Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-21-006

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

Uwe Zillner (Zillner IT)
Ruhmannsdorf 44, 94051 Hauzenberg

– Antragsteller –

gegen

Stadt Hauzenberg
Marktplatz 10, 94051 Hauzenberg
vertreten durch die Bürgermeisterin Gudrun Donaubauer

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

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

   – Beigeladener zu 1 –

2. Vodafone GmbH,
   Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,
   vertreten durch die Geschäftsführung,

   – Beigeladene zu 2 –

3. 1&1 Versatel GmbH,
   Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
   vertreten durch die Geschäftsführung,

   – Beigeladene zu 3 –

4. 1&1 Versatel Deutschland GmbH,
   Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
   vertreten durch die Geschäftsführung,

   – Beigeladene zu 4 –

5. 1&1 Telecom GmbH,
   Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
   vertreten durch die Geschäftsführung,

   – Beigeladene zu 5 –

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

   – Beigeladene zu 6 –

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

   – Beigeladener zu 7 –

8. Telepark Passau GmbH,
   Regensburger Str. 31, 94036 Passau,
   vertreten durch die Geschäftsführung,

   – Beigeladene zu 8 –

Verfahrensbevollmächtigter

der Antragsgegnerin: Ruhrmann Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Ludwigstraße 73, 84524 Neuötting,

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

durch

die Vorsitzende, Frau Herchenbach-Canarius
den Beisitzer Herrn Dr. Haslinger und
den Beisitzer Herrn Dr. Kutzscher

auf die mündliche Verhandlung vom 20. 12. 2021 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht beim ODF Sterlwaid (Punkt Nr. 1 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd (Punkt Nr. 2 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke A in der Anlage zu diesem Beschluss).

2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd (Punkt Nr. 2 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Fürhaupt 4 (Punkt Nr. 3 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke B in der Anlage zu diesem Beschluss).

3. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin ihre Angebotsverpflichtung aus § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG verletzt hat, indem sie dem Antragsteller auf seinen Mitnutzungsantrag hin für die Strecke vom Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Fürhaupt 4 (Punkt Nr. 3 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss) innerhalb der Frist von zwei Monaten weder ein Angebot über eine Mitnutzung unterbreitet hat, noch ihrer gesetzlichen Verpflichtung aus § 141 Abs. 1 TKG nachgekommen ist, einer Mitnutzung entgegenstehende Versagungsgründe innerhalb der Zweimonatsfrist des § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG nachzuweisen.

4. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht Mahd II (Punkt Nr. 5 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke D in der Anlage zu diesem Beschluss).

5. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd (Punkt Nr. 2 in der Anlage zu

diesem Beschluss) bis zum Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Ruhmannsdorf 44 (Punkt Nr. 6 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke E in der Anlage zu diesem Beschluss).

6. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

7. Sollte die Antragsgegnerin entgegen den Anordnungen in Tenorziffer 1, 2, 4 und 5 dem Antragsteller bis zum 31. 7. 2023 jeweils kein Angebot unterbreiten, wird ihr die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von jeweils 25.000 € angedroht.

1 Sachverhalt

1 Das Verfahren betrifft die Mitnutzung von passiver Netzinfrastruktur im Stadtgebiet Hauzenberg. Der Antragsteller, Herr Uwe Zillner, bietet unter der Bezeichnung Zillner IT im Großraum Passau Telekommunikationsdienste an. Hierfür beantragte er bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung von Leerrohren zwischen ihren Ortsteilen Ruhmannsdorf und Sterlwaid sowie von dieser Strecke abzweigend in Richtung Mahd. Die Antragsgegnerin, die Stadt Hauzenberg, ist eine Stadt im Landkreis Passau.

2 Der vorliegenden Entscheidung ging bereits ein Streitbeilegungsverfahren voraus. Da das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss vom 29. 12. 2022 (1 L 1150/22) allerdings die aufschiebende Wirkung der gegen die Entscheidung der Beschlusskammer eingereichten Klage angeordnet hat, entschloss sich die Beschlusskammer dazu, ihre Entscheidung aufzuheben und dieses Verfahren wiederaufzunehmen.

3 Dem wiederaufgenommenen Verfahren werden in weiten Teilen die bereits getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt zugrunde gelegt. Hiernach stellt sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt wie folgt dar:

> 2 *„Hintergrund des hier streitgegenständlichen Verfahrens sind bereits seit 2020 geführte Gespräche des Antragstellers mit der Antragsgegnerin über die Mitnutzung von Leerrohren zwischen den Ortsteilen Ruhmannsdorf und Sterlwaid sowie in Richtung Mahd. Der Antragsteller hatte diesbezüglich am 31. 7. 2020 und auf weitere Nachfrage am 28. 8. 2020 eine Mitnutzung passiver Infrastrukturen bei der Antragsgegnerin beantragt. Die Antragsgegnerin hatte kein konkretes Angebot unterbreitetet, was den Antragsteller dazu veranlasst hatte, bei der Beschlusskammer zunächst das Streitbeilegungsverfahren* ***BK11-20/005*** *einzuleiten. In diesem hat die Beschlusskammer den Streitbeilegungsantrag zur Mitnutzung der Leerrohrinfrastruktur von Sterlwaid nach Ruhmannsdorf mit Beschluss vom 29. 1. 2021 abgelehnt. Die Beschlusskammer hatte dabei auch umfänglich geprüft, ob die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen geeignet sind, den eingewandten Versagungsgrund zukünftig fehlender Leerrohrkapazität darzulegen und dies verneint. Jedoch konnte die Antragsgegnerin der Mitnutzung den von ihr eingewandten Versagungsgrund einer tragfähigen Alternative entgegenhalten. Die Antragsgegnerin hatte dazu ein Angebot der – mit Fördermitteln ausbauenden – Beigeladenen zu 8 zur Anmietung unbeschalteter Glasfasern vorgelegt. Die Feststellung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Angebots fußte dabei wesentlich darauf, dass der Antragsteller für die Realisierung seines Vorhabens – der Anbindung seines Rechenzentrums – lediglich zwei unbeschaltete Glasfasern benötigte.*
>
> 3 *Bereits Ende Oktober 2020 hatte der Antragsteller die Antragsgegnerin über sein Vorhaben informiert, das gesamte Gebiet Hauzenberg flächendeckend mit Glasfaser zu versorgen. Er bat um Erteilung von Informationen zu vorhandenen Leerrohren im Stadtgebiet mit dem Angebot, seinen Vorhabenplan zu konkretisieren. Diese Anfrage war seitens der Antragsgegnerin unbeantwortet geblieben. Daraufhin beantragte der Antragsteller am 9. 2. 2021*

*bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung eines im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden Leerrohrs von Sterlwaid nach Ruhmannsdorf mit der Abzweigung in Richtung Führhaupt und Mahd sowie die Mitnutzung von Leerrohren von Sterlwaid über Jahrdorf nach Windpassing und Haag (Streitbeilegungsverfahren **BK11-21/004**). Der Antragsteller teilte mit, die Mitnutzung der Leerrohrinfrastruktur der Stadt Hauzenberg sei die Voraussetzung, um weitere Kunden – insbesondere in den im Antrag genannten Orten Mahd und Fürhaupt – bis Mitte 2021 vollständig mit FTTH versorgen zu können.*

4 Mit E-Mail vom 29. 3. 2021 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass der Antragsteller in seinem Antrag Ortsteile benannt habe, die durch die Antragsgegnerin in einem Förderverfahren teilweise bereits zur Breitbanderschließung vergeben worden seien. Dies seien insbesondere die Ortsteile Fürhaupt, Mahd und große Teile von Haag. Diesbezüglich solle sich der Antragsteller an die Beigeladene zu 8 wenden, die diesen Auftrag erhalten habe. Eine pauschale Auskunft zu all ihren Leerohren könne dem Antragsteller nicht zur Verfügung gestellt werden, sondern jeweils nur zu einer konkreten Versorgungsabsicht mit genauer Benennung der zu versorgenden Gebiete.

*5 Nach dieser Auskunft stellte der Antragsteller am 30. 3. 2021 einen Antrag auf Streitbeilegung. Das Verfahren zu dem Aktenzeichen **BK11-21/004** betraf die Strecke, die bereits Gegenstand des Verfahrens **BK11-20/005** war und auch im vorliegenden Verfahren **BK11-21/006** streitgegenständlich ist.*

6 Zusätzlich fanden drei durch die Beschlusskammer moderierte Mediationsgespräche zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin im Juni und Juli 2021 statt. Im Rahmen des letzten Mediationsgespräches am 20. 7. 2021 wurde Konsens zwischen den Parteien darüber erreicht, dass seit dem 7. 7. 2021 ein vollständiger Mitnutzungsantrag vorliegt, der von der Antragsgegnerin bearbeitet werden kann und in weiteren bilateralen Gesprächen eine Einigung erzielt werden sollte. […]“

4 Auf diesen Mitnutzungsantrag hin wurde dem Antragsteller von der Antragsgegnerin innerhalb von zwei Monaten nach Antragseingang weder ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastrukturen unterbreitet noch einer Angebotsunterbeitung entgegenstehende Versagungsgründe substantiiert vorgetragen. Es verblieb insoweit lediglich bei Verhandlungen.

*8 „Da diese Verhandlungen aus Sicht des Antragstellers zu keinem Ergebnis führten, stellte der Antragsteller mit Schreiben vom 23. 11. 2021 – eingegangen am selben Tag – zwei Anträge auf Streitbeilegung gegenüber der Antragsgegnerin. Die Anträge betreffen die Mitnutzung kommunaler Leerrohre in zwei Gebieten der Antragsgegnerin. Einer der beiden Anträge liegt dem vorliegenden, unter dem Aktenzeichen **BK11-21/006** geführten Verfahren zugrunde. Der Antragsteller trug vor, dass es zu keiner Einigung über die Bedingungen der Nutzung gekommen sei und die angebotenen Preise […] ihm kein wirtschaftliches Angebot an Endkunden ermöglichen würden. Die*

bisherigen Ausbaupläne zwischen Ruhmannsdorf-Sterlwaid und Richtung Mahd würden seinerseits weiterhin verfolgt.

9 *Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbelegungsverfahren nach § 149 TKG sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 23 vom 8. 12. 2021 als Mitteilung Nr. 321/2021 veröffentlicht worden.*

10 *Mit Schriftsatz vom 10. 12. 2021 nahm die Antragsgegnerin erstmals zum Verfahren Stellung, wonach es an einem förmlichen Antrag fehle. Hilfsweise sei der Antrag als unbegründet abzuweisen.*

11 *Die Antragsgegnerin stellte zunächst in Abrede, dass überhaupt ein **vollständiger förmlicher Antrag** gemäß § 138 Abs. 1 TKG vorliege. Zur Begründung führt sie an, dass der Antragsteller zwischenzeitlich nach der im letzten Mediationsgespräch vereinbarten Rücknahme des Streitbeilegungsantrags im Verfahren BK11-21/004 keinen neuen Antrag auf Mitnutzung nach § 138 TKG bei der Antragsgegnerin gestellt habe. Entgegen der Auffassung des Antragstellers in seiner E-Mail vom 23. 11. 2021 an die Beschlusskammer sei die Mitnutzungsanfrage vom 9. 2. 2021 nicht mehr „gültig", da diese Mitnutzungsanfrage abgelehnt wurde und der Antrag auf Streitbeilegung im Verfahren BK11-21/004 zurückgenommen worden sei. Nach Ansicht der Antragsgegnerin könne der Antragsteller mit Blick auf § 138 Abs. 1 TKG nicht ohne Weiteres ein neues Streitbeilegungsverfahren anstreben, womit es schon an den Voraussetzungen für ein Streitbeilegungsverfahren fehle. Der Antrag sei daher schon mangels Erfüllung der formellen Voraussetzungen abzulehnen. In der nachfolgenden Stellungnahme vom 20. 1. 2022 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie auf die Einwendung, der Antragsteller habe keinen Antrag auf Mitnutzung gestellt, verzichte, griff aber den Vortrag eines fehlenden vollständigen Antrags zuletzt mit Stellungnahme vom 25. 5. 2022 wieder auf (siehe Rz. 26).*

12 *Hinsichtlich der Begründetheit des Antrags wendet die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 10. 12. 2021 zum einen eine Versagung des Antrags aufgrund **fehlenden Platzes** gemäß § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG ein.*

13 *Zunächst erläutert die Antragsgegnerin, dass die von dem Antragsteller begehrte Infrastruktur auf der Strecke Ruhmannsdorf-Sterlwaid-Mahd im Rahmen eines Förderverfahrens auf Grundlage der Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von gigabitfähigen Breitbandnetzen im Freistaat Bayern (Bayerische Gigabitrichtlinie – BayGibitR) der Beigeladenen zu 8 überlassen worden sei. Die streitgegenständliche Infrastruktur sei Teil des Beihilfeverfahrens gewesen. Weiter teilt die Antragsgegnerin mit, dass sich die Beigeladene zu 8 in dem mit der Antragsgegnerin am 10. 2. 2021 geschlossenen Kooperationsvertrag verpflichtet habe, den Netzbetrieb innerhalb von 24 Monaten nach Unterzeichnung des Vertrages aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund legt die Antragsgegnerin ihre Rechtsansicht dar, wonach das Materialkonzept des Bundes bei Verfahren nach der BayGibitR keine Anwendung finde. Mithin sei die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, bei Vollbelegung ihrer Infrastruktur weitere Kapazitäten zu schaffen.*

14 *Unter Berücksichtigung, dass der Beigeladenen zu 8 auch eine Reservekapazität zugesprochen werden müsse, sei den beigefügten Karten mit Belegungsplänen nach Ansicht der Antragsgegnerin zu entnehmen, dass die Beigeladene zu 8 die angefragte Infrastruktur der Antragsgegnerin in weiten Teilen voll belegen werde bzw. bereits belegt habe, nur auf einzelnen Streckenabschnitten seien teils noch unbelegte Röhrchen. Weiter führt die Antragsgegnerin an, dass selbst wenn man diese Reservekapazität außer Acht lasse, eine vollständige Belegung jedenfalls auf mehreren Abschnitten der Strecke Ruhmannsdorf-Sterlwaid-Mahd geplant sei und daher dem Antragsteller hier keine durchgängige Strecke angeboten werden könne. Es seien nur in den Planabschnitten 4 und 5 freie Mikrorohre vorhanden, welche der Antragsteller nutzen könne.*

15 *In ihrer späteren Stellungnahme vom 20. 1. 2022 intensiviert die Antragsgegnerin ihren Vortrag in Bezug auf die vorgetragene Einwendung des fehlenden Platzes gemäß § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Sie weist zum einen darauf hin, dass sie die streitgegenständliche Infrastruktur im Wesentlichen zwischen 2016 und 2019 auf eigene Kosten habe errichten lassen. Überdies legt die Antragsgegnerin ergänzende Pläne zur Belegung der Trasse Ruhmannsdorf-Sterlwaid-Mahd vor, mit denen die fehlende durchgängige Verfügbarkeit von passiver Netzinfrastruktur auf der streitgegenständlichen Trasse dargelegt werden solle. Hiernach seien auf den kurzen Streckenabschnitten zwar noch einzelne Speedpipes frei, diese würden aber entweder als Betriebsreserve benötigt oder nicht mehr sinnvoll nutzbar sein. Zudem sei auch dort, wo noch Infrastruktur vorhanden sei, diese dann schon ohne Reserven vollständig belegt bzw. alle Speedpipes befibert, wie beispielsweise am Ende des Planabschnitts 3. Zudem wies sie darauf hin, dass die Infrastruktur nicht nach der BayGibitR, sondern nach der Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern (Breitbandrichtlinie – BbR) gefördert werde.*

16 *Neben dem Einwand des fehlenden Platzes trägt die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 10. 12. 2021 zum anderen den Versagungsgrund des Vorhandenseins einer* ***tragfähigen Alternative*** *gemäß § 141 Abs. 2 Nr. 6 TKG vor. Sie gibt an, dass bereits im Rahmen des vorangegangenen Verfahrens BK11-21/004 dem Antragsteller seitens der Beigeladenen zu 8 am 18. 7. 2021 die Nutzung von 18 unbeschalteten Glasfaserpaaren angeboten worden sei, wie aus den Anlagen des Antragstellers hervorgehe. Der dort angesetzte Preis sei aus Sicht der Antraggegnerin angemessen. Der Preis für ein Faserpaar von […] €/m p. a. liege deutlich unter dem Preis, den Wettbewerber indikativ in Auswahlverfahren als Open-Access-Preis für Dark Fiber angeben.*

17 *Nach Ansicht der Antragsgegnerin spreche zudem für das Vorliegen einer tragfähigen Alternative, dass der Antragsteller in der Nähe der Kunden seine Fasern bündeln könne, sodass es keine Notwendigkeit gebe, alle Faserpaare kilometerlang zu buchen. Folglich könne der Antragsteller mit einer Bündelung auf einen niedrigeren Preis pro Kunden kommen als von ihm er-*

rechnet. Somit liege eine tragfähige Alternative vor. Aus dem Streitbeilegungsbeschluss BK11-20/005 ergebe sich, dass dem Versagungsgrund der Verweis auf das Angebot eines Dritten nicht entgegenstehe.

18 *Die Antragsgegnerin vertritt zudem die Ansicht, dass der Antragsteller durch die Mitnutzung ein **Glasfasernetz überbaue**, welches einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang bereitstelle, sodass der Versagungsgrund des § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG vorliege. Die Beigeladene zu 8 baue in der streitgegenständlichen Infrastruktur ein gefördertes Glasfasernetz auf. Gemäß Ziffer 9.2.2. der BayGibitR sei der Netzbetreiber zur Gewährung eines offenen Zugangs auf Vorleistungsebene zu gleichen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu verpflichten, was vorliegend auch mit dem Kooperationsvertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 8 vom 10. 2. 2021 erfolgt und durch die BNetzA überprüft worden sei. Daher könne sich der Antragsteller insoweit gegenüber der Beigeladenen zu 8 auf Open Access berufen und von der Beigeladenen zu 8 im Rahmen der Regelungen der BayGibitR Zugang auf Vorleistungsebene verlangen. Die Antragsgegnerin betont, dass dieses Recht jedoch gegenüber dem Netzbetreiber, der Beigeladenen zu 8, und nicht ihr gegenüber bestehe.*

19 *Dem Einwand des Überbaus eines Glasfasernetzes, welches einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang bereitstellt, stehe dabei nicht entgegen, dass das Glasfasernetz der Beigeladenen zu 8 noch nicht fertiggestellt ist. Die Antragsgegnerin vertritt die Position, dass § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG auch hier bereits gelten müsse, da die Verpflichtung der Beigeladenen zu 8 zur Gewährung von Open-Access bereits bestehe und der Ausbauvertrag bereits abgeschlossen sei. Das Gesetz sei an dieser Stelle so zu interpretieren, dass es nicht darauf ankomme, ob das Open-Access-Netz noch im Bau oder bereits fertiggestellt ist. Entscheidend sei vielmehr, ob ein Open-Access-Netz gesichert vorhanden oder gesichert errichtet worden sei. Andernfalls – so die Antragsgegnerin – entstehe eine Regelungslücke bezüglich der gesetzgeberisch intendierten Verhinderung des Überbaus von Open-Access-Netzen durch die Norm. Da die Errichtung mit dem unterzeichneten Kooperationsvertrag gesichert sei, liege der Versagungsgrund des § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG vor.*

20 *Zu diesem Versagungsgrund führt die Antragsgegnerin in ihrer zweiten Stellungnahme vom 20. 1. 2022 weiter aus, dass auch bei der Erschöpfung der Leerrohrkapazität in einem geförderten Open Access-Netz keine Verpflichtung des Betreibers bestehe, weitere Leerrohrkapazität zugunsten etwaiger Zugangsnachfrager zu errichten. Ihrer Ansicht nach gelte diese Einschätzung auch dann, wenn die Dimensionierung der Infrastruktur so bemessen worden sei, dass im Zuge des geförderten Ausbaus Abschnitte voll belegt werden würden. Anders als die Förderrichtlinie des Bundes kenne die BbR lediglich Vorgaben zu Versorgungszielen, dagegen keine Vorgaben zur Dimensionierung. Ergänzend führt die Antragsgegnerin an, dass auch bei Förderverfahren nach der Bundesrichtlinie der Zuwendungsempfänger die vorgegebene Reservekapazität selbst belegen könne.*

> *21 Neben den schriftlichen Stellungnahmen ist den Beteiligten in der am 20. 12. 2021 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung zum vorliegenden Streitbeilegungsverfahren BK11-21/006 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.*
>
> *[…]“*

5 Mit Beschluss vom 10. 6. 2022 wurde die Antragsgegnerin – vorbehaltlich der tatsächlichen Verfügbarkeit – zur Überlassung eines Mikroleerrohres auf der beantragten Strecke an den Antragsteller und der Unterbreitung eines entsprechenden Mitnutzungsangebotes verpflichtet. Für den Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit der Überlassung wurde die Antragsgegnerin zur Unterbreitung eines Angebots über die Nutzung unbeschalteter Glasfaserpaare verpflichtet.

6 Mit Antrag vom 7. 7. 2022 beantragte die Antragsgegnerin, die aufschiebende Wirkung ihrer ebenfalls unter diesem Datum eingereichten Klage (VG Köln, 1 K 4065/22) gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 10. 6. 2022 (BK11-21/006) anzuordnen.

7 Das Verwaltungsgericht Köln hat dem Eilantrag der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 29. 12. 2022 (VG Köln, 1 L 1150/22) stattgegeben woraufhin sich die Beschlusskammer zur Aufhebung ihrer Entscheidung und Neubescheidung entschloss. Eine Wiedereröffnung der öffentlichen mündlichen Verhandlung war nicht erforderlich, da der Sachverhalt geklärt ist. Damit waren die Streitparteien einverstanden. Grundlage der Neubescheidung sind hierbei die im Eilverfahren vor den VG Köln von der Antragsgegnerin vorgelegten Pläne vom 11. 11. 2022. Die einzelnen Strecken sind in der Anlage zu diesem Beschluss kartographisch dargestellt.

8 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden gemäß § 211 Abs. 5 S. 1 TKG über den (neuen) Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.

9 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten sowie den Vortrag im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens verwiesen.

2 Gründe

10 Der Antrag des Antragstellers ist zulässig und im tenorierten Umfang begründet. Im Übrigen war der Antrag abzulehnen.

2.1 Rechtsgrundlage

11 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG. Bei Bescheidung des Streitbeilegungsantrags ist für die Beschlusskammer die Rechtslage in der Form maßgeblich, wie sie sich zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung und nicht zum Zeitpunkt der Antragstellung darstellt, sodass nicht der zum Zeitpunkt der Antragstellung gültige § 77n TKG a. F., sondern der am 1. 12. 2021 in Kraft getretene § 149 TKG anzuwenden ist. Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG), wonach Verwaltungsakte fehlerhaft sind, wenn sie gegen gültige Rechtsnormen verstoßen. Für die rechtliche Beurteilung eines Verwaltungsaktes ist die objektive Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes entscheidend.

Vgl. Sachs in: Stelkens / Bonk / Sachs, 9. Auflage, 2018, § 44, Rz. 16.

12 Dies zeigt sich ebenfalls im gerichtlichen Anfechtungsverfahren gegen behördliche Anordnungen, in denen die Gerichte auf die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung abstellen.

13 Dementsprechend wird im Folgenden – soweit sich durch die Novelle keine relevanten inhaltlichen Änderungen ergeben haben – lediglich auf die neu gefassten Normen des Telekommunikationsgesetzes Bezug genommen.

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

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

2.2.1 Zuständigkeit

15 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 149 Abs. 1 Nr. 1, 138 Abs. 2, 211 Abs. 2 und 214 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 149 TKG durch Beschlusskammern. Das vorliegende Verfahren hat eine Mitnutzung gemäß § 149 Abs. 1 TKG i. V. m. § 138 TKG zum Gegenstand. Der Antragsteller begehrt die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen eines öffentlichen Versorgungsnetzes für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze.

2.2.2 Verfahren

16 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

17 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 20. 12. 2021 gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG. Eine Wiedereröffnung der öffentlichen mündlichen Verhandlung nach Aufhebung der vorausgegangenen Entscheidung war entbehrlich, da die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist (§ 215 Abs. 4 TKG). Die Verfahrensbeteiligten sind hierzu gehört worden.

18 Gemäß § 211 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.

2.3 Frist

19 Entscheidungsfristen gem. § 149 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 8 TKG liefen in der Sache nicht. Die Regelung findet für die Entscheidung der Beschlusskammer nach vorausgegangener Anfechtung keine Anwendung.

2.4 Entscheidung in der Sache

20 Der Antrag ist zulässig und im tenorierten Umfang begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 149 Abs. 1 TKG i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der in Rede stehenden passiven Netzinfrastrukturen ihres öffentlichen Versorgungsnetzes zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren und ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

21 Im Übrigen war der Antrag abzulehnen.

2.4.1 Formelle Voraussetzungen

22 Die Antragsgegnerin hat innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung abgegeben. Dementsprechend kann eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle beantragt werden (Streitbeilegungsverfahren).

23 Die gesetzliche Regelung des § 138 Abs. 2 TKG sieht vor, dass der Infrastrukturinhaber dem Zugangsnachfrager ein Angebot über die begehrte Mitnutzung unterbreitet und sich die Parteien – wie sich aus dem Wortlaut des § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG ergibt – in einem formalisierten, mit Fristen versehenen Verfahren über die Mitnutzung und deren Bedingungen bilateral einigen (bilaterales Angebotsverfahren). Dabei sind sowohl für den jeweiligen Antragsteller als auch Antragsgegner zivilrechtliche Rechte, Pflichten

bzw. Versagungsgründe normiert; letztere werden wegen ihrer, an zivilrechtliche Einwendungen angelehnte Ausgestaltung vom Gesetzgeber auch als „Einwendungsgründe“ bezeichnet.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 43, 44.

24 Entsprechend spricht die Gesetzesbegründung auch von „bilateralen Verhandlungen über Mitnutzungen der Infrastrukturen“ sowie, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 138 Abs. 2 TKG, von der „bilateralen Vereinbarung von Mitnutzungsbedingungen“ oder – in Bezug auf den Informationsanspruch in § 136 TKG – von einem „bilateralen Anspruch“, „bilateralen Auskunftsanträgen“ bzw. „bilateralen Auskunftsanfragen“.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 41, 43, 56.

25 Die eigenständige (auch verfahrensrechtliche) Bedeutung, die der Gesetzgeber der gewissenhaften Durchführung dieses Verfahrens zur Angebotslegung beimisst, kommt nicht nur in dessen formalisierter Ausgestaltung – insbesondere mit Blick auf die Fristen – sondern auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck. Diese stellt klar, dass das bilaterale Angebotsverfahren im Verhandlungsprimat des sektorspezifischen Regulierungsrechts verwurzelt ist und der Mitnutzungsantrag eine Angebotsverpflichtung des Verpflichteten gemäß § 138 Abs. 2 TKG auslöst.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 44; vgl. (zu § 155 TKG) VG Köln, B. v. 14. 3. 2023, Az. 1 L 38/23, v. 14. 3. 2023, S. 6, wonach dem bilateralen Zugangsverfahren mit Blick auf den Vorrang der Privatautonomie ein hoher Stellenwert zukommt.

26 Demnach ist das bilaterale Angebotsverfahren nicht bloß eine rein formale Voraussetzung für die Zulässigkeit des nachgeschalteten Streitbeilegungsverfahrens, sondern auch als eigenständiges, spezifisches Verfahren zwischen den Parteien ausgestaltet. Dieses mit Fristen versehene Verfahren ermöglicht es den Parteien – im Gegensatz zum Streitbeilegungsverfahren –, ohne Beteiligung Dritter miteinander in offene und marktnahe Verhandlungen zu treten und dabei auch mögliche Versagungsgründe zu erörtern. Damit soll das bilaterale Vorverfahren letztlich zur Beschleunigung des Breitbandausbaus beitragen.

Vgl. VG Köln, B. v. 14. 3. 2023, Az. 1 L 38/23, S. 6.

2.4.2 Materielle Voraussetzungen

27 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 138 Abs. 1 und 2 TKG liegen vor.

28 Nach § 138 Abs. 1 S. 1 TKG können Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität beantragen. Der Antragsteller ist Eigentümer und Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 42 TKG. Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin

eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 43 lit. a) sub-lit. aa) TKG.

29 Auf einen Antrag nach § 138 Abs. 1 S. 1 TKG – der die erforderlichen Angaben nach Satz 2 enthält – müssen Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze innerhalb von zwei Monaten nach Antragseingang ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität unterbreiten. Ein Angebot darf nur dann nicht abgegeben werden, wenn innerhalb der in § 138 Abs. 2 S. 1 TKG genannten Frist dem Antragsteller nachgewiesen wird, dass einer Mitnutzung objektive, transparente und verhältnismäßige Gründe entgegenstehen.

30 Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin in rechtswidriger Weise unterlassen, auf den ordnungsgemäßen Mitnutzungsantrag hin ein Angebot zu legen. Im Einzelnen.

2.4.2.1 Mitnutzungsantrag

31 Der – seit dem Mediationsgespräch am 20. 7. 2021 unstreitig – vollständig vorliegende Mitnutzungsantrag vom 7. 7. 2021 nach § 138 Abs. 1 TKG ist zulässig. Die Antragsgegnerin hat nach Hinweis der Beschlusskammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 20. 12. 2021 erklärt, die vormalige Rüge einer vermeintlich fehlenden Antragstellung nicht aufrechtzuerhalten. Diese Erklärung wurde mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 20. 1. 2022 nochmals schriftlich bestätigt. Die Parteien haben in dem Mediationsgespräch am 20. 7. 2021 einvernehmlich festgehalten, dass spätestens seit dem 7. 7. 2021 ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechender Mitnutzungsantrag des Antragstellers bei der Antragsgegnerin vorliegt. Dieser den Anforderungen des § 138 TKG genügende Mitnutzungsantrag ist seit dessen Eröffnung Basis des vorliegenden Streitbeilegungsverfahrens. Die Antragsgegnerin hat innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung eines Mikroleerrohres auf der streitgegenständlichen Strecke abgegeben.

2.4.2.2 Kein Nachweis eines Versagungsgrundes im bilateralen Angebotsverfahren

32 Nach § 138 Abs. 2 S. 1 TKG **müssen** Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Antragstellern nach Absatz 1 innerhalb von zwei Monaten nach Antragseingang ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität unterbreiten. Gibt der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes kein Angebot über die Mitnutzung ab, so **hat er** nach § 141 Abs. 1 TKG **innerhalb der in § 138 Abs. 2 S. 1 TKG genannten Frist** dem Antragsteller **nachzuweisen**, dass einer Mitnutzung objektive, transparente und verhältnismäßige Gründe entgegenstehen. Insgesamt nennt § 141 Abs. 2 TKG sieben zulässige Versagungsgründe. 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.

33 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.

34 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.

35 Die Antragsgegnerin hat auf den Mitnutzungsantrag innerhalb des im bilateralen Angebotsverfahren gesetzlich vorgeschriebenen Zeitfensters von zwei Monaten nicht reagiert, sondern erst im Streitbeilegungsverfahren. Bereits aus diesem Grund ist sie mit der Geltendmachung von Versagungsgründen präkludiert.

36 § 141 TKG regelt, wann und unter welchen Voraussetzungen der Verpflichtete nach § 138 TKG im Falle der Nichtabgabe eines Angebots über die Mitnutzung dem Antragsteller nachzuweisen hat, dass der Mitnutzung objektive, transparente und verhältnismäßige Gründe entgegenstehen.

Vgl. Stelter, in: Scheuerle / Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 77d, Rz. 4.

37 Die Vorschrift steht somit in unmittelbarem Zusammenhang mit § 138 TKG,

vgl. Stelter, in: Scheuerle / Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 77d, Rz. 2,

der seinerseits das bilaterale Verfahren zwischen den Parteien regelt. Hierbei gewährt § 138 Abs. 2 S. 1 TKG dem Antragsberechtigten einen zivilrechtlichen Anspruch auf Unterbreitung eines Angebots auf Mitnutzung der antragsgegenständlichen passiven Netzinfrastrukturen. Hierfür wird dem Angebotsverpflichteten eine Frist von maximal zwei Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags eingeräumt. Innerhalb dieses Zeitfensters muss ein den Anforderungen des § 138 Abs. 2 und 3 TKG genügendes Angebot unterbreitet werden. Dabei darf der Angebotsverpflichtete den Antrag auf Mitnutzung nur dann ablehnen, wenn er innerhalb dieser Angebotsfrist nachweist, dass Versagungsgründe der Mitnutzung entgegenstehen.

38 Um die Planungsphase zu beschleunigen, begrenzt Absatz 2 den Zeitraum für die Unterbreitung eines entsprechenden Mitnutzungsangebots auf zwei Monate.

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

39 Schon allein wenn diese Frist ergebnislos verstreicht, eröffnet § 149 Abs. 1 TKG die Möglichkeit, die Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle anzurufen und über die Mitnutzungsmodalitäten entscheiden zu lassen.

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

40 Den Wert des bilateralen Angebotsverfahrens verdeutlichen die in §§ 138 und 141 TKG normierten wechselseitigen Pflichten von Antragstellern und Verpflichteten. So muss im Rahmen dieses Verfahrens bereits der Antrag nach § 138 Abs. 1 TKG hinreichend dargelegt werden. Spiegelbildlich muss ein Angebot nach § 138 Abs. 2 TKG konkrete gesetzliche Mindestanforderungen einhalten und von den Verpflichteten ausdrücklich die Versagungsgründe nachgewiesen und hinreichend belegt werden, sofern kein Angebot nach § 141 TKG abgegeben wird. Die Nachweispflicht der Versagungsgründe hat mithin im Rahmen des dem Streitbeilegungsverfahren vorgeschalteten bilateralen Angebotsverfahrens zu erfolgen. Nur so kann ein transparenter Ausgleich zwischen den Interessen beider Parteien bereits zu Beginn des Streitbeilegungsverfahrens garantiert und dem Beschleunigungsgedanken des Gesetzes Rechnung getragen werden.

41 Andernfalls würden Sinn und Zweck des bilateralen Angebotsverfahrens leerlaufen. Dieses soll Transparenz schaffen und jeder Partei bei Kenntnis aller Tatsachen die Möglichkeit einräumen, sich für oder gegen ein Streitbeilegungsverfahren zu entscheiden und sich so auch möglicherweise weitere Kosten, Aufwand und Zeit von Anfang an zu sparen.

42 Daraus lässt sich ableiten, dass die Anforderungen der §§ 138, 141 TKG bereits im Rahmen des bilateralen Angebotsverfahrens vorliegen, vorgetragen und nachgewiesen sein müssen,

vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 48 ausdrücklich für den Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG (a. F.) der sich unverändert im neugefassten TKG als § 141 Abs. 2 Nr. 6 TKG wiederfindet:

*„Alternativen müssen **im Rahmen einer Verweigerung** [Hervorhebung durch Beschlusskammer] der Mitnutzung konkret benannt werden“,*

und der Verfahrensgegenstand eines denkbaren späteren Streitbeilegungsverfahrens bereits im Rahmen des dem Streitbeilegungsverfahren vorgelagerten bilateralen Angebotsverfahrens auf Mitnutzung determiniert wird. Bei etwaiger Einleitung und Eröffnung eines Streitbeilegungsverfahrens wird sodann von der Streitbeilegungsstelle geprüft, ob die Nachweise bereits vollumfänglich vorgelegt wurden und ob sie den Anforderungen des TKG genügen.

43 Nicht ausreichend ist es, die Versagungsgründe erst im – dem bilateralen Verfahren nachgelagerten – behördlichen Streitbeilegungsverfahren darzulegen und nachzuweisen. Der Wortlaut des § 141 Abs. 1 TKG ist dahingehend eindeutig, als es dort heißt:

„… innerhalb der in der in § 138 Absatz 2 Satz 1 genannten Frist dem Antragsteller nachzuweisen.“

44 Die Ablehnung der Mitnutzung ist somit innerhalb der Zweimonatsfrist des bilateralen Angebotsverfahrens gegenüber dem Antragsteller und nicht erst in einem Streitbeilegungsverfahren gegenüber der Streitbeilegungsstelle nachzuweisen.

45 Wäre es der Antragsgegnerin möglich, erst im Streitbeilegungsverfahren Versagungsgründe einzuwenden, würde das Antragsverfahren auf Mitnutzung gemäß § 138 TKG entgegen der Vorstellungen des Gesetzgebers weitgehend seine eigenständige Bedeutung einbüßen. Es wäre für solche Antragsgegner, die kein Interesse an einer Mitnutzung haben, ein Anreiz, das bilaterale Angebotsverfahren zu einem letztlich bedeutungslosen „Vorverfahren“ abzuwerten und als Instrument der Verzögerung zu nutzen. Dies ist im Lichte der mehrjährigen Erfahrung der Beschlusskammer eine zutreffende Befürchtung. Derart würde die vom Gesetzgeber geforderte gewissenhafte Prüfung von Versagungsgründen auch bzgl. einzelner Komponenten, um künftig „*möglichst viele Mitnutzungen passiver Netzinfrastrukturen zu ermöglichen*“, erschwert werden.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 42.

46 Die Regelung des § 141 TKG soll aber Rechtsklarheit über die Versagungsgründe schaffen und einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitbenutzungsinteresse des Anspruchsberechtigten und den Interessen des Verpflichteten ermöglichen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 47.

47 Dieser Zustand soll bereits im bilateralen Verfahren zwischen den Beteiligten hergestellt werden und nicht erst nach Anrufung der nationalen Streitbeilegungsstelle. Entsprechend ist in der Gesetzesbegründung die gesetzgeberische Zielvorstellung ausgeführt, dass im Zeitablauf und unter Berücksichtigung der Spruchpraxis der Beschlusskammer die angestrebten Kostensenkungs- und Synergieeffekte zunehmend einer Vereinbarungslösung zugeführt werden, die als win-win-Situation den Berechtigten und Verpflichteten einen Verhandlungsgewinn ermöglicht.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 55.

48 Dieses Ziel kann aber nur dann erreicht werden, wenn sich die Parteien im Angebotsverfahren hinreichend über etwa vorliegende Versagungsgründe austauschen und dies nicht erst im Streitbeilegungsverfahren erfolgt.

49 Schließlich gewährleistet nur die – den Streitgegenstand insoweit begrenzende – Pflicht zur Einwendung von Versagungsgründen innerhalb der Frist, dass die nationale Streitbeilegungsstelle in die Lage versetzt wird, eine vollständige materielle Prüfung des Mitnutzungsbegehrens (bzw. seiner Ablehnung) durchzuführen und nach § 149 Abs. 1 TKG eine verbindliche Entscheidung zu treffen. Die Beschlusskammer prüft in den engen Fristen des Streitbeilegungsverfahrens gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 7 Nr. 1 TKG innerhalb von vier Monaten die Modalitäten der Mitnutzung bzw. ob dieser Versagungsgründe entgegengehalten werden können. Hierbei laufen die Fristen für die Entscheidung gemäß § 149 Abs. 7 TKG ab dem „*Eingang des vollständigen Antrags*“ bei der nationalen Streitbeilegungsstelle.

50 Vertiefender Sachvortrag, erläuternde Unterlagen und ergänzende Nachweise, die die Antragsgegnerin nicht im bilateralen Angebotsverfahren, sondern erst nach Eingang des Streitbeilegungsantrags einreicht, sind berücksichtigungsfähig, wenn dadurch die Einhaltung der Frist des § 149 Abs. 7 TKG und die Wahrung der Rechte insbesondere des Antragstellers nicht gefährdet werden; eine Verpflichtung der nationalen Streitbeilegungsstelle zur Berücksichtigung besteht hingegen nicht mehr.

Vgl. BVerwG, U. v. 29. 5. 2013, Az. 6 C 10/11, BVerwGE 146, S. 325-347, juris-Rz. 23.

51 Das hier vertretene Verständnis zur rechtzeitigen Einwendung von Versagungsgründen entspricht dem Sinn und Zweck des im Fall der Anrufung der nationalen Streitbeilegungsstelle „gestuften“ Verfahrens. Das vorbehördliche, bilaterale Angebotsverfahren ist hierbei in einer Art und Weise förmlich ausgestaltet, die mit Blick auf die geregelten Fristen, den Nachweis des Vorliegens von Versagungsgründen und letztlich den Eingang des vollständigen – und damit die Entscheidungsfristen der Beschlusskammer auslösenden – Antrags den Verfahrensgegenstand abschließend bestimmt. Ohne die Einhaltung der Nachweispflichten wäre es einem Antragsteller zudem nicht möglich, generell zu entscheiden, ob und zu welchen Punkten er seinerseits die nationale Streitbeilegungsstelle anruft. Die vollständige Kenntnis der die Ablehnung tragenden Umstände dient insofern auch der Prozessökonomie, der Kostenreduzierung und Verfahrensbeschleunigung im Vorfeld. Die eigenständige (auch verfahrensrechtliche) Bedeutung des Verfahrens nach §§ 138, 141 TKG mit einem eine Angebotsverpflichtung auslösenden Antrag auf Mitnutzung ginge verloren, wenn man es zuließe, Versagungsgründe ggf. aus Gründen des Zeitgewinns erst im Verfahren vor der nationalen Streitbeilegungsstelle einzuwenden bzw. substanzvoll geltend zu machen.

52 Nach alldem muss auf die – zudem unsubstantiiert geltend gemachten – Versagungsgründe hier nicht mehr eingegangen werden.

2.4.2.3 Kapazitäten in den einzelnen Streckenabschnitten

53 Nachfolgend wird für die tenorierten Streckenabschnitte festgestellt, ob in der vorhandenen Infrastruktur der Antragsgegnerin Kapazitäten vorhanden sind, die zur Verfügung gestellt werden können. Grundlage sind die im Eilverfahren vor den VG Köln von der Antragsgegnerin vorgelegten Pläne vom 11. 11. 2022. Die einzelnen Strecken sind in der Anlage zu diesem Beschluss kartographisch dargestellt. Dabei sind die Streckenabschnitte mit Großbuchstaben, deren Anfangs- und Endpunkte mit arabischen Zahlen bezeichnet.

2.4.2.3.1 Streckenabschnitt A: Schacht Sterlwaid bis Schacht Abzweig Mahd / Kinatöd – Tenorziffer 1

54 Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem

Schacht beim ODF Sterlwaid (Punkt Nr. 1 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd (Punkt Nr. 2 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke A in der Anlage zu diesem Beschluss).

55 Inwieweit für die Strecke vom Schacht am ODF in Sterlwaid bis zum Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd Sterlwaid zwei Leerrohre als Betriebsreserve vorzuhalten sind, erschließt sich nicht. Zwar ist nach dem Stand der Technik eine Havariereserve grundsätzlich üblich und anerkannt.

Vgl. hierzu z. B. BK11-19/002, v. 9. 8. 2019, Rz. 101 f.

56 Gleichwohl ist eine derart umfangreiche Betriebsreserve wie im vorliegenden Fall weder gesetzlich noch nach den hier einschlägigen Förderregularien vorgesehen noch hat die Antragsgegnerin diesen erhöhten Bedarf hinreichend substantiiert. Letztlich bedeutet der Hinweis der Antragsgegnerin auf diese „Betriebsreserve“ im hier zu entscheidenden Fall also nichts anderes, als dass vorliegend feststeht, dass jedenfalls in einem Leerrohr Kapazitäten frei sind. Die freien Kapazitäten wären im Übrigen – gerade bei einer in Anspruch genommenen Betriebsreserve im geförderten Ausbau – darauf ausgelegt, einen weiteren Zugang eines Dritten zu ermöglichen und kein reiner Selbstzweck. Denn auch ein Zugang zu passiver Netzinfrastruktur kann einem Nachfrager in Rechnung gestellt werden, um so zu einer zunehmenden Wirtschaftlichkeit des angestrebten Ausbauprojekts zu kommen.

2.4.2.3.2 Streckenabschnitt B: Schacht Abzweig Mahd / Kinatöd bis Rohrende vor Abzweig Hausanschluss Fürhaupt 4 – Tenorziffer 2

57 Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd (Punkt Nr. 2 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Fürhaupt 4 (Punkt Nr. 3 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke B in der Anlage zu diesem Beschluss).

58 Ausweislich der Ausführungen im Schriftsatz der Antragsgegnerin im Eilverfahren vor dem VG Köln sowie den aktualisierten Netzplänen vom 11. 11. 2022 ist das graue Mikroleerrohr auf dieser Strecke frei; dieses kann folglich auf diesem Streckenabschnitt durch den Antragsteller genutzt werden.

Vgl. Schriftsatz der Antragsgegnerin v. 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem VG Köln, Az. 1 L 1150/22, S. 3 sowie Anlage AS 8 hierzu, Blätter 2 und 3.

59 Dieser Nutzung steht auch nicht entgegen, dass das Mikroleerrohr „*als Sackgasse unter der Erde*“ endet und damit keine durchgehende Mitnutzung von Infrastruktur der Antragsgegnerin möglich ist.

60 Zum einen kann der Antragsteller auf seine Kosten zur Überbrückung der Strecke vom Abzweig des Hausanschlusses Fürhaupt 4 bis zum Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt

Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss), ab dem wieder freie Mikroleerrohre der Antragsgegnerin verfügbar sind, eine Verbindung herstellen. Im Zuge der Tiefbauarbeiten wird das – laut Seite 3 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln – „als Sackgasse“ unter der Erde“ endende Mikroleerrohr der Antragsgegnerin ohnehin freigelegt. Da es nach den Ausführungen im o. g. Schriftsatz der Antragsgegnerin zudem bereits durchtrennt ist, kann es überdies ohne einen weiteren Eingriff in die bestehende Infrastruktur der Antragsgegnerin mit der neu errichteten Infrastruktur des Antragstellers verbunden werden.

61 Zum anderen tritt der Kostensenkungsaspekt bezogen auf eine alternativ durchzuführende Erdverlegung von Kabeln durch den Antragsteller auch bei der Mitnutzung einzelner Streckenabschnitte der Infrastruktur der Antragsgegnerin ein; es ist ein erheblicher Unterschied, ob hierfür die Tiefbauarbeiten für die gesamte Strecke von mehreren Kilometern oder nur für ein kurzes Teilstück von wenigen hundert Metern durchzuführen sind.

62 Schließlich hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass für ihn auch der Zugang zu Teilstrecken der Antragsgegnerin von Nutzen ist. Er könne auf dem Zwischenstück eigene Infrastruktur errichten und so die Unterbrechung überbrücken.

2.4.2.3.3 Streckenabschnitt C: Abzweig Hausanschluss Fürhaupt 4 bis Schacht Fürhaupt / Mahd – Tenorziffern zu 3, zu 6

63 Die Feststellungen in Tenorziffer 3 zu dem Streckenabschnitt zwischen dem Abzweig des Hausanschluss für das Anwesen Fürhaupt 4 (Punkt Nr. 3 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss, Strecke C in der Anlage zu diesem Beschluss) sowie die Antragsablehnung zu diesem Streckenabschnitt in Tenorziffer 6 finden ihre Rechtsgrundlage in §§ 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 138 Abs. 2 S. 1, 141 Abs. 1 TKG.

64 In dem Verfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur über Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe u. a. aus den §§ 138, 141 TKG. Obgleich eine solche Entscheidung regelmäßig durch verpflichtende, privatrechtsgestaltende Anordnungen ergeht, kann sie im Einzelfall auch in einer Feststellung zu den einschlägigen Rechten, Pflichten oder Versagungsgründen getroffen werden. Dies gilt deshalb, weil in einer verpflichtenden Anordnung – etwa zur Unterbreitung eines Mitnutzungsangebotes – stets auch implizit die Feststellung enthalten ist, dass ein solches Angebot trotz bestehender gesetzlicher Verpflichtung in rechtswidriger Weise nicht freiwillig unterbreitet wurde. Die in § 149 Abs. 2 S. 1 TKG enthaltene Befugnis zur Entscheidung umfasst daher auch das Recht zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts.

Vgl. BVerwG, U. v. 22. 10. 2003, Az. 6 C 23/02, BVerwGE 119, S. 123-137, juris-Rz. 14; VGH Baden-Württemberg, B. v. 16. 2. 2017, Az. 10 S 1160/16, juris-Rz. 12; Kopp / Ramsauer, VwVfG, § 35, Rz. 24a.

65 Eine Überprüfung des Verhaltens der Antragsgegnerin in Bezug auf den Mitnutzungsantrag vom 7. 7. 2021 ergibt, dass dem Antragsteller zu Unrecht kein Mitnutzungsangebot unterbreitet wurde bzw. entgegen der Pflicht aus § 141 Abs. 1 TKG nicht innerhalb der Angebotsfrist ordnungsgemäß nachgewiesen wurde, welche Versagungsgründe einer Mitnutzung derart entgegenstehen, dass auf die Legung eines Angebots gänzlich verzichtet werden kann. Der Antrag auf Mitnutzung löst eine Angebotspflicht des Verpflichteten aus.

Vgl. BT-Drs. 18/8332 zu § 77d S. 44.

66 Gibt der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes kein Angebot über die Mitnutzung ab, so hat er innerhalb der in § 138 Abs. 2 S. 1 genannten Frist dem Antragsteller nachzuweisen, dass einer Mitnutzung objektive, transparente und verhältnismäßige Gründe entgegenstehen, die dies rechtfertigen, § 138 Abs. 1 TKG. Da innerhalb der Angebotsfrist des § 138 Abs. 2 TKG keine Versagungsgründe ordnungsgemäß nachgewiesen wurden, verbleibt es grundsätzlich bei der dort statuierten Pflicht.

67 Die Entscheidung der Beschlusskammer über Pflichten und (rechtzeitig geltend gemachte) Versagungsgründe kann in solchen Fällen der verspäteten oder gänzlich unterbliebenen Geltendmachung von Versagungsgründen dahingehend getroffen werden, die Verpflichtung zur Angebotslegung auszusprechen. Diese Verpflichtung dann umzusetzen, ist Sache der Antragsgegnerin. Eine solche Umsetzung kann hierbei auch darin bestehen, vorhandene, bereits eingeblasene Glasfaserkabel wieder zu entfernen, um das dadurch freigewordene Mikroleerrohr dann dem Antragsteller zur Verfügung zu stellen.

Vgl. zum Umgang mit Kapazitätserschöpfung: OVG NRW, B. v. 25. 7. 2018, Az. 4 B 1065/18, juris-Rz. 20:

Ergibt die Überprüfung der versagenden Vergabeentscheidung […] dass ein Standplatz zu Unrecht vorenthalten wurde, hat das Fachgericht eine entsprechende Verpflichtung des Marktanbieters auszusprechen. Es ist dann die im Einzelnen vom Gericht nicht zu regelnde Sache des Marktanbieters, diese Verpflichtung umzusetzen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten – soweit erforderlich – mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der (außerordentlichen) Kündigung, gegebenenfalls gegen Schadensersatz […] Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss. Die Bescheidung von (vorerst) erfolgreichen Mitbewerbern oder der Abschluss von Mietverträgen mit ihnen ist demnach weder ein rechtliches noch ein faktisches Hindernis, […].

68 Die Beschlusskammer hat sich allerdings im vorliegenden Verfahren unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Einzelfalles und der konkreten, komplexen Verfahrenshistorie sowie zur Sicherstellung des Beschleunigungsgedankens bei gefördertem Glasfaserausbau mit dem korrespondierenden Zugangsanspruch nach § 155 TKG dazu entschieden, es für den in Tenorziffer 3 benannten Streckenabschnitt bei einer Feststellung des rechtswidrigen Handelns der Antragsgegnerin zu belassen.

69 Zwar hat die Antragsgegnerin unter Verletzung ihrer Pflichten nicht rechtzeitig innerhalb der gesetzlichen Fristen die entsprechenden Versagungsgründe nachgewiesen. Zwischen dem Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Fürhaupt 4 (Punkt Nr. 3 in der Anlage zu diesem Beschluss) und dem Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss) sind nach den Ausführungen und den – erst im Eilverfahren ordnungsgemäß unterbreiteten – Nachweisen der Antragsgegnerin alle vorhandenen Mikroleerrohre bereits mit Kabeln belegt (Streckenabschnitt C in der Anlage zu diesem Beschluss, dort rot dargestellt).

Vgl. Anlage AS 8 der Antragsgegnerin zum Schriftsatz v. 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem VG Köln, Az. 1 L 1150/22, Blatt 3.

70 Allerdings hatte der Antragsteller – jedenfalls – im Laufe des Streitbeilegungsverfahrens Kenntnis von dem Umstand, dass das Netz hier öffentlich gefördert ausgebaut wurde.

Vgl. hierzu u. a. auch den rechtlichen Hinweis im Beschluss vom 29. 1. 2021, BK11-20/005.

71 Hier hätte es – auch im wohlverstandenen Eigeninteresse des Antragstellers – nahegelegen, statt den Mitnutzungsantrag in Bezug auf die betroffene Strecke im Streitbeilegungsverfahren weiterzuverfolgen einen Antrag auf Gewährung offenen Netzzugangs nach den einschlägigen förderrechtlichen Vorgaben bzw. ab dem 1. 12. 2021 gem. § 155 TKG bei der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen zu 8. zu stellen. Mit der Beantragung eines offenen Netzzugangs zu öffentlich geförderter Infrastruktur hätte der Antragsteller sein Mitnutzungsbegehren frühzeitig und effektiv verfolgen können. Auch die (seitens der Antragsgegnerin zu spät geltend gemachte) Kapazitätserschöpfung hätte so auf andere, weniger beeinträchtigende Weise als durch eine mögliche Entfernung von Glasfaserkabeln zu Gunsten des Antragstellers aufgelöst werden können. Denn die Gewährung eines offenen Netzzugangs zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen kennt – anders als § 138 TKG – keine Einwendung von Versagungsgründen. Die tatsächliche Gewährung des Zugangs nach ordnungsgemäßen Antrag nach § 155 Abs. 1 TKG und durchlaufenem bilateralem Zugangsverfahren ist – wie im vorliegenden Fall – für einen einzigen Antragsteller insofern erwartbar.

72 Anders als von der Antragsgegnerin auf Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln dargestellt, führt die aus der vollständigen Belegung der Kapazität in diesem Streckenabschnitt resultierende Unterbrechung der beantragten Strecke nach Mahd nicht zwangsläufig zu einer Unmöglichkeit des Vorhabens des Antragstellers. Nicht durchgängig freie Mikroleerrohre der Antragsgegnerin stehen einer Mitnutzung von freien – und damit mitnutzbaren – Mikroleerrohren auf anderen Abschnitten der begehrten Strecke nicht entgegen. Der Antragsteller hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, auf diesem Streckenabschnitt dann eine eigene Leerrohrinfrastruktur zu errichten, um die Unterbrechung zu überbrücken und

die Anfangs- und Endpunkte zu verbinden. Nichtsdestoweniger ist das gesamte Vorhaben für ihn damit schneller und günstiger zu realisieren als ein kompletter Eigenausbau. Daher dient die angeordnete Mitnutzung nach wie vor den Zielen der EU-Kostensenkungsrichtlinie und der darauf fußenden Regelungen des TKG.

2.4.2.3.4 Streckenabschnitt D: Schacht Fürhaupt / Mahd bis Schacht Mahd II – Tenorziffer 4

73 Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht Mahd II (Punkt Nr. 5 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke D in der Anlage zu diesem Beschluss).

74 Nach den aktualisierten Netzplänen vom 11. 11. 2022 sind vom Schacht Fürhaupt / Mahd bis zum Schacht Mahd II mehrere Mikroleerrohre frei, so dass dem Antragsteller eines davon überlassen werden kann.

Vgl. Anlage AS 8 zum Schriftsatz der Antragsgegnerin v. 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem VG Köln, Az. 1 L 1150/22, Blatt 4.

2.4.2.3.5 Streckenabschnitt E: Schacht Abzweig Mahd / Kinatöd bis Abzweig Hausanschluss Ruhmannsdorf 44 – Tenorziffer 5

75 Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Überlassung eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Schacht am Abzweig Richtung Mahd / Kinatöd (Punkt Nr. 2 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Ruhmannsdorf 44 (Punkt Nr. 6 in der Anlage zu diesem Beschluss) zu unterbreiten (Strecke E in der Anlage zu diesem Beschluss).

76 Ausweislich der Ausführungen im Schriftsatz der Antragsgegnerin im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln ist sie Eigentümerin der in der Anlage zum Beschluss vom 10. 6. 2022 eingezeichneten Strecke. Zudem sei dieser Streckenabschnitt nicht voll belegt.

Vgl. Schriftsatz der Antragsgegnerin v. 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem VG Köln, Az. 1 L 1150/22, S. 2.

77 Daher ist die Antragsgegnerin in der Lage, dem Antragsteller ein Mikroleerrohr zur Mitnutzung zu überlassen und verpflichtet, ein entsprechendes Angebot zu unterbrieten.

2.4.3 Ablehnung des Antrags im Übrigen – Tenorziffer 6

78 Auf den anderen Streckenabschnitten wird der Antrag auf Mitnutzung aus den folgenden Gründen abgelehnt.

79 Vom Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss) in Richtung der Anwesen Fürhaupt 5 und 5a verfügt die Antragsgegnerin nach den Plänen vom 11. 11. 2022 über keine Leerrohrinfrastruktur. Auch vom Schacht Mahd II (Punkt Nr. 5 in der Anlage zu diesem Beschluss) in Richtung der Anwesen Mahd 3, 4, 5, 6 und 10 verfügt die Antragsgegnerin nach den Plänen vom 11. 11. 2022 über keine Leerrohrinfrastruktur. In der Anlage zum Beschluss sind diese Strecken rosa dargestellt.

Vgl. Schriftsatz der Antragsgegnerin v. 14. 11. 2022 im Eilverfahren vor dem VG Köln, Az. 1 L 1150/22, S. 2.

80 Daher ist die Antragsgegnerin auf diesen beiden Abschnitten mangels Leerrohren nicht in der Lage, dem Antragsteller auf diesen Streckenabschnitten ein Mikroleerrohr zu überlassen. Nach § 138 TKG erstreckt sich der Mitnutzungsanspruch nur auf vorhandene Infrastruktur.

Vgl. VG Köln, B. v. 29. 12. 2022, Az. 1 L 1150/22, S. 4.

81 Zudem sind auf dem Streckenabschnitt zwischen dem Abzweig des Hausanschlusses für das Anwesen Fürhaupt 4 (Punkt Nr. 3 in der Anlage zu diesem Beschluss) bis zum Schacht Fürhaupt / Mahd (Punkt Nr. 4 in der Anlage zu diesem Beschluss, Strecke C in der Anlage zu diesem Beschluss) keine Kapazitäten für eine Mitnutzung mehr vorhanden, so dass der Streitbeilegungsantrag auch insoweit abzulehnen ist.

Siehe dazu im Einzelnen Rz. 63 ff. dieses Beschlusses.

82 Aus der fehlenden Infrastruktur auf diesen Streckenabschnitten ergibt sich keine Unmöglichkeit des Vorhabens des Antragstellers insgesamt. Bei der Antragsgegnerin nicht vorhandene Infrastruktur steht einer Mitnutzung von freien – und damit mitnutzbaren Mikroleerrohren – auf anderen Abschnitten der begehrten Strecken nicht entgegen. Denn auch durch die Mitnutzung von Teilstrecken ist für ihn das gesamte Vorhaben schneller und günstiger zu realisieren als bei einem kompletten Eigenausbau. In diesem Zusammenhang hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung erklärt, auf diesen Strecken eine eigene Leerrohrinfrastruktur zu errichten. Daher dient die angeordnete Mitnutzung nach wie vor den Zielen der EU-Kostensenkungsrichtlinie und der darauf fußenden Regelungen des Telekommunikationsgesetzes.

2.4.4 Zwangsgeldandrohung und Fristen zur Angebotslegung – Tenorziffer 7

2.4.4.1 Rechtsgrundlage

83 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohungen in Ziffer 7 des Tenors ist § 212 Abs. 4 i. V. m. § 202 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. §§ 11 und 13 VwVG.

2.4.4.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.4.4.2.1 Zuständigkeit

85 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung durch die Beschlusskammer ist § 212 Abs. 4 TKG i. V. m. § 202 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. § 7 Abs. 1 und 13 Abs. 1 VwVG.

2.4.4.2.2 Verfahren

86 Die Verfahrensvorschriften wurden gewahrt. Nach § 202 Abs. 1, 2 TKG kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, wenn Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze ihren Verpflichtungen aus dem TKG trotz Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommen. Hierbei ist ihnen gemäß § 202 Abs. 2 S.2 TKG eine angemessene Frist zu setzen, um den Maßnahmen entsprechen zu können. Diese Verfahrensschritte sind bereits in dem fristgebundenen bilateralen Angebotsverfahren und dem ebenfalls fristgebundenen Streitbeilegungsverfahren durchgeführt worden, in dem die Antragsgegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu ihrer Angebotsverpflichtung nach § 138 TKG erhalten hat. Hinsichtlich der nach § 202 Abs. 1 Nr. 2 TKG und § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG erforderlichen Fristsetzung ist für die Umsetzung der Verpflichtungen nach Ziffern 1, 2, 4 und 5 des Tenors eine Frist bis zum 31. 7. 2023 gesetzt worden. Dieser Verfahrensschritt muss für die Androhung des Zwangsgeldes nach § 202 Abs. 5 i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwVG nicht wiederholt werden. Zudem soll die Androhung mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, wenn Rechtsmittel gegen diesen keine aufschiebende Wirkung entfalten, § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG. Dies ist hier der Fall. Eine Klage gegen den vorliegenden Beschluss hat gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

87 Eine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor dem Erlass des Androhungsverwaltungsaktes gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nicht notwendig, weil die Androhung eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung ist. Die Androhung kann gemäß § 13 Abs. 2 VwVG mit dem Beschluss verbunden werden.

2.4.4.3 Materielle Voraussetzungen

2.4.4.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsaktes

88 Die Verpflichtungen nach Ziffern 1, 2, 4 und 5 des Tenors können gemäß § 202 Abs. 5 TKG, § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitbeilegungsentscheidung gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat.

2.4.4.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel

89 Die Antragsgegnerin darf als Pflichtige mittels eines Zwangsgeldes nach § 202 Abs. 2, 5 und 6 TKG zur Durchführung der Anordnungen angehalten werden, da die geforderte Handlung gemäß § 11 Abs. 1 VwVG nicht durch einen anderen vorgenommen werden

kann und nur von ihrem Willen abhängt, da die Antragsgegnerin Eigentümerin der betroffenen Infrastruktur ist.

2.4.4.4 Ermessenserwägungen

90 Die Zwangsgeldandrohung nach Ziffer 7 ist auch verhältnismäßig. Sie ist ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der tenorierten Anordnungen anzuhalten.

91 Die Frage der Durchsetzung der Angebotsverpflichtung ist nach der gesetzgeberischen Vorstellung von besonderer Bedeutung, um künftig „*möglichst viele Mitnutzungen passiver Netzinfrastrukturen zu ermöglichen*“.

Vgl. auch BT-Drs. 18/8332, S. 42.

92 Die Androhung der Zwangsgelder ist geeignet, den tenorierten Verpflichtungen den nötigen Nachdruck zu verleihen, die Antragsgegnerin zur Angebotslegung zu bewegen und so die gesetzgeberische Zielsetzung in Bezug auf das hier streitgegenständliche Netz zu erreichen.

93 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 und damit weder dem sich in der sofortigen Vollziehbarkeit manifestierenden überwiegenden Vollziehungsinteresse, noch dem im TKG allgemein und dem § 138 TKG insbesondere innewohnenden Beschleunigungsgedanken angesichts des dynamischen Telekommunikationsmarktes und des Zieles der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht würde.

94 Ein anderes milderes Mittel, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden kann, ist nicht ersichtlich. Würde man kein Zwangsmittel unmittelbar mit der Anordnung androhen, würde bei einer Nichtbefolgung der Tenorziffern 1, 2, 4 bzw. 5 wieder erheblich Zeit verloren gehen, was mit dem Beschleunigungsgedanken unvereinbar wäre. Es entspricht auch in grundsätzlicher Hinsicht der gesetzgeberischen Wertung, wonach der Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes mit der Androhung eines Zwangsgeldes verbunden werden soll, § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG.

95 Auch die Angemessenheit des angedrohten Zwangsmittels ist vorliegend gegeben. Das angedrohte Zwangsmittel des Zwangsgeldes steht nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck. Die Nutzung passiver Netzinfrastrukturen reduziert zugleich den Umfang insbesondere der kostenintensiven Tiefbauarbeiten für den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Damit dient die Mitnutzung bereits bestehender passiver Netzinfrastrukturen dazu, einen wichtigen Beitrag zum raschen und umfassenden Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu leisten.

Vgl. Scherer / Butler in: Fetzer / Scherer / Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 77d TKG, Rz. 8, Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze

96 Das angedrohte Zwangsgeld ist auch der Höhe nach angemessen. Die Höhe von jeweils 25.000 € schöpft den Zwangsgeldrahmen des § 202 Abs. 5 TKG nicht aus, ist aber gleichzeitig hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln im Sinne der Ziffern 1, 2, 4 und 5 der Anordnung zu erzeugen. Bei Nichtumsetzung der Verpflichtungen wäre der Betrag von jeweils 25.000 € auch kein so geringer Betrag, dass er der Antragsgegnerin nicht schaden würde. Dies gilt auch mit Blick darauf, dass im Falle einer weiteren Verweigerung der Umsetzung eine erneute Androhung und Festsetzung eines ggf. höheren weiteren Zwangsgeldes gemäß § 13 Abs. 6 VwVG erfolgen würde.

97 Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller gemäß der Anordnungen in den Tenorziffern 1, 2, 4 und 5 bis zum 31. 7. 2023 ein Angebot über die Überlassung jeweils eines Mikroleerrohrs zur Mitnutzung zu legen. Die in diesem Zusammenhang gesetzte Frist ist geeignet, erforderlich und angemessen, um dem berechtigten Mitnutzungsbegehren des Antragstellers zu entsprechen.

98 Die Vorlage der Mitnutzungsangebote hat bis zum 31. 7. 2023 zu erfolgen. Dieser Zeitraum ist im Hinblick auf die hier vorliegenden Interessenlagen erforderlich und gleichzeitig auch angemessen und kann der Antragsgegnerin zugemutet werden. Ein Zeitraum von einem Monat berücksichtigt dabei das Interesse des Antragstellers, möglichst schnell Klarheit über die Bedingungen seines weiteren Ausbaus zu haben. Auf der anderen Seite musste auch die Antragsgegnerin davon ausgehen, dass es zu einer Verpflichtung der Mitnutzung kommen kann und hatte die Gelegenheit, sich darauf vorzubereiten.

99 Dass durch die einmonatige Frist beiderseitige Interessen gewahrt werden, zeigt sich auch in einem gesetzessystematischen Vergleich zur gesetzlichen Frist von zwei Monaten in § 138 Abs. 2 S. 1 TKG. Bereits mit dieser auf zwei Monate beschränkten Frist intendiert der Gesetzgeber eine Beschleunigung der Planungsphase der Mitnutzung.

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

100 Die angeordnete Frist ist geeignet den Ausbauplänen des Antragstellers möglichst zügig Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine ausreichende zeitliche Möglichkeit zu schaffen, die Angebotslegung im tenorierten Umfang auch tatsächlich vornehmen zu können. Mit Blick auf den für das bilaterale Angebotsverfahren eingeräumten Zeitraum, die Befassung mit Streckenführung und Belegungen während der Mediationsgespräche sowie während des Streitbeilegungsverfahrens und schließlich im Eilverfahren vor dem VG Köln erscheint die angeordnete Frist in jeglicher Hinsicht angemessen, damit sich die Antragsgegnerin Klarheit über ihre Bedingungen und die entsprechende Angebotslegung verschaffen kann.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Postfach 10 37 44, 50477 Köln, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nach § 217 Abs. 2 TKG nicht statt.

Eine Klage hat nach § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, 27. 6. 2023

Vorsitzende	Beisitzer	Beisitzer
Herchenbach-Canarius	Dr. Haslinger	Dr. Kutzscher

Gliederung

1 Sachverhalt 5

2 Gründe 11
2.1 Rechtsgrundlage 11
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens 11
2.2.1 Zuständigkeit 11
2.2.2 Verfahren 12
2.3 Frist 12
2.4 Entscheidung in der Sache 12
2.4.1 Formelle Voraussetzungen 12
2.4.2 Materielle Voraussetzungen 13
2.4.2.1 Mitnutzungsantrag 14
2.4.2.2 Kein Nachweis eines Versagungsgrundes im bilateralen Angebotsverfahren 14
2.4.2.3 Kapazitäten in den einzelnen Streckenabschnitten 18
2.4.2.3.1 Streckenabschnitt A: Schacht Sterlwaid bis Schacht Abzweig Mahd / Kinatöd – Tenorziffer 1 18
2.4.2.3.2 Streckenabschnitt B: Schacht Abzweig Mahd / Kinatöd bis Rohrende vor Abzweig Hausanschluss Fürhaupt 4 – Tenorziffer 2 19
2.4.2.3.3 Streckenabschnitt C: Abzweig Hausanschluss Fürhaupt 4 bis Schacht Fürhaupt / Mahd – Tenorziffern zu 3, zu 6 20
2.4.2.3.4 Streckenabschnitt D: Schacht Fürhaupt / Mahd bis Schacht Mahd II – Tenorziffer 4 23
2.4.2.3.5 Streckenabschnitt E: Schacht Abzweig Mahd / Kinatöd bis Abzweig Hausanschluss Ruhmannsdorf 44 – Tenorziffer 5 23
2.4.3 Ablehnung des Antrags im Übrigen – Tenorziffer 6 23
2.4.4 Zwangsgeldandrohung und Fristen zur Angebotslegung – Tenorziffer 7 24
2.4.4.1 Rechtsgrundlage 24
2.4.4.2 Formelle Voraussetzungen 24
2.4.4.2.1 Zuständigkeit 25
2.4.4.2.2 Verfahren 25
2.4.4.3 Materielle Voraussetzungen 25
2.4.4.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsaktes 25
2.4.4.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel 25
2.4.4.4 Ermessenserwägungen 26

Rechtsbehelfsbelehrung 28

Bayerisches Staatsministerium der Finanzen und für Heimat

Die Karte in der Anlage enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.
Sie ist daher nicht der öffentlichen Fassung des Beschlusses enthalten.

BayernAtlas