Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-22/006

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,

   – Beigeladener 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,

   – Beigeladener 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. Breitband Nordhessen GmbH,
Friedrich-Engels-Straße 20, 34117 Kassel,
vertreten durch die Geschäftsführung,

– Beigeladene zu 10 –

11. Plusnet GmbH,
Mathias-Brüggen-Straße , 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,

– Beigeladene zu 11 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin: Panienka Rechtsanwälte,
Am Bach 20, 33602 Bielefeld,

der Antragsgegnerin: GvW Graf von Westphalen Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB,
Königsallee 61, 40215 Düsseldorf,

der Beigeladenen zu 9: Aulinger Rechtsanwälte Notare,
Josef-Neuberger-Str. 4, 44787 Bochum,

der Beigeladenen zu 10: Muth & Partner Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte 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. Kutzscher und
den Beisitzer Dr. Bayer

auf die mündliche Verhandlung vom 21. 6. 2022 und vom 18. 10. 2022 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin Zugang zu unbeschalteten Glasfaserpaaren auf den in der nachfolgenden Tabelle bezeichneten Streckenabschnitten und in der dort bezeichneten Anzahl zu gewähren:

Nr.	A-Ende	MFG		UTM WGS 84		B-Ende	MFG		UTM WGS 84		Faser-	Länge
		Ort	OT	Ost	Nord		Ort	OT	Ost	Nord	paare	ca. (m)
1	[redacted]											
2	[redacted]											
3	[redacted]											

Nr.	A-Ende	MFG		UTM WGS 84		B-Ende	MFG		UTM WGS 84		Faser-	Länge
		Ort	OT	Ost	Nord		Ort	OT	Ost	Nord	paare	ca. (m)
4												
5												
6												
7												
8												
9												
10												
11												
12												
13												
14												
15												

2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin für den unter Tenorziffer 1 genannten Zugang ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten.

3. Sollte die Antragsgegnerin entgegen der Anordnung in Tenorziffer 1 einen tatsächlichen Zugang zu unbeschalteten Glasfaserpaaren auf den in der Tabelle bezeichneten Streckenabschnitten nicht bis zum 16. 1. 2023 gewähren, wird ihr die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 20.000 € angedroht.

4. Sollte die Antragsgegnerin entgegen der Anordnung in Tenorziffer 2 der Antragstellerin bis zum 16. 1. 2023 kein Angebot unterbreiten, wird ihr die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 20.000 € angedroht.

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 zu Beispiel 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 10) 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 Die Antragsgegnerin betreibt und vermarktet das hier verfahrensgegenständliche Netz, das im Eigentum der Breitband Nordhessen GmbH steht. Die Breitband Nordhessen GmbH wurde im Februar 2014 als Trägergesellschaft von den fünf nordhessischen Landkreisen Hersfeld-Rotenburg, Kassel, Schwalm-Eder, Waldeck-Frankenberg und Werra-Meißner gegründet (allesamt Gesellschafter der GmbH). Die Breitband Nordhessen GmbH hat die passive physische Infrastruktur errichtet, die auch im Eigentum der GmbH verblieben ist, hat diese an die Antragsgegnerin vermietet und mit der Errichtung und dem Betrieb der aktiven Netzkomponenten dieser Infrastruktur beauftragt. Auf Basis dieses von der Antragsgegnerin betriebenen Netzes erbringt die Antragsgegnerin Telekommunikationsdienstleistungen auf Vorleistungs- und Endkundenebene.

6 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).

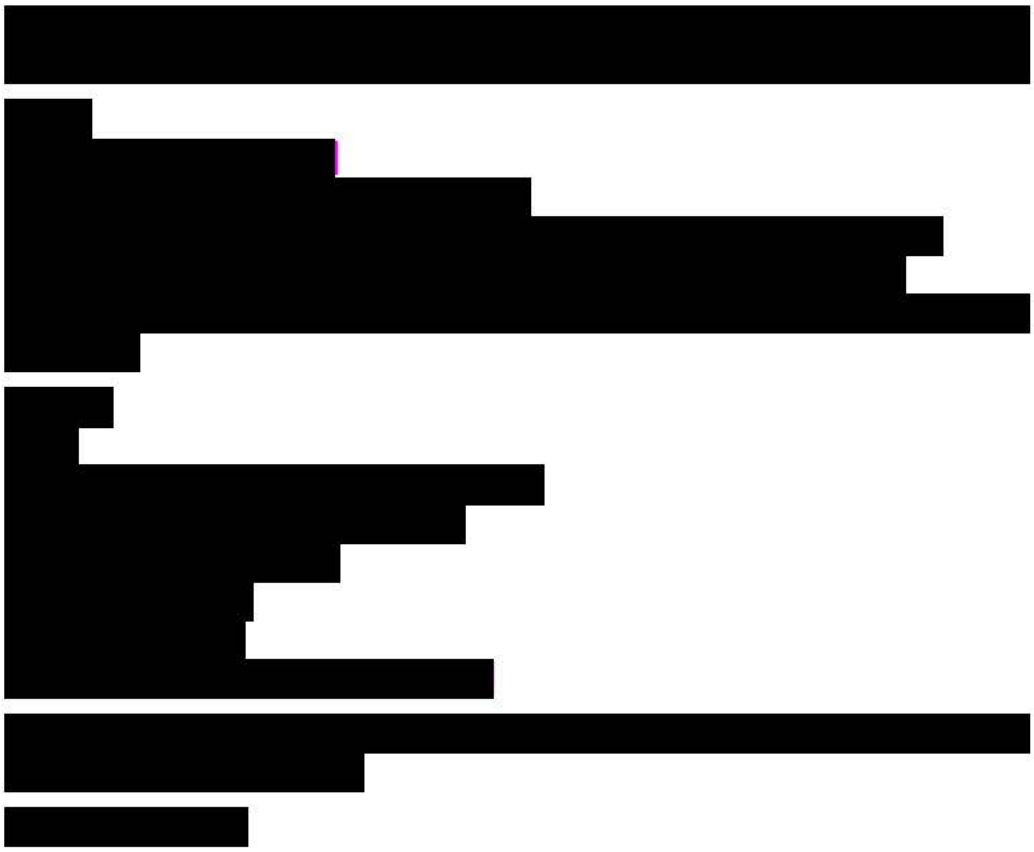
7 Antragstellerin und Antragsgegnerin stehen bereits seit mehreren Jahren in vertraglichen Geschäftsbeziehungen. So bestehen ein Kooperationsvertrag und ein Rahmenmietvertrag. Auf dieser Basis bezieht die Antragstellerin auf anderen Strecken bereits unbeschaltete Glasfasern von der Antragsgegnerin.

8 Parallel zu diesem Verfahren wurden bei der Beschlusskammer zwischen denselben Beteiligten zwei weitere Verfahren BK11-22/005 und BK11-22/007 mit im Wesentlichen gleichgelagerten Sachverhalten und rechtlichen Fragestellungen anhängig gemacht. Unterschiede zum vorliegenden Verfahren bestehen im zeitlichen Verlauf und den zur Mitnutzung angefragten Strecken. Im Zusammenhang mit dem Verfahren BK11-22/005 hatte die Antragstellerin mit Schreiben vom 9. 2. 2022 die Bearbeitung von seit September 2021 gestellten Open Access Anfragen durch die Antragsgegnerin angemahnt. Im Schreiben vom 9. 2. 2022 heißt es:

[redacted]

9 Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin am 3. 3. 2022 ein Angebot für die Bereitstellung unbeschalteter Glasfasern für die im Antrag konkret bezeichneten Strecken angefragt. In der Email vom 3. 3. 2022 heißt es:

[redacted]



10 Die Anfrage ist zunächst trotz Nachfrage unbeantwortet geblieben. Die Antragsgegnerin wurde letztmalig mit E-Mail vom 10. 5. 2022 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

11 Am 1. 4. 2021 wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU 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 10, bekannt gemacht.

Vgl. ABl. EU/S65, 170816-2022-DE sowie ausschreibungen-deutschland.de.

12 Am 20. 5. 2022 stellte die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur deshalb einen Antrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 TKG auf Zugang zur unbeschalteten Glasfaser der Antragsgegnerin, um ihren privatwirtschaftlichen FTTH-Ausbau in Nordhessen realisieren zu können. Der Antrag lautet:

> *„Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin Zugang zu unbeschalteten Glasfaserpaaren auf den im nachfolgenden bezeichneten Streckenabschnitten zu gewähren und der Antragstellerin hierzu ein Angebot betreffend eines Zugangs zu unbeschalteten Glasfaserpaaren nach der 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. Sie führt weiter aus, dass ihr ein Anspruch auf Gewährung des Zugangs zu einer unbeschalteten Glasfaser auf den im Antrag bezeichneten Streckenabschnitten, im Rahmen des Open Access-Anspruches, auf Grundlage der Geschäftsbeziehungen der Antragsgegnerin und Antragstellerin im Zusammenhang mit dem EU-Beschluss vom 21. 4. 2015, (C 2015) 2660 (siehe AST Anlage 2) sowie seit dem 1. 12. 2021, daneben auch auf Grundlage des gesetzlichen Anspruches nach § 155 Abs. 1 TKG zustünde.

15 Hinsichtlich des Umfangs dieses Anspruchs verweist die Antragstellerin auf die Gesetzesbegründung zu § 155 TKG, wonach allen Interessenten bei einem offenen Netzzugang alle möglichen Arten des Netzzugangs anzubieten seien und auf Endkundenebene echter Wettbewerb zu ermöglichen sei. Darüber hinaus sollten geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs eine größere Produktauswahl anbieten, als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Markmacht vorgeschrieben, weil bei geförderten Netzen für den Infrastrukturausbau nicht nur Ressourcen des betreffenden Unternehmens, sondern auch Steuereinnahmen verwendet werden. Bezüglich der Zugangsvarianten verweist die Antragstellerin zudem auf § 7 der NGA-Rahmenregelung und bzgl. des Zugangs auf Vorleistungsebene auf Art. 2 Nr. 139 AGVO.

16 Bezüglich der Prüfung, ob Bedingungen fair und angemessen sind, verweist die Antragstellerin auf die bisherige Spruchpraxis der Streitbeilegungsstelle. Hier sollten möglichst die Preise betrachtet werden, die bereits vertraglich vereinbart worden sind, denn bei Ihnen kann davon ausgegangen werden, dass sie sowohl für Anbieter also auch Nachfrager tragfähig sind. Soweit keine auffällige Divergenz zu den bekannten Marktpreisen besteht, können diese Preise im Rahmen der Bestimmung der fairen und angemessenen Bedingungen zu Grunde gelegt werden (vgl. Beschluss v. 25. 9. 2020, Az. BK11-20/003). Diese Grundsätze sind bei der Angebotslegung endsprechend zu berücksichtigen und insbesondere ist im Rahmen der Preisberechnung die „Anlage 1: Preisblatt“ als Anlage zum Rahmenmietvertrag zugrunde zu legen.

17 Die gesetzliche Frist zur Legung eines Angebots auf den Antrag der Antragstellerin vom 3. 3. 2022 hin sei abgelaufen. Die nationale Streitbeilegungsstelle könne daher angerufen werden. 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.

18 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 9 vom 11. 5. 2022 als Mitteilung Nr. 69 veröffentlicht worden.

19 Die Antragsgegnerin beantragt in ihrer Erwiderung vom 7. 6. 2022, den Streitbeilegungsantrag zurückzuweisen.

20 Der Antrag sei unzulässig, weil es an einem Zugangsantrag der Antragstellerin gemäß § 155 Abs. 1 TKG fehle. Die Antragstellerin habe sowohl in ihrer E-Mail vom 3. 3. 2022 als auch in der E-Mail vom 10. 5. 2022 eine Angebotslegung auf Grundlage der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Regelungen nachgefragt. Ein Zugang gemäß § 155 Abs. 1 TKG sei nicht beantragt worden.

21 Die Antragsgegnerin trägt vor, sie sei aufgrund der E-Mail-Korrespondenz davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin (lediglich) um eine Angebotserstellung im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien gebeten habe. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass die Antragstellerin in ihrer E-Mail vom 3. 3. 2022 offenkundig selbst nicht von einem Vertragsschluss innerhalb der von ihr gesetzten Frist ausgegangen sei, 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. Daher 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.

22 Die Antragsgegnerin weist ergänzend darauf hin, dass die Regelung des § 155 Abs. 1 TKG zum Zeitpunkt der Anfrage am 3. 3. 2022 in Kraft war, so dass dementsprechend auch ein gesetzlich begründeter Anspruch auf offenen Netzzugang hätte geltend gemacht werden können.

23 Abschließend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass derzeit laufende Projekte bei der Antragsgegnerin und der Eigentümerin der von ihr betriebenen Netze (Breitband Nordhessen GmbH) in hohem Maße personelle Ressourcen binden, 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.

24 Den Beteiligten ist in der am 21. 6. 2022 sowie am 18. 10. 2022 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

25 Mit Schreiben vom 11. 7. 2022 unterbreitete die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Angebot unter Bezugnahme auf den beantragten Open Access Zugang, welches die Antragstellerin nicht annahm.

26 Im Schriftsatz vom 14. 7. 2022 erläutert die Antragstellerin hierzu, dass das seitens der Antragsgegnerin vorgelegte Angebot ihrer Auffassung nach nicht als ein Angebot auf Gewährung eines Open Access nach § 155 TKG gewertet werden könne. [redacted] Das Angebot umfasse damit [redacted] Leerrohr auf der beantragten Teilstrecke. Die Antragsgegnerin biete also an, [redacted] in einem bestehenden ungenutzten Leerrohr [redacted] und dafür die entstehenden Kosten auf die Antragstellerin umzulegen. Das Angebot spiegele damit nicht den angefragten Open Access Zugang wieder. Der Sinn und Zweck des Open Access Anspruchs basiere maßgeblich auf dem Umstand, dass die angefragte Netzstruktur mittels öffentlicher Beihilfen errichtet wurde und auf dieser Struktur daher ein finanzieller Vorteil des errichtenden Unternehmens im Sinne der Allgemeinheit „gerecht" verteilt werden bzw. bleiben müsse. Der Zugangsanspruch ergebe sich aus dem Umstand, dass seitens der Antragsgegnerin, Beihilfen für die Errichtung ihres Netzes genutzt wurden. Die Rechtsfolge sei ein Kontrahierungszwang für Nachfragen nach Zugang zu der öffentlich geförderten Infrastruktur. Der Open Access Anspruch zeichne sich insoweit aus, dass der Zugang auf der bereits existierenden Infrastruktur gewährt werde, die mit staatlichen Mitteln gefördert wurde. [redacted]

27 Mit Schriftsatz vom 15. 7. 2022 erwiderte die Antragsgegnerin, dass das Angebot ihrer Auffassung nach mit den Grundsätzen des § 155 TKG in Einklang stehe. Die Vorschrift des § 155 TKG erfasse alle möglichen Formen eines offenen Netzzugangs.

28 Mit Schriftsatz vom 22. 7. 2022 nahm die Antragstellerin zum Schriftsatz der Antragsgegnerin Stellung. In diesem erläutert sie den Stand der Verhandlungen, der Seitens

der Antragsgegnerin nicht richtig dargestellt worden sei. Des Weiteren vertieft sie ihren bisherigen Vortrag aus vorangegangenen Schriftsätzen.

29 In ihrem Schriftsatz vom 22. 7. 2022 beantwortet die Antragsgegnerin die Fragen der Beschlusskammer aus der mündlichen Verhandlung vom 21. 6. 2022. Weiter trägt sie mit Stellungnahmen vom 10. 8. 2022 und 16. 8. 2022 zudem zum Stand der Verhandlungen im Nachgang zu den seitens der Antragsgegnerin gemachten Angeboten vom 11. 7. 2022 vor. Darüber hinaus ergänzt sie in ihrer Stellungnahme vom 22. 7. 2022 ihre bisherigen rechtlichen Ausführungen dahingehend, dass die Antragstellerin die Verhandlungen rechtsmissbräuchlich verweigere, da die rechtskonformen Angebote den Nachfragen der Antragstellerin entsprächen. Mit Schriftsatz vom 10. 8. 2022 erweitert die Antragsgegnerin ihren Vortrag dahingehend, dass die Antragstellerin in der Annahme fehlgehe, das Netz der Beigeladenen zu 10 sei aufgrund der öffentlichen Förderung des Netzausbaus dem beliebigen Zugriff Dritter ausgesetzt. Grundsätze zum Open Access seien noch nicht veröffentlicht worden.

30 Die Antragstellerin und Antragsgegnerin unterrichten in der Folge mit Schriftsätzen vom 3. 8. 2022, 10. 8. 2022, 17. 8. 2022 bzw. 16. 8. 2022 über Einigungsbemühungen bzw. Angebote, die im Ergebnis jedenfalls nicht zur Beilegung der Streitigkeiten geführt haben.

31 Mit Schriftsatz vom 3. 8. 2022 vertieft die Antragstellerin im Wesentlichen ihren bisherigen Vortrag und erwidert zudem auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22. 7. 2022. Die Antragstellerin weist darauf hin, dass der Zugang seitens der Antragsgegnerin gerade nicht aus technischen Gründen verweigert wurde. Vielmehr führe sie vermeintliche Kapazitätsreserven im Fall von Ausfällen und Havarien an. Ihrer Ansicht nach sei der Vortrag zum Umfang benötigter Reserven der Antragsgegnerin nicht nur völlig unsubstantiiert sondern auch unerheblich. Die Regelung des § 141 Abs. 2 Nr. 1 TKG sei im Rahmen des offenen Netzzugangs gemäß § 155 TKG nicht anwendbar. Dies gelte zumal deshalb, weil die Pflicht zum Open Access bereits bei der Dimensionierung der Infrastruktur berücksichtigt werden müsse.

32 In ihrem Schriftsatz vom 10. 8. 2022 trägt die Antragsgegnerin vor, durch den von der Antragstellerin begehrten offenen Netzzugang drohe eine Insolvenz der Beigeladenen zu 10. Die Antragsgegnerin legt die Höhe zweier Darlehen und die daraus resultierenden jährlichen Verbindlichkeiten dar. Hierzu führt sie aus:

[redacted]

33 [redacted]

34 Mit Schriftsatz vom 31. 8. 2022 nahm die Antragsgegnerin im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung im Verfahren BK11-22/007 Stellung. Hierbei teilte sie mit, dass sie ihren Vortrag im vorliegenden Verfahren um die Stellungnahme im Verfahren BK11-22/007 ergänze. Zur Begründung führte sie aus, dass die Stellungnahme wesentliche neue Aspekte enthalte, die angesichts der Vergleichbarkeit und Tragweite der drei Verfahren, BK11-22/005, BK11-22/006 und BK11-22/007, auch in dem Verfahren BK11-22/006 zu berücksichtigen seien.

35 Die Antragsgegnerin ergänzt ihren Vortrag dahingehend, dass die Antragstellerin mit den Anträgen keinen offenen Netzzugang im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG, sondern eine kostengünstige Duplizierung der vorhandenen geförderten FTTC-Infrastruktur, die von der Antragsgegnerin für die Eigentümerin des Netzes, die Breitband Nordhessen GmbH, betrieben werde, verfolge. Weiter führt sie aus, dass die Antragstellerin an den verfahrensgegenständlichen Strecken bisher nur vereinzelt überhaupt mit einem Ausbau ihrer – der Antragstellerin – eigenen FTTH-Infrastruktur begonnen und auch nur in wenigen Gemeinden tatsächlich ausgebaut habe. In den vereinzelt von der Antragstellerin tatsächlich mit FTTH-Infrastruktur bereits ausgebauten Gebieten habe die Antragstellerin bisher auf der Grundlage des von der Antragsgegnerin angebotenen Bitstromzugangs ohne weiteres Haushalte angeschlossen, so dass die Antragsgegnerin mit diesem Zugangsangebot ihre Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG erfüllt habe und ebenso für die verfahrensgegenständlichen Strecken auch weiterhin erfüllen werde. Die Antragsgegnerin kündigt hierbei an, dass entsprechende Angebote der Antragstellerin in den nächsten Tagen zugingen, sobald die Antragstellerin ihren konkreten Bedarf auch hinsichtlich der benötigten Bandbreiten für die Anbindung tatsächlich ausgebauter Gebiete nenne, was die Antragstellerin aber – laut Aussage der Antragsgegnerin – verweigere.

36 Weiter rügt die Antragsgegnerin, dass die von der Antragstellerin unter dem Deckmantel eines vermeintlichen offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG verfolgte Duplizierung der geförderten FTTC-Infrastruktur unabhängig von ihrem eigenen FTTH-Ausbau der geförderten Infrastruktur die wirtschaftliche Grundlage entziehen würde. In diesem Zusammenhang erläutert die Antragsgegnerin, dass die Infrastruktur der Breitband Nordhessen GmbH zum überwiegenden Teil durch Darlehen finanziert worden sei, die über die Einnahmen der Breitband Nordhessen GmbH inklusive Zinsen zurückzuführen seien. Lediglich ein sehr kleiner Teil der Finanzierung der Infrastruktur [redacted] entfalle auf Zuschüsse, die als tatsächliche Förderung in der Infrastruktur verblieben. Faktisch – so die Antragsgegnerin – finanzierten also die Breitband Nordhessen GmbH und ihre Gesellschafter (also die fünf nordhessischen Landkreise) den überwiegenden Teil der Infrastruktur. Aus dieser Situation resultiere nach Ansicht der Antragsgegnerin, dass dem Eigentümer der geförderten Infrastruktur damit in signifikantem Ausmaß die Möglichkeiten eigener Einnahmen zur Finanzierung der eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten genommen und der Geschäftsbetrieb – wie später von der Beigeladenen zu 10 in ihrer Stellungnahme vom 11. 10. 2022 auf Seite 5 offengelegt – in letzter Konsequenz in die Insolvenz getrieben werde.

37 Weiter führt die Antragsgegnerin aus, dass der entsprechende von der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung skizzierte regulatorische Ansatz zur Anwendung des § 155 Abs. 1 TKG damit in einem Fall wie dem vorliegenden eine Vernichtung öffentlicher Förderungen zur Folge hätte. So könne unter der vorläufigen Auslegung des § 155 TKG seitens der Beschlusskammer auch ein Präjudiz in Richtung einer Ermöglichung der systematischen Entwertung und ggf. auch Vernichtung einer mit Krediten und Garantien der öffentlichen Hand geförderten Infrastruktur geschaffen werden. Nach Ansicht der Antragsgegnerin, stehe ein solches Ergebnis des vorliegenden Streitbeilegungsverfahrens konträr zu dem Ziel der Breitbandförderung ebenso wie zu dem Ziel des offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG und zeige vielmehr eine einseitige behördliche Positionierung zugunsten der Antragstellerin jenseits der Funktion als staatliche Streitbeilegungsstelle auf. Mithin – so die Antragsgegnerin – wäre dieses Ergebnis öffentlichen Kredit- und Garantiegebern, die – wie im vorliegenden Fall – eine FTTC-Infrastruktur überwiegend finanzieren, nicht zu vermitteln.

38 Mit Schriftsatz vom 9. 9. 2022 erwiderte die Antragstellerin auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 31. 8. 2022. Ein Anspruch aus § 155 TKG sei nachfragegebunden, die Antragstellerin sei grundsätzlich nicht verpflichtet, im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung ihre Ausbaupläne im Zusammenhang mit den angefragten Streckenabschnitten offen zu legen und die Regelung des § 155 Abs. 4 TKG stehe einer Anspruchsgewährung bzw. positiven Entscheidung der Beschlusskammer zugunsten des Antrags der Antragstellerin nicht entgegen. Darüber hinaus sprächen der Inhalt der NGA-Rahmenregelung, der AGVO und der EU-Breitbandleitlinien für eine Pflicht zur Gewährung

des angefragten Zugangs zu unbeschalteten Glasfasern. Im Übrigen wiederholt die Antragstellerin ihre bisherigen rechtlichen Ausführungen. Eine Duplizierung des Netzes werde gerade nicht erfolgen.

39 Auf ihren Antrag vom 15. 9. 2022 wurde die Breitband Nordhessen GmbH zum Verfahren beigeladen.

40 In diesem Zusammenhang hat sich die Beschlusskammer zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in dem Verfahren BK11-22/006 entschlossen.

41 In ihrem Antrag auf Beiladung teilte die Breitband Nordhessen GmbH unter anderem mit, dass sie Inhaberin der streitgegenständlichen Infrastruktur sei. Sie sei im Februar 2014 von fünf nordhessischen Landkreisen gegründet worden und führe in diesen Kreisen geförderte Breitbandausbauprojekte durch. Der Netzausbau sei als Betreibermodell ausgestaltet. In diesem Betreibermodell errichte die öffentliche Hand passive Netzinfrastruktur, um diese an ein Telekommunikationsunternehmen zu verpachten, das das Netz mit aktiver Technik aufrüste und sodann Endkunden- und Vorleistungsprodukte anbiete. Aufgrund seiner beihilferechtlichen Relevanz sei das Projekt bei der EU-Kommission notifiziert und mit Beschluss vom 21. 3. 2015 (C (2015) 2660 final) genehmigt worden. Die Finanzierung des Netzausbaus sei im Wesentlichen über ein Darlehen der WI Bank Hessen, welches über eine Bürgschaft des Landes Hessen abgesichert ist, sowie über umfängliche Gesellschafterdarlehen erfolgt. Ergänzend seien ELER-Fördermittel durch das Land Hessen bewilligt worden, außerdem auch Fördermittel aus dem Bundesförderprogramm Breitband (graue Flecken Förderung). Zwischen der Antragsgegnerin und der Breitband Nordhessen GmbH bestehe ein Betreiber- und Pachtvertrag, dessen Vertragsgegenstand die pachtweise Überlassung von passiver Telekommunikationsinfrastruktur von der Beigeladenen zu 10 an die Antragsgegnerin zum Zwecke des Betriebs eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes und des Angebots von Telekommunikationsdienstleistungen durch die Antragsgegnerin sei. Die im Streitbeilegungsverfahren verfahrensgegenständlichen Streckenabschnitte liegen im Ausbaugebiet der Beigeladenen.

42 Mit Schriftsatz vom 11. 10. 2022 nimmt die Beigeladene zu 10 umfassend Stellung im vorliegenden Verfahren. Hierzu nimmt sie insbesondere Bezug auf den Vortrag der Antragsgegnerin in allen drei laufenden Verfahren und beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

43 Zusammenfassend erläutert die Beigeladene, dass nach ihrer Auffassung, keine Verpflichtung zur antragsgemäßen Gewährung von Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG bestehe. Jedenfalls bestehe keine Verpflichtung zur Duldung des Zugriffs auf das Backbone-Netz der Beigeladenen. Insbesondere resultiere eine solche Verpflichtung weder aus Beihilferecht noch aus § 155 Abs. 1 TKG. Vielmehr seien die Zugangsangebote, die die Antragsgegnerin der Antragstellerin unterbreitet hat, hinreichend und annehmbar.

44 Das Ausbauprojekt der Beigeladenen sei im Ganzen nicht vergleichbar mit geförderten Projekten, wie sie in jüngerer Zeit insbesondere im Rahmen des Bundesförderprogramms zur Unterstützung des Gigabitausbaus durchgeführt werden; eben solche Förderprojekte – also Projekte, in denen regelmäßig sämtliche anfallenden Investitionskosten bzw. festgestellte Wirtschaftlichkeitslücken in Gänze durch direkte nicht rückzahlbare staatliche Zuschüsse ausgeglichen werden – seien Grundlage für die Einführung der Regelung des § 155 Abs. 1 TKG und des Rechtswegs zur Beschlusskammer. Werden sämtliche Kosten bzw. Defizite durch direkte und nicht rückzahlbare staatliche Zuschüsse ausgeglichen, bestehe auch aller Anlass zur Sicherstellung einer möglichst weitgehenden Zugangsoffenheit. Das vorliegende Ausbaumodell sei mit diesen Konstellationen aber nicht vergleichbar. Da zum Projektstart gerade keine Fördertöpfe zur Verfügung gestanden hätten, musste das Projekt von vornherein „spitz gerechnet“ werden. Im Gegensatz zu den Förderprojekten der „aktuellen Generation“ erfolge die Finanzierung im vorliegenden Projekt weit überwiegend über eine Fremdfinanzierung und eine Eigenkapitalisierung durch die Gesellschafter der Beigeladenen. Nur in untergeordnetem Ausmaß kämen direkte finanzielle Zuschüsse zum Einsatz – und zwar in Form von ELER-Mitteln, die jedoch für den Ausbau von nicht verfahrensgegenständlichen Trassen zum Einsatz gekommen seien. Lediglich für künftige Ausbaustufen werde die Inanspruchnahme von weiteren Bundesfördermitteln in Aussicht genommen. Das vorliegende Projekt sei im Ganzen eher vergleichbar mit eigenwirtschaftlichen Ausbauprojekten, nicht aber mit Förderprojekten der laufenden Breitbandförderung. Diesen Besonderheiten sei zwingend Rechnung zu tragen, sie seien bei einer Auslegung von Zugangspflichten nach § 155 Abs. 1 TKG – sofern man von einer Anwendung dem Grunde nach ausgeht – zwingend zu berücksichtigen.

45 Weiter müsse es die Beigeladene weder aus beihilferechtlichen Gründen noch auf Grundlage von § 155 Abs. 1 TKG dulden, dass Entscheidungen über den Netzzugang getroffen werden, die im Telekommunikationssektor ansonsten ausgeschlossen werden; denn praktisch niemals würden ansonsten Zugänge zum Backbone von Netzinfrastrukturen gewährt, um von dort aus einzelne Endkundenanschlüsse zu realisieren. Entsprechende Vorgehensweisen seien schon aus Gründen der Ausfallsicherheit von Netzinfrastrukturen ausscheiden. Auch sei es der Beigeladenen nicht zumutbar, auf bestimmte Zugangsvarianten verwiesen zu werden, wenn alternative Zugangsmöglichkeiten bestünden.

46 Es sei ihr im Ganzen nicht zumutbar, Netzzugänge zu dulden, die das Geschäftsmodell der Beigeladenen komplett unterlaufen und somit zu einer wirtschaftlichen Schieflage des Gesamtprojekts und einem handfesten Insolvenzrisiko führen würden, wenn auf der anderen Seite praktikable und im Übrigen auch zwischen den Parteien erprobte Zugangsvarianten vorlägen. Dass es ein „Set an Zugangsvarianten“ gibt, das stets und unterschiedslos ohne Betrachtung des Einzelfalls anzubieten sei, ergebe sich weder aus den beihilferechtlichen Rechtsgrundlagen noch aus § 155 Abs. 1 TKG.

47 Eine Verpflichtung zur Gewährung von Zugriff auf das Backbone-Netz sei nicht zu rechtfertigen, sie liefe auf Verletzungen der Grundrechte der Beigeladenen aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG hinaus. Die Beigeladene hebt auf Seite 16 ihrer Stellungnahme hervor:

> *„Schon an dieser Stelle wird daher betont, dass es die Beigeladene der Antragsgegnerin pachtvertraglich untersagen müsste, entsprechenden Zugang (insbesondere auch soweit das Backbone-Netz betroffen ist) tatsächlich zu gewähren. Unterstellt, ein Zugang würde dem Grunde nach gewährt werden (müssen), wäre die Beigeladene im Übrigen gehalten, gegenüber der Antraggegnerin auf geeignete Zugangskonditionen hinzuwirken, die jedenfalls nicht in den durch die Antragstellerin vorgelegten (und im Übrigen nicht mit der Beigeladenen abgestimmten) Vertragsvereinbarungen abgebildet sind.“*

48 Sie vertieft diese Aussage auf Seite 20 ihrer Stellungnahme:

> *„Die Beigeladene müsste es im Zweifelsfall auf Ebene des Pachtvertrags unterbinden, dass Netzzugänge insbesondere soweit auch das Backbone betroffen ist tatsächlich bereitgestellt werden. Eine letztendliche Klärung müsste nötigenfalls auf dem Zivilrechtsweg erfolgen.“*

49 Die Beigeladene führt auf Seite 23 überdies aus, dass eine Verpflichtung zur Duldung des Zugangs zum Backbone auch insofern für sie unzumutbar sei, als sie vorsorglich Leerrohrinfrastruktur parallel zur Backbone-Infrastruktur geschaffen habe, die für die Zwecke der Antragstellerin ohne weiteres nutzbar sei. Ein zur Nutzbarmachung entstehender Mehraufwand sei von der Antragstellerin hinzunehmen.

50 Die Beigeladene macht sich zudem den Vortrag der Antragsgegnerin zu eigen, wonach das Vorgehen der Antragstellerin darauf ausgerichtet sei, die Infrastruktur der Beigeladenen zu duplizieren und eine kostengünstig parallele Netzinfrastruktur in ein- und denselben Ausbaugebieten unter direktem Zugriff auf das Backbone-Netz angestrebt werde. Dies alles obwohl die Antragstellerin – nach den Schilderungen der Beigeladenen sowie der Antragsgegnerin – in den fraglichen Anschlussbereichen weder konkrete Ausbaupläne habe noch mit Ausbauaktivitäten begonnen worden sei. Der Netzzugang werde „auf Vorrat“ begehrt.

51 Die Breitband Nordhessen GmbH nahm darüber hinaus mit Schreiben vom 19. 10. 2022 Stellung. Im Wesentlichen präzisiert sie die Angaben zur erfolgten Inanspruchnahme von Fördermitteln aus dem Bundesförderprogramm Breitband. In diesem Zusammenhang erläuterte sie die drei Fördermittelbewilligungen inklusive Anbindungen und Gesamtprojekt. Weiter wies sie darauf hin, dass es sich bei den genannten Anbindungen um punktuelle Trassen konkret zur Anbindung von Schulen handele, die mit den antragsgegenständlichen Trassen aber nicht in räumlichem bzw. technischem Zusammenhang stünden. Auch handele es sich im Verhältnis zum Gesamtprojekt um Infrastruktur mit untergeordnetem Umfang. Zudem liege eine vorläufige Bewilligung von

Fördermitteln zur Erschließung einzelner Gebiete in der Stadt Sontra vor. Diese Anbindungen seien aber noch nicht realisiert und die Fördermittel noch nicht abgerufen worden.

52 Darüber hinaus vertiefte sie ihren bisherigen Vortrag dahingehend, dass sie auch in pachtvertraglicher Hinsicht darauf hinwirke, dass Netzzugänge lediglich in dem (beihilfe-)rechtlich erforderlichen Rahmen erfolgten. In keiner Weise sei hiermit aber eine Intention verbunden, beihilferechtliche Rechtsvorgaben nicht zu befolgen, deren Anerkennung außer Frage stünden. Aus ihrer Sicht klärungsbedürftig sei vielmehr die Reichweite jener Vorgaben in der konkreten Konstellation. In Bezug auf die Reichweite der Zugangsrechte vertieft die Breitband Nordhessen GmbH ihren Vortrag, in dem sie mit der Antragsgegnerin übereinstimmt, dass insbesondere kein ausschließlich „nachfragegetriebenes“ Phänomen gegeben sei.

53 Mit Hinweisschreiben vom 20. 9. 2022 wurde die Frist aus § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG gemäß § 149 Abs. 8 TKG bis zum 21. 11. 2022 verlängert.

54 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.

55 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

56 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

57 Die Antragstellerin hat bei der Antragsgegnerin als Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes – in einem dem Streitbeilegungsverfahren vorgelagerten bilateralen Verfahren – einen Zugangsantrag gemäß § 155 Abs. 1 TKG gestellt. Innerhalb von zwei Monaten ab Eingang dieses Antrags ist keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande gekommen. Auch die materiellen Voraussetzungen des offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin Zugang zu – in einer Tabelle im Einzelnen aufgeführten – unbeschalteten Glasfaserpaaren zu gewähren. Sie wird verpflichtet, der Antragstellerin für diesen Zugang ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten.

2.1 Rechtsgrundlage

58 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

59 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 149 Abs. 1 Nr. 5, 155 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

60 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

61 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG.

62 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

63 Gemäß § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG trifft die Bundesnetzagentur in Verfahren der vorliegenden Art grundsätzlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags auf Streitbeilegung eine verbindliche Entscheidung. Diese Frist kann im Einzelfall gemäß § 149 Abs. 8 TKG um bis zu zwei Monate verlängert werden.

64 Der Antrag der Antragstellerin ist am 20. 5. 2022 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist am 23. 9. 2022 endete. Mit Hinweisschreiben vom 18. 8. 2022 wurde diese Frist gemäß § 149 Abs. 8 TKG zunächst bis zum 24. 10. 2022 verlängert. Nach der Beiladung der Breitband Nordhessen GmbH wurde diese erste Verlängerung, die den vollen Zeitraum der Fristverlängerung nicht ausschöpfte, nochmals bis zum 24. 11. 2022 erweitert. Insofern ergeht die Entscheidung über das Bestehen des Zugangsanspruchs fristgerecht.

2.4 Entscheidung in der Sache

65 Der Antrag auf verbindliche Entscheidung im Verfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG ist zulässig und begründet.

2.4.1 Formelle Voraussetzungen

66 Eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle konnte vorliegend beantragt werden, da das bilaterale Zugangsverfahren nach § 155 Abs. 1 TKG erfolglos durchgeführt wurde Die Antragstellerin hat mit E-Mail vom 3. 3. 2022 eine Anfrage an die Antragsgegnerin gerichtet. Diese Anfrage betraf die Erstellung eines Angebotes für die Bereitstellung von unbeschalteten Glasfasern für näher bezeichnete Strecken in dem von der Antragsgegnerin betriebenen, mit Fördermitteln errichteten Netz. Hiermit hat sie einen Zugangsantrag in dem (dem Streitbeilegungsverfahren vorgelagerten) bilateralen Verfahren gemäß § 155 Abs. 1 TKG gestellt.

2.4.1.1 Bilaterales Zugangsverfahren zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin

67 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.

2.4.1.2 Antrag auf Zugang gemäß § 155 Abs. 1 TKG

68 Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin am 3. 3. 2022 zur Erstellung eines Angebotes für den Zugang zu unbeschalteten Glasfasern auf näher bezeichneten Strecken in dem öffentlich geförderten Netz der Antragsgegnerin aufgefordert. Eine Auslegung dieser Aufforderung ergibt, dass die Antragsgegnerin die Anfrage dahingehend verstehen musste, dass sich diese (jedenfalls auch) auf die Abgabe eines Angebotes für einen offenen Netzzugang gemäß § 155 TKG stützte. Insoweit liegt mit der E-Mail vom 3. 3. 2022 ein Antrag auf offenen Netzzugang zu geförderten Netzen gemäß § 155 TKG vor.

69 Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist maßgeblich darauf abzustellen, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war. Die Willenserklärung gilt also 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, 75-84; BGH, Urteil v. 5. 7. 1990, IX ZR 10/90, juris.

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

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

71 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, BGB, 2021, § 133, Rz. 18, 19, juris.

72 Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Erklärung. Bei der Willenserforschung sind aber auch der mit der Absprache verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können.

BGH, Urteil v. 22. 2. 2022, X ZR 102/19, juris-Rz. 82; BGH, Urteil v. 27. 1. 2010, VIII ZR 58/09, WM 2010, S. 986 Rz. 33.

73 Der Wortlaut der Aufforderungs-E-Mail vom 3. 3. 2022 rekurriert auf eine Angebotserstellung; dabei wird weder auf die vertraglichen Beziehungen der Parteien, noch auf die gesetzliche Grundlage der (zwischenzeitlich in Kraft getretenen) Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs nach § 155 TKG zu dem öffentlich geförderten Netz der Antragsgegnerin Bezug genommen. Der Wortlaut der Email lautet:

74 Insofern kann von einem objektiven Empfänger aus dem Verkehrskreis der Antragsgegnerin erwartet werden, dass dieser die zu diesem Zeitpunkt bereits seit drei Monaten in Kraft getretene Rechtsvorschrift des § 155 TKG kennt und diese deshalb zum Zeitpunkt der Anfrage in Betracht zieht.

75 Verstärkt wird diese Wertung zudem durch den Umstand, dass der Antragsgegnerin bekannt war, dass das Netz mit Fördermitteln errichtet worden ist, sie zur Gewährung eines offenen Netzzugangs verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang ist von der Antragsgegnerin auch zu erwarten, dass sie neben den bereits bestehenden vertraglichen Verpflichtungen auch eine – im März 2022 zwischenzeitlich bereits seit drei Monaten in Kraft getretene – gesetzliche Regelung zur verfahrensrechtlichen Durchsetzung des Open Access vor der Bundesnetzagentur kennt. Ihr obliegt insofern eine besondere Sorgfaltspflicht bei der Auslegung eingehender Zugangsanträge.

76 Hierbei schadet es mit Blick auf den Wortlaut der E-Mail vom 3. 3. 2022 nicht, dass weder eine vertragliche Anspruchsgrundlage angegeben noch die gesetzliche Regelung des § 155 TKG explizit genannt wird.

77 Zum einen kommunizierten die Vertreter der Antragstellerin und Antragsgegnerin – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – nicht in einem förmlichen Ton, so dass die Nennung von Paragraphen nicht zu erwarten war.

78 Zum anderen ergibt sich aus dem vorausgegangenen Gesamtverhalten der Beteiligten, dass die Antragstellerin ihren Zugangsanspruch auf jede in Betracht kommende Rechtsgrundlage – mithin auch den § 155 Abs. 1 TKG stützen wollte. Im Rahmen der Auslegung einer Willenserklärung sind nämlich auch alle sonstigen Umstände zu berücksichtigen, aus denen Rückschlüsse auf den zugrundeliegenden Geschäftswillen gezogen werden können. Voraussetzung ist, dass diese Umstände dem Erklärungsempfänger bekannt oder erkennbar waren.

Vgl. BGH, Urteil v. 5. 10. 2006, III ZR 166/05, juris-Rz. 18; BGH, Urteil v. 17. 12. 2009, VII ZR 172/08, juris-Rz. 17.

79 Zu berücksichtigen ist das Gesamtverhalten des Erklärenden einschließlich aller bei Vertragsschluss vorliegenden Begleitumstände,

vgl. BGH, Versäumnisurteil v. 3. 9. 2020, III ZR 56/19, juris-Rz. 19; BGH, Urteil v. 9. 2. 1983, IVb ZR 354/81, juris-Rz. 10,

sowie die beiderseitige Interessenlage. Es ist dem Empfänger insoweit verwehrt, der Erklärung einfach den für ihn günstigsten Sinn beizulegen.

Vgl. BGH, Versäumnisurteil v. 3. 9. 2020, III ZR 56/19, juris-Rz. 19; BGH, Urteile v. 8. 12. 2011, III ZR 72/11, NVwZ 2012, S. 581, Rz. 18 und v. 31. 3. 2016, III ZR 70/15, NJW 2016, S. 2656, Rz. 26; BGH, Urteil v. 27. 1. 2010, VIII ZR 58/09, NJW 2010, S. 2422 Rz. 33.

80 Für die Auslegung der Erklärung vom 3. 3. 2022 aus der Sicht eines objektiven Empfängers ist damit von Bedeutung, dass die Antragstellerin in einer früheren Erklärung vom 9. 2. 2022 in demselben Sachzusammenhang explizit auf die gesetzliche Regelung des § 155 TKG Bezug genommen hat. Im Schreiben vom 9. 2. 2022 heißt es:

[redacted]

81 Die Antragstellerin weist damit in diesem unmittelbar vorausgegangenen Schreiben, das denselben Sachzusammenhang betrifft, darauf hin, dass sie nicht länger bereit ist, die zögerliche Sachbearbeitung ihrer Zugangsanfragen durch die Antragsgegnerin hinzunehmen. Vielmehr erklärt sie ausdrücklich, den Weg zur nationalen Streitbeilegungsstelle beschreiten zu wollen, sofern ihrem – auch – auf § 155 TKG gestützten Zugangsbegehren nicht fristgerecht nachgekommen wird. Ein objektiver Erklärungsempfänger durfte hiernach weitere Zugangsanfragen nur so verstehen, dass die Antragstellerin aus jedem in Betracht kommenden Rechtsgrund und mithin auch gestützt auf § 155 Abs. 1 TKG offenen Netzzugang zu einem geförderten Netz begehrt.

82 Nach alldem kann die Antragsgegnerin nicht mit Erfolg geltend machen, es wäre für sie vorliegend nicht „…*erkennbar eine rechtlich relevante Frist von zwei Monaten in Gang gesetzt [worden], die nach ergebnislosem Verhandlungsverlauf ab Antragseingang zur Einleitung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens führen, und ggf. einen für den Netzbetreiber belastenden Verwaltungsakt zur Folge haben kann*“ (*Schriftsatz vom 20. 6. 2022, S. 2).*

83 Auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Streitbeilegungsantrag gemäß §§ 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG liegen vor. Denn innerhalb der Frist von zwei Monaten ab dem Zugangsantrag vom 3. 3. 2022 ist keine Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande gekommen.

2.4.2 Materielle Voraussetzungen

84 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 155 Abs. 1 TKG liegen vor.

2.4.2.1 Materiellrechtlicher Rahmen der Entscheidung

85 Die Streitbeilegungsentscheidung ergeht zur Verpflichtung des Betreibers oder Eigentümers öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze, auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren.

> *Vgl. BT-Drs. 21/26108, S. 347 zu § 154 Abs. 1 TKG-RefE, dem jetzigen § 155 Abs. 1 TKG.*

86 Die Verpflichtung des Betreibers oder Eigentümers öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze zur Zugangsgewährung wurzelt im unionsrechtlichen Beihilferecht.

87 Gemäß Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind – soweit in den unionsrechtlichen Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist – staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die

durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt grundsätzlich unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die Absätze 2 und 3 der Norm treffen Regelungen zu Beihilfen, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind oder als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können. Art. 108 Abs. 3 AEUV enthält eine Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten für Beihilfen bei der Europäischen Kommission sowie ein Durchführungsverbot, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

88 Die Grundsätze, nach denen die Europäische Kommission die EU-Beihilfevorschriften auf Maßnahmen anwendet, die dem allgemeinen Ausbau von Breitbandnetzen dienen oder mit denen der rasche Ausbau von Netzen für die Breitbandgrundversorgung sowie von NGA-Netzen gefördert werden soll, sind in den Breitbandbeihilfeleitlinien der Kommission zusammengefasst.

> *Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, Amtsblatt C25/1 vom 26. 1. 2013 (im Folgenden BreitbandLL[2013]); vgl. dort den Erwägungsgrund 8. Diese Leitlinien werden derzeit überarbeitet; ein Entwurf wurde am 8. 9. 2021 zur öffentlichen Konsultation unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2132 veröffentlicht.*

89 Die Verfahren der Europäischen Kommission über Beihilfen werden durch Beschlüsse im Sinne von Art. 288 Abs. 4 AEUV abgeschlossen. Die Regelung lautet:

> *„Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich."*

90 Beispiele für solche Entscheidungen der Europäischen Kommission – bei denen die Einstufung der Maßnahme als Beihilfe und ihre Genehmigung erfolgen – sind die Beschlüsse zur Genehmigung der NGA-Rahmenregelung des Bundes sowie zur Beihilfemaßnahme „Das NGA-Cluster Nordhessen", die zur Errichtung der hier betroffenen Infrastruktur geführt hat.

> *Vgl. Beschluss der Europäischen Kommission v. 21. 4. 2015 im Verfahren SA. 39518 (2014/N) – Deutschland – NGA-Cluster Nordhessen (öffentliche Fassung als Mitteilung C (2015) 2660 final publiziert); Beschluss der Europäischen Kommission v. 15. 6. 2015 im Verfahren SA. 38348 (2014/N) – Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (öffentliche Fassung als Mitteilung C (2015) 4116 final publiziert); vgl. zum zweitgenannten Beschluss auch OVG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 16. 7. 2021, 6 A 10376/21, juris-Rz. 50, 104.*

91 Adressat der Entscheidungen war in beiden Fällen die Bundesrepublik Deutschland, für die der Beschluss entsprechend Art. 288 Abs. 4 AEUV in allen Teilen verbindlich ist.

92 Neben der vorbeschriebenen – und im vorliegenden Sachverhalt mit dem Beschluss der Europäischen Kommission vom 21. 4. 2015 vorgefundenen – Handlungsform der

Genehmigung einzelner Beihilfen durch die Europäische Kommission unionsrechtlich auch die Möglichkeit besteht, ganze Gruppen von Maßnahmen in bestimmten Wirtschaftssektoren freizustellen (Art. 108 Abs. 4 AEUV). Hierzu ist eine allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission (AGVO) ergangen, die unter anderem auch Breitbandhilfen zum Gegenstand hat. Zudem gib es mehrere Freistellungsverordnungen für einzelne Querschnittsthemen oder einzelne Branchen, zum Beispiel zu Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen beziehungsweise für den Kraftfahrzeugsektor.

Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. 7. 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. EU L 270/39); Verordnung (EU) 651/2014 der Kommission vom 17. 6. 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. EU L 187/1); Verordnung (EU) 461/2010 der Kommission vom 27. 5. 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (ABl. EU L 129/52).

93 Der vorbeschriebene unionsrechtliche Regelungsrahmen ist auch die Basis der gesetzlichen Regelung in § 155 TKG. Aus den unionsrechtlichen Regelungen im Bereich der Breitbandbeihilfen sowie den in diesem Kontext ergangenen mitgliedstaatlichen Regelungen ergibt sich, dass Beihilfeempfänger einen offenen Netzzugang zu den gefördert errichteten Netzen gewähren müssen, die an den Betreiber weiterzureichen und unabhängig von Veränderungen bei den Eigentumsverhältnissen, der Verwaltung oder dem Betrieb der geförderten Infrastruktur durchzusetzen sind.

Vgl. BreitbandLL^{2013}, Rz. 78 lit. g), letzter Satz, sowie BT-Drs. 19/26108, S. 348.

94 Regelungen zu dieser Verpflichtung und deren Umfang ergeben sich aus

- den Leitlinien der Europäischen Union vom 23. 1. 2013 für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (BreitbandLL^{2013} – ABl. EU C 25/01), Rz. 78 lit. g), 80 lit. a);
- dem Beschluss der Europäischen Kommission vom 21. 4. 2015 im Verfahren SA. 39518 (2014/N) – NGA-Cluster Nordhessen, Rz. 24, 33-35, 45 lit. f), 46, 51 f., 54;
- Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen, Merkblatt zu Darlehen für den Breitbandauf- und -ausbau in Hessen (Stand 2. 8. 2011), S. 1 unter Ziffer 4;
- Beschluss der Europäischen Kommission vom 15. 6. 2015 im Verfahren SA. 38348 (2014/N) – NGA-Rahmenregelung, Rz. 24, 29, 61 lit. f), 64, 73 f.;

- Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-Rahmenregelung, Präambel, S. 2), §§ 5 Abs. 6, 7 Abs. 2, 4;
- Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“, Präambel (4. Absatz), Ziffern 7.5, 7.8;
- Hinweise der Bundesnetzagentur zur Gestaltung der Zugangsverpflichtungen nach NGA-RR, Ziffer 1) lit. a); abrufbar unter *https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Ausbau/Beihilfen/HinweiseVertragsgestaltungNGA.pdf?__blob=publicationFile&v=5*.

95 Dieser Rechtsrahmen, insbesondere auch die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs im Fall öffentlich geförderter Telekommunikationsinfrastruktur, ist – anders als die Antragsgegnerin meint – nicht erst mit dem 1. 12. 2021 eingeführt worden, sondern bestand bereits vor In-Kraft-Treten des § 155 TKG. Die Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs ergab sich in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung bereits zuvor aus dem Beschluss der Europäischen Kommission zur Genehmigung der Beihilfe NGA-Cluster Nordhessen in Verbindung mit den EU-BreitbandLL[2013] sowie der Ausgestaltung des Konzessionsvertrages. Vor diesem Hintergrund kann im vorliegenden Verfahren auch dahinstehen, ob die Verpflichtung zur Gewährung des offenen Netzzugangs darüber hinaus auch aus dem Beschluss der Europäischen Kommission zur Genehmigung der Beihilfe NGA-Rahmenregelung in Verbindung mit der EU-BreitbandLL[2013] sowie der NGA-Rahmenregelung der Bundesrepublik und der dazu ergangenen Förderrichtlinie herrühren könnte. Diese Verpflichtung entsteht bei Verwendung von Bundesmitteln aus der sogenannten Weiße-Flecken-Förderung. Ob dies – wie die Beigeladene zu 10 in einem nicht weiter substantiierten Vortrag zu meinen scheint – nur dann der Fall ist, wenn die Bundesmittel für den Bau der streitgegenständlichen Strecken (mit-)verwendet worden sind oder der Einsatz von Bundesmitteln an anderer Stelle des geförderten Netzes hinreichend ist, kann im vorliegenden Fall offenbleiben.

96 Die vorgenannten beihilferechtlichen Regelungen zur Verpflichtung des Beihilfeempfängers und des Betreibers, einen offenen Netzzugang zu gewähren, wurden durch die Einführung des § 155 TKG nicht abgeschafft oder verdrängt. Vielmehr soll die neue gesetzliche Regelung es Zugangsnachfragern erleichtern, die Gewährung eines offenen Netzzugangs durchzusetzen, indem ihnen nunmehr ein unmittelbarer gesetzlicher Anspruch zusteht und die Möglichkeit eröffnet wird, bei Zugangsverweigerung ein Streitbeilegungsverfahren zu beantragen.

> *Vgl. BT-Drs. 21/26108, S. 340 zu § 148 Abs. 1 TKG-RefE, dem jetzigen § 149 Abs. 1 TKG: „… Zum anderen kann die nationale Streitbeilegungsstelle zukünftig auch angerufen werden, wenn sich Beteiligte nicht über den Netzzugang im Sinne des § 154 Absatz 1 einig werden“.*

97 Auch die derzeit noch nicht konsultierten und veröffentlichten Grundsätze der Bundesnetzagentur nach § 155 Abs. 4 TKG werden keinen andersartigen Anspruch auf offenen Netzzugang ausformen, der die unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Gewährung eines offenen Netzzugangs ausblendet oder gar unterschreitet (vgl. auch Rz. 156 ff.).

98 Zunächst ist zu beachten, dass im EU Beihilferecht auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Fördermaßnahme bei der EU Kommission (Notifizierung) abzustellen ist. Für die Beurteilung von Förderrichtlinien und Rahmenregelungen, die unter Geltung der BreitbandLL der EU vom 26. 1. 2013 notifiziert worden sind, sind ebendiese einschlägig (und nicht etwa nachfolgende Regelungen). Denn nach Ziffer 220 des Entwurfs der neuen BreitbandLL[2022] sind Änderungen durch die neuen Leitlinien nicht auf bereits notifizierte Maßnahmen zu übertragen. Die Antragsgegnerin geht insofern in ihrer Annahme fehl, dass die Existenz der Grundsätze nach § 155 Abs. 4 TKG Relevanz für den vorliegend zu bewertenden Sachverhalt hätten. Die Beihilfemaßnahme fällt, da sie im Jahr 2015 notifiziert wurde, in den Anwendungsbereich der BreitbandLL[2013], die insofern ein eigenes Zugangsregime enthalten.

99 Aber auch vom materiellen Gehalt her werden die Grundsätze keine rechtswidrige Abkehr oder Unterschreitung von unionsrechtlichen Regelungen und mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Gewährung eines offenen Netzzugangs, sondern im Gegenteil eine Zusammenfassung des geltenden Regelungsrahmens darstellen. So werden die Grundsätze nach § 155 Abs. 4 TKG dem Markt Angaben zu (bestehenden) Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs an die Hand zu geben und können dazu dienen, für die künftige Beihilfepraxis etwa in Form der Verweisung in zu verwendenden Musterverträgen herangezogen zu werden. Insofern ist die Beschlusskammer – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – bis zur Veröffentlichung der Grundsätze nicht an einer Entscheidung in der Sache gehindert.

100 Sofern die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 10 meinen, die Verpflichtung zum Open Access sei hier völlig neu und in Ermangelung veröffentlichter Grundsätze dem Umfang nach § 155 Abs. 4 TKG unklar, trifft dies weder tatsächlich noch rechtlich zu. Zum einen ist der Regelungsrahmen – wie auch die Antragstellerin zutreffend ausführt – klar abgesteckt. Zum anderen ist von Betreibern und Eigentümern öffentlicher Telekommunikationsnetze, denen – wie vorliegend mit Beschluss der EU-Kommission vom 21. 4. 2015 – die Pflicht zum Open Access auferlegt wurde, die Sorgfalt zu erwarten, sich mit den geltenden Bestimmungen auseinanderzusetzen, um entsprechende Auflagen des Förderbescheids ordnungsgemäß und rechtzeitig zu erfüllen.

Vgl. EuGH, Urteil C-24/95 vom 20. 3. 1997 – „Alcan“, juris-Rz. 25.

101 Die Veröffentlichung der Grundsätze nach § 155 Abs. 3 TKG ist keine Sachentscheidungsvoraussetzung für eine Entscheidung der Beschlusskammer dar. Dies folgt aus einem Erst-recht-Schluss zu § 143 Abs. 6 S. 2 TKG. Die dortigen Regelungen sind nach dem gesetzlichen Wortlaut des Gesetzes für die Beschlusskammer ab Veröffentlichung

verbindlich; eine vergleichbare Formulierung besteht in § 155 Abs. 3 TKG nicht. Gleichwohl war die Beschlusskammer vor Veröffentlichung der Grundsätze nach § 143 Abs. 6 S. 2 TKG nicht daran gehindert, bei Streitigkeiten über die Koordinierung von Bauarbeiten verbindliche Entscheidungen zu treffen. Wenn aber sogar diese Grundsätze keine Sachentscheidungungsvoraussetzung darstellen, so gilt dies erst recht nicht für die Grundsätze nach § 155 Abs. 3 TKG.

2.4.2.2 Anspruchsberechtigte

102 Die Antragstellerin ist als Betreiberin öffentlicher Telekommunikationslinien und telekommunikationsnetze anspruchsberechtigt nach § 155 Abs. 1 TKG. Nach § 155 Abs. 1 TKG müssen 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 Bedingungen gewähren.

2.4.2.3 Anspruchsverpflichtete

103 Die Antragsgegnerin ist als Betreiberin des streitgegenständlichen Netzes Anspruchsverpflichtete. Die Beigeladene zu 10, die Breitband Nordhessen GmbH, hat die passive physische Infrastruktur errichtet, die auch in ihrem Eigentum verblieben ist, und hat diese an die Antragsgegnerin vermietet und mit der Errichtung und dem Betrieb der aktiven Netzkomponenten dieser Infrastruktur beauftragt. Auf Basis dieses von der Antragsgegnerin betriebenen Netzes erbringt die Antragsgegnerin Telekommunikationsdienstleistungen auf Vorleistungs- und Endkundenebene.

104 Mithin richtet sich Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG auch an die Beigeladene zu 10, wenn auch der Vertrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG mit der Antragsgegnerin geschlossen werden muss. Insofern bedeutet das Auseinanderfallen von Netzbetrieb und Eigentümerstellung beim sog. Betreibermodell aber keine Erschwerung bei der Durchsetzung des Anspruchs der Antragstellerin auf offenen Netzzugang. Denn es gibt nur einen (einheitlichen) Anspruch gemäß § 155 Abs. 1 TKG. Dieser erfährt entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 10 keinerlei inhaltliche Änderungen, wenn Betreibereigenschaft und Eigentümerstellung nicht „in einer Hand“ liegen. Der eindeutige Wortlaut spricht hier – ebenso wie der Sinn und Zweck des Gesetzes – klar gegen jegliche Genehmigungs- oder Freigabevorbehalte, etwa durch den Eigentümer des mit Fördermitteln errichteten Netzes. Die Beigeladene unterliegt hier einem Irrtum, wenn sie im Schriftsatz vom 11. 10. 2022 auf Seite 16 ausführt, dass ihr eine Art „Letztentscheidungskompetenz“ zustehe. Sie meint, dazu befugt zu sein, es

> *„…der Antragsgegnerin pachtvertraglich [zu] untersagen, [der Antragstellerin] entsprechenden Zugang (insbesondere auch soweit das Backbone-Netz betroffen ist) tatsächlich zu gewähren.“*

105 Sie ergänzt hierzu auf Seite 20:

> *„Die Beigeladene müsste es im Zweifelsfall auf Ebene des Pachtvertrages unterbinden, dass Netzzugänge insbesondere soweit das Backbone betroffen ist tatsächlich bereitgestellt werden.“*

106 Die BreitbandLL[2013] bestimmen hierzu unter Ziffer 78 lit. g)

> *„Die Verpflichtungen zur Zugangsgewährung sind unabhängig von Veränderungen bei den Eigentumsverhältnissen, der Verwaltung oder dem Betrieb der geförderten Infrastruktur durchzusetzen.“*

107 Wenn aber nach der eindeutigen Regelung in den BreitbandLL[2013] nicht einmal Veränderungen in den Eigentumsverhältnissen, der Verwaltung oder dem Betrieb der geförderten Infrastruktur den Umfang des zu gewährenden offenen Netzzugangs negativ beeinflussen dürfen, so gilt dies erst recht in dem Fall, in dem solche Änderungen erst gar nicht eintreten. Die Regelung stellt insoweit klar, dass jeder Versuch, die Verpflichtung zum „Open Access“ zu behindern oder zu verweigern, rechtswidrig ist (und sich damit in letzter Konsequenz auch auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Beihilfegewährung insgesamt auswirken würde).

108 Im vorliegenden Verfahren wird im Übrigen (auch) durch die antragsgemäße Beiladung der Netzeigentümerin deren Bindung an die Entscheidung der Beschlusskammer sichergestellt, § 213 Abs. 2 Nr. 3 TKG i. V. m. § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG. Zweck der Hinzuziehung Drittbetroffener ist zum einen, ihnen ähnlich wie bei der Beiladung nach § 65 VwGO für den Fall ihrer (Dritt-)Betroffenheit bereits im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zum rechtlichen Gehör (vgl. Art. 103 Abs. 1 GG) zu gewähren und einen effektiven (Grund-)Rechtsschutz zu gewährleisten. Zugleich dient die Hinzuziehung dem Zweck, die Bindungswirkung einer Behördenentscheidung auf die Beigeladene zu erstrecken.

> *Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 21. 11. 2016, 15 B 1039/16, juris-Rz. 13; VG Hannover, Beschluss v. 5. 7. 2019, 7 B 1508/19; Hoffmann in: Pautsch / Hoffmann, VwVfG, 2. Aufl. 2021, § 13 VwVfG Beteiligte, Rz. 13.*

109 Die für die notwendige Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG erforderliche rechtsgestaltende Wirkung für den Dritten hat der Ausgang eines Verfahrens, wenn durch die in Betracht kommende Entscheidung zugleich und unmittelbar Rechte des Dritten begründet, aufgehoben oder geändert werden können. Dies ist hier der Fall. Die verbindliche Entscheidung der Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle stellt einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt dar (vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 340). Dieser betrifft unmittelbar auch den (ebenfalls) zur Gewährung des offenen Netzzugangs verpflichteten Eigentümer der öffentlich geförderten Infrastruktur. Auch für diesen wird – als gemäß § 155 Abs. 1 TKG grundsätzlich Anspruchsverpflichteten – verbindlich geregelt, welche Art des offenen Netzzugangs er zu welchen Bedingungen (mit-)gewähren muss.

2.4.2.4 Öffentlich gefördertes Netz

110 Das von der Antragsgegnerin betriebene Netz ist mit öffentlichen Mitteln gefördert worden. Neben einem gegenüber Marktkonditionen vergünstigten Darlehen sind der Breitband Nordhessen GmbH auch Zuschüsse des Hessischen Wirtschaftsministeriums sowie des Hessischen Umweltministeriums aus dem „Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums" (ELER) in Höhe von rund 20 Millionen Euro für den Breitbandausbau in Nordhessen gewährt worden. Bei beiden Finanzierungsmitteln und damit auch – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – bei dem gegenüber Marktkonditionen vergünstigte Darlehen handelt es sich um öffentliche Förderungen. Da auch die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen vorlagen, hat die EU-Kommission die bei ihr notifizierte Maßnahme „Das NGA-Cluster Nordhessen“ rechtsverbindlich als Beihilfe qualifiziert (vgl. Rz. 90).

> *Vgl. Mitteilung C 2015 (2660) final v. 21. 4. 2015 zum Verfahren SA 39518 (2014/N), Rz. 11, 27-32; vgl. auch die Angaben der Breitband Nordhessen GmbH zur Förderung unter https://www.breitband-nordhessen.de/projekte/foerderung.*

111 Dem ist zu entnehmen, dass der Einwand der Antragsgegnerin, die Förderung bestehe im Wesentlichen in einem Darlehen, das zurückgezahlt werden muss, nicht durchgreift. Diese Argumentation wurde im Verfahren um die Beihilfegenehmigung von der Europäischen Kommission geprüft und verworfen. Auch wenn es sich um ein Darlehen handelt, wurde dieser Teil der Förderung – neben den Umständen, dass Beiträge durch die Landkreise erfolgten und das Land Hessen die Bürgschaft garantiert hat – als Beihilfe gewertet, weil das Darlehen unterhalb marktüblicher Konditionen und die Rentabilität des Vorhabens laut Business Case in einem Bereich lag, in dem sich nach Überzeugung der Europäischen Kommission kein privater Kapitalgeber für eine Finanzierung hätte finden lassen.

> *Vgl. Mitteilung C 2015 (2660) final v. 21. 4. 2015 zum Verfahren SA 39518 (2014/N), Rz. 11 f., 28, 32.*

112 Unabhängig davon ist zu berücksichtigen, dass ein weiterer Teil der Förderung in Zuschüssen aus dem ELER-Fonds bestand und allein schon aus diesem Grund eine öffentliche Förderung des Netzes, zu dem Zugang begehrt wird, erfolgt ist. Inwieweit im vorliegenden Fall auch die Fördermittel des Bundes gemäß Ziffer 3.2 der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ zu berücksichtigen sind, kann dahinstehen (vgl. dazu auch Rz. 95).

2.4.2.5 Umfang der Zugangsverpflichtung

113 Aus dem beihilferechtlichen Regelungsrahmen folgt, dass grundsätzlich ein Bestimmungsrecht des Zugangsnachfragers besteht, welches Zugangsprodukt er nutzen möchte (siehe im Einzelnen dazu 2.4.2.5.1). Zudem hat der Betreiber des gefördert errichteten Netzes eine Palette an aktiven und passiven Zugangsprodukten bereit zu

halten, aus denen der Zugangsnachfrager wählen kann. Der Zugang in Form unbeschalteter Glasfasern ist darin enthalten (dazu unter 2.4.2.5.2). Der Anspruch ist grundsätzlich auf vom Beihilfeempfänger beziehungsweise dem Betreiber des öffentlich geförderten Netzes vorzuhaltende Vorleistungsprodukte gerichtet. Vor diesem Hintergrund liegt insbesondere kein den beihilferechtlichen Regelungen genügendes Angebot vor, wenn für ein Angebot des Zugangs zu unbeschalteten Glasfasern zunächst Leerrohre [redacted] werden müssen und ein Zugangsnachfrager die dabei entstehenden Kosten tragen soll (dazu unter 2.4.2.5.3).

2.4.2.5.1 Bestimmungsrecht des Nachfragers auf offenen Netzzugang

114 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10 ergibt eine Auslegung des § 155 Abs. 1 TKG, dass der Antragstellerin als Nachfragerin des offenen Netzzugangs das alleinige Bestimmungsrecht hinsichtlich der Art des Netzzugangs zusteht.

115 Nach dem Wortlaut des § 155 Abs. 1 TKG muss auf Antrag ein diskriminierungsfreier, offener Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen gewährt werden. Rein sprachlich lässt die Formulierung sowohl eine Entscheidungsprärogative des gefördert Ausbauenden als auch eine Interpretation zu, dass das Netz für alle Zugangsarten nach Wahl des Zugangsnachfragers offensteht. Mag der allein unter grammatischen Aspekten ermittelte Wortsinn verschiedene Deutungsmöglichkeiten zum Bestimmungsrecht eröffnen, so sprechen sowohl die genetische, die systematische als auch europarechtskonforme Auslegung der Norm eindeutig dafür, dass grundsätzlich allein der Zugangsnachfrager – mithin hier die Antragstellerin – entscheidet, auf welche Art der offene Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationslinien zu gewähren ist.

Gesetzesbegründung

116 Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der offene Netzzugang gemäß § 155 Abs. 1 TKG mittels einer breit angelegten Produktpalette den Zugangsnachfrager in die Lage versetzen soll, auch in geförderten Gebieten Wahlmöglichkeiten bei Anbietern zu eröffnen und so echten Wettbewerb zu ermöglichen. So heißt es in der Gesetzesbegründung:

> *„Ein solches Telekommunikationsnetz muss Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglichen, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können. […] Grundsätzlich sollten geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs eine größere Produktauswahl anbieten als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben.“*
>
> *BT-Drs. 19/26108 S. 347*

117 Der Gesetzgeber äußert hier unmissverständlich seine Vorstellung, dass geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs Interessenten „alle möglichen Arten des Netzzugangs“ und eine „größere Produktauswahl anbieten“ müssen. Die Verpflichtung zum Angebot einer Auswahl korrespondiert zwangsläufig mit dem Recht desjenigen, zu dessen Gunsten diese Produktpalette vorgehalten und angeboten werden muss, auszuwählen, mithin eigenständig zu entscheiden, welches der Produkte des offenen Netzzugangs für ihn das richtige ist. Nur so kann auch das Ziel erreicht werden, auch in geförderten Gebieten Wettbewerb zu ermöglichen. Denn naturgemäß weiß der Nachfrager am besten, welches Zugangsprodukt es ihm am effektivsten ermöglicht, auf Endkundenebene wettbewerbliche Angebote unterbreiten zu können. Deshalb muss ihm die Wahlmöglichkeit eröffnet werden und damit das Bestimmungsrecht zustehen.

Systematische Auslegung

118 Die systematische Auslegung stützt dieses Verständnis. In rechtssystematischer Hinsicht ist nämlich festzustellen, dass im öffentlich geförderten Ausbau keine Möglichkeit implementiert wurde, eine beantragte Mitnutzung abzulehnen, wenn hierzu eine tragfähige Alternative zur Verfügung steht und angeboten wird. Im Regime des § 155 TKG findet sich keine mit § 141 Abs. 2 Nr. 6 TKG vergleichbare Regelung.

119 Mit der Möglichkeit, ein Mitnutzungsbegehren unter Verweis auf eine tragfähige Alternative abzulehnen, stellt § 141 Abs. 2 Nr. 6 TKG klar, dass Mitnutzungsansprüche der wirtschaftlichen Erleichterung des Netzausbaus durch Kostensenkungen dienen und daher nicht jede Mitnutzung unabhängig von den durch sie verursachten Aufwendungen im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegt

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

120 Demgegenüber sollen öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze allen interessierten Betreibern zugänglich sein und müssen „*alle möglichen Arten des Netzzugangs“* anbieten „*weil bei geförderten Netzen für den Infrastrukturausbau nicht nur Ressourcen des betreffenden Unternehmens, sondern auch Steuereinnahmen verwendet werden*“ (BT-Drs. 19/26108 S. 347). Die unterschiedliche Systematik stellt sich folglich als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar und nicht etwa als planwidrige Regelungslücke.

Europarechtskonforme Auslegung

121 Schließlich gehen auch die Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau davon aus, dass ein Zugangsprodukt auf Nachfrage anzubieten ist, mithin dem Nachfrager insoweit ein Bestimmungsrecht zusteht. So heißt es unter Ziffer 3.5, Rz. 80 lit. a) der BreitbandLL[2013]:

„In Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte, in denen das Breitbandangebot begrenzt ist, oder bei kleinen, lokalen Unternehmen kann es sein, dass die Verpflichtung zum Angebot aller Arten von Produkten für den Breitbandzugang die Investitionskosten unverhältnismäßig erhöht…“

122 Im Grundsatz geht die unionsrechtliche Regelung folglich davon aus, dass eine Verpflichtung zum Angebot „*aller Arten von Produkten*“ besteht. Die englische Fassung („*the imposition of all types of access products*“) und die französische Fassung („*exiger la présence de tous les types de produits d'accès*“) zeichnen hier kein anderes Bild. Sie gehen ebenso wie die deutsche Fassung vom „Vorhandensein“ (présence) aller Zugangsprodukte aus. Eine solche Verpflichtung macht indes nur einen Sinn, wenn der Nachfrager – und allein der Nachfrager – aus dieser Produktpalette auswählen kann.

123 Die Regelung stellt weiter klar, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise von dieser Verpflichtung zum Angebot aller Arten von Produkten abgewichen werden kann. Voraussetzung für diese Einschränkung ist, dass ein Angebot einer breiten Produktpalette (aus der ausgewählt werden kann) die Investitionskosten unverhältnismäßig erhöht, ohne dass nennenswerte Verbesserungen durch vermehrten Wettbewerb erzielt würden. Hierbei stellt die Fußnote 123 klar, dass die unverhältnismäßige Kostenerhöhung anhand detaillierter und objektiver Kostenberechnungen der Bewilligungsbehörde nachgewiesen werden muss. Selbst in diesem Ausnahmefall (der hier nicht vorliegt) statuiert der unionsrechtliche Rahmen allerdings noch ein (grundsätzliches) Bestimmungsrecht des Nachfragers, indem ausgeregelt wird, dass in solchen Fällen „*Zugangsprodukte, die ursprünglich nicht vorgesehene, kostenintensive Eingriffe an der geförderten Infrastruktur erforderlich machen […] bei hinreichender Nachfrage von Drittbetreibern angeboten werden [müssen].* Auch die englische („*be offered only in case of a reasonable demand from a third-party operator*“) und französische („*ne soient offerts qu'en cas de demande raisonnable*“) Sprachfassung der BreitbandLL^{2013} knüpfen hier an die Nachfrage an. Für die Interpretation der Antragsgegnerin, die dem öffentlich geförderten Unternehmen hier die Auswahlentscheidung sogar im Regelfall – also ohne den geforderten vorherigen Nachweis einer unbilligen Kosten-Nutzen-Relation bei der Bewilligungsbehörde – zubilligen möchte, finden sich demgegenüber keinerlei Anhaltspunkte.

124 In dichter besiedelten Gebieten sollte das geförderte Netz nach den Vorgaben der BreitbandLL^{2013} Ziffer 3.5, Rz. 80 lit. a) „*alle Arten von Netzzugangsprodukten bieten, die Betreiber möglicherweise benötigen“*. Auch mit dieser Vorgabe wird wiederum eindeutig das Verhältnis zwischen dem gefördert ausbauenden Unternehmen und Nachfragern geregelt. Während dem geförderten Unternehmen auferlegt wird, im Bereich des Zugangs eine umfassende Produktauswahl vorzuhalten und anzubieten, steht es dem nachfragen Unternehmen frei, das Produkt auszuwählen, was es nach seiner Einschätzung benötigt.

2.4.2.5.2 Art des offenen Netzzugangs – anzubietende Netzzugangsprodukte

125 Der Betreiber des gefördert errichteten Netzes – hier die Antragsgegnerin – hat grundsätzlich alle Arten von aktiven und passiven Zugangsprodukten bereit zu halten, aus denen der Zugangsnachfrager wählen kann. Der hier beantragte Zugang in Form unbeschalteter Glasfasern ist darin enthalten.

126 Die Frage danach, welche Netzzugangsprodukte in einem öffentlich geförderten Telekommunikationsnetz insgesamt vorzuhalten sind, steht mit der Frage, wem das Bestimmungsrecht zusteht, also wer aus der vorzuhaltenden Produktpalette auswählen kann, in engem Zusammenhang. Auch insoweit überzeugt die Auffassung der Antragsgegnerin, sie sei lediglich dazu verpflichtet irgendein Netzzugangsprodukt vorzuhalten und mit diesem einseitig den zu ihrem Netz möglichen offenen Netzzugang zu bestimmen, nicht. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch der unionsrechtliche Rahmen stellen unmissverständlich klar, dass im Grundsatz alle Arten des Netzzugangs vorgehalten und angeboten werden müssen.

127 Die Gesetzesbegründung erläutert in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass ein gefördertes Telekommunikationsnetz „*Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten*“ muss. Hintergrund für das Verlangen einer umfassenden Produktauswahl ist die Förderung mit öffentlichen Mittel:

> *„Grundsätzlich sollten geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs eine größere Produktauswahl anbieten als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben, weil bei geförderten Netzen für den Infrastrukturausbau nicht nur Ressourcen des betreffenden Unternehmens, sondern auch Steuereinnahmen verwendet werden.“*

128 Diese Vorstellungen des nationalen Gesetzgebers fügen sich bruchlos in die Vorgaben der EU-BreitbandLL[2013] ein. Diese führen zum Umfang der vorzuhaltenden Netzzugangsprodukte unter anderem in Ziffer 3.5 Rz. 80 lit. a) aus, dass grundsätzlich eine „…*Verpflichtung zum Angebot aller Arten von Produkten für den Breitbandzugang besteht*.“ (Hervorhebung nur hier).

129 Des Weiteren wird zu den einzelnen, verpflichtend anzubietenden Netzzugangsprodukten erläutert:

> *„Außerdem müssen Drittbetreiber Zugang zur passiven und nicht nur zur aktiven Netzinfrastruktur haben. Neben dem Bitstromzugang und dem entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und Kabelverzweiger sollte die Verpflichtung zur Gewährung des offenen Zugangs daher auch das Recht auf Nutzung von Leerrohren und Masten, unbeschalteten Glasfaserleitungen und Straßenverteilerkästen umfassen.“*

130 Dementsprechend wird auch in dem Beschluss der EU-Kommission zur Beihilfe NGA-Cluster Nordhessen in Rz. 36 ausgeführt:

„Damit eine Beihilfe als mit den Breitbandleitlinien (und somit mit Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV) vereinbar betrachtet werden kann, müssen nach Randziffer 33 ff. der Breitbandleitlinien folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

1. *Die Beihilfe muss zur Erreichung von Zielen von gemeinsamem Interesse beitragen.*
2. *Das Marktergebnis muss aufgrund von Marktversagen oder wesentlichen Ungleichheiten unzufriedenstellend sein.*
3. *Die staatliche Beihilfe muss das geeignete politische Instrument sein.*
4. *Die staatliche Beihilfe muss einen Anreizeffekt aufweisen.*
5. *Die Beihilfe muss auf das erforderliche Minimum beschränkt sein.*
6. *Negative Auswirkungen müssen begrenzt sein.*
7. *Die Beihilfemaßnahme muss transparent sein.“*

131 Die Prüfung, ob die Beihilfe auf das erforderliche Minimum beschränkt ist, soll sicherstellen, dass etwaige durch die Stärkung der finanziellen Situation der Begünstigten bedingte Wettbewerbsverzerrungen so gering wie möglich ausfallen. Dabei prüft die EU-Kommission die konkrete Ausgestaltung der notifizierten Beihilfemaßnahme. Neben anderen Kriterien, beispielsweise einem offenen Auswahlverfahren oder der Nutzung bestehender Infrastruktur, ist auch die Gewährung eines offenen Netzzugangs eine Voraussetzung, dass die Beihilfe auf das erforderliche Minimum beschränkt und mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

Vgl. Beschluss der EU-Kommission zur Beihilfe NGA-Cluster Nordhessen, Rz. 45.

132 In diesem Kontext beschreibt der Beschluss der EU-Kommission zur Beihilfe NGA-Cluster Nordhessen – im Rahmen der Prüfung, ob die Beihilfe auf das erforderliche Minimum beschränkt ist – in Rz. 45 lit. f) klar und eindeutig den Umfang des zu gewährenden offenen Netzzugangs auf Vorleistungsebene:

„Offener Zugang auf Vorleistungsebene: Nach den Randnummern 78 Buchstabe g und 80 Buchstabe a der Breitbandleitlinien muss der Netzbetreiber für mindestens sieben Jahre einen offenen Zugang zu der aktiven und passiven Infrastruktur gewähren. Der Konzessionsvertrag wird daran geknüpft sein, dass der Betreiber die Zugangsbedingungen akzeptiert, die ausdrücklich einen entbündelten Zugang zur Glasfaseranschlussleitung, Layer-2- und Layer-3-Bitstromzugang, den Zugang zu unbeschalteten Glasfaserkabeln, zu Straßenverteilerkästen und zu Leerrohren vorschreiben.“

133 Nach alldem kann die Antragsgegnerin nicht mit Erfolg einwenden, der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser würde sich aus dem beihilferechtlichen Regelungsrahmen nicht ergeben. Insbesondere kann aus dem Umstand, dass die BreitbandLL[2013] in ihrem Anhang II „Glossar der Fachbegriffe“ als Vorleistungsprodukte zu FTTC-Netzen den Zugang zu Leerrohren, den entbündelten Zugang zum Kabelverzweiger und den Bitstrom-

zugang nennen, nicht abgeleitet werden, dass diese Aufzählung abschließend und einschränkend zu verstehen sei. Insoweit ist nicht ersichtlich, dass sich hieraus in rechtssystematischer Hinsicht Einschränkungen oder Ausnahmen zu obigen Ausführungen ergeben würden. Es entspricht nämlich nicht der allgemeinen Regelungssystematik, dass grundsätzliche Regelungen des Rechtstextes im Glossar eine materielle Einschränkung erfahren bzw. dort Ausnahmen oder Konkretisierungen formuliert werden. So können die grundsätzlichen Aussagen in den BreitbandLL[2013], Rz. 80 lit. a):

> *„Offener Zugang auf Vorleistungsebene: Angesichts der Ökonomie von NGA-Netzen ist es außerordentlich wichtig, dass Drittbetreibern tatsächlich ein offener Zugang auf Vorleistungsebene gewährt wird. […] Daher müssen alle interessierten Betreiber zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu dem geförderten Netz erhalten; […]. Außerdem müssen Drittbetreiber Zugang zur passiven und nicht nur zur aktiven Netzinfrastruktur haben. Neben dem Bitstromzugang und dem entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und Kabelverzweiger sollte die Verpflichtung zur Gewährung des offenen Zugangs daher auch das Recht auf Nutzung von Leerrohren und Masten, unbeschalteten Glasfaserleitungen und Straßenverteilerkästen umfassen…“*
> *(Hervorhebung nur hier).*

nicht durch das Glossar eine materielle Einschränkung erfahren.

134 Dass die Aufzählungen in dem von der Antragsgegnerin in Bezug genommenen Glossar lediglich beispielhaften Charakter haben – und nicht etwa abschließend zu verstehen sind – ergibt sich auch aus einer systematischen Zusammenschau der dortigen Formulierung „*können … angeboten werden*“ mit den in Ziffer 3.4 und 3.5 enthaltenen materiellen Vorgaben. Diese Zusammenschau erhellt, dass die Formulierung im Glossar keinesfalls dem geförderten Unternehmen ein einseitiges Ermessen bei der konkreten Ausgestaltung des offenen Netzzugangs und den von ihm angebotenen Produkten einräumen will. Insbesondere stellt Ziffer 3.5 Rz. 80 lit. a) klar, dass für den gefördert Ausbauenden eine grundsätzliche „*Verpflichtung zum Angebot aller Arten von Produkten für den Breitbandzugang*“ besteht, derer sich der Verpflichtete nicht nach eigenem Ermessen, sondern nur dann „entledigen“ kann, wenn er der Bewilligungsbehörde anhand detaillierter und objektiver Kostenberechnungen eine durch das umfassende Angebot entstehende unverhältnismäßige Kostenerhörung nachweist (vgl. Fn. 123 zu Rz. 80 lit. a)) – was hier nicht geschehen ist. Insofern kann die Formulierung „*können … angeboten werden*“ weder als abschließende Aufzählung noch als Ermessensregelung, sondern nur im Sinne eines „*können beispielsweise […] angeboten werden*“ verstanden werden.

135 Bestätigt wird dieses Verständnis durch den – nach Art. 288 AEUV für seine Adressaten verbindlichen – Beschluss der EU-Kommission im Notifizierungsverfahren, der in Rz. 45 lit. f) ausdrücklich auf Rz. 78 lit. g) und die oben zitierte Rz. 80 lit. a) der BreitbandLL[2013] verweist und sodann ausführt, dass der Konzessionsvertrag an vom Netzbetreiber akzeptierte Zugangsbedingungen geknüpft sein wird, die ausdrücklich Zugang zu unter-

schiedlichen Vorleistungsprodukten vorsehen, unter anderem auch dem Zugang zu unbeschalteten Glasfasern. Diese eindeutige Einbeziehung unbeschalteter Glasfasern in die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs ist mit der gegenteiligen Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10 nicht vereinbar.

136 Soweit die Antragsgegnerin einwendet, die NGA-Rahmenregelung sei bis zum 31. 12. 2021 befristet gewesen, so ist dies zutreffend. Seit diesem Datum können keine neuen Beihilfemaßnahmen der Weißen-Flecken-Förderung beim Fördermittelgeber angestoßen werden; es werden keine Beihilfen nach diesem Programm mehr vergeben. Gleichwohl gelten die Bedingungen für bereits durchgeführte Beihilfemaßnahmen fort. Auch wenn es vorliegend letztlich offenbleiben kann, inwieweit die NGA-Rahmenregelung – da die darunter fallenden Fördermaßnahmen in Nordhessen die Anbindung von Schulen betrafen – Anwendung findet, ist klarzustellen, dass die Schlussfolgerung fehl geht, die „nicht mehr gültige“ NGA-Rahmenregelung könne seit dem 1. 1. 2022 nicht mehr zur Bestimmung des offenen Netzzugangs herangezogen werden. Denn ebenso wie die Regelung, dass ein offener Netzzugang zu gewähren ist als auch die Regelungen zu dessen Umfang gelten für nach dem Programm durchgeführte Projekte fort. Andernfalls würden die beihilferechtlichen Vorgaben umgangen, den Zugang zu aktiven Vorleistungsprodukten für sieben Jahre und zu passiven Vorleistungsprodukten – zu denen nach dem Verständnis des beihilferechtlichen Regelungsrahmens der Zugang zu unbeschalteten Glasfasern zählt – für die Lebensdauer des Netzes zu gewähren.

Vgl. § 7 Abs. 3 NGA-Rahmenregelung; § 8 Abs. 2 Gigabit-Rahmenregelung; Rz. 80 lit. a) BreitbandLL[2013]; Rz. 19 lit. g), h) sowie Rz. 144 des Entwurfs der BreitbandLL[2022]; Rz. 45 lit. f) des Beschlusses der EU-Kommission v. 21. 4. 2015 im Notifizierungsverfahren der Beihilfemaßnahme NGA-Cluster Nordhessen.

137 Nimmt man in den Blick, dass die vertraglichen Regelungen zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin auf das Jahr 2018 datieren und der Breitbandausbau der Beigeladenen erst im November 2019 abgeschlossen war,

vgl. die Angaben der Beigeladenen zu 10 unter: https://www.breitband-nordhessen.de/ueber-uns/#c363,

hätte, wenn man der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin folgen würde, die Anwendbarkeit der NGA-Rahmenregelung längstens drei Jahre betragen können. Dass dadurch die Zielsetzung eines effektiven Zugangs auf Vorleistungsebene nicht erreicht würde, liegt auf der Hand.

2.4.2.5.3 Zugangsgegenstand und Angebote der Antragsgegnerin

138 Gegenstand des offenen Netzzugangs ist das geförderte Netz, das entsprechend den Förderbedingungen errichtet wurde. Bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen gilt gemäß § 155 Abs. 2 TKG die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG. Dies schließt insofern auch den hier von der Antragstellerin begehrten Zugang zum Backbone-Netz ein.

139 Der Anspruch ist grundsätzlich auf vom Beihilfeempfänger beziehungsweise dem Betreiber des öffentlich geförderten Netzes vorzuhaltende Vorleistungsprodukte gerichtet. Vor diesem Hintergrund liegt kein den beihilferechtlichen Regelungen genügendes Angebot vor, wenn für das Angebot des Zugangs zu unbeschalteten Glasfasern zunächst Leerrohre [redacted] werden müssen und der Zugangsnachfrager die dabei entstehenden Kosten tragen soll.

140 Auch das Angebot von Bitstrom ist bei anders gerichteter Nachfrage kein adäquater Offener Netzzugang. Dies gilt mit Blick auf die obigen Ausführungen schon deshalb, weil die Antragstellerin unter rechtmäßiger Ausübung ihres Bestimmungsrechts ein anderes Produkt nachgefragt hat.

2.4.2.6 Kein „Gleichlauf“ zwischen § 155 TKG und §§ 138, 141 TKG

141 Die gesetzlichen Anforderungen in § 138 Abs. 1 S. 2 TKG an den Inhalt eines Mitnutzungsantrags oder die in § 141 Abs. 2 TKG abschließend geregelten Einwendungen gegen eine Mitnutzung nach § 138 TKG sind entgegen der Auffassung von Antragsgegnerin und Beigeladener zu 10 nicht auf den Zugangsanspruch nach § 155 TKG anwendbar. Weder kommt eine analoge Anwendung der Normen in Betracht, noch sind die in den Regelungen enthaltenen Rechtsgedanken auf § 155 TKG übertragbar.

142 Der in § 155 TKG geregelte Zugang auf offenen Netzzugang zu geförderten Telekommunikationsnetzen und -linien enthält weder eigene kodifizierte Einwendungstatbestände noch Verweise auf die §§ 138, 141 TKG oder andere mit dem DigiNetz-Gesetz eingeführte Regelungen. Diese zeitlich früher eingeführten Regelungen werden im Wortlaut des § 155 TKG nicht erwähnt, ebenso gibt es keine inhaltlichen Bezüge zu den Vorschriften. Dies ist umso beachtlicher, als in dem ebenfalls mit der TKG-Novelle[2021] neugeschaffenen § 154 Abs. 1, 4 TKG Vorgaben zum Inhalt des Mitnutzungsantrags und Versagungsgründe enthalten sind, die an die Regelungen in den §§ 138 Abs. 1, 141 Abs. 2 TKG angelehnt sind.

143 Für eine analoge Anwendung der §§ 138 Abs. 1 S. 2 oder § 141 Abs. 2 TKG ist kein Raum. Dafür fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

Vgl. BVerwG, Urteil 5 C 20/13 v. 17. 7. 2014, Rz. 16 f., juris m. w. N.

144 Die §§ 138 Abs. 1 S. 2 und 141 Abs. 2 TKG bestanden bei Einführung des § 155 TKG bereits, trotzdem erfolgte bei der Gestaltung der neugeschaffenen Norm kein Rückgriff auf jene Regelungen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass dies bei § 155 TKG planwidrig unterblieb, während zugleich in § 154 TKG Regelungen aufgenommen worden sind, die den §§ 138 Abs. 1 S. 2 und 141 Abs. 2 TKG ähneln.

145 Zudem mangelt es an einer vergleichbaren Interessenlage. Gerade weil die wettbewerbsverzerrende Wirkung von Beihilfen möglichst begrenzt werden soll, sind Beihilfeempfänger und von ihnen ausgewählte Betreiber zur Gewährung eines offenen Netzzugangs verpflichtet. Diese Bedingung ist essentiell und Voraussetzung einer jeden

Beihilfegewährung. Sie ist den Beihilfeempfängern und den von ihnen ausgewählten Betreibern von vornherein bekannt. Die Gesetzesbegründung führt zu dieser Verknüpfung bei öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen aus:

> *„Ein solches Telekommunikationsnetz muss Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten. […] Grundsätzlich sollten geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs eine größere Produktauswahl anbieten als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben, weil bei geförderten Netzen für den Infrastrukturausbau nicht nur Ressourcen des betreffenden Unternehmens, sondern auch Steuereinnahmen verwendet werden."*
>
> *BT-Drs. 19/26108, S. 34.*

146 Demgegenüber ist die Mitnutzung nach § 138 TKG eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, die auf sämtliche öffentliche Versorgungsnetze abzielt und damit insbesondere auch eigenwirtschaftlich errichtete Infrastrukturen betrifft, die der beihilferechtlichen Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs nicht unterworfen sind.

147 Unabhängig davon würde jedenfalls eine analoge Anwendung der in § 141 Abs. 2 Nr. 6 (tragfähige Alternative) und Nr. 7 TKG (Überbau eines geförderten TK-Netzes, das einen offenen Netzzugang zur Verfügung stellt) enthaltenen Versagungsgründe auf § 155 TKG zu in sich widersprüchlichen bzw. absurden Ergebnissen führen. Während die analoge Anwendung von § 141 Abs. 2 Nr. 6 TKG zur Folge hätte, dass das Angebot einer einzigen tragfähigen Alternative zur Abwehr eines Anspruchs nach § 155 TKG ausreichen würde – wobei zugleich die bereits dargestellten beihilferechtlichen Vorgaben zur Gewährung eines offenen Netzzugangs bestehen blieben –, bedeutete die analoge Anwendung von Nr. 7, dass ein Anspruch auf offenen Netzzugang nach § 155 TKG (nur) dann versagt werden könnte, falls das betreffende Netz einen offenen Netzzugang zur Verfügung stellt.

148 Auch eine bloße Anwendung der in § 138 Abs. 1 S. 2 TKG und § 141 Abs. 2 TKG enthaltenen Rechtsgedanken auf § 155 TKG kommt mit Blick auf die unterschiedliche Entstehung und den unterschiedlichen Regelungszweck der Normen nicht in Betracht. Denn die Ansprüche auf Mitnutzung nach § 138 TKG und auf offenen Netzzugang in § 155 TKG unterscheiden sich in ihrem Regelungsgehalt und dem unionsrechtlichen Kontext ihrer Entstehung. Während § 138 TKG zwar auch die Förderung von Wettbewerb bezweckt, insbesondere aber auf einen beschleunigten Netzausbau durch die Nutzung bereits vorhandener passiver Netzinfrastrukturen zielt und auf die Kostensenkungsrichtlinie,

> *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 – ABl. EU L 155/1,*

zurückgeht, dient § 155 TKG der Durchsetzung der beihilferechtlichen Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs. Dieser soll die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen der Beihilfe auf ein Minimum beschränken und wurzelt letztlich im unionsrechtlichen Beihilfeverbot der Art. 107 f. AEUV. Dementsprechend bezweckt § 155 TKG in noch stärkerem Maße als die Regelungen des DigiNetz-Gesetzes die Schaffung von Wettbewerb zum Wohle der Endkunden. Der Umfang der Regelung ist daher von Vornherein ausdrücklich darauf ausgerichtet, eine grundsätzlich größere Produktauswahl in geförderten Telekommunikationsnetzen zu erreichen als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Markmacht vorgeschrieben ist.

Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 347.

2.4.3 Verbindliche Entscheidung der Streitbeilegungsstelle

149 Die Bundesnetzagentur ist befugt im Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG über materiell rechtlich Rechtspositionen der Streitbeteiligten zu entscheiden und hier faire und diskriminierungsfreie Bedingungen des beantragten Netzzugangs festlegt; § 149 Abs. 4 TKG. In Ausübung dieser Befugnis wird die Antragsgegnerin nach Tenor zu 1 verpflichtet, der Antragstellerin Zugang zu unbeschalteten Glasfaserpaaren zu gewähren. Sie wird mit Tenor zu 2 verpflichtet, der Antragstellerin für diesen Zugang ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten. Durch die separate Tenorierung soll sichergestellt werden, dass die Antragstellerin entsprechend dem Beschleunigungsgedanken unverzüglich und unabhängig von dessen vertraglicher Ausgestaltung tatsächlichen Zugang erhält und etwaige und derzeit noch nicht absehbare Streitigkeiten über eine Angebotslegung die Umsetzung der Verpflichtung zum Open Access faktisch verzögern würden. Dies ist im vorliegenden Fall insofern möglich, als zwischen den Parteien bereits vertragliche Beziehungen in Form einer Kooperationsvereinbarung und eines Rahmenvertrages bestehen und auch durch den Abruf von Einzelverträgen jahrelang praktiziert worden sind.

2.4.3.1 Zugangsanspruch und -form entsprechend Antrag

150 Die Antragsgegnerin hat den offenen Netzzugang in der von der Antragstellerin begehrten Zugangsform (Zugang zu unbeschalteten Glasfasern) zu gewähren.

151 Eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vergleichbar der von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10 angebotenen [redacted] eines Leerrohres [redacted] (wobei die erheblichen Kosten für [redacted] von der Antragstellerin hätten getragen werden sollen) als auch das angebotene Bitstromprodukt reicht nicht aus.

152 Dies ergibt sich mit Blick auf die angebotene Leerrohr[redacted] mit anschließendem Glasfasereinzug bereits daraus, dass die Antragstellerin nicht auf erst noch zu schaffende Vorleistungsprodukte verwiesen werden darf.

Vgl. BreitbandLL[2013], Fn. 108.

153 Darüber hinaus entspricht es ebenso nicht den Anforderungen an einen offenen Netzzugang, wenn der Antragstellerin die Baukosten für eine von Anfang an der Antragsgegnerin obliegende Verpflichtung in Rechnung gestellt werden.

154 Hinzu kommt, dass die beiden angebotenen Vorleistungsprodukte gegenüber dem begehrten Zugang zu unbeschalteten Glasfasern nicht gleich wirksam sind. Die beiden angebotenen Produkte bieten nicht die gleichen Möglichkeiten der wirtschaftlichen Wertschöpfung wie ein innerhalb marktüblicher Bereitstellungszeiträume bereitstehender Zugang zu unbeschalteten Glasfasern. Insbesondere das Angebot [redacted] eines Leerrohres wäre für die Antragstellerin mit erheblichen Mehrkosten und einer – [redacted] – wesentlich späteren Möglichkeit des Angebots von Endkundenprodukten sowie dem Risiko verbunden gewesen, dass sich [redacted] ergeben (beispielsweise, weil das Leerrohr [redacted]). Das Angebot eines Bitstromzugangs ermöglicht ebenfalls keine Endkundenangebote auf der gleichen Wertschöpfungsstufe wie unbeschaltete Glasfasern. Denn ein Bitstromzugang ermöglicht der Antragstellerin nicht das gleiche Spektrum, auf dem Vorleistungsprodukt aufsetzender, technisch realisierbarer Endkundenprodukte. Anders gewendet: mit einem Bitstromprodukt kann die Antragstellerin ihre Produkte nicht in gleicher Weise ausgestalten. So kann der Vorleistungsnachfrager z. B. die Bandbreiten bei den Endkundenprodukten nicht so frei festlegen, wie dies bei unbeschalteten Glasfasern möglich ist. Seine Vermarktungsstrategien werden somit eingeschränkt.

2.4.3.2 Weitere Einwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 10 erfolglos

155 Auch der weitere Vortrag der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 10, mit der sie ein Bestehen des Anspruchs der Antragstellerin auf offenen Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zu bestreiten versuchen, greifen nicht durch.

2.4.3.2.1 Grundsätze gemäß § 155 Abs. 4 TKG

156 Dies betrifft zunächst den Einwand, die in § 155 Abs. 4 TKG genannten Grundsätze seien noch nicht veröffentlicht worden und Art und Umfang des zu gewährenden offenen Netzzugangs daher unklar.

157 Soweit die Antragsgegnerin daraus herleiten will, dass mit § 155 TKG eine – gegenüber dem bisherigen beihilferechtlichen Regelungsrahmen auf unionsrechtlicher Ebene sowie nach dem Recht der Bundesrepublik – neuartige gesetzliche Verpflichtung geschaffen worden ist, deren Umfang mangels Veröffentlichung der Grundsätze nach § 155 Abs. 4 TKG nicht hinreichend bestimmt sei, geht dies in tatsächlich wie rechtlicher Hinsicht fehl. Denn weder die gesetzliche Verpflichtung noch die vorgenannten Grundsätze

blenden die unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Gewährung eines offenen Netzzugangs aus oder unterschreiten diese gar (vgl. dazu auch Rz. 97 ff.).

158 Der Wortlaut des § 155 Abs. 4 TKG verweist ausdrücklich auf den bereits vor seinem Inkrafttreten geltenden Regelungsrahmen, als bei der Erstellung der Grundsätze die unionsrechtlichen Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau in der jeweils gültigen Fassung zu berücksichtigen sind. Die Norm stellt damit insbesondere auf Art. 107, 108 AEUV und deren Konkretisierung in den BreitbandLL der Europäischen Kommission ab. Diese Verknüpfung ist unionsrechtlich auch geboten, als die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts nicht die Durchführung von Unionsrecht – also auch der Art. 107, 108 AEUV – praktisch unmöglich machen darf.

Vgl. EuGH, Urteil C-24/95 v. 20. 3. 1997 – „Alcan“, juris-Rz. 21-25;

159 Außerdem ist in den Blick zu nehmen, dass Grundsätze zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG, die gegen den vorgenannten beihilferechtlichen Regelungsrahmen verstoßen würden – indem der danach zu gewährende offene Netzzugang entsprechend den Vorstellungen der Antragsgegnerin ausgehöhlt würde – unionsrechtswidrig wären. Gleiches gilt nicht nur für die Grundsätze nach § 155 Abs. 4 TKG, sondern auch für die gesetzliche Regelung selbst.

Vgl. EuGH, Urteil C-424/07 v. 3. 12. 2009 (Vertragsverletzungsverfahren zu § 9a TKG 2004) und Urteil C-51/20 v. 20. 1. 2022 – „Ferronickel“, (Kommission ./. Griechenland)

160 Auch aus der Gesetzesbegründung oder Sinn und Zweck der Regelung lässt sich nichts dafür herleiten, dass die neue gesetzliche Regelung einen andersartigen offenen Netzzugang zum Gegenstand hat als den bislang schon zu gewährenden Open Access. Vielmehr gibt die Regelung Zugangsnachfragern einen unmittelbar gegen Eigentümer oder Betreiber geförderter Telekommunikationsinfrastruktur gerichteten gesetzlichen Rahmen, mit dem die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs für Zugangsnachfrager prozessual einfacher durchzusetzen ist, als mit den ihnen bislang zur Verfügung stehenden Mitteln.

161 Systematische Überlegungen stützen dieses Verständnis. Grundgedanke der systematischen Auslegung ist derjenige der Einheit der Rechtsordnung. Diese bildet ein Ganzes weshalb jede Rechtsnorm so auszulegen ist, dass sie sich in dieses Ganze einfügt. Der Begriff des „offenen Netzzugangs“ wurde weder in der Regelung des § 155 TKG noch in den Begriffsbestimmungen des § 3 TKG legal definiert. Dies war auch nicht erforderlich, da dessen inhaltliche Ausfüllung unter Rückgriff auf die unionsrechtlichen Regelungen erfolgt. Hierdurch wird zugleich sichergestellt, dass sich das Verständnis des offenen Netzzugangs im nationalen Recht auch in den unionsrechtlichen Kontext und mithin in die Rechtsordnung insgesamt bruchlos einfügt. Dieses Verständnis steht im Übrigen auch im Einklang mit den Vorstellungen des nationalen Gesetzgebers, wie sie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lassen. Die Gesetzesbegründung erläutert:

„In Anbetracht des Umfangs des Wettbewerbs, der seit der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und in Europa erzielt worden ist, und insbesondere des aktuellen Wettbewerbs auf dem Endkundenbreitbandmarkt, sollten öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze allen interessierten Betreibern zugänglich sein (open access). Ein solches Telekommunikationsnetz muss Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglichen, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können."

BT-Drs. 19/26108 S. 347

162 Der nationale Gesetzgeber hat hier den Wortlaut der BreitbandLL[2013] der Europäischen Kommission nahezu wortlautidentisch übernommen. Dort heißt es:

„In Anbetracht des Umfangs des Wettbewerbs, der seit der Liberalisierung des Sektors der elektronischen Kommunikation in der Union erzielt worden ist, und insbesondere des aktuellen Wettbewerbs auf dem Endkundenbreitbandmarkt sollten öffentlich geförderte Netze, […] allen interessierten Betreibern zugänglich sein. […] Ein solches Netz muss Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglichen, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können."

BreitbandLL[2013]; Ziffer 2.3, Rz. 23.

163 Die Gesetzesbegründung verdeutlicht insofern, dass der nationale Gesetzgeber – auch für Art und Umfang des zu gewährenden offenen Netzzugangs – auf den unionsrechtlichen Rahmen rekurriert hat.

164 Sollte die Antragsgegnerin mit ihrem Vortrag zu bislang noch nicht veröffentlichten Grundsätzen gemäß § 155 Abs. 4 TKG hingegen argumentieren wollen, dass § 155 TKG erst dann seine Regelungswirkung entfalten könne, nachdem die in Abs. 4 genannten Grundsätze veröffentlicht worden seien, so greift auch dies nicht durch. Weder aus Wortlaut, Genese oder Telos der Regelung lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der gesetzliche Anspruch auf offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und -linien nicht zum 1. 12. 2021 in Kraft treten, sondern unter der aufschiebenden Bedingung der Veröffentlichung der Grundsätze stehen sollte.

2.4.3.2.2 Zugang zum Kernnetz

165 Der Zugangsanspruch nach § 155 TKG kann, entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10, auch auf die Überlassung unbeschalteter Glasfasern im Kernnetz („backbone") gerichtet sein.

166 Gemäß § 155 Abs. 2 S. 1 TKG gilt bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass abweichend vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung

Teile eines gefördert errichteten Telekommunikationsnetzes, zum Beispiel das Kernnetz, vom Zugangsanspruch des § 155 Abs. 1 TKG ausgeschlossen sein sollen. Vielmehr sollen nach der gesetzlichen Begründung zu dieser Vorschrift im gesamten geförderten Netz dieselben Mitnutzungsbedingungen gelten, damit ein effektiver, offener Netzzugang gewährleistet ist; dies gilt selbst für die Teile des Netzes, in denen bereits zuvor bestehende Infrastruktur genutzt wurde.

BT-Drs. 19/26108, S. 347 a. E.

167 Demnach sprechen Wortlaut und Genese der Vorschrift dafür, dass der offene Netzzugang auch im Bereich des Kernnetzes zu gewähren ist.

168 Ebenso streiten auch Sinn und Zweck der Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs dafür, dass auch das Kernnetz von der Verpflichtung erfasst ist: durch den offenen Netzzugang sollen die Wahlmöglichkeiten der Endkunden und der Wettbewerb in den von der Maßnahme abgedeckten Gebieten vergrößert werden.

BT-Drs. 19/26108, S. 347 a. E.

169 Auch dies spricht eindeutig für die Einbeziehung des gesamten von der Fördermaßnahme erfassten Gebietes. Spiegelbildlich sind in Rz. 80 lit. a) und Fußnote 123 der BreitbandLL[2013] Ausnahmen von der Verpflichtung zur Gewährung eines umfassenden offenen Netzzugangs – genauer: zum Angebot aller Arten von Produkten – vorgesehen und nur dort vorgesehen, wo keine nennenswerten Verbesserungen durch vermehrten Wettbewerb erzielt würden. Im vorliegenden Fall erfolgte kein entsprechender Vortrag durch die Antragsgegnerin oder Beigeladene zu 10. Ungeachtet dessen erscheint es auch widersprüchlich, dass gerade die Bereitstellung unbeschalteter Glasfasern im Kernnetz nicht zu vermehrtem Wettbewerb führen würde; zumal gerade der Zugang zum Kernnetz hier konkret von einem Wettbewerber nachgefragt wird.

170 Das Kernnetz des Netzes der Beigeladenen zu 10 wurde unstreitig (erst) im Rahmen der Fördermaßnahme NGA-Cluster Nordhessen errichtet. Daher ist auch das Kernnetz von dem Zugangsanspruch nach § 155 Abs. 1 TKG erfasst.

171 Eine entsprechende Verpflichtung auf Zugang zum Kernnetz kann jedenfalls nicht dadurch ausgeschlossenen werden, dass Zugang zu einer parallel geschaffenen, aber noch auf Kosten des Nachfragers [redacted] Leerrohrinfrastruktur angeboten wird (vgl. Rz. 152 f.).

2.4.3.2.3 Wirtschaftliche Beeinträchtigung der Antragsgegnerin oder der Beigeladenen zu 10

172 Der Einwand von Antragsgegnerin und Beigeladener zu 10, die Gewährung eines offenen Netzzugangs in der von der Antragstellerin begehrten Form werde „*zu einer wirtschaftlichen Schieflage des Gesamtprojekts und einem handfesten Insolvenzrisiko führen*“ (offen gelegt im Schriftsatz der Beigeladenen zu 10 vom 11. 10. 2022, S. 5) greift

nicht durch. Der Vortrag der Beigeladenen zu 10 erschöpft sich in einer nicht schlüssigen Behauptung, die weder weiter ausgeführt noch substantiiert wurde. Die dazu von der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 10. 8. 2022 gemachten weiteren Ausführungen sind nicht hinreichend, um den Vortrag zu untermauern. Hinzu kommt, dass – selbst wenn die Behauptung zuträfe – die Verpflichtung, Wettbewerbern offenen Netzzugang zu gewähren von Beginn mit der Beihilfe verknüpft war und Antragsgegnerin und Beigeladene zu 10 einen daraus resultierenden Wettbewerb hätten einkalkulieren müssen.

173 In diesem Zusammenhang ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass wirtschaftliche Belange des Verpflichteten Auswirkungen auf den zu gewährenden offenen Netzzugang haben können. So sehen zum Beispiel die BreitbandLL[2013] in Rz. 80 lit. a) ausdrücklich vor, dass in Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte oder bei kleinen, lokalen Unternehmen einzelne Vorleistungsprodukte dann nicht anzubieten sind, wenn dies die Investitionskosten unverhältnismäßig erhöht, ohne dass nennenswerte Verbesserungen durch vermehrten Wettbewerb erzielt würden. In solchen Fällen kann vorgesehen werden, dass Zugangsprodukte, die ursprünglich nicht vorgesehene, kostenintensive Eingriffe an der geförderten Infrastruktur erforderlich machen (z. B. Kollokation an Zwischenverteilern) nur bei hinreichender Nachfrage von Drittbetreibern angeboten werden. Allerdings ist dies – außerhalb des Streitbeilegungsverfahrens – anhand detaillierter und objektiver Kostenberechnungen der Bewilligungsbehörde der Beihilfe nachzuweisen. Die Empfänger der Beihilfe haben dies dabei anhand von konkreten Angaben, insbesondere zur Struktur zu erschließender Gebiete und durch Geschäftspläne, zu belegen.

Vgl. BreitbandLL[2013], Fn. 123 zu Rz. 80 lit. a).

174 Es ist weder vorgetragen noch sind sonst Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass solche Angaben gegenüber der Bewilligungsbehörde erfolgt sind. Im Übrigen wird hier eine Zugangsform nachgefragt, die im Wesentlichen ohne kostenintensive Eingriffe in die geförderte Infrastruktur geleistet werden kann.

175 Es reicht auch nicht aus, wenn Eigentümer oder Betreiber der gefördert errichteten Infrastruktur eine wirtschaftliche Schieflage oder ein Insolvenzrisiko als pauschale Behauptung im Streitbeilegungsverfahren einwenden.

176 Der Einwand der Beigeladenen zu 10 erschöpft sich jedoch gerade in der bloßen Behauptung einer wirtschaftlichen Schieflage beziehungsweise eines Insolvenzrisikos, ohne dies in irgendeiner Form zu belegen.

177 Die Ausführungen und Angaben der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 10. 8. 2022 sind ebenfalls nicht geeignet, eine aus der Gewährung offenen Netzzugangs in der beantragten Form resultierende wirtschaftliche Schieflage des Gesamtprojekts oder gar ein Insolvenzrisiko zu belegen. Die Angaben sind zu pauschal, denn die Antragsgegnerin stellt letztlich den jährlichen Verbindlichkeiten der Beigeladenen zu 10 lediglich – für den Fall der Gewährung des Zugriffs auf das Backbone-Netz der Breitband Nord-

hessen GmbH wie von der Antragstellerin gefordert – ihre eigenen (der Antragsgegnerin) Einnahmen für die Vermietung eines unbeschalteten Glasfaserpaares gegenüber. Es ist nicht plausibel, dass die Beigeladene zu 10 für die Tilgung ihrer Verbindlichkeiten aus den Darlehen allein mit etwaigen Einnahmen der Antragsgegnerin aus Vorleistungsentgelten kalkuliert hat. Ein direkter Zusammenhang zwischen den Vorleistungsentgelten der Antragstellerin an die Antragsgegnerin und der wirtschaftlichen Situation der Beigeladenen zu 10 ist nicht vorgetragen. Außerdem bleiben bei dieser Darstellung etwaige Einnahmen der Beigeladenen zu 10 aus der Verpachtung des Netzes an die Antragsgegnerin unberücksichtigt. Gleiches gilt für den mit dem aufgebauten Breitbandnetz geschaffenen Sachwert sowie auch für potentielle Einnahmen aus der Vermietung von Vorleistungsprodukten an Dritte. So gibt die Antragsgegnerin selbst an anderer Stelle an, [redacted].

Schriftsatz der Antragsgegnerin v. 22. 7. 2022, S. 4, Ziffer 1.3.

178 Es erfolgt damit gerade keine vollständige Aufstellung aller Einnahmen und Ausgaben, die eine Beurteilung des Insolvenzrisikos hätten ermöglichen können. Unabhängig davon erklärt sich nicht, inwieweit eine wirtschaftliche Schieflage oder ein Insolvenzrisiko der Beigeladenen zu 10 einzig aus der Gewährung offenen Netzzugangs in Form unbeschalteter Glasfasern verschärft werden sollte; denn durch diesen Zugang auf Vorleistungsebene würden bislang nicht anfallende, weitere Einnahmen bei der Antragsgegnerin generiert und damit Erlöse zur Deckung der Kosten (auch der Pachtkosten) der Antragsgegnerin. Zudem würden die Einnahmen für Produkte erzielt, die nach dem Vortrag der Antragsgegnerin auch nur „auf Vorrat“ und mithin ohne eine unmittelbar entstehende Wettbewerbssituation beantragt würden.

179 Dabei muss auch betrachtet werden, dass die vermeintliche wirtschaftliche Schieflage nach dem Vortrag der Antragsgegnerin sich letztlich aus der Differenz zwischen den Einnahmen aus dem begehrten Zugang zu unbeschalteten Glasfasern gegenüber den Einnahmen aus den anderen, von der Antragsgegnerin angebotenen Vorleistungsprodukten ergeben müsste. Hierzu wurde nichts vorgetragen, es sind auch keine sonstigen Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

180 Unabhängig davon, dass die fehlende Darlegung einer wirtschaftlichen Schieflage bzw. eines Insolvenzrisikos entscheidend ist, gilt für die weitere Argumentation der Antragstellerin Folgendes:

181 Die Behauptung, [redacted] greift zu kurz. Denn [redacted]

[redacted].

182 Des Weiteren bleibt unklar, warum gerade ein offener Netzzugang in der von der Antragstellerin begehrten Form (Zugang zu unbeschalteten Glasfasern) angeblich zum [redacted] führen soll, hingegen dieses Risiko bei den von der Antragsgegnerin angebotenen Zugangsformen ([redacted] Leerrohres [redacted], Bitstromzugang) nicht eintreten solle. Insbesondere bei [redacted] Leerrohres [redacted]. Denn auch in diesem Fall würde das von der Antragsgegnerin behauptete Risiko wegfallender Einnahmen und einer Entwertung des geförderten Netzes bestehen. Anders gewendet: In Bezug auf die behaupteten wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Beigeladene zu 10 unterscheidet sich das von der Antragsgegnerin angebotene Vorleistungsprodukt von einem Zugang zu bereits vorhandenen Glasfasern allein dadurch, dass dabei Kosten für [redacted] des Leerrohres [redacted]. Die nach diesem Angebot von der Antragstellerin zu tragenden Mehrkosten würden auch nicht als zusätzliche Einnahmen bei der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen zu 10 verbleiben, sondern würden Kosten abdecken, [redacted], dafür aber den Markteintritt der Antragstellerin erschweren würden.

183 Auch der Vortrag zu einer [redacted] trägt nicht. Er verkennt, dass die Verpflichtung zum offenen Netzzugang bei geförderten Telekommunikationsinfrastrukturen in der gesetzgeberischen Zielsetzung wurzelt, auf der gefördert errichteten Infrastruktur Wettbewerb zum Nutzen der Endkunden zu schaffen (s. dazu im Einzelnen unter Rz. 209 ff.). Aus dieser gesetzgeberischen Zielsetzung folgt, dass aus der Nutzung der geförderten Infrastruktur durch einen Wettbewerber grundsätzlich keine Entwertung folgt, sondern vielmehr die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Beihilfe verringert und der Nutzen der Endkunden gemehrt wird. Dieser gesetzgeberischen Zielsetzung ist auch immanent, dass sich der Betreiber des geförderten Netzes im Fördergebiet Wettbewerbern gegenübergestellt sehen muss, so dass – abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin hierzu nichts vorgetragen hat – wirtschaftliche Auswirkungen eines solchen Wettbewerbs der Verpflichtung zum offenen Netzzugang grundsätzlich nicht entgegengehalten werden können.

184 Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass das Risiko einer wirtschaftlichen Schieflage oder Insolvenz durch die Gewährung eines offenen Netzzugangs in der beantragten Form besteht. Der Zugang des Vorleistungsnachfragers nach § 155 Abs. 1 TKG erfolgt – wie auch die Antragsgegnerin mit ihrem Vortrag zu jährlichen Einnahmen aus Vorleistungsprodukten anerkennt – nicht unentgeltlich. Im vorliegenden Fall besteht ein zwischen den Parteien ausgehandelter und über Jahre praktizierter Vertrag über die Überlassung unbeschalteter Glasfasern. Es ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin – wie auch die Antragstellerin – bei den Verhandlungen nicht wie

ein kundiger Marktteilnehmer agiert und Preise akzeptiert hat, die für sie existenzgefährdend wären. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass die getroffene Vereinbarung Resultat einer zwischen den Parteien gefundenen, ausgewogenen Verhandlungslösung ist. Die Relevanz von Verhandlungslösungen zeigt auch die Vorlagepflicht nach § 155 Abs. 3 TKG, die eine Anlehnung der Spruchpraxis der Beschlusskammer an privatautonom verhandelte Vereinbarungen ermöglichen soll.

Vgl. unter Rz. 215 ff. dieses Beschlusses; sowie auch BT-Drs. 19/26108, S. 348 zu Abs. 3; danach sind der Bundesnetzagentur abgeschlossene Verträge über den offenen Netzzugang zu geförderten Telekommunikationsnetzen vorzulegen, um Marktnähe und dadurch eine Praxis der ausgewogenen Streitbeilegung zu entwickeln.

185 Die im Markt zu beobachtenden Vorleistungsentgelte werden regelmäßig – und auch in dem zwischen den Parteien ausgehandelten Vertrag – für die Bereitstellung und die Überlassung der Produkte fällig. Insofern steigert die Antragsgegnerin mit der Gewährung des offenen Netzzugangs ihre Netzauslastung und ihre Erlöse sowie den Beitrag zur Deckung ihrer Kosten. Sofern – wie von Antragsgegnerin im Übrigen unsubstantiiert behauptet – die Antragstellerin entsprechende Open Access Produkte „auf Vorrat“ in Anspruch nehmen sollte, erhielte die Antragsgegnerin die entsprechenden Entgelte sogar, ohne einem aktuellen Wettbewerbsdruck ausgesetzt zu sein. Auch mit Blick auf diesen Umstand ist die vorgetragene unverhältnismäßige wirtschaftliche Belastung durch „Bevorratung“ nicht nachvollziehbar dargelegt worden, sondern vielmehr widersprüchlich.

186 Darüber hinaus wäre auch zu berücksichtigen, dass sowohl der Antragsgegnerin als auch der Beigeladenen zu 10 von Anfang an klar sein musste, dass zu der gefördert errichteten Infrastruktur ein offener Netzzugang zu gewähren ist und es zu einem Wettbewerb um Endkunden kommen kann. Ersteres ist dem oben beschriebenen Regelungsrahmen zu entnehmen (vgl. Rz. 85 ff.) und insbesondere in Rz. 45 lit. f) des Beschlusses der EU-Kommission vom 21. 4. 2015 zu der Fördermaßnahme eindeutig ausgeführt. Letzteres ergibt sich aus dem Umstand, dass ein offener Netzzugang (auch zu passiven Vorleistungsprodukten) zu gewähren ist und daher in dem Projekt gerade keine Alleinstellung als Versorger mit breitbandigen Telekommunikationsdiensten in Nordhessen erwartet werden konnte (vgl. dazu sogleich auch Rz. 207 ff.). Sofern die Antragsgegnerin oder die Beigeladene zu 10 fehlerhaft von einer solchen Grundannahme ausgegangen sein sollten, könnten sie dies dem Anspruch auf offenen Netzzugang zur geförderten Infrastruktur nicht entgegenhalten.

187 Aus den gleichen Gründen macht der unsubstantiierte Vortrag zur Gefahr einer wirtschaftlichen Schieflage beziehungsweise eines angeblichen Insolvenzrisikos die beantragte Form des offenen Netzzugangs in Form von unbeschalteten Glasfasern auch nicht unzumutbar.

Verhältnismäßigkeit des angeordneten Zugangs

188 Ein anders Ergebnis folgt auch nicht aus einer Prüfung der Grundrechtspositionen von Antragsgegnerin und Beigeladener zu 10. Die tenorierte Verpflichtung zur Zugangsgewährung und Angebotslegung ist verhältnismäßig. Es sind keine Einschränkungen des Zugangsanspruchs aus übergeordneten Bewertungsmaßstäben ersichtlich. Eine atypische Fallkonstellation liegt nicht vor. Dies gilt hier insbesondere für die pauschal angeführten Sicherheitsbedenken (etwa zur Ausfallsicherheit bei Zugang zum Backbone von Netzinfrastrukturen), aber auch für die angeführten, aber nicht substantiierten Insolvenzrisiken (s. im Einzelnen Rz. 172 ff.).

189 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 10 können nicht mit Erfolg geltend machen, dass die Regelung des § 155 TKG oder die Anordnungen auf Zugangsgewährung zu einem unbeschalteten Glasfaserpaar und entsprechende Angebotslegung deswegen unzumutbar seien, weil durch sie Grundrechtspositionen unverhältnismäßig eingeschränkt würden. In Betracht käme hier – unabhängig von der Frage, ob die Beigeladene zu 10 insoweit überhaupt grundrechtsfähig ist – eine unverhältnismäßige Einschränkung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs aus Art. 12 GG oder des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG.

Art. 14 GG

190 Bezüglich dieser möglichen Eingriffe ist einmal mehr auf die Ausgestaltung und Zielrichtung des § 155 TKG hinzuweisen. Die Norm adressiert in ihrem Absatz 1 eine Verpflichtung der Betreiber und Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze, auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen gewähren. Öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze sollen nach dem Willen des nationalen wie auch des unionsrechtlichen Gesetzgebers allen interessierten Betreibern zugänglich sein (open access). Ein solches Telekommunikationsnetz muss – so die Gesetzesbegründung ausdrücklich – Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglichen, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können.

Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 347.

191 Insofern haftet die Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs der Eigentumsposition an einem geförderten Telekommunikationsnetz bereits von Anfang an. Dies kommt in seiner Wirkung einer das Eigentum einschränkenden dinglichen Last gleich. Dabei ist, gewissermaßen als Kehrseite der begünstigenden Förderungsentscheidung, das Eigentum mit der belastenden Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs verwoben. Damit ist die Grundrechtsposition von Eigentümern und Betreibern öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze von Anfang an nicht der Grundrechtsposition

von Eigentümern eigenwirtschaftlich errichteter Telekommunikationsnetze vergleichbar, was für die Erstgenannten auch von Anfang an erkennbar war.

192 Soweit es sich bei den tenorierten Anordnungen um einen Eingriff handelt, der auf § 155 TKG als zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums basiert, so ist der Eingriff hier verhältnismäßig und damit durch die Antragsgegnerin bzw. die Beigeladene zu 10 zu dulden. Insbesondere kommt es nicht zu einer Beeinträchtigung des Eigentums, die entschädigungslos hinzunehmen ist. Vielmehr ist der offene Netzzugang gegen Entgelt zu gewähren, wobei gerade dieses Entgelt im Wege privatautonomer Verhandlung bereits zwischen den Beteiligten ausgehandelt wurde.

193 Generell schützt Art. 14 GG nicht mögliche Gewinnchancen oder Erwartungen eines Gewinns, was für mögliche Investitionsentscheidungen zu bedenken und in einen Geschäftsplan mit einzustellen ist. Insoweit lässt sich im konkreten Fall nicht erkennen, inwiefern ein möglicher nicht gerechtfertigter Eingriff in die eigentumsrechtliche Position der Antragsgegnerin und – ungeachtet der wohl zu verneinenden Frage, ob diese überhaupt grundrechtsfähig ist – der Beigeladenen zu 10 gegeben sein könnte. Vielmehr erfährt das Eigentumsrecht hier insofern eine Gestaltung durch eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Art. 12 GG

194 Eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 12 GG ist hier schon deswegen nicht anzunehmen, weil die durch § 155 TKG in Frage kommende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen zu 10 lediglich eine gerechtfertigte, verhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit bedeutet. Dies gilt zumal deshalb, weil die Förderbestimmungen bekannt waren und damit auch der Umstand, dass Wettbewerb auch im geförderten Kontext gewollt und damit zu erwarten ist.

Ausgestaltung der tenorierten Verpflichtungen

195 Die hier im konkreten Einzelfall vorgenommene Anordnung des Zugangs in Tenorziffer 1 und der Angebotslegung in Tenorziffer 2 sind in der konkreten Ausgestaltung auch verhältnismäßig, d. h. im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und angemessen.

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

196 Das mit den Anordnungen verfolgte Ziel folgt der gesetzgeberischen Intention des § 155 TKG:

> *„…eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung ist die effektive Mitnutzung Dritter der geförderten Breitbandinfrastruktur. Durch*

die Gewährleistung des offenen Netzzugangs können Drittbetreiber in Wettbewerb treten, wodurch die Wahlmöglichkeiten und der Wettbewerb in den von der Maßnahme abgedeckten Gebieten vergrößert und gleichzeitig regionale Dienstleistungsmonopole vermieden werden."

BT-Drs. 19/26108 S. 347.

197 Die Anordnung dient neben der Beschleunigung und Förderung des Breitbandausbaus auch der Ermöglichung des Wettbewerbs unter Beachtung des in § 155 TKG kodifizierten Interessenausgleichs und soll der dortigen Pflichtenverteilung Geltung verschaffen. Zur Erreichung dieser Ziele sind die Anordnungen zu Tenorziffer 1 und 2 geeignet, weil durch die Verpflichtungen zur Zugangsermöglichung zu der streitbefangenen geförderten Infrastruktur und Angebotslegung die Antragstellerin ihr Netz ausbauen, mit der Antragsgegnerin in Wettbewerb treten und somit einen Beitrag zu einem breiten Angebot für die Endkunden leisten kann.

198 Die Anordnungen sind geeignet, um die telekommunikationsrechtlichen Ansprüche der Antragstellerin durchzusetzen. Sie sind auch zur Erreichung ihres Zwecks erforderlich. Die Erforderlichkeit ist zu bejahen, wenn nicht ein anderes, gleich wirksames aber das gegenläufige Rechtsgut am wenigsten beeinträchtigendes Mittel hätte gewählt werden können.

BVerfG, Urteil v. 22. 3. 2022, 2 BvE 2/20, juris-Rz. 112.

199 Ein gleich wirksames, die Grundrechtsträger aber nicht oder noch weniger beeinträchtigendes Mittel ist nicht ersichtlich. Insbesondere kam eine Ausregelung des Streitbeilegungsverfahrens, welche auf die von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10 im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens abgegebenen Angebote abstellen würde, nicht als milderes Mittel in Betracht. Eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vergleichbar der von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10 angebotenen [redacted] eines Leerrohres [redacted] (wobei die erheblichen Kosten [redacted] von der Antragstellerin hätten getragen werden sollen) als auch das angebotene Bitstromprodukt sind keine gleich wirksamen Mittel wie die tenorierte Verpflichtung zur Zugangsgewährung in Form unbeschalteter Glasfasern und einer entsprechenden Angebotslegung. Denn die zuerst genannten Vorleistungsprodukte sind gegenüber dem begehrten Zugang zu unbeschalteten Glasfasern nicht gleich wirksam (zu den Einzelheiten s. Rz. 154)

200 Das Produktportfolio sowie Kalkulationsspielräume der Antragstellerin wären insofern eingeschränkter und würden sich weniger von denjenigen der Antragsgegnerin unterscheiden bzw. abheben können. Zudem würde über die Anordnung eines solchen „milderen Mittels" das gesetzlich vorgesehene Bestimmungsrecht des Nachfragers umgangen.

201 Die Anordnungen sind schließlich auch angemessen im engeren Sinne, da die Güterabwägung nicht dazu führt, dass die Interessen der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen zu 10 hier außer Verhältnis zu der angestrebten Zielvorstellung der Maßnahmen stehen.

202 Die Anordnung, den Zugang zu einem geförderten Netz und ein entsprechendes Angebot über die Nutzung von unbeschalteten Glasfaserpaaren zu unterbreiten, ist hier auch nicht deswegen unzumutbar, weil durch sie eine Grundrechtsposition der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen zu 10 unverhältnismäßig eingeschränkt werden würde. Vielmehr trifft der Gesetzgeber bereits eine Abwägung im Sinne einer Inhalts- und Schrankenbestimmung, wenn er erklärt:

> *„In Anbetracht des Umfangs des Wettbewerbs, der seit der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und in Europa erzielt worden ist, und insbesondere des aktuellen Wettbewerbs auf dem Endkundenbreitbandmarkt, sollten öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze allen interessierten Betreibern zugänglich sein (open access). Ein solches Telekommunikationsnetz muss Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten. […] Grundsätzlich sollten geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs eine größere Produktauswahl anbieten als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben, weil bei geförderten Netzen für den Infrastrukturausbau nicht nur Ressourcen des betreffenden Unternehmens, sondern auch Steuereinnahmen verwendet werden.“*
>
> *BT-Drs. 19/26108, S. 347.*

203 In diesem Zusammenhang hat die Art der gewährten Beihilfe entgegen der Auffassung von Antragsgegnerin und Beigeladener zu 10 keinen Einfluss auf die Angemessenheit der open access-Verpflichtung. Unabhängig davon, dass hier nicht „lediglich“ vergünstigte Darlehen in Anspruch genommen wurden, sehen die (nationalen wie unionsrechtlichen) Beihilfevorschriften eine unbeschränkte Verpflichtung zur Gewährung des offenen Netzzugangs auch für diesen Fall und damit für jedes geförderte Netz vor. Relevant ist insoweit letztlich die Einstufung der Europäischen Kommission, dass es sich um eine Beihilfe handelt.

2.4.3.2.4 Missbräuchliche Inanspruchnahme von § 155 TKG

204 Die Anträge auf offenen Netzzugang nach § 155 TKG und auf Streitbeilegung sind, anders als die Antragsgegnerin meint, nicht missbräuchlich. Weder ergibt sich ein Missbrauchseinwand daraus, dass die Antragstellerin an dem derzeit stattfindenden Bieterverfahren um die Geschäftsanteile von Antragsgegnerin und Beigeladener zu 10 teilnimmt (dazu unter Rz. 205), noch aus der Behauptung, eine Gewährung des offenen Netzzugangs in der beantragten Form und dem beantragten Umfang würde zu einer Duplizierung der mit Fördermitteln errichteten Infrastruktur führen (s. Rz. 207 ff.).

205 Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, [redacted] reicht dieser Vortrag nicht aus, um hinreichende Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Inanspruchnahme von § 155 Abs. 1 TKG zu begründen.

206 Die Frage nach der Verhinderung einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Zugangsverpflichtung nach § 155 Abs. 1 TKG ist keine der tatbestandlichen Eingrenzung,

> *anders Stelter zum Informationsanspruch nach § 136 TKG (§ 77b TKG a. F.), in: Scheurle / Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 77b, Rz. 6,*

sondern – rechtssystematisch als Berufung auf die Einrede des § 242 BGB – eine Frage der Durchsetzbarkeit der Zugangsverpflichtung. Will der Antragsgegner den offenen Netzzugang mit dem Argument einer missbräuchlichen Inanspruchnahme verweigern, so muss er substantiiert dazu vortragen und belegen, weshalb im konkreten Einzelfall der Zugang missbräuchlich verlangt wird. Die von der Antragsgegnerin dazu geltend gemachten Bedenken erfüllen diese Anforderungen nicht und wurden zudem nicht weiter belegt.

207 In tatsächlicher Hinsicht steht dem Vortrag der Antragsgegnerin bereits entgegen, dass der hier streitgegenständliche Antrag auf offenen Netzzugang am 3. 3. 2022 gestellt wurde. Dieser Zeitpunkt liegt vor der Veröffentlichung des strukturierten Bieterwettbewerbs am 1. 4. 2022 und auch vor der [redacted]. Zudem überwindet der Vortrag der Antragsgegnerin nicht die rechtlichen Hürden für die Annahme einer missbräuchlichen Antragstellung. Eine solche liegt vor, wenn das betreffende Zugangsbegehren keinerlei erkennbaren Bezug zur Zwecksetzung der Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs aufweist. Dies kann der Fall sein, wenn mit dem Antrag ersichtlich rein schikanöse oder belästigende Ziele verfolgt werden.

> *Vgl. (zu einem Informationszugang nach GVG) OVG NRW, Urteil 15 A 593/20 v. 6. 10. 2022, juris-Rz. 77 f., unter Verweis auf OVG NRW, Beschluss 15 E 1027/18 v. 14. 1. 2019, juris-Rz. 34.*

208 Es sind keine Anhaltspunkte erkennbar, dass die Antragstellerin ihr Zugangsbegehren behauptet, um schikanöse oder belästigende Ziele zu verfolgen. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass sie in jahrelangen vertraglichen Beziehungen mit der Antragsgegnerin steht, in deren Rahmen sie bereits Vorleistungsprodukte aus der geförderten Infrastruktur bezogen und für die Realisierung ihrer eigenen Ausbauprojekte verwendet hat.

209 Auch der Vortrag der Antragsgegnerin, die Gewährung offenen Netzzugangs in Form unbeschalteter Glasfasern im Kernnetz führe zu einer Duplizierung des mit öffentlichen Mitteln errichteten Netzes, begründet keinen Missbrauchseinwand.

210 Die Beschlusskammer versteht den Vortrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 10 dahingehend, dass sie den Aufbau einer flächendeckenden Parallelstruktur zu der mit Fördermitteln errichteten Infrastruktur befürchten. Zunächst erscheint – mit Blick auf das Verhältnis der streitgegenständlichen Trassenlänge zum Gesamtnetz der Beigeladenen zu 10 – in tatsächlicher Hinsicht fraglich, inwieweit hier eine „Duplizierung“ erfolgt.

211 Selbst wenn die Behauptung einer Duplizierung zutreffend wäre, so wäre dieser Umstand grundsätzlich nicht geeignet, einen Missbrauchseinwand zu begründen. Dies ergibt sich aus der grundlegenden gesetzgeberischen Zielsetzung zur Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb im Telekommunikationssektor. Der deutsche und der europäische Gesetzgeber haben in diesem Wirtschaftszweig – anders als später in den Sektoren Strom und Gas – die grundsätzliche Richtungsentscheidung zugunsten eines Infrastrukturwettbewerbs getroffen. Dies wurde als Regulierungsziel auch in Kenntnis der Überbaudiskussion in der TKG-Novelle[2021] fortgeschrieben (vgl. § 2 TKG). Daher sind eigenwirtschaftlich ausbauende TK-Unternehmen durch das TKG grundsätzlich nicht gehindert, eigene TK-Netze neu zu verlegen, auch wenn bereits andere Netzinfrastrukturen vorhanden oder im Bau sind. Diese Thematik wurde dabei im Gesetzgebungsverfahren vertieft behandelt. Während es für die koordinierte Mitverlegung bzw. Mitnutzung bestehender Trassen den Überbau einschränkende Vorschriften gab (§§ 141 Abs. 2 Nr. 7, 143 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG), wurden weitergehende vom Bundesrat vorgeschlagene Einschränkungen von Überbaumöglichkeiten verworfen:

> *„Der Vorschlag ist nach Ansicht der Bundesregierung nicht mit Unionsrecht vereinbar und stößt auch auf verfassungsrechtliche Bedenken. Unionsrechtlich ist eine quasi-pönale Verweigerung der Wegerechte zum Schutz des Überbaus von öffentlich geförderten Telekommunikationsinfrastrukturen nicht vorgesehen.“*
>
> *BT-Drs. 19/26964 zu Nr. 35, S. 54.*

212 Eine grundsätzliche Richtungsänderung wurde also ausdrücklich und bewusst nicht vorgenommen.

213 Diese Bewertung für einen Überbau im Kontext eigenwirtschaftlichen Ausbaus gilt erst recht für Projekte mit beihilferechtlichem Hintergrund und lässt sich daher von ihren Grundannahmen auch auf den offenen Netzzugang zu gefördert errichteten Infrastrukturen übertragen. Zwar erfolgt dort in der Regel keine Duplizierung von Infrastruktur im Sinne eines zweiten, parallelen Aufbaus von Netzen, sondern eine Benutzung der einen, mit Fördermitteln errichteten Infrastruktur. Vergleichbar ist aber die Grundentscheidung für eine wettbewerbliche Nutzung dieser unter Verwendung staatlicher Mittel errichteten Infrastruktur. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus:

> *„In Anbetracht des Umfangs des Wettbewerbs, der seit der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und in Europa erzielt worden ist, und insbesondere des aktuellen Wettbewerbs auf dem Endkundenbreitband-*

markt, sollten öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze allen interessierten Betreibern zugänglich sein (open access). Ein solches Telekommunikationsnetz muss Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglichen, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können."

BT-Drs. 19/26108, S. 347.

214 Dementsprechend sieht der beihilferechtliche Regelungsrahmen (vgl. dazu Rz. 85 ff.) die Gewährung eines offenen Netzzugangs durch verschiedene Vorleistungsprodukte und die Geltung gleicher Zugangsbedingungen im gesamten Fördergebiet vor. Dieser Grundentscheidung ist immanent, dass Vorleistungsprodukte – sei es Leerrohrzugang, Zugang zur unbeschalteten Glasfaser oder ein anderes Produkt – im gesamten geförderten Netz genutzt werden. Entsprechend lässt sich einem offenen Netzzugang nicht entgegenhalten, eine „Duplizierung" – was auch immer im Einzelfall damit gemeint ist – würde die mit staatlichen Fördermitteln errichtete Infrastruktur faktisch entwerten. Denn die Grundentscheidung des Gesetzgebers wie auch die Vorgaben des beihilferechtlichen Regelungsrahmens haben gerade eine möglichst breite wettbewerbliche Nutzung der geförderten Infrastruktur zum Nutzen der Endkunden zum Ziel. Es ist daher nicht ersichtlich, inwieweit die behauptete Duplizierung missbräuchlich sein soll.

2.4.3.3 Entgeltfestlegung nicht erforderlich

215 Die Beschlusskammer legt in ihrer Entscheidung im vorliegenden Fall keine Entgelte für die beantragte Netznutzung in Form der Überlassung unbeschalteter Glasfasern gemäß § 149 Abs. 4 TKG fest.

216 Es ist nicht erforderlich, im vorliegenden Verfahren Entgelte für die Überlassung unbeschalteter Glasfasern festzulegen. Denn zum Angebot unbeschalteter Glasfasern besteht zwischen den Streitparteien bereits ein – auch zum Zwecke des Open Access – auf unbestimmte Zeit geschlossener und seit mehreren Jahren praktizierter Vertrag mit vereinbarten Preisen, die zudem von den Parteien nicht streitig gestellt wurden. Die Entscheidung der Beschlusskammer hat privatrechtsgestaltende Wirkung. Sie regelt also das zivilrechtlich ausgestaltete Nutzungsverhältnis. Das Streitbeilegungsverfahren endet indes nicht zwangsläufig mit einer Entscheidung, mit der ein offener Netzzugang angeordnet und jegliche Mitnutzungsbedingungen einschließlich der Entgelte festgelegt werden. Vielmehr kann das Verfahren – wegen des Grundsatzes des Vorrangs von Verhandlungslösungen – auch mit der Verpflichtung zur Vorlage eines Vertrages und der Anordnung, unmittelbar auf die beantragte Weise offenen Netzzugang zu gewähren, beendet werden.

217 Mit einer zwischen den Streitparteien notariell geschlossenen Kooperationsvereinbarung (Anlage 3 AST) regeln diese [redacted]

[redacted] durch die Antragsgegnerin an die Antragstellerin. Zusätzlich und im Zusammenhang mit dieser Kooperationsvereinbarung haben Antragstellerin und Antragsgegnerin – ebenfalls per notariellem Vertrag – die Preise hierfür in einem Preisblatt vereinbart (Anlage 5 AST). Hierin regeln die Streitparteien gerade auch die Vergütung für die Miete von unbeschalteten Glasfasern, mithin dem Zugangsprodukt, dessen Gewährung die Antragstellerin mit dem vorliegenden Streitbeilegungsverfahren durchsetzen möchte. Schließlich haben die Parteien auf Basis der Kooperationsvereinbarung einen – ebenfalls notariellen – Rahmenmietvertrag für die betriebsbereite Überlassung von unbeschalteten Telekommunikationslinien geschlossen (Anlage 4 AST). Diese referenziert wiederum auf das zuvor genannte Preisblatt.

218 Diese vertraglichen Vereinbarungen bestehen nach wie vor zwischen den Streitparteien. Sie finden ihren Hintergrund auch in der Verpflichtung der Antragsgegnerin, offenen Netzzugang zu einem mit öffentlichen Mitteln geförderten Netz zu gewähren. Diese Verpflichtung hat materiellrechtlich und inhaltlich durch die Einführung des § 155 TKG keine Änderung erfahren. Vielmehr tritt die gesetzliche Verpflichtung aus § 155 TKG neben die (vertraglichen) Verpflichtungen aus dem Förderkontext. Es bestehen mithin zwischen den Streitparteien bereits einvernehmlich getroffene Regelungen zu Entgelten im Zusammenhang mit der Pflicht zur Gewährung eines offenen Netzzugangs, die im konkreten Einzelfall dazu führen, dass eine Festlegung von Entgelten sowie eine Überprüfung der vertraglich vereinbarten Entgelte durch die Beschlusskammer nicht erforderlich sind. So wurde weder von der Antragstellerin noch von der Antragsgegnerin vorgetragen, dass die vereinbarten Entgelte unangemessen seien (vgl. auch § 215 Abs. 5 TKG). Aus diesen Gründen ist eine Entgeltfestlegung nicht geboten.

2.4.3.4 Fristen im Zusammenhang mit Tenorziffer 1 und 2

Frist zur Zugangsgewährung nach Tenorziffer 1

219 Für die durch die Tenorziffer 1 angeordnete Zugangsgewährung in Form der Überlassung unbeschalteter Glasfaserkabel wird der Antragsgegnerin ein angemessener Zeitraum bis zum 16. 1. 2023 eingeräumt.

220 Zur Erfüllung dieses Zwecks ist die Frist im konkreten Fall auch geeignet, um hier den Ausbauplänen der Antragstellerin möglichst zügig Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine ausreichende zeitliche Möglichkeit für die Antragsgegnerin zu schaffen. Mithin ist die Frist zur Zugangsgewährung in Tenorziffer 1 auch erforderlich und angemessen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Antragsgegnerin bereits im Rahmen des zurückliegenden bilateralen Angebotsverfahrens über zwei Monate zur Planung und Zugangsermöglichung zur Verfügung standen und zwischen den Streitparteien grundsätzliche eingeschwungene Abläufe beim Abruf von Glasfasernutzungen bestehen. Es sind auch keine Gründe dafür ersichtlich, dass es sich hier um einen weitreichenderen und

komplizierteren Prozess bei der Überlassung unbeschalteter Glasfaserpaare für die Zugangserteilung zum geförderten Netz handeln könnte, der einen längeren Zeitraum erfordern würde. Schließlich wurden bei der Fristbemessung der Fristen nach Tenorziffer 1 und 2 die in der Frist liegenden Feiertage berücksichtigt.

Frist zur Angebotslegung nach Tenorziffer 2

221 Entsprechend Tenorziffer 2 hat die Antragsgegnerin bis zum 16. 1. 2023 ein Angebot zu legen. Die in diesem Zusammenhang gesetzte Frist ist im konkreten Fall auch geeignet, erforderlich und angemessen, um dem berechtigten Mitnutzungsbegehren der Antragstellerin zu entsprechen.

222 Der vorgegebene Zeitraum ist im Hinblick auf die hier vorliegenden Interessenlagen erforderlich und gleichzeitig auch angemessen und kann der Antragsgegnerin zugemutet werden. Dabei wird das Interesse der Antragstellerin berücksichtigt, möglichst schnell Klarheit über die Bedingungen ihres weiteren Ausbaus zu haben. Auf der anderen Seite musste auch die Antragsgegnerin davon ausgehen, dass es zu einer Verpflichtung der Mitnutzung kommen kann und hatte die Gelegenheit, sich darauf vorzubereiten. Im Übrigen kennt sie die konkreten Infrastrukturen, die Lage, die Längen und weitere Details. Zudem bestehen zwischen den Beteiligten bereits vertragliche Vereinbarungen und grundsätzlich eingeschwungene Abläufe, auf die zurückgegriffen werden kann.

223 Durch die gesetzte Frist werden die beiderseitige Interessen gewahrt werden. Sie ist ausreichend und geeignet, dem im Normgefüge angelegten Beschleunigungsgedanken Rechnung zu tragen. Bereits mit der Vorgängernorm zu § 149 TKG (§ 77d TKG a. F.) auf zwei Monate beschränkten Frist intendierte der Gesetzgeber eine Beschleunigung der Planungsphase der Mitnutzung.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 45.

224 Nichts anderes ist mit der in § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG geregelten zweimonatigen Einigungsfrist intendiert.

225 Die angeordnete Frist ist geeignet, den Ausbauplänen der Antragstellerin möglichst zügig Rechnung zu tragen und gewährt gleichzeitig der Antragsgegnerin ausreichend Zeit, ein Angebot im tenorierten Umfang auch tatsächlich legen zu können. Mit Blick auf den im bilateralen Angebotsverfahren eingeräumten Zeitraum, die Befassung mit Streckenführung und Belegungen bereits im Kooperationsvertrag zwischen den Parteien und während des Streitbeilegungsverfahrens erscheint der tenorierte Zeitraum in jeglicher Hinsicht angemessen, damit sich die Antragsgegnerin Klarheit über ihre Bedingungen und die entsprechende Angebotslegung verschaffen kann.

226 Im Zusammenhang mit der Angemessenheit der festgelegten Fristen kann die Antragsgegnerin nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass der derzeit laufende Veräußerungs-

prozess sich aufwändig gestalte und Ressourcen in großem Umfang binde. Diese Umstände rechtfertigen es nicht, den berechtigten Anspruch der Antragstellerin auf Open Access „hintanzustellen“. Die BreitbandLL[2013] bestimmen mit Blick auf derartige Veränderungen unter Rz. 78 lit. g):

> *„Die Verpflichtungen zur Zugangsgewährung sind unabhängig von Veränderungen bei den Eigentumsverhältnissen, der Verwaltung oder dem Betrieb der geförderten Infrastruktur durchzusetzen.“*

227 Hiernach dürfen sich weder nach einer abgeschlossenen Veräußerung und erst recht nicht im Laufe eines hierauf gerichteten Veräußerungsprozesses negative (auch zeitliche) Auswirkungen bzw. Verzögerungen im Hinblick auf die Gewährung eines offenen Netzzugangs ergeben.

2.5 Zwangsgeldandrohung

2.5.1 Rechtsgrundlage

228 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohungen in Ziffer 3 und 4 des Tenors ist § 212 Abs. 4 i. V. m. § 202 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. §§ 13 und 17 VwVG.

2.5.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.5.2.1 Zuständigkeit

230 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung durch die Beschlusskammer ist § 212 Abs. 4 TKG i. V. m. § 202 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. § 7 Abs. 1 und 13 Abs. 1 VwVG.

2.5.2.2 Verfahren

231 Die Verfahrensvorschriften wurden gewahrt. Nach § 202 Abs. 1, 2 TKG kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, wenn Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze ihren Verpflichtungen aus dem TKG trotz Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommen. Hierbei ist ihnen gemäß § 202 Abs. 2 S.2 TKG eine angemessene Frist zu setzen, um den Maßnahmen entsprechen zu können. Diese Verfahrensschritte sind bereits in dem fristgebundenen bilateralen Zugangsverfahren und dem ebenfalls fristgebundenen Streitbeilegungsverfahren nach § 155 TKG durchgeführt worden, in dem die Antragsgegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu ihrer Zugangsverpflichtung nach § 155 TKG erhalten hat, als dessen Ergebnis ihr u. a. die von der Zwangsgeldandrohung erfassten Verpflichtungen nach Ziffer 1 und 2 des Tenors auferlegt worden sind. Hinsichtlich der nach § 202 Abs. 1 Nr. 2 TKG und § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG erforderlichen Fristsetzung ist für die Umsetzung der Verpflichtung nach Ziffer 1 des Tenors eine Frist

bis zum 16. 1. 2023 gesetzt worden. Dieser Verfahrensschritt muss für die Androhung des Zwangsgeldes nach § 202 Abs. 5 i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwVG nicht wiederholt werden. Zudem soll die Androhung mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, wenn Rechtsmittel gegen diesen keine aufschiebende Wirkung entfalten, § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG. Eine Klage gegen den vorliegenden Beschluss hat gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

232 Eine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor dem Erlass des Androhungsverwaltungsaktes gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nicht notwendig, weil die Androhung eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung ist. Die Androhung kann gemäß § 13 Abs. 2 VwVG mit dem Beschluss nach § 155 i. V. m. § 149 TKG verbunden werden.

2.5.3 Materielle Voraussetzungen

2.5.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsaktes

233 Die Verpflichtungen nach Ziffer 1 und 2 des Tenors können gemäß § 202 Abs. 5 TKG, § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitschlichtungsentscheidung gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat.

2.5.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel

234 Die Antragsgegnerin darf als Pflichtige mittels eines Zwangsgeldes nach § 202 Abs. 2, 5 und 6 TKG zur Durchführung der Anordnung angehalten werden, da die geforderte Handlung gemäß § 11 Abs. 1 VwVG nicht durch einen anderen vorgenommen werden kann und nur von ihrem Willen abhängt, da die Antragsgegnerin aufgrund des hier vorliegenden Betreibermodells den entscheidenden operativen Zugriff auf das Netz hat.

235 Es hängt auch nicht von einem gegebenenfalls entgegenlautenden Willen der Beigeladene zu 10 ab, da sie die Betriebshoheit an die Antragsgegnerin übertragen hat und überdies als Beigeladene an das Ergebnis des Verfahrens gebunden ist.

2.5.4 Ermessenserwägungen

236 Die Zwangsgeldandrohung nach Ziffer 3 und 4 ist auch verhältnismäßig. Sie ist ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der tenorierten Anordnungen anzuhalten.

237 Die Frage der Durchsetzung der Verpflichtung zum Zugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und -linien aus § 155 TKG ist von besonders großem Interesse für Wettbewerb auf den gefördert errichteten Infrastrukturen zum Nutzen der Endnutzer. Denn

> *„…eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung ist die effektive Mitnutzung Dritter der geförderten Breitbandinfrastruktur. Durch*

die Gewährleistung des offenen Netzzugangs können Drittbetreiber in Wettbewerb treten, wodurch die Wahlmöglichkeiten und der Wettbewerb in den von der Maßnahme abgedeckten Gebieten vergrößert und gleichzeitig regionale Dienstleistungsmonopole vermieden werden.“

BT-Drucks. 19/26108 S. 347.

238 Die Androhung der Zwangsgelder ist geeignet, der tenorierten Verpflichtung den nötigen Nachdruck zu verleihen, die Antragsgegnerin zur Gewährung des beantragten offenen Netzzugangs zu bewegen und so die gesetzgeberische Zielsetzung in Bezug auf das hier streitgegenständliche Netz zu erreichen.

239 Dies gilt auch hinsichtlich der § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG entsprechenden Verbindung der Androhung des Zwangsgeldes mit dem zu vollstreckenden Verwaltungsakt, weil ein erst nach Erlass der zu vollstreckenden Entscheidung eingeleitetes Verwaltungsvollstreckungsverfahren zu weiteren Verzögerungen führen würde und damit weder dem sich in der sofortigen Vollziehbarkeit manifestierenden überwiegenden Vollziehungsinteresse, noch dem im TKG allgemein und dem § 155 TKG insbesondere innewohnenden Beschleunigungsgedanken angesichts des dynamischen Telekommunikationsmarktes und des Zieles der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht würde.

240 Ein anderes, milderes Mittel, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden kann, ist nicht ersichtlich. Würde man kein Zwangsmittel unmittelbar mit der Anordnung androhen, würde bei einer Nichtbefolgung der Tenorziffer 1 und 2 der Anordnung wieder erheblich Zeit verloren gehen. Dies würde einen Markteintritt und eine Endkundenversorgung durch die Antragstellerin erheblich erschweren. Die im § 155 TKG angestrebten Synergieeffekte und das Ziel, dass

„…ein solches Telekommunikationsnetz […] auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglich(en)t, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können…“,

lassen sich jedoch nur umsetzen, wenn sowohl die Zugangserteilung als auch die Angebotslegung schnellstmöglich und tatsächlich erfolgen. Dies entspricht auch in grundsätzlicher Hinsicht der gesetzgeberischen Wertung, wonach der Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes mit der Androhung eines Zwangsgeldes verbunden werden soll, § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG.

241 Auch die Angemessenheit des angedrohten Zwangsmittels in Tenorziffer 3 und 4 ist vorliegend gegeben. Das angedrohte Zwangsmittel des Zwangsgeldes steht nicht außer Verhältnis zu dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck der Wettbewerbsförderung zum Nutzen der Endkunden. Das Ziel der vorliegenden Entscheidung kann nur erreicht werden, wenn es tatsächlich zu einer unverzüglichen Zugangsermöglichung kommt.

242 Die angedrohten Zwangsgelder in Tenorziffer 3 und 4 sind auch der Höhe nach angemessen. Die Höhe von je 20.000 € schöpft den Zwangsgeldrahmen des § 11 Abs. 3 VwVG nicht aus, ist aber gleichzeitig hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich

ein Handeln im Sinne der Ziffern 1 und 2 der Anordnung zu erzeugen. Bei Nichtumsetzung der Verpflichtungen wäre die Summe von jeweils 20.000 € auch kein so geringer Betrag, dass er der Antragsgegnerin nicht schaden würde, weil er im Rahmen der Finanzierung des geförderten Netzes abgezogen werden müsste und zudem im Falle einer weiteren Verweigerung der Umsetzung eine erneute Androhung und Festsetzung eines ggf. höheren weiteren Zwangsgeldes gemäß § 13 Abs. 6 VwVG erfolgen würde.

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, 21. 11. 2022

Vorsitzende	Beisitzer	Beisitzer
Herchenbach-Canarius	Dr. Kutzscher	Dr. Bayer

Gliederung

1 Sachverhalt 5
2 Gründe 18
2.1 Rechtsgrundlage 18
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens 18
2.2.1 Zuständigkeit 18
2.2.2 Verfahren 18
2.3 Frist 19
2.4 Entscheidung in der Sache 19
2.4.1 Formelle Voraussetzungen 19
2.4.1.1 Bilaterales Zugangsverfahren zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin 19
2.4.1.2 Antrag auf Zugang gemäß § 155 Abs. 1 TKG 20
2.4.2 Materielle Voraussetzungen 23
2.4.2.1 Materiellrechtlicher Rahmen der Entscheidung 23
2.4.2.2 Anspruchsberechtigte 28
2.4.2.3 Anspruchsverpflichtete 28
2.4.2.4 Öffentlich gefördertes Netz 30
2.4.2.5 Umfang der Zugangsverpflichtung 30
2.4.2.5.1 Bestimmungsrecht des Nachfragers auf offenen Netzzugang 31
2.4.2.5.2 Art des offenen Netzzugangs – anzubietende Netzzugangsprodukte 34
2.4.2.5.3 Zugangsgegenstand und Angebote der Antragsgegnerin 37
2.4.2.6 Kein „Gleichlauf“ zwischen § 155 TKG und §§ 138, 141 TKG 38
2.4.3 Verbindliche Entscheidung der Streitbeilegungsstelle 40
2.4.3.1 Zugangsanspruch und -form entsprechend Antrag 40
2.4.3.2 Weitere Einwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 10 erfolglos 41
2.4.3.2.1 Grundsätze gemäß § 155 Abs. 4 TKG 41
2.4.3.2.2 Zugang zum Kernnetz 43
2.4.3.2.3 Wirtschaftliche Beeinträchtigung der Antragsgegnerin oder der Beigeladenen zu 10 44
2.4.3.2.4 Missbräuchliche Inanspruchnahme von § 155 TKG 52
2.4.3.3 Entgeltfestlegung nicht erforderlich 55
2.4.3.4 Fristen im Zusammenhang mit Tenorziffer 1 und 2 56
2.5 Zwangsgeldandrohung 58
2.5.1 Rechtsgrundlage 58
2.5.2 Formelle Voraussetzungen 58
2.5.2.1 Zuständigkeit 58
2.5.2.2 Verfahren 58
2.5.3 Materielle Voraussetzungen 59
2.5.3.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsaktes 59
2.5.3.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel 59
2.5.4 Ermessenserwägungen 59
Rechtsbehelfsbelehrung 62