



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-22/005

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

goetel GmbH
Tuchmacherweg 8, 37079 Göttingen
vertreten durch die Geschäftsführung

– Antragstellerin –

gegen

Netcom Kassel Gesellschaft für Telekommunikation mbH
Königstor 3-13, 34117 Kassel
vertreten durch die Geschäftsführung

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 1 –
2. Deutsche Glasfaser Holding GmbH,
Klaus-Bungert-Straße 8, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 2 –
3. 1&1 Versatel GmbH
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 3 –
4. 1&1 Versatel Deutschland GmbH
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 4 –
5. 1&1 Telecom GmbH
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 5 –
6. EWE TEL GmbH
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 6 –
7. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 7 –
8. NetCologne GmbH
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –
9. Glasfaser Montabaur GmbH & Co. KG
Steinweg 34, 56410 Montabaur,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –
10. Bundesverband Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS)
Eduard-Pflüger-Str. 58, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 10 –

11. GasLINE GmbH & Co. KG
Paesmühle, Paesmühlenweg 10+12, 47638 Straelen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 11 –
12. Vattenfall Eurofiber GmbH
Hardenbergstraße 32, 10623 Berlin,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 12 –
13. Breitband Nordhessen GmbH
Friedrich-Engels-Straße 20, 34117 Kassel,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 13 –
14. Plusnet GmbH
Mathias-Brüggen-Straße , 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 14 –

Verfahrensbevollmächtigte

- der Antragstellerin: Panienka Rechtsanwälte
Am Bach 20, 33602 Bielefeld
- der Antragsgegnerin: GvW Graf von Westphalen | Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaft mbB
Königsallee 61 – Köblich, 40215 Düsseldorf
- der Beigeladenen zu 9: Aulinger Rechtsanwälte Notare
Josef-Neuberger-Str. 4, 44787 Bochum
- der Beigeladenen zu 13: Muth & Partner Wirtschaftsprüfer . Steuerberater . Rechts-
anwälte mbB
Rangstraße 5, 36037 Fulda

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

durch

die Vorsitzende Herchenbach-Canarius

den Beisitzer Dr. Bayer und

den Beisitzer Dr. Kutzscher

auf die mündlichen Verhandlungen vom 21. 6. 2022 und 18. 10. 2022 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen der Antragstellerin, der goetel GmbH, und der Antragsgegnerin, der Netcom Kassel Gesellschaft für Telekommunikation mbH. Die Antragstellerin begehrt einen offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu unbeschalteter Glasfaser, um darüber die Anbindung ihrer FTTH-Ausbaugebiete an das eigene Backbone-Netz zu realisieren.
- 2 Die Antragstellerin, die goetel GmbH, ist ein bei der Bundesnetzagentur gemeldetes Telekommunikationsunternehmen mit Sitz in Göttingen sowie an den Standorten Kassel und Reiskirchen. Sie bietet Endkunden Telekommunikationsprodukte über ein eigenes NGN-Netz an und greift dabei teils auf das eigene Glasfasernetz zurück sowie teilweise auf Infrastrukturen Dritter, wie die der Antragsgegnerin.
- 3 Die Antragsgegnerin ist ein regional tätiges Telekommunikationsunternehmen mit Sitz in Kassel und betreibt ein überwiegend flächendeckendes und gemeindeübergreifendes Glasfasernetz in Nordhessen. Die gesamte passive physische Netzinfrastruktur mietet sie – so der Vortrag der Antragstellerin - von der Breitband Nordhessen GmbH (Beigeladene zu 13) an, die Eigentümerin der passiven Infrastruktur ist und die Antragsgegnerin mit der Errichtung und dem Betrieb der aktiven Netzkomponenten dieser Infrastruktur beauftragt hat. Auf Basis der durch die Antragsgegnerin gemieteten und von ihr betriebenen Netzinfrastruktur erbringt sie Telekommunikationsdienstleistungen auf Vorleistungs- und Endkundenebene.
- 4 Das privatwirtschaftliche Projekt der Antragstellerin hat den Ausbau von FTTH-Anschlüssen zum Gegenstand. Dabei besteht in den Ausbaugebieten eine geografische Überschneidung des bestehenden Glasfasernetzgebietes der Antragsgegnerin mit dem Ausbaugebiet der Antragstellerin.
- 5 Das von der Antragsgegnerin betriebene Glasfasernetz ist mit öffentlich-rechtlichen Beihilfen gefördert worden. Die Finanzierung des Netzausbaus ist im Wesentlichen über ein Darlehen der WI Bank Hessen, das über eine Bürgschaft des Landes Hessen abgesichert ist, sowie über umfängliche Gesellschafterdarlehen erfolgt. Ergänzend wurden ELER-Fördermittel in Höhe von 20 Millionen Euro durch das Land Hessen bewilligt. Die EU-Kommission hat die Gewährung der staatlichen Beihilfe für die Maßnahme NGA-Cluster Nordhessen – die Grundlage für die Errichtung des Netzes der Breitband Nordhessen GmbH ist – geprüft und mit Beschluss vom 21. 4. 2015 positiv beschieden (Verfahren (C 2015) 2660).
- 6 Antragstellerin und Antragsgegnerin stehen bereits seit geraumer Zeit in vertraglichen Geschäftsbeziehungen. So bestehen ein Kooperationsvertrag und ein Rahmenmietvertrag. Auf dieser Basis bezieht die Antragstellerin auf anderen Strecken bereits sowohl unbeschaltete Glasfasern als auch Bitstromprodukte von der Antragsgegnerin.

- 7 Die Antragstellerin hat „auf Grundlage der bisherigen Zusammenarbeit“ bei der Antragsgegnerin am 25. 11. 2021 ein Angebot für die Bereitstellung unbeschalteter Glasfasern für die im Antrag genau bezeichneten Strecken angefragt. Diese Verbindungen werden nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin zur Anbindung ihres FTTH-Ausbaugebietes an das Backbone benötigt. Die Anfrage ist zunächst trotz Nachfrage unbeantwortet geblieben.
- 8 Mit Schreiben vom 9. 2. 2022 erinnerte die Antragstellerin unter anderem an die Erledigung der streitgegenständlichen Anfrage. In dem Schreiben heißt es:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- 9 Die Antragsgegnerin wurde letztmalig mit E-Mail vom 6. 4. 2022 zur Abgabe eines entsprechenden Angebots aufgefordert.

[REDACTED]

[REDACTED]

- 10 Eine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 TKG ist zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin bislang nicht zustande gekommen.
- 11 Am 1. 4. 2021 wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU (ABl. EU/S65, 170816-2022-DE) der Aufruf zur Teilnahme an einem strukturierten Bieterverfahren zur Veräußerung der Geschäftsanteile an der Antragsgegnerin und der Geschäftsanteile an der Eigentümerin des Netzes Breitband Nordhessen GmbH, der Beigeladenen zu 13, bekannt gemacht (vgl. auch ausschreibungen-deutschland.de).
- 12 Am 14. 4. 2022 stellte die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur einen Antrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 TKG auf Zugang zu unbeschalteten Glasfasern der Antragsgegnerin, um ihren privatwirtschaftlichen FTTH-Ausbau in Nordhessen realisieren zu können. Der Antrag lautet:

„Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin Zugang zu einem unbeschalteten Glasfaserpaar auf den im nachfolgenden bezeichneten Streckenabschnitten zu gewähren und der Antragstellerin hierzu ein Angebot betreffend eines Zugangs zu dem unbeschalteten Glasfaserpaar nach Maßgabe des § 155 Abs. 1 TKG zu unterbreiten.“

- 13 Unterhalb des Antrags ist eine Tabelle mit genauer definierten Strecken, zu denen der Zugang begehrt wird, aufgeführt. Diese Tabelle ist von der Antragstellerin insgesamt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gegenüber Dritten gekennzeichnet worden.
- 14 Die Antragstellerin verweist zur Begründung auf § 155 Abs. 1 TKG, wonach Betreiber oder Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Konditionen gewähren müssten. Aus der bestehenden Geschäftsbeziehung gehe zudem hervor, dass die Antragsgegnerin bereits in der Lage sei, den offenen Netzzugang zu unbeschalteten Glasfasern zu gewähren. Die technischen Voraussetzungen seien bereits etabliert und würden für diese Leistungen auch genutzt.
- 15 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 8 vom 27. 4. 2022 als Mitteilung Nr. 65 veröffentlicht.
- 16 Die Antragsgegnerin beantragt in ihrer Erwiderung vom 24. 5. 2022, den Streitbeilegungsantrag zurückzuweisen. Der Antrag sei unzulässig, weil es an einem Zugangsantrag der Antragstellerin gemäß § 155 Abs. 1 TKG fehle.
- 17 Die Antragstellerin habe sowohl in ihrer E-Mail vom 25. 11. 2021 als auch in der E-Mail vom 6. 4. 2022 eine Angebotslegung auf Grundlage der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Regelungen nachgefragt. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der von der Antragstellerin als Anlage 8 vorgelegten E-Mail vom 09.02.2022. Diese betreffe bereits nicht die Anfrage vom 25. 11. 2021.
- 18 Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, sie sei aufgrund der E-Mail-Korrespondenz davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin (lediglich) um eine Angebotserstellung im Rahmen der vertraglichen Kooperation zwischen den Parteien gebeten habe. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass die Antragstellerin in ihrer E-Mail vom 6. 4. 2022 offenkundig selbst nicht von einem Vertragsschluss innerhalb der von ihr gesetzten Frist ausgehe, sondern zunächst (nur) ein Angebot im Rahmen der bestehenden Verträge erwartet habe. Demnach habe die Antragstellerin den in § 155 Abs. 1 TKG vorausgesetzten Antrag nicht gestellt, sondern ihre Anfrage vielmehr auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien zur Bereitstellung von Telekommunikationslinien gestützt.

- 19 Die Antragsgegnerin weist überdies darauf hin, dass die Regelung des § 155 Abs. 1 TKG zum Zeitpunkt der Anfrage am 25. 11. 2021 nicht in Kraft war, so dass dementsprechend auch kein gesetzlich begründeter Anspruch auf offenen Netzzugang habe bestehen können. Sie argumentiert weiter, vertraglich geltend gemachte Ansprüche auf Erstellung von Angeboten für die Bereitstellung von Glasfaserverbindungen seien nicht Gegenstand der Regelung in § 155 Abs. 1 TKG. Daher sei die Frist von zwei Monaten zum Abschluss eines Vertrags ab Eingang eines entsprechenden Antrags nicht in Gang gesetzt worden. Entsprechend sei der Streitbeilegungsantrag bereits unzulässig, weil die maßgeblichen Voraussetzungen für die Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens nicht vorlägen. Denn das Streitbeilegungsverfahren setze gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG voraus, dass innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes keine Vereinbarung über den Netzzugang zustande komme.
- 20 Abschließend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die derzeit laufende Veräußerung des Netzes bei ihr und der Beigeladenen zu 13 als Eigentümerin in hohem Maße personelle Ressourcen binde, so dass sich die Bearbeitung von Anfragen verzögern würde. Der Antragstellerin sei dies bekannt. Die Antragsgegnerin habe zu keinem Zeitpunkt gegenüber der Antragstellerin eine Angebotserstellung „verweigert“ und werde dies auch weiterhin nicht tun.
- 21 Mit Schriftsatz vom 13. 6. 2022 wandte sich die Antragstellerin gegen die Argumentation der Antragsgegnerin, dass der Antragstellerin ausschließlich ein vertraglicher Anspruch zustehe bzw. die vorliegende Anfrage keine Anfrage im Sinne von § 155 TKG sei.
- 22 Zur Begründung führt sie aus, ihr stehe ein Anspruch auf Gewährung des konkret beantragten Zugangs auf Grundlage der Geschäftsbeziehungen der Antragsgegnerin und Antragstellerin (auf Basis des förderrechtlichen Rahmenvertrages der Antragsgegnerin als Vertrag zu Gunsten Dritter) im Zusammenhang mit dem EU-Beschluss vom 21. 4. 2015, (C 2015) 2660 (siehe Anlage A2, hier insb. Ziff. 45 lit. f) sowie daneben seit dem 1. 12. 2021 auch auf Grundlage des gesetzlichen Anspruches nach § 155 Abs. 1 TKG zu. Die Rechtsgrundlagen basierten auf dem Umstand, dass die Antragsgegnerin ihr Netz mittels öffentlicher Beihilfen errichtet habe. Rechtsfolge sei ein Kontrahierungszwang für Zugangsnachfragen zu der öffentlich geförderten Infrastruktur. Entscheidend für den Kontrahierungszwang der Antragsgegnerin sei allein das Bestehen einer Nachfrage, bezogen auf den Zugang zu öffentlich geförderten Infrastrukturen durch die Antragstellerin, wie sie durch die Antragstellerin am 25. 11. 2021 erfolgt sei.
- 23 Dieser Zugangsanspruch bestehe dabei nicht erst seit der Einführung des § 155 TKG am 1. 12. 2021, sondern schon seit sich die Antragsgegnerin mit Abschluss des Fördervertrages der Gewährung dieses Zugangsanspruchs und damit einem Kontrahierungszwang unterworfen habe. Mit der Einführung des § 155 TKG sei neben dem Anspruch

aus dem Fördervertrag die gesetzliche Anspruchsgrundlage des § 155 TKG hinzuge treten. Der bestehende Zugangsanspruch könne daher nunmehr auf zwei Rechtsgrundlagen gestützt werden. Soweit die Antragsgegnerin rüge, dass der Anspruch nach § 155 TKG vor dem 1. 12. 2021 nicht hätte geltend gemacht werden können, sei dies nicht richtig, da es lediglich einer entsprechenden Zugangsnachfrage bedürfe, die innerhalb von zwei Monaten nach Antragstellung nicht bedient wurde. Zum anderen habe die Antragstellerin die Anfrage auch nach dem 25. 11. 2021 mehrfach angemahnt und wiederholt.

- 24 Darüber hinaus habe die Antragstellerin ihren Anspruch auf Gewährung des Zugangs zu einem unbeschalteten Glasfaserpaar [REDACTED] [REDACTED] auf den Open Access Anspruch – dem Grunde nach – gestützt. Dies sei, so die Antragstellerin, auch einzig sinnvoll gewesen. Zur weiteren Begründung führt die Antragstellerin aus, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].
- 25 Des Weiteren sei der Tatbestand des § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG erfüllt, wonach die Bundesnetzagentur zur Streitbeilegung über die Gewährung des angefragten Zugangs im Rahmen des Open Access berufen sei, da die Antragsgegnerin auf den Antrag der Antragstellerin vom 25. 11. 2021 kein Angebot zur Gewährung des angefragten Zugangs unterbreitet habe. Seit dem 25. 11. 2021 seien auch mehr als zwei Monate verstrichen.
- 26 Nach Ansicht der Antragstellerin gehe die Antragsgegnerin zudem bereits im Ausgangspunkt ihrer Argumentation in der Annahme fehl, dass im Zeitpunkt der erstmaligen Geltendmachung des Anspruches auf Open Access – also am 25. 11. 2021 – kein Anspruch auf Gewährung des Open Access bestand, der im Wege eines Verfahrens gem. § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG nicht hätte durchgesetzt werden können. Hierzu führt die Antragstellerin aus, dass bereits vor dem 1. 12. 2021 (dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 155 TKG) ein Anspruch auf Open Access auf Grundlage des förderrechtlichen Rahmenvertrages der Antragsgegnerin als Vertrag zu Gunsten Dritter bestand. Die Antragstellerin vertritt hierbei die Rechtsauffassung, dass der EU-Beschluss vom 21. 4. 2015, (C 2015) 2660 unter Ziff. 45 lit. f maßgeblich vorsehe, dass dieser Anspruch zu Gunsten anfragender Dritter verpflichtend im Vertrag mit aufzunehmen sei.
- 27 Mit Blick auf den o. g. EU-Beschluss konstatiert die Antragstellerin, dass im gesamten Netz der Antragsgegnerin, das im EU-Beschluss vom 21. 4. 2015 bezeichnet ist, damit auch vor dem 1. 12. 2021 – also vor Inkrafttreten des § 155 Abs. 1 TKG – ein offener Zugang auf Vorleistungsebene zu gewähren war. Der dort bezeichnete Fördervertrag der Antragsgegnerin sei hierbei maßgeblich an die Vorgabe geknüpft worden, dass die

Antragsgegnerin die Zugangsbedingungen akzeptiere, die ausdrücklich einen entbündelten Zugang zur Glasfaseranschlussleitung, Layer-2- und Layer-3-Bitstromzugang, den Zugang zu unbeschalteten Glasfaserkabeln, zu Straßenverteilerkästen und zu Leerrohren vorschreiben. Diese maßgebliche Grundverpflichtung eines Telekommunikationsnetzbetreibers, sei somit im Rahmen des geförderten Netzausbaus, entgegen dem Vorhalten der Antragsgegnerin, auch bereits vor dem Inkrafttreten der Regelung des § 155 TKG am 1. 12. 2021 einzuhalten gewesen.

- 28 Die Antragstellerin ist schließlich der Ansicht, dass spätestens mit ihrer Anfrage vom 9. 2. 2022 und damit zwei Monate vor Einleitung des gegenständlichen Verfahrens ein entsprechender Antrag gem. § 155 Abs. 1 TKG gegenüber der Antragsgegnerin formuliert worden sei.
- 29 Mit Schreiben vom 20. 6. 2022 nahm die Antragsgegnerin ergänzend Stellung zur Replik. Ihrer Ansicht nach bleibe es dabei, dass die Antragstellerin bisher nicht den in § 155 Abs. 1 TKG vorgegebenen Antrag auf diskriminierungsfreien Netzzugang zu den verfahrensgegenständlichen Strecken gestellt habe. Daher fehle es an der die Frist des § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG auslösenden Handlung. Der vorliegende Antrag sei daher unzulässig.
- 30 Zudem verdeutliche die Replik der Antragstellerin, dass es ihr tatsächlich um die Umsetzung vertragsrechtlicher Regelungen gehe, die aber nicht Gegenstand eines Verfahrens nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG seien. Das TKG begründe, so die Antragsgegnerin, keine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, über die Durchsetzung privatautonom vereinbarter Regelungen zur Kooperation im Rahmen einer möglichen Netznutzung zu entscheiden. Dies gelte auch für die von der Antragstellerin nunmehr geltend gemachten Ansprüche aus einem Fördervertrag.
- 31 Den Beteiligten ist in den öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 21. 6. 2022 sowie am 18. 10. 2022 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 32 Mit Schriftsätzen vom 14. 7. 2022, 15. 7. 2022, 22. 7. 2022, 3. 8. 2022, 10. 8. 2022, 16. 8. 2022, 17. 8. 2022, 31. 8. 2022, 9. 9. 2022 und zuletzt vom 17. 10. 2022 bzw. 20. 10. 2022 trugen sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin unter anderem zu den zwischen Ihnen im Nachgang zur mündlichen Verhandlung geführten Gesprächen vor und ergänzten bzw. wiederholten jeweils ihre bisherigen tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen. Dabei trugen sie unter anderem zu zwei Angeboten der Antragsgegnerin und deren Zurückweisung durch die Antragstellerin als unzureichend, zum Verhältnis der Vorschriften des DiGiNetzG zu dem später eingeführten § 155 TKG sowie zum Umfang der Vorgaben des unionsrechtlichen Beihilferechts vor.
- 33 Mit Hinweisschreiben vom 17. 8. 2022 wurde die Frist aus § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG gemäß § 149 Abs. 8 TKG bis zum 19. 10. 2022 verlängert.

- 34 Auf ihren Antrag vom 15. 9. 2022 wurde die Breitband Nordhessen GmbH zum Verfahren beigegeben, da durch die Entscheidung in den Verfahren ihre Interessen als Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur berührt werden können. Die Breitband Nordhessen GmbH nahm als Inhaberin der streitgegenständlichen Infrastruktur mit Schreiben vom 11. 10. 2022 und 19. 10. 2022 Stellung. Sie schließt sich – was das vorliegende Verfahren anbelangt – im Wesentlichen den Darlegungen der Antragsgegnerin zur Unzulässigkeit des Streitbeilegungsantrages in den Schriftsätzen vom 24. 5. 2022 und 20. 6. 2022 an.
- 35 Parallel zu diesem Verfahren sind bei der Beschlusskammer zwischen denselben Beteiligten zwei weitere Verfahren BK11-22/006 und BK11-22/007 mit im Wesentlichen gleichgelagerten Sachverhalten und rechtlichen Fragestellungen anhängig.
- 36 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 37 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

- 38 Der Antrag auf Streitbeilegung ist unzulässig, denn die Antragstellerin hat keinen Zugangsantrag in dem (dem Streitbeilegungsverfahren vorgelagerten) bilateralen Zugangsverfahren gemäß § 155 Abs. 1 TKG gestellt. Damit fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der Beschlusskammer und die Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG.
- 39 Eine Auslegung der Anfrage vom 25. 11. 2021 ergibt insoweit, dass diese Anfrage von der Antragsgegnerin als Empfängerin nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte so verstanden werden durfte, dass die Anfrage auf Erstellung eines Angebots für die Bereitstellung von Glasfaserverbindungen auf die zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Vereinbarungen (ggf. i. V. m. den Regelungen der Beihilfengewährung als Vertrag zugunsten Dritter) gestützt werden sollte. Ein darüberhinausgehender Erklärungsinhalt dahingehend, dass die Antragstellerin mit dieser Anfrage von November 2021 auch die Rechte und Pflichten, die sich für die Beteiligten aus den Regelungen der §§ 149 Abs. 1 Nr. 5, 155 TKG ergeben, auslösen wollte, kann auch im Wege der Auslegung nicht ermittelt werden. Denn diese Regelung war zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung noch nicht in Kraft.

2.1 Rechtsgrundlage

- 40 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 TKG.

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

2.2.1 Zuständigkeit

- 41 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. §§ 211 und 214 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 149 TKG durch Beschlusskammern. Vorliegend handelt es sich um einen Fall gemäß §§ 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. 155 TKG, in dem es um den offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen geht.

2.2.2 Verfahren

- 42 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
- 43 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG.
- 44 Gemäß § 211 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.3 Frist

- 45 Gemäß dem Grundsatz in § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur in Verfahren der vorliegenden Art verbindlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags auf Streitbeilegung. Der Antrag der Antragstellerin ist am 14. 4. 2022 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist am 19. 8. 2022 geendet hätte. Mit Hinweisschreiben vom 17. 8. 2022 wurde diese Frist gem. § 149 Abs. 8 TKG mit Blick darauf, dass es sich um das erste Verfahren zum offenen Netzzugang nach § 155 TKG handelt und insoweit durch die Beschlusskammer neue Sachverhalte und für die weitere Spruchpraxis grundlegende Rechtsfragen zu prüfen und zu entscheiden sind – insbesondere betreffend die Frage, welche Anforderungen an eine Angebotsabgabe im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG zu stellen sind – bis zum 19. 10. 2022 verlängert. Der weitere zeitliche Verfahrensverlauf erklärt sich vor allem vor dem Hintergrund der Gewährung rechtlichen Gehörs insbesondere für die Beigeladene zu 13. Mit Blick darauf, dass der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für die Beigeladene zu 13 als Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur haben könnte, hat sich die Beschlusskammer zur Wiedereröffnung der öffentlichen mündlichen Verhandlung in diesem (aber auch in den parallel anhängigen) Verfahren entschlossen. Diese fand am 18. 10. 2022 statt. Zudem waren die Stellungnahmen der Beigeladenen zu 13 im Rahmen der Entscheidung auszuwerten und zu berücksichtigen. Insofern ergeht die Entscheidung 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.

2.4 Fehlender Antrag gemäß § 155 Abs. 1 TKG auf offenen Netzzugang

- 46 Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der Beschlusskammer im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG ist, dass innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande kommt. Nach § 155 Abs. 1 TKG müssen Betreiber oder Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze – entsprechend ihrer bis dato nur im Beihilferecht enthaltenen Verpflichtung – anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen gewähren. Die §§ 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG sind seit dem 1. 12. 2021 in Kraft.
- 47 Zwar hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin am 25. 11. 2021 zur Erstellung eines Angebotes für den Zugang zu unbeschalteten Glasfasern auf näher bezeichneten Strecken in dem öffentlich geförderten Netz der Antragsgegnerin aufgefordert. Allerdings

ergibt eine Auslegung dieser Aufforderung, dass die Antragsgegnerin die Anfrage dahingehend verstehen durfte, dass sich diese auf die vorhandenen vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten stützte.

- 48 Bei der Auslegung einer Willenserklärung kommt es nicht darauf an, den inneren, unerklärt gebliebenen Willen zu erforschen. Maßgebend ist vielmehr nur der erklärte Wille, aber nur das, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war. Die Willenserklärung gilt so, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung verstehen musste (§§ 133, 157 BGB).

Vgl. BGH, Urteil v. 3. 2. 1967 – VI ZR 114/65 –, BGHZ 47, S. 75-84; BGH, Urteil v. 5. 7. 1990 – IX ZR 10/90 –, juris.

- 49 Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist hierbei so auszulegen, wie ein objektiver Dritter sie in der Situation des Empfängers verstehen würde (objektiver Empfängerhorizont).

Vgl. BGH, Urteil v. 24. 6. 1988 – V ZR 49/87 –, juris.

- 50 Die normativen Anforderungen an die Sorgfalt des Empfängers finden einen gewissen Anklang in der Bezugnahme des § 157 BGB auf die Erfordernisse von Treu und Glauben. Für die Auslegung maßgeblich ist daher die Perspektive eines redlichen, vernünftigen Erklärungsempfängers. Hierbei ist auf den betreffenden Verkehrskreis abzustellen, dem der Empfänger angehört.

Vgl. Staudinger / Singer (2021) BGB § 133, Rz. 18, 19 (juris).

- 51 Geht man von diesen Grundsätzen aus, so kann die Erklärung der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin in dem Schreiben vom 25. 11. 2021 nicht anders gedeutet werden, als dass das Zugangsbegehren auf die Regelungen der Beihilfengewährung als Vertrag zugunsten Dritter (in Verbindung mit den zwischen den Beteiligten bestehenden vertraglichen Vereinbarungen) gestützt werden sollte. Denn in den betreffenden Verkehrskreisen ist nicht zu erwarten, dass ein Zugangsbegehren auf eine Rechts- und Verfahrensvorschrift gestützt wird, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten war und deshalb zum Zeitpunkt der Anfrage noch keine Rechte und Pflichten der Beteiligten begründen konnte. So vermittelte der bis zum In-Kraft-Treten der §§ 149, 155 TKG geltende Rechtsrahmen den Anspruchsberechtigten keine mit der Anrufung der Beschlusskammer vergleichbaren verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der direkten Durchsetzung ihres Anspruchs gegenüber dem Betreiber der öffentlich geförderten Infrastruktur. Hierzu regelt nunmehr die Vorschrift des § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG, dass die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle angerufen und eine verbindliche Entscheidung beantragt werden kann, wenn innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande kommt. Die Entscheidungen der Beschlusskammer stellen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte dar.

BT-Drucksache 19/26108, S. 340.

- 52 Ein objektiver unbefangener Erklärungsempfänger in der Situation der Antragsgegnerin musste die Anfrage der Antragstellerin aus November 2021 daher nicht dahingehend verstehen, dass durch die Erklärung auch ein bilaterales Zugangsverfahren zwischen den Beteiligten angestoßen werden sollte. Ein erfolglos durchgeführtes bilaterales Zugangsverfahren nach § 155 TKG, bei dem eine Vereinbarung über den offenen Netzzugang nicht innerhalb von zwei Monaten zustande kommt, eröffnet gem. § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG den Weg zur nationalen Streitbeilegungsstelle, die sodann eine für die Beteiligten verbindliche Entscheidung trifft. Einen derartigen Erklärungswert kann die Anfrage schon deshalb nicht haben, weil dieses Verfahren zum Zeitpunkt ihrer Abgabe noch nicht gesetzlich implementiert war.
- 53 Keine abweichende Wertung ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht mit Blick auf die Erinnerungsschreiben vom 9. 2. 2022 bzw. vom 6. 4. 2022. Zwar rekurrieren diese jeweils auf eine Angebotserstellung sowohl auf Basis des Kooperationsvertrages als auch auf Grundlage der (zwischenzeitlich in Kraft getretenen) Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs nach § 155 TKG zu dem öffentlich geförderten Netz der Antragsgegnerin.
- 54 Allerdings sind für die Auslegung der Erklärung in dem Schreiben vom 25. 11. 2021 nur solche Umstände zu berücksichtigen, die dem Empfänger bei Zugang dieser Willenserklärung erkennbar waren. Aus Umständen, die erst nach Zugang der Erklärung zutage treten, kann mithin nicht der Schluss gezogen werden, dass der Empfänger diese Erklärung in einem anderen als in dem zum Zeitpunkt des Zuganges erkennbaren Sinn verstehen musste.

Vgl. BGH, Urteil v. 24. 6. 1988 – VZR 49/87 –, juris m. w. N.

- 55 Soweit nach der Rechtsprechung bei Auslegung eines Rechtsgeschäfts auch das nachträgliche Verhalten der Parteien berücksichtigt werden kann, bedeutet dies nur, dass spätere Vorgänge Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen können. Davon zu unterscheiden ist der objektive Erklärungswert einer Willenserklärung. Der sich aus dem Erklärungswert erschließende – notfalls durch Auslegung zu ermittelnde – Sinn ist unabhängig von späteren Ereignissen, denn eine Willenserklärung kann nicht in dem Zeitpunkt, zu dem sie wirksam wird, den einen und später einen anderen Sinn haben.

Vgl. BGH, Urteil v. 24. 6. 1988 – VZR 49/87 –, juris.

- 56 Wenn hier die Antragsgegnerin aus der Sicht eines unbefangenen Empfängers das Schreiben der Antragstellerin vom 25. 11. 2021 dahingehend verstehen durfte, dass die Antragstellerin ihr Zugangsbegehren auf die zwischen den Beteiligten bestehenden vertraglichen Vereinbarungen stützt, dann ist folglich für die Auslegung der Erklärung vom 25. 11. 2021 bedeutungslos, dass die Antragstellerin in späteren Erklärungen auch auf die gesetzliche Regelung des § 155 TKG Bezug genommen hat.

- 57 Die Antragsgegnerin musste schließlich weder das Schreiben vom 9. 2. 2022 noch dasjenige vom 6. 4. 2021 als „neuen“ Antrag gemäß § 155 TKG verstehen. Zwar sind an einen solchen Antrag keine übersteigerten Anforderungen zu stellen. Insbesondere ist – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – etwa die Nennung der Norm des § 155 TKG nicht erforderlich. Allerdings rekurrieren diese Schreiben als Erinnerungsschreiben unzweideutig auf (mehrere) vorausgegangene Anfragen – unter anderem diejenige vom 25. 11. 2021 – und setzten hierzu letzte Fristen. Es fehlt ihnen daher an einem eindeutigen Erklärungsgehalt eines eigenständigen Antrags auf Durchführung eines bilateralen Zugangsverfahrens. So heißt es im Schreiben vom 9. 2. 2022:

[REDACTED]

Im Schreiben vom 6. 4. 2022 heißt es:

[REDACTED]

- 58 Die Schreiben vom Februar und April beziehen sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut – der den Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet – klar u. a. auf die hier streitgegenständliche Anfrage vom 25. 11. 2021. Erinnerungen und Fristsetzungen knüpfen schon denklogisch an Vorausgegangenes an. Überdies kann aus dem Setzen einer – im Vergleich zur Zweimonatsfrist des § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG deutlich kürzeren – Frist nur abgeleitet werden, dass auch die Antragstellerin selbst mit diesen Schreiben gerade keine neue Anfrage stellen, sondern vielmehr die Bearbeitung ihrer vorausgegangenen Anfrage anmahnen wollte.
- 59 Diese Auslegung ist auch mit der gesetzgeberischen Wertung des TKG vereinbar, die dem bilateralen Verfahren zwischen den Beteiligten eine eigenständige und wichtige Bedeutung beimisst. Insofern ist das bilaterale Zugangsverfahren im Verhandlungsprimat des sektorspezifischen Regulierungsrechts verwurzelt. Der Open-Access-Antrag löst eine konkrete Angebotsverpflichtung des Verpflichteten gemäß § 155 Abs. 1 TKG aus. Demnach ist das bilaterale Zugangsverfahren über einen offenen Netzzugang zur geförderten Infrastruktur zum einen formale Voraussetzung für die Zulässigkeit des nachgeschalteten Streitbeilegungsverfahrens. Überdies ist es als eigenständiges, spezifisches Verfahren zwischen den Parteien ausgestaltet, das letztlich zur Beschleunigung des Breitbandausbaus beitragen soll.

- 60 Insoweit können weder die Erklärungen im Schreiben vom 9. 2. 2022 noch diejenigen im Schreiben vom 6. 4. 2022 im Wege der Auslegung als neuer Antrag interpretiert werden.
- 61 Nach alldem kann der Antrag keinen Erfolg haben und war als unzulässig abzulehnen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Postfach 10 37 44, 50477 Köln, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nach § 217 Abs. 2 TKG nicht statt.

Eine Klage hat nach § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, 27. 10. 2022

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Bayer

Dr. Kutzscher

Gliederung

1 Sachverhalt	4
2 Gründe	11
2.1 Rechtsgrundlage.....	11
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	11
2.2.1 Zuständigkeit	11
2.2.2 Verfahren.....	11
2.3 Frist	12
2.4 Fehlender Antrag gemäß § 155 Abs. 1 TKG auf offenen Netzzugang	12
Rechtsbehelfsbelehrung.....	17