



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-23-011

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

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

– Antragstellerin –

gegen

**Flughafen München GmbH,
Nordallee 25, 85356 München,
vertreten durch die Geschäftsführung**

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

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

2. 1&1 Versatel GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 2 –

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

4. 1&1 Telecom GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 4 –

5. Vodafone GmbH,
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 5 –

6. wilhelm.tel GmbH,
Heidbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 6 –

7. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 7 –

8. EWE TEL GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –

9. Verizon Deutschland GmbH,
Rebstöcker Str. 59, 60326 Frankfurt,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –

10. Vattenfall Eurofiber GmbH,
Hedwig-Dohm-Straße 2, 10829 Berlin
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 10 –
11. Bundesverband Breibandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 11 –
12. GASLine CP Customer Projects GmbH,
Paesmühle, Paesmühlenweg 12, 47638 Straelen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 12 –
13. Fraport AG,
60547 Frankfurt,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 13 –
14. Vantage Towers AG,
Prinzenallee 11-13, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 14 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin: Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
(Partnerschaft mbB), Rheinauen Carré,
Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn

der Antragsgegnerin: Ieffler Schlitt Rechtsanwälte (Partnerschaft mbB),
Uhlandstraße 2, 80336 München

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

auf die mündliche Verhandlung vom 25. 10. 2023

durch

die Vorsitzende, Judith Herchenbach-Canarius
den Beisitzer Dr. Bayer und
den Beisitzer Dr. Kutzscher

am 24. 1. 2024 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Die Antragstellerin begehrt die Mitnutzung vorhandener passiver Netzinfrastrukturen der Antragsgegnerin zu fairen und angemessenen Konditionen.
- 2 Die Antragstellerin ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 3 Die Antragsgegnerin betreibt einen Verkehrsflughafen, der in den Landkreisen Freising und Erding (Erdinger Moos) gelegen ist. Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin der streitgegenständlichen passiven Netzinfrastrukturen.
- 4 Die Antragstellerin versorgt ihre Kunden auf dem Gelände der Antragsgegnerin mit Mobilfunkdienstleistungen. Nach Vortrag der Antragstellerin ist dafür eine leistungsfähige und an das Backbone der Antragstellerin angeschlossene Radio Access Network-Technik erforderlich, die auf dem Gelände des Flughafens betrieben werden muss, um die dort befindlichen Kunden versorgen zu können.
- 5 Derzeit besteht zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin ein als „Gestattungsvertrag über Mobilfunk“ bezeichnetes Vertragswerk, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- 6 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- 7 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- 8 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- 9 Die Antragstellerin befand sich seit längerem in Gesprächen mit der Antragsgegnerin über die Neuregelung und Neuordnung der Nutzungsbeziehungen im Hinblick auf die

Mobilfunkversorgung auf dem Gelände der Antragsgegnerin. [REDACTED]

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

Neben den funktechnischen Anlagen selbst sei auch deren leitungsmäßige Anbindung auszu-tauschen, dies von der Systemtechnik bis zur funktechnischen Anlage auf den vorhan-denen, bisher schon genutzten Kabelwegen (passive Netzinfrastrukturen der Antrags-gegnerin).

- 10 Die Antragstellerin beantragte unter Verweis auf § 138 TKG mit E-Mail vom 28. 11. 2022 die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen auf dem Gelände der Antragsgegnerin. In dem Mitnutzungsantrag hat die Antragstellerin die mitzunutzenden passiven Infrastruk-turen derart bestimmt, dass sie unter der Überschrift „Umfang der Mitnutzung“ diejeni-gen Gebäude bzw. Einrichtungen benannt hat, um die es im Antrag geht. Die begehrte Mitnutzung wurde unter Heranziehung der dem Antrag beigefügten Planungsunterla-gen erläutert. Dabei wurden in den Planungsunterlagen die Bereiche, an denen Splitter, Combiner, Tapper und Filter angebracht oder aufgestellt werden sowie Antennenplätze und Kabelwege farblich gekennzeichnet. Der Antrag der Antragstellerin zielt auf die Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen im Bereich eines Terminals der Antrags-gegnerin [REDACTED]

- 11 In dem Antrag vom 28.11. 2022 führte die Antragstellerin aus:

„Die in Anspruch zu nehmenden passiven Netzinfrastrukturen sind nach § 3 Nr. 45 TKG Teile von Gebäuden [...]. Es handelt sich hierbei um passive Net-zinfrastrukturen, die bereits früher für andere funktechnische Anlagen genutzt wurden und stellen damit Trägerkomponenten dar, die typischerweise dazu ge-schaffen und geeignet sind, andere Netzkomponenten aufzunehmen.“

- 12 Es sollen die nach dem bisherigen Technologiestandard LTE oder älter ausgebauten Standorte nunmehr unter Ausnutzung der bisher genutzten passiven Infrastrukturen nach dem 5G-Standard ausgebaut werden, um auch die 5G-Frequenzbereiche bis 3,6 GHz bedienen zu können. Die Antragstellerin verweist insoweit darauf, dass die

[REDACTED]
 [REDACTED]

(Anlage Ast. 5, S. 2).

- 13

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

Die Antennen versorgenden Kabel würden in der Regel nicht ausgetauscht, sondern

nur auf 5G umgenutzt. Nur in Fällen, bei denen Schäden an einem Kabel festgestellt werden, solle ein Austausch erfolgen.

- 14 Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit E-Mail vom 16. 12. 2022 mit, den gestellten Mitnutzungsantrag geprüft zu haben und wies die Antragstellerin darauf hin, dass der Mitnutzungsantrag aus ihrer Sicht „nicht ohne Weiteres nachvollziehbar“ sei. Seitens der Antragsgegnerin sei nicht erkennbar, welche konkret beabsichtigte Nutzung von den bislang bestehenden vertraglichen Regelungen nicht abgedeckt sei und worauf sich das Begehren beziehe.
- 15 Am 19. 1. 2023 fand zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin eine Telefonkonferenz statt, in deren Rahmen die möglichen zukünftigen Vertragsbeziehungen erörtert wurden. Als Ergebnis der Besprechung erklärte sich die Antragstellerin bereit, innerhalb von ca. zwei Wochen mitzuteilen, auf welcher Entgeltbasis weitere Gespräche sinnvoll erscheinen könnten. Darüber hinaus wurde Einigkeit darüber erzielt, dass die durch den Mitnutzungsantrag ausgelösten Fristen zur Unterbreitung eines Angebots nicht weiterlaufen sollen, dies zum Zwecke der Ermöglichung einer einvernehmlichen Einigung. Mit E-Mail vom 20. 2. 2023 unterbreitete die Antragstellerin der Antragsgegnerin einen Vorschlag, der ein [REDACTED] Entgelt von [REDACTED] für den antragsgegenständlichen Bereich des Flughafens vorsah. Innerhalb der von der Telekom vorgesehenen Frist konnten Antragstellerin und Antragsgegnerin keine Einigung über die Mitnutzungskonditionen erzielen. Mit E-Mail vom 24. 3. 2023 teilte der Vertreter der Antragsgegnerin mit, dass der Entgeltvorschlag der Antragstellerin vom 20. 2. 2023 nicht akzeptiert werden könne.
- 16 Mit Schreiben vom 15. 5. 2023 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, nach ihrer Auffassung laufe der Mitnutzungsantrag vom 28. 11. 2022 „ins Leere“. Dabei verwies Sie auf die zwischen den Parteien bestehende vertragliche Regelung. Danach sei der Antragstellerin die Möglichkeit der Mitnutzung eingeräumt worden.
- 17 Die Antragsgegnerin führte weiter aus, der Mitnutzungsantrag diene offensichtlich nicht dem Zweck des Ausbaus eines modernen Telekommunikationsnetzes, sondern nur der Abänderung einer vertraglichen Vereinbarung zugunsten der Antragstellerin. Weitere Ablehnungsgründe wurden nicht geltend gemacht.
- 18 Am 16. 6. 2023 hat die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur einen Antrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG i. V. m. § 138 TKG auf Eröffnung eines Streitbeilegungsverfahrens gestellt.
- 19 Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass der Bepreisung der Umstand zugrunde gelegt werden müsse, dass für die Nutzung passiver Netzinfrastrukturen auch auf dem Gelände eines Flughafens die Vorgaben des DigiNetz-Gesetzes gelten und dass dieser Umstand Berücksichtigung finden müsse. Darüber hinaus strebe die Antragstellerin eine neue vertragliche Regelung an, um auf dem Flughafengelände technologieneutral und insbesondere auch nach dem 5G-Standard tätig werden zu können. Dies sei vom derzeit geltenden Vertragswerk nicht erfasst.

- 20 Die Antragstellerin ist ferner der Ansicht, die von der Antragsgegnerin veranschlagten Kosten würden dem Gebot der Fairness und Angemessenheit nicht entsprechen, weil die neue Sende- und Empfangstechnik bereits über passive Netzinfrastrukturen, die für die bisherige Anbindung der alten Technik errichtet wurde, erschlossen sei.
- 21 Im Schriftsatz vom 14. 9. 2023 machte die Antragstellerin Ausführungen zur Behauptung der Antragsgegnerin, dass sie bereits nach dem 5G-Standard auf dem Gelände der Antragsgegnerin versorge. [REDACTED]
- 22 Mit Blick auf die Verhandlungen zwischen den Parteien trägt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin habe auf Grundlage des Verhandlungsbegehrens der Antragstellerin einen Nachtrag zum bestehenden Vertrag als „Angebot“ unterbreitet. Es ist zutreffend, dass es der Antragstellerin um eine Verbesserung der wirtschaftlichen Konditionen für die Bereitstellung von 5G-Diensten geht. Es ist auch richtig, dass sich die Antragsgegnerin einer Mitnutzung nicht generell verweigert. Nach Ansicht der Antragstellerin würden die insoweit angebotenen Konditionen jedoch nicht den Geboten der Fairness und Angemessenheit entsprechen und das Angebot weit über dem nach den Vorgaben des DigiNetz-Gesetzes zu vergütenden Wert liegen.
- 23 Hinsichtlich der Zuständigkeit der Beschlusskammer trägt die Antragstellerin vor, dies folge aus § 211 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 149 Abs. 1 TKG. Ein Fehlen der Zuständigkeit der Beschlusskammer käme allenfalls in Betracht, als es bei grundsätzlicher Einschlägigkeit eines Vertrages um die Auslegung einzelner Vertragsklauseln geht. Es bestehe aber keine vertragliche Vereinbarung im Hinblick auf den konkreten Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Mithin seien im vorliegenden Fall auch nicht die Zivilgerichte zur Beantwortung der von der Antragsgegnerin hervorgehobenen Frage zuständig.
- 24 Im Schriftsatz vom 8. 11. 2023 vertieft die Antragstellerin Ihre Auffassung, dass die streitgegenständliche Mitnutzung nicht vertraglich geregelt sei. Weder würden die geschlossenen schriftlichen Verträge die begehrte Mitnutzung erfassen noch sei ein Vertrag konkludent geschlossen worden. Bezüglich einer nicht bestehenden vertraglichen

Regelung stellt sie auf den Wortlaut des bestehenden Gestattungsvertrages und die darin festgehaltene Gestattung in einem Zellenmodell für die Netze GSM 900, GSM 1800, UMTS und seit der 2. Vertragsänderung auch die Nutzung für LTE ab. Weder im Ausgangsvertrag noch in einem der Nachträge sei eine Regelung zu Erweiterungen auf andere oder zukünftige Mobilfunkdienste enthalten.

25 Der vorliegende Wortlaut schließe es aus, anzunehmen, dass eine umfangreiche Bau- maßnahme zur Erweiterung der Inhouse-Anlage für eine 5G-Nutzung im Bereich 3,6 GHz von dem bestehenden Vertrag erfasst sei, da der Vertrag explizit die Nutzung unter Zugrundelegung bestimmter Mobilfunkstandards erfasst und auch keine Rege- lung enthalten ist, dass die Nutzung zukünftiger Mobilfunkstandards miterfasst sein solle.

26 Hinsichtlich des Fehlens eines konkludent geschlossenen Vertrages führt sie unter an- derem aus, dass es seit 2021 Vertragsverhandlungen mit der Antragsgegnerin zu ei- nem 5G-Ausbau gegeben hätte, bei denen man sich jedoch nicht auf die wesentlichen Vertragspunkte geeinigt habe: Weder bestünde eine Einigung über das Entgelt, noch wäre eine neue Vertragslaufzeit fixiert worden. Im Übrigen sei unklar mit wem eine sol- che konkludente Einigung erfolgt sein solle.

27 Sie beantragt daher:

„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 Antragsgeg- nerin die im Mitnutzungsantrag vom 28. 11. 2022 unter „Umfang der Mitnutzung“ in Verbindung mit der dem Antrag als Anlage beigefügten Planung bezeichneten passiven Netzinfrastrukturen zu überlassen und bis zum oben genannten Zeit- punkt ein entsprechendes Angebot zu von der Beschlusskammer bestimmten angemessenen und fairen Konditionen zu unterbreiten.“

28 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informations- stelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bun- desnetzagentur Nr. 12 vom 28. 6. 2023 als Mitteilung Nr. 102 veröffentlicht worden.

29 Mit Schreiben vom 17. 7. 2023 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Streitbeilegungs- antrag der Antragstellerin vom 16. 6. 2023. Sie beantragt

„den Antrag der Antragstellerin abzuweisen.“

30 Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, es fehle für eine Streitbeilegungsentscheidung be- reits an den wesentlichen formellen Sachentscheidungsvoraussetzungen. Der Antrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

31 Nach Ansicht der Antragsgegnerin bedürfe es wegen eines bereits bestehenden Ge- stattungsvertrages keiner Entscheidung der Beschlusskammer. Die Antragsgegnerin ermögliche auf Basis entsprechender Gestattungsverträge mit den Mobilfunkbetreibern

bereits seit Anfang der 1990iger Jahre durchgängig die gewerbliche Betätigung zum Betrieb von Mobilfunkanlagen am Flughafen München, jeweils entsprechend des jeweiligen Stands der Technik und entsprechend der aktuellsten Funkstandards. Die Antragsgegnerin ermögliche auf dieser Grundlage – auch der Antragstellerin – die Mitnutzung der relevanten passiven Netzinfrastruktur. Die Antragsgegnerin verweist insoweit auf Ziffer 4.1 der Flughafenbenutzungsverordnung in der aktuellsten Fassung vom 15. 11. 2010.

- 32 Überdies lasse die Antragstellerin in ihrem Antrag unerwähnt, dass zur Versorgung mit Mobilfunkleistungen am Flughafen München bereits heute die Versorgung mit dem sogenannten 5G-Standard gehöre und hierfür bereits heute die Infrastruktur des Flughafens von ihr mitgenutzt werde (und ausgebaut worden sei).
- 33 Nach Auffassung der Antragsgegnerin sei der Antragstellerin selbst bislang davon ausgegangen, dass sowohl der Austausch der Technik als auch die Nutzung des 5G-Standards vom bestehenden Gestattungsvertrag erfasst sei. Die Antragsgegnerin verweist insoweit auf ein Dokument zu Angebot und Bestellung in Sachen [REDACTED]
- 34 Die Antragsgegnerin führt weiter aus, dass die Darstellung der Antragstellerin „seit längerem“ eine „neue Regelung und Neuordnung der Nutzungsbeziehungen“ anzustreben, um den 5G-Standard zu ermöglichen, irreführend sei. Seit Ende 2022 sei die Antragstellerin (also nach Beginn mit dem Ausbau des 5G-Standards) mit dem Wunsch an die Antragsgegnerin herangetreten, die im Rahmen des Gestattungsvertrages bestehende Preisabrede mit Wirkung für die Zukunft anzupassen. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin erstmals mit E-Mail vom 20. 2. 2023 ihre konkrete Vorstellung zur Bepreisung mitgeteilt
- 35 Bereits nach dem bestehenden Gestattungsvertrag sei es der Antragstellerin möglich, auf dem Flughafengelände technologieneutral und insbesondere auch nach dem sog. 5G-Standard tätig zu werden. Die Antragsgegnerin habe die entsprechende Mitnutzung notwendiger passiver Netzinfrastruktur bereits gestattet und diese Gestattung zu keinem Zeitpunkt zurückgenommen oder beschränkt.
- 36 Die formellen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung über den Antrag der Antragstellerin würden, so die Antragsgegnerin, fehlen. Die Beschlusskammer 11 sei unzuständig, da der Antrag der Antragstellerin nicht auf die Ermöglichung der Mitnutzung passiver Netzinfrastruktur ziele. Die Möglichkeit zur Mitnutzung bestehe vielmehr bereits nach dem bestehenden Gestattungsvertrag, auch für den Aus- und Umbau und den Betrieb des 5G-Standards. Dies sei mit Blick auf die Aktivitäten der Antragstellerin seit 2021 offensichtlich.
- 37 Fragen der schuldrechtlichen Vertragsauslegung seien von der Zuständigkeit der Beschlusskammer nach § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG nicht erfasst. Der Gesetzgeber habe im Zusammenhang mit dem DigiNetz-Gesetz klargestellt, dass vor Inkrafttreten der Regelung geschlossene Verträge von der gesetzlichen Regelung der Mitnutzungsansprüche

in § 138 TKG (§ 77d TKG a. F.) unberührt bleiben sollten. Für rein vertragsrechtliche Auslegungsfragen sei (nur) der Zivilrechtsweg eröffnet (§ 13 GVG).

- 38 Darüber hinaus fehle es, so die Antragsgegnerin, an einem Sachbescheidungsinteresse der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe sich bislang nicht ernsthaft um Verhandlungen zu einer Anpassung des bestehenden Gestattungsvertrages bemüht.
- 39 Die Antragsgegnerin führt aus, dass der Antrag der Antragstellerin auch die materiellen Voraussetzungen nicht erfülle.
- 40 Die Antragsgegnerin falle nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des § 138 Abs. 1 TKG. Das Terminal des Münchener Flughafens gehöre zu keinem „Flugplatz“ i. S. d. § 3 Nr. 43 lit. b) TKG.
- 41 Die Antragsgegnerin vertritt zudem die Auffassung, dass der Mitnutzungsantrag unvollständig und damit unwirksam sei und somit auch keine Antwortfrist gemäß § 138 Abs. 2 TKG auslöse. Der Mitnutzungsantrag enthalte darüber hinaus keine hinreichende Beschreibung des Projekts und der Komponenten des öffentlichen Versorgungsnetzes i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 TKG. Er enthalte, so die Antragsgegnerin, auch keinen genauen bzw. einen widersprüchlichen Zeitplan i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 2 TKG. Darüber hinaus beständen Unklarheiten über das Gebiet, das mit Netzen mit sehr hoher Kapazität i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 3 TKG erschlossen werden soll. Die begehrte Mitnutzung sei vom bestehenden Gestattungsvertrag abgedeckt.
- 42 Die Antragsgegnerin führt weiter aus, sie habe die Gestattung der Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastruktur auch nicht von einem bestimmten Frequenzbereich abhängig gemacht. Bestimmte Frequenzbereiche seien bisher nie Gegenstand von Verhandlungsgesprächen gewesen. Zudem gehe sie davon aus, dass auf Basis einer zwischenzeitlich erfolgten bloßen Inaugenscheinnahme der bereits verbauten technischen Komponenten der Antragstellerin (Antennen, Repeater Units) erscheine es den technischen Experten der Antragsgegnerin umgekehrt wahrscheinlich, dass die Antragstellerin auch bereits diese Frequenzbereiche (ausdrücklich: ggf. im Einklang mit dem Gestattungsvertrag, der hierzu keine Einschränkungen mache) nutze.
- 43 Insbesondere für den Fall, dass sich die Antragstellerin im Rahmen einer schuldrechtlichen Klärung (auf dem Zivilrechtsweg), tatsächlich darauf berufen sollte, dass die ihr bereits eingeräumte und regelmäßig von ihr bezahlte und umgesetzte Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur nicht vom Gestattungsvertrag abgedeckt sei, würde sie sich jedenfalls auch die Einrede widersprüchlichen Verhaltens entgegenhalten lassen müssen.
- 44 Die Antragsgegnerin hält den Antrag vom 16. 6. 2023 für widersprüchlich, nicht hinreichend bestimmt. Er könne daher nicht Grundlage eines entsprechenden Verwaltungsakts der Beschlusskammer sein. Das tatsächliche Begehren der Antragstellerin, ausweislich Ziffer I.4 des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 14. 9. 2023 die „*Verbesserung der wirtschaftlichen Konditionen für die Bereitstellung von 5G-Diensten*“, sei im

Streitbeilegungsantrag allenfalls angedeutet. Bereits aus diesem Grund könne der Streitbeilegungsantrag der Antragstellerin nicht beschieden werden.

- 45 Zudem werde die tatsächliche (technische) Planung von der Antragstellerin laufend aktualisiert. Der im Streitbeilegungsantrag in Bezug genommene Mitnutzungsantrag (neu) sei also nicht nur unvollständig/unwirksam und entspreche nicht dem aktuellen Stand der tatsächlich gemeinsam erarbeiteten (technischen) Planung des Ausbaus, sondern stehe auch im Widerspruch zum Vorbringen im Schriftsatz der Antragstellerin vom 14. 9. 2023. Dort stelle die Antragstellerin nunmehr ausdrücklich klar, dass es ihr tatsächlich um eine „Verbesserung der wirtschaftlichen Konditionen für die Bereitstellung von 5G-Diensten“ gehe. Im Schriftsatz der Antragstellerin vom 16. 6. 2023 habe es hingegen noch geheißen, Antragsziel sei eine Mitnutzung gemäß § 138 TKG.
- 46 Bisher stelle der Streitbeilegungsantrag ausdrücklich auf das Überlassen „der im Mitnutzungsantrag vom 28. 11. 2022 unter ‚Umfang der Mitnutzung‘ in Verbindung mit der dem Antrag als Anlage beigefügten Planung bezeichneten Netzinfrastrukturen“ ab. Dieses antragsgegenständliche Begehren (Überlassung von gewissen passiven Netzinfrastrukturen), sei aber von der Antragsgegnerin bereits erfüllt worden. Der Streitbeilegungsantrag stelle auf eine Leistung (Überlassen) ab, die bereits unstreitig bewirkt worden sei (§ 362 BGB). Eine Streitentscheidung durch die Beschlusskammer, aus der heraus die Antragsgegnerin zu einer solchen Leistung verpflichtet würde, die sie bereits erbracht habe, wäre unwirksam oder nichtig.
- 47 Neben den schriftlichen Stellungnahmen ist den Beteiligten in der am 25. 10. 2023 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 48 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur 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 zulässige, aber unbegründete Antrag wird abgelehnt.

2.1 Rechtsgrundlage

51 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. §§ 138, 211 Abs. 2, 214 TKG.

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

2.2.1 Zulässigkeit des Streitbeilegungsverfahrens

52 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

2.2.2 Zuständigkeit

53 Die Kammer ist gemäß §§ 149 Abs. 1 Nr. 1, 138, 211 Abs. 2, 214 TKG zuständig. Die Bundesnetzagentur entscheidet als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 149 TKG durch eine Beschlusskammer. Dem vorliegenden Verfahren liegt ein Antrag auf Überlassung von passiven Netzinfrastrukturen und entsprechender Legung eines Angebots zu angemessenen und fairen Konditionen im Sinne der §§ 149 Abs. 1 Nr. 1, 138 TKG zugrunde.

54 Der Vortrag der Antragsgegnerin, die Beschlusskammer sei nicht zuständig, da der Antrag nicht auf die Ermöglichung der Mitnutzung passiver Netzinfrastruktur ziele, sondern die Möglichkeit der Mitbenutzung bereits nach dem bestehenden Gestattungsvertrag bestehe, vermag nicht durchzugreifen. Die Entscheidung der Kammer ist als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt zu klassifizieren. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte sind solche gestaltenden Verwaltungsakte, deren Gestaltungswirkungen sich auf Privatrechtsverhältnisse beziehen. Dabei äußert sich die Gestaltungswirkung in den drei Gestaltungsmodalitäten der Begründung, Veränderung und Beseitigung solcher Verhältnisse.

Vgl. Schaub-Englert, NVwZ 2023, S. 221, 222.

55 Da auch die Veränderung privatrechtlicher Verhältnisse als Gestaltungswirkung des Verwaltungsakts anerkannt ist, hindert ein bestehendes privatrechtliches Vertragswerk nicht von vornherein im vorliegenden Verfahren den Erlass eines gestaltenden Verwaltungsakts.

56 Es ist anhand einer Beurteilung im Einzelfall festzumachen, ob die von der Antragstellerin begehrte Regelung bereits privatrechtlich so ausgestaltet ist, dass sich der Streit allein in der zivilrechtlichen Auslegung der einzelnen Vertragsklauseln lösen lässt. Ob jedoch eine vertragliche Regelung besteht, welche die Mitbenutzung der streitgegen-

ständlichen passiven Netzinfrastrukturen ermöglicht, steht gerade zwischen den Parteien im Streit. Daher handelt es sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht um rein zivilrechtliche Fragen, welche die Auslegung einzelner Klauseln eines bestehenden privatrechtlichen Vertrags zum Gegenstand haben. Vielmehr behauptet die Antragstellerin, es gebe für den konkreten Streitgegenstand keine vertragliche Vereinbarung. Diese Streitigkeit fällt in die Zuständigkeit der Kammer. Bei Zugrundelegung des Vortrags der Antragstellerin, dass das Vertragswerk die begehrte Mitnutzung nicht umfasse, ist ein Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts durch die Kammer jedenfalls möglich und nicht ausgeschlossen.

2.2.3 Sachbescheidungsinteresse

57 Die Antragstellerin hat ein Sachbescheidungsinteresse im vorliegenden Streitbeilegungsverfahren. Dass sich die Antragstellerin bislang nicht ernsthaft um Verhandlungen zu einer Anpassung des bestehenden Gestattungsvertrages bemüht haben soll, steht nicht zur Überzeugung der Kammer fest und vermag hier nicht den Ausschluss eines Sachbescheidungsinteresses zu begründen.

58 Das Sachbescheidungsinteresse ist eine unabhängig von einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung geltende verwaltungsverfahrenrechtliche Sachentscheidungsvoraussetzung. Es entspricht dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis als Sachentscheidungsvoraussetzung im Verwaltungsprozess.

Vgl. OVG Münster, Beschl. 19 A 2812/19 v. 16. 7. 2020, BeckRS 2020, 17999, Rz. 3.

59 Dabei hat sich in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung herausgebildet, dass ein Nichtvorliegen des Sachbescheidungsinteresses den Ausnahmefall darstellen soll und für die Verneinung eines solchen entsprechend hohe Anforderungen gelten müssen.

Vgl. BVerwG, Urt. 4 C 3/78 v. 24. 10. 1980; Hesselbarth, NVwZ 2016, S. 1532.

60 Es soll lediglich in den Fällen verneint werden, in denen es offensichtlich an einem schutzwürdigen Interesse fehlt.

Vgl. Schoch / Schneider / Rixen, 3. EL August 2022, VwVfG, § 22, Rz. 24.

61 Der Bürger muss ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung der Behörde haben.

Vgl. Stelkens / Bonk / Sachs / Schmitz, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 9, Rz. 153.

62 Es ist ein allgemein anerkanntes Rechtsprinzip, dass jede an einen Antrag gebundene Entscheidung ein solches Bedürfnis voraussetzt. Diese allen Prozess- und Verfahrensordnungen gemeinsame Sachentscheidungsvoraussetzung wird abgeleitet aus dem auch im Verfahrensrecht geltenden Gebot von Treu und Glauben i. S. d. § 242 BGB.

Vgl. BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2008, 2 BvR 2111/07.

- 63 Das Rechtsschutz- bzw. das Sachbescheidungsbedürfnis kann entfallen, wenn die Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, etwa weil der Berechtigte sich verspätet auf das Recht beruft (Zeitmoment) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen er vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (Umstandsmoment).

Vgl. Eyermann / Wöckel, VwGO, 16. Aufl. 2022, vor §§ 40-53, Rz. 23, m. w. N.

- 64 Eine verspätete Geltendmachung ihrer Rechte entgegen den Geboten von Treu und Glauben kann der Antragstellerin hier nicht vorgehalten werden. Mit E-Mail vom 28. 11. 2022 beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen auf deren Gelände. Am 16. 6. 2023 reichte die Antragstellerin den Streitbeilegungsantrag bei der Beschlusskammer ein. Zwischen dem Beginn des Vorverfahrens und der Antragstellung bei der Beschlusskammer kam es ausweislich des vorgelegten Schriftverkehrs und der unbestrittenen Gesprächsrunde am 19. 1. 2023 zu verschiedenen Verhandlungsrunden zwischen den Parteien. Eine verspätete Geltendmachung ist aufgrund der fortgeführten Verhandlungen daher nicht zu erkennen.
- 65 Im Übrigen fehlt es an einem substantiierten Vortrag, der darauf schließen lassen könnte, dass sich die Antragstellerin vor Einreichung des Mitnutzungsantrages am 28. 11. 2022 treuwidrig in Bezug auf etwaige Verhandlungen über Anpassungen zum Gestattungsvertrag verhalten habe.

2.3 Entscheidung in der Sache

2.3.1 Aktivlegitimation

- 66 Die Antragstellerin ist als Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes gemäß der Legaldefinition aus § 3 Nr. 42 TKG aktivlegitimiert.

2.3.2 Passivlegitimation

- 67 Die Antragsgegnerin ist als Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes, hier eines Flugplatzes i. S. d. § 3 Nr. 43 lit. b) TKG passivlegitimiert.
- 68 Der gesamte Flughafen MUC, einschließlich der Terminals, ist von § 3 Nr. 43 lit. b) TKG erfasst. Ein Flugplatz ist ein für den Luftverkehr speziell ausgebautes Gelände, welches das Landen, Starten und Manövrieren von Luftfahrzeugen ermöglicht. Davon erfasst sind auch Verkehrsdienste, einschließlich der Fluggastabfertigung. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Damit sind sämtliche für den Luftverkehr relevanten Einrichtungen umfasst.
- 69 Ein gleiches Verständnis ergibt sich auch aus dem Unionsrecht. Die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 1 der Flughafenrichtlinie RL 2009/12/EG fasst unter den Begriff „Flughafen“

jedes speziell für das Landen, Starten und Manövrieren von Luftfahrzeugen ausgebaute Gelände. Dies schließt ausdrücklich die für den Luftverkehr und die Dienstleistungen erforderlichen zugehörigen Einrichtungen ein, zu denen auch die Einrichtungen für die Abfertigung gewerblicher Flugdienste gehören.

- 70 Die Bestimmungen in Art. 2 der EG-VO 300/2008, unterstützt durch die EU-DVO 2019/1583, definieren detailliert Standards der Luftsicherheit, auch für Terminals. Gemäß 1.0.2 der VO 2015/1998 gelten selbst Busse und abgestellte Flugzeuge als Teil des Flughafens.

Verordnung EG Nr. 300/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002, ABl. EU L 97/72 v. 9. 4. 2008; Durchführungsverordnung (EU) 2019/1583 der Kommission vom 25. 9. 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/1998 zur Festlegung detaillierter Maßnahmen für die Durchführung der gemeinsamen Grundstandards für die Luftsicherheit in Bezug auf Cybersicherheitsmaßnahmen, ABl. EU L 246/15 v. 26. 9. 2019. Die Durchführungsverordnung (EU) 2019/1583 ergänzt die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1998 v. 5. 11. 2015 zur Festlegung detaillierter Maßnahmen für die Durchführung der gemeinsamen Grundstandards für die Luftsicherheit, ABl. EU L 299 v. 14. 11. 2015.

- 71 Das Terminal als Einrichtung der Flugabfertigung des Flughafens MUC ist demnach als Teil eines Flugplatzes im Sinne des § 3 Nr. 43 lit. b) TKG zu verstehen.

2.3.3 Formelle Voraussetzungen

2.3.3.1 Bilaterales Vorverfahren

- 72 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 von zwei Monaten kein dem Mitnutzungsantrag vom 28. 11. 2022 entsprechendes Angebot abgegeben.
- 73 Die gesetzliche Regelung des § 138 Abs. 2 TKG sieht vor, dass der Infrastrukturihaber 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.

- 74 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.

- 75 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.

- 76 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.

- 77 Der Mitnutzungsantrag ist der Antragsgegnerin am 28. 11. 2022 zugegangen. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin innerhalb der Zweimonatsfrist kein Angebot vorgelegt, dass von der Antragstellerin angenommen wurde. Nachdem die Parteien noch bis zum 15. 5. 2023 sowohl per Videokonferenz als auch per Schriftverkehr verhandelt haben, hat die Antragstellerin nach erfolglosem bilateralem Vorverfahren i. S. d. § 138 Abs. 2 TKG am 16. 6. 2023 einen Antrag auf Streitbeilegung gestellt.

2.3.3.2 Verfahren

- 78 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
- 79 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung am 25. 10. 2023 gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG.

- 80 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. Die Beschlusskammer hat den Umfang der von Antragstellerin und Antragsgegnerin vorgenommenen Schwärzungen geprüft und, soweit erforderlich, darauf hingewirkt, dass die Beteiligten entsprechende Entschwärzungen vorgenommen haben.

2.3.3.3 Form und Bestimmtheit des Antrags auf Streitbeilegung

- 81 Der Antrag ist in der von der Antragstellerin gewählten Form ausreichend bestimmt und genügt den formellen Anforderungen, welche dem Antrag nach den §§ 149 Abs. 2 Nr. 1, 138, 211, 214 Abs. 1 TKG zugrunde zu legen sind.

- 82 Der Antrag muss insbesondere folgende Angaben enthalten:

- Eine detaillierte Beschreibung des Projekts und der Komponenten des öffentlichen Versorgungsnetzes, für die die Mitnutzung beantragt wird,
- einen genauen Zeitplan für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung und
- die Angabe des Gebiets, das mit Netzen mit sehr hoher Kapazität erschlossen werden soll.

- 83 Das Projekt sowie die Komponenten des öffentlichen Versorgungsnetzes sind hinreichend bestimmt und werden aus dem Antrag in Verbindung mit den dort als Anlage beigefügten Planungsunterlagen ausreichend deutlich. In dem Mitnutzungsantrag hat die Antragstellerin die mitzunutzenden passiven Infrastrukturen derart bestimmt, dass sie unter der Überschrift „Umfang der Mitnutzung“ diejenigen Gebäude bzw. Einrichtungen benannt hat, um die es im Antrag geht. Die begehrte Mitnutzung wurde unter Heranziehung der dem Antrag beigefügten Planungsunterlagen erläutert. Dabei wurden in den Planungsunterlagen die Bereiche, an denen Splitter, Combiner, Tapper und Filter angebracht oder aufgestellt werden sowie Antennenplätze und Kabelwege farblich gekennzeichnet. Der örtlichen Bestimmtheit wird die Antragstellerin dadurch vollumfänglich gerecht. Auch ist der vorgetragene Zeitplan ausreichend.

2.3.4 Materielle Voraussetzungen

- 84 Die Antragstellerin hat allerdings keinen Anspruch auf ein Angebot zur Mitnutzung der begehrten passiven Netzinfrastruktur am Flughafen München nach § 138 Abs. 2 TKG. Aufgrund der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarung zwischen den Streitparteien über die Mitnutzung der von der Antragstellerin begehrten passiven Netzinfrastruktur ist der Anwendungsbereich von § 138 TKG nicht eröffnet.

2.3.4.1 Fehlender Anwendungsbereich

- 85 Die von der Antragstellerin begehrte Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur auf dem Flughafen München ist nicht vom Anwendungsbereich des § 138 Abs. 2 TKG erfasst.

Die Antragstellerin hat grundsätzlich einen Anspruch auf ein Angebot über die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Ein Anspruch nach § 138 Abs. 2 TKG ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn bereits eine Mitnutzung der konkreten passiven Netzinfrastruktur vertraglich vereinbart ist.

86 Die Antragstellerin nutzt bereits die hier konkret beantragte Netzinfrastruktur im Rahmen eines Vertragswerkes. Es besteht ein Gestattungsvertrag vom [REDACTED] [REDACTED], welcher der Antragstellerin die Mitnutzung von passiver Netzinfrastruktur auf dem Gelände des streitgegenständlichen Terminals der Antragsgegnerin gestattet. Ausweislich des im Verfahren vorgelegten Gestattungsvertrages und des Streitbeilegungsantrags sind die im Gestattungsvertrag zur Nutzung vereinbarten Infrastrukturen identisch mit den im Antrag begehrten passiven Infrastrukturen. Das wird auch durch die Antragstellerin so vorgetragen (s. Vortrag der Antragstellerin in Rz. 11f.).

87 Zur Nutzung zugelassen ist nach dem vertraglichen Regelwerk [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

88 Die Auslegung des § 138 TKG ergibt, dass kein Anspruch auf Mitnutzung besteht, soweit der Gestattungsvertrag bereits die Nutzung der begehrten passiven Netzinfrastruktur regelt. Auf die Art und Ausgestaltung der gestatteten Nutzung hinsichtlich der betriebenen Netzstandards kommt es dabei nicht an.

89 Sinn und Zweck des § 138 TKG sowie das Gebot der Vertragstreue und Erwägungen zur Rechtssicherheit führen dazu, dass eine Pflicht der Antragsgegnerin zur Angebotslegung nicht bestehen kann, wenn zwischen den Parteien bereits eine vertragliche Regelung über die Mitnutzung von passiver Netzinfrastruktur besteht.

90 Aus der grammatikalischen Auslegung ergibt sich zunächst keine eindeutige Einschränkung des Mitnutzungsanspruchs. Dem Wortlaut nach hat die Antragsgegnerin „nach Antragseingang ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität [zu] unterbreiten“. Einem „Einbau“ kann grundsätzlich auch ein Austausch zugrunde liegen. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie Komponenten des LTE-Standards durch 5G kompatible Komponenten ersetzen wolle und müsse. [REDACTED]

[REDACTED] Die die Antennen versorgenden Kabel würden in der Regel nicht ausgetauscht, sondern nur auf 5G umgenutzt. Nur in Fällen, bei denen Schäden an einem Kabel festgestellt werden, solle ein Austausch erfolgen. Durch den Austausch bzw. den Neueinbau von neuen technischen Komponenten, die für Netze mit hoher Kapazität bestimmt sind, würde sich nach Auffassung der Antragstellerin ein neu zu regelnder Anspruch ergeben. Allerdings gibt es im Gesetzestext auch keine

Anhaltspunkte dafür, dass ein Austausch von Komponenten einen eigenständigen Anspruch begründet.

91 Dass eine Verpflichtung zur Angebotslegung nach § 138 Abs. 2 TKG im vorliegenden Fall nicht besteht, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Norm sowie allgemeingültigen Rechtsgrundsätzen, wie dem Gebot der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) sowie der Rechtssicherheit.

92 Ziel der Vorschrift ist es, durch die Öffnung passiver Infrastrukturen von öffentlichen Versorgungsnetzen besonders kostenintensiven Tiefbau vermeiden zu können und so die Kosten für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu senken und damit den Ausbau derartiger Netze zu beschleunigen.

Vgl. Kind in Geppert / Schütz, 5. Aufl. 2023, TKG § 138, Rz. 5.

93 Insbesondere Grabungskosten und der Zeitaufwand für eigenständige Baumaßnahmen der Betreiber von Telekommunikationsnetzen sollen vermieden werden.

Vgl. BT-Drs. 17/7521, S. 118.

94 Sinn und Zweck kann es jedoch gerade nicht sein, eine bestehende und vertraglich geregelte Nutzung von passiver Netzinfrastruktur durch eine neue Mitnutzung, in Form eines Komponentenaustauschs sowie einer Änderung der Vertragskonditionen zu ermöglichen. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien in einem bestehenden Mitnutzungsvertrag zum Zeitpunkt der vertraglichen Einigung faire und angemessene Bedingungen ausgehandelt haben, sodass auch grundsätzlich nicht von unhaltbaren Bedingungen in bestehenden Verträgen auszugehen ist.

95 Zwar wohnt § 138 TKG der Gedanke einer Kostensenkung inne, allerdings ist das nicht als ein im DigiNetz-Gesetz eingeführter bzw. ein konkret in § 138 Abs. 2 TKG verankerter Anspruch auf – gegenüber bestehenden vertraglichen Regelungen zwischen den Parteien – weitere Kostenoptimierung für die Mitnutzung durch den Einbau neuer Komponenten zu verstehen.

96 Eine andere Wertung ergibt sich auch nicht, wenn man die Zielsetzung eines schnellen Ausbaus von Netzen mit hoher Kapazität zum Maßstab nimmt. Das Aufheben von bestehenden faktischen Mitnutzungen sowie den dazugehörigen vertraglichen Regelungen ist gerade nicht vom Gesetzgeber intendiert. Der Erhalt von bestehenden Verträgen wird vielmehr durch den Gesetzgeber selbst formuliert. Demnach bleiben „*vor Inkrafttreten der Regelung geschlossene Verträge [...] von der gesetzlichen Regelung der Mitnutzungsansprüche unberührt.*“

BT-Drs. 18/8332, S. 44 zu § 77d TKG a.F.

97 Dieser Satz der Gesetzesbegründung stellt damit sicher, dass bereits bestehende Mitnutzungsverträge durch die neuen gesetzlichen Regelungen keine Änderung erfahren müssen und will verhindern, dass durch die nunmehr bestehende Regelung ursprünglich getroffene Mitnutzungsverträge aufgehoben werden.

Vgl. BNetzA, Beschl. v. 12. 10. 2017, BK11-17/009, Rz. 60.

- 98 Der Gesetzgeber verdeutlicht dadurch, dass der Rechtsgrundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) durch § 138 TKG gerade nicht umgangen werden soll. Vielmehr soll die Rechtsicherheit gewahrt bleiben und an dieser Stelle nicht in das Privatrecht eingegriffen werden. Daher ist der Anwendungsbereich für einen Anspruch bereits nicht eröffnet.

2.3.4.2 Kein neuer Anspruch durch Nutzungsänderung und der damit zusammenhängenden Technik

- 99 Es ergibt sich auch kein eigener Anspruch aus der von der Antragstellerin vorgetragene angestrebten Nutzungsänderung zu einem 5G-Netz und damit einer vorgetragenen Errichtung eines Netzes mit sehr hoher Kapazität sowie eines etwaigen zusammenhängenden Austauschs der technischen Komponenten.
- 100 § 138 TKG eröffnet die Möglichkeit einen Antrag auf Mitnutzung einer Infrastruktur zur Errichtung eines Netzes mit sehr hoher Kapazität zu stellen, es sei denn, dass für die betreffende Infrastruktur zwischen den Parteien schon eine vertragliche Regelung zur Nutzung besteht. Es kann kein erneuter bzw. kein paralleler Zugang gewährt werden.
- 101 So liegt der Fall aber hier: der zwischen den Parteien bestehende Vertrag gestattet den Betrieb eines konkreten Mobilfunknetzes auf dem privaten Gelände bzw. im Rahmen der Inhouse-Versorgung im Terminal der Antragsgegnerin und in diesem Zusammenhang die Mitnutzung der – vorliegend verfahrensgegenständlichen – passiven Infrastrukturen der Antragsgegnerin. Dabei wurde die konkrete Art und Weise der Nutzung der passiven Netzinfrastruktur, insbesondere die zum Betrieb gestattete Mobilfunktechnologie, zwischen den Parteien seit dem Vertragsschluss im [REDACTED] immer wieder angepasst. Auch wenn bislang zwischen den Parteien keine Einigung über die Konditionen der Nutzung der Infrastruktur der Antragsgegnerin für den Betrieb eines 5G-Netzes im Bereich von 3,6 GHz zustande gekommen ist, ist die Nutzung der passiven Infrastruktur der Antragsgegnerin weiterhin vertraglich geregelt. Aufgrund dieses bestehenden vertraglichen Regelwerks ist ein Rückgriff auf § 138 TKG gesperrt:

„Vor Inkrafttreten der Regelung geschlossene Verträge bleiben von der gesetzlichen Regelung der Mitnutzungsansprüche unberührt.“
BT-Drs. 18/8332, S. 44 zu § 77d TKG a. F.

- 102 Daher ist auch die Frage, ob und in welchem Umfang bereits 5G auf dem Gelände der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin bereitgestellt wird und inwieweit das die vertraglichen Beziehungen berührt, nicht erheblich.
- 103 Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, dass die bestehende vertragliche Vereinbarung über die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen im Terminal der Antragsgegnerin nicht mehr fair und angemessen sind und dadurch ggf. auch ein Betrieb eines 5G-Netzes mit der Frequenz von 3,6 GHz nicht unter fairen und angemessenen Bedingungen ermöglicht wird, kann sie die Vertragsbeendigung oder Vertragsanpassung des

bestehenden Gestattungsvertrages im Rahmen des allgemeinen Zivilrechtsweges durchsetzen.

- 104 Eine Rechtsgrundlage für eine dahingehende Überprüfung und Gestaltung des bestehenden Gestattungsvertrages im Streitbeilegungsverfahren fehlt indes.

2.3.4.3 Keine andere Wertung mit Blick auf Versorgungsauflagen

- 105 Die Beschlusskammer weist klarstellend darauf hin, dass die vorliegende Einzelfallentscheidung weder die Versorgungsauflagen aus der Präsidentenkammerentscheidung BK1-17/001 vom 26. 11. 2018, noch die Anhörungen zu einem Bußgeldverfahren gegen die Antragstellerin wegen unvollständiger Erfüllung dieser Versorgungsverpflichtungen berührt. Die Erfüllung der Versorgungsauflagen ist grundsätzlich technologie-neutral, also auch mit 4G, möglich und kann mit allen zugeteilten Frequenzen erfüllt werden. Soweit als Versorgungsaufgabe speziell auch die Inbetriebnahme von 1.000 Basisstationen für 5G-Anwendungen festgelegt wird, hat die Antragstellerin diese Auflagen fristgerecht erfüllt. Nicht zuletzt ist in der Präsidentenkammerentscheidung keine explizite Auflage für die Versorgung von Flughäfen geregelt.

Vgl. zu den Versorgungsaufgaben die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. 11. 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz; BK1-17/001 v. 26. 11. 2018, S. 8 ff.; abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Offentliche-Netze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Projekt2018/20181126_Auktion2019Entscheidungen_III_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Bayer

Dr. Kutzscher

Gliederung

1	Sachverhalt	4
2	Gründe	12
2.1	Rechtsgrundlage.....	12
2.2	Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	12
2.2.1	Zulässigkeit des Streitbelegungsverfahrens	12
2.2.2	Zuständigkeit	12
2.2.3	Sachbescheidungsinteresse	13
2.3	Entscheidung in der Sache	14
2.3.1	Aktivlegitimation	14
2.3.2	Passivlegitimation	14
2.3.3	Formelle Voraussetzungen	15
2.3.3.1	Bilaterales Vorverfahren.....	15
2.3.3.2	Verfahren	16
2.3.3.3	Form und Bestimmtheit des Antrags auf Streitbeilegung	17
2.3.4	Materielle Voraussetzungen.....	17
2.3.4.1	Fehlender Anwendungsbereich.....	17
2.3.4.2	Kein neuer Anspruch durch Nutzungsänderung und der damit zusammenhängenden Technik	20
2.3.4.3	Keine andere Wertung mit Blick auf Versorgungsaufgaben.....	21
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	22