

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2024

S. 65 – 128

21. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Andrees Gentzsch
Barbie Kornelia Haller
Martin Henke
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Klaus Müller
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- *Klaus Müller*
Wir reizen die Energiewende an 65
- *Stefan Missling*
Das Eckpunktepapier zur Weiterentwicklung des
Regulierungsrahmens für Strom- und Gasnetzbetreiber 66
- *Margret Schellberg/Simon van den Heuvel*
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2023 72
- *Pius Alexander Benczek*
Die Bedeutung der EU-Gigabit-Infrastruktur-
Verordnung (GIA) für die Erreichung der
Gigabit-Ziele bis 2030: bedingt geeignet und zu spät? 87
- *Olaf Schulz-Gardyan/Julia Blatt-von Raczeck*
Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf:
Baukostenzuschuss für Batteriespeicher 103
- *Bastian Reuße/Till Götz Karrer*
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln:
Vor-Ort-Untersuchung keine zwingende
Voraussetzung für einen Mitnutzungsantrag 111
- *Johann Ante*
Anmerkung zum Urteil des EuGH:
eisenbahnrechtliche Überprüfung von
Altentgelten – Die Länderbahn u.a. 117
- *Andy Niekamp*
Anmerkung zum Urteil des VG Köln: Bildung
von Marktsegmenten bei der Genehmigung
von Schienenwegenutzungsentgelten 125

Beschlusskammerverfahren nach den §§ 211, 213 ff., 149 TKG nicht darunter fassen lässt.

Eine gesonderte Vorschrift zur Anhebung des Zwangsgeldrahmens existiert ebenfalls nicht, anders als etwa im Bereich der Zugangsregulierung in Teil 2 Abschnitt 2 des TKG. Dort normiert § 35 Abs. 7 Satz 2 TKG für Beschlusskammerentscheidungen nach §§ 211 Abs. 1 Satz 1, 35 Abs. 1 TKG über Anordnungen im Rahmen der Zugangsregulierung einen Zwangsgeldrahmen von bis zu einer Million Euro. Auch an einer Vielzahl weiterer Stellen hat der Gesetzgeber im TKG unterschiedlich erhöhte Zwangsgeldrahmen geregelt (vgl. §§ 47 Abs. 2, 103 Abs. 2 Satz 2, 108 Abs. 4 Satz 2, 123 Abs. 8, 183 Abs. 5, 190 Abs. 2 und 204 Abs. 7 TKG). Dies verdeutlicht ebenfalls, dass der Zwangsgeldrahmen des § 202 Abs. 5 TKG nicht allgemein für Maßnahmen der Antragsgegnerin gilt.

Das hier angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 Euro liegt zwar im auch nach § 11 Abs. 3 VwVG geltenden Rahmen. Allerdings hat die Antragsgegnerin in ihrer

Ermessensentscheidung zur Höhe des angedrohten Zwangsgelds in Randnummer 118 des Beschlusses ausdrücklich auf den Zwangsgeldrahmen nach § 202 Abs. 5 TKG Bezug genommen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass sie bei Zugrundelegung des richtigen (deutlich niedrigeren) Rahmens zu einer anderen Höhe gelangt wäre.

Das Gericht hat von einem Hinweis auf die vorstehend dargelegte Rechtswidrigkeit der Zwangsgeldandrohung mit Gelegenheit zur Stellungnahme vor Erlass des Eilbeschlusses im Hinblick auf das berechtigte Interesse der Beteiligten an einer schnellstmöglichen Entscheidung im Eilverfahren betreffend die Grundverfügung in Ziffer 1 der Beschlusskammerentscheidung abgesehen. Im Übrigen bleibt es der Antragsgegnerin unbenommen, jederzeit erneut – allerdings unter ermessensfehlerfreier Zugrundelegung des Zwangsgeldrahmens des § 11 Abs. 3 VwVG – ein entsprechendes Zwangsgeld anzudrohen. Die Antragstellerin wird mit Blick auf die Bußgeldvorschrift des § 228 Abs. 2 Nr. 3 lit. c) TKG auch nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung gehalten sein, der vollziehbaren Anordnung in Ziffer 1 der Beschlusskammerentscheidung nachzukommen.

[...]

Bastian Reuße und Dr. Till Götz Karrer

Anmerkung zum Beschluss des VG Köln vom 5. Januar 2024 – Az. 1 L 2033/23

I. Problem

Mit seinem Beschluss im einstweiligen Rechtsschutz hatte das VG Köln etliche Jahre nach Inkrafttreten der Mitnutzungsregelungen des „DigiNetz-Gesetzes“¹ nunmehr erneut über die rechtlichen Voraussetzungen für die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen von öffentlichen Versorgungsnetzen zu entscheiden.

Die Auseinandersetzung fand erstmalig zwischen den jeweils größten Akteuren auf beiden Seiten statt – zwischen der Telekom Deutschland GmbH (nachfolgend: TDG) als dem die Mitnutzung beantragenden Telekommunikationsunternehmen und der DB Netz AG (mittlerweile: DB InfraGO AG) als Eigentümerin und Betreiberin des öffentlichen Versorgungsnetzes, dessen passive Netzinfrastrukturen in Anspruch genommen werden sollten. Die bundesweit vorhandenen und weitverzweigten Infrastrukturen der Deutschen Bahn drängen sich zur Mitverlegung von Telekommunikationsleitungen geradezu auf,² so dass es beinahe verwundert, dass die DB Netz AG nicht schon viel früher Betroffene eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 149 TKG wurde.³

Im Mittelpunkt des Streits stand die Forderung der DB Netz AG gegenüber der TDG, vor der Entscheidung über die Mitnutzung zunächst eine mehrere tausend Euro teure⁴ Vor-Ort-Untersuchung der mitzunutzenden passiven Netzinfrastrukturen nach § 137 TKG auf eigene Kosten durchführen zu lassen. Indem die Bundesnetzagentur die DB Netz AG – der eigenen Beschlusspraxis⁵ folgend – verpflichtete, der TDG auch ohne prohibitiv wirkende vorherige Vor-Ort-Untersuchung ein Angebot über die Mitnutzung des streitgegenständlichen Leerrohrs zu unterbreiten, und diese Verpflichtung zugleich mit der Androhung eines nicht unerheblichen Zwangsgelds verband, öffnete sie für die DB Netz AG über das einzelne Streitbeilegungsverfahren hinaus jedoch die „Büchse der Pandora“. Bestärkt durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur könnten künftig weitere Telekommunikationsunternehmen Zugang zu den Netzinfrastrukturen der DB Netz AG verlangen. Die inzwischen rechtskräftige Entscheidung des VG Köln, das den Beschluss der Bundesnetzagentur mit Ausnahme der Zwangsgeldandrohung

bestätigte, verschärft die Situation für die DB Netz AG zusätzlich.

Neben dieser insbesondere netzpolitischen Relevanz beantwortet die Entscheidung wichtige Fragen, die im Zusammenhang mit der Mitnutzung nach § 138 TKG noch nicht abschließend geklärt waren. Denn die Voraussetzungen der formalen Beantragung der Mitnutzung, der materiellen Ablehnung („Ob“) sowie die zulässigen Vorgaben an ihre Ausgestaltung („Wie“) waren bislang – trotz in Wortlaut und Systematik recht klarer Ausgestaltung des Normwerks – noch nicht (vollumfänglich) trennscharf abgegrenzt. Daran anknüpfend stellte sich zudem die Frage, welche Partei die Darlegungslast für welchen mitnutzungsrelevanten Umstand in welchem Umfang zu tragen hatte. Einige dieser Fragen führte das VG Köln nun einer Klärung zu.

II. Entscheidung

Dem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren lag der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 18. September 2023⁶ zugrunde, mit dem die Bundesnetzagentur die DB Netz AG verpflichtet hatte, der TDG gemäß § 138 Abs. 2 S. 1 TKG ein Angebot über

1 Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze v. 4.11.2016, BGBl. 2016 I, 2473.

2 Bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes hierzu – wenn auch ablehnend – etwa *Leitzke/Berg*, N&R 2016, 141.

3 Laut der Beschlussdatenbank der Bundesnetzagentur handelt es sich bei dem zugrundeliegenden Beschluss der Bundesnetzagentur (Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008) um das erste Verfahren, an dem die DB Netz AG beteiligt war.

4 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008, Rn. 82; dort wird ein solches Entgelt ausdrücklich als „prohibitiv“ bezeichnet, da es „sogar die Kosten einer Eigenrealisierung der Bahntrassenunterquerung durch die Antragstellerin deutlich übersteigen“ dürfte.

5 Vgl. insbesondere Bundesnetzagentur, Beschl. v. 9.8.2019 – Az. BK11-19/001, Rn. 65 ff.; Beschl. v. 9.8.2019 – Az. BK11-19/002, Rn. 80 ff.; Beschl. v. 9.8.2019 – Az. BK11-19/003, Rn. 75 ff.; in diesen Verfahren trug die TDG als jeweilige Antragsgegnerin bemerkenswerterweise selbst das Erfordernis einer der Mitnutzung vorangehenden Vor-Ort-Untersuchung nach dem damaligen § 77c TKG 2016 vor.

6 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008.

die Mitnutzung eines Leerrohrs zu unterbreiten. Zugleich drohte die Bundesnetzagentur für den Fall, dass die DB Netz AG nicht bis zu einem festgesetzten Zeitpunkt das Angebot unterbreiten würde, die Festsetzung eines Zwangsgelds i. H. v. 10.000 Euro an.

Die gegen diesen Beschluss gerichtete Anfechtungsklage der DB Netz AG hatte wegen § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung. Die DB Netz AG beantragte beim Gericht daher zusätzlich die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO.

Diesem Antrag folgte das VG Köln nur teilweise. Da sich der Beschluss der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Verpflichtung, ein Mitnutzungsangebot zu unterbreiten, aus Sicht des VG Köln nach summarischer Prüfung als „offensichtlich rechtmäßig“ erwies, lehnte es den Antrag insoweit ab. Lediglich mit Blick auf die Zwangsgeldandrohung gab es dem Antrag statt und ordnete die aufschiebende Wirkung an.

Die Voraussetzungen von § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG, aufgrund derer die Bundesnetzagentur die DB Netz AG verpflichten konnte, der TDG ein Mitnutzungsangebot zu unterbreiten, lagen in sowohl formeller wie auch materieller Hinsicht vor.

1. Formell ordnungsgemäßer Antrag

Die TDG hatte einen Antrag gestellt, der sämtliche Anforderungen des § 138 Abs. 1 S. 2 TKG erfüllte. So enthielt der Antrag eine detaillierte Beschreibung des Projekts und der Komponenten des öffentlichen Versorgungsnetzes, für welche die Mitnutzung beantragt wurde (§ 138 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG). Die Beschreibung wies nach Auffassung des Verwaltungsgerichts auch einen für den konkreten Einzelfall ausreichenden Detailgrad auf. So ließ der Antrag zwar hinsichtlich der genauen örtlichen Positionierung gewisse Punkte offen, insbesondere was die Lage der Ein- und Ausstiegspunkte betraf. Da es sich hier aber um die Querung von Bahngleisen an einem konkret benannten Bahnübergang handelte, genügten die Angaben, da es der TDG erkennbar nicht darauf ankam, welches konkrete Leerrohr ihr zur Verfügung gestellt wird. Sie durfte daher die Benennung des konkreten Leerrohrs der DB Netz AG überlassen. Da der Antrag zudem einen Zeitplan für die Umsetzung der beantragten Mitnutzung (§ 138 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie die Angabe des Gebiets enthielt, das mit Netzen mit sehr hoher Kapazität erschlossen werden sollte (§ 138 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG), genügte der Antrag sämtlichen formellen Anforderungen.

2. Materielle Verpflichtung zur Angebotsabgabe

Das Gericht stellte nach geradezu schulbuchmäßiger Auslegung des Gesetzes nach Wortlaut, Sinn und Zweck, Systematik und Historie das Recht der TDG auf Mitnutzung und auch die Möglichkeit, zwischen den ihr zustehenden Rechten auf Mitnutzung und Vor-Ort-Untersuchung frei zu wählen, in aller Deutlichkeit fest.

a) Vorherige Vor-Ort-Untersuchung keine Voraussetzung für Mitnutzung

Nach zutreffender Ansicht des Gerichts und zuvor auch schon der Bundesnetzagentur ist insbesondere die Vor-Ort-Untersuchung nach § 137 TKG keine Voraussetzung einer Mitnutzung nach § 138 TKG, weder auf formaler Ebene der Antragstellung noch auf materieller Ebene.

Die klare Formulierung („können“, § 137 Abs. 1 S. 1 TKG) „als Recht und nicht als Pflicht“ gibt schon dem Wortlaut nach keine zwingende Verknüpfung von Vor-Ort-Untersuchung und Mitnutzung aus Sicht des sowohl nach § 137 TKG als auch nach § 138 TKG Berechtigten vor. Auch der vom Gericht betonte Sinn und Zweck der Vor-Ort-Untersuchung, ein etwaiges tatsächliches Informationsdefizit auf Seiten des Mitnutzungsantrags

zu beseitigen, dessen Kehrseite das Risiko frustrierter Aufwendungen ist, nimmt maßgeblich den Rechtsinhaber, nicht aber den Verpflichteten in den Blick: Für Ersteren kann die „faktische Notwendigkeit“ einer Vor-Ort-Untersuchung oder auch einer Informationsgewährung nach § 136 TKG als „dem Mitnutzungsanspruch logisch vorausgehende Stufe“ bestehen. Eine Pflicht zur vorherigen Informationsgewinnung oder eine sonstige Einschränkung des ebenfalls als einseitiges Recht ausgestalteten Mitnutzungsanspruchs folgt hieraus aber nicht.

Dies würde systematisch zudem nicht nur der jeweils eigenständigen Ausgestaltung der Rechte nach den §§ 136 ff. TKG, sondern auch dem gesetzgeberisch vorgegebenen abschließenden Charakter der Versagungsgründe des § 141 Abs. 2 TKG widersprechen.⁷

b) *Kein Übergreifen des „Wie“ der Mitnutzung auf das „Ob“*
Das VG Köln hat der Schaffung von im Kern neuen Versagungsgründen, die über § 141 Abs. 2 TKG hinausgehen, zum wiederholten Male und in aller Deutlichkeit eine Absage erteilt. Das Gericht weist wie schon die Bundesnetzagentur prohibitiv wirkende Mitnutzungsbedingungen und damit ein Übergreifen von der Ebene des „Wie“ auf die Ebene des „Ob“ einer Mitnutzung klar zurück. Die Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze können die abschließend geregelten Ablehnungsgründe nach § 141 TKG weder über die Vorgabe von „fairen und angemessenen Bedingungen“ nach § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG noch über das Aufstellen von besonderen Anforderungen an die öffentliche Sicherheit und die Wahrung der anerkannten Regeln der Technik nach § 138 Abs. 3 TKG erweitern. Dies zeigt sich insbesondere im Obiter Dictum des Gerichts, das dieses „zur Vermeidung eines möglichen Folgeverfahrens“ ausgesprochen hat und in dem es klarstellt, dass der Inhaber der mitzunutzenden passiven Netzinfrastruktur nicht befugt ist, einseitig abschließende Vorgaben zur Nutzung bestimmter Kabeltypen zu machen.

Der zur Abgabe eines Mitnutzungsangebots verpflichtete Inhaber der passiven Netzinfrastruktur kann sich auch nicht auf die eigene Unkenntnis über Existenz, Zustand oder gegenwärtige bzw. künftige Nutzung seiner Infrastruktur zurückziehen. Die einzig und gerade in seinem Machtbereich liegende Beschaffung der Netzkenntnisse und den hierfür erforderlichen Dokumentationsaufwand kann er ungeachtet seiner individuellen Ausgangslage⁸ nicht auf den Mitnutzungsantragsberechtigten durch die Pflicht zur vorherigen und kosten trächtigen Informationsgewinnung auslagern.

Wie auch schon die Bundesnetzagentur erteilte das VG Köln damit den in der Literatur vorgebrachten und aus Sicht von Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze durchaus praxisnahen Bedenken gegen diese Beschlusspraxis (aufwändiges „Monitoring“ der eigenen passiven Infrastruktur kein Kerngeschäft der Versorgungsunternehmen, lückenhafte Kenntnisse über Existenz, konkreten Zustand und konkrete Nutzung einzelner Leerrohre nicht ungewöhnlich und nicht vorwerfbar, keine flächendeckende und umfassende vorherige Dokumentationspflicht aus anderen Regelwerken)⁹ eine sehr deutliche Absage. Dies mag zwar angesichts der Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zur „Verhältnismäßigkeit des Ermittlungsaufwandes“¹⁰ für die Geltendmachung der

7 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 47 (zu § 77g).

8 Im Beschlusskammerverfahren vor der Bundesnetzagentur trug die DB Netz AG ausführlich zum durch das mit anderen Aufgaben gebundene Personal nicht zu bewältigenden Dokumentationsumfang im Hinblick auf ihren Netzinfrastrukturbestand vor, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008, Rn. 19 ff.

9 So ausführlich *Leitzke*, in: Sacker/Körper, TKG – TTDSG, 4. A., 2023, § 138 TKG Rn. 21 ff.

10 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 48 (zu § 77g).

Versagungsgründe nach § 141 Abs. 2 TKG in dieser Deutlichkeit und aus Sicht der Praxis teils überschießend erscheinen. Die Auslegung des Gesetzes durch Bundesnetzagentur und VG Köln bietet hier gleichwohl keine Angriffsfläche.

c) Präklusion

Die für die Praxis äußerst kritische Frage, ob entsprechend dem recht eindeutigen Wortlaut des § 141 Abs. 1 TKG Versagungsgründe nur innerhalb der Frist nach § 138 Abs. 2 S. 1 TKG geltend gemacht werden können und nach Ablauf dieser Frist präkludiert sind, ließ das VG Köln mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Die Bundesnetzagentur hatte diese Frage mit Blick auf die in § 138 und § 141 TKG normierten wechselseitigen Pflichten von Antragstellern und Verpflichteten noch bejaht. Aus Sicht der Bundesnetzagentur liefen Sinn und Zweck des bilateralen Angebotsverfahrens leer, wenn der Verpflichtete die Versagungsgründe nicht bereits in diesem Verfahren darlege und auch nachweise. Nur so könne ein transparenter Ausgleich zwischen den Interessen beider Parteien bereits zu Beginn des Streitbeilegungsverfahrens garantiert und dem Beschleunigungsgedanken des Gesetzes Rechnung getragen werden. Dies erfordere, dass verspätet geltend gemacht Versagungsgründe nicht mehr berücksichtigt werden dürfen.¹¹

3. Zwangsgeld

Einen Teilerfolg erzielte die DB Netz AG immerhin bei der Abwehr der Zwangsgeldandrohung. Zur Durchsetzung ihres Beschlusses hatte die Bundesnetzagentur ein Zwangsgeld i. H. v. 10.000 Euro angedroht und sich dabei auf den für „sonstige Streitigkeiten“ nach § 212 TKG geltenden Zwangsgeldrahmens des § 202 Abs. 5 TKG (mindestens 1000 Euro bis zu 10 Millionen Euro) berufen. Dies war nach Auffassung des VG Köln nicht zulässig. Bei den Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach § 211 Abs. 2, § 149 TKG handelt es sich nicht um „sonstige Streitigkeiten“, sondern um die „Kernaufgaben der Beschlusskammer“. Der Zwangsgeldrahmen des § 212 TKG greife daher weder unmittelbar noch über eine analoge Anwendung der Verweisung in § 212 Abs. 4 TKG – auch wenn dies in den Worten des Verwaltungsgerichts „wenig sinnvoll erscheinen“ mag. Stattdessen greift der allgemeine Zwangsgeldrahmen nach § 11 Abs. 3 VwVG von bis zu 25.000 Euro.

Das im vorliegenden Fall angedrohte Zwangsgeld i. H. v. 10.000 Euro wäre zwar noch von diesem allgemeinen Zwangsgeldrahmen abgedeckt gewesen. Da aber die Bundesnetzagentur ihrer Ermessensentscheidung über die Höhe des Zwangsgelds den falschen Zwangsgeldrahmen zugrunde gelegt hatte, ordnete das Gericht die aufschiebende Wirkung der Klage hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung an. Zugleich wies es darauf hin, dass die Bundesnetzagentur in der Angelegenheit jederzeit – unter Zugrundelegung des zutreffenden Zwangsgeldrahmens des § 11 Abs. 3 VwVG – erneut ein Zwangsgeld androhen könne.

Die Entscheidung des VG Köln, dass der spezialgesetzliche Zwangsgeldrahmen des § 202 Abs. 5 TKG auf Entscheidungen der Bundesnetzagentur als nationaler Streitbeilegungsstelle keine Anwendung findet, dürfte Anlass für eine Gesetzeskorrektur geben.

III. Praxisfolgen

Das „Ob“ einer Mitnutzung ist (und bleibt) durch den Gesetzgeber weitestgehend vorgegeben. Einzig unter den Voraussetzungen des § 141 TKG kann die Mitnutzung abgelehnt werden. Diese klare Systematik kann weder über die formellen Anforderungen an die Beantragung der Mitnutzung noch über das „Wie“ der Mitnutzung, insbesondere mit Blick auf die „fairen und angemessenen Bedingungen“ nach § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG, umgangen werden.

Eigentümern und Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze kann im Hinblick auf erfolgsversprechende Ablehnungen von Mitnutzungsanträgen – wie auch schon vor der gegenständlichen Entscheidung des VG Köln – daher nur dringend empfohlen werden, ihren Bestand an passiven Netzinfrastrukturen umfassend zu dokumentieren. Nur auf Grundlage einer solchen Dokumentation können im Anschluss die abschließend aufgezählten Versagungsgründe des § 141 Abs. 2 TKG innerhalb der kurzen Frist des § 138 Abs. 2 S. 1 TKG¹² erfolgsversprechend geltend gemacht werden. Es ist sowohl nach Ansicht des VG Köln als auch zuvor schon der Bundesnetzagentur¹³ Aufgabe des Infrastrukturihabers, den eigenen Bestand zu kennen. An dieser Obliegenheit werden konsequenterweise auch die Darlegungs- und Beweislasten ausgerichtet.¹⁴

Eine anzuratende Weiterung dieser Dokumentation könnte zudem eine unmittelbar anschließende und konkrete Prüfung der für etwaige Mitnutzungen zur Verfügung stehenden oder eben (künftig) fehlenden Kapazität sein – gerade vor dem Hintergrund der Anforderungen an die Kapazitätsprognose nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 Hs. 2 TKG („den zukünftig fehlenden Platz hat der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes anhand der Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre ab Antragstellung konkret darzulegen“).¹⁵

Von prohibitiv wirkenden Mitnutzungsbedingungen kann unabhängig von der konkreten Bedingungsart (überhöhtes Mitnutzungsentgelt, abschließende technische Vorgaben, vorherige Vor-Ort-Untersuchungen auf Kosten des Mitnutzungs-petenten) angesichts der klaren Abgrenzung von § 138 Abs. 2 und 3 TKG zu § 141 TKG – von „Wie“ und „Ob“ der Mitnutzung also – hingegen nur abgeraten werden.

- 11 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008, Rn. 97 ff.
- 12 Zur ansonsten eintretenden Präklusion Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008, Rn. 97 ff., mit Bezugnahme auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 45 (zu § 77d) und 48 (zu § 77g), und *Stelter*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, § 77g Rn. 2.
- 13 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2023 – Az. BK11-23-008, Rn. 81: „wenn der Infrastrukturihaber seine Infrastruktur nicht kennt, dann hat er selber und auf eigene Kosten eine entsprechende Abhilfe zu schaffen“.
- 14 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 48 (zu § 77g).
- 15 Vgl. hierzu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 26.4.2019 – Az. BK11-18/011, Rn. 7 f., 22 ff. und 75 ff.; hier rechtfertigte ein konkreter Ausbauplan inkl. kapazitätserschöpfender Faserplanung und entsprechender Finanzplanung für die streitgegenständlichen Leerrohre die Annahme der künftig fehlenden Kapazität i. S. d. § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG 2016.

Eisenbahnrechtliche Überprüfung von Altentgelten – Die Länderbahn u. a.

EuGH, Urt. v. 7.3.2024 – Rs. C-582/22 (ECLI:EU:C:2024:213) (VG Köln, Beschl. v. 1.9.2022 – Az. 18 K 6502/19, 18 K 6555/19, 18 K 6558/19 und 18 K 6559/19)

Art. 3, 27, 56 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU, Art. 2, 3, 30 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG, § 68 ERegG

1. Art. 56 Abs. 1, 6 und 9 der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die für die mit einem Antrag gemäß Art. 56 Abs. 1 befasste Regulierungsstelle jede Zuständigkeit ausschließt, die Rechtmäßigkeit der Wegegeltel-