

Gericht:	BVerwG 6. Senat
Entscheidungsdatum:	25.06.2026
Aktenzeichen:	6 C 3.25
ECLI:	ECLI:DE:BVerwG:2026:250626U6C3.25.0
Dokumenttyp:	Urteil

Inhalt und Umfang der Verpflichtung zur Gewährung von offenem Netzzugang zu Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz

1. Inhalt und Umfang der in § 155 TKG geregelten Verpflichtung des geförderten Netzbetreibers zur Gewährung offenen Netzzugangs ergeben sich nicht - im Sinne eines "Grundsatzes der Fördermittelakzessorietät" - aus den jeweils anwendbaren nationalen Förderrichtlinien. Die Auslegung des § 155 TKG hat sich jedoch an den von der Europäischen Kommission erlassenen EU-Breitbandleitlinien für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau zu orientieren.
2. Über die mit Fördermitteln neu errichtete Infrastruktur hinaus erstreckt sich der Open-Access-Anspruch der Drittbetreiber nach § 155 TKG nur auf solche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme bereits vorhandenen Leerrohre, die unmittelbar oder im Rahmen eines Rohr-in-Rohr-Systems der Aufnahme geförderter Kabel dienen oder in sonstiger Weise eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen.
3. § 155 TKG verlangt von dem geförderten Netzbetreiber im Fall der Kapazitätserschöpfung keine Erweiterung der dem offenen Netzzugang unterliegenden Bestandsinfrastruktur.
4. Der geförderte Netzbetreiber kann die Kosten der Angebotslegung für einen Open-Access-Zugang nach § 155 TKG unabhängig von dem Zustandekommen einer Vereinbarung gegenüber dem Zugangsnachfrager geltend machen.

Verfahrensgang

vorgehend VG Köln, 10. Januar 2025, Az: 1 K 1743/24, Urteil

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 10. Januar 2025 geändert, soweit die Klage gegen Nr. 1 Satz 2 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 abgewiesen worden ist. Im Übrigen wird das Urteil aufgehoben.

Nr. 1 Satz 2 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 wird aufgehoben.

Im Übrigen wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Tatbestand

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die ihr im Streitbeilegungsverfahren durch die Bundesnetzagentur auferlegte Verpflichtung, der Beigeladenen offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu

Leerrohren auf zwei Strecken zu gewähren, sowie gegen das Verbot, von der Beigeladenen Kosten für die Angebotslegung zu verlangen.

- 2 In den Jahren 2015 und 2016 errichtete die Klägerin in den bayerischen Gemeinden H. und G. geförderte Breitbandnetze zur Erschließung der dort belegenen Haushalte mit VDSL-Vectoring. Die Förderung beruhte auf der Richtlinie zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Freistaat Bayern vom 14. Juli 2014 (im Folgenden: Bayerische Breitbandrichtlinie). Auf dieser Grundlage baute die Klägerin in den Erschließungsgebieten die jeweils vorhandenen Kabelverzweiger mit so genannten Outdoor DSLAM aus, von denen aus die Endkunden über Teilnehmeranschlussleitungen mit Hochleistungsinternet versorgt werden können. Netzseitig war zum Zeitpunkt der geförderten Baumaßnahmen bereits passive Infrastruktur der Klägerin in Form von zum Teil parallel verlaufenden Leerrohren vorhanden. Neu eingebracht wurden Leerrohre nur auf einzelnen Teilstrecken.
- 3 Am 8. November 2022 beantragte die Beigeladene mit zwei parallelen Schreiben unter Bezugnahme auf § 155 Abs. 1 TKG bei der Klägerin einen offenen Netzzugang für die beiden Strecken G.-H. (Strecke 1) und H.-U. (Strecke 2). Da keine Einigung zustande kam, stellte die Beigeladene am 15. Mai 2023 bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Streitbeilegung gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG. Sie beantragte, 1. die Klägerin zu verpflichten, ihr Angebote für den diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu den Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz der Klägerin auf den Strecken 1 und 2 zu fairen und angemessenen Bedingungen zu unterbreiten, 2. festzustellen, dass die Klägerin die Kosten der Angebotserstellung nach Ziffer 1 trägt, und 3. die Klägerin zu verpflichten, ihr innerhalb von zwei Wochen nach Annahme des Angebots gemäß Ziffer 1 einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang zu den Leerrohren im geförderten Telekommunikationsnetz der Klägerin auf den Strecken 1 und 2 zu gewähren.
- 4 Die Klägerin machte im Verwaltungsverfahren unter anderem geltend, die Beigeladene habe keinen Anspruch, ein Angebot auf Kosten der Klägerin zu erhalten. Die auf den streitgegenständlichen Strecken nachgefragten Leerrohre seien zu großen Teilen keine geförderten Infrastrukturen und daher nicht vom Zugangsanspruch umfasst. Auf der Strecke 1 könne der begehrte Leerrohrzugang mangels verfügbarer Kapazitäten nicht bereitgestellt werden. Die Dimensionierung der Leerrohre entspreche den Vorgaben der Bayerischen Breitbandrichtlinie. Auch die Förderverträge sähen keine Verpflichtung für eine bestimmte Dimensionierung der Leerrohre bzw. eine Aufrüstung oder Erweiterung von Bestandsinfrastruktur vor.
- 5 Nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der Beschlusskammer verpflichtete die Bundesnetzagentur die Klägerin mit Beschluss vom 20. März 2024 dazu, der Beigeladenen offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu Leerrohren des öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes der Klägerin auf den Strecken G.-H. und H.-U. (unter jeweiliger Angabe der Koordinaten) zu gewähren und dieser hierzu ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten (Nr. 1 Satz 1 des Tenors). Der Klägerin wurde untersagt, Kosten für die Angebotslegung von der Beigeladenen zu verlangen (Nr. 1 Satz 2 des Tenors). Ferner drohte die Beklagte der Klägerin für den Fall, dass sie der Anordnung zur Unterbreitung eines auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichteten Angebots nicht bis zum 30. April 2024 nachkomme oder von der Klägerin Kosten für die Angebotslegung verlange, jeweils die Festsetzung eines Zwangsgelds in Höhe von 10 000 € an (Nr. 2 des Tenors). Im Übrigen lehnte sie den Antrag ab.
- 6 Zur Begründung führte die Beschlusskammer im Wesentlichen aus, der beantragte Leerrohrzugang sei von § 155 Abs. 1 TKG umfasst. Der Zugangsanspruch beziehe sich auch auf die bereits vorhandenen Netzbestandteile im geförderten Ausbaugebiet, die das begünstigte Unternehmen auf eigene Kosten eingebracht habe. Der Einwand fehlender Kapazität greife nicht durch, weil er in der unzulässig engen Interpretation des Begriffs der geförderten Infrastruktur begründet sei. Zwar müsse die Klägerin die in das Förderprojekt eingebrachte Bestandsinfrastruktur nicht erweitern. Aus den förderrechtlichen Pflichten folge aber, dass eventuell erforderlich werdende Erweitertungen der Bestandsinfrastruktur grundsätzlich vorzunehmen seien, wenn nur hierdurch ein offener Netzzugang gewährt werden könne. Die von der Klägerin geforderte Kostenübernahme der Beigeladenen für die Angebotslegung sei im geförderten Bereich nicht als faire und angemessene Bedingung im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG anzusehen.

- 7 Die hiergegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht mit aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Januar 2025 ergangenen Urteil abgewiesen, nachdem es zuvor mit Beschluss vom 24. Juni 2024 (1 L 681/24) einen Antrag der Klägerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt hatte. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 sei formell und materiell rechtmäßig. Die Klägerin sei als Betreiberin eines öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes gemäß § 155 Abs. 1 TKG verpflichtet, der Beigeladenen einen offenen Netzzugang in Form eines Leerrohrzugangs auf den beiden Strecken zu gewähren. Dieser Verpflichtung unterfielen neben den mit den geförderten Kabeln belegten Leerrohren auch die auf den Strecken 1 und 2 bereits vorhandenen Leerrohre; denn diese gälten nach § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG als gefördert im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG. Das Verständnis der Klägerin, wonach die Fiktion des § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG lediglich das konkret für die Einlegung des geförderten Glasfaserkabels genutzte Bestandsleerrohr erfasse, werde dem gesetzgeberischen Ziel der Effektivität des Netzzugangs nicht gerecht. Denn es würde nicht zu einer Geltung derselben Mitnutzungsbedingungen im gesamten geförderten Netz, sondern selbst innerhalb des Fördergebiets zu kleinteiligen Differenzierungen führen. Die Klägerin habe zudem auf den genannten Strecken durchgehend zumindest einzelne Mikabel verlegt und betrachte die bestehende passive Infrastruktur selbst als Einheit, da sie einzelne parallel verlaufende Leerrohre als Havariereserve vorhalte. Das weite Verständnis der als gefördert geltenden Bestandsinfrastruktur entspreche auch dem im unionsrechtlichen Beihilfeverbot wurzelnden Zweck der Verpflichtung zum offenen Netzzugang, die durch Gewährung einer Beihilfe entstehende Wettbewerbsverzerrung zu minimieren bzw. auszugleichen. Grundrechtliche Abwehrrechte der Klägerin stünden nicht entgegen, da sie sich freiwillig unter die bekannten EU-Beihilfeleitlinien begeben habe. Die Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs sei nicht aufgrund des Ablaufs einer Zweckbindungsfrist erloschen. Weder § 155 TKG noch die dem Förderprojekt zugrundeliegende Bayerische Breitbandrichtlinie enthielten eine vom Betrieb des geförderten Netzes unabhängige zeitliche Beschränkung der Zugangsverpflichtung.
- 8 Mit dem Einwand erschöpfter Kapazität könne die Klägerin nicht durchdringen. In Bezug auf die Strecke 1 könne offenbleiben, ob es technisch unmöglich sei, in ein mit einem einzelnen Glasfaserkabel belegtes Mehrfachrohr mit den vorliegenden Durchmessern weitere Glasfaserkabel einzuziehen. Denn anstatt ein gesamtes unbelegtes Mehrfachrohr als Havariereserve vorzuhalten, könne die Klägerin in dieses Rohr zur Gewährung offenen Netzzugangs einen SpeedNet-Rohrverband (SNR-Verband) einlegen und lediglich ein SNR als Havariereserve vorhalten. Die Klägerin habe hierfür die Kosten zu tragen. Zwar sei ihr das Vorhalten einer Havariereserve zugestehen. Als Betreiberin eines öffentlich geförderten Netzes könne sie aber nicht dadurch den offenen Netzzugang in Form des Leerrohrzugangs einschränken, dass sie von der möglichen weiteren räumlichen Unterteilung eines Leerrohrs absehe. Das Einbringen eines SNR-Verbands in ein bestehendes Mehrfachrohr stelle keine Erweiterung der bestehenden Infrastruktur dar. Auf das Fehlen eines Materialkonzepts könne sich die Klägerin nicht berufen. Denn sie habe sich aufgrund der Förderbedingungen zur Gewährung offenen Netzzugangs verpflichtet und hätte bereits bei der Abgabe des Angebots zum geförderten Ausbau das Einbringen eines SNR-Verbands in das bestehende Mehrfachrohr berücksichtigen können.
- 9 Die Klägerin dürfe bei der Unterbreitung des Angebots für den offenen Netzzugang kein gesondertes Entgelt für eine "Projektierung" verlangen. Soweit § 155 Abs. 1 TKG regele, dass der offene Netzzugang zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren sei, und § 149 Abs. 4 TKG von fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen einschließlich der Entgelte des jeweils beantragten Netzzugangs spreche, beziehe sich dies auf die Bedingungen und Entgelte eines tatsächlich gewährten Netzzugangs und damit auf einen nach der Angebotsunterbreitung liegenden Zeitpunkt. Die von der tatsächlichen Zugangsgewährung unabhängige Entgeltlichkeit der "Projektierung" könne deshalb jedenfalls keine faire und angemessene Bedingung des offenen Netzzugangs sein. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte effektive offene Zugang zu der geförderten Breitbandinfrastruktur wäre erheblich eingeschränkt, wenn ein zugangsinteressiertes Unternehmen bei jeder Anfrage zum offenen Netzzugang frustrierte Aufwendungen zu fürchten hätte, da es nicht wisse, ob das begehrte Vorleistungsprodukt überhaupt noch verfügbar sei. Die in der Gewährung einer Beihilfe liegende Wettbewerbsverzerrung würde hierdurch noch verstärkt. Dafür, dass der Betreiber der öffentlich geförderten Breitbandinfrastruktur auch die Kosten für die Kapazitätsermittlung zu tragen habe, spreche zudem, dass im Rahmen der allgemeinen Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze nach §§ 138 ff. TKG der Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen von

Kapazität habe. Dies müsse erst recht beim offenen Netzzugang zu geförderter Breitbandinfrastruktur nach § 155 TKG gelten, weil für den Infrastrukturausbau auch Steuereinnahmen verwendet worden seien. Gleiches folge aus den in den Förderrichtlinien enthaltenen und damit im Gegenzug für die Förderung übernommenen Dokumentationspflichten des geförderten Unternehmens.

- 10 Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Revision macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, die für die Errichtung des geförderten Netzes verwendeten Bestandsleerrohre seien vollständig belegt. Der Zugangsanspruch der Beigeladenen erstrecke sich nicht auf die weiteren vorhandenen Bestandsleerrohre, die keine Funktion im geförderten Netz hätten. Etwas Anderes folge auch nicht aus § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG. Der Bezug auf das gesamte geförderte Netz enthalte einen funktionalen bzw. netzbezogenen Ansatz zur Einbeziehung von Bestandsinfrastruktur. Dass in den Hauptkabeltrassen der geförderten Netze in den beiden Gemeinden praktisch kein Leerrohrzugang zur Verfügung stehe, sei Folge der zugrundeliegenden Förderbedingungen. Weder die Bayerische Breitbandrichtlinie noch die von der Klägerin mit den Gemeinden abgeschlossenen Fördermittelverträge enthielten Dimensionierungsvorgaben, um freie Kapazitäten für den Leerrohrzugang Dritter vorhalten zu können. Im Interesse der Einsparung von Haushaltsmitteln durch den Einsatz vorhandener Infrastrukturen habe das Förderprogramm knappe Kapazitäten in Kauf genommen. Für die funktionale Bestimmung der einbezogenen Bestandsinfrastrukturen spreche auch der Schutz der Grundrechte der geförderten Netzbetreiber. Die Errichtung geförderter Netze beruhe in großem Umfang auf selbst finanzierten Investitionen der Netzbetreiber. Diese genossen aus Art. 14 Abs. 1 GG Vertrauensschutz in Bezug auf den Fortbestand der rechtlichen Rahmenbedingungen. Eine nachträgliche Modifikation des Umfangs der fördermittelrechtlichen Zugangsverpflichtungen würde die Kalkulationsgrundlage der Investitionsentscheidungen in Frage stellen.
- 11 Die Klägerin sei nicht verpflichtet, die vorhandene passive Netzinfrastuktur zu erweitern bzw. auszubauen. Für den weiteren Ausbau nach Erschöpfung der Kapazitäten des fördermittelkonform errichteten Netzes erhalte der Netzbetreiber keine Fördermittel. Es sei ihm verwehrt, für die Einplanung zusätzlicher Kapazitäten höhere Fördermittelbeträge zu fordern, weil nach dem Fördermittelrecht aus Gründen der Sparsamkeit derjenige Netzbetreiber den Zuschlag erhalte, der die geringste Fördersumme beantrage. Der in einer nicht mit dem Erhalt der Fördermittel verbundenen Ausbaupflichtung liegende Eingriff in die Grundrechte der Klägerin sei verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Das Verwaltungsgericht habe zudem verkannt, dass die Strecke 2 mittlerweile keiner Zugangsverpflichtung mehr unterliege. Denn die Klägerin habe das Netz, zu dem diese Strecke gehöre, spätestens im Dezember 2015 in Betrieb genommen. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses der Bundesnetzagentur sei somit der Zeitraum von sieben Jahren verstrichen gewesen, für den nach den Vorgaben der Bayerischen Breitbandrichtlinie passive Bestandsinfrastrukturen der Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs unterworfen seien. Aus dem Sinn und Zweck des § 155 TKG folge, dass kein einheitlicher Pflichtenumfang für alle geförderten Netze bestehe, sondern der Pflichtenumfang des geförderten Netzbetreibers im Einzelfall anhand der fördermittelrechtlich übernommenen Pflichten zu bestimmen sei.
- 12 Die Klägerin dürfe eine entgeltliche Projektierung als Voraussetzung für die Bereitstellung des Zugangs vorsehen. Eine solche vertragliche Bedingung sei fair und angemessen im Sinne von § 155 Abs. 1 TKG, da sie auch in freiwilligen kommerziellen Vereinbarungen über den Zugang zu passiven Infrastrukturen üblich sei. Dies sei in Bezug auf die entsprechende Formulierung in § 138 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG anerkannt. Das Kriterium der Angemessenheit erfordere zudem eine Bewertung der vertraglichen Bedingungen am Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Aus dem Verursacherprinzip folge, dass die Zugangsverpflichteten die Kosten der Projektierung in Rechnung stellen könnten.
- 13 Die Beklagte und die Beigeladene treten der Revision entgegen und verteidigen das Urteil des Verwaltungsgerichts.

Entscheidungsgründe

- 14 Die Revision der Klägerin ist mit der Maßgabe begründet, dass das vorinstanzliche Urteil teilweise aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO), soweit dieses die Klage

gegen die in Nr. 1 Satz 1 des Streitbeilegungsbeschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 enthaltene Anordnung abgewiesen hat (1.). Im Übrigen führt die Revision zur Änderung des vorinstanzlichen Urteils und Aufhebung der Regelung in Nr. 1 Satz 2 des angegriffenen Beschlusses (2.).

- 15 1. Die der Klägerin in Nr. 1 Satz 1 des angegriffenen Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 auferlegte Verpflichtung, der Beigeladenen offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu Leerrohren des öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes der Klägerin auf den fraglichen Strecken zu gewähren und hierzu ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten, ist teilweise rechtswidrig. Die abweichende Würdigung des Verwaltungsgerichts beruht auf einem mit dem revisiblen Recht nicht zu vereinbarenden Verständnis der in § 155 Abs. 1 und 2 TKG enthaltenen Regelungen über den offenen Netzzugang. Danach sind Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichtet, anderen Telekommunikationsnetzbetreibern auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren (§ 155 Abs. 1 TKG). Bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen gilt die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert (§ 155 Abs. 2 Satz 1 TKG).
- 16 Zwar ist ein gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG im Streitbeilegungsverfahren durchsetzbarer (a) Anspruch der Beigeladenen gegen die Klägerin auf Gewährung offenen Netzzugangs zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationslinien gemäß § 155 Abs. 1 TKG grundsätzlich gegeben (b). Der offene Netzzugang muss entgegen der Auffassung der Klägerin auch noch nach Ablauf einer förderrechtlichen Zweckbindungsfrist gewährt werden (c). Der gesetzliche Anspruch besteht aber auch unter Berücksichtigung von § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht in dem weiten Umfang, von dem die Bundesnetzagentur und das Verwaltungsgericht ausgegangen sind (d). Auf welche Leerrohre sich der Anspruch konkret bezieht, kann der Senat auf der Grundlage der vom Verwaltungsgericht festgestellten Tatsachen nicht selbst entscheiden, so dass die Sache insoweit an das Verwaltungsgericht zurückzuverweisen ist (e).
- 17 a) Rechtsgrundlage für die der Klägerin in Nr. 1 Satz 1 des angegriffenen Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 auferlegte Verpflichtung, der Beigeladenen offenen Netzzugang in Form eines Zugangs zu Leerrohren des öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes der Klägerin auf den fraglichen Strecken zu gewähren und hierzu ein auf den Abschluss einer vertraglichen Zugangsvereinbarung gerichtetes Angebot zu unterbreiten, ist § 149 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 155 Abs. 1 TKG. Nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG kann die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle angerufen und eine verbindliche Entscheidung beantragt werden, wenn innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG zustande kommt. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen von § 149 TKG folgt aus § 211 Abs. 2 Satz 1 TKG. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts war das bilaterale Zugangsverfahren nach § 155 Abs. 1 TKG erfolglos durchgeführt worden, da innerhalb von zwei Monaten nach Antragstellung am 8. November 2022 keine Vereinbarung über den offenen Netzzugang zustande gekommen war. Daraufhin hat die Beigeladene am 15. Mai 2023 den gemäß § 214 Abs. 1 TKG für die Einleitung des Verfahrens erforderlichen Antrag auf Streitbeilegung gestellt.
- 18 b) Die Voraussetzungen für einen Anspruch der Beigeladenen gegen die Klägerin auf Gewährung offenen Netzzugangs zu öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationslinien gemäß § 155 Abs. 1 TKG sind grundsätzlich gegeben. Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin Betreiberin eines öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes ist. In einzelnen Erschließungsgebieten in Mittelfranken hat sie im Rahmen einer Förderung nach der Bayerischen Breitbandrichtlinie (im Folgenden: BBR) im Wirtschaftlichkeitslückenmodell bestehende Netzinfrastruktur ausgebaut und jedenfalls abschnittsweise Glasfaser verlegt. Hiernach geförderte Baumaßnahmen haben nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts auch auf den hier streitgegenständlichen Strecken (G.-H. und H.-U.) stattgefunden. Die Klägerin unterliegt deshalb grundsätzlich der Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG. Dass es sich bei der Beigeladenen um einen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze handelt, dem der Zugangsanspruch nach § 155 Abs. 1 TKG grundsätzlich zustehen kann, steht nicht in Zweifel.

- 19 c) Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der offene Netzzugang gemäß § 155 Abs. 1 TKG auch noch nach Ablauf einer förderrechtlichen Zweckbindungsfrist gewährt werden muss, sofern das geförderte Netz weiter betrieben wird. Der Wortlaut der Norm sieht ohne zeitliche Begrenzung vor, dass Betreiber oder Eigentümer öffentlicher Telekommunikationsnetze anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu öffentlich geförderten Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen zu fairen und angemessenen Bedingungen gewähren müssen. Auch in der Gesetzesbegründung findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der gesetzliche Anspruch auf Gewährung offenen Netzzugangs nur zeitlich begrenzt bestehen soll (vgl. BT-Drs. 19/26108 S. 347 f.).
- 20 Die Vorgaben der Bayerischen Breitbandrichtlinie, auf deren Grundlage die Förderung im vorliegenden Fall erfolgt ist, wonach Zugang auf Vorleistungsebene "für einen Mindestzeitraum von sieben Jahren gewährt" werden müsse (Ziffer 5.2 BBR), sind entgegen der übereinstimmenden Auffassung sowohl des Verwaltungsgerichts als auch der Klägerin für die Auslegung des § 155 TKG nicht maßgeblich. Denn Förderrichtlinien wie die Bayerische Breitbandrichtlinie sind keine für Dritte verbindliche Normen, sondern binden als Verwaltungsvorschriften nur die Exekutive. Sie sind deshalb Gegenstand und nicht Maßstab richterlicher Kontrolle. Die Gerichte sind bei ihrer Kontrolltätigkeit gegenüber der Verwaltung an Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht gebunden. Sie dürfen ihren Entscheidungen vielmehr nur materielles Recht, zu dem Verwaltungsvorschriften nicht gehören, zugrunde legen und sind lediglich befugt, sich einer Gesetzesauslegung, die in einer Verwaltungsvorschrift vertreten wird, aus eigener Überzeugung anzuschließen (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 1998 - 8 C 16.96 - BVerwGE 107, 338 <340> und vom 24. Oktober 2025 - 10 CN 3.25 - BVerwGE 187, 149 Rn. 38). Nur ausnahmsweise wird Verwaltungsvorschriften eine normkonkretisierende Wirkung zugebilligt mit der Folge, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen auch für Gerichte verbindlich und dann wie Normen auszulegen sind (BVerwG, Urteile vom 21. Januar 2021 - 7 C 9.19 - BVerwGE 171, 140 Rn. 22 und vom 24. Oktober 2025 - 10 CN 3.25 - BVerwGE 187, 149 Rn. 39). Diese vor allem auf das Umwelt- und Technikrecht bezogene Ausnahme setzt unter anderem voraus, dass die Verwaltungsvorschrift der Ausfüllung eines der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums dient und aufgrund eines umfangreichen Beteiligungsverfahrens in hohem Maße wissenschaftlich-technischen Sachverstand verkörpert (BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 1998 - 8 C 16.96 - BVerwGE 107, 338 <340 ff.> und vom 24. Oktober 2025 - 10 CN 3.25 - BVerwGE 187, 149 Rn. 39). Eine solche Ausnahme liegt bei Förderrichtlinien wie der Bayerischen Breitbandrichtlinie offensichtlich nicht vor.
- 21 Nicht nur wegen der fehlenden Rechtsnormqualität, sondern auch wegen ihrer inhaltlichen Vielgestaltigkeit und fortlaufenden Veränderung kann Förderrichtlinien keine maßgebliche Bedeutung bei der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes zukommen. Insbesondere handelt es sich bei § 155 TKG nicht, wovon die Klägerin mit ihrem Hinweis auf einen von ihr angenommenen Grundsatz der "Fördermittelakzessorietät" der Sache nach ausgeht, um eine dynamische Verweisung auf das im konkreten Fall maßgebliche Förderrecht. Für die Annahme eines solchen Grundsatzes der "Fördermittelakzessorietät", dem zufolge sich Inhalt und Umfang der in § 155 TKG geregelten Verpflichtung des geförderten Netzbetreibers zur Gewährung offenen Netzzugangs aus den jeweils anwendbaren nationalen Förderrichtlinien ergäben, bietet weder der Normtext des § 155 Abs. 1 TKG einen tragfähigen Anhalt noch ist sonst eine rechtliche Grundlage dafür ersichtlich. Eine derartige dynamische Verweisung auf im Gesetz nicht näher konkretisierte Verwaltungsvorschriften zur Ausgestaltung der Breitbandförderung unterläge wegen der spezifischen Anforderungen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips, die im Rahmen des Vorbehalts des Gesetzes an eine dynamische Verweisung auf Regelungen Dritter zu stellen sind (vgl. hierzu näher BVerwG, Urteile vom 27. Juni 2013 - 3 C 21.12 - BVerwGE 147, 100 Rn. 42 f. und vom 26. März 2015 - 5 C 9.14 - BVerwGE 151, 386 Rn. 23 ff.), erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. § 155 Abs. 1 TKG lässt sich deshalb entgegen der Auffassung der Revision auch nicht als eine "Transformationsnorm" verstehen, die förderrechtlich ohnehin bestehende Verpflichtungen aufgreift und in einen gesetzlichen Anspruch überführt. Auf die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob der Bayerischen Breitbandrichtlinie eine zeitliche Begrenzung des Zugangsanspruchs zu entnehmen ist, kommt es deshalb für die Auslegung des § 155 Abs. 1 TKG nicht an.
- 22 d) Der damit dem Grunde nach gegebene Anspruch der Beigeladenen gegen die Klägerin auf Gewährung offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 1 TKG zu den Leerrohren, die auf den in

dem angefochtenen Beschluss der Bundesnetzagentur näher bezeichneten Strecken G.-H. und H.-U. verlaufen, besteht jedoch nicht in dem weiten Umfang, von dem die Bundesnetzagentur und das Verwaltungsgericht ausgegangen sind. Über die mit Fördermitteln neu errichtete Infrastruktur (aa) hinaus bezieht er sich nur auf solche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme bereits vorhandene Leerrohre, die eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen (bb). Der gesetzliche Open-Access-Anspruch umfasst zudem keine Pflicht des geförderten Netzbetreibers, bei erschöpfter Kapazität durch eine Erweiterung der Bestandsinfrastruktur das Angebot bestimmter Zugangsprodukte zu ermöglichen (cc).

- 23 aa) Soweit Leerrohre in Vollzug des geförderten Ausbaus eines Telekommunikationsnetzes neu eingebracht werden, unterfallen sie als Bestandteile dieses Netzes unmittelbar der Verpflichtung zum offenen Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG. Die Voraussetzung einer geförderten Einbringung der Leerrohre ist nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts hier in Bezug auf die in Rn. 132 des angegriffenen Beschlusses der Bundesnetzagentur näher bezeichneten, nach den Angaben der Klägerin allerdings nur jeweils etwa 10 Meter langen Teilstücke der Strecken 1 und 2 erfüllt.
- 24 bb) In Bezug auf solche Leerrohre bzw. Teilstücke von Leerrohren, die als Bestandsinfrastruktur zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme bereits vorhanden sind und daher nicht unmittelbar dem Anwendungsbereich des § 155 Abs. 1 TKG unterfallen, ist für die Qualifizierung als Bestandteil eines öffentlich geförderten Telekommunikationsnetzes die Bestimmung des § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG maßgeblich. Danach gilt bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG. Dies gilt nicht für die im Rahmen der öffentlich geförderten Baumaßnahme zusätzlich eingebrachte Infrastruktur, die der Fördermittelempfänger oder ein Dritter auf jeweils eigene Kosten verlegt hat (§ 155 Abs. 2 Satz 2 TKG). Die Auslegung der Bestimmung ergibt, dass sich der gesetzliche Open-Access-Anspruch der Drittbetreiber - über die mit Fördermitteln neu errichtete Infrastruktur hinaus - nur auf solche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme bereits vorhandene Leerrohre erstreckt, die unmittelbar oder im Rahmen eines Rohr-in-Rohr-Systems der Aufnahme geförderter Kabel dienen oder in sonstiger Weise eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen. Zwar lässt der Normwortlaut unterschiedliche Deutungen zu. Für die beschriebene Auslegung sprechen jedoch sowohl die Gesetzessystematik als auch Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck sowie grundrechtliche Erwägungen.
- 25 (1) Dem Gesetzeswortlaut lässt sich nicht eindeutig entnehmen, in welchem Umfang die Bestandsinfrastruktur dem Open-Access-Anspruch nach § 155 Abs. 1 TKG unterworfen wird.
- 26 Einerseits mag zwar der Bezug auf die "gesamte verlegte" Infrastruktur in § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG für ein weites Verständnis derjenigen Infrastruktur sprechen, die als im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG gefördert fingiert wird. Andererseits werden jedoch in § 155 Abs. 1 TKG "Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetze" als Gegenstand der Förderung und Bezugspunkte der Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs genannt. Aus der Legaldefinition der "Telekommunikationslinien" in § 3 Nr. 64 TKG folgt zwar, dass nicht nur solche vorhandenen Leerrohre erfasst werden, in die unmittelbar geförderte Kabel eingebracht worden sind, sondern auch Leerrohre, die - wie die im vorliegenden Fall streitgegenständliche Mehrfachrohre - im Rahmen eines Rohr-in-Rohr-Systems der Aufnahme kleinerer Leerrohre dienen, die ihrerseits mit geförderten Kabeln belegt sind. Denn wenn das Gesetz Kabelschächte und Kabelkanalrohre, die gewissermaßen die äußerste bauliche Umgrenzung bilden, als Bestandteile der Telekommunikationslinien ansieht, kann für die in den Kabelschächten oder -kanälen verlaufenden Leerrohre nichts Anderes gelten, und zwar unabhängig davon, ob die für die Signalübertragung erforderlichen Kabel unmittelbar oder durch eine weitere Schicht von Leerrohren umhüllt in sie eingebracht werden. Abgesehen von dieser Klarstellung spricht jedoch der Umstand, dass § 155 Abs. 1 TKG keine Gebiete, sondern Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetze als Zugangsobjekte nennt, eher gegen das weite Verständnis des Verwaltungsgerichts.
- 27 (2) Dass § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG nur solche bereits vorhandenen Leerrohre erfasst, die eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen, lässt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 155 Abs. 2 Satz 2 TKG schließen. Wenn dort zwischen "zusätzlich" eingebrachter Infrastruktur, die der Fördermittelempfänger oder ein Dritter auf jeweils eigene Kosten verlegt hat, und sonstiger im Rahmen der öffentlich geförderten Baumaßnahme eingebrachter Infrastruktur unterschieden wird, erschließt sich nicht, weshalb gerade die vom Fördermittelemp-

fänger (ebenfalls) auf eigene Kosten verlegte Bestandsinfrastruktur der Verpflichtung zur Gewährleistung offenen Netzzugangs unabhängig davon unterfallen soll, ob sie zur Einbringung geförderter Netzkomponenten oder in sonstiger Weise für die Funktion des geförderten Netzes erforderlich ist. Insoweit weist die Revision zu Recht darauf hin, dass die weite Auslegung des § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG durch die Vorinstanz zu einem Wertungswiderspruch führt. Dieser lässt sich nicht durch die Erwägung der Bundesnetzagentur und des Verwaltungsgerichts relativieren, der Gesetzgeber setze in § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG das Mittel der Fiktion ein, um einen effektiven offenen Netzzugang durch interessierte Mitbewerber und damit einen funktionierenden Wettbewerb auf Endkundenebene zu sichern. Die Qualifizierung einer Regelung als gesetzliche Fiktion ersetzt nicht die Ermittlung des konkreten Regelungsinhalts sowie deren Reichweite im Wege der Auslegung.

- 28 (3) Dass § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG nur solche zum Zeitpunkt des geförderten Netzausbaus vorhandenen Leerrohre dem öffentlich geförderten Telekommunikationsnetz im Sinne des § 155 Abs. 1 TKG zuordnet, die der Aufnahme geförderter Kabel dienen oder in sonstiger Weise eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen, wird durch die Entstehungsgeschichte des § 155 TKG bestätigt.
- 29 In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird zu der damals noch als § 154 nummerierten, aber im Gesetzgebungsverfahren unverändert gebliebenen Vorschrift ausgeführt, dass in Anbetracht des Umfangs des Wettbewerbs, der seit der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und in Europa erzielt worden sei, und insbesondere des aktuellen Wettbewerbs auf dem Endkundenbreitbandmarkt, öffentlich geförderte Telekommunikationsnetze allen interessierten Betreibern zugänglich sein sollten (open access). Ein solches Telekommunikationsnetz müsse Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene echten Wettbewerb ermöglichen, so dass Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten könnten. Speziell zu Absatz 1 der Bestimmung heißt es, eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur Breitbandförderung sei die effektive Mitnutzung Dritter der geförderten Breitbandinfrastruktur. Durch die Gewährleistung offenen Netzzugangs könnten Drittbetreiber in Wettbewerb treten, wodurch die Wahlmöglichkeiten und der Wettbewerb in den von der Maßnahme abgedeckten Gebieten vergrößert und gleichzeitig regionale Dienstleistungsmonopole vermieden würden. Die für geförderte Netze vorgeschriebenen Verpflichtungen im Rahmen des offenen Netzzugangs sollten an die in der sektorspezifischen Regulierung niedergelegten Verpflichtungen angeglichen werden. Grundsätzlich sollten geförderte Unternehmen im Bereich des offenen Netzzugangs eine größere Produktauswahl anbieten als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben, weil bei geförderten Netzen für den Infrastrukturausbau nicht nur Ressourcen des betreffenden Unternehmens, sondern auch Steuereinnahmen verwendet würden. Zu Absatz 2 der Vorschrift verweist die Begründung darauf, dass, damit ein effektiver, offener Netzzugang gewährleistet sei, im gesamten geförderten Netz dieselben Mitnutzungsbedingungen gälten, auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt worden sei (BT-Drs. 19/26108 S. 347 f.).
- 30 Diese Ausführungen stimmen wörtlich überein mit einzelnen Passagen der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau vom 26. Januar 2013 (ABl. C 25 vom 26. Januar 2013 S. 1). Den unionsrechtlichen Hintergrund für diese auszugsweise Übernahme der EU-Breitbandleitlinien von 2013 in die Gesetzesbegründung zu § 155 TKG bilden das in Art. 107 Abs. 1 AEUV normierte Beihilfeverbot mit den in Art. 107 Abs. 2 Buchst. a bis c und Abs. 3 Buchst. a bis e AEUV vorgesehenen Ausnahmen sowie das in Art. 108 AEUV geregelte Verfahren der Beihilfenaufsicht durch die hierfür zuständige Kommission. Für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV verfügt die Kommission über ein weites Ermessen, dessen Ausübung komplexe wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetzt (EuGH, Urteile vom 11. September 2008 - C-75/05 P [ECLI:EU:C:2008:482], Deutschland u. a./Kronofrance - Rn. 59, vom 8. März 2016 - C-431/14 P [ECLI:EU:C:2016:145], Griechenland/Kommission - Rn. 68 und vom 19. Juli 2016 - C-526/14 [ECLI:EU:C:2016:570], Kotnik u. a. - Rn. 38). Bei der Ausübung dieses Ermessens kann die Kommission Leitlinien erlassen, um die Kriterien festzulegen, auf deren Grundlage sie die Vereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten geplanten Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt zu beurteilen beabsichtigt (EuGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - C-526/14 - Rn. 39). Dies gilt auch für Beihilfen im Breitbandsektor. Die insoweit maßgebliche Regelung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV räumt der Kommission die Möglichkeit ein, Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie

die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, als mit dem Binnenmarkt vereinbar einzustufen und damit von dem Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV freizustellen. Auf dieser Grundlage hat die Kommission im Jahr 2013 die erwähnten EU-Breitbandleitlinien veröffentlicht und in der Folgezeit die vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur als allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassene Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung vom 15. Juni 2015 (NGA-Rahmenregelung) sowie die Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in "grauen Flecken" vom 13. November 2020 (Gigabit-Rahmenregelung) genehmigt (vgl. die Mitteilungen in ABl. C 292 vom 4. September 2015 S. 4, sowie ABl. C 421 vom 4. Dezember 2020 S. 2).

- 31 Die wörtliche Übernahme von Teilen der EU-Breitbandleitlinien von 2013 in die Gesetzesbegründung zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Einführung der in § 155 TKG enthaltenen Regelungen zum offenen Netzzugang im Jahr 2021 diesen unionsrechtlichen Hintergrund vorausgesetzt und eine möglichst weitgehende inhaltliche Übereinstimmung mit den EU-Breitbandleitlinien von 2013 angestrebt hat. Bestätigt wird dies durch die in § 155 Abs. 4 Satz 1 und 2 TKG geregelte Verpflichtung der Bundesnetzagentur, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung Grundsätze zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs nach § 155 Abs. 1 TKG zu veröffentlichen und dabei unionsrechtliche Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau in der jeweils gültigen Fassung zu berücksichtigen. An der Vorgabe der Berücksichtigung der EU-Breitbandleitlinien in der jeweils gültigen Fassung wird zugleich deutlich, dass der Gesetzgeber eine "Versteinerung" der Vorgaben vermeiden wollte und eine zukünftige Fortentwicklung der Breitbandleitlinien antizipiert hat, wie sie im Jahr 2023 in Gestalt der "Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen" (ABl. C 36 vom 31. Januar 2023 S. 1) erfolgt ist. Da die Kommission die in den EU-Breitbandleitlinien von 2023 dargelegten Grundsätze gemäß Rn. 219 der Schlussbestimmungen auf angemeldete Beihilfen anwenden wird, über die sie nach der Veröffentlichung dieser Leitlinien im Amtsblatt der Europäischen Union zu entscheiden hat, kommt für den im vorliegenden Fall, der eine Fördermaßnahme aus den Jahren 2015 und 2016 betrifft, maßgeblichen Zeitpunkt allerdings nur den EU-Breitbandleitlinien 2013 Bedeutung zu.
- 32 Die EU-Breitbandleitlinien von 2013, an denen sich die Auslegung des § 155 TKG nach alledem zu orientieren hat, sehen indes einen Zugangsanspruch zu Leerrohren, die zum Zeitpunkt des geförderten Netzausbaus bereits vorhanden sind, nur dann vor, wenn ein funktionaler Bezug zu dem geförderten Netz besteht. Die hier maßgeblichen Ausführungen befinden sich in den Abschnitten 3.4 und 3.5 der EU-Breitbandleitlinien 2013, welche die "Ausgestaltung der Maßnahmen und Notwendigkeit einer Begrenzung etwaiger Wettbewerbsverfälschungen" sowie die "Förderung des raschen Ausbaus von NGA-Netzen" betreffen. In Bezug auf die Begrenzung der Wettbewerbsverzerrungen müssen danach bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, um die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nachzuweisen. Zu diesen unter den Buchstaben a bis k aufgeführten Voraussetzungen gehören gemäß Buchstabe f die "Nutzung bestehender Infrastruktur" und gemäß Buchstabe g der "offene Zugang auf Vorleistungsebene". Für Maßnahmen zur Förderung des NGA-Ausbaus werden in Rn. 80 der EU-Breitbandleitlinien 2013 weitere Anforderungen genannt, zu denen gemäß Buchstabe a wiederum der "offene Zugang auf Vorleistungsebene" zählt.
- 33 Diese Ausführungen lassen zwar deutlich erkennen, dass die Kommission dem effektiven Zugang Dritter zu der geförderten Breitbandinfrastruktur auf Vorleistungsebene erhebliche Bedeutung für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen zur Breitbandförderung beimisst. In Bezug auf Art und Umfang des zu gewährenden Zugangs beschränkt sich die Kommission jedoch weitgehend auf programmatische Aussagen. Insbesondere fehlt es an einer zwingenden Vorgabe der von dem geförderten Unternehmen anzubietenden Zugangsprodukte. Soweit die Verpflichtung zur Gewährung offenen Zugangs gemäß Rn. 80 Buchst. a der EU-Breitbandleitlinien 2013 auch das Recht auf Nutzung von Leerrohren umfassen "sollte", bleiben Ausnahmen im Einzelfall möglich. Dies folgt vor allem aus der in den beiden folgenden Absätzen getroffenen Unterscheidung zwischen Gebieten mit geringer Bevölkerungsdichte, in denen das Breitbandangebot begrenzt ist, und dichter besiedelten Gebieten, in denen von der Entstehung von Infrastrukturwettbewerb auszugehen ist. Lediglich für die zuletzt genannten Gebiete fordert die Kommission, dass das geförderte Netz "alle Arten von Netzzugangsprodukten bieten" sollte, "die Betreiber möglicherweise benötigen". Dagegen nimmt sie für die erste Fallgruppe ausdrücklich die Möglichkeit in den Blick, dass die Verpflichtung zum Angebot aller Arten von Pro-

dukten für den Breitbandzugang die Investitionskosten unverhältnismäßig erhöht, ohne dass nennenswerte Verbesserungen durch vermehrten Wettbewerb erzielt würden. In solchen Fällen kann vorgesehen werden, dass Zugangsprodukte, die ursprünglich nicht vorgesehene, kostenintensive Eingriffe an der geförderten Infrastruktur erforderlich machen, nur bei hinreichender Nachfrage von Drittbetreibern angeboten werden. Die EU-Breitbandleitlinien 2013 gehen folglich davon aus, dass einem Drittbetreiber der Zugang zu Leerrohren - oder zu einem anderen konkret nachgefragten Zugangsprodukt - nicht ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände gewährt werden muss. Dass geförderte Unternehmen gemäß Rn. 78 Buchst. g der EU-Breitbandleitlinien 2013 "im Bereich des Zugangs auf Vorleistungsebene eine größere Produktauswahl anbieten" sollen, als dies im Rahmen der sektorspezifischen Marktregulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben ist, bedeutet nicht, dass sämtliche nachgefragten Zugangsprodukte angeboten werden müssen.

- 34 Jedenfalls lassen die Hinweise unter Buchst. f der Rn. 78 der EU-Breitbandleitlinien 2013 erkennen, dass sich diese Verpflichtung nur auf solche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahmen bereits vorhandenen Leerrohre beziehen kann, bei denen ein funktionaler Bezug zu dem geförderten Netz besteht. In Bezug auf die Phase des geförderten Breitbandausbaus ist dort eine Informationspflicht jedes Betreibers mit eigener oder von ihm kontrollierter Infrastruktur im Zielgebiet, der an einer Ausschreibung teilnehmen will, vorgesehen, die es anderen Bietern ermöglicht, die betreffende Infrastruktur in ihr Angebot einzubeziehen. Dabei wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die bestehende Infrastruktur unabhängig davon erfasst wird, ob diese tatsächlich genutzt wird. Eine vergleichbare Klarstellung fehlt in Bezug auf diejenige Infrastruktur, welche - der Fördermaßnahme zeitlich nachgelagert - dem offenen Zugang auf Vorleistungsebene unterliegt. Vielmehr findet sich in Rn. 78 Buchst. g der EU-Breitbandleitlinien 2013 hierzu die - in die Gesetzesbegründung zu der späteren Bestimmung des § 155 Abs. 2 TKG wörtlich übernommene - Aussage, dass "im gesamten geförderten Netz dieselben Zugangsbedingungen gelten" sollten, "auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wurde". Die Kommission stellt insoweit gerade nicht auf das bloße Vorhandensein bestehender Infrastruktur ab, sondern auf dessen Nutzung im Zusammenhang mit dem geförderten Netz. Nur eine solche - auf das geförderte Netz bezogene - Nutzung bestehender Infrastruktur rechtfertigt nach dem der Regelung des § 155 TKG zugrundeliegenden Ansatz der EU-Breitbandleitlinien 2013 die Einbeziehung in den Zugangsanspruch.
- 35 (4) Auch die teleologische Auslegung ergibt, dass § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG die Open-Access-Verpflichtung nur auf solche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme bereits vorhandenen Leerrohre erstreckt, die unmittelbar oder im Rahmen eines Rohr-in-Rohr-Systems der Aufnahme geförderter Kabel dienen oder in sonstiger Weise eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen.
- 36 Der Sinn und Zweck der Regelung besteht nicht - wie die Beklagte und das Verwaltungsgericht der Sache nach annehmen - darin, eine möglichst umfassende Einbeziehung der in dem von einer Fördermaßnahme erfassten Gebiet vorhandenen Infrastruktur des geförderten Betreibers in die Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs zu gewährleisten. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Wesentlichen das Ziel einer gesetzlichen Fundierung der bereits in den EU-Breitbandleitlinien vorgeprägten Verpflichtungen des geförderten Betreibers zur Gewährung offenen Netzzugangs verfolgt. Gleichwohl hat § 155 TKG nicht nur deklaratorische Bedeutung (a. A.: Fischer, in: Säcker/Körber, TKG-TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 155 TKG Rn 10; Cesarano, N&R 2025, 285 <297>). Denn in der Vergangenheit konnten die Zugangsnachfrager die in den Rahmenregelungen und den darauf gestützten Förderrichtlinien vorgesehenen Verpflichtungen auf Vorleistungsebene für den geförderten Betreiber nicht unmittelbar gegenüber diesem geltend machen, weil es an einer entsprechenden Anspruchsnorm fehlte. Sie waren daher darauf angewiesen, dass die jeweilige Gebietskörperschaft die in den Kooperationsvertrag mit dem ausgewählten Betreiber aufzunehmende Verpflichtung zum offenen Netzzugang diesem gegenüber auch durchsetzt. § 155 TKG führt vor diesem Hintergrund zu einer erheblichen Verbesserung der Rechtsposition der Zugangsnachfrager, die nunmehr über einen direkten und im Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG durchsetzbaren Zugangsanspruch gegen den Eigentümer oder Betreiber einer geförderten Infrastruktur verfügen (vgl. Kind, in: Geppert/Schütz <Hrsg.>, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 155 Rn. 3 f.; Hindenlang/Kind, N&R 2023, 157 <158 f.>; Louven, N&R 2024, 290; Wilmes-Horváth/Schriever/Gartner, IR 2024, 290 <292>). Da es sich bei Entscheidungen der Bundesnetzagentur als nationaler Streitbeilegungsstelle um privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte handelt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. April 2025 - 6 B 14.24 - NVwZ 2025, 1702 Rn. 18, unter Bezugnahme auf BT-Drs. 19/26108

S. 340), wird die Geltendmachung des Open-Access-Anspruchs erheblich vereinfacht und beschleunigt. Die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtbefolgung einer vollziehbaren Anordnung nach § 149 Abs. 2 Satz 1 TKG stellt zudem eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße geahndet werden kann (§ 228 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c, Abs. 6 Nr. 4 TKG).

- 37 Zwar verweist das Verwaltungsgericht zu Recht darauf, dass speziell die Regelung des § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG auch dem Ziel der Vermeidung einer "komplexe[n] und kleinteilige[n] Betrachtungsweise" sowie eines "Flickenteppich[s]" zwischen geförderter und eigenwirtschaftlicher Infrastruktur dient. Dass die Gewährleistung eines effektiven offenen Netzzugangs auch dadurch gefährdet werden kann, dass auf eigenwirtschaftlich erschlossenen Streckenabschnitten ergänzende Vereinbarungen über die Drittnutzung erforderlich sind, liegt auf der Hand (vgl. Fischer, in: Säcker/Körber, TKG-TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 155 TKG Rn. 16). Diese Möglichkeit rechtfertigt es jedoch für sich genommen nicht, auch solche eigenwirtschaftlich hergestellten Bestandsinfrastrukturen in den Zugangsanspruch einzubeziehen, die weder in einer Verbindung mit geförderten Netzkomponenten stehen noch in sonstiger Weise eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen. Der Gesetzgeber hat dem Ziel der Vermeidung einer kleinteiligen Betrachtungsweise keine absolute Priorität eingeräumt. Anderenfalls hätte er solche auf eigene Kosten errichtete Infrastruktur, die im Rahmen der Fördermaßnahme "zusätzlich" eingebracht worden und folglich für den geförderten Netzausbau nicht erforderlich ist, nicht gemäß § 155 Abs. 2 Satz 2 TKG von dem Anspruch auf offenen Netzzugang ausgeschlossen.
- 38 Besteht der Sinn und Zweck der Regelung in § 155 Abs. 1 und 2 TKG somit vor allem darin, den Wettbewerbern des geförderten Betreibers einen gesetzlichen Zugangsanspruch einzuräumen, der einfach und zeitnah im Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG durchgesetzt werden kann, verbleibt es hinsichtlich des Inhalts und Umfangs dieses Zugangsanspruchs bei den Vorgaben, die sich im Wesentlichen aus den EU-Breitbandleitlinien 2013 ergeben. Wie bereits ausgeführt, ist die Bestandsinfrastruktur danach zwar im Rahmen einer Fördermaßnahme möglichst umfassend einzubeziehen. Die EU-Breitbandleitlinien 2013 fordern jedoch nicht, nach Abschluss der Fördermaßnahme offenen Netzzugang auch in Bezug auf solche Bestandsinfrastruktur zu gewähren, die letztlich keine Funktion im Rahmen der konkreten Fördermaßnahme übernommen hat.
- 39 (5) Dass die gesetzliche Open-Access-Verpflichtung auf die mit Fördermitteln neu errichtete Infrastruktur sowie solche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme bereits vorhandene Leerrohre begrenzt ist, die der Aufnahme geförderter Kabel dienen oder in sonstiger Weise eine Funktion innerhalb des geförderten Netzes erfüllen, folgt schließlich auch aus dem durch Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 17 Abs. 1 GRC geschützten Eigentum des geförderten Netzbetreibers an der von ihm eigenwirtschaftlich errichteten Netzinfrastruktur. Die Klägerin verweist hierzu auf die berechtigten Erwartungen eines Netzbetreibers, dass die Bedingungen, zu denen er den geförderten Ausbau übernommen habe, Bestand hätten. Die Berechnung der auszugleichenden Wirtschaftlichkeitslücke beruhe auf einer Kalkulation der zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben, wobei auf Einnahmenseite sowohl der Verkauf von Endkundenprodukten als auch der Vorleistungszugang stünden. Eine Erweiterung der Open-Access-Verpflichtungen durch die Einbeziehung von Infrastrukturen außerhalb des geförderten Netzes entziehe dieser Kalkulation die Grundlage. Diesen Erwägungen folgt der Senat. Zusätzlich ist hierbei zu berücksichtigen, dass im Regulierungsrecht der Schaffung von Rechtssicherheit eine besondere Bedeutung zukommt. Dementsprechend hat der Senat wiederholt hervorgehoben, dass das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG genannte Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte unter anderem fordert, dass die Marktteilnehmer eine hinreichend verlässliche Kalkulations- und Planungsgrundlage für ihre Investitionsentscheidungen haben (vgl. BVerwG, Urteile vom 9. Mai 2012 - 6 C 3.11 - BVerwGE 143, 87 Rn. 58 und vom 31. Januar 2017 - 6 C 2.16 - BVerwGE 157, 249 Rn. 33). Der Ansatz des Verwaltungsgerichts, allein die wettbewerbsfördernden Wirkungen eines möglichst umfassenden Anspruchs auf offenen Netzzugang in den Blick zu nehmen, greift mithin zu kurz.
- 40 cc) § 155 TKG verlangt von dem geförderten Netzbetreiber keine Erweiterung der dem offenen Netzzugang unterliegenden Bestandsinfrastruktur, um im Fall der Kapazitätserschöpfung das Angebot bestimmter Zugangsprodukte zu ermöglichen.
- 41 Die Klägerin hat geltend gemacht, auf der Strecke 1 (G.-H.) könne ein Leerrohrzugang mangels freier Kapazität nicht bereitgestellt werden. Wie aus den Ausführungen der Vorinstanz hervor-

geht, besteht der tatsächliche Hintergrund dieses Einwands darin, dass auf der Strecke 1 ein mit einem einzelnen geförderten Glasfaserkabel belegtes Mehrfachrohr sowie ein unbelegtes, als Havariereserve vorgehaltenes Mehrfachrohr verlaufen. Ob es - wie die Klägerin behauptet - technisch unmöglich ist, in das bereits belegte Mehrfachrohr weitere Glasfaserkabel einzuziehen, hat das Verwaltungsgericht offengelassen. Stattdessen hat es darauf abgestellt, der Klägerin sei es zur Gewährung von offenem Netzzugang möglich, in das unbelegte, als Havariereserve vorgehaltene Mehrfachrohr auf eigene Kosten einen Speed-Net-Rohrverband einzulegen und lediglich eines der Speed-Net-Rohre als Havariereserve vorzuhalten. Hierbei handele es sich nicht um eine Erweiterung der bestehenden Infrastruktur, sondern vielmehr nur um eine "Ertüchtigung" in Gestalt einer weiteren räumlichen Unterteilung der vorhandenen Kapazitäten mit dem Ziel, der Verpflichtung zum offenen Netzzugang nachzukommen.

- 42 Die Begründung des Verwaltungsgerichts ist mit revisiblem Recht nicht vereinbar. Zunächst ist klarzustellen, dass die terminologische Unterscheidung des Verwaltungsgerichts zwischen einer "Erweiterung" und einer - vom Zugangsanspruch umfassten - "Ertüchtigung" der in das Förderprojekt eingebrachten Bestandsinfrastruktur jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht tragfähig ist. Denn bei der Einlegung eines Speed-Net-Rohrverbands in ein unbelegtes Mehrfachrohr werden der Infrastruktur vorher nicht vorhandene Bestandteile hinzugefügt. Dieser Vorgang kann nur als Erweiterung qualifiziert werden. Die Auslegung der Bestimmung des § 155 Abs. 1 und 2 TKG ergibt indes, dass keine Verpflichtung eines geförderten Netzbetreibers besteht, die in das Förderprojekt eingebrachte Bestandsinfrastruktur zur Gewährung offenen Netzzugangs im Fall der Kapazitätserschöpfung zu erweitern.
- 43 (1) Der Wortlaut des § 155 TKG enthält keine Anhaltspunkte für eine solche Verpflichtung. Gegenstand des Zugangsanspruchs sind gemäß § 155 Abs. 1 TKG öffentlich geförderte Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetze. § 155 Abs. 2 Satz 1 TKG bezieht - mit der in § 155 Abs. 2 Satz 2 TKG geregelten Ausnahme - die gesamte verlegte Infrastruktur als gefördert ein. Die Vorschrift umfasst damit den tatsächlich vorhandenen Bestand. Dafür, dass auch solche Komponenten von der Open-Access-Verpflichtung erfasst sein sollen, die noch gar nicht "verlegt" sind, besteht kein Anhalt.
- 44 (2) In systematischer Hinsicht wird dieser Befund dadurch bestätigt, dass Zugangsansprüche nach dem Telekommunikationsgesetz grundsätzlich auf die vorhandene Kapazität beschränkt sind. So muss die Bundesnetzagentur bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen im Bereich der Marktregulierung gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TKG die Möglichkeit der Zugangsgewährung angesichts der verfügbaren Kapazität berücksichtigen. Auch Anträge auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze können gemäß § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG bei zum Zeitpunkt des Antragseingangs fehlendem oder zukünftig fehlendem Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität im öffentlichen Versorgungsnetz abgelehnt werden. Ein Grund, weshalb der Anspruch auf offenen Netzzugang nach § 155 Abs. 1 TKG abweichend davon auch auf eine Erweiterung der vorhandenen Kapazität gerichtet sein sollte, ist nicht erkennbar. In der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel für den Netzausbau kann ein solcher Grund für sich genommen nicht gesehen werden, wenn es - wie hier - um eigenwirtschaftlich errichtete Bestandsinfrastruktur geht.
- 45 (3) Auch den EU-Breitbandleitlinien 2013, denen - wie dargelegt - für die Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Open-Access-Verpflichtung nach § 155 Abs. 1 und 2 TKG mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Regelung besondere Bedeutung zukommt, ist nicht zu entnehmen, dass der geförderte Netzbetreiber gegebenenfalls zu Erweiterungen der bereits vorhandenen Infrastruktur verpflichtet ist, um das Angebot eines nachgefragten Zugangsprodukts trotz erschöpfter Kapazität zu ermöglichen. Wie bereits ausgeführt, geht aus den hier maßgeblichen Ausführungen in den Abschnitten 3.4 und 3.5, insbesondere unter Rn. 78 Buchst. g sowie Rn. 80 Buchst. a der EU-Breitbandleitlinien 2013 zwar hervor, dass dem effektiven Zugang Dritter zu der geförderten Breitbandinfrastruktur auf Vorleistungsebene für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen zur Breitbandförderung erhebliche Bedeutung zukommt. Eine für alle Fälle verbindliche Vorgabe der von dem geförderten Unternehmen anzubietenden Zugangsprodukte, wie insbesondere den Zugang zu Leerrohren, sehen die der EU-Breitbandleitlinien 2013 jedoch nicht vor. In Bezug auf Gebiete mit geringer Bevölkerungsdichte, in denen das Breitbandangebot begrenzt ist, räumt die Kommission vielmehr ein, dass die Verpflichtung zum Angebot aller Arten von Produkten für den Breitbandzugang die Investitionskosten unverhältnismäßig erhöhen kann, ohne dass nennenswerte Verbesserungen durch vermehrten Wettbewerb erzielt würden. In solchen Fällen ist es nach den EU-Breitbandleitlinien 2013 zulässig, dass

Zugangsprodukte, die ursprünglich nicht vorgesehene, kostenintensive Eingriffe an der geförderten Infrastruktur erforderlich machen (z. B. Kollokation an Zwischenverteilern), nur bei hinreichender Nachfrage von Drittbetreibern angeboten werden. Hieraus lässt sich schließen, dass von dem Netzbetreiber erst recht keine Erweiterung seiner - nicht geförderten - Bestandsinfrastruktur zur Schaffung zusätzlicher Kapazitäten auf eigene Kosten verlangt werden kann.

- 46 (4) Auch die teleologische Auslegung führt nicht zu der Annahme, dass der geförderte Netzbetreiber seine Bestandsinfrastruktur gegebenenfalls erweitern muss, wenn anderenfalls ein Zugang zu Leerrohren mangels Kapazität nicht angeboten werden kann. Wie bereits ausgeführt, ist es Sinn und Zweck des § 155 Abs. 1 und 2 TKG, zugangsberechtigten Drittbetreibern einen gesetzlichen Zugangsanspruch gegen den geförderten Betreiber einzuräumen, der einfach und zeitnah im Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG durchgesetzt werden kann. Für den Inhalt und Umfang dieses gesetzlichen Anspruchs dienen die EU-Breitbandleitlinien 2013 als Orientierung. Diesen ist jedoch nicht zu entnehmen, dass der geförderte Netzbetreiber gegebenenfalls auf eigene Kosten Erweiterungen seiner eigenwirtschaftlich errichteten Bestandsinfrastruktur vornehmen muss, um im Rahmen des offenen Netzzugangs ein nachgefragtes Zugangsprodukt trotz erschöpfter Kapazität anbieten zu können. Die durch § 155 Abs. 1 und 2 TKG bezweckte Vereinfachung und Beschleunigung der Durchsetzung des Open-Access-Anspruchs lässt sich auch ohne eine solche Ausbauverpflichtung erreichen.
- 47 (5) Schließlich sprechen auch grundrechtliche Erwägungen dagegen, dass der geförderte Netzbetreiber unmittelbar aufgrund von § 155 TKG zu einer Erweiterung seiner eigenwirtschaftlich errichteten Infrastruktur verpflichtet ist, um das Angebot bestimmter Zugangsprodukte wie insbesondere den Zugang zu Leerrohren bei erschöpfter Kapazität zu ermöglichen. Wie bereits bei der Frage des Umfangs der Einbeziehung der eigenwirtschaftlich errichteten Bestandsinfrastruktur ist auch im vorliegenden Zusammenhang maßgeblich, dass die Auslegung des § 155 TKG dem aus Art. 14 Abs. 1 GG bzw. Art. 17 Abs. 1 GRC folgenden Vertrauensschutz sowie der aus dem Regulierungsziel der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) hergeleiteten Forderung Rechnung tragen muss, dass die Marktteilnehmer eine hinreichend verlässliche Kalkulations- und Planungsgrundlage für ihre Investitionsentscheidungen haben. Eine Erweiterung der im Gegenzug zum Erhalt der Fördermittel übernommenen Open-Access-Verpflichtungen der geförderten Netzbetreiber lässt sich hiermit nicht vereinbaren. Die Verpflichtung zum Ausbau der vorhandenen passiven Infrastruktur in einem Umfang, der nicht nur die Einbringung der geförderten Netzbestandteile, sondern auch den Zugang durch andere Netzbetreiber ermöglicht, kann zur Erhöhung der Effektivität des offenen Netzzugangs in den maßgeblichen Förderrichtlinien vorgesehen und in die Förderbescheide bzw. Förderverträge übernommen werden. Wie die Klägerin - von den anderen Beteiligten nicht bestritten - ausgeführt hat, ist dies in jüngerer Zeit auch in Gestalt von sogenannten Materialkonzepten geschehen, die Vorgaben für die Dimensionierung des Netzes enthalten. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts enthält die Bayerische Breitbandrichtlinie, die im vorliegenden Fall Grundlage der Förderung war, ein solches Materialkonzept jedoch gerade nicht.
- 48 e) Verstößt die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, dass sämtliche zum Zeitpunkt der Fördermaßnahme in dem geförderten Gebiet vorhandenen Leerrohre der Klägerin der Open-Access-Verpflichtung nach § 155 Abs. 1 und 2 TKG unterliegen und die Klägerin zudem verpflichtet ist, in unbelegte Mehrfachrohre gegebenenfalls auf eigene Kosten Speed-Net-Rohrverbände einzulegen, um den Leerrohrzugang zu ermöglichen, im Ergebnis gegen revisibles Recht, bedarf es für die Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Klägerin zur Gewährung offenen Netzzugangs zu den vorhandenen Leerrohren auf den Strecken G.-H. (Strecke 1) und H.-U. (Strecke 2) verpflichtet ist, weiterer tatsächlicher Feststellungen. Die Sache ist daher gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO an das Verwaltungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zum einen zu ermitteln haben, welche der von der Klägerin bereits vor der Fördermaßnahme in den Jahren 2015 und 2016 eigenwirtschaftlich verlegten Leerrohre zur Aufnahme geförderter Infrastruktur genutzt werden oder in sonstiger Weise eine Funktion für das geförderte Netz erfüllen. Ob und inwieweit beispielsweise auch die Nutzung als Betriebs- oder Havariereserve einen solchen funktionalen Zusammenhang begründet, hängt dabei nicht nur von der subjektiven Zweckbestimmung der Klägerin, sondern von den objektiven Umständen des Einzelfalls ab. Zum anderen wird aufzuklären sein, ob es technisch möglich ist, in das mit einem einzelnen geförderten Glasfaserkabel belegte, parallel zu dem von der Klägerin als Havariereserve genutzten Leerrohr verlaufenden Mehrfachrohr auf der Strecke 1 weitere Glasfaserkabel einzuziehen. Da die in Nr. 1 Satz 1 des angegriffenen Beschlusses getroffene Entscheidung der Bundesnetzagentur in Bezug auf diejenigen Leerrohre, die nach den zu treffenden Feststellungen keine Funkti-

on für das geförderte Netz erfüllen oder bei denen die Einbringung weiterer Glasfaserkabel technisch nicht möglich ist, rechtswidrig ist und keine Gründe gegen eine Teilbarkeit der Anordnung in räumlicher Hinsicht sprechen, wird das Verwaltungsgericht Nr. 1 Satz 1 des angegriffenen Beschlusses jedenfalls insoweit aufzuheben haben.

- 49 2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ebenfalls rechtswidrig ist das in Nr. 1 Satz 2 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 20. März 2024 an die Klägerin gerichtete Verbot, Kosten für die Angebotslegung von der Beigeladenen zu verlangen. Der geförderte Netzbetreiber wird durch die Bestimmungen der §§ 149, 155 TKG nicht daran gehindert, Kosten für die Angebotslegung unabhängig von dem Zustandekommen einer Vereinbarung gegenüber dem Zugangsnachfrager geltend zu machen (a). Auch den EU-Breitbandleitlinien 2013 ist nicht zu entnehmen, dass der Zugangsverpflichtete die Kosten für die Angebotserstellung zu tragen hat (b). Der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass der bei der Gewährung des Zugangsanspruchs entstehende Aufwand nach dem Verursacherprinzip dem Zugangsnachfrager zuzuordnen ist (c). Im Ergebnis führt dies zur Aufhebung von Nr. 1 Satz 2 des angegriffenen Beschlusses (d).
- 50 a) Das Verbot, Kosten für die Angebotslegung von der Beigeladenen zu verlangen, lässt sich nicht auf die von der Bundesnetzagentur herangezogenen gesetzlichen Bestimmungen stützen. An die Vorgabe in § 155 Abs. 1 TKG anknüpfend, dass der offene Netzzugang zu fairen und angemessenen Bedingungen zu gewähren ist, bestimmt § 149 Abs. 4 TKG für das Streitbeilegungsverfahren, dass die Bundesnetzagentur in ihrer Entscheidung faire und diskriminierungsfreie Bedingungen einschließlich der Entgelte der Koordinierungsvereinbarung oder des jeweils beantragten Netzzugangs festlegt. Dies kann zwar entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch die Befugnis zu Regelungen in Bezug auf das der tatsächlichen Zugangsgewährung vorangehende Verfahren zur Beantragung dieses Zugangs einschließen. In der Sache lässt sich ein solches Verbot aber nicht begründen. Der Schluss des Verwaltungsgerichts von einer im Bereich der Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze nach § 141 Abs. 2 Nr. 2 TKG bestehenden Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen von Kapazität auf eine Pflicht, die Kosten für die Angebotserstellung bzw. "Projektierung" zu tragen, überzeugt nicht. Denn der Aufwand für die Angebotserstellung beschränkt sich nicht auf die Prüfung, ob überhaupt Kapazität vorhanden ist, sondern umfasst nach den plausiblen Angaben der Klägerin beispielsweise auch die Ermittlung der in Betracht kommenden Zugangspunkte im Netz, die Festlegung der genauen Strecke einer Rohrtrasse für die einzubringenden Leerrohre oder Glasfasern des Zugangsnachfragers, die Bereitstellung und Kennzeichnung von Lage, Belegungs- und Kabelschachtplänen oder die Erstellung des Netzplans für den Zugangsnachfrager. Zudem besteht kein zwingender Zusammenhang zwischen einer Darlegungs- und Beweislast für den Kapazitätsmangel und der Frage der Zuordnung der Kosten für diese Prüfung. Auch soweit das Verwaltungsgericht auf die förderrechtlichen Dokumentationspflichten des geförderten Unternehmens verweist, ist festzustellen, dass der von der Klägerin unwidersprochen dargelegte Aufwand für die Angebotserstellung über die bloße Dokumentation der vorhandenen und der neu errichteten Infrastruktur hinausgeht. Schließlich verlangt auch der Sinn und Zweck des § 155 Abs. 1 und 2 TKG nicht, dass der geförderte Netzbetreiber die Kosten für die Angebotslegung selbst trägt. Denn die Möglichkeit, den Open-Access-Anspruch einfach und zeitnah im Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 5 TKG durchzusetzen, wird dadurch, dass die Zugangsnachfrager dem Netzbetreiber die Kosten der Angebotslegung zu erstatten haben, nicht in relevanter Weise beeinträchtigt. Demgegenüber bezweckt die Regelung nicht, die "Effektivität" des offenen Netzzugangs auch in finanzieller Hinsicht einseitig zu Lasten des Zugangsverpflichteten zu erhöhen.
- 51 b) Auch den EU-Breitbandleitlinien 2013, die aus den dargelegten entstehungsgeschichtlichen Gründen für die Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Open-Access-Verpflichtung nach § 155 Abs. 1 und 2 TKG besondere Bedeutung haben, sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Zugangsverpflichtete die Kosten für die Erstellung von Vertragsangeboten für die Zugangsgewährung selbst zu tragen hätte. Gegen eine solche Kostentragungspflicht spricht vielmehr die Aussage in Rn. 78 Buchst. g der EU-Breitbandleitlinien 2013, dass "die für geförderte Netze vorgeschriebenen Verpflichtungen im Rahmen des Zugangs auf Vorleistungsebene [...] an die in der sektorspezifischen Regulierung niedergelegten Verpflichtungen angeglichen werden" sollten. Dass es regulierten Unternehmen im Rahmen der Marktregulierung grundsätzlich untersagt wäre, Kosten für die Erstellung von Vertragsangeboten von den zugangsnachfragenden Wettbewerbern zu verlangen, lässt sich nicht feststellen. Zwar wird die Vorgabe einer Angleichung der Verpflichtungen zum offenen Netzzugang an die im Bereich der Marktregulierung bestehenden Verpflichtungen in dem nachfolgenden Satz der Leitlinien in Bezug auf die Pro-

duktauswahl im Bereich des Zugangs auf Vorleistungsebene etwas relativiert. Weil der Beihilfempfänger für den Infrastrukturausbau nicht nur eigene Ressourcen, sondern auch Steuereinnahmen verwendet, soll das Angebot der Zugangsprodukte größer sein als im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben. Der Umfang des Angebots von Zugangsprodukten ist jedoch unabhängig von der Zuordnung der Kosten für die Angebotslegung.

- 52 c) Gegen ein Verbot, die Kosten der Erstellung eines Angebots für den offenen Netzzugang von der Beigeladenen zu verlangen, spricht überdies der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit. Dieser verlangt im Regulierungsrecht, dass dem verpflichteten Unternehmen bei der Gewährung von Zugangs- oder Mitnutzungsansprüchen keine zusätzlichen Kosten entstehen dürfen. Entstehende Kosten sind nach dem Verursacherprinzip vielmehr dem Zugangsnachfrager zuzuordnen. Dies ist nicht nur im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. September 2014 - 6 C 19.13 - NVwZ 2015, 225 Rn. 37), sondern auch in anderen Regulierungssektoren grundsätzlich anerkannt (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. März 2016 - 6 C 64.14 - BVerwGE 154, 198 Rn. 35 ff. für das Eisenbahnrecht). Ohne eine Kostentragungspflicht für die Angebotserstellung hätten die Zugangsnachfrager keinen Anreiz, eine möglichst weitgehende Konkretisierung ihrer Anträge auf die für ihre jeweiligen Ausbauprojekte relevanten Netzbestandteile vorzunehmen. Vielmehr könnten sie die damit verbundenen aufwändigen Vorarbeiten dem Netzbetreiber auf dessen Kosten überlassen und sich letztlich darauf zurückziehen, aus einem ihnen unverbindlich und kostenlos unterbreiteten Gesamtangebot die für sie passenden Varianten herauszusuchen. Dies würde nicht nur zu einer einseitigen und unverhältnismäßigen Belastung der geförderten Netzbetreiber, sondern letztlich zu Ineffizienzen im Verfahren und damit zu einer dem Sinn und Zweck des § 155 TKG zuwiderlaufenden Schwächung der Gewährung offenen Netzzugangs führen.
- 53 Hiervon zu trennen ist die Frage der Höhe der für die Angebotslegung geltend gemachten Kosten. Insoweit ist es Aufgabe der Bundesnetzagentur, im Rahmen ihrer Befugnis nach § 149 Abs. 4 TKG zur Festlegung fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen des jeweils beantragten Netzzugangs sicherzustellen, dass nur zusätzlicher Aufwand des geförderten Netzbetreibers in Rechnung gestellt wird, der aufgrund der Zugangsnachfrage tatsächlich anfällt.
- 54 d) Da es für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersagung der Kostenerhebung für die Angebotslegung in Nr. 1 Satz 2 des angegriffenen Beschlusses keiner weiteren Tatsachenermittlungen bedarf und die Regelung von der in Nr. 1 Satz 1 des Beschlusses ausgesprochenen Verpflichtung zur Gewährung offenen Netzzugangs abtrennbar ist, kann der Senat insoweit durchentscheiden (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO) und die Regelung selbst aufheben.
- 55 3. Die Entscheidung über die Kosten ist der Schlussentscheidung vorzubehalten.