



Bundesnetzagentur

## Beschlusskammer 11

BK11-17/014

# Beschluss

**in dem Streitbeilegungsverfahren  
aufgrund des Antrages vom 30. 9. 2017**

**der HochrheinNET GmbH,  
Gemeindezentrum 1, 79790 Küssaberg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,**

**Antragstellerin**

**gegen**

**die Stadt Laufenburg,  
Hauptstraße 30, 79725 Laufenburg (Baden),  
vertreten durch den Bürgermeister Ulrich Krieger,**

**Antragsgegnerin**

*Beigeladene*

1. BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.,  
Eduard-Pflüger-Straße 58, 53113 Bonn,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 1 –
2. VATM Verband der Anbieter von Telefon- und Mehrwertdiensten e. V.,  
Frankenwerft 35, 50667 Köln,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 2 –
3. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V.,  
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 3 –
4. s&p Beratungs- und Planungsgesellschaft mbH,  
Taunusstraße 54, 65183 Wiesbaden,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 4 –
5. NetCologne GmbH,  
Am Coloneum 9, 50829 Köln,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 5 –
6. GasLINE Telekommunikationsnetzgesellschaft deutscher  
Gasversorgungsunternehmen mbH & Co. KG,  
Paesmühle, Paesmühlenweg 10 + 12, 47638 Straelen,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 6 –
7. 1 & 1 Versatel GmbH,  
Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 7 –
8. EWE TEL GmbH,  
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 8 –

*Verfahrensbevollmächtigte*

der Antragsgegnerin      W2K Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB,  
Kaiser-Joseph-Straße 247, 79098 Freiburg,

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

durch

den Vorsitzenden Friedhelm Dommermuth,  
die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und  
den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger

auf die mündliche Verhandlung vom 15. 11. 2017 beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird unter Ablehnung ihres Antrags gemäß § 77d Abs. 1 S. 1 TKG verpflichtet, der Antragstellerin die Mitnutzung eines der drei gemeindeeigenen Leerrohre von dem nord-östlichen Kreuzungspunkt der Waldshuter Straße mit der Himmelreichstraße bis zu dem hierzu süd-westlich gelegenen Kreuzungspunkt der Waldshuter Straße mit der Dr. Rudolf-Eberle-Straße zu gewähren und innerhalb eines Monats ab Zugang des Beschlusses ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Die genaue Lage des Ein- und Ausstiegspunktes ergibt sich aus dem als Anlage zu diesem Beschluss beigefügten Lageplan, in dem diese als Punkt H und Punkt G bezeichnet sind.

## 1 Sachverhalt

1. Das Verfahren betrifft eine Streitigkeit um die Mitnutzung eines Leerrohres im Stadtgebiet der Antragsgegnerin.
2. Die Antragstellerin, die Firma HochrheinNET GmbH, ist ein regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze anbietet. Antragsgegnerin ist die Stadt Laufenburg, eine Stadt im Landkreis Waldshut in Baden-Württemberg, die rund 9000 Einwohner zählt. Die Stadt liegt am nördlichen Ufer des Hochrheins an der Grenze zur Schweiz.
3. Mit Schreiben vom 14. 1. 2017 beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung eines der drei dort vorhandenen gemeindeeigenen Leerrohre zwischen zwei bestimmten Punkten „im Bereich der Kreuzung Landstraße und Feuerwehrgerätehaus“ in Laufenburg, die sich an der Kreuzung der Himmelreichstraße bzw. der Dr. Rudolf-Eberle-Straße mit der Waldshuter Straße in Laufenburg befinden. [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] Die Punkte, zwischen denen die Mitnutzung erfolgen soll, wurden auf einem beigefügten Lageplan als Punkt G und H markiert. Im Kreuzungsbereich befinden sich drei gemeindeeigene Leerrohre mit einem Innendurchmesser von jeweils 103,6 mm. Die Antragstellerin beantragte, in eines dieser Leerrohre ein eigenes Leerrohr mit 50 mm Außendurchmesser einzuziehen zu dürfen, in das später für den FTTH-Ausbau Glasfaser eingeblasen werden solle. Die Antragstellerin erklärte, dass durch diese Maßnahme die bereits bei der Erschließung des Gewerbegebietes Neumatt und Rütte West verlegten Mikrolehrrohre mit Glasfasern bestückt würden. Somit seien dann im kompletten Gewerbegebiet Neumatt und Rütte West Höchstgeschwindigkeitsanschlüsse verfügbar. Außerdem würden bei der Erstellung der neuen Trasse Teile des vorhandenen Gewerbegebietes ebenfalls mit einem FTTH-Anschluss versehen. Die Antragstellerin gab in dem Schreiben weiter an, ihr Zeitplan sehe vor, dass die Umsetzung der Mitnutzung des vorhandenen Leerrohres innerhalb von 16 Wochen nach Zustimmung durch die Antragstellerin erfolgen solle.
4. Mit Schreiben vom 16. 3. 2017 lehnte die Antragsgegnerin die Mitnutzung ab. Von den streitgegenständlichen Leerrohren stünde aufgrund der geplanten Dimensionierung des Leerrohres der Antragstellerin keines zur Mitbenutzung zur Verfügung. Ein Leerrohr sei für den Ausbau der Straßenbeleuchtung vorgesehen, ein weiteres Leerrohr diene städtischen Zwecken, ein drittes Leerrohr werde von einem anderen Telekommunikationsunternehmen – es handelt sich um ein Unternehmen im Konzernverbund der Deutsche Telekom AG, die Deutsche Telekom Technik GmbH – benutzt.
5. Mit Schreiben vom 21. 3. 2017 widersprach die Antragstellerin der Ablehnung des Antrages. In dem von einem anderen Telekommunikationsunternehmen benutzen Leerrohr der Antragsgegnerin, das einen Durchmesser von DN 120 aufweisen solle, sei reichlich Platz für das DA 50-Leerrohr der Antragstellerin. Gleiches gelte für das zweite Leerrohr, welches städtischen Zwecken dienen solle. Insoweit bat die Antragstellerin um weitere Informationen. In Bezug auf ein weiteres Leerrohr, das nach den

Angaben der Antragsgegnerin für den Ausbau der Straßenbeleuchtung vorgesehen sein solle, bat die Antragstellerin um Darlegung des zukünftig fehlenden Platzes anhand der Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre. Zudem beantragte sie in Bezug auf das für städtische Zwecke vorgesehene Leerrohr eine Vor-Ort-Untersuchung der dort vorhandenen passiven Netzinfrastruktur gemäß § 77c TKG und wies darauf hin, dass sich im Kreuzungsbereich ein Schacht der Antragsgegnerin befinde. Der Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung ist nicht zum Gegenstand des hiesigen Streitschlichtungsverfahrens gemacht worden. Gleiches gilt für den Widerspruch gegen die im Schreiben der Antragsgegnerin vom 16. 3. 2017 festgesetzte Verwaltungsgebühr. Dieser Widerspruch ist ebenfalls nicht Gegenstand des Streitschlichtungsverfahrens.

6. Die Antragsgegnerin erwiderte darauf mit Schreiben vom 11. 5. 2017. Sie halte das Leerrohr, welches städtischen Zwecken diene, nicht für eine Mitbenutzung durch die Antragstellerin geeignet. Dieses Leerrohr sowie das (zweite) Leerrohr für den Ausbau der Straßenbeleuchtung müssten für eine künftige Eigennutzung vorgehalten werden. Eine Investitionsplanung für fünf Jahre könne nicht vorgelegt werden. Nach den gesetzlichen Vorschriften umfasse die Investitionsplanung der Antragsgegnerin drei Jahre. Die Haushaltsmittel, zum Beispiel für den Ausbau der Wasserversorgung oder Straßenbeleuchtung, würden zum Teil nach Bedarf eingesetzt. Das dritte Leerrohr habe die Antragsgegnerin an die Deutsche Telekom Technik GmbH vermietet. Dieses Leerrohr sei somit bereits vergeben. Bei Bedarf könne die Antragsgegnerin bei der Deutschen Telekom Technik GmbH anfragen, ob sie „mit einem weiteren Leerrohr einverstanden“ sei. Vorsorglich wiese die Antragsgegnerin darauf hin, dass dieses Leerrohr von ihr entsprechend der mit dem anderen Unternehmen vereinbarten Konditionen vermietet werde.
7. Dagegen wandte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 2. 6. 2017. Sie wies darauf hin, dass das bereits an die Deutsche Telekom Technik GmbH vermietete Leerrohr für die Mitnutzung geeignet sei. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass die Telekom das baugleiche Leerrohr für die Unterbringung ihrer Komponenten verwende. Dass der Nachweis zukünftig fehlenden Platzes anhand der Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre darzulegen sei, ergebe sich aus § 77g TKG. Ohne eine solche Darlegung bestehe kein Ablehnungsgrund für die Mitnutzung. Die Vermietung eines der drei Leerrohre an das andere Telekommunikationsunternehmen entbinde die Antragsgegnerin als Eigentümerin der Leerrohre nicht davon, der Antragstellerin ein Angebot zur Mitnutzung zu unterbreiten. Ein solches Angebot sei nicht Aufgabe der Deutschen Telekom Technik GmbH.
8. Am 30. 09. 2017 beantragte die Antragstellerin

*„gem. § 77n TKG eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 132 in Verbindung mit § 134a TKG, dass die Antragsgegnerin gemäß § 77d TKG eine Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze erlaubt.“*

Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/ Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 21 vom 2. 11. 2017 als Mitteilung Nr. 645 veröffentlicht worden.

9. Zur Begründung ihres Antrags führt sie im Wesentlichen an, dass die Antragsgegnerin den vorangegangenen Antrag vom 14. 1. 2017 auf Mitnutzung eines der drei gemeindeeigenen Leerrohre aufgrund eines angeblichen Engpasses mit Schreiben vom 16. 3. 2017 abgelehnt habe. Aus der zuvor stattgefundenen schriftlichen Korrespondenz mit der Antragsgegnerin ergebe sich, dass jedenfalls in dem einen an die Telekom vermieteten und in dem anderen zum Zweck der Straßenbeleuchtung genutzten Leerrohr reichlich Platz für ein weiteres Leerrohr mit 50 mm Außendurchmesser vorhanden sei. Die Vermietung des Leerrohres an die Deutsche Telekom Technik GmbH stünde der Stellung der Antragsgegnerin als Mitnutzungsverpflichtete nicht entgegen. Bezüglich der zukünftigen Nutzung des dritten Leerrohres zu städtischen Zwecken bat die Antragstellerin um Darlegung der künftigen Planung durch eine fünfjährige Investitionsplanung gem. § 77g Abs. 2 TKG.
10. Mit Schreiben vom 8. 11. 2017 nahm die Antragsgegnerin zum Verfahren Stellung und beantragte aus mehreren Gründen die Ablehnung des Antrags auf Mitnutzung. Sie trägt vor, es mangle an einer Antragsbefugnis der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe nicht die Absicht, ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz auf der Gemarkung der Antragsgegnerin zu errichten. Vielmehr verknüpfe die Antragstellerin auch an anderen Stellen im Stadtgebiet gelegene, teils veraltete Telekommunikationsnetze miteinander, um auf diese Weise möglichst preiswert und ohne Aufwand ein "Breitbandnetz" anbieten zu können. Dieses Netz setze sich aus einem Mix unterschiedlicher Technologien zusammen und beinhalte nur in geringem Umfang Glasfaserkabel. Im Ergebnis sei nicht von einer flächendeckenden Errichtung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes mit Geschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s auszugehen. Die Behauptung der Antragstellerin, dass sie in das städtische Leerrohr ein eigenes Mikroerrohr einziehen und darin später Glasfaser einblasen wolle, genüge nicht, die Absicht der Errichtung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes darzulegen. Vielmehr deute das bisherige Verhalten der Antragstellerin im Stadtgebiet der Antragsgegnerin sowie in anderen Gemeinden darauf hin, dass auch zukünftig keine Versorgung mit 50 Mbit/s bereitstehen werde. Dass es sich bei dem bisherigen Netz der Antragstellerin nicht um ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz im Sinne § 3 Nr. 7a TKG handele, belege bereits der eigene Internetauftritt der Antragstellerin. Darin spreche die Antragstellerin von „Breitbandausbau mittels Glasfaseranbindung“, zeitgleich würde aber die Mitnutzung vorhandener Kupferleitungen unter diesen „Breitbandausbau“ subsumiert. Während mit „Bis-zu-Geschwindigkeiten“ geworben werde, würden Mindestgeschwindigkeiten bewusst nicht erwähnt. In einem Schreiben an die Antragsgegnerin wegen der Erschließung von anderen Teilen des Stadtgebietes stelle die Antragstellerin Geschwindigkeit von mindestens 30 Mbit/s pro Sekunde in Aussicht. Dieses Schreiben belege den lückenhaften Ausbau durch die Antragstellerin.



11. Die Antragsgegnerin beantragt insoweit vorsorglich eine Breitbandmessung für die bislang durch die Antragstellerin versorgten Gebiete auf der Gemarkung der Antragsgegnerin durch die Bundesnetzagentur.
12. Darüber hinaus seien die bei ihr vorgelegten Antragsunterlagen unvollständig gewesen. Im gesamten Schriftverkehr zwischen Antragsgegnerin und Antragstellerin sei der Antragsgegenstand nicht hinreichend konkret bestimmt worden. Die Antragstellerin habe nicht spezifiziert, welches der drei vorhandenen Leerrohre sie mitnutzen wolle. Des Weiteren fehle die Angabe eines genauen Zeitplans für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung. Die Angabe, dass die Umsetzung innerhalb von 16 Wochen nach Zustimmung erfolgen solle, sei nicht ausreichend. Die Antragstellerin plane ausweislich ihres Antrags ein zweistufiges Vorgehen, das sich aus dem Einzug eines Mikroleerrohres sowie dem Einblasen von Glasfaser in dieses Mikroleerrohr zusammensetze. Wenn aber mehrere Arbeitsschritte geplant würden, müsse dies auch im Zeitplan berücksichtigt werden, damit der Antrag der Anforderung in § 77d Abs. 1 Nr. 2 TKG genüge. Im Ergebnis könne daher von der Antragsgegnerin über den Mitnutzungsantrag nicht entschieden werden, da grundlegende erforderliche Angaben fehlten.
13. Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, dass bezüglich aller drei Leerrohre Versagungsgründe vorlägen. Eines der drei Leerrohre werde [REDACTED] durch die Deutsche Telekom Technik GmbH genutzt, [REDACTED]. [REDACTED]. [REDACTED]. [REDACTED] Durch die vollständige Nutzungsüberlassung an die Deutsche Telekom Technik GmbH habe die Antragsgegnerin keine Möglichkeit mehr, Kapazitäten dieses Leerrohres an die Antragstellerin zu überlassen. Denn sie besitze als Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes im Fall einer vollständigen Vermietung der passiven Infrastruktur keine Verfügungsbefugnis mehr über diese Infrastruktur. Es sei daher unerheblich, dass ein der Mitnutzung entgegenstehender Nutzungsvertrag nicht ausdrücklich in den Katalog der Versagungsgründe nach § 77g Abs. 2 TKG aufgenommen worden sei, denn es ergebe sich bereits aus dem allgemeinen Zivilrecht, dass der Eigentümer einer Sache nur soweit mit der Sache verfahren könne, wie dem nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstünden (§ 903 BGB). Durch die Nutzungsüberlassung sei die Deutsche Telekom Technik GmbH Besitzerin des Leerrohres geworden. Jeglicher Eingriff der Antragsgegnerin in das Leerrohr wäre ein Fall von verbotener Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB. Zudem würde die durch den privatwirtschaftlichen Vertrag erworbene Rechtsposition der Deutschen Telekom Technik GmbH völlig entwertet, wenn ihr der Gebrauch der Mietsache unter bloßem Hinweis auf die Zielrichtung der §§ 77a ff. TKG entzogen werden könne. Die Telekom würde durch eine Entziehung ihrer mietvertraglich erworbenen Nutzungsrechte in ihrem Recht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. Im Ergebnis hätte die Antragstellerin in Bezug auf das hier in Rede stehende Leerrohr einen etwaigen Mitnutzungsantrag an die Betreiberin der Infrastruktur zu richten gehabt, nicht aber an die Antragsgegnerin.

14. In dem zweiten vorhandenen Leerrohr stehe die geplante Erweiterung der städtischen Straßenbeleuchtung einer Mitnutzung entgegen. Dafür seien bereits Mittel in die städtische Haushaltsplanung eingestellt worden. Technisch werde das gesamte Leerrohr für die Erweiterung benötigt, so dass keine Kapazitäten mehr für eine Mitnutzung zur Verfügung stehen würden und der in § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG geregelte Versagungsgrund einschlägig sei. Der Haushaltsplan der Stadt sei Teil ihrer Haushaltssatzung und stehe damit der in dem Versagungsgrund geforderten Investitionsplanung gleich. Hingegen verlange § 77 Abs. 2 Nr. 2 TKG nicht bereits eine technische Planung. Diese werde im Vorfeld der Durchführung der Baumaßnahme kurzfristig erstellt.
15. Auch das dritte vorhandene Leerrohr scheidet für eine Mitnutzung aus. Es sei ein auf Vorrat verlegtes, singuläres Element. Daher sei es nicht Bestandteil eines öffentlichen Versorgungsnetzes und damit kein tauglicher Antragsgegenstand. Zudem sei auch in Bezug auf dieses Leerrohr der Versagungsgrund fehlender Kapazität einschlägig. Dieser Versagungsgrund greife auch, wenn absehbar sei, dass durch die Unterbringung der im Antrag bezeichneten Netzkomponenten eine angemessene Reservekapazität unterschritten würde. Dies sei hier der Fall, da die Antragsgegnerin für die Zukunft die Errichtung eines stadtinternen Behördennetzes beabsichtige. Dieses Netz solle auch das in unmittelbarer räumlicher Nähe zum fraglichen Leerrohr befindliche Feuerwehrgerätehaus umfassen. Zwar gebe es für diese Planung noch keine weiteren Details, so dass eine Investitionsplanung nicht vorgelegt werden könne. Dies sei aber auch nicht notwendig, da zur Sicherung noch nicht näher beschreibbarer Planungen der Netzeigentümer gemäß der Gesetzesbegründung eine angemessene Reservekapazität zu belassen sei.
16. Den Beteiligten ist in der am 15.11.2017 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
17. Im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung hat zunächst die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.11.2017 eine Stellungnahme abgegeben. Sie bekräftigte nochmals ihre Absicht, ein Hochgeschwindigkeitsnetz mittels der bereits verlegten Leerrohre, wie sie es auch bereits in anderen Gebieten getan habe, errichten zu wollen. In diesem Zusammenhang wies sie darauf hin, dass sich die von der Antragsgegnerin eingebrachte Anlage AG 4 nicht auf den Ausbau beziehe, der mit der Mitnutzung der streitgegenständlichen Leerrohre stattfinden solle. Da die in dieser Anlage enthaltenen Ortsteile mittels FTTC erschlossen würden und damit nur eine Mindestbandbreite von 30 Mbit/s erreicht werden könne, seien diese Ortsteile mit dem Ausbau durch die Antragstellerin nicht förderfähig. Sie seien aber nicht Gegenstand dieses Verfahrens. In Anlage AS 6 sei zu erkennen dass diese Ortsteile nicht durch das streitgegenständliche Leerrohr versorgt würden, da sie geographisch nicht miteinander verbunden seien.
18. Bezüglich des Leerrohres, welches an die Deutsche Telekom Technik GmbH vermietet werde, weist die Antragstellerin darauf hin, [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] Es bestehe



darüber hinaus reichlich Platz zur Unterbringung des DA 50 mm Leerrohres der Antragstellerin, [REDACTED]

[REDACTED]. Sie ist der Ansicht, dass die Antragsgegnerin trotz der Vermietung des Leerrohres die Eigentümerin der Leitungsführung und damit Verpflichtete nach § 77d TKG bleibe.

19. Bezüglich des Leerrohres, welches der Erweiterung der städtischen Straßenbeleuchtung diene, bezweifelt die Antragstellerin, dass für dieses Vorhaben – unter Berücksichtigung des eingestellten Betrages in die Haushaltsplanung – das komplette Leerrohr benötigt werde. Dabei verweist die Antragstellerin auf die Richtlinie der Straßenbeleuchtung der Landeshauptstadt Erfurt, wo vorgeschrieben werde, dass ein NAYY-0 4x50 mm<sup>2</sup> für die Zuleitung zum Schaltschrank und lediglich ein NAYY-0 4x10 mm<sup>2</sup> für die Abgänge zu benutzen sei. Vor diesem Hintergrund sei zu berücksichtigen, dass ein NAYY-0 4x50 mm<sup>2</sup> einen Außendurchmesser von 30 mm habe und das NAYY-0 4x10 mm<sup>2</sup> kleiner als 24 mm sei, sodass das streitgegenständliche Leerrohr mit einem Innendurchmesser von über 100 mm über genügend Kapazitäten verfüge, um ein zusätzliches Leerrohr mit einem Außendurchmesser von 50 mm der Antragstellerin aufzunehmen.
20. Bezüglich des dritten Leerrohres, für welches durch die Antragsgegnerin eine Reservekapazität vorgesehen werde, läge wegen mehrerer Aspekte kein Versagungsgrund vor. Zum einen könne die Antragsgegnerin keine Investitionsplanung über fünf Jahre vorweisen. Zum anderen sei dieses Leerrohr auch als Teil eines öffentlichen Versorgungsnetzes anzusehen, da ein stadinternes Behördennetz geplant sei. Laut § 3 Nr. 16b TKG, § 3 Nr. 22 TKG und § 3 Nr. 23 TKG handele es sich sehr wohl um ein öffentliches Versorgungsnetz. Darüber hinaus sei nicht davon auszugehen, dass die Reservekapazitäten eine hundertprozentige Leerrohrnutzung in Anspruch nehmen würden.
21. Mit Schreiben vom 28. 11. 2017 nahm auch die Antragsgegnerin im Nachgang zur öffentlich mündlichen Verhandlung Stellung. Dem durch die Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis zur Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Einwandes der Kapazitätserschöpfung folgend gab die Antragsgegnerin an, dass sie die Auslastung der für die Straßenbeleuchtung und das stadterne Behördennetz vorgesehenen Leerrohre darlegen und beweisen könne. So werde für den Aufbau der Straßenbeleuchtung eine Erdleitung des Typs NYY 4x10 mm<sup>2</sup> mit einem Durchmesser von 20 mm mittels einer Kabelzugwinde in das betreffende Leerrohr, welches einen Innendurchmesser von 103,6 mm aufweise, eingezogen. Für das geplante Behördennetz werde eine Leitung mit einem Außendurchmesser von 50 mm mittels einer Kabelzugwinde in das (von der Antragsgegnerin offenkundig fehlerhaft als zweites Leerrohr bezeichnete) dritte Leerrohr, welches ebenfalls einen Innendurchmesser von 103,6 mm aufweise, eingezogen. Für beide Vorhaben der Antragsgegnerin, d. h. zum einen für den Aufbau der Straßenbeleuchtung als auch zum anderen für das Behördennetz würden Kabelzugschächte auf beiden Seiten des Leerrohrverbandes benötigt. Bislang würde aber nur ein Kabelzugschacht auf der Südseite der Waldshuter Straße existie-

ren. Auf der Nordseite der Waldshuter Straße würden die Leerrohre auf dem Grundstück des Feuerwehrgerätehauses im Erdreich (Punkt G) enden. Da die Antragstellerin beabsichtige, das von ihr zu nutzende Leerrohr auf der Nordseite der Waldshuter Straße am Punkt G mit einem eigenen Leerrohr zu verbinden (z. B. mit einer Muffe) und eine durchgehende Glasfaserleitung einzuziehen, würde eine anderweitige zukünftige Nutzung des Leerrohres für weitere Infrastrukturen, etwa für die Straßenbeleuchtung oder das Behördennetz, ausgeschlossen. Denn ohne Kabelzugschacht wäre es nicht mehr möglich, mit anderen Leitungen am Punkt G von den durch die Antragstellerin geschaffenen Leerrohrtrassen abzuzweigen. Für eine Unterquerung der Waldshuter Straße, wozu der Leerrohrverband ursprünglich verlegt worden sei, stünde dann das betreffende Leerrohr nicht mehr zur Verfügung. Nach Ansicht der Antragsgegnerin würde die Nutzung eines der Leerrohre durch die Antragstellerin daher keine Mitnutzung, sondern eine ausschließliche Nutzung darstellen. Andere städtische Infrastrukturen könnten – auch wenn in den Leerrohren noch Platz vorhanden wäre – nicht mehr in die Leerrohre eingezogen werden, sodass dann die Kapazität zuungunsten städtischer Nutzungen der Antragsgegnerin praktisch erschöpft wäre.

22. Hilfsweise sei die Antragstellerin auf verfügbare tragfähige Alternativen zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen zu verweisen (§ 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG). Tragfähige Alternativen seien zum einem die Mitnutzung des bereits durch die Deutsche Telekom Technik GmbH genutzten Leerrohres unter der Bedingung der Errichtung eines Kabelzugschachtes. So sei in diesem Leerrohr trotz derzeitiger teilweiser Belegung durch die Deutsche Telekom Technik GmbH noch Platz für den Einzug einer weiteren Glasfaserleitung. Da aus Sicht der Antragsgegnerin eine gemeinsame Unterbringung sämtlicher Telekommunikationslinien innerhalb dieses Leerrohres gegenüber der Verteilung auf verschiedene Leerrohre und damit gegenüber einer Entziehung der städtischen Nutzung vorzugswürdig sei, habe die Antragsgegnerin ihre Vertragsverhandlungen mit der Deutschen Telekom Technik GmbH über die (exklusive) Nutzung dieses Leerrohres unterbrochen. Aber auch eine – nicht exklusive Nutzung – durch die Antragstellerin erfordere den Bau eines Kabelzugschachtes durch die Antragstellerin auf ihre Kosten. Nur auf diese Weise könnten freie Kapazitäten dieses Leerrohres auch für die Nutzung durch andere Infrastrukturträger in der Zukunft sichergestellt und so unnötige Tiefbauarbeiten vermieden werden. Schließlich habe die Antragsgegnerin bereits in der Vergangenheit auf die Alternative der Verlegung einer eigenen Leerrohrtrasse durch die Antragstellerin im Geh- und Radweg südlich der L154 in Richtung Gewerbegebiet Rütte West verwiesen. Das Land als Eigentümerin der Flächen habe hierzu bereits seine Zustimmung in Aussicht gestellt gehabt. Im Ergebnis sei zu berücksichtigen, dass die von der Antragsgegnerin geplanten Nutzungen des „zweiten“ und „dritten“ Leerrohres weder durch die Mitnutzung der Antragstellerin unmöglich gemacht werden dürften, noch dass die Antragstellerin frei zwischen den Leerrohren wählen dürfe.
23. Zu diesen Argumenten der Antragsgegnerin äußerte sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 5. 12. 2017 und trug vor, dass weiterhin im „zweiten Leerrohr“ für den

Einzug eines Leerrohres mit 50 mm Außendurchmesser genügend Platz verbleibe, da die Antragsgegnerin in diesem Leerrohr laut eigenen Angaben ein 20 mm Stromkabel einziehen wolle. Darüber hinaus sei es auch künftig möglich, das „zweite Leerrohr“ mit weiteren Kabeln und /oder Leerrohren zu belegen. Bezüglich des „dritten Leerrohres“ sei zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin ein Leerrohr mit 50 mm Außendurchmesser mit Glasfaserkabel einziehen wolle, obwohl sie für das geplante Behördenetz weit weniger Glasfaser benötigen würde, als in dieses Leerrohr eingezogen werden könnte.

24. Zudem sei auch die Aussage der Antragsgegnerin, die Antragstellerin verbinde das „zweite“ und „dritte Leerrohr“ mittels einer Muffe an das bestehende Leerrohrnetz der Antragsgegnerin, falsch. In das „zweite“ oder das „dritte Leerrohr“ würde ein Leerrohr mit 50 mm Außendurchmesser eingezogen, welches anschließend an die bestehende Infrastruktur gekoppelt werden würde. Eine Kopplung mit einem 120 mm Leerrohr, wie von der Antragsgegnerin vorgetragen, sei technisch gar nicht möglich. Trotz der Mitnutzung des „zweiten“ oder des „dritten“ Leerrohres könne die Antragsgegnerin weiterhin ihr Vorhaben umsetzen und zusätzliche Kabelschächte verbauen, was wiederum gegen eine Exklusivität der Nutzung durch die Antragstellerin sprechen würde.
25. Die Antragstellerin sei zudem mit der Mitnutzung des „ersten Leerrohres“ unter den Voraussetzungen, dass dieses Leerrohr auch hinter und nicht vor dem Bachlauf ende, einverstanden. Sofern letzterer Fall einschlägig sein sollte, sei das Leerrohr zur Mitnutzung nicht geeignet. Durch die beschriebene Belegung seitens der Antragstellerin könnten dann problemlos das „zweite“ oder das „dritte Leerrohr“ genutzt werden, vor allem auch, weil sich diese hinter dem Bachlauf befänden.
26. Mit Schreiben vom 26. 1. 2018 teilte die Bundesnetzagentur den Verfahrensbeteiligten mit, dass die Verfahrensfrist um zwei Monate bis längstens zum 30. 3. 2018 verlängert wurde.
27. Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und hatten gemäß § 132 Abs. 5 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme.
28. Am 22. 2. 2018 ist dem Bundeskartellamt auf elektronischem Wege Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 23. 2. 2018 teilte es mit, dass es von einer Stellungnahme absehe.
29. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren sowie den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.



## 2 Gründe

30. Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

### 2.1 Rechtsgrundlage

31. Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. § 77d TKG.

### 2.2 Formelle Voraussetzungen

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

#### 2.2.1 Zuständigkeit

33. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. §§ 132 Abs. 2 und 134a TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 77n TKG durch Beschlusskammern. Vorliegend handelt es sich um einen Fall gemäß §§ 77n Abs. 1 TKG i. V. m. 77d TKG, in dem es um die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geht.

#### 2.2.2 Verfahren

34. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
35. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlich mündlicher Verhandlung gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.
36. Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden. Die Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Antragstellerin bzw. die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden ist.
37. Gemäß § 132 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.
38. Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Zwar sind Entscheidungen nach § 77n TKG in der Aufzählung des § 123 Abs. 1 S. 2 TKG nicht enthalten. Allerdings ist insoweit ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers nicht auszuschließen, mit der Folge, dass in der Aufzählung immer noch § 77a TKG anstatt § 77n TKG enthalten ist.

*Vgl. Fademrecht/Fetzer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hg.), TKG, § 123, Rz. 14 f.*

39. Jedenfalls ist eine generelle Betroffenheit auch kartellrechtlicher Fragestellungen nicht auszuschließen, so dass die Beschlusskammer dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dem wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Das Bundeskartellamt teilte am 23. 2. 2018, mit, dass es von einer Stellungnahme absehe. Die Antwort des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.
40. Die Durchführung eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens auf der Grundlage von § 13 Abs. 1 i. V. m. § 12 TKG entsprechend bzw. nach § 15 TKG war nicht erforderlich. Diese Vorschriften gelten für Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung und nicht – wie vorliegend – bei einer Entscheidung nach Teil 5 des Gesetzes.

### **2.2.3 Frist**

41. Gemäß § 77n Abs. 1 S. 1 und 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur unverzüglich, spätestens aber innerhalb von vier Monaten, wenn der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung abgibt oder keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande kommt. Der Antrag der Antragstellerin ist am 30. 9. 2017 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am 30. 1. 2018 endete. Die Beschlusskammer hat von der in § 77n Abs. 7 TKG vorgesehenen Möglichkeit einer Verlängerung der Entscheidungsfrist Gebrauch gemacht und die Beteiligten darüber mit Schreiben vom 26. 1. 2018 informiert, so dass die Entscheidungsfrist spätestens am 30. 3. 2018 endet. Insofern ergeht die Entscheidung über das Bestehen des Mitnutzungsanspruchs und die dagegen eingewandten Versagungsgründe fristgerecht.

### **2.3 Materielle Voraussetzungen**

42. Der Antrag der Antragstellerin ist auf die Mitnutzung eines von drei vorhandenen gemeindeeigenen Leerrohren zwischen zwei bestimmten Punkten „im Bereich der Kreuzung Landstraße und Feuerwehrrätehaus“ gerichtet. Durch diese Maßnahme sollen die bereits bei der Erschließung des Gewerbegebietes Neumatt und Rütte West verlegten Mikroerrohre bestückt werden. Die Antragstellerin will dadurch das gesamte Gewerbegebiet mit einem digitalen Hochgeschwindigkeitsnetz erschließen.
43. Der Antrag ist zulässig und begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 77n TKG i. V. m. 77d Abs. 1 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin ein Angebot über die Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur in Form eines der drei alternativ beantragten Leerrohre für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu unterbreiten. Die gegen den Mitnutzungsanspruch von der Antragsgegnerin eingewandten Versagungsgründe stehen dem geltend gemachten Mitnutzungsanspruch nicht entgegen.



### 2.3.1 Zulässigkeit des Antrags auf Abgabe eines Angebots zur Mitnutzung

44. Der Mitnutzungsantrag ist zulässig.

### 2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 TKG

45. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1 TKG liegen vor.
46. Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes. Der Einwand, es mangle der Antragstellerin an der erforderlichen Antragsbefugnis, greift nicht durch.
47. Gemäß § 77d Abs. 1 TKG besteht die Antragsbefugnis für den Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, sofern der Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze beabsichtigt wird. Die Legaldefinition des § 3 Nr. 7a TKG umschreibt das „digitale Hochgeschwindigkeitsnetz“ als ein Telekommunikationsnetz, das die Möglichkeit bietet, Datendienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s bereitzustellen. Die Beschlusskammer ist der Überzeugung, dass die Antragstellerin die Absicht besitzt, ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz in diesem Sinne zu errichten. Hierfür spricht der Umstand, dass die Antragstellerin bereits jetzt über ein Glasfasernetz verfügt. Zudem hat sie mit dem Anliegen, Glasfaser verlegen zu dürfen mehrere Verfahren vor der Beschlusskammer angestrengt. Dem widerspricht auch nicht – wie von der Antragsgegnerin eingewendet – der Einsatz einer Kombination verschiedener Technologien zu dem oben genannten Zweck. Eine andere Beurteilung des Einsatzes einer Mischung aus unterschiedlichen Technologien widerspräche vielmehr dem Grundsatz der Technologieneutralität. Keine andere Bewertung lässt auch die Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 7a TKG zu, wenn sie statuiert, dass „digitale Hochgeschwindigkeitsnetze danach technologieneutral solche Telekommunikationsnetze (sind), die geeignet sind, Datendienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s bereitzustellen“.

*Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 34.*

48. Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG. Sie ist in Bezug auf den Mitnutzungsanspruch hinsichtlich aller drei alternativ zur Mitnutzung begehrten Leerrohre passivlegitimiert.
49. Weder der von der Antragsgegnerin mit der Deutschen Telekom Technik GmbH [REDACTED] abgeschlossene Nutzungsvertrag noch der Einwand fehlender Verfügungsbefugnis bzw. der Vorwurf, dass jeglicher Eingriff seitens der Antragsgegnerin in das betreffende Leerrohr einen Fall verbotener Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB zu Lasten der Vertragspartnerin darstellen würde, steht der Passivlegitimation bezüglich des betreffenden Leerrohres entgegen. Dies folgt aus dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes. Aus dem klaren Gesetzeswortlaut des § 77d Abs. 1 TKG ergibt sich, dass die Mitnutzung gegenüber Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze beantragt werden kann. Die Antragsgegnerin hat sich durch den entweder erst in An-

bahnung stehenden oder zunächst mündlich mit der Deutschen Telekom Technik GmbH geschlossenen Nutzungsvertrag nicht aus ihrer Eigentümerposition begeben. Diese Beurteilung findet zudem ihre Stütze in der Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz, dessen Sinn und Zweck auf eine effiziente Beschleunigung des Breitbandausbaus zielt. Wegen der weiteren Einzelheiten im Zusammenhang mit dem Nutzungsvertrag der Antragsgegnerin mit der Deutschen Telekom Technik GmbH wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2.3.3.1 dieser Entscheidung (Rz. 61 ff.) verwiesen.

50. Da somit die Eigentümerstellung rein sachenrechtlich zu betrachten ist, kann auch die sich aus dem Nutzungsvertrag ergebende und die Eigentümerstellung unberührt lassende Besitzposition der Vertragsparteien des Nutzungsvertrages nicht zum Entfallen der Passivlegitimation führen. Dem Gesetzgeber war es bei der Schaffung der §§ 77a ff. TKG nicht verwehrt, ein Stufenverhältnis hinsichtlich der Inanspruchnahme der Mitnutzungsverpflichteten einzuführen. Die gleichwertige Inanspruchnahme von Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze bringt bei entsprechender Handhabung auch die schutzwürdigen Interessen der Anspruchsberechtigten und die Belange der Allgemeinheit zu einem gerechten Ausgleich, ohne dass die grundsätzlichen Verfügungsbefugnisse der Mitnutzungsverpflichteten ausgehöhlt werden. Andernfalls würden eine effektive Anspruchsgeltendmachung und damit der Gesetzeszweck einer effizienteren Gestaltung des gesamten Prozesses des Auf- und Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, um eine möglichst starke Kostensenkung im Breitbandausbau unter Nutzung vorhandener Synergien zu erreichen, konterkariert. Wegen der weiteren Einzelheiten im Zusammenhang mit dem Einwand der Antragsgegnerin einer mangelnder Verfügungsbefugnis über das betreffende Leerrohr aufgrund des bestehenden Nutzungsvertrages und dem Einwand verbotener Eigenmacht wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2.3.3.3 dieser Entscheidung (Rz. 71 ff.) verwiesen.
51. Die Antragsgegnerin ist auch hinsichtlich des auf Vorrat verlegten Leerrohres passivlegitimiert. Mangels Nachweises eines geplanten städtischen Behördennetzes, ist die auf Vorrat verlegte und nicht weiter spezifizierte physische Infrastruktur als entstehendes öffentliches Versorgungsnetz im Sinne der Legaldefinition aufzufassen.
52. Die Gesetzesbegründung zu der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG stellt klar, dass geschlossene Behördennetze z. B. für Energie oder Telekommunikationsdienstleistungen nicht unter die Legaldefinition fallen.

*Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 35.*

53. Der Einordnung als geschlossenes städtisches Behördennetz steht entgegen, dass die Zweckbestimmung des betreffenden Leerrohres durch die Antragsgegnerin nicht nachgewiesen wurde. Ein Nachweis durch eine konkrete Planung, z. B. in Form einer Investitionsplanung bzw. eines Satzungsbeschlusses hat die Antragsgegnerin nicht erbracht. Gemäß der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG stellt jedoch auch eine erst entstehende oder sogar stillgelegte physische Infrastruktur für die öffentliche Bereitstellung von Telekommunikation ein öffentliches Versorgungsnetz dar. Dabei steht die Einordnung des Leerrohres als eine auf Vorrat verlegte und somit auf unbestimmte Zeit

dauerhaft ungenutzte passive Netzinfrastruktur der Passivlegitimation insoweit nicht entgegen. Denn nach dem Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes muss, wenn ein Mitnutzungsanspruch (und damit eine Passivlegitimation) in Bezug auf einer erst entstehenden oder stillgelegten physischen Infrastruktur bestehen kann, dies erst recht für eine bereits bestehende und auf Vorrat verlegte Infrastruktur gelten (Erst-Recht-Schluss).

54. Die Antragstellerin hat die Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen des öffentlichen Versorgungsnetzes der Antragsgegnerin beantragt. Es wurde ein den Voraussetzungen des § 77d Abs. 1 TKG entsprechender Antrag gestellt. Der Antrag vom 30. 9. 2017 enthielt detaillierte Beschreibungen zur begehrten Mitnutzung und den Komponenten öffentlicher Versorgungsnetze, für welche die Mitnutzung beantragt wird, einen hinreichend genauen Zeitplan für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung und die Angabe des Gebiets, das mit dem digitalen Hochgeschwindigkeitsnetz erschlossen werden soll.
55. Die Antragstellerin legte dar, dass sie über eines der drei Leerrohre zwischen zwei Punkten im Bereich der Kreuzung der Himmelreichstraße bzw. der Dr. Rudolf-Eberle-Straße mit der Waldshuter Straße den Anschluss an ihr bestehendes Netz vornehmen möchte. Unter Nutzung der Rohrkapazitäten soll in eines der Leerrohre mit einem Innendurchmesser von 103,6 mm ein Mikroleerrohr mit 50 mm Außendurchmesser eingezogen und darin wiederum Glasfaser eingeblasen werden, so dass durch diese Maßnahme die bereits von bei der Erschließung des Gewerbegebietes Neumatt und Rütte West verlegten Mikrolehrrohre bestückt und Höchstgeschwindigkeitsanschlüsse verfügbar werden. Bei der Erstellung der neuen Trasse werden zudem Teile des vorhandenen Gewerbegebietes ebenfalls mit einem FTTH-Anschluss versehen. Der Einwand der Antragsgegnerin eines nicht hinreichend konkretisierten Zeitplanes greift nicht durch. In der Angabe der Antragstellerin, dass die Umsetzung der Mitnutzung innerhalb von 16 Wochen nach Zustimmung erfolgen solle, hat die Antragstellerin diese Antragsvoraussetzung erfüllt. Für die Konkretisierung des Zeitplanes ist in diesem vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Rohrverlegung, insbesondere im Rahmen der alternativen Beantragung von drei Leerrohren, gewisse Unsicherheiten birgt, so dass die Planung erst dann abgeschlossen werden kann, wenn klar ist, welches Rohr genau genutzt werden kann.
56. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin im Antwortschreiben vom 8. 11. 2017, hat die Antragstellerin mit ihrem auf die Mitnutzung von drei alternativen Leerrohren bezogenen Antrag den Antragsgegenstand auch hinreichend konkret bestimmt. Die so beschriebenen Leerrohre sind nicht nur geographisch lokalisierbar, sondern sie stehen gerade auch aufgrund ihrer geographischen Lage in einem tatsächlichen Zusammenhang, denn sie laufen nebeneinander und sind hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung voneinander abgrenzbar. Der darüber hinausgehenden, von der Antragsgegnerin geforderten Entscheidung der Antragstellerin für ein konkretes Leerrohr liegt eine formalistische Betrachtung zugrunde, der die Beschlusskammer nicht folgt. In Anlehnung an das Verhandlungsprimat des sektorspezifischen Regulierungsrechts einerseits und



unter Berücksichtigung der Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie andererseits, liegt in der Beantragung von drei alternativ zur Mitnutzung geeigneten Leerrohren das – mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – mildere Mittel im Vergleich zur Beantragung lediglich eines Leerrohres. Auf diese Weise werden auch die widerstreitenden Interessen der Parteien gewahrt. Denn zum einen berücksichtigt die Antragstellung unter Einbeziehung drei gleich geeigneter Alternativleerrohre das berechnete Interesse der Antragstellerin. Die Antragstellerin liefe nämlich bei der Abweisung des Antrags bezüglich eines der drei Leerrohre Gefahr, wiederholt auf einen neuen entsprechenden Antrag bezüglich eines anderen, gleich geeigneten Leerrohres verwiesen zu werden. Hinzu kommt das mit der zeitlichen Verzögerung der Antragstellung einhergehende Risiko bereits geschaffener vollendeter Sachverhalte. Auf der anderen Seite gewährt diese alternative Beantragung für die Antragsgegnerin ein hohes Maß an Entscheidungsfreiheit. Wie sie selbst im Schreiben vom 28. 11. 2017 konstatiert, ist beispielsweise eine Mitnutzung des ersten Leerrohres für die Antragsgegnerin im Vergleich zur Mitnutzung der anderen Leerrohre vorzugswürdiger, um hinsichtlich städtischer Planung in diesem Rohr flexibel zu bleiben.

### 2.3.3 Kein Vorliegen eines Versagungsgrundes

57. Dem Mitnutzungsantrag der Antragstellerin steht bezüglich allen drei Leerrohren kein von der Antragsgegnerin eingewendeter Versagungsgrund entgegen. Der mit der Deutschen Telekom Technik GmbH [REDACTED] geschlossene Nutzungsvertrag steht einer Mitnutzung nicht entgegen. Auch die von der Antragsgegnerin eingewandten Gründe aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 6 TKG greifen vorliegend nicht.

58. Als zulässige Versagungsgründe zählt § 77g Abs. 2 TKG insgesamt sieben Kategorien auf. Die Liste der Ablehnungsgründe ist abschließend, um Rechtsklarheit über die Versagungsgründe zu schaffen und einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitnutzungsinteresse und den Interessen des Verpflichteten zu ermöglichen.

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

59. Die Ausgestaltung der Versagungsgründe als abschließende Aufzählung – die auch durch den Gesetzeswortlaut („darf nur abgelehnt werden“) zum Ausdruck gebracht wird – legt eine enge Auslegung der Versagungsgründe nahe. Dies betont die Bundesregierung auch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, wonach „die Versagungsgründe insgesamt restriktiv und zwingend abschließend auszugestalten“ sind.

*Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 84.*

60. Die Darlegungs- und Beweislast liegt aufgrund des Einwendungscharakters der Versagungsgründe beim Verpflichteten. Eine Versagung der Mitnutzung kann durch die Streitbeilegungsstelle überprüft werden, so dass die ungerechtfertigte und überzogene Berufung auf Versagungsgründe unterbunden werden kann.

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

### 2.3.3.1 Mietvertrag mit der Deutschen Telekom Technik GmbH als Versagungsgrund

61. Dem Mitnutzungsanspruch steht nicht die mietvertragliche Verbindung der Antragsgegnerin mit der Deutschen Telekom Technik GmbH über die exklusive Nutzung von Einrichtungen zur Führung von Telekommunikationslinien entgegen.
62. Der hier [REDACTED] abgeschlossene Mietvertrag kann dem geltend gemachten Mitnutzungsanspruch nicht als Versagungsgrund entgegengehalten werden. Auch wenn der Vertrag wirksam und rechtlich ordnungsgemäß zustande gekommen sein sollte und de facto eine Exklusiv-Vermietung des Leerrohres bedeutet, zu dem die Antragstellerin die Mitnutzung beantragt hat, so führt dies nicht zur Annahme eines Versagungsgrundes.
63. Zuvörderst bleibt die Antragsgegnerin auch nach Vertragsschluss Eigentümerin der Leitungsführungen und damit Verpflichtete gemäß § 77d TKG. Die Antragstellerin hatte die Wahl, ob sie gegen die Eigentümerin oder die Betreiberin des öffentlichen Telekommunikationsnetzes ihren Mitnutzungsanspruch geltend macht. Der Gesetzgeber hat hierbei kein Stufenverhältnis angelegt, wonach ein Anspruchsteller z. B. seinen Mitnutzungsanspruch primär gegen den Betreiber geltend machen muss. Dies würde auch dem Grundgedanken einer zielführenden schnellen Mitnutzung widersprechen, da auch dieser dann auf den Eigentümer und sein fehlendes Eigentumsrecht verweisen könnte. Damit würde man Ansprüche, die gegenüber beiden Parteien bestehen, dauerhaft nicht oder nur mit erheblichem Zeitverzug realisieren können. Häufig ist gar nicht bekannt, wer genau der Betreiber des Netzes ist, wohingegen das Eigentum allein durch örtliche Gegebenheiten bereits offensichtlich sein kann. Aufgrund der Durchsetzbarkeit und Effektivität des Mitnutzungssystems ist somit ein Wahlrecht des Antragstellers gegeben, gegenüber beiden Betroffenen – Eigentümer oder Betreiber – seinen Anspruch geltend zu machen.
64. Ein exklusiver Mietvertrag bzw. andere entgegenstehende Verträge sind aus diesen Gründen nicht ausdrücklich als Versagungsgründe in die gesetzliche Regelung des § 77g Abs. 2 TKG eingeflossen. Da die Versagungsgründe gemäß der Gesetzesbegründung abschließend sind, besteht kein Spielraum für eine Erweiterung.

*Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 47, 84.*

### 2.3.3.2 § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG – fehlender Platz

65. Ein Versagungsgrund nach § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG liegt bezüglich keinem der drei streitgegenständlichen Leerrohre vor. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kann in keinem Leerrohr ein Engpass festgestellt werden, wegen dem ein zusätzliches Glasfaserkabel – wie es die Antragstellerin einziehen will – nicht verlegt werden könnte.
66. Hinsichtlich des Leerrohres, welches bereits teilweise durch die Deutsche Telekom Technik GmbH genutzt wird, führt die Antragsgegnerin selbst im Schreiben vom 28. 11. 2017 an, dass in diesem Leerrohr trotz derzeitiger teilweiser Belegung durch die Deutsche Telekom Technik GmbH und unabhängig von der Bedingung eines zusätzli-



chen Kabelzugschachtes, noch Platz für den Einzug einer weiteren Glasfaserleitung sei. Eine Kapazitätserschöpfung ist daher nicht ersichtlich.

67. Bezüglich der Mitnutzung des Leerrohres, welches der Erweiterung der städtischen Straßenbeleuchtung dienen soll, steht eine zukünftige Kapazitätserschöpfung der begehrten Mitnutzung nicht entgegen. Die Antragsgegnerin hat einen zukünftig fehlenden Platz nicht hinreichend plausibilisiert. Zukünftig ist eine hinreichende Kapazität für die beantragte Mitnutzung bei Einzug des Leerrohres der Antragstellerin von 50 mm in das Leerrohr mit einem Innendurchmesser von 103,6 mm trotz geplantem Einzug einer Erdleitung des Typs NYY 4x1 mm<sup>2</sup> mit einem Durchmesser von 20 mm vorhanden.
68. Der Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG erfasst auch eine erst zukünftig eintretende Kapazitätserschöpfung. Jedoch hat der Gesetzgeber, um die prognostische Aussage des künftigen Kapazitätsvorbehalts zu begrenzen, in der Regelung klar gestellt, dass ein gesonderter Nachweis zu erfolgen hat und weiter ausgeführt:

*„Die Festsetzung des Prognosezeitraums von fünf Jahren ist ein Ausgleich der Belange der regelmäßig langfristig zu planenden Versorgungsnetze sowie der Haushaltsplanungen der Verwaltung einerseits und der schnelllebigen Telekommunikationsbranche andererseits. (...) Die Prognose ist zu plausibilisieren, damit nicht entfernte Planungen, die sich noch nicht hinreichend manifestiert haben, als Einwendung angeführt werden können. Grundlage für eine Konkretisierung muss deshalb die hinreichend präzisierte Investitionsplanung des Verpflichteten sein.“*

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

69. Der Verweis der Antragsgegnerin, dass das für die Straßenbeleuchtung eingeplante Leerrohr ohne weiteren zweiten Kabelzugschacht der Antragsgegnerin für eine weitere, in der Zukunft möglicherweise erforderliche Eigennutzungen dann nicht mehr zur Verfügung stünde, genügt hier nicht einer hinreichenden Plausibilisierung zukünftig fehlenden Platzes. Im Schreiben der Antragsgegnerin vom 28. 11. 2017 wird deutlich, dass sich der Einwand der Kapazitätserschöpfung nicht auf die derzeit geplante und in dem Finanzhaushaltsplan abgebildete Nutzung des Leerrohres zum Zwecke der Erweiterung der Straßenbeleuchtung, sondern auf die zum derzeitigen Zeitpunkt noch nicht weiter geplante zusätzliche Nutzungen bezieht. Es kann daher dahinstehen, ob die derzeitige Einstellung eines bestimmten Betrages in den Finanzhaushaltsplan hinsichtlich Tiefbaumaßnahmen für die Erweiterung der Straßenbeleuchtung in dem betreffenden Bereich den Anforderungen an eine hinreichende Plausibilisierung genügt. Dass ausreichend Platz in dem streitgegenständlichen Leerrohr jedenfalls unter Berücksichtigung der derzeitigen Planung vorhanden ist, hat die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 28. 11. 2017 nicht bestritten. Vielmehr hat sie den ausreichenden Platz durch die technische Planung in Form der Angabe der Dimensionierung der Kabel dargelegt. Die Antragsgegnerin hat aber weder dargelegt noch nachgewiesen, dass es sich bei der weiteren zukünftigen Nutzung nicht um entfernte, sondern bereits hinreichend manifestierte Planung handelt und diese ggf. mit Ratsbeschlüssen oder einer konkreten Haushaltplanung hinterlegt.

70. Auch soweit die Antragsgegnerin argumentiert, dass sich auch ein zukünftiger Kapazitätsmangel hinsichtlich des Leerrohres zum Zwecke eines eigenen Behördennetzes ergebe, hat sie dies nicht hinreichend plausibilisiert. Zum einen genügen die Ausführungen der Antragsgegnerin, eines der Leerrohre für ein stadinternes Behördennetz zu nutzen, den bereits geschilderten Anforderungen des Gesetzgebers bezüglich einer künftigen Kapazitätserschöpfung nicht. Zum anderen erfüllt auch der Verweis der Antragsgegnerin auf die gesetzlichen Anforderungen, dass eine angemessene Reservekapazität nicht unterschritten werden dürfe, die Anforderungen hinreichender Plausibilität des zukünftig fehlenden Platzes nicht. So hat die Antragsgegnerin in keinem ihrer Schriftsätze dargelegt – und letztlich nachgewiesen –, dass in Bezug auf das Behördennetz bereits eine hinreichend manifeste Planung vorliegt und es sich nicht lediglich um eine entfernte Überlegung ohne Konkretisierung handelt. Dafür fehlt es insbesondere an einer hinreichend präzisen Investitionsplanung. Da bereits der zukünftig fehlende Platz nicht hinreichend plausibel dargelegt wurde, muss der Aspekt der technisch erforderlichen Kabeldimensionierung und damit einhergehenden technischen Kapazitätserschöpfung nicht abschließend entschieden werden.

### 2.3.3.3 Kapazitätserschöpfung aufgrund mangelnder Verfügungsbefugnis

71. Der [REDACTED] mit der Deutschen Telekom Technik GmbH geschlossene Mietvertrag über die in Rede stehende Infrastruktur stellt keinen Anwendungsfall des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG bezüglich des durch die Deutsche Telekom Technik GmbH genutzten Leerrohres dar. Allein ein solcher Vertragsschluss führt nicht zur Annahme fehlenden Platzes für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Zum einen setzt sich die Antragsgegnerin zu ihrem Einwand mangelnder Verfügungsbefugnis selbst in Widerspruch, indem sie bereits Verhandlungen zu ihrer Vertragspartnerin aufgenommen hat und die Möglichkeit einer Zustimmung der Vertragspartnerin zur Mitnutzung des Leerrohres durch die Antragstellerin signalisiert. Dieser Umstand streitet dafür, dass eine tatsächliche „Verfügungsmasse“ besteht. Zum anderen kann man entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht von fehlendem Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze ausgehen, nur weil tatsächlich vorhandene Kapazitäten wegen der Vertragsgestaltung nicht verfügbar seien. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es sich hierbei um Umstände handeln muss, die konkret und praxisgerecht auszugestalten sind. In Erwägungsgrund 17 der Kostensenkungsrichtlinie wird dazu ausgeführt, dass „ein Netzbetreiber (...) den Zugang zu einer bestimmten physischen Infrastruktur aus objektiven Gründen verweigern“ kann:

*„So kann insbesondere eine physische Infrastruktur, zu der Zugang begehrt wird, aufgrund besonderer infrastruktureller Gegebenheiten technisch ungeeignet sein, z. B. aus Mangel an derzeit verfügbarem Platz oder aufgrund künftigen Platzbedarfs, der – etwa durch öffentlich verfügbare Investitionspläne – ausreichend nachgewiesen ist.“*

72. Der europäische Richtliniengeber konkretisiert hier insofern das Kapazitätsproblem, als er es auf infrastrukturelle, technische Gegebenheiten reduziert und nicht etwa auch rechtliche Verpflichtungen benennt.
73. Dieses Verständnis entspricht auch dem Gesetzeszweck, wonach das DigiNetz-Gesetz zu einer effizienteren Gestaltung des gesamten Prozesses des Auf- und Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze beitragen soll, um eine möglichst starke Kostensenkung im Breitbandausbau unter Nutzung vorhandener Synergien zu erreichen. Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn durch entsprechende vertragliche Konstruktionen zwischen Eigentümern und Betreibern eine Mitnutzung ausgeschlossen werden könnte.
74. Im konkreten Fall könnte sich die Antragstellerin auch gegen die Deutsche Telekom Technik GmbH als Betreiberin wenden und dieser gegenüber ihren Anspruch auf Mitnutzung geltend machen. Diese könnte sich nicht auf ein exklusives Netznutzungsrecht berufen, da die Versagungsgründe auch insofern abschließend sind und ein solches exklusives Nutzungsrecht nicht aufgeführt ist. Dies wird durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Wenn nach dem Gesetz auch ein Eigentümer eine Mitnutzung gewähren muss, warum sollte sich dann der Betreiber auf ein vom Eigentümer abgeleitetes Recht berufen können und damit die Mitnutzung verhindern können?
75. Die Antragsgegnerin kann zur Abwehr des Mitnutzungsanspruchs auch nicht auf höherrangiges Recht zurückgreifen. Denn das DigiNetz-Gesetz bestimmt die Inhalte und Schranken des Grundrechts aus Art. 14 GG. Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit oder eine echte Rückwirkung der gesetzlichen Regelung bzw. eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen liegen nicht vor.

*Vgl. dazu BVerfG, Beschluss 1 BvR 2961/14 vom 12. 11. 2015, juris-Rz. 40 ff.*

76. Entsprechend wird auch die vertragliche Beziehung zwischen der Antragsgegnerin und der Deutschen Telekom Technik GmbH überformt, so dass das Argument der Antragsgegnerin – sie wäre gezwungen, gesetzwidrig zu handeln – nicht greifen kann.
77. Eine darüber hinausgehende Berufung der Antragsgegnerin auf die Geltung des vertraglichen, exklusiven Nutzungsrechts würde verkennen, dass dieses Nutzungsrecht nicht ihr, sondern der Deutschen Telekom Technik GmbH zusteht.
78. Dem Mitnutzungsanspruch steht auch nicht der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Einwand einer verbotenen Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB zulasten ihrer Vertragspartnerin entgegen. Die Antragsgegnerin widerspricht bereits dadurch dem von ihr erhobenen Einwand verbotener Eigenmacht, indem sie Verhandlungen zu ihrer Vertragspartnerin aufgenommen hat und sie die Möglichkeit einer für die Verneinung der verbotenen Eigenmacht erforderlichen Zustimmung derjenigen zur Mitnutzung für möglich hält.
79. Darüber hinaus kann sich die Antragsgegnerin zur Abwehr eines Mitnutzungsanspruchs nicht auf eine Besitzbeeinträchtigung ihrerseits im Verhältnis zu ihrer Vertragspartnerin berufen, da sich im konkreten Fall die Antragstellerin auch gegen die Vertragspartnerin als Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes wenden und



dieser gegenüber ihren Anspruch auf Mitnutzung geltend machen könnte. Eine andere Betrachtungsweise würde dazu führen, dass Ansprüche gegenüber dem Eigentümer dauerhaft nicht realisiert werden könnten

80. Es ist dabei in diesem konkreten Einzelfall hinsichtlich des Einwands der verbotenen Eigenmacht zu berücksichtigen, dass sich aufgrund des unstreitig in dem Leerrohr der Antragsgegnerin – trotz Belegung durch die Deutsche Telekom Technik GmbH – verbleibenden Platzes weder die Antragsgegnerin in diesem Verfahren noch potentiell die Deutsche Telekom Technik GmbH auf den Versagungsgrund des fehlendes Platzes berufen kann. Diese Parallelität des (Nicht-)Vorliegens des Versagungsgrundes des fehlenden Platzes ist aber gerade durch die nutzungsvertragliche Verbindung von Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze geprägt. Zwar kommen als Adressat des Mitnutzungsbegehrens sowohl der Eigentümer als auch der Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze in Betracht; das Mitnutzungsobjekt bleibt hingegen – bedingt durch die nutzungsvertragliche Verknüpfung – stets identisch. Es fehlt der Deutschen Telekom Technik GmbH damit an einem schutzwürdigen Eigeninteresse der Geltendmachung eines Besitzschutzanspruchs gegenüber ihrer Vermieterin, der Antragsgegnerin. Im Innenverhältnis des Nutzungsvertrages wird nämlich sowohl der Eigentümer eines öffentlichen Versorgungsnetzes als auch der Betreiber als Mieter passiver Netzinfrastruktur durch das DigiNetz-Gesetz zur Mitnutzung derselben passiven Netzinfrastruktur auf der Grundlage des § 77d Abs. 1 TKG i. V. m. § 77g Abs. 2 TKG verpflichtet werden können.
81. Gegen das Argument der Antragsgegnerin – sie wäre gezwungen, gesetzwidrig zu handeln – spricht auch, dass das auf vertraglicher Basis beruhende Besitzverhältnis zwischen der Antragsgegnerin und ihrer Vertragspartnerin durch das DigiNetz-Gesetz als verfassungskonforme Konkretisierung der Schranken des Art. 14 GG, überformt wird.

#### **2.3.3.4 § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG – Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen**

82. Der in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG geregelte und hier hilfsweise von der Antragsgegnerin geltend gemachte Versagungsgrund steht dem Mitnutzungsanspruch bezüglich aller drei streitgegenständlichen Leerrohre nicht entgegen. Das im Schreiben vom 28. 11. 2017 enthaltene Angebot der Antragsgegnerin – das Leerrohr, welches derzeit durch die Deutsche Telekom Technik GmbH angemietet wird, für den zusätzlichen Einzug der Glasfaserleitung der Antragstellerin unter der Bedingung des Baus eines Kabelzugschachtes auf Kosten der Antragstellerin als tragfähige Alternative im Sinne des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG zur Verfügung zu stellen – erfüllt die Voraussetzung dieses Versagungsgrundes nicht.
83. Nach § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG darf ein Antrag auf Mitnutzung abgelehnt werden, wenn tragfähige Alternativen zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen verfügbar sind und der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes diese Alternativen anbietet, sie sich für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze eignen und die Mitnutzung zu fairen und angemessenen Bedingungen ge-

währt wird. Als Alternativen können geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste, der Zugang zu bestehenden Telekommunikationsnetzen oder die Mitnutzung anderer als der beantragten passiven Netzinfrastrukturen angeboten werden.

84. Dem Vorliegen einer tragfähigen Alternative steht in diesem konkreten Fall entgegen, dass die Antragsgegnerin nicht dargelegt und bewiesen hat, dass sie die Alternative, nämlich die Mitnutzung des Leerrohres, welches bereits durch die Deutsche Telekom Technik GmbH genutzt wird, ohne weitere Verzögerung anbieten und bereitstellen kann.

85. Die in der Gesetzesbegründung zu § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG enthaltenen Anforderungen an eine Alternative bedingen eine enge Auslegung:

*„Alternativen müssen im Rahmen einer Verweigerung der Mitnutzung konkret benannt werden und tragfähig sein. Sie müssen ohne weitere Verzögerung in Anspruch genommen werden können. Die über die Vorleistungsebene hinausgehenden Regelbeispiele zielen darauf ab, den Handlungsspielraum im Sinne eines schnellen Netzausbaus zu erweitern. Dies betrifft insbesondere die Möglichkeit, über einen alternativen Weg passive Netzinfrastrukturen in Anspruch nehmen zu können.“*

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

86. Die vom Gesetzgeber hier aufgeführten Anforderungen sind vorliegend nicht erfüllt. So ist bereits eine Zurverfügungstellung der potentiellen Alternative ohne weitere Verzögerungen nicht gewährleistet. Obwohl die Antragsgegnerin mitteilte, dass sie ihre Vertragsverhandlungen mit der derzeit das betreffende Leerrohr exklusiv nutzenden Telekom Technik GmbH unterbrochen habe, erfolgte keine Information seitens der Antragsgegnerin, was der aktuelle Verfahrensstand ist und zu wann eine potentielle Mitnutzung erfolgen könnte. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die angebotene Mitnutzung des betreffenden Leerrohres zumindest genauso zeitig umgesetzt werden kann, wie es in einem Leerrohr ohne externen Vertragspartner – z. B. den beiden anderen gemeindeeigenen Leerrohren – der Fall ist. Auch die von der Antragsgegnerin gestellte Bedingung des Baus eines weiteren Kabelzugschachtes durch und auf Kosten der Antragstellerin spricht gegen eine zeitnahe Inanspruchnahme, wie sie bei den anderen gemeindeeigenen Leerrohren möglich ist. Unter der Prämisse, dass die Antragstellerin neben den beiden anderen zur gemeindeeigenen Nutzung vorgesehenen Leerrohren auch das bereits an die Deutsche Telekom Technik GmbH vermietete Leerrohr gemäß §§ 77d Abs. 1, 77n TKG nutzen kann, muss sich die Antragstellerin nicht auf eine zeitliche wie auch bezüglich des derzeitigen Verhandlungsstands unsichere Alternative verweisen lassen. Dass sich die in Aussicht gestellte Alternative im Sinne des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG auch nicht auf die Anmietung der in diesem Fall durch die Telekom Technik GmbH betriebenen Glasfaserpaare bezieht, macht die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 28. 11. 2017 deutlich. Dort weist sie darauf hin, dass trotz der derzeitigen teilweisen Belegung durch die Telekom Technik GmbH „noch Platz für den Einzug einer weiteren Glasfaserleitung“ bestehe.



87. Da die von der Antragsgegnerin dargestellte Alternative bereits die Anforderungen an eine tragfähige Alternative im engeren Sinne nicht erfüllt, kann vorliegend dahinstehen, ob es sich bei der hier alternativ beantragten passiven Netzinfrastruktur in Form des bereits durch die Deutsche Telekom Technik GmbH teilweise belegte Leerrohres um eine Alternative gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG im weiteren Sinne handeln kann.

#### **2.3.3.5 Andere Versagungsgründe aus § 77g Abs. 2 TKG**

88. Andere in § 77g Abs. 2 TKG genannte Versagungsgründe stehen im vorliegenden Fall dem Mitnutzungsanspruch nicht entgegen. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsgegnerin hat dazu nichts vorgetragen.

#### **2.4 Frist zur Angebotslegung**

89. Die Frist zur Angebotslegung lehnt sich an der gesetzlichen Frist des § 77d Abs. 2 S. 1 TKG an. Dort ist eine Frist von zwei Monaten vorgesehen. In dieser Zeit muss der Antragsgegner über das „Ob“ und das „Wie“ des Angebots entscheiden und die dafür notwendigen Abwägungen treffen.
90. Mit dem vorliegenden Beschluss ist über das „Ob“ der Angebotslegung bereits unter Berücksichtigung der dort einschlägigen Abwägungen entschieden. Nur noch die Entscheidung über die weiteren Bedingungen, insbesondere die Bemessung eines angemessenen Entgelts, obliegt der Antragsgegnerin. Vor dem Hintergrund, dass für die Prüfungen des „Ob“ bereits Entscheidungen getroffen werden müssen, die genaue Infrastruktur ermittelt sowie deren Belegung geprüft und sich mit den Gegebenheiten im Hinblick auf mögliche Versagungsgründe vertraut gemacht werden muss, so ist davon ein Zeitansatz von etwa einem Monat realistisch. Alle weiteren Bedingungen, wie z. B. auch die Ermittlung des konkreten Entgelts und die Ausarbeitung der vertraglichen Gestaltungen, lassen sich durchaus in einem Monat erstellen.
91. Die Frist ist insbesondere vor dem Hintergrund des dem DigiNetz-Gesetz innewohnenden Grundgedankens der Beschleunigung und Kostensenkung als angemessen anzusehen. Diese Zeitspanne ermöglicht es, die notwendigen Prüfungen durchzuführen und sich hinsichtlich der Struktur eines Angebots sowie dessen Bedingungen klar zu werden.

## Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Freiburg, Habsburgerstraße 103, 79104 Freiburg im Breisgau, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt (§ 137 Abs. 2 TKG).

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, 6. 3. 2018

Vorsitzender

Beisitzerin und  
Berichterstatterin

Beisitzer

Dommermuth

Gille-Lindhorst

Dr. Haslinger