



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-23-008

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

**Telekom Deutschland GmbH,
Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,
vertreten durch die Geschäftsführung**

– Antragstellerin –

gegen

**DB Netz AG,
Adam-Riese-Straße 11-13, 60327 Frankfurt,
vertreten durch den Vorstand**

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. Vattenfall Eurofiber GmbH,
Hedwig-Dohm-Straße 2, 10829 Berlin,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 1 –
2. 1&1 Versatel GmbH,
Wanheimer Str. 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 2 –
3. 1&1 Versatel Deutschland GmbH,
Wanheimer Str. 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 3 –
4. 1&1 Telecom GmbH,
Wanheimer Str. 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 4 –
5. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 5 –
6. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO)
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladene zu 6 –
7. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und
Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladener zu 7 –
8. EWE TEL GmbH,
Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladener zu 8 –
9. Deutsche Glasfaser Holding GmbH,
Klaus-Bungert-Straße 8, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 9 –
10. wilhelm.tel GmbH,
Heidelbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 10 –

11. Eisenbahnbundesamt,
Heinemannstraße 6, 53175 Bonn,
vertreten durch die Behördenleitung

– Beteiligte nach § 214 Abs. 2 Nr. 5 TKG –

12. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
Godesberger Allee 185 – 189, 53175 Bonn,
vertreten durch die Behördenleitung

– Beteiligte nach § 214 Abs. 3 TKG –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin: Dolde Mayen & Partner mbB,
Rheinauen Carré, 53175 Bonn

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

durch

die Vorsitzende Herchenbach-Canarius
den Beisitzer Dr. Bayer und
den Beisitzer Dr. Haslinger

auf die mündliche Verhandlung vom 27. 6. 2023 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin ein Angebot über die Mit-
nutzung eines Leerrohres mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im
Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer [REDACTED] in 17153 Stavenhagen zu
unterbreiten.
2. Sollte die Antragsgegnerin entgegen der Anordnung in Tenorziffer 1 der Antragstel-
lerin bis zum 23.10. 2023 kein Angebot unterbreiten, wird ihr die Festsetzung eines
Zwangsgeldes in Höhe von 10.000 € angedroht.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen der Antragstellerin, der Telekom Deutschland GmbH, und der Antragsgegnerin, der DB Netz AG über die von der Antragstellerin begehrte Mitnutzung eines Mikroleerrohres im Bereich eines Bahnübergangs in Stavenhagen.
- 2 Die Antragstellerin, die Telekom Deutschland GmbH, ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 3 Die Antragsgegnerin, die DB Netz AG, betreibt als Konzerngesellschaft der Deutschen Bahn AG einen Großteil des deutschen Schienennetzes und hat als zentrale Aufgabe inne, den über 450 Eisenbahnverkehrsunternehmen eine Infrastruktur diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen und den Betrieb der Infrastruktur zu bewerkstelligen.
- 4 Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin der streitgegenständlichen passiven Netzinfrastuktur bzw. betreibt die entsprechenden Leerrohre in Stavenhagen.
- 5 Die Antragstellerin beantragte mit Schreiben vom 6. 10. 2022 die Mitnutzung vorhandener passiver Netzinfrastrukturen der Antragsgegnerin gemäß § 138 TKG. Konkret wurde die Mitnutzung mindestens eines Mikroleerrohrs mit dem Durchmesser von 9 mm beantragt, die Ausführungsfrist dargelegt und angegeben, dass das Vorhaben des digitalen Hochgeschwindigkeitsausbaus für einzelne Kunden im Bereich nördlich des Bahnübergangs erfolge. Dem Antrag war ein Lageplan beigelegt.
- 6 Nachdem zunächst keine Reaktion von Seiten der Antragsgegnerin erfolgte, fragte die Antragstellerin mit E-Mail vom 7. 12. 2022 nach dem Stand der Bearbeitung des Mitnutzungsantrages und forderte die Antragsgegnerin auf, bis zum 13. 12. 2022 ein Vertragsangebot zu übersenden.
- 7 Die Antragsgegnerin antwortete mit E-Mail vom 7. 12. 2022, dass die Prüfung der Machbarkeit kostenpflichtig sei und forderte die Antragstellerin auf, zuerst einen Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung zu stellen.
- 8 Die Antragstellerin erwiderte mit E-Mail vom 8. 12. 2022, man habe von einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin die Auskunft erhalten, dass vor Ort ein Rohr frei sei und daher keine Notwendigkeit für eine Vor-Ort-Untersuchung bestehe. Das TKG enthalte zudem keine Vorgabe, dass die nachfragenden Netzbetreiber vor der Stellung eines Antrages nach § 138 TKG eine Vor-Ort-Untersuchung gemäß § 137 TKG beauftragen müsse.
- 9 Die Antragsgegnerin antwortete mit E-Mail vom gleichen Tag, dass man auf eine Vor-Ort-Untersuchung bestehe.
- 10 In rechtlicher Hinsicht führt die Antragstellerin aus, die Antragsgegnerin habe den Mitnutzungsantrag durch die Verweisung auf eine Vor-Ort-Untersuchung zu Unrecht abgelehnt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Mitnutzung würden vorliegen.

- 11 Die Antragstellerin weist zunächst darauf hin, dass es sich bei den nachgefragten Infrastrukturen nicht um Infrastrukturen der DB Broadband GmbH handele. Der Mitnutzungsantrag sei zwar an die DB Broadband GmbH adressiert – dies ginge jedoch darauf zurück, dass die Antragsgegnerin auf ihren Internetseiten ausdrücklich dazu auffordere, Mitnutzungsanfragen betreffend der DB Netz AG nach § 138 TKG an eine Mitarbeiterin bei der DB Broadband GmbH zu richten.
- 12 Die Antragsgegnerin habe sich auf keinen rechtserheblichen Versagungsgrund gestützt. Vielmehr habe sie nur geltend gemacht, dass vor Stellung eines Mitnutzungsantrages zwingend eine Vor-Ort-Untersuchung durchgeführt werden müsse. Dies sei nach Auffassung der Antragstellerin rechtswidrig. Die Beschlusskammer habe bereits in mehreren Beschlüssen entschieden, dass es unzulässig sei, wenn der Betreiber eines Versorgungsnetzes, zu welchem Mitnutzung begehrt werde, einen Antrag ablehnen würde, weil nicht zuvor eine Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG bzw. § 77c TKG a. F. beantragt wurde. Die Beschlusskammerpraxis stehe im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben des früheren und des geltenden TKG.
- 13 Die Kommentierung des TKG-Kommentars von Säcker und Körber in der 4. Auflage gehe zu Unrecht davon aus, dass das Vorschalten einer Vor-Ort-Untersuchung auf § 138 Abs. 2 Nr. 1 TKG und die dort vorgesehenen Gebote der Fairness und Angemessenheit gestützt werden könne.
- 14 Die Streitbeilegungsentscheidung habe sich nicht alleine auf die von der Antragsgegnerin hervorgehobene Frage der Vorrangigkeit einer Vor-Ort-Untersuchung zu beschränken. Vielmehr sei die Beschlusskammer schon aus Gründen der Verfahrensökonomie aufgefordert, über die Mitnutzung sogleich auch im Hinblick auf das zu zahlende Entgelt zu entscheiden. Die Antragsgegnerin verfolge mit ihrem Verweis auf die Notwendigkeit der vorherigen Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung erkennbar eine Verzögerungsstrategie. Nur aufgrund dieser Verzögerungsstrategie habe der Gesichtspunkt der Entgelthöhe nicht erörtert werden können. Es sei bei dieser Sachlage sachgerecht, wenn die Beschlusskammer im vorliegenden Verfahren sogleich auch das Mitnutzungsentgelt i. S. v. § 149 Abs. 2 S. 2 TKG festlege.
- 15 Am 16. 5. 2023 stellte die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur einen Streitbeilegungsantrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 7 Nr. 1 i. V. m. §§ 138, 211 Abs. 2, 214 TKG auf Mitnutzung einer passiven Netzinfrastruktur.
- 16 Sie beantragt,

die Antragsgegnerin im Rahmen einer Streitbeilegungsentscheidung nach § 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 7 Nr. 1 in Verbindung mit § 138 TKG, §§ 211 Abs. 2, 214 TKG zu verpflichten, der Antragstellerin unverzüglich ab Bekanntgabe der Streitbeilegungsentscheidung, spätestens aber binnen einer Frist von einem Monat ab Bekanntgabe der Streitbeilegungsentscheidung an die Antragsgegnerin ein Mikroleerrohr mindestens Durchmesser 9 Millimeter (10 mm x 1 mm) im Bereich

des Bahnübergangs am Bahnkilometer [REDACTED] in 17153 Stavenhagen zu überlassen und bis zum oben genannten Zeitpunkt ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

- 17 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 11 vom 7. 6. 2023 als Mitteilung Nr. 87 veröffentlicht.
- 18 Mit Schreiben vom 19. 6. 2023 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Antrag der Antragstellerin. Sie führt aus, der Antrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.
- 19 Die in den Nutzungsbedingungen der Antragsgegnerin vorgesehene Maßgabe, dass vor einem Mitnutzungsantrag nach § 138 TKG eine Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG beantragt werden müsse, sei rechtmäßig. Dies könne zumindest für den Betrieb der Eisenbahnstrecken der Antragsgegnerin angesichts vielfältiger eisenbahnspezifischer Inanspruchnahmen von Kabelführungssystemen sowie aufgrund des hohen operativen Aufwands von Vor-Ort-Untersuchungen und Mitnutzungen als faire und angemessene Regelung angesehen werden.
- 20 Die verschiedenen Anforderungen an die Eisenbahninfrastruktur würden die vorhandenen personellen Ressourcen der Antragsgegnerin binden. Im Hinblick auf die telekommunikationsspezifischen Anlagen seien ca. 40 Personen als Anlagenverantwortliche tätig, die aufgrund der Ausbildungsschritte nicht auf dem externen Arbeitsmarkt rekrutiert werden könnten.
- 21 Zur Umsetzung der gesetzlichen Regelungen zur Mitnutzung von TK-Infrastrukturen sei eine Prüfung der Mitnutzungsmöglichkeiten durch eine Vor-Ort-Untersuchung durchzuführen. Die Prüfung umfasse die Feststellung des Vorhandenseins einer passiven Netzinfrastuktur und die Prüfung freier Kapazitäten einschließlich einer Reserve. Eine dann erforderliche Sichtprüfung würde für mehrere Stunden Kräfte, die normalerweise für originär eisenbahnspezifische Belange eingesetzt würden, binden.
- 22 Es genüge nicht, so die Antragsgegnerin, eine Prüfung an einer Stelle vorzunehmen und aus dieser Sichtprüfung abzuleiten, wie viel Platz sich noch im Kabelführungssystem (im Folgenden: KFS) befindet. Es sei vielmehr mit „Bewegung“ im KFS zu rechnen. So könne das KFS in einzelnen Teilabschnitten stärker belegt sein als in einem anderen, weil zwischenzeitlich bspw. eine Weiche oder ein Signal hinzugekommen ist, dessen Steuerung über ein Kabel erfolge, das von der anderen, noch nicht geprüften Seite erfolge.
- 23 Solle ein Kabel auf den Strecken A-D verlegt werden, genüge es nicht, nur von A-B zu gehen, weil das KFS auf dem Abschnitt C-D voller belegt sein kann als in den Abschnitten A-C. Vorhandene Kabel könnten bisweilen Wellen aufweisen, so dass ein KFS an einzelnen Stellen vollständig belegt sein kann und an anderen scheinbar nicht.
- 24 Bei der Durchführung von Sichtprüfungen seien Sicherungsmaßnahmen durchzuführen, da sie sich in der Nähe bahnbetrieblicher Anlagen befänden. Bei Arbeiten in der

Umgebung von Bahnanlagen müsse eine Anzeige bei der betriebszuständigen Stelle (BzS) erfolgen, die über die vorzunehmenden Sicherungsmaßnahmen entscheidet. Im Rahmen von Vor-Ort-Untersuchungen werde auch entschieden, an welchen Stellen der Ein- und Ausstieg erfolgen könne.

- 25 Bei Bahnquerungen, wie hier, sei eine Sichtprüfung i. d. R. nicht möglich, weil es sich meistens nur um ein unterirdisches Rohr handle. Rohre/KFS seien häufig durch Schlamm etc. verstopft. Um die Durchlässigkeit zu testen, sei häufig eine Spülbohrung erforderlich. Ob und inwieweit genügend Platz in dem Rohr ist, werde unter Einhaltung erheblicher Sicherungsmaßnahmen durch eine Spezialfirma festgestellt. Bei einer Spülung bestehe die Möglichkeit, dass das Rohr beschädigt werde und der Oberbau daraufhin nachgebe. Da sich die Enden solcher Rohre häufig nahe am Gleisbereich befänden, müsse auch hier eine Anzeige bei der BzS erfolgen.
- 26 Die Antragsgegnerin führt weiter aus, dass die „Verlegung“ von Kabeln in ein Leerrohr normalerweise so erfolge, dass das jeweilige Kabel mittels eines Kabeleinblasgerätes in das Leerrohr geblasen werde. Solche Geräte würden Platz und einen gewissen Manövrierspielraum benötigen. Wenn wie hier ein Kabel in eine Querung verlegt werden soll, so beginne und ende diese üblicherweise in einem Einstiegsschacht rechts und links des Bahndammes. Es sei unklar, ob ein hinreichend großes Rohr vorhanden sei und ob dieses noch genügend Kapazität für weitere Kabel habe. Darüber hinaus sei unklar, ob der Schacht groß genug ist, um ein weiteres Kabel in ein Leerrohr einblasen zu können. Geht dies nicht, seien alternative technische Lösungen zu erwägen und anhand der Verhältnisse vor Ort zu prüfen. Auch dies sei individuell im Wege einer Vor-Ort-Untersuchung zu ermitteln.
- 27 Die Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung sei im Ergebnis eine vielschichtige Angelegenheit, die erheblichen Aufwand verursache und sachverständiges Personal erfordere, was für bahnspezifische Aufgaben weit dringender benötigt werde.
- 28 Eine einmalige Erhebung des gesamten Netzes an passiven Netzinfrastrukturen würde angesichts ständiger Veränderungen keine nachhaltigen Ergebnisse erzielen. Ein ständiges Monitoring würde erhebliche Kapazitäten binden, die aus dem Kerngeschäft der DB Netz AG abgezogen werden müssten. Eine eisenbahnrechtliche Verpflichtung zu einem laufenden Monitoring der passiven Netzinfrastruktur – im Hinblick darauf, ob diese für Dritte nutzbar sind oder ob in ihnen noch genügend Platz ist – bestehe nicht.
- 29 Aus den genannten Gründen müsse einem Antrag auf Mitnutzung nach § 138 TKG ein Antrag des Antragstellers auf Vor-Ort-Untersuchung vorausgehen.
- 30 Anders als die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz dargelegt habe, beziehe sich der Antrag der Antragstellerin nicht auf die Mitnutzung eines Mikrorohrs mit dem Durchmesser von 9 mm. Vielmehr sollte ein Leerrohr dadurch mitgenutzt werden, dass ein Mikrorohr mit dem Durchmesser von 9 mm in ein solches Leerrohr eingebracht wird.

- 31 Unter Verweis auf Ziffer 1.3 der TK-Nutzungsbedingungen der Antragsgegnerin, wonach die Verlegung von Rohren oder Rohrzügen in Kabelführungssystemen der Antragsgegnerin nicht gestattet sei, habe die Antragsgegnerin den Mitnutzungsantrag der Antragstellerin abgelehnt. Hintergrund der Regelung in den TK-Nutzungsbedingungen sei, dass sämtliche Kabel, die in ihren Kabelführungssystemen verlegt werden für die dort auftretenden Lasten ausgelegt sein müssten. Insbesondere müssten diese eine besondere Stabilität aufweisen und ausreichend gegen Einflüsse von Chemikalien, anstehendem Wasser und Nagetieren geschützt sein.
- 32 Die Antragstellerin habe für dieselbe Querung am 6. 1. 2023 einen Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung bei der Antragsgegnerin gestellt. Sie habe das Formblatt der Antraggegnerin verwendet und die TK-Nutzungsbedingungen der Antragsgegnerin anerkannt. Am 21. 2. 2023 habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin einen Vertrag über die Vor-Ort-Untersuchung angeboten. Dieses Angebot habe die Antragstellerin nicht angenommen.
- 33 Auf Nachfrage der Beschlusskammer präzisierte die Antragsgegnerin ihren Vortrag mit E-Mail vom 22. 6. 2023, der Antragstellerin sei telefonisch mitgeteilt worden, dass ausschließlich die standardisierten und in Anlage 6 der TK-Nutzungsbedingungen veröffentlichten Kabeltypen, jedenfalls keine Mikrorohre zu verwenden sind. Schriftlich sei darauf hingewiesen worden, dass vor einem Antrag auf Mitnutzung ein Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung zu stellen sei.
- 34 Auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 19. 6. 2023 nahm die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. 6. 2023 Stellung.
- 35 Die Antragstellerin habe sich durch die Stellung eines Antrages auf Vor-Ort-Untersuchung nicht mit der „von der Antragsgegnerin vorgesehenen Reihenfolge des Vorgehens“ einverstanden erklärt. Dieser Antrag sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass der zuständige Mitarbeiter im Interesse der zu erschließenden Endkunden alles Erforderliche unternehmen wollte, um eine zeitnahe Realisierung umzusetzen. Nach entsprechender interner Beratung zu den rechtlichen Maßstäben sei es der Antragstellerin unbenommen, die rechtswidrige Ablehnung des Mitnutzungsantrages zum Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens zu machen.
- 36 Die Antragsgegnerin führe selbst aus, dass ein Vertrag über die Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung nicht zustande gekommen sei. Dem Streitbeilegungsverfahren stehe somit auch kein wirksamer Vertrag entgegen. Selbst wenn ein solcher Vertrag abgeschlossen sein sollte, stünde dieser dem Streitbeilegungsantrag nicht entgegen. Einen generellen Vorrang einer Vor-Ort-Untersuchung habe die Beschlusskammer in früher entschiedenen Fällen abweichend beurteilt.
- 37 Das Beharren auf der Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung habe prohibitive Wirkung. Die Antragsgegnerin habe mit Angebotsstand vom 21. 2. 2023 der Antragstellerin die Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung im streitgegenständlichen Bereich zum

Preis von [REDACTED] Euro angeboten. Der Kostenvoranschlag beinhalte im Wesentlichen nur Kosten der Projektleitung, Ortsbegehung und Planungsleistungen, jedoch keine Tiefbauarbeiten, da diese nicht anfallen. Dieser Preis sei geeignet, die spätere Mitnutzung zu verhindern, wenn man von einem zwingenden Vorrang einer Vor-Ort-Untersuchung ausginge.

- 38 Die allgemeinen Ausführungen der Antragsgegnerin würden verkennen, dass es maßgeblich auf die konkreten Verhältnisse vor Ort ankomme. Die Antragstellerin verweist insofern auf eine Fotodokumentation. Die von öffentlichem Grund aus gefertigten Bilder würden zeigen, dass die nachgefragte Bahnunterquerung mittels solcher Schaltanlagen realisiert ist, die erkennbar neueren Datums seien.
- 39 Aus einem Bericht der „SVZ“ vom 29. 3. 2017 könne man rückschließen, dass die passiven Infrastrukturen aus den Jahren 2018 bis 2020 stammen dürften.
- 40 Die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Gefahr einer „Verstopfung“ der Leerrohrkapazitäten etc. würden nicht drohen. Es bestünden darüber hinaus deutlich weniger invasive Maßnahmen zur Durchgängigmachung eines Rohres als die von der Antragsgegnerin angeführte Spülbohrung, falls der Rohrverlauf verengt sein sollte.
- 41 Es sei naturgemäß das Risiko des eine Mitnutzung beantragenden Unternehmens, dass eine konkret nachgefragte Mitnutzung aufgrund der besonderen Verhältnisse vor Ort in Einzelfällen nicht möglich sei. Dieses Risiko könne der Nachfrager durch vorherige Vor-Ort-Untersuchung weitestgehend vermeiden, müsse es aber nach der bestehenden gesetzlichen Lage und Beschlusskammerpraxis nicht.
- 42 Die Antragstellerin bestreitet die Behauptung der Antragsgegnerin auf Seite 4 der Antragserwiderung, der Mitnutzungsantrag sei mit der Begründung abgelehnt worden, dass nach Ziffer 1.3 der TK-Nutzungsbedingungen der Antragsgegnerin die Verlegung von Rohren oder Rohrzügen in Kabelführungssystemen der DB Netz AG nicht gestattet sei. Die seitens der Antragstellerin vorgelegte E-Mail-Kommunikation (Anlage Ast. 2) zeuge vom Gegenteil. Ein telefonischer Hinweis, wie ihn die Antragsgegnerin behaupte, sei gegenüber dem zuständigen Mitarbeiter der Antragstellerin nicht erfolgt.
- 43 Die generelle Weigerung, andere als in den TK-Nutzungsbedingungen bestimmte Verlegeformen zuzulassen, sei nicht mit dem DigiNetzG vereinbar. Dies gelte nicht nur für Ziffer 1.3 der Nutzungsbedingungen, sondern auch und insbesondere für „Anlage 6: freigegebene Kabeltypen gemäß den Nutzungsbedingungen“.
- 44 Die Antragstellerin weist darauf hin, dass Folgendes beantragt wurde:
*„Beschreibung der Komponenten für die die Mitnutzung beantragt wird:
Mindestens 1 Microrohr [sic] DN9 mm (10 mm × 1 mm) in dem der Anlage dargestellten Bereich“.*
- 45 Damit sei zum Ausdruck gebracht, dass die Mitnutzung für eine passive Netzinfrastruktur der Antragsgegnerin beantragt wird, die mindestens die Größe des Durchmessers

9 mm habe. Es würde ein erdverlegbares Glasfaserkabel eingebracht, das ausreichend gegen Verbiss etc. geschützt sei.

- 46 Es entspreche nicht der umfassenden und jahrelangen Erfahrung der Antragstellerin, dass Rattenverbiss etc. ein relevantes Problem darstelle.
- 47 Neben den schriftlichen Stellungnahmen ist den Beteiligten in der am 27. 6. 2023 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 48 Die in der Telekommunikationsregulierung und der Eisenbahnregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sowie das Eisenbahnbundesamt und das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 49 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

50 Der Streitbeilegungsantrag war im tenorierten Umfang erfolgreich.

2.1 Rechtsgrundlage

51 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG.

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

2.2.1 Zuständigkeit

52 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

53 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

54 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG. Die den Beteiligten, sowohl dem Antragsteller und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerverfahren gemäß § 215 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden.

55 Das gemäß § 214 Abs. 2 Nr. 5 TKG beteiligte Eisenbahnbundesamt hat auf die Übersendung einer Stellungnahme verzichtet. Mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik ist gemäß § 214 Abs. 3 TKG das Benehmen hergestellt worden.

56 Gemäß § 211 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung und der Eisenbahnregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.3 Frist

57 Die nationale Streitbeilegungsstelle leitet gemäß § 214 Abs. 1 TKG ein Verfahren auf Antrag ein. Gemäß § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur nach Eingang des vollständigen Antrags verbindlich in dem Verfahren innerhalb von vier Monaten über streitige Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 141 TKG.

2.4 Entscheidung in der Sache

- 58 Die formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen des Streitbeilegungsantrags nach § 149 Abs. 1 TKG i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG liegen vor. Die angerufene nationale Streitbeilegungsstelle kann verbindlich nach § 149 TKG entscheiden. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohres mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer [REDACTED] in 17153 Stavenhagen zu unterbreiten.

2.4.1 Formelle Voraussetzungen

- 59 Eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle konnte vorliegend beantragt werden, da das bilaterale Angebotsverfahren nach § 138 Abs. 2 TKG erfolglos durchgeführt wurde. Die Antragsgegnerin hat innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung des begehrten Leerrohrzugangs abgegeben.
- 60 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 angelehnten Ausgestaltung vom Gesetzgeber auch als „Einwendungsgründe“ bezeichnet.

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

- 61 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.

- 62 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. 1 L 38/23 v. 14. 3. 2023, S. 6 des Beschlussumdrucks, wonach dem bilateralen Zugangsverfahren mit Blick auf den Vorrang der Privatautonomie ein hoher Stellenwert zukommt.

- 63 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. 1 L 38/23 v. 14. 3. 2023, S. 6 des Beschlussumdrucks.

2.4.2 Materielle Voraussetzungen

- 64 Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen des § 138 Abs. 1 und 2 TKG liegen vor.
- 65 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. Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin 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. b) TKG. Zwar wurde der Antrag nach § 138 TKG zunächst an die DB Broadband GmbH gerichtet. Dies ist jedoch aufgrund des Umstandes unschädlich, dass laut Internetauftritt der Antragsgegnerin etwaige Mitnutzungsanträge zunächst an die Adresse der DB Broadband zu richten sind und beide Unternehmen demselben Unternehmensverbund angehören. Zwischen den Parteien ist anerkannt, dass der Antrag damit als an die Antragsgegnerin gerichtet gilt.
- 66 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 muss 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.
- 67 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

2.4.2.1.1 Bestimmtheit

- 68 Der Mitnutzungsantrag des Antragstellers vom 6. 10. 2022 entspricht den gesetzlichen Anforderungen nach § 138 Abs. 1 TKG. Er ist inhaltlich hinreichend bestimmt und enthält die in § 138 Abs. 1 S. 2 TKG statuierten Mindestangaben. Insbesondere enthält der Antrag eine detaillierte Projektbeschreibung, den Zeitplan, in dem das Vorhaben umgesetzt werden soll sowie einen Ansprechpartner. Im Übrigen ist die Bestimmtheit unstrittig.

2.4.2.1.2 Zum Erfordernis einer Vor-Ort-Untersuchung

2.4.2.1.2.1 Kein Stufenverhältnis von § 138 und § 137 TKG

- 69 Dem Antrag nach § 138 TKG musste – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin – auch nicht ein Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG vorausgehen.
- 70 § 137 TKG stellt ein optionales Recht eines Antragstellers dar, nicht jedoch eine Pflicht. Für die Entbehrlichkeit eines zwingend vorausgehenden Antrags nach § 137 TKG spricht auch bereits der Gesetzeswortlaut. Denn in § 138 TKG ist die Durchführung eines Verfahrens nach § 137 TKG nicht als Voraussetzung genannt. Insoweit findet sich keine angelegte Stufenfolge der § 137 und § 138 TKG. Diese Einordnung findet auch in der Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm des § 137, § 77c TKG a. F., ihre Bestätigung:

„Die Vor-Ort-Untersuchung soll das Auskunftsrecht nach § 77a Abs. 1 TKG ergänzen und ist daher auf die Ermittlung zusätzlicher Informationen gerichtet. Die in Abs. 3 im öffentlichen Interesse ausgenommenen Informationen entsprechen den Ausnahmen in den §§ 77a Abs. 4 und 77b Abs. 4“
BT-Drs 18/8332, S. 44.

- 71 Zudem ist festzustellen, dass der Begriff der Vor-Ort-Untersuchung gesetzlich weder in Art. 4 Abs. 5 S. 1 noch in Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2014/61/EU (Kostensenkungsrichtlinie), in denen der Begriff wortgleich Erwähnung findet, definiert ist. Aufgrund der Bezugnahme auf die „Netzintegrität“ in Erwägungsgrund 22 der Richtlinie kann darauf geschlossen werden, dass eine Vor-Ort-Untersuchung gerade Klarheit über den konkreten Zustand der passiven Infrastruktur und nicht über ihre generelle Existenz, Nutzung oder Befüllung geben soll.

Vgl. Stelter, in: Scheurle / Mayen, TKG, § 77c, Rz. 7.

- 72 Auch die Systematik des Gesetzes spricht gegen ein zwingend vorgegebenes gestuftes Verfahren. Denn eine Benennung und Beschreibung des Versorgungsgebiets in einem Antrag gemäß § 138 TKG wäre nicht mehr notwendig, wenn dieses bereits zwingend über ein vorher durchlaufenes Verfahren gemäß § 137 TKG präzise bestimmt werden müsste. Sowohl § 137 TKG als auch § 138 TKG sind nahezu identisch ausgestaltet und

finden in § 149 TKG Erwähnung. Wenn vom Gesetzgeber ein zwingendes Stufenverhältnis angedacht gewesen wäre, hätte er in § 137 Abs. 3 und § 141 Abs. 2 TKG nicht unterschiedliche Ablehnungsgründe festlegen müssen. Vielmehr hätte dann die Aufnahme der Versagungsgründe in § 138 TKG ausgereicht.

- 73 Auch der Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes unterstützt diese Auslegung. Primäres Ziel des Gesetzes ist es, einen flächendeckenden Aufbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen in Deutschland zu fördern und die Kosten dafür zu senken. Dieses Ziel wird durch den Beschleunigungsgedanken flankiert. Deshalb würde es dem Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes, konkret der Beschleunigung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, zuwiderlaufen, wenn vor Beantragung einer Mitnutzung zwingend und ohne jegliche Gründe im konkreten Einzelfall eine Anfrage gemäß § 137 TKG erforderlich wäre.
- 74 Dass wiederum die Vor-Ort-Untersuchung gemäß § 137 TKG ein Instrument des Antragstellers und nicht des Infrastrukturinhabers darstellt, ist sowohl im Wortlaut des § 137 TKG als auch in Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 2014/61/EU und seiner Stellung im Abschnitt „Transparenz in Bezug auf physische Infrastrukturen“ angelegt. Denn das Bedürfnis nach Transparenz hat derjenige, in dessen Sphäre die Information über passive Infrastruktur gerade nicht vorhanden ist. Demgegenüber ist davon auszugehen, dass der Infrastrukturinhaber seine Infrastruktur kennt bzw. kennen muss.
- 75 Dieses Verständnis spiegelt sich auch in dem entsprechenden Wortlaut des Erwägungsgrundes 22 zu der Richtlinie 2014/61/EU wieder. Darüber hinaus spricht auch der Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes mit Blick auf die Beschleunigung des Breitbandausbaus für eine derartige Verpflichtung des Infrastrukturinhabers mit der entsprechenden Kostentragung, sofern sie als Mittel zur Klärung der Frage des „Ob“ des Vorliegens oder der generellen Ermittlung des Befüllungs- und Nutzungszustandes seiner passiven Infrastruktur eingesetzt wird. Der Infrastrukturinhaber muss seine Infrastruktur kennen um in der Lage zu sein, seine gesetzlichen Pflichten einhalten und regelmäßig ein Mitnutzungsangebot innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Frist abgeben zu können.
- 76 Die Vor-Ort-Untersuchung ermöglicht demgegenüber die Beschaffung zusätzlicher Informationen zur Prüfung und Vorbereitung möglicher Mitnutzungsansprüche. Aus dem explizit genannten Erfordernis der Erforderlichkeit folgt, dass keine mildereren Mittel als die Vor-Ort-Untersuchung zur Beschaffung der benötigten Informationen zur Verfügung stehen dürfen. Die Gesetzesbegründung verweist ferner darauf, dass bei der Überprüfung der Zumutbarkeit auf ein angemessenes Verhältnis von Informationsbedürfnis einerseits und Untersuchungsaufwand andererseits zu achten ist.

Vgl. Scherer/Butler in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 77c TKG, Rz. 15.

- 77 Nach alledem kann die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall auch durch den (bewussten) Verzicht auf den Vorhalt einer umfassenden und aktuell gehaltenen elektronischen Dokumentation von Umfang und Zustand ihrer passiven Netzinfrastruktur die Sachverhaltsaufklärung – und Nachweisführung etwaiger Versagungsgründe – nicht durch das Erfordernis einer Vor-Ort-Untersuchung auf Kosten der Antragstellerin erzwingen. Dies gilt zumal deshalb, weil die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erläutert hat, dass sie bereits durch die Aufsichtsbehörde verpflichtet wird, sämtliche Planungen in Papierform vorzuhalten. Die Feststellung des Vorhandenseins einer passiven Netzinfrastruktur und die Prüfung deren Belegung bzw. der freien Kapazitäten ist der Antragsgegnerin damit – wie nicht anders zu erwarten – aufgrund der in Papierform vorliegenden Unterlagen möglich.
- 78 Nach vorstehenden Ausführungen befinden sich die Vorschriften der § 137 TKG und § 138 TKG nicht in einem Stufenverhältnis. Einem Antrag auf Mitnutzung hat nicht zwingend ein Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung vorauszugehen. Insoweit hält die Beschlusskammer an ihrer bisherigen rechtlichen Bewertung fest.

Vgl. Beschluss der Beschlusskammer BK11-19/001 v. 9. 8. 2019, Rz. 65 ff.

2.4.2.1.2.2 „faire und angemessene Bedingungen“ i. S. d. § 138 Abs. 2 TKG

- 79 Aus den unter Punkt 2.4.2.1.2.1 genannten Gründen kann eine Vor-Ort-Untersuchung im vorliegenden Fall auch nicht – wie von der Antragsgegnerin behauptet – als faire und angemessene Bedingung angesehen werden, weder dem Grunde noch der Höhe nach.

Vertragliche Pflicht zur Vor-Ort-Untersuchung keine faire und angemessene Bedingung

- 80 Der Vortrag der Antragsgegnerin, dass die Prüfung einer Mitnutzungsmöglichkeit stets besonderen Aufwand erfordere, vermag vorliegend eine Pflicht zur vorgeschalteten Vor-Ort-Untersuchung als faire und angemessene Bedingung i. S. d. § 138 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht zu begründen. Die Darstellung, dass die Durchlässigkeit unterirdischer Rohre häufig nur mit Hilfe von sogenannten „Spülbohrungen“ festzustellen sei und sich daraus Arbeiten in erheblichem Umfang ergäben, überzeugt nicht. Es handelt sich hierbei um pauschale und unsubstantiierte Ausführungen losgelöst von den konkreten Gegebenheiten vor Ort. Es stellt sich daher schon die Frage, ob bzw. weshalb hier im konkreten Fall das Erfordernis einer Spülbohrung überhaupt bestehen sollte. Dies zumal mit dem Spülbohrverfahren u. a. Leerrohre direkt in die Erde verlegt und nicht bestehende verstopfte Leerrohre freigebohrt werden. Jedenfalls dürfte eine solche Maßnahme aufgrund ihrer Risiken jedoch das äußerste Mittel sein, um die Durchlässigkeit eines Rohres zu testen. Es wäre unbillig, dem Nachfragenden derartige Risiken pauschal in Rechnung zu stellen.

- 81 Unabhängig davon ist zu beachten, dass neben dem Umstand, dass zwischen § 138 TKG und § 137 TKG kein Stufenverhältnis besteht und es eine Umgehung der gesetzlichen Systematik darstellen würde, dieses Stufenverhältnis über den Umweg der Vertragsbedingung herzustellen, der Infrastrukturihaber verpflichtet ist, seine Informationen im Rahmen der Bearbeitung eines Mitnutzungsantrags auf einem aktuellen Stand zu halten. Zwar existiert keine gesetzliche Verpflichtung zu Vorhalt und Pflege eines elektronischen Datenbestands, jedoch kann weder eine Versagung noch das Unterlassen einer Angebotslegung hierauf gestützt werden. Das Fehlen einer elektronischen Dokumentation kann nicht durch das Aufbürden einer Vor-Ort-Untersuchung unter Übernahme der Kosten durch den Anfragenden ausgeglichen werden. Dies gilt auch deshalb, weil die entsprechenden Basisinformationen unstreitig in Papierform vorhanden sind. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Mitnutzungsanspruch nach § 138 TKG weitergehende Verpflichtungen umfasst als der Informationsanspruch nach § 136 TKG und damit eine detailliertere Informationsbasis erforderlich ist. Ein mögliches Mittel zur Aufklärung einer solchen Unsicherheit kann eine durch den – in Anspruch genommenen – Infrastrukturihaber initiierte Untersuchung – in welcher Form auch immer – der aktuellen Existenz, Befüllung oder Nutzung der passiven Infrastruktur darstellen, deren Kosten auch dieser zu tragen hat. Anders gewendet: wenn der Infrastrukturihaber seine Infrastruktur nicht kennt, dann hat er selber und auf eigene Kosten eine entsprechende Abhilfe zu schaffen. Dafür spricht zum einen, dass die Unsicherheit über die Existenz, Befüllung oder Nutzung der passiven Infrastruktur in der Sphäre des Infrastrukturihabers – vorliegend der Antragsgegnerin – liegt. Zum anderen entspricht es aber bereits dem originären Eigeninteresse des Infrastrukturihabers, will er einen Versagungsgrund, z. B. den des fehlenden Platzes gemäß § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG, gegen einen Mitnutzungsanspruch geltend machen und nachweisen. Dafür benötigt er selbst detaillierte Informationen über sein Netz, wie die Befüllung und Nutzung. Es wäre daher unbillig, die Kosten für das Monitoring durch den Infrastrukturihaber dem Anfragenden aufzubürden. Dies gilt gerade auch vorliegend, wenn seitens der Antragsgegnerin aus ökonomischen Gründen auf eine entsprechende elektronische Dokumentation bewusst verzichtet wurde.

Prohibitives Entgelt

- 82 Nach alldem braucht im vorliegenden Fall der Frage, ob das Angebot für eine Vor-Ort-Untersuchung, welches durch die Antragsgegnerin mit Kosten in Höhe von [REDACTED] Euro beziffert wird, angemessene und zumutbare Kosten enthält, nicht weiter nachgegangen werden. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem hier streitgegenständlichen Bahnübergang um einen verhältnismäßig kurzen Streckenabschnitt von wenigen Metern handelt, dürfte jedoch eine Vor-Ort-Untersuchung mit Kosten in Höhe von mehreren tausend Euro sogar die Kosten einer Eigenrealisierung der Bahntrassenunterquerung durch die Antragstellerin deutlich übersteigen und folglich auch der Höhe nach nicht als angemessen und fair zu beurteilen sein. Ein derart hohes

Entgelt dürfte prohibitive Wirkung entfalten und geeignet sein, jeden Mitnutzungsnachfrager abzuschrecken und damit eine Mitnutzung nahezu auszuschließen.

2.4.2.1.3 Kein Ausschluss des Mitnutzungsanspruchs durch vertragliche Vereinbarung

- 83 Soweit die Antragsgegnerin weiter vorbringt, die Antragstellerin habe sich mit Ihrem Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung vom 1. 6. 2023 mit der Reihenfolge des Vorgehens und den TK-Nutzungsbedingungen einverstanden erklärt, ändert dies ebenfalls nichts an der Zulässigkeit des Antrags. Unstreitig ist zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin kein Vertrag zustande gekommen, in den die TK-Nutzungsbedingungen hätten einbezogen werden können. Die Möglichkeit zur Beantragung eines Streitbeilegungsverfahrens bleibt unbenommen. Dies entspricht im Übrigen auch der Wertung des § 307 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist dabei im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Vorliegend sehen die Regelungen in den TK-Nutzungsbedingungen der Antragstellerin eine dem Mitnutzungsantrag vorgeschaltete Pflicht zur Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung auf Kosten des Anfragenden vor und weichen damit von den Vorschriften der § 138 TKG und § 137 TKG und deren im Gesetz angelegten Systematik ab.

Vgl. zum fehlenden Stufenverhältnis die Ausführungen unter Punkt 2.4.2.1.2.1.

2.4.2.2 Versagungsgründe

- 84 Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Unterbreitung eines Angebots auf Mitnutzung der antragsgegenständlichen passiven Netzinfrastrukturen. Denn Versagungsgründe wurden nicht innerhalb der in § 138 Abs. 2 S. 1 TKG genannten Frist gegenüber der Antragstellerin nachgewiesen.

2.4.2.2.1 Prüfungsmaßstab

- 85 Nach § 138 Abs. 2 S. 1 TKG **müssen** Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Antragstellern nach Absatz 1 innerhalb von zwei Monaten nach Antragsingang 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.

- 86 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.

- 87 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.

2.4.2.2.2 Kein Nachweis von Versagungsgründen im bilateralen Angebotsverfahren

- 88 Die Antragsgegnerin hat keinen Versagungsgrund wirksam geltend gemacht. Insbesondere konnte sich die Antragsgegnerin nicht darauf berufen, dass laut ihren TK-Nutzungsbedingungen ausschließlich bestimmte Kabeltypen zu verwenden seien. Im Einzelnen:

2.4.2.2.2.1 Zur Frage der verwendeten Kabeltypen als Versagungsgrund

- 89 Unabhängig von der Frage der Präklusion etwaigen Vorbringens der Antragsgegnerin – auf die nachfolgend unter Punkt 2.4.2.2.2.2 noch näher eingegangen wird –, hat diese schon keinen zulässigen Versagungsgrund eingewandt und nachgewiesen (§ 141 Abs. 1 und 2 TKG).
- 90 Insgesamt nennt § 141 Abs. 2 TKG sieben zulässige Versagungsgründe. Die Liste der Ablehnungsgründe ist nach dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung abschließend. Der abschließende Charakter ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut („darf nur abgelehnt werden“) und der Gesetzesbegründung

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

- 91 Zudem hat die Bundesregierung auch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates ausgeführt, dass „die Versagungsgründe insgesamt restriktiv und zwingend abschließend auszugestalten“ sind.

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

- 92 Die Verwendung eines bestimmten Kabeltyps fällt unter keinen der aufgelisteten Ablehnungsgründe, sodass bereits aus diesem Grunde kein Einwand im Sinne des § 141 Abs. 2 TKG vorliegt. Insbesondere greift hier auch nicht der Versagungsgrund nach § 141 Abs. 2 Nr. 1 TKG, wonach ein Mitnutzungsantrag wegen fehlender technischer Eignung der passiven Netzinfrastrukturen für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität abgelehnt werden darf. Denn die Vorschrift stellt ausdrücklich auf die Eignung der Leerrohre, also der passiven Infrastruktur für die die Mitnutzung beantragt wird, ab und nicht auf die einzubringenden Komponenten. Es liegt daher schon kein wirksamer Versagungsgrund vor.
- 93 Letztlich ist hieraus – auch aus Gründen der Rechtsklarheit – weiter abzuleiten, dass begrenzende vertragliche Vorgaben, wie sie die Antragsgegnerin etwa zur Verwendung bestimmter Kabeltypen macht, grundsätzlich im Bereich der Mitnutzung unzulässig sind. Denn anderenfalls hätte es die Antragsgegnerin in der Hand den Kreis der Versagungsgründe entgegen den Vorgaben des Gesetzes „durch die Hintertür“ zu erweitern. Allerdings steht es den Beteiligten frei, insbesondere auch aus Beschleunigungsgründen, im Einvernehmen die Verwendung bestimmter Kabel zu vereinbaren. Diesbezüglich hat die Antragstellerin auch bereits Kompromissbereitschaft signalisiert.
- 94 Selbst wenn man – entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Norm und der Gesetzes-systematik – einen Versagungsgrund annehmen wollte, so hätte die Antragsgegnerin jedenfalls nicht substanzvoll vorgetragen und im konkreten Einzelfall i. S. d. § 141 Abs. 1 TKG nachgewiesen, weshalb hier im Bereich der Bahnquerung Bahnkilometer [REDACTED] in 17153 Stavenhagen in Bezug auf die Verwendung bestimmter Kabeltypen eine Mitnutzung nicht möglich sein sollte. Die Antragsgegnerin beruft sich im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens pauschal und ohne Bezugnahme auf den konkreten Fall und die örtlichen Gegebenheiten auf die von ihr verwendeten allgemeinen TK-Nutzungsbedingungen, deren Regelungshintergrund sei, dass sämtliche Kabel, die in ihren Kabelführungssystemen verlegt werden für die auftretenden Lasten ausgelegt und ausreichend gegen Einflüsse von Chemikalien, anstehendem Wasser und Nagetieren geschützt sein müssten. Diese unsubstantiierte und pauschale Argumentation greift nicht durch. Denn Versagungsgründe können nicht pauschal im Rahmen von Allgemeinen, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten, Nutzungsbedingungen geltend gemacht werden. Vielmehr müssen diese im konkreten Fall durch den Einwendenden geltend gemacht und anhand konkreter Umstände substantiiert nachgewiesen werden, § 141 Abs. 1 TKG. Allgemeine Aussagen reichen dabei nicht aus.
- 95 Die Antragstellerin, zu deren Expertise als Telekommunikationsunternehmen es gehört, Glasfaserkabel auch unterirdisch in Leerrohren nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu verlegen, trägt zudem bezugnehmend auf die Ausführungen der Antragsgegnerin vor, dass sie ein erdverlegbares Kabel einbringen würde, das ausreichend gegen Verbiss und andere Einflüsse geschützt sei. Diesbezüglich wurde seitens

der Antragsgegnerin auch in keiner Weise dargelegt, warum die von der Antragstellerin bezeichneten und regelmäßig im Ausbau verwendeten Kabeltypen im konkreten Fall nicht ausreichen sollen.

- 96 Soweit die Antragsgegnerin verspätet und pauschal in der mündlichen Verhandlung erstmals den Ablehnungsgrund nach § 141 Abs. 2 Nr. 4 TKG vorbringt, ist dieser Ablehnungsgrund schon nicht einschlägig. Denn die Geltendmachung dieses Ablehnungsgrundes wurde von der Antragsgegnerin unter die Bedingung gestellt, dass von der Antragstellerin ein Mikrorohr verlegt würde. Die Antragstellerin hat jedoch insoweit mehrfach klargestellt, dass ihr Antrag dahingehend zu verstehen sei, dass ein erdverlegbares Kabel in ein Leerrohr der Antragsgegnerin hineingelegt werden soll, das ausreichend gegen äußere Einflüsse geschützt sei. Diesbezüglich stimmte die Antragsgegnerin im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung zu, dass stabile erdverlegbare Kabel akzeptiert würden. Zudem ist der Vortrag unsubstantiiert. Die Antragsgegnerin hat den Ablehnungsgrund nach § 141 Abs. 2 Nr. 4 TKG nachzuweisen. Sie hat jedoch weder vorgetragen, warum es sich bei dem streitgegenständlichen Bahnübergang um kritische Infrastruktur handeln soll, noch hat sie erläutert worin konkret die Gefährdung liegen soll. Auch hat sie nicht dargelegt, dass keine verhältnismäßigen Schutzmaßnahmen zur Sicherung der Versorgungsdienstleistung getroffen werden können.

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

Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik hat schließlich mitgeteilt, dass die betroffene Strecke im Infrastrukturregister der DB Netze nicht als Teil des transeuropäischen Verkehrsnetzes ausgewiesen ist. Das zuständige Referat des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik geht daher davon aus, dass der betroffene Streckenabschnitt nicht Teil der Kritischen Infrastruktur nach Anhang 7 Teil 3 Nr. 1.2.4 der BSI-KritisV ist.

Schreiben des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik vom 18. 9. 2023

2.4.2.2.2 Präklusion

- 97 Letztlich kann die Frage, ob es sich bei dem Vorbringen der Antragsgegnerin zu den Kabeltypen um einen substanzvoll vorgetragenen Versagungsgrund i. S. d. § 141 Abs. 2 TKG handelt, sogar dahinstehen. Denn ungeachtet dessen, ist die Antragsgegnerin mit dem Vorbringen etwaiger Versagungsgründe jedenfalls präkludiert. § 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: Scheurle / Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 77g, Rz. 4.

- 98 Die Vorschrift steht somit in unmittelbarem Zusammenhang mit § 138 TKG,
vgl. Stelter, in: Scheurle / Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 77g, 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 Netzinfraststrukturen. 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.
- 99 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.
- 100 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.
- 101 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.
- 102 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.
- 103 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.

- 104 Die Antragsgegnerin trägt insoweit mit Schriftsatz vom 23. 6. 2023 vor, telefonisch sei mitgeteilt worden, dass ausschließlich die standardisierten und in Anlage 6 der TK-Nutzungsbedingungen veröffentlichten Kabeltypen, jedenfalls keine Mikrorohre zu verwenden seien. Die Antragstellerin bestreitet dies. Wegen des Einwendungscharakters liegt die Beweislast beim Einwendenden, hier der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin hat hierzu nur unsubstantiiert vorgetragen. Es werden weder Zeitpunkt des Anrufs noch ein Ansprechpartner benannt noch Unterlagen wie bspw. ein Gesprächsvermerk dazu vorgelegt, sodass diese hier mit dem Vortrag – unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem vorgebrachten Einwand um einen zulässigen Versagungsgrund i. S. d. § 141 Abs. 2 TKG handelt – präkludiert ist.

2.4.3 Zum anzuwendenden Entgeltmaßstab

- 105 Wegen der anzuwendenden Entgeltmaßstäbe wird auf die Ausführungen in dem Beschluss der Beschlusskammer vom 5. 11. 2018 zum Verfahren BK11-18/005 verwiesen.

2.5 Zwangsgeldandrohung

- 106 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung in Ziffer 2 des Tenors ist § 212 Abs. 4 i. V. m. § 202 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 13 und 17 VwVG.
- 107 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung liegen vor, insbesondere wurden die Verfahrensvorschriften gewahrt.
- 108 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, als dessen Ergebnis ihr u. a. die von

der Zwangsgeldandrohung erfasste Verpflichtung nach Ziffer 1 des Tenors auferlegt worden ist. Hinsichtlich der nach § 202 Abs. 1 Nr. 2 TKG und § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG erforderlichen Fristsetzung ist für die Umsetzung der Verpflichtung nach Ziffer 1 des Tenors eine Frist bis zum 23. 10. 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.

- 109 Da eine Klage als Rechtsmittel gegen den Beschluss gem. § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung entfaltet, soll die Androhung gem. § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG mit dem Beschluss verbunden werden.
- 110 Die Verpflichtung nach Ziffer 1 des Tenors kann 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.
- 111 Da die Verpflichtung im Tenor zu Ziffer 1 nur durch die Antragsgegnerin als Eigentümerin der Infrastruktur und nicht durch einen anderen vorgenommen werden kann und nur von ihrem Willen als Verpflichtete abhängt, ist gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 VwVG das Zwangsgeld als Zwangsmittel zulässig.
- 112 Die Zwangsgeldandrohung ist verhältnismäßig. Sie ist ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der tenorierten Anordnung anzuhalten.
- 113 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.*
- 114 Die Androhung des Zwangsgeldes ist geeignet, der tenorierten Verpflichtung 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.
- 115 Ein anderes milderes Mittel, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden kann, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin ihren Verpflichtungen ohne Zwang nachkommen wird.
- 116 Das Zwangsgeld als Zwangsmittel ist auch angemessen und steht insbesondere 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: Fetzner/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 77d TKG, Rz. 8, Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze.

- 117 Auch die gesetzte Frist ist angemessen. Die Vorlage des entsprechenden Angebots 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. Ein Zeitraum von einem Monat berücksichtigt dabei das Interesse der Antragstellerin, möglichst schnell eine Mitnutzung realisieren zu können. Auf der anderen Seite ist der Zeitraum auch für die Antragsgegnerin ausreichend, um ein entsprechendes Angebot abgeben 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 sowie weitere Details und hat auch in sonstigen Fragen den Überblick über Haftungs- und Schadensersatzregelungen und ähnliche übliche Vertragsbestandteile.
- 118 Das angedrohte Zwangsgeld ist auch der Höhe nach angemessen. Die Höhe von 10.000 € schöpft den Zwangsgeldrahmen des § 202 Abs. 5 TKG nicht aus, ist aber gleichzeitig hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln im Sinne der Ziffer 1 der Anordnung zu erzeugen. Dabei orientiert sich die Höhe des Zwangsgeldes auch an der Bedeutung für die Antragstellerin, das streitgegenständliche Vorhaben in einem angemessenen Zeitraum realisieren zu können.
- 119 Bei Nichtumsetzung der Verpflichtungen wäre die Summe von 10.000 € 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.
- 120 Gemäß § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG wird die Androhung des Zwangsgeldes mit dem zu vollstreckenden Verwaltungsakt verbunden, um dem im TKG allgemein und dem § 138 TKG insbesondere innewohnenden Beschleunigungsgedanken und dem Ziel der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht zu werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Bonn, 18. 9. 2023

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Bayer

Dr. Haslinger

Gliederung

1 Sachverhalt	4
2 Gründe	11
2.1 Rechtsgrundlage.....	11
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	11
2.2.1 Zuständigkeit	11
2.2.2 Verfahren.....	11
2.3 Frist	11
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
2.4.2.1.1 Bestimmtheit	14
2.4.2.1.2 Zum Erfordernis einer Vor-Ort-Untersuchung	14
2.4.2.1.2.1 Kein Stufenverhältnis von § 138 und § 137 TKG	14
2.4.2.1.2.2 „faire und angemessene Bedingungen“ i. S. d. § 138 Abs. 2 TKG	16
2.4.2.1.3 Kein Ausschluss des Mitnutzungsanspruchs durch vertragliche Vereinbarung.....	18
2.4.2.2 Versagungsgründe.....	18
2.4.2.2.1 Prüfungsmaßstab.....	18
2.4.2.2.2 Kein Nachweis von Versagungsgründen im bilateralen Angebotsverfahren	19
2.4.2.2.2.1 Zur Frage der verwendeten Kabeltypen als Versagungsgrund	19
2.4.2.2.2.2 Präklusion.....	21
2.4.3 Zum anzuwendenden Entgeltmaßstab.....	23
2.5 Zwangsgeldandrohung	23
Rechtsbehelfsbelehrung.....	26