



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-20/001

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

**EFN eifel-net Internet Provider GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Bendenstraße 31-33, 53879 Euskirchen,**

– Antragstellerin –

gegen

**bn:t Blatzheim Networks Telecom GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Pennefeldsweg 12, 53177 Bonn,**

– Antragsgegnerin –

Öffentliche Fassung, enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Beigeladene

1. NetCologne GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Am Coloneum 9,
50829 Köln, – Beigeladene zu 1 –
2. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations-
und Mehrwertdiensten e. V.,
vertreten durch den Vorstand,
Frankenwerft 35,
50667 Köln, – Beigeladener zu 2 –
3. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V.,
vertreten durch den Vorstand,
Menuhinstraße 6,
53113 Bonn, – Beigeladener zu 3 –
4. Rhein-Sieg-Kreis,
vertreten durch den Landrat,
Kaiser-Wilhelm-Platz 1,
53721 Siegburg, – Beigeladener zu 4 –
5. Vattenfall Bitstream Infrastructure GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Chausseestraße 23,
10115 Berlin, – Beigeladene zu 5 –
6. EWE TEL GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Cloppenburg Straße 310,
26133 Cloppenburg, – Beigeladene zu 6 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Panienska Rechtsanwälte,
Am Bach 20, 33602 Bielefeld,

des Beigeladenen zu 4: Muth & Partner mbB,
Rangstraße 5, 36037 Fulda,

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

durch

die Beisitzerin als Vorsitzende Stefanie Gille-Lindhorst,
den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger und
den Beisitzer Dr. Dirk Martin Kutzscher

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen der Antragsgegnerin in der Stadt Rheinbach im Ortsteil Queckenberg. Der Ortsteil besteht aus dem Dorf Queckenberg und den Siedlungsplätzen Eichen, Hardt, Loch, Sürst und Haus Winterburg.
- 2 Die Antragstellerin ist ein überregionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze anbietet.
- 3 Die Antragsgegnerin ist ein regionaler Telefon-, TV- und Internetanbieter mit VDSL- und Glasfaseranschlüssen. In dem Ortsteil Queckenberg hat die Antragsgegnerin ein FTTH-Netz errichtet.
- 4 Streitgegenstand ist die Mitnutzung von Leerrohren in zwei Teilabschnitten. Die Antragstellerin begehrt die Mitnutzung eines einzelnen Leerrohres 12/8 in einem Rohrverbund 7×12/8 sowie die Mitnutzung eines Einzelrohres 7/4 in einem Rohrverbund 24×7/4. Diese Leerrohre verbinden die in dem Ortsteil Queckenberg befindlichen Kabelverzweiger [REDACTED] (im Folgenden: KVz 1), [REDACTED] (im Folgenden KVz 2) und [REDACTED] (im Folgenden: KVz 3).
- 5 Der KVz 1 befindet sich in Loch, im nördlichen Teil des Ortsteils Queckenberg. Von dort verläuft ein Leerrohrverbund 7×12/8 in Richtung Süden bis zu dem Dorf Queckenberg, wo er durch den KVz 3 hindurchgeführt wird. Der Leerrohrverbund verläuft weiter in südöstliche Richtung und biegt dann ungefähr rechtwinklig in Richtung Westen ab. Im weiteren Verlauf wird der Leerrohrverbund durch den Siedlungsplatz Hardt geführt. In Hardt möchte die Antragstellerin ein Teilstück des Leerrohrverbundes 24×7/4 nutzen, um zu dem dort befindlichen KVz 2 zu gelangen.
- 6 Mit Schreiben vom 4. 2. 2020 erklärte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin die Absicht, ein Leerrohr 12/8 des Rohrverbundes 7×12/8 und in einem kurzen Abschnitt ein Einzelrohr 7/4 des Rohrverbundes 24×7/4 von der Antragsgegnerin erwerben zu wollen und bat um ein entsprechendes Angebot. Hilfsweise, falls die Antragstellerin den Verkauf der Leerrohre ablehne, beantragte die Antragstellerin die Mitnutzung dieser Leerrohre. Beabsichtigt sei die Errichtung eines Hochgeschwindigkeitsnetzes in Queckenberg, Loch und Sürst-Hardt mit einem FTTC-Ausbau. Für einen Anschluss sei zudem ein FTTB/FTTH-Anschluss zu dem Ortsteil Sürst-Hardt geplant. Die Leerrohre seien für die Anbindung der KVz 3, KVz 2 und der Gebäude Burg Sürst-Hardt und Eichen 3 bis 8 vorgesehen.
- 7 Zum Zeitplan führte die Antragstellerin aus, sie beabsichtige,

„...die Einbringung und Montage nach Erhalt der wegerechtlichen Zustimmungen und der Genehmigung der Nutzung von Wirtschaftswegen und nach Abschluss der Verlegung der Leerrohre und Montage der Verteilerschränke noch in 2020 durchzuführen.“
- 8 Die Anfrage sei auf Grundlage von Unterlagen erfolgt, welche die Antragsgegnerin im Rahmen einer vorherigen Leitungsauskunft bereitgestellt habe. Dem Anschreiben war

eine Anlage 1 beigefügt, in der die Lage der Leerrohre kartografisch dargestellt war. Eine weitere Anlage enthielt neben der kartografischen Darstellung der Leerrohre auch die Lage der dort befindlichen Kabelverzweiger KVz 1, KVz 2 und KVz 3. In dem Anschreiben wurde auf beide Anlagen verwiesen.

- 9 Mit Schreiben vom 30. 3. 2020 lehnte die Antragsgegnerin sowohl einen Verkauf der Leerrohre als auch eine Mitnutzung der Infrastruktur ab. Sie begründete die Ablehnung der Mitnutzung mit einem formalen Fehler des Mitnutzungsantrages. Die Angabe der Antragstellerin, die Einbringung und Montage sei „noch in 2020“ beabsichtigt, genüge nicht den gesetzlichen Vorgaben in § 77d Abs. 1 Nr. 2 TKG. Hilfsweise berief sich die Antragsgegnerin auf den Ablehnungsgrund des Überbaus nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG. Sie habe im angefragten Gebiet ein Glasfasernetz errichtet, zu dem sie auf Nachfrage den Zugang für Glasfaseranschlüsse (Open Access) anbiete.
- 10 Mit Schreiben vom 4. 4. 2020, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 9. 4. 2020 beantragte die Antragstellerin:

„Es wird beantragt, dass entschieden wird, die Antragsgegnerin solle ein Angebot zur Mitnutzung des Leerrohrverbundes zum Einbringen einer Glasfaserleitung im Bereich der Neusitzer Straße und im Verlauf der Hauptstraße bis zur Kimberger Straße 1, wie in Anlage AS1 mit Ergänzung Anlage AS3 bei der Antragsgegnerin angefragt, der Antragstellerin unterbreiten.“

- 11 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbelegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 7 vom 22. 4. 2020 als Mitteilung Nr. 97 veröffentlicht.
- 12 In dem zunächst bei der Bundesnetzagentur eingegangenen Antrag gab die Antragstellerin zur Lage der Leerrohre Straßenbezeichnungen an, die in der Stadt Rheinbach nicht existieren. Aus dem weiteren Text der Antragschrift sowie darin enthaltenen Kartenmaterial ergaben sich aber Lage und Verlauf der Leerrohre im Ortsteil Queckenberg der Stadt Rheinbach. Die Antragstellerin berichtigte nach Hinweis durch die Antragsgegnerin ihren Antrag mit Schreiben vom 7. 5. 2020 und stellte klar, dass der Antrag wie folgt lautet:

*„Es wird beantragt, dass entschieden wird, die Antragsgegnerin solle ein Angebot zur Mitnutzung des Leerrohrverbundes zum Einbringen einer Glasfaserleitung in ein Einzelrohr 7*12/8 im Bereich der Madbachstraße/Eichener Weg und eines Einzelrohres im Rohrverbund 24*7/4 in Anlehnung der Locher Straße wie in Anlage AS1 mit Ergänzung Anlage AS3 bei der Antragsgegnerin angefragt, der Antragstellerin unterbreiten.“*

- 13 Die Antragstellerin begehrt die Mitnutzung einer Verbindungslinie zwischen dem KVz 1 (in Loch) über den KVz 3 (im Dorf Queckenberg) in Richtung KVz 2 (in Hardt-Sürst). Den KVz habe sie seit 2010 ausgebaut. Dort sei ein Vectoringausbau mit entsprechender Fertigstellung erfolgt. Der KVz 2 sei an den KVz 1 angeschlossen und werde von dort aus mit einem Querkabel versorgt. Im Rahmen eines geförderten Ausbaus solle nunmehr eine direkte Erschließung des KVz 2 erfolgen, so dass zukünftig Datenraten

bis 250 Mbit/s im Downstream möglich seien. Zusätzlich sei „ein FTTB-Ausbau für die südlichen Adressen angeboten“. Aktuell seien zwei FTTB-Anschlüsse vorgesehen. Allerdings sei die Frist zur Abgabe entsprechender Grundstückseigentümergeklärungen noch nicht abgelaufen, so dass gegebenenfalls noch weitere FTTB-Ausbauten hinzukommen könnten. Die beantragte Mitnutzung erfolge im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus, der auf Grundlage der „Weiße-Flecken-Förderung“ des Bundes durch den Beigeladenen zu 4 subventioniert werde.

- 14 Aus dem auszugsweise als Anlage 3a vorgelegten Zuwendungsvertrag zwischen dem Beigeladenen zu 4 und der Antragstellerin ergibt sich, dass dieser einen Investitionskostenzuschuss für eine Wirtschaftlichkeitslücke der Breitbandversorgung im Bereich Rheinbach-Hardt gewährt. Dieses Gebiet war als Sondereinzellos (SEL) 11 Gegenstand einer Ausschreibung zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession. Die Ausschreibung wurde, nach Durchführung eines Markterkundungsverfahrens sowie eines Interessenbekundungsverfahrens, am 21. 9. 2016 veröffentlicht. Nach vorläufigen Zuwendungsbescheiden des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen im Jahr 2016 ergingen die endgültigen Förderbescheide am 6. 3. 2019 (Bund) bzw. am 22. 5. 2019 (Land Nordrhein-Westfalen). Daraufhin wurde der Zuwendungsvertrag zwischen dem Beigeladenen zu 4 und der Antragstellerin am 30. 8. bzw. 9. 9. 2019 unterschrieben.
- 15 Durch den Zuwendungsvertrag wird die Antragstellerin verpflichtet, gemäß ihrem Angebot im Ausschreibungsverfahren im Ausbaubereich für mindestens 95 % der Haushalte zuverlässig Bandbreiten von 50 Mbit/s und mehr sowie für alle Haushalte mindestens 30 Mbit/s im Downstream zu gewährleisten. Der Beigeladene zu 4 verpflichtet sich, einen Wirtschaftlichkeitslückenausgleich zu zahlen. Der von dem SEL 11 erfasste Ausbaubereich deckt sich nicht mit dem Bereich, der von dem KVz 2 aus versorgt werden kann, sondern geht darüber hinaus. Bestimmte Adressen werden derzeit von dem KVz [REDACTED] (im Folgenden: KVz 4) aus erschlossen. Aufgrund der Länge des Kupferkabels von über 2000 m zwischen diesem KVz und diesen Adressen ist eine Versorgung über Vectoring mit 30 Mbit/s nicht möglich, sondern eine eigenständige Glasfaseranbindung erforderlich.
- 16 Bezugnehmend auf die Ablehnung des Mitnutzungsantrags durch die Antragsgegnerin, erläuterte die Antragstellerin, dass der als zu unbestimmt monierte Realisierungszeitraum des Projekts im zeitlichen Kontext mit der Antragstellung und der Antwortfrist der Antragsgegnerin zu sehen und hinreichend bestimmt sei. Die Einbringung von Glasfaser auf den beiden Strecken im Wege der Mitnutzung sei mit Blick auf die geringe Länge und die geringe Komplexität des Einbringvorgangs binnen weniger Stunden an einem Tag möglich. Eine Festlegung auf ein ganz bestimmtes Leerrohr (Micropipe) innerhalb der Komponente Rohrverbund 7x7/12 sei der Antragstellerin nicht zumutbar und nicht im Sinne des Gesetzgebers.
- 17 Die Antragsgegnerin könne auch nicht den Versagungsgrund eines Überbaus einwenden. Der von der Antragstellerin geplante Ausbau der KVz 3 und KVz 2 als auch mehrerer FTTB-Anschlüsse erschließe mehrheitlich Ausbau- bzw. Versorgungsgebiete, die

nicht von der Antragsgegnerin versorgt würden. Es werde nicht bestritten, dass auch Adressen, die von der Antragsgegnerin versorgt werden, durch die KVz 3 und KVz 2 erschlossen seien; es würden aber viele weitere Adressen durch die Antragstellerin eine Verbesserung der Versorgungslage erhalten, da das von ihr geplante Ausbaugelände erheblich größer sei als das Ausbaugelände der Antragsgegnerin.

- 18 In der Antragsabweisung vom 4. 5. 2020 legte die Antragsgegnerin dar, dass die zur Mitnutzung beantragten Leerrohre Teil ihres flächendeckenden glasfaserbasierten NGN-Versorgungsnetzes seien. Sie versorge in der Stadt Rheinbach in den Ortsteilen Lorch, Hardt, Sürst-Hardt und Queckenberg bereits viele Haushalte mit FTTB und biete ansonsten auch eine Anbindung der „homes passed“ an, bei denen nur noch der eigentliche Gebäudeanschluss fehle. Einen Zugang zu diesem Netz könne die Antragsgegnerin jedem Nachfrager diskriminierungsfrei gewähren.
- 19 Diesbezüglich rügte die Antragsgegnerin den von der Antragstellerin durchgeführten und von dem Beigeladenen zu 4 geförderten Ausbau als beihilferechtswidrig sowie die Schilderung der Antragstellerin als un schlüssig. Die Markterkundung aus dem Jahr 2015, auf die sich die hier gegenständliche Förderung des Ortsteils Hardt stütze, biete gemäß § 2 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 NGA-RR nur die Möglichkeit, sich bis zum 24. 9. 2018 auf eine förderfähige Kulisse berufen zu können. Danach – und damit vor der Förderung des Ausbaus der Antragstellerin – hätte eine erneute Markterkundung stattfinden müssen. Diese hätte zum Zeitpunkt des Zuwendungsvertrages bereits ergeben, dass keine Förderfähigkeit mehr bestanden hätte, da die Antragsgegnerin ihre eigenwirtschaftliche Ausbauabsicht für das gesamte Gebiet des Ortsteils Hardt sowie die umliegenden Ortsteile bekundet hätte. Die beantragte Mitnutzung könne daher schon dem Grunde nach nicht gewährt werden, da die Förder- und damit auch Ausbaumaßnahme auf einer rechtswidrigen Grundentscheidung fuße.
- 20 Hinsichtlich der Sachvorträge der Antragstellerin zur Förderung stellte die Antragsgegnerin klar, dass ihrer Auffassung nach ausschließlich die NGA-Breitbandförderung des Ortsteils Hardt (SEL 11) betroffen sei und der Vortrag zur Anbindung des KVz 3 in Queckenberg dem Sachverhalt zuwiderliefe, da dessen Anbindung für die Erschließung des Ortsteils Hardt nicht erforderlich und daher weder schlüssig noch inhaltlich nachvollziehbar sei. Die von der Antragstellerin genannten Adressen Burg Sürst-Hardt und Eichen 3 bis 8, um deren Anschluss es offenbar gehe, lägen offensichtlich nicht im Fördergebiet und seien insofern nicht von der Förderung betroffen. Die aufgeführten Gebäude, die die Antragstellerin anschließen wolle, würden außerdem von keinem der vom Mitnutzungsantrag erfassten KVz, sondern von dem KVz 4 versorgt.
- 21 Zudem trug die Antragsgegnerin vor, der Antrag sei unzulässig, weil die in dem Antrag zunächst bezeichneten Straßen nicht in Rheinbach lägen. Daher sei sie nicht passiv legitimiert.
- 22 Der Antrag sei zudem auch unbegründet, da die begehrte Mitnutzung nicht der Anbindung an ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz diene. Die derzeit vorhandene Richtfunkversorgung zur Anbindung des Gebietes an das Backbone der Antragstellerin stelle

nicht sicher, dass der KVz 2 den angeschlossenen Haushalten Datendienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s bereitstelle.

- 23 Daneben fehle es auch an einer detaillierten Beschreibung des Projekts, die den Anforderungen des § 77d Abs. 2 S. 1 TKG genüge. Es fehle an einem hinreichend genauen Zeitplan. Weiter bestreitet sie die Möglichkeit der Umsetzung des Projekts innerhalb von zwei Tagen und verlangt für den angeblich überschaubaren Planungsaufwand eine detailliertere Darstellung des Zeitplans.
- 24 Zum Überbau erklärte die Antragsgegnerin, sie habe in Queckenberg ein Glasfasernetz errichtet. [REDACTED] in dem von dem Mitnutzungsantrag betroffenen Gebiet sei eine Glasfaser der Antragsgegnerin bereits an der Grundstücksgrenze verlegt (homes passed). Dort seien in der Regel alle notwendigen (Erschließungs-)Vorarbeiten auf öffentlichem Grund für die Haushalte abgeschlossen. Lediglich der eigentliche Gebäudeanschluss des jeweiligen Haushaltes, also der Einzug des Glasfaserkabels und die Installation der notwendigen Technik im Gebäude seien noch durchzuführen. [REDACTED] der Gebäude in dem Bereich seien bereits angeschlossen (homes connected). Dazu legte die Antragsgegnerin als Anlage AG1 eine nach Adressen geordnete Übersicht über die von ihr angeschlossenen und denjenigen Adressen vor, an deren Grundstücksgrenze ihre Glasfasern anliegen (homes passed). Noch nicht angeschlossene Kunden könnten über das Open-Access-Angebot der Antragsgegnerin angeschlossen werden. Sie trug weiter vor, dass die KVz 2 und KVz 3 – entgegen der Behauptung der Antragstellerin – bereits mit Glasfaser erschlossen seien.
- 25 Eine auf den 11. 5. 2020 terminierte öffentliche mündliche Verhandlung wurde aufgehoben, nachdem die Verfahrensbeteiligten den Verzicht auf die Verhandlung erklärt hatten. Die Terminaufhebung ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbelegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 8 vom 6. 5. 2020 als Mitteilung Nr. 109 veröffentlicht.
- 26 Mit Schreiben vom 12. 5. 2020 nahm der Beigeladene zu 4 Stellung. Darin wendet er sich gegen das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach ein Verstoß gegen Art. 107 AEUV und eine rechtswidrige öffentliche Beihilfe vorliegen soll. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin stünden die Regelungen der §§ 2 Abs. 2 und 4 Abs. 1 NGA-Rahmenregelung in keiner Verbindung zu der Frage, wann und in welcher Weise mit der Umsetzung einer Fördermaßnahme begonnen werden müsse. Auch die förderrechtlichen Rahmenbedingungen im Bundesförderprogramm enthielten hierzu keine einschränkenden Vorgaben. Der Beigeladene zu 4 machte darauf aufmerksam, es sei eher die Regel, dass sich komplexe Ausschreibungsverfahren auf Grundlage des Bundesförderprogramms wesentlich länger hinzögen als der zuvor festgelegte Zeitraum. Zudem bliebe es für den Beigeladenen zu 4 unklar, auf welche von der Antragsgegnerin angeführte Frist in der Erwiderung der Antragsgegnerin Bezug genommen werde. Die in den beihilfe- und förderrechtlichen Rechtsgrundlagen angegebenen Fristen, wie § 4 Abs. 6 NGA-RR und Ziffer 5.2 der Bundesförderrichtlinie, wären entweder eingehalten worden oder stünden mit den aufgeworfenen Problemfeldern in keinem

Zusammenhang. Abschließend führte der Beigeladene zu 4 an, dass sowohl der Bundesfördermittelgeber als auch der Kofinanzierungsgeber von einer beihilfe- und förderrechtlichen Ordnungsgemäßheit des Gesamtvorgangs ausgingen, was die Erteilung des endgültigen Förderbescheids im entsprechenden Projekt belege.

- 27 Mit Schreiben vom 19. 5. 2020 bat die Beschlusskammer die Antragstellerin bis zum 5. 6. 2020 für die Sachverhaltsermittlung weitere Informationen zu dem Ausbaugbiet, den dort befindlichen Kabelverzweigern und ihres Ausbauvorhabens vorzulegen. Des Weiteren forderte sie zur Darlegung auf, wie der Vortrag zu verstehen sei, eine Festlegung auf ein ganz bestimmtes Leerrohr (Micropipe) innerhalb der Komponente Rohrverbund 7×7/12 (blau gestrichelte Linie) sei der Antragstellerin nicht zumutbar. Zudem fragte die Beschlusskammer nach, ob der Antragstellerin ein konkretes Angebot für den Zugang zum Netz der Antragsgegnerin gemacht worden sei und zu welchen Bedingungen dieser Zugang erfolge.
- 28 Am gleichen Tag stellte die Beschlusskammer auch der Antragsgegnerin schriftliche Rückfragen zu dem Ausbau der Antragsgegnerin, der derzeitigen Versorgungslage in dem betroffenen Gebiet und Anschlussmöglichkeiten sowie Bedingungen eines Open-Access-Angebotes.
- 29 Die Antragstellerin beantwortete mit Schreiben vom 22. 5. 2020 die Rückfragen der Beschlusskammer. Sie trug vor, der KVz 1 sei seit dem Jahr 2011 „u. a. auch mit Vectoringtechnik“ ausgebaut. Über die aktive Technik an diesem Kabelverzweiger würden die KVz 3 und KVz 2 „mit DSL-Signalen unter Einsatz der Vectoringtechnik versorgt“. Durch die Mitnutzung solle die vorhandene Backbone-Anbindung des KVz 1 zu den KVz 3 und KVz 2 „verlängert“ werden. Die vorhandene Backbone-Anbindung des KVz 3 (Richtfunk) solle durch „ein Glasfaser-Backup in der Verfügbarkeit durch Doppelabstützung verbessert werden“. An dem KVz 2 solle statt des bisher genutzten Kupfer-Querkabels von KVz 1 aktive Technik am KVz 2 errichtet und mittels Glasfaser an das Backbone der Antragstellerin angebunden werden. Im Versorgungsbereich aller drei KVz sei kein Anschluss der Endkunden über Glasfaseranschlüsse (FTTB oder FTTH) geplant, so dass kein Überbau im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG vorliege. Eine Erhöhung der Datenrate bei den Endkunden werde in beiden Bereichen des KVz 1 und KVz 2 nicht durchgeführt. Im Bereich des KVz 2 solle die bislang verfügbare Bandbreite für die Endkunden auf 100 Mbit/s im Downstream verbessert werden. Diese Ausbaumaßnahme sei Teil des vertraglich mit dem Beigeladenen zu 4 vereinbarten geförderten Breitbandausbaus. Der Zuwendungsvertrag mit dem Beigeladenen zu 4 sehe dabei vor, dass im Fördergebiet die Versorgung mit 100 % der Haushalte mit mindestens 30 Mbit/s und 95 % der Haushalte mit mindestens 50 Mbit/s im Downstream sicherzustellen sei.
- 30 Die Antragstellerin legte zu allen drei KVz Kartenmaterial vor, aus dem sich die Position des KVz, die potentiell von den KVz versorgbaren Adressen und die Lage des Leerrohrnetzes der Antragsgegnerin ergaben. Daraus sei eindeutig erkennbar, dass im Be-

reich der drei KVz deutlich mehr Endkunden über FTTC versorgt würden, als möglicherweise durch den – von der Antragstellerin mit Nichtwissen bestrittenen – FTTB-Ausbau seit 2019. Somit bestehe auch keine Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG. Auch ein Überbau im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG scheide aus, da seitens der Antragsgegnerin keine Vorleistungsprodukte zur Bereitstellung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes bereitgestellt werden könnten.

- 31 Weiter teilte die Antragstellerin mit, es gebe eine weitere Absichtserklärung eines Eigentümers, die verbindliche Grundstückseigentümergeklärung sei aber bislang nicht eingegangen. Der Vortrag der Antragsgegnerin, die betreffenden Adressen könnten nicht durch den KVz 2 versorgt werden, sei zutreffend, aber für den Mitnutzungsanspruch unerheblich. Es komme lediglich darauf an, ob die Antragstellerin diese Adressen mit einem digitalen Hochgeschwindigkeitsnetz versorge. Relevant sei aber, dass diese Adressen nicht von der Antragsgegnerin versorgt seien und es also zu keinem Überbau eines bestehenden Glasfasernetzes komme. Es handele sich nicht um dasselbe Ausbaugbiet; das von der Antragstellerin ausgebaute FTTC-Netz sei erheblich größer als das von der Antragsgegnerin behauptete Glasfasernetz.
- 32 Die Antragstellerin erklärte außerdem, mit der Formulierung im Schreiben vom 4. 4. 2020 habe sie klarstellen wollen, dass ihr nicht zuzumuten sei, bereits im Streitbeilegungsantrag konkret zu beantragen, welches der sieben Micropipes sie mitnutzen wolle.
- 33 Im Weiteren trug die Antragstellerin vor, ein Angebot der Antragsgegnerin für den Zugang für deren Netz sei ihr nicht übermittelt worden. Die Antragsgegnerin könne ihr auch in Bezug auf den Ortsteil [REDACTED] sowie viele weitere Adressen im Ortsteil [REDACTED] kein Angebot unterbreiten, da ihr Glasfasernetz nicht flächendeckend sei. Die Antragstellerin bestritt mit Nichtwissen, dass die Leerrohre mit Glasfasern bestückt seien. Zudem bestritt sie mit Nichtwissen, dass es – unabhängig von den angeblich bis auf die Grundstücke vorhandenen Leerrohre auch tatsächlich Hausanschlüsse und somit terminierte (gespleiste) Glasfaserverbindungen zur Nutzung von aktiver Technik gebe.
- 34 Zu ihren Angaben zum Zeitplan der begehrten Mitnutzung im Antrag an die Antragsgegnerin führte die Antragstellerin aus, dass diese Angaben ausreichend gewesen seien. Der Antrag datiere auf Februar 2020. Sinngemäß trug die Antragstellerin weiter vor, dass ab dem Zeitpunkt der Ablehnung der Mitnutzung im April 2020 noch ein Zeitraum von acht Monaten verbliebe und dies eine hinreichend genaue zeitliche Angabe gewesen sei. Im Übrigen habe die Antragstellerin Anträge auf wegerechtliche Zustimmung an die Stadt Rheinbach übersandt. Dies sei bereits im März 2020 und damit vor Erhalt der ablehnenden Antwort der Antragsgegnerin erfolgt.
- 35 Die Beschlusskammer bat mit E-Mail vom 26. 5. 2020 bezüglich des von der Antragstellerin übersandten Kartenmaterials um Klarstellung, ob darin enthaltene Markierungen von der Antragstellerin versorgte Endkunden oder die von dem jeweiligen KVz po-

tentiell versorgbaren Adressen darstellten. Falls letzteres zutreffe, bat die Beschlusskammer um Mitteilung, welche der markierten Adressen Endkunden der Antragstellerin seien. Die Antragstellerin legte mit Schreiben vom 27. 5. 2020 eine nach Straßenzügen aufgegliederte Übersicht der versorgbaren und der von der Antragstellerin versorgten Adressen vor.

- 36 Der Beigeladene zu 4 wies mit Schreiben vom 4. 6. 2020 darauf hin, dass das Ausbaugebiet des SEL 11 Rheinbach in Anlage AS9 nicht vollständig angegeben worden sei. Auch das Gebiet Eichen gehöre zu diesem Ausbaugebiet, und zwar die Adressen Eichen 4 und 8.
- 37 Mit Schreiben vom 5. 6. 2020 äußerte sich die Antragsgegnerin zu den zwischenzeitlich eingegangenen Stellungnahmen der Antragstellerin sowie zu den von der Beschlusskammer am 19. 5. 2020 aufgeworfenen Fragen. Sie bekräftigte ihre Zurückweisung des Antrags der Antragstellerin bereits aus Zulässigkeitsgründen. Sie halte den Inhalt des konkret gestellten Antrags für nicht vollstreckungsfähig, da er aufgrund der „Soll“-Formulierung der Antragsgegnerin zur Vornahme der Handlung einen Ermessensspielraum einräumen würde und sie damit nicht verpflichtet sei, die beantragte Handlung vorzunehmen. Außerdem sei dem Antrag nicht zu entnehmen, welche Leerrohre konkret zur Mitnutzung beantragt werden würden, es fehle an der konkreten Lage des Leerrohrverbundes sowie an einem konkret beantragten Teilstück, ein Antrag könne nicht durch das Hinzulesen von Anlageninhalten konkretisiert werden.
- 38 Daneben widersprach die Antragsgegnerin der im Wege der Abänderung des Antrags eingetretenen objektiven Klageänderung. Diese sei nicht sachdienlich und insoweit unzulässig, weshalb der neuerlich mit Schriftsatz vom 7. 5. 2020 gestellte Antrag abzulehnen sei. Eine zulässige Änderung des Klageantrags gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 264 ZPO liege nicht vor, da insbesondere kein Regelfall des § 264 Nr. 1 bis 3 ZPO einschlägig sei und ein völlig neuer Antrag unter Bezugnahme eines gänzlich anderen Streitgegenstandes gestellt worden sei. Die Sachdienlichkeit einer Klageänderung sei objektiv im Hinblick auf die Prozesswirtschaftlichkeit zu beurteilen und dann abzulehnen, wenn der Antrag bereits entscheidungsreif wäre, was hier mit Stellung des Antrags mit Schriftsatz vom 4. 5. 2020 und der darauf erfolgten Erwiderng mit dem beiderseitigen Verzicht auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung der Fall gewesen sei.
- 39 Zu den von der Beschlusskammer aufgeworfenen Fragen erklärte die Antragsgegnerin, dass der in der Anlage anhand von Planzeichnungen vorgelegte Leerrohrausbau in Rheinbach, Ortsteil Queckenberg, vollständig abgeschlossen und komplett mit Glasfasern bestückt sei. Alle Strecken seien mit aktiver Technik versehen und in Betrieb, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Alle Kunden im Ausbaugebiet würden mit einem FTTB/FTTH-Anschlussprodukt versorgt, es sei aber auch möglich, den Hausanschluss ohne ein Anschlussprodukt der Antragsgegnerin zu beziehen [REDACTED]

- 40 Die von der Antragstellerin benannten Gebäude könnten im Rahmen eines Open-Access-Produktes angeschlossen und mit einem Hausanschluss mit den notwendigen Tiefbauarbeiten durch die Antragsgegnerin versorgt werden. Auch wenn die Antragstellerin ein solches Produkt bislang nicht nachgefragt habe, führte die Antragsgegnerin hierzu aus, dass sie im Ausbaugbiet einen Open Access in Form eines entbündelten Zugangs zur Glasfaser-TAL anbiete. Sie habe im Ausbaugbiet einen Glasfaserausbau auf Basis von Point-to-Point Glasfaserverbindungen errichtet, einzelne Glasfasern würden bis zu einem Glasfaser-HVT geführt und könnten dort an einem Patchfeld vom Nachfrager übernommen, verlängert und dann eigenständig beschaltet werden. Die Übernahme der Glasfaser-TAL sei im Ausbaugbiet am Glasfaser-HVT [REDACTED] [REDACTED] möglich. Das monatliche Überlassungsentgelt je Glasfaser-TAL betrage 30,00 € (netto), die Kosten für die Verbindung zum Patchfeld zur Verlängerung der Glasfaser-TAL trage der Open-Access-Partner selbst, Kollokationsleistungen seien derzeit nicht vorgesehen, könnten aber auf Nachfrage auch angeboten werden. Konzentrations- und Zuführungsleistungen (Bitstream Access) würden von der Antragsgegnerin bislang nicht angeboten, sofern eine Nachfrage bestünde, prüfe man aber, unter welchen Bedingungen ein entsprechendes Angebot unterbreitet werden könne.
- 41 Die entbündelte Glasfaser-TAL setze grundsätzlich einen bereits bestehenden Gebäudeanschluss voraus, der aber auch von der Antragsgegnerin erstellt werden würde, wenn er noch nicht existiere. Die tatsächlichen Kosten der Erstbereitstellung wären vom ersten Open-Access-Partner und ggf. vom Gebäudeeigentümer direkt zu entrichten. Bei einem Wechsel des Open-Access-Partners zahle der aufnehmende Open-Access-Partner den Restwert der Kosten der Erstellung des Hausanschlusses unter Berücksichtigung eines [REDACTED] an den abgebenden Open-Access-Partner wie im aktuellen FTTH-Vorleistungsmodell der Telekom Deutschland GmbH vorgesehen. Das Modell finde auch für die Fälle Anwendung, in denen die Antragsgegnerin den Hausanschluss bereits erstellt habe.
- 42 Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin führte die Antragsgegnerin aus, dieses zeige, dass die geplante Versorgung der Endkunden mittels VDSL-Vectoring keine Versorgung mit einem Produkt ermögliche, welches die Bandbreiten auch nur des kleinsten von der Antragsgegnerin angebotenen FTTB-Produktes erreiche. Die Verbesserung der Backbone-Anbindung der drei KVz im Versorgungsgebiet durch die Antragstellerin und damit die Verbesserung der Wettbewerbssituation habe die Antragsgegnerin gemäß § 77g Abs. 1 (sic.) Nr. 7 TKG gerade nicht zu fördern. In einem solchen Fall entfalle der Rechtfertigungsgrund für die gesetzliche Inanspruchnahme und die Gewährung der Mitnutzung verstoße gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG. Die Rechtswidrigkeit der Förderung führe insofern zu einer doppelten rechtswidrigen Inanspruchnahme der Antragsgegnerin, da sie eigene privatwirtschaftliche Investitionen bereitstellen müsste, um einem mit rechtswidrigen Subventionen geförderten Mitbewerber auch noch einen zusätzlichen Wettbewerbsschub zu ermöglichen.

- 43 In diesem Zusammenhang führte die Antragsgegnerin hinsichtlich der Stellungnahme des Beigeladenen zu 4 vom 12. 5. 2020 aus, dass eine staatliche Breitbandförderung nach Ablauf der Markterkundungsfrist von drei Jahren nicht mehr ohne eine erneute Feststellung des Marktversagens gewährt werden könne, da ein Marktversagen als zwingende Voraussetzung für die Breitbandbeihilfe nach Ablauf dieser Frist nicht mehr vorläge. Ein Schweigen der Rahmenregelung zu diesem Umstand hieße gerade nicht, dass man von einem nach Fristablauf weiterbestehenden Marktversagen ausgehen könne. Die fehlende Legitimation der Beihilfe werde einmal mehr deutlich, wenn – wie hier – die Förderung eines FTTC-Ausbaus gegenüber dem bestehenden FTTB-Ausbau der Antragsgegnerin gerade keine Verbesserung der Breitbandversorgung mehr bedeute.
- 44 Die Antragsgegnerin betonte noch einmal die Ungeeignetheit der beantragten Leerrohrmitnutzung, um das Querkabel in der Verbindung zwischen dem KVz 1 und dem KVz 2 zu ersetzen und bezweifelte auch weiterhin die Erfüllung der Anforderung an ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz, da weiterhin eine Anbindung mit Richtfunk vorgesehen sei. Die Antragstellerin habe keine Aussagen darüber getroffen, mit welchen Bandbreiten die hier gegenständlichen KVz an ihr Backbone angebunden seien. Soweit die Antragstellerin ausführe, dass ein FTTC-Ausbau einen Überbau eines FTTB-Ausbaus darstellen könne, da hierbei keine Hausanschlüsse durch die Antragstellerin erstellt würden, verkenne sie, dass Ziel des Ausbaus ein Angebot an Endkunden sei, welches dann letztlich über verschiedene Techniken (FTTC bzw. FTTB/FTTH) erfolgen würde. Insoweit doppelte die Antragstellerin die NGA-Zugangsinfrastruktur der Kunden – wenn auch mit einer minderwertigeren Zugangstechnologie (Vectoring), was trotzdem einen NGA-Überbau darstelle.
- 45 Die Antragsgegnerin wehrte sich abschließend gegen den von der Antragstellerin erhobenen Vorwurf eines Nutzungszwangs durch Abschluss eines Nutzungsvertrags über zwei Jahre bei Erstellung eines Hausanschlusses. Dies sei sachlich falsch, jeder Endkunde im Versorgungsgebiet könne gegen Zahlung der Kosten einen Hausanschluss durch die Antragsgegnerin erstellen lassen – auch ohne einen Vertrag über Telekommunikationsdienstleistungen der Antragsgegnerin abzuschließen.
- 46 Die Antragstellerin vertrat in ihrer Stellungnahme vom 8. 6. 2020 erneut die Ansicht, dass der Versagungsgrund des Überbaus nicht greife. Die Ausführungen der Antragsgegnerin würden bestätigen, dass diese nicht alle Adressen im betroffenen Ortsteil Queckenburg mit FTTB versorge. Es werde daher nicht dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen. Die Antragsgegnerin könne keinen offenen Netzzugang zur Verfügung stellen, da sie nach ihren eigenen Ausführungen viele Adressen nur bis in die Straßen (homes passed) erschlossen habe und noch kein Anschluss im Gebäude vorhanden sei. An diesen Adressen könne die Antragsgegnerin also keine Vorleistungsprodukte anbieten, so dass der Versagungsgrund tragfähiger Alternativen (§ 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG) nicht zur Anwendung komme. Die Anlagen AS10 bis 16 – dabei handele es sich um Informationen zu vorhandenen Leerrohren, welche die Antragsgegnerin der

Antragstellerin im Rahmen von Leitungsauskünften zur Verfügung gestellt habe – würden zeigen, dass ganze Gebiete ohne eine Leerrohrinfrastruktur der Antragsgegnerin seien. Die zur Mitnutzung beantragte Strecke im Dorf Queckenburg sei darin aber nicht enthalten gewesen, sondern der Antragstellerin aufgrund anderer Quellen bekannt geworden. Die Existenz und Dimensionierung der weiteren zur Mitnutzung beantragten Leerrohrverbünde (vom Dorf Queckenburg nach Sürst-Hardt sowie die Strecke innerhalb von Sürst-Hardt) ergebe sich wiederum aus der Leitungsauskunft der Antragsgegnerin. Rein vorsorglich bestritt die Antragstellerin, dass die zur Mitnutzung beantragten Leerrohrverbünde bereits vollständig mit Glasfaser belegt seien. Zudem verkenne die Antragsgegnerin, dass nicht die Antragstellerin „nachbaue“, sondern die Antragsgegnerin; diese habe den aus dem Jahre 2016 datierenden Breitbandausbau kennen können, da dieser seit Jahren transparent veröffentlicht sei.

- 47 Mit Schreiben vom 25. 6. 2020 nahm der Beigeladene zu 4 zum Auskunftersuchen vom 12. 6. 2020 Stellung. Er wies zunächst darauf hin, dass einer vollständigen Offenlegung des Zuwendungsvertrages vom 29. 8. 2019 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin entgegenstünden. Weiter erläuterte er auf Nachfrage zur Fördersumme, dass sich die Fördersumme in Höhe von 3.511.366,18 € nicht nur den Ausbau des SEL 11 Rheinbach-Hardt, sondern auch den Wirtschaftslückenausgleich für das SOL Much umfasse. Bezogen auf das SEL 11 stelle die Förderung einen Betrag von 225.159,31 € dar. Zur Frage des Ausschreibungsgegenstandes erklärte der Beigeladene zu 4, dass das SEL 17 Rheinbach-Queckenberg ursprünglicher Ausschreibungsgegenstand war, wobei nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens durch die Antragstellerin eine bereits bestehende NGA-versorgung gemeldet wurde, was die teilweise Aufhebung der Ausschreibung zur Folge hatte. Auf Nachfrage der Beschlusskammer bestätigt der Beigeladene zu 4, dass er bereits vier Markterkundungsverfahren zwischen August 2015 und April 2020 durchgeführt habe, die alle das streitgegenständliche Projekt betreffen würden.
- 48 Auf den Einwand der Antragsgegnerin, der Beigeladene zu 4 habe gegen die Vorgaben aus § 2 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 NGA-RR verstoßen, da das im August 2015 verlaufende Markterkundungsverfahren nicht mehr hätte Grundlage des gegenständlichen Ausschreibungsverfahrens sein können, konstatierte der Beigeladene zu 4, dass es in der NGA-RR keine Vorgaben gebe, wie lange das Markterkundungsverfahren im Zeitpunkt des Abschlusses eines Ausschreibungsverfahrens zurückliegen dürfe und lediglich in § 4 Abs. 6 NGA-RR eine diesbezügliche Soll-Vorgabe enthalte. Mithin liege kein Verstoß gegen die aufgeführten Regelungen vor. Zudem sei zu berücksichtigen, dass komplexe Ausschreibungsverfahren wie das vorliegende mit einer Vielzahl von Losen regelmäßig lange dauern und dabei keinen Einzelfall darstellen würden. Dabei würden die Fördervorgaben keine konkreten und zwingenden Fristen für die Dauer des Verfahrens vorgeben. Vielmehr würden auch Soll-Fristen, wie die des § 4 Abs. 6 NGA-RR in der Förderpraxis eine flexible Handhabung erfahren. Jedenfalls sei hiernach eine Einleitung eines erneuten Markterkundungsverfahrens nicht erforderlich gewesen. Auch der Bundesfördermittelgeber und der Landeskofinanzierer hätten durch den jeweiligen

Erlass des Förderbescheides die förderrechtliche Rechtmäßigkeit des Vorgehens bestätigt. Darüber hinaus sei es in geförderten Breitbandprojekten nach dem Bundesförderprogramm üblich, dass TK-Unternehmen auch noch in laufenden Verfahren Eigenbauten im Ausschreibungsgebiet ankündigen, die dann ggf. auch noch nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens berücksichtigt werden könnten. So wäre es der Antragsgegnerin auch noch möglich gewesen innerhalb der Drei-Jahres-Frist vor dem 29. 9. 2019 ihre eigenwirtschaftlichen Ausbauabsichten anzukündigen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass ihr hätte bewusst sein müssen, dass auch während ihrer eigenen Ausbauüberlegungen und -planungen das Ausschreibungsverfahren noch lief und ein Eigenbau innerhalb eines geförderten Ausbaus erfolgen würde.

- 49 Des Weiteren bejahte der Beigeladene zu 4, dass eine Bindungswirkung der Ausbaupflichtung durch den Abschluss des Zuwendungsvertrages auch dann bestehen bleibe, wenn der Bereich, für den die Ausbaupflichtung greife, bereits anderweitig mit Breitbandanschlüssen versorgt sei. Der Beigeladene zu 4 erklärte, dass auch dann eine Förderung erfolge, sofern und soweit das Ausbaugbiet, für das die Ausbaupflichtung bestehe, nach Fördergrundlagen zur Durchführung eines Markterkundungsverfahrens festgelegt worden sei und zwischenzeitlich ein anderes TK-Unternehmen, welches den Eigenausbau im Markterkundungsverfahren nicht angekündigt habe, das Gebiet versorge. Der Beigeladene zu 4 bezeichnete dies als „Überbau“, der regelmäßig im Rahmen der Bundesförderpraxis erfolge. Er erklärte, dass letztlich für die Förderung das durch die Markterkundung festgelegte Ausbaugbiet maßgeblich sei, da andernfalls geförderte Maßnahmen häufig konterkariert würden.
- 50 Die Beschlusskammer forderte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30. 6. 2020 auf, weitere Fragen zur Sachverhaltsermittlung zu beantworten. Bestandteil des Fragenkatalogs war zum einen die Frage nach einer angemessenen Entgeltsetzung, insbesondere bezogen auf Bereitstellungskosten und mögliche Kündigungsentgelte, für einen seitens der Antragsgegnerin angebotenen Open Access in Form eines entbündelten Zugangs zur Glasfaser-TAL. Des Weiteren wurde auch die Frage nach dem Angebot einer unbeschalteten Glasfaser (dark fibre) thematisiert. Darüber hinaus adressierte die Beschlusskammer auch die Frage bezüglich einer veröffentlichten oder internen Preisliste zu Zugangsprodukten auf dem Netz der Antragsgegnerin.
- 51 Mit Schreiben vom 6. 7. 2020 nahm die Antragsgegnerin zu den seitens der Beschlusskammer an sie adressierten Fragen Stellung. Zur Ausgestaltung der Entgeltsetzung in Bezug auf den Zugang zur Glasfaser-TAL erklärte sie, dass die Antragsgegnerin über keine umfassende Preisliste zu ihren Zugangsprodukten auf ihrem Netz verfüge. Weiter bejahte sie das Anfallen von Kosten für das Bauen des Hausanschlusses und das Auflegen bzw. Umlegen der Glasfaser-TAL. Hieraus würde ein Bereitstellungsentgelt in Höhe von 49,50 € resultieren. Hinsichtlich möglicher Kündigungsentgelte konstatiert sie, dass im Rahmen der Kündigung kein zusätzliches Kündigungsentgelt anfallt, wenn die Kosten des Umlegens der Glasfaser-TAL durch einen neuen Nachfrager getragen würden. Sofern keine Umlegung erfolge, fiel für den entsprechenden Aufwand ein Entgelt in Höhe von 29,90 € an. Weiter erläuterte die Antragsgegnerin auch das Anfallen

der Kosten des Hausanschlusses in dem Fall, in dem die Antragsgegnerin selbst den Hausanschluss erstelle oder erstellt habe. Ergänzend führte sie zu den Kosten für die Glasfaser-TAL aus, dass der von der Antragsgegnerin getätigte Ausbau in dem maßgeblichen Gebiet nur mit einer sehr hohen Marktdurchdringung wirtschaftlich darstellbar sei.

- 52 Des Weiteren teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie nicht bereit sei, Nachfragern anstelle eines Leerrohrzugangs einen Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu gewähren. Sie ist der Ansicht, dass auf diese Weise gleichermaßen ein Überbau des FTTB-Netzes ermöglicht werde und es sich mithin um ein Substitut zum beantragten Leerrohrzugang mit einer ökonomisch nicht sinnvollen Dopplung von Infrastruktur und wirtschaftlich nachteiligen Folgen für die Antragsgegnerin handele. Dementsprechend seien die Argumente, die den Gesetzgeber zum Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG und der Unzumutbarkeit des Zugangs zu Leerrohren bewogen habe, auch auf diesen Fall des Zugangs zur unbeschalteten Glasfaser entsprechend anwendbar. Entsprechend verweist die Antragsgegnerin auf das Verfahren BK11-17/013, in dem die Beschlusskammer das Angebot einer unbeschalteten Glasfaser anstelle eines Leerrohrzugangs als Angebot einer tragfähigen Alternative gewertet und dem Ausschlussgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG und nicht des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG zugeordnet habe.
- 53 In diesem Zusammenhang führte die Antragsgegnerin zur Begründung des Zugangsausschlusses zur Glasfaser-TAL weiter aus, dass § 77g Abs. 2 TKG nicht voraussetze, dass alle Varianten eines offenen Netzzugangs, wie in § 7 Abs. 2 NGA-RR beschrieben, angeboten werden müssten, da der in § 7 Abs. 2 NGA-RR ebenfalls aufgeführte Leerrohrzugang durch die Regelung des besagten Versagungsgrundes gerade unterbunden werden solle. Weiter erläuterte sie, dass entsprechend der Formulierung in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8332, S. 48) für den Begriff des offenen Netzzugangs im Sinne des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG nicht der Zugang zur reinen Netzinfrastruktur, sondern zu den Netzdienstleistungen entscheidend sei. So konstatierte die Antragsgegnerin diesbezüglich, dass es zwar mit dem fehlenden Angebot des Zugangs zur unbeschalteten Glasfaser am Ausschlussgrund der tragfähigen Alternative nach § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG fehle, nicht jedoch am Versagungsgrund des bestehenden offenen Netzzugangs nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG.
- 54 Darüber hinaus nahm die Antragsgegnerin zu den Ausführungen des Beigeladenen zu 4 vom 25. 6. 2020 Stellung. Sie, die Antragsgegnerin, ist der Ansicht, dass der Beigeladene zu 4 der Antragstellerin außerhalb eines gültigen Markterkundungsverfahrens und somit unter Verstoß gegen Art. 107 AEUV Fördermittel gewährt habe. Der Beigeladene zu 4 verkenne hierbei die Bedeutung der NGA-RR als Ausnahmeregelung zur Befreiung vom Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV und damit die Notwendigkeit eines eigenständigen Beschlusses der EU-Kommission, um die Beihilfe außerhalb eines Markterkundungszeitraums zu genehmigen. Dem Einwand des Beigeladenen zu 4, wonach die Antragsgegnerin ihren Ausbau hätte nachmelden müssen, erwidert sie, dass sowohl dem Beigeladenen zu 4 im Rahmen der Genehmigungsplanung nach § 68 TKG als auch der Antragstellerin der geförderte Ausbau bekannt waren.

- 55 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
- 56 Am 10. 7. 2020 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 15. 7. 2020 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass sie keine Anmerkungen hat und daher von einer Stellungnahme absieht.
- 57 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren sowie den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

58 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

2.1 Rechtsgrundlage

59 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1 bis 3 TKG i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.2.1 Zuständigkeit

61 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. §§ 132 Abs. 2 und 134a TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 77n TKG durch Beschlusskammern. Vorliegend handelt es sich um einen Fall gemäß § 77n Abs. 1 bis 3 TKG i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG, in dem es um die Bedingungen der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geht. Die Beschlusskammer entscheidet in diesen Fällen verbindlich über die Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 77d und § 77g TKG. Gemäß § 77n Abs. 2 S. 1 TKG umfasst die Zuständigkeit der Beschlusskammer auch die Festsetzung eines Entgeltes.

2.2.2 Verfahren

62 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

63 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und ohne öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 135 Abs. 3 S. 1, 2. Hs. TKG, da alle Beteiligten auf deren Durchführung verzichtet haben.

64 Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerv Verfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden. Die Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Antragstellerin bzw. die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Insoweit die Antragsgegnerin für Passagen hinsichtlich der Preise und Leistungen ihrer Open-Access-Angebote Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angenommen hatte, wurde sie im Rahmen des Verfahrens noch einmal von Seiten der Beschlusskammer angehört. Die Antragsgegnerin hat daraufhin hinsichtlich einiger Passagen ihre Einschätzung zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen revidiert. Im Ergebnis hat die Beschlusskammer den nunmehr noch geltend gemachten Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden.

- 65 Gemäß § 132 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 66 Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Zwar sind Entscheidungen nach § 77n TKG in der Aufzählung des § 123 Abs. 1 S. 2 TKG nicht enthalten. Allerdings ist insoweit ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers nicht auszuschließen, mit der Folge, dass in der Aufzählung immer noch § 77a TKG anstatt § 77n TKG enthalten ist.
- Vgl. Fademrecht/Fetzer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, 2. Auflage, 2015, § 123, Rz. 14 f.*
- 67 Jedenfalls ist eine generelle Betroffenheit auch kartellrechtlicher Fragestellungen nicht auszuschließen, so dass die Beschlusskammer dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dem wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und der Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Eine Rückmeldung des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.

2.2.3 Frist

- 68 Gemäß § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur unverzüglich, spätestens aber innerhalb von vier Monaten, wenn der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist das beantragte Angebot auf Mitnutzung nicht abgibt oder keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande kommt. Der Antrag der Antragstellerin ist am 7. 4. 2020 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am 7. 8. 2020 endet. Insofern ergeht die Entscheidung über das Bestehen des Mitnutzungsanspruchs und die dagegen eingewandten Versagungsgründe fristgerecht.

2.2.4 Ordnungsgemäßer Streitbeilegungsantrag

- 69 Der Streitbeilegungsantrag auf Unterbreitung eines Angebots zur Mitnutzung des Leerrohrverbundes der Antragsgegnerin im streitgegenständlichen Bereich ist – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – zulässig. Daran ändert weder der Wortlaut des Inhalts der Antragstellerin noch die erfolgte Richtigstellung der konkreten Örtlichkeiten im hier vorliegenden Streitbeilegungsverfahren etwas.

2.2.4.1 Vollstreckungsfähiger Inhalt

- 70 Der Antrag der Antragstellerin ist gemäß den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts so auszulegen und hinreichend bestimmbar, dass die Antragstellerin hier nicht wörtlich ein „sollen“ der Mitnutzung durch die Beschlusskammer angeordnet bekommen möchte, sondern eine Verpflichtung zur Angebotslegung durch

die Antragsgegnerin. Dies ergibt sich sowohl aus dem Zusammenhang der gesamten Antragschrift sowie auch aus dem klar geschilderten Begehren der Antragstellerin. Der Inhalt einer verpflichtenden Angebotserstellung ist insofern auch klar vollstreckbar.

- 71 Dabei kommt es hinsichtlich der Auslegung des Begehrens der Antragstellerin nicht nur auf den Wortlaut der Antragstellung an, sondern vielmehr auf den Zweck des Antrags sowie die erkennbaren Begleitumstände.

„Bei der Auslegung eines Antrags hat die Behörde neben dem Wortlaut auch zu berücksichtigen, ob der Antragsteller mit seiner Erklärung nicht einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, wenn Zweck des Antrags sowie erkennbare Begleitumstände dies nahe legen; das kann der Fall sein, wenn sich der Antrag bei einer strikt am Wortlaut haftenden Auslegung eindeutig und ohne weiteres erkennbar als sinnlos erwiese.“

Leitsatz des BVerwG, Urteil 2 C 13.04 v. 3. 3. 2005.

- 72 Nach den §§ 88 und 122 Abs. 1 VwGO ist auch für das gerichtliche Verständnis eines Antrags das inhaltliche Klage- bzw. Antragsbegehren maßgeblich und nicht zwangsläufig allein der formulierte Antrag, auch wenn letzterer regelmäßig ein erhebliches Moment zur Bestimmung des Begehrens ist. Nach dem verfassungsrechtlichen Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes als Auslegungshilfe ist im Zweifel zugunsten des Rechtsschutzsuchenden anzunehmen, dass er den in der Sache in Betracht kommenden Rechtsbehelf einlegen wollte, wobei Voraussetzung ist, dass dies dem erkennbaren Rechtsschutzziel entspricht und die entsprechende Auslegung vom Rechtsschutzsuchenden nicht bewusst ausgeschlossen wurde.

Vgl. VG Schleswig-Holstein, Beschluss 1 B 74/17 v. 4. 8. 2017, juris-Rz. 20.

- 73 Überträgt man diesen Auslegungsmechanismus auf das bei der Beschlusskammer im Verwaltungsverfahren beantragte Begehren, so ist durch Auslegung des Antrags hier eindeutig zu ermitteln, dass es der Antragstellerin um eine Verpflichtung der Antragsgegnerin ohne Ermessensspielräume durch diese geht.
- 74 Der Zweck des hier gestellten Antrags durch die Antragstellerin ist aufgrund ihrer Erklärungen sowie auch ihres beigefügten ursprünglich bei der Antragsgegnerin gestellten Antrags unzweifelhaft so auszulegen, dass es ihr darum geht, die Beschlusskammer möge die Antragsgegnerin zur Angebotslegung verpflichten. Die Formulierung des „soll“ ist hier so auszulegen, dass damit die Ermessensentscheidung der Beschlusskammer intendiert ist. In dieser Zielvorstellung ist der Antrag insoweit auch vollstreckungsfähig, da die Beschlusskammer eine eindeutige Verpflichtung aussprechen kann, die dem Begehren der Antragstellerin entspricht.

2.2.4.2 Änderung des Antragsgegenstandes

- 75 Ebenso ergibt sich – im Gegensatz zu den Ausführungen der Antragsgegnerin – keine „Klageänderung“, indem die Antragstellerin nach Hinweis durch die Antragsgegnerin

ihre lokalen Bezeichnungen durch Benennung der richtigen Straßennamen richtigstellte.

- 76 Die Änderung des Antrags ist entsprechend § 173 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 1 ZPO ohne weiteres zulässig. Der Antrag wurde zwar seinem Wortlaut nach geändert, das Antragsbegehren ist aber auf den gleichen Lebenssachverhalt gestützt worden wie das bisherige Begehren. Durch die Benennung der richtigen Straßennamen im Antrag vom 7. 5. 2020 wurde der Antrag vom 4. 4. 2020 ohne Änderung des Streitgegenstandes berichtigt, was schon nach den allgemeinen Grundsätzen keine „Klageänderung“ darstellt.

Bacher in: Beck-Onlinekommentar ZPO, Vorwerk/Wolf, 36. Auflage, 2020, § 264 Rz. 3.

- 77 Als notwendigen Antragsgegenstand sieht § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG eine genaue Gebietsbezeichnung vor. Der Mitnutzungsanspruch ist örtlich begrenzt und ein Begehren gerichtet auf die Mitnutzung passiver Netzinfrastruktur eines anderen Gebietes begründet einen neuen Streitgegenstand, für den ein neuer Antrag zu stellen ist. Andernfalls ist dem Antragsgegner die Prüfung einer Mitnutzbarkeit nicht möglich.

Stelter, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage, 2018, § 77d Rz. 16 – beck-online.

- 78 Vorliegend richtete sich der Antrag vom 7. 5. 2020 aber nicht auf die Mitnutzung eines neuen Gebietes, sondern auf das gleiche Gebiet aus dem Antrag vom 4. 4. 2020, welches dort lediglich falsch bezeichnet wurde.

- 79 Inhalt und Reichweite des Antragsbegehrens werden nicht allein durch den Wortlaut des Antrags bestimmt. Dieser ist unter Berücksichtigung der Antragsbegründung auszulegen.

BGH, Urteil II ZR 305/14 v. 21. 6. 2016, juris-Rz. 12.

- 80 Der Wortlaut des Antrags ist nicht bindend, wenn erkennbar ist, welches Gebiet gemeint war. Dafür ist entscheidend, welchen Sinn die Erklärung aus Sicht der Beschlusskammer und der Antragsgegnerin hatte. Der Antrag ist bei objektiver Betrachtungsweise aus Sicht der Behörde und der Antragsgegnerin sowie der Verkehrssitte und Treu und Glauben auszulegen. Ergibt sich dann, dass ein anderer als der deklarierte Antragszweck gewollt ist, gilt der wirklich gewollte Zweck.

Heßhaus in: Beck-Onlinekommentar VwVfG, Bader/Ronellenfitsch, 47. Auflage, 2020, § 22 VwVfG Rz. 26; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage, 2018, § 22 VwVfG Rz. 46 – beck-online.

- 81 Maßgeblich für diese Beurteilung sind die gesamten erkennbaren Umstände, insbesondere die dem Antrag beigefügten Unterlagen.

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil 6 Sa 20/13 v. 28. 5. 2013 – beck-online.

- 82 Der Antragsgegenstand war durch die Gesamtumstände sowie die beigefügten Schilderungen und Unterlagen von Anfang an klar erkennbar und auch für die Antragsgegnerin – bereits aufgrund des ursprünglich direkt bei ihr selbst gestellten Mitnutzungsantrages hinreichend bestimmt.

- 83 Bei der Falschbezeichnung handelte es sich um eine offensichtliche Unrichtigkeit, die entsprechend dem Gedanken des § 118 Abs. 1 VwGO mit einem Schreibfehler vergleichbar ist und deren Korrektur aus Gründen der Prozessökonomie keiner weiteren Voraussetzungen bedarf. Sie ist aufgrund der beigefügten Unterlagen im Antrag unverkennbar und war insofern als von Anfang an unschädlich.
- 84 Vor diesem Hintergrund war von Anfang an erkennbar, dass sich die Mitnutzung auf das im Antrag vom 7. 5. 2020 genannte Gebiet richtete und die Antragstellerin die Straßen im Antrag vom 4. 4. 2020 offensichtlich fehlerhaft bezeichnet hat. Eine „Klageänderung“, die ein neues Antragsverfahren begründet hätte, lag insofern nicht vor. Die Beschlusskammer konnte daher auch im Rahmen des bereits anhängig gemachten Verfahrens über den spätestens am 7. 5. 2020 richtig gestellten Antrag der Antragstellerin entscheiden.

2.3 Materielle Voraussetzungen

- 85 Die materiellen Voraussetzungen für eine Mitnutzung liegen nicht vor. Aufgrund bereits fehlender beziehungsweise unkonkreter Angaben in Bezug auf den zeitlichen Rahmen für die Umsetzung der geplanten Mitnutzung, die nach § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG erforderlich gewesen wären, durfte der Antrag auf Mitnutzung durch die Antragsgegnerin abgelehnt werden.

2.3.1 Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags

- 86 Der Antrag der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin auf Vorlage eines Angebots zur Mitnutzung der passiven Infrastrukturen im streitgegenständlichen Bereich vom 4. 2. 2020 war – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – formal fehlerhaft und daher unzulässig. Der Antrag auf Mitnutzung genügt nicht den in § 77d Abs. 1 TKG erforderlichen Angaben. Es liegt kein genauer Zeitplan im Sinne von § 77d Abs. 1 Nr. 2 TKG vor, der für einen Antrag auf Mitnutzung allerdings erforderlich ist.

2.3.1.1 Komponenten eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes

- 87 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin plant die Antragstellerin den Einbau von Komponenten eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes. Zwar betreibt die Antragstellerin im streitgegenständlichen Gebiet einen geförderten FTTC-Ausbau und hat bislang noch keine Glasfaserinfrastrukturen von den KVz zu den Hausanschlüssen verlegt. Allerdings beantragt sie die Mitnutzung der Infrastrukturen der Antragsgegnerin, um genau dies nunmehr vorzunehmen, also eigene Glasfaserinfrastrukturen bis zu den Hausanschlüssen zu verlegen. Damit wäre es ihr in jedem Fall möglich, ihre Netzkapazitäten deutlich zu verbessern und Bandbreiten zu erhöhen.
- 88 Sogar ein reiner FTTC-Ausbau mit Richtfunkanbindung erfüllt die derzeit geltende Definition eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes gemäß § 3 Nr. 7a TKG; danach muss das Netz die Möglichkeit bieten, Datendienste mit Geschwindigkeiten von

50 Mbit/s bereitzustellen. Dass dies in dem von der Antragstellerin geplanten Netz der Fall ist, zeigt auch die beantragte und bewilligte Förderung des im streitgegenständlichen Bereich vorgenommenen Ausbauprojekts.

- 89 In jedem Fall bietet aber eine verbaute Glasfaserinfrastruktur, wie sie die Antragstellerin plant, eine deutliche Verbesserung der Leistungskapazität des Netzes, so dass der geplante Einbau die Voraussetzung der Komponente eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes erfüllt.

2.3.1.2 Erforderliche Angaben im Antrag auf Mitnutzung

- 90 Der Antrag der Antragstellerin auf Mitnutzung der Infrastrukturen der Antragsgegnerin enthielt nicht die nach § 77d Abs. 1 TKG erforderlichen Angaben.
- 91 Zwar waren die Komponenten des zur Mitnutzung beantragten Netzes durch Vorlage einer entsprechenden Anlage mit Verlauf der Leerrohre hinreichend beschrieben und auch die Absicht zur konkreten Einbringung klar umrissen. Auf Basis einer vorherigen Leitungsauskunft durch die Antragsgegnerin selbst basierten die Angaben auf den durch die Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Informationen. Die Antragsgegnerin muss sich insofern an ihrer eigenen, vorher erteilten Auskunft festhalten lassen.
- 92 Allerdings sind die gesetzlichen Anforderungen aus § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG, also die Angabe eines genauen Zeitplans zur Umsetzung der beantragten Mitnutzung in dem Antrag der Antragstellerin nicht erfüllt. Richtlinienggeber und Gesetzgeber haben in Art. 3 Abs. 2 S. 2 Kostensenkungsrichtlinie

Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. EU L 155, S. 1 ff.; im Folgenden: Kostensenkungsrichtlinie)

bzw. den diese Regelung umsetzenden § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich die Angabe eines genauen Zeitplans verlangt. Grundsätzlich ist daher bei der Angabe eines Zeitplans zu erwarten, dass der Beginn der Umsetzung der Maßnahme zur Einbringung der Komponenten in die Infrastruktur, die voraussichtliche Dauer und das erwartete Enddatum genannt werden können und die Tatsache, ob ggf. Verzögerungen zu erwarten sind.

Vgl. Stelter in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage, 2018, § 77d, Rz. 15.

- 93 Die Antragsgegnerin hat sich in der Antragstellung darauf berufen, dass weitere Details nach Vorlage von technischen Einzelheiten vereinbart werden könnten. Da es bis zu diesem Zeitpunkt noch an genaueren Details wie z. B. Anzahl und Art der vorhandenen Leerrohre, Belegung u. ä. fehlte, hat die Antragstellerin hierzu auch noch keine genaueren Zeitplanungen angegeben. Die konkrete Einbringung wurde skizziert und die einzelnen noch notwendigen Verfahrensschritte (Einbringung und Montage nach Erhalt

der wegerechtlichen Zustimmungen, Genehmigung der Nutzung von Wirtschaftswegen, Verlegung der Leerrohre und Montage der Verteilerschränke) benannt. Dahingehend gab die Antragstellerin an, eine Umsetzung noch im Jahr 2020 anzustreben.

- 94 Mit dieser zu diesem Zeitpunkt möglichen Skizzierung der noch geplanten Schritte hat die Antragstellerin zwar klar zu erkennen gegeben, wie sie sich den weiteren Verlauf vorstellt. Da die Zeitplanung nicht für alle Schritte ausschließlich in ihrer Einflussosphäre liegt (wie z. B. der Erhalt von noch ausstehenden Genehmigungen), konnte sie hierzu auch keine weiteren belastbaren und rechtssicheren Auskünfte erteilen. Es war aber damit lediglich deutlich, dass der Beginn der Einbringung noch von Genehmigungen und weiteren Baumaßnahmen abhängt, in die erst investiert werden würde, wenn die mögliche Mitnutzung der hier streitgegenständlichen Infrastruktur geklärt ist.
- 95 Die Genauigkeit der geforderten Angaben dürfte häufig mit dem Zeitpunkt der Antragstellung korrelieren. Eine Antragstellung zu einem recht frühen Zeitpunkt wird möglicherweise keinen so genauen Detaillierungsgrad angeben können wie ein Antrag zu einem späteren Zeitpunkt. Andererseits ist eine möglichst frühe und genaue Anfrage sowohl für die Antragstellerin als auch für die Antragsgegnerin aus planerischen Gesichtspunkten heraus wünschenswert, um insoweit auch möglichst früh Planungssicherheit für weitere Vorhaben zu erlangen. Innerhalb des dann weiterhin üblichen Verfahrens der gegenseitigen Verhandlungen hat man im Weiteren üblicherweise die Möglichkeit, Einzelheiten sowie auch Prozessschritte und deren Beginn, Dauer und Ende zu besprechen und festzulegen. Grundzüge und Planungsabschnitte sollten allerdings bereits bei Antragstellung dargelegt werden. Als Hintergrund für diese Anforderung benennt der Gesetzgeber den Beschleunigungsgedanken sowie die Minimierung von Nachfragen und Fehlinformationen im Vorfeld mit dem Ziel einer zunehmenden Standardisierung.

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

- 96 Der von der Antragstellerin hier genannte Zeitrahmen von etwa einem dreiviertel Jahr ab einem möglichen positiven Antwortschreiben der Antragsgegnerin (vom 4. 4. 2020 – also zwei Monate ab Antragstellung – aus gesehen) beinhaltet allerdings noch so viele Unklarheiten und gibt auch keinen Zeitrahmen an, in dem dann eine Umsetzung z. B. nach Erteilung einer Genehmigung tatsächlich erfolgen kann, dass diesem Ziel mit den Angaben nicht hinreichend Rechnung getragen wird.
- 97 Zwar ist der Einzug von Glasfaserkabeln in einen bestehenden Leerrohrverbund, der noch entsprechende Kapazitäten aufweist, ohne größeren und komplizierten Aufwand umsetzbar. Es bedarf dazu auch keiner übermäßig detaillierten oder gar minutiösen Planung, vielmehr ist es lediglich erforderlich, mögliche Ein- und Ausstiege zu fixieren, um auch Streckenlängen abmessen und beurteilen zu können, ob ein Einblasen möglich oder ein Einzug erforderlich ist. Da es an diesen konkreten Angaben hinsichtlich der Ein- und Ausstiege (also Angaben von Schächten o. ä.) noch fehlt, ist es auch nicht erforderlich, hierzu eine konkrete Zeitplanung in einem so frühen Stadium vorzulegen. Allerdings wäre es schon möglich gewesen, einen ungefähren Zeitplan zu entwerfen,

der z. B. skizziert, wie lange man für welchen Schritt noch nach Erhalt der Genehmigung brauchen würde. Die Streckenlängen waren insoweit bekannt und auch das Setzen von Schächten in Richtungsverläufen konnte unterstellt werden, so dass Mechanismen und Zeitdauer von Kabeleinbringungen grundsätzlich auch bereits hätten angegeben werden können. Insoweit genügt der Antrag nicht den formellen Anforderungen des Gesetzes.

- 98 Abgesehen vom festgestellten formalen Mangel des Mitnutzungsantrags hat die Beschlusskammer weitestgehend geprüft, ob der Antrag auch materiell begründet wäre. Eine Prüfung dieser Fragestellung – über die formelle Prüfung hinaus – erfolgt vor allem vor dem Hintergrund, den bestehenden Mitnutzungsanspruch möglichst umfassend zu beleuchten, da die formelle Rechtswidrigkeit ansonsten mit einem neuen Antrag unter Beachtung aller formellen Voraussetzungen beseitigt werden könnte. Ein neuer Streitbeilegungsantrag, in dem sich die Beschlusskammer dann erst mit den materiellen Voraussetzungen auseinandersetzen würde, wäre im Hinblick auf die Vorstellungen des DigiNetz-Gesetzes, insbesondere den Beschleunigungsgedanken, nicht zielführend. Daher erfolgt trotz der bereits festgestellten formellen Rechtswidrigkeit des Antrags im Folgenden bereits jetzt eine cursorische Auseinandersetzung mit den materiellen Voraussetzungen.

2.3.2 Begründetheit des Mitnutzungsantrags

- 99 Im Gegensatz zu den in § 77d Abs. 1 TKG normierten Anforderungen an den Mitnutzungsantrag, liegen die materiellen Voraussetzungen aus § 77d Abs. 2 TKG für eine Mitnutzung vor (dazu unter 2.3.2.1). Die Antragsgegnerin hat jedoch den Versagungsgrund des Überbaus nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG eingewandt. Vorbehaltlich einer vertieften Prüfung, ob die veranschlagten Entgelte diskriminierungsfrei und angemessen sind, würden die übrigen Voraussetzungen des Versagungsgrundes vorliegen (im Einzelnen dazu unter 2.3.2.2).

2.3.2.1 Voraussetzungen einer Mitnutzung

- 100 Die materiellen Voraussetzungen des § 77d Abs. 2 TKG liegen vor.
- 101 Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes. Die Antragsgegnerin ist als Eigentümerin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes im Sinne der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG.
- 102 Die Antragsgegnerin wies den Mitnutzungsantrag wegen formaler Mängel sowie hilfsweise unter Berufung auf den Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG wegen eines bereits bestehenden Glasfasernetzes, für das die Antragsgegnerin einen offenen Zugang anbietet, zurück.

2.3.2.2 Versagungsgrund Überbau (§ 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG)

- 103 Der in dem Versagungsgrund vorausgesetzte Überbau eines bestehenden Glasfasernetzes durch die begehrte Mitnutzung liegt vor (dazu unter 2.3.2.2.1). Die Antragsgegnerin stellt mit der Möglichkeit der Anmietung von Glasfaser-TAL einen offenen Netzzugang i. S. v. § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG zur Verfügung (dazu unter 2.3.2.2.2). Ob die dafür verlangten Entgelte diskriminierungsfrei und angemessen sind, wurde innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist nicht abschließend geprüft (dazu unter 2.3.2.2.3). Dies kann letztlich offenbleiben, da der Mitnutzungsantrag bereits formal fehlerhaft ist. Aus diesem Grund hat die Beschlusskammer auch davon abgesehen, die Entscheidungsfrist nach § 77n Abs. 7 TKG zu verlängern, um eine abschließende Klärung der Angemessenheit der Entgelte herbeizuführen (dazu unter 2.3.2.2.4).

2.3.2.2.1 Überbau eines bestehenden Glasfasernetzes

- 104 Als zulässige Versagungsgründe sind in § 77g Abs. 2 TKG insgesamt sieben Kategorien an Gründen geregelt. Die Aufzählung ist abschließend, um Rechtsklarheit über die Versagungsgründe zu schaffen und einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitnutzungsinteresse des Berechtigten und den Interessen des Verpflichteten zu ermöglichen.

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

- 105 Die Ausgestaltung der Versagungsgründe als abschließende Aufzählung – die auch durch den Gesetzeswortlaut („darf nur abgelehnt werden, wenn einer der folgenden Gründe vorliegt“) zum Ausdruck gebracht wird – legt eine enge Auslegung der Versagungsgründe nahe. Dies betont die Bundesregierung auch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, wonach „die Versagungsgründe insgesamt restriktiv und zwingend abschließend auszugestalten“ sind.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 84.

- 106 Dies deckt sich mit den Vorstellungen des europäischen Richtliniengebers, der in Art. 3 Abs. 3 der Kostensenkungsrichtlinie den Mitgliedstaaten aufgibt, dass eine Zugangsverweigerung auf „objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Kriterien“ beruhen muss. Da schon nach diesen Vorgaben eine Verweigerung nur aus objektiven Gründen geltend gemacht werden kann, ist eine Nachweisbarkeit der geltend gemachten Gründe bereits Grundvoraussetzung für die Ablehnung der Mitnutzung.

- 107 Die Darlegungs- und Beweislast liegt aufgrund des Einwendungscharakters der Versagungsgründe beim Verpflichteten. Eine Versagung der Mitnutzung kann durch die Streitbeilegungsstelle überprüft werden, so dass die ungerechtfertigte und überzogene Berufung auf Versagungsgründe unterbunden werden kann.

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

- 108 Die Antragsgegnerin hat im Schreiben vom 30. 3. 2020 gegenüber dem Mitnutzungsantrag der Antragstellerin den Versagungsgrund des Überbaus eingewandt. Die Antragsgegnerin hat diese Einrede auch im Streitbeilegungsverfahren vor der Beschlusskammer mehrfach erhoben.
- 109 Gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG darf eine Mitnutzung abgelehnt werden, wenn ein Überbau von bestehenden Glasfasernetzen, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen, vorliegt.
- 110 Der Begriff des Überbaus ist in § 3 Nr. 27a TKG legaldefiniert als die nachträgliche Dopplung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll.
- 111 Die Gesetzesmaterialien führen zu dem Versagungsgrund aus:
- „Der Ausbau paralleler Glasfasernetze ist im Regelfall ökonomisch nicht sinnvoll. Da zudem bis auf weiteres keine Verbesserung der Versorgungslage mehr zu erzielen ist, sobald in einem Ausbaug Gebiet bereits Glasfasernetze bestehen, entfällt in diesen Gebieten teilweise der Rechtfertigungsgrund für eine gesetzliche Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsnetze in Form der Mitnutzung. Gewährt das bestehende Glasfasernetz zudem Wettbewerbern Zugang zu nachgefragten Netzdienstleistungen auf Basis diskriminierungsfreier und angemessener Entgelte (offener Netzzugang), so fehlt es gänzlich an einer Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in den Netzausbau.*
- Daher entfällt die gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung von Mitnutzungen in diesen Fällen gemäß Nummer 7. Die freiwillige Gewährung bleibt weiterhin möglich. Dies stellt einen zusätzlichen Anreiz für Investitionen in offene Glasfasernetze dar.“*
- BT-Drs. 18/8332, S. 48 f.*
- 112 Die Überbaueinrede ergibt sich aus einer systematischen Auslegung der Kostensenkungsrichtlinie.
- BT-Drs. 18/8332, S. 85.*
- 113 Die Vorschrift findet keine unmittelbare Entsprechung in der § 77g Abs. 1 und 2 TKG zugrundeliegenden Kostensenkungsrichtlinie. Die Regelung ist gleichwohl unionsrechtskonform, da die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 S. 1 der Kostensenkungsrichtlinie zu den Versagungsgründen nicht abschließend sind („beispielsweise“).
- Stelter in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage, 2018, § 77g, Rz. 28; Kühling/Bulowski, N & R 2016, S. 19, 27.*
- 114 Der Versagungsgrund entspringt zum einen der gesetzgeberischen Einschätzung, dass der Aufbau paralleler Glasfasernetze im Regelfall nicht sinnvoll sei. Diese Einschätzung wird dem Grunde nach auch vom Richtliniengeber geteilt, der eine Zugangsverweigerung auch mit der Vermeidung von „überflüssigen Netzkomponenten“, die ineffizient wären, legitimiert.

- 120 An dieser Einschätzung ändert auch nichts der Umstand, dass es sich hier um einen Ausbau im Rahmen einer geförderten Maßnahme handelt. Damit wird keine zusätzliche Rechtfertigung für eine trotz vorliegendem Versagungsgrund mögliche Mitnutzung gegeben. Vielmehr wurde der Antragstellerin die Förderung sowie der Zuschlag für die Anbindung der Endkunden gerade ohne die bereits mit Glasfasern bestückten Infrastrukturen der Antragsgegnerin zugesprochen. Insoweit sah die ursprüngliche Planung der Anbindung also gerade den Fall des Ausbaus ohne die Infrastrukturen der Antragsgegnerin vor. Diesen Plan kann und soll die Antragstellerin nun auch weiterverfolgen und letztlich die Anbindung so vornehmen, wie es von ihr ursprünglich geplant war.
- 121 Ansonsten hat sie die Möglichkeit, die Anbindung auch über ein Vorleistungsprodukt der Antragsgegnerin vorzunehmen und damit den Glasfaserausbau voranzubringen.

2.3.2.2.2 Verfügbarkeit eines diskriminierungsfreien, offenen Netzzugangs

- 122 Die Antragsgegnerin stellt eine Zugangsmöglichkeit zur Verfügung, die – vorbehaltlich einer vertieften Prüfung der Entgelte – die Anforderungen des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG erfüllt. Ob die verlangten Entgelte diskriminierungsfrei und angemessen sind, wurde innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist nicht abschließend geprüft. Dies kann letztlich offenbleiben, da der Mitnutzungsantrag bereits formal fehlerhaft ist. Aus diesem Grund hat die Beschlusskammer auch davon abgesehen, die Entscheidungsfrist nach § 77n Abs. 7 TKG zu verlängern, um eine abschließende Klärung der Angemessenheit der Entgelte herbeizuführen.
- 123 Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin in dem Schreiben vom 30. 3. 2020 mitgeteilt, dass für den von dem Mitnutzungsantrag betroffenen Bereich auf Nachfrage ein Open-Access-Angebot für Glasfaseranschlüsse verfügbar sei. Sie hat damit gegenüber der Antragstellerin hinreichend dargelegt, dass ein offener Netzzugang zur Verfügung gestellt werden kann. Dass die Antragsgegnerin ein detailliertes Angebot nur auf Nachfrage abgegeben hätte, ist im vorliegenden Fall unschädlich. Denn der Wortlaut der Regelung setzt – im Gegensatz zu § 77g Abs. 2 Nr. 6, 2. Hs. oder § 77d Abs. 1 TKG – keine Abgabe eines konkreten Angebotes voraus. Daher ist es ausreichend, wenn der Infrastrukturihaber ein konkretes Open-Access-Angebot für den von ihm zur Verfügung gestellten offenen Netzzugang auf Nachfrage abgibt; dieses Angebot muss den Anforderungen an einen diskriminierungsfreien Netzzugang entsprechen und angemessen sein.
- 124 Der Gesetzgeber definiert den Begriff des offenen Netzzugangs als Gewährung des Zugangs zu nachgefragten Netzdienstleistungen auf Basis diskriminierungsfreier und angemessener Entgelte.
- Vgl. BT-Dr. 18/8332, S. 48 f.*
- 125 Mangels bisheriger Nachfragen nach Netzdienstleistungen der Antragsgegnerin oblag der Beschlusskammer die Prüfung, ob die Zurverfügungstellung eines Zugangs mittels Glasfaser-TAL hinreichend für die Annahme eines offenen Netzzugangs im Sinne von

§ 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG ist. Dies ist – ohne dass damit bereits eine Entscheidung zur Diskriminierungsfreiheit und Angemessenheit der von der Antragsgegnerin verlangten Entgelte getroffen wird – im vorliegenden Einzelfall zu bejahen.

- 126 Der Begriff des offenen Netzzugangs nach § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG weicht in Bezug auf den Umfang der zur Verfügung zu stellenden Vorleistungsprodukte ab von dem beihilferechtlichen Begriff des Open Access im Sinne von § 7 Abs. 2 der NGA-Rahmenregelung.

Vgl. Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung vom 15. 6. 2015; abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/Digitales/breitbandfoerderung-nga-rahmenregelung.pdf?__blob=publicationFile.

- 127 Nach dieser Vorschrift müssen, abhängig von der jeweils geförderten Infrastruktur, bestimmte Zugangsvarianten angeboten werden. Bei geförderten FTTH/FTTB-Netzen müssen mindestens der Zugang zu Leerrohren, zu unbeschalteten Glasfaserleitungen, (soweit technisch möglich) der entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss („Glasfaser-TAL“) sowie ein Bitstromzugang verfügbar sein.

Vgl. Bundesnetzagentur (Hg.): Hinweise zur Vertragsgestaltung für den Breitbandausbau nach NGA-Rahmenregelung“, S. 2; abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Ausbau/Beihilfen/Beihilfen-node.html.

- 128 Allerdings ist der Begriff des offenen, diskriminierungsfreien Netzzugangs in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG nicht an den förderrechtlichen Open-Access-Begriff geknüpft, sondern ein eigenständiger Begriff. Denn der Zweck des Versagungsgrundes liegt nicht darin, für öffentlich geförderte Breitbandvorhaben ein möglichst breites Angebot an Vorleistungsprodukten sicherzustellen, sondern darin, einen Ausgleich zu schaffen zwischen der Anreizung und dem Schutz von Erstinvestitionen in den Glasfaserausbau einerseits, und der Ermöglichung von Wettbewerb auf der so geschaffenen Infrastruktur andererseits. Dabei wird es in den Fällen, in denen das bestehende, von einem möglichen Überbau betroffene Glasfasernetz mit öffentlichen Fördermitteln errichtet worden ist, regelmäßig zu einem Nebeneinander der verfügbaren Vorleistungsprodukte kommen. Hingegen muss der Umfang der anzubietenden Vorleistungsprodukte in Fällen, in denen das Glasfasernetz eigenwirtschaftlich errichtet worden ist, nicht deckungsgleich sein.

- 129 Den gesetzlichen Regelungen lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass in Fällen einer eigenwirtschaftlichen Errichtung des bestehenden Glasfasernetzes der Begriff des offenen Netzzugangs in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG kongruent mit dem förderrechtlichen Open-Access-Begriff ist. Die Gesetzesbegründung zu § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG weist keine Bezugnahme auf das Förderrecht auf.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 8.

- 130 Dagegen führt die Gesetzesbegründung aus, dass der Ausbau und Betrieb der digitalen Netzinfrastrukturen Aufgabe der Privatwirtschaft ist, deren Wettbewerb um die Endkunden für einen bedarfsgerechten und effizienten Einsatz der zu tätigen Investitionen sorgt. Die Schaffung geeigneter investitionsfördernder rechtlicher Rahmenbedingungen sei dagegen eine in der Gewährleistungsverpflichtung verfassungsrechtlich verankerte staatliche Verantwortung.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 29.

- 131 Demnach geht der Gesetzgeber, entsprechend Art. 87f GG, von einem privatwirtschaftlichen Netzausbau aus. Dieser mag in Fällen von Marktversagen staatlich gefördert und besonderen Verpflichtungen unterworfen sein, jedoch führt dies nicht dazu, dass mittels einer investitionsschützenden Regelung wie § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG dem eigenwirtschaftlich ausbauenden Erstinvestor die gleichen besonderen Verpflichtungen auferlegt werden wie dem Fördermittelempfänger.
- 132 Deutlich zeigt sich dies an dem von einem förderrechtlichen Open Access umfassten Zugang zu Leerrohren. Nach § 7 Abs. 2 NGA-Rahmenregelung muss bei geförderten FTTB/FTTH-Netzen auch ein Zugang zu Leerrohren angeboten werden. Würde dies auch für den Begriff des offenen Netzzugangs im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG gelten, würde es zu einem absurden Ergebnis führen. Ein Infrastrukturinhaber müsste, um sich gegen eine begehrte Leerrohrmitnutzung auf den Versagungsgrund des Überbaus erfolgreich berufen zu können, Zugang zu ebenjenen Leerrohren anbieten. Der gesetzlich intendierte Schutz des bestehenden Glasfasernetzes würde nicht erreicht und der Versagungsgrund würde leerlaufen.
- 133 Daraus folgt zur Überzeugung der Beschlusskammer, dass der beihilferechtliche Begriff des Open Access und der Begriff des offenen Netzzugangs im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG nicht zwingend deckungsgleich sind. Außerdem ergibt sich daraus der Schluss, dass der Begriff des offenen Netzzugangs nicht den Zugang zu Leerrohren umfasst.
- 134 Ebenso umfasst der Begriff des offenen Netzzugangs im vorliegenden Einzelfall auch nicht die Verfügbarkeit einer unbeschalteten Glasfaser (dark fibre). Dieser Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass die Antragsgegnerin eigenwirtschaftlich ein FTTB/H-Glasfasernetz errichtet hat. Die Antragstellerin möchte mit der begehrten Mitnutzung einen KVz mit Glasfasern erschließen, um sodann von dem KVz aus FTTC-Leistungen anzubieten. In dieser Fallkonstellation würde die Verpflichtung der Antragsgegnerin zum Angebot von unbeschalteten Glasfasern die annähernd gleichen technischen und wirtschaftlichen Auswirkungen haben wie die begehrte Mitnutzung. Denn über die Erschließung des KVz mit einer dark fibre würde die Antragstellerin in die Lage versetzt, in dem von dem FTTB-Netz versorgten Gebiet FTTC-Produkte anzubieten und der Antragsgegnerin Kunden abzunehmen. Dies würde die von der Antragstellerin getätigten Investitionen in das bestehende FTTB-Glasfasernetz gefährden und somit der gesetzgeberischen Entscheidung widersprechen, durch Einführung des Versagungsgrundes in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG Erstinvestitionen in Glasfasernetze zu schützen.

- 135 Zudem würde, aufgrund des bereits bestehenden, [REDACTED] FTTB-Netzes, auch keine Verbesserung der Versorgungslage mehr zu erzielen sein.

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

- 136 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Adressen [REDACTED] [REDACTED] nicht als homes passed oder homes connected von dem FTTB-Netz der Antragsgegnerin erreicht werden. Denn diese Adressen könnten – wie die Antragstellerin selbst einräumt – auch bei Gewährung der begehrten Mitnutzung aufgrund der Kabellängen zwischen den Adressen und dem KVz 2 nicht mit FTTC-Diensten versorgt werden. Daher ist für die Anbindung dieser Adressen, eine anderweitige Anbindung erforderlich, um (zumindest) eine FTTC-Versorgung dieser Adressen zu erreichen.

- 137 Zwar dient das Erfordernis eines offenen Netzzugangs auch den Verbraucherinteressen sowie der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte, wie sie in den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG niedergelegt sind. Diesen Interessen wird durch die Möglichkeit der Anmietung eines entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss („Glasfaser-TAL“) jedoch hinreichend Rechnung getragen. Dabei werden die Interessen des Zugangspetenten über das Erfordernis eines offenen Netzzugangs insofern auch dann berücksichtigt, wenn die beantragte Mitnutzung nicht zustande kommt. Denn es verbleibt dem Mitnutzungspetenten die Möglichkeit, die im Rahmen des offenen Netzzugangs verfügbaren Vorleistungsprodukte (Glasfaser-TAL oder Bitstrom) zu nutzen und so andernfalls erforderliche Tiefbauarbeiten einzusparen.

- 138 Zwar würde eine Verpflichtung des Infrastrukturihabers, neben der Glasfaser-TAL auch dark fibre anzubieten, die Möglichkeiten des Zugangspetenten erweitern, mit dem Infrastrukturihaber in Wettbewerb zu treten. Allerdings würde in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation – in der über die Anmietung einer dark fibre am KVz FTTC-Dienste realisiert und so dem FTTB-Netz Marktanteile abgenommen werden können – die erweiterte Wettbewerbsmöglichkeit dem gesetzgeberischen Ziel des besonderen Schutzes von Erstinvestitionen in Glasfasernetze in so erheblichem Maße entgegenstehen, dass diesem Ziel zur Überzeugung der Beschlusskammer Vorrang einzuräumen ist.

- 139 Der Umstand, dass im vorliegenden Einzelfall die Mitnutzung beantragt worden ist, um ein gefördertes Ausbauprojekt zügiger erschließen zu können, führt zu keinem anderen Ergebnis. Es ist keine gesetzliche Regelung ersichtlich, die geförderte Ausbauprojekte im Rahmen von Mitnutzungsanträgen gegenüber anderen Vorhaben privilegiert. Insbesondere ist § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG nicht zu entnehmen, dass die Regelung gegenüber geförderten Ausbauprojekten nicht oder nur in abgeschwächter Form zur Anwendung gelangt. Vielmehr sprechen (1) die gesetzgeberische Wertung, einen spezifischen Versagungsgrund bei Überbauten von Glasfasernetzen zu schaffen, (2) der damit bezweckte Schutz von (allen) Erstinvestitionen in Glasfasernetze sowie (3) die Ausführungen der Gesetzesbegründung zur fehlenden Rechtfertigung einer gesetzli-

chen Inanspruchnahme in Form der Mitnutzung in den Fällen, in denen ein Glasfasernetz besteht und ein offener Netzzugang gewährt wird, dafür, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der Versagungsgrund des Überbaus auch gegenüber geförderten Ausbauvorhaben vollumfänglich zur Anwendung gelangt. Diese Erwägungen werden zusätzlich gestützt durch Ziffer 6.9 der aktuellen Fassung der Förderrichtlinie des Bundes.

Vgl. Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“; Bekanntmachung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 22. 10. 2015 in der Fassung der 1. Novelle vom 3. 7. 2018 (überarbeitete Version vom 28. 11. 2019); abrufbar unter https://atenekom.eu/wp-content/uploads/2019/11/191128_Foerderrichtlinie_Breitbandausbau.pdf

- 140 Danach kann die Förderung nachträglich angepasst werden, wenn im Laufe eines Förderprojektes ein Unternehmen (und zwar ein anderes als das geförderte Unternehmen) einen Ausbau anmeldet oder durchführt, der nicht im Markterkundungsverfahren gemeldet wurde.
- 141 Klarstellend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass mit der Entscheidung, dass ein offener Netzzugang im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG nicht die Verfügbarkeit von unbeschalteten Glasfasern umfasst, nicht dahingehend misszuverstehen ist, der Antragstellerin werde dadurch der Ausbau des KVz 2 verwehrt. Vorliegend geht es lediglich um die Frage, ob die Antragstellerin beim Ausbau dieses KVz von den Regelungen des DigiNetz-Gesetzes profitieren und bereits vorhandene passive Infrastruktur mitnutzen kann. Dies ist nach der gesetzgeberischen Wertung in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG nicht der Fall. Hingegen ist die Antragstellerin weiterhin berechtigt, den KVz 2 weiterhin auf anderem Wege zu erschließen. Nach den Regelungen des mit dem Beigeladenen zu 4 geschlossenen Zuwendungsvertrages ist sie – entsprechend ihrem Angebot in dem Vergabeverfahren, dass die von der Antragsgegnerin zwischenzeitlich errichteten passiven Infrastrukturen noch gar nicht berücksichtigen konnte – dazu sogar verpflichtet. Daneben besteht auch die Möglichkeit, dass das Projekt des geförderten FTTC-Projekts fallen gelassen wird und die Antragstellerin im Einvernehmen mit dem Beigeladenen zu 4 einen Änderungsbescheid beim Fördermittelgeber beantragt. Sofern die Förderrichtlinie des Bundes in der Fassung der 1. Novelle vom 3. 7. 2018 auch Gegenstand des Zuwendungsvertrages geworden sein sollte, könnte außerdem die oben wiedergegebene Regelung in Ziffer 6.9 der Förderrichtlinie Bund Wirkung entfalten.

2.3.2.2.3 Diskriminierungsfreie und angemessene Entgelte

- 142 Ein offener Netzzugang im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG liegt nur dann vor, wenn der Netzzugang zu diskriminierungsfreien und angemessenen Entgelten zur Verfügung gestellt wird.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 48 a. E.

- 143 Ob die von der Antragsgegnerin für den Zugang zur Glasfaser-TAL verlangten Entgelte diskriminierungsfrei und angemessen sind, kann wegen der formalen Fehlerhaftigkeit des Mitnutzungsantrags dahinstehen. Angesichts dessen verzichtete die Beschlusskammer im vorliegenden Verfahren auf eine tiefergehende Überprüfung des Entgelts auf seine Diskriminierungsfreiheit und Angemessenheit. Da jedoch nicht offensichtlich von der Diskriminierungsfreiheit und Angemessenheit der vorgelegten Entgelte ausgegangen werden kann, müsste eine solche Überprüfung z. B. anhand einer Kalkulation der Antragsgegnerin oder mithilfe einer Vergleichsbetrachtung mit Entgelten vergleichbarer Vorleistungsprodukte im In- und Ausland erfolgen.

2.3.2.2.4 Keine Verlängerung der Entscheidungsfrist

- 144 Eine solche tiefergehende Überprüfung des angebotenen Vorleistungsentgeltes hätte längerfristige Ermittlungen erforderlich gemacht, die nicht im Rahmen der gesetzlichen, viermonatigen Entscheidungsfrist abzuschließen gewesen wären. Zwar besteht nach § 77n Abs.1 S. 2 in Verbindung mit § 77n Abs. 7 TKG bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände die Möglichkeit, die Entscheidungsfrist um zwei weitere Monate zu verlängern. Jedoch ist der Streitbeilegungsantrag bereits deswegen unbegründet, weil der bei der Antragsgegnerin gestellte Mitnutzungsantrag nicht den formalen Anforderungen des § 77d Abs. 1 TKG genügt. Aus diesem Grund hat die Beschlusskammer im Sinne einer möglichst frühzeitigen Entscheidung davon abgesehen, die Entscheidungsfrist nach § 77n Abs. 7 TKG zu verlängern, um eine abschließende Klärung der Angemessenheit der Entgelte herbeizuführen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nach § 137 Abs. 2 TKG nicht statt.

Eine Klage hat nach § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, 16. 7. 2020

Beisitzerin als Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Gille-Lindhorst

Dr. Haslinger

Dr. Kutzscher

Gliederung

1	Sachverhalt	4
2	Gründe	18
2.1	Rechtsgrundlage	18
2.2	Formelle Voraussetzungen	18
2.2.1	Zuständigkeit	18
2.2.2	Verfahren	18
2.2.3	Frist	19
2.2.4	Ordnungsgemäßer Streitbeilegungsantrag	19
2.2.4.1	Vollstreckungsfähiger Inhalt	19
2.2.4.2	Änderung des Antragsgegenstandes	20
2.3	Materielle Voraussetzungen	22
2.3.1	Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags	22
2.3.1.1	Komponenten eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes	22
2.3.1.2	Erforderliche Angaben im Antrag auf Mitnutzung	23
2.3.2	Begründetheit des Mitnutzungsantrags	25
2.3.2.1	Voraussetzungen einer Mitnutzung	25
2.3.2.2	Versagungsgrund Überbau (§ 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG)	26
2.3.2.2.1	Überbau eines bestehenden Glasfasernetzes	26
2.3.2.2.2	Verfügbarkeit eines diskriminierungsfreien, offenen Netzzugangs	29
2.3.2.2.3	Diskriminierungsfreie und angemessene Entgelte	33
2.3.2.2.4	Keine Verlängerung der Entscheidungsfrist	34
	Rechtsbehelfsbelehrung	35