



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-22/012

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

ARCHE NetVision GmbH,
Bismarckstraße 141, 26384 Wilhelmshaven,
vertreten durch die Geschäftsführung,

– Antragstellerin –

gegen

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

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. Deutsche Glasfaser Holding GmbH,
Klaus-Bungert-Straße 8, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 1 –
2. 1&1 Versatel GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 2 –
3. 1&1 Versatel Deutschland GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 3 –
4. 1&1 Telecom GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 4 –
5. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.
(VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 5 –
6. EWE TEL GmbH,
Postfach 2509, 26015 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 6 –
7. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 7 –
8. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 8 –
9. atene KOM GmbH,
Invalidenstraße 91, 10115 Berlin,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –

10. NetCom BW GmbH,
Unterer Brühl 2, 73479 Ellwangen,
vertreten durch die Geschäftsführung,

– Beigeladene zu 10 –

11. M-net Telekommunikations GmbH,
Am Plärrer 35, 90443 Nürnberg
vertreten durch Herrn Kohlmann

– Beigeladene zu 11 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB,
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer,
Charlottenstraße 57, 10117 Berlin,

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

durch

die Vorsitzende Herchenbach-Canarius
den Beisitzer Dr. Bayer und
den Beisitzer Dr. Haslinger

auf die mündliche Verhandlung vom 14. 12. 2022 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen der Antragstellerin, der ARCHE NetVision GmbH, und der Antragsgegnerin, der Telekom Deutschland GmbH. Die Antragstellerin begehrt einen offenen Netzzugang zu der von der Antragsgegnerin betriebenen und mit öffentlichen Fördergeldern errichteten Infrastruktur.
- 2 Die Antragstellerin ist ein bei der Bundesnetzagentur gemeldeter Telekommunikationsanbieter mit Sitz in Wilhelmshaven. Sie bietet Telekommunikationsdienste über eigens errichtete Funknetzwerke sowie W-DSL-Netze für Privat- und Geschäftskunden an. Die Antragstellerin begehrt im vorliegenden Streitbeilegungsverfahren den offenen Netzzugang in Form des Produkts „Fiber Broadband“ der Antragsgegnerin in der Variante Internet Connectivity (FB-IPCON) zu fairen und angemessenen Bedingungen.
- 3 Die Antragsgegnerin ist ein bei der Bundesnetzagentur gemeldeter bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 4 Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin führen bereits seit 2019 Gespräche und Verhandlungen über den Netzzugang zu von der Antragsgegnerin mit öffentlichen Fördergeldern errichteter FTTH-Infrastruktur in einem Gebiet, das die Antragstellerin zuvor – ebenfalls unter Inanspruchnahme von Fördergeldern – mit Funktechnik erschlossen hat.
- 5 Dabei wurde die Nachfrage der Antragstellerin nach einem Netzzugang im Anschluss an die Inbetriebnahme des FTTH-Netzes zunächst mit der Begründung „Produkte in der Vorbereitung“ abgelehnt. Danach wurde der Antragstellerin ein unentgeltlicher FTTH-Pilotvertrag mit einer Laufzeit von sechs Monaten angeboten, bis die Produkte verfügbar seien. Der Vertrag kam zustande und ermöglichte der Antragstellerin, eigene Endkunden mit FTTH-Leistungen zu versorgen. Dieser Vertrag wurde mehrmals bis zum Frühjahr 2022 verlängert.
- 6 Der Antragstellerin wurde sodann im Mai 2022 von der Antragsgegnerin ein Fiber Broadband Connectivity Vertrag angeboten. In diesem Vertrag seien – so die Antragstellerin – Infrastrukturentgelte für die Schaltung des Hausanschlusses sowie monatliche Entgelte für kleine und große Ortsnetze enthalten. Dieser Vertrag berücksichtige nicht die öffentliche Förderung hinsichtlich Infrastrukturkosten und monatlicher Zugangspreise für die angefragten Gebiete.
- 7 Die Antragstellerin übermittelte der Antragsgegnerin ein Schreiben vom 1. 8. 2022, das als Antrag auf offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen (FTTH-Zugänge) entsprechend § 155 TKG überschrieben war. Darin forderte sie die Antragsgegnerin auf, einen Vertrag für öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze nach § 155 TKG anzubieten oder alternativ den angebotenen FB-Vertrag entsprechend zu ergänzen.

- 8 Die Parteien konnten innerhalb der nachfolgenden zwei Monate keine Einigung über diese Streitpunkte erzielen. Eine Vereinbarung über einen Zugang zu geförderten Telekommunikationsnetzen ist nicht zustande gekommen.
- 9 Am 19. 10. 2022 stellte die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur deshalb einen Antrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 TKG auf einen offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und -linien zu fairen und angemessenen Bedingungen, um ihre Kunden weiterhin mit FTTH-Anschlüssen versorgen zu können. Dabei begehrt die Antragstellerin die Verpflichtung der Antragsgegnerin, einen
- „Vertrag für öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze nach § 155 TKG anzubieten oder alternativ den angebotenen FB Vertrag entsprechend zu ergänzen“.*
- 10 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 21 vom 2. 11. 2022 als Mitteilung Nr. 206 veröffentlicht.
- 11 Mit E-Mail vom 25. 10. 2022 fragte die Beschlusskammer bei der Antragstellerin nach, in welchem Gebiet sie mittels des Pilotvertrages mit der Antragsgegnerin eigene Endkunden versorge. Die Beschlusskammer bat zudem um Bestätigung, dass sich der Antrag räumlich auf eben jenes Gebiet beziehe bzw. ggf. um Mitteilung, welche weiteren Gebiete betroffen seien. Die Antragstellerin antwortete mit E-Mail vom 27. 10. 2022, der Pilotvertrag beziehe sich auf kein bestimmtes Gebiet, sondern auf eine bestimmte Anzahl an Schaltungen.
- 12 Mit Schreiben vom 18. 11. 2022 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Streitbeilegungsantrag und beantragte,
- „1. den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen;*
- 2. hilfsweise die Entgelte entsprechend dem von der Antragstellerin vorgelegten Vertragsentwurf der Antragsgegnerin für die Leistung FB-IPCON festzusetzen.“*
- 13 Der Antrag der Antragstellerin sei unbegründet. Er sei auf die Festlegung eines Entgelts für eine Leistung gerichtet, die keinen Zugang im Sinne der Open-Access-Verpflichtung darstelle. Bei der nachgefragten Leistung Fiber Broadband Connectivity (FB-IPCON) handele es sich um ein Resale-Produkt, das sowohl den Anschluss des Endkunden als auch die Verbindung in das Internet umfasse. Dabei erbringe der Wholesale-Kunde – jedenfalls bezüglich des Datentransports – keine Telekommunikationsleistung. Es handele sich demnach nicht um ein Bitstromprodukt und werde nicht von der Open-Access-Verpflichtung erfasst. Zudem würden die im Vertragsentwurf der Antragsgegnerin enthaltenen Entgelte den gesetzlichen Anforderungen genügen. Die Wirtschaftlichkeitslückenförderung schließe lediglich die Wirtschaftlichkeitslücke, die sich aus höheren Kosten in den geförderten Gebieten ergäbe. Für eine Absenkung von Endkundenentgelten und Vorleistungsentgelten sei daher kein Raum. Daher sollen die Preise der Antragsgegnerin nach ihrer Auffassung den Anforderungen des § 149 Abs. 4 TKG genügen.

- 14 Da der Antrag bereits unbegründet sei, könne offenbleiben, ob er den Begründungsanforderungen genüge, die sich aus der gesetzlichen Formulierung ergäben, wonach nur „vollständige“ Anträge den Fristlauf des § 149 Abs. 7 TKG auslösen würden.
- 15 Mit Schreiben vom 2. 12. 2022 teilte die Beschlusskammer der Antragsgegnerin mit, dass sich mit Blick auf den durch die Antragsgegnerin zum Jahresende gekündigten Pilotvertrag die Frage nach dem Erfordernis einer vorläufigen Anordnung gemäß § 207 TKG durch die Beschlusskammer stellt. Die Beschlusskammer bat die Antragsgegnerin mitzuteilen, ob die Fortsetzung des Pilotvertrages bis zu einer abschließenden Entscheidung im Streitbeilegungsverfahren erklärt werde.
- 16 Mit E-Mail vom 9. 12. 2022 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie am 11. 5. 2022 den gesamten Markt über die Möglichkeit informiert habe, einen FB-IPCON-Vertrag abzuschließen und zugleich alle FTTH-Pilotvereinbarungen zum 30. 12. 2022 gekündigt habe. Schon um Diskriminierungen zu vermeiden, könne die Antragsgegnerin die Leistungen, die Gegenstand der Pilotvereinbarung sind, ab dem 1. 1. 2023 nicht mehr unentgeltlich erbringen. Die Antragsgegnerin sei indes bereit, die Pilotvereinbarung mit der Antragstellerin zur Abwendung einer vorläufigen Anordnung unter der Modifikation einstweilen fortzuführen, dass die Leistungen ab dem 1. 1. 2023 entgeltlich sind.
- 17 Den Beteiligten ist in der am 14. 12. 2022 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Dabei erläuterte die Antragstellerin, aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten komme ein Zugang in einer anderen Produktvariante nicht in Betracht. Sie könne in den betroffenen Gebieten (in technischer Hinsicht) keine Verkehre von der Antragsgegnerin übernehmen.
- Vgl. S. 14, 19f. des Protokolls der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14. 12. 2022.*
- 18 Mit E-Mail vom 15. 12. 2022 übermittelte die Antragstellerin eine Präsentation der Antragsgegnerin, die sie nach der persönlichen Vorstellung der Vorleistungsprodukte FTTH im Juni 2022 zur Verfügung gestellt bekommen habe. Die Antragstellerin verweist auf im Einzelnen benannte Folien der dieser E-Mail beigefügten Anlage und führt diese als Beleg an, dass es sich auch aus Sicht der Antragsgegnerin bei dem Produkt FB-IPCON um ein reguliertes Layer 3-Produkt handle.
- 19 Der E-Mail war darüber hinaus noch die schriftliche Zustimmung der Antragstellerin vom 15. 12. 2022 zu dem von der Antragsgegnerin angebotenen Weiterbetrieb des FTTH-Pilotvertrages beigefügt. Der FTTH-Pilotvertrag solle ab dem 1. 1. 2023 kostenpflichtig fortgeführt werden. Wie im Telefonat mit der Antragsgegnerin abgestimmt worden sei, werde die Antragstellerin bis zur Entscheidung keine Neuschaltungen mehr durchführen, so dass nur die monatlichen Bereitstellungsentgelte laut FB-IPCON-Vertrag für die bestehenden FTTH-Schaltungen anfielen.
- 20 Mit Schreiben vom 5. 1. 2023 trug die Antragsgegnerin vor, dass sie nicht gehalten sei, auf jede Nachfrage das volle Spektrum denkbarer Leistungen anzubieten. Es bedürfe

der konkreten Nachfrage nach einer konkreten Leistung. Für eine weitergehende Beratungspflicht in dem Sinne, welche der angebotenen Leistungen unter § 155 TKG fallen und welche nicht, sehe sie keine Rechtsgrundlage. Die Antragsgegnerin informiere ihre Wholesale-Kunden im Rahmen allgemeiner vertrieblicher Tätigkeiten über die Leistungen, an denen nach vertrieblicher Einschätzung Interesse bestehen könnte. Auch bei dem von der Antragstellerin vorgelegten Foliensatz einer Präsentation handele es sich um eine vertriebliche Information, ohne dass die aufgeführten Leistungen vom Vertrieb der Antragsgegnerin rechtlich eingeordnet würden. Die von der Antragstellerin vorgelegte vertriebliche Unterlage enthalte keine Einschätzung, welche die angebotenen Leistungen von § 155 TKG umfasse. Zudem sei der Regelungsgehalt des § 155 TKG als gesetzliche Vorschrift nicht davon abhängig, ob eine der Parteien diese Norm in der Vergangenheit als einschlägig angesehen habe.

- 21 Aus der Unterlage ergebe sich klar, dass bei der von der Antragstellerin allein nachgefragten Leistung keine Übergabe des Verkehrs an den Nachfrager stattfinde, so dass es sich um eine Resale-Leistung handele. Die Bezeichnung der Leistung in einer Folie mit „L3“ sei offensichtlich falsch. Da es bei dem von der Antragstellerin nachgefragten Produkt zu keiner Übergabe des Verkehrs komme und keine Netzelemente des Netzes der Antragstellerin zur Leistungserbringung genutzt würden, folge, dass es sich um keinen Bitstrom und um keinen Netzzugang handele. Die Vorleistung ermögliche keinerlei Qualitätsdifferenzierung im Vergleich zum Endkundenprodukt der Antragsgegnerin, es könne nur durch weitere Dienste (z. B. E-Mail oder IP-Telefonie) ergänzt werden. Es handele sich um ein „einfaches Resale“ im Sinne des Gemeinsamen Standpunkts der ERG vom 2. 4. 2004 (ERG (03) 33rev1). Damit sei es ein Vorprodukt für einen Diensteanbieter (Internet Service Provider, kurz ISP), nicht aber für einen Netzbetreiber. Daraus folge, dass ein solches Produkt nicht unter § 155 TKG falle. Anspruchsberechtigte der Norm seien „andere Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“, denen ein Netzzugang gewährt werden solle. Hiernach seien die Eigenschaft als Netzbetreiber und der Netzzugang aufeinander bezogen. Wer ein Resale-Produkt nachfragt, frage als Diensteanbieter nach, auch wenn er auch in anderem Zusammenhang ein Netz betreibe.
- 22 Die Antragsgegnerin habe aus Anlass dieses Verfahrens nochmals das Produktangebot überprüft. Sie habe dabei entschieden, dass das Produkt weiterhin zu den ursprünglich der Antragstellerin angebotenen Konditionen angeboten wird, also ohne das Erfordernis eines monatlichen Mindestumsatzes. Dies gelte auch für weitere Nachfrager.
- 23 Mit E-Mail vom 6. 1. 2023 übersandte die Antragstellerin drei Anlagen, und zwar die „Anmerkungen zum Schlichtungsverfahren BK11-22/012“, eine „Timeline Anfragen an Telekom wegen Zugang/Open Access FTTH in geförderten Gebieten“ und „Wichtige Hinweise zur Installation Ihrer Glasfaser-Dose“.
- 24 In der Anlage „Timeline OA“ sei „der gesamte Nachfrageprozess seit 2019 nach einem OpenAccess Produkt für die mit Fördergeldern erstellte FTTH Gebiete aufgelistet“. In

keinem einzigen der gesamten Gespräche sei das Thema „Resale Produkt“ thematisiert oder erwähnt worden. Die Antragstellerin trägt vor, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach einem Open Access-Produkt mit der Begründung „Produkt in der Entwicklung“ drei Jahre lang nicht nachgekommen sei. Der der Antragstellerin zur Verfügung gestellte FTTH Open-Access-Pilot für die Übergangszeit bis zur Fertigstellung der Produkte entspreche dem jetzt angebotenen Vorleistungsprodukt. Nach der Vorstellung und dem Angebot der FB-IPCONN-Varianten durch die Antragsgegnerin im Mai 2022 sei davon auszugehen gewesen, dass es sich bei „FB-IPCONN Internet-Connectivity“ um eine Produktausgestaltung zur Erfüllung der Open-Access-Verpflichtungen nach § 155 TKG und nicht um ein Resale-Produkt handele.

- 25 Anhand der gewählten Formulierungen und Einstufung der Antragsgegnerin als Vorleistungsprodukt innerhalb des FB-IPCONN-Vertrags und des „ZW Access Vorleistungsportfolios“ müsse als Nachfrager davon ausgegangen werden, dass es sich beim Produkt „Internet-Connectivity“ ebenso um eine Variante der Vorleistungsprodukte zur Erfüllung der Open Access-Verpflichtung handele wie die übrigen im Vertrag und dem Portfolio aufgeführten Produkte. Sollte „Internet-Connectivity“ von Anfang an als Resale-Produkt geplant gewesen sein, stelle sich die Frage, wieso sowohl durch die Vertragsgestaltung als auch das Vorleistungsportfolio der Anschein erweckt wurde, es handle sich um ein reguliertes Vorleistungsprodukt.
- 26 Die Antragsgegnerin habe darüber hinaus – kurz vor dem Termin der öffentlichen mündlichen Verhandlung der Beschlusskammer – das bisher vorliegende Angebot abgeändert und zur Unterzeichnung angeboten. Hinzugekommen sei dabei (zunächst) ein monatlicher Mindestumsatz, welcher höher ausfalle als der Mindestumsatz in der TAL-Variante dieses Vertrages. Ein Mindestumsatz sei aber diskriminierend, da er weniger leistungsfähige Anbieter durch die Preisgestaltung vom Markt ausschließe. Sodann habe die Antragsgegnerin am 5. 1. 2023 auf den neu eingeführten Mindestumsatz wieder verzichtet, sollte die Antragstellerin ein Signal zur Unterzeichnung des FB-IPCONN-Vertrages abgeben. Hierzu habe die Antragstellerin ihre grundlegende Bereitschaft signalisiert, allerdings unter der Voraussetzung des Verzichts der Antragsgegnerin auf die Infrastrukturentgelte in geförderten Gebieten im Bereitstellungsfall „connected“.
- 27 Mit E-Mail vom 16. 1. 2023 bat die Beschlusskammer Antragstellerin und Antragsgegnerin um Mitteilung, welchen Stand die Verhandlungen um das von der Antragsgegnerin vorgelegte und zuletzt am 5. 1. 2023 modifizierte Angebot haben.
- 28 Mit E-Mail vom 18. 1. 2023 teilte die Antragstellerin mit, dass es seit Beantragung des Open Access zu den mit Fördergeldern gebauten Netzen keine „bilateralen Verhandlungen“ mit der Antragsgegnerin gegeben habe. Ansprechpartner sei der Wholesale Vertrieb der Antragsgegnerin gewesen. Auf den konkreten Vorschlag der Antragstellerin zur Einigung bei dem Hauptstreitpunkt „Verzicht auf das Infrastrukturentgelt bei

„connected“ Anschlüssen“ einen Vertrag abschließen zu wollen, habe die Antragstellerin bis heute keine Antwort erhalten. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin auf eine ihrer E-Mail als Anlage beigefügte E-Mail vom 5. 1. 2023. Die bisherigen Verhandlungen seien daher aus Sicht der Antragstellerin als ergebnislos zu bewerten.

- 29 Mit Schreiben vom 19. 1. 2023 legte die Antragsgegnerin dar, die Antragstellerin habe im Rahmen des Pilotvertrages Leistungen der Antragsgegnerin ohne Entgelt in Anspruch nehmen und auch zu einem früheren Zeitpunkt abrufen können. Nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung habe sie der Antragstellerin erneut einen Vertrag ohne Mindestumsatz angeboten. Daher sei der Verweis der Antragstellerin auf einen „niedrigeren“ Mindestumsatz, den die Antragsgegnerin bei der hier streitgegenständlichen Resale-Leistung für kupferbasierte Anschlüsse verlangt, nicht nachvollziehbar. Der Verzicht auf einen Mindestumsatz bei glasfaserbasierten Anschlüssen gelte nicht nur für die Antragstellerin, sondern für alle Unternehmen, die Interesse an dem Resale-Produkt haben.
- 30 An der Einordnung des streitgegenständlichen Produkts als simple resale ändere sich entgegen den Ausführungen der Antragstellerin auch nichts dadurch, dass das Produkt als Vorleistungsprodukt bezeichnet werde, noch dadurch, dass Anschlüsse über die verschiedenen Wertschöpfungsstufen in einheitlichen Musterverträgen angeboten würden. Der Vertrieb der Antragsgegnerin mache keine regulatorische Rechtsberatung, sondern bemühe sich darum, das für die Nachfrage des Kunden am besten passende Produkt anzubieten.
- 31 Die Antragsgegnerin argumentiert, die Antragstellerin habe in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, auch in Kenntnis der Einordnung dieses Produkts als nicht unter die Verpflichtung des § 155 TKG fallend, daran festgehalten, dass sie gerade dieses Produkt beziehen wolle. Daher sei der Vorwurf, man habe die Antragstellerin nicht darauf hingewiesen, dass es sich um ein Produkt außerhalb der Verpflichtung des § 155 TKG handelt, für die Nachfrage der Antragstellerin völlig unerheblich.
- 32 Mit Schreiben vom 15. 2. 2023 hat die Beschlusskammer die Entscheidungsfrist bis zum 20. 4. 2023 verlängert.
- 33 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 34 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

- 35 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.
- 36 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.
- 37 Die materiellen Voraussetzungen für die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Gewährung eines offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG in der von der Antragstellerin begehrten Form des Produktes „Fiber Broadband“ der Antragsgegnerin in der Variante Internet Connectivity (FB-IPCON) liegen nicht vor. Dieses Produkt wird als Resale-Produkt nicht vom beihilferechtlich geprägten Anwendungsbereich des offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG erfasst.

2.1 Rechtsgrundlage

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

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

2.2.1 Zuständigkeit

- 39 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
- 40 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG.
- 41 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.

2.2.2 Frist

- 42 Gemäß § 149 Abs. 7 Nr. 1 TKG trifft die Bundesnetzagentur in Verfahren um offenen Zugang zu geförderten Netzen gemäß § 155 TKG eine verbindliche Entscheidung grundsätzlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags auf Streitbeilegung. Diese Frist kann im Einzelfall gemäß § 149 Abs. 8 TKG um bis zu zwei Monate verlängert werden.
- 43 Der Antrag der Antragstellerin ist am 19. 10. 2022 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die Regelfrist am 20. 2. 2023 endete.

- 44 Die Entscheidung betrifft im Kern die grundlegende Frage, ob der beihilferechtlich geprägte Anwendungsbereich des § 155 TKG auch Resale-Produkte umfasst oder ob diese, obwohl sie in gewissem Maße einen Wettbewerb auf Endkundenebene ermöglichen, ausgeschlossen sind. Insoweit waren durch die Beschlusskammer neue Sachverhalte und für die weitere Spruchpraxis grundlegende Rechtsfragen zu prüfen. Die Entscheidungsfrist wurde daher bis zum 20. 4. 2023 verlängert.
- 45 Die Entscheidung ergeht insofern fristgerecht.

2.3 Entscheidung in der Sache

- 46 Der Antrag auf verbindliche Entscheidung im Verfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG ist zulässig, aber unbegründet.

2.3.1 Formelle Voraussetzungen

- 47 Eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbelegungsstelle konnte vorliegend beantragt werden, da das bilaterale Zugangsverfahren nach § 155 Abs. 1 TKG erfolglos durchgeführt wurde.
- 48 Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der Beschlusskammer im Rahmen eines Streitbelegungsverfahrens 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.
- 49 Mit Schreiben vom 1. 8. 2022 übermittelte die Antragstellerin einen Antrag auf offenen Netzzugang gemäß § 155 TKG an die Antragsgegnerin. Darin forderte sie die Antragsgegnerin auf, den angebotenen Fiber-Broadband-Connectivity-Vertrag in Bezug auf die darin enthaltenen monatlichen Entgelte und Infrastrukturentgelte zu modifizieren oder einen Vertrag für öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze nach § 155 TKG anzubieten. Demnach ging es der Antragstellerin insbesondere darum, dass der von der Antragsgegnerin dem Grunde nach bereits angebotene Zugang auch zu Preisen erfolgt, die aus Sicht der Antragstellerin fair und angemessen sind. Das Schreiben der Antragstellerin vom 1. 8. 2022 zielte demnach auf Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung nach § 155 Abs. 1 TKG. Dies war für die Antragsgegnerin nach Überschrift und Inhalt des Schreibens auch ohne weiteres erkennbar. Gleiches gilt für den Umstand, dass damit die Zweimonatsfrist des § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG zu laufen beginnt. Nach alledem handelt es sich bei dem Schreiben der Antragstellerin vom 1. 8. 2022 um einen Antrag auf Zugang zu einem geförderten Telekommunikationsnetz zu fairen und angemessenen Bedingungen und damit um einen Zugangsantrag in dem (dem Streitbelegungsverfahren vorgelagerten) bilateralen Zugangsverfahren gemäß § 155 Abs. 1 TKG.

- 50 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 1. 8. 2022 ist keine Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande gekommen.

2.3.2 Materielle Voraussetzungen

- 51 Die materiellen Voraussetzungen für die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Gewährung eines offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG in der von der Antragstellerin begehrten Form des Produktes „Fiber Broadband“ der Antragsgegnerin in der Variante Internet Connectivity (FB-IPCON) liegen nicht vor. Dieses Produkt wird nicht vom Anwendungsbereich des offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG erfasst (vgl. im Einzelnen dazu Rz. 71 ff.). Daher waren die zwischen den Parteien streitigen Entgelte, mangels Ermächtigungsgrundlage, nicht durch die Beschlusskammer zu überprüfen.

2.3.2.1 Materieellrechtlicher Rahmen der Entscheidung

- 52 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.

- 53 Die Verpflichtung des Betreibers oder Eigentümers öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze zur Zugangsgewährung wurzelt im unionsrechtlichen Beihilferecht.
- 54 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.
- 55 Die Grundsätze, nach denen die Europäische Kommission die EU-Beihilfenvorschriften 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 BreitbandLL²⁰¹³); vgl. dort den Erwägungsgrund 8.

Diese Leitlinien der Europäischen Kommission – und nicht die Neufassung vom 12. 12. 2022 – sind im vorliegenden Fall einschlägig. Denn es gelten die im Zeitpunkt der Notifizierung der Beihilfemaßnahme (hier: die NGA-Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland; dazu sogleich in Rz. 57, 67) einschlägigen Leitlinien.

Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen v. 12. 12. 2022, C 9343 (final); Rz. 219 f.

- 56 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.“

- 57 Ein Beispiel für solche Entscheidungen der Europäischen Kommission – bei denen die Einstufung der Maßnahme als Beihilfe und ihre Genehmigung erfolgen – ist der Beschluss zur Genehmigung der NGA-Rahmenregelung des Bundes, die auch Grundlage der bisher geförderten Maßnahmen der Antragsgegnerin war.

Vgl. 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. dazu auch OVG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 16. 7. 2021, 6 A 10376/21, juris-Rz. 50, 104.

- 58 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.

- 59 Neben der vorbeschriebenen – und im vorliegenden Sachverhalt mit dem Beschluss der Europäischen Kommission vom 15. 6. 2015 vorgefundenen – Handlungsform der Genehmigung einzelner Beihilfen durch die Europäische Kommission besteht unionsrechtlich auch die Möglichkeit, 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 Breitbandbeihilfen 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).

- 60 Der vorbeschriebene unionsrechtliche Regelungsrahmen ist auch die Basis der gesetzlichen Regelung in § 155 TKG. Aus den unionsrechtlichen Regelungen für Breitbandbeihilfen sowie der 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. BreitbandLL²⁰¹³, Rz. 78 lit. g), letzter Satz, sowie BT-Drs. 19/26108, S. 348.

- 61 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 (BreitbandLL²⁰¹³ – ABl. EU C 25/01), Rz. 78 lit. g), 80 lit. a);
 - dem 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-Rahmenregelung, 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.
- 62 Dieser Rechtsrahmen, insbesondere auch die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs im Fall öffentlich geförderter Telekommunikationsinfrastruktur 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 NGA-Rahmenregelung der Bundesrepublik in Verbindung mit den EU-BreitbandLL²⁰¹³ sowie der dazu ergangenen Förderrichtlinie. Diese Verpflichtung entsteht bei Verwendung von Bundesmitteln aus der sogenannten Weiße-Flecken-Förderung.

- 63 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 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.

„... 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.“

BT-Drs. 21/26108, S. 340 zu § 148 Abs. 1 TKG-RefE, dem jetzigen § 149 Abs. 1 TKG.

- 64 Auch die im Dezember 2022 zur Konsultation gestellten (vgl. ABl. BNetzA 23/2022 v. 7. 12. 2022) und nun in der weiteren Abstimmung befindlichen Grundsätze der Bundesnetzagentur nach § 155 Abs. 4 TKG können keinen völlig andersartigen Anspruch auf offenen Netzzugang ausformen, der die unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Vorgaben zur Gewährung eines offenen Netzzugangs ausblendet oder gar unterschreitet.

2.3.2.2 Anspruchsberechtigte

- 65 Die Antragstellerin ist anspruchsberechtigt. Sie ist als Betreiberin öffentlicher Telekommunikationslinien und Telekommunikationsnetze gemäß § 5 TKG bei der Bundesnetzagentur gemeldet. 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.

2.3.2.3 Anspruchsverpflichtete

- 66 Die Antragsgegnerin ist als Eigentümerin und Betreiberin des streitgegenständlichen Netzes Anspruchsverpflichtete.

2.3.2.4 Öffentlich gefördertes Netz

- 67 Die in dem Streitbeilegungsverfahren gegenständlichen Teile des von der Antragsgegnerin betriebene Netzes sind – unstreitig – im Wege des Wirtschaftlichkeitslückenmodells nach der NGA-Rahmenregelung mit öffentlichen Mitteln gefördert worden.

2.3.2.5 Umfang der Zugangsverpflichtung

- 68 Aus dem beihilferechtlichen Regelungsrahmen folgt, dass grundsätzlich ein Bestimmungsrecht des Zugangsnachfragers besteht, welches Zugangsprodukt er nutzen möchte.

Vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 58/23 v. 14. 3. 2023, S. 7 ff. des Beschlussumdrucks, zu Beschluss BK11-22/007 v. 12. 12. 2022, Rz. 93 ff. (nicht bestandskräftig).

- 69 Zudem hat der Betreiber des gefördert errichteten Netzes eine Palette an aktiven und passiven Zugangsprodukten bereit zu halten, aus denen der Zugangsnachfrager wählen kann.

Vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 58/23 v. 14. 3. 2023, S. 5 f. des Beschlussumdrucks, zu Beschluss BK11-22/007 v. 12. 12. 2022, Rz. 92, 104 ff. (nicht bestandskräftig).

Der Anspruch ist grundsätzlich auf vom Beihilfeempfänger beziehungsweise dem Betreiber des öffentlich geförderten Netzes vorzuhaltende Vorleistungsprodukte gerichtet. Daher sind auch Bitstromprodukte in der Palette an Produkten für den offenen Zugang zu öffentlich geförderten Netzen im Sinne von § 155 TKG enthalten. Jedoch umfasst diese Verpflichtung keine Resale-Produkte; um ein solches handelt es sich aber bei dem von der Antragstellerin nachgefragten Produkt der Antragsgegnerin („Fiber Broadband“ in der Variante Internet Connectivity (FB-IPCON)).

2.3.2.6 Begehrte Zugangsform ist ein Resale-Produkt

- 70 Ausweislich ihrer Angaben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung begehrt die Antragstellerin den Netzzugang in Form des Produkts „Fiber Broadband“ der Antragsgegnerin in der Variante Internet Connectivity (FB-IPCON). Ein Zugang in einer anderen Produktvariante – Fiber Broadband mit Übergabeanschluss am Ethernet-Node (FB-EN), Fiber Broadband mit Übergabe am IP-Netzknoten oder Fiber Broadband mit Übergabe am IP-Netzknoten Customer Sited (FB-IPNCS) – kommt nach den Ausführungen der Antragstellerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht in Betracht. Die Antragstellerin verfügt in dem betroffenen Gebiet über keine eigenen Infrastrukturen und kann dementsprechend keine Verkehre übernehmen.

Vgl. S. 14, 19 f. des Protokolls der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14. 12. 2022.

- 71 Bei dem Produkt „FB-IPCON“ handelt es sich um ein Resale-Produkt. Die technische Realisierung des Produkts ist zwischen den Parteien unstrittig. Die Antragstellerin hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung den Vortrag der Antragsgegnerin bestätigt, dass keine technische Übergabe – etwa im Sinne einer Verkehrsübergabe auf Layer 2-

Ebene oder auf Layer 3-Ebene – an die Antragsgegnerin stattfindet, sondern der gesamte Datentransport über das Netz der Antragsgegnerin erfolgt.

Vgl. S. 19 f. des Protokolls der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14. 12. 2022.

- 72 Daher ist die hier betrachtete Produktvariante FB-IPCON der Antragsgegnerin kein Bitstromprodukt (welches grundsätzlich vom Anwendungsbereich des § 155 TKG erfasst ist), sondern ein nicht davon erfasstes Resale-Produkt. Der Internetzugang des Endkunden und der gesamte Transport werden von der Antragsgegnerin bereitgestellt und abgewickelt. Die Antragstellerin hat in technischer Hinsicht keine Berührung mit dem Produkt: es findet an keinem Punkt eine Übergabe in das Netz der Antragstellerin statt. Es werden auch keine Netzelemente des Netzes der Antragstellerin zur Leistungserbringung genutzt. Die Antragstellerin hat, in technischer Hinsicht, auch keinerlei Kontrolle über die Anbindung des Endkunden. Vielmehr handelt es sich bei der Produktvariante FB-IPCON um einen Weiterverkauf eines technisch allein von der Antragsgegnerin realisierten Produkts.
- 73 Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der fehlerhaften Einordnung des Produktes durch die Antragsgegnerin im Zuge des Angebots des Produkts und der Verhandlungen mit der Antragstellerin über den nachgefragten offenen Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG. So hatte die Antragsgegnerin die streitgegenständliche Produktvariante zunächst als alternatives Vorleistungsprodukt für einen Zugang nach § 155 Abs. 1 TKG angeboten. Jedoch ändert diese fehlerhafte Einordnung des Produktes nichts an der – in der Leistungsbeschreibung im Übrigen zutreffend wiedergegebenen Beschreibung der – technischen Realisierung, die zu der Einordnung als Resale-Produkt führt. Gleichwohl sollte es im wohlverstandenen Eigeninteresse der Antragsgegnerin liegen, solche fehlerhaften Einordnungen künftig zu vermeiden und, mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Resale-Produkten und Zugangsformen nach § 155 Abs. 1 TKG, nachhaltig für eine Klarstellung in ihren Angebotsunterlagen zu sorgen, damit Zugangsnachfrager ihr Bestimmungsrecht aus § 155 TKG auch effektiv ausüben können.

Vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 58/23 v. 14. 3. 2023, S. 7 ff. des Beschlussumdrucks, zu Beschluss BK11-22/007 v. 12. 12. 2022, Rz. 93 ff. (nicht bestandskräftig).

2.3.2.7 Anwendungsbereich des § 155 TKG umfasst keine Resale-Produkte

- 74 Der Anwendungsbereich von § 155 Abs. 1 TKG ist weit angelegt. Er umfasst jedoch nur Vorleistungsprodukte, die einen (infrastrukturbasierten) Zugang zum geförderten Netz, beispielsweise durch eine Zusammenschaltung oder die Nutzung physischer Infrastrukturen beinhalten. Nicht erfasst werden aber reine Resale-Produkte wie das hier gegenständliche Produkt. Dieses stellt lediglich einen Weiterverkauf eines technisch von einem Anderen realisierten Dienstes dar. Es werden keine Netzelemente des Netzes der

Antragstellerin zur Leistungserbringung genutzt und es erfolgt bei der von der Antragstellerin nachgefragten Leistung keine Übergabe des Verkehrs an den Nachfrager.

75 Zwar ermöglichen derartige Produkte in einem begrenzten Maß – über das Angebot von Telekommunikationsdiensten – einen Wettbewerb auf Endkundenebene. Allerdings erfolgt bei dem streitgegenständlichen Resale-Produkt kein Zugriff des Berechtigten auf die geförderte Infrastruktur in dem Sinne, dass Elemente oder Komponenten des geförderten Netzes mitgenutzt werden. Entsprechend ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelungen des einschlägigen beihilferechtlichen Rahmens – hier insbesondere der BreitbandLL²⁰¹³ und der zur NGA-Rahmenregelung ergangenen Entscheidung der EU-Kommission im Notifizierungsverfahren –, einer systematischen Auslegung, der Gesetzesbegründung zu § 155 TKG und dem Sinn und Zweck der Norm, dass Resale-Produkte wie das Produkt FB-IPCON der Antragsgegnerin nicht vom Anwendungsbereich des § 155 TKG erfasst werden.

76 Der Wortlaut der einschlägigen europarechtlichen Regelungen legt einen Ausschluss von Resale-Produkten wie dem hier streitgegenständlichen nahe. Die hier maßgebliche BreitbandLL²⁰¹³ benennt als Formen des offenen Netzzugangs verschiedene aktive und passive Vorleistungsprodukte, nicht aber Resale-Produkte. Der mit „Offener Zugang auf Vorleistungsebene“ überschriebene Abschnitt 3.5 der BreitbandLL²⁰¹³ sieht vor, dass alle interessierten Betreiber zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu dem geförderten Netz erhalten müssen. Zudem müsse ihnen die Möglichkeit einer tatsächlichen und vollständigen Entbündelung geboten werden. Außerdem müssten die Drittbetreiber Zugang zu passiver und nicht nur zur aktiver Netzinfrastruktur haben. Ausdrücklich genannt werden die Vorleistungsprodukte Bitstromzugang, entbündelter Zugang zu Teilnehmeranschluss und Kabelverzweiger, die Nutzung von Leerrohren und Masten, unbeschalteten Glasfaserleitungen und Straßenverteilerkästen.

Vgl. BreitbandLL²⁰¹³, Rz. 80 lit. a); vgl. auch Rz. 129 f. (insb. Fn. 90) der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen der Europäischen Kommission vom 12. 12. 2022, Amtsblatt (EU) C36/01 v. 31. 1. 2023 (BreitbandLL²⁰²²).

77 Zudem sprechen auch die in den BreitbandLL²⁰¹³ sowie die weiteren beihilferechtlichen Regelungen, insbesondere dem Materialkonzept des Bundes, enthaltenen infrastrukturellen Vorgaben dafür, dass der Zugang auf die aufgezählten infrastrukturbasierten Vorleistungen beschränkt ist.

Vgl. BreitbandLL²⁰¹³, Rz. 78 lit. g) (insb. Fn. 107) sowie Rz. 80 lit. a) (insb. Fn 120); vgl. auch „Einheitliches Materialkonzept und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus“ (im vorliegenden Fall dürfte die Version 4.1 vom 2. 4. 2019 einschlägig sein (abrufbar unter <https://atenekom.eu/veroeffentlichung-des-materialkonzepts-4-1/>); aktuell gilt die Version 5.0.1 vom 24. 2. 2022 (abrufbar unter https://gigabit-projekttraeger.de/wp-content/uploads/2022/03/220224_Materialkonzept_5.0.1.pdf).

- 78 Es finden sich hingegen keine Anhaltspunkte dafür, dass ein offener Netzzugang im Sinne der BreitbandLL²⁰¹³ einen Zugang zu Resale-Produkten umfassen würde.
- 79 In dem Beschluss der Europäischen Kommission zu der von der Bundesrepublik notifizierten Beihilfemaßnahme „Aufbau einer flächendeckenden NGA-Breitbandversorgung in Deutschland“ wird festgehalten, die Regelung stehe in Einklang mit Randnummer 78 Buchstabe g und Randnummer 80 Buchstabe a der BreitbandLL²⁰¹³.

Beschluss der Europäischen Kommission v. 15. 6. 2015 – Az. der EU-Kommission: SA. 38348 (2014/N) – zu der Beihilfemaßnahme „Aufbau einer flächendeckenden NGA-Breitbandversorgung in Deutschland“, Rz. 29, 61.

- 80 Die zur Umsetzung dieser Beihilfemaßnahme ergangene NGA-Rahmenregelung führt in § 7 Abs. 2 aus, der ausgewählte Bieter müsse verpflichtet werden, „... im geförderten Netz einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den errichteten Infrastrukturen auf Vorleistungsebene zu gewähren, ...“ (Hervorhebung nur hier), was nahelegt, dass Resale-Produkte nicht verpflichtend anzubieten sind. Andererseits sind die nachfolgend genannten Zugangsformen – der Zugang zu Leerrohren sowie zum Kabelverzweiger, der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser, der Bitstromzugang sowie der vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung – „insbesondere“ anzubieten, was das Angebot von Resale-Produkten nicht zwingend ausschließt.
- 81 Ebenso scheint die Gesetzesbegründung zu § 155 TKG – der seinerseits mit den beihilferechtlichen Regelungen korreliert – auf den ersten Blick keinen ausdrücklichen Ausschluss von Resale-Produkten zu enthalten. Die Bundestags-Drucksache 19/26108, Seite 347, zu § 155 Abs. 1 TKG lautet:

„Zu Absatz 1

Absatz 1 sieht eine Verpflichtung von Betreibern oder Eigentümern öffentlicher Telekommunikationsnetze vor, auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren, 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. Die für geförderte Netze vorgeschriebenen Verpflichtungen im Rahmen des offenen Netzzugangs sollten an die in der sektorspezifischen Regulierung niedergelegten Verpflichtungen angeglichen werden. 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.“

- 82 Gegen eine Erweiterung des offenen Netzzugangs über die beihilferechtlich in den BreitbandLL²⁰¹³ vorgegebene Palette von Vorleistungsprodukten hinaus spricht jedoch, dass nach Wortlaut und Begründung des Gesetzes ein tatsächlicher Zugang zu (öffentlich geförderten) Telekommunikationsnetzen oder -linien zu gewähren ist.
- 83 Der Begriff des Zugangs ist in § 3 Nr. 74 TKG legaldefiniert und sehr weit gefasst. So wird unter anderem auch der Zugang zu Softwaresystemen, informationstechnischen Systemen einschließlich Datenbanken für Vorbestellung, Auftragserteilung sowie Abrechnung erfasst (§ 3 Nr. 74, lit. c, d TKG). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass diese Definition des Begriffes „Zugang“ für das gesamte TKG gilt, dementsprechend sehr weit gefasst ist und – anders als § 155 TKG – auf den expliziten Anknüpfungspunkt des Telekommunikationsnetzes oder der Telekommunikationslinie verzichtet.

Vgl. Fetzer in Fetzer / Scherer / Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 3 Rz. 97 zur Legaldefinition in § 3 Nr. 32 TKG²⁰¹².

- 84 Der Begriff „Telekommunikationsnetz“ ist legaldefiniert in § 3 Nr. 65 TKG, der Begriff „Telekommunikationslinie“ in § 3 Nr. 64 TKG. Beide Begriffe stellen auf technische Einrichtungen ab, die für die Übertragung und Vermittlung von Signalen bzw. Telekommunikationsdiensten erforderlich sind. Erfasst vom Begriff der Telekommunikationslinien werden unter anderem Kabelanlagen und deren Nebeneinrichtungen, DSLAMs, Mobilfunkmasten und -antennen. Der Begriff der Telekommunikationsnetze umfasst aktive Übertragungssysteme sowie Vermittlungs- und Leitweegeeinrichtungen (zum Beispiel IP-Router) als auch nicht aktive Netzbestandteile (zum Beispiel Übertragungswege und unbeschaltete Kabel).

Vgl. Lünenburger / Stamm in Scheurle / Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 3, Rz. 76 f.

- 85 Eine Zusammenschau der Definitionen der Begriffe „Zugang“, „Telekommunikationsnetz“ und „Telekommunikationslinie“ zeigt, dass der Zugangsanspruch nach § 155 TKG auf den Zugriff bzw. die Nutzung von (aktiven oder passiven) Elementen und Komponenten des geförderten Netzes durch den Zugangsnachfrager abzielt. Im Zusammenhang mit einem reinen Resale-Produkt erfolgt aber gerade kein Zugang zu einem Telekommunikationsnetz oder einer Telekommunikationslinie in diesem Sinne. Es erfolgt lediglich ein Einkauf von Telekommunikationsleistungen Dritter (hier: der Antragsgegnerin). Der Reseller übt selbst keinen Einfluss auf das geförderte Netz aus.

Vgl. zum Begriff des Resellers Fetzer in Fetzer / Scherer / Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 6 Rz. 18; vgl. auch Lünenburger / Stamm, a. a. O., § 3 Rz. 78; vgl. auch BVerwG Urteil 6 C 20/02 v. 3. 12. 2003, juris-Rz. 22 m. w. N.

- 86 Dieser – sich schon aus den im Gesetz definierten Begrifflichkeiten ergebende – Ausschluss von Resale-Produkten wird durch die Gesetzesbegründung zu § 155 Abs. 1 TKG bestätigt. Demnach sind „... alle möglichen Arten des Netzzugangs ...“ zu gewähren, nicht aber der Zugang zu Leistungen, ohne dass dabei eine netztechnische

Mitnutzung erfolgt. Dies korrespondiert mit dem Regelungszweck des § 155 TKG, Zugangsnachfragern eine „... *effektive Mitnutzung (...) der geförderten Breitbandinfrastruktur* ...“ zu gewähren (Hervorhebungen nur hier).

- 87 Bestätigt wird diese Auslegung durch einen Vergleich mit § 26 Abs. 3 TKG. Die Vorschrift zählt Zugangsverpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auf. Dabei werden (unter anderem) der Zugang zu bestimmten physischen Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, der Zugang zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten, die Kollokation sowie der Zugang zu baulichen Anlagen (§ 26 Abs. 3 Nr. 1, 3, 9, 10 TKG) auf der einen Seite, wie auch der Zugang zu aktiven Netzdiensten, Systemen für die Betriebsunterstützung und zu bestimmten zugehörigen Diensten (§ 28 Abs. 3 Nr. 3, 5, 6 TKG) auf der anderen Seite aufgezählt. Eine solche Differenzierung wäre nicht erforderlich, wenn der Zugang zu Telekommunikationsnetzen begrifflich den Zugang zu Diensten, insbesondere das Angebot von Resale-Produkten, von vornherein einschließen würde. Besonders deutlich wird dies an Abs. 3 Nr. 3 der Vorschrift, der zwischen aktiven Netzkomponenten und Netzdiensten unterscheidet, wobei letztere den bislang in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG²⁰¹² beschriebenen Resale-Zugang zu bestimmten von dem Unternehmen angebotenen Endnutzer-Diensten erfassen sollen.

Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG in BT-Drs. 19/26108, S. 264.

- 88 Auch andere systematische Argumente sprechen für eine Begrenzung des Anspruchs auf Zugangsformen, bei denen eine Nutzung von Elementen und Komponenten des geförderten Netzes erfolgt. Zwar basiert § 155 TKG nicht auf der Kostensenkungsrichtlinie; die Vorschrift ist aber in Teil 8 des TKG verortet, der mit „Wegerechte und Mitnutzung“ überschrieben ist. Sämtliche Normen dieses Teils betreffen entweder Wegerechte oder die Mitnutzung von Netzbestandteilen, also den Zugriff auf Elemente oder Komponenten eines Netzes. Entsprechend dieser gesetzlichen Systematik wurde zeitgleich mit § 155 TKG auch § 154 TKG in den Achten Teil des Gesetzes eingefügt; diese Vorschrift erging ebenfalls nicht in Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie und regelt die Mitnutzung von physischen Infrastrukturen für drahtlose Zugangspunkte mit geringer Reichweite, mithin also die Mitnutzung von Elementen oder Komponenten eines Netzes als Vorleistung für bestimmte Zwecke. Entsprechend spricht auch die Verortung von § 155 TKG im Achten Teil des Gesetzes gegen eine Erweiterung auf Produkte, die aus dem bloßen Weiterverkauf von Diensten Dritter bestehen.
- 89 Eine Gesamtschau der vorstehenden Erwägungen führt daher zu dem Ergebnis, dass Resale-Produkte wie das hier streitgegenständliche nicht vom Anwendungsbereich des § 155 TKG erfasst werden.
- 90 Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass sich aus diesem Verständnis des beihilfe-rechtlich geprägten Anwendungsbereichs von § 155 TKG keine Rückschlüsse auf die

Regulierungstätigkeit im Bereich der Regulierung marktmächtiger Unternehmen herleiten lassen.

Vgl. Art. 1 Abs. 4 der 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 (im Folgenden: Kostensenkungsrichtlinie) sowie deren Erwägungsgrund 12.

- 91 Da der Anwendungsbereich des § 155 TKG nicht eröffnet ist, war mangels sonstiger Ermächtigungsgrundlagen, eine Überprüfung der zwischen den Parteien streitigen Entgelte durch die Beschlusskammer nicht zulässig. Mit Blick auf die Erklärung der Antragstellerin, unter technischen und wirtschaftlichen Aspekten komme für sie in den hier betroffenen Gebieten in Mecklenburg-Vorpommern allein die Nutzung des Produktes Fiber Broadband der Antragsgegnerin in der Variante Internet Connectivity (IP-CON) in Betracht, war der Streitbeilegungsantrag abzulehnen.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

Bonn, 18. 4. 2023

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Bayer

Dr. Haslinger

Gliederung

1 Sachverhalt	4
2 Gründe	10
2.1 Rechtsgrundlage.....	10
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	10
2.2.1 Zuständigkeit	10
2.2.2 Frist.....	10
2.3 Entscheidung in der Sache	11
2.3.1 Formelle Voraussetzungen	11
2.3.2 Materielle Voraussetzungen.....	12
2.3.2.1 Materiellrechtlicher Rahmen der Entscheidung	12
2.3.2.2 Anspruchsberechtigte.....	15
2.3.2.3 Anspruchsverpflichtete	15
2.3.2.4 Öffentlich gefördertes Netz.....	15
2.3.2.5 Umfang der Zugangsverpflichtung.....	16
2.3.2.6 Begehrte Zugangsform ist ein Resale-Produkt	16
2.3.2.7 Anwendungsbereich des § 155 TKG umfasst keine Resale- Produkte.....	17
Rechtsbehelfsbelehrung.....	23