



Bundesnetzagentur

**Beschlusskammer 11**  
**Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes**

**BK11-21/002**

## **Beschluss**

**in dem Streitbeilegungsverfahren**

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

**– Antragstellerin –**

**gegen**

**SAGA Siedlungs-Aktiengesellschaft Hamburg**  
**Poppenhusenstraße 2, 22305 Hamburg**  
**vertreten durch den Vorstand**

**– Antragsgegnerin –**

**Öffentliche Fassung**

*Beigeladene*

1. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),  
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 1 –
2. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und  
Mehrwertdiensten e. V. (VATM),  
Frankenwerft 35, 50667 Köln,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 2 –
3. M-net Telekommunikations GmbH,  
Frankfurter Ring, 80807 München,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 3 –
4. 1 & 1 Versatel GmbH,  
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 4 –
5. NetCologne GmbH,  
Am Coloneum 9, 50829 Köln,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 5 –
6. Vattenfall Bitstream Infrastructure GmbH,  
Chausseestraße 23, 10115 Berlin,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 6 –
7. Vodafone GmbH,  
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 7 –
8. Bundesverband Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS),  
Eduard-Pflüger-Straße 58, 53113 Bonn,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 8 –
9. EFN eifel-net Internet-Provider GmbH,  
Bendenstraße 31-33, 53879 Euskirchen,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 9 –

10. Plusnet GmbH,  
Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 10 –
11. EWE TEL GmbH,  
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 11 –
12. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG,  
Georg-Brauchle-Ring 50, 80992 München,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 12 –
13. Nynex satellite OHG,  
Robert-Bosch-Straße 20, 64293 Darmstadt,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 13 –
14. htp GmbH,  
Mailänder Straße 2, 30539 Hannover,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 14 –
15. Vonovia SE,  
Universitätsstraße 133, 44803 Bochum,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladene zu 15 –
16. GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und  
Immobilienunternehmen e. V.,  
Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 16 –
17. GasLINE GmbH & Co. KG,  
Paesmühle, Paesmühlenweg 10 + 12,  
47638 Straelen,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 17 –
18. ImmoMediaNet GmbH & Co. KG,  
Osterbrooksweg 36, 22869 Schenefeld,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 18 –

*Verfahrensbevollmächtigte*

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

der Antragsgegnerin: WIRTSCHAFTSRAT RECHT Bremer Weitag  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Bleichenbrücke 11, 20354 Hamburg

der Beigeladenen zu 5: JUCONOMY Rechtsanwälte  
Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche PartG mbB,  
Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf

der Beigeladenen zu 14: JUCONOMY Rechtsanwälte  
Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche PartG mbB,  
Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf

der Beigeladenen zu 15: Greenberg Traurig Germany, LLP,  
Budapester Straße 35, 10787 Berlin

der Beigeladenen zu 18: Greenberg Traurig Germany, LLP,  
Budapester Straße 35, 10787 Berlin

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 Judith Herchenbach-Canarius,  
die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und  
den Beisitzer Dr. Dirk Martin Kutzscher

auf die mündliche Verhandlung vom 16. 2. 2021 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin einschließlich der mit ihr verbundenen Beigeladenen zu 18 werden verpflichtet, der Antragstellerin die Mitnutzung der in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen auf Kupferbasis zu gestatten.
2. Die Antragsgegnerin einschließlich der mit ihr verbundenen Beigeladenen zu 18 werden gemäß § 77k Abs. 1 TKG verpflichtet, der Antragstellerin Zugang den Liegenschaften der Antragsgegnerin zu gewähren, soweit dies zur Nutzung der in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen erforderlich ist.
3. Das Recht der Antragstellerin zur Mitnutzung der in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen auf Kupferbasis endet, wenn die Antragstellerin über die jeweilige Endleitung keinen Nutzer mehr versorgt.

4. Die Antragstellerin wird verpflichtet, der Antragsgegnerin einschließlich der mit ihr verbundenen Beigeladenen zu 18 die zusätzlichen Kosten, die sich für diese durch die Ermöglichung der Mitnutzung der Netzinfrastruktur der in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen ergeben, anlassbezogen nach Aufwand und nicht als regelmäßig wiederkehrende Zahlung zu entgelten. Der zusätzliche Aufwand ist der Antragstellerin von der Antragsgegnerin einschließlich der mit ihr verbundenen Beigeladenen zu 18 in geeigneter Form nachzuweisen (z. B. durch Lieferscheine, Rechnungen oder von der Antragstellerin gegengezeichnete Arbeitsnachweise). Darüber hinaus sind von der Antragstellerin für die in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen keine Entgelte an die Antragsgegnerin einschließlich die mit ihr verbundene Beigeladene zu 18 zu zahlen.
5. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.
6. Die Verpflichtungen nach Ziffer 1., 3. und 4. stehen unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass durch eine letztinstanzliche, rechtskräftige Entscheidung der zivilrechtlichen Streitigkeit, die zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin derzeit beim OLG Hamburg (Az. 6 U 175/17) in der zweiten Instanz anhängig ist, festgestellt wird, dass die Antragstellerin Eigentümerin der streitgegenständlichen Kupferendleitungen ist.

## 1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft die Mitnutzung von gebäudeinternen Netzinfrastrukturen, und zwar von ca. 60 Endleitungen in bestimmten, von der Antragstellerin einzeln aufgeführten Mehrfamilienhäusern in Hamburg.
- 2 Die Antragstellerin, die Telekom Deutschland GmbH, ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 3 Die Antragsgegnerin, die SAGA Siedlungs-Aktiengesellschaft Hamburg (im Folgenden: SAGA) ist ein kommunales Wohnungsbaununternehmen in Hamburg. Die Gesellschaft ist 1999 aus dem Zusammenschluss der vormaligen Siedlungs-Aktiengesellschaft Altona mit der Gesellschaft für Wohnen und Bauen mbH (GWG) entstanden. Sie hält ca. 136.000 Wohnungen und 1.500 Gewerbeobjekte im Raum Hamburg (Stand 2019). Alleiniger Eigentümer der SAGA ist die Freie und Hansestadt Hamburg.
- 4 In Gebäuden und Wohnungen der Antragsgegnerin befinden sich Endleitungsnetze auf Kupferbasis, die noch zu Zeiten der Deutschen Bundespost und später der Deutschen Telekom AG beginnend in den 1950er Jahren errichtet wurden. Wer die Kabel verlegt hat, ist zwischen den Parteien streitig. Unstreitig wurden zwischen den Parteien aber Grundstückseigentümergeklärungen bzw. Grundstücksnutzungsverträge geschlossen, die auf der jeweiligen Fassung der Telekommunikations-Großkundenschutzverordnung (TKV) bzw. der damals geltenden Fernmeldeordnungen basierten. Bei den streitig gestellten Liegenschaften datierten diese Erklärungen aus den 1930er bis 1980er Jahren. Die Vereinbarungen sahen jeweils keine Vergütung für die Antragsgegnerin vor.
- 5 Diese Grundstückseigentümergeklärungen bzw. Gestattungsverträge sind zu spätestens Ende 2015 seitens der Antragsgegnerin gekündigt worden. Seit dieser Kündigung besteht zwischen den beiden Streitparteien eine zivilrechtliche Auseinandersetzung über einen möglichen Bereicherungsanspruch der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin. Dabei stützte sich die Antragsgegnerin auf die Nutzung der in ihrem Eigentum stehenden Gebäude, hilfsweise auf die Nutzung der Inhouse-Verkabelung in den Gebäuden und verlangte ein monatliches Überlassungsentgelt in Höhe von 2,50 € je Anschlussleitung. Das Landgericht Hamburg hat mit Urteil vom 10. 7. 2017 die Klage abgewiesen. Dabei stellte das Landgericht insbesondere fest, dass die Inhouse-Verkabelung im Eigentum der Antragstellerin stehe. In Bezug auf die Nutzung der Gebäude der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin liege ebenfalls kein Bereicherungsanspruch vor. Zwar habe die Antragstellerin die Nutzung der Gebäude erlangt; sie sei aber nicht bereichert, da die streitgegenständliche Nutzung keinen Verkehrswert habe, der üblicherweise vergütet würde.
- 6 Derzeit befindet sich der Zivilrechtsstreit in der Berufung vor dem Hanseatischen Oberlandesgericht. Das Gericht hat zuletzt in der öffentlichen Sitzung vom 2. 7. 2020

zu erkennen gegeben, das Eigentum an den Verkabelungen eher der Antragsgegnerin zuzurechnen und das hinsichtlich der Höhe der Bereicherung weitere Erwägungen anzustellen seien (insbesondere zu Fragen, um wie viele Objekte bzw. Endleitungen es konkret gehe und welche Leistungen die Antragstellerin den Endkunden dort jeweils biete).

- 7 Weitere zivilrechtliche Klagen der Antragstellerin zu geltend gemachten Bereicherungsansprüchen aus den Jahren 2016 und 2017 sind vor dem Landgericht Hamburg anhängig.
- 8 Mit Schreiben vom 29.9.2020 hat die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung gebäudeinterner Infrastrukturen für die hier in Rede stehenden rund 60 Endleitungen in bestimmten Liegenschaften der Antragsgegnerin beantragt. Die Adressen und Namen der Endkunden ergaben sich aus einer dem Schreiben beigefügten Aufstellung. Dabei formulierte die Antragstellerin ausdrücklich, „bei den aufgeführten Leitungen handelt es sich um einfache, ungeschirmte Kupferleitungen, die bereits geschaltet sind.“ Außerdem werde der Antrag „ohne Aufgabe unserer Rechtsauffassung“ gestellt. Die Antragstellerin berief sich darauf, dass die Antragsgegnerin selbst von ihrer Eigentümerstellung an der Verkabelung ausgehe und die sonstigen Voraussetzungen des § 77k Abs. 2 TKG vorlägen. Die Antragstellerin teilte in dem Anschreiben bereits mit, dass sie von einer unentgeltlichen Nutzung ausgehe: Da die Leitungen bereits geschaltet seien, entstehe der Antragsgegnerin kein Mehraufwand bei der Einrichtung der Mitnutzung.
- 9 Diesen Mitnutzungsantrag wies die Antragsgegnerin mit anwaltlichem Schriftsatz vom 26. 11. 2020 zurück, da die Voraussetzungen des § 77k Abs. 2 und 3 TKG nicht erfüllt seien. Die Vorschrift adressiere als Anspruchsverpflichteten den Eigentümer oder Betreiber von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze und nicht bereits eine Partei, die sich nur der Eigentümerstellung „berühme“. Unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung sowie auf die Kostensenkungsrichtlinie argumentiert die Antragsgegnerin, passivlegitimiert sei nur, wer tatsächlich verfügungsberechtigter Eigentümer sei und nicht schon jeder, der dies behaupte. Da die Antragstellerin selbst diese Eigentümerstellung der Antragsgegnerin bislang nicht anerkenne, sei nicht klar, wie überhaupt eine verbindliche Erklärung über eine Mitnutzung erfolgen könne. Es fehle dem Mitnutzungsantrag damit bereits an der notwendigen Bestimmtheit. Unter Hinweis auf § 145 BGB sei der nötige Rechtsbindungswille der Antragstellerin nicht erkennbar, da sie weiterhin auf ihrer Eigentümerstellung an der Verkabelung beharre und der Antrag eher eine „invitatio ad offerendum“ denn ein tatsächliches annahmefähiges Angebot enthalte.
- 10 Im Übrigen berief sich die Antragsgegnerin darauf, dass der wirkliche Wille der Antragstellerin aus dem Antrag nicht hervorgehe. Berufe sie sich auf die Möglichkeit einer freiwilligen Einigung, so scheitere diese bereits an der eingeforderten Kondition der unentgeltlichen Überlassung, richte er sich hingegen auf die Verpflichtung aus

§ 77k Abs. 3 TKG, so fehle es angesichts der formulierten Einschränkung „ohne Aufgabe unserer Rechtsauffassung“ an der Ableitung eines klaren Erklärungsgehalts aus schlüssigem Verhalten, welches für die Bestimmtheit zur Wirksamkeit eines Antrags erforderlich sei. Auch eine „protestatio facto contraria“ liege mangels offenen Widerspruchs zwischen der Bedeutung der ausdrücklichen Erklärung und dem parallelen schlüssigen Handeln bzgl. des Gehalts der Willenserklärungen nicht vor. Man könne dem Antrag nicht nachkommen, da dieser wegen der inneren Widersprüche im Hinblick auf die unterstellten Eigentümerverhältnisse zu unbestimmt sei. Die Antragstellerin könne bei einer etwaigen Neufassung des Antrags klarstellen, dass sie diesen an die Antragsgegnerin als tatsächliche Eigentümerin der streitgegenständlichen Infrastrukturen stelle.

- 11 Die Antragsgegnerin erklärte außerdem, sie könne dem Antrag auch deswegen nicht entsprechen, da die Antragstellerin als Betreiberin über die fraglichen Inhouse-Verkabelungen eher faktisch verfügen könne als die Antragsgegnerin selbst. Für diese Fälle ergebe sich aus dem Begriff des „Verfügens“ in § 77k TKG und Effizienzgesichtspunkten, dass ein Antragsteller sich nur subsidiär an den Eigentümer halten könne, da dieser im Zweifel auch nur den Betreiber anweisen könne, eine Mitnutzung zu gewähren.
- 12 Mit Schreiben vom 27. 1. 2021, eingegangen am gleichen Tag, stellte die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur unter dem Betreff „Mitnutzungsantrag bezüglich der Kupfer-Inhouse-Verkabelung“ folgenden Antrag auf Streitbeilegung gemäß § 77n Abs. 6 TKG:

*„Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin die Mitnutzung von Endleitungen nach Maßgabe der folgenden Regelung zu gewähren:*

1. *Die Antragsgegnerin gestattet der Antragstellerin die Nutzung der in der Anlage Ast. 1 aufgeführten Endleitungen.*
2. *Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin Zugang zu ihren Liegenschaften zu gewähren, soweit dies zur Nutzung der in Ziffer 1 genannten Endleitungen erforderlich (ist).*
3. *Das Recht der Antragstellerin zur Nutzung der jeweiligen Endleitung endet, wenn die Antragstellerin über die jeweilige Endleitung keinen Kunden mehr versorgt.*
4. *Die Antragsgegnerin erhält für die Mitnutzung kein monatliches Überlassungsentgelt.*
5. *Zusatzaufwände, die der Antragsgegnerin für die Mitnutzung durch die Antragstellerin gegebenenfalls entstehen, etwa für die Gewährung des Zugangs zu den Liegenschaften der Antragsgegnerin, werden der Antragsgegnerin von der Antragstellerin gegen Nachweis nach Aufwand erstattet.“*

- 13 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 3 vom 10. 2. 2021 als Mitteilung Nr. 26 veröffentlicht.
- 14 Die Antragstellerin trug zur Begründung ihrer Anträge vor, die Voraussetzungen des § 77k Abs. 2 und 3 TKG seien gegeben. Eine Auslegung zeige, der Umstand, dass die Antragsgegnerin Gebäudeeigentümerin sei und sich der Verfügungsbefugnis über die streitgegenständlichen Endleitungen rühme, mache sie auch zur Antragsverpflichteten. § 77k Abs. 2 und 3 TKG gehe lediglich von der Verfügungsbefugnis aus; die Frage, ob tatsächlich Eigentum vorliegen müsse bzw. wie die Beziehung des Anspruchsverpflichteten zur Sache aussehe, sei nicht klar geregelt. Es entspreche auch der weiten Auslegung von Art. 9 der Kostensenkungsrichtlinie, wenn man den Kreis der Verpflichteten nicht auf den unstreitigen Eigentümer der Infrastruktur verenge. Aus der systematischen Auslegung ergebe sich, dass Eigenverlegung und Mitnutzung aufeinander bezogen seien und ein Zugang zum Teilnehmer auf jeden Fall gewährleistet werden müsse, unabhängig davon, ob eine Mitnutzung möglich sei oder nicht. Dieses Ziel würde nicht erreicht, wenn § 77k Abs. 2 und 3 TKG so ausgelegt würde, dass bei einer streitigen Eigentumsfrage der Grundstückseigentümer aus der Verpflichtung entkommen könne. Eine solche Auslegung würde § 77k Abs. 1 und 3 TKG bis zur Klärung der Eigentumsfrage seiner praktischen Wirksamkeit berauben.
- 15 Ferner sei es unbeachtlich, wenn die Antragsgegnerin ihr Eigentum im vorliegenden Verfahren in Abrede stelle und sich darauf berufe, nicht Anspruchsverpflichtete zu sein. Es sei ein nicht zu beachtendes widersprüchliches Verhalten, wenn sie ihre Eigentümerstellung an den Endleitungen einerseits zum Gegenstand eines Feststellungsantrags beim OLG Hamburg mache, sich gegenüber einem Anspruch nach § 77k TKG aber nicht als Eigentümerin behandeln lassen wolle. Dies folge aus dem Verbot des „venire contra factum proprium“ als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das Verhalten der Antragsgegnerin hätte an dieser Stelle nur den Zweck, der Antragstellerin jeden Rechtsschutz abzuschneiden, was als widersprüchliches Verhalten gemäß § 242 BGB dann unbeachtlich wäre.
- 16 Daneben wies die Antragstellerin darauf hin, dass es für das Vorliegen des Anspruchs gemäß § 77k Abs. 2 und 3 TKG nicht auf die Rechtsauffassungen der Parteien ankäme, sondern die Bundesnetzagentur aufgrund von § 24 Abs. 1 VwVfG von Amts wegen ermittle und insoweit nicht an das Parteivorbringen gebunden sei.
- 17 Eine Doppelung der Endleitungen sei im konkreten Fall technisch unmöglich bzw. wirtschaftlich ineffizient, da pro Wohnung jeweils nur ein Anschluss über die Telefoninfrastruktur benötigt werde. Man gehe auch davon aus, dass die Antragsgegnerin kein Interesse an einer Verdoppelung habe, da sie die Antragstellerin auch bereits aufgefordert habe, ihre Infrastruktur zu entfernen, wenn sie denn im Eigentum der Antragstellerin stünde.

- 18 Zu den Entgelten zog die Antragstellerin die Parallele im Wortlaut der Vorschriften des § 77n Abs. 6 und Abs. 2 TKG heran und verwies auf die Begründung im Beschluss BK11-18/005 vom 5. 11. 2018, wonach als Basis für die Bestimmung fairer und angemessener Entgelte die Mehrkosten zugrunde zu legen seien, die dem Infrastrukturanbieter allein durch die Mitnutzung zusätzlich entstünden. Ein Anreizaufschlag sei in § 77n Abs. 6 TKG nicht vorgesehen und insofern auch nicht zu entrichten, so dass ein monatliches Überlassungsentgelt nicht zu zahlen sei.
- 19 Mit Schriftsatz vom 11. 2. 2021 nahm die Antragsgegnerin Stellung, dass die Anträge der Antragstellerin als unzulässig und unbegründet abzuweisen seien.
- 20 Dabei stellte sie bereits in Abrede, dass überhaupt ein vollständiger förmlicher Antrag der Antragstellerin gemäß § 77n Abs. 6 S. 1 TKG vorliege. An einem solchen fehle es bislang, da die Antragstellerin es versäumt habe, die nach § 77l Abs. 2 TKG erforderlichen, entscheidungsrelevanten Informationen darzulegen. Neben der bereits im Ablehnungsschreiben dargestellten Zweifelhafteigkeit des Rechtsbindungswillens sowie der inneren Widersprüche des Mitnutzungsantrags der Antragstellerin spezifiziere das Schreiben der Antragstellerin vom 29. 9. 2020 lediglich ihre Erwartungen hinsichtlich der groben Bezeichnung der Primärleistungen, was die Prüfung des Antrags durch die Antragsgegnerin erschwert habe. Es wären weitere Hinweise durch die Antragstellerin notwendig gewesen (z. B. Mindestlaufzeit und Kündigungsfristen), damit die Antragsgegnerin zumindest ein Standardangebot hätte bilden können. Mangels eines vollständigen Antrags sei auch die in § 77n Abs. 6 TKG genannte Zweimonatsfrist für das Zustandekommen einer Mitnutzungsvereinbarung nicht in Gang gesetzt worden, die Voraussetzung eines zulässigen Streitbeilegungsantrages sei.
- 21 Überdies habe die Antragsgegnerin trotz Verhandlungsbereitschaft noch keine Gelegenheit gehabt, auf Basis aller entscheidungserheblichen Informationen auf dem Verhandlungsweg eine Übereinkunft mit der Antragstellerin zu erzielen. Man habe der Antragstellerin diesbezüglich anheimgestellt, die Anträge anzupassen, dabei sei aber nur der pauschale Vorwurf erhoben worden, es mangle der Antragsgegnerin an Verhandlungsbereitschaft; diese habe man aber mit neuerlichem Schreiben vom 8. 1. 2021 nochmals bekräftigt. Das Streitbeilegungsverfahren sei daher verfrüht beantragt worden.
- 22 Außerdem sei der Mitnutzungsantrag unzumutbar. Dies ergebe sich zum einen aus der widersprüchlichen Argumentation der Antragstellerin zu den Eigentumsverhältnissen und der damit ungeklärten Passivlegitimation. Zum anderen ergebe sich die Unzumutbarkeit aus der geforderten pauschalen Unentgeltlichkeit der Nutzung durch die Antragstellerin. Die Zumutbarkeit sei für die Antragsbefugnis erforderlich und damit Zulässigkeitsvoraussetzung. Hilfsweise mache die Antragsgegnerin ihre Einwände gegen die geforderte unentgeltliche Nutzung im Rahmen der Begründetheit geltend, da entsprechende Konditionen nicht fair und angemessen wären.

- 23 Hinsichtlich der Begründetheit der Anträge wandte die Antragsgegnerin ein, die Anträge der Antragstellerin seien zu unpräzise, um eine dem verwaltungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG entsprechende Beschlusstenorie- rung zu ermöglichen. Dabei seien insbesondere die Bezeichnungen der Endleitungen anhand einer nur Personennamen und Adressen enthaltenden Anlage nicht klar, da die fraglichen Wohnungen jeweils über drei verschiedene Endleitungen verfügten. Dabei handele es sich um hausinterne Kupferleitungen, ein hausinternes Fernseh- bzw. Koaxialkabelnetz sowie hausinterne Glasfaserkabel, zu denen die Antragsgeg- nerin den Zugang gewähren könne. Diesbezüglich sei eine Antragspräzisierung von- nöten, ob die Antragstellerin den Zugang zu einem bestimmten oder einem nach Wahl der Antragsgegnerin auszuwählenden hausinternen Netz geltend mache.
- 24 Würde man davon ausgehen, dass die Antragstellerin Zugang zu den hausinternen Kupferleitungen begehre, würde ein untauglicher Antragsgegenstand bezeichnet. Denn die Hochgeschwindigkeitsfähigkeit dieses Netzes sei im konkreten Fall noch nicht dargetan worden. Ob die erforderlichen Bandbreiten von über 50 Mbit/s erreicht werden, bestreitet die Antragsgegnerin mit Nichtwissen.
- 25 Mit Blick auf die drei in den Wohneinheiten vorhandenen Infrastrukturen geht die Antragsgegnerin davon aus, dass der Antragstellerin im vorliegenden Fall kein Wahl- recht zustehe, welche der vorhandenen Endleitungen sie mitnutzen dürfe. Ein Zugang zu einer nicht hochgeschwindigkeitsfähigen hausinternen Kupferverkabelung komme nur dort in Frage, wo parallel keine Glasfaserinfrastruktur existiere. Außerdem ergebe sich aus der Finalkondition „um das Netz in den Räumlichkeiten des Teilnehmers ab- zuschließen“, dass die Reichweite des gesetzlichen Anspruchs dadurch definiert wer- de, was erforderlich sei, um den Zweck zu erfüllen. Letzteres gelinge über das ge- bäudeinterne Fernsehkabel- oder Glasfasernetz mindestens ebenso gut wie über das Kupfernetz. Angesichts dessen müsse es der Antragsgegnerin überlassen bleiben, zu welcher hausinternen Verkabelung sie den nötigen Zugang einräume, und der An- tragstellerin insofern kein Wahlrecht zukommen.
- 26 Hinsichtlich der Passivlegitimation gab die Antragsgegnerin an, wie das Hanseatische Oberlandesgericht davon auszugehen, dass sie Eigentümerin der hausinternen Kup- ferverkabelung sei. Dergestalt passivlegitimiert sei sie auch bereit, ihren Verpflichtun- gen gemäß § 77k Abs. 2 und 3 TKG durch Zugangsgewährung zu dem hausinternen Glasfasernetz nachzukommen. Erforderlich sei aber auch auf Seiten der Antragstelle- rin insoweit ein unmissverständlicher Rechtsbindungswillen. Dies sei zweifelhaft, da man auf Seiten der Antragstellerin offenbar von einer anderen Eigentümersituation ausgehe. Letztlich ließe sich ein Anspruch aus § 77k Abs. 2 und 3 TKG mit der Folge einer qua Verwaltungsakt festgesetzten unveränderlichen Rechtslage nicht bestäti- gen, ohne gleichzeitig die Verfügungsbefugnis der Antragsgegnerin anzuerkennen. Denn es genüge nicht, dass die Antragsgegnerin bar jeden Eigentums oder sonstigen Nutzungsrechts über das gebäudeinterne Netz bloß aufgrund einer anderen Bezie- hung zur Sache verfüge.

- 27 Im Hinblick auf die fehlende materielle Rechtmäßigkeit einzelner Anträge führte die Antragsgegnerin bezüglich des Antrags zu 1 aus, das Vorliegen der Voraussetzung der technischen Unmöglichkeit oder wirtschaftlichen Ineffizienz einer Doppelung der Netzinfrastruktur sei zweifelhaft. Denn zwischenzeitlich sei bereits ein Anschluss der streitgegenständlichen Wohnungen an hausinterne Koaxial- und Glasfasernetze erfolgt. Dies spreche gegen eine Unwirtschaftlichkeit der Doppelung. Selbst wenn man diese annähme, ergebe sich aus einem erst-recht-Schluss, dass einem Mitnutzungsanspruch auch dann nicht entsprochen werden müsse, wenn eine doppelte Endleitung nicht erst hergestellt werden müsse, sondern bereits vorhanden ist. Dann nämlich stünde die Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit der alternativen Nutzung der alternativen Endleitung erst recht außer Frage. Außerdem ergebe eine Auslegung des DigiNetz-Gesetzes, dass bei einer Konkurrenz von Kupfer- und Glasfaseranschlüssen die Antragstellerin auf die Mitnutzung der Glasfaserendleitung verwiesen werde und kein Recht habe, den Zugang zur Kupferleitung zu erzwingen. Es wäre unzumutbar, der Antragsgegnerin einen Zugang zum gebäudeinternen Kupfernetz abzuverlangen, solange sie alternativ einen fairen und diskriminierungsfreien Zugang zum Fernsehkabel- oder Glasfasernetz einräume.
- 28 Gegen die im Antrag zu 4 geforderte entgeltlose Überlassung hausinterner Verkabelungen wandte die Antragsgegnerin ein, dass vielfältige laufende Betriebskosten ein monatliches Nutzungsentgelt erforderlich machten. Beispielhaft führt sie Instandhaltungs- und Anpassungskosten, vorbeugende Sicherheitsvorkehrungen zur Begrenzung negativer Auswirkungen auf die Netzsicherheit sowie Haftungs Vorkehrungen auf, die auch laufend abgerechnet werden dürften und in jedem Fall über null Euro liegen würden. Außerdem sei zu beachten, dass es vorliegend um Zugang zu Netzebene 4 und nicht Netzebene 3 gehe. Problematiken von Service Levels für die Verfügbarkeit sowie die Geschwindigkeit der Entstörung würden sich bei einem Leerrohrnetz nicht stellen, seien aber bei einer aktiv beschalteten gebäudeinternen Verkabelung auf der Netzebene 4 zu beachten. Auch aus den unterschiedlichen Abschreibungsdauern von Leerrohren und Glasfaserkabeln würden sich Anhaltspunkte für eine strukturell unterschiedliche Höhe der Zusatzkosten für die unterschiedlichen Formen der Mitnutzung ergeben.
- 29 Demgegenüber hält die Antragsgegnerin eine entgeltlose Überlassung auch deswegen nicht für fair und diskriminierungsfrei, weil sie die Installationskosten und den erstmaligen Aufwand für die Errichtung der Infrastruktur, die für alle Verkabelungen überwiegend von der Antragsgegnerin getragen worden seien, völlig außer Acht lasse. Dies gelte für die den Kupferdraht ummantelnden Leerrohre ebenso wie bei unter Putz verlegten Kupferkabeln. In der jüngeren Vergangenheit sei die Antragstellerin schließlich dazu übergegangen, per AGB-Klausel die Antragsgegnerin mit der Verlegung der Endleitungen innerhalb der Gebäude zu beauftragen, eine Erstattung der Kosten für die Herrichtung aber auszuschließen.

- 30 Den Beteiligten ist in der am 16.2.2021 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 31 Im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Dabei teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26.2.2021 mit, dass sie die streitgegenständliche Infrastruktur in einem Kauf- und Gestattungsvertrag an die Beigeladene zu 18 übertragen habe. Den Vertrag fügte sie zur Kenntnis bei.
- 32 Aufgrund der Komplexität sowie wegen der Bedeutung des Verfahrens auch über den konkreten Einzelfall hinaus, sprachen sich einzelne Beigeladene (der Beigeladene zu 1 sowie der Beigeladene zu 14, beide am 26.2.2021) zunächst für eine Verlängerung der Verfahrensfrist aus.
- 33 Insbesondere die Antragsgegnerin äußerte sich in ihrem Schriftsatz vom 26.2.2021 zur Zulässigkeit des Antrags der Antragstellerin. Sie ist der Ansicht, dass der Anwendungsbereich des § 77k Abs. 2 und 3 TKG bereits dadurch nicht eröffnet sei, da es am Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin fehle, weil die Nutzung der Kupferinfrastruktur durch die Antragstellerin bereits seit 2015 von der Antragsgegnerin geduldet werde. Demnach liege konkludent eine „Vereinbarung über die Mitnutzung“ vor, es habe lediglich noch keine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung stattgefunden.
- 34 Die Beigeladene zu 18 schließt sich in ihrem Schriftsatz vom 20.5.2021 der Argumentation der Antragsgegnerin zu fehlender Anwendbarkeit des § 77k Abs. 2 und 3 TKG an. Damit habe die Antragstellerin das Streitbeilegungsverfahren nur mit dem Hintergedanken angestrebt, dass die Antragsgegnerin nicht nach und nach die Kupferleitungen entfernen könne. Diese Logik widerspräche jedoch den Zielen des DigiNetzG. Dem pflichtet die Beigeladene zu 15 in ihrer Stellungnahme ebenfalls vom 26.2.2021 sinngemäß bei und erläutert, dass es nur bei tatsächlich noch nicht gewährtem Zugang zu einem Streitbeilegungsverfahren kommen könne. Da bei einem solchen Vorgehen jedoch Unterbrechungen der Leistung für die Endkunden und damit verbunden das Risiko des Verlusts der Geschäftsgrundlage drohten, sei solch eine Betrachtung nach Ansicht der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 9.3.2021 nicht mit den Zielen der Kostensenkungsrichtlinie und des DigiNetzG vereinbar. Die Antragstellerin verweist zudem darauf, dass die Erklärung, es gebe einen konkludenten Nutzungsvertrag, im Widerspruch zu den im Zivilprozess gemachten Angaben der Antragsgegnerin stehe, wonach sie die Infrastrukturen „ohne Rechtsgrund“ nutze.
- 35 Unabhängig von der Frage, ob ein Streitbeilegungsverfahren auch bei bereits geduldeter Mitnutzung anhängig gemacht werden könne, vertritt die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 26.2.2021 ebenfalls die Auffassung, dass ein Antrag, der nur ungefähre Angaben hinsichtlich der zu versorgenden Teilnehmer mache, kein Mitnutzungsentgelt, noch nicht einmal eine Beteiligung an Entstörungs-, Instandhaltungs- und Sanierungskosten vorsehe und auch sonst keinerlei weiteren Inhalte enthalte wie

- Zeitangaben oder auch nur Ansprechpartner, kaum einem Antrag nach § 77k TKG genüge bzw. ohne weiteres Zutun oder Verhandeln gestattet werden könne.
- 36 Ein weiteres Themenfeld in den Stellungnahmen betrifft die Zuständigkeit der nationalen Streitbeilegungsstelle angesichts der bei den Zivilgerichten anhängigen Verfahren. Dazu vertritt die Antragstellerin die Auffassung, es gebe keine gesetzliche Grundlage dafür, dass die Beschlusskammer die "zivilrechtlichen Vorfragen" nicht beantworten müsse. Vielmehr sei sie nach Art. 9 Abs. 3 der Kostensenkungsrichtlinie verpflichtet, alle Voraussetzungen zu prüfen und Ansprüche schnell und einfach durchzusetzen. Diese Auffassung wird auch vom Beigeladenen zu 1 in seiner Stellungnahme vom 26. 2. 2021 geteilt, der außerdem fordert, dass § 77n TKG eine abschließende Regelungswirkung haben müsse, um ansonsten im Markt entstehende Unsicherheiten zu vermeiden. Die Beigeladene zu 15 jedoch widerspricht in ihrer Stellungnahme vom 26. 2. 2021 der Ansicht der Antragstellerin und sieht die Zivilgerichte im Gegensatz zur nationalen Streitbeilegungsstelle zuständig, da die Antragsvoraussetzungen für ein Verfahren bei der Bundesnetzagentur bereits nicht vorlägen.
- 37 Eine Vielzahl der Beteiligten äußerte sich zur Rechtsfrage der Passivlegitimation der Antragsgegnerin. Mit Schriftsatz vom 26. 6. 2021 nahm zunächst die Beigeladene zu 11 dazu Stellung. Ihrer Auffassung nach sei die Passivlegitimation der Antragsgegnerin bereits durch ihre eigentumsrechtliche Stellung an der streitgegenständlichen gebäudeinternen Netzinfrastruktur gegeben, da das zur Mitnutzung beantragte Kupfer-Inhaus-Netz als wesentlicher Bestandteil des jeweiligen Gebäudes und damit in das Eigentum des Gebäudeeigentümers als übergegangen (§§ 946, 93 und 94 BGB) anzusehen sei. Zudem erläuterte sie, dass sich ausweislich des Wortlauts und der Gesetzesbegründung zu § 77k Abs. 3 TKG und aus dem systematischen Verhältnis von Abs. 2 zu Abs. 3 in richtlinienkonformer Auslegung ergebe, dass an die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis angeknüpft werden müsse, welche sich nur aus einer unmittelbaren Eigentümerstellung oder einer von dieser abgeleiteten Ermächtigung ergeben könne.
- 38 Die Antragstellerin tritt den eine Passivlegitimation der Antragsgegnerin verneinenden Ausführungen mit Schreiben vom 9. 3. 2021, 15. 3. 2021 und 28. 4. 2021 argumentativ entgegen. Mit Schreiben vom 8. 4. 2021 hatte hierzu auch die Beschlusskammer die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass sich nach der vertraglichen Übertragung des Eigentums und der Nutzungsrechte (auch) an den hier streitgegenständlichen Kupferkabelnetzen von der Antragsgegnerin auf die Beigeladene zu 18 nach ihrer derzeitigen Einschätzung eine wesentliche Änderung der Sach- und Rechtslage ergeben habe. Bezüglich der Frage einer Weiterführung des Verfahrens gegen die Antragsgegnerin aufgrund einer Übertragbarkeit der §§ 265 und 325 ZPO auf das Beschlusskammerverfahren teilte die Beschlusskammer dabei ihre Einschätzung mit, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 265 ZPO auf das Beschlusskammerverfahren wohl nicht erfüllt seien.

- 39 In ihren Stellungnahmen vom 15.3.2021 und 28.4.2021 führt die Antragstellerin dazu aus, dass die einzelnen Merkmale der Passivlegitimation weit ausgelegt werden müssten, damit der Zugangsverpflichtete sich nicht durch rechtliche Gestaltungen seiner Zugangsverpflichtung entziehen könne. Dass ein Antragsberechtigter sowohl auf den Eigentümer als auch auf den Betreiber zugreifen könne, diene dazu, dass der Fristlauf für die Anrufung der Streitbeilegungsstelle nach § 77n Abs. 6 TKG nicht unnötig durch aufwendige Ermittlungen des richtigen Adressaten gehemmt werde. Darauf weise auch die Antragsgegnerin selbst hin. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass sich die verschiedenen Ansprüche des § 77k Abs. 1 bis 3 TKG aufeinander bezögen.
- 40 Für die Mitnutzung seien die Eigentümer, die Betreiber und die Verfügungsberechtigten passivlegitimiert, wohingegen für die Eigenverlegung nur der Gebäudeeigentümer verpflichtet werden könne. Um ein rechtsverkürzendes "Ping-Pong" mit dem Zugangsberechtigten zwischen Gebäudeeigentümer und Betreiber zu vermeiden, sei es erforderlich, den Begriff des Verfügungsberechtigten aus Abs. 3 zum einen auch in Abs. 2 hineinzulesen und zum anderen so auszulegen, dass der Gebäudeeigentümer stets umfasst sei. So sei der Gebäudeeigentümer zentraler Ansprechpartner, da er die Kontrolle über die Inhaus-Infrastruktur auch immer dadurch ausübe, dass dort Verlegungen nur mit seiner Zustimmung möglich seien. Vor diesem Hintergrund müsse er es sich in Gestattungsverträgen auch vorbehalten, auch über Mitnutzungsanträge entscheiden zu können. Zusammenfassend solle daher § 77k Abs. 2 und 3 TKG so ausgelegt werden, dass Anspruchsberechtigter jedenfalls immer auch der Gebäudeeigentümer sei. Dass der Gesetzgeber hier bei der Inhouse-Verkabelung nach § 77n Abs. 6 TKG eine weitere Regelung als bei § 77[n?] Abs. 1 bis 5 TKG treffen wollte, werde nach Auffassung der Antragstellerin schon im Wortlaut des § 134a Abs. 2 Nr. 2 TKG deutlich, der nämlich als Passivbeteiligte nicht die Eigentümer und Betreiber, sondern im Gegensatz zu Nr. 1 sämtliche Verfügungsberechtigte über Netzinfrastrukturen in Gebäuden ansehe. Dieser Unterscheidung sei bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale Rechnung zu tragen.
- 41 Darüber hinaus ändere auch die Eigentumsübertragung der streitgegenständlichen Leitungen von der Antragsgegnerin an die Beigeladene zu 18 nichts an der Passivlegitimation der Antragsgegnerin.
- 42 Dem Hanseatischen Oberlandesgericht und der Antragsgegnerin (im Zivilverfahren) folgend handele es sich jedoch nicht um eine Verbindung nur zu vorübergehendem Zweck. Dann wäre die Antragsgegnerin zwar Eigentümerin, die Leitungen wären als wesentlicher Bestandteil der Immobilie allerdings nicht sonderrechtsfähig und könnten damit auch nicht übereignet werden. Sonderrechtsfähigkeit bestünde hingegen nur dann, wenn die gebäudeinterne Netzinfrastruktur zu einem sog. Scheinbestandteil gemäß § 95 BGB werde, was hier nicht – auch nicht nachträglich – der Fall sei. Auch für durch die Antragsgegnerin verlegte Leitungen gelte diese Logik analog. In beiden Fällen bliebe die Antragsgegnerin folglich Eigentümerin der Leitungen.

- 43 Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus dem von der Antragsgegnerin zitierten Urteil des Bundesgerichtshofes. Vielmehr ergebe sich daraus, dass in der Folge – nach Auffassung der Antragstellerin – das Eigentum an den streitgegenständlichen Leitungen nicht ohne Trennung an die Beigeladene zu 18 übertragen werden könne. Aus den Entscheidungen des BGH zu Versorgungsleitungen im öffentlichen Straßen- grund könne die Antragsgegnerin nichts für sich herleiten. Die Ausführungen des BGH seien nach Auffassung der Antragstellerin ausdrücklich auf Versorgungsleitungen und damit auf eine Sonderkonstellation beschränkt: Weiter merkt sie an, dass es für die Eigentumsübertragung keinen legitimen Sachgrund gebe, vielmehr erfolge die Übertragung ihrer Meinung nach nur zu dem Zweck, eine Mitnutzung durch die Antragstellerin zu erschweren und zu verteuern.
- 44 Darüber hinaus führte die Antragstellerin an, dass die von ihr angeführten Gesichtspunkte, die eine Betreibereigenschaft der Antraggegnerin begründen würden, auch dann fortgelten würden, wenn man eine Übertragung des Eigentums auf die Beigeladene zu 18 und eine Beauftragung derselben mit dem Betrieb als wirksam betrachten würde.
- 45 Nach Auffassung der Antragstellerin sei die Passivlegitimation der Antragsgegnerin weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch zum Zeitpunkt der öffentlichen mündlichen Verhandlung außer Frage gestanden und auch von der Antragsgegnerin nicht ernsthaft bestritten worden. Da sich die Antragsgegnerin des Eigentums berühme und die Antragstellerin dem nicht substantiiert entgegentrete, bestehe für die Beschlusskammer im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes keine Veranlassung, der Eigentumsfrage weiter nachzugehen. Sie könne daher – entsprechend der Auffassung der Antragsgegnerin – das Eigentum der Antragsgegnerin zugrunde legen.
- 46 Unter Bezugnahme auf die Definition einer Betreibereigenschaft des VG Köln (Urteil 1 K 4450/98, v 8. 6. 2000, juris-Rz. 34) liege aus Sicht der Antragstellerin zudem die Betreibereigenschaft der Antragsgegnerin hinsichtlich der Verkabelung vor, auch wenn die Antragstellerin von ihr nicht mehr als die Duldung der Mitnutzung erwarte. Dabei kämen als Betreiber durchaus mehrere Unternehmen in Betracht, worauf die Antragstellerin hinweist. Kumulativ sei hiernach auf jeden Fall auch die Antragsgegnerin Betreiberin, da auch sie Funktionsherrschaft über die Endleitung ausübe. Zur Begründung führte die Antragstellerin aus, dass dies zunächst darauf beruhe, dass sie die tatsächliche Sachherrschaft über die in ihren Gebäuden verlegten Endleitungen ausübe, sie also zivilrechtlich Besitzerin sei. Hinzu käme, dass sie mietvertraglich – ggf. kumulativ zum Netzbetreiber – gegenüber den Mietern zur Instandsetzung verpflichtet sei.
- 47 Darüber hinaus sei die Antragsgegnerin als Gebäudeeigentümerin jedenfalls eine sonstige Verfügungsberechtigte. Die Annahme einer sonstigen Verfügungsberechtigung des Gebäudeeigentümers sei nach Ansicht der Antragstellerin notwendig, damit

- die Mitnutzungsansprüche des § 77k Abs. 2 und 3 TKG auch gegenüber dem Verpflichteten nach § 77k Abs. 1 TKG geltend gemacht werden könnten.
- 48 In Bezug auf die Passivlegitimation führte die Antragstellerin weiter aus, dass die von der Antragsgegnerin vorgelegte Vereinbarung mit der Beigeladenen zu 18 nichts an der Passivlegitimation der Antragsgegnerin als solcher ändere. Allenfalls könnte man – wenn man denn von einem Wechsel in der Passivlegitimation ausginge – an einen Parteiwechsel im Passivrubrum denken. Mit Blick auf die gesetzliche Regelung und ihre Zielrichtung sei es aber nach Ansicht der Antragstellerin fernliegend, davon auszugehen, dass ein Rechtsnachfolgetatbestand dazu führen würde, dass das Verfahren einzustellen wäre. Weiter erläutert sie, dass schon nach den allgemeinen Grundsätzen für den Umgang mit Rechtsnachfolgekonstellationen im Verwaltungsrecht dies nur bei höchstpersönlichen Verpflichtungen und einem Tod des Verpflichteten der Fall sei.
- 49 Weiter meint die Antragstellerin, die Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 18 sei zudem schon deshalb ohne Bedeutung, da beide Rechtsträger ein einheitliches Unternehmen im Sinne des TKG und deshalb sämtliche Tatbestandsmerkmale, auch das Eigentum und die Betreibereigenschaft, gegenseitig zuzurechnen seien. Zur Begründung führte die Antragstellerin aus, dass zwischen der Antragstellerin und Beigeladenen zu 18 telekommunikationsrechtlich Identität vorliege. Dies folge aus § 3 Nr. 29 TKG. Ob der Vertrag zu Rechtsübergängen geführt habe, könne nach Ansicht der Antragstellerin offenbleiben. Dem widerspricht die Beigeladene zu 18 in ihrer Stellungnahme vom 20. 5. 21 mit dem Argument, dass § 3 Nr. 29 TKG vorliegend nicht anwendbar sei. Dabei geht sie davon aus, dass die sog. „Verbundklausel“ vorrangig dazu diene, im Rahmen der SMP-Regulierung zu gewährleisten, dass mit dem SMP-Unternehmen verbundene Unternehmen ebenfalls der Regulierung unterlägen. Nur dort, wo das TKG selbst den Begriff des „Unternehmens“ verwende, käme daher eine Anwendung in Betracht. Dies sei bei den DigiNetz-Gesetz-Regelungen nicht der Fall und daher könne die „spezialgesetzliche“ Definition in diesem Fall nicht zur Anwendung kommen. Mit Schriftsatz vom 20. 5. 2021 schloss sich die Antragsgegnerin dieser Rechtsauffassung der Beigeladenen zu 18 an.
- 50 Mit Blick auf das Hinweisschreiben der Beschlusskammer vom 8. 4. 2021 teilte die Antragstellerin mit, dass eine Rücknahme ihres Antrags nicht in Betracht komme, weil sie den Übergang der Passivlegitimation auf die Beigeladenen zu 18 nicht annehme. Für den Fall, dass die Beschlusskammer einen Übergang der Passivlegitimation in Betracht ziehe, stelle die Antragstellerin hilfsweise zu den Anträgen Nr. 1 bis 5 aus der Antragsschrift vom 27. 1. 2021 entsprechende Anträge auf die Beigeladene zu 18 um.
- 51 Äußerst hilfsweise äußerte sich die Antragstellerin auch zu einer Fortsetzung des Verfahrens mit der Beigeladenen zu 18 als neuer Passivlegitimierten. Wenn man – zu Unrecht – § 265 ZPO nicht analog anwenden wolle, führe dies nicht zu einer Einstel-

lung des Verfahrens. Entsprechend den Erwägungen des OVG Rheinland-Pfalz (Urteil 1 K 4450/98, v. 8. 6. 2000, juris-Rz. 34) würde die Beigeladene zu 18 nach Ansicht der Antragstellerin im Rahmen eines Parteiwechsels Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren werden.

- 52 Dem Vorliegen der Passivlegitimation auf Seiten der Antragsgegnerin widersprechen sowohl die Beigeladenen zu 15 in ihren Stellungnahmen vom 26. 2. 2021 und 19. 3. 2021 als auch die Beigeladene zu 18 in ihrem Schriftsatz vom 20. 5. 2021 und die Antragsgegnerin selbst mit Schriftsätzen vom 26. 2. 2021, 11. 3. 2021, 22. 3. 2021 und 20. 5. 2021. Hierbei führen diese Beteiligten im Wesentlichen aus, dass im Sinne des § 77k Abs. 3 TKG derjenige Anspruchsverpflichteter sei, der über die gebäudeinterne Netzinfrastruktur verfüge, sodass es an der Passivlegitimation auf Seiten der Antragsgegnerin fehle. Zur Begründung führten sie an, dass – sollten wegen der Übertragung der Nutzungsberechtigung während der Laufzeit des Netznutzungsvertrags Eigentum und Nutzungsbefugnis auseinanderfallen – nur der Nutzungsbefugte dann sowohl technisch als auch rechtlich in der Lage sei, den erforderlichen Zugang gewähren. Daher könne er auch als Verfügungsberechtigter im Sinne des § 77k Abs. 3 TKG angesehen werden. Diesbezüglich teilen sie die Ansicht, dass die Übertragung des Eigentums in diesem Fall somit nicht entscheidend sei, weil es darauf ankomme, wer über die gebäudeinterne Netzinfrastruktur verfügen könne. Letzterem schloss sich der Beigeladene zu 16 mit Schriftsatz vom 22. 3. 2021 argumentativ an.
- 53 Zudem nimmt insbesondere die Antragsgegnerin zusätzlich zu der seitens der Antragstellerin aufgeworfenen Rechtsfrage der Übertragbarkeit des rechtlichen Eigentums an den Inhaus-Leitungen für die vorliegende Fallkonstellation Stellung. Dass die gebäudeinterne Netzinfrastruktur ein wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes und damit eines Grundstücks und deshalb grundsätzlich nicht gemäß § 93 BGB sonderrechtsfähig sei, gelte nur, solange die gebäudeinterne Netzinfrastruktur einen wesentlichen Bestandteil eines Gebäudes darstelle. Sonderrechtsfähigkeit bestünde hingegen dann, wenn die gebäudeinterne Netzinfrastruktur zu einem sog. Scheinbestandteil gemäß § 95 BGB werde, was nach der Rechtsprechung des BGH durch eine Bestimmung seitens des Eigentümers nachträglich möglich sei. In Anbetracht dieser Rechtsprechung sei die Übertragung sachenrechtlich zulässig, indem die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen zu 18 einen Vertrag darüber geschlossen habe, dass das Eigentum an der gebäudeinternen Netzinfrastruktur auf die Beigeladenen zu 18 übergehe und diese auch den Betrieb übernehme. Jedenfalls könne nach Ansicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 18 im Falle eines wirksamen Eigentumsübergangs von der Antragsgegnerin an die Beigeladene zu 18 die Antragsgegnerin weder als Eigentümerin noch – so jedenfalls auch nach Ansicht der Beigeladenen zu 15 – als Nutzungsbefugte und Betreiberin der entsprechenden Netzinfrastruktur passivlegitimiert sein.
- 54 Im Zusammenhang mit der Wirksamkeit des Übertragungsvorgangs treten zudem sowohl die Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen als auch die Beigeladene zu 18 in

- ihrer Stellungnahme vom 20. 5. 2021 der Äußerung der Antragstellerin in Richtung eines Scheingeschäfts in Bezug auf den Kaufvertrag entgegen.
- 55 Weiter widersprechen die Beigeladene zu 15 und die Antragsgegnerin der Auslegung der Antragstellerin, wonach „Verfügungsberechtigter“ im Sinne von § 77k Abs. 3 TKG jedenfalls immer auch der Gebäudeeigentümer sei, und zwar unabhängig davon, ob er auch Eigentümer oder Nutzungsberechtigter der in seinem Gebäude befindlichen Netze sei. Nach ihrer Ansicht würde diese Auslegung zu einer für den Eigentümer unmöglichen Leistungsverpflichtung führen und wäre jedenfalls nicht zumutbar im Sinne von § 77k Abs. 3 TKG, sofern der Gebäudeeigentümer keine Nutzungsberechtigung für das jeweilige Netz habe.
- 56 Die Antragsgegnerin betont zudem im Schriftsatz vom 22. 3. 2021, dass die Übertragung nicht – wie von der Antragstellerin unterstellt – dazu dienen solle, dass sich die Antragsgegnerin ihrer gesetzlichen Pflicht eine Mitnutzung zu gestatten, entziehen wolle. Es gehe ihr vielmehr darum, nicht in eine Betreiberrolle gedrängt zu werden. Gleichzeitig aber könne die bloße Eigentümerstellung oder die Überlassung einer Netzinfrastruktur an sich noch keinen Betrieb derselben konstituieren. Ein weiterer Betreiberbegriff widerstrebe nach Ansicht der Antragsgegnerin zudem der klaren Differenzierung zwischen Eigentümern und Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, der sich durch das gesamte DigiNetz-Gesetz bzw. die §§ 77a ff. TKG ziehe. Die Antragsgegnerin sei daher nach ihrem bisherigen Rechtsverständnis davon ausgegangen, dass sie zwar Eigentümerin der streitgegenständlichen Kupfernetzinfrastruktur in ihren Gebäuden sei, aber diese nicht betreibe.
- 57 Den Ausführungen der Antragstellerin zu einer Übertragbarkeit des § 265 ZPO im hiesigen Streitbeilegungsverfahren widerspricht die Beigeladene zu 15, der sich die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 18 in ihrem Schreiben vom 20. 5. 2021 argumentativ anschließen. Entgegen der Meinung der Antragstellerin seien in einem solchen Verfahren weder § 265 Abs. 2 ZPO noch – erst recht – § 325 Abs. 1 ZPO anwendbar. Zur Begründung führten die beiden Beteiligten an, dass das vorliegende Streitbeilegungsverfahren zwar gerichtsförmig ausgestaltet sein, trotzdem aber ein Verwaltungsverfahren i. S. v. § 9 VwVfG darstelle. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach § 265 ZPO eine prozessuale Norm sei, die nach dem eindeutigen Wortlaut erst nach Rechtshängigkeit und damit weder im Verwaltungsverfahren noch im Widerspruchsverfahren anwendbar sei, spreche dafür, dass die §§ 265 und 325 ZPO erst recht nicht während eines laufenden Verwaltungsverfahrens anwendbar seien.
- 58 Weiter führten die beiden Beteiligten aus, dass es für eine analoge Anwendung beider Normen sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke aufgrund des Fehlens einer Verweisungsnorm wie des § 173 VwGO als auch an einer vergleichbaren Sachverhaltskonstellation fehle. Als weiteres Argument wurde angeführt, dass im Übrigen § 265 ZPO keine schuldrechtlichen Ansprüche erfasse, wohingegen der Anspruch auf

Mitnutzung nach § 77k Abs. 2 TKG schuldrechtlicher Natur sei. Aber auch der Vorgabe des § 265 ZPO, dass der Lebenssachverhalt vor und nach der Veräußerung identisch sein müsse, sei nach Ansicht der Antragsgegnerin hier nicht gegeben. Vielmehr folge aus § 77k Abs. 2 und 3 TKG, dass es keinesfalls feststehende Vorgaben gebe, nach denen die Mitnutzung zu gestatten sei. Mithin würde die Beigeladene zu 18 ihrer gesetzlich zugesicherten Möglichkeit beraubt, sich selbst mit der Antragstellerin ins Benehmen zu setzen und die Mitnutzungsbedingungen auszuhandeln.

- 59 Weiter erläuterten die beiden Beteiligten, dass es einer Vergleichbarkeit der Sachverhaltskonstellationen auch entgegenstünde, dass die Entscheidung der Beschlusskammer als Rechtsfolge einen zivilrechtlichen Mitnutzungsvertrag zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin begründe. Im Falle einer Übertragung der §§ 256 und 325 ZPO auf den vorliegenden Streitbeilegungsfall würden der Beigeladenen zu 18 nicht nur sämtliche Verfahrens- und Anhörungsrechte im vorliegenden Verfahren, sondern auch die Möglichkeit genommen werden, innerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Zweimonatsfrist mit der Antragstellerin über eine Mitnutzung der in ihrer Nutzungsbefugnis stehenden Inhaus-Netze zu fairen und angemessenen Bedingungen zu verhandeln und dabei der Antragstellerin auch ohne Streitbeilegungsverfahren möglicherweise Nutzungsbedingungen vorzuschlagen, die für die Antragstellerin akzeptabel sein könnten. Nach Ansicht der Antragsgegnerin würde sie bei einer Übertragung der §§ 265 und 325 ZPO nicht nur nicht mehr zivilrechtliche Eigentümerin der gebäudeinternen Netzinfrastruktur, sondern auch nicht mehr verfügungsbefugt und folglich nicht mehr passivlegitimiert i. S. d. § 77k Abs. 3 TKG. Aus den genannten Gründen schließt zudem die Beigeladene zu 18, dass auch eine Verfahrensförderung gegenüber ihr sowie ein Erlass der hilfsweise von ihr beantragten Nutzungsanordnung gegen sie selbst nicht in Betracht kämen.
- 60 Die Antragsgegnerin äußerte in ihren Schriftsätzen genauso wie die Beigeladene zu 15 in ihrem Schriftsatz vom 19. 3. 2021 Bedenken, dass im Falle des Erlasses eines sie zur Mitnutzung verpflichtenden Verwaltungsaktes die Gefahr bestünde, dass dieser, weil er sich gegen eine Person richte, die im Verwaltungsverfahren gar nicht passivlegitimiert sei, an einem besonders schwerwiegenden, offensichtlichen Fehler leiden würde. Die Folge sei dann gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes. Selbst wenn der Verwaltungsakt nicht nichtig sein sollte, bliebe es trotzdem nach Ansicht der Antragsgegnerin dabei, dass sie nicht berechtigt sei, die Mitnutzung zu gestatten. Es liege diesbezüglich ein Fall der Unmöglichkeit vor, jedenfalls aber ein Fall des Unvermögens und es fehle somit an der Berechtigung des Adressaten an sich. Auch eine entsprechende analoge Vorgehensweise unter Inanspruchnahme der Beigeladenen zu 18 würde zu einer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes führen. Dieser Rechtsauffassung schloss sich die Beigeladene zu 18 mit Schriftsatz vom 20. 5. 2021 an.

- 61 Die Antragsgegnerin sowie die Beigeladenen zu 15 und zu 18 sind der Meinung, es sei der Antragstellerin vielmehr zuzumuten, mit der neuen Nutzungsberechtigten, der Beigeladenen zu 18, Verhandlungen über eine etwaige Mitnutzung aufzunehmen.
- 62 Die Beigeladene zu 18 nahm in ihrem Schriftsatz vom 20. 5. 2021 darüber hinaus zur Fortsetzung des Verfahrens gegenüber ihr als neuer Passivlegitimierten Stellung und tritt dieser Möglichkeit entgegen. Sie begründet dies im Wesentlichen, dass bereits formell ein Wechsel der Verfahrensbeteiligung der Beigeladenen zu 18 von der Stellung einer (notwendig) Beigeladenen in die Stellung des Zugangsverpflichteten nicht möglich sei. Rein vorsorglich und hilfsweise für den Fall, dass die Bundesnetzagentur den Erlass einer Zugangsanordnung gegenüber ihr in Erwägung ziehen sollte, erläuterte die Beigeladene zu 18, dass die Zugangsanträge Nr. 1 bis 5 ihr gegenüber entweder unzulässig oder unbegründet seien.
- 63 Zu der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung aufgeworfenen Frage, ob nach der Systematik des TKG der begehrte Anspruch über § 76 TKG zu stellen sei und § 77k TKG daher als Anspruchsgrundlage verwehrt wäre, nahm nachträglich die Beigeladene zu 12 mit Schriftsatz vom 26. 2. 2021 Stellung. Nach ihrer Auffassung sehe das DigiNetz-Gesetz unter Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung eine eindeutige Abgrenzung dahingehend vor, dass § 77k TKG für die begehrte Mitnutzung der gebäudeinternen Infrastruktur in diesem Streitbeilegungsverfahren die richtige Anspruchsgrundlage darstelle.
- 64 In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde thematisiert, ob die Antragsgegnerin ein Wahlrecht habe, für welche der vorhandenen Infrastrukturen sie eine Mitnutzung gewähren wolle. Hintergrund war die Mitteilung der Antragsgegnerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass in den streitgegenständlichen Liegenschaften mehrere parallele Netzinfrastrukturen (Kupferleitungen, Glasfaser- und Koaxialkabel-Leitungen) vorhanden seien und dass sie das (von ihr errichtete) Glasfaser-Inhaus-Netz gegenüber einer Mitnutzung des Kupfer-Inhaus-Netzes vorziehe.
- 65 So vertritt die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 26. 2. 2021 die Position, dass eine alternative Mitnutzung ihrer Glasfaserleitungen weniger weit in ihre Rechtspositionen eingreife, wohingegen eine Mitnutzung der Kupferleitungen einer Grundrechtsverletzung gleichkäme. Die Auffassung, dass es für die Antragsgegnerin nicht zumutbar sei, eine Mitnutzung der Kupferleitungen zu gewähren, und die Feststellung, dass die Antragstellerin auf diesen Aspekt bisher auch nicht eingegangen sei, teilen auch die Beigeladene zu 15 sowie der Beigeladene zu 16 in ihren Stellungnahmen vom 26. 2. 2021. Dass die Antragstellerin aus Kostengründen (höhere technische Anschlusskosten) die Mitnutzung der Glasfaserleitungen nicht wahrnehmen wolle, könne dagegen kein valides Argument sein (so der Beigeladene zu 16 und die Antragsgegnerin). Die Antragsgegnerin interpretiert die Gesetzesbegründung des DigiNetz-Gesetzes aus diesem Grund auch so, dass dort auch keine Wahlfreiheit für den Mitnutzungspetenten vorgesehen sei.

- 66 Der Beigeladene zu 2 konstatiert dagegen in seiner Stellungnahme vom 8. 4. 2021, dass das Gesetz keinen Vorrang der Nutzung parallel bestehender Glasfaserleitungen vorsehe, ebenso wenig wie ein Wahlrecht der Antragsgegnerin. Damit schließt er sich sinngemäß dem Vortrag der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 12 in deren Stellungnahme vom 26. 2. 2021 an, wonach ein Antrag auf alle Infrastrukturen, die dem Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen dienen, gestellt werden könne. Das DigiNetz-Gesetz sei technologieneutral und sehe eben keinen Vorrang bestimmter Infrastrukturen vor. Zudem habe die Antragstellerin glaubhaft dargelegt, dass sie mit Kupferleitungen ausreichend hohe Bandbreiten erreichen könne. Auch die Voraussetzungen des § 77k Abs. 3 TKG, wonach eine Dopplung der Netzinfrastrukturen technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient sein muss, lägen in Bezug auf die Situation der Antragstellerin nach Ansicht des Beigeladenen zu 2 und der Beigeladenen zu 12 vor, da die Antragstellerin vor Ort eine durchgängige Kupferleitung bis zum Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Endkunden benötige, weshalb ein Zugang zu Glasfaser- oder Koaxialkabeln für die Antragstellerin nicht nutzbar sei. Die Antragstellerin bestreitet zudem in ihrem Schriftsatz vom 26. 2. 2021, dass tatsächlich in allen streitgegenständlichen Liegenschaften bereits Glasfaserleitung zur Verfügung stünden. Unabhängig davon äußert sich die Beigeladene zu 11 in ihrer Stellungnahme vom 26. 2. 2021 dahingehend, dass man der Antragstellerin nicht ausschließlich strategisch schlechte Optionen anbieten könne, die ihr unverhältnismäßig hohe Kosten aufbürdeten.
- 67 Grundsätzlich sprechen sich der Beigeladene zu 1 sowie die Beigeladenen zu 11 und zu 14 in ihren Stellungnahmen vom 26. 2. 2021 dafür aus, dass der europäische TK-Kodex (EECC) von den Mitgliedstaaten eine klare Weichenstellung hin zum Ausbau von echten Netzen mit sehr hoher Kapazität („VHC-Netze“), nämlich FTTB/H, fordere und dies in Bezug zu Inhaus-Netzen nur durch eine durchgängige Glasfaserverbindung bis in die jeweilige Wohneinheit ermöglicht werden könne. Ein Vorrang von VHC-Netzen vor Altinfrastrukturen auch bei Netzinfrastrukturen in Gebäuden sei wichtig, da ansonsten auch die vorgelagerten Ausbauanstrengungen sinnlos würden, wenn sie nicht bis zum Teilnehmer reichten. Die Beigeladene zu 14 interpretiert § 77k TKG daher auch dahingehend, dass keine Einführung einer telekommunikationsrechtlichen Veränderungssperre gemeint sei. So dürfe es nicht zu einem Überbau von VHC-Netzen durch Kupferinfrastrukturen kommen. Der Beigeladene zu 1 schließt sich dieser Position an und betont, dass die Investitionsanreize in Glasfasernetze erhalten bleiben müssten. Dem schließen sich sowohl die Antragsgegnerin als auch die Beigeladenen zu 15 und zu 16 an. Die Antragstellerin sowie die Beigeladenen zu 12 und zu 15 äußern sich alle zudem zur Ineffizienz einer Parallelverlegung neuer Kupferkabel (vgl. Stellungnahmen v. 26. 2. 2021 und 19. 3. 2021).
- 68 Die Stellungnahmen setzen sich des Weiteren intensiv mit den Bedingungen einer Mitnutzung auseinander. So spricht sich die Beigeladene zu 11 in ihrem Schriftsatz vom 26. 2. 2021 dafür aus, dass die Mitnutzung nicht kostenpflichtig sein dürfe, da

dies volkswirtschaftlich nicht effizient sei und dem FTTH-Ausbau ungerechtfertigt Investitionsmittel entziehe. Das Gesetz sehe nur einen Zusatzkostenmaßstab vor. Alles andere würde auch zu einer doppelten Bevorteilung der Wohnungswirtschaft zum Nachteil der Mieter oder Käufer führen. Diese Argumentation teilen auch die Antragstellerin und der Beigeladene zu 1, der auch darauf hinweist, dass § 77n Abs. 6 TKG keine weiteren als die Zusatzkosten erlaube.

- 69 Auch der Beigeladene zu 2 und die Beigeladene zu 12 verweisen auf § 77n Abs. 6 S. 2 TKG als die anzuwendende Gesetzesgrundlage, wonach nur die Zusatzkosten Grundlage des Entgeltmaßstabs seien und eben keine angemessene Verzinsung als Aufschlag vorgesehen sei. Nach Ansicht der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 12 würden wahrscheinlich aber keine zusätzlichen Kosten entstehen (vgl. Stellungnahmen v. 26. 2. 2021). Die Antragstellerin begründet diese Auffassung damit, dass ein monatliches Überlassungsentgelt ausscheide, da bei bereits seit Langem installierten Kupferendleitungen weder regelmäßige noch kalkulatorische Kosten anfielen. Auch einmalige Zusatzkosten seien nicht zu erwarten, da Mieter meist selbst alle Zugänge ermöglichen könnten und ein Eingreifen der Antragsgegnerin somit nicht erforderlich sei. Die Beigeladene zu 12 ergänzt, dass die Ermöglichung außerdem ein Akt der Mitwirkung sei, damit die von einem Antragsteller begehrte Nutzung der Infrastruktur praktisch vollzogen werden könne und der mit der Mitnutzung beabsichtigte Zweck erfüllbar gemacht werde.
- 70 Diese Auffassung teilt sinngemäß auch der Beigeladene zu 2 in seiner Stellungnahme vom 8. 4. 2021 und verweist zudem darauf, dass eine anteilige Refinanzierung der Investitionskosten der Infrastruktur erst im Dezember in Kraft tretenden TKMoG (im Folgenden als TKG<sup>2021</sup> bezeichnet) vorgesehen sei und nicht im jetzigen TKG. Der Beigeladene zu 12 vertritt in seiner Stellungnahme vom 26. 2. 2021 ebenfalls diese Auffassung. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Inhaus-Infrastrukturen in vielen Fällen nicht von Wohnungseigentümern errichtet würden, sondern von den TK-Unternehmen selbst, was nach Ansicht der Beigeladenen zu 1 (s. Stellungnahme v. 26. 2. 2021) und zu 2 (s. Stellungnahme v. 8. 4. 2021) eine pauschale Entgeltforderung per se ausschließe. Die Beigeladene zu 12 ergänzt in ihrer Stellungnahme vom 26. 2. 2021, dass durch eine Mitnutzung auch keine Kosten aufgrund der Mitnutzung erforderlichen Sicherheits- oder Haftungsvorkehrungen zu erwarten seien. Regelmäßige Wartungen durch die Antragsgegnerin seien nicht erforderlich oder bestünden ohnehin bereits gegenüber den Mietern. Auch der Beigeladene zu 2 teilt diese Auffassung sinngemäß und die Antragstellerin legt dar, dass sie selbst bei Bedarf die Leitungen entstore, weshalb auf Seiten der Antragsgegnerin dafür gar keine Kosten anfallen könnten. Letzteres Argument wird von der Beigeladenen zu 15 und dem Beigeladenen zu 16 allerdings bestritten. Ihrer Ansicht nach nehme die Antragstellerin ihre Pflicht zur Wartung und Entstörung der Leitungen eben regelmäßig nicht wahr. Nach Ansicht des Beigeladenen zu 16 sei daher einzig ein Entgeltmaßstab nach § 77n Abs. 2 und 3 TKG rechtskonform und sachgerecht.

- 71 Auch die Beigeladene zu 18 äußert sich in ihrer Stellungnahme vom 21. 5. 2021 zu den Mitnutzungsentgelten und konstatiert, dass eine Mitnutzung ohne monatliche Überlassungsentgelte keine Nutzung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen im Sinne des § 77k Abs. 3 TKG darstelle. Auch der Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 6 S. 2 TKG ändere daran nichts, da dieser einer notwendigen europa- und verfassungskonformen Auslegung bedürfe (vgl. auch Stellungnahme der Beigeladenen zu 15 v. 26. 2. 2021). So greife ein Kostenmaßstab auf ausschließlicher Basis der Zusatzentgelte ohne Berücksichtigung weiterer Kriterien unverhältnismäßig in die in Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsrechte von Netzbetreibern ein und stünde ebenso im Widerspruch zum europarechtlichen Kostendeckungsprinzip. Ebenso wehrt sich die Beigeladene zu 18 dagegen, dass die Antragstellerin beantragt habe, lediglich nach Aufwand nachgewiesene Zusatzaufwände erstatten zu müssen. Vielmehr müsse ein Zugangsvertrag darauf eingehen, welche Zusatzkosten die Parteien als durch die Nutzung verursacht sehen. Dabei seien vor allem die Leistungen Wartung/Instandhaltung, Auftragsverarbeitung und -bearbeitung, Störungsannahme und Entstörung für die Antragstellerin und die Kunden, Instandsetzung von TK-Leitungen sowie die Koordination von Eingriffen des Gebäudeeigentümers zu berücksichtigen.
- 72 Mit Schreiben vom 12. 3. 2021 wandte sich die Beschlusskammer an die Beigeladene zu 18 und gab den Hinweis, dass sich die Beigeladene zu 18 gemäß §§ 134 und 134a TKG zum Verfahren beiladen lassen könne, um Einsicht in die Antragsunterlagen sowie die im Verfahren abgegebenen Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten zu erhalten.
- 73 
- 74 Mit Beschluss vom 16. 4. 2021 zog die Beschlusskammer die Beigeladene zu 18 gemäß §§ 134, 134a Abs. 2 Nr. 3 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 VwVfG analog als Beteiligte notwendig zum Verfahren hinzu. Unter Bezugnahme auf die entsprechende Anwendung des § 13 Abs. 2 VwVfG führte die Beschlusskammer zur Begründung aus, dass der Ausgang des Streitbeilegungsverfahrens für die Beigeladene zu 18 rechtsgestaltende Wirkung hat, sodass die Hinzuziehung zum Verfahren geboten ist. Nach Auffassung der Beschlusskammer kann nicht ausgeschlossen werden,

dass der Beschluss zumindest teilweise Auswirkungen auf die der Beigeladenen zu 18 qua Vertrag zugewiesenen Rechte hat und zwar unabhängig von dem Ausgang des Verfahrens.

- 75 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
- 76 Am 26. 5. 2021 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 2. 5. 2021 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass sie von einer Stellungnahme absehe.
- 77 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren sowie den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

## 2 Gründe

78 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und im tenorierten Umfang begründet.

### 2.1 Rechtsgrundlage

79 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 6 TKG i. V. m. § 77k Abs. 2 und 3 TKG.

### 2.2 Formelle Voraussetzungen

80 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung der Beschlusskammer liegen vor.

#### 2.2.1 Zuständigkeit

81 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 6 TKG i. V. m. §§ 77k, 132 Abs. 2 und 134a TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 77n TKG durch Beschlusskammern. Das vorliegende Verfahren hat eine Mitnutzung gemäß § 77n Abs. 6 TKG i. V. m. § 77k TKG zum Gegenstand. Die Antragstellerin begehrt die Mitnutzung gebäudeinterner passiver Netzinfrastrukturen, um ihr Netz in den Räumlichkeiten des Teilnehmers abzuschließen. Außerdem begehrt sie die Festlegung von Zahlungsmodalitäten, was zu den in § 77n Abs. 6 TKG aufgeführten Bedingungen zählt, die ebenfalls durch die nationale Streitbeilegungsstelle festgelegt werden können.

#### 2.2.2 Verfahren

82 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

83 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 16. 2. 2021 gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.

84 Die den Beteiligten – der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen – im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden.

85 Die notwendige Beteiligung der Beigeladenen zu 18 als mögliche Rechtsnachfolgerin der Antragsgegnerin am Verfahren basiert auf § 134a Abs. 2 Nr. 3 TKG i. V. m. § 13 VwVfG Abs. 2 VwVfG analog und erging mit besonderem Beschluss vom 16. 4. 2021. Die erstgenannte Norm lässt offen, ob die Beiladung einer Person, die die Voraussetzungen des Beiladungstatbestandes erfüllt, im Ermessen der Beschluss-

kammer steht oder ob diese hierzu verpflichtet ist. Nach herrschender Rechtspraxis zu dem wortgleichen § 134 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist eine ergänzende Anwendung von § 13 VwVfG im Beschlusskammerverfahren zulässig. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass eine solche ergänzende Anwendung der Norm im Falle von § 134a Abs. 2 Nr. 3 TKG ausscheidet.

*Vgl. Fetzer in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 134, Rz. 20, 46 (jeweils m. w. N.); Mayen in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 134, Rz. 41 f.; a. A. Kollmann a. a. O., § 134a, Rz. 14 unter Verweis auf Stelter in: Scheurle/Mayen, 3. Aufl., § 134a, Rz. 4, jeweils ohne weitere Begründung.*

- 86 Die Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden und in einem Fall auch angemahnt worden. Denn durch zu umfangreiche Schwärzungen werden die Beteiligtenrecht unzulässig verkürzt.
- 87 Zu den Ausführungen der Beschlusskammer in dem daraufhin ergangenen Anhörungsschreiben an die Antragsgegnerin, die gekennzeichneten Passagen seien keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sondern öffentlich zugänglich und würden bei Nichtäußerung offengelegt, erfolgte keine Antwort, so dass von einer Zustimmung zur Offenlegung ausgegangen werden konnte. Der sonstige Umfang der von den Beteiligten vorgenommenen Schwärzungen war durch die Beschlusskammer nicht zu beanstanden.
- 88 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.
- 89 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: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 123, Rz. 14 f.*

- 90 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 der Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Eine Rückmeldung des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.

### 2.2.3 Frist

- 91 Gemäß § 77n Abs. 6 S. 5 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur verbindlich innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags über streitige Rechte und Pflichten aus § 77k TKG. Der Antrag der Antragstellerin ist am 27. 1. 2021 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am 29. 3. 2021 geendet hätte.
- 92 Aufgrund der in diesem Verfahren vorliegenden außergewöhnlichen Umstände machte die Beschlusskammer von der in § 77n Abs. 7 TKG vorgesehenen Möglichkeit der Verfahrensverlängerung um weitere zwei Monate Gebrauch, so dass die Verfahrensfrist am 27. 5. 2021 geendet hätte.
- 93 Aufgrund der sich innerhalb des Verfahrens ändernden Umstände durch den Verkauf der hier streitgegenständlichen Infrastruktur von der Antragsgegnerin an die Beigeladene zu 18 kam ein neuer und weitreichender Aspekt der formellen Rechtmäßigkeit für die Prüfung des Falles hinzu und führte zu einer Steigerung der Komplexität des Verfahrens. Dies war auch Anlass für weitere Stellungnahmen zu diesem Punkt, die von der Beschlusskammer neben eigenen Prüfungen einbezogen werden mussten. Der weitere zeitliche Verlaufsverlauf erklärt sich zudem nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Gewährung rechtlichen Gehörs sowohl für die Beigeladene zu 18 als auch der Antragsgegnerin und der Auswertung und Berücksichtigung ihrer z. T. umfangreichen Stellungnahmen vom 20. 5. 2021.
- 94 Die Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen in der Beschlussfassung ergibt sich aus § 135 Abs. 1 TKG, wobei nach der aktuell (noch) geltenden Rechtslage explizit keine Präklusion von Stellungnahmen in einem späten Verfahrensstadium vorgesehen ist. Dass eine Nichtberücksichtigung damit zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich ist, ergibt sich aus der explizit aufgenommenen Änderung in den neuen Vorgaben des § 215 Abs. 5 Nr. 1 TKG<sup>2021</sup>,
- BT-Drs. 325/21, S. 157,*
- der ab dem 1. 12. 2021 in Kraft treten wird und in den die Möglichkeit zur Präklusion aufgenommen und an bestimmte Bedingungen geknüpft wurde. Diese Vorgabe entfaltet noch keine Wirkung „de lege lata“, da Beteiligtenrechte eher weit auszulegen sind, solange das Gesetz keine Einschränkung vorsieht. Insoweit konnte und musste die Beschlusskammer hier die auch in einem sehr späten Verfahrensstadium noch eingegangenen Stellungnahmen bei der Beschlussfassung berücksichtigen.
- 95 Insofern ergeht die Entscheidung über das Bestehen des Mitnutzungsanspruchs zwar nicht fristgerecht, aber unter Berücksichtigung aller entscheidungsrelevanten Stellungnahmen. Außerdem wurde die Frist nur wenige Tage überschritten, um hier dem Beschleunigungsgedanken trotzdem möglichst weitgehend Rechnung tragen zu können.

### 2.2.3.1 Sachbescheidungsinteresse

- 96 Ein Sachbescheidungsinteresse der Antragstellerin ist – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – gegeben, auch wenn die Eigentumssituation hinsichtlich der in Rede stehenden Infrastrukturen zivilrechtlich noch nicht endgültig geklärt ist und die Antragstellerin selbst gemäß dem erstinstanzlichen, allerdings nicht rechtskräftigen Urteil des LG Hamburg vom 10. 7. 2017 (Az. 315 O 201/16) als Eigentümerin der Kupferleitungen benannt wurde.
- 97 Hintergrund für diese Annahme ist das weit gefasste Verständnis des Sachbescheidungsinteresses im verwaltungsrechtlichen Streitbeilegungsverfahren; dabei entspricht das Sachbescheidungsinteresse dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis als Sachentscheidungs Voraussetzung im Verwaltungsprozess.
- Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11. 5. 2021 – 19 A 236/21 –, juris-Rz. 4 m. w. N.*
- 98 Ein Sachbescheidungsinteresse besteht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann, wenn der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Handlung der Behörde hat.
- BVerwG, Urteil v. 29. 8. 2019 – 7 C 33/17 –, juris-Rz. 32 m. w. N. aus Rechtsprechung und Literatur.*
- 99 Es ist für einen gestellten Antrag im Verwaltungsverfahren – ebenso wie das Rechtsschutzinteresse im Verwaltungsprozess – im Regelfall zu bejahen und bedarf nur in besonderen Fällen der Begründung. An einem Sachbescheidungsinteresse des Antragstellers für die begehrte Verwaltungsentscheidung fehlt es nur dann, wenn die begehrte Verwaltungsentscheidung für den Antragsteller ohne ersichtlichen Nutzen ist. Nutzlos ist eine Entscheidung jedenfalls dann, wenn sie demjenigen, der sie erstrebt, offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann,
- vgl. BVerwG, Urteil v. 4. 4. 2012, 8 C 6/11, BVerwGE 143, S. 1-6, juris-Rz. 15 sowie BVerwG Urteil v. 22. 2. 2012 – 6 C 11.11, juris-Rz. 27 m. w. N.,*
- so liegt der hier zu entscheidende Fall nicht.
- 100 Insbesondere ist ein Sachbescheidungsinteresse nicht deswegen ausgeschlossen, weil sich die Rechtsposition der Antragstellerin durch das Streitbeilegungsverfahren nicht verbessern könnte. Aufgrund des erstinstanzlichen zivilrechtlichen Urteils des Landgerichts Hamburg vom 10. 7. 2019 (Az. 315 O 201/16) könnte man am Sachbescheidungsinteresse zweifeln: wenn die Antragstellerin – wie von dem Erstgericht angenommen – Eigentümerin und Betreiberin der gebäudeinternen Kupferverkabelung wäre, könnte sie möglicherweise keinen Antrag auf Mitnutzung dieser Verkabelung stellen. Allerdings ergibt sich hier aufgrund der nach diesem Urteil weitergeführten zivilrechtlichen Auseinandersetzung derzeit ein anderes Bild.
- 101 Zum einen hat das OLG Hamburg in der Berufung bereits Zweifel an der Annahme der Eigentümerstellung der Antragstellerin angemeldet, so dass es möglicherweise zu

einem gegenüber dem Urteil des LG Hamburg divergierenden zweitinstanzlichen Urteil kommen könnte.

*Vgl. das Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung v. 2. 7. 2020 vor dem OLG Hamburg, S. 2 f., 5 (vorgelegt als Anlage AST 4 – Protokoll im Abdruck als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet).*

- 102 Da der Streit dann laut Bekunden der beiden Streitparteien auch beim BGH anhängig gemacht wird, verbleibt es bis auf Weiteres bei einem Schwebezustand, was die Feststellung des Eigentums an den Kabeln angeht. Vor diesem Hintergrund ist der Streitbeilegungsantrag auch nicht verfrüht gestellt worden; auch wenn sich die Antragstellerin bereits vor einer rechtskräftigen zivilrechtlichen Entscheidung über das Eigentum an den streitbefangenen Endleitungen an die nationale Streitbeilegungsstelle gewandt hat. Bereits der Umstand der Ungewissheit an der eigenen Eigentümerstellung bietet der Antragstellerin die Möglichkeit, sich bezüglich einer anderweitigen Feststellung „abzusichern“ und entsprechende Mitnutzungsanträge vorsorglich auf den Weg zu bringen. Sie muss dabei nicht erst eine letztinstanzliche zivilrechtliche Entscheidung abwarten, sondern kann bereits jetzt unter der vorsorglichen Annahme des eigenen nicht bestehenden Eigentums an den streitgegenständlichen Endleitungen eine Mitnutzung beantragen.
- 103 Dabei kann die Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle – wie im vorliegenden Fall in Tenorziffer 6 erfolgt – auch mit Nebenbestimmungen versehen werden, sollte die zivilrechtliche Beurteilung eine andere Annahme ergeben, durch die der Beschluss obsolet würde. Dies vermeidet auch die dagegen von einigen Beteiligten dagegen eingewandten Divergenzen unterschiedlicher Entscheidungen.
- 104 Zum anderen sind Verpflichtete nach § 77k Abs. 2 und 3 TKG aber nicht nur Eigentümer von gebäudeinternen Netzinfrastrukturen, sondern auch Betreiber und Verfügungsberechtigte. Insoweit sich die Antragsgegnerin hier darauf beruft, dass in dem vor dem OLG Hamburg anhängigen Zivilrechtsverfahren die Eigentümerstellung an den in Rede stehenden Kupferendleitungen streitig ist und die Antragstellerin sich insoweit zu ihrer Argumentation im Zivilrechtsverfahren in Widerspruch setze, ist die angenommene Widersprüchlichkeit mit Blick auf die Vorsorglichkeit des gestellten Antrags bereits fraglich. Eine etwaige Widersprüchlichkeit gegenüber Argumentationslinien im Zivilverfahren wäre für die Frage des Sachbescheidungsinteresses im telekommunikationsrechtlichen Streitbeilegungsverfahren jedoch zudem unbeachtlich.
- 105 Ein Sachbescheidungsinteresse ist auch hinsichtlich vorsorglich geltend gemachter Rechtspositionen gegeben, sofern verdichtete Annahmen die Tatsache rechtfertigen, dass die entsprechenden gesetzlichen Ansprüche geltend gemacht werden. Auch wenn in dem anhängigen Zivilrechtsstreit die Entscheidung über das Nichtvorliegen des Eigentums bei der Antragstellerin noch nicht eingetreten ist, besteht jedenfalls für die Antragstellerin die gegenwärtige Erwartung einer solchen Entscheidung. Diese hat sich dabei so verdichtet, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer solchen

Entscheidung über das Nichtvorliegen des Eigentums bei der Antragstellerin besteht. Dies ist im vorliegenden Fall durch die Hinweise des erkennenden Senats zur Eigentumsfrage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. 7. 2020 gegeben.

- 106 Die aus dem zivilrechtlichen Prozessverlauf ersichtlich werdende, gesteigerte Wahrscheinlichkeit eines Verlusts der Eigentümerstellung der Antragstellerin geht für diese einher mit der Prüfung von Alternativen wie der Geltendmachung, der Effektivität, der Kosten und des Umfangs gesetzlicher Mitnutzungsansprüche. Ihre zeitige Klärung dient der Überprüfung des Umgangs mit den bestehenden Vertragspflichten mit den betroffenen Endkunden, der Planung der weiteren Ausrichtung von Angeboten an relevante Zielgruppen, den technischen Gegebenheiten und Voraussetzungen für (bestehende und künftige) Endkundenangebote sowie der kaufmännischen Rahmenbedingungen. Die Parallelität der Klärung einer telekommunikationsrechtlich verorteten Möglichkeit einer Mitnutzung und der Rechtshängigkeit einer zivilrechtlichen, u. a. bereicherungsrechtlichen, Fragestellung lässt das Sachbescheidungsinteresse für einen Streitbeilegungsantrag nicht entfallen. Müsste die Antragstellerin hingegen zuerst – gleichsam als Vorfrage – die unter Umständen jahrelange Verfahrensdauer bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Eigentümerstellung an den Verkabelungen abwarten, bevor sie ein dann zulässiges Streitbeilegungsverfahren anstrengen könnte, würde der in der Kostensenkungsrichtlinie und dem DigiNetz-Gesetz verankerte Beschleunigungsgedanke konterkariert.
- 107 Das Sachbescheidungsinteresse ergibt sich aber auch ungeachtet der anhängigen zivilrechtlichen Klärung des Eigentums an den gebäudeinternen Netzinfrastrukturen bereits aus den dem Gebäudeeigentum folgenden Verfügungsberechtigungen und Mitwirkungspflichten. So bedarf es hinsichtlich einer Nutzung von gebäudeinternen Infrastrukturen immer auch einer Mitwirkung des Gebäudeeigentümers. Seine Stellung gegenüber den streitgegenständlichen Infrastrukturen wäre ebenfalls im Rahmen der Streitbeilegung zu klären und geht damit auch über den reinen Eigentümerbegriff hinaus.
- 108 Das Sachbescheidungsinteresse ergibt sich zuletzt auch aus dem Bedürfnis der Klärung von im Verfahren aufgeworfenen Fragestellungen des relevanten Kostenmaßstabs für die Nutzung von gebäudeinternen Netzinfrastrukturen. Der telekommunikationsrechtliche Kostenmaßstab kann auf die Höhe geltend gemachter, etwaiger zivilrechtliche Bereicherungsansprüche der Antragsgegnerin ausstrahlen und insofern das Sachbescheidungsinteresse beider Streitparteien und der Beigeladenen betreffen.
- 109 Aus diesen Ausführungen ergibt sich im Weiteren vor allem die Schlussfolgerung, dass es hier um Klärung der telekommunikationsrechtlichen Ansprüche im Zusammenspiel mit zivilrechtlichen Fragestellungen geht. Diese Klärung kann die Antragstellerin bezüglich der Ansprüche nach § 77k Abs. 2 und 3 TKG nur über die nationale Streitbeilegungsstelle herbeiführen.

- 110 Letztlich ist daher ein Sachbescheidungsinteresse der Antragstellerin hinsichtlich der zukünftigen Mitnutzung der streitgegenständlichen Endleitungen zu bejahen, so dass auch zum jetzigen Zeitpunkt bereits ein Streitbeilegungsverfahren anhängig gemacht werden kann.

### 2.2.3.2 Passivlegitimation der Antragsgegnerin

- 111 Die Antragsgegnerin ist auch – entgegen ihrer Auffassung – weiterhin passivlegitimiert für das hier anhängige Streitbeilegungsverfahren, obwohl sie gemäß einem Vertrag vom 26. 2. 2021 sowohl das (mögliche) Eigentum wie auch den Betrieb der in Rede stehenden gebäudeinternen Kupferverkabelungen der rund 60 Endleitungen an die Beigeladene zu 18 übertragen hat. Allein durch diese Übertragung kann sie sich nicht der Passivlegitimation in diesem Verfahren entledigen. Vielmehr gelten in diesem Verfahren angeordneten Vorgaben sowohl für die Antragsgegnerin wie auch für die Beigeladene zu 18.

#### *Verbundene Unternehmen*

- 112 Dabei folgt die Passivlegitimation aus dem Umstand, dass es sich bei der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 18 als ihre mögliche Rechtsnachfolgerin um verbundene Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG handelt. Die Antragstellerin sowie auch die Beigeladene zu 18 kommen als mögliche Verpflichtete gemäß § 77n Abs. 6 TKG i. V. m. § 77k Abs. 3 TKG in Betracht. Bei beiden besteht die Möglichkeit, als Verfügungsberechtigte für ein Mitnutzungsbegehren in Anspruch genommen zu werden (näheres dazu siehe unten unter Rz. 174). In der vorliegenden Fallkonstellation führt dies dazu, dass beide Unternehmen Verpflichtete des Mitnutzungsanspruchs sind. Denn die Antragstellerin und die Beigeladene zu 18 haben am 26. 2. 2021 einen Kauf- und Gestattungsvertrag geschlossen und deutlich gemacht, dass Letztgenannte in tatsächlicher Hinsicht im Einverständnis mit dem Hauseigentümer die operative Betreuung der Kupferverkabelungen übernehmen soll.
- 113 Der mögliche Übergang des Eigentums an und der Verfügungsbefugnis über die Kupferverkabelungen (wozu auch die rund 60 streitgegenständlichen Endleitungen zählen) auf die Beigeladene zu 18 qua vertraglicher Abrede vom 26. 2. 2021 ändert nichts an der bestehenden Passivlegitimation, die sich insoweit auch gegenüber dem mit der Antragsgegnerin verbundenen Unternehmen (die Beigeladene zu 18) als einheitliche Rechtsträger erstreckt.
- 114 Antragsgegnerin und Beigeladene zu 18 sind verbundene Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG in Verbindung mit § 37 Abs. 1, 2 GWB. Davon erfasst sind Unternehmen, die „*trotz rechtlicher Selbständigkeit infolge gegenseitiger Verflechtungen oder einseitig bestehender Einflussmöglichkeiten unter wettbewerblichen Gesichtspunkten als Einheit anzusehen sind*“.

*Vgl. hierzu ausführlich BVerwG 6 B 14.08, Beschl. v. 7. 4. 2008, NWvZ 2009, S. 191, Rz. 4 ff.*

- 115 Verbundene Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG sind – neben abhängigen Unternehmen im Sinne des § 17 AktG und Konzernunternehmen im Sinne von § 18 AktG – auch Unternehmen, die nach § 37 Abs. 1 und 2 GWB zusammengeschlossen sind. Nach § 37 Abs. 1 GWB reicht auch eine Verbindung aus, die nach aktienrechtlichen Vorschriften noch keinen Verbund begründen würde.

*Fetzer in: Fetzer / Scherer / Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 3, Rz. 112d.*

- 116 Ein verbundenes Unternehmen kann auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmen mit anderen Unternehmen ein Joint Venture gründet. Entscheidend ist insofern, dass § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) GWB bereits einen Beteiligungserwerb von mindestens 25 % der Anteilsscheine an einem anderen Unternehmen genügen lässt, um eine fusionsrechtliche relevante Transaktion zu bejahen.

*BGH; Urteil KVR 60/07 vom 11. 11. 2008, juris-Rz. 11.*

- 117 Bei einem Joint Venture ist jedenfalls diese Beteiligungsschwelle an einem Gemeinschaftsunternehmen hinreichend, damit es sich um ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG handelt. Unter Umständen genügt sogar eine geringere Beteiligung, sofern ein Unternehmen einen erheblichen Einfluss im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf ein Gemeinschaftsunternehmen ausüben kann, um die Voraussetzungen des § 3 Nr. 29 TKG zu erfüllen.

*Fetzer in: Fetzer / Scherer / Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 3, Rz. 112e.*

- 118 Die Beigeladene zu 18 ist eine einhundertprozentige Tochter der WoWi Media GmbH & Co. KG. Diese ist eine wohnungswirtschaftliche Plattform, die in bundesweit für mehrere Wohnungsbaugesellschaften Breitbandkabelnetze bündelt und eine Vielzahl von Gebäuden mit Breitband- und Multimediadiensten versorgt. An der WoWi Media GmbH & Co. KG ist die Antragsgegnerin mit insgesamt 36,89 % beteiligt. 14,27 % hält die Antragsgegnerin unmittelbar, 22,62 % hält die GWG, die zu 94,9 % im Eigentum der Antragsgegnerin und zu 5,1 % im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg steht. Letztere ist wiederum alleinige Eigentümerin der Antragsgegnerin. Die übrigen 63,11% halten vier unterschiedliche deutsche Wohnungsunternehmen: die Beigeladene zu 15, die GEWOBA Aktiengesellschaft Wohnung und Bauen (Bremen), die GWH Wohnungsgesellschaft mbH (Hessen) sowie die Wankendorfer Baugenossenschaft für Schleswig-Holstein eG.

*Siehe Homepage der Freien und Hansestadt Hamburg :*

*<http://beteiligungsbericht.fb.hamburg.de/Unternehmen.html>,*

*sowie auch den Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 v. 20. 5. 2021, S. 2.*

- 119 § 3 Nr. 29 TKG ist dabei nicht nur für solche Unternehmen anzuwenden, die der sektorspezifischen Regulierung unterliegen und sich bezüglich der Annahme ihrer beträchtlichen Marktmacht bestimmten regulatorischen Maßnahmen entziehen wol-

len. Vielmehr erfolgt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch eine Übertragung auf die Unternehmen, die als Dritte an einem Verfahren beteiligt sind.

*BVerwG, Urteil 6 C 24.12, v. 11. 12. 2013, juris-Rz. 23.*

- 120 Wenn bereits eine solche Erstreckung des Tatbestandes der verbundenen Unternehmen angenommen wird, so ist eine Übertragung erst recht möglich, wenn es sich – wie vorliegend – um den Adressaten eines quasi-regulatorischen Anspruchs auf eine verpflichtende Mitnutzung handelt.
- 121 Welche Bedeutung diesem Rechtsgedanken auch gerade in der Konstellation des § 77k TKG zukommt, wird einmal mehr offenbar, wenn man ergänzend die aktuelle Novellierung des TKG in Bezug nimmt. Dort sieht der zukünftige § 149 Abs. 5 TKG<sup>2021</sup> vor, dass der die Investitionskosten berücksichtigende Entgeltmaßstab des Absatz 3 dort nicht zur Anwendung gelangen soll, wo ein mit dem Gebäudeeigentümer gemäß § 3 Nr. 69 TKG<sup>2021</sup> verbundenes Unternehmen die Netzinfrastrukturen errichtet hat.

*BT-Drs. 325/21, S. 109.*

- 122 Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber in diesem Gesamtzusammenhang die Verbundenheit von Unternehmen der Wohnungswirtschaft mit bestimmten mit der Wohnungswirtschaft verbundenen Telekommunikationsunternehmen in den Blick nimmt und hier eine Gatekeeper-Stellung bzw. doppelte Vergütungen verhindern möchte. An dieser gesetzgeberischen Entscheidung, und damit einer Bestätigung der vorstehenden Erwägungen durch die zukünftige gesetzliche Regelung, ändert auch der Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen zur Überprüfung genau dieser Vorgabe nichts.

*Vgl. hierzu BR-Drs. 325/21, S. 3 f.*

- 123 Denn insoweit es hierbei um die mögliche Beeinträchtigung von Neuinvestitionen und die Möglichkeit der Inanspruchnahme des neu vorgesehenen Glasfaserbereitstellungsentgelts geht, ist dies für die hier vorliegende Konstellation nicht das Hauptaugenmerk. Vielmehr geht es hier darum, dass eine Verfügungsbefugnis über eine Infrastruktur in einem koordinierten Vorgehen über verbundene Unternehmen möglich ist und letztlich das verbundene Telekommunikationsunternehmen nur zu Zwecken von Vermarktung und Vertrieb von Telekommunikationsinfrastrukturen geschaffen wurde. Auch der Zeitpunkt der vertraglichen Eigentumsübertragung ist ein Beleg dafür, dass es sich um ein koordiniertes Vorgehen handelt in Reaktion auf die geltend gemachten Mitnutzungsansprüche.
- 124 Dass ein solch koordiniertes Vorgehen und damit letztlich auch ein Durchgriffsrecht für die Antragsgegnerin gegenüber der Beigeladenen zu 18 existiert, wird auch durch den letzten Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 noch einmal bestätigt. Denn auch sie gibt an, dass die Übertragung von Nutzungsrechten und möglicherweise auch Eigentum dem „sinnvollen und notwendigen Zweck“ einer Bündelung und netzübergreifenden Koordinierung und Organisation dient.

*Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 v. 20. 5. 2021, S. 2.*

- 125 Damit wird deutlich, dass die Verbundenheit der Unternehmen sich hier letztlich nicht nur in reinen Beteiligungsanteilen, sondern auch in einer Funktion der Beigeladenen zu 18 als Dienstleister der Antragsgegnerin manifestiert. Dies wird auch dadurch deutlich, dass die Beigeladene zu 18 ihre Stellungnahme gegenüber der Antragsgegnerin vollständig offenlegt, also keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kenntlich macht, und dies damit begründet, dass „der Antragsgegnerin über ihre Informationsrechte als Gesellschafterin die Informationen in den geschwärzten Passagen bekannt“ seien.

*Siehe E-Mail der Beigeladenen zu 18 an die Beschlusskammer v. 20. 5. 2021, 14:47 Uhr.*

- 126 Bestätigt wird dies durch den Geschäftszweck der WoWi Media GmbH & Co. KG. Deren Gegenstand ist die Wahrnehmung von Interessen der Wohnungswirtschaft im Bereich der Telekommunikation.

*Vgl. <https://www.saga.hamburg/unternehmensgruppe/ueber-uns/beteiligungen>*

- 127 Damit wird deutlich, dass die WoWi Media GmbH & Co. KG ein Joint Venture der Anteilseigner – bei denen es sich sämtlich um Unternehmen der Wohnungswirtschaft handelt – ist, um deren Interessen zu vertreten und sich Zugang zum TK-Markt zu erschließen. Die Beigeladene zu 18, die ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der WoWi Media GmbH & Co. KG ist, hat dabei die Bestimmung, Breitbandkabelnetze zu bündeln, zu betreiben und Gebäude der Anteilseigentümer mit Breitband- und Multimediasdiensten zu versorgen.

*Siehe Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 v. 20. 5. 2021, S. 2.*

- 128 Aus all dem folgt, dass es sich bei der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 18 um verbundene Unternehmen handelt, die als Partei im Streitbeilegungsverfahren insoweit telekommunikationsrechtlich als einheitliche Rechtsträger anzusehen sind.

- 129 Das von der Beigeladenen zu 18 dagegen eingewandte und von der Antragsgegnerin ausdrücklich mitgetragene Argument, dass auch der Rechtsgedanke des § 3 Nr. 29 TKG im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangen kann,

*siehe dazu Schriftsätze der Beigeladenen zu 18 sowie der Antragsgegnerin jeweils v. 20. 5. 2021,*

geht nach Auffassung der Beschlusskammer fehl. Insoweit die Beigeladene zu 18 vorträgt, der Begriff des Unternehmens werde in den Vorgaben der §§ 77k, 77n Abs. 6 und 132a TKG nicht ausdrücklich genannt und die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 29 TKG sei auf die SMP-Regulierung begrenzt, da sie bezwecke, dass alle mit dem marktbeherrschenden Unternehmen verbundene Unternehmen der SMP-Regulierung unterlägen, so ist dies aus mehreren Gründen unzutreffend.

- 130 Das behauptete Erfordernis der ausdrücklichen Benennung des Wortes „Unternehmen“ und die daraus von Antragsgegnerin und Beigeladener zu 18 gezogene Schlussfolgerung der Nichtanwendbarkeit im Falle der Nichtbenennung würde ebenso

für die meisten in der SMP-Regulierung anwendbaren Vorschriften gelten. Zu nennen sind hier beispielsweise die §§ 20, 21, 22, 23 und 134 TKG. In all diesen Vorgaben ist auch nur der Betreiber der öffentlichen Telekommunikationsnetze als Verpflichteter aufgeführt und zu einem bestimmten Handeln verpflichtet oder berechtigt; er wird hingegen in diesen Vorschriften nicht als „Unternehmen“ benannt.

- 131 Gegen eine Begrenzung der Anwendbarkeit von § 3 Nr. 29 TKG sprechen auch dessen systematische Stellung sowie die in der Vorschrift in Bezug genommenen Normen. Die Regelung befindet sich in Teil 1 des TKG, der mit „Allgemeine Vorschriften“ überschrieben ist. Entsprechend definiert der Unternehmensbegriff nach § 3 Nr. 29 TKG eine rechtliche Einheit, die für das gesamte TKG auch unabhängig von der Frage der beträchtlichen Marktmacht relevant ist.

*BVerwG, Urteil 6 C 24.12, v. 11. 12. 2013, juris-Rz. 21 ff.; Lünenburger / Stamm in Scheurle / Mayen, § 3 Rz. 87.*

- 132 Bestätigt wird dies durch die in der Vorschrift enthaltenen Verweisungen auf die §§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 und 2 GWB. Diese Vorschriften setzen keine marktbeherrschende Stellung voraus. Selbst § 36 Abs. 1 GWB, auf den § 3 Nr. 29 TKG nicht verweist, benennt die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zwar als Regelbeispiel („insbesondere“), setzt diese aber nicht zwingend voraus. Daher liegt eine Begrenzung der Anwendbarkeit von § 3 Nr. 29 TKG auf Teil 2 des TKG fern.

- 133 Unabhängig davon ist der in der Vorschrift enthaltene Rechtsgedanke auf den hier anzuordnenden Zugang übertragbar. Denn es geht – vergleichbar mit der SMP-Regulierung – um einen Zugang, der von einem Verfügungsberechtigten kontrolliert und zu dem nur er den Zugang tatsächlich einräumen kann („bottleneck“). Letztlich steckt dahinter – beziehungsweise auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerwG – ein wettbewerblicher Gedanke, wonach verbundene Unternehmen gemeinsam zum Zugang verpflichtet werden können, wenn sie unter wettbewerblichen Gesichtspunkten als Einheit anzusehen sind.

*So auch die Antragstellerin im Schriftsatz v. 28. 4. 2021, S. 10 f. unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG, Ur. 6 C 24.12, v. 11. 12. 2013, Rz. 21 ff.*

- 134 Bei Zugangsverpflichtungen geht es nicht nur um solche im Bereich eines marktmächtigen Unternehmens, sondern – wie die Rechtsprechung zeigt – auch um Bereiche, in denen es um Zugangsnachfrager geht und letztlich eine innere Verbundenheit gerade bestimmte Kontrollmechanismen beinhalten, die eine Zurechnung bedingen. Dies ist nach Überzeugung der Beschlusskammer hier der Fall.

- 135 Nicht zuletzt bezieht sich auch die Antragsgegnerin selbst auf diesen engen Verbund zwischen ihr und der Beigeladenen zu 18, indem sie in der Antragsrüge angibt, dass ihrer „Unternehmensgruppe [...] unstrittig (auch) die hausinternen Fernseh- und Glasfaserkabel zu den antragsgegenständlichen Wohneinheiten“ gehören und sie über diese „selbst disponieren“ könne.

*Vgl. Antragsrwiderrung der Antragsgegnerin v. 11. 2. 2021, S. 11.*

- 136 Damit räumt sie ein, über die Dispositionsbefugnis zu verfügen und insofern auch einer möglichen Zugangsverpflichtung nachkommen zu können. Letztlich sieht sie damit gemäß eigener Aussagen bereits den Begriff der verbundenen Unternehmen als gegeben an und belastet ihn für ihre weiteren Aussagen auch insofern, als sie sogar angibt, ein „Wahlrecht“ bzgl. eines Mitnutzungsantrags zu haben und die Antragstellerin auch auf die anderen Infrastrukturen, die sich offenbar bereits im Eigentum bzw. Betrieb durch die Beigeladene zu 18 befinden, verweisen zu können und ihr den Zugang zu den anderen Netzen ermöglichen zu können. Letztlich wird an dieser Stelle deutlich, dass es sich um verbundene Unternehmen handelt und die Antragsgegnerin die Zugangsrechte ebenso einräumen kann wie ihre mögliche Rechtsnachfolgerin, die Beigeladene zu 18.
- 137 Die Einordnung der Antragsgegnerin und Beigeladenen zu 18 als verbundene Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG hat zur Folge, dass die Beigeladene zu 18 – mit der erst nachträglich am 26. 2. 2021 ein Vertrag in Bezug auf Rechte an der streitgegenständlichen Infrastruktur geschlossen wurde – sich den an die Antragsgegnerin gerichteten Mitnutzungsantrag der Antragstellerin formell und materiell zurechnen lassen muss (s. dazu auch Rz. 160). Hierdurch erfolgt keine Rechtsverkürzung zulasten der Beigeladenen zu 18, denn es ist der Verbundenheit immanent, dass Rechtshandlungen innerhalb des verbundenen Unternehmens den einzelnen Gesellschaften untereinander zugerechnet werden. Dies gilt umso mehr im vorliegenden Fall, als die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 18. gemeinsam über die Infrastruktur dispositionsbefugt sind. Zudem würde der Beschleunigungsgedanke des DigiNetz-Gesetzes erheblich beeinträchtigt werden.

*Verpflichtung gegenüber Antragsgegnerin und Beigeladene zu 18*

- 138 Die Verpflichtung zur Mitnutzungsgewährung erstreckt sich grundsätzlich auf die Antragsgegnerin und die mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG.
- 139 Die Beschlusskammer hat die Verpflichtung zur Mitnutzungsgewährung aber auf die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 18 begrenzt und – um dies transparent zu machen – diese beiden juristischen Personen in Tenorziffer 1 ausdrücklich benannt. Dies beruht auf der Erwägung, dass eine zügige und wirkungsvolle Umsetzung der Mitnutzungsverpflichtung sich am besten sicherstellen lässt, wenn klargestellt wird, dass die Mitnutzungsverpflichtung auch die Beigeladene zu 18 erfasst.
- 140 Auch wenn die rechtliche Wirksamkeit der im Kauf- und Gestattungsvertrag vom 26. 2. 2021 vorgesehenen Eigentumsübertragung zweifelhaft erscheint, so regelt der Vertrag des Weiteren, dass die Beigeladene zu 18 neben den [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

übernehmen soll.

Auch in ihren Stellungnahmen haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 18 deutlich gemacht, dass die Beigeladene zu 18 in tatsächlicher Hinsicht im Einverständnis mit der Hauseigentümerin (der Antragsgegnerin) die operative und technische Betreuung der Kupferverkabelungen übernehmen soll.

- 141 Daher erfolgt die Regelung der Einzelaspekte der Mitnutzung, insbesondere der technischen Details, am zweckmäßigsten unter Mitwirkung der Beigeladenen zu 18.

#### *Sachbezogener Verwaltungsakt*

- 142 Neben dem Umstand, dass die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 18 verbundene Unternehmen nach § 3 Nr. 29 TKG sind, ergibt sich die Passivlegitimation der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 18 auch aus der Rechtsfigur eines dinglich wirkenden Verwaltungsaktes. Denn der Gesetzgeber hat mit der in § 77k Abs. 1 TKG niedergelegten Verpflichtung, eine Inhouse-Anbindung zu dulden, eine Vorgabe in der gedanklichen Fortführung des Wegerechts bzw. des sog. „Hausstichs“ nach § 76 Abs. 1 S. 1 TKG geschaffen,

*Siehe hierzu ausführlich Sörries, N&R 2016, S. 272, 274 (speziell Fn. 18) sowie Wilmes/Steinbach, IR 2019, S. 297, 300 ff.,*

die als Einschränkung der Nutzung gleichsam am Gebäude und den gebäudeinternen Strukturen „haftet“. Die Duldungsverpflichtung wie auch das aus ihr folgende Mitnutzungsrecht hat damit einen ganz eigenen Charakter einer Art „dinglichen Verbundenheit“.

- 143 Die Beschlusskammer geht hier in Anlehnung an die Rechtsprechung des OVG Rheinland-Pfalz davon aus, dass das Mitnutzungsrecht an gebäudeinternen Infrastrukturen als Ausfluss des Rechts auf eigene Leitungseinbringung ähnlich einer auf dem Grundstück lastenden behördlichen Anordnung oder aus dem Grundeigentum fließenden Berechtigung wirkt und insoweit eine große Nähe zum sachbezogenen Verwaltungsakt aufweist.

*Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil 8 A 10670/02, v. 3. 7. 2002, Juris.*

- 144 Auch wenn es sich primär um eine Duldungsverpflichtung des Hauseigentümers handelt, so erfährt dieses Duldungsrecht insofern eine Weiterung und wird über die Verweisungsmöglichkeit auf eine Mitnutzung gemäß § 77k Abs. 2 TKG verlagert auf bereits bestehende Infrastrukturen. Darin unterscheidet sich die Struktur dieser Regelung auch von der sonstigen Mitnutzung bereits bestehender passiver Infrastrukturen gemäß § 77d TKG, bei der es keine generelle Duldungsverpflichtung gibt, sondern

lediglich das System einer grundsätzlich zulässigen Mitnutzung, die mittels enumerativ aufgezählter Versagungsgründe eingeschränkt werden kann. Die Ausgestaltung der Regelung in § 77k TKG geht über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinaus und wird auch nicht – wie zwischenzeitlich im Gesetzgebungsverfahren zum Digi-Netz-Gesetze vorgesehen – auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze beschränkt,

*dazu s. a. Stelter, in: Scheurle / Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 77k, Rz. 13.*

- 145 Letztlich ist die Zielrichtung der Vorschrift damit zwischen den regulativen Vorgaben aus dem Richtlinienpaket der Telekommunikationsregulierung und den Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie zu verorten.
- 146 In dieser Struktur der Vorschrift über die Mitnutzung von gebäudeinternen Komponenten liegt damit eine große Nähe zu einer dinglich wirkenden Sachbezogenheit einer behördlichen Feststellung vor. Dies entspricht einer verfahrensrechtlichen Rechtsnachfolge, die keiner expliziten Tenorierung bedarf. Daraus ergibt sich auch, dass die Beigeladene zu 18, mit der erst nachträglich am 26. 2. 2021 ein Vertrag in Bezug auf Rechte an der streitgegenständlichen Infrastruktur geschlossen wurde, den an die Antragsgegnerin gerichteten Mitnutzungsantrag der Antragstellerin formell und materiell zurechnen lassen muss (s. dazu auch Rz. 160).

*Analogie zu § 265 ZPO*

- 147 Zu der von der Antragstellerin angenommenen analogen Anwendung der Vorschrift zur Prozessstandschaft in § 265 ZPO lassen sich sowohl Argumente für diese Rechtsansicht finden, als auch Argumente, die gegen diese Auffassung streiten. Zwar fehlt im Verwaltungsverfahrenrecht eine § 173 VwGO entsprechende Verweisungsnorm auf die zivilrechtlichen Vorschriften, gleichwohl sind die Interessenlagen in den besonderen Beschlusskammerverfahren in ihrer Ausgestaltung als Streitbeilegungsverfahren durchaus vergleichbar mit einer typischen zivilrechtlichen Fallgestaltung. Jedoch wird letztlich die zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeit durch eine Anordnung der Verwaltung ersetzt, wobei weder das allgemeine noch das besondere telekommunikationsrechtliche Verwaltungsrecht Sonderregelungen vorsehen, so dass eine planwidrige Regelungslücke – auch mit Blick auf entsprechende Rechtsprechung – hier wohl eher abzulehnen ist.

*Vgl. hierzu mit entsprechenden Argumenten BVerwGE 134, 368, Rz. 23 sowie OVG Rheinland-Pfalz, Urteil 8 A 10670/02, v. 3. 7. 2002, Juris.*

- 148 Letztlich kann die Beschlusskammer die mögliche Analogie aber dahinstehen lassen, da sich die Passivlegitimation der Antragsgegnerin und der mit ihr verbundenen Unternehmen aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten im vorliegenden Fall bereits aus dem Unternehmensbegriff wie auch aus der Nähe zum sachbezogenen Verwaltungsakt ergibt.

*Kauf- und Gestattungsvertrag zwischen Antragsgegnerin und Beigeladener zu 18*

- 149 Ob eine Sonderrechtsfähigkeit der Inhouse-Kupferverkabelung vor dem Hintergrund der zivilrechtlichen Bewertung des OLG Hamburgs zum Eigentumsübergang an die Antragsgegnerin durch Einbau rechtlich gegeben ist und damit das Rechtsgeschäft der Übertragung an sich überhaupt wirksam ist, wird bezweifelt. Dies kann aber aufgrund der vorstehenden Erwägungen an dieser Stelle dahinstehen, da sich die Passivlegitimation der Antragsgegnerin aus § 3 Nr. 29 TKG sowie der Rechtsfigur des sachlichen Verwaltungsaktes ergibt.
- 150 Dabei sind ein möglicher Umgehungstatbestand oder ein Scheingeschäft, an die in der Darlegung hohe Anforderungen zu stellen wären, hier eher nicht anzunehmen, da eine mögliche Übertragung von Eigentum und Betrieb an dasjenige Unternehmen erfolgt, welches auch das Eigentum an den sonstigen Infrastrukturen (Koaxialkabel- und Glasfaserkabel-Infrastrukturen) innehat. Dies erläuterte auch zuletzt ausführlich die Beigeladene zu 18.

*Siehe dazu Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 v. 20. 5. 2021, S. 2 ff.*

- 151 Insoweit würde eine solche Übertragung – so sie denn möglich wäre – auch sinnvoll und strukturell aus Sicht der Antragsgegnerin „sauber“ wirken, so dass man nicht von einer Umgehungsabsicht ausgehen kann. Die Umgehung lässt sich dabei auch nicht aus dem – gegenüber den im Zivilverfahren geltend gemachten Positionen zum Eigentumsübergang durch Einbau – widersprüchlich wirkenden Verhalten der Antragsgegnerin ableiten. Derartige Widersprüchlichkeiten gegenüber Argumentationslinien im Zivilverfahren reichen für die Annahme eines Umgehungstatbestandes nicht aus.

**2.2.3.3 Verstreichen der Frist gemäß § 77n Abs. 6 TKG**

- 152 Die in § 77n Abs. 6 TKG vorgesehene Frist ist verstrichen. Die Antragstellerin hatte mit Schreiben vom 29. 9. 2020 einen Antrag auf Mitnutzung der gebäudeinternen Netzinfrastrukturen gemäß § 77k Abs. 2 und 3 TKG betreffend der in der Anlage 1 näher bezeichneten Endleitungen bei der Antragsgegnerin gestellt. Eine Vereinbarung ist nicht zustande gekommen. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist die Zweimonatsfrist durch den hinreichend förmlichen und zumutbaren Antrag vom 29. 9. 2020 (s. dazu unten unter Rz. 157 ff.) in Gang gesetzt worden.

**2.2.3.4 Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen**

- 153 Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Streitbeilegungsverfahren gemäß § 77n Abs. 6 TKG bestehen nicht.
- 154 Die Antragsgegnerin geht zu Unrecht hier davon aus, dass es bereits an einer formalen Voraussetzung fehle, wenn kein vollständiger und damit formal ordnungsgemäßer Antrag der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin auf eine Mitnutzung gestellt worden ist. Selbst wenn dies der Fall wäre, so würde es an einer materiellen

Voraussetzung für das Streitbeilegungsverfahren fehlen, die sich in einem formalen Mangel des ursprünglichen Antrags auf Mitnutzung zwischen den beiden Streitparteien gemäß § 77k TKG zeigt. Wenn ein solcher Antrag nicht ordnungsgemäß erfolgt wäre (entweder formell oder materiell), wäre ein Mitnutzungsantrag abzulehnen gewesen und damit würden die materiellen Voraussetzungen für ein Streitbeilegungsverfahren nicht vorliegen.

- 155 Das Gleiche gilt erst recht für die Annahme, dass kein zumutbarer Antrag auf eine Mitnutzung gemäß § 77k Abs. 3 TKG vorliegt. Die Zumutbarkeit eines Antrags ist durch die Beschlusskammer als materielle Voraussetzung ebenfalls umfassend zu prüfen und beinhaltet nicht nur eine rein formale Bedingung, bei der bereits die formale Rechtmäßigkeit des Streitbeilegungsverfahrens in Frage steht. Würde man dieser Annahme folgen, wäre bereits in der formalen Zulässigkeit inzident eine auch Abwägungen enthaltene materielle Fragestellung über die Zumutbarkeit anzustellen, die üblicherweise als Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt. Eine solche Annahme ist schon aus Gründen der Widersprüchlichkeit zu den formalen Anforderungen eines Antrags auf Streitbeilegung nicht geboten und nicht auslegungskonform.
- 156 Die von der Antragsgegnerin genannten Punkte werden – wie von ihr auch bereits hilfsweise angeführt – zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit geprüft (siehe dazu im Folgenden unter Rz. 160 ff. zur formellen Rechtmäßigkeit der Antragstellung bzw. Rz. 218 ff. zur Zumutbarkeit des Mitnutzungsantrags).

### **2.3 Materielle Voraussetzungen**

- 157 Der Antrag ist zulässig und begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77k Abs. 2 und 3 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin einschließlich der mit ihr verbundenen Beigeladenen zu 18 ist verpflichtet, der Antragstellerin die Mitnutzung der in Rede stehenden Netzinfrastrukturen im Gebäude zu den im Tenor festgeschriebenen Bedingungen zu gewähren.

#### **2.3.1 Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin**

- 158 Der Antrag auf Mitnutzung der streitgegenständlichen Endleitungen ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin bereits zulässig. Die Antragstellerin hatte mit Schreiben vom 29. 9. 2020 einen Antrag auf Mitnutzung der gebäudeinternen Netzinfrastrukturen gemäß § 77k Abs. 2 und 3 TKG betreffend der in der Anlage 1 näher bezeichneten Endleitungen bei der Antragsgegnerin gestellt.
- 159 Die Antragsgegnerin hatte angemahnt, dass nach ihrem Dafürhalten die Frist von zwei Monaten nicht zu laufen begonnen habe, weil es bereits an einem ausreichend förmlichen und auch zumutbaren Antrag der Antragstellerin gefehlt habe. Bei der Frage der hinreichenden Form und Zumutbarkeit des bei der Antragsgegnerin gestellten

Mitnutzungsantrages handelt es sich aber nicht – wie von der Antragsgegnerin irrig angenommen – bereits um Prüfungspunkte der Zulässigkeit des Streitbeilegungsantrags, sondern um Fragen der formellen Rechtmäßigkeit des zugrundeliegenden Mitnutzungsantrags der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin und damit einen Prüfungspunkt im Rahmen der Begründetheit des Mitnutzungsbegehrens.

*Ausreichend förmlicher Antrag*

- 160 Entgegen der Annahme der Antragsgegnerin handelte es sich bei dem Schreiben der Antragstellerin an die Antragsgegnerin vom 29. 9. 2020 um einen ausreichend förmlichen Antrag, den sich auch die Beigeladene zu 18, mit der erst nachträglich am 26. 2. 2021 ein Vertrag in Bezug auf Rechte an der streitgegenständlichen Infrastruktur geschlossen wurde, zurechnen lassen muss.
- 161 Die formalen Voraussetzungen eines Antrags nach § 77k Abs. 2 TKG sind nicht geregelt. Der Antrag wurde schriftlich bei der Antragsgegnerin gestellt, insofern ist schon unklar, inwiefern einem Formerfordernis nicht genügt worden ist, also in welcher Form aus Sicht der Antragsgegnerin ein Antrag zu stellen ist. Auch mit Blick auf den Beschleunigungsgedanken sowohl der Kostensenkungsrichtlinie wie auch das DigiNetz-Gesetzes sind an einen Antrag auf Mitnutzung gemäß § 77k Abs. 2 TKG keine übersteigerten Anforderungen zu stellen. Vielmehr ließe sich die Nichterwähnung des § 77k TKG in der Aufzählung des § 77l Abs. 1 TKG sogar dahingehend auslegen, dass der Gesetzgeber von jedem Formerfordernis abgesehen hat. So weit muss man im konkreten Fall aber gar nicht gehen, da ja ein schriftlicher Antrag der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin vorliegt und insofern auch dem Formerfordernis der Schriftlichkeit gemäß § 77l Abs. 1 TKG Genüge getan wurde.
- 162 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, an der gebotenen Förmlichkeit des Antrags aufgrund einer fehlenden Vollständigkeit zu zweifeln. Vielmehr gehen aus dem Antrag die Zielsetzung sowie die grundsätzliche Anfrage und – analog zu § 77d TKG – eine Form von „essentialia negotii“ hervor. § 77d TKG sieht in seinen Vorgaben vor, dass der Antragsteller eine Projektskizze, einen Zeitplan sowie das zu erschließende Gebiet darzulegen hat. Überträgt man diese Anforderungen in der Zielrichtung auf die Antragstellung gemäß § 77k TKG, so wird man konstatieren müssen, dass die vollständige Antragstellung die mitzunutzenden Infrastrukturen sowie Art und Umfang der beantragten Mitnutzung klar erkennen lassen muss.
- 163 Dies war bei dem Antrag der Antragstellerin der Fall. Die Antragstellerin gibt in ihrem Anschreiben klar zu verstehen, dass sie eine Mitnutzung von den auch hier streitig gestellten rund 60 Endleitungen und damit einer gebäudeinternen Infrastruktur beantragt. Die Endleitungen sind durch die Adresse und den Namen der Mieter bestimmt; damit ist sowohl der betroffenen APL, der Beginn der Endleitung sowie die Räumlichkeiten, in denen die Endleitung endet, eindeutig bestimmt. Als Hintergrund gibt die

- Antragstellerin in ihrem Schreiben an, dass es sich um bereits durch sie selbst beschaltete und damit betriebene Leitungen handelt, für die sie die Mitnutzung aufgrund der bislang ungeklärten Eigentumslage beantragt. Sie bittet um Übersendung eines entsprechenden Angebots und gibt dabei lediglich zu verstehen, dass man von einer unentgeltlichen Mitnutzungsmöglichkeit ausgehe, da wohl keine weiteren Kostenfolgen erwartet werden.
- 164 Damit zielt die Anfrage der Antragstellerin klar auf ein Angebot zur Mitnutzung für konkret benannte Infrastrukturen, für das sie nur bereits in der Anfrage bestimmte Vorstellungen benennt, wie es ggf. aussehen könne. Insoweit die Antragstellerin hier die Einschränkung „ohne Aufgabe der Rechtsauffassung“ vornimmt, verhält sie sich auch nicht so widersprüchlich, dass die Zielrichtung ihres Antrags nicht dennoch klar ist. Denn sie betrachtet sich insofern offenbar selbst für einen Antrag nach § 77k Abs. 2 TKG als aktivlegitimiert und möchte die weiteren Nutzungsrechte in Bezug auf die streitbefangene Infrastruktur unabhängig vom Ausgang der zivilrechtlichen Entscheidung für die Zukunft geklärt wissen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die Antragsgegnerin selbst treuwidrig verhalten würde, wenn sie (zivil-)gerichtlich Ansprüche aus einer Eigentümerstellung heraus geltend macht, sich aber selbst als solcher nicht in Anspruch genommen wissen möchte und auf eine fehlende Passivlegitimation für einen Antrag beruft.
- 165 Für die telekommunikationsrechtliche Anfrage kommt es insofern auch nicht darauf an, ob die zivilrechtliche Frage nach möglichen Bereicherungsansprüchen bereits letztinstanzlich entschieden ist und was dabei in Bezug auf die Eigentümerstellung ausgeurteilt wird. Vielmehr kann eine telekommunikationsrechtlich verortete Möglichkeit einer Mitnutzung hier parallel zu einer bereicherungsrechtlichen Fragestellung geklärt werden. Zu diesem Zweck kann auch von einer Grundannahme ausgegangen werden, die zivilrechtlich noch nicht endgültig entschieden, aber bereits hinreichend konkretisiert ist. Diese – im Lichte der Äußerung des OLG Hamburg – verdichtete Annahme einer Eigentümerstellung der Antragsgegnerin an den fraglichen Infrastrukturen wird ausgehend von den jetzigen Gegebenheiten zumindest für die unmittelbare Zukunft zur weiteren Klärung der damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden telekommunikationsrechtlichen Verpflichtungen vorausgesetzt.
- 166 Insoweit die Antragsgegnerin hier gemäß ihren Ausführungen im Antwortschreiben vom 26. 11. 2020 davon ausgeht, dass sich der Antrag an einen Adressaten wende, den die Beantragende nach eigener Auffassung für gar nicht verfügbungsberechtigt halte, so kommt es darauf nicht an. Um ihre Rechtsposition zu wahren und die Endleitungen (weiter uneingeschränkt) nutzen zu können, muss sie den Antrag stellen, weil die Frage der Eigentümerstellung gerade vor Gericht strittig ist. Es wäre mit den Interessen der Nutzer nicht vereinbar, wenn wegen eines zivilrechtlichen Streits zwischen den Verfahrensparteien eine Nutzung der Endleitung nicht möglich wäre.

- 167 Es bestehen insofern – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – keine Zweifel an grundsätzlichen Rechtsbindungswillen bzw. keine Anhaltspunkte für unüberwindbar innere Widersprüche, die sich nicht über eine entsprechende zivilrechtliche Regelung zwischen den betroffenen Parteien überwinden ließen. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass die Antragstellerin ein Angebot zur Mitnutzung von der Antragsgegnerin als mögliche Eigentümerin erwartet, ließe sich eine – möglicherweise nur vorübergehende – zivilrechtliche Regelung zwischen den Parteien finden, die unter den Vorbehalt der Auflösung bei einer anderen zivilrechtlichen Entscheidung gestellt werden könnte. Es hätte hier bei der Antragsgegnerin gelegen, ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten und dieses im Nachgang dann mit der Antragstellerin zu verhandeln. Das Zivilrecht bietet hier ebenso viele, ggf. sogar mehr Möglichkeiten als es nun auch die verwaltungsrechtliche Regelung durch den Widerrufsvorbehalt in Tenorziffer 6 vorsieht.
- 168 Die Vorstellung über einen vollständigen Antrag bei der Antragsgegnerin im Hinblick auf die formale Rechtmäßigkeit und den Beginn der Frist geht hier deutlich zu weit. Würde man die Anforderungen an einen Antrag so streng auslegen, dass ein Antragsteller bereits alle maßgeblichen Bestandteile eines Vertrages in seiner Anfrage niederlegen müsste, würde dies eine umfassende Kenntnis jedes Antragstellers über die Gegebenheiten der angefragten Infrastrukturen erfordern. Diese kann in den wenigsten Fällen vorausgesetzt werden, häufig kennt der Antragsteller nur den Eigentümer eines Gebäudes und würde sich im Zweifel zunächst an diesen wenden und generell bezüglich möglicherweise vorhandener Infrastrukturen anfragen. Solche Anträge wären gemäß den Ausführungen der Antragsgegnerin niemals in der Lage, den entsprechenden Fristenlauf in Gang zu setzen und dies würde zu Verzögerungen führen, die im Lichte der Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes (Beschleunigung und Kosteneffizienz) nicht hinnehmbar wären. Ungeachtet der Expertise und Fallkenntnis der Antragsgegnerin sind die formalen Anforderungen an die Antragstellung von der Streitbeilegungsstelle auch aus Gleichbehandlungsgrundsätzen durchgehend gering zu setzen.

*Zumutbarkeit des Antrags keine formelle Voraussetzung*

- 169 Insoweit die Antragsgegnerin in der Antragsrüge ausführt, dass die Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags bereits daran scheitern würde, dass es sich nicht um einen zumutbaren Antrag auf eine Mitnutzung gehandelt habe, handelt es sich dabei nicht um einen Prüfungspunkt, der bereits zu einem formal rechtswidrigen Antrag führen würde. Vielmehr ist die Zumutbarkeit des gestellten Antrags eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit des Antrags und wird als solche auch unten durch die Beschlusskammer geprüft (siehe dazu unter Rz. 218 ff.).
- 170 Die Antragsgegnerin geht zu Unrecht davon aus, dass die Antragstellung bereits unstatthaft sei, wobei sich dies nicht nur auf die Widersprüchlichkeit der Eigentümerstellung der streitbefangenen Infrastrukturen, sondern auch und gerade auf die im

Antrag vom 29. 9. 2020 gegenüber der Antragsgegnerin geforderte Unentgeltlichkeit der Mitnutzung beziehe. Damit sei bereits klar, dass der Antrag in dieser Form in keinem Fall zumutbar sei und zumindest mit Blick auf die nunmehr im Streitbeilegungsverfahren auch anders gestellte Beantragung, einen Aufwendungsersatz zuzubilligen, neu gestellt werden müsste.

- 171 Die Formulierung des § 77k Abs. 3 TKG geht davon aus, dass einem zumutbaren Antrag stattzugeben ist. Aus dieser Formulierung ist aber nicht – wie die Antragsgegnerin es tut – zu schlussfolgern, dass es sich damit dann um eine separate Anforderung für die Zumutbarkeit handelt. Würde man hier die Zumutbarkeit des Antrags bereits als formale Anforderung betrachten, wäre es wohl erforderlich, dessen Vorliegen auf einfache Art und unter Zuhilfenahme einer klaren rechtlichen Vorgabe prüfen zu können (wie dies z. B. bei den Prüfungspunkten Form, Frist, Verfahren der Fall ist). Eine solche klare Prüfsituation besteht für den Fall der Zumutbarkeit aber gerade nicht. Vielmehr ist dabei auszulegen, was genau unter Zumutbarkeit zu fassen und wie genau diese Begrifflichkeit im konkreten Fall auszulegen und zu bewerten ist. Damit geht diese Prüfung deutlich über eine formale Voraussetzung hinaus und bedingt eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Materie. Als formaler Prüfungspunkt wird damit an dieser Stelle nicht näher auf die Zumutbarkeit des Antrags eingegangen.

### **2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77k Abs. 2 und 3 TKG**

- 172 Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen des § 77k Abs. 2 und 3 TKG liegen insgesamt vor.

#### **2.3.2.1 Richtige Antragstellerin**

- 173 Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) TKG. Dieses befindet sich bereits in Betrieb und darüber werden bereits Endkunden mit Leistungen beliefert.

#### **2.3.2.2 Richtige Antragsgegnerin**

- 174 Die Antragsgegnerin bzw. die mit ihr verbundene Beigeladene zu 18 ist potentielle Eigentümerin und insoweit Verfügungsberechtigte über ein öffentliches Versorgungsnetz nach der Legaldefinition gemäß § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) TKG.
- 175 Unstreitig ist die Antragsgegnerin Eigentümerin der Gebäude, in denen sich die streitbefangenen Infrastrukturen befindet, dahingehend ist sie auch verfügungsbefugt. Allerdings zielt der Antrag der Antragstellerin nur in seiner Nummer 2 auf eine Duldung, die unmittelbar das Gebäudeeigentum betrifft. Die Mitnutzung ist hier konkret gerade nicht für die Gebäude, sondern für die Endleitungen und damit die Verkabe-

lung beantragt. Damit wäre ggf. zu klären, ob die Antragsgegnerin auch Eigentümerin dieser Endleitungen ist.

176 Das Eigentum an den hier streitgegenständlichen gebäudeinternen Infrastrukturen (die in Anlage 1 aufgeführten Kupferendleitungen) ist bislang nicht rechtskräftig von den Zivilgerichten festgestellt. Zwar hat die Antragstellerin ausgeführt, dass auch die Beschlusskammer im Sektor des Zivilrechts tätig ist, indem sie Vereinbarungen zwischen Parteien anordnen kann. Damit könne sie generell auch zivilrechtliche Aussagen treffen, was die Beschlusskammer nicht in Abrede stellt. Allerdings ist eine Feststellung der Eigentümerstellung an den in Rede stehenden Verkabelungen durch die Beschlusskammer nicht erforderlich. Denn das Eigentum der Antragsgegnerin wird für die hier als zulässig erachtete vorsorgliche Antragstellung im Streitbeilegungsverfahren unterstellt. In dieser vorläufigen Rechtsposition handelt es sich bei der Antragsgegnerin und die mit ihr verbundene Beigeladene zu 18 auch um Verfügungsberechtigte über die streitbefangene Infrastruktur. Diese Verfügungsberechtigung genügt im Sinne des § 77k Abs. 3 TKG, um eine Entscheidung über die Mitnutzung zu treffen so dass es keiner endgültigen (und womöglich zum Zivilgericht divergierenden) Festlegung im Hinblick auf das Eigentum an den Infrastrukturen bedarf.

177 Dabei ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass die Beigeladene zu 18 fehlt geht in der Annahme, dass eine Entscheidung über die Eigentumssituation bereits daran scheitere, dass bei einem zugrunde gelegten Eigentum der Antragstellerin eine Diskrepanz zwischen einer zeitlich unbefristet geltenden Zugangsanordnung der Beschlusskammer und einem möglichen anderslautenden zivilgerichtlichen Urteil bestehe und die Entscheidung daher den Zivilgerichten überlassen bleiben müsse.

*Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 v. 20. 5. 2021, S. 8 f.*

178 Im konkreten Fall lässt sich eine divergierende Entscheidung zwischen Zivilgericht und Bundesnetzagentur vermeiden: Dabei sind verschiedene Möglichkeiten wie z. B. eine zeitliche Befristung, eine auflösende Bedingung oder ein Widerrufsvorbehalt möglich. Die Behörde hat diesem Problem durch die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts Rechnung getragen (siehe dazu unten unter Rz. 288 ff.).

179 Das TKG setzt neben den Eigentümer für eine Inanspruchnahme in § 77k Abs. 2 TKG den Betreiber und in § 77k Abs. 3 TKG auch noch den Verfügungsberechtigten. Auch die Formulierung des § 77n Abs. 6 TKG spricht – im Unterschied zu den sonstigen Absätzen der Norm – insoweit nicht nur vom Eigentümer oder Betreiber, mit dem eine Vereinbarung geschlossen werden kann, sondern ganz neutral von „Parteien“. Damit wird möglichen Sondersituationen bei den gebäudeinternen Strukturen Rechnung getragen, wenn z. B. Eigentumsfragen nicht endgültig geklärt sind und neben dem eigentlichen (funktionalen) Netzbetreiber und dem Eigentümer des Gebäudes weitere Akteure für die Mitnutzung eine Rolle spielen können.

180 Im konkreten Fall agieren die Antragsgegnerin bzw. die mit ihr verbundene Beigeladene zu 18 derzeit als Verfügungsbefugte, indem sie die tatsächliche Sachherrschaft

an den Leitungen innehaben, diese sogar untereinander weitervermittelt und damit auch über das potentielle und noch nicht abschließend festgestellte Eigentum an den Leitungen verfügt haben.

- 181 Ein Verfügungsberechtigter im Sinne des § 77k Abs. 3 TKG muss nach Auffassung der Beschlusskammer nicht zwingend rechtskräftig festgestellter Eigentümer oder Betreiber des Netzes sein, maßgeblich ist lediglich, dass er eine Form der tatsächlichen oder rechtlichen Kontrolle über das Netz für sich in Anspruch nimmt und insoweit auch darüber "verfügt". Daneben hat unstreitig immer derjenige eine Betreibereigenschaft inne, der das vorhandene Leitungsnetz beschaltet und insoweit über diese Funktionsherrschaft verfügt. Die Antragstellerin ist insofern in jedem Fall und unabhängig vom Ausgang der zivilrechtlichen Streitigkeit Betreiberin des über die Endleitungen geschalteten Telekommunikationsnetzes.

*Siehe hierzu auch bereits ausführlich Beschluss BK3e-15/011 (1. Teilscheidung) v. 20. 12. 2018, S. 509 auch unter Verweis auf OVG NW Beschluss 13 A 4075/00 v. 15. 2. 2002.*

- 182 In der Betrachtung der Struktur des § 77k TKG bzw. § 77n Abs. 6 TKG in diesem definitorischen Zusammenhang ist zu bedenken, dass dieser sich nicht nur an die Begrifflichkeiten der Kostensenkungsrichtlinie anlehnt, sondern eine Weiterung über den bereits vorher vom 10. 5. 2012 an geltenden Fassung des § 77a TKG erfährt, der in diese Vorgaben zur gebäudeinternen Mitnutzung ebenfalls eingeflossen ist.

*Vgl. hierzu Fassung TKG, gültig ab 10. 5. 2012, durch Art. 1 im Gesetz v. 3. 5. 2012, BGBl. I, S. 958.*

- 183 Letztlich geht die Vorschrift des § 77k TKG im Gesamtzusammenhang über die Kostensenkungsrichtlinie hinaus und beinhaltet auch einen generellen Zugangsanspruch bezogen auf den sog. „Wohnungsstich“. Für diesen kommt es dabei entscheidend auf eine Art Verfügungsbefugnis sowohl über das Gebäude als auch über zugehörige Einrichtungen wie z. B. Verkabelungen an, die über eine rechtskräftig festgestellte Eigenschaft als Eigentümer oder Betreiber hinausgeht. In der Inanspruchnahme des Rechts als Eigentümer durch die Anstrengung einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung darüber liegt demnach bereits eine Form der Verfügungsbefugnis, die in den Konstellationen der Mitnutzungsrechte in § 77k Abs. 2 und 3 TKG mit einbezogen ist. Insoweit geht die Struktur des § 77k Abs. 3 TKG in der Gesamtschau der Vorschrift über die sonstigen Betreiber im funktionalen Sinne hinaus. Vielmehr werden auch die Verfügungsberechtigten mit einbezogen, die für eine gebäudeinterne Infrastruktur in einem zugangsrelevanten Bezug stehen.

- 184 Für den hier vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene zu 18 über ihre in Anspruch genommene und unterstellte Eigentümereigenschaft Verfügungsbefugte über die streitgegenständlichen Infrastrukturen gemäß § 77k Abs. 3 TKG werden und ein Mitnutzungsangebot zu unterbreiten haben. Diese eher tatsächlich geprägte Form der Verfügungsbefugnis steht hier neben der Funkti-

onsherrschaft über das Netz, welche unstreitig die Antragstellerin ausübt. Da die Antragstellerin in dem hier vorliegenden Fall gar keine andere Möglichkeit hat, einen jahrelangen Schwebezustand hinsichtlich möglicher Eigentumsrechte zu vermeiden und um hier letztlich auch die Rechtssicherheit für die Nutzung der Leitungen zu gewinnen, wird die Rechtsfigur des Verfügungsbefugten in Form des potentiellen Eigentümers herangezogen.

### 2.3.2.3 Antragsgegenstand Endleitungen

- 185 Bei den hier in Rede stehenden rund 60 Endleitungen handelt es sich um gebäudeinterne Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze am Standort der betroffenen Teilnehmer.

#### *Bestimmtheit des Antragsgegenstandes*

- 186 Insoweit die Antragsgegnerin hier die mangelnde Bestimmtheit des Antrags anmahnt, verfängt diese Annahme nach Ansicht der Beschlusskammer nicht. Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass die Antragstellerin in ihrem Antrag nur die Mitnutzung von den in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen beantragt habe, dort allerdings keine Endleitungen, sondern nur Personennamen und Adressen aufgeführt seien. Diese würden nicht deutlich machen, um welche der drei vorhandenen Endleitungen (Kupfer-, Koaxial- oder Glasfaserkabel) es der Antragstellerin überhaupt gehe, weswegen ein Verwaltungsakt, der diese Anträge aufgreife, zu unpräzise und nicht hinreichend bestimmt sei.
- 187 Dazu ist auszuführen, dass die Beschlusskammer grundsätzlich an die Anträge gebunden ist, diese aber ihrem Sinn und Zweck nach auch auszulegen und zu beurteilen hat. Das heißt, dass – selbst wenn man von einer mangelnden Bestimmtheit eines Antrags ausginge – die Beschlusskammer das wahre Begehren ermitteln und einen entsprechenden Beschluss unter Zurückweisung des gestellten Antrags fassen könnte.
- 188 Letztlich kommt es auf eine solche Auslegung hier aber gar nicht an, da das Antragsbegehren der Antragstellerin klar und unter Hinzunahme der Anlage 1 von Anfang an – also auch im Schreiben vom 29. 9. 2020 bereits – deutlich präzisiert dargelegt ist. Die Zusammenschau aller Ereignisse sowie auch die klare Bezugnahme der Antragstellerin auf die zivilrechtliche Auseinandersetzung, das „Berühren“ einer Eigentümerstellung und alle sonstigen Schilderungen lassen hier keine ernsthaften Zweifel daran aufkommen, dass es sich bei den fraglichen Endleitungen und damit der streitbefangenen Infrastruktur um die gebäudeinternen Kupferverkabelungen hin zu den benannten Endkunden handelt. Wie oben bereits ausgeführt (siehe Rz. 163) besteht aufgrund der konkreten Benennung sowie der weiteren Ausführungen zu den Umständen sowie Hintergründen kein Zweifel an der Bestimmtheit des Antragsgegenstandes der konkreten Kupferendleitungen.

- 189 Dies war und ist auch der Antragsgegnerin klar, die sich ja gerade über das Berufen auf ein „Wahlrecht“ zur Auswahl einer möglicherweise daneben befindlichen anderen Infrastruktur hier zu exkulpieren versucht. Dies wäre gar nicht notwendig, wenn sie den Antrag sofort anders ausgelegt und in der Folge dann ein Mitnutzungsangebot für eine sonstige Infrastruktur gelegt hätte. Damit macht sie deutlich, dass auch sie von der „richtigen“ streitgegenständlichen Infrastrukturen ausgeht und der Antrag mithin auch ausreichend bestimmt ist.

*Betriebene Endleitungen*

- 190 Die Frage, ob § 77k TKG impliziert, dass es sich immer um einen neuen Netzabschluss handeln muss, um entsprechende Anträge stellen zu können, ist aus Sicht der Beschlusskammer eindeutig zu verneinen. Denn nach dem Prinzip „a maiore ad minus“ wird die Rechtsfolge aus § 77k TKG für den weniger weitgehenden Tatbestand erst recht zu bejahen sein.
- 191 Die von der Beigeladenen zu 15 vorgetragene Argumentation, dass der Netzabschluss durch die Antragstellerin bislang durch die Antragsgegnerin geduldet werde und weder eingestellt noch untersagt worden sei und es insofern nur um die zivilrechtliche Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses gehe, verfängt nach Auffassung der Beschlusskammer nicht. Gerade weil die Nutzung sich derzeit eher als nur „geduldet“ darstellt und vertragliche Abreden fehlen bzw. gekündigt wurden, handelt es sich um einen Schwebezustand, der von der Antragstellerin so nicht hingenommen werden kann und muss. Letztlich besteht die Gefahr eines jederzeitigen Handelns durch die Antragsgegnerin bzw. die Beigeladene zu 18, die zu einer Abschaltung bzw. Beeinträchtigung der hier streitgegenständlichen Infrastrukturen führen könnte, wenn die telekommunikationsrechtlichen Ansprüche der Antragstellerin nicht geklärt sind. Ein solcher „Schwebezustand“ ist für die Antragstellerin nicht nur unangenehm, sondern zieht ganz konkret nach sich, auch gegenüber den Endkunden die Verpflichtung zu haben, diesen Zustand – wenn möglich – zu beenden, um auch weiterhin den vertraglichen Verpflichtungen nachkommen zu können.
- 192 Im Übrigen wäre es geradezu widersinnig, einen möglichen Anspruch für ein in Betrieb befindliches Netz schon dem Grunde nach abzulehnen, um dann eine logische Sekunde später einen weiteren Anspruch auf die mögliche Neuverlegung bzw. Neubeschaltung des Netzes anzunehmen. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift des § 77k TKG auch auf Kupferinfrastrukturen ergibt sich aus der Definition digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze in § 3 Nr. 7a TKG, wonach diese grundsätzlich und auch im konkreten Fall über die Anwendung der Vectoring-Technologie Übertragungsraten mit einer Bandbreite über 50 Mbit/s gewährleisten können. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeiten des Netzabschlusses sowie der Mitnutzung ausdrücklich und nach Diskussion im Gesetzgebungsverfahren auch auf diese Infrastrukturen ausgedehnt.

*Siehe hierzu BT-Drs. 18/8332, S. 54 sowie BT-Drs. 18/9023, S. 15 zur Erweiterung durch den Ausschuss.*

- 193 Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass das grundsätzliche Recht in § 77k Abs. 1 S. 1 TKG beinhaltet, dass die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze ihr öffentliches Telekommunikationsnetz mit Zustimmung des Teilnehmers und möglichst geringfügigen Eingriffen in die Eigentumsrechte Dritter in den Räumen des Teilnehmers abschließen können. Ein Netzabschluss in den Räumen des Teilnehmers inkludiert gerade das Recht, Leitungen zu nutzen, die bereits vorhanden sind, was § 77k Abs. 1 S. 3 und Abs. 3 TKG so auch anlegt. Im Fall einer bereits durch die Antragstellerin geschalteten Leitung, die sich in Betrieb befindet und bereits mitgenutzt wird, kann der Mitnutzungsanspruch sich auch gerade auf diese Leitung beziehen.

*Mitnutzung als Alleinnutzung*

- 194 Insoweit die Beigeladene zu 18 im Verfahren zuletzt vorgetragen hat, dass die Vorschriften über die Mitnutzung hier schon deswegen nicht zur Anwendung gelangen können, als die hier beantragte Mitnutzung de facto eine Alleinnutzung der Leitungen darstelle und keine unmittelbare Nutzung durch einen anderen Netzbetreiber erfolge,

*s. dazu Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 v. 20. 5. 2021, S. 6 f.,*

- 195 so ist dem entgegen zu halten, dass die Regelung des § 77k TKG bis jetzt und auch zukünftig technologieneutral ausgestaltet ist. Eine Begrenzung des Anspruchs nur auf diejenigen Netze, die mehrere Zugangsnachfrager auf der gleichen Infrastruktur zulassen, ist in der Vorschrift nicht vorgesehen. Naturgemäß kann es auch in Fällen von Mitnutzungen schon aufgrund technischer Gegebenheiten dazu kommen, dass es nur einen (Mit-)Nutzer geben kann. Dies hat die Beschlusskammer zuletzt auch in einem anderen Fall so entschieden

*Siehe dazu Beschluss BK11-21/001 v. 16. 4. 2021, Rz. 128 ff, insbes. 132 f.*

- 196 In einem solchen Fall handelt es sich naturgemäß um einen massiveren Eingriff in die Rechtsposition des in Anspruch genommenen, da eine Eigennutzung oder Vermarktung an weitere Mitnutzungspetenten nicht möglich ist. Letztlich führt eine solche Form der Nutzung aber nicht automatisch dazu, dass es sich nicht mehr um einen zu beantragenden Fall einer Mitnutzung handelt. Vielmehr gilt es, die Interessen genau zu beachten und dabei sicherzustellen, dass der Eingriff für den in Anspruch Genommenen auch tatsächlich zumutbar und verhältnismäßig ist. Dies wird im vorliegenden Fall u. a. dadurch gewährleistet, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Zugangsgewährung auf die Vorleistungen auch für Dritte in die Abwägung eingestellt wird (siehe dazu ausführlich unten unter Rz. 218 ff.).

*Kein Wahlrecht der Antragsgegnerin*

- 197 Der Antrag der Antragstellerin kann sich hier auch auf die konkreten Endleitungen (Kupferdoppeladern) beziehen, da der Antragsgegnerin insoweit kein Wahlrecht, eine andere Infrastruktur als die angefragte zur Verfügung zu stellen, zusteht.
- 198 Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der Wortlaut des § 77k TKG (wie auch zukünftig der des § 149 Abs. 6 TKG<sup>2021</sup>) kein derartiges Wahlrecht des Mitnutzungsverpflichteten vorsieht.
- 199 Auch eine Auslegung der Norm kommt zu keinem anderen Ergebnis. Die Beschlusskammer berücksichtigt dabei grundsätzlich die primäre Zielrichtung der Vorgaben des DigiNetz-Gesetzes, das primär Synergieeffekte für den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze heben und so zu Kosteneinsparung und Beschleunigung beim Ausbau beitragen möchte.
- 200 Allerdings sind die Vorgaben des § 77k TKG nicht nur an den Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie zu messen, sondern beruhen daneben auch auf den unionsrechtlichen Vorgaben ursprünglich der Rahmen-, Genehmigungs- und Zugangsrichtlinie, heute aufgegangen in der Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Gerade der Zugang, der – wie hier auf die Kabel – über die rein passiven Netzinfrastrukturen i. S. d. § 3 Nr. 17b TKG und Bezug nehmend auf Art. 12 Abs. 1 der sog. Rahmenrichtlinie (RL 2009/140/EG) bzw. Art. 44 Kodex (RL 2018/1972/EU) hinausgeht, ist auf diese „Querwirkung“ bezogen und muss demnach auch an den regulativen Vorgaben gemessen werden.

*So auch bereits Kühling / Bulowski, Rechtsgutachten über „Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen aus dem Telekommunikationsbereich“, Themengebiet 2: Ausgestaltung der Mitnutzungsansprüche, 19. 7. 2016, S. 35 ff., abrufbar unter: [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/rechtsgutachten-themengebiet-2-ausgestaltung-mitnutzungsansprueche.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/rechtsgutachten-themengebiet-2-ausgestaltung-mitnutzungsansprueche.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 13. 5. 2021). Ausführlich hierzu auch WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 426, Zugang zu gebäudeinterner Infrastruktur und adäquate Bepreisung, Bad Honnef, April 2018, S. 7 ff., besonders S. 12.*

- 201 Dies wird gerade in den Gesetzesmaterialien zu § 77k Abs. 2 TKG offensichtlich, in denen ausdrücklich betont wird, dass sich der Anspruch auf Mitnutzung „in Ergänzung der Hausstichregelung des § 76“ gerade „auf alle Netzinfrastrukturen in Gebäuden bezieht“ und der „Mitnutzungsanspruch über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie hinaus (...) nicht beschränkt auf passive Netzinfrastrukturen“ zu verstehen ist.

*BT-Drs. 18/8332, S. 54.*

- 202 Daher sieht die Beschlusskammer keine Anhaltspunkte für ein generelles „Wahlrecht“ des Adressaten eines Mitnutzungsantrags, auf welches sich dieser in jedem Fall berufen kann. Ob in anders als vorliegend gelagerten Fällen, in denen es für den Anfragenden unerheblich ist, welche Infrastruktur er nutzen kann (also z. B. welches von zwei vorhandenen Leerrohren oder welche von zwei technisch gleichwertigen Leitun-

gen im Haus) im Auslegungswege eine Wahlmöglichkeit des Verpflichteten gegeben ist, kann jedenfalls für die vorliegende Entscheidung dahinstehen. Dies gilt auch für den Umgang mit einer ansonsten neu zu verlegenden Infrastruktur, auf die ein Verpflichteter den Anfragenden verweisen könnte, sofern dieser sein Netz über diese Infrastruktur genauso abschließen könnte.

- 203 Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass § 77k TKG technologieneutral ausgestaltet ist und für die Anwendung keine mit § 77g Abs. 2 TKG vergleichbaren Versagungsgründe vorgesehen sind. In § 77k Abs. 3 TKG werden nur zwei einschränkende Möglichkeiten genannt: zum einen die Bedingung der technisch möglichen oder wirtschaftlich effizienten Doppelung von Infrastrukturen und zum anderen die Zumutbarkeit des Mitnutzungsantrags. Darüber hinaus wird z. B. nicht auf die Möglichkeit des Angebots einer tragfähige Alternative im Sinne des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG verwiesen. Gerade die unterschiedlichen gesetzlichen Konstruktionen zeigen auf, dass es sich hier nicht um eine planwidrige Regelungslücke handelt, bei der eine Analogie zu den Versagungsgründen in Betracht käme. Diese sind explizit nur auf die Mitnutzungen gemäß § 77d TKG begrenzt und können nur über eine sonstige Bezugnahme (z. B. in § 77b Abs. 4 Nr. 4 TKG) weitere Wirkungen entfalten. Die Möglichkeit einer Einschränkung der Mitnutzung nur auf digitale Hochgeschwindigkeitsnetze wurde im aktuellen Gesetzgebungsverfahren gerade gesehen, aber bewusst abgelehnt.

*Vgl. dazu BT-Drs. 18/9023, S. 15 f. mit Bezug auf BT-Drs. 18/8332, S. 78.*

- 204 Letztlich besteht damit zwar die Möglichkeit, im Rahmen der Zumutbarkeit Erwägungen anzustellen, ob es im konkreten Fall nicht hinnehmbar erscheint, dass die Mitnutzung für die beantragte Infrastruktur zur gewähren ist. Ein generell mögliches, immer einzuwendendes „Wahlrecht“ besteht bei der geltenden und kommenden gesetzgeberischen Struktur der Norm nicht.
- 205 Für ein generelles Wahlrecht sieht die Beschlusskammer somit keinen Ansatz in der zugrunde gelegten Norm des § 77k. Ob sich möglicherweise die Inanspruchnahme der Antragsgegnerin auf die Mitnutzung der konkreten Infrastruktur hier als unzumutbar erweisen könnte, ist im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zu prüfen.

### **2.3.3 Materielle Rechtmäßigkeit des Mitnutzungsantrags**

- 206 Der von der Antragstellerin gestellte Antrag auf Mitnutzung der in der Anlage näher bezeichneten rund 60 Endleitungen ist auch materiell rechtmäßig. Dabei ist die Bedingung der wirtschaftlichen Ineffizienz der Doppelung der Netzinfrastrukturen erfüllt und der Antrag auf Mitnutzung ist sowohl zumutbar als auch – gespiegelt an den Regulierungszielen – verhältnismäßig im engeren Sinne.

### 2.3.3.1 Doppelung der Netzinfrastrukturen

- 207 Eine Stattgabe der Mitnutzung muss in diesem Fall gemäß § 77k Abs. 3 TKG erfolgen, weil eine Doppelung der hier in Rede stehenden Infrastrukturen zwar nicht technisch unmöglich, wohl aber wirtschaftlich ineffizient ist.
- 208 Im Schrifttum wird diese Bedingung z. T. als Bestandteil der Prüfung über die Zumutbarkeit angesehen.

*Stelter, in: Scheurle / Mayen, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 77k, Rz. 21.*

- 209 Die Beschlusskammer nimmt die Prüfung dieser Bedingung allerdings unabhängig von der Prüfung der Zumutbarkeit vor, da die Voraussetzungen dieser Bedingung in jedem Fall erfüllt sein müssen und sich möglicherweise im Anschluss weitere Erwägungen ergeben, die die Zumutbarkeit des Antrags entfallen lassen. Die Prüfung der Zumutbarkeit setzt gegenüber der Erfüllung der notwendigen Bedingung eine Abwägungsentscheidung voraus und muss die Umstände des Einzelfalls umfassend prüfen und berücksichtigen. Dabei handelt es sich um einen separaten und von der Erfüllung einer Bedingung losgelösten Schritt, der erst dann zum Tragen kommt, wenn die Bedingung tatsächlich auch als erfüllt anzusehen ist.

#### *Technische Unmöglichkeit*

- 210 Die Doppelung der hier konkret zur Mitnutzung beantragten Infrastruktur (die gebäudeinternen Kupferverkabelungen, die Endleitungen darstellen) ließe sich technisch durchaus darstellen, d. h. es könnten auch neue Kupferleitungen in den Gebäuden der Antragsgegnerin verlegt werden, um das Netz in den Räumlichkeiten der Endkunden abzuschließen. Von keiner Partei – auch nicht von der Antragstellerin – wurden Gründe vorgetragen, wonach eine Neuverlegung technisch nicht möglich sein sollte.

#### *Wirtschaftliche Ineffizienz*

- 211 Allerdings wäre eine solche Doppelung der streitgegenständlichen Infrastrukturen in jedem Fall wirtschaftlich ineffizient. Die wirtschaftliche Ineffizienz basiert hier auf der Annahme, dass es für die Antragstellerin einen hohen Kostenaufwand bedeuten würde, die konkret zur Mitnutzung beantragten rund 60 gebäudeinternen Kupferendleitungen erneut einzubauen und damit zu doppeln. Außerdem ist die Antragstellerin – unterstellt man die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin – ja bereits aus rechtlichen Gründen gar nicht in der Lage, eine Infrastruktur wirtschaftlich effizient zu doppeln, da die Antragstellerin Gefahr liefe, das Eigentum mit dem Einbau gemäß § 94 BGB direkt an die Antragsgegnerin zu verlieren. Die Antragsgegnerin hatte hiergegen eingewendet, dass die anzunehmende wirtschaftliche Ineffizienz bereits daran scheitere, dass es bereits zu einer Doppelung der Infrastrukturen durch den Einbau von Koaxial- bzw. Glasfaserinfrastrukturen gekommen sei und dies auch derzeit gerade in dicht besiedelten Gebieten eigenwirtschaftlich häufig geschehe. In einem Erst-Recht-Schluss ergebe sich dann bereits – so die Antragsgegnerin – dass gegen die wirtschaftliche

Ineffizienz hier bereits spreche, dass die parallelen Leitungen nicht erst hergestellt werden müssten, sondern bereits existierten.

- 212 Dem Argument der Antragsgegnerin ist entgegenzuhalten, dass sie die wirtschaftliche Ineffizienz aus dem Blickwinkel des Angebots heraus und bezüglich bereits getätigter Investitionen Dritter beurteilt. Für die wirtschaftliche Ineffizienz ist allerdings auf den jeweiligen Antragsteller und dessen Überlegungen hinsichtlich möglicher Ineffizienzen abzustellen. Dabei geht die Beschlusskammer davon aus, dass hiervon nicht nur die Überlegung umfasst ist, dass die Kosten der Doppelung oberhalb der möglicherweise längerfristigen Kosten für eine Mitnutzung liegen.

*So Stelter, in: Scheurle / Mayen, TKG, § 77k Rz. 22.*

- 213 Vielmehr muss darüber hinaus auch berücksichtigt werden, um welche Infrastrukturen es sich konkret handelt, die gedoppelt werden müssten und welche möglichen zusätzlichen Ineffizienzen sich durch eine andere Form der Mitnutzung ergeben würden. Insoweit die Beigeladene zu 15 hier angibt, dass es nur darauf ankommen könne, ob die Netzinfrastruktur „abstrakt wirtschaftlich effizient verdoppelt“ werden könne,

*Siehe dazu Schriftsatz der Beigeladenen zu 15 v. 26. 2. 2021, S. 6.*

- 214 so ist dem entgegenzuhalten, dass die wirtschaftliche Effizienz nicht vollkommen losgelöst von konkreten Infrastrukturen und der konkreten Leitungssituation betrachtet und analysiert werden kann. Es muss immer ein Bezug zur konkreten Fallsituation und den konkreten Umständen des Einzelfalls hergestellt werden, um die wirtschaftliche Effizienz bzw. Ineffizienz bewerten zu können.

- 215 Für den konkreten Fall bedeutet das, dass die Antragstellerin hier die Wahl hätte, entweder selbst noch einmal die gleichen Infrastrukturen auf Kupferbasis aufzubauen, auf die sich ihr Antrag auf Mitnutzung hier bezieht oder aber zusätzliche aktive Komponenten aufbauen müsste, mit denen eine Übertragung der über Kupferkabel ankommenden Signale auf eine gebäudeinterne Glasfaserinfrastruktur ermöglicht werden könnte. Alternativ dazu könnte bzw. müsste sie die Gebäude, in denen sich die rund 60 Endleitungen befinden, durchgängig mit Glasfaser an ihr Netz anbinden. Die Investition in eine Doppelung auf Kupferbasis würde sich in Zeiten der zunehmenden Glasfaserinfrastrukturen von Netzen weder rechnen, noch wäre sie wirtschaftlich sinnvoll. Hierbei ist auch die besondere Situation der Antragstellerin mit in den Blick zu nehmen, die gerade für die bestehenden Endleitungen, die auch Bestandteil des regulierten Produkts „Teilnehmeranschlussleitung“ (im Folgenden: TAL) zugangsverpflichtet gegenüber Wettbewerbern ist.

*Siehe dazu beispielhaft BK3f-15/050, BK3f-12/119 sowie BK3f-10/113.*

- 216 Zwar bestünde für die Antragstellerin die Möglichkeit, die Gebäude selbst mit Glasfasern anzubinden, um dann gebäudeintern auch die parallel liegenden Infrastrukturen aus Glasfasern mitnutzen zu können. Allerdings würde damit die Antragstellerin zur einer – für eine Mitnutzung erheblichen – Investition gezwungen, die weit in ihre

grundrechtlich geschützten Eigentumspositionen hineinragt und ein behördlich aufgezwungenes Ausbauprojekt bedeuten würde. Für die bereits bestehenden Leitungen mit maximal über Vectoring-Technologie verbesserten Endleitungen beurteilt die Beschlusskammer die Doppelung der Infrastrukturen als wirtschaftlich ineffizient.

- 217 Selbst wenn man zusätzliche aktive Technikkomponenten einbringen würde, um die Signale der gebäudeinternen Glasfaserverkabelung auf das das Gebäude beliefernde Kupferkabel umzusetzen, wäre dies ein erheblicher Kostenaufwand, der in keinem Verhältnis zu dem entstehenden Nutzen stünde. Vielmehr ist hier davon auszugehen, dass die Nutzung der noch in Betrieb befindlichen gebäudeinternen Kupferverkabelungen ohnehin abnimmt und nur noch von begrenzter Dauer sein wird. Dabei spielen vor allem wettbewerbliche Alternativangebote auf Glasfaserbasis eine Rolle. Insoweit kann hier erst recht von einer wirtschaftlichen Ineffizienz einer Doppelung der Infrastruktur ausgegangen werden.

### 2.3.3.2 Zumutbarkeit des Mitnutzungsantrags

- 218 Der hier gestellte Antrag auf Mitnutzung der bereits durch die Antragstellerin betriebenen gebäudeinternen Kupferendleitungen ist für die Antragsgegnerin auch zumutbar.
- 219 Dabei handelt es sich – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – nicht um eine Frage der Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags (dazu siehe näher oben unter Rz. 169). Vielmehr ist die Zumutbarkeit als unbestimmter Rechtsbegriff von der Beschlusskammer auszulegen und muss anhand der Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung aller Interessen ermittelt und ausgefüllt werden. Dabei sind insbesondere grundrechtlich geschützte Positionen in den Blick zu nehmen.

*Stelter, in: Scheurle / Mayen, TKG, § 77k, Rz. 21.*

- 220 Ein Antrag ist zumutbar, wenn er im Hinblick auf das Mitnutzungsbegehren angemessen, d. h. nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel ist. Zwar geht es dabei insbesondere darum, ob der gestellte Antrag für die Antragsgegnerin zumutbar ist, letztlich muss aber auch ein angemessener Interessenausgleich zwischen dem Antragsteller und dem Adressaten eines Antrags stattfinden. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 15 ist demgemäß nicht allein die Zumutbarkeit für die Antragsgegnerin zu prüfen, sondern es sind vielmehr auch die Interessen der Antragstellerin zu berücksichtigen. Dabei sind insbesondere die Regulierungsziele sowie die Zielvorgaben des DigiNetz-Gesetzes für die Beurteilung der Zumutbarkeit zu heranzuziehen.
- 221 Zuvörderst ist festzustellen, dass es sich bei der hier zur Mitnutzung beantragten gebäudeinternen Infrastruktur bereits um eine in Betrieb befindliche und von der Antragstellerin beschaltete Infrastruktur handelt. Über die hier streitgegenständlichen Endleitungen werden rund 60 Endkunden mit Telekommunikationsdienstleistungen durch die Antragstellerin versorgt. Damit schließt die Antragstellerin ihr Netz mit den Endleitungen in den Räumen ihrer Teilnehmer ab. Dies ist im Hinblick auf die Interes-

senabwägung in der hier vorliegenden Fallkonstellation die Besonderheit und von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Mitnutzung.

*Zumutbarkeit im Lichte der Regulierungsziele*

- 222 Die Zumutbarkeit der beantragten Mitnutzung ergibt sich für die Antragsgegnerin auch nach Abwägung der Interessenlagen sowie unter Berücksichtigung der einschlägigen Regulierungsziele, die die Beschlusskammer zu beachten hat. Insbesondere besteht hier auch aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten kein „Wahlrecht“ der in Anspruch genommenen Antragsgegnerin bzw. der mit ihr verbundenen Unternehmen und möglichen Rechtsnachfolger. Bei der oben unter Rz. 197 bereits tatbestandlichen Ablehnung verbleibt es auch, wenn man die verschiedenen Aspekte einer solchen Auswahlmöglichkeit im Rahmen der Zumutbarkeit noch genauer analysiert.
- 223 Wie oben bereits festgestellt ist die Vorschrift des § 77k TKG im Spannungsfeld zwischen DigiNetz-Gesetz und den sonstigen telekommunikationsrechtlichen Vorgaben angesiedelt und insofern auch technologieneutral ausgestaltet. Dabei ist auch noch darauf hinzuweisen, dass diese Technologieneutralität auch im Zuge der aktuellen Novellierung des Telekommunikationsgesetzes beibehalten wird und eine Bevorrechtigung von Glasfaserinfrastrukturen einmal mehr im Gesetzgebungsgang abgelehnt wurde.

*Siehe dazu Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 25. 1. 2021 in BT-Drs. 19/26108, konkret § 144, S. 114; dazu dann Stellungnahme des Bundesrates vom 12. 2. 2021, BR-Drs. 29/21, S. 41 mit dem Vorschlag, bei Streitbelegungen einen Vorrang der leistungsstärkeren Technologie einzuführen und dazu dann Gegenäußerung der Bundesregierung v. 24. 2. 2021 in BT-Drs. 19/26964, S. 105 sowie die unveränderte Übernahme nach der Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie v. 21. 4. 2021, BT-Drs. 19/28865, S. 234 f. und 238-240. Zuletzt siehe endgültige Version in BR-Drs. 325/21 v. 7. 5. 2021.*

- 224 Eine Bevorrechtigung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes lässt sich der Vorschrift unter Bezugnahme auf das DigiNetz-Gesetz nur insofern entnehmen, als hochgeschwindigkeitsfähige Infrastrukturen gebäudeintern neu verlegt werden können, wenn diese noch nicht vorhanden sind. Hier liegt der Fall aber gerade anders, da eine Mitnutzung der bereits vorhandenen und beschalteten Infrastrukturen weiter ermöglicht werden soll. Es käme also bei einer anderen Entscheidung gerade zu einem Bruch in einer bereits funktionsfähigen und betriebenen Netzabschlusspunktinfrastruktur. Für einen solchen Fall würde ein anzunehmendes Wahlrecht einen nicht unerheblichen Eingriff in bestehende Leitungsbeschaltungen und Vertragsbeziehungen bedeuten, für den es einer Rechtfertigung und einer diese Interessen überragenden Zielvorstellung bzw. besonders schützenswerten Position auf Seiten der Antragsgegnerin bedürfte.

- 225 Auch wenn die Antragsgegnerin hier durchaus schützenswerte Investitionen in gebäudeinterne hochgeschwindigkeitsfähige Infrastrukturen getätigt hat und der Investitionsschutz auch Bestandteil der Regulierungsziele in § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG ist, so vermag dieser Schutz nicht so weit zu reichen, im Falle einer bereits in Betrieb befindlichen gebäudeinternen Infrastruktur deren Abschaltung erreichen und damit die eigene, neu betriebene Infrastruktur zwingend gegenüber Endkunden in Betrieb nehmen und die Antragstellerin darauf verweisen zu können. Denn letztlich basiert der Investitionsschutz im TKG auf dem grundrechtlich geschützten Bereich des Anbieterinteresses aus Art. 12 und 14 GG.
- 226 Denn nicht nur die Antragsgegnerin hat Investitionen getätigt, sondern auf der anderen Seite auch die Antragstellerin. Zwar handelt es sich dabei um eine schon ältere Infrastruktur, gleichwohl sind nur die Investitionen in Netzkomponenten und Infrastrukturen, sondern auch in die Gewinnung von Endkunden und deren Belieferung, die zu den bestehenden Vertragsverhältnissen geführt haben, zu berücksichtigen. Damit wird demgemäß nicht nur die grundrechtlich geschützte Position der Antragstellerin selbst, sondern auch die der Wettbewerber tangiert, die von ihr die Vorleistungsprodukte über den regulierten Zugang beziehen. Auch diesen würde das Recht genommen und damit hätte ein solcher Eingriff auch eine wettbewerbslich wirkende Komponente.
- 227 Dabei erhält die Bestandsinfrastruktur hier insofern noch eine zusätzliche Bedeutung als sie auch als Teil eines der Regulierung unterliegenden Zugangsproduktes fungiert. Denn die Antragstellerin ist zur Zugangsgewährung auf die TAL – insbesondere über den Layer 2 und Layer 3 Bitstromzugang – gegenüber ihren Wettbewerbern verpflichtet. Dieses Produkt bezieht auch in dem letzten Zuleitungsstück die sog. Endleitung, also die gebäudeinterne Weiterleitung vom Abschlusspunkt der Linientechnik (APL) im Haus bis zum Netzabschlusspunkt in den Räumen des Teilnehmers mit ein.
- Siehe dazu die Fundstellen in den Beschlüssen der Beschlusskammer 3 oben unter Rz. 215.*
- Damit ist die Antragstellerin ihrerseits auch für die Gewährung des Zugangs zur bereits existierenden TAL – und damit auch für bereits existente Endleitungen – verpflichtet.
- 228 Dies wird einmal mehr deutlich, wenn man die Stellungnahmen der weiteren Beigeladenen aus der Telekommunikationsbranche betrachtet. Diese Stellungnahmen stellen die Vor- und Nachteile eines Wahlrechts der Antragsgegnerin differenziert dar. Dabei geht es auf der einen Seite um Ausbauanreize für neue Infrastrukturen und die Gefahr des „Überbaus“ durch alte Infrastrukturen, gleichzeitig aber auch um mögliche Nachteile für diejenigen Anbieter, die ebenfalls die Kupferinfrastrukturen im Gebäude nutzen.

*Siehe Schriftsätze der Beigeladenen zu 1, 11, 12 und 14, alle v. 26. 2. 2021.*

- 229 Diese differenzierten Sichtweisen, die gerade teilweise auch keine klare Positionierung für ein Wahlrecht der Antragsgegnerin beinhalten, sondern die Probleme aufzeigen, die ein „Zwang“ auf eine neue Infrastruktur mit sich brächte, lassen die dahinterstehenden wettbewerblichen Probleme zutage treten. Dies wurde bei der vorliegenden Entscheidung über Art und Umfang des Mitnutzungsanspruchs berücksichtigt.
- 230 Eine große Bedeutung kommt dabei den Auswirkungen eines etwaigen Wahlrechts auf die vertraglichen Beziehungen zwischen der Antragstellerin und den betroffenen Endkunden bzw. weitere mögliche Vertragsbeziehungen, die auf der Inanspruchnahme der streitgegenständlichen Infrastrukturen basieren, zu. Dabei ist davon auszugehen, dass sowohl der Aufbau von aktiver Technik zum Umwandeln der optischen Signale von Glasfaserinfrastrukturen auf elektrische für Kupferinfrastrukturen als auch ein notwendiger Ausbau von Glasfaserstrukturen und das damit verknüpfte notwendige Angebot eines Glasfaseranschlusses zu Änderungen der Verträge mit den Endkunden führen würde. Der Endkunde wäre in der Folge seines bisherigen Anschlusses bei der Antragstellerin entledigt und gezwungen, auf ein möglicherweise besseres, aber regelmäßig auch teureres Anschlussprodukt umzustellen. Diesbezüglich beruht die Zumutbarkeit der Mitnutzung also insbesondere auf dem zuvörderst in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG aufgeführten Ziel der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation. Gerade hier ist darauf abgestellt, dass der Endnutzer die Anwendungen und Dienste seiner Wahl nutzen können soll, was mit einer anderen Entscheidung der Beschlusskammer nicht unwesentlich eingeschränkt werden würde.
- 231 Für ein solches Vorgehen spricht auch der Gedanke des Bestandsschutzes, wenn es – wie im vorliegenden Fall – um Endleitungen geht, die sich alle in Betrieb befinden und über die Endkunden der Antragstellerin mit Telekommunikationsdienstleistungen versorgt werden. Diesbezüglich würde eine anderslautende, ablehnende Anordnung stark in die Rechtspositionen von Antragstellerin und Endkunden eingreifen. Für einen solchen grundrechtsrelevanten Eingriff genügen die hier vorgebrachten Argumente aus Sicht der Beschlusskammer nicht aus. Zwar würde eine Bevorrechtigung der Glasfasernutzung möglicherweise einen Anreiz setzen, schneller auszubauen und möglichst viele Liegenschaften, in denen bereits Glasfaser vorhanden ist, mit Glasfaser anzubinden bzw. Vorleistungen von Glasfaserprodukten in Anspruch zu nehmen. Letztlich würde aber dann über eine Vorschrift zur Mitnutzung für eine bereits genutzte Infrastruktur eine Abschaltung bewirkt, was auch im Sinne der Kostensenkungsrichtlinie zu weit gedacht wäre, denn es würden hier gerade nicht mögliche Synergien gehoben, sondern letztlich faktisch eine zwangsweise Abschaltung einer bestehenden Infrastruktur angeordnet, was auch aus regulatorischen Gründen als zu weitgehend anzusehen ist.

*Siehe hierzu auch bereits die Grundgedanken zu Bestandsschutz und Rücksichtnahmegebot Beschluss BK3e-15/011 v. 20. 12. 2018.*

- 232 Nicht zuletzt würde eine entsprechende Anordnung konkrete Kundeninteressen außen vorlassen und auch hier einen grundrechtsrelevanten Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und die Eigentumsfreiheit darstellen. Die betroffenen Endkunden haben ihrerseits in den Liegenschaften der Antragsgegnerin aber bereits die Auswahl zwischen den Angeboten der Beigeladenen zu 18 und den kupferbasierten Angeboten der Antragstellerin. Ihre Wahlfreiheit würde übergangen und ein regulatorischer Zwang zu einem zwar hochwertigeren, aber regelmäßig auch deutlich teureren Produkt ausgeübt.
- 233 Auch wenn aus Sicht der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 15, 16 und 18 die Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes die Vorschrift des § 77k TKG entscheidend mitprägen und Synergie- und Kosteneinspareffekte für eine mögliche Mitnutzung zu berücksichtigen sind, so tritt diese Zielvorstellung angesichts der hier vorliegenden konkreten Fallkonstellation in den Hintergrund. Sie wird damit nicht vollständig aufgegeben, sondern vielmehr setzt die Beschlusskammer dabei auf die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, indem sie die Mitnutzung zum einen zeitlich begrenzt und zum anderen davon ausgeht, dass sich die gebäudeintern geschaffenen Glasfaserinfrastrukturen auf längere Sicht als die hochleistungsfähigeren Infrastrukturen durchsetzen werden.
- 234 Die hier angeordnete Mitnutzung soll nämlich nicht – wie von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 15 zu Unrecht angenommen – faktisch unendlich weiter aufrechterhalten werden. Vielmehr berücksichtigt die Beschlusskammer mit der Aufnahme der Tenorziffer 3 auch bereits die Endlichkeit der Anordnung geknüpft an die Verträge zur Leistungserbringung. Aufgrund des mittlerweile sich verstärkenden Wettbewerbs bei hochleistungsfähigen Anschlüssen und der gesteigerten Bedürfnisse von Endkunden bezüglich schneller – rein glasfaserbasierte – Anschlüsse, ist von einer zeitlich begrenzten Dauer der Mitnutzung auszugehen. Dabei geht die Beschlusskammer davon aus, dass es sukzessive zur Abschaltung der streitgegenständlichen Endleitungen kommen wird.
- 235 Damit trägt die Beschlusskammer mit der Entscheidung auch dem Ziel der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG sowie dem zukünftig im TKG enthaltenen Gigabitziel ausreichend Rechnung. Denn es ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft weiterhin Investitionen in Glasfaseranschlüsse und -zuleitungen getätigt werden, die in den nächsten Jahren dazu führen werden, kupferbasierte Anschlüsse wie die hier betroffenen rund 60 Endleitungen zunehmend unattraktiv und für moderne Telekommunikationsmedien nicht mehr ausreichend erscheinen zu lassen. Der zunehmende Wettbewerb wird bezüglich neuer Anschlusstechnologien zu einem Preisdruck führen, der auch hochbitratige Anschlüsse zunehmend erschwinglich machen wird. Eine solche Entwicklung wird auch durch die hier getroffene Entscheidung nicht aufgehalten oder gebremst werden. Die Wahlfreiheit des Endkunden bleibt zudem in jedem Falle weiter bestehen.

- 236 Würde die Beschlusskammer zum jetzigen Zeitpunkt so weit gehen, auf Basis der Vorschriften des DigiNetz-Gesetzes eine zwingende Mitnutzung von Glasfaserinfrastrukturen anstelle noch geschalteter Kupferendleitungen vorzusehen, würde sie damit eine Signalwirkung geben, Kündigungen überall dort auszusprechen, wo solche Strukturen noch aktiv in Betrieb und geschaltet sind. In der Folge würden Endkunden keinen Zugang mehr zu dieser Art von Produkten bekommen können, sondern wären gezwungen auf (regelmäßig) höherpreisige Glasfaserprodukte umzustellen, auch wenn sie dies derzeit für noch nicht erforderlich erachten. Letztlich würde es sich damit um einen Anschluss- und Benutzungszwang für Endkunden handeln, die bislang ihrer Auffassung nach ausreichend versorgt sind. Ein derartiger Anschluss- und Benutzungszwang befindet sich jedoch gerade nicht in den gesetzlichen Regelungen weder des aktuellen noch des am 1. 12. 2021 in Kraft tretenden Telekommunikationsgesetzes.
- 237 Betrachtet man diese Auswirkungen für die Endkunden und die Antragstellerin auf der einen Seite und stellt dagegen die Einschränkungen, die sich aus dieser Anordnung für die Antragsgegnerin ergeben, so kommt es zu einem eindeutigen Überwiegen der Interessen der Antragstellerin in Bezug auf die mögliche Anordnung eines Wahlrechts der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin hat hier in neue glasfaserbasierte gebäudeinterne Infrastrukturen investiert, was ein sinnvolles und zielgerichtetes Vorgehen ist. Denn diese neue Ausstattung führt zu einer Aufwertung des Wohnwertes und damit zum Anreiz für potentielle Mieter, indem den Mietern hier ein besseres Portfolio an Leistungen angeboten werden kann.
- 238 Daneben bietet diese Ausstattung der Antragsgegnerin aber auch die Möglichkeit, die laufenden monatlichen Grundgebühren über die Nebenkostenabrechnung auf die Mieter gemäß § 2 Nr. 15 der Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten (Betriebskostenverordnung – BetrKVO) umzulegen. Zukünftig sieht der Gesetzgeber für diese neuartigen Investitionen eine Refinanzierungsmöglichkeit über § 72 TKG<sup>2021</sup>, das sog. „Glasfaserbereitstellungsentgelt“, vor.
- BR-Drs. 325/21, S. 63.*
- 239 Hierzu ist ergänzend auch noch anzuführen, dass sich der Entgeltmaßstab auch im neuen TKG selbst für die neuen, durch die Antragsgegnerin finanzierten Glasfaserinfrastrukturen nicht ändern wird und dieser in § 149 Abs. 5 TKG<sup>2021</sup> auch – selbst nach möglicher Übertragung an die Beigeladene zu 18 – lediglich einen Zusatzkostenmaßstab beinhaltet.
- BR-Drs. 325/21, S. 109.*
- 240 Auswirkungen auf den Geschäftsplan und damit Investitionskosten bleiben damit auch für die hier in Rede stehende parallele Glasfaserinfrastruktur unberücksichtigt. Letztlich ändert sich also auch bei einer Mitnutzung der neueren Infrastrukturen für die Antragsgegnerin rein monetär vom Gewinn her nichts, lediglich die Auslastung würde steigen.

241 Insoweit ändert sich auch nach Inkrafttreten des neuen TKG am 1.12.2021 die Position für die Antragsgegnerin nicht und ihr erwachsen aus ihrer Investition – unabhängig von der Nutzung egal welcher Infrastruktur durch die Antragstellerin – keine unmittelbaren Nachteile. Sie geht – aus Sicht der Beschlusskammer zurecht – davon aus, dass die Nachfrage zu rein glasfaserbasierten Produkten steigen wird und sich damit ihre Investition auf längere Sicht rechnen und immer mehr Endkunden dorthin migrieren werden. Letztlich hat sie die Investitionen wohl auch in genau dieser Erwartung getätigt und auf eine zunehmende Nachfrage nach glasfaserbasierten Telekommunikationsdiensten gesetzt. Ob und inwiefern in diese Überlegungen bereits alle Endkunden mit einbezogen wurden, die heute noch über kupferbasierte Anschlüsse von der Antragstellerin versorgt werden, entzieht sich der Kenntnis der Beschlusskammer, ist aber so von der Antragsgegnerin auch nicht vorgetragen worden. Sie hat nicht zu erkennen gegeben, dass sich ihre sämtlichen Investitionen ohne die heute noch von der Antragstellerin belieferten Endkunden nicht mehr tragen oder rechnen würden. Dies ist aus Sicht der Beschlusskammer schon aufgrund des bestehenden Nebenkostenprivilegs nicht der Fall. Insoweit sind die Nachteile, die der Antragsgegnerin durch die weitere Aufrechterhaltung der Mitnutzung der gebäudeinternen Kupferverkabelungen gegenüber den Interessen der Antragstellerin sowie der Endkunden nicht so erheblich, dass sie ein Wahlrecht begründen und eine Mitnutzung unzumutbar werden lassen.

*Grundrechtspositionen der Antragsgegnerin*

242 Die Anordnung der Mitnutzung ist hier auch nicht deswegen unzumutbar, weil durch sie eine Grundrechtsposition der Antragsgegnerin unverhältnismäßig eingeschränkt werden würde. In Betracht käme hier eine unverhältnismäßige Einschränkung in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 12 GG oder des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG.

243 Bezüglich dieser möglichen Eingriffe ist einmal mehr auf die Ausgestaltung und Zielrichtung der Norm des § 77k TKG hinzuweisen. Die Norm beinhaltet zuvörderst in ihrem Absatz 1 eine Duldungsverpflichtung für alle diejenigen, die davon betroffen sein können. Es wird dabei umfassend von „Eigentumsrechten Dritter“ gesprochen, in die durch die Neuverlegung von Netzabschlüssen möglichst geringfügig eingegriffen werden soll. Ein Ausfluss dieses möglichst geringfügigen Eingriffs ist dabei die Möglichkeit, einen Antragsteller auch auf eine Mitnutzung bereits vorhandener Infrastruktur verweisen zu können. Ähnliche Normenstrukturen sieht das nunmehr aktuell novellierte Wegerecht auch für den wegerechtlichen „Hausstich“ in § 128 Abs. 4 TKG bzw. § 134 Abs. 5 TKG vor, wobei dabei Einschränkungen von Neuverlegungen und Verweise auf Mitnutzungen eher aus öffentlich-rechtlichen Schutzpflichten heraus geschaffen wurden.

*Vgl. hierzu BR-Drs. 325/21, S. 98 bzw. 101.*

- 244 Bei all diesen Vorgaben geht es primär darum, die Einschränkungen, die ein Eigentümer eines Grundstücks oder anderweitig Berechtigter bei der Neuverlegung einer Telekommunikationslinie hinzunehmen hat, möglichst gering zu halten und aus verschiedenen Gründen eine Mitnutzung zuzulassen. Diese muss im Einzelfall zumutbar sein und in dieser Anforderung manifestiert sich die Gesamtstruktur der Norm des § 77k TKG als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums.
- 245 Insoweit es sich bei der Anordnung der Mitnutzung für eine bestimmte Infrastruktur um einen Eingriff handeln könnte, der auf Basis des § 77k TKG als zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums basiert, so ist der Eingriff hier verhältnismäßig und damit durch die Antragsgegnerin bzw. mit ihr verbundene Unternehmen und ihre möglichen Rechtsnachfolger zu dulden. Dabei spielt insbesondere auch eine Rolle, dass die zusätzlichen Kosten, die durch die Mitnutzung entstehen als Entgelt zu zahlen sind. Damit kommt es nicht zu einer Beeinträchtigung des Eigentums, die entschädigungslos hinzunehmen ist, sondern es kommt zu einer Erstattung der zusätzlichen Aufwände.
- 246 Dabei ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Entgeltanspruch nicht zwischen den verschiedenen Formen der Mitnutzung oder der Infrastrukturen unterscheidet. Generell schützt Art. 14 GG nicht mögliche Gewinnchancen oder Erwartungen eines Gewinns, was für mögliche Investitionsentscheidungen zu bedenken und in einen Geschäftsplan mit einzustellen ist. Insoweit lässt sich im konkreten Fall nicht erkennen; inwiefern ein möglicher nicht gerechtfertigter und von der Norm gedeckter Eingriff in die eigentumsrechtliche Position der Antragsgegnerin gegeben sein könnte.
- 247 An dieser Stelle ist insbesondere auf die Struktur der Norm des § 77k TKG im gesamten Regelungsgefüge des TKG hinzuweisen. Im sog. „Wohnungsstich“ als Fortführung des „Hausstichs“ manifestiert sich die Vollständigkeit eines in Anspruch zu nehmenden Wegerechts eines Telekommunikationsnetzbetreibers. Denn nur durch die Möglichkeit, das Netz in den Räumlichkeiten eines Teilnehmers abzuschließen, kann der Endkunde letztlich die Leistungen über das Netz empfangen. Bei neu zu verlegenden Netzen werden zwischen den Grundstücks- bzw. Hauseigentümern und den Netzbetreibern üblicherweise Gestattungsverträge geschlossen. Werden diese gekündigt, so kann die Berechtigung zur Nutzung damit zwar zivilrechtlich entzogen werden, allerdings greift in diesem Fall bei noch geschalteten Leitungen für Endkunden – wie hier vorliegend – der Schutzgedanke des § 77k TKG, wonach ein Leitungsabschluss auch nach einem gekündigten Gestattungsvertrag über eine zumutbare Mitnutzung auch weiterhin möglich bleibt.
- 248 Dabei handelt es sich nämlich nicht nur – wie auch im Schriftsatz der Beigeladenen zu 18 zuletzt unterstellt – um eine neue Einschränkung des Eigentums, die z. B. dazu führt, dass die in Betrieb befindliche Infrastruktur nicht entfernt werden kann. Vielmehr erfährt das Eigentumsrecht hier insofern eine Gestaltung durch eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung, die zumindest für die Fälle, in denen es sich

noch um beschaltete und aktive Leitungen mit einem Endkunden und dessen Recht zum Netzabschluss in seinen Räumen handelt, eine solche Einschränkung des Eigentumsrechts ermöglicht.

- 249 Eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 12 GG ist hier schon deswegen nicht anzunehmen, weil die durch die Mitnutzung der bereits vorhandenen und geschalteten Infrastrukturen in Frage kommende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen zu 18 lediglich eine gerechtfertigte verhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit bedeutet. Diese kommt allenfalls dort in Betracht, wo sie als Eigentümerin nicht darüber entscheiden kann, welche Leitungen sie für eine Mitnutzung zur Verfügung stellt.
- 250 Dazu ist einmal mehr darauf hinzuweisen, dass die Aufwertung einer gebäudeinternen Infrastruktur, also das (zusätzliche) Verlegen eines Glasfasernetzes insgesamt die Zielvorstellung hat, für eine bessere Anbindung der Bewohner zu sorgen. Damit werden der Wohnwert erhöht, mögliche Mieter besser gefunden und nachfragenden Anbietern die Möglichkeit geboten, auch hochbitratige Leistungen an die Endkunden vermarkten zu können. Diese Zielvorstellung kann und wird die Antragsgegnerin bzw. ihre potentiellen Rechtsnachfolger auch weiterhin und genauso effektiv weiter verfolgen können, wenn eine ältere, dazu parallel liegende Infrastruktur weiter betrieben wird, solange die dazugehörigen Endkunden- bzw. Vorleistungsverträge noch existieren. Zwar werden für diese Endkunden erst einmal keine Leistungen über die neuen Infrastrukturen angeboten und damit auch vertrieben werden können. Dabei handelt es sich aber eben nur um die potentielle Steigerung von Erwerbsmöglichkeiten, von denen letztlich bei einem seriös angelegten Geschäftsplan auch nicht sicher ausgegangen werden konnte.
- 251 Daneben ist auch hier wieder darauf hinzuweisen, dass die Investition in bessere Infrastrukturen bereits über eine Steigerung des Wohnwertes und die Möglichkeiten der Abrechnung über die Betriebskostenverordnung amortisiert werden können. Insofern – wie hier – eine Weitervermarktung über ein verbundenes Unternehmen erfolgt, ist es an diesem, diese Möglichkeiten der Amortisation von Investitionen bei einem Erwerb von Eigentum und/oder Betrieb in Anrechnung zu bringen und bei den Vertragsverhandlungen mit zu berücksichtigen.
- 252 Abschließend ist hier noch der Gedanke heranzuziehen, dass die diesem Streit zugrundeliegende zivilrechtliche Auseinandersetzung zwischen beiden Parteien gerade auch auf Fragen rund um die Eigentumsrechte fußt. Insofern konnte es zu diesem Streitbeilegungsverfahren überhaupt erst kommen, weil sich die zivilrechtliche Rechtsprechung bzgl. des Eigentums an den Leitungen droht zu ändern und daher zukünftig sehr wahrscheinlich eine Neuregelung für die bereits in Betrieb befindlichen Leitungen gefunden werden muss. Dabei spielt der Gedanke des Bestandsschutzes eine nicht unerhebliche Rolle. Denn die Antragstellerin ist bislang davon ausgegangen, Eigentümerin der Leitungen zu sein und hat diese für ihre jeweiligen Endkunden auf

Basis dieser Annahme geschaltet und mit Leistungen beliefert. Zumindest für die bereits bestehenden Verträge greift daher auf Seiten der Antragstellerin der Gedanke des Bestandsschutzes auch für die belieferten Endkunden. Dieser basiert auf dem bislang noch angenommenen Eigentum der Antragstellerin an den Leitungen und ist zumindest insoweit schützenswert, insoweit auch die Antragsgegnerin von diesen Eigentumsrechten ausgehen musste und die Endkunden auch in ihrer schützenswerten Rechtsposition zu beachten hat.

### 2.3.3.3 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- 253 Die Anordnung der Mitnutzung der streitbefangenen gebäudeinternen Infrastrukturen ist in der konkreten Ausgestaltung auch verhältnismäßig, d. h. im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und angemessen.

*Siehe dazu u. a. BVerfGE 50, S. 217, 227; BVerfGE 80, S. 103, 107; BVerfGE 99, S. 202, 212 f. Ausführlich und mit weiteren Fundstellen hierzu außerdem Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, S. 429 ff.*

- 254 Das mit der Anordnung verfolgte Ziel ist die weitere Gestattung der Mitnutzung einer gebäudeintern bereits vorhandenen und beschalteten Infrastruktur der Antragsgegnerin und damit letztlich die Aufrechterhaltung von Endkundenanschlüssen. Dies kann – aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalles – von der Antragsgegnerin sowohl durch Vorlage eines Mitnutzungsangebotes als auch durch eine Fortsetzung der bisherigen Duldung umgesetzt werden. Letztlich steckt hinter dieser Zielvorstellung der mögliche Netzabschluss in den Räumen der Teilnehmer durch die Antragstellerin. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Anordnung der Beschlusskammer geeignet, weil durch die (Mit-)Nutzung der streitbefangenen Infrastrukturen die Antragstellerin ihr Netz in den Räumen der rund 60 Teilnehmer bzw. Endkunden abschließt.
- 255 Die Anordnung ist auch erforderlich, da ein milderes Mittel für diesen Netzabschluss nicht ersichtlich ist. Insbesondere handelt es sich nicht um ein milderes Mittel, wenn die Antragstellerin hier durch die Antragsgegnerin auf eine andere Infrastruktur zur Mitnutzung oder ein aktives Vorleistungsprodukt verwiesen wird. Eine solche Möglichkeit wird von der Antragsgegnerin ins Feld geführt, um damit eine bessere Auslastung einer neu investierten Infrastruktur zu erhalten und letztlich damit zur Stärkung des Breitbandausbaus beizutragen. Jedoch besteht, wie bereits dargelegt, kein Wahlrecht der Antragstellerin. Es ergibt sich auch nicht aus Verhältnismäßigkeitserwägungen, da diesbezüglich divergierende Zielvorstellungen des TKG bestehen: Zwar entspricht es durchaus der Zielvorstellung des Telekommunikationsgesetzes, das Gigabitziel zu verfolgen und – wo möglich – zum besseren Breitbandausbau beitragen zu können. Allerdings ist diese Zielvorgabe in Einklang zu bringen mit den weiteren Zielvorgaben des TKG, wobei zuvörderst auch die Wahrung der Nutzerinteressen zu nennen ist. Betrachtet man diese Zielvorstellung auch aus dem Blickwinkel der Antragsgegnerin,

so gibt es für sie keine unmittelbaren Nachteile durch die angeordnete Mitnutzung einer vorhandenen Infrastruktur. Vielmehr hat sie sogar die Möglichkeit, ihren Nutznießern – den Mietern in den zu den Anschlüssen gehörigen Wohnungen – eine Vielfalt von Angeboten unterschiedlicher Produkte auf Basis unterschiedlicher Infrastrukturen zur Verfügung zu stellen.

- 256 Dabei entstehen ihr auch keine Einbußen, weil sie die Investitionen in neuere Infrastrukturen durch die Möglichkeit der Abrechnung über die Nebenkosten oder einen höheren Mietzins amortisieren kann. Zudem kann sie die durch die Mitnutzung entstehenden Zusatzkosten in jedem Fall gegenüber der Antragstellerin abrechnen und so vergütet bekommen. Es handelt sich also auch aus Sicht der Antragsgegnerin nicht um ein milderes Mittel, hier eine andere Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, da der Eingriff dadurch nicht kleiner oder abgeschwächt werden würde.
- 257 Insoweit ein aktives Vorleistungsprodukt angeboten worden ist, handelt es sich dabei nicht um ein gleich geeignetes, milderes Mittel, sondern um ein Aliud. Denn die Antragstellerin kann mit dem angebotenen aktiven Vorleistungsprodukt ihr Netz in den Räumen des Teilnehmers nicht in gleicher Weise abschließen.
- 258 Die Anordnung einer Mitnutzung der in Anlage 1 aufgeführten Endleitungen bzw. der zugehörigen gebäudeinternen Kupferverkabelungen ist insoweit auch angemessen im engeren Sinne, da die Güterabwägung nicht dazu führt, dass die Interessen der Antragsgegnerin hier außer Verhältnis zu der angestrebten Zielvorstellung der Maßnahme stehen. Die Vorstellung der Antragsgegnerin, über eine Mitnutzung der von ihr vorrangig zur Verfügung gestellten gebäudeinternen Infrastrukturen (Glasfaserkabel) das Ziel des Netzabschlusses in den Räumen der Teilnehmer für sie besser und verhältnismäßiger erreichen zu können, verfährt nach Auffassung der Beschlusskammer nicht. Vielmehr stehen die beiden Möglichkeiten einer Mitnutzung hier – auch nach der gesetzgeberischen Intention – gleichwertig nebeneinander und werden nicht in einer Vorrangstellung zueinander behandelt. Diese Auffassung wird zum einen gedeckt durch den Entgeltsmaßstab in § 77n Abs. 6 TKG, der nicht zwischen verschiedenen Infrastrukturen unterscheidet und keine Geschäftspläne und damit Investitionen berücksichtigt. Zum anderen sind auch keine weiteren Einbußen für die Antragsgegnerin erkennbar. Selbst wenn man hier von einer kleineren Auslastung der neueren Infrastrukturen ausgeht, so handelt es sich hierbei höchstwahrscheinlich nur um ein „Übergangsphänomen“, welches sich letztlich durch die bereits genannten Amortisationsmöglichkeiten letztlich auch nicht zum Nachteil der Antragsgegnerin auswirkt.
- 259 Der Verweis auf eine andere Infrastruktur hätte andererseits aber auf Seiten der Antragstellerin erhebliche Nachteile, die sich zum einen in weiteren – nur deswegen notwendigen – Investitionen in mögliche Technikkomponenten auswirken würde und zum anderen und damit auch entscheidend zum Nachteil der angebundenen Endkunden auswirken würde. Stellt man diese beiden Interessen nunmehr gegenüber, so

ergibt sich, dass die Anordnung der Mitnutzung in ihrer Zielvorstellung nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen Beeinträchtigungen der Antragsgegnerin steht.

### **2.3.4 Bedingungen der Mitnutzung**

260 Über die eigentliche Anordnung der Mitnutzung der streitgegenständlichen Infrastruktur hinaus hatte die Antragstellerin noch weitere Bedingungen formuliert, die das von der Antragsgegnerin bzw. ihrer möglichen Rechtsnachfolgerin vorzulegende Angebot enthalten soll. Diesen Anträgen ist stattzugeben, da es sich dabei um faire und angemessene Bedingungen handelt.

#### **2.3.4.1 Zugangsermöglichung gemäß Tenorziffer 2**

261 Die Ermöglichung des Zugangs zu den Liegenschaften der Antragsgegnerin, in denen sich die streitgegenständlichen Infrastrukturen, die mitgenutzt werden, liegen, ergibt sich quasi als automatische Folge aus der Struktur des § 77k TKG. § 77k Abs. 1 TKG beinhaltet in seiner Verpflichtung bereits Zugangsrechte, ohne die ein Netzabschluss in den Räumlichkeiten eines Teilnehmers gar nicht vorgenommen werden könnte. Dabei erfolgt auch eine gemeinschaftliche Verpflichtung mit der mit der Antragsgegnerin verbundenen Beigeladenen zu 18, um ggf. notwendige Mitwirkungen und interne Abstimmungen ebenfalls bereits mit berücksichtigt zu haben.

262 In der Weiterführung dieses Gedankens und auch in der Diktion des DigiNetz-Gesetzes werden neben den weitergehenden und gesondert zu beantragenden Untersuchungsrechten (wie in § 77c TKG) insbesondere auch Zugänge impliziert, die für eine Mitnutzung erforderlich sind. Die Erforderlichkeit eines solchen Zugangsrecht ergibt sich aus dem Betrieb des Netzes durch denjenigen, der sein Netz letztlich in den in den Gebäuden der Antragsgegnerin liegenden Räumen der Teilnehmer abschließt.

263 Zwar ließe sich das generelle Zugangsrecht hier bereits aus § 77k Abs. 1 TKG als zivilrechtliche Duldungsverpflichtung ggf. auch parallel zivilrechtlich klären. Im konkreten Fall geht es allerdings auch die Mitnutzung einer Infrastruktur, die potentiell im Eigentum, jedenfalls aber mindestens in der Verfügungsbefugnis durch einen Dritten liegt. Insoweit dessen Zutun erforderlich ist, um hier die Mitnutzung ordnungsgemäß gewährleisten zu können, ist dies zur kompletten Ausgestaltung des Mitnutzungsrechts erforderlich.

264 Ein Mitnutzungsangebot muss insofern als eine faire und angemessene Bedingung ein Recht auf Zugangsgewährung zu den Liegenschaften der Antragsgegnerin enthalten. Das Zugangsrecht ist geeignet, erforderlich und angemessen, um hier die Ziele einer Mitnutzung zum Zwecke des Netzabschlusses in den Räumen der Teilnehmer erreichen zu können. Die Geeignetheit ergibt sich dadurch, dass durch den gewährten Zugang zu den Liegenschaften der Netzabschluss sichergestellt und über die Mitnutzung gewährleistet werden kann. Hierfür ist es notwendig, dass insbesondere für den

Netzbetrieb und die Suche nach Fehlfunktionen oder Störungen und deren Beseitigung der Antragstellerin Zugang zu den Infrastrukturen zu gewähren ist. Da es sich um gebäudeinterne Strukturen handelt, muss dabei auch ein Zugang zu den Gebäuden ermöglicht werden, in denen sich die Infrastrukturen befinden. Unterstützend kann hier noch auf § 134 Abs. 1 S. 3 TKG<sup>2021</sup> verwiesen werden, der die Betretungsrechte auch für Nachbargrundstücke z. B. bei Reparaturarbeiten enthält. Der Zugang zu Liegenschaften wird im TKG großzügig gehandhabt, was insgesamt für die Geeignetheit des hier angeordneten Zugangsrechts spricht.

265 Die Erforderlichkeit ergibt sich daraus, dass ein milderer Mittel als die Ermöglichung des Zugangs zu den Liegenschaften nicht ersichtlich ist. Insbesondere kommt als milderer Mittel hier nicht die eigene Sicherstellung des Betriebs durch die Antragsgegnerin oder mit ihr verbundene Unternehmen in Betracht. Denn die Funktionalität des Netzabschlusspunktes kann mit den geringstmöglichen Beeinträchtigungen nur durch den Betreiber sichergestellt werden, der die Leitung auch beschaltet. Würde die Antragsgegnerin hier selbst dafür sorgen wollen, dass die volle Funktionalität vorliegt, würden dafür aufwendige Prozesse gegenseitiger Informations- und Meldepflichten implementiert werden müssen, die letztlich mit mehr Aufwand und Einbringung durch die Antragsgegnerin verbunden wären und daher die größere Belastung bzw. den stärkeren Eingriff bedeuten würden. Insoweit hier also die Funktionalität des geschalteten Netzabschlusspunktes in Rede steht, ist es das mildeste Mittel, wenn die Antragstellerin die Leitungen selbst prüfen bzw. entstören o. ä. kann und ihr dafür lediglich Zugangsrechte gewährt werden.

266 Auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist durch eine solche Zugangsregelung als Bedingung gegeben, weil das gewählte Mittel nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht. Der Zweck des Netzabschlusses in den Räumen der Teilnehmer wird hier primär durch die angeordnete Mitnutzung gewährleistet. Damit diese auch umfassend in Anspruch genommen werden kann, müssen auch gewisse Rechte zur Absicherung mit gewährleistet werden. Dazu zählen auch Zutrittsrechte, die zur Funktionalität des Netzabschlusses und für den Betrieb des Netzes erforderlich sind. Solche Zutrittsrechte schränken die Antragsgegnerin bzw. potentielle Rechtsnachfolger nicht unverhältnismäßig ein, da damit lediglich einhergeht, für mögliche Anfragen zur Verfügung zu stehen und für einen Zugang zu den Liegenschaften zu sorgen. Solche Absprachen sind auch für sonstige Fälle von Mitnutzungen marktüblich und werden auch im Hinblick auf einen ordnungsgemäßen Betrieb von Netzen schon aus Gründen der Wahrung der Endnutzerinteressen üblicherweise getroffen.

#### **2.3.4.2 Ende der Mitnutzung gemäß Tenorziffer 3**

267 Als eine weitere faire und angemessene Bedingung der angeordneten Mitnutzung ist das Ende der möglichen Mitnutzung nicht nur an das Ende der vertraglich vereinbarten Leistung über die streitgegenständlichen Infrastrukturen zwischen den betroffenen Endkunden und der Antragstellerin zu knüpfen, sondern an eine generelle Beendi-

gung der Leistungen über die streitgegenständlichen Infrastrukturen für jeden Nutzer. Damit verwendet die Beschlusskammer aus übergeordneten wettbewerblichen Überlegungen die in § 3 Nr. 14 TKG enthaltene Legaldefinition. Der Begriff des Nutzers erfasst nicht nur Endnutzer, sondern vielmehr auch Nutzer auf der Vorleistungsebene.

*Gärditz in Scheurle/Mayen, 3. Aufl. 2018, § 2, Rz. 23 unter Verweis auf BVerwGE 156, S. 75, Rz. 30.*

- 268 Eine zeitliche Begrenzung der Mitnutzung erscheint als Bedingung einer Mitnutzung erforderlich und angemessen, da es sich um ältere Infrastrukturen handelt und der Zielvorgabe des DigiNetz-Gesetzes sowie dem zukünftig auch direkt im Telekommunikationsgesetz verankerten Gigabitziel bei den Regelungen Rechnung getragen werden muss. Da es sich bei dem weit überwiegenden Anteil der hier betroffenen Anschlüsse bereits um solche Anschlüsse handelt, die mit VDSL2-Technologien Geschwindigkeiten mit bis zu 250 Mbit/s erreichen, sind diese derzeit noch als Alternativprodukte zu rein glasfaserbasierten Anschlussprodukten anzusehen. Denn häufig betrachten die Endkunden diese Leistungen als ausreichend und damit liegt letztlich eine Substituierbarkeit vor, die gemäß prognostischer Annahmen auch in absehbarer Zeit noch gegeben sein wird.

*Siehe hierzu Festlegung der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen – Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt 3a der Empfehlung v. 9. 10. 2014), S. 82-88, URL: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Marktregulierung/Marktanalysen/Festlegung\\_Markt3a\\_ME2014.pdf;jsessionid=CAAA1A0FF24F7C4F2F49F2C41C03C41B?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Marktregulierung/Marktanalysen/Festlegung_Markt3a_ME2014.pdf;jsessionid=CAAA1A0FF24F7C4F2F49F2C41C03C41B?__blob=publicationFile&v=6); s. a. WIK-Diskussionsbericht Nr. 426, Zugang zu gebäudeinterner Infrastruktur und adäquate Bepreisung, S. 30.*

- 269 Bei einer Begrenzung der zeitlichen Nutzung der derzeit noch aktiv beschalteten Leitungen auf das Ende der unmittelbaren Vertragsbeziehung zwischen der Antragstellerin und den Teilnehmern, bei denen die Endleitung in den Räumlichkeiten geschaltet ist, käme es zu einem notwendigen Ausschluss von wettbewerblichen Angeboten, die der Teilnehmer genauso weiter in Anspruch nehmen könnte wie das Produkt der Antragstellerin selbst. Wenn der jeweils betroffene Teilnehmer also demgemäß den Bezug einer Leistung, die über die streitgegenständliche Infrastruktur erbracht wird, gegenüber der Antragstellerin kündigt, um die gleiche Leistung von einem anderen Anbieter in Anspruch zu nehmen, wäre dies bei einer Entscheidung entsprechend des Antrags zu Nr. 3 der Antragstellerin zumindest fraglich. Insoweit bedarf es hier eines Korrektivs, um die Mitnutzung auch auf die Fälle auszudehnen, bei denen eine Mitnutzung weiterhin durch die Antragstellerin erfolgt, sie aber nicht mehr das eigene Produkt, sondern über Vorleistungen wie z. B. Vectoring das vergleichbare Produkt eines alternativen Anbieters zur Verfügung stellt. Dies erscheint auch aus Gründen des Konsistenzgebots zumindest solange erforderlich, wie die Zugangsverpflichtung für die hier in Rede stehenden Produkte besteht.

- 270 Eine solche Regelung ist auch im Hinblick auf das angestrebte Ziel der Netzabschlusspunkte in den Räumen der Teilnehmer angezeigt, da dieses Ziel mit den weiteren Regulierungszielen in Einklang gebracht werden muss. Dazu zählt das Ziel des Ausbaus neuer digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze und der Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs. Denn auch wenn diese Ziele in Bezug auf die abgelehnte generelle Wahlfreiheit des in Anspruch genommenen Verfügungsberechtigten hier zurückstehen mussten, um nicht bereits bestehende Endkundenbeziehungen zu beeinträchtigen bzw. komplett zu zerstören, so sind sie im Gegenzug wieder zu höher zu gewichten, wenn es um die unendliche Geltung solcher Mitnutzungsmöglichkeiten geht. Denn letztlich ist die Zielvorstellung des Gesetzes und auch des gesamten Breitbandausbaus in Deutschland künftig möglichst überall und durchgängig Netze mit sehr hoher Kapazität zu errichten.
- 271 In diesem Kontext spielt auch eine Rolle, gebäudeinterne Infrastrukturen hochgeschwindigkeitsfähig zu machen und letztlich auch eine Migrierung auf diese Infrastrukturen vorzunehmen, sobald dies ohne erhebliche Eingriffe und unter möglichst umfassender Berücksichtigung aller Regulierungsziele möglich ist. In dieser Abwägung ist eine Beendigung der angeordneten Mitnutzung zumindest dann angezeigt, wenn der jeweils betroffene Endkunde, in dessen Räumen der Netzabschlusspunkt gesetzt ist, keine weiteren Leistungen der Antragstellerin bzw. anderer Anbieter über die betriebene und noch im Gebäude befindliche Infrastruktur abnimmt. Erst wenn ein derartiger Bedarf nicht mehr besteht, ist eine Mitnutzung nicht mehr erforderlich bzw. angemessen.

#### **2.3.4.3 Mitnutzungsentgelte gemäß § 77n Abs. 6 S. 2 TKG (Tenorziffer 4)**

- 272 Die tenorierten Kostentragungsregeln sind nach § 77n Abs. 6 S. 2 TKG anzuordnen, um faire und diskriminierungsfreie Mitnutzungsentgelte nach § 77k Abs. 3 TKG sicher zu stellen.

##### *Anzuwendender Entgeltmaßstab*

- 273 Der Entgeltmaßstab bestimmt sich im vorliegenden Fall nach § 77n Abs. 6 S. 2 TKG. Danach hat die Bundesnetzagentur, wenn sie im Rahmen der Streitbeilegung Entgelte für die Mitnutzung von Netzinfrastrukturen in Gebäuden festlegt, „...*die zusätzlichen Kosten, die sich für den Gebäudeeigentümer durch die Ermöglichung der Mitnutzung der Netzinfrastruktur des Gebäudes ergeben...*“ zugrunde zu legen. Die Gesetzesbegründung hierzu enthält keine Konkretisierungen, welche Kosten unter den Begriff der „zusätzlichen Kosten“ fallen,

*vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 54.*

- 274 Die Norm ist aber hinsichtlich des Zusatzkostenbegriffs und der Grundlage für ihre Ermittlung gleichlautend mit § 77n Abs. 2 S. 2 TKG abgefasst. Der Konnex zwischen § 77n Abs. 6 S. 2 TKG und § 77n Abs. 2 S. 2 TKG wird in der der Begründung zur „Be-

schlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur (15. Ausschuss)" hergestellt:

*„§ 77n Absatz 6 Satz 2 regelt in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Kostenmaßstab des § 77n Absatz 2 Satz 2 den Grundsatz, dass als Maßstab auf die Kosten der die Mitnutzung ermöglichenden Verpflichteten abzustellen ist, die ihm zusätzlich durch die Mitnutzung entstehen.“*

*BT-Drs. 18/9023, S. 17.*

- 275 Dem Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 2 S. 2 TKG liegt der Gedanke zugrunde, dass dem Eigentümer der Infrastruktur durch die Gewährung der Mitnutzung keine zusätzlichen Kosten entstehen dürfen. Folglich sind ausschließlich Kosten, die kausal durch die Mitnutzung entstehen, nach dem Verursacherprinzip vom Mitnutzungspetenten zu tragen,

*vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 45.*

- 276 Daher müssen die durch die Ermöglichung der Mitnutzung dem Infrastrukturihaber zusätzlich entstandenen und gegebenenfalls noch entstehenden Kosten durch das Entgelt gedeckt werden. Dieser Maßstab enthält deshalb keine Kosten der Basisinvestition, weil diese bereits der Geschäftstätigkeit zugeordnet sind, für die die mitgenutzte Infrastruktur ursprünglich errichtet wurde und aus deren Erträgen oder zugeordneten Mitteln gedeckt werden; gleiches gilt auch für weitere Kosten, sofern sie ohnehin und damit unabhängig von der Nutzung, anfallen („Sowieso-Kosten“). Überdies besteht kein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Infrastrukturihaber und dem Mitnutzungspetenten, das eine Berücksichtigung der Basisinvestition im Entgelt rechtfertigte. Der vom deutschen Gesetzgeber gewählte Zusatzkostenmaßstab wurde bereits durch die Rechtsprechung als konform mit der Kostensenkungsrichtlinie erkannt.

*Vgl. VG Freiburg, Urteil 4 K 6764/18, v. 9. 1. 2020, S. 10 ff. Juris-Rz. 26 ff.*

- 277 Anders als § 77n Abs. 2 TKG sieht § 77n Abs. 6 TKG für die Mitnutzung von hausinternen Telekommunikationsleitungen keinen „angemessenen Aufschlag“ als Anreiz zur Gewährung der Mitnutzung vor.

- 278 Im Übrigen sind – anders als von den Beigeladenen zu 15 und 18 gefordert – in Streitbeilegungsverfahren nach dem DigiNetz-Gesetz die dort vorgesehenen Kosten- und Entgeltmaßstäbe – und damit auch jener des § 77n Abs. 6 TKG – anzuwenden und nicht jene aus der Marktregulierung wie z. B. die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

#### *Zusätzliche Kosten nach § 77n Abs. 6 S. 2 TKG*

- 279 Als zusätzliche Kosten im Sinne der Norm sind bei der Entgeltfestsetzung demnach Mehrkosten, die dem Infrastrukturanbieter allein durch die Ermöglichung der Mitnutzung entstehen, zu berücksichtigen. Das können u. a. Kosten für zusätzlich erforderlich werdende Instandhaltungs- und Anpassungsarbeiten, vorbeugende Sicherheitsvorkehrungen zur Begrenzung negativer Auswirkungen auf die Netzsicherheit sowie

spezifische Haftungsvorkehrungen für den Schadensfall sein, die ohne die Mitnutzung nicht notwendig wären,

*vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 55 f.*

- 280 Zusatzkosten können zu Beginn der Mitnutzung insbesondere für die Projektierung, Schaltarbeiten einschließlich des dafür benötigten Materials, erforderlicher zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen sowie zur Dokumentation der Leitungen anfallen.
- 281 Die Leitungen waren zum Zeitpunkt der Antragstellung – sowohl bei der Antragsgegnerin als auch bei der Beschlusskammer – bereits geschaltet, so dass durch die beantragte (Weiter-)Nutzung der Antragsgegnerin selbst keine zusätzlichen Aufwände durch die Ermöglichung der Mitnutzung entstehen; sie fallen durch die bloße Gewährung einer Fortsetzung der bereits bestehenden Nutzung auch nicht nochmals an. Waren die streitgegenständlichen Endleitungen bereits vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes der Antragstellerin zur Verfügung gestellt worden, sind diese Aufwände bereits vor so langer Zeit angefallen, dass ein möglicher Vergütungsanspruch nach § 195 BGB inzwischen verjährt ist.
- 282 Sofern die Beigeladene zu 18 als neue Eigentümerin der Endleitungen Aufwände für die Auftragsver- und -bearbeitung vorträgt, ist festzuhalten, dass das in diesem Zusammenhang aufgeführte Anlegen der Datensätze zu den Telekommunikationsunternehmen, die die Endleitungen nutzen, in ihren Abrechnungssystemen hier nicht aus der Ermöglichung der Mitnutzung herrührt. Vielmehr geht er auf den Erwerb der Endleitungen durch die Beigeladene zu 18 von der Antragsgegnerin zurück, und hängt damit nicht mit der Gewährung der Nutzung von Endleitungen zusammen. Die Kosten, die über den Betrieb der Abrechnungssysteme anfallen, konnte die Beigeladene zu 18 nicht beziffern. Überdies ist fraglich, inwiefern bei einer Überlassung nach dem Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 6 TKG laufende Kosten der Auftragsver- und -bearbeitung anfallen sollen, die ein regelmäßig zu entrichtendes Entgelt rechtfertigen können.
- 283 Entstehen während der Überlassungszeit Aufwände durch die Mitnutzung (z. B. für Wartung oder wegen zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen), sind diese ebenfalls von der Antragstellerin zu tragen. Für ein regelmäßig zu entrichtendes Entgelt eignen sich Kosten für regelmäßig anfallende Aufwände deren Höhe hinreichend kalkulierbaren Schwankungen unterliegt und damit gut planbar ist. Solche Aufwendungen konnte die Antragsgegnerin ausweislich ihres Schriftsatzes vom 11. 2. 2021 (S. 16 f.) nicht hinreichend genau beziffern. Daher sind auch sie im Einzelfall zu ermitteln und gegenüber der Antragstellerin nachzuweisen.
- 284 Aufwände für Entstörung fallen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Telekommunikationsnetzen oder der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten an. Da die Antragstellerin mit den streitgegenständlichen Endleitungen ihr Netz in den Räumen (Wohnungen) ihrer Teilnehmer (Kunden) abschließt, sind sie Teil des von ihr betriebenen Netzes, über das sie ihre Telekommunikationsdienste anbietet. Damit ist sie für die Entstörung zuständig und nicht auf derartige Vorleistungen der Antragsgegnerin

oder eines von ihr betrauten Unternehmens mit – auch für die Entstörung – definierten Service Levels angewiesen. Überdies können Störungen von Teilnehmeranschlussleitungen auch auf anderen Abschnitten als der Endleitung auftreten. Daher ist hier zunächst immer die Antragstellerin gegenüber ihren Endkunden (aber auch Vorleistungskunden) erster Ansprechpartner; nur sie ist in der Lage, Störungen auf der gesamten Anschlusslinie zu orten und sich um deren Beseitigung zu kümmern. In diesem Zusammenhang sind ggf. Kosten für die Gewährung des Zugangs, sofern er nicht vom Mieter gewährt werden kann sowie Kosten der Reparatur an der Endleitung von der Antragstellerin zu tragen, wenn Arbeiten daran erforderlich sind. Kosten, die für die Beseitigung von Störungen an Endleitungen anfallen, die nicht der Antragstellerin zuzurechnen sind, sind nicht von ihr zu tragen – z. B. wenn ein Mieter eine Leitung angebohrt hat.

- 285 Die in Rz. 280 f. genannten Kosten fallen entweder nicht regelmäßig oder nicht hinreichend konstant an, um sie über ein regelmäßigen Abständen zu entrichtendes Entgelt zu vergüten. Eine Verteilung der zu Beginn (sofern hier überhaupt noch relevant; s. a. Rz. 281) und zum Ende der Mitnutzung oder nicht regelmäßig entstehenden Zusatzkosten auf einen im Vorhinein nicht exakt bestimmbar Zeitraum führt demgegenüber in der Regel zu einer ungenaueren Kostenallokation. Vielmehr ist daher eine direkte Abrechnung und Zahlung in unmittelbarer Folge zu ihrem Entstehen für beide Seiten möglich und damit sachgerechter.

*Nach § 77n Abs. 6 S. 2 TKG nicht zu berücksichtigende Kosten*

- 286 Dieser Maßstab umfasst – wie auch § 77n Abs. 2 S. 2 TKG – keine Investitions- und Finanzierungskosten für die Leitungen. Dabei kann man davon ausgehen, dass diese nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auf anderem Wege zu decken sein werden, wie z. B. auch die Investitionskosten für übrige hausinterne Ver- und Entsorgungsleitungen (z. B. Strom-, Wasser-, Abwasser- und Heizung). Aufgrund solcher anderweitigen Möglichkeiten soll insbesondere eine Doppelverrechnung – wie sie die Beigeladenen zu 1, 2 und 11 befürchten, vermieden werden.
- 287 Indes können die Investitions- und Finanzierungskosten für den der Endleitung vorgelagerten Abschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zwischen Hauptverteiler (HVt) bzw. Kabelverzweiger (KVz) und dem Abschlusspunkt der Linientechnik (APL), an dem die Endleitung beginnt, von Telekommunikationsnetzbetreibern – wie der Antragstellerin – nicht auf anderem Wege als über Telekommunikationsdienstleistungen refinanziert werden. Durch eine Überlassung von Teilnehmeranschlussleitungen zu Zusatzkosten würde dem Telekommunikationsnetzbetreiber die Amortisationsmöglichkeit für die Investitionskosten beschnitten. Zudem enthalten auch die regulierten Entgelte für die Überlassung von Teilnehmeranschlussleitungen der Antragstellerin keine Investitions-, Finanzierungs- oder Betriebskosten für die Endleitung.

*vgl. zuletzt Beschluss BK3c-19/001 v. 26. 6. 2019, S. 70.*

## 2.4 Widerrufsvorbehalt

- 288 Die Beschlusskammer stellt die Entscheidung mit Blick auf den Zivilrechtsstreit vor dem OLG Hamburg (Az. 6 U 175/17) insgesamt unter einen Widerrufsvorbehalt. Soweit der Antragstellerin das Eigentum an den streitgegenständlichen Infrastrukturen ganz oder teilweise durch rechtskräftige Entscheidung zugesprochen werden sollte, wäre das hier angeordnete Recht auf Mitnutzung an den streitgegenständlichen Infrastrukturen (Kupferverkabelung) nicht mehr oder nur noch in Teilen erforderlich, da diese auch von der zivilrechtlichen Streitigkeit umfasst sind.
- 289 Dabei geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Streitparteien die Beschlusskammer über den Ausgang dieses Zivilrechtsverfahrens informieren.
- 290 An der Duldungsverpflichtung gegenüber der Antragsgegnerin als Gebäudeeigentümerin gemäß Ziffer 2 des Tenors würde eine mögliche neue Eigentumslage an den streitgegenständlichen Infrastrukturen nichts ändern. Sie ist daher vom Widerrufsvorbehalt ausgenommen.
- 291 Ein solcher Widerrufsvorbehalt ist als Nebenbestimmung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG verhältnismäßig, da die mit dem Beschluss angestrebte Zielrichtung einer Klärung der Mitnutzungsberechtigung und damit dem Zugang auf die streitgegenständliche Infrastruktur mit dem hier gewählten Mittel einer Nebenbestimmung in Form eines Widerrufsvorbehalts am zweckmäßigsten erreicht werden kann.
- 292 Der Widerrufsvorbehalt ist geeignet, das hier angestrebte Ziel – nämlich die Verknüpfung dieser Entscheidung mit dem Ausgang der zivilrechtlichen Streitigkeit zwischen den Parteien über das Eigentum an den streitgegenständlichen Leitungen, herzustellen. Sollte die zivilrechtliche Entscheidung letztinstanzlich und rechtskräftig eine andere und damit dieser Entscheidung zuwiderlaufende Aussage zum Eigentum an den Leitungen treffen, führt der Widerrufsvorbehalt dazu, dass die Beschlusskammer die hier getroffene Anordnung ggf. auch nur teilweise aufheben und an die dann aktuelle zivilrechtliche Entscheidung anpassen kann.
- 293 Der Widerrufsvorbehalt ist auch erforderlich, da kein anderes, milderer Mittel erkennbar ist, welches den Zweck genauso effektiv erreichen kann. Insbesondere kommen hier sowohl eine Befristung wie auch eine auflösende Bedingung nicht in Betracht, da sie nicht das Ziel der Verknüpfung nicht genauso effektiv sicherstellen. Denn die Befristung müsste bereits jetzt einen Zeitpunkt voraussehen können, zu dem die Entscheidung vor dem Zivilgericht rechtskräftig vorliegt, was derzeit noch nicht absehbar erscheint, da auch noch eine weitere Instanz folgen kann und höchstwahrscheinlich auch wird. Eine auflösende Bedingung müsste bereits genauer festlegen, bei welcher Form der Entscheidung die hiesige Anordnung entfallen könnte. Da eine solche Entscheidung von vielen einzelnen Aspekten abhängig ist, ist sie kaum vorhersehbar und kann sich auch bzgl. Einzelheiten ggf. noch einmal sehr ausdifferenziert darstellen. Eine auflösende Bedingung wäre daher nur sehr pauschal möglich und würde demgemäß möglicherweise über das Ziel hinausschießen, indem die Anordnung komplett

hinfällig werden könnte. Daher ist der Widerrufsvorbehalt genauer und gibt der Beschlusskammer die Möglichkeit, sich mit der dann getroffenen zivilrechtlichen Entscheidung auseinanderzusetzen und die Anordnung möglicherweise in differenzierterer oder anderer Form erneut treffen zu können.

- 294 Der Widerrufsvorbehalt ist auch angemessen, weil beide Parteien – sowohl Antragstellerin als auch Antragsgegnerin – gleichlaufende Interessen daran haben, zwei miteinander genau kompatible Entscheidungen zu erhalten, die es ermöglichen, die Dinge bzgl. der streitgegenständlichen Infrastrukturen sowohl zivilrechtlich wie auch telekommunikationsrechtlich miteinander zu klären.

## **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nach § 137 Abs. 2 TKG nicht statt.

Eine Klage hat nach § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, 7. 6. 2021

Vorsitzende

Beisitzerin

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Gille-Lindhorst

Dr. Kutzscher

## Gliederung

1	Sachverhalt .....	6
2	Gründe .....	26
2.1	Rechtsgrundlage.....	26
2.2	Formelle Voraussetzungen .....	26
2.2.1	Zuständigkeit .....	26
2.2.2	Verfahren.....	26
2.2.3	Frist.....	28
2.2.3.1	Sachbescheidungsinteresse.....	29
2.2.3.2	Passivlegitimation der Antragsgegnerin .....	32
2.2.3.3	Verstreichen der Frist gemäß § 77n Abs. 6 TKG.....	40
2.2.3.4	Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen .....	40
2.3	Materielle Voraussetzungen .....	41
2.3.1	Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin.....	41
2.3.2	Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77k Abs. 2 und 3 TKG .....	45
2.3.2.1	Richtige Antragstellerin .....	45
2.3.2.2	Richtige Antragsgegnerin .....	45
2.3.2.3	Antragsgegenstand Endleitungen .....	48
2.3.3	Materielle Rechtmäßigkeit des Mitnutzungsantrags .....	52
2.3.3.1	Doppelung der Netzinfrastrukturen.....	53
2.3.3.2	Zumutbarkeit des Mitnutzungsantrags.....	55
2.3.3.3	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	64
2.3.4	Bedingungen der Mitnutzung .....	66
2.3.4.1	Zugangsermöglichung gemäß Tenorziffer 2 .....	66
2.3.4.2	Ende der Mitnutzung gemäß Tenorziffer 3 .....	67
2.3.4.3	Mitnutzungsentgelte gemäß § 77n Abs. 6 S. 2 TKG (Tenorziffer 4).....	69
2.4	Widerrufsvorbehalt.....	73
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	75

Anlage Ast. 1  
geschwärzt