



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-20/005

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

Uwe Zillner (Zillner IT)
Ruhmannsdorf 44, 94051 Hauzenberg

– Antragstellerin –

gegen

Stadt Hauzenberg
Marktplatz 10, 94051 Hauzenberg
vertreten durch Frau Bürgermeisterin Gudrun Donaubaue

– Antragsgegnerin –

Öffentliche Fassung

Beigeladene

1. Verband der Anbieter von Telefon- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 1 –

2. EWE TEL GmbH,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 2 –

3. 1 & 1 Versatel GmbH,
Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 3 –

4. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 4 –

5. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 5 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Ruhmann – Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
 Ludwigstr. 73, 84524 Neuötting

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

durch

die Vorsitzende Judith Herchenbach-Canarius
den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger und
den Beisitzer Dr. Dirk Martin Kutzscher

auf die mündliche Verhandlung vom 26. 10. 2020 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft die Mitnutzung passiver Netzinfrastruktur zwischen Ruhmannsdorf 44 und Sterlwaid 3 auf dem Gebiet der Stadt Hauzenberg.
- 2 Die Antragstellerin, Uwe Zillner bzw. Zillner IT, ist ein bei der Bundesnetzagentur gelisteter regionaler Telekommunikationsanbieter (Reg. Nr. 17/112 im Register der gemeldeten Unternehmen bei der Bundesnetzagentur) im Großraum Passau, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze mittels WLAN-Richtfunktendeanlagen anbietet.
- 3 Die Antragsgegnerin, die Stadt Hauzenberg, ist eine Stadt im Landkreis Passau, die rund 12.000 Einwohner zählt und über 97 amtliche Gemeindeteile verfügt.
- 4 Die Antragstellerin hatte bereits seit Anfang Juni 2020 bezüglich einer Mitnutzung Gespräche mit der Antragsgegnerin geführt und dabei Interesse an einem Ausbau bekundet. Am 31. 7. 2020 und auf weitere Nachfrage am 28. 8. 2020 beantragte die Antragstellerin die Mitnutzung eines im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden Leerrohrs zwischen Ruhmannsdorf und Sterlwaid, um auf der streitgegenständlichen Strecke ein zweites Rechenzentrum einzurichten. Dies sei die Voraussetzung, um weitere Kunden – insbesondere im Industriegebiet hinter Eben als auch in großen Teilen von Hauzenberg – mit hochbitratigen Glasfaseranschlüssen zu versorgen. Sie erläuterte im Hinblick auf die Ausbaustrategie, dass sie Technologien wie WLAN-Richtfunk und LWL kombinieren und dabei am liebsten auf LWL-Technologie zurückgreifen wolle. Sie wies – unter Einbindung von Grafiken – auf das von ihr bereits mit schnellen Internetanschlüssen erschlossene Gebiet hin und bekundete die Absicht, das Ausbaugelände durch die Anmietung der streitigen Infrastruktur erweitern zu wollen. Per WLAN-Richtfunk versorge sie bereits viele Kunden mit Bandbreiten bis zu 100 Mbit/s. Höhere Bandbreiten sowie den Anschluss weiterer Kunden könne sie aber nur durch die Nutzung von Glasfasern erreichen.
- 5 Von Seiten der Antragsgegnerin wurde der Antragstellerin am 24. 9. 2020 mitgeteilt, dass nur freie und nicht mehr benötigte Speedpipes vermietet werden könnten. Da noch nicht alle an der betroffenen Strecke liegenden Anwesen und Ortsteile erschlossenen seien und voraussichtlich weiterer Bedarf für eine öffentliche Nutzung bestehe, könne man aktuell noch keine Entscheidung zu einer Vermietung treffen.
- 6 Auf nochmalige Nachfrage der Antragstellerin mit Mail vom 29. 9. 2020, ob man ihr weder aktuell noch bis zum 15. 10. 2020 Leerrohrinfrastrukturen für den sofortigen Einzug von LWL-Kabeln zur Verfügung stellen wolle, bestätigte dies die Antragsgegnerin noch einmal mit der Begründung, dass noch nicht feststehe, ob Leerrohre dauerhaft für die Nutzung zur Verfügung stünden.
- 7 Am 28. 9. 2020 – vervollständigt und eingegangen am 29. 9. 2020 – stellte die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Mitnutzung von passiver

Netzinfrastruktur auf der Strecke zwischen den Adressen Ruhmannsdorf 44 und Sterlwald 3 in der Stadt Hauzenberg.

- 8 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 19 vom 14. 10. 2020 als Mitteilung Nr. 266 veröffentlicht.
- 9 Bezugnehmend auf den bereits dem Streitbeilegungsverfahren vorangegangenen E-Mail-Verkehr zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin seit August 2020 erläuterte die Antragstellerin den geplanten Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes mittels Glasfaser auf der streitgegenständlichen Strecke. Der Einbau werde mit Blick auf die zeitliche Dimension der Planung zügig benötigt, um ein zweites Rechenzentrum aufbauen zu können. Dies habe sie auch bereits im Juni über einen Antrag des zweiten Bürgermeisters der Stadt Hauzenberg, Rudolf Hirz, in einer Stadtratssitzung platzieren lassen.
- 10 Das streitgegenständliche Gebiet werde derzeit mit einer Glasfaseranbindung durch die Telepark Passau GmbH (im Folgenden: TPP, ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der Stadtwerke Passau) erschlossen, weshalb ihr die Antragsgegnerin kein Angebot unterbreiten wolle. Aus Sicht der Antragstellerin liege in dem Vorgehen der Antragsgegnerin eine gezielte Bevorzugung der TPP, was letztlich zu staatlich finanzierten Monopolen führe und den Wettbewerb behindere.
- 11 In der Antragsrüge vom 12. 10. 2020 rügte die Antragsgegnerin zunächst, der Antrag genüge bereits nicht den formalen Anforderungen gemäß § 77d Abs. 1 TKG, da nähere Ausführungen u. a. zur Strecke nicht ersichtlich seien und weder eine detaillierte Beschreibung des Projekts, noch ein genauer Zeitplan für die Umsetzung oder die benötigten Angaben zum Gebiet vorhanden seien.
- 12 Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin der Ansicht, dass einer Mitnutzung der streitgegenständlichen Leerrohre die Versagungsgründe des § 77g Abs. 2 Nr. 2 (aktuell und zukünftig fehlender Platz) und Nr. 6 TKG (tragfähige Alternative) entgegenstünden.
- 13 In Bezug auf den Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG legte die Antragsgegnerin hinsichtlich des Umfangs der passiven Netzinfrastruktur dar, dass sie auf der streitgegenständlichen Strecke über ein 50er Kabelschutzrohr (nachfolgend KSR) verfüge, das aktuell bereits mit insgesamt sieben Speedpipes (Microrohren) vollständig belegt sei. Ein Nachziehen von weiteren Speedpipes sei nicht mehr möglich. Zwar seien die vorhandenen Speedpipes auf der Strecke partiell (nicht durchgängig) derzeit frei, diese seien jedoch für ein aktuell kurz vor Zuschlagserteilung stehendes Breitbandprojekt und die Umsetzung des weiteren kommunalen Gigabit-Breitbandausbaus auf Grundlage der Umsetzung des Masterplans der Stadt Hauzenberg vorgesehen.
- 14 Die Antragstellerin erläutert dazu, dass zwei der sieben Speedpipes im Rahmen einer Ausschreibung 2016/17 nach der Bayerischen Breitbandförderrichtlinie zum Zwecke

der Reduzierung der Tiefbaukosten an die Firma TPP als Gewinnerin der Ausschreibung überlassen und mit Glasfasern belegt worden seien. Die TPP sei im Zusammenhang mit dem errichteten Netz förderrechtlich zum Open Access verpflichtet und habe der Antragstellerin auf deren Anfrage hin bereits ein Angebot zur Nutzung von Lichtwellenleitern auf der streitgegenständlichen Strecke unterbreitet.

- 15 Darüber hinaus sei auch in den verbleibenden fünf Speedpipes zukünftig kein Platz, da die Antragsgegnerin selbst die Speedpipes benötige: zwei Speedpipes seien für das aktuell laufende Förderverfahren Höfeprogramm „Hauzenberg 4“ eingeplant und die drei anderen Speedpipes für die weitere Ausbauplanung vorgesehen. Denn im Zusammenhang mit der Breitbandstrategie der Stadt Hauzenberg sei ein Masterplan für einen flächendeckenden Gigabitausbau erstellt worden. Von den verbleibenden drei Speedpipes seien zwei für den Ausbau im Zusammenhang mit dem aktuellen bzw. anstehenden Gigabit-Förderprogramm auf Bundes- und Landesebene vorgesehen. Die Markterkundung zu diesem Verfahren starte noch in diesem Jahr.
- 16 Das verbleibende Speedpipe habe drei Funktionen: Es diene als Betriebsreserve, als Störungsreserve und sei außerdem für die zukünftige Erschließung der noch nicht versorgten elf Einzelanwesen entlang der Trasse eingeplant. Als Störungsreserve solle das freie Speedpipe bei einer Beschädigung der Trasse dazu dienen, dass provisorisch ein Kabel zur Störungsbeseitigung eingezogen und somit das Betriebsunterbrechungsrisiko beziehungsweise der Zeitraum der Betriebsunterbrechung minimiert werden könne.
- 17 Hinsichtlich der von ihr genannten Erschließungsmaßnahmen gab die Antragsgegnerin an, dass diese (soweit nicht bereits abgeschlossen oder in der Umsetzung) innerhalb der nächsten zwei bis fünf Jahre geplant seien.
- 18 Die Antragsgegnerin erklärte außerdem, dass sie – auch bei unterstellt einzelnen freien Speedpipes bzw. KSR – diese nicht bis zum letzten freien Platz selbst belegen müsse bzw. eine entsprechende Überlassungspflicht nach DigiNetz-Gesetz begründet würde, sondern jeweils insbesondere zu Reparaturzwecken oder zukünftigen weitergehenden Ausbautätigkeiten eine eigene Betriebsreserve von mindestens 10-15 % der Rohrkapazitäten vorhalten dürfe oder sogar müsse. In diesem Zusammenhang verwies sie auf Förderprojekte, bei denen das einheitliche Materialkonzept des Bundes und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus in der aktuellen Fassung eine Kapazitätsreserve von mindestens 15 % der kalkulierten Anzahl von Leerrohren vorsehe. Dabei sehe das aktuelle Materialkonzept im Vergleich zur Vorgängerversion noch eine erhöhte Reserve im Backbone und auf den Netzabschnitten zwischen Hauptverteiler und PoP vor. Nach Ansicht der Antragsgegnerin würde eine Übertragung dieser Vorgaben auf den hiesigen Fall bedeuten, dass neben der 15 % Betriebsreserve nochmals mindestens $12 \times 10/6$ Rohrverbände gerade im Verteilernetz als Betriebsreserve anzuerkennen seien.

- 19 Entscheidend für den Ablehnungsgrund des mangelnden Platzes sei nicht nur der aktuell fehlende Platz – weil bereits zwei Speedpipes aufgrund des Förderverfahrens 2017 belegt seien und zwei weitere Speedpipes zeitnah im Rahmen des Förderprogrammes „Höfebonus“ (gemeint ist hier offenbar das Programm Hauzenberg 4 – Höfe) belegt werden würden –, sondern auch der zukünftig fehlende Platz in Bezug auf die verbleibenden drei Speedpipes.
- 20 In Bezug auf den Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG verwies die Antragsgegnerin darauf, dass der Antragstellerin eine tragfähige Alternative in Form von Lichtwellenleitern durch die TPP angeboten worden sei. Dabei komme es nicht darauf an, ob das Angebot von dritter Seite erfolge, sondern darauf, ob diese Lösung verfügbar sei. Das von der TPP für die 2850 m lange Strecke pro Faserpaar verlangte Entgelt in Höhe von 2,80 Euro pro Meter und Jahr (€/m p. a.) sei auch als fair und angemessen zu bewerten. Es handele sich bei der angefragten LWL-Strecke um eine Stadt- und keine Überlandstrecke. In Ermangelung eines deutschlandweit einheitlichen Marktpreises bestimme sich der Glasfaserpreis jeweils nach konkreten regionalen Gegebenheiten und sei abhängig von den Ausbaurkosten, der Konkurrenzsituation auf der Anbieterseite und der Bedarfssituation auf der Nachfragerseite. In diesem Fall führe dies dazu, dass der angebotene Preis als tragfähig und angemessen zu gelten habe.
- 21 Die Antragsgegnerin beantragte, den Streitbeilegungsantrag zurückzuweisen (Antrag zu 1.). Höchst vorsorglich stellte die Antragsgegnerin unter Ziffer 2 Hilfsanträge zu der beantragten Mitnutzung, da die Bundesnetzagentur im Rahmen des Verfahrens gemäß § 77n Abs. 1 TKG sowohl über Rechte als auch Pflichten zu entscheiden habe. Die Antragsgegnerin halte es in diesem Zusammenhang für angezeigt, dass dabei auch über Kündigungsrechte mitentschieden würde. Dahingehend beantragte die Antragsgegnerin hilfsweise im Falle einer rechtskräftigen Verpflichtung zur Überlassung eines oder mehrerer Speedpipes an die Antragstellerin zu erkennen:

„a. Sofern und soweit die Antragstellerin innerhalb der nächsten 5 Jahre im Rahmen und im Zusammenhang mit der Umsetzung ihrer Breitbandstrategie die der Antragstellerin überlassenen Speedpipes für sich oder den Zuschlagsempfänger der Ausschreibung benötigt, ist die Antragsgegnerin zur Kündigung des Mietvertrages mit der Antragstellerin mit einer Frist von 6 Monaten zum Monatsende berechtigt.

b. Im Falle der Kündigung zieht die Antragstellerin innerhalb der Kündigungsfrist das ggf. eingezogene Kabel zurück und stellt den Ursprungszustand wieder her.

c. Sofern und soweit die Antragstellerin ihrer Rückbaupflicht nicht nachkommen sollte, erstattet die Antragstellerin der Antragsgegnerin gegen Nachweis die Mehrkosten für den Neubau/Überbau der Strecke im Gegenzug für das Recht zum unveränderten Verbleib des Nutzungsrechts der Antragstellerin an den vom Mitnutzungsrecht erfassten Speedpipes.“

- 22 Am 13. 10. 2020 nahm die Antragstellerin zur Antragsrwiderrung Stellung und rügte das Verhalten der Antragsgegnerin als wettbewerbswidrig. Die Antragstellerin führte aus, der von ihr vorgenommene Ausbau über WLAN-Richtfunk sei nicht als förder-schädlich anzusehen. Trotzdem komme es ihrer Ansicht nach – wie im vorliegenden Fall – zu Situationen, in denen mit Fördergeldern gezielt ein Anbieter, der bereits Breitband anbiete, verdrängt werde. Für diesen Anbieter gebe es dann gar keine Möglichkeit, Glasfaserkapazitäten zu fairen Preisen mitnutzen zu können. Der geför-derde Anbieter könne so ein Monopol schaffen, indem durch zu hohe Preise verhindert werde, dass die vorhandenen Fasern durch andere Anbieter mitgenutzt würden. Hier läge ein klarer Wettbewerbsverstoß vor. Darüber hinaus rügte die Antragstellerin die fehlende Transparenz in Bezug auf den jährlichen Leerrohrpreis der angefragten pas-siven Infrastruktur.
- 23 Den Beteiligten ist in der am 26. 10. 2020 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Unter anderem regte die Beschlusskammer in diesem Termin den bilateralen Versuch einer gütlichen Einigung sowie eine Ruhendstellung des Verfahrens für den Zeitraum der Verhandlungen an. Die Parteien sagten zu, noch einmal miteinander zu kommunizieren, um die Einigungsmöglichkeiten auszuloten.
- 24 Im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung tauschten die Parteien E-Mails aus. Mit E-Mail vom 27. 10. 2020 bot die Antragstellerin der Antragsgegnerin an, nach Angaben von freien Leerrohren zu prüfen, ob und wie dann auf den Strecken auch durch sie eine Abdeckung sowohl über Funk wie auch über Glasfaser erfolgen könne. Als fairen Preis für die mögliche Anmietung einer Faser bot sie monatlich 50,00 € für die gesamte Strecke an. Langfristig werde sie aber wesentlich mehr Fa-sern benötigen, auch Fasern zu Endkunden, für die sie auch eigene OLT einsetzen wolle. Dies habe die TPP ihr aber nicht angeboten. Außerdem bot die Antragstellerin an, nach Auskunft über freie Leerrohrkapazitäten ein Angebot zu machen, wie sie eine Faseranbindung für die Anwohner realisieren könne.
- 25 Die Antragsgegnerin übermittelte – ohne dabei auf die konkreten Angebote und Anfragen einzugehen – mit E-Mail vom 5. 11. 2020 der Antragstellerin die aktualisierte Standardpreisliste der TPP. Diese sah als Standardmietpreis für ein Faserpaar im städtischen Bereich (A- und B-Ende liegen jeweils in einer Stadt) je nach Vertrags-laufzeit 1,00 €/m p. a. bis 1,20 €/m p. a. vor. Die Preise wurden dabei inkl. Wartung, Instandhaltung und Entstörung und ohne Mehrwertsteuer benannt, der jährliche Min-destmietpreis mit 600,00 € angegeben. Daneben würden die bei jeder Anschaltung entstehenden Bau- und Installationskosten nach Aufwand zzgl. ■ % Projektsteue-rungsleistung bei Bereitstellung fällig.
- 26 Neben dieser allgemeinen Preisliste wurde der Antragstellerin auch eine dezidierte Kostenaufstellung inkl. Kosten für Grabungs- und Installationsarbeiten für die Fa-seranbindung des Standortes Sterlwaid 3 und die Erstellung eines Anschlusses in

Höhe von [REDACTED] € (netto) übermittelt. Mangels gütlicher Einigung, wurde das Verfahren anhand übereinstimmender Angabe der Parteien am 9. 11. 2020 nicht ruhend gestellt, sondern weitergeführt.

- 27 Aufgrund der Hinweise der Beschlusskammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung nahm die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 13. 11. 2020 Stellung. Zunächst äußerte sie sich zu den Abstimmungen der Parteien nach dem Termin und teilte mit, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein überarbeitetes LWL-Angebot unterbreitet habe. Die TPP habe ihre Standardpreisliste entsprechend aktualisiert und zudem die Details der erforderlichen Anbindungsarbeiten in Bezug auf den Mietpreis gesondert ausgewiesen. Ihrer Ansicht nach bewege sich das Angebot mit einem Preis von 1,00-1,20 €/m p. a. je Faserpaar im Vergleich zu allen aktuell bundesweit veröffentlichten Vorleistungspreisen eher im unteren Drittel. Mithin entspreche dieser Preis auch einer tragfähigen Alternativlösung.
- 28 Eine darüberhinausgehende Zurverfügungstellung eines Speedpipes sei mangels aktuellen und zukünftig nicht ausreichenden Platzes nicht möglich. Die Antragsgegnerin vertiefte ihre Argumentation zu diesem Versagungsgrund und legte dazu einen aktualisierten schematischen Überblick zur Leerrohrbelegung sowie Informationen über Ortsteile und die Anzahl der Gebäude vor. Sie erklärte, der aktuell und zukünftige Bedarf an Leerrohren sei gerade im Bereich Sterlwaid aus technischer Sicht hoch, da der ODF Sterlwaid der zentrale Sammelpunkt für alle Kabel bzw. Fasern sei.
- 29 Weiter sei den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen, dass bereits beide an TPP im Rahmen der Ausschreibung 2016/17 überlassenen Leerrohre in weiteren Teilen mit LWL belegt seien. Daher sei es auch technisch nicht möglich, in ein bereits mit Fasern belegtes Speedpipe noch ein zweites Glasfaserkabel einzuziehen. Daneben würden zwei weitere Speedpipes in den nächsten Monaten im Rahmen des kurz vor Zuschlagerteilung stehenden und bereits durchgeführten Ausschreibungsverfahrens „Hauzenberg 4“ (Höfeprogramm) vergeben und beide mit Fasern belegt werden.
- 30 Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass selbst die verbleibenden drei Speedpipes nicht überlassen werden könnten, weil zum einen zwei Speedpipes aktuell als zulässige Betriebsreserve und ein Speedpipe als Störungsreserve vorgehalten würden. Zum anderen würden die verbleibenden drei Speedpipes auch für die weiteren Ausbaumaßnahmen benötigt. Hierzu erklärte die Antragsgegnerin, ein Speedpipe könne technisch mit einem Kabel mit maximal $8 \times 12 = 96$ Fasern belegt werden. Entsprechend den Vorgaben des Materialkonzeptes des Bundes in geförderten Projekten plane die Antragsgegnerin, jeweils 16 Endstellen anzubinden.
- 31 Nach Ansicht der Antragsgegnerin würde ihr Plan einer Gigabit-Vollversorgung aller Hausanschlüsse durch die Pflicht zur Überlassung einzelner Speedpipes allein für die Schaffung einer Verbindung von zwei Endstellen der Antragstellerin vereitelt. Die Antragsgegnerin meint, falls die Antragstellerin für die Anbindung zweier Standorte ein Speedpipe bekäme, wäre die Nutzung dieses Speedpipes und der dort eingezogenen

Fasern für mindestens 15 weitere Standorte der Antragsgegnerin technisch nicht mehr möglich.

- 32 Um diese Situation und ihren Bedarf technisch zu erläutern, legte die Antragsgegnerin eine Faserberechnung zur Versorgung der Ortsteile Guppenberg, Fürhaupt, Mahd, Kinatöd und Duscherpoint bis zum ODF Sterlwaid unter Zugrundelegung der Dimensionierungsregeln des Bundes dar. Hiernach seien allein zur vollständigen Versorgung o. g. Ortsteile bis zum ODF Sterlwaid noch drei zusätzliche Kabel einzubringen.
- 33 Nach der Analyse der Ausführungen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 13. 11. 2020 und der Sichtung der eingereichten weiteren Pläne zur Belegung der Infrastrukturen in der Stadt Hauzenberg ergaben sich für die Beschlusskammer weitere Rückfragen, die sie in dem Auskunftersuchen vom 25. 11. 2020 an die Antragsgegnerin adressierte.
- 34 Zum einen stellte die Beschlusskammer die Frage nach dem Planungsstand, dem Umfang der Ausbauten und der Art der in dem vorgelegten Masterplan der Antragsgegnerin aus 2017 dargestellten Infrastruktur. Des Weiteren bat die Beschlusskammer um Stellungnahme zur planerischen Diskrepanz des Ausbaus auf einer der Strecken im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12. 10. 2020 und dem Masterplan. Zum anderen bat die Beschlusskammer um Aufklärung hinsichtlich des Grundstücksanschlusses am Grundstück Sterlwaid 3, warum eine Mitnutzung des direkten Hausanschlusses der TPP nicht angeboten wurde bzw. ob ein solcher in Planung sei.
- 35 Mit Schreiben vom 11. 12. 2020 nahm die Antragsgegnerin zur Rückfrage der Beschlusskammer Stellung. Zunächst erklärte sie, dass der Masterplan ein Grobkonzept für eine zukünftige vollumfängliche FTTH-Erschließung des Stadtgebiets der Antragsgegnerin enthalte und damit aufzeige, welche Rohrtypen und Kapazitäten auf Basis des Materialkonzepts des Bundes zum Ausbau erforderlich seien. Bestehende Trassen würden im Trassenverlauf der Planung berücksichtigt. Eine konkrete Einplanung erfolge jeweils im Rahmen der Förderprogramme.
- 36 Zu Planung und Ausbaustand verwies die Antragsgegnerin auf ihren Schriftsatz vom 12. 10. 2020 und führte weiter aus, dass sie auf der streitgegenständlichen Strecke über ein aktuell mit insgesamt sieben Speedpipes vollständig belegtes KSR DA 50 verfüge. In diesem Zusammenhang erläuterte die Antragsgegnerin noch einmal, dass zwei Speedpipes im Rahmen einer Ausschreibung 2016/17 nach der Bayerischen Breitbandförderrichtlinie zum Zwecke der Reduzierung der Tiefbaukosten an die TPP als Gewinnerin der Ausschreibung überlassen und mit Glasfasern belegt worden seien. Zwei Speedpipes würden von der Antragsgegnerin für das aktuell laufende Förderverfahren Höfeprogramm „Hauzenberg 4“ genutzt. Die drei (weiteren) Speedpipes plane die Antragsgegnerin zunächst als Betriebs- und Störungsreserve vorzuhalten. In einem weiteren Schritt werde im Rahmen der Ausbautätigkeit 2021 das Gigabit-Programm gestartet und der weitere Ausbau begonnen. Auf die Frage der Beschlusskammer, was von der Planung – zum Beispiel durch den Ausbau der bereits vergeb-

- nen Lose – bereits umgesetzt sei, antwortete die Antragsgegnerin, eine Loseinteilung sei im Masterplan nicht enthalten.
- 37 Zur Frage, ob der Masterplan bereits 2017 bestehende Infrastrukturen oder nur geplante beziehungsweise inzwischen (zum Teil) realisierte Infrastruktur enthalte, erläuterte die Antragsgegnerin, der Masterplan enthalte nur den geplanten und nicht den tatsächlichen Ressourcenbestand. Die Ressourcen seien aber im Rahmen der vorstehenden zwei Ausschreibungen soweit wie möglich berücksichtigt worden.
- 38 Des Weiteren nahm die Antragsgegnerin zur Diskrepanz zwischen Darstellungen der Planung im Schriftsatz vom 12. 10. 2020 und dem Masterplan Stellung und führte aus, dass der Masterplan eine Idealbelegung darstelle. Ein Rohrverband mit 7×16 (wie im Masterplan vorgesehen) orientiere sich am Materialkonzept des Bundes im Rahmen von geförderten Ausbauprojekten. Die Antragsgegnerin wies erneut darauf hin, dass der Masterplan nicht die bereits vorhandenen Bestandrohre (im vorliegenden Falle 7×10) beinhalte. Als Erklärung führte sie an, dass das Materialkonzept des Bundes im Rahmen von staatlichen Förderverfahren nicht für bereits vorhandene Bestandsinfrastruktur gelte; daher werde aus Kostengründen auf das vorhandene Rohr mit den sieben Speedpipes zurückgegriffen und kein neuer Rohrverbund (7×16) gelegt. Die vorhandenen Kapazitäten würden entsprechend vollumfänglich benötigt. Hinsichtlich des verbauten 7×10 Rohrverbunds lägen weder der Antragsgegnerin noch ihrem Planer Informationen zum Hersteller oder der Typenbezeichnung vor, da es sich um ein Bestandsrohr handele.
- 39 Im Hinblick auf die Frage der Beschlusskammer nach einem Hausanschluss des Grundstücks Sterlwaid 3 führte die Antragsgegnerin aus, dass im Masterplan eine Erschließung des Grundstücks vorgesehen, aber aktuell noch nicht in der Umsetzung sei. Derzeit bestehe kein Hausanschluss. Da die Antragstellerin den Bedarf aktuell angefragt habe (und die Umsetzung auch nicht in einer unmittelbar bevorstehenden Ausschreibung erfolgen könne), müsse die aufgeführte Strecke zwingend gebaut werden. Es sei zu unterscheiden zwischen dem Masterplan, der sich in der aktiven Umsetzung befinde und eine mögliche ideale Ausbauplanung für einen flächendeckenden FTTH-Ausbau widerspiegele, und den derzeitigen tatsächlichen Gegebenheiten, die sich allein anhand der dargelegten Ist-Situation bestimmten. Bei dem aktuellen Bedarf der Antragstellerin müsse die Nutzung auf Grundlage des tatsächlichen „Bautenstandes“ und unter Berücksichtigung des notwendigen Tiefbaus erfolgen. Es sei auch im Interesse der Antragstellerin nicht möglich, auf eine voraussichtlich noch mehr als zwölf Monate in der Zukunft liegende Ausschreibung zu verweisen, in deren Rahmen Hausanschlüsse gegebenenfalls mit Fördermitteln realisiert werden könnten. Abgesehen davon wäre nach vorläufiger Einschätzung der Antragsgegnerin eine Förderung dieses Anschlusses nicht möglich, da die Trasse direkt am Grundstück vorbeilaufe. Die Antragsgegnerin nahm nochmals Bezug zu ihren Darlegungen, dass 32 m Tiefbau von einer Anschlussmuffe zum Hausanschluss erforderlich seien.

- 40 Auf Basis des vorgelegten Angebots der TPP vom 5. 11. 2020 und der Einlassungen der Antragsgegnerin ergaben sich noch weitere Rückfragen an die Antragstellerin, zu deren Beantwortung sich die Beschlusskammer mit Schreiben vom 20. 11. 2021 an die Antragstellerin wandte.
- 41 Die Beschlusskammer adressierte im Wesentlichen die Fragen, ob die Antragstellerin ein solches Angebot zur Erstellung des Anschlusses (ergänzend zur Anmietung der Glasfasern) angefragt habe, sie die Erstellung des Anschlusses durch die TPP benötige und zu welchen Konditionen sie das Angebot erhalten habe.
- 42 Mit einer Antwort-E-Mail vom 22. 11. 2020 bejahte die Antragstellerin, dass sie unabhängig von der Verbindung zwischen Sterlwaid nach Ruhmannsdorf auch einen FTTH-Anschluss angefragt hätte und die Erstellung eines Anschlusses von der TPP auch benötige, sofern die Fasern von der TPP kämen. Weiter erklärte sie, dass es in Bezug auf die vorgelegten Angebotskonditionen keine weiteren Verhandlungen gegeben habe, weil sie bereits kommuniziert hätte, dass der Anschluss bei den Preisvorstellungen für sie nicht realisierbar gewesen sei.
- 43 Weiter führte die Antragstellerin aus, dass sie allein deswegen ein Leerrohr anstelle einer LWL-Anmietung bevorzugen würde, um in der Zukunft ggf. mehr Fasern darin nutzen zu können. Vor diesem Hintergrund ist sie der Meinung, dass es einen Standardpreis für Leerrohre geben sollte, der für alle Anbieter gleichermaßen gelte bzw. in diesem Fall für die Stadt Hauzenberg und die TPP.
- 44 Vor dem Hintergrund, dass die Antragsgegnerin den Versagungsgrund der tragfähigen Alternative zur begehrten Mitnutzung (§ 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG) über die Möglichkeit der Anmietung von unbeschalteten Glasfasern (sog. „Dark Fibre“) der TPP geltend macht, bat die Beschlusskammer die TPP mit Schreiben vom 25. 11. 2020 um Auskunft zu sich daraus ergebenden Fragen. Zum einen sollte die Diskrepanz zwischen den beiden Angeboten der TPP an die Antragstellerin für eine LWL-Anbindung auf der streitgegenständlichen Strecke aufgeklärt werden. In diesem Zusammenhang richtete die Beschlusskammer die Frage an die TPP, warum eine Differenzierung in der Preisgestaltung in dem betreffenden Gebiet erfolgt sei, wenn es sich doch um eine geförderte Maßnahme und damit auch einen diskriminierungsfrei anzubietenden Open Access handele. Weiterer Aufklärungsbedarf bestand zum anderen hinsichtlich der Kosten für die Grundstücksanbindung. Nach dem jüngeren Angebot sollten der Antragstellerin Kosten für einen Leitungsgraben von 32 m bis zum nahegelegenen ODF in Rechnung gestellt werden, obwohl anscheinend auch die Möglichkeit einer kürzeren Hauszuführung besteht. Vor diesem Hintergrund bat die Beschlusskammer um Auskunft, ob das entsprechende Anwesen im Rahmen des Breitbandausbaus bereits erschlossen beziehungsweise an das Leerrohrnetz angeschlossen worden oder dies in nächster Zeit vorgesehen sei.
- 45 In dem Schreiben wies die Beschlusskammer die TPP auch darauf hin, dass diese sich gemäß §§ 134, 134a TKG zum Verfahren beiladen lassen könne, um Einsicht in

die Antragsunterlagen sowie die im Verfahren abgegebenen Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten zu erhalten. Gleichwohl erfolgte seitens der TPP im Laufe des Verfahrens kein Antrag auf Beiladung.

- 46 Die TPP teilte in ihrem Antwortschreiben vom 1. 12. 2020 mit, dass im ersten Angebot vom 12. 5. 2020 der Anteil der Einmalkosten auf den Fasermietpreis umgelegt worden sei. Bezüglich dieses Angebots kam es zu keiner weiteren Kontaktaufnahme der Antragstellerin und es sei dementsprechend nicht nachverhandelt worden. Im zweiten Angebot vom 13. 11. 2020 seien die Einmalkosten und der monatliche Fasermietpreis getrennt aufgeführt worden. Man habe nach Kontaktaufnahme durch die Antragsgegnerin, die sich auf eine Voreinschätzung der Bundesnetzagentur bezogen habe – den Preis für alle Open Access-Anfragen neu festgelegt. Die dort aufgeführten Preise seien – mit Ausnahme der jeweils erforderlichen Anbindungskosten – für die Bestandsstrassen allgemeinverbindliche Preise für den zu gewährenden Open Access.
- 47 TPP führte im Weiteren zur technischen Realisierung der Anbindung des Grundstücks der Antragstellerin aus, dass Anbindungen nur von bestehenden Muffenschächten aus realisiert werden könnten, andernfalls müsse für die Anbindung eines Kunden bis unmittelbar vor das Haus extra ein Mikrorohr „geopfert“ werden. Dies würde dazu führen, dass nicht nur auf den 32 Metern zum Anwesen der Antragstellerin ein Engpass entstehe, sondern auch auf der Gesamtstrecke zu den nächsten Schächten auf der rechten und linken Seite. Das Anwesen sei bislang noch nicht von TPP erschlossen. Man könne aber alternativ, so TPP, unter Angabe einer groben Kostenschätzung einen neuen Muffenschacht vor dem Gebäude setzen. Jedoch würden selbst in diesem Fall die Tiefbaukosten nicht vollständig entfallen, da ca. 10 m Tiefbau (von der Kellermauer bis zur Trasse an der Straße) anfallen würden. Entsprechend würden die Tiefbaukosten der Alternativlösung noch rund ein Drittel betragen und die Kosten für die Realisierung des neuen Muffenschachts zusätzlich hinzukommen. Natürlich bleibe es der Antragstellerin auch unbenommen, den Tiefbau ab dem Muffenschacht selber zu realisieren, sofern die Kosten für den Schacht übernommen würden.
- 48 Mit Stellungnahme vom 30. 12. 2020 legte die Antragstellerin exemplarisch ein Schreiben der Antragsgegnerin vor, in dem diese sich an einzelne Bewohner der Stadt Hauzenberg wendet und diesen die Anschlussmöglichkeit durch die TPP in Aussicht stellt. Die Antragstellerin rügt in diesem Zusammenhang, dass es sich nicht nur bei diesem einen, sondern wahrscheinlich auch bei weiteren Adressaten des Schreibens um bereits mit Breitband versorgte Kunden der Antragstellerin handele.
- 49 Mit Schreiben vom 5. 1. 2021 nahm die Antragsgegnerin zur Rüge der Antragstellerin Stellung. Die Beschwerde habe ihrer Ansicht nach bereits formal nichts mit dem Streitbeilegungsverfahren und den hier geltend gemachten Ansprüchen zu tun. Weiter argumentiert sie, das Anschreiben zeige vielmehr, dass der Zuschlag für das weitere Ausschreibungsverfahren (Höfeprogramm „Hauzenberg 4“) erfolgt sei und es sich wahrscheinlich um eine unterversorgte Adresse handele. Darüber hinaus argumen-

- tierte die Antragsgegnerin, dass die Einlassungen der Antragstellerin zur Versorgungssituation zum einen nicht belegt (und ohne konkrete Adresse auch nicht belegbar) und zum anderen bereits neben der Sache seien. Weiter erklärte die Antragsgegnerin, dass, sollte es sich bei der aufgeführten Adresse um eine Adresse im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens handeln, diese nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens als unterversorgt eingestuft worden sei. Das würde bedeuten, dass die Antragstellerin zu dieser Adresse damals nichts gemeldet habe.
- 50 Auf Aufforderung der Beschlusskammer übersandte die Antragsgegnerin am 15. 1. 2021 zum einen weitere Unterlagen zur Auftragsbekanntmachung für das Projekt Höfeprogramm „Hauzenberg 4“, den Breitbandausbauvertrag für die Stadt Hauzenberg und eine hierauf bezogene Leistungsbeschreibung der TPP und nahm zudem zum geförderten Breitbandausbau vertieft Stellung.
- 51 Unter Bezugnahme auf diese Unterlagen erklärte die Antragsgegnerin, dass die seitens der Antragsgegnerin der TPP zur Verfügung gestellten zwei Speedpipes bereits durch den Haupt- und Finanzausschuss des Stadtrats der Antragsgegnerin beschlossen worden seien. Zudem seien zwei weitere Speedpipes im Rahmen einer Ausschreibung 2016/17 nach der Bayerischen Breitbandförderrichtlinie zum Zwecke der Reduzierung der Tiefbaukosten durch die TPP belegt worden. Die drei verbleibenden Speedpipes seien bereits für die weitere Ausbauplanung vorgesehen. Auf ihre Masterplanung Bezug nehmend, führte die Antragsgegnerin nochmals aus, dass zwei Speedpipes für den Ausbau im Zusammenhang mit dem aktuellen bzw. anstehenden Gigabit Förderprogrammen auf Bundes- und Landesebene vorgesehen seien. Das dann verbleibende Speedpipe habe drei Funktionen, nämlich einmal als Betriebsreserve, dann als Kapazität für die zukünftige Erschließung der noch nicht versorgten elf Einzelanwesen entlang der Trasse und zuletzt als Störungsreserve. Nach Ansicht der Antragsgegnerin sollten damit alle vorhandenen Speedpipes belegt sein.
- 52 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
- 53 Am 25. 1. 2021 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 26. 1. 2021 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass sie von einer Stellungnahme absehe.
- 54 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

55 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

2.1 Rechtsgrundlage

56 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. §§ 77d, 77g Abs. 2 Nr. 2, Nr. 6 Alt. TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

57 Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung der Beschlusskammer liegen vor.

2.2.1 Zuständigkeit

58 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. Das vorliegende Verfahren hat eine Mitnutzung gemäß § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. § 77d TKG zum Gegenstand. Die Antragstellerin begehrt die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen eines öffentlichen Versorgungsnetzes für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze.

2.2.2 Verfahren

59 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

60 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 26. 10. 2020 gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.

61 Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden. Die Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden ist.

62 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.

63 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, 3. Auflage, 2021, § 123, Rz. 14 f.

- 64 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

- 65 Gemäß § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur verbindlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags über streitige Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 77d TKG. Der Antrag der Antragstellerin ist am 29. 9. 2020 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am 29. 1. 2021 endet. Insofern ergeht die Entscheidung über das Bestehen des Mitnutzungsanspruchs und die dagegen eingewandten Versagungsgründe fristgerecht.

2.3 Materielle Voraussetzungen

- 66 Der Streitbelegungsantrag ist zulässig, aber unbegründet. Zwar liegen die Anspruchsvoraussetzungen der § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. § 77d Abs. 1, 2 TKG vor, jedoch steht dem Anspruch ein von der Antragsgegnerin eingewandter Versagungsgrund entgegen. Die Antragsgegnerin hat der begehrten Mitnutzung zutreffend den Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG (tragfähige Alternative) entgegengehalten. Ein Entgegenhalten des Versagungsgrundes aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG (mangelnde Kapazität) war hingegen nicht möglich.

2.3.1 Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags

- 67 Der Antrag über die Bedingungen einer Mitnutzung ist zulässig. Die Antragsgegnerin hat innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot abgegeben. Diesbezüglich hatten die Parteien im Vorfeld über die beantragte Mitnutzung der Leerrohrtrasse der Antragsgegnerin kommuniziert, allerdings wurde von der Antragsgegnerin kein Angebot für eine Mitnutzung durch die Antragstellerin vorgelegt.

2.3.2 Begründetheit des Mitnutzungsantrags

- 68 Der Anspruch auf Mitnutzung ist unbegründet. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, der Antragstellerin ein Angebot auf Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastruktur

bezüglich des Streckenabschnitts zwischen Ruhmannsdorf 44 und Sterlwald 3 zu unterbreiten. Sie kann sich auf den Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG berufen und diesen gegen die beantragte Mitnutzung einwenden.

2.3.2.1 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG

- 69 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1 und 2 TKG liegen grundsätzlich vor.
- 70 Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) TKG.
- 71 Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) und lit. b) TKG.
- 72 Die Antragstellerin hat mit E-Mail vom 31.7.2020 einen Antrag gemäß § 77d Abs. 1 TKG auf Abgabe eines Mitnutzungsangebots betreffend der Mitnutzung von Leerrohren auf dem hier streitgegenständlichen Streckenabschnitt gestellt und dies dann auch im Weiteren durch Nachfragen und Rückfragen konkretisiert und daran festgehalten. Dieser Antrag enthielt eine Darstellung ihres Projekts, wonach sie die Anbindung ihres zweiten Rechenzentrums mit einem Glasfaserkabel unter Nutzung der bereits vorhandenen passiven Infrastrukturen skizzierte, um damit sowohl WLAN Richtfunk als auch (wo möglich) LWL direkt anbinden zu können. Dabei stellte sie auch das Gebiet dar, welches zur Anbindung vorgesehen ist. Der Zeitplan, wonach eine sofortige Anbindung und das Einblasen eines Kabels vorgesehen war, wurde spätestens in der Nachfrage vom 29. 9. 2020, in der dies noch einmal bekräftigt und auch der Zeitkorridor bis zum 15. 10. 2020 genannt wurde, hinreichend bestimmt angegeben.
- 73 Dieser Antrag ist von der Antragsgegnerin mit E-Mail vom 29. 9. 2020 endgültig und letztmalig abgelehnt worden. Diese Ablehnung bekräftigte sie auch im anhängigen Streitbeilegungsverfahren.
- 74 Der von der Antragsgegnerin eingewandte Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG (tragfähige Alternative zum Infrastrukturzugang) steht dem Mitnutzungsanspruch hier bezüglich des begehrten Zugangs zur passiven Netzinfrastruktur entgegen. Dies gilt nicht für den ebenfalls eingewandten Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG (fehlende Kapazität).
- 75 Insgesamt listet § 77g Abs. 2 TKG sieben zulässige Versagungsgründe auf. Die Liste der Ablehnungsgründe ist abschließend, um Rechtsklarheit über die Versagungsgründe zu schaffen sowie einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitnutzungsinteresse und den Interessen des Verpflichteten zu ermöglichen.

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

- 76 Die Ausgestaltung der Versagungsgründe als abschließende Aufzählung – die auch durch den Gesetzeswortlaut („darf nur abgelehnt werden“) zum Ausdruck gebracht wird – legt eine enge Auslegung der Versagungsgründe nahe. Dies betont die Bun-

desregierung 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.

- 77 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.

2.3.2.1.1 Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG

- 78 Der von der Antragsgegnerin eingewandte Versagungsgrund derzeit und zukünftig mangelnder Kapazität gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG steht dem Antrag vom 29. 9. 2020 nicht entgegen.
- 79 Das Vorliegen des behaupteten Versagungsgrundes gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG (fehlender Platz) bezüglich der Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur zwischen Ruhmannsdorf 44 und Sterlwald 3 hat sich aus den vorgelegten Unterlagen als unzutreffend bzw. nicht hinreichend belegt dargestellt.
- 80 Der in § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG geregelte Versagungsgrund erfasst zwei Sachverhaltsalternativen. Danach kann eine Mitnutzung ganz oder teilweise versagt werden, wenn der Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze im öffentlichen Versorgungsnetz zum Zeitpunkt der Antragstellung (bei dem Infrastrukturinhaber) fehlt (1. Alternative). Zudem kann der Versagungsgrund eingewandt werden, wenn der Platz für die begehrte Mitnutzung in dem betroffenen öffentlichen Versorgungsnetz zukünftig fehlen wird (2. Alternative). Den zukünftig fehlenden Platz hat der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes anhand der Investitionsplanung für die nächsten fünf Jahre ab Antragstellung konkret darzulegen (§ 77g Abs. 2 Nr. 2, 2. Hs. TKG). Diese Regelung korrespondiert mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 lit. b) der Kostensenkungsrichtlinie, wonach eine Zugangsverweigerung erfolgen kann, wenn der – ausreichend nachgewiesene – künftige Platzbedarf des Netzbetreibers der begehrten Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze entgegensteht.
- 81 Diesbezüglich hat der deutsche Gesetzgeber zum Einwand des künftigen Kapazitätsvorbehalts in der Regelung klargestellt, dass ein gesonderter Nachweis zu erfolgen hat und weiter ausgeführt:

„Die Festsetzung des Prognosezeitraums von fünf Jahren ist ein Ausgleich der Belange der regelmäßig langfristig zu planenden Versorgungsnetze sowie der Haushaltsplanungen der Verwaltung einerseits und der schnelllebigen Telekommunikationsbranche andererseits. (...) Die Prognose ist zu plausibilisieren, damit nicht entfernte Planungen, die sich noch nicht hinreichend manifes-

tiert haben, als Einwendung angeführt werden können. Grundlage für eine Konkretisierung muss deshalb die hinreichend präzisierte Investitionsplanung des Verpflichteten sein“.

BT-Drs. 18/8332, S. 48

82. Für das Vorliegen eines Versagungsgrundes ist der in Anspruch genommene Eigentümer oder Betreiber eines Versorgungsnetzes darlegungs- und beweispflichtig. Zweifel am Vorliegen einer Kapazitätserschöpfung im Fall des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG gehen daher zu seinen Lasten. Zwar ist eine dem Zivilprozess vergleichbare Behauptungs- und Beweislast dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes grundsätzlich fremd. Es kann allerdings auch im Verwaltungsverfahren eine Situation eintreten, in der entscheidungserhebliche Tatsachen unerweislich bleiben. In einer solchen Situation ist auf allgemeine Beweislastgrundsätze zurückzugreifen. Nach dem in § 77d Abs. 2 TKG geltenden Grundsatz ist ein Angebot zur Mitnutzung bei einer Nachfrage grundsätzlich zu unterbreiten. Deshalb hat der in Anspruch genommene Eigentümer oder Betreiber die diesen Anspruch ausschließenden Umstände einer Kapazitätserschöpfung darzulegen und zu beweisen.

Vgl. in Analogie hierzu auch die die Rechtsprechung zum Einverständnis bei unerbetener Werbung VG Köln, Beschluss v. 14. 2. 2008 – 11 L 1783/07, juris-Rz. 25; VG Köln Beschluss v. 29. 6. 2005 – 11L765/05, juris-Rz. 22, VG Köln, Beschluss v. 14. 2. 2008 – 11 L 1783/07, juris-Rz. 28; VG Köln Beschluss v. 29. 6. 2005 – 11 L 765/05, juris-Rz. 23.

83. Die von der Antragsgegnerin im Verfahren vorgelegten Unterlagen reichen – gemessen an diesen Grundsätzen – nicht aus, um den hier vom Gesetzgeber geforderten Nachweis eines künftigen Kapazitätsvorbehalts in Bezug auf die beantragte Nutzung zu belegen.

2.3.2.1.1 Bewertung der vorgelegten Masterplanung

84. Die Antragsgegnerin hat zum Nachweis der Kapazitätsplanung eine Masterplanung (Anlage B7), einen schematischen Überblick über Mikrorohre, Schächte und Kabel im Bestand (Anlage B6) vorgelegt und die Kapazitätsauslastung beschrieben.

Vgl. Schriftsatz v. 13. 11. 2020, S. 4

85. Unter Berücksichtigung der sowohl bestehenden als auch erst noch geplanten zu versorgenden Strecken stellt weder die Masterplanung noch der aktuelle Überblick in Verbindung mit den Ausführungen der Antragsgegnerin einen hinreichend konkreten und plausiblen Nachweis der aktuellen und zukünftigen Kapazitätserschöpfung der Leerrohre im streitgegenständlichen Bereich dar.
86. Zum einen stellt die Masterplanung – wie bereits selbst von der Antragsgegnerin vorgetragen – nur eine geplante und damit zukünftige „grobe Idealplanung“ der Infrastruktur dar, in der sich der tatsächliche Ressourcenbestand nicht wiederfindet. Damit wurde die Planung unabhängig von den real vorzufindenden Ressourcen und deren

tatsächlich aktuell geplanter Verwendung erstellt und ist insofern als „Aliud“ anzusehen. Da die Antragsgegnerin eine Realisierung der Idealplanung für den streitgegenständlichen Streckenabschnitt bislang auch aus Kostengründen nicht vorsieht und diesbezügliche Nachweise auf Basis vergebener Aufträge oder begonnener Bauarbeiten dementsprechend fehlen, verhindert dies die Berücksichtigung der Masterplanung im Rahmen der Erwägungen zur fehlenden vorhandenen Kapazität und insbesondere der Annahme des zukünftig fehlenden Platzes im streitgegenständlichen Gebiet. Gemäß den Ausführungen in der Gesetzesbegründung ist dabei vor allem auf die Haushaltsplanung der öffentlichen Verwaltung abzustellen, der Richtliniengeber benennt die Belegbarkeit des mangelnden Platzes auch „etwa durch öffentliche verfügbare Investitionspläne“.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 48; Kostensenkungsrichtlinie, Erwägungsgrund 17.

- 87 Demnach ist eine Prognose zu plausibilisieren. Die Antragsgegnerin hat zwar eine Breitbandkonzeption entwickelt und vorgelegt, aber diese – entsprechend ihrer eigenen Aussage – weder in einer Investition noch in der Vergabe von Aufträgen manifestiert.
- 88 Hinzu kommt, dass die Kapazitätserwägungen in der Masterplanung nicht nachvollziehbar sind. So gibt die Antragsgegnerin in ihren Kapazitätserwägungen vom 13. 11. 2020 (S. 4) an, dass drei Speedpipes in dem KSR DA 50 zum einen als Störungs- und zum anderen als Betriebsreserve vorgehalten würden. Gleichzeitig führt sie aber auch aus, dass im Zuge weiterer nicht plausibilisierter Ausbaumaßnahmen diese drei Speedpipes und damit die erforderliche Störungs- und Betriebsreserve erschöpft seien.
- 89 Unter Zugrundelegung des Grundsatzes, wonach Zweifel am Vorliegen einer Kapazitätserschöpfung zu Lasten des Darlegungspflichtigen gehen (siehe oben unter Rz. 82) hat die Antragsgegnerin für die konkret in Anspruch genommene Strecke die Kapazitätserschöpfung nicht hinreichend dargelegt. Vielmehr bleiben ihre Angaben im Ungefähren – ohne einen konkreten Planungshorizont – oder sie stellen sich bei einem Abgleich als unhaltbar dar (siehe dazu unter Rz. 90 ff.). Die dargelegte Masterplanung entspricht einem Idealkonzept, das so nicht zwingend realisiert wird und – nach Angaben der Antragsgegnerin selbst – auch ohne Einbezug der Bestandsinfrastrukturen (also dem hier streitgegenständlichen KSR DA 50) erstellt wurde. Die Aussagekraft im Hinblick auf die nunmehr konkret geplante Erschließung – auch unter Zugrundelegung der bereits bestehenden Infrastruktur – bleibt dementsprechend unklar.

2.3.2.1.1.2 Plausibilisierung der Annahmen zum Vollausbau

- 90 Auch ein Abgleich des geplanten Bedarfs anhand der Auskunft der Antragsgegnerin vom 13. 11. 2020 und der zukünftigen Belegung im Sinne einer Plausibilitätskontrolle führt zu keinem anderen Ergebnis, als dass auch hier der fehlende Platz nicht plausibilisiert ist. Unter Annahme einer vollständigen Erschließung der über die streitgegen-

ständige Trasse zu versorgenden Anwesen ergibt dieser Abgleich unter Berücksichtigung des Materialkonzepts des Bundes, dass über die gesamte Strecke neben der Störungsreserve ein Mikrorohr durchgehend frei bleibt.

- 91 Anhand von amtlichen Karten des Geoportals Bayern wurde die Anzahl der nach dem Masterplan über die streitgegenständliche Trasse in den Ortsteilen Sterlwaid, Rothmahd, Guppenberg, Fürhaupt, Mahd, Kinatöd und Duscherpoint zu erschließenden Anwesen ermittelt. Das Ergebnis wurde zum einen mit den Angaben der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 13. 11. 2020 verglichen und zum anderen zur Ermittlung des Faserbedarfs bei einer Vollerschließung der Ortsteile am Erschließungsstrang von Sterlwaid nach Ruhmannsdorf herangezogen.
- 92 Im Wesentlichen sind die Angaben in der Stellungnahme der Antragsgegnerin zahlenmäßig korrekt. Da der Bedarf für möglicherweise zu erschließende weitere Wohneinheiten nur hypothetisch vorgetragen wurde, ist er erst zur Bewertung der Betriebsreserve von Bedeutung.
- 93 Unter Berücksichtigung des Materialkonzepts des Bundes werden bei einer maximalen Anzahl von 96 Fasern je Kabel, 4 Kabel mit zusammen 384 Fasern für die Erschließung aller 59 Anwesen benötigt. Dabei ergeben sich nach dieser Rechnung bereits 30 überzählige Fasern, die zur Erschließung weiterer Wohneinheiten genutzt werden könnten. Bei vier Fasern je zusätzlicher Wohneinheit können noch sieben weitere Wohneinheiten in den erschlossenen Gebäuden – und damit sogar mehr als die von der Antragsgegnerin angenommenen 10 % der Gebäude – versorgt werden.
- 94 Damit ergibt der Kapazitätsabgleich, dass noch zwei freie Speedpipes über die gesamte nachgefragte Trasse verbleiben. Eines der zwei freien Speedpipes sollte laut Antragsgegnerin als Störungsreserve freigehalten werden, so dass immer noch ein zweites frei verbliebe.
- 95 Zudem wurde zur Plausibilisierung der Bedarf für eine Vollerschließung ermittelt, sodass die Betriebsreserve zur Erschließung noch nicht mit Glasfaser angeschlossener Anwesen nicht weiter erforderlich ist. Gleichzeitig aber soll eine Kapazitätsreserve, die nach dem Materialkonzept des Bundes vorzuhalten ist, Wettbewerbern den Zugang zu Kunden im Fördergebiet ermöglichen. Das Mitnutzungsbegehren des Antragstellers verfolgt gerade diesen Zweck.

2.3.2.1.1.3 Bewertung der Reservekapazitäten

- 96 Auch hinsichtlich des aktuell fehlenden Platzes im streitgegenständlichen KSR DA 50 und den vorgehaltenen drei Speedpipes als Betriebs- und Störungsreserve entsprechend der aktuellen Planungslage kann die Antragsgegnerin den Versagungsgrund des fehlenden Platzes nach § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG dem Antrag auf Mitnutzungsbegehren mangels Plausibilisierung nicht entgegenhalten.

- 97 Denn wie bereits oben dargelegt, erstellt die Antragsgegnerin hier nicht selbst ein Netz, sondern plant lediglich einen Bedarf für später im Rahmen von Förderung aus-geschriebene Kapazitäten. Dabei sind zwei Dinge festzuhalten:
- 98 Erstens macht das Materialkonzept des Bundes für eine neu zu erstellende Infrastruk-tur, bei deren Erstellung Fördermittel in Anspruch genommen werden, Vorgaben. Die-se sehen vor, dass – auch im Hinblick auf die daran unmittelbar anknüpfende Ver-pflichtung zum Open Access, also auch des zu gewährenden Leerrohrzugangs – aus-reichende Kapazitäten vorhanden sein müssen, um möglichst vielen Zugangsnach-fragern einen Zugang ermöglichen zu können. Dafür wird auch eine ausreichende Betriebsreserve mit eingeplant. Insoweit ist ein Berufen auf das Materialkonzept ins-besondere dann möglich, wenn mit Fördermitteln eine neue Infrastruktur errichtet wird, was hier nicht Fall ist, weil es sich bereits um Bestandsinfrastruktur handelt, die für den geförderten Ausbau – lediglich ergänzend – mit eingebracht werden kann und soll.
- 99 Zweitens würde man aber selbst unter Bezugnahme auf die Bestandsinfrastruktur eine Betriebsreserve von 15 % anerkennen können, ohne dann im Ergebnis eine Ka-pazitätserschöpfung zu erhalten. Denn eine Betriebsreserve kann – wie auch das Wort bereits beinhaltet – nur für ein bereits in Betrieb befindliches Netz und allenfalls noch für ein bereits konkret in der Planung befindliches Netz geltend gemacht wer-den.
- 100 Bei dem hier in Betrieb befindlichen Netz handelt es sich um jenes der TPP, die gemäß dem Vortrag der Antragsgegnerin insgesamt vier Speedpipes in Betrieb hat. Dabei ist davon auszugehen, dass in den durch die TPP angemieteten Speedpipes die von ihr zu berücksichtigenden Betriebsreserven (z. B. in Form von bislang noch nicht geschalteten Fasern) bereits enthalten sind. Die TPP muss nämlich jederzeit auch für ihren Netzbetrieb haften und hat daher – wie in der Telekommunikations-branche allgemein üblich – bereits bezüglich ihrer Bewerbung auf die Ausschreibung entsprechende Planungen hinterlegt, für die offenbar die Anmietung von je zwei mal zwei Speedpipes ausreichend ist. Im Übrigen lässt sich durch die der Bundesnetza-gentur vorliegenden Mitnutzungsverträge zwischen der Antragsgegnerin und der TPP erkennen, dass die TPP auch in anderen Bereichen über Zuführungen in Richtung der hier zu erschließenden Gebiete verfügt, so dass ihr auch weitere Betriebsreserven zur Verfügung stehen.
- 101 Bezüglich des weiteren geplanten Netzes gibt es letztlich noch keine konkreten und belastbaren Aussagen, die Erkenntnisse über die mögliche fünfzehnprozentige Be-triebsreserve hinreichend konkret ermöglichen. Insoweit die Antragsgegnerin hier von zusätzlichen 200 Fasern für noch zu erschließende Gebiete spricht, so ist zum einen zuletzt noch durch den Schriftsatz vom 15. 1. 2021 dargelegt, dass die im Schriftsatz vom 13. 11. 2020 benannten Dörfer Fürhaupt, Kinatöd und Mahd nunmehr bereits in einer Loszuteilung im Höfeprogramm enthalten sind, für das eine Dimensionierung

von zwei Speedpipes bereits konkret in Ansatz gebracht worden ist. Insoweit dann bei dem zusätzlichen Bedarf auch noch von einem Bestandskabel mit 96 Fasern die Rede ist, bei dem gar nicht klar ist, woher dies kommt und wem es gehört, ist daneben auch noch gar nicht klar, wie und in welchem Programm es hier noch zu zusätzlichen Ausschreibungen kommen wird und ob überhaupt eine Zuschlagserteilung erfolgt. Gegebenenfalls ist auch ein Zuschlag an ein Unternehmen denkbar, dass eine ganz andere Zuführung und Linienverbindung zu einem eigenen bereits vorhandenen Backbone plant, so dass hierzu – auch im Hinblick auf Netzplanungen – noch keine konkreten Aussagen möglich sind.

- 102 Daneben wäre auch – selbst wenn man tatsächlich einen Bedarf von weiteren 200 Fasern unterstellt – bei drei noch vorhandenen Speedpipes ausreichend Platz diese sogar mit 15 % plus bei den Fasern auf zwei Speedpipes zu verteilen, so dass ein weiteres frei bliebe.
- 103 Im Übrigen verbleibt auch noch der Hinweis, dass ein Blick in entsprechende Fachkataloge von Kabelherstellern zeigt, dass es mittlerweile auch möglich ist, Kabel mit mehr als 96 Fasern in ein Speedpipe der hier vorliegenden Dimensionierung (12 mm Außendurchmesser, 8 mm Innendurchmesser) einzubringen. Da bislang noch gar nicht klar ist, wann und durch wen ggf. eine Erschließung erfolgt und mit welchen Kabeln der zukünftige Betreiber arbeiten wird, erfährt dies auch keine weitere Konkretisierung und kann insoweit nicht als hinreichend dargelegt auch hinsichtlich der Betriebsreserve angesehen werden.
- 104 Die freien Kapazitäten wären im Übrigen – gerade bei einer in Anspruch genommenen Betriebsreserve im geförderten Ausbau – darauf ausgelegt, einen weiteren Zugang eines Dritten zu ermöglichen und kein reiner Selbstzweck. Auch ein Zugang auf passive Netzinfrastrukturen könnte einem Nachfrager in Rechnung gestellt werden, um so zu einer zunehmenden Wirtschaftlichkeit des angestrebten Ausbauprojekts zu kommen.

2.3.2.1.2 Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG

- 105 Demgegenüber kann die Antragsgegnerin dem Antrag auf Mitnutzung der Antragstellerin aber den eingewandten Versagungsgrund gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG (tragfähige Alternative) entgegenhalten. Die Antragsgegnerin beruft sich auf den in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG geregelten Versagungsgrund des Angebotes einer tragfähigen Alternative zum Infrastrukturzugang in Gestalt eines zu fairen und angemessenen Bedingungen angebotenen Vorleistungsproduktes in Form unbeschalteter Glasfasern. Dieser ist vorliegend als gegeben anzusehen.

Unbeschaltete Glasfaser als Alternative im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG

- 106 Die auf der verfahrensgegenständlichen Strecke angebotenen unbeschalteten Glasfasern stellen in diesem konkreten Fall eine Alternative zum Infrastrukturzugang

dar, die das mit dem Zugangsbegehren der Antragstellerin verfolgte Interesse abdeckt, da sie zu fairen und angemessenen Bedingungen angeboten wird. Dass das Angebot einer unbeschalteten Glasfaser (Dark Fibre) im vorliegenden Einzelfall als Alternative im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG in Betracht kommt, ergibt sich aus einer Zusammenschau der Regelungen der Kostensenkungsrichtlinie und deren Umsetzung im mitgliedstaatlichen Recht.

In Fortführung der Beschlusspraxis, vgl. hierzu Beschluss vom 26. 1. 2018, BK11-17/013, Rz. 70 ff.

- 107 Der Art. 3 Abs. 3 lit. f) der Kostensenkungsrichtlinie führt als Versagungsgrund beispielhaft die Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen für den Zugang zu physischen Netzinfrastrukturen auf der Vorleistungsebene auf. Dazu führt Erwägungsgrund 17 der Richtlinie aus:

„Ein Netzbetreiber kann den Zugang zu einer bestimmten physischen Infrastruktur aus objektiven Gründen verweigern. (...) Ferner kann in Fällen, in denen der Netzbetreiber bereits auf der Vorleistungsebene Zugang zur physischen Netzinfrastruktur gewährt und damit den Erfordernissen des Zugangsinteressenten entspricht, eine weitergehende Zugangsgewährung für sein Geschäftsmodell und seine Investitionsanreize wirtschaftlich nachteilig sein und möglicherweise zu überflüssigen Netzkomponenten führen, was ineffizient wäre. Gleichzeitig sind Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen im Rahmen des Rechtsrahmens der Union für die elektronische Kommunikation (z. B. Verpflichtungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht) bereits durch spezifische Rechtsvorschriften geregelt, die durch diese Richtlinie nicht berührt werden sollten.“

- 108 Dies legt zunächst nahe, dass das Alternativangebot den Zugang zu physischen Infrastrukturen gemäß Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie zum Gegenstand haben muss. Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sind keine physischen Infrastrukturen im Sinne dieser Vorschrift. Allerdings ist zu beachten, dass die Richtlinie die Versagungsgründe nur beispielhaft aufzählt und dementsprechend nicht abschließend ist. Darüber hinaus nimmt die Richtlinie insgesamt – und nicht nur hinsichtlich der Versagungsgründe – gerade keine Harmonisierung der Rechtsmaterie vor, sondern legt lediglich Mindestrechte und -pflichten fest.
- 109 Wie oben bereits ausgeführt, sind die Versagungsgründe im deutschen Recht in § 77g Abs. 2 TKG als abschließende Aufzählung ausgestaltet (vgl. Rz. 75). Der Wortlaut des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG stellt darauf ab, dass die Alternative zur beantragten Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen verfügbar und für die Bereitstellung digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geeignet sein muss. Eine Beschränkung, dass das Alternativangebot auf den Zugang zu passiven Netzinfrastrukturen – dieser Begriff ist insoweit deckungsgleich mit dem Begriff der physikalischen Infrastrukturen nach Art. 2 Nr. 2 der Kostensenkungsrichtlinie (ohne unbeschaltete Glasfasern) – gerichtet sein muss, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Vielmehr führt der 2. Halbsatz der Norm aus, dass als Alternativen neben der Mitnutzung anderer als der beantragten

passiven Netzinfrastrukturen auch geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste oder der Zugang zu bestehenden Telekommunikationsnetzen angeboten werden kann. Der Zugang zu unbeschalteten Glasfasern lässt sich, falls die grundsätzliche Geeignetheit des Vorleistungsproduktes bejaht wird, unter die beiden zuletzt genannten Beispiele fassen; in jedem Falle ist damit der Zugang zu einem bestehenden Telekommunikationsnetz verbunden.

- 110 Zum Versagungsgrund nach § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG führt die Begründung zum DigiNetz-Gesetz wie folgt aus:

Mit der Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen stellt Nummer 6 klar, dass Mitnutzungsansprüche der wirtschaftlichen Erleichterung des Netzausbaus durch Kostensenkungen dienen und daher nicht jede Mitnutzung unabhängig von den durch sie verursachten Aufwendungen im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegt. Auch im Hinblick auf die Eingriffsintensität der Mitnutzungsansprüche kann die Nutzung bestehender regulierter Vorleistungsprodukte des Telekommunikationsmarktes in Betracht kommen. In Fällen, in denen der Netzbetreiber bereits auf der Vorleistungsebene Zugang zur passiven Netzinfrastruktur gewährt und damit den Erfordernissen des Mitnutzungsinteressenten entspricht, kann eine weitergehende Zugangsgewährung für sein Geschäftsmodell und seine Investitionsanreize wirtschaftlich nachteilig sein und möglicherweise zu überflüssigen Netzkomponenten führen, was ineffizient wäre.

Alternativen müssen im Rahmen einer Verweigerung der Mitnutzung konkret benannt werden und tragfähig sein. Sie müssen ohne weitere Verzögerung in Anspruch genommen werden können. Die über die Vorleistungsebene hinausgehenden Regelbeispiele zielen darauf ab, den Handlungsspielraum im Sinne eines schnellen Netzausbaus zu erweitern. Dies betrifft insbesondere die Möglichkeit, über einen alternativen Weg passive Netzinfrastrukturen in Anspruch nehmen zu können.

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

- 111 Im vorliegenden Einzelfall kommt das Angebot unbeschalteter Glasfasern (Doppelfaser) als hinreichende Alternative zum beantragten Leerrohrzugang in Betracht.
- 112 Die Zurverfügungstellung unbeschalteter Glasfasern bedeutet für den Infrastruktureigentümer eine geringere Belastung als die Verpflichtung, einen Leerrohrzugang zu gewähren. In besonderem Maße gilt dies, wenn wie hier, die Alternative von einem Dritten angeboten wird, dem der Infrastruktureigentümer Teile der Infrastruktur zum Betrieb überlassen hat. Sofern der Eigentümer grundrechtsfähig ist, bedeutet dies eine geringere Eingriffstiefe in das Eigentumsrecht und unter Umständen in die Berufsausübungsfreiheit.

Stelter, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 77g, Rz. 24.

- 113 Demgegenüber ist der Zugang zu unbeschalteter Glasfaser auf der anderen Seite für den Zugangspetenten mit einer geringeren Wertschöpfungstiefe verbunden als der beantragte Leerrohrzugang, der das Einblasen bzw. Einziehen eigener Glasfasern

ermöglichen würde. Damit können unter Umständen auch negative Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft sowie das Geschäftsmodell des Zugangspetenten verbunden sein. Im vorliegenden Einzelfall ist die geringere Wertschöpfungstiefe für die Antragstellerin aber deswegen weniger problematisch, weil sie mit der Mitnutzung zunächst die Anbindung eines zweiten Rechenzentrums realisieren möchte. In diesem Fall schlägt die mit dem Zugang zu unbeschalteter Glasfaser verbundene geringere Wertschöpfung weniger durch als dies zum Beispiel für die Einbindung einer Vielzahl von Endkunden in ein FTTH-Netz der Fall sein könnte.

- 114 Hingegen waren etwaige Auswirkungen der beantragten Mitnutzung auf Investitionsanreize der Antragsgegnerin beziehungsweise der TPP oder auf das Geschäftsmodell der TPP nicht zu betrachten. In Bezug auf die TPP folgt dies daraus, dass sie gefördert ausbaut und wegen der beihilferechtlichen Verpflichtung zum Open Access nicht davon ausgehen darf, alleinige Anbieterin in dem von ihr betriebenen, geförderten Netz zu sein. Die Antragsgegnerin hingegen ist als Kommune nicht auf ein Geschäftsmodell gegründet, sondern dem Gemeinwohl verpflichtet.
- 115 Nach all dem kommt die hier angebotene Alternative in Form eines Angebots der Nutzung einer Doppelfaser durch den durch die Antragsgegnerin gefördert ausbauenden Betreiber TPP auf dem streitgegenständlichen Abschnitt – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – für die Begründung einer Versagung der beantragten Mitnutzung in Betracht.

Angebot eines Dritten

- 116 Die angebotene Alternative ist sowohl technisch als auch wirtschaftlich tragfähig. Dabei ist zuvörderst festzuhalten, dass es hier im konkreten Einzelfall und der vorliegenden Fallkonstellation für die Antragsgegnerin möglich war, sich unter Berufung auf § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG auch auf das Angebot eines Dritten (hier konkret der TPP) zu stützen.
- 117 Grundsätzlich sehen die Formulierung des § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG selbst und die zu ihm aufgeführte Begründung sowie auch Erwägungsgrund 17 der Kostensenkungsrichtlinie vor, dass ein Angebot direkt vom in Anspruch genommenen Netzbetreiber kommt und dieser auf mögliche alternative Produkte auf der Vorleistungsebene oder geographisch anders geführte passive Netzinfrastrukturen als Alternative verweisen kann. Konkret wird dabei dann auch auf das Geschäftsmodell und den wirtschaftlichen Nachteil auf Investitionsanreize verwiesen, was deutlich den Fall der Inanspruchnahme eines direkten Wettbewerbers vor Augen hat. Dabei wird darauf abgestellt, dass die Inanspruchnahme von Vorleistungsprodukten weniger eingriffsintensiv und damit auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist.

Vgl. Scherer/Butler, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage 2021, § 77g, Rz. 27; Stelter, in: Scheurle/Mayen, § 77g, Rz. 24.

- 118 Im diesem Sinne ist es grundsätzlich auch Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn die Antragsgegnerin verpflichtet ist, selbst ein Angebot zu legen und nicht auf das Angebot eines Dritten zu verweisen. Dabei kann der Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG demnach jedenfalls nicht zum Tragen kommen, wenn nur pauschal auf die Möglichkeit eines anderen Angebots verwiesen wird, ohne dass dies dem Zugangspetenten konkret vorgelegt wird.
- 119 Dass – in engen Grenzen – gleichwohl die grundsätzliche Möglichkeit der Bezugnahme auf das Angebot auch eines Dritten zulässig sein kann, belegt auch die Systematik des deutschen Rechts, das über die Aufzählung des Art. 3 Abs. 3 Kostensenkungsrichtlinie hinausgehend quasi als „Spezialfall“ auch einen Open Access auf ein bestehendes Glasfasernetz in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG als Versagungsgrund aufführt. Damit wird deutlich, dass systematisch auch die Möglichkeit eröffnet wird, auf ein allgemeines Angebot zu verweisen, auf welches unproblematisch und ohne weitere Zugangsverhandlungen zugegriffen werden kann (wie dies bei einem Open Access der Fall ist).
- 120 Im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommt die Beschlusskammer im konkreten Fall daher zu dem Ergebnis, das vorliegende auf den konkreten Einzelfall abgestellte Angebot der TPP als ausreichend für das Angebot einer tragfähigen Alternative anzusehen. Denn vorliegend erfolgte die Vorlage eines konkreten Angebots für die angefragte Strecke durch die TPP als gefördert ausbauendes Unternehmen in den Infrastrukturen der Antragsgegnerin, und zwar konkret unter Benennung eines Preises und ohne weitere Bedingungen. Damit ist signalisiert, dass – selbst wenn man der Antragsgegnerin hier eine fehlende Verfügungsbefugnis über das von ihr bereits verpachtete Netz wohl unterstellen kann – die Antragsgegnerin insoweit noch einen Einfluss auf das bereits bestehende Netz hat, aus dem heraus sie um Vorlage eines konkreten Angebots für einen Dritten (hier die Antragstellerin) bei der Antragsgegnerin nachsuchen kann und diese quasi als ausführender Auftragnehmer ein solches Angebot vorlegt. Dieses Angebot kann und muss der Antragsgegnerin in diesem Fall wie ein eigenes Angebot zugerechnet werden.
- 121 Darüber hinaus kommt hier hinzu, dass die Antragsgegnerin damit inzident gleichzeitig zu erkennen gibt, dass hier auch der Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG einschlägig sein könnte, auf den sie sich allerdings – trotz anwaltlicher Vertretung und insofern wohl auch bewusst – nicht berufen hat.

2.3.2.1.2.1 Technische Tragfähigkeit der Alternative

- 122 Die Antragstellerin hat beginnend mit der E-Mail vom 31. 7. 2020 bis hin zur mündlichen Verhandlung am 26. 10. 2020 immer wieder angegeben, dass ihr die Anbindung mit einer Doppelfaser (jedenfalls zunächst) reichen würde, um ihre Ausbauabsichten hinsichtlich der Anbindung des Rechenzentrums vorantreiben zu können. Insoweit ist hier von einer technischen Tragfähigkeit der angebotenen Alternative auszugehen.

- 123 Hätte die Antragstellerin im Verfahren klar und konkret zu erkennen gegeben, dass ihr eine Anbindung mit einer Doppelfaser für das Projekt nicht ausreicht bzw. wo sie noch mehr Fasern für welchen Ausbau gebraucht hätte, hätte es ggf. zu einer Angebotskorrektur (Angebot von mehr Fasern) oder ggf. sogar einer kompletten Ablehnung aufgrund nicht ausreichend vorhandener Faserkapazitäten kommen können. Dies geht allerdings zu Lasten der Antragstellerin, die sich insofern mit ihrem Projekt offenbar noch in der Planungsphase befindet und für ihren zukünftig möglichen weiteren FTTH-Ausbau ggf. auch weitere Anfragen auf Mitnutzung (weiterer Fasern oder Leerrohrzugang) stellen kann.
- 124 An dieser Stelle ist auch nochmals ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Inanspruchnahme von Fördermitteln in Bezug auf die geförderte Infrastruktur eine Verpflichtung zur Bereitstellung von Vorleistungsprodukten besteht (vgl. dazu den rechtlichen Hinweis nach den Beschlussgründen).

2.3.2.1.2 Wirtschaftliche Tragfähigkeit der Alternative

- 125 Aus wirtschaftlicher Sicht ist die angebotene Alternative für die Antragsgegnerin tragfähig. Zwar sind die von der Antragstellerin angestellten Vergleichsbetrachtungen hinsichtlich der Überlassungspreise für unbeschaltete Glasfasern nicht repräsentativ, allerdings ergibt eine Vergleichsbetrachtung anhand von vertraglich vereinbarten Entgelten aus Überlassungsverträgen, die der Bundesnetzagentur vorliegen, keine Hinweise auf unangemessen hohe Entgelte für die angebotene Alternative.
- 126 Bei der Prüfung war festzustellen, ob die angebotene Alternative wirtschaftlich tragfähig ist. Wenn die angebotene Alternative – zu den Bedingungen des Verpflichteten – als tragfähig eingestuft wird, kann die begehrte Mitnutzung abgewendet werden. In diesem Fall sind die Bedingungen des Verpflichteten implizit auch für ihn selbst tragfähig. Wird hingegen vom Petenten die Tragfähigkeit wegen unangemessener und unfairer Entgelte infrage gestellt, sind diese daraufhin zu überprüfen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 47, wonach eine Versagung der Mitnutzung durch die Streitbeilegungsstelle überprüft werden kann, so dass die ungerechtfertigte und überzogene Berufung auf Versagungsgründe unterbunden werden kann.

- 127 Wird infolgedessen festgestellt, dass die Bedingungen für den Petenten nicht fair und angemessen – und damit für ihn nicht tragfähig – sind, greift der Versagungsgrund nicht. Eine über die Feststellung der Tragfähigkeit hinausgehende Festsetzung eines fairen und angemessenen Preises für die Alternative ist indes nicht Zweck der Prüfung, denn es geht hier letztlich ausschließlich darum, ob die vorgebrachte Einwendung greift oder nicht.
- 128 Bei der Prüfung, ob die Bedingungen fair und angemessen sind, werden zunächst die Angebotspreise an den Marktpreisen für vergleichbare Leistungen gespiegelt. Dabei ist zuvörderst auf eine möglichst stabile Datenbasis zu achten, d. h. eine genügend große Anzahl Preise und eine Zufallsstichprobe, also die Auswahl der Preise für die

Stichprobe nicht anhand willkürlich festgelegter Kriterien erfolgt. Zudem sollten möglichst Preise betrachtet werden, die bereits vertraglich vereinbart worden sind, denn bei ihnen kann davon ausgegangen werden, dass sie sowohl für Anbieter als auch Nachfrager tragfähig sind. Allerdings ist hier zu beachten, dass sie nicht unbedingt unverzerrte Wettbewerbspreise sind, sondern aufgrund von Marktmachtasymmetrien verzerrt sein können. Ob dies der Fall ist, lässt sich an den vereinbarten Preisen nicht erkennen, allerdings steigt die Wahrscheinlichkeit hierfür mit zunehmender Entfernung vom mittleren – und damit üblichen – Marktpreisniveau, d. h. dem Korridor, in dem sich die größte Anzahl der Preise häuft. Daher sind nicht Preise von den Rändern der Stichprobe für den Vergleich mit den für die Alternative angebotenen Preisen maßgeblich, sondern es ist auf das mittlere Marktpreisniveau abzustellen. Denn hier kann angenommen werden, dass Preise für die angebotene Alternative, die innerhalb der Spanne liegen, die das mittlere Marktpreisniveau bildet, fair und angemessen und damit i. d. R. sowohl für den Anbieter als auch den Nachfrager tragfähig sind. In diesen Fällen kann – sofern keine weiteren Anhaltspunkte die Tragfähigkeit der Entgelte infrage stellen – die Prüfung beendet werden.

- 129 Liegen indes die angebotenen Entgelte oberhalb des mittleren Marktpreisniveaus, wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob besondere Umstände des Einzelfalls – z. B. wenn aufgrund besonders ungünstiger Umstände hohe Kosten unumgänglich waren – ein höheres Entgelt rechtfertigen. Denn so kann ausgeschlossen werden, dass durch den Rückgriff auf das Marktpreisniveau der Versagungsgrund zu Unrecht zurückgewiesen wird, obwohl die Alternative zu fairen und angemessenen Bedingungen angeboten wird. Ergibt der zweite Prüfungsschritt indes keine Gründe, die die angebotene Entgelthöhe als fair und angemessen rechtfertigen, ist die Alternative ökonomisch nicht tragfähig. Damit greift der Versagungsgrund nicht.

Vergleichsbetrachtungen der Antragsgegnerin

- 130 Die von der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen angestellten Vergleichsbetrachtungen eignen sich nicht als Nachweis der Fairness und Angemessenheit der von ihr geforderten Entgelte.
- 131 Anders als in ihrer Antragsrwiderrung ausgeführt, ergibt sich die wirtschaftliche Tragfähigkeit der angebotenen Alternative nicht bereits daraus, dass die Beschlusskammer im Verfahren BK11-17/013 einen Preis als fair und angemessen angesehen hat, der umgerechnet monatlich (!) 3,36 €/m für eine Überlandstrecke betragen soll.
- 132 Dieser Wert kann bereits rechnerisch nicht nachvollzogen werden. Denn die von der Antragsgegnerin errechneten 3,36 €/m und Monat ergeben einen Preis von 40,32 €/m und Jahr. Dividiert durch 96 Fasern ergibt sich ein jährlicher Überlassungspreis von 0,42 €/m je Faser bzw. 0,84 €/m je Doppelfaser. Seinerzeit handelte es sich aber um einen Preis von 0,89 €/m p. a. je Doppelfaser. Danach ergibt sich für das gesamte 96-

faserige Kabel ein jährlicher Preis in Höhe von 42,72 €, was einem monatlichen Preis von 3,56 €/m entspricht.

- 133 Erheblich schwerer wiegt allerdings, dass dieser Argumentation ein falscher Vergleich zugrunde liegt. Denn ein monatlicher Preis für die Überlassung eines 96-faserigen Kabels, der mit 3,36 €/m scheinbar deutlich über den angebotenen Preisen der Antragsgegnerin liegt, ist nicht vergleichbar mit allen von der Antragsgegnerin angebotenen jährlichen Preisen von zuletzt mindestens 1,00 €/m und höchstens 1,20 €/m, da sich diese Preise – ebenso wie der Preis im Verfahren BK11-17/013 – auf eine Doppelfaser pro Meter und pro Jahr beziehen. Folglich wären die von der Antragsgegnerin angebotenen Preise mit 0,89 €/m p. a. und Doppelfaser und nicht mit den von ihr errechneten Werten zu vergleichen. Daher entbehrt der Vergleich der Antragsgegnerin jeglicher Grundlage, indem er sich auf unterschiedliche Mengeneinheiten und Zeiträume bezieht und so in die Irre führt.
- 134 Im Übrigen liegt das seinerzeit im Verfahren BK11-17/013 für die alternativ zur Mitnutzung angebotene Überlassung von unbeschalteten Doppelfasern genannte Entgelt unter dem Medianpreis der nachfolgend in den Rz. 138 ff. dargelegten Vergleichsbetrachtung der Beschlusskammer und nicht – wie hier die Antragsgegnerin mit ihren Berechnungen zu suggerieren versucht – über den von ihr angebotenen Entgelten.
- 135 Die von der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 13. 10. 2020 angestellte Vergleichsbetrachtung, die auf Daten des Portals www.breitbandausschreibungen.de beruht, eignet sich ebenfalls nicht als Nachweis, dass ihre angebotenen Entgelte fair und angemessen sind.
- 136 Sie verkennt dabei, dass die dort genannten Vorleistungspreise sich auf Förderverfahren beziehen. Gemäß § 5 Abs. 6 NGA-RR muss das Angebot eine „*indikative Angabe möglicher Vorleistungspreise*“ enthalten, d. h. sie sind rein informativer Natur und nicht bindend. Nach § 7 Abs. 5 NGA-RR „*sollten [sie] sich an den Vorleistungspreisen orientieren, die in wettbewerbsintensiveren Regionen für gleiche oder vergleichbare Zugangsleistungen verlangt werden bzw. an den Vorleistungspreisen, die von der Bundesnetzagentur für gleiche oder vergleichbare Zugangsleistungen festgelegt oder genehmigt worden sind.*“ Eine Überprüfung, ob die Vorleistungspreise den vorgenannten Kriterien tatsächlich entsprechen, ist vor ihrer Veröffentlichung im Internet auf www.breitbandausschreibungen.de nicht zwingend vorgesehen.
- 137 Da es sich zudem um eine nichtrepräsentative Stichprobe von lediglich 33 willkürlich ausgewählten Listenpreisen aus Förderverfahren handelt, wäre eine statistische Auswertung der genannten Preise aufgrund der schmalen Datenbasis ohnehin nicht so robust und zuverlässig genug, um daraus belastbare Rückschlüsse auf die Angemessenheit von Preisen zu ziehen – zumal die Beschlusskammer mit vertraglich vereinbarten Überlassungspreisen über eine zuverlässigere Basis verfügt.

Vergleichsbetrachtung der Beschlusskammer

- 138 Nach einer stattdessen – von der Bundesnetzagentur anhand inzwischen vorliegender Verträge – durchgeführten Vergleichsbetrachtung liegen die von der TPP – anstelle der Antragsgegnerin – angebotenen Entgelte innerhalb des von der Beschlusskammer ermittelten üblichen Marktpreisniveaus und können daher als fair und angemessen eingestuft werden.
- 139 Anders als bei den von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergleichsbetrachtung wurden hier ausschließlich einvernehmlich zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Preise zugrunde gelegt. Daher kann zumindest davon ausgegangen werden, dass sie für beide Parteien tragfähig sind und damit als fair und angemessen eingestuft werden können. Hinsichtlich der zu betrachtenden Leistung – die Überlassung von unbeschalteten Glasfasern – entsprechen die herangezogenen Vergleichswerte den Leistungen der angebotenen Alternative und können daher mit dieser verglichen werden.
- 140 Die Vergleichsbetrachtung fußt auf sämtlichen der Beschlusskammer vorliegenden Verträgen. Die 83 Verträge bilden mit 105 vertraglich vereinbarten Entgelten eine deutlich breitere und belastbarere Basis als die Preise in der Vergleichsbetrachtung der Antragsgegnerin. Davon ist in einem Vertrag eine unentgeltliche Nutzung vereinbart. Von den übrigen Entgelten hängen 80 % von der Länge ab und 97 % enthalten eine jährlich zu entrichtende Komponente. Daher ist aus Sicht der Beschlusskammer auf Basis dieser vertraglich vereinbarten Entgelte der Referenzpreis in Euro pro Meter und Jahr am aussagekräftigsten und zuverlässigsten zu bestimmen.
- 141 Um einmalig anfallende Entgelte sowie Pauschalentgelte in der Auswertung berücksichtigen zu können, wurden sie ebenfalls in ein längenabhängiges Entgelt pro Jahr umgerechnet.
- 142 Die Einmalentgelte wurden mithilfe der Annuitätenformel in konstante jährliche Beträge umgerechnet. Als Zinssatz wurde der derzeit gültige von der Bundesnetzagentur festgelegte angemessene Branchenzinssatz verwendet.
- Vgl. zur Übertragbarkeit des nach § 32 Abs. 3 TKG ermittelten Zinssatzes auf Verfahren nach dem DigiNetz-Gesetz z. B. Beschluss BK11-19/001, Rz. 188 ff.*
- 143 Da die Einmalzahlungen i. d. R. zu Beginn der Vertragslaufzeit fällig sind, war der nominale Branchenzinssatz anzuwenden, der die Inflationsrate enthält, um die Preisentwicklung seit deren Fälligkeit zu berücksichtigen. Dies ist erforderlich, damit die Einmalentgelte in der Vergleichsbetrachtung nicht unterbewertet werden und damit das sich hieraus ergebende Preisniveau unterschätzt wird. Der angemessene nominale Branchenzinssatz wurde zuletzt im Beschluss BK2a-20/020 ermittelt.
- Vgl. zur Zinssatzbestimmung im Allgemeinen die Ausführungen und Abwägungen im Beschluss BK2a-20/020, Abschnitt 5.4.3.2., S. 93 ff.*
- 144 Wegen des Wechsels von der bisherigen Methodik auf jene der Kommissionsmitteilung zur Zinsberechnung,

Vgl. ABI. EU C 375 v. 6. 11. 2019, S. 1-11,

wurde er für das laufende Zinsjahr (vom 1. 7. 2020 bis zum 30. 6. 2021) übergangsweise – wie in dem genannten Beschluss in den Rz. 689-694 beschrieben – als Mittelwert aus dem zuletzt nach der bisherigen Methodik bestimmten Nominalzinssatzes von 5,80 %,

vgl. z. B. Beschluss BK11-19/001, Rz. 221 f.,

und dem sich nach neuer Methodik ergebenden Nominalzinssatzes von 4,60 %,

vgl. Beschluss BK2a-20/020, Rz. 643,

bestimmt. Danach ergibt sich für das laufende Zinsjahr ein angemessener nominaler Branchenzinssatz von 5,20 %.

- 145 Als Zeitraum, über den die Einmalzahlungen annualisiert wurden, wurde die im jeweiligen Vertrag vereinbarte Laufzeit herangezogen. War die vertraglich vereinbarte Laufzeit bereits überschritten, wurde die seit Vertragsschluss bis zur Vorlage des Vertrags bei der Bundesnetzagentur vergangene Zeit (auf ganze Jahre aufgerundet) angesetzt; damit werden einerseits längere als ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeiten berücksichtigt, ohne andererseits Gefahr zu laufen, wegen inzwischen doch aufgelöster Verträge die zur Annualisierung von Einmalentgelten herangezogene Laufzeit zu hoch anzusetzen. Bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen, wurde hilfsweise der gegenüber Ausreißern und asymmetrische Verteilungen robustere Median aus den tatsächlichen Laufzeiten der befristeten Verträge angenommen.
- 146 Sofern die so ermittelten Jahresentgelte nicht von der Länge der überlassenen unbeschalteten Glasfasern abhängen, werden sie des Weiteren durch die im jeweiligen Vertrag ausgewiesene Länge dividiert, bevor sie zu den Meterpreisen pro Jahr hinzuaddiert werden. Verträge, die Einmalentgelte ohne Längenangabe enthielten, konnten nicht in die Auswertung einbezogen werden, da keine Umrechnung in einen Meterpreis möglich war. Von Auswertungen nach Besiedlungsdichte und Regionen war indes aufgrund des Stichprobenumfangs abzusehen, da dann die Anzahl der Werte je Merkmal zu gering für stabile statistische Ergebnisse einer Unterauswertung ist; zudem ergibt sich auch dessen ungeachtet im Kammerverfahren bislang kein Indiz, dass es signifikante Preisunterschiede zwischen den nach diesen Kriterien unterschiedenen Preisen geben könnte.
- 147 Die in die Vergleichsbetrachtung eingeflossenen Entgelte für eine Doppelfaser reichen von null bis zu 8,00 €/m p. a. Der mittlere Preis in der Vergleichsbetrachtung, der aufgrund der Streuung der Entgelte und einzelner Ausreißer nicht mit dem arithmetischen Mittel, sondern mit dem unter diesen Bedingungen robusteren Median ermittelt wurde, beträgt 0,97 €/m p. a. Dabei ist eine Ballung zwischen 0,32 €/m p. a. und 1,28 €/m p. a. erkennbar, die rund 61 % der Entgelte umfasst; insgesamt liegen ca. drei Viertel der Entgelte unter 1,28 €/m p. a. In dem Quartil oberhalb davon nehmen die Abstände zwischen den Preisen zu und deren Häufigkeiten ab.

- 148 Ein Rückgriff auf die höheren und höchsten vertraglich vereinbarten Entgelte – z. B. jene Entgelte, die im oberen Quartil der Vergleichsbasis liegen – als Beurteilungsbasis ist indes nicht angezeigt. Damit würde zum einen eine verkürzte, statistisch nicht repräsentative Datenbasis zugrunde gelegt, in der sich überdies sämtliche Ausreißer am oberen Ende der gesamten Stichprobe befinden. Zum anderen ist nicht bekannt, wie frei die Parteien bei deren Vereinbarung waren – d. h. ob der Anbieter nicht doch über eine zur Durchsetzung von Entgelten in dieser Höhe erforderliche Verhandlungsmacht verfügte. Insofern ist mit zunehmender Höhe der vertraglich vereinbarten Preise auch die Wahrscheinlichkeit größer, dass sie aufgrund von Machtasymmetrien verzerrt sind und dann gerade keine unverzerrten Wettbewerbspreise mehr darstellen. Daher ist aus Sicht der Beschlusskammer eine weitere Überprüfung notwendig, wenn die Preise für die angebotene Alternative oberhalb des üblichen Marktpreisniveaus liegen.
- 149 Ein Sicherheitsaufschlag auf das wie vor ermittelte Marktpreisniveau wegen struktureller Unterschiede der betrachteten Märkte (dazu Rz. 152) oder zum Ausgleich von statistischen Unsicherheiten aufgrund einer schmalen Datenbasis (dazu Rz. 151) ist nicht erforderlich.
- 150 In der Vergleichsmarktbetrachtung müssen die den Preis beeinflussenden Faktoren – insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur – mitberücksichtigt und durch entsprechende Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden. Die Unterschiede dürfen jedoch nicht so erheblich sein, dass sich Zuschläge oder Abschläge von einem solchen Ausmaß ergeben, dass die ermittelten wettbewerbsanalogen Preise sich im Ergebnis nicht auf konkrete Vergleichszahlen stützen, sondern überwiegend auf geschätzten Zu- und Abschlägen beruhen. Den Ansatz von Zu- oder Abschlägen können nur strukturelle Gegebenheiten rechtfertigen, die jeden Anbieter treffen und von ihm bei seiner Entgeltgestaltung beachtet werden müssen. Individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung zurückgehende Umstände haben außer Betracht zu bleiben. Auch der Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen kann zulässig sein, wenn die wegen der schmalen Vergleichsbasis bestehenden Unsicherheiten – etwa durch Sicherheitszuschläge angemessen berücksichtigt werden.

BVerwG, Urteil v. 10. 12. 2014, 6 C 16/13, juris-Rz. 38; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 25. 5. 2015, 6 C 37/13, juris-Rz. 45 f.

- 151 Auch ein Sicherheitsaufschlag zum Ausgleich von statistischen Unsicherheiten aufgrund einer schmalen Datenbasis ist nicht notwendig, denn mit 105 vertraglich vereinbarten Entgelten aus 83 Verträgen besteht eine hinreichend breite und damit stabile Datenbasis.

Vgl. z. B. Daiber NJW 2013, S. 1994; Beschluss BK2-19/027, Ziffer 2.2.13, S. 23 ff, in dem bei einer Vergleichsbetrachtung anhand von vier Werten ein Sicherheitszuschlag von 5 % als ausreichend angesehen wurde.

- 152 Überdies liegen keine strukturellen Unterschiede zwischen den verglichenen Leistungen (oder gar unterschiedlichen betrachteten Märkten) vor, die über einen Sicherheitszuschlag auszugleichen wären. Es handelt sich durchweg um Preise für unbeschaltete Glasfasern wie sie auch von der Antragsgegnerin als Alternative angeboten wurden.
- 153 Die Frage, ob möglicherweise ein Erheblichkeitszuschlag in Ansatz zu bringen wäre, kann in diesem Fall dahinstehen. Die von der TPP anstelle der Antragsgegnerin – in Abhängigkeit von der Laufzeit – angebotenen Entgelte liegen noch innerhalb des marktüblichen Preisniveaus. Sie können daher ohne vertiefte Prüfung der Kalkulation als fair und angemessen sowie ökonomisch tragfähig eingestuft werden. Allerdings liegt das höchste Überlassungsentgelt je Doppelfaser von 1,20 €/m p. a. ab einer Vertragslaufzeit von mindestens fünf Jahren bereits sehr nahe am oberen Ende der marktüblichen unverzerrten Wettbewerbspreise. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt erklärt hat, dass die Mindestlaufzeit von fünf Jahren aus ihrer Sicht problematisch wäre. Das niedrigste Überlassungsentgelt, das mit 1,00 €/m p. a. zwar nur wenig über dem Medianpreis liegt, ist indes an eine sehr lange Vertragslaufzeit von mindestens 18 Jahren gekoppelt. Der Mindestmietpreis von 600,00 €/Jahr wird bereits von dem Gegenangebot der Antragstellerin von den 50,00 €/Monat und Faser – d. h. 1.200,00 €/Jahr für eine Doppelfaser – überschritten und war damit nicht entscheidungserheblich.
- 154 Insoweit die Antragstellerin sich hier pauschal darauf beruft, dass der angebotene Faserpreis „zu teuer“ sei, fehlt es an einer konkreten Darlegung und Plausibilisierung, für welches eigene Angebot bzw. Produkt dies der Fall ist. Insoweit mit einer Doppelfaser ein weiteres Rechenzentrum angebunden werden kann, über das wiederum viele neue Anschlüsse realisiert werden können, ist der Anbindungspreis nicht konkret ins Verhältnis möglicher Erlöse gesetzt worden. Insoweit im Verfahren Ausbauabsichten durch die Antragstellerin bekundet wurden, so blieb im Unklaren, für welche Bereiche sie diese konkret geltend macht, welchen Faserbedarf sie dann in welchem Abschnitt konkret hätte und inwiefern der Preis für eine Doppelfaser hier beispielsweise zu einer fehlenden Nachbildbarkeit eines FTTH-Anschlusses führen würde.

Angebot für den Anschluss des Anwesens Sterlwaid 3

- 155 Der Preis für den ebenfalls angebotenen Anschluss des Anwesens Sterlwaid 3 an den Kabelschacht KSch_003 in Sterlwaid war ebenfalls als fair und angemessen einzustufen.
- 156 Hierfür wurden die einzelnen Preispositionen mit Werten für entsprechende Positionen, die der Beschlusskammer aus anderen Verfahren bekannt sind oder von der Bundesnetzagentur in der Vorleistungsregulierung verwendet werden, verglichen. Im Ergebnis liegen die Herstellungskosten von ████████ € im Rahmen dessen, was sich anhand der Werte aus anderen Verfahren ergibt.

- 157 Die mit ■% der Herstellungskosten angenommenen Projektierungskosten erscheinen indes eher hoch. Auf eine vertiefte Prüfung, ob besondere Umstände die Höhe rechtfertigen, wurde nur verzichtet, weil die Angebotssumme für den Anschluss in einer Größenordnung liegt, bei der von einer vertieften Prüfung noch abgesehen werden kann.
- 158 Zudem besteht noch die Möglichkeit, die Leitung auf der anderen Straßenseite über einen großen Teil der Strecke im Bankett oder dem Feld neben der Straße zu verlegen. Dadurch können die Baukosten noch um fast ein Viertel gesenkt werden.
- 159 Überdies steht es – ausweislich des Schreibens der TPP vom 1. 12. 2020 an die Beschlusskammer – der Antragstellerin frei, diese Anbindung selbst zu realisieren, so dass auch aus diesem Grund die Tragfähigkeit der Alternative nicht wegen des Angebotspreises für die Realisierung der Anbindung des Anwesen Sterlwaid 3 an den KSch_003 scheitern kann.

Rechtlicher Hinweis

Unabhängig von der Frage eines Mitnutzungsanspruchs nach § 77d TKG besteht im vorliegenden Sachverhalt aus förderrechtlichen Regelungen eine Verpflichtung zur Gewährung eines Open Access in Bezug auf die geförderte Infrastruktur.

1.

Dies ergibt sich unmittelbar aus den Vorgaben der dem Ausschreibungsverfahren des sogenannten Höfeprogramms zugrundeliegenden Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern vom 10. 7. 2014 (Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat, Az.: 75-O 1903-001-24929/14, im Folgenden: Breitbandrichtlinie), nach der das Förderprojekt Hauzenberg 4 gefördert werden soll. Die Breitbandrichtlinie müsste auch der im Jahre 2017 erfolgten Ausschreibung zugrunde gelegen haben. Ziffer 5.2 dieser Richtlinie sieht vor:

„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.“

Der in Bezug genommene Anhang II der EU-Leitlinien zu Beihilfen für den Breitbandausbau (Mitteilung der Kommission zu Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl. EU C 25/1 vom 26. 1. 2013), sieht als Vorleistungsprodukte über ein gefördertes FTTB-/FTTH-Netz den Zugang zu Leerrohren, den Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen, den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (WDM-PON- oder ODF-Entbündelung (Optical-Distribution-Frame-Entbündelung)) und den Bitstromzugang vor.

Zwar ist die Breitbandrichtlinie des Freistaates Bayern zwischenzeitlich außer Kraft getreten, jedoch ist eine entsprechende Regelung in Ziffer 5.3 der aktuell geltenden Gigabit-Richtlinie vom 29. 1. 2020 enthalten (Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von gigabitfähigen Breitbandnetzen im Freistaat Bayern (Bayerische Gigabitrichtlinie – BayGibitR), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen und für Heimat, Az. 75-O 1903-8/198, BayMBI. 2020 Nr. 76). Hintergrund dafür ist, dass sowohl Ziffer 5.2. der Breitbandrichtlinie als auch Ziffer 5.3 der Bayerischen Gigabitrichtlinie auf den EU-Leitlinien zu Beihilfen für den Breitbandausbau basieren.

Nach Rz. 78 lit. g) dieser EU-Leitlinien sollen zur Gewährleistung effektiven Zugangs im gesamten geförderten Netz dieselben Zugangsbedingungen gelten, auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wird.

2.

Ausgehend von diesen Vorgaben erstreckt sich im vorliegenden Fall die Open Access-Verpflichtung jedenfalls auf die dem Netzbetreiber im Rahmen der Ausschreibung aus dem Jahr 2017 sowie zum sogenannten Höfeprogramm „Hauzenberg 4“ überlassenen vier Speedpipes. Die förderrechtlichen Vorgaben wurden in Ziffer 3c) der Bekanntmachung zur Ausschreibung sowie § 6 Abs. 1 bis 4 des zwischen der Antragsgegnerin und TPP geschlossenen Ausbauvertrages umgesetzt. Insbesondere führt § 6 Abs. 3 des Vertrages aus, dass der Netzbetreiber die vorstehend genannten Zugangsvarianten sichert. Desweiteren sieht § 6 Abs. 4 des Vertrages vor, dass die Vorleistungsprodukte auf entsprechende Nachfrage innerhalb einer angemessenen Frist aus dem bestehenden Produktportfolio des Netzbetreibers anzubieten oder gegebenenfalls zu entwickeln sind. Zudem erscheint es im vorliegenden Fall – bei dem der Netzbetreiber ein FTTH/FTTB-Netz errichtet, so dass ein weitergehender geförderter Ausbau in dem Erschließungsgebiet mangels wesentlicher Verbesserung der Breitbandversorgung ausscheiden dürfte – nicht plausibel, weitere Speedpipes für spätere Förderverfahren freizuhalten,

vgl. dazu Ziffern 4.1.2 bis 4.2 der Bayerischen Gigabitrichtlinie.

Eine Klärung der beihilferechtlichen Regelungen zur möglichen Anwendung der Open Access-Verpflichtungen auf die weiteren Leerrohrkapazitäten im vorliegenden Fall könnte nach der derzeitigen Rechtslage durch das Bayerische Breitbandkompetenzzentrum bzw. die Bayerische Staatsregierung (Staatsministerium der Finanzen und für Heimat) erfolgen, die bei Klärungsbedarf Rücksprache mit der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb (DG Competition)) nehmen könnten.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Regensburg, Haidplatz 1, 93047 Regensburg erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nach § 137 Abs. 2 TKG nicht statt.

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

Bonn, 29. 1. 2021

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Haslinger

Dr. Kutzscher

Gliederung

1 Sachverhalt	3
2 Gründe	14
2.1 Rechtsgrundlage.....	14
2.2 Formelle Voraussetzungen.....	14
2.2.1 Zuständigkeit	14
2.2.2 Verfahren	14
2.2.3 Frist.....	15
2.3 Materielle Voraussetzungen	15
2.3.1 Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags	15
2.3.2 Begründetheit des Mitnutzungsantrags	15
2.3.2.1 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG	16
2.3.2.1.1 Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG.....	17
2.3.2.1.1.1 Bewertung der vorgelegten Masterplanung	18
2.3.2.1.1.2 Plausibilisierung der Annahmen zum Vollausbau	19
2.3.2.1.1.3 Bewertung der Reservekapazitäten	20
2.3.2.1.2 Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG.....	22
2.3.2.1.2.1 Technische Tragfähigkeit der Alternative	26
2.3.2.1.2.2 Wirtschaftliche Tragfähigkeit der Alternative	27
Rechtlicher Hinweis.....	35
Rechtsbehelfsbelehrung.....	37