



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-23-007

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

**Deutsche Glasfaser Wholesale GmbH,
Am Kuhm 31, 46325 Borken,
vertreten durch die Geschäftsführung**

– Antragstellerin –

gegen

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

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. Vattenfall Eurofiber GmbH,
Hedwig-Dohm-Straße 2, 10829 Berlin
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. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 5 –
6. atene KOM GmbH
Invalidenstraße 91, 10115 Berlin,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 6 –
7. goetel GmbH,
Tuchmacherweg 8, 37079 Göttingen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 7 –
8. Bundesverband Breibandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 8 –
9. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und
Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 9 –
10. EWE TEL GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 10 –
11. wilhelm.tel GmbH,
Heidelbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 11 25htigte

der Antragstellerin: GvW Graf von Westphalen | Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaft mbB,
Königsallee 61 – Kö-Blick, 40215 Düsseldorf

der Antragsgegnerin: Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB,
Charlottenstraße 57, 10117 Berlin

der Beigeladenen zu 7: Panienka Rechtsanwälte,
Am Bach 20, 33602 Bielefeld

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

am 20. 3. 2024 durch

die Vorsitzende Herchenbach-Canarius

den Beisitzer Dr. Bayer und

den Beisitzer Dr. Haslinger

auf die mündliche Verhandlung vom 22. 8. 2023 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu Leerrohren des öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes der Antragsgegnerin auf den Strecken

a. [REDACTED]
[REDACTED]

b. [REDACTED]
[REDACTED]

zu gewähren und dieser hierzu ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten. Der Antragsgegnerin wird untersagt, Kosten für die Angebotslegung von der Antragstellerin zu verlangen.

2. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin der Anordnung in Tenorziffer 1 zur Unterbreitung eines auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichteten Angebots nicht bis zum 30. 4. 2024 nachkommt oder von der Antragstellerin Kosten für die Angebotslegung verlangt, wird ihr die Festsetzung jeweils eines Zwangsgeldes in Höhe von 10.000 € angedroht.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen der Antragstellerin, der Deutsche Glasfaser Wholesale GmbH, und der Antragsgegnerin, der Telekom Deutschland GmbH.
- 2 Die Antragstellerin begehrt einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin in den Gemeinden Heßdorf bzw. Großenseebach zu fairen und angemessenen Bedingungen.
- 3 Die Antragstellerin, die Deutsche Glasfaser Wholesale GmbH, ist ein bei der Bundesnetzagentur gemeldeter Telekommunikationsanbieter mit Sitz in Borken. Die Antragstellerin ist Betreiberin von Telekommunikationsnetzen. Sie errichtet und betreibt Glasfasernetze unter anderem im ländlichen und suburbanen Raum.
- 4 Die Antragsgegnerin, die Telekom Deutschland GmbH, ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 5 Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin der streitgegenständlichen passiven Netzinfrastruktur.
- 6 Die passive Netzinfrastruktur auf den durch die Antragstellerin nachgefragten Strecken ist ausweislich der Darstellung des Bayerischen Breitbandzentrums Amberg im sog. BayernAtlas unter Verwendung von Fördermitteln durch die Antragsgegnerin errichtet worden. Die Förderung erfolgte hierbei als Wirtschaftlichkeitsförderung nach der bayerischen Breitbandrichtlinie.

Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern (Breitbandrichtlinie – BbR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat v. 10. 7. 2014, Az.: 75-O 1903-001-24929/14.

- 7 Am 8. 11. 2022 hat die Antragstellerin mit zwei parallelen Schreiben unter Bezugnahme auf § 155 Abs. 1 TKG einen offenen Netzzugang für zwei konkret bezeichnete Strecken in den o. g. Gemeinden beantragt. Dabei hat die Antragstellerin jeweils unter Bezugnahme auf § 8 NGA-RR und § 9 Gigabit-RR darauf verwiesen, dass der nachgefragte Zugang auf diesen Strecken zu dort verlegten Leerrohren erfolgen solle und die Antragsgegnerin für das Angebot „die Leerrohre, inklusive Anzahl, Art (Durchmesser & Typ), Belegung, Materialkonzept, Reserven, Abweichungen vom Materialkonzept mit Art der Abweichung und Lage der abweichenden Leerrohre, Straßenverteilerkästen, Länge der Leerrohranlagen“ zugrunde legen solle.
- 8 Am 22. 11. 2022 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin zudem mit, ab welchem Zeitpunkt sie gemäß ihrer Ausbauplanung beabsichtige, die Infrastruktur der Antragsgegnerin zu nutzen.
- 9 Am 22. 11. 2022 antwortete die Antragsgegnerin auf die Zugangsanfrage zur Strecke [REDACTED] und teilte mit, dass zur Bearbeitung des Antrags eine Erklärung zur Übernahme der Kosten sowie eine Beschreibung des Projektes fehle. Hierzu

sollte die Antragstellerin ein beigefügtes Formular ausfüllen. Ein solches war der E-Mail nicht beigefügt worden.

- 10 Am 25. 11. 2022 erwiderte die Antragstellerin auf die E-Mail der Antragsgegnerin und fragte nach einer Rechtsgrundlage für die geforderte Kostenübernahme für die Erstellung des nachgefragten Angebots. Überdies teilte sie mit, dass die betroffenen Strecken bereits bezeichnet seien.
- 11 Auf die parallele Anfrage der Antragstellerin bezüglich eines offenen Netzzugangs auf der Strecke [REDACTED] hat die Antragsgegnerin nicht geantwortet.
- 12 Die Antragsgegnerin hat innerhalb der Frist bis zum 7. 1. 2023 die nachgefragten Angebote nicht vorgelegt. Auch auf eine weitere Fristsetzung bis zum 19. 1. 2023 hat die Antragsgegnerin nicht reagiert.
- 13 Am 15. 5. 2023 stellte die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur einen Antrag gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG auf Eröffnung eines Streitbeilegungsverfahrens. Sie beantragt:
 1. *Telekom Deutschland GmbH wird verpflichtet, der Antragstellerin Angebote für den diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu den Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz der Telekom Deutschland GmbH auf den Strecken*
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]*zu fairen und angemessenen Bedingungen zu unterbreiten.*
 2. *Telekom Deutschland GmbH trägt die Kosten der Angebotserstellung nach Ziffer 1.*
 3. *Telekom Deutschland GmbH wird verpflichtet, der Antragstellerin innerhalb von zwei Wochen nach Annahme des Angebots gemäß Ziffer 1 einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu den Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz der Telekom Deutschland GmbH auf den Verbindungen*
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]*zu gewähren.*
- 14 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 11 vom 7. 6. 2023 als Mitteilung Nr. 86 veröffentlicht.

- 15 Im Antragsschreiben vom 15. 5. 2023 führt die Antragstellerin in rechtlicher Hinsicht aus, dass die formellen Voraussetzungen für eine Entscheidung der Beschlusskammer im Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG vorlägen. Das bilaterale Zugangsverfahren sei erfolglos durchgeführt worden.
- 16 Es bestehe keine Pflicht zur Kostenübernahme des Nachfragers für die Angebotserstellung im Rahmen des § 155 TKG. Für eine solche Forderung fehle es an einer Rechtsgrundlage. Die Antragsgegnerin sei demgemäß nicht berechtigt, die Vorlage der gemäß § 155 Abs. 1 TKG nachgefragten Angebote von einer Kostenübernahmeerklärung der Antragstellerin abhängig zu machen. Im Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu den Grundsätzen zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 4 TKG hieße es insoweit: *„Die Kosten für die Erstellung aller Angebote für den Zugang der anzubietenden Zugangsprodukte trägt der Zugangsanbieter“*.
- 17 Der Antrag sei zudem auch begründet. Die materiellen Voraussetzungen des § 155 Abs. 1 TKG lägen vor. Die Antragsgegnerin sei aufgrund der Anträge vom 8. 11. 2022 verpflichtet, der Antragstellerin einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur geförderten Infrastruktur auf den betroffenen Strecken zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren. Es handele sich bei dem Netz der Antragsgegnerin um ein öffentlich gefördertes Telekommunikationsnetz i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG. Die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Gewährung eines offenen Netzzugangs umfasse daher auch den beantragten Zugang zur passiven Infrastruktur in Form eines Zugangs insbesondere zu Leerrohren.
- 18 Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, der Antragstellerin den nachgefragten offenen Netzzugang gemäß § 155 Abs. 1 TKG auf den nachgefragten Strecken, wie von der Antragstellerin konkretisiert in Form eines Zugangs zu Leerrohren, zu gewähren. Welche Zugangsprodukte seitens des Verpflichteten gemäß § 155 Abs. 1 TKG vorzuhalten sind, sei im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Soweit der Verpflichtete i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG eine Auswahl an Zugangsprodukten vorhalten muss, stehe es dem Nachfrager frei, seine Anfrage auf eine bestimmte Art des Netzzugangs zu beschränken. Gründe, die dem Zugangsbegehren der Antragstellerin in der nachgefragten Form des Zugangs zu Leerrohren entgegenstehen könnten, seien nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin sei daher antragsgemäß zu verpflichten.
- 19 Mit Schriftsatz vom 9. 6. 2023 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Antrag der Antragstellerin vom 15. 5. 2023. Sie beantragt:
1. *den Antrag abzulehnen;*
 2. *hilfsweise, die Antragsgegnerin nur zur Abgabe eines Angebots über den begehrten Netzzugang zu verpflichten, insoweit sich die Antragstellerin zur Übernahme der Kosten der Angebotserstellung verpflichtet hat.*
- 20 Der Antrag sei unzulässig. Die Antragsgegnerin sei nicht verpflichtet, die Kosten der Angebotserstellung für einen Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zu tragen. Sie habe

daher von der Antragstellerin vor Angebotserstellung eine Erklärung zur Kostenübernahme verlangen dürfen. Die Kostentragungspflicht des Zugangsnachfragers sei marktüblich und auch in anderen Fällen des Zugangs zu passiven Infrastrukturen rechtlich anerkannt.

- 21 Der Antrag sei jedenfalls unbegründet, weil die Antragstellerin keinen Anspruch darauf habe, ein Angebot auf Kosten der Antragsgegnerin zu erhalten.
- 22 Der Antrag sei zudem aus weiteren Gründen (teilweise) unbegründet. Zum einen seien die auf den streitgegenständlichen Strecken nachgefragten Leerrohre zu großen Teilen keine geförderten Infrastrukturen und daher nicht vom Zugangsanspruch umfasst. Zum anderen könne der begehrte Leerrohrzugang auf der Strecke [REDACTED] mangels verfügbarer Kapazitäten nicht bereitgestellt werden. Eine rechtliche Grundlage für die Anordnung einer Bereitstellungsfrist von zwei Wochen sei nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin führt dazu im Einzelnen aus:
 - 23 Die Antragstellerin habe keinen ordnungsgemäßen Antrag i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG gestellt. Die bisherigen Anfragen der Antragstellerin aus dem November 2022 würden die an einen Antrag zu stellenden Anforderungen nicht erfüllen. Die Antragsgegnerin sei deshalb (noch) nicht verpflichtet gewesen, der Antragstellerin ein Angebot über den begehrten Netzzugang zu unterbreiten. Die Frist aus § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG sei noch nicht in Gang gesetzt worden. Ein Scheitern der Zugangsvereinbarungen i. S. d. § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG liege noch nicht vor.
 - 24 Für einen vollständigen ordnungsgemäßen Antrag nach § 155 Abs. 1 TKG fehle es an einer Erklärung der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin, die Kosten für die Angebotserstellung bzw. Projektierung zu tragen.
 - 25 Zur Bestimmung der konkreten Anforderungen, die aus den Geboten der Fairness und Angemessenheit folgten, könne auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die für § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG entwickelt worden seien. Nach der Spruchpraxis der Beschlusskammer erfordere das Gebot der Fairness insbesondere eine Würdigung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls und einen Ausgleich aller berechtigten Interessen der Parteien (Beschluss vom 2. 10. 2018, BK11-18/003, Rz. 83). Ausweislich der europäischen Kostensenkungsrichtlinie (2014/61/EU) müssten die Bedingungen des Netzzugangs insbesondere mit der „*normalen Ausübung von Eigentumsrechten vereinbar*“ sein und die tatsächlichen, insbesondere technischen Gegebenheiten eines Netzes und die Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebs für den Zugangsverpflichteten berücksichtigen. Darüber hinaus habe als fair zu gelten, was den üblichen Gepflogenheiten entspreche.
 - 26 Eine Gesamtschau der rechtlichen und tatsächlichen Umstände der Zugangsgewährung und eine Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten führe zu dem Ergebnis, dass die Antragstellerin die Kosten der Angebotserstellung tragen müsse und die Antragsgegnerin nicht verpflichtet sei, ohne eine entsprechende Kostenübernah-

meerklärung ein Angebot zu unterbreiten. Im Rahmen der Auftragsbearbeitung, Angebotserstellung und Projektierung würden bei der Antragsgegnerin erhebliche Aufwände entstehen, die einen erheblichen Personal- und Sachaufwand verursachen würden. Aufgrund der Größe ihres bundesweiten Anschlussnetzes und der Vielzahl der von ihr durchgeführten Breitbandförderungsprojekte würde die Antragsgegnerin voraussichtlich eine hohe Anzahl an vergleichbaren (oder noch komplexeren) Anfragen erhalten. Die erforderliche Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten führe bereits auf dieser Ebene zu dem Ergebnis, dass die Antragsgegnerin die Kosten für die erheblichen Planungs- und Dokumentationsleistungen, die sie im Einzelfall erbringen müsse, nicht selbst zu tragen habe. Etwas anderes wäre mit einer „normalen Ausübung von Eigentumsrechten“ und einem wirtschaftlichen Netzbetrieb nicht vereinbar.

- 27 Eine Kostentragung könne sich allenfalls auf die standardisierte Übermittlung der Angebotsbedingungen und der ggf. anwendbaren Preise beziehen. Kosten einer individuellen Projektierung, wie sie insbesondere beim Leerrohrzugang erforderlich werden, könnten von einem solchen ersten Angebot nicht umfasst sein.
- 28 Auch die Interessen der Antragsgegnerin bzw. der Zugangsnachfrager im Allgemeinen sprächen dafür, dass diese die Kosten der Angebotserstellung übernehmen müssen, nicht jedoch der Netzbetreiber, der das Netz errichtet hat und zur Verfügung stellt. Die Kosten der Planungs- und Dokumentationsleistung für die Angebotserstellung entstünden ausschließlich auf Veranlassung der Antragsgegnerin bzw. der Zugangsnachfrager, die den Netzzugang für ihre eigenen wirtschaftlichen Zwecke nutzen wollen. Eine interessensgerechte Abwägung müsse insoweit zu dem Ergebnis kommen, dass die Kostenlast bei demjenigen zu allokalieren sei, der die Kosten verursacht habe und dessen Zielsetzungen der Aufwand letztlich diene. Dass diejenigen Kosten des Verpflichteten, die durch eine Mitnutzung erst verursacht werden, von demjenigen zu tragen seien, der den Zugang beansprucht, gehöre daher zu den zentralen Grundsätzen fairer und angemessener Bedingungen des Zugangs zu passiven Netzinfrastrukturen. Die Antragsgegnerin verweist insoweit u. a. auf die Gesetzesbegründung zu § 138 TKG (vormals § 77d TKG). Die Interessenslage sei i. R. v. § 155 Abs. 1 TKG dieselbe, so dass kein Grund ersichtlich sei, dass die Zugangsnachfrager nicht auch hier die von ihnen beim Zugangsverpflichteten verursachten zusätzlichen betrieblichen Kosten zu tragen hätten.
- 29 Die Vereinbarung einer Kostentragung durch Zugangsnachfrager sei, so die Antragsgegnerin, marktüblich. Auch freiwillige, kommerzielle Vereinbarungen zwischen Infrastrukturanbietern über den Zugang zu passiven Infrastrukturen enthielten regelmäßig solche Vereinbarungen.
- 30 Der Begriff der Fairness, an dem die Zugangsbedingungen auszurichten seien, sei maßgeblich auch anhand der Marktüblichkeit zu bestimmen. Die marktübliche Kosten-

verteilung präge auch die Kostenberechnung der Netzbetreiber i. R. d. Förderaus-schreibung. Kosten für die Bearbeitung von Zugangsanfragen dürften bei der Berech-nung der Wirtschaftlichkeitslücke nicht einzustellen sein.

- 31 Auch die Beschlusskammer 11 habe entschieden, dass die Zugangsnachfrager bei der Nutzung passiver Infrastrukturen die Kosten der Angebotserstellung und Projektierung tragen müssen und verweist auf die zu § 77d TKG a. F. ergangenen Beschlüsse BK11-19/007 und BK11-18/003. Dies sei auch i. R. d. § 155 Abs. 1 TKG nicht anders zu be-werten.
- 32 Darüber hinaus erkenne die Beschlusskammer 3 Kosten, die dem regulierten Unter-nehmen i. R. d. Angebotserstellung entstehen, als Prozesskosten an, die i. R. d. Kalku-lation der Einmalentgelte berücksichtigt werden. Zu diesen als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigungsfähigen Aufwänden würden nach Ansicht der Beschlusskammer 3 auch Tätigkeiten i. R. d. Angebotserstellung gehören, lediglich mit dem Unterschied, dass i. R. d. SMP-regulierten Zugangs zu passiven Infrastrukturen die Kosten auf mehrere Strecken (je MFG) aufgeteilt werden können, anders als bei den hier in Rede stehenden individuellen Anfragen für zwei konkrete Strecken.
- 33 Der Antrag der Antragstellerin sei jedenfalls unbegründet, weil nach § 155 Abs. 1 TKG kein Anspruch auf kostenfreie Angebotslegung, sondern lediglich auf ein Angebot für den Zugang zu konkret geplanten Strecken, dessen Kosten der Antragsteller überneh-men solle, bestünde.
- 34 Bei den von der Antragstellerin nachgefragten Leerrohren handele es sich überdies über weite Teile um Bestandsinfrastruktur der Antragsgegnerin, die i. R. d. geförderten FTTC-Ausbaus nicht neu errichtet, sondern lediglich mit Glasfasern bzw. mit (ihrerseits ebenfalls nicht geförderten Mehrfachrohren (MR) oder Speed-Net-Rohren (SNR)) aus-gestattet worden seien. Dies gelte für die Strecke [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] und die Strecke [REDACTED]
[REDACTED]. Die Leerrohre auf diesen Strecken könnten – da nicht öffentlich gefördert – nicht Gegenstand des Zugangsanspruchs nach § 155 Abs. 1 TKG sein. Etwas anderes folge unter Verweis auf die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/26108, S. 347 f., auch nicht aus § 155 Abs. 2 S. 1 TKG.
- 35 Der Antrag sei zudem teilweise unbegründet, insoweit die Antragstellerin den begehr-ten Leerrohrzugang auf der Strecke [REDACTED] wegen fehlender Kapa-zität nicht bereitstellen könne, wie bereits eine von der Antragsgegnerin vorgenommene vorläufige Projektierung zeige.
- 36 Die Dimensionierung der Leerrohre entspräche den Vorgaben der Richtlinie zur Förde-rung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern (Breitband-richtlinie – BbR). Diese und die auf ihrer Grundlage abgeschlossenen Förderverträge der Antragstellerin sähen keine Verpflichtung für eine bestimmte Dimensionierung der

Leerrohre (oder sonstiger Netzinfrastrukturen) vor und enthielten keine Verpflichtungen zu einer Aufrüstung oder Erweiterung von Bestandsinfrastruktur.

- 37 Etwaige Verpflichtungen für eine bestimmte Dimensionierung von Netzinfrastrukturen könnten sich aber ausschließlich aus den Rechtsgrundlagen der jeweiligen Förderprogramme, namentlich der Förderverträge ergeben. § 155 TKG mache hierzu keine Vorgaben und enthalte keine Verpflichtung zum Ausbau von Bestandsinfrastrukturen. Für den Umfang der Zugangsverpflichtungen aus § 155 TKG seien die einschlägigen Förderprogramme maßgeblich.
- 38 Die Forderung nach der Anordnung einer Bereitstellungsfrist in einem künftigen Angebot von zwei Wochen ab Vertragsschluss habe die Antragstellerin nicht begründet. Für die Bereitstellung eines Leerrohrzugangs sei ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten ab Vertragsschluss marktüblich und angemessen. Die konkrete Bereitstellung sei von den konkreten Umständen für die angefragte Strecke und von möglichen Terminabsprachen mit beteiligten Drittfirmen abhängig.
- 39 Mit Schriftsatz vom 16. 6. 2023 nahm die Antragstellerin zur Antragserwiderung vom 9. 6. 2023 Stellung.
- 40 Die Antragstellerin wiederholt und vertieft ihren Vortrag aus der Antragsschrift, dass sie für die betroffenen Strecken ordnungsgemäße und vollständige Anträge gestellt habe und eine Erklärung der Übernahme der Kosten einer Angebotserstellung nicht Voraussetzung eines Antrages gemäß § 155 Abs. 1 TKG sei. Sie verweist insoweit nochmals auf den Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu den Grundsätzen des offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 4 TKG. Sowohl in § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG als auch in § 155 TKG würden durch das Merkmal der „*fairen und angemessenen Bedingungen*“ gerade keine Vorgaben an eine Antragstellung gemacht. Faire und angemessene Bedingungen betreffen allein die Ausgestaltung von Angebots- bzw. Vertragsbedingungen wie

*„... den Preis für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes sowie in Bezug auf die zu leistenden Sicherheiten und Vertragsstrafen.“
vgl. § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG*

und könnten sich daher nicht auf der vorgelagerten Ebene eines Antrags auf Zugangsgewährung auswirken.

- 41 Der von der Antragsgegnerin angeführte „*erhebliche Aufwand*“, der ihr durch eine Angebotserstellung entstehen soll, ändere nichts daran, dass § 155 Abs. 1 TKG einen Zugangsantrag nicht mit einer verpflichtenden Kostenübernahme für die Angebotserstellung verbinde. Die Antragsgegnerin verkenne, so die Antragstellerin, den Unterschied zwischen dem fristauslösenden Antrag und dem (ggf. kostenauslösenden) Zugang zum Netz.
- 42 Die Angebotserstellung liege primär im eigenen Interesse der Antragsgegnerin, ihren gesetzlichen Verpflichtungen aus §§ 155, 149 TKG nachzukommen.

- 43 Aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Verträgen sowie der Preisliste für Leerrohre ließe sich nicht schließen, dass diese Netzzugänge auf § 155 TKG beruhen. Eine „Marktüblichkeit“ ließe sich aus den Verträgen und der Preisliste nicht ableiten.
- 44 § 138 TKG regele – anders als § 155 TKG – gerade nicht den Zugang zu einer geförderten Infrastruktur. Die Grundsätze des § 138 TKG ließen sich daher nicht ohne Weiteres auf die gesetzliche Konzeption in § 155 TKG übertragen. Eigenwirtschaftliche Errichtungskosten blieben dem Zugangsverpflichteten in der Konstellation des § 155 TKG regelmäßig erspart, so dass es angemessen sei, dass der Verpflichtete die Kosten der Angebotserstellung zu tragen habe. Dass in Einzelfällen die Kosten der Angebotserstellung durch den Nachfrager übernommen werden können, sei Ausdruck und Ergebnis privatautonomer Vereinbarungen, die i. R. d. durch den Antrag eingeleiteten bilateralen Zugangsverfahrens getroffen werden (können).
- 45 Die Spruchpraxis der Beschlusskammer zu § 138 TKG sei, so die Antragstellerin, nicht auf die Anwendung des § 155 Abs. 1 TKG übertragbar. Gegenstand des § 138 TKG seien öffentliche Telekommunikationsnetze, die eigenwirtschaftlich errichtet wurden. Der grundrechtliche Eigentumsschutz müsse daher bei der Regelung des § 138 TKG stärker greifen. Die Interessenlage sei somit eine andere als bei § 155 TKG.
- 46 Auch aus der von der Antragsgegnerin angeführten Marktregulierung ließe sich keine Kostenübernahmeerklärung des Zugangsnachfragers als Voraussetzung eines Antrages nach § 155 Abs. 1 TKG konstruieren. Die Marktregulierung beruhe auf vorliegend nicht einschlägigen Rechtsgrundlagen und beträfe die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen nach Teil 2 des TKG.
- 47 Die Antragstellerin führt darüber hinaus aus, dass der Zugangsanspruch des § 155 Abs. 1 TKG nach § 155 Abs. 2 S. 1 TKG auch für Bestandsinfrastruktur, die mit geförderter Infrastruktur in räumlicher Verbindung bzw. einer funktionalen Nähebeziehung stehe, gelte. Die Antragstellerin verweist insoweit auf den Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu den Grundsätzen nach § 155 Abs. 4 TKG, S. 4, sowie Ziffer 5.2 der BbR, auf welche die Antragsgegnerin selbst verweise.
- 48 Die Antragsgegnerin habe, wie die Fördersteckbriefe und Projektbeschreibungen zeigten, selbst auch den Zugang zu Leerrohren i. R. d. von ihr eingegangenen Verpflichtungen vorgesehen. Aus den Kartendarstellungen der Projektbeschreibungen ließe sich ergänzend entnehmen, dass auf beiden nachgefragten Strecken die Errichtung geförderter Infrastruktur dokumentiert sei. Soweit auf diesen Strecken i. R. d. Förderung Glasfaser in Bestands-Leerrohre der Antragsgegnerin eingebracht worden sei, sei diese verpflichtet, auch zu diesen Leerrohren Zugang zu gewähren.
- 49 Widersprüchlich sei, dass die Antragsgegnerin einerseits geltend mache, die Angebotserstellung verursache „*erheblichen Aufwand*“, den sie ohne Kostenübernahmeerklärung der Antragstellerin nicht auf sich nehmen könne. Andererseits wolle die Antragsgegnerin nunmehr aufgrund einer „*vorläufigen Projektierung*“ festgestellt haben, dass

nicht genügend Kapazitäten für die Gewährung des konkret beantragten Zugangs vorhanden seien. Letzteres habe die Antragsgegnerin seit den Anfragen vom 8. 11. 2022 im bilateralen Zugangsverfahren nicht geltend gemacht. Durch das Bestehen auf eine Erklärung zur Kostenübernahme durch die Antragstellerin würde die Antragsgegnerin das bilaterale Zugangsverfahren verzögern und letztlich scheitern lassen, obwohl sie nach eigenen Angaben wegen fehlender Kapazität kein Angebot unterbreiten könne.

- 50 Die Behauptung fehlender Kapazität sei, so die Antragstellerin, im vorliegenden Verfahren im Wege der Amtsermittlung zu überprüfen. Sollten auf den nachgefragten Strecken nach Erkenntnissen der Beschlusskammer tatsächlich teilweise Leerrohrkapazitäten fehlen, hätte die Antragsgegnerin eine alternative Zugangsform anzubieten, um den nachgefragten Zugang auf den betroffenen Strecken zu gewähren.
- 51 Aufgrund der Verpflichtungen der Antragsgegnerin, den Zugang zu Leerrohren nach Ziffer 9 BbR i. V. m. Ziffer 5.2 BbR und der Breitbandleitlinie²⁰¹³ anzubieten, sei die Antragsgegnerin gehalten, entsprechende Kapazitäten für Zugangsnachfrager vorzuhalten.
- 52 Eine Frist zur Zugangsgewährung von zwei Wochen nach Angebotsunterzeichnung sei, so die Antragstellerin, u. a. wegen des gesetzlich intendierten Beschleunigungsgedankens des Breitbandausbaus angemessen. Darüber hinaus seien der Antragsgegnerin seit November 2022 die zeitlichen Planungen der Antragstellerin bekannt. Etwaiger Zeitverlust bei der Zugangsgewährung sei der Antragsgegnerin zuzurechnen, da diese auf die Anfragen vom 8. 11. 2022 nicht reagiert habe.
- 53 Mit verfahrensleitender Verfügung der Beschlusskammer vom 20. 6. 2023 wurden bei der Antragsgegnerin Abzüge aus dem Geoinformationssystem Megaplan angefordert, aus denen für sämtliche hier streitgegenständlichen Trassen die Anzahl und Belegung aller Rohrzüge je Trassenabschnitt ersichtlich ist. Auf die Notwendigkeit eines vollständigen Überblicks über die gefördert errichtete Infrastruktur und Bestandsinfrastruktur wurde hingewiesen.
- 54 Mit Schriftsatz vom 11. 7. 2023 nahm die Antragsgegnerin zum Schreiben der Beschlusskammer vom 20. 6. 2023 und der Stellungnahme der Antragstellerin vom 16. 6. 2023 Stellung.
- 55 Die Antragsgegnerin teilt u. a. mit, dass die Förderung in den streitgegenständlichen Gebieten als Wirtschaftlichkeitsförderung nach der BbR erfolgte.
- 56 Die durch die Beschlusskammer angeforderten Auszüge aus dem Geoinformationssystem Megaplan [REDACTED]
[REDACTED], legte die Antragsgegnerin der Beschlusskammer als Anlagenkonvolut AG 5 vor.
- 57 Die Antragsgegnerin ergänzt, dass es dafür, dass der geförderte Zugangsverpflichtete wegen der Verwendung öffentlicher Mittel die Kosten für die Angebotserstellung und Projektierung tragen müsse, im Gesetz keine Anhaltspunkte gebe. Der Gesetzgeber

habe in § 155 TKG und § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG wörtlich denselben materiellen Maßstab angeordnet. Der Konsultationsentwurf der Beschlusskammer gäbe die Rechtslage insoweit unzutreffend wieder. Der Gesetzgeber habe die Zugangsansprüche ausschließlich im Interesse der Zugangsnachfrager geschaffen, um ihnen zu ermöglichen, die Kosten des Netzausbaus zu senken. Die Zugangsverpflichtung der Antragsgegnerin bestehe, so die Antragsgegnerin, nur in demjenigen Umfang, in dem sie nach den förderrechtlichen Bestimmungen zur Errichtung von Infrastruktur verpflichtet war. In den vorliegenden Fällen habe die Antragsgegnerin keine Verpflichtung zur Vorhaltung bestimmter Leerrohrkapazitäten übernommen. Noch weniger könne sie nachträglich zur Schaffung neuer Kapazitäten verpflichtet werden.

- 58 Mit Schriftsatz vom 17. 8. 2023 nahm die Antragstellerin zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11. 7. 2023 unter weitgehender Wiederholung ihres bisherigen Vortrags Stellung. Die Antragstellerin führt ergänzend aus, dass § 155 Abs. 1 TKG für den offenen Netzzugang eine – gegenüber § 138 TKG – speziellere Regelung enthalte, die ausschließlich für geförderte Infrastruktur gelte. Allerdings gelte gemäß Absatz 2 der Vorschrift bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert im Sinne des Absatzes 1. § 138 TKG regele (nur) ein Antragsrecht und eine Angebotsverpflichtung bezüglich der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen. § 155 TKG regele demgegenüber einen Anspruch und eine Verpflichtung bezüglich des Zugangs zu geförderter Infrastruktur. Anspruch und Verpflichtung würden sich daraus rechtfertigen, dass dem Verpflichteten hohe eigenwirtschaftliche Kosten erspart blieben und die Errichtung der Infrastruktur unter Verwendung von Steuergeldern erfolgt. Deshalb sei es angemessen, wenn der Zugangsverpflichtete die Kosten der Angebotserstellung trägt.
- 59 Den Beteiligten ist in der am 22. 8. 2023 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 60 Mit Schreiben vom 29. 8. 2023 nahm die Antragsgegnerin im Nachgang zur mündlichen Verhandlung Stellung.
- 61 Die Antragsgegnerin vertritt die Rechtsauffassung, dass sie sich auch i. R. v. § 155 TKG auf tatsächlich nicht vorhandene Kapazität in den streitgegenständlichen Leerrohren berufen könne. Ein Zugangsanspruch könne sich (ausschließlich) auf den Zugang zu Telekommunikationsnetzen, die bereits mittels öffentlicher Förderung errichtet worden seien, beziehen. § 155 TKG sei ein Kapazitätsvorbehalt immanent, denn der Zugangsanspruch richte sich immer nur auf das i. R. d. jeweiligen Förderung im Ergebnis tatsächlich entstandene Netz.
- 62 Das Beihilferecht regele keine Verpflichtungen der geförderten Unternehmen und begründe keine Ansprüche der Zugangspetenten. Weiterhin weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass es keine Zweifel daran gebe, dass das bayerische Breitbandförderungsprogramm, auch hinsichtlich des Open Access, den beihilferechtlichen Anforderungen entspreche. Selbst wenn jedoch Bedenken bestünden, würden diese nicht das

Streitbeilegungsverfahren betreffen, sondern die Frage, ob die gewährte Beihilfe damals auf ausreichender rechtlicher Grundlage erteilt wurde. Die Verpflichtungen hinsichtlich Open Access und Dimensionierung der geförderten Infrastruktur ergäben sich demnach nicht aus dem Beihilfenrecht, sondern aus den jeweiligen Bestimmungen des Zuwendungsrechts der geförderten Netzbetreiber.

- 63 Bedenken hinsichtlich einer möglichen Einschränkung von Open Access in bereits vorhandenen Infrastrukturen aufgrund fehlender Kapazität seien unbegründet. Weder das Beihilfenrecht noch das Zuwendungsrecht schrieben vor, dass Open Access in allen Zugangsvarianten in der gesamten in der Förderung eingesetzten Infrastruktur gewährleistet sein müsse. Stattdessen könne in Bezug auf die Breitbandförderung zwischen der kosteneffizienten Nutzung vorhandener Infrastrukturen zur Förderung von Open Access und Wettbewerb ein inhärenter Zielkonflikt bestehen. Die Entscheidung darüber, wie dieser Zielkonflikt im Einzelfall gelöst werden solle, hänge von den spezifischen rechtlichen Grundlagen der jeweiligen Fördermaßnahmen ab.
- 64 In der bayerischen Breitbandförderung gebe es für neue und alte Leerrohre keine Dimensionierungsvorgaben. Die Antragsgegnerin sei daher nicht verpflichtet, spezifische Kapazitäten für den Leerrohrzugang vorzuhalten. Die streitgegenständliche passive Infrastruktur entspreche diesen Förderbedingungen und der Leerrohrzugang nach § 155 TKG bestehe daher nur innerhalb der – fördermittelkonformen – begrenzten Kapazitäten. Eine Erweiterung der Kapazitäten über die Förderbedingungen hinaus sei unwirtschaftlich und entwerte den sparsamen Einsatz von Bestandsinfrastruktur. Eine Verwendung von Fördermitteln für nicht vorgesehene zusätzliche Reserven wäre keine zweckentsprechende Verwendung und damit nicht förderfähig.
- 65 Die Anforderungen, Leerrohrkapazitäten für drei Zugangsnachfrager zu schaffen, wurde erst in der bayerischen Gigabit-Richtlinie aufgenommen.
- 66 Die Antragsgegnerin führt weiter aus, dass kein Zugang zu weiteren Bestandsinfrastrukturen zu gewähren sei. Die Fiktion aus § 155 Abs. 2 S. 1 TKG, wonach die gesamte verlegte Infrastruktur im Fördergebiet als gefördert gelte, führe nicht dazu, dass alle passiven Infrastrukturen, die in dem Gebiet vor der Förderung schon vorhanden waren, von dem Zugangsanspruch „infiziert“ werden. Mitumfasst seien nur passive Infrastrukturen, die unmittelbar in das geförderte Netz eingebacht werden. Bestimmungen insbesondere in der BbR betonten, dass der Zugang sowohl für die geförderte Infrastruktur als auch für die für das Projekt eingesetzte, bereits existierende Infrastruktur des Netzbetreibers gewährt werden solle.
- 67 In tatsächlicher Hinsicht erläutert die Antragsgegnerin, dass sie auch vor dem Antrag der Antragstellerin noch keinem anderen Wettbewerber Zugang zu den streitgegenständlichen Infrastrukturen gewährt hat.
- 68 Mit Schriftsatz vom 21. 9. 2023 nahm die Antragstellerin sodann zum Stand des Verfahrens und zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 29. 8. 2023 Stellung. Sie betont, dass eine mit öffentlichen Fördermitteln errichtete Infrastruktur (bereits) förderrechtlich

mit der Verpflichtung belegt sei, auf Nachfrage einen offenen Netzzugang zu gewähren. Dies ergebe sich für die vorliegend relevante Infrastruktur aus Ziffer 5.2 der BbR, die wiederum ausdrücklich auf die Breitbandleitlinien²⁰¹³ und den Anhang II verweist. Die Breitbandleitlinien²⁰¹³ enthielten ebenfalls die Verpflichtung, alle Arten des Zugangs bereitzustellen. Dies gelte unabhängig davon, ob unter dem jeweiligen Förderprogramm (bereits) Material- und Dimensionierungskonzepte bestanden. Andernfalls würde – folgte man den Ausführungen der Antragsgegnerin – die Verpflichtung zur Zugangsgewährung ohne Weiteres unterlaufen. Darüber hinaus wiederholt die Antragstellerin weitgehend ihren bisherigen Vortrag.

- 69 Mit Schriftsatz vom 23. 10. 2023 nahm die Antragsgegnerin zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 21. 9. 2023 sowie zum Stand des Verfahrens Stellung. Hierauf erwiderte die Antragstellerin unter weitgehender Wiederholung des bereits bekannten Vorbringens.
- 70 Mit Schriftsatz vom 16. 11. 2023 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie zwischenzeitlich ihren Vertrag über die Mitnutzung öffentlich geförderter Kabelkanalkapazitäten überarbeitet und teilweise neu gefasst und das Preisblatt für die Leistungen unter diesem Vertrag ergänzt habe. Eine Kostenübernahmeerklärung ist für den Abschluss dieses Vertrages nicht mehr erforderlich und die Antragsgegnerin verlangt eine solche Erklärung nicht mehr. Die Kosten der Projektierung des begehrten Leerrohzugangs müssen, so die Antragsgegnerin, die Zugangsnachfrager tragen.
- 71 Vor diesem Hintergrund bat die Beschlusskammer die Antragstellerin mit E-Mail vom 21. 11. 2023 um Stellungnahme, ob sich das Verfahren damit aus ihrer Sicht erledigt habe.
- 72 Mit Schreiben vom 24. 11. 2023 teilte die Antragstellerin mit, dass sich das Verfahren nicht erledigt habe.
- 73 Die Antragsgegnerin habe mit den übermittelten „Vertragsdokumenten“ nicht das bereits am 8. 11. 2023 gemäß § 155 Abs. 1 TKG beantragte Zugangsangebot vorgelegt. Ein sofortiger Abschluss der innerhalb der gesetzlichen Frist nicht zustande gekommenen Vereinbarung sei auf dieser Grundlage nicht möglich. Ihre gesetzliche Zugangsverpflichtung stelle die Antragsgegnerin ausweislich der vorgelegten „Vertragsdokumente“ gesetzeswidrig unter eine „aufschiebende Bedingung“. Die Kosten der Angebotserstellung für die beantragte Zugangsgewährung gemäß § 155 Abs. 1 TKG sollen rechtswidrig nach wie vor der Zugangsberechtigten, hier der Antragstellerin, auferlegt werden, die sich hierzu vorab und unabhängig von einer tatsächlichen Angebotslegung und Zugangsgewährung vertraglich verpflichten solle.
- 74 Die „Vertragsdokumente“ würden, so die Antragstellerin, kein konkretes Zugangsangebot beinhalten, welches zum sofortigen Abschluss einer Vereinbarung über die Gewährung des nachgefragten Zugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG führen könnte. Die weiteren Anträge der Antragstellerin seien auf die Kostentragung für die Angebotserstellung durch die Antragsgegnerin und die tatsächliche Zugangsgewährung gemäß § 155

Abs. 1 TKG auf Basis der abzuschließenden Vereinbarung gerichtet. Das Rechtsschutzinteresse hierfür bestehe fort.

- 75 Mit dem durch die Antragsgegnerin vorgelegten Vertragsmuster liege gerade kein Angebot im rechtlichen Sinne, das zum sofortigen Abschluss einer Vereinbarung gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5, § 155 TKG führen würde, vor. Nach dem Vertragsmuster sei ein Angebot erst noch zu erstellen, und zwar nachdem sich der Zugangsberechtigte mit der Unterzeichnung des Vertragsmusters zur Zahlung der Kosten für die Angebotserstellung verpflichtet habe. Mit Unterzeichnung erhalte der Zugangsberechtigte, hier die Antragstellerin, lediglich die Aussicht, dass die Antragsgegnerin ein vorläufiges, tatsächlich ggf. fehlerhaftes und rechtlich unverbindliches Zugangsangebot erstellt. Die „Leistungen“ der Antragsgegnerin in der „Angebotsphase“ und auch danach stünden nach dem Vertragsmuster unter dem Vorbehalt, dass sie ggf. fehlerhaft sein können und einen „rückwirkenden Entfall“ der gesetzlichen Zugangsverpflichtung, d. h. eine – fortgesetzte – Zugangsverweigerung der Antragsgegnerin begründen können. Die Antragstellerin würde mit der Unterzeichnung verpflichtet, ein „Bereitstellungsentgelt“ für die „Auftragsabwicklung und Fakturierung“ und Kosten für die „Projektierung“ in der Angebotsphase zu zahlen.
- 76 Auf Basis einer ungeprüften „Planlage“ solle die Antragstellerin eine von der Antragsgegnerin tatsächlich nicht verifizierte „Planungsunterlage“ als Bestandteil des Vertrages erhalten, die – so die vorgesehenen Vertragsregelungen – auch fehlerhaft sein könne. Auf Grundlage dieser nicht verifizierten und ggf. auch fehlerhaften „Planungsunterlage“ solle die Antragstellerin kostenpflichtig eine „Bereitstellung“ beauftragen. In der „Bereitstellungsphase“ solle dann noch einmal eine sog. „Projektierung“ durch die Antragsgegnerin erfolgen. Hierfür solle die Antragstellerin ein weiteres „Bereitstellungsentgelt“ für die „Auftragsabwicklung und Fakturierung“ nunmehr i. R. d. „Bereitstellungsphase“ sowie erneut ein „Bereitstellungsentgelt“ für eine weitere sog. „Projektierung“ zahlen, dessen Höhe „nach Aufwand“ berechnet werden solle. Mittels dieser erneuten „Projektierung“ solle festgestellt werden, ob die Antragsgegnerin mit der ersten kostenpflichtigen „Projektierung“ der Antragstellerin eine tatsächlich fehlerhafte „Planungsunterlage“ geliefert habe. In diesem Fall „entfalle rückwirkend“ die gesetzliche Zugangsverpflichtung der Antragsgegnerin aus § 155 Abs. 1 TKG, die nach Vorstellung der Antragsgegnerin ohnehin nur „aufschiebend bedingt“ bestehen solle.
- 77 Sämtliche (Planungs-)Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung von gemäß § 155 Abs. 1 TKG beantragten Zugangsangeboten habe die Antragsgegnerin als Empfängerin öffentlicher Fördergelder bereits aufgrund der förderrechtlichen Verpflichtungen zur Dokumentation der gefördert errichteten und als gefördert geltenden Infrastruktur auf eigene Kosten bereitzustellen. Der Erhalt der Fördergelder sei an die Gewährung eines offenen Netzzugangs gebunden und die damit einhergehende Dokumentationspflicht, die gleichzeitig auch Planungsgrundlage für eingehende Zugangsnachfragen sein müsse.

- 78 Die Antragsgegnerin erwiderte – unter weitgehender Wiederholung ihres bekannten Vortrags – abschließend mit Schriftsatz vom 7. 12. 2023.
- 79 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und haben Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.
- 80 Im Kontext einer konsistenten Regulierungspraxis ist insofern beachtlich, dass die Antragsgegnerin nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur – zuletzt im Verfahren BK1-19/001 vom 11. 10. 2019 – über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für den entbündelten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen verfügt. Sie (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) ist seit Beginn der Regulierung verpflichtet, entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen zu gewähren. Diese Verpflichtungen wurden zuletzt im Verfahren BK3i-19/020 überprüft und – soweit angemessen – aufrechterhalten. Die Antragsgegnerin wurde in diesem Verfahren insbesondere verpflichtet, ab dem 1. 1. 2024 Zugang zu zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten oder zum Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am KVz bzw. MSAN im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren.
- 81 Weiterhin unterliegt die Antragsgegnerin aufgrund der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 einer Standardangebotsverpflichtung nach § 24 TKG. Entgegen der ausdrücklich formulierten Erwartungshaltung der dort erkennenden Beschlusskammer 3 hat die Antragsgegnerin das Verfahren zur Überprüfung ihres Standardangebots nicht bereits Ende 2022, sondern erst am 13. 7. 2023 – und somit knapp ein Jahr nach Erlass der Regulierungsverfügung – eingeleitet. Eine erste Teilentscheidung steht noch aus. Hinsichtlich des Sach- und Streitstands wird auf das Protokoll der Beschlusskammer 3 im dortigen Verfahren durchgeführten öffentlich mündlichen Verhandlung vom 7. 9. 2023 verwiesen.
- 82 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

83 Der Antrag der Antragstellerin war im tenorierten Umfang erfolgreich.

2.1 Rechtsgrundlage

84 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

85 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

86 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

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

88 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 Entscheidung in der Sache

89 Die formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen des Streitbeilegungsantrags nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG liegen vor. Die angerufene nationale Streitbeilegungsstelle kann verbindlich nach § 149 TKG entscheiden. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, der Antragstellerin offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu Leerrohren des öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes der Antragsgegnerin auf den im Tenor konkret bezeichneten Strecken zu gewähren und dieser hierzu ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten. Der Antragsgegnerin wird untersagt, Kosten für die Angebotslegung von der Antragstellerin zu verlangen.

2.3.1 Formelle Voraussetzungen

- 90 Eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle konnte vorliegend beantragt werden, da das bilaterale Zugangsverfahren nach § 155 Abs. 1 TKG erfolglos durchgeführt wurde.
- 91 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.
- 92 Die Antragstellerin hat mit zwei parallelen Schreiben vom 8. 11. 2022 eine Anfrage an die Antragsgegnerin gerichtet. Diese Anfrage betraf die Erstellung eines Angebotes für die Gewährung eines offenen Netzzugangs zu Leerrohren auf zwei näher bezeichneten Strecken in dem von der Antragsgegnerin betriebenen, mit Fördermitteln errichteten Netz. Die Anfrage war auf die gesetzliche Regelung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs nach § 155 TKG gestützt. Hiermit hat sie einen Zugangsantrag in dem (dem Streitbeilegungsverfahren vorgelagerten) bilateralen Verfahren gemäß § 155 Abs. 1 TKG gestellt.
- 93 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 8. 11. 2022 ist keine Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande gekommen. Im Einzelnen:

2.3.1.1 Bilaterales Zugangsverfahren zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin

- 94 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.
- 95 Ein i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG ordnungsgemäßer und das bilaterale Vorverfahren auslösender Antrag der Antragstellerin an die Antragsgegnerin liegt vor. Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin mit zwei parallelen Schreiben am 8. 11. 2022 zur Erstellung

eines Angebotes für den Zugang zu Leerrohren in dem öffentlich geförderten Netz der Antragsgegnerin auf zwei konkret benannten Strecken aufgefordert.

- 96 Der streitgegenständliche Antrag auf offenen Netzzugang vom 8. 11. 2022 ist – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – ordnungsgemäß und vollständig gestellt i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG und damit geeignet, das bilaterale Zugangsverfahren einzuleiten und hier den Lauf der entsprechenden Frist auszulösen. Insbesondere fehlt es entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht an einer Kostenübernahmeerklärung oder einer detaillierten Projektbeschreibung, weil diese keine „notwendige Angaben“ eines Antrags nach § 155 TKG sind.

Wortlaut

- 97 Bereits dem eindeutigen Wortlaut der Regelung in § 155 TKG ist das Erfordernis einer derartigen Erklärung – unabhängig davon, ob eine solche überhaupt als faire und angemessene Bedingung i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG zu bewerten ist (siehe dazu unten Rz. 166 ff.) – nicht zu entnehmen.

Systematik

- 98 Auch gesetzessystematische Überlegungen sprechen eindeutig dafür, dass eine solche – von der Antragsgegnerin geforderte Erklärung – nicht zum notwendigen Inhalt eines Antrags nach § 155 TKG gehört. Die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Argumentation, die konkreten Anforderungen an einen Antrag nach § 155 TKG folgten aus den Geboten der Fairness und Angemessenheit und seien daher an den zu § 138 Abs. 2 TKG entwickelten Grundsätzen zu messen, vermag nicht zu überzeugen. Denn zum einen betrifft das Merkmal „faire und angemessene Bedingungen“ in § 138 Abs. 2 Nr. 1 TKG allein die Ausgestaltung der Mitnutzung und nicht bereits die vorgelagerte Ebene des ordnungsgemäßen Antrags nach § 138 Abs. 1 TKG. Gleiches gilt im Übrigen für § 155 Abs. 1 TKG. Auch hier rekurriert die Formulierung „fair und angemessen“ nicht etwa auf die Antragstellung, sondern vielmehr auf die Bedingungen des offenen Netzzugangs.
- 99 Darüber hinaus sind die gesetzlichen Anforderungen an § 138 TKG auch nicht auf § 155 TKG anwendbar.
- 100 Die inhaltlichen Anforderungen an einen Antrag nach § 155 Abs. 1 TKG in Bezug auf die „notwendigen Angaben“ sind nicht (auch nicht in analoger Anwendung) der Regelung des § 138 TKG – die im Übrigen nach ihrem (abschließenden) Wortlaut schon eine derartige Kostenübernahmeerklärung nicht als Voraussetzung für einen ordnungsgemäßen Antrag vorsieht (vgl. Rz. 97) – zu entnehmen. Erforderlich – aber auch ausreichend – sind vielmehr jene Angaben, die den Verpflichteten in die Lage versetzen, ein Angebot mit den „essentialia negotii“ abzugeben.

Vgl. VG Köln, Beschl. v. 14. 3. 2023, 1 L 2030/22, juris-Rz. 20; VG Köln, Beschl. v. 14. 3. 2023, 1 L 38/23, juris-Rz. 13.

- 101 Diesen Anforderungen wird der streitgegenständliche Antrag gerecht. Die Vertragspartner der angestrebten Vereinbarung eines offenen Netzzugangs sind ebenso eindeutig bezeichnet, wie das Zugangsprodukt (Leerrohre) sowie im vorliegenden Fall zwei konkret benannte Netzstrecken.
- 102 Gegen die von der Antragsgegnerin geforderte Übertragung der weiteren inhaltlichen Angaben aus § 138 Abs. 1 TKG auf § 155 TKG spricht bereits der Wortlaut des Gesetzes. Der in § 155 TKG geregelte Zugang 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-Novelle²⁰²¹ 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.
- 103 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, juris-Rz. 16 f., m. w. N.

- 104 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.
- 105 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.

- 106 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.

- 107 Im Übrigen sieht auch die Vorschrift des § 138 Abs. 1 TKG die Abgabe einer Kostenübernahmeerklärung – unabhängig davon, ob eine solche als faire und angemessene Bedingung i. S. d. § 138 Abs. 2 TKG zu bewerten ist (siehe dazu unten) – für das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Antrags nicht vor.
- 108 Nach den obigen Ausführungen zum notwendigen Inhalt eines Antrags nach § 155 TKG ist eine dahingehende Erklärung, die Kosten für die Angebotslegung zu übernehmen keine „notwendige Angabe“ eines Antrags nach § 155 TKG und daher nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines ordnungsgemäßen, zulässigen Antrags nach § 155 TKG.
- 109 Entsprechendes gilt für die (unberechtigte) Forderung der Antragsgegnerin nach einer detaillierten Beschreibung des Projektes. Auch dies ist nur im Regime des DigiNetzG erforderlich, vgl. § 138 Abs. 1 Nr. 1 TKG.

Siehe dazu BK11-22/007 v. 12. 12. 2022, Rz. 120 ff. und BK11-23/009 v. 6. 2. 2024, Rz. 122 ff.

2.3.1.2 Sachbescheidungsinteresse

- 110 Die Antragstellerin hat auch nach wie vor ein Sachbescheidungsinteresse für die von ihr begehrte Verpflichtung der Antragsgegnerin im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens. Dieses entfällt insbesondere nicht – wie die Antragsgegnerin annimmt – dadurch, dass die Antragsgegnerin zwischenzeitlich ihren (Muster-)Vertrag über die Mitnutzung von öffentlich geförderten Kabelkanalkapazitäten überarbeitet und teilweise neu gefasst hat und der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16. 11. 2023 den Abschluss dieses Vertrags für die von der Antragstellerin nachgefragten Strecken „anbietet“.
- 111 Zwar ermöglicht die allgemein anerkannte Rechtsfigur des Sachbescheidungsinteresses der Behörde, einen Antrag mit der Begründung abzulehnen, dass ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten behördlichen Entscheidung fehlt, weil diese für den Antragsteller ohne ersichtlichen Nutzen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn sie ihm offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile zu verschaffen vermag. Dieses Sachbescheidungsinteresse ist eine allgemeine, d. h. unabhängig von ausdrücklicher gesetzlicher Normierung geltende verwaltungsverfahrenrechtliche Sachentscheidungsvoraussetzung, welche die Behörde berechtigt, den Antrag selbst bei Bestehen eines materiellen Anspruchs abzulehnen.

BVerwG, Urt. v. 29. 8. 2019, 7 C 33.17, NWVBl. 2020, 84, juris-Rz. 32 m. w. N., v. 4. 4. 2012, 8 C 6.11, BVerwGE 143, 1, juris-Rz. 14 f., v. 22. 2. 2012, 6 C 11.11, BVerwGE 142, 48, juris-Rz. 27, v. 6. 8. 1996, 9 C 169.95, BVerwGE 101, 323, juris-Rz. 11 f. und v. 23. 3. 1973, IV C 49.71, BVerwGE 42, 115, juris-Rz. 14, Beschl. v. 30. 6. 2004, 7 B 92.03, NVwZ 2004, 1240, juris-Rz. 24; OVG NRW, Urt.

v. 2. 3. 2020, 10 A 1136/18, juris-Rz. 40; OVG NRW, Beschl. v. 16. 7. 2020, 19 A 2812/19, juris.

- 112 So liegt der Fall hier indes nicht. Insbesondere hat sich das Verfahren durch das „Angebot“ der Antragsgegnerin nicht erledigt. Die ausdrücklich hierzu befragte Antragstellerin hat eine solche Erledigung nicht erklärt,

vgl. *Schriftsatz* v. 24. 11. 2023, S. 1,

auch deshalb nicht, weil es sich bei dem unterbreiteten „Angebot“ schon nicht um ein solches handelt. Es entspricht nicht den Verpflichtungen der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin aus § 155 TKG, deren Durchsetzung die Antragstellerin in diesem Verfahren begehrt. Die Antragsgegnerin hat vielmehr lediglich ein unausgefülltes Vertragsmuster übersandt – verbunden mit einer Absichtserklärung. Im Einzelnen:

- 113 Insbesondere bezeichnet der übersandte Mustertext die Antragstellerin nicht einmal namentlich. Der Text spricht durchgehend nur von „Kunde“.

- 114 Die Anlage 3 zum übersandten Mustervertrag „Vertrag zur Mitnutzung von öffentlich geförderten Kabelkanalkapazitäten gemäß § 155 TKG“ betrifft ausweislich der abstrakten Überschrift die „angefragten Strecken“. Zum einen sind hier durch die Antragsgegnerin die nach den Förderbestimmungen verfügbaren Strecken nicht eingetragen worden. Das vorliegend von der Antragsgegnerin als „Angebot“ gemäß § 155 Abs. 1 TKG bezeichnete Vertragsmuster enthält keinen Bezug zu dem seit 8. 11. 2022 nachgefragten Zugang zum Netz der Antragsgegnerin auf zwei (sic!) konkret bezeichneten Strecken und enthält demgemäß auch nicht – entgegen der Sichtweise der Antragsgegnerin – die für einen „sofortigen“ Vertragsschluss über den beantragten Zugang erforderlichen essentialia negotii. Zum anderen macht die Antragsgegnerin auch sprachlich klar, dass hiermit gar kein Angebot ihrerseits – welches die Antragstellerin ohne weiteres annehmen könnte – intendiert ist. Vielmehr heißt es ausdrücklich in der Unterüberschrift:

„Bitte vervollständigen Sie nachfolgende Tabelle gemäß Ihren anzufragenden Strecken.“

- 115 Ziel des Antrags im Rahmen von § 155 Abs. 1 TKG ist eine vertragliche Vereinbarung über den Netzzugang. Dementsprechend beinhaltet § 155 Abs. 1 TKG ein Einigungsgebot. Der Ablauf des bilateralen Zugangsverfahrens ist hierbei so intendiert, dass auf den Antrag des Berechtigten ein Angebot des Verpflichteten folgt, welches mit der Annahme durch den Berechtigten den Vertragsschluss zwischen den Beteiligten über den Netzzugang begründet. Um den Verpflichteten in die Lage zu versetzen, ein Angebot mit den essentialia negotii zu erstellen, bedarf es im Antrag des Berechtigten bereits wesentlicher Informationen zu dem begehrten Netzzugang.

Vgl. *VG Köln, Beschl. v. 14. 3. 2023, 1 L 2030/22, juris-Rz. 20; VG Köln, Beschl. v. 14. 3. 2023, 1 L 38/23, juris-Rz. 13.*

- 116 Diese Informationen hat die Antragstellerin im vorliegenden Fall mitgeteilt. Sie hat in der ursprünglich an die Antragsgegnerin gerichtete Anfrage vom 8. 11. 2022 (Anlage Ast. 2) angegeben, dass sie offenen Netzzugang zu zwei konkret bezeichneten Strecken begehrt sowie das gewünschte Zugangsprodukt „Leerrohre“ bezeichnet (s. o. Rz. 7). Nach alldem obliegt es nun der Antragsgegnerin ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten sowie den hierfür verlangten Preis zu nennen. Nur auf diese Weise wird die Antragstellerin wiederum in die Lage versetzt, eine Annahme zu erklären. Das „Angebot“ der Antragsgegnerin verkehrt dies ins Gegenteil, indem von der Antragstellerin mit dem Ausfüllen des Mustertextes die Abgabe von konkreten Bestellinformationen (u. a. die Benennung bzw. Reservierung einzelner Leerrohrstrecken) verlangt wird.
- 117 Nach alldem handelt es sich also bei den am 16. 11. 2023 übersandten Unterlagen nicht um ein Vertragsangebot auf offenen Netzzugang. Daher ist auch keine Erledigung des Rechtsschutzbegehrs der Antragstellerin eingetreten. Der von der Antragsgegnerin vorgelegte Entwurf entspricht im Übrigen nicht dem von ihr im Verfahren BK3b-23/006 vorgelegten Entwurf eines Standardangebots für den Zugang zu baulichen Anlagen. Die Bewertung der Beschlusskammer hinsichtlich der am 16. 11. 2023 übersandten Unterlagen hat insofern keine Berührungspunkte zu dem anhängigen Standardangebotsüberprüfungsverfahren.
- 118 Ein Sachbescheidungsinteresse besteht auch hinsichtlich der Frage der Kostentragung fort. Insofern macht es materiell keinen Unterschied, ob die Antragsgegnerin schon die Abgabe eines Angebots von der Abgabe einer Kostenübernahmeerklärung abhängig macht oder sie der Antragstellerin ein Vertragsmuster als invitatio ad offerendum übermittelt, welches diese unterschreiben und damit faktisch ein Angebot abgeben soll. Dabei soll die Antragstellerin zugleich erklären, in jedem Fall die Kosten einer „Projektierung“ zu tragen:
- „Soweit im Rahmen der Projektierung festgestellt wird, dass angefragte Strecken nach Anlage 3 vollständig oder teilweise nicht zur Verfügung gestellt werden können, wird die Telekom von der weiteren Leistungspflicht zur Überlassung dieser Strecken oder der nicht zur Verfügung stehenden Teile davon endgültig frei.*
- Die Vergütungspflicht für bereits durch Telekom erbrachte Leistungen, insbesondere die Projektierungs- und Dokumentationsleistungsleistung, bleibt in den in den beiden voranstehenden Absätzen genannten Fällen unberührt.“*
- Ziffer 7.1 S. 5 des von der Antragsgegnerin vorgelegten Vertragsentwurfs, Anlage AG 11.*
- 119 Insofern ergibt sich aus der Formulierung, dass die Antragsgegnerin sogar dann eine Vergütung beanspruchen möchte, wenn es ihr faktisch überhaupt nicht möglich wäre, ein Angebot auf offenen Netzzugang (aus welchen Gründen auch immer) abzugeben.

2.3.2 Materielle Voraussetzungen

- 120 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 155 Abs. 1 TKG liegen vor.

2.3.2.1 Materiellrechtlicher Rahmen der Entscheidung

- 121 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.

- 122 Die Verpflichtung des Betreibers oder Eigentümers öffentlich geförderter Telekommunikationsnetze zur Zugangsgewährung wurzelt im unionsrechtlichen Beihilferecht sowie den in diesem Kontext ergangenen mitgliedstaatlichen Regelungen.

Vgl. hier Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern (Breitbandrichtlinie – BbR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat v. 10. 7. 2014, Az.:75-O 1903-001-24929/14 sowie ausführlich Beschl. v. 31. 10. 2023, BK11-23-003, Rz. 76 ff.; Beschl. v. 18. 4. 2023, BK11-22/012, Rz. 53 ff.; Beschl. v. 12. 12. 2022, BK11-22/007, Rz. 65 ff.

2.3.2.2 Anspruchsberechtigte

- 123 Die Antragstellerin ist als Betreiberin öffentlicher Telekommunikationslinien und Telekommunikationsnetze anspruchsberechtigt nach § 155 Abs. 1 TKG. Danach 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

- 124 Die Antragsgegnerin ist als Eigentümerin des streitgegenständlichen Netzes Anspruchsverpflichtete. Die streitgegenständliche Infrastruktur, zu der die Antragstellerin Zugang begehrt, wurde durch die Antragsgegnerin mit Hilfe von Fördermitteln errichtet bzw. gilt als gefördert:

Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern (Breitbandrichtlinie – BbR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat v. 10. 7. 2014, Az.:75-O 1903-001-24929/14, abrufbar unter <https://www.schnelles-internet.bayern.de/internet/ueberblick.html>.

2.3.2.4 Offener und diskriminierungsfreier Zugang zum streitgegenständlichen Netz

- 125 Die Antragsgegnerin ist nach § 155 Abs. 1 TKG verpflichtet, der Antragstellerin den begehrten offenen Netzzugang zu gewähren. Da innerhalb der in § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG genannten Zweimonatsfrist keine Zugangsvereinbarung zustande gekommen ist, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin nunmehr innerhalb der in Tenorziffer 2 genannten Frist ein entsprechendes Angebot zu legen. Im Einzelnen:

2.3.2.4.1 Zugangsprodukt

- 126 Der von der Antragstellerin beantragte Leerrohrzugang ist als Zugangsprodukt von § 155 TKG umfasst. 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. Hierzu zählen insbesondere auch Leerrohre. 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 Mitteln:

„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.“

- 127 Diese Vorstellungen des nationalen Gesetzgebers fügen sich bruchlos in die Vorgaben der EU-BreitbandLL²⁰¹³ 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*.“

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

„Außerdem müssen Drittbetreiber Zugang zur passiven und nicht nur zur aktiven Netzinfrastuktur 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.“

- 129 Der hier einschlägige bayerische Förderrahmen bestimmt hierzu und in Übereinstimmung mit vorgenannten Regelungen unter Ziffer 5.2.

„... dass die geförderte Breitbandinfrastruktur eine tatsächliche und vollständige Entbündelung im Sinn der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften

über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl C 2013 25/1) in ihrer jeweils geltenden Fassung erlaubt und alle verschiedenen Arten von Netzzugängen, die Betreiber nachfragen könnten, bieten muss. Die erforderlichen Vorleistungsprodukte ergeben sich aus dem Anhang II dieser Leitlinien.

Dieser Zugang muss sowohl für die geförderte Infrastruktur als auch für die für das Projekt eingesetzte, schon existierende Infrastruktur des Netzbetreibers gewährt werden.“

2.3.2.4.2 Umfang der geförderten bzw. als gefördert geltenden Infrastruktur

- 130 Die Gewährung des offenen Netzzugangs bzw. die Angebotslegung für die beantragten Strecken kann auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der begehrte Leerrohzugang teilweise unter Nutzung von nicht gefördert errichteter Bestandsinfrastruktur zu realisieren ist. Soweit die Antragsgegnerin sich darauf berufen möchte, dass diese nicht Gegenstand eines Zugangsanspruchs nach § 155 Abs. 1 TKG sein könne, vermag dies nicht zu überzeugen. Denn nach § 155 Abs. 2 TKG gilt bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert, sodass im Ergebnis sowohl die geförderte Infrastruktur als auch die vom begünstigten Unternehmen im geförderten Ausbaugebiet eingebrachte Bestandsinfrastruktur vom offenen Netzzugang umfasst ist. Im Einzelnen:

2.3.2.4.2.1 Geförderte Infrastruktur

- 131 Nach § 155 Abs. 1 TKG müssen Betreiber oder Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen gewähren.
- 132 Die von der Antragsgegnerin auf Nachfrage der Beschlusskammer mit Schreiben vom 11. 7. 2023 vorgelegten Nachweise aus dem Geoinformationssystem Megaplan zeigen, dass auf dem [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] gefördert eingebracht wurden. In Bezug auf diese jeweils geförderten Teilstücke der nachgefragten Strecken ist damit zunächst offener Netzzugang durch die Antragsgegnerin zu gewähren.

2.3.2.4.2.2 Als gefördert geltende Infrastruktur

- 133 Gleiches muss darüber hinaus für die nach Angaben der Antragsgegnerin nicht geförderte Bestandsinfrastruktur auf den Streckenabschnitten der Strecke [REDACTED]
[REDACTED] und der [REDACTED]
[REDACTED] gelten. Denn nach der gesetzlichen Fiktion des § 155 Abs. 2 S. 1 TKG gilt bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert.

- 134 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin, die etwaige Zugangsansprüche nur für im Rahmen der Förderung neu verlegte Glasfaserkabel oder SNR zulassen möchte, nicht jedoch für die bereits vorhandenen Leerrohre, durch die die geförderten Glasfaserkabel bzw. SNR geführt werden, bezieht sich der Zugangsanspruch nach § 155 Abs. 1 TKG auch auf die bereits vorhandenen Netzbestandteile (hier Leerrohre) im geförderten Ausbaugebiet, die das begünstigte Unternehmen dort zuvor auf eigene Kosten eingebracht hat. Bestandsinfrastruktur ist demnach mit einbezogen.

Wortlaut

- 135 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. § 155 Abs. 2 TKG besagt insoweit:

„Bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen gilt die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert im Sinne des Absatzes 1.“

- 136 Die Vorschrift des § 155 Abs. 2 S. 1 TKG nimmt Bezug auf die „gesamte verlegte“ Infrastruktur. Die vom Gesetzgeber bewusst gewählte Formulierung „verlegte“ steht dabei im Präteritum und inkludiert damit auch die bereits vorhandene und ggf. auf eigene Kosten errichtete Bestandsinfrastruktur. Der Begriff „gesamte“ macht wiederum deutlich, dass jegliche eingebrachte Bestandsinfrastruktur im geförderten Gebiet vom Anspruch nach § 155 Abs. 1 TKG umfasst ist.
- 137 Demgegenüber nimmt § 155 Abs. 2 S. 2 TKG eine deutliche sprachliche Abgrenzung zu § 155 Abs. 2 S. 1 TKG vor, indem die Regelung *„im Rahmen der öffentlich geförderten Baumaßnahme zusätzlich eingebrachte Infrastruktur, die der Fördermittelempfänger oder ein Dritter auf jeweils eigene Kosten verlegt hat“*, nicht als gefördert definiert und daher vom offenen Netzzugang ausnimmt. Dies gilt aber nach dem eindeutigen Wortlaut des Satzes 2 nur für neu und zusätzlich – also nur aus Anlass der Förderung – und auf eigene Kosten errichtete Infrastruktur. Der Gesetzgeber hat damit ausdrücklich klargestellt, welche Art von Infrastruktur nicht vom offenen Netzzugang erfasst wird, nämlich nur die neue und auf eigene Kosten zusätzlich zur Bestandsinfrastruktur errichtete. Bereits vom geförderten Unternehmen in das Förderprojekt eingebrachte Bestandsinfrastruktur wird dagegen vom Anspruch nach § 155 Abs. 1 TKG umfasst.

Sinn und Zweck

- 138 Auch der Sinn und Zweck des § 155 Abs. 2 TKG streitet dafür, dass die Bestandsinfrastruktur umfassend am offenen Netzzugang teilnimmt. Sinn und Zweck der Vorschrift ist, allen interessierten Betreibern die Möglichkeit zum open access zu geben, um dadurch auf der Endkundenebene echten Wettbewerb zu ermöglichen. Die effektive Mitnutzung der geförderten Breitbandinfrastruktur durch Dritte ist dabei eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung.

Vgl. BT-Drucks. 19/26108, zu § 154 (jetzt § 155 TKG), S. 347 f.

Die Gesetzesbegründung erläutert hierzu im Folgenden:

„Damit ein effektiver, offener Netzzugang gewährleistet ist, gelten nach Absatz 2 im gesamten geförderten Netz dieselben Mitnutzungsbedingungen, auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wurde.“
BT-Drucks. 19/26108, zu § 154 (jetzt § 155 TKG), S. 347 f.

- 139 Die nationale Regelung befindet sich hierbei im Einklang mit den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen. Diese regeln, dass der Sinn und Zweck der Erstreckung des offenen Netzzugangs auf die Bestandsinfrastruktur darin liegt, einen effektiven offenen Zugang zu gewährleisten. Die EU-Breitbandleitlinie besagt insoweit:

„Um einen effektiven Netzzugang zu gewährleisten, sollen im gesamten geförderten Netz dieselben Zugangsbedingungen gelten, auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wurde.“
EU-BreitbandLL²⁰¹³ Rn. 78g.

- 140 Schließlich formuliert die hier einschlägige Bayerische Breitbandrichtlinie BbR insofern eindeutig die Erstreckung des Netzzugangs auf Bestandsinfrastruktur. In Ziffer 5.2 heißt es:

„Dieser Zugang muss sowohl für die geförderte Infrastruktur als auch für die für das Projekt eingesetzte, schon existierende Infrastruktur des Netzbetreibers gewährt werden.“

- 141 Sowohl nach der Vorschrift des § 155 Abs. 2 S. 1 TKG als auch nach den einschlägigen beihilferechtlichen Regelungen erstreckt sich demnach der offene Netzzugang auch auf die nicht geförderte Bestandsinfrastruktur im geförderten Ausbaugebiet, sodass diese bei der Gewährung von open access mit einzubeziehen ist und die Antragsgegnerin die Bestandsinfrastruktur bei der Angebotslegung zu berücksichtigen hat. Die bewusste Einbeziehung der vorhandenen Bestandsinfrastruktur dient dabei letztlich auch den Fiskalinteressen und einer sparsamen Inanspruchnahme von Fördermitteln.

Materielle Zwecksetzung der gesetzlichen Fiktion

- 142 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin rechtfertigt ein Rückschluss aus § 155 Abs. 2 S. 2 TKG keine abweichende Bewertung. Insbesondere liegt kein „unauflösbarer Wertungswiderspruch“ darin, dass einerseits die auf eigene Kosten (anlässlich der Fördermaßnahme) mitverlegte Infrastruktur von der Zugangsverpflichtung ausgenommen wird, andererseits die vorhandene – ihrerseits auf eigene Kosten errichtete – Bestandsinfrastruktur aber von dem Zugangsanspruch umfasst ist. Denn es kommt – so auch im vorliegenden Streitbeilegungsfall – gerade nicht darauf an, ob die betroffene Bestandsinfrastruktur auf eigene Kosten errichtet wurde, sondern ob sie in das geförderte Breitbandausbauprojekt eingebracht wurde und erforderlich ist, um einen effektiven offenen Netzzugang zu gewährleisten.
- 143 Um die Effektivität des offenen Netzzugangs zu gewährleisten, setzt der Gesetzgeber in § 155 Abs. 2 S. 1 TKG das Gestaltungsmittel der Fiktion ein. Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung *„gilt die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert im Sinne des*

Absatzes 1.“ Bei dem Begriff „gilt“ handelt es sich um das gebräuchlichste Ausdrucksmittel, dessen sich der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren bei Fiktionen bedient.

Vgl. BVerwG, Beschluss v. 20. 11. 1995, 6 B 73/95 –, juris Rz. 4.

- 144 Das Wesen der gesetzlichen Fiktion besteht hierbei gerade in der gewollten Gleichsetzung von Ungleichen. Setzt der Gesetzgeber das Gestaltungsmittel der Fiktion ein, will er damit Rechtsfolgen herbeiführen.

Vgl. zum Rechtsinstitut der Fiktion: Jachmann, 1998, Die Fiktion im öffentlichen Recht, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 742, S. 52 f., 79 f., 1151 ff.

- 145 Der Gesetzgeber bedient sich mithin des Mittels der Fiktion, um bestimmte tatsächliche oder rechtliche Umstände bewusst verbindlich zu regeln, d. h. hinter der Entscheidung des Gesetzgebers steht stets eine bestimmte Intention. Die Intention hinter der Vorschrift des § 155 Abs. 2 S. 1 TKG ist hier der Wille des Gesetzgebers einen effektiven offenen Netzzugang durch interessierte Mitbewerber und damit einen funktionierenden Wettbewerb auf Endkundenebene zu sichern. Dafür ist erforderlich, dass die Mitbewerber nicht lediglich auf geförderte „Teilstücke“ der Infrastruktur des geförderten Unternehmens zurückgreifen können, sondern umfassend Zugang erhalten, um ihrerseits ausbauen zu können.

- 146 Nach alldem liegt hier kein Wertungswiderspruch vor, sondern vielmehr die bewusste Einbeziehung von auf eigene Kosten errichteter Bestandsinfrastruktur in die gewünschte Rechtsfolge eines effektiven offenen Netzzugangs.

Systematik

- 147 Lenkt man den Blick schließlich auf die Systematik der Vorgaben zum offenen Netzzugang, ergibt sich, dass ein effektiver offener Netzzugang in dem Umfang, wie er im Förderkontext zu gewähren ist, oftmals nur unter Nutzung der Bestandsinfrastruktur zu realisieren sein dürfte. Denn im Förderkontext schreiben sowohl der nationale wie auch der unionsrechtliche Regelungsrahmen vor, dass die geförderte Infrastruktur „*alle verschiedenen Arten von Netzzugängen, die Betreiber nachfragen könnten, bieten muss*“. Hiervon umfasst ist insbesondere der hier nachgefragte Leerrohrzugang.

Bayerische Breitbandrichtlinie BbR Ziffer 5.2:

„Die Beschreibung der Leistung muss erwähnen, dass die geförderte Breitbandinfrastruktur eine tatsächliche und vollständige Entbündelung im Sinn der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl C 2013 25/1) in ihrer jeweils geltenden Fassung erlaubt und alle verschiedenen Arten von Netzzugängen, die Betreiber nachfragen könnten, bieten muss. Die erforderlichen Vorleistungsprodukte ergeben sich aus dem Anhang II dieser Leitlinien. Dieser Zugang muss sowohl für die geförderte Infrastruktur als auch für die für das Projekt eingesetzte, schon existierende Infrastruktur des Netzbetreibers gewährt werden“.

EU-BreitbandLL²⁰¹³ Rz. 78 lit. g:

„Grundsätzlich sollten geförderte Unternehmen im Bereich des Zugangs auf Vorleistungsebene eine größere Produktauswahl anbieten als von den NRB oder im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben, weil der Beihilfeempfänger für den Infrastrukturausbau nicht nur eigene Ressourcen, sondern auch Steuereinnahmen verwendet.“

EU-BreitbandLL²⁰¹³ Rz. 80 lit. a:

„Außerdem müssen Drittbetreiber Zugang zur passiven und nicht nur zur aktiven Netzinfrastuktur 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 [...] umfassen“

- 148 Wenn dieser Zugang mit einer breiten Produktpalette sowohl für die geförderte als auch für die für das Projekt eingesetzte Bestandsinfrastruktur gewährt werden muss, dann spricht dies eindeutig dafür, dass die Bestandsinfrastruktur in einem Umfang eingesetzt wird, die es dem geförderten Unternehmen – hier der Antragsgegnerin – auch tatsächlich ermöglicht, diesen umfassenden effektiven offenen Netzzugang zu gewähren. Umgekehrt ist eine einengende Interpretation – wie sie die Antragsgegnerin vertritt – deshalb nicht mit der Systematik des Förderkontextes vereinbar, weil sie dazu führen würde, dass die Antragsgegnerin mit Blick auf die hier konkret geförderten Maßnahmen ohne den Einsatz ihrer Bestandsinfrastruktur lediglich einen offenen Netzzugang in Form eines Bitstromproduktes anbieten könnte; ein Zugang zu Leerrohren aber von vornherein und rechtswidriger Weise unmöglich wäre. Dies erkennt offensichtlich auch die Antragsgegnerin, indem sie abweichend von ihrer einengenden Interpretation auf Seite 10 ihres Schriftsatzes vom 9. 6. 2023 einräumt:

„Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn Bestandsinfrastruktur (aus technischen Gründen) notwendigerweise in Anspruch genommen werden muss, um den Zugang zur geförderten Infrastruktur in Anspruch zu nehmen.“

2.3.2.4.3 Freie Kapazitäten

- 149 Die Antragsgegnerin kann den Antrag der Antragstellerin auf Gewährung von offenem Netzzugang zu den beiden streitgegenständlichen Strecken auch nicht mit der Begründung ablehnen, es fehle an Kapazitäten.
- 150 Mit Blick auf die Einbeziehung der in das Förderprojekt eingebrachten Bestandsinfrastruktur (vgl. Rz. 133 ff.) trifft der Einwand der Antragsgegnerin, eine eigens für dieses Verfahren durchgeführte vorläufige Projektierung habe gezeigt, dass auf der Strecke [REDACTED] keine freien Leerrohrkapazitäten vorhanden seien, nicht zu. Der Einwand fehlender Kapazität findet seinen Hintergrund im vorliegenden Fall nämlich nicht in dem Umstand, dass tatsächlich Kapazitäten fehlten, sondern ist lediglich in der unzulässig engen Interpretation des Begriffs der geförderten Infrastruktur begrün-

det. Ausweislich der von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 11. 7. 2023 vorgelegten Unterlagen, verfügt diese über hinreichende Kapazitäten. Bei der Betrachtung ist indes die in das Förderprojekt von der Antragsgegnerin eingebrachte Bestandsinfrastruktur mit zu berücksichtigen (siehe insoweit die Ausführungen in den Rz. 133 ff.). Für sie gilt zwar, dass sie durch die Antragsgegnerin nicht erweitert werden müssen. Allerdings gelten für sie – sofern noch freie Kapazitäten vorhanden sind – entsprechend der gesetzlichen Fiktion des § 155 Abs. 2 S. 1 TKG dieselben Maßstäbe, wie für die neu errichtete geförderte Infrastruktur (siehe zuvor Rz. 133).

- 151 Dies zugrunde gelegt, zeigen die Anlagen der Antragsgegnerin zur Dokumentation der beiden angefragten Leerrohrstrecken, dass – entgegen der Angabe der Antragsgegnerin – ausreichend Kapazitäten vorliegen und diese den Zugang auf beide Leerrohrstrecken ermöglichen.
- 152 Die Kapazitätsangaben der Antragsgegnerin (Antragserwiderung, Anlage AG 4) bezüglich der beiden angefragten Strecken wurden mithilfe der von ihr vorgelegten Nachweise (Stellungnahme der Antragstellerin vom 11. 7. 2023, Anlagenkonvolut 5) überprüft. So zeigen die aus GIS-System Megaplan zusammengestellten Streckenübersichten sowie die Teildarstellungen der Trassenabschnitte, dass auf allen Abschnitten der beiden angefragten Leerrohrstrecken im Rahmen des FTTC-Ausbaus [REDACTED] in bereits vorhandene Infrastruktur eingebracht worden sind. Im Einzelnen:
- 153 Hinsichtlich der Kapazitätsangaben zeigen die aus Megaplan zur Verfügung gestellten Informationen, dass auf der einen Leerrohrstrecke [REDACTED] ausreichend Kapazitäten vorliegen. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin hinsichtlich dieser angefragten Strecke keine fehlenden Kapazitäten vorgetragen, § 215 Abs. 5 TKG.
- 154 In der anderen angefragten Leerrohrstrecke [REDACTED] sind entgegen der Ausführungen der Antragsgegnerin auch auf dem Streckenabschnitt zwischen der [REDACTED] Kapazitäten frei. Ein von der Antragsgegnerin [REDACTED] könnte mit mehreren SNR ertüchtigt werden: Zwischen [REDACTED] bis zur [REDACTED] könnte das freie [REDACTED] mit [REDACTED] SNR ertüchtigt werden. In das zwischen [REDACTED] und dem [REDACTED] verlaufende [REDACTED] können [REDACTED] SNR eingebracht werden. Von den neu eingebrachten SNR könnte [REDACTED] vorgehalten werden.
- 155 Überdies bestünde eine weitere Kapazität in der Möglichkeit, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- 156 Ferner bleibt festzuhalten, dass anhand der vorliegenden Informationen zur Trassenbelegung nicht erkennbar ist, ob darin sämtliche Rohre in der Trasse und deren Belegung oder nur einzelne Rohre dargestellt sind. Dies kann angesichts der obenstehenden Feststellungen zu noch vorhandenen Kapazitäten aber dahinstehen.
- 157 Die voranstehenden Ausführungen beziehen sich auf den internen Auswertungsvermerk vom 23. 2. 2024, dessen Inhalt sich die Kammer voll zu eigen macht.

2.3.3 Verpflichtung zur Angebotslegung

- 158 Das geförderte Unternehmen – hier die Antragsgegnerin – ist nach alldem verpflichtet, einem Nachfrager – hier: der Antragstellerin – gemäß § 155 TKG Zugang zu gewähren und hierzu ein Angebot zu legen. Dieses muss die essentialia negotii enthalten. Hierzu gehören insbesondere die wesentlichen technischen Parameter, einschließlich der Übergabepunkte und der Preise für die zugehörigen Leistungen. Zu berücksichtigen sind dabei zum einen die vorhandenen Kapazitäten sowohl geförderter als auch einzubeziehender Bestandsinfrastruktur der Antragsgegnerin. Zum anderen darf die Angebotslegung – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – nicht von einer Kostenübernahmeerklärung der Antragstellerin abhängig gemacht werden oder Kosten für die Angebotslegung geltend machen.

2.3.3.1 Berücksichtigung vorhandener Kapazitäten

- 159 Als Empfängerin öffentlicher Fördergelder nach § 155 Abs. 1 TKG wird die Antragsgegnerin daher verpflichtet, der Antragstellerin ein Vertragsangebot in der Weise zu legen, dass dieses die vorhandenen Kapazitäten auf den beantragten Strecken (vgl. Rn.151 ff.) berücksichtigt und die Antragstellerin das Angebot mit einem „Ja“ annehmen kann.
- 160 Die Kapazitätsfrage ist von der Antragsgegnerin bereits bei der Angebotslegung zu berücksichtigen, um Klarheit zu schaffen. Ein offener Netzzugang wird nämlich i. S. d. § 155 TKG nur angeboten, wenn bereits bei der Übermittlung des Angebots klar ist, dass dieser auch tatsächlich „gewährt“ werden kann. Die Prüfung, ob Kapazitäten auf den beantragten Strecken vorliegen, kann sich die Antragsgegnerin im Regime des förderrechtlich zu gewährenden offenen Netzzugangs nicht für die Zeit nach einem Vertragsabschluss vorbehalten.
- 161 Insoweit sind die von der Antragsgegnerin am 16. 11. 2023 vorgelegten „Vertragsdokumente“ nicht ausreichend. Denn sie lassen offen, ob die Antragsgegnerin den nachgefragten Zugang tatsächlich gewährt. Stattdessen stellt sie ihre gesetzliche Verpflichtung aus § 155 Abs. 1 TKG ausdrücklich unter eine „aufschiebende Bedingung“. Zu der gesetzlichen Zugangsverpflichtung der Antragsgegnerin heißt es in dem Vertragsmuster, dass diese

„...jedoch erst und ausschließlich [entsteht], wenn und soweit im Rahmen der Projektierung festgestellt wurde, dass und welche Kabelkanalkapazität zur Ver-

fügung gestellt werden kann (aufschiebende Bedingung). Sie entfällt rückwirkend, wenn sich im Rahmen der Bereitstellung zeigt, dass die Planlage die tatsächlichen Begebenheiten vor Ort fehlerhaft abbildet.“

- 162 Diese verzögerte Kapazitätsprüfung („Projektion“) ist, sowohl was die geförderte Infrastruktur als auch die eingebrachte – als gefördert geltende – Bestandsinfrastruktur anbelangt, unvereinbar mit dem durch die Antragsgegnerin zu gewährenden offenen Netzzugang und den in diesem Zusammenhang durch die Antragsgegnerin freiwillig übernommenen Verpflichtungen. Hierzu führen die Regelungen der Bayerischen Breitbandrichtlinie BbR Ziffer 5.2 ausdrücklich aus, dass

„... die geförderte Breitbandinfrastruktur eine tatsächliche und vollständige Entbündelung im Sinn der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl. EU C 2013 25/1) in ihrer jeweils geltenden Fassung erlaubt und alle verschiedenen Arten von Netzzugängen, die Betreiber nachfragen könnten, bieten muss. Die erforderlichen Vorleistungsprodukte ergeben sich aus dem Anhang II dieser Leitlinien“.

- 163 Des Weiteren führen die Regelungen der Bayerischen Breitbandrichtlinie BbR Ziffer 5.2 ausdrücklich aus, dass

dieser Zugang [...] sowohl für die geförderte Infrastruktur als auch für die für das Projekt eingesetzte, schon existierende Infrastruktur des Netzbetreibers gewährt werden [muss].

- 164 Wenn aber nach den Vorgaben des Förderrechts ein effektiver offener Netzzugang „im gesamten geförderten Netz“ gewährleistet werden soll und insoweit „auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wurde“ dieselben Zugangsbedingungen gelten sollen, dann ist es die Pflicht und das Eigeninteresse der Antragsgegnerin dies umzusetzen und in diesem Zusammenhang im Rahmen der Realisierung der Fördermaßnahme sicherzustellen, dass sie diesen – nochmals: freiwillig übernommenen – Pflichten nachkommen kann. Ob sie dies bereits bei Errichtung oder erst später im Zuge einer konkreten Anfrage tut, bleibt ihr überlassen.

- 165 Zwar muss die in das Förderprojekt eingebrachte Bestandsinfrastruktur durch die Antragsgegnerin nicht erweitert werden. Allerdings folgt aber aus den oben dargestellten förderrechtlichen Pflichten, dass eventuell erforderlich werdende Ertüchtigungen der Bestandsinfrastruktur grundsätzlich vorzunehmen sind, wenn nur hierdurch ein offener Netzzugang gewährt werden kann. Konkret bedeutet dies im vorliegenden Fall, dass es der Antragsgegnerin nicht freisteht die [REDACTED] zu nutzen, sondern sie vielmehr, um ihrer Pflicht zur Gewährung eines effektiven offenen Netzzugangs nachzukommen, diese mit SNR auf eigene Kosten zu ertüchtigen hat. Die Kostentragungspflicht der Antragsgegnerin resultiert dabei aus der freiwilligen Inanspruchnahme von Fördergeldern und der hiermit übernommenen Pflicht zur Gewährung eines offenen

Netzzugangs. Obgleich diese Verpflichtung von Beginn an besteht, ist es nicht zu beanstanden, wenn entsprechende Ertüchtigungen von betroffenen Bestandsinfrastrukturen nicht unmittelbar vorgenommen werden. Spätestens mit einer Antragstellung auf offenen Netzzugang hat dies aber zu erfolgen. Dazu, dass diese Ertüchtigung trotz der Pflicht, einen offenen Netzzugang zu gewähren, im Einzelfall unzumutbar sein sollte, ist nichts vorgetragen und auch sonst nichts ersichtlich.

2.3.3.2 Kosten der Angebotslegung als faire und angemessene Bedingung

- 166 Soweit die Antragsgegnerin eine Kostenübernahme der Antragstellerin für die Angebotslegung als faire und angemessene Bedingung i. S. d. § 155 Abs. 1 TKG ansehen will, kann dem nicht gefolgt werden. Im Förderkontext darf die Antragsgegnerin für die Erstellung des Angebots keine Kosten geltend machen oder ein Entgelt verlangen. Demgemäß darf auch die Abgabe eines Angebots auf offenen Netzzugang nicht von der Abgabe einer Kostenübernahmeerklärung abhängig gemacht werden. Zugangsnachfrager müssen keine Kosten der Angebotsphase des begehrten Leerrohrzugangs tragen. Auch dürfen vor Vertragsschluss keine Kosten für Leistungen verlangt werden, die erst nach Vertragsschluss anfallen oder wegen der Dokumentationspflichten der Antragsgegnerin hier nicht der Antragstellerin zugerechnet werden dürfen. Der Antragsgegnerin war daher zu untersagen, Kosten für die Angebotslegung zu verlangen. Die Befugnis in § 149 Abs. 4 TKG, faire und diskriminierungsfreie Bedingungen des jeweils beantragten Netzzugangs festzulegen inkludiert hierbei spiegelbildlich auch, unfaire und unangemessene Bedingungen zu untersagen. Im Einzelnen:

Wortlaut

- 167 Dem Wortlaut des § 155 TKG lässt sich zunächst keine ausdrückliche Regelung zur Kostentragung entnehmen. Allerdings spricht die Formulierung in § 149 TKG eher dafür, dass für die Angebotslegung keine Kosten verlangt werden dürfen. In § 149 Abs. 4 TKG i. V. m. § 155 TKG heißt es nämlich, dass „... *faire und diskriminierungsfreie Bedingungen einschließlich der Entgelte [...] des jeweils beantragten Netzzugangs* ...“ festgelegt werden. Was die Frage des Entstehens von Entgelten anbelangt, wird mithin eindeutig auf den tatsächlich realisierten Netzzugang abgestellt und nicht auf eine Angebotslegung.

Systematik

- 168 Die systematische Auslegung indes spricht eindeutig dafür, dass für die Angebotslegung keine Kosten verlangt werden dürfen. In rechtssystematischer Hinsicht ist nämlich festzustellen, dass sich Regelungen zu Kostenübernahmepflichten – in vergleichbarem sachlich-rechtlichen Zusammenhang (also vor einer realisierten und tatsächlich stattfindenden Mitnutzung) – in § 137 Abs. 5 TKG in Form einer Kostenübernahmepflicht durch den Nachfrager finden:

„Die für die Vor-Ort-Untersuchung erforderlichen und angemessenen Kosten trägt der Antragsteller. Dazu zählen insbesondere die Kosten der Vorbereitung, der Absicherung und der Durchführung der Vor-Ort-Untersuchung.“

- 169 Die Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm § 77c TKG erläutert hierzu:

„Aufgrund des Eingriffs in den laufenden Netzbetrieb und den hierdurch entstehenden Untersuchungs- oder Aufsichtsaufwand wird die Kostentragungspflicht dem Antragsteller auferlegt. Es ist dem Verpflichteten nicht zuzumuten, selbst Aufwendungen für die dem Dritten zugutekommenden Untersuchungen zu tragen. Es dürfen allerdings ausschließlich die reinen Untersuchungsaufwendungen in Rechnung gestellt werden.“

BT-Drs. 18/8332 S. 44

- 170 Da der Gesetzgeber in einem ähnlich gelagerten Kontext für einen ganz bestimmten – seiner Einschätzung nach besonders aufwändigen bzw. belastenden – Antrag eine Kostenregelung getroffen hat, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass für die übrigen Antragstellungen – hier § 155 TKG – eine Pflicht des Antragstellers, die Kosten der Angebotslegung zu erstatten, in rechtssystematischer Hinsicht nicht zu begründen ist.

Sinn und Zweck

- 171 Schließlich entspricht es auch Sinn und Zweck der Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs, dass im Rahmen des § 155 TKG keine Übernahme von Kosten für die Legung von Angeboten verlangt werden darf. Denn im geförderten Bereich hat der Begünstigte die Pflicht, die durch die Förderung entstandene Wettbewerbsverzerrung auszugleichen. Insofern ergibt sich auch aus der Argumentation der Antragsgegnerin zum „Veranlasserprinzip“ hier kein Argument dafür, dass eine Kostenübernahmepflicht als fair und angemessen gefordert werden darf. Die Angebotserstellung liegt im eigenen Interesse der Antragsgegnerin, ihren gesetzlichen Verpflichtungen aus §§ 155, 149 TKG i. V. m. den Förderbestimmungen nachzukommen.
- 172 Diese Verpflichtung hat die Antragsgegnerin auch freiwillig übernommen, als sie sich um die Übernahme des geförderten Ausbaus und einen hierfür gewährten Ausgleich einer Wirtschaftlichkeitslücke beworben hat.
- 173 Auch die weiteren Überlegungen und Argumentationen der Antragsgegnerin können nicht darüber hinweghelfen, dass es für die Pflicht einer Kostenübernahme bezüglich der Angebotslegung bereits an einer Rechtsgrundlage mangelt und in der Systematik des Gesetzes, dessen Sinn und Zweck sowie der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck kommt, dass hierfür keine Kosten verlangt werden dürfen. Aus der Bezugnahme auf die allgemeine Formulierung „fair und angemessen“ folgt für sich genommen nämlich nicht, dass Kosten schon für die Angebotslegung verlangt werden dürfen.
- 174 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin entsteht ihr durch die Angebotserstellung im Zusammenhang mit dem von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Leerrohr-

zugang im Projektgebiet auch kein unverhältnismäßiger Aufwand. Dafür, dass im Rahmen der Angebotslegung „erhebliche Aufwände“ entstehen sollen, die ohne Kostenübernahme dazu führen, dass eine „normale Ausübung von Eigentumsrechten“ und ein „wirtschaftlicher Netzbetrieb nicht mehr möglich wären“, ist nichts ersichtlich und nichts substantiiert vorgetragen. Vielmehr ist das Eigentum der Antragsgegnerin mit dieser verhältnismäßigen Pflicht zur Gewährung eines offenen Netzzugangs und der entsprechenden Angebotslegung bereits von Beginn an durch die Beanspruchung von Fördermitteln „belastet“ und Art. 14 GG erkennbar nicht verletzt. Dies inkludiert vorliegend auch das Eigentum an der Bestandsinfrastruktur, auf die sich im Rahmen der förderrechtlichen Vorgaben der offene Netzzugang erstreckt. Auch insofern entfaltet die Fiktion „gilt als gefördert“ ihre rechtsfolgensetzende Wirkung, der sich die Antragsgegnerin freiwillig unterworfen hat.

- 175 Schließlich ist es der Antragsgegnerin auch zumutbar, mit der konkreten Angebotslegung an einen Wettbewerber einen offenen Netzzugang zügig zu ermöglichen. Genau dieser Zugang entspricht der Zielrichtung der Förderung, keine Wettbewerbsverzerrung durch die Förderung entstehen zu lassen.

„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.“

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

- 176 Die zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung von Zugangsangeboten hat die Antragsgegnerin als Empfängerin öffentlicher Fördergelder bereits aufgrund ihrer diesbezüglichen Verpflichtungen zur Dokumentation der gefördert errichteten und als gefördert geltenden Infrastruktur erbracht bzw. hätte diese erbringen müssen.

Vgl. nur vorliegend Rz. 78 lit. j) EUBBLL²⁰¹³, Bayerischen Breitbandrichtlinie BbR Ziffer 5.7, S. 10, Ziffern 8.1 und 9.

- 177 Der Erhalt der Fördergelder ist an die Gewährung eines diskriminierungsfreien offenen Netzzugangs und die damit einhergehende Dokumentationspflicht gebunden. Diese ist gleichzeitig auch Grundlage für eingehende Zugangsnachfragen. Es ist daher weder ersichtlich, dass die Antragsgegnerin durch eine Angebotslegung über Gebühr belastet würde, noch weshalb sie für diese Tätigkeiten sowohl öffentliche Mittel als auch Mittel der Antragstellerin erhalten sollte. Der Antragsgegnerin war von Beginn an bekannt,

dass sie die geförderte Infrastruktur so zu dokumentieren hat, dass sie ihrer Verpflichtung zur Gewährung eines beantragten Zugangs auf Basis eines konkreten Angebots unverzüglich nachkommen kann. Etwaige, der Angebotserstellung vorgelagerte Leistungen hat die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer förderrechtlichen und gesetzlichen Zugangsverpflichtung auf eigene Kosten zu erbringen. All dies gilt zumal deshalb, weil hier der offene Netzzugang als Zugang zu Leerrohren einen Standardfall darstellt.

Historie

- 178 Auch aus der Regulierungshistorie lässt sich nichts für die von der Antragsgegnerin vertretene Auffassung herleiten. Insbesondere kann die Regulierungspraxis aus dem SMP-Bereich und der dortigen Anerkennung bestimmter Kostenpositionen am Maßstab der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung nicht auf den Anspruch aus § 155 TKG übertragen werden. Sofern die Beschlusskammer 3 im Zuge der SMP-Regulierung regulierungshistorisch Projektierungskosten anerkennt, hat dies einen anderen sachlichen Hintergrund. Denn der Anspruch auf offenen Netzzugang knüpft nicht an Marktmacht des Verpflichteten, sondern an den Umstand der Förderung an. Insofern besteht hier keine Vergleichbarkeit.
- 179 Die Kosten der Ertüchtigung sind selbstverständlich von der Antragsgegnerin zu tragen. Sie kommt insoweit ihrer Pflicht zur Gewährung eines offenen Netzzugangs nach. Dafür, dass sie die dazu erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin in Rechnung stellen könnte, ist nichts ersichtlich.

2.3.3.3 Untersagung von Kosten für Angebotslegung

- 180 Da die Antragsgegnerin im Förderkontext für die Erstellung des Angebots keine Kosten geltend machen oder ein Entgelt verlangen darf, sie aber nach wie vor Entgelte für die Angebotslegung dem Grunde nach geltend machen möchte, war ihr dies zu untersagen. Auch insoweit besteht nach wie vor ein Sachbescheidungsinteresse der Antragstellerin. Diese hat in Ziffer 2 des Streitbeilegungsantrags beantragt, „*Telekom Deutschland GmbH trägt die Kosten der Angebotserstellung nach Ziffer 1*“. Dem wird im Ergebnis inhaltlich entsprochen. Dies ist auch erforderlich, auch wenn die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 16. 11. 2023 erklärt hat, keine Kostenübernahmeerklärung mehr zu verlangen. Denn diese Erklärung bezieht sich eindeutig nur auf die näheren Bedingungen des von der Antragsgegnerin überarbeiteten eigenen (Muster-)Vertragswerks. Die hier tenorierten Pflichten sind umfangreicher und regeln, dass die Antragsgegnerin bestimmte Leistungen, die sie nach ihrem Verständnis erst nach Angebotslegung erbringen muss und sodann vergütet haben möchte, kostenfrei zu erbringen hat.

2.3.3.4 Frist zur Angebotslegung

- 181 Die gesetzte Frist zu Angebotslegung in Tenorziffer 2 ist im konkreten Fall geeignet, erforderlich und angemessen, um dem berechtigten Anspruch der Antragstellerin auf Gewährung eines offenen Netzzugangs zu entsprechen.
- 182 Für die angeordnete Angebotslegung über den begehrten Leerrohrzugang wird der Antragsgegnerin eine Frist bis zum 30. 4. 2024 eingeräumt. Die in diesem Zusammenhang gesetzten Fristen sind geeignet, erforderlich und angemessen, um dem berechtigten Zugangsbegehren der Antragstellerin zu entsprechen und kann der Antragsgegnerin zugemutet werden.
- 183 Der gewählte Zeitraum berücksichtigt dabei das Interesse der Antragstellerin, den begehrten offenen Netzzugang zügig zu realisieren. Auf der anderen Seite wusste die Antragsgegnerin von der Verpflichtung zur Gewährung des beihilferechtlich vorgesehenen offenen Netzzugangs. Spätestens seit der Antragstellung im bilateralen Zugangsverfahren hatte sie Zeit, die Erstellung eines Angebots vorzubereiten. Auch wenn die hier angeordnete Frist nun kürzer ist, als der für das bilaterale Zugangsverfahren vorgesehene Zeitraum, so ist zu beachten, dass sich diese Frist sowohl an das bilaterale Zugangsverfahren als auch an das Streitbeilegungsverfahren anschließt. Daher können der Antragsgegnerin nun entsprechende Anstrengungen zugemutet werden.
- 184 Dass durch die angeordnete Frist beiderseitige Interessen gewahrt werden, zeigt sich auch in einem gesetzessystematischen Vergleich zur gesetzlichen Frist von zwei Monaten in § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG. Bereits mit dieser auf zwei Monate beschränkten Frist intendiert der Gesetzgeber eine zügige Verwirklichung des offenen Netzzugangs.

Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 347, wonach eine effektive Mitnutzung der geförderten Infrastruktur durch Dritte eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung ist.

- 185 Die angeordnete Frist ist geeignet, dem offenen Netzzugang und den damit verbundenen gesetzgeberischen Zielvorstellungen möglichst zügig Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine ausreichende zeitliche Möglichkeit zu schaffen, die Angebotslegung im tenorierten Umfang auch tatsächlich vornehmen zu können.

2.3.3.5 Ablehnung des Antrags im Übrigen

- 186 Der Streitbeilegungsantrag zu Ziffer 3, die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Antragstellerin innerhalb von zwei Wochen nach Annahme des Angebots einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu den Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin auf den konkret bezeichneten Strecken zu gewähren, war abzulehnen.
- 187 Der Antragsgegnerin steht es frei, den begehrten Leerrohrzugang entweder unter Verzicht auf die von ihr reklamierte [REDACTED] zu gewähren oder hierzu

eine entsprechende Ertüchtigung vorzunehmen. Insofern kann die Angemessenheit einer zweiwöchigen Frist angesichts des möglichen Aufwandes einer Ertüchtigung derzeit nicht festgelegt werden.

- 188 Die tatsächliche Zugangsgewährung sollte unverzüglich nach Angebotsannahme durch die Antragstellerin erfolgen.

Vgl. dazu, dass der tatsächliche Zugang erst nach Abschluss der vertraglichen Zugangsvereinbarung gewährt werden muss, VG Köln, Beschl. v. 14. 3. 2023, 1 L 58/23, juris-Rz. 55.

- 189 Grundsätzlich kann die Beschlusskammer auch hierzu Fristen als faire und angemessenen Bedingungen anordnen. Sollte die Antragsgegnerin die Ertüchtigung etwa als Instrument einer weiteren, unzulässigen Verzögerung des von ihr zu gewährenden offenen Netzzugangs missbrauchen, besteht hier die Möglichkeit, in einem Folgeverfahren kurzfristige, zwangsgeldbewährte Anordnungen zu treffen.

2.4 Zwangsgeldandrohung

- 190 Für den Fall, dass die Antragsgegnerin den Anordnungen in Tenorziffer 1 zur Unterbreitung eines auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichteten Angebots nicht bis zum 30. 4. 2024 nachkommt oder von der Antragstellerin Kosten für die Angebotslegung verlangt, wird ihr die Festsetzung jeweils eines Zwangsgeldes in Höhe von 10.000 € angedroht.
- 191 Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung sind die §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. b), 11, 13 VwVG.

Formelle Voraussetzungen

- 192 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung liegen vor, insbesondere wurden die Verfahrensvorschriften gewahrt. Die Anordnungen nach Ziffer 1 des Tenors können gemäß § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitbeilegungsentscheidung gemäß § 217 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat. Da die Anordnungen jeweils nur durch die Antragsgegnerin als Eigentümerin der Infrastruktur und nicht durch einen anderen vorgenommen (bzw. unterlassen) werden können und nur von ihrem Willen als Verpflichtete abhängen, ist gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwVG das Zwangsgeld als Zwangsmittel zulässig.

Verhältnismäßigkeit

- 193 Die Zwangsgeldandrohungen sind verhältnismäßig. Sie sind jeweils ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Antragsgegnerin zur Befolgung der im Beschluss tenorierten Anordnungen anzuhalten. Die Frage der Durchsetzung der Verpflichtung zu einer entsprechenden Angebotslegung 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.

- 194 Die Androhung der Zwangsgelder ist geeignet, den tenorisierten Anordnungen den nötigen Nachdruck zu verleihen, die Antragsgegnerin zur beschlusskonformen Angebotslegung zu bewegen und sicherzustellen, dass sie hierfür keine Kosten fordert.
- 195 Ein anderes milderes Mittel, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden kann, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin ihren Verpflichtungen ohne Zwang nachkommen wird. Würde man kein Zwangsmittel unmittelbar mit den Anordnungen androhen, würde bei deren Nichtbefolgung wieder erheblich Zeit verloren gehen. Dies würde die wettbewerbliche Betätigung der Antragstellerin im hier betroffenen Gebiet unter Inanspruchnahme der geförderten Infrastruktur erheblich erschweren. Die in § 155 TKG angestrebten Synergieeffekte und das Ziel, dass

„... ein solches Telekommunikationsnetz [...] auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglich[en] muss, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten können ...“

(BT-Drucks. 19/26108 S. 347),

lassen sich jedoch nur umsetzen, wenn die entsprechende Angebotslegung zur Gewährung des offenen Netzzugangs schnellstmöglich erfolgt.

Zwangsgeldhöhe

- 196 Die angedrohten Zwangsgelder sind auch der Höhe nach angemessen. Die Höhe des Zwangsgeldes ist im jeweiligen Einzelfall unter anderem anhand der Dringlichkeit und Bedeutung der Angelegenheit zu bestimmen. Die Wichtigkeit des von der Behörde verfolgten Zwecks ist bei der Bemessung der Zwangsgeldhöhe ebenso von Bedeutung, wie auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Pflichtigen.

Vgl. Deusch / Burr, BeckOK VwVfG, 61. Ed., 1. 4. 2022, VwVG § 11 Rz. 13.

- 197 Die Höhe von 10.000 € schöpft jeweils den Zwangsgeldrahmen des § 11 Abs. 3 VwVG nicht aus, ist aber gleichzeitig hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln zu erzwingen. Dabei orientiert sich die Höhe des jeweiligen Zwangsgeldes auch an der Bedeutung der Sache für die Antragstellerin, das streitgegenständliche Vorhaben in einem angemessenen Zeitraum realisieren zu können. Dass die Zwangsgelder hier gleich hoch bemessen sind, ergibt sich aus dem Umstand, dass ein mit Kosten verknüpftes Angebot für die Antragstellerin letztlich nicht annehmbar ist.
- 198 Die Kammer berücksichtigt bei der Festlegung der Zwangsgeldhöhe zudem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin und die Höhe der aufgewendeten

staatlichen Fördermittel. Bei Nichtumsetzung der Verpflichtungen wäre der Betrag von 10.000 € nicht so gering, dass er der Antragsgegnerin nicht schaden würde, andererseits kann sie diesen Betrag aufbringen. Dies gilt auch mit Blick darauf, dass 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, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Bayer

Dr. Haslinger

Gliederung

1	Sachverhalt	4
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	Entscheidung in der Sache	18
2.3.1	Formelle Voraussetzungen	19
2.3.1.1	Bilaterales Zugangsverfahren zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin.....	19
2.3.1.2	Sachbescheidungsinteresse.....	22
2.3.2	Materielle Voraussetzungen.....	25
2.3.2.1	Materiellrechtlicher Rahmen der Entscheidung	25
2.3.2.2	Anspruchsberechtigte.....	25
2.3.2.3	Anspruchsverpflichtete	25
2.3.2.4	Offener und diskriminierungsfreier Zugang zum streitgegenständlichen Netz	26
2.3.2.4.1	Zugangsprodukt	26
2.3.2.4.2	Umfang der geförderten bzw. als gefördert geltenden Infrastruktur	27
2.3.2.4.2.1	Geförderte Infrastruktur	27
2.3.2.4.2.2	Als gefördert geltende Infrastruktur.....	27
2.3.2.4.3	Freie Kapazitäten	31
2.3.3	Verpflichtung zur Angebotslegung.....	33
2.3.3.1	Berücksichtigung vorhandener Kapazitäten	33
2.3.3.2	Kosten der Angebotslegung als faire und angemessene Bedingung.....	35
2.3.3.3	Untersagung von Kosten für Angebotslegung	38
2.3.3.4	Frist zur Angebotslegung	39
2.3.3.5	Ablehnung des Antrags im Übrigen	39
2.4	Zwangsgeldandrohung	40
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	43