



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-23-015

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

Michael Rack (RSM Freilassing)
Nocksteinstr. 13, 83395 Freilassing

– Antragsteller –

gegen

Gemeinde Saaldorf-Surheim
Moosweg 2, 83416 Saaldorf-Surheim
vertreten durch den Bürgermeister

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladener zu 1 –
2. 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. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 5 –
6. EWE TEL GmbH,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 6 –
7. wilhelm.tel GmbH,
Heidbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 7 –
8. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladener zu 8 –
9. Eurofiber Germany GmbH (zuvor: Vattenfall Eurofiber GmbH),
Herzog-Heinrich-Str. 8, D-80336 München,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 9 –

hat die Beschlusskammer 11 – Nationale Streitbelegungsstelle 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. Kutzscher

am 16. 09. 2024 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen dem Antragsteller, Herrn Michael Rack, RSM Freilassing und der Antragsgegnerin, der Gemeinde Saaldorf-Surheim. Der Antragsteller begehrt die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen im Bereich Helfau (Eurimpark) in der Gemeinde Saaldorf-Surheim.
- 2 Der Antragsteller, Michael Rack bzw. RSM Freilassing, ist ein bei der Bundesnetzagentur gemeldeter regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über Richtfunk, Glasfaser-Direktverbindungen und VDSL2+ über Kupferdoppelader der Telekom Deutschland GmbH anbietet.
- 3 Die Antragsgegnerin, die Gemeinde Saaldorf-Surheim ist eine Gemeinde im oberbayerischen Landkreis Berchtesgadener Land und zählt ca. 5.200 Einwohner.
- 4 Der Antragsteller stellte mit E-Mail vom 24. 3. 2023 bei der Antragsgegnerin u.a. einen auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetzen gerichteten Antrag nach § 138 TKG. Der Antrag war an den „Breitbandpaten“ sowie den Kämmerer der Stadt Freilassing gerichtet und lautete wie folgt:

„wir ersuchen Sie um Mitteilung der verfügbaren Infrastruktur im Bereich Helfau (EurimPark)

[...]

Wir planen folgendes Gebiet Eigenwirtschaftlich mit FttH (als PtP-Netz – nicht als GPON-Netz) zu erschließen. Wir sichern hierdurch hohe Bandbreiten und unüberbuchte Anschlüsse mit derzeit bis zu 100 GBit/s zu, 200G, 400G und 800G problemlos realisierbar.

Um unser Vorhaben realisieren zu können, benötigen wir den Zugang zu einem unbelegten Leerrohr. Sollte sich bewahrheiten, dass ein DN50 Rohr verfügbar ist, so würden wir dies mit 7 Speedpies befüllen und daraus 1 Speedpipe nutzen wollen. Die restlichen 6 Stück gehen im Zuge der Ertüchtigung in das Eigentum der Gemeinde über.“

Für die Beantwortung seiner Anfrage setzte der Antragsteller eine Frist bis zum 24. 5. 2023. Die Anfrage des Antragstellers blieb unbeantwortet.

- 5 Am 11. 7. 2023 übersandte der Antragsteller eine E-Mail an die Beschlusskammer 11 zur Eröffnung eines Streitbeilegungsverfahrens. Zum Gegenstand des Streits führte er folgendes aus:

„Die RSM Freilassing plant die Gebiete

- 1. Gewerbegebiet Helfau 3*
- 2. Gewerbegebiet Helfau 4*
- 3. Untersurheimer Str.*
- 4. und Teile der Laufenerstr.*

mit breitbandigem Internet via FttH zu versorgen.

Die Kommune ist im Besitz einer DN50 Verrohrung (nach unserem Kenntnisstand). Diese Vermutung möchten wir bestätigt wissen, um daraufhin eine Anfrage zur Mitbenutzung dieser Infrastruktur stellen zu können.“

- 6 Mit E-Mail vom 20. 7. 2023 teilte der Antragsteller auf Anfrage der Beschlusskammer 11 ergänzend zu seiner E-Mail vom 11. 7. 2023 Folgendes mit:
 - „die RSM Freilassing beantragt bei der Beschlusskammer*
 - 1. [...]*
 - 2. die Verpflichtung der Antragsgegnerin nach § 138 TKG zur Mitnutzung eines Leerrohres DN 50 in dem in oben genannter Grafik bezeichneten Gebiet im Wege eines Streitbeilegungsverfahrens.“*
- 7 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 15 vom 9. 8. 2023 als Mitteilung Nr. 134 veröffentlicht.
- 8 Seitens der Antragsgegnerin erfolgte keine Stellungnahme nach Eröffnung des Streitbeilegungsverfahrens.
- 9 Vor der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde das Verfahren auf Antrag der Streitparteien am 9. 8. 2023 unbefristet ruhend gestellt.
- 10 Ein Jahr später, mit Schreiben vom 9. 8. 2024, hörte die Beschlusskammer den Antragsteller zur beabsichtigten Beendigung der Ruhendstellung an und setzte eine Stellungnahmefrist bis zum 26. 8. 2024. Eine Stellungnahme des Antragstellers zu dem Anhörungsschreiben blieb aus.

2 Gründe

- 11 Der (ursprünglich zulässige) Streitbeilegungsantrag auf Gewährung einer Mitnutzung ist infolge des zeitlichen Verlaufs und der Untätigkeit des Antragstellers unzulässig geworden. Dem Antrag fehlt mittlerweile aufgrund Zeitverzugs und Nichtbetreibens des Verfahrens das Sachbescheidungsinteresse.

2.1 Rechtsgrundlage

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

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

2.2.1 Zuständigkeit

- 13 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 149 Abs. 1 Nr. 2, 138 Abs. 2, 211 Abs. 2 und 214 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 149 TKG durch Beschlusskammern.
- 14 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 im Bereich Helfau (EurimPark) in der Gemeinde Saaldorf-Surheim.

2.2.2 Verfahren

- 15 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Die den Beteiligten - sowohl dem Antragsteller und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen - gemäß § 215 TKG im Beschlusskammerverfahren einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden. Dem Antragsteller ist mit Schreiben vom 9. 8. 2024 Gelegenheit gegeben worden, zum Sachstand und der Zweckmäßigkeit eines weiteren Ruhens des Verfahrens Stellung zu nehmen. Dabei wurde auch auf die mittlerweile bestehende Zulässigkeitsproblematik hingewiesen.

2.3 Entscheidung in der Sache

- 16 Der Antrag ist mittlerweile unzulässig. Er war als Antrag auf Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens gegenüber der Antragsgegnerin zur Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen eines öffentlichen Versorgungsnetzes für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze gemäß § 138 TKG statthaft. Allerdings fehlt diesem Antrag mittlerweile aufgrund Zeitverzugs und Nichtbetreibens des Verfahrens durch den Antragsteller das Sachbescheidungsinteresse.

2.3.1 Fehlendes Sachbescheidungsinteresse

- 17 Voraussetzung einer Entscheidung im Streitbeilegungsverfahren ist das Vorliegen eines Sachbescheidungsinteresses. Das Sachbescheidungsinteresse kann jedoch auch entfallen oder verwirkt werden.

- 18 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.

- 19 Es ist ein allgemein anerkanntes Rechtsprinzip, dass jede an einen Antrag gebundene Entscheidung ein solches Bedürfnis voraussetzt.

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

- 20 Die Kommentarliteratur führt als Beispiel für das Entfallen oder Verwirken des Sachbescheidungsinteresses eine deutliche treuwidrige Verzögerung der Antragstellung an.

Vgl. Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz Großkommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 22, Rz. 56.

So kann das Rechtsschutz- bzw. das Sachbescheidungsbedürfnis entfallen, wenn die verspätete 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 vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (Umstandsmoment).

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

- 21 Soweit dieser Verwirkungsgedanke bereits für die Verfahrenseröffnung im Rahmen der verspäteten Antragstellung anerkannt ist, so muss dieser Rechtsgedanke auch dann Anwendung finden, wenn ein Antragsteller nach erfolgter Antragstellung die weitere Verfahrensführung für einen überlangen Zeitraum untätig aussetzt und das Verfahren auch auf schriftliche Rückfrage hin nicht zur Wahrung der eigenen Rechtsposition weiterbetreibt. Die Entscheidungsfindung wird dabei dann in zeitlicher Hinsicht nicht befördert oder verzögert.

- 22 Ein Indikator für eine überlange Aussetzung können dabei die gesetzlichen Verfahrensfristen nach § 149 TKG für die Durchführung von bilateralem Auskunftsverfahren und nachgelagertem Streitbeilegungsverfahren sein. Es gibt mithin ein zeitliches Momentum für die Verfahrensführung zu den erstmals durch das DigiNetz-Gesetz eingeführten Regelungen in Teil 8 Absatz 2 TKG, das bei Unterlassen aktiver Verfahrenshandlungen ursprünglich zulässige Anträge überformt. Die Frist des § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG unterstellt, hätte die Regelfrist des vorliegenden Streitbeilegungsverfahrens auf den Antrag vom 11.7.2023 ohne Ruhendstellung im November 2023 geendet. Diese viermonatige

Ordnungsfrist hätte bei außergewöhnlichen Umständen dann ausweislich § 148 Abs. 8 S. 1 TKG nochmals um zwei Monate verlängert werden können.

- 23 Das spezielle Streitbeilegungsverfahren nach § 211 TKG und seine Ordnungsfristen in § 149 TKG dienen dem Zweck der Verfahrensbeschleunigung etwa gegenüber der Geltendmachung eines Mitnutzungsanspruch vor dem Zivilgericht, sodass damit auch dem in der Kostensenkungsrichtlinie verankerten allgemeinen Beschleunigungsgedanken hinsichtlich des Glasfaserausbaus ausreichend Rechnung getragen wird.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 55 zu § 77n TKG a. F. (Vorgängernorm zu § 149 TKG), vgl. Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation (ABl. EU L 155/1).

- 24 Neben der Geltendmachung eines tatsächlichen Anspruchs muss also nicht allein nur das Mitnutzungsbegehren vorliegen, sondern auch das Interesse an der speziell dem Streitbeilegungsverfahren zu Grunde liegenden beschleunigten Entscheidungsfindung zumindest mitumfasst sein.

2.3.2 Untätigkeit innerhalb der Ruhendstellung

- 25 Eine Verzögerung kann auch durch Untätigkeit innerhalb einer Ruhendstellung des Verfahrens erfolgen. Während der Ruhendstellung haben die Parteien – wie oben ausgeführt – den berechtigten Raum, bilaterale Vertragsverhandlungen mit dem Zweck der Einigung zu führen.
- 26 Auf Antrag der Streitparteien wurde das Verfahren am 9. 8. 2023 unbefristet ruhend gestellt. Der Sachverhalt wurde von keiner Seite gegenüber der Beschlusskammer wieder aufgegriffen. Ein Jahr später, mit Schreiben vom 9. 8. 2024, hörte die Beschlusskammer den Antragsteller zur Ruhendstellung an und setzte eine Stellungnahmefrist bis zum 26. 8. 2024. Eine Stellungnahme des Antragstellers zu dem Anhörungsschreiben blieb aus. Gemessen an den ausgesprochen knappen gesetzlichen Fristen ist die Ruhendstellung von mittlerweile über einem Jahr ohne ersichtliche weitere Aktivitäten oder außergewöhnliche Umstände überlang.
- 27 Soweit Verhandlungen nicht mehr durchgeführt werden oder das Scheitern der Verhandlungen feststeht, trifft insbesondere den Antragsteller die Pflicht, die Entscheidungsfindung zu befördern und die Ressourcen der Beteiligten zu schonen. Dies kann dadurch erfolgen, dass die Beendigung der Ruhendstellung und eine streitige Entscheidung beantragt wird oder eine Rücknahme eines Antrags erfolgt, etwa weil eine Alternative zu der ursprünglich begehrten Mitnutzung – beispielsweise durch die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen eines Dritten – gefunden worden ist.
- 28 Ein schlichtes Untätigbleiben widerspricht dagegen dem Beschleunigungsgedanken und kann speziell im Streitbeilegungsverfahren das Sachbescheidungsinteresse entfallen lassen. Eine solche Untätigkeit ist insbesondere dann treuwidrig, wenn die zeitliche

Verzögerung erheblich ist und der Zweck der ursprünglichen Entscheidungsfrist von hier zwei Monaten sowie verlängert vier Monaten aus § 149 Abs. 7 Nr. 2 TKG obsolet erscheinen lässt.

- 29 In der Konsequenz der Umstände des vorliegenden Einzelfalles fehlt es nunmehr am erforderlichen Sachbescheidungsinteresse.
- 30 Ob unter Berücksichtigung der Erläuterungen und Zeitabläufe eine treuwidrige Verzögerung durch Untätigkeit innerhalb einer Ruhendstellung des Verfahrens vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Grundsätzlich unterliegt die Antragstellung nach § 149 TKG keiner Frist. Gleichwohl ist anerkannt, dass auch ein an sich unbefristeter Antrag deshalb nicht nach Belieben z. B. durch einen Ruhendstellungsantrag hinausgezögert oder verspätet gestellt werden kann, ohne unzulässig zu werden. § 149 Abs. 1 Nr. 2 TKG eröffnet den Weg in die Streitschlichtung, wenn Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe, u. a. aus § 138 TKG streitig sind – die Regelung rekurriert damit auch auf die Frist zur bilateralen Verhandlung über die Mitnutzung (zwei Monate), denn es stellt eine Pflicht des Anspruchsgegners dar, innerhalb dieser Frist über ein Angebot zu verhandeln oder Versagungsgründe darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen.
- 31 Zwar hat der Antragsteller in der E-Mail zur Beantragung der Ruhendstellung vom 8. 8. 2023 dargelegt, dass es noch im August und damit unmittelbar nach der einvernehmlichen Ruhendstellung des Verfahrens zwischen der Antragsgegnerin und dem Antragsteller Gespräche geben soll.
- 32 Allerdings spricht der erhebliche Zeitablauf von über einem Jahr nach Ruhendstellungsantrag ohne jegliche Kenntlichmachung von fortlaufenden Verhandlungen oder einem Verhandlungserfolg dafür, dass eine treuwidrige Verzögerung des Verfahrens vorliegt.
- 33 Insbesondere ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Antragsteller auch in einem weiteren Verfahren vor der Beschlusskammer, dessen Antrag in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu diesem Antrag gestellt wurden (BK11-23-013), in Kontakt mit dem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, dem sogenannten Breitbandpaten, Herrn Plenz, stand. Insoweit ist es aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles nicht nachvollziehbar, dass der Antragsteller aufgrund der langjährigen und vielfältigen Geschäftsbeziehung zu der Antragsgegnerin nicht versucht hat, das Streitbeilegungsverfahren wieder aufleben zu lassen. So ist in diesem Verhalten des Antragstellers vorliegend auch eine entsprechende Vertrauensbetätigung der Antragsgegnerin zu erkennen.

2.4 Erneute Antragstellung

- 34 Die rechtliche Möglichkeit einer erneuten bilateralen Antragstellung bei der Antragsgegnerin auf Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen nach § 138 TKG im bilateralen Angebotsverfahren bleibt von der vorliegenden Entscheidung unberührt, sollte die begehrte Mitnutzung zwischenzeitlich zustande gekommen sein.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid 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	6
2.1	Rechtsgrundlage.....	6
2.2	Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	6
2.2.1	Zuständigkeit	6
2.2.2	Verfahren	6
2.3	Entscheidung in der Sache	6
2.3.1	Fehlendes Sachbescheidungsinteresse	7
2.3.2	Untätigkeit innerhalb der Ruhendstellung	8
2.4	Erneute Antragstellung	9
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	10