 169 Wie bereits dargelegt sind Mitnutzungen und – falls erforderlich – die Durchsetzung berechtigter Ansprüche gegenüber Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze von besonders großem Interesse für Hebung von Synergieeffekten und einen beschleunigten Breitbandausbau. Die gesetzlichen Regelungen bezwecken, die Mitnutzung bereits vorhandener passiver Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu ermöglichen und so eine Kostensenkung und eine Beschleunigung des Netzausbaus zu erreichen. Diese Zielsetzung ist aber auch in Zusammenhang mit wettbewerblichen Gesichtspunkten sowie

der Nutzungsmöglichkeit der Leerrohre durch die Eigentümerin, den Betreiber beziehungsweise weiterer die Mitnutzung begehrender Dritter zu sehen. Wie in Rz. 109 ff. ausgeführt, würde die Mitnutzung der Leerrohre durch den Antragsteller ohne vorherige Ertüchtigung bzw. Befüllung unter Auflagen zu folgender Situation führen: (1) der Antragsteller würde Mikroleerrohre in die DA 50-Leerrohre der Antragsgegnerin beziehungsweise Glasfasern in die für die Hauszuführungen vorgesehenen Mikroleerrohre der Antragsgegnerin (DA 7/DA 10) einbringen; (2) dies würde dazu führen, dass ein späterer Zuzug weiterer Mikroleerrohre in die DA 50-Leerrohre beziehungsweise weiterer Glasfasern in die Mikroleerrohre für die Hauszuführungen erschwert, wenn nicht sogar teilweise unmöglich gemacht werden würde; (3) hierdurch die Nutzung der Leerrohre durch die Antragstellerin beziehungsweise Dritte erschwert, gegebenenfalls sogar ausgeschlossen werden könnte, was (4) zu einer faktischen Monopolstellung des Antragstellers führen könnte. Eine derartige Einschränkung der Eigen- beziehungsweise weiterer durch den Eigentümer gewährter Fremdnutzung der Infrastruktur war gesetzgeberisch nicht gewollt und würde auch dem Grundgedanken des DigiNetz-Gesetzes – durch die Hebung von Synergieeffekten eine Kosteneinsparung zu generieren, die zu einem schnelleren Auf- und Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze führen soll – widersprechen.

170 Vor diesem Hintergrund hat die Beschlusskammer die Mitnutzung der DA 50-Leerrohre beziehungsweise der für die Hauszuführung vorgesehenen Mikroleerrohre unter die Bedingung gestellt, dass zuvor eine Ertüchtigung mit Mikroleerrohren beziehungsweise Befüllung mit Glasfaserkabeln durch den Antragsteller oder die Antragsgegnerin erfolgt. Da es sich um ihre eigenen Leerrohre handelt, hat die Antragsgegnerin den „ersten Zugriff“ und kann die in Tenorziffer 3 vorgesehene Ertüchtigung und die in Tenorziffer 8 vorgesehene Befüllung selbst vornehmen, falls sie das möchte (vgl. Tenorziffer 4 Satz 1 und 9 Satz 1). Um aber dem den gesetzlichen Regelungen immanenten Beschleunigungsgedanken Rechnung zu tragen, ist die Abgabe einer verbindlichen schriftlichen Erklärung der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller und der Beschlusskammer in Tenorziffer 4 Satz 2 und 9 Satz 2 vorgesehen. Tenorziffer 4 Satz 2 hat eine Erklärung zur Ertüchtigung der DA 50-Leerrohre auf den fünf Streckenabschnitten

- im Ortsteil Mitterfelden, im Bereich der Ludwig-Thoma-Straße,
- von dem Ortsteil Thundorf bis zu den Ortsteilen Eschlberg und Hofer,
- im Ortsteil Thundorfer Mühle,
- entlang der B304 im Bereich Adelstetten sowie
- im Ortsteil Mitterfelden im Bereich der Kirchenwegstraße, Höglstraße und Dachsteinstraße

zum Gegenstand. Tenorziffer 9 Satz 2 betrifft eine Erklärung zur Befüllung der für die Grundstückszuführungen verwendeten Mikroleerrohre mit Glasfasern in den beiden Teilbereichen Ortsteil Thundorfer Mühle (Teilbereich 1) sowie DA 10-Mikroleerrohre

zu den Adressen Adelstetten 11a, 40, 40c, 52, 67a, 77, 97, 99 (Teilbereich 2). In jeder der beiden Erklärungen muss die Antragstellerin erklären, ob und welche der Strecken sie selbst ertüchtigen bzw. befüllen wird. Somit ist eine Erklärung nicht erst dann vollständig, wenn die Antragsgegnerin angibt, jeden der betroffenen Streckenabschnitte beziehungsweise Teilbereiche selbst zu ertüchtigen bzw. zu befüllen, sondern bereits dann, wenn in Bezug auf jeden Streckenabschnitt beziehungsweise Teilbereich erklärt wird, ob die Antragsgegnerin diesen Bereich selbst ertüchtigt bzw. befüllt oder nicht. Voraussetzung für eine vollständige Erklärung ist somit, dass zu jedem Streckenabschnitt beziehungsweise Teilbereich eine Aussage der Antragsgegnerin vorliegt, ob sie diesen Abschnitt selbst ertüchtigen bzw. befüllen wird oder nicht.

- 171 Eine solche Erklärung bezweckt zweierlei: zum einen ist eine Entscheidung, ob die Antragsgegnerin die Ertüchtigung bzw. Befüllung bestimmter oder aller Streckenabschnitte beziehungsweise Teilbereiche selbst vornimmt, relevant für die Planungen des Antragstellers, der gegebenenfalls die Leerrohre selbst ertüchtigen bzw. befüllen muss. Zum anderen ist diese Frage relevant für die Gestaltung der von der Antragsgegnerin vorzulegenden Mitnutzungsangebote. Diesem Zwecken kann nicht entsprochen werden, wenn die Antragsgegnerin es in der Hand hätte, durch eine unterlassene oder verzögerte Erklärung zu den Ertüchtigungen bzw. Befüllungen letztlich die Mitnutzung durch den Antragsteller zu verzögern; sei es durch eine verzögerte Vorlage von Mitnutzungsangeboten oder den Umstand, dass der Antragsteller nicht abzusehen vermag, ob und welche Streckenabschnitte beziehungsweise Teilbereiche er selbst zu ertüchtigen bzw. befüllen hat, bevor er die Infrastrukturen mitnutzen darf. Deshalb ist die Androhung von Zwangsgeldern geeignet, die Erklärungen der Antragsgegnerin zur Ertüchtigung und so eine zügige Mitnutzung der gemeindeeigenen Leerrohre bzw. Mikroleerrohre durch den Antragsteller sicherzustellen. Dies gilt auch hinsichtlich der § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG entsprechenden Verbindung der Androhung des Zwangsgeldes mit dem zu vollstreckenden Verwaltungsakt, weil ein erst nach Erlass der zu vollstreckenden Entscheidung eingeleitetes Verwaltungsvollstreckungsverfahren zu weiteren Verzögerungen führen würde; dies würde weder dem sich aus der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes nach § 137 Abs. 1 TKG ergebenden besonderen öffentlichen Vollziehungsinteresse, noch den Regelungen des TKG im Allgemeinen und den §§ 77a TKG ff. im Besonderen innewohnenden Beschleunigungsgedanken angesichts des dynamischen Telekommunikationsmarktes und des Zieles der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht werden.
- 172 Ein anderes, milderer Mittel ist nicht ersichtlich, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden könnte. Würde keine Zwangsmittellandrohung unmittelbar mit der Anordnung ergehen, würde bei einer Nichtbefolgung der Anordnung wieder erheblich Zeit verloren gehen, um eine Erklärung zu den Ertüchtigungen und somit eine Verhandlungslösung für die von dem Antragsteller begehrten Mitnutzungen zu erreichen. Die vom DigiNetz-Gesetz angestrebten Synergieeffekte lassen sich jedoch nur dann erzielen, wenn die auferlegte Mitnutzung zeitnah auch tatsächlich erfolgt. Die Mitnutzung ist aber von einer Vereinbarung über die Bedingungen der Mitnutzung zwischen

Antragsgegnerin und Antragsteller abhängig, die – wie bereits dargelegt – über Monate nicht erreicht werden konnte und für die es auch im Streitbeilegungsverfahren keinerlei Anhaltspunkte gab. Damit bei einer gegebenenfalls erforderlich werdenden Durchsetzung der Verpflichtung zur Erklärungen zur Ertüchtigung bzw. Befüllung keine weitere Zeit verloren wird, sondern vielmehr die gesetzliche Verpflichtung zügig umgesetzt wird, kam nur eine Zwangsgeldandrohung in Betracht. Denn ohne solche Erklärungen der Antragsgegnerin bliebe unklar, ob beziehungsweise welche Ertüchtigungen bzw. Befüllungen der Antragsteller vornehmen muss, um die Leerrohre der Antragsgegnerin mitnutzen zu dürfen. Die Folgen wären eine weitere Verzögerung der Mitnutzung und (gegebenenfalls unnötige) separate Planungen und Vergaben von Tiefbauarbeiten durch den Antragsteller. Beides würde zu erheblichen zusätzlichen Kosten und Aufwänden führen und damit die Zielsetzung der gesetzlichen Regelung zur Mitnutzung vereiteln. Daher ist die Androhung eines Zwangsgeldes geeignet, die angeordneten Erklärungen der Antragsgegnerin zu der in Tenorziffer 3 genannten Ertüchtigung und den in Tenorziffer 8 genannten Befüllungen und damit die gesetzliche Zielsetzung eines beschleunigten und kostengünstigeren Breitbandausbaus sicherzustellen.

- 173 Die angedrohten Zwangsmittel sind auch angemessen. Das angedrohte Zwangsmittel des Zwangsgeldes steht nicht außer Verhältnis zu dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck der Hebung von Synergieeffekten und der Beschleunigung des Breitbandausbaus. Das Ziel der vorliegenden Entscheidung auf Basis des Gesetzes kann nur erreicht werden, wenn es tatsächlich zügig zu einer Erklärung der Antragsgegnerin kommt, ob und welche Ertüchtigungen bzw. Befüllungen sie vornehmen wird (und, spiegelbildlich, welche der in den Tenorziffer 3 und 8 benannten Ertüchtigungen bzw. Befüllungen der Antragsteller vorzunehmen hat). Denn ohne derartige Erklärungen besteht keine Klarheit, wer welche Ertüchtigungen bzw. Befüllungen vornimmt, was – wie dargelegt – sowohl zu Verzögerungen bei der Angebotslegung durch die Antragsgegnerin als auch bei der, unter dem Vorbehalt vorheriger Ertüchtigungen bzw. Befüllung stehenden, Mitnutzung des Antragstellers führen würde. Beide Umstände sind aber essentiell, damit der Antragsteller die angeordnete Mitnutzung realisieren kann. Auf der anderen Seite wird die Antragsgegnerin mit der angeordneten Erklärung auch nicht über Gebühr belastet, da sie lediglich entscheiden muss, welche Ertüchtigungen bzw. Befüllungen sie selbst vornehmen will und welche durch den Antragsteller erfolgen sollen.
- 174 Die angedrohten Zwangsgelder sind auch der Höhe nach angemessen. Das angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 2.000 € je abzugebender Erklärung zur Durchsetzung von Ziffer 4 Satz 2 sowie Ziffer 9 Satz 2 des Tenors spiegelt in seiner Höhe die vorstehend dargelegte Bedeutung dieser Erklärungen für eine zügige Mitnutzung wider. Sie liegt im untersten Bereich des eröffneten Zwangsgeldrahmens, der von 1.000 € bis zu höchstens 10 Mio. € reicht. Gleichzeitig ist das angedrohte Zwangsgeld aber hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln im Sinne der Anordnungen zu erzeugen. Denn bei Nichtumsetzung der Verpflichtungen wäre die Summe von

2.000 € je Angebot auch kein derart kleiner Betrag, dass er von der Antragsgegnerin ignoriert werden könnte, zumal im Falle einer weiteren Verweigerung der Umsetzung eine erneute Androhung und Festsetzung eines gegebenenfalls höheren weiteren Zwangsgeldes gem. § 13 Abs. 6 VwVG erfolgen würde. Hinzu tritt der Umstand, dass sich die Antragsgegnerin im Falle unterlassener, verspäteter oder unvollständiger Erklärungen der Antragsgegnerin zu den Ertüchtigungen bzw. Befüllungen und dadurch verursachter Tiefbauarbeiten des Antragstellers – bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen – schadenersatzpflichtig machen würde.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht München, Bayerstraße 30, 80335 München, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nach § 137 Abs. 2 TKG nicht statt.

Eine Klage hat nach § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, 16. 4. 2021

Vorsitzende

Beisitzerin

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Gille-Lindhorst

Dr. Kutzscher

Gliederung

1	Sachverhalt	5
2	Gründe	14
2.1	Rechtsgrundlage.....	14
2.2	Formelle Voraussetzungen	14
2.2.1	Zuständigkeit	14
2.2.2	Verfahren.....	14
2.2.3	Frist.....	15
2.3	Materielle Voraussetzungen	15
2.3.1	Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags	15
2.3.2	Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG	16
2.3.2.1	Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG.....	17
2.3.2.1.1	Prüfungsmaßstab bzgl. des Vorliegens von Versagungsgründen	17
2.3.2.1.2	Zukünftig fehlender Platz in der streitgegenständlichen Infrastruktur	17
2.3.2.2	Verpflichtung zu Vorlage der Angebote zur Mitnutzung innerhalb von einem Monat.....	24
2.3.2.3	Weitere Regelungen zum Zugang durch den Antragsteller	25
2.3.2.3.1	Zugang in den Leerrohrinfrastrukturen im Backbonenetz	26
2.3.2.3.2	Zugang in den Grundstückzuleitungen	31
2.4	Antragsablehnung im Übrigen.....	37
3	Zwangsgeldandrohung	38
3.1	Rechtsgrundlage.....	38
3.2	Formelle Voraussetzungen	38
3.3	Materielle Voraussetzungen	39
3.3.1	Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsakts.....	39
3.3.2	Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel	39
3.4	Ermessenserwägungen	39
3.4.1	Zu den Tenorziffern 2 und 7	39
3.4.2	Zu den Tenorziffern 5 und 10	41
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	46