



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-23-016

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

Michael Rack, RSM Freilassing
Nocksteinstr. 13, 83395 Freilassing

– Antragsteller –

gegen

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

– 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. EWE TEL GmbH,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 5 –
6. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 6 –
7. GASLine CP Customer Projects GmbH,
Paesmühle, Paesmühlenweg 12, 47638 Straelen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 7 –
8. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladene zu 8 –
9. Vattenfall Eurofiber GmbH,
Hedwig-Dohm-Straße 2, 10829 Berlin
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –
10. wilhelm.tel GmbH,
Heidelbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 10 –
11. Bayernwerk Netz GmbH,
Lilienthalstraße 7,
93049 Regensburg
– Beigeladene zu 101 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Möller Rechtsanwälte PartG mbB,
Mühlbachbogen 1a, 83022 Rosenheim

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

durch

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

auf die mündliche Verhandlung vom 17. 1. 2024 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird gemäß § 138 Abs. 1 S. 1 TKG verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der in dem als Anlage 1 beigefügten Lageplan rot dargestellten Speedpipe-Rohrverbände 24 × 10 von der Ecke Bundesstraße B 304 / Gärtnerei Pichel in Adelstetten bis zu den Häusern Adelstetten 11 bis 31 in 83404 Ainring für die Einbringung von Glasfaserkabeln – wobei der Antragsteller von den darin befindlichen Fasern eine Doppelfaser je Wohneinheit zur Eigennutzung erhält – zu gewähren und bis zum 2. 4. 2024 ein entsprechendes Mitnutzungsangebot zu fairen und angemessenen Bedingungen zu unterbreiten. Das umfasst auch die bereits hergestellten Hauszuführungen.
2. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, in dem Mitnutzungsangebot nach Tenorziffer 1 eine faire und angemessene Bedingung zum Zeitpunkt des verbindlichen Zugangs auszuregeln.
3. Der Antragsteller ist zur Mitnutzung der Infrastrukturen gemäß Tenorziffer 1 berechtigt, unter der Bedingung, dass er in diese Speedpipes Glasfaserkabel in der Dimensionierung von mindestens vier Glasfasern je Wohneinheit und zusätzlich zwei Fasern je Gebäude auf eigene Kosten einbringt.
4. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Anordnung in Tenorziffer 1 zur Unterbreitung eines Mitnutzungsangebotes nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht nachkommt, wird ihr die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000 € angedroht.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin über die Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen.
- 2 Der Antragsteller ist ein bei der Bundesnetzagentur gemeldeter regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über Richtfunk, Glasfaser-Direktverbindungen und Vorleistungsprodukte Dritter anbietet.
- 3 Die Antragsgegnerin ist eine Gemeinde im Landkreis Berchtesgadener Land und zählt knapp 10.000 Einwohner.
- 4 Der Antragsteller begehrt die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze der Gemeinde Ainring zu fairen und angemessenen Bedingungen. Konkret geht es dabei um die Mitnutzung von unbelegten Leerrohren auf der Strecke Adelstetten 11 bis Adelstetten 31.
- 5 Der Antragsteller beantragte am 27. 7. 2023 die Mitnutzung dieser Leerrohre in den Straßen Adelstetten 11 bis Adelstetten 31. Ausweislich dieses Antrags beabsichtigt er, die benannten Straßenzüge mit schnellem Internet über Glasfaser bis ins Haus (FTTB/FTTH) zu versorgen und möchte hierzu die vorgenannten, unbelegten Leerrohre mitnutzen. Der Antrag enthält auch einen Zeitplan zur Umsetzung des Vorhabens. Danach soll sich das Vorhaben – vom Vertragsbeginn über den Abschluss der Planung und Wegesicherung sowie der Tiefbauarbeiten bis hin zur Inbetriebnahme der Anschlüsse – über eine Dauer von ca. 9-12 Monaten erstrecken.
- 6 Der Antrag auf Mitnutzung ist nach dem Vortrag des Antragstellers unbeantwortet geblieben.
- 7 Der Antragsteller stellte mit E-Mail vom 23. 10. 2023 sinngemäß folgenden Antrag:
Die Gemeinde Ainring wird dazu verpflichtet, eine Mitbenutzung öffentlicher Versorgungsnetze (unbelegte Leerrohre) gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 138 TKG zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren.
- 8 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 21 vom 8. 11. 2023 als Mitteilung Nr. 207 veröffentlicht.
- 9 Bis zur mündlichen Verhandlung ist keine Stellungnahme der Antragsgegnerin eingegangen.
- 10 Den Beteiligten ist in der am 17. 1. 2024 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wendet die Antragsgegnerin ein, dass sie zum Zeitpunkt der Antragstellung im Juli 2023 gar kein Angebot hätte erstellen können. In einem Telefonat im August 2023 sei der Antragsteller dahingehend informiert worden, dass sich die begehrte Infrastruktur noch im Bau befunden habe und demnach noch nicht fertig gestellt sei. Es habe weder einen Bestandsplan noch eine Rechnung für den Infrastrukturausbau gegeben.

- 11 Laut Vortrag der Antragsgegnerin im Verfahren BK11-21/001 plant die Antragsgegnerin im Zuge eines Fünfjahresplans eine Erschließung des Gemeindegebiets mit Hilfe des neuen BayGibit-Förderverfahrens. Der Plan der Antragsgegnerin sieht vor, dass Netzbetreiber die kommunale Infrastruktur im Rahmen des Förderverfahrens als Eigenleistung abkaufen sollen; der Ausbau ist innerhalb von längstens drei Jahren geplant.

Vgl. BK11, Beschluss vom 16. 4. 2021, BK11-21/001, Rz. 18 f.

- 12 Die Verkaufsabsicht wird in dem Gemeindebeschluss der Gemeinde Ainring vom 17. 11. 2020 festgehalten.

Ratsbeschluss der Gemeinde Ainring vom 17. 11. 2020.

- 13 Hinsichtlich der Baumaßnahmen erklärt die Antragsgegnerin, dass sie in diesem Fall nicht Initiator der Baumaßnahmen gewesen sei, sondern die Bayernwerke. Diese habe nach Rückfrage über die Preise mit der Antragsgegnerin und nach erhaltener Einverständniserklärung „... *in Eigenbauweise, in Eigenregie die Baumaßnahmen angefangen*“. Die Baumaßnahmen seien erfolgt, um die Stromtrassen zu erneuern bzw. ggf. auch erstmalig zu verlegen. Zum Prozedere trägt die Antragsgegnerin vor:

„Die [von der Bayernwerk Netz GmbH] fragen uns im Prinzip nur noch, ob sie es machen sollen oder nicht. Dann kriegen sie von unserem Tiefbau- beziehungsweise vom Straßenunterhalt das ‚Okay‘ mit dem entsprechenden Preisgebinde, sonst nichts. Also, wir geben keine Pläne vor, weil die Pläne eh im Prinzip nach Masterplan laufen.“

- 14 Verlegt worden seien 24 × 7-Rohre samt Stromkabel auf der Trasse sowie wahrscheinlich Abzweigungen zu den Grundstücken. Die Antragsgegnerin hingegen sei „nur bilateral mit eingebunden, nicht als Hauptinitiator dieser Maßnahme.“ Im Übrigen gäbe es keine weiteren Rahmenvereinbarungen mit der Bayernwerk Netz GmbH.

- 15 Im Rahmen ihrer Ermittlungsbefugnis nach § 205 TKG ist die Bayernwerk Netz GmbH mit Schreiben vom 22. 1. 2024 von der Beschlusskammer aufgefordert worden, die Verträge mit der Antragsgegnerin hinsichtlich der Mitverlegung von Speedpipe-Rohrverbänden im streitgegenständlichen Gemeindegebiet vorzulegen.

- 16 Mit E-Mail vom 26. 1. 2024 übersandte die Bayernwerk Netz GmbH einen (dem Mitnutzungsbegehren des Antragstellers zeitlich vorgelagerten) Vertrag [REDACTED] über einen Mitverlegungsauftrag der Antragsgegnerin. Der Vertrag ist [REDACTED] Antragsgegnerin unterzeichnet. Darin sind u. a. folgende Vereinbarungen festgehalten:

„[...] 1. Zahlungsbedingungen

[REDACTED]

2. Gegenstand des Vertrages

[REDACTED]

[REDACTED]

4.1 Ausführungszeit

[REDACTED]

4.2 Eigentumsverhältnisse

[REDACTED]

- 17 Darüber hinaus wurde von der Bayernwerk Netz GmbH ein Screenshot-Auszug von Adelstetten aus einem Masterplan vorgelegt. In der begleitenden E-Mail findet sich der ergänzende Hinweis darauf, dass es sich bei der verlegten Infrastruktur um einen 24 × 10 Speedpipe-Rohrverband handelt.
- 18 Mit E-Mail vom 30. 1. 2023 erklärte die Bayernwerk Netz GmbH, dass der Antragsgegnerin für die mitverlegten 24 × 10 Speedpipe-Rohrverbände in Adelstetten 11-31, 84404 Ainring noch keine Rechnung gestellt wurde.
- 19 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 20 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

- 21 Der Antrag des Antragstellers ist zulässig und begründet.

2.1 Rechtsgrundlage

- 22 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

- 23 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

- 24 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
- 25 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.
- 26 Gemäß § 211 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 27 Gemäß § 132 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.3 Entscheidung in der Sache

- 28 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 ist gemäß § 138 Abs. 1 S. 1 TKG verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der in dem als Anlage 1 beigefügten Lageplan rot dargestellten Speedpipe-Rohrverbände 24 × 10 von der Ecke Bundesstraße B 304 / Gärtnerei Pichel in Adelstetten bis

zu den Häusern Adelstetten 11 bis 31 in 83404 Ainring für die Einbringung von Glasfaserkabeln zu gewähren und bis zum 2. 4. 2024 ein entsprechendes Mitnutzungsangebot zu fairen und angemessenen Bedingungen zu unterbreiten. Das umfasst auch die bereits hergestellten Hauszuführungen.

2.3.1 Formelle Voraussetzungen

- 29 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.
- 30 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.

- 31 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.

- 32 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.

- 33 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.

2.3.2 Materielle Voraussetzungen

- 34 Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen des § 138 Abs. 1 und 2 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin ist gemäß § 138 Abs. 1 S. 1 TKG verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der in dem als Anlage 1 beigefügten Lageplan rot dargestellten Speedpipe-Rohrverbände 24 × 10 von der Ecke Bundesstraße B 304 / Gärtnerei Pichel in Adelstetten bis zu den Häusern Adelstetten 11 bis 31 in 83404 Ainring für die Einbringung von Glasfaserkabeln zu gewähren und bis zum 2. 4. 2024 ein entsprechendes Mitnutzungsangebot zu fairen und angemessenen Bedingungen zu unterbreiten.

2.3.2.1 Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien

- 35 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.
- 36 Der Antragsteller ist Eigentümer und Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 42 TKG.
- 37 Die Antragsgegnerin ist in Bezug auf die streitgegenständlichen Speedpipe-Rohrverbände in Adelstetten 11-31, 83404 Ainring als Bestellerin und zukünftige Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach § 3 Nr. 43 lit. a) sublit. aa) TKG passivlegitimiert. Von der in § 138 TKG formulierten Eigentümerstellung wird auch das Anwartschaftsrecht mitumfasst.
- 38 Die hier streitgegenständliche Infrastruktur ist – dies ist zwischen den Parteien unstreitig – im Jahr 2023 von der Bayernwerk Netz GmbH im Zuge eigener Baumaßnahmen auf Bestellung der Antragsgegnerin (mit)verlegt worden (s. Rz. 13 f.).
- 39 Sollten die Ausführungen der Antragsgegnerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung so gemeint gewesen sein, dass der Mitnutzungsantrag des Antragstellers vor Abschluss der Bauarbeiten gestellt worden sei und dies unzulässig sei, so ist dies unerheblich. Denn zum einen erfasst der Mitnutzungsanspruch nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Nr. 43 TKG auch „*entstehende ... physische Infrastrukturen*“ (s. dazu auch

Rz. 44). Zum anderen wäre die Antragsgegnerin mit diesem Vortrag gemäß § 215 Abs. 5 TKG präkludiert.

- 40 Soweit die vagen Ausführungen der Antragsgegnerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung so zu verstehen sein sollten, dass es an ihrer Passivlegitimation fehle, solange sie noch keine Rechnung über die Baumaßnahmen erhalten und diese bezahlt habe, geht diese Rechtsansicht fehl. Die Antragsgegnerin kann auch als Bestellerin und zukünftige Eigentümerin eines entstehenden Versorgungsnetzes i. S. d. § 3 Nr. 43 lit. a) sublit. aa) TKG zur Vorlage eines Mitnutzungsangebotes verpflichtet werden.
- 41 Auch wenn die Antragsgegnerin ausführt, die Leerrohre seien entgegen sämtlicher haushalts- und vergaberechtlicher Grundprinzipien von der Bayernwerk Netz GmbH verbaut worden, ohne dass es dazu eine vorherige schriftliche Vereinbarung gebe oder zuvor die preislichen Konditionen der Bauarbeiten feststünden, so erfolgte die Einbringung der Leerrohre – unstreitig – für die Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin ist als Bestellerin und zukünftige Eigentümerin für die Mitnutzungsansprüche verantwortlich.
- 42 Die Antragsgegnerin hat die Verlegung der hier streitgegenständlichen Mikroerrohre initiiert und trägt die planerische Verantwortung. Die Mikroerrohre wurden von der Bayernwerk Netz GmbH für die Antragsgegnerin eingebracht. Grundlage ist ein Masterplan, der die Bayernwerk Netz GmbH dazu veranlasst hat, Speedpipe-Rohrverbände für die Antragsgegnerin mitzuverlegen. Laut diesem Masterplan sollen bei Bauarbeiten im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin zugleich Leerrohre und Speedpipe-Rohrverbände eingebracht werden, um die Bevölkerung mit Breitbanddiensten auf Basis eines Glasfasernetzes zu versorgen.
- 43 Dies wird bestätigt durch den Vortrag der Antragsgegnerin im Streitbeilegungsverfahren (gleichen Rubrums) zu dem Aktenzeichen BK11-21/001. Dort trug die Antragsgegnerin vor, dass sie im Zuge eines Fünfjahresplans eine Erschließung mit Hilfe des neuen BayGibit-Förderverfahrens plane. Der Plan der Antragsgegnerin sehe vor, dass Netzbetreiber die kommunale Infrastruktur im Rahmen des Förderverfahrens als Eigenleistung abkaufen sollen; der Ausbau sei innerhalb von längstens drei Jahren geplant.

Vgl. BK11, Beschluss vom 16. 4. 2021, BK11-21/001, Rz. 18f.

- 44 Der Mitnutzungsanspruch richtet sich auf öffentliche Versorgungsnetze. Öffentliche Versorgungsnetze sind gem. § 3 Nr. 43 TKG entstehende, betriebene oder stillgelegte physische Infrastrukturen. Die streitgegenständliche Infrastruktur wurden vollständig im Rahmen von Baumaßnahmen mitverlegt, um die Leerrohre in der Folge für die Zwecke des Breitbandausbaus zu nutzen. Erforderlich ist gemäß der gesetzlichen Definition kein aktuell tatsächlich erfolgender Netzbetrieb für Erzeugungs-, Leitungs- oder Verteildienste für Telekommunikation. Vielmehr genügt es, dass die Infrastruktur in Zukunft für diese Zwecke bereitgestellt werden soll. Es handelt sich in diesem Fall um ein entstehendes öffentliches Versorgungsnetz i. S. d. § 3 Nr. 43 lit. a) sublit. aa) TKG.

- 45 In tatsächlicher Hinsicht kann bei entstehenden Netzen (noch) nicht für alle Anlagenteile die Eigentümerschaft bestehen, ansonsten würde es sich – im Umkehrschluss – um bestehende Infrastrukturen handeln. Soweit jedoch bereits eine gesicherte Rechtsposition für die entstehenden Infrastrukturen besteht, muss ein Mitnutzungsanspruch auch gegen einen zukünftigen Eigentümer gerichtet werden können. Das entspricht dem Sinn und Zweck der Norm, insbesondere mit Blick auf den Beschleunigungsgedanken aus der Kostensenkungsrichtlinie.

Aus diesem Grund wird auch der Kreis der Anspruchsberechtigten weit gefasst. Siehe hierzu: BT-Drs.18/8332, S. 45 zur Vorgängervorschrift § 77d TKG²⁰¹⁶; BK11, Beschluss vom 16. 4. 2021, BK11-21/001, Rz. 64.

- 46 Die Antragsgegnerin hat noch kein Eigentum erlangt. Ausweislich des von der Bayernwerk Netz GmbH vorgelegten Vertrages gehen die Anlagenteile erst [REDACTED] über. Die Speedpipe-Rohrverbände stehen damit unter Eigentumsvorbehalt i. S. d. § 158 BGB. Die Antragsgegnerin hat jedoch ein Anwartschaftsrecht erlangt. Das Anwartschaftsrecht ist eine gesicherte Rechtsposition der Antragsgegnerin, welche die Bayernwerk Netz GmbH hinsichtlich des finalen Eigentumserwerbes nicht mehr einseitig zu verhindern vermag.

Vgl. BGHZ 49, 197 (201) = NJW 1968, 493 (494); BGHZ 83, 395 (399) = NJW 1982, 1639 (1640); BGH NJW 1994, 3099 (3100); 1996, 1740 (1741).

- 47 In Bezug zum Eigentum als Vollrecht verhält sich das Anwartschaftsrecht als sog. „wesensgleiches Minus.“

BGHZ 28, 16 (21) = NJW 1958, 1133 (1134).

- 48 Durch diese gesicherte Rechtsposition der Antragsgegnerin hinsichtlich der nicht mehr einseitig zu verhindernden – und im Übrigen von Anfang an von beiden Parteien des Werklieferungsvertrags so vorgesehenen – Eigentumserlangung an einer entstehenden physischen Infrastruktur zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten (hier: den Speedpipe-Rohrverbänden in Adelstetten 11-31) kann ein Mitnutzungsantrag nach § 138 TKG bereits an die Antragsgegnerin gerichtet werden.

2.3.2.2 Mitnutzungsantrag

- 49 Der Mitnutzungsantrag des Antragstellers vom 27. 7. 2023 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.

- 50 Anders als die Antragsgegnerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, steht dem Antrag auch nicht der Umstand entgegen, dass die streitgegenständlichen Leerrohre im Zeitpunkt des Mitnutzungsantrags noch nicht verbaut gewesen sein sollen. Abgesehen davon, dass die Baumaßnahmen zum jetzigen Zeitpunkt – unstreitig – beendet sind und es nach dem Vortrag der Antragsgegnerin lediglich an einer Abnahme und Rechnungsstellung fehlen soll, ist die Beantragung einer Mitnutzung schon dann möglich, wenn die passive Netzinfrastruktur noch gebaut wird. Dies ergibt sich aus der Legaldefinition des öffentlichen Versorgungsnetzes in § 3 Nr. 41 TKG, wonach der Begriff „entstehende, betriebene oder stillgelegte physische Infrastrukturen“ erfasst. Entsprechend kann eine Mitnutzung auch für entstehende Infrastrukturen beantragt werden, sofern ein Antragsteller – wie hier – abschätzen kann, dass die Infrastrukturen für eine Mitnutzung geeignet sein werden.
- 51 Der Ausgestaltung des § 138 TKG lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass eine Mitnutzung erst dann beantragt werden kann, wenn die Bauarbeiten an den Infrastrukturen abgeschlossen sind. Vielmehr streitet das Telos der Regelung, den Breitbandausbau zu beschleunigen, dafür, eine frühestmögliche Beantragung einer Mitnutzung zu ermöglichen, sofern – wie hier – die nach § 138 Abs. 1 TKG erforderlichen Mindestangaben bekannt sind und dementsprechend bei rechtstreuem Verhalten bei der Parteien zügig Verhandlungen beginnen können.

2.3.2.3 Keine Versagungsgründe

- 52 Die Antragsgegnerin hat sich nicht auf einen Versagungsgrund nach § 141 Abs. 2 TKG berufen. Da die Versagungsgründe als Einwendungen ausgestaltet sind, entfällt eine Prüfung, ob Versagungsgründe vorliegen.

Zur Ausgestaltung der Versagungsgründe als Einwendung s. BT-Drs. 18/8332, S. 47 f.

2.3.2.4 Klausel zur Zugangsgewährung (Tenorziffer 2)

- 53 Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, in dem Mitnutzungsangebot nach Tenorziffer 1 eine faire und angemessene Bedingung zum Zeitpunkt des verbindlichen Zugangs auszuregeln.
- 54 Die Beschlusskammer ist berechtigt, über Rechte, Pflichten und Versagungsgründe zu entscheiden. Dies schließt ausweislich § 149 Abs. 1 Nr. 1 auch die Festlegung fairer und angemessener Bedingungen ein.
- 55 Als Prüfungsmaßstab für die Festlegung der weiteren Mitnutzungsbedingungen hat die Beschlusskammer § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG herangezogen. Dieser legt als Kriterium für ein ordnungsgemäßes Angebot über die Mitnutzung fest, dass dieses „faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung, insbesondere in Bezug auf den Preis für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes sowie in Bezug auf die zu leistenden Sicherheiten und Vertragsstrafen“ enthalten muss.

- 56 Das Kriterium der fairen und angemessenen Bedingungen entstammt Art. 3 Absatz 5 der Kostensenkungsrichtlinie.
- 57 Während der Begriff der Angemessenheit auf einen Verhältnismäßigkeitsmaßstab hinweist, zielt das Wort „fair“ auf eine gerechte, den Regeln des Zusammenlebens entsprechende (und in diesem Sinne anständige) Lösung und verweist somit auf einen Billigkeitsmaßstab.
- 58 Die fairen und angemessenen Zugangsbedingungen sollten „mit der normalen Ausübung von Eigentumsrechten vereinbar“ sein.

Vgl. Kostensenkungsrichtlinie, Erwägungsgrund 14.

- 59 Aus Erwägungsgrund 18 der Kostensenkungsrichtlinie ergibt sich zudem, dass bei der Festlegung fairer und angemessener Bedingungen auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Je nach Kontext können verschiedene Faktoren – zum Beispiel die Verwendung staatlicher Zuschüsse, Einschränkungen aufgrund nationaler Vorschriften zum Schutz der Umwelt, der Gesundheit oder der öffentlichen Sicherheit sowie die Verwirklichung von Stadt- und Raumplanungszielen – die Bedingungen der Zugangsgewährung beeinflussen. Dem lässt sich entnehmen, dass bei der Festlegung von Zugangsbedingungen den besonderen rechtlichen und tatsächlichen Umständen des Einzelfalles gebührend Rechnung zu tragen und ein fairer und angemessener Ausgleich sämtlicher berechtigter Interessen der Parteien zu gewährleisten ist.

Vgl. (zum europäischen Kartellrecht) EuGH, Urteil C-170/13 vom 16. 7. 2015, juris-Rz. 37, 56.

- 60 Vor dem Hintergrund des in der Kostensenkungsrichtlinie verankerten Beschleunigungsgedankens und zur Vermeidung von treuwidrigen Verzögerungen ist im Einzelfall erforderlich, dass nach Vorlage und Annahme eines Mitnutzungsangebotes die Zugangsgewährung innerhalb eines fairen und angemessenen Zeitraums erfolgt.
- 61 Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von dem verpflichteten Infrastrukturanbieter gewährten Zugangsleistungen innerhalb von Fristen bereitgestellt werden müssen, die es den auf diese Leistungen angewiesenen Mitnutzungspetenten ermöglichen, effektiv am Markt tätig sein zu können und ohne treuwidrige Verzögerungen behindert zu werden. Das Gebot ist eine weitere Ausprägung des auch in § 50 Abs. 2 Nr. 2 TKG niedergelegten Grundsatzes, demzufolge das marktmächtige Unternehmen durch sachlich unbegründete zeitliche Verzögerungen seine Wettbewerber nicht behindern können soll. Auch das Kriterium der Rechtzeitigkeit ist auf § 138 Abs. 2 S. 2 TKG übertragbar, weil ungeachtet von Fragen der Marktmacht jedenfalls auch vorliegend der Zeitrahmen für die Bereitstellung der Leistung am Ziel des beschleunigten Infrastrukturausbaus zu messen ist.

Vgl. BK11, Beschluss v. 30. 9. 2019, BK11-19-008, Rz. 151.

- 62 Im vorliegenden Einzelfall gibt die Antragsgegnerin Anlass zu der Annahme, dass sie nach Vorlage eines Mitnutzungsangebots den tatsächlichen Zugang zur Einbringung

der Glasfaserkabel in die Speedpipes für den Antragsteller hinauszögert. Das lässt sich aus dem bisherigen Verhalten der Antragsgegnerin schließen. Weder auf den Mitnutzungsantrag des Antragstellers vom 27. 7. 2023 oder auf den Streitbeilegungsantrag hin hat die Antragsgegnerin reagiert (s. Rz. 6) noch hat sie sich bereit zur Verhandlung und zeitnahen Erledigung des Mitnutzungsbegehrs gezeigt. Das Interesse an einem fairen und angemessenen Zeitraum zur tatsächlichen Befüllung des Antragstellers ist hier daher zu schützen.

- 63 Der festzulegende Zeitrahmen ist durch die Parteien auszuhandeln. Die Beschlusskammer geht – Eigentum der Antragsgegnerin unterstellt – davon aus, dass der tatsächliche Zugang zur Befüllung der Speedpipes unverzüglich, spätestens einen Monat nach Vertragsschluss grundsätzlich angemessen erscheint.
- 64 Die Anordnung der Bedingung folgt dem legitimen Zweck der Beschleunigung und dem Gebot der Rechtzeitigkeit und ist auch verhältnismäßig. In Anbetracht der bisherigen Verweigerungshaltung (s. Rz. 62) ist die Anordnung der Tenorziffer 2 erforderlich. Auch ist kein milderes Mittel ersichtlich, insbesondere da die Parteien die Frist zur Zugangsgewährung weiterhin selbst aushandeln können. Die Anordnung greift auch nicht unverhältnismäßig in die Rechte der Antragsgegnerin ein. Es wird lediglich ein geringer Eingriff zur zeitlichen Ausgestaltung des tatsächlichen Zugangs vorgenommen, wobei das Interesse des Antragstellers zur effektiven Marktteilnahme und das Interesse der Öffentlichkeit an einem zügigen Ausbau eines Netzes mit hoher Kapazität überwiegt.

2.3.2.5 Regelungen zur Befüllung durch den Antragsteller (Tenorziffer 3)

- 65 Da die Voraussetzungen des § 138 TKG vorliegen und Versagungsgründe gemäß § 141 TKG durch die Antragsgegnerin nicht vorgetragen wurden, ist die Antragsgegnerin verpflichtet, dem Antragsteller ein Angebot über die Mitnutzung der streitgegenständlichen Infrastruktur zu legen. Allerdings steht mit Blick auf die Dimensionierung der streitgegenständlichen Infrastruktur die Mitnutzung der Speedpipe-Rohrverbände in den Grundstückszuführungen im Bereich Adelstetten 11-31 steht unter der Bedingung, dass der Antragsteller die von ihm mitgenutzten Speedpipes zuvor auf eigene Kosten mit mehreren Glasfasern befüllt. Das hat den Hintergrund, dass es andernfalls keine Zugangsmöglichkeit der Antragsgegnerin oder Dritter in die Infrastrukturen mehr gäbe und die Nutzung einer Alleinnutzung gleichkäme. Im Einzelnen:
- 66 Die Mitnutzung der Speedpipes durch den Antragsteller ist unter eine Bedingung zu stellen, um dem Zweck der gesetzlichen Regelungen zu entsprechen. Insoweit werden auch die Modalitäten einer vertraglichen Abrede zwischen den Streitparteien entsprechend vorgeformt. Die Bedingung ist – vor dem Hintergrund des Ausbau- und Beschleunigungsgedankens – bereits im Beschluss vorzusehen, um nicht in eine Situation zu gelangen, bei der die Mitnutzung durch den Antragsteller eine spätere Eigennutzung oder weitere Mitnutzungen durch Dritte unmöglich machen würde. Dies würde letztlich

dem Ziel des Infrastrukturwettbewerbs beim Breitbandausbau zuwiderlaufen und eine Monopolisierung durch Mitnutzung schaffen, die gesetzgeberisch nicht gewollt war.

- 67 Die Beschlusskammer sieht daher in Ausübung ihres Ermessens zur Festlegung von Mitnutzungsbedingungen vor, dass vor der eigentlichen Mitnutzung durch den Antragsteller eine – die knappe Ressource umfassend ausnutzende – Befüllung der Speedpipe-Rohrverbände erforderlich ist, die sowohl die Interessen der Eigentümerin berücksichtigt als auch den Zugang Dritter zu den Endkunden weiterhin ermöglicht. Endkunden kann es auf diesem Weg perspektivisch möglich sein, auch Produkte Dritter, die im Wettbewerb mit den Produkten des Antragstellers stehen, in Anspruch zu nehmen. Dieser Aspekt der Anordnung wahrt demgemäß nicht nur die Verbraucherinteressen durch die Sicherstellung der Angebotsvielfalt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, sondern stellt daneben vor allem den chancengleichen Wettbewerb i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sicher.
- 68 Im Bereich Adelstetten 11-31 sind Speedpipe-Rohrverbände 24×10 verlegt worden. Es handelt sich dabei um Bündel von 24 Stück Speedpipes, die durch eine Kunststoffummantelung zusammengehalten werden. Jede einzelne dieser Speedpipes (die teilweise auch als Mikroleerrohre oder Micro Pipes bezeichnet werden) hat einen Außendurchmesser von 10 mm. Für einen Hausanschluss wird in der Regel eine Speedpipe verwendet. Dabei werden die Speedpipes vom nächstgelegenen Konzentrations- / Kollationspunkt bis in die einzelnen anzuschließenden Gebäude hinein verlegt und enden am Hausübergabepunkt.
- 69 Diese Infrastruktur befindet sich im letzten Teilstück des Zugangsnetzes, bei dem der Ausbau von Infrastruktur am aufwändigsten und teuersten ist. Sobald diese Rohre mit einem Kabel belegt sind, das nicht genügend Kapazität für weitere Nutzer aufweist, könnte die Antragsgegnerin oder ein Wettbewerber die betroffenen Endkunden nur unter Inkaufnahme erneuter Tiefbauarbeiten mit Glasfasern anschließen. Gerade hier kommt es auf eine Zugangsmöglichkeit an, um letztlich den Endkunden überhaupt ein (konkurrierendes) Breitbandprodukt zur Verfügung stellen zu können.
- 70 Die auf Bestellung der Antragsgegnerin bereits verlegten Speedpipe-Rohrverbände in den Grundstückszuführungen im Bereich Adelstetten 11-31 sind bislang unbefüllt; die Grundstückszuführungen enthalten somit bislang keine Glasfaserkabel. Insoweit käme hier bei einer rein formalen Betrachtung auch eine – insofern ausschließliche – Nutzung durch eine Befüllung der Mikroleerrohre allein durch den Antragsteller in Betracht.
- 71 Jedoch würde eine solche ausschließliche – und im Ergebnis wettbewerblich ineffiziente – Nutzung der hier vorhandenen passiven Infrastrukturen durch den Antragsteller in Form der Einbringung eines Kabels, das nur die von Antragstellerin benötigten Glasfasern enthält, dazu führen, dass keine weitere Eigen- bzw. Fremdnutzung mehr möglich wäre. Zwar können in Speedpipes mit einem Außendurchmesser von 10 mm, abhängig vom konkreten Fabrikat (insbesondere der Wanddicke) Kabeln mit mehreren Dutzend Glasfasern eingebracht werden. Allerdings kann wegen des geringen Durchmessers des Speedpipes nur ein Kabel eingebracht werden.

- 72 Daher ist eine Regelung zu schaffen, die verhindert, dass die Mitnutzung eine spätere Eigen- oder weitere Fremdnutzungen erschwert oder unmöglich macht. Erforderlich ist die Anordnung einer fairen und angemessenen Mitnutzungsbedingung, um den Zielvorstellungen der gesetzlichen Regelungen, also dem Heben von Synergieeffekten für den schnelleren Glasfaserausbau, Rechnung zu tragen. Dabei sind auch die Interessenlage der Antragsgegnerin sowie möglicherweise geschützte Grundrechtspositionen in besonderem Maße zu berücksichtigen, um eine objektive, transparente und verhältnismäßige Entscheidung im Rahmen des § 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TKG zu treffen. Dabei ergibt sich die Anforderung einer verhältnismäßigen Entscheidung, neben allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ausdrücklich aus Art. 3 Abs. 5 der Kostensenkungsrichtlinie.
- 73 Die Besonderheit der vorliegenden Fallkonstellation besteht (wie in Rz. 68 ff. dargelegt) darin, dass die durch Speedpipes mit einem Außendurchmesser von 10 mm realisierten, bislang unbelegten Hauszuführungen, wie dargelegt, bei einer Befüllung mit einem einzelnen Glasfaserkabel durch den Antragsteller faktisch alleine genutzt würden und der Eigentümer oder Dritte keine weiteren Kabel einbringen können. Diese Problematik kann aber dahingehend aufgelöst werden, dass der Antragsteller bei Befüllung der Speedpipes mit Glasfaserkabeln zu einem Open Access in Form unbeschalteter Glasfasern verpflichtet wird und ein Kabel mit so vielen Fasern einbringt, die eine spätere Benutzung durch die Antragsgegnerin oder Dritte über eine Aufteilung der Glasfasern ermöglicht.
- 74 Die Mitnutzung der hier streitgegenständlichen Infrastrukturen ist im vorliegenden Einzelfall an die (faire und angemessene) Bedingung der Befüllung der Infrastrukturen mit einem ausreichend dimensionierten Glasfaserkabel durch den Antragsteller geknüpft. Würde diese unterbleiben, bestünde die Gefahr, dass die komplett befüllte Infrastruktur einer Zugangsmöglichkeit für andere Erschließungsinteressierte entzogen würde und insbesondere die betroffenen Endkunden faktisch an ein Monopol (des Antragstellers) gebunden wären. Dies würde den Regulierungszielen gemäß § 2 Abs. 2 TKG zuwiderlaufen, wenn durch eine staatliche Anordnung ein faktisches Monopol entstünde. Dieser Aspekt der Anordnung wahrt demgemäß nicht nur die Verbraucherinteressen durch die Sicherstellung der Angebotsvielfalt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, sondern stellt daneben vor allem den chancengleichen Wettbewerb i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sicher. Zudem wird der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG beschleunigt. Zwar erfährt der Antragsteller insoweit eine gewisse Einschränkung, als er im vorliegenden Fall keine bedingungslose Mitnutzung der Hauszuführungen erreichen kann, allerdings hat er zum einen zum jetzigen Zeitpunkt noch die Möglichkeit, das Angebot der Antragsgegnerin abzulehnen, wenn ihm das Risiko der Geschäftstätigkeit zu diesen Bedingungen zu hoch erscheint.
- 75 Die Befüllung ist im vorliegenden Einzelfall als Mitnutzungsbedingung gegenüber dem Antragsteller ausgestaltet. Zwar käme auch eine gestufte Regelung in Betracht, wonach primär der Antragsgegnerin als zukünftiger Eigentümerin eine Befüllung der Speednet-

Rohrverbünde offen stünde und nur im Falle, dass sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen will, eine Befüllung verpflichtend durch den Antragsgegner zu erfolgen hat.

Vgl. dazu BK11, Beschluss vom 16. 4. 2021, BK11-21/001, Tenorziffern 6-10.

- 76 Eine solche Regelung kam im vorliegenden Einzelfall nicht in Betracht, da die Antragsgegnerin darauf abzielt, die im Rahmen ihres Masterplans durch Dritte (mit)verlegte passive Infrastruktur zu einem späteren Zeitpunkt in ein Förderverfahren einzubringen bzw. zu veräußern. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Antragsgegnerin eigene Bautätigkeiten in Bezug auf die hier streitgegenständliche Infrastruktur erbringen wird. Dies gilt auch und insbesondere für das Befüllen der noch unbelegten Speednet-Rohrverbände mit Glasfaserkabeln. Ebenso ist nichts dafür vorgetragen oder anderweitig ersichtlich, dass die Antragsgegnerin zeitnah einen Dritten mit einer Befüllung dieser Infrastruktur beauftragen würde. Dies deckt sich mit dem weiteren Verlauf der Verhandlungen zwischen den Parteien infolge des Streitbeilegungsverfahrens gleichen Rubrums zu dem Aktenzeichen BK11-21/001: auch dort war im Vertragsangebot eine Befüllung der passiven Infrastruktur durch den Antragsgegner vorgesehen. Vor diesem Hintergrund kommt nur eine – als Bedingung der Mitnutzung der passiven Infrastruktur ausgestaltete – Befüllung der Speednet-Rohrverbände durch den Antragsteller in Betracht. Dieser verfügt nach seinen Äußerungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und den Erkenntnissen der Beschlusskammer aus dem Streitbeilegungsverfahren BK11-21/001 über die dazu notwendigen Mittel und Möglichkeiten.

- 77 Für die Bestimmung der Faserzahl der in die einzelnen Speedpipes jeweils einzubringenden Glasfaserkabel orientiert sich die Beschlusskammer am Materialkonzept des Bundes für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im geförderten Breitbandausbau. Dort sind als Mindestmaß eine Dimensionierung von vier Fasern pro Wohneinheit / Teilnehmer bzw. Gewerbeinheit und zwei zusätzliche Fasern pro Gebäude vorgesehen.

Siehe dazu Einheitliches Materialkonzept und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus (Version 5.0.1) vom 24. 2. 2022, Ziff. 1.4 (S. 1); abrufbar unter dem Link <https://gigabit-projekttraeger.de/downloads/>.

- 78 Aus diesen Vorgaben ergibt sich, dass ein Anbieter bei der Dimensionierung der Glasfaserkabel vom Kollokationspunkt in Richtung Endkunde mindestens vier Glasfasern je Wohneinheit / Teilnehmer bzw. Gewerbeinheit und weiteren zwei Glasfasern je Gebäude – zum Beispiel für Haustechnik wie Smart Metering – vorzusehen hat. Dementsprechend sind von einem solchen Kollokationspunkt in Richtung Endkunde, beispielsweise einem Einfamilienhaus, mindestens sechs Fasern in Richtung Endkunde zu führen.
- 79 Zwar ist diese Regelung im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar, da es sich nicht um einen geförderten Breitbandausbau handelt. Allerdings liegen dem Materialkonzept vergleichbare Erwägungen wie der hier zu treffenden Mitnutzungsbedingung

zu Grunde: die Vorgabe erfolgt, um sicherzustellen, dass die errichtete passive Infrastruktur nicht nur durch einen Anbieter genutzt wird, sondern ein diskriminierungsfreier Zugang für mehrere Anbieter sichergestellt wird. Auch wenn im vorliegenden Fall diese Zielsetzung nicht im unionsrechtlichen Beihilferecht (konkret: der Verpflichtung eines offenen Netzzugangs zu gefördert errichteten Infrastrukturen) wurzelt, so ergibt sie sich aus dem Zweck der Kostensenkungsrichtlinie und der diese umsetzenden Regeln des TKG, über die gemeinsame Nutzung passiver Infrastrukturen eine Kostensenkung und Beschleunigung des Breitbandausbaus zu erzielen.

- 80 Um die vorgenannte Zielsetzung zu erreichen, sind die von dem Antragsteller einzubringenden Kabel so zu dimensionieren, dass vier Fasern pro Wohneinheit / Teilnehmer bzw. Gewerbeinheit sowie zwei zusätzliche Fasern pro Gebäude als Point-to-Point-Verbindung bis zum Kollokationspunkt vorgehalten werden. Diese vom Antragsteller einzubringenden Glasfaserkabel gehen mit dem Einbau und über eine Regelung im Mitnutzungsvertrag in das Eigentum der Antragsgegnerin über. Dem Antragsteller steht sodann ein Mitnutzungsrecht an der befüllten Speedpipe zu. Dieses Mitnutzungsrecht wirkt ähnlich einer auf dem Grundstück lastenden behördlichen Anordnung und weist insoweit eine große Nähe zum sachbezogenen Verwaltungsakt auf.

Vgl. BK11, Beschluss vom 7. 6. 2021, BK11-21-002, Rz. 143.

So kann der Antragsteller im Zuge der Mitnutzung der Speedpipes jeweils zwei Fasern (also eine Doppelfaser) pro Wohn- oder Gewerbeinheit selbst nutzen. Die beiden übrigen Fasern sind hingegen für Nutzungen durch die Antragsgegnerin oder Dritte freizuhalten. Dies gewährleistet, dass die Antragsgegnerin oder Dritte weiterhin mit dem Antragsteller in Wettbewerb um die Endkunden in diesen Objekten treten können.

- 81 Der Beschlusskammer ist bewusst, dass die Häuser in Adelstetten regelmäßig nur durch einen Anbieter versorgt werden. Jedoch ist eine Befüllung der Hausanschlüsse mit der im Materialkonzept des Bundes vorgesehenen Anzahl an Glasfaserkabeln unter mehreren Gesichtspunkten zweckmäßig:
- Die zusätzlichen Kosten für die Befüllung mit gemäß Rz. 78 dimensionierten Glasfaserkabeln gegenüber der Befüllung mit geringer dimensionierten Glasfaserkabeln sind marginal.
 - Durch die Befüllung mit gemäß Rz. 78 dimensionierten Glasfaserkabeln wird Kapazität geschaffen, die zu einer effizienteren Ausnutzung der einzelnen Speedpipes führt, als dies bei einer Befüllung mit geringer dimensionierten Glasfaserkabeln der Fall wäre.
 - Durch die Befüllung mit gemäß Rz. 78 dimensionierten Glasfaserkabeln ist, zum Beispiel bei einem Anbieterwechsel, eine unterbrechungsfreie Versorgung der Endkunden sichergestellt. Dies würde selbst dann gelten, wenn es um die Modalitäten des Endkundenwechsels Streit geben oder das bisher anbietende Unternehmen

insolvent werden würde. Der „neue“ Anbieter wäre nicht auf die bislang für die Versorgung verwendete(n) Glasfaser(n) angewiesen, sondern könnte eine andere Glasfaser benutzen.

- Die Anbindung der Grundstücke mit gemäß Rz. 78 dimensionierten Glasfaserkabeln stellt sicher, dass die so dimensionierte Infrastruktur zukunftssicher ist. Da ein Nachzug weiterer Glasfasern in die vorhandenen Hauszuführungen technisch nicht möglich ist, wird durch die oben in Rz. 78 beschriebene Dimensionierung der Glasfaserkabel sichergestellt, dass selbst bei heute noch nicht absehbaren, aber angesichts der technischen Entwicklung nicht auszuschließenden Szenarien – bei denen beispielsweise ein Gebäude mit mehr als zwei Glasfasern angeschlossen wird oder von mehr als zwei Anbietern versorgt wird – hinreichende Kapazitäten vorhanden sind.

82 Insoweit wird über die hier gefundene Regelung beiden Interessenlagen Rechnung getragen, ohne dabei jeweils zu weitgehend in die entsprechend grundrechtlich geschützten Sphären sowohl der kommunalen Selbstverwaltung und fiskalischen Interessen auf der einen Seite als auch dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf der anderen Seite einzugreifen.

83 Die für die Befüllung der Mikroerohre DA 10 notwendigen Kosten hat der Antragsteller selbst zu tragen. Es handelt sich dabei um zusätzliche Kosten, die sich durch die Ermöglichung der Mitnutzung ergeben. Die Pflicht des Antragstellers zur Kostentragung bringt hier auch die widerstreitenden Interessen von Antragsteller und Antragsgegnerin in ein ausgewogenes Verhältnis. Denn einerseits wird die Infrastruktur und damit das Eigentum der Antragsgegnerin mit Zutun des Antragstellers aufgewertet, wobei diese Aufwertungs-Investition bei der Berechnung des Mitnutzungsentgelts durch die Antragsgegnerin zugunsten des Antragstellers entsprechend außen vor bleibt und eine Mitnutzung der übrigen passiven Infrastruktur vergünstigt. Andererseits hat der Antragsteller bereits durch die Mitnutzung der sonstigen passiven Netzinfrastrukturen erhebliche Aufwendungen erspart und den Vorteil des ersten Ausbaus eines Breitbandnetzes, was ihm eine bessere Ausgangsposition im Wettbewerb und damit eine schnellere Amortisierung seiner Investitionen ermöglicht. Insoweit wird über die hier gefundene Regelung beiden Interessenlagen Rechnung getragen, ohne dabei jeweils zu weitgehend in die entsprechend grundrechtlich geschützten Sphären sowohl der kommunalen Selbstverwaltung und fiskalischen Interessen auf der einen Seite als auch dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf der anderen Seite einzugreifen.

84 Dabei bleibt es ausdrücklich den Streitparteien vorbehalten, sich ggf. auch auf eine andere Befüllung der Mikroerohre zu einigen, wenn sich diese ebenfalls in einem Interessenausgleich erreichen lässt. Sollten sich die Parteien beide auf eine andere Befüllung der Mikroerohre verständigen, der auch in ihrem beiderseitigen Interesse liegt und eine Mitnutzung der Hausanschlüsse ebenso gut ermöglicht, tritt die konkrete Beschlussfassung gegenüber dem vorrangigen übereinstimmenden Parteiwillen an

dieser Stelle zurück. Das Angebot könnte in diesem Fall auch unter Berücksichtigung einer abweichenden Infrastruktur erfolgen, die den Interessen des Antragstellers ebenso entspricht. Nur im Falle einer Nichteinigung auf eine andere Lösung kommt die hier angeordnete zum Tragen.

- 85 Diese Regelung ist im Sinne von Antragsteller und Antragsgegnerin fair und angemessen. Sie berücksichtigt auf der einen Seite das Interesse des Antragstellers am Ausbau, der möglichst zeitnah durchgeführt werden können soll. Auf der anderen Seite wird durch die Regelung auch die mögliche Eigennutzung der Antragsgegnerin weiterhin auch in Zukunft gesichert, so dass die Befüllung auch in ihrem Interesse stattfindet.
- 86 Ein milderer Mittel ist unter Berücksichtigung dieser beiden Interessenlagen nicht erkennbar. Die Anordnung der Mitnutzung ohne eine zuvor vorgenommene Befüllung würde die weiteren Pläne der Antragsgegnerin erschweren. Dies wäre auch im Sinne des schnellen und effizienten Breitbandausbaus nicht vertretbar.

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

- 87 Die Vorlage des Mitnutzungsangebotes durch die Antragsgegnerin hat innerhalb von einem Monat ab Zustellung dieser Entscheidung zu erfolgen. Dieser Zeitraum ist im Hinblick auf die dargestellten Interessenlagen erforderlich, angemessen und kann der Antragsgegnerin zugemutet werden. Zwar steht die Mitnutzung des Antragstellers unter einer Bedingung, diese ist allerdings klar umrissen und vorstrukturiert, so dass hinsichtlich eines zu erstellenden Angebots keine offenen Punkte bezüglich der grundsätzlichen Mitnutzungsmöglichkeit verbleiben.
- 88 Ein Zeitraum von einem Monat berücksichtigt dabei das Interesse des Antragstellers, möglichst schnell Klarheit über die Bedingungen seines weiteren Ausbaus zu haben und mit der Antragsgegnerin auch darüber in Verhandlungen treten zu können. Auf der anderen Seite ist der Zeitraum auch für die Antragsgegnerin ausreichend, um sich entsprechende Klarheit über ihre Bedingungen verschaffen zu können.
- 89 Die Antragsgegnerin kennt die hier festgelegte Bedingung einer Befüllung der Speedpipe-Rohrverbände bereits aus dem früheren Streitbeilegungsverfahren gleichen Rubrums und der dort vorgenommenen Tenorierung.

Vgl. BK11, Beschluss v. 16. 4. 2021, BK11-21/001.

- 90 Unabhängig davon musste die Antragsgegnerin auch im laufenden Streitbeilegungsverfahren davon ausgehen, dass es am Ende zu einer Verpflichtung der Mitnutzung kommen kann und hatte dementsprechend Gelegenheit, sich darauf vorzubereiten. Zudem betrifft die Mitnutzung nur ein sehr kleines Gebiet. Die Antragsgegnerin müsste die konkreten Infrastrukturen und deren Lage kennen; sollte dies (noch) nicht der Fall sein, liegt es – nicht zuletzt aufgrund haushaltsrechtlicher Vorgaben – in ihrem eigenen

Interesse, sich darüber bei dem ausführenden Tiefbauunternehmen unverzüglich zu informieren.

- 91 In Bezug auf Haftungs- und Schadensersatzregelungen sowie sonstige Vertragsbestandteile hat die Antragsgegnerin – wie der Beschlusskammer aufgrund des Streitbeilegungsverfahrens BK11-21/001 und des anschließend vorgelegten Angebotes bekannt ist – bereits eine Verwaltungspraxis entwickelt. Zudem zeichnet das DigiNetz-Gesetz entsprechende Maßstäbe z. B. auch zur Entgeltbildung soweit vor, dass es der Antragsgegnerin möglich ist, entsprechende vertragliche Regelungen zu skizzieren. Im Übrigen besteht für sie auch die Möglichkeit, sich rechtliche Beratung einzuholen und bzw. oder Verbände oder Breitbandzentren als Fachberater heranzuziehen. Dadurch, dass die Rahmenbedingungen klar vorskizziert sind, ist es der Antragsgegnerin daher auch möglich, innerhalb von einem Monat ein Angebot vorzulegen, über das man dann mit dem Antragsteller in Verhandlungen treten kann.
- 92 Dass durch die einmonatige Frist beiderseitige Interessen gewahrt werden, zeigt sich auch in einem gesetzessystematischen Vergleich zur gesetzlichen Frist in § 138 Abs. 2 S. 1 TKG, die zwei Monate beträgt. Bereits mit dieser auf zwei Monate beschränkten Frist intendiert der Gesetzgeber eine Beschleunigung der Planungsphase der Mitnutzung, wohl wissend, dass noch im Rahmen des daran anschließenden Verfahrens vor der Nationalen Streitbeilegungsstelle eine weitere Befassung erfolgen kann.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 45 zu § 77d TKG a. F. (entsprach § 138 TKG).
- 93 Nach alldem erscheint mit Blick auf den Beschleunigungsgedanken der gesetzlichen Regelungen eine – sich an das bilaterale Angebotsverfahren und das Streitbeilegungsverfahren anschließende – Frist von einem (weiteren) Monat zur Angebotslegung angemessen.

3 Zwangsgeldandrohung

3.1 Rechtsgrundlage

- 94 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung sind die §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. b), 11, 13 VwVG.

3.2 Formelle Voraussetzungen

- 95 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung sind im vorliegenden Fall gegeben.
- 96 Die Verpflichtung kann gemäß § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitbeilegungsentscheidung gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat. Hinsichtlich der nach § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG erforderlichen Fristsetzung ab Zustellung des Beschlusses wird für die Unterbreitung eines Angebotes zur Mitnutzung der begehrten Leerrohre eine einmonatige Frist bis zum 2. 4. 2024 gesetzt. Eine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor dem Erlass der Zwangsgeldandrohung selbst gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nicht notwendig, weil die Androhung eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung ist. Die Androhung kann gemäß § 13 Abs. 2 VwVG mit dem Beschluss nach § 149 TKG verbunden werden.

3.3 Materielle Voraussetzungen

3.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsakts

- 97 Die Verpflichtung nach Ziffern 1 kann gemäß § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitbeilegungsentscheidung gemäß § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat.

3.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel

- 98 Die Antragsgegnerin darf als Verpflichtete mittels eines Zwangsgeldes zur Durchführung der in Ziffer 1 enthaltenen Anordnung angehalten werden, da die geforderte Handlung gemäß § 11 Abs. 1 VwVG, hier die Angebotslegung, nicht durch einen anderen vorgenommen werden kann und nur von ihrem Willen abhängt.

3.4 Ermessenserwägungen

- 99 Die Zwangsgeldandrohungen nach Tenorziffer 1 zur Unterbreitung eines Mitnutzungsangebotes ist auch verhältnismäßig. Sie ist geeignet und erforderlich, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der Anordnung anzuhalten.
- 100 Die Durchsetzung der Verpflichtung zur Mitnutzungsgewährung nach dem DigiNetz-Gesetz ist von besonders großem Interesse für die Nutzung von Synergien für den

Breitbandausbau. Zweck der gesetzlichen Vorgabe ist es, die Mitnutzung bereits vorhandener passiver Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu ermöglichen und so eine Beschleunigung des Netzausbaus zu erreichen. Diesen Zwecken kann nicht entsprochen werden, wenn die Antragsgegnerin es in der Hand hätte, durch eine unterlassene oder verzögerte Angebotslegung den Mitnutzungsanspruch des Antragstellers weiter auszuhöhlen. Deshalb ist die Androhung eines Zwangsgeldes geeignet, die Angebotslegung und so eine dem Zweck des § 138 TKG entsprechende zügige Mitnutzung der Mikroleerrohre durch den Antragsteller sicherzustellen. Dies gilt auch hinsichtlich der § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG entsprechenden Verbindung der Androhung des Zwangsgeldes mit dem zu vollstreckenden Verwaltungsakt, weil ein erst nach Erlass der zu vollstreckenden Entscheidung eingeleitetes Verwaltungsvollstreckungsverfahren zu weiteren Verzögerungen führen würde. Dies würde weder dem sich aus der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes nach § 137 Abs. 1 TKG ergebenden besonderen öffentlichen Vollziehungsinteresse, noch den Regelungen des TKG im Allgemeinen und den §§ 136 TKG ff. im Besonderen innewohnenden Beschleunigungsgedanken angesichts des dynamischen Telekommunikationsmarktes und des Zieles der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht werden.

- 101 Ein anderes, milderer Mittel ist nicht ersichtlich, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden könnte.
- 102 Auch die Angemessenheit des angedrohten Zwangsmittels ist vorliegend gegeben. Das angedrohte Zwangsmittel des Zwangsgeldes steht nicht außer Verhältnis zu dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck der effizienten Ressourcennutzung sowie eines beschleunigten Breitbandausbaus. Das Ziel der vorliegenden Entscheidung auf Basis des Gesetzes kann nur erreicht werden, wenn es tatsächlich zügig zu einer Angebotslegung durch die Antragsgegnerin kommt. Denn ohne solche Angebote kann es auch nicht zu einer Verhandlungslösung zwischen den Parteien und einer daran anschließenden Mitnutzungen kommen. Entsprechend soll die Antragsgegnerin durch die Zwangsgelder zur Angebotslegung angehalten werden, was keine erhebliche Einschränkung bedeutet. In diesem Zusammenhang weist die Beschlusskammer darauf hin, dass sie unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber formulierten Primats privatrechtlicher Vereinbarungen die Antragsgegnerin lediglich zur Unterbreitung eines Angebotes verpflichtet hat. Die Ausgestaltung der einzelnen Regelungen der Mitnutzungsvereinbarungen ist, im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe fairer und angemessener Bedingungen, den Parteien überlassen. Freilich schließt das nicht die Möglichkeit aus, die Streitbeilegungsstelle erneut – und ohne Durchführung eines weiteren bilateralen Angebotsverfahrens – anzurufen, falls keine Einigung über faire und angemessene Bedingungen der Mitnutzungen zustande kommt.

Zur Möglichkeit, sich erneut an die Streitbeilegungsstelle zu wenden, ohne dass es dazu eines weiteren Vorverfahrens bedarf, vgl. VG Freiburg, Urt. 4 K 6764/18 v. 11. 12. 2019, juris_Rz. 22.

- 103 Das angedrohte Zwangsgeld ist auch der Höhe nach angemessen. Das angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 2.000 € je zur Durchsetzung von Ziffer 1 des Tenors spiegelt in seiner Höhe die Tatsache wider, dass diese Angebote die Basis der vom Antragsteller begehrten Mitnutzungen sind. Es liegt im unteren Bereich des eröffneten Zwangsgeldrahmens, der gemäß § 11 Abs. 3 VwVG bis 25.000 € reicht. Gleichzeitig ist das angedrohte Zwangsgeld aber hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln im Sinne der Anordnungen zu erzeugen. Denn bei Nichtumsetzung der Verpflichtung wäre die Summe von 2.000 € auch kein derart kleiner Betrag, dass er von der Antragsgegnerin ignoriert werden könnte, zumal im Falle einer weiteren Verweigerung der Umsetzung eine erneute Androhung und Festsetzung eines gegebenenfalls höheren weiteren Zwangsgeldes gemäß § 13 Abs. 6 VwVG erfolgen würde. Hinzu tritt der Umstand, dass sich die Antragsgegnerin im Falle einer Verweigerung der Angebotslegung und dadurch erforderlich werdender Tiefbauarbeiten des Antragstellers – bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen – schadenersatzpflichtig machen würde.

Rechtsbehelfsbelehrung

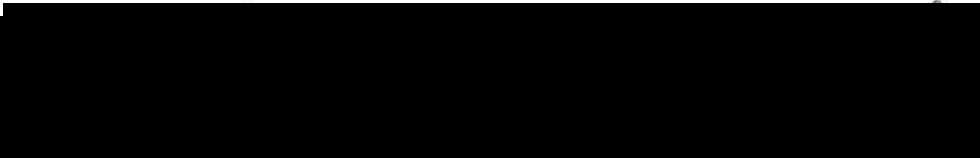
Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Bonn, 28. 2. 2024

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer



Herchenbach-Canarius

Dr. Haslunger

Dr. Kutzscher

Gliederung

1 Sachverhalt	4
2 Gründe	7
2.1 Rechtsgrundlage.....	7
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	7
2.2.1 Zuständigkeit	7
2.2.2 Verfahren	7
2.3 Entscheidung in der Sache	7
2.3.1 Formelle Voraussetzungen	8
2.3.2 Materielle Voraussetzungen.....	9
2.3.2.1 Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien.....	9
2.3.2.2 Mitnutzungsantrag.....	11
2.3.2.3 Keine Versagungsgründe.....	12
2.3.2.4 Klausel zur Zugangsgewährung (Tenorziffer 2).....	12
2.3.2.5 Regelungen zur Befüllung durch den Antragsteller (Tenorziffer 3)	14
2.3.2.6 Verpflichtung zu Vorlage der Angebote zur Mitnutzung innerhalb von einem Monat.....	20
3 Zwangsgeldandrohung	22
3.1 Rechtsgrundlage.....	22
3.2 Formelle Voraussetzungen	22
3.3 Materielle Voraussetzungen	22
3.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsakts.....	22
3.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel	22
3.4 Ermessenserwägungen	22
Rechtsbehelfsbelehrung.....	25
Anlage.....	27

Anlage



- gelb = FttH Gebiet
- rot = Infrastruktur der Kommune inkl. bereits hergestellter Hausanschlüsse
- blau = Bereits bestehende Infrastruktur