
Datum: 24.05.2024
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 1. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 K 5359/23
ECLI: ECLI:DE:VGK:2024:0524.1K5359.23.00

Nachinstanz: Bundesverwaltungsgericht, 6 B 14.24

Schlagworte: Telekommunikation, Vor-Ort-Untersuchung, Mitnutzung, Beschlusskammer, Fortsetzungsfeststellungsklage, Erledigung

Normen: § 137 TKG, § 138 TKG, § 141 TKG, § 149 TKG, § 211 TKG, § 113 VwGO, § 43 Abs. 2 VwVfG

Leitsätze:

1. Die vorherige Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG ist keine zwingende Voraussetzung für einen Mitnutzungsantrag nach § 138 TKG (siehe bereits VG Köln, Beschluss vom 05.01.2024, - 1 L 2033/23 -).
2. Die Verpflichtung, ein Angebot nach § 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TKG zu legen, stellt zugleich fest, dass aufgrund des konkreten Antrags Mitnutzung unter den Bedingungen des § 138 Abs. 2 Satz 2 und 3 TKG zu gewähren ist. Die Beschlusskammerentscheidung erledigt sich daher nicht i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG durch eine Angebotslegung.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Soweit die Beteiligten das Verfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, wird das Verfahren eingestellt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen und der Beklagten zu 4/5. Die Beklagte

und die Beigeladene tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu je 1/10. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Tatbestand

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- 8
- 9
- Gegenstand des Rechtsstreits ist die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen öffentlicher Versorgungssysteme für den Einbau von Komponenten zur Errichtung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes.
- Die Klägerin ist als Rechtsnachfolgerin aus der DB Netz AG hervorgegangen, die als bundeseigenes Eisenbahninfrastrukturunternehmen den überwiegenden Teil des Schienennetzes in der Bundesrepublik Deutschland betreibt. Die Beigeladene ist ein bundesweit tätiges Telekommunikationsunternehmen und betreibt ein eigenes öffentliches Telekommunikationsnetz.
- Mit Schreiben vom 6. Oktober 2022 beantragte die Beigeladene bei der Klägerin die Mitnutzung vorhandener passiver Netzinfrastrukturen gemäß § 138 TKG in Form eines Leerrohrzugangs im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer N03 in 00000 A.. Der Antrag enthielt Angaben zur Größe des begehrten Mikroerhohres, einen Lageplan, Angaben zum Ausführungszeitraum sowie die Angabe, dass das Vorhaben des digitalen Hochgeschwindigkeitsausbaus für einzelne Kunden im Bereich nördlich des Bahnübergangs erfolge.
- Die Klägerin unterbreitete im bilateralen Vorverfahren kein Mitnutzungsangebot, sondern bestand darauf, dass die Beigeladene gemäß den „Nutzungsbedingungen für die Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen zum Zwecke des Ausbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität“ (TK-Nutzungsbedingungen) der Klägerin zunächst eine Vor-Ort-Untersuchung beantragen und auf eigene Kosten durchführen müsse. Die Beigeladene entgegnete, dass sie bereits wisse, dass vor Ort ein geeignetes Mikroerhohr frei sei und daher keine Notwendigkeit für eine Vor-Ort-Untersuchung bestehe.
- Die Beigeladene stellte daraufhin mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Mai 2023 bei der Beschlusskammer 11 der Beklagten einen Streitbelegungsantrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 7 Nr. 1 i.V.m. §§ 138, 211 Abs. 2, 214 TKG auf Mitnutzung einer passiven Netzinfrastruktur dahingehend, die Klägerin zu verpflichten, ihr ein Mikroerhohr mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des genannten Bahnübergangs zu überlassen und ihr ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.
- Zur Begründung führte die Beigeladene aus, dass die Klägerin keinen rechtserheblichen Versagungsgrund geltend gemacht habe. Dass vor der Beantragung einer Mitnutzung eine Vor-Ort-Untersuchung durchgeführt werden müsse, sei gesetzlich nicht vorgesehen und könne auch nicht auf die Gebote der Fairness und Angemessenheit der Mitnutzung gestützt werden.
- Die Klägerin erwiderte, die Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung vor Beantragung einer Mitnutzung könne aufgrund des hohen operativen Aufwands sowie angesichts vielfältiger eisenbahnspezifischer Inanspruchnahmen von Kabelführungssystemen als faire und angemessene Bedingung für die Mitnutzung angesehen werden.

Mit Beschluss vom 18. September 2023 (Az. BK11-23-008), zugestellt am 22. September 2023, gab die Beschlusskammer 11 der Beklagten dem Streitbeilegungsantrag statt und verpflichtete die Klägerin, der Beigeladenen ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohres mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer N03 in 00000 A. zu unterbreiten (Ziffer 1). Des Weiteren drohte sie der Klägerin die Festsetzung eines Zwangsgelds in Höhe von 10.000,00 Euro an, sollte sie der Ziffer 1 nicht bis zum 23. Oktober 2023 nachkommen (Ziffer 2).

Zur Begründung führte die Beschlusskammer 11 aus, die formellen und materiellen Voraussetzungen der Streitbeilegungsentscheidung seien erfüllt. In formeller Hinsicht habe eine verbindliche Streitbeilegungsentscheidung nach § 149 Abs. 1 TKG i.V.m. § 138 Abs. 2 TKG beantragt werden können, da das bilaterale Angebotsverfahren erfolglos gewesen sei. Die Klägerin habe innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG bestimmten Frist kein Angebot zur Mitnutzung des begehrten Leerrohrzugangs abgegeben. Auch in materieller Hinsicht lägen die Anspruchsvoraussetzungen vor. Der Mitnutzungsantrag im bilateralen Vorverfahren habe die erforderlichen Mindestangaben enthalten. Die Beigeladene habe daher einen Anspruch auf die begehrte Mitnutzung und die Legung eines entsprechenden Mitnutzungsangebots. Insbesondere sei keine vorherige Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung erforderlich. Der Gesetzgeber habe kein Stufenverhältnis zwischen § 137 TKG und § 138 TKG vorgesehen. Die mit § 137 TKG eingeräumte Möglichkeit einer Vor-Ort-Untersuchung stelle ein optionales Recht und ein Instrument des Antragstellers, nicht des Infrastrukturinhabers dar. Auch Wortlaut, Gesetzssystematik sowie der Normzweck sprächen gegen ein zwingend vorgegebenes gestuftes Verfahren. Ferner stelle eine vertragliche Pflicht zur Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung vor der Beantragung einer Mitnutzung keine faire und angemessene Bedingung dar. Es seien von der Klägerin weder plausible Gründe für die Notwendigkeit einer Vor-Ort-Untersuchung vorgetragen worden, noch stehe eine solche vertragliche Verpflichtung der Zulässigkeit eines Mitnutzungsantrages entgegen. Die entsprechende Klausel weiche von der im Gesetz angelegten Systematik ab und benachteilige die Beigeladene unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB. Darüber hinaus liege kein Versagungsgrund vor. Insbesondere greife der von der Klägerin im Hinblick auf die Verwendung bestimmter Kabel vorgetragene Versagungsgrund der fehlenden technischen Eignung nicht durch. Denn die Vorschrift des § 141 Abs. 2 Nr. 1 TKG stelle auf die Eignung der passiven Infrastruktur, nicht auf die einzubringenden Komponenten ab.

10

Die Klägerin hat am 25. September 2023 Klage erhoben und am 10. Oktober 2023 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage beantragt (Az. 1 L 2033/23).

11

Im Verfahren 1 L 2033/23 hat das Gericht mit Beschluss vom 5. Januar 2024 die aufschiebende Wirkung der Klage hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung in Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses angeordnet und im Übrigen den Eilantrag abgelehnt. Daraufhin drohte die Beschlusskammer 11 der Beklagten der Klägerin am 16. Januar 2024 erneut ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 Euro – nunmehr gestützt auf den Zwangsgeldrahmen des § 11 Abs. 3 VwVG – an für den Fall, dass sie entgegen Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses vom 18. September 2023 der Beigeladenen nicht bis zum 26. Januar 2024 ein Angebot für die begehrte Mitnutzung unterbreitet. Im Anschluss haben die Klägerin und die Beklagte den Rechtsstreit hinsichtlich Ziffer 2 des streitgegenständlichen Beschlusses übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt.

12

Am 24. Januar 2024 hat die Klägerin der Beigeladenen ein Angebot über den Abschluss eines „TK-Infrastrukturnutzungsvertrag (TK-INV nach § 138 TKG)“ unterbreitet, welches von der Beigeladenen bislang nicht angenommen wurde. Die Klägerin hat ihre Klage im

13

Folgenden umgestellt und begehrt nunmehr in erster Linie die Feststellung der Rechtswidrigkeit von Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023, hilfsweise hält sie am ursprünglichen Anfechtungsantrag fest.

Zur Begründung des Fortsetzungsfeststellungsantrags führt die Klägerin aus, dass durch die Angebotsunterbreitung Erledigung eingetreten sei. Auf andere Weise im Sinne des § 43 Abs. 2 Alt. 5 VwVfG erledige sich ein Verwaltungsakt dann, wenn er eine regelnde Wirkung verliere. Dies sei bei der Erfüllung eines Gebots vielfach der Fall. Erforderlich sei, dass der Verwaltungsakt nicht mehr geeignet sei, rechtliche Wirkungen zu erzeugen, oder dass die ihm ursprünglich innewohnende Steuerungsfunktion nachträglich entfallen sei. Die Angebotsunterbreitung könne nicht mehr rückgängig gemacht werden. Insbesondere habe sich die Klägerin nicht vorbehalten, von dem Angebot im Falle einer anderen rechtskräftigen Entscheidung im anhängigen Rechtsstreit abzurücken. 14

Sie habe ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023. Dieses ergebe sich aus einer Wiederholungsgefahr. Aufgrund ihrer Stellung als Eigentümerin und Betreiberin öffentlicher Versorgungsnetze seien weitere Mitnutzungsanträge nach § 138 TKG bei ihr zu erwarten. Sie wolle auch bei zukünftigen Mitnutzungsanträgen eine Angebotsabgabe von einer vorherigen Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung abhängig machen. Die Beklagte werde von ihrer gegensätzlichen Rechtsauffassung ohne entsprechende gerichtliche Entscheidung nicht abweichen. Es stehe daher zu erwarten, dass sie in Zukunft von der Beklagten erneut zur Mitnutzungsgewährung ohne vorherige Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung verpflichtet werde. 15

In der Sache verweist die Klägerin auf ihr Vorbringen im Eilverfahren. Dort führte sie im Wesentlichen aus, sie dürfe von einem nach § 138 TKG mitnutzungsbeantragenden Unternehmen verlangen, dass dieses zunächst einen Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG stelle. Ohne vorherige Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung sei es ihr nicht möglich zu beurteilen, ob ausreichende Kapazität in der angefragten passiven Infrastruktur vorhanden sei. Es könne ihr nicht zugemutet werden, die zur Ermittlung des Vorhandenseins ausreichender Kapazität für die begehrte Mitnutzung erforderlichen Aufwendungen selbst zu tragen. Bei dem Erfordernis der vorherigen Vor-Ort-Untersuchung handele es sich jedenfalls um eine faire und angemessene Bedingung für die Mitnutzung im Sinne von § 138 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG. 16

Die Klägerin beantragt schriftsätzlich, 17

festzustellen, dass Ziffer 1 des Beschlusses der Beklagten vom 18. September 2023 (Az.: BK11-23-008) rechtswidrig war, bis die Klägerin der Beigeladenen am 24. Januar 2024 ein Angebot über die Mitbenutzung eines Leerrohrs mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer N03 in 00000 A. unterbreitete, 18

hilfsweise, 19

die Anordnung in Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben. 20

Die Beklagte beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

23

Zur Begründung führt sie aus, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht statthaft sei, da sich Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023 nicht erledigt habe. Eine Erledigung eines Verwaltungsakts trete durch Vollziehung insbesondere dann nicht ein, wenn dem Verwaltungsakt eine feststellende Wirkung über eine Leistungspflicht innewohne, die auch nach dessen Vollziehung fortbestehe. So sei es hier der Fall. Die Verpflichtung zur Unterbreitung eines Mitnutzungsangebots im angefochtenen Beschluss beinhalte sogleich die Feststellung, dass die Klägerin zur Gewährung der Mitnutzung gemäß dem Antrag verpflichtet sei. Diese Pflicht bestehe auch nach der Unterbreitung eines Mitnutzungsangebotes fort. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Beigeladene das Angebot annehme oder hiergegen Einwendungen erhebe. Auch auf die Frage, ob das Angebot nur vorbehaltlich einer anderen rechtskräftigen Entscheidung abgegeben worden sei, komme es nicht an. Zwar habe die Klägerin durch die Angebotslegung ihre Verpflichtung aus Ziffer 1 des angefochtenen Beschlusses erfüllt mit der Folge, dass diese ihr gegenüber nicht mehr vollstreckt werden könne. Jedoch werde das bislang geführte Streitbeilegungsverfahren über die begehrte Mitnutzung dadurch nicht obsolet. Denn für den Fall, dass das unterbreitete Angebot keine fairen und angemessenen Bedingungen enthielte, wäre ohne vorherige Antragstellung nach § 138 Abs. 1 TKG gegebenenfalls auf Grundlage der im bisherigen Streitbeilegungsverfahren getroffenen Feststellungen im Rahmen einer weiteren Streitbeilegungsentscheidung durch die zuständige Beschlusskammer der Beklagten zu entscheiden.

In der Sache verweist die Beklagte im Wesentlichen auf ihr Vorbringen im Eilverfahren, in welchem sie wiederum im Wesentlichen die Begründung des Beschlusses wiederholt hatte. 24

Die Beigeladene beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Zur Begründung führt sie aus, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht statthaft sei, da eine Erledigung der Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023 nicht eingetreten sei. Sie ist der Ansicht, dass aus dem Umstand, dass die Klägerin an ihrer Rechtsauffassung festhalte, dass eine vorherige Vor-Ort-Untersuchung erforderlich sei, gleichzeitig folge, dass sie ihr Angebot nur vorbehaltlich einer anderen rechtskräftigen Entscheidung des in dieser Sache geführten Rechtsstreits unterbreitet habe. Ferner könne der Antrag i.S.d. § 146 BGB noch bis zu dessen Annahme etwa durch Ablehnung oder Ablauf einer Annahmefrist erlöschen, sodass die Befolgung des Verwaltungsakts vorliegend noch rückgängig gemacht werden könne. 27

Jedenfalls fehle es der Klägerin an einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse, da keine Wiederholungsfahr vorliege. Aus dem Vortrag der Klägerin, bei ihr würden regelmäßig entsprechende Mitnutzungsanträge gestellt, folge nicht, dass unter wesentlich unveränderten tatsächlichen Umständen ein mit dem Beschluss vom 18. September 2023 gleichartiger Verwaltungsakt ergehen werde. Die Beigeladene beabsichtige derzeit nicht, bezüglich der streitgegenständlichen passiven Netzinfrastruktur weitere Mitnutzungsanträge bei der Klägerin zu stellen. Alle anderen passiven Netzinfrastrukturen seien mit der hiesigen Fallkonstellation nicht vergleichbar. Gerade Mitnutzungsanträge seien ausweislich § 138 Abs. 1 Satz 1 TKG und § 141 Abs. 2 TKG in hohem Maße von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Daran ändere auch der Vortrag der Klägerin, sie wolle ihre zukünftige Antragsbearbeitung in allen Fällen von der Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung abhängig machen, nichts, da sie damit lediglich eine abstrakte Rechtsfrage geklärt wissen wolle. 28

In der Sache verweist die Beigeladene ebenfalls im Wesentlichen auf ihr Vorbringen im Eilverfahren.

Die Beteiligten haben sich mit Schriftsätzen vom 8. Mai 2024 (Beigeladener) und 13. Mai 2024 (Klägerin und Beklagte) mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte dieses Verfahrens und des Verfahrens 1 L 2033/23 und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten. 31

Entscheidungsgründe 32

Das Gericht konnte ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten ihr Einverständnis erklärt haben, § 101 Abs. 2 VwGO. 33

Soweit die Klägerin und die Beklagte das Verfahren übereinstimmend hinsichtlich Ziffer 2 des Beschlusses vom 18. September 2023 für in der Hauptsache erledigt erklärt haben, war das Verfahren einzustellen (§ 92 Abs. 3 VwGO analog). 34

Im Übrigen hat die Klage keinen Erfolg. Sie ist in ihrem Hauptantrag unzulässig (dazu 1.) und in ihrem Hilfsantrag unbegründet (dazu 2.). 35

1. Der als Hauptantrag gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist unstatthaft, da sich Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023 entgegen der Auffassung der Klägerin nicht im Sinne des § 43 Abs. 2 VwVfG erledigt hat. 36

Die Erledigung eines Verwaltungsakts tritt erst dann ein, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm ursprünglich innewohnte, nachträglich entfallen ist. 37

Vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Februar 2024 – 11 A 8.23 –, Rn. 15, juris. 38

Danach hat sich Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023 nicht bereits durch die Unterbreitung des Angebots vom 24. Januar 2024 erledigt. Denn die Verpflichtung, ein Angebot nach § 149 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TKG zu legen, stellt zugleich fest, dass aufgrund des konkreten Antrags Mitnutzung unter den Bedingungen des § 138 Abs. 2 Satz 2 und 3 TKG zu gewähren ist. Diese Feststellung ist der wesentliche Inhalt der Entscheidung der Beschlusskammer. Sie entfaltet ungeachtet der zwischenzeitlichen Angebotslegung rechtliche Wirkung. So ergibt sich aus ihr zugleich die Verpflichtung, das Angebot aufrechtzuerhalten oder auch im Falle einer Ablehnung erneut (mit eventuell geänderten Bedingungen) zu unterbreiten, bis ein Vertrag über die begehrte Mitnutzung nach § 138 TKG zustande gekommen ist oder von der Beigeladenen endgültig nicht mehr weiter verfolgt wird. 39

Hätte sich die Verpflichtung in Ziffer 1 des Bescheids – wie die Klägerin meint – bereits durch die erste Unterbreitung eines Angebots erledigt, würde die rechtliche Klärung dieses ersten Verfahrens über das „Ob“ der Mitnutzung verloren gehen, sobald das mitnutzungsbegehrende Unternehmen mit den Bedingungen des unterbreiteten Angebots nicht einverstanden ist und etwa ein Gegenangebot unterbreitet (vgl. § 150 Abs. 2 BGB). Der Versorgungsnetzeigentümer/betreiber kann sich so in einem möglichen weiteren Streitbeilegungsverfahren, falls sich die Beteiligten über die Modalitäten der Mitnutzung nicht einigen können, nicht mehr durchgreifend auf die Versagungsgründe aus § 141 TKG berufen. 40

2. Der Hilfsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Ziffer 1 des Beschlusses vom 18. September 2023 ist nicht rechtswidrig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. 42

Hierzu hat das Gericht im Beschluss vom 5. Januar 2024 im Verfahren 1 L 2033/23 folgendes ausgeführt: 43

„Rechtsgrundlage für die Verpflichtung in Ziffer 1 des Beschlusses, mit der gegenüber der Antragstellerin angeordnet wurde, der Beigeladenen „ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohrs mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer N03 in 00000 A. zu unterbreiten“, ist § 149 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 138 Abs. 2 TKG. 44

Nach § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG kann die Antragsgegnerin als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 211 i. V. m. § 214 TKG angerufen und eine verbindliche Entscheidung beantragt werden, wenn der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot zur Mitnutzung abgibt oder keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande kommt. Nach § 138 Abs. 2 Satz 1 TKG müssen Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Antragstellern nach § 138 Abs. 1 TKG innerhalb von zwei Monaten nach Antragsingang ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastruktur für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität unterbreiten. Nach § 138 Abs. 1 TKG können Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze (hier: die Beigeladene) bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze (hier: die Antragstellerin) die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität beantragen. 45

Die formellen Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG [richtig: § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG] lagen zum Zeitpunkt der Antragstellung vor. 46

Die Beigeladene stellte am 6. Oktober 2022 bei der Antragstellerin einen Antrag auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze, welcher den Anforderungen des § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG gerecht wird. 47

Nach § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG muss der Antrag eine detaillierte Beschreibung des Projekts und der Komponenten des öffentlichen Versorgungsnetzes, für die die Mitnutzung beantragt wird (Nr. 1), einen genauen Zeitplan für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung (Nr. 2) und die Angabe des Gebiets, das mit Netzen mit sehr hoher Kapazität erschlossen werden soll (Nr. 3) enthalten. 48

Die Beschreibung der Komponente des öffentlichen Versorgungsnetzes, für die die Mitnutzung beantragt wird, hat den für den konkreten Einzelfall ausreichenden Detailgrad i.S.d. § 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG. Zwar enthält der Antrag der Beigeladenen keine Koordinaten der Ein- und Ausstiegspunkte, sondern erfragt diese erst noch bei der Antragstellerin. Der Antrag enthält jedoch eine genaue Bezeichnung des Bahnübergangs, in dessen Bereich die Mitnutzung eines vorhandenen Leerrohres in der Querung der Bahngleise zur Erschließung einzelner Kunden im Bereich nördlich des Bahnübergangs mit Glasfaserkabeln beantragt wird. Beigefügt ist ein Lageplan, auf welchem der Bahnübergang gekennzeichnet ist. Dies ist hier bei der begehrten Mitnutzung einer Querung von Bahngleisen an einem bestimmten Bahnübergang ausreichend. Denn letztlich kommt es der mitnutzungsbegehrenden Beigeladenen nicht darauf an, welches konkrete Leerrohr ihr im 49

Bereich des Bahnübergangs zur Verfügung gestellt wird. Sie überlässt die Benennung des konkreten Rohrs in zulässiger Weise der Antragstellerin.

Der Antrag enthielt auch einen genauen Zeitplan für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung (Nr. 2) und die Angabe des Gebiets, das mit Netzen mit sehr hoher Kapazität erschlossen werden soll (Nr. 3). 50

Die Antragstellerin hat innerhalb der in § 138 Abs. 2 TKG genannten Frist von zwei Monaten kein Angebot zur beantragten Mitnutzung abgegeben. 51

Auch in materieller Hinsicht ist die Verpflichtung der Antragstellerin, der Beigeladenen „ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohrs mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer N03 in 00000 A. zu unterbreiten“, nicht zu beanstanden. 52

Insbesondere war die Beigeladene nicht gehalten, vor der Stellung des Mitnutzungsantrags nach § 138 Abs. 1 TKG einen Antrag auf Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG zu stellen. 53

Nach § 137 Abs. 1 Satz 1 TKG können Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze eine Vor-Ort-Untersuchung der passiven Netzinfrastrukturen beantragen. 54

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die vorherige Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG keine zwingende Voraussetzung für einen Mitnutzungsantrag nach § 138 TKG. 55

Sinn und Zweck der Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG ist es, dem Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber die Möglichkeit zu geben, sich ein genaueres Bild der passiven Netzinfrastruktur zu verschaffen. Dadurch können frustrierte Aufwendungen vermieden werden, welche entstehen könnten, falls sich ansonsten erst beim Einbau der Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität etwa die Ungeeignetheit der passiven Netzinfrastruktur oder ein sonstiges Hindernis ergeben sollte. Den Regelungen der §§ 136 ff. TKG lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass der Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber nicht bewusst auf die vorherige Vor-Ort-Untersuchung verzichten und das Risiko solcher frustrierten Aufwendungen eingehen könnte. 56

Der Wortlaut der §§ 137, 138 TKG spricht ebenfalls gegen die Annahme, dass es sich bei der Vor-Ort-Untersuchung um eine zwingende Voraussetzung der Mitnutzung handelt. 57

Nach § 137 Abs. 1 Satz 1 TKG „können“ Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze eine Vor-Ort-Untersuchung beantragen. Die Norm ist durch diese Formulierung eindeutig als Recht und nicht als Pflicht der Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber gegenüber den Versorgungsnetzeigentümern/ ?betreibern ausgestaltet. 58

Auch der Wortlaut des § 138 TKG enthält hierfür keine Anhaltspunkte. § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG regelt notwendige Angaben im Antrag nach § 138 Abs. 1 Satz 1 TKG. Wenn der Gesetzgeber hätte regeln wollen, dass es sich bei der Vor-Ort-Untersuchung um eine zwingende Voraussetzung des Mitnutzungsantrags handeln soll, wäre zu erwarten gewesen, dass er an dieser Stelle als notwendige Angabe im Antrag auch etwa das Durchführungsdatum oder das Ergebnis der Vor-Ort-Untersuchung nennt. 59

Auch aus der den Regelungen der §§ 136 ff. TKG zugrundeliegenden Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation (im Folgenden: RL 2014/61/EU) ergibt sich nichts anderes.

Art. 4 Abs. 5 Satz 1 RL 2014/61/EU regelt, dass die Mitgliedstaaten vorzuschreiben haben, dass Versorgungsnetzeigentümer/-betreiber auf konkreten schriftlichen Antrag eines Telekommunikationsnetzeigentümers/-betreibers zumutbaren Anträgen auf Vor-Ort-Untersuchung bestimmter Komponenten ihrer physischen Infrastrukturen stattgeben müssen. Erwägungsgrund 22 der RL 2014/61/EU spricht davon, dass Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber „die Möglichkeit haben“ sollten, „Vor-Ort-Untersuchungen durchzuführen“. Daraus ergibt sich, dass die Vor-Ort-Untersuchung nach dem Willen des Richtliniengebers der Erweiterung des Rechtskreises der Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber dienen sollte und nicht als zwingende Voraussetzung eines Mitnutzungsantrags gedacht war. 61

Der Informationsanspruch nach § 136 TKG und die Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG sind nur insoweit „dem Mitnutzungsanspruch logisch vorausgehende Stufen“, 62

so VG Köln, Beschluss vom 29. Dezember 2022 – 1 L 1150/22 –, Rn. 32, juris, 63

als dass deren Geltendmachung zeitlich nach Stellung des Antrags auf Mitnutzung nach § 138 TKG nicht mehr zielführend wäre. Wenn überhaupt ein Antrag nach § 136 TKG oder § 137 TKG gestellt wird, dann zeitlich vor Stellung des Antrags nach § 138 TKG. 64

Es kann sich lediglich im Einzelfall eine faktische Notwendigkeit für die Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG für den Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber ergeben, wenn er ohne die vorherige Vor-Ort-Untersuchung nicht in der Lage wäre, die nach § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG notwendigen Angaben im Mitnutzungsantrag zu machen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, da der Antrag vom 6. Oktober 2022, wie oben ausgeführt, den Anforderungen des § 138 Abs. 1 Satz 2 TKG gerecht wird. 65

Die Antragstellerin kann die Vor-Ort-Untersuchung auch nicht über ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mitnutzungen als zwingende Voraussetzung eines Mitnutzungsantrags über § 138 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TKG als „faire und angemessene Bedingung“ statuieren. Denn diese Norm regelt das auf den Antrag auf Mitnutzung hin erfolgende Angebot des Versorgungsnetzeigentümers/-betreibers. Dieser Verfahrensschritt kommt erst zum Tragen, wenn bereits das Vorliegen eines vollständigen Antrags nach § 138 Abs. 1 TKG bejaht wurde. In diesem späteren Verfahrensschritt können aber logischerweise keine zusätzlichen Voraussetzungen für einen vorherigen, bereits abgeschlossenen Verfahrensschritt aufgestellt werden. 66

Die Antragstellerin dringt auch nicht mit dem Einwand durch, dass sie ohne vorherige Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG nicht in der Lage sei zu beurteilen, ob die passive Netzinfrastruktur, deren Mitnutzung beantragt ist, ausreichend Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität bietet. Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen und die (nach § 137 Abs. 5 TKG für den Telekommunikationsnetzeigentümer/-betreiber kostenpflichtige) Vor-Ort-Untersuchung deshalb als zwingende Voraussetzung für eine Mitnutzung ansehen, würde dies die vom Gesetzgeber vorgesehene Darlegungs- und Beweislastverteilung unterlaufen. Denn die Frage des fehlenden Platzes für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität hat der Gesetzgeber in § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG als 67

| | |
|--|----|
| Einwendung des Versorgungsnetzeigentümers/-betreibers geregelt. Für die Einwendungen nach § 141 Abs. 2 TKG trägt der Versorgungsnetzeigentümer/-betreiber die Darlegungs- und Beweislast, | |
| so auch ausdrücklich der Gesetzgeber des DigiNetzG, BT-Drucks. 18/8332, S. 48. | 68 |
| Dies entspricht auch der zugrundeliegenden Regelung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 RL 2014/61/EU. | 69 |
| Die Antragstellerin hat keinen Ablehnungsgrund i.S.d. § 141 Abs. 2 TKG dargelegt. Nach dieser Vorschrift darf der Antrag auf Mitnutzung nur abgelehnt werden, wenn einer der in den folgenden Nr. 1-7 genannten Gründe vorliegt. | 70 |
| Den Ablehnungsgrund des fehlenden Platzes nach § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG hat die Antragstellerin schon deshalb nicht dargelegt, weil sie, wie bereits ausgeführt, lediglich geäußert hat, dass sie nicht wisse, ob ausreichend Platz vorhanden sei. | 71 |
| Die von der Antragstellerin in der Antragserwiderung im Verwaltungsverfahren geltend gemachte und in der mündlichen Verhandlung vor der Beschlusskammer der Antragsgegnerin wiederholte Ablehnung nach § 141 Abs. 2 Nr. 4 TKG („konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die beantragte Mitnutzung die Integrität oder Sicherheit bereits bestehender öffentlicher Versorgungsnetze, insbesondere nationaler Kritischer Infrastrukturen, gefährdet“) bezog sich auf den Fall, dass die Beigeladene beabsichtigen sollte, selbst ein Mikrorohr zu verlegen. Darauf war der Mitnutzungsantrag der Beigeladenen aber nicht gerichtet. Beantragt war vielmehr von Anfang an (nur) die Mitnutzung eines bereits vorhandenen Leerrohres mit einem Mindestdurchmesser von 9 mm. Entsprechend lautet auch der Tenor des streitgegenständlichen Beschlusses der Antragsgegnerin. Im Übrigen dürfte es sich bei der Frage, ob das Kabel mit einem es umschließenden (zusätzlichen) Mikrorohr verlegt werden soll, eher um eine Frage des „Wie“ der Mitnutzung handeln als um eine Frage des „Ob“. § 141 TKG regelt jedoch nur Ablehnungsgründe für das „Ob“ der Mitnutzung. Regelungen für das „Wie“ der Mitnutzung finden sich demgegenüber in § 138 Abs. 2 Satz 2 und 3 und Abs. 3 TKG (dazu sogleich). | 72 |
| Auf die von der Antragsgegnerin im angefochtenen Beschluss bejahte Frage, ob Versagungsgründe nur innerhalb der Frist nach § 138 Abs. 2 TKG geltend gemacht werden können und bei Nichtgeltendmachung innerhalb dieser Frist präkludiert sind, kommt es demnach hier nicht an. | 73 |
| Ebenso wenig kommt es zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Beschlusses darauf an, ob die Antragstellerin im Rahmen der „fairen und angemessenen Bedingungen“ nach § 138 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 TKG und zur Wahrung der Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und der anerkannten Regeln der Technik nach § 138 Abs. 3 TKG Vorgaben hinsichtlich der zu verwendenden Kabelmodelle machen kann. Denn Tenor des streitgegenständlichen Beschlusses ist lediglich, dass die Antragstellerin der Beigeladenen „ein Angebot über die Mitnutzung eines Leerrohres mit einem Innendurchmesser von mindestens 9 mm im Bereich des Bahnübergangs am Bahnkilometer N03 in 00000 A. zu unterbreiten“ hat. Der streitgegenständliche Beschluss trifft also keine verbindliche Regelung hinsichtlich der Modalitäten der Mitnutzung. Dennoch sei zur Vermeidung eines möglichen Folgeverfahrens an dieser Stelle angemerkt, dass § 138 Abs. 3 TKG zwar Anforderungen an die Art und Qualität der zu verwendenden Kabel stellt, eine einseitige abschließende Auflistung bestimmter Kabelmodelle von bestimmten Herstellern durch den Versorgungsnetzeigentümer/-betreiber aber wohl nicht zulässig sein dürfte. Der Versorgungsnetzeigentümer/-betreiber hat keine Kompetenz abschließend festzustellen, | 74 |

welche Kabelmodelle welcher Hersteller den spezifischen Anforderungen seines Versorgungsnetzes genügen und welche nicht.“

Hieran hält das Gericht nach erneuter Prüfung auch für das vorliegende Verfahren fest. Die Beteiligten haben im vorliegenden Verfahren hierzu auch nichts Neues vorgetragen. 75

Soweit die Klägerin und die Beklagte das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt haben, entspricht es billigem Ermessen i.S.v. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, die Kosten des Verfahrens der Beklagten und – gemäß § 154 Abs. 3 VwGO – der Beigeladenen aufzuerlegen. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes hätten sie die Kosten tragen müssen, wenn sich die Hauptsache nicht erledigt hätte, weil sie im Rechtsstreit um die Zwangsgeldandrohung in Ziffer 2 des Beschlusses vom 18. September 2023 voraussichtlich unterlegen gewesen wären. Insoweit wird Bezug genommen auf die Ausführungen des Gerichts im Beschluss vom 5. Januar 2024 im Verfahren 1 L 2033/23. Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen waren insoweit nach § 162 Abs. 3 VwGO für erstattungsfähig zu erklären, da sie einen Sachantrag gestellt hat und damit ein eigenes Kostenrisiko eingegangen ist. 76

Die Revision war nicht zuzulassen (§ 135 VwGO, § 217 Abs. 3 Satz 1 TKG). Die Rechtssache hat insbesondere entgegen der Ansicht der Klägerin keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. 77

Der Umstand allein, dass es zu einer Rechtsfrage noch keine Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gibt, verleiht einer Rechtssache nicht grundsätzliche Bedeutung. Sie hat sie vielmehr nur dann, wenn im Revisionsverfahren zu einer für die Entscheidung des Gerichts maßgeblich gewesenen Rechtsfrage eine höchstrichterliche Entscheidung zu erwarten ist, durch die die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewahrt oder/und das Recht in bedeutsamer Weise fortentwickelt werden kann. An dieser Klärungsbedürftigkeit fehlt es aber, wenn sich die Antwort auf die Rechtsfrage ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt oder durch bisherige Rechtsprechung als geklärt angesehen werden kann. 78

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 31. Juli 1987 – 5 B 49.87 –, Rn. 3, juris. 79

Vorliegend ergibt sich die Antwort auf die gestellte Rechtsfrage, welche der Klägerin grundsätzliche Bedeutung beimisst, ob der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes die Unterbreitung eines Mitnutzungsangebots nach § 138 Abs. 2 TKG von der vorherigen Beantragung und Durchführung einer Vor-Ort-Untersuchung im Sinne des § 137 TKG abhängig machen darf, ohne weiteres aus dem Gesetz. Auch in der Literatur wurde die Rechtsfrage, soweit ersichtlich, bis zum Beschluss des Gerichts vom 5. Januar 2024 im Verfahren 1 L 2033/23 nur vom Syndikusanwalt der Klägerin, welcher diese im Streitbeilegungsverfahren vertreten hat, überhaupt aufgeworfen, 80

vgl. Leitzke in Säcker/Körper, TKG/TTDSG, 4. Auflage 2023, § 138, Rn. 20 ff. 81

Rechtsmittelbelehrung 82

Die Nichtzulassung der Revision kann von den Beteiligten durch Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerde ist schriftlich innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. 83

84

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruhen kann, bezeichnet werden (§ 133 Abs. 3 VwGO).

Auf die ab dem 1. Januar 2022 unter anderem für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts geltende Pflicht zur Übermittlung von Schriftstücken als elektronisches Dokument nach Maßgabe der §§ 55a, 55d Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) wird hingewiesen. 85

Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 VwGO im Übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen. 86

Beschluss 87

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 88

50.000,00 € 89

festgesetzt. 90

Gründe 91

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerin ist es angemessen, den Streitwert auf den festgesetzten Betrag zu bestimmen (§ 52 Abs. 1 GKG). 92

Rechtsmittelbelehrung 93

Gegen diesen Beschluss kann schriftlich oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, Beschwerde bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln eingelegt werden. 94

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. 95

Auf die ab dem 1. Januar 2022 unter anderem für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts geltende Pflicht zur Übermittlung von Schriftstücken als 96

elektronisches Dokument nach Maßgabe der §§ 55a, 55d Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) wird hingewiesen.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt. 97

Die Beschwerdeschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften. 98