



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11

BK11-18/005

Beschluss

**in dem Streitbeilegungsverfahren
aufgrund des Antrages vom 4. 5. 2018**

**der HochrheinNET GmbH,
Gemeindezentrum 1, 79790 Küssaberg,
vertreten durch die Geschäftsführung,**

– Antragstellerin –

gegen

**die Stadt Laufenburg,
Hauptstraße 30, 79725 Laufenburg (Baden),
vertreten durch den Bürgermeister Ulrich Krieger,**

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. GasLINE Telekommunikationsnetzgesellschaft deutscher
Gasversorgungsunternehmen mbH & Co. KG,
Paesmühle, Paesmühlenweg 10+12, 47638 Straelen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 1 –

2. VATM Verband der Anbieter von Telefon- und Mehrwertdiensten e. V.,
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 2 –

3. BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.,
Eduard-Pflüger-Str. 58, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 3 –

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

5. Vodafone GmbH,
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 5 –

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

7. EWE TEL GmbH,
Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 7 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Wurster Weiss Kupfer Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
Kaiser-Joseph-Straße 247
79098 Freiburg

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 Dr. Cara Schwarz-Schilling,
den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger und
den Beisitzer Claudius Möller

auf die mündliche Verhandlung vom 17. 5. 2018 beschlossen:

1. Der von der Antragsgegnerin zuletzt mit Stand vom 8. 6. 2018 der Beschlusskammer vorgelegte Mitnutzungsvertrag (Anlage zum Beschluss) über die Mitnutzung des in § 1 Abs. 2 des Vertrags näher bezeichneten Leerrohres zwischen Schacht H, Flurstück 61/1 und Schacht G, Flurstück Nr. 1046/2 im Bereich der Straßenkreuzung Waldshuter Straße/Himmelreichstraße/Dr. Rudolf-Eberle-Straße in Laufenburg wird mit folgenden Modifikationen angeordnet:

- a) Die Entgeltregelung in § 2 Abs. 1 des Vertrages wird wie folgt gefasst:

„a) Der Mitnutzer zahlt an die Stadt für die Bereitstellung und Nutzung des Leerrohres die durch die Mitnutzung der passiven Infrastruktur zur Verlegung des Glasfaserkabels zusätzlich anfallenden Kosten.

b) Sofern im Zusammenhang mit der Mitnutzung Personal oder Sachmittel der Stadt oder von ihr beauftragte Leistungen Dritter in Anspruch genommen werden, werden diese zusätzlichen Kosten gemäß einem erfolgten Nachweis (z. B. Lieferscheine, Rechnungen oder vom Mitnutzer gegengezeichnete Arbeitsnachweise) nach Aufwand durch den Mitnutzer vergütet. Als Stundenverrechnungssätze werden hierfür festgelegt:

Mitarbeiter im mittleren Verwaltungsdienst	■ €/Std.
Mitarbeiter im gehobenen Verwaltungsdienst	■ €/Std.
Bauhofmitarbeiter	■ €/Std.

Die Stundenverrechnungssätze sind gemäß den Veränderungen des Tarifvertrags bzw. der Besoldungsordnung, die für die Stadt maßgeblich sind, anzupassen.

c) Für die Vorbereitung und Durchführung des Vor-Ort-Termins am 20. 7. 2018 sowie des Abnahmetermins am 25. 10. 2018 sind die der Stadt entstanden zusätzlichen Kosten in Höhe von 329,33 € durch den Mitnutzer zu erstatten. Die Zahlungspflicht für diesen Betrag beginnt mit Inkrafttreten dieses Beschlusses. Er muss spätestens 30 Tage nach Fälligkeit auf dem von der Stadt angegebenen Konto gutgeschrieben sein.

d) Der Mitnutzer zahlt ab Beginn der Inanspruchnahme jährlich ein Entgelt als angemessenen Aufschlag in Höhe von 25,00 € pro Jahr für die mitgenutzte Infrastruktur an die Stadt.“

- b) Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags wird wie folgt gefasst:

„Für den Fall, dass durch Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse zukünftig weitere Verpflichtungen oder Belastungen in Bezug auf die Mitnutzung eingeführt werden, ist die Stadt berechtigt, die dann durch die Mitnutzung entstehenden Mehrkosten dem Mitnutzer in Rechnung zu stellen. Sollte über die Neufestsetzung zusätzlicher Mitnutzungskosten keine Einigung zwischen den Parteien zustande kommen, kann jede der Vertragsparteien einen Antrag gemäß § 77n Abs. 1 TKG bei der Bundesnetzagentur auf Neufestsetzung der zusätzlichen Kosten der Mitnutzung stellen.“

- c) Die Regelungen in § [REDACTED] des Vertrags bleiben wie im Vertragsentwurf vorgesehen bestehen.

Die Regelung in § [REDACTED] wird wie folgt gefasst:

„c) der Mitnutzer ohne vorherige Abstimmung bauliche Veränderungen vornimmt, die geeignet sind, den Betrieb öffentlicher Versorgungsnetze zu beeinträchtigen, und innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist nicht zurückbaut;“

Die Regelung in § [REDACTED] wird wie folgt gefasst:

„d) die Stadt die Netzinfrastruktur aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen vor Ablauf von 5 Jahren stilllegen oder zurückbauen muss;“

- d) Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags wird wie folgt gefasst:

„Sollten sich infolge der Mitnutzung zusätzliche Aufwendungen der Stadt insbesondere daraus ergeben, dass sie auf die Telekommunikationskabel inkl. Zubehör des Mitnutzers, insbesondere bei Instandhaltung, Änderung oder Erweiterung ihrer Infrastruktur Rücksicht nehmen muss, so hat sie diese entstehenden Mehrkosten in einer Gegenüberstellung der Kosten einer Maßnahme mit und ohne die bereits eingebrachten Kabel des Mitnutzers nachzuweisen. Die Vertragsparteien verhandeln sodann über die Übernahme dieser Mehrkosten durch den Mitnutzer. Sollte dabei keine Einigung zwischen den Parteien zustande kommen, so kann jede Partei einen Antrag gemäß § 77n Abs. 1 TKG bei der Bundesnetzagentur stellen, in dem eine Entscheidung über die Anerkennung der Kosten als Zusatzkosten der Mitnutzung und ihrer Übernahme durch den Mitnutzer getroffen wird.“

- e) Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags wird wie folgt gefasst:

„Nach Kündigung oder sonstigem Wegfall des Mitnutzungsrechts ist der Mitnutzer zum Rückbau der Telekommunikationskabel inkl. Zubehör und zur Wiederherstellung des ursprünglichen bzw. eines ordnungsgemäßen Zustands verpflichtet. Die erforderlichen Arbeiten werden nach vorheriger Absprache mit der Stadt ausgeführt.“

Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags wird gestrichen.

- f) Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags bleibt wie im Vertragsentwurf vorgesehen bestehen.

2. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

1 Sachverhalt

1. Das Verfahren betrifft die Zugangsgewährung zu einem gemeindeeigenen Leerrohr der Antragsgegnerin unter fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen.
2. Die Antragstellerin, die Firma HochrheinNET GmbH, ist ein regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze anbietet. Antragsgegnerin ist die Stadt Laufenburg, eine Stadt im Landkreis Waldshut in Baden-Württemberg, die rund 9.000 Einwohner zählt. Die Stadt liegt am nördlichen Ufer des Hochrheins an der Grenze zur Schweiz.
3. Diesem Streitbeilegungsverfahren ging bereits ein Verfahren der Parteien vor der Beschlusskammer 11 mit einer Entscheidung am 6. 3. 2018 voraus. Streitgegenstand war die Mitnutzung eines von drei vorhandenen gemeindeeigenen Leerrohren zwischen zwei bestimmten Punkten „im Bereich der Kreuzung Landstraße und Feuerwehrgerätehaus“ in Laufenburg, die sich an der Kreuzung der Himmelreichstraße bzw. der Dr. Rudolf-Eberle-Straße mit der Waldshuter Straße in Laufenburg befinden. Mit Beschluss BK11-17/014 vom 6. 3. 2018 hat die Beschlusskammer die Antragsgegnerin verpflichtet, der Antragstellerin den Zugang zu einem von diesen drei gemeindeeigenen Leerrohren unter der betreffenden Straßenkreuzung in Laufenburg zu gewähren und innerhalb eines Monats ab Zugang des Beschlusses ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Der Beschluss ist bestandskräftig.
4. Die Antragsgegnerin unterbreitete der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. 4. 2018, bei der Antragstellerin eingegangen am 9. 4. 2018, ein Angebot zum Abschluss eines Mitnutzungsvertrages. Die Antragstellerin lehnte dieses Angebot insbesondere aufgrund eines aus ihrer Sicht übersteuerten Nutzungsentgelts, der darin enthaltenen Kündigungsregelung und der Kostentragungspflicht für einen von der Antragsgegnerin zu errichtenden zusätzlichen Kabelschacht ab. Die Deutsche Telekom, die ebenfalls ein Kabel in einem der streitgegenständlichen Leerrohre führt, habe zur Ermöglichung des Zugangs keinen Schacht setzen müssen, obwohl alle drei Leerrohre identisch seien, parallel verliefen und an der gleichen Stelle endeten. Die Antragstellerin beabsichtige, wie die Telekom Deutschland GmbH, ihr Leerrohr über einen bereits bestehenden Kabelzugschacht ein- und als Erdkabel aus einem der verfahrensgegenständlichen Leerrohre wieder auszuführen. Sie beabsichtige nicht, eine Muffe zu setzen. Zudem verweist die Antragstellerin auf drei aktuelle „Pachtverträge“ für die Mitnutzung von Leerrohren zwischen ihr und der Antragsgegnerin, in denen akzeptable Mitnutzungsbedingungen festgelegt seien.
5. Die Antragstellerin hat mit Antrag vom 27. 4. 2018, bei der Bundesnetzagentur eingegangen am 4. 5. 2018 beantragt:

„Hiermit beantragen wir, eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur als nationale Streitstelle nach § 132 TKG in Verbindung mit § 134 TKG, dass die

Antragsgegnerin gemäß § 77d TKG eine Mitnutzung zu fairen und angemessenen Bedingungen sowie zu einem fairen und angemessenen Entgelt gewährt.“

6. Die Antragstellerin beehrte zudem bis zur Entscheidung in der Hauptsache eine vorläufige Anordnung gemäß § 130 TKG durch die Bundesnetzagentur zu erlassen, dass die zur Mitnutzung angeordneten Leerrohre mit Beschluss vom 6. 3. 2018 zur sofortigen Mitnutzung ohne die Erstellung eines Kabelschachtes, analog zur Mitnutzung seitens der Deutschen Telekom im ersten Leerrohr, verwendet werden können.
7. Die Anträge sind auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 9 vom 16. 5. 2018 als Mitteilung Nr. 118 veröffentlicht worden.
8. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie durch die verzögerte Mitnutzung im Bereich der Straßenkreuzung die Gewerbetreibenden des Gewerbegebietes Rütte-West, die seit über zwei Jahren Kunden der Antragstellerin seien, nur mit Bandbreiten unter 6.000 Kbit/s versorgen könne. Diese Kunden hätten der Antragstellerin mit der Kündigung gedroht, wenn nicht bald eine Glasfaseranbindung erfolgen würde. Hierdurch drohe der Antragstellerin ein finanzieller Schaden sowie ein Imageverlust.
9. Die Beschlusskammer hat der Antragsgegnerin mit der Übersendung des Antrags auf Streitschlichtung mitgeteilt, dass sie beabsichtige, im Rahmen einer vorläufigen Anordnung den bereits durch die Antragsgegnerin an die Antragstellerin übersandten Vertragstext vom 4. 5. 2018 mit Ausnahme der streitbefangenen Klauseln unverzüglich in Kraft zu setzen, um die bereits mit Beschluss BK11-17/014 vom 6. 3. 2018 angeordnete Mitnutzung durchzusetzen. Den Beteiligten ist so die Gelegenheit gegeben worden, sich zur Sache und zur Eilbedürftigkeit des Antrags auf vorläufige Anordnung zu äußern.
10. Mit Schreiben vom 11. 5. 2018 nahm die Antragsgegnerin zu dem Verfahren Stellung. Dabei rügte sie zu Beginn, dass aufgrund kurzer Frist- und Terminsetzungen seitens der Bundesnetzagentur rechtsstaatliche Grundsätze (Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt würden. Sie ist der Ansicht, dass sowohl die von der Bundesnetzagentur gesetzte Frist zur Kenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie die Stellungnahmefrist als auch die Zeit zur Vorbereitung auf die öffentlich-mündliche Verhandlung dem Gebot einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung zuwiderliefen. Darüber hinaus rügte sie die unangekündigte Kontaktaufnahme der Beschlusskammer am 25. 4. 2018 gegenüber der Antragsgegnerin, bei der sie eine Rathausmitarbeiterin der Antragsgegnerin erreichte. Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass die Rathausmitarbeiterin auf diese Weise überrumpelt und Zugeständnisse zum streitgegenständlichen Vertragstext eingefordert worden seien, zu denen sie bereits nicht befugt gewesen sei.
11. Die Antragsgegnerin nahm zudem zu dem Vorwurf, ihr Angebot enthalte keine fairen und angemessenen Bedingung im Sinne des § 77d TKG, Stellung. Es mangle bereits an der Zulässigkeit des Antrags, da die Antragstellerin ihre anderslautenden Vorstellungen nicht im Rahmen von Verhandlungen gegenüber der Antragsgegnerin kommuniziert habe. § 77d TKG beinhalte den Verhandlungsgrundsatz, wonach erst dann jede

Partei befugt sei, ein Streitbeilegungsverfahren zu beantragen (§ 77n Abs. 1 S. 1 Var. 2 TKG), wenn in den Verhandlungen über die Mitnutzungsbedingungen keine Einigung zustande komme. Die Antragstellerin habe nach Eingang des Angebots der Antragsgegnerin vom 5. 4. 2018 jedoch keinen Versuch unternommen, in Verhandlungen einzutreten. Stattdessen habe sie unmittelbar am 27. 4. 2018 die Bundesnetzagentur angerufen.

12. Die Antragsgegnerin ist im Übrigen der Ansicht, dass der Antrag unbegründet sei. Das angebotene Mitnutzungsentgelt von 40 € pro Meter und Jahr sei verhandelbar gewesen. Das von der Antragstellerin genannte, deutlich niedrigere Entgelt könne jedoch keinesfalls als angemessen angesehen werden. Soweit die Antragsgegnerin vereinzelt Leerrohre zu diesem deutlich niedrigeren Preis vermiete, betreffe die teils jahrzehntealte, vollständig abgeschriebene Infrastrukturen, die zudem sehr kostengünstig verlegt worden seien. Weiterhin sei die Forderung der Antragsgegnerin nach Einzug eines Kabelzugschachts begründet. Die von der Antragstellerin vorgesehene Nutzung des Leerrohres ohne Schacht verhindere die weitere Mitnutzung durch Dritte. Dies gelte nicht für die Nutzung eines Leerrohrs durch die Telekom Deutschland GmbH, da deren Leitung erdverlegt sei. Bezüglich des Kündigungsrechts könne eine redaktionelle Korrektur vorgenommen werden. Aufgrund fehlenden Anordnungsgrundes und -anspruchs könne eine vorläufige Anordnung nicht erlassen werden.
13. Mit Schreiben vom 15. 5. 2018 reichte die Antragstellerin ihrerseits eine Stellungnahme ein. Eine Nachverhandlung habe nicht stattgefunden, da das Angebot vollkommen unangemessen sei. Auch sei eine Nachverhandlung gesetzlich nicht vorgeschrieben. Weiterhin nutze die Deutsche Telekom das Leerrohr entgeltfrei. Ein Preis von 40 € pro Jahr und Meter sei dieser nicht angeboten worden. Die bereits von der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin zu deutlich niedrigeren Entgelten angemieteten Leerrohre seien nicht bereits abgeschrieben und auch nicht kostengünstig verlegt worden. Bezüglich des streitgegenständlichen Leerrohrs könne die Antragsgegnerin trotz entsprechender Aufbewahrungspflicht keine Belege für die angeblich kostenintensiven Tiefbaumaßnahmen vorlegen. Dies hänge damit zusammen, dass die Leerrohre im Jahre 2010 im Zuge der Vleielbachverdolung äußerst kostengünstig im „Beilauf“ mitverlegt worden seien. Schließlich sei ein Kabelschacht nicht aufgrund der angestrebten Mitnutzung durch die Antragstellerin erforderlich. Die Antragstellerin werde wie die Deutsche Telekom das eigene Leerrohr in das städtische Leerrohr einführen. Eine Muffe werde nicht verwendet. Ein Kabeleinzugsschacht könne bei Verwendung eines zweigeteilten Schachtes jederzeit errichtet werden. Dies sei ohnehin erforderlich, da das erste Leerrohr bereits belegt sei.
14. Mit Schriftsatz vom 16. 5. 2017 bekräftigte die Antragsgegnerin die ihrer Ansicht nach bestehende Unzulässigkeit des Antrages wegen fehlender vorheriger Verhandlungen. Ihr Angebot sei nicht verfristet gewesen, weil die Entscheidung BK11-17/014 ihr erst am 8. 3. 2018 zugestellt worden sei und das Fristende deshalb auf Montag, den 9. 4. 2018 gefallen sei, an dem der Antragstellerin auch das Angebot zugegangen sei. Auf vorherige Verhandlungen könne nicht verzichtet werden, weil § 77d Abs. 2 TKG ein

Verhandlungsprimat enthalte. Einvernehmliche Lösungen zwischen den Parteien in der Vergangenheit zeigten auch, dass Verhandlungen zum Erfolg führen könnten. Ohne solche Verhandlungen sei der Antrag deshalb unzulässig.

15. Die Einwände gegen das Mitnutzungsentgelt seien unbegründet. Mit der Telekom Deutschland GmbH sei noch kein Mitnutzungsentgelt vereinbart, weil man das in diesem Verfahren festgelegte Entgelt auch mit der Deutschen Telekom GmbH vereinbaren wolle. Die streitgegenständliche Leerrohrtrasse sei deutlich teurer als bestehende Leerrohrtrassen gewesen. Das Angebot könne dies auch zureichend belegen, weil die Tiefbaukosten jeweils nur anteilig berücksichtigt seien. Die meisten Kostenpositionen umfassten ausschließlich die Aushebung des Kabelgrabens und die Verlegung des Rohrs.
16. Hinsichtlich des Kabelzugschachtes trage die Antragstellerin jetzt erstmals vor, dass sie eine Verlegung als Erdkabel plane. Ein solches Vorhaben würde eine andere Bewertung der Notwendigkeit eines Kabelzugschachtes rechtfertigen. Aber die tatsächliche Durchführung dieses Vorhabens sei zweifelhaft, weil die Antragstellerin in diesem Falle die bereits von ihr genutzten Leerrohre nicht zur Führung des Erdkabels verwenden könne und es stattdessen in einem neuen Graben verlegen müsse.
17. Nach der Durchführung der öffentlich mündlichen Verhandlung am 17. 5. 2018 hat die Antragstellerin der Beschlusskammer zur Begründung ihres Antrages auf Erlass einer vorläufigen Anordnung mit E-Mail vom 23. 5. 2018 Schreiben mehrerer Kunden, die die im Industriegebiet Rütte-West angebotenen Datenübertragungsraten bemängelten und mit der Kündigung ihrer Verträge drohten, vorgelegt.
18. Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 25. 5. 2018 einen neuen Vertragsentwurf unterbreitet, in dem nicht mehr auf der Errichtung eines Kabelzugschachtes bestanden wird. Stattdessen solle sich die Antragstellerin dazu verpflichten, ihre Mitnutzung so auszugestalten, dass die Einbringung weiterer Glasfaserkabel nicht verhindert werde. Insbesondere solle sie die verfahrensgegenständlichen Leerrohre nicht mit anderen Leerrohren verbinden.
19. Die Antragstellerin nahm mit E-Mail vom 29. 5. 2018 zu diesem Vertragsentwurf Stellung und beanstandete zahlreiche weitere Punkte. Die Regelung in § [REDACTED] zur Anpassung der Entgelte in der Zukunft wegen zusätzlich auftretender Belastungen sei nicht vom TKG gedeckt. Die Regelung zur Berücksichtigung von Umsatzsteuer in § [REDACTED] sei zu streichen, weil die Mitnutzung in jedem Falle einen umsatzsteuerpflichtigen Leistungsaustausch darstelle. Die in § [REDACTED] vorgesehenen Vertragsstrafen seien ebenfalls nicht vom TKG gestützt. Die Vorgaben zu Wegerechten in § [REDACTED] seien zu streichen, weil für die Nutzung von Leerrohren keine Wegerechte erforderlich seien. Das Sonderkündigungsrecht nach § [REDACTED] sei nicht begründbar, weil auch der Rechtsnachfolger nach den Vorschriften des BGB an den Mitnutzungsvertrag gebunden sei. Das Sonderkündigungsrecht nach § [REDACTED] wegen des nachträglichen Eintretens der Versagungsgründe des § 77 g Abs. 2 Nr. 3 bis 5 sei nicht akzeptabel, weil das Vorliegen dieser Versagungsgründe lediglich einmalig bei der Entscheidung

über die Gewährung der Mitnutzung maßgeblich sei. Auch das Kündigungsrecht nach § [REDACTED] bei Ausbleiben der Mitnutzung nach sechs Monaten sei nicht vom TKG gedeckt. Die Pflicht zur Übermittlung von Trassenplänen gemäß § [REDACTED] sei überflüssig, weil der Antragsgegnerin der Verlauf ihrer eigenen Leerrohrtrassen doch bekannt sei. Die Vertraulichkeitsvereinbarung in § [REDACTED] sei nicht mit dem TKG vereinbar, stattdessen sei in § [REDACTED] ein Abs. 4 einzufügen, wonach die Antragsgegnerin die abgeschlossene Mitnutzungsvereinbarung der Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Monaten zur Kenntnis geben müsse.

20. Weiter fordert die Antragstellerin, dass ein § [REDACTED] aufgenommen werden müsse, wonach die Antragsgegnerin jede Beeinträchtigung und Gefährdung der durch die Antragstellerin eingebrachten Telekommunikationsinfrastruktur sowie der weiteren Rechte der Antragstellerin nach diesem Vertrag vermeiden müsse, weil die Schutzpflichten bei Vertragsparteien gleich gelagert sein sollten. Ebenfalls nicht aus den Vorschriften des DigiNetz-Gesetzes begründbar sei § [REDACTED] mit der Verpflichtung zum Tragen zukünftiger Erschwerungskosten. Zu § [REDACTED] wendet sich die Antragstellerin dagegen, dass sie in § [REDACTED] dazu verpflichtet werde, beim Rückbau den Weisungen der Stadt zu folgen, weil dies ein Freibrief für willkürliche Forderungen der Antragsgegnerin sei. Die in § [REDACTED] verlangte Sicherheit für Rückbaukosten sei nicht gerechtfertigt, weil eine dauerhafte Nutzung geplant sei. Die Möglichkeit einer Ersatzvornahme in § [REDACTED] sei auf die Rückbauverpflichtung zu beschränken. Der § [REDACTED] sei zu streichen, weil er u. a. eine Bereitstellung von Standleitungen an Dritte behindere. § [REDACTED] sei wie folgt zu fassen: „Der Mitnutzer hat den Eigentumsübergang der im Rahmen der Mitnutzung eingebrachten passiven Netzinfrastrukturen binnen 1 Monat nach erfolgtem Eigentumsübergang der Stadt mitzuteilen.“
21. Unter dem 8. 6. 2018 legte die Antragsgegnerin einen abgeänderten Vertragsentwurf vor, in dem sie an einigen Stellen Abänderungen vornahm, um Kritikpunkten der Antragstellerin zu entsprechen. Weiter wurde in § 2 Abs. 1 als das zu zahlende Entgelt das im Hauptsacheverfahren zu ermittelnde Entgelt festgelegt. Gegen die von der Antragstellerin geforderte Streichung von § [REDACTED] führte sie an, dass dieser eine Anpassungsklausel für den Fall des Entstehens weiterer Belastungen sei, die nach dem DigiNetz-Gesetz zulässig sei, weil ausweislich seiner Begründung Instandhaltungs- und Anpassungskosten sowie die Kosten vorbeugender Sicherheitsvorkehrungen Teil der zu ersetzenden Kosten für die Infrastrukturbereitstellung seien, die durch noch nicht absehbare zukünftige Gesetzesänderungen entstehen könnten. Die Streichung von § [REDACTED] könne nicht erfolgen, weil von einer Umsatzsteuerfreiheit der Mitnutzung nach § 4 Nr. 12 UStG auszugehen sei. Auf die in § [REDACTED] vorgesehene Vertragsstrafe bei Verlegung ohne vorherige Durchführung des Vor-Ort-Termins könne nicht verzichtet werden, weil die Antragsgegnerin diesen für die Sicherung der Durchführung einer ordnungsgemäßen Mitnutzung brauche und diese abgesichert werden müsse, weil die Antragstellerin bereits in der Vergangenheit eigenmächtig kommunale Infrastrukturen belegt habe. Einen solchen Sicherungszweck verfolge auch die in § [REDACTED] vorgesehene Vertragsstrafe. Mit § [REDACTED] solle lediglich klargestellt werden, dass im Vertrag keine

Leitungs- und Wegerechte eingeräumt würden, die für die Durchführung der mit der Erdverlegung verbundenen Tiefbauarbeiten auf gemeindlichen Verkehrsflächen erforderlich seien. Auf die in § [REDACTED] vorgesehene Kündigungsmöglichkeit bei Verkauf der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur könne nicht verzichtet werden, weil die Stadt die Mitnutzung mangels Rechtsinhaberschaft dann nicht mehr gewähren könne. Gleiches gelte für die Aufgabe der Infrastruktur oder ihre Stilllegung. Die Kündigungsmöglichkeit nach § [REDACTED] sei ebenfalls gerechtfertigt, um zu verhindern, dass Mitnutzungsanträge auf Vorrat gestellt und andere Unternehmen dadurch behindert würden. Die Dokumentationspflicht in § [REDACTED] sei erforderlich, damit die Stadt ihren Informationspflichten nach § 77b Abs. 3 Nr. 2 TKG nachkommen könne. Die nach § [REDACTED] zu ersetzenden Erschwerniskosten könnten aus den schon zu § [REDACTED] genannten Gründen von der Antragsgegnerin verlangt werden; im Streitfall darüber könne die Bundesnetzagentur angerufen werden. Für § [REDACTED] werde die Formulierung vorgeschlagen „Er hat dabei die Vorgaben der Stadt zum Wiederherstellungszustand zu beachten.“ Der § [REDACTED] sei zusammen mit dessen Abs. 1 und 2 zu lesen. Die Bedenken der Antragsgegnerin könnten durch folgende Neuformulierung beseitigt werden: „Besteht im Fall einer Kündigung oder eines sonstigen Wegfalls des Mitnutzungsrechts nach Abs. 1 grundsätzlich keine Rückbauverpflichtung nach Abs. 2, so kann die Stadt vom Mitnutzer auch dann die Beseitigung der Telekommunikationskabel inkl. Zubehör verlangen, wenn ...“. Die Regelungen zur Ersatzvornahme in § [REDACTED] könnten nicht gestrichen werden, weil eine solche auch in anderen Fällen als beim Rückbau erforderlich werden könne. Die Stadt könne auch nicht auf die in § [REDACTED] festgelegte Möglichkeit verzichten, weil bei einem Rechtsnachfolger der Antragstellerin möglicherweise die Anspruchsvoraussetzungen für eine Mitnutzung und die erforderliche Zuverlässigkeit nicht gegeben sein könnten. Schließlich sei die Vertraulichkeitsvereinbarung in § [REDACTED] gerechtfertigt, weil der Vertrag Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalte.

22. Nach weiteren Verhandlungen zwischen den Parteien teilte die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 15. 6. 2018 mit, dass sie zu keinen weiteren Änderungen am Vertragstext vom 8. 6. 2018 bereit sei und die Antragstellerin, sofern sie nicht zur Unterzeichnung dieses Vertragsentwurfes bereit sei, bei der Bundesnetzagentur die weiteren Schritte einleiten müsse.
23. Mit Schreiben vom 16. 6. 2018 verlangte die Antragstellerin erneut den Erlass einer vorläufigen Anordnung, weil eine zeitnahe gütliche Einigung nach dem bisherigen Verhandlungsverlauf nicht zu erwarten sei. Sie erklärte weiter, sich nur noch gegen die Regelungen in § 2 Abs. 6, § 7 Abs. 2, § 10 Abs. 2, § 11 Abs. 1 S. 2, § 11 Abs. 3 und § 13 Abs. 2 des Vertragsentwurfes zu wenden und die übrigen bisher von ihr angegriffenen Punkte zur Förderung einer gütlichen Einigung zu akzeptieren.
24. Über den Antrag der Antragsgegnerin auf Zugangsgewährung zu fairen und angemessenen Bedingungen hat die Beschlusskammer am 29. 6. 2017 im Wege einer vorläufigen Anordnung gemäß § 130 TKG, die den Parteien am gleichen Tag per Fax zugegangen ist, entschieden und die Antragstellerin verpflichtet,

„1. Im Mitnutzungsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin wird die Geltung des als Anlage AS 1 beigefügten Mitnutzungsvertrages mit Stand vom 8. 6. 2018 mit Wirkung ab dem heutigen Tage vorläufig bis zur abschließenden Entscheidung des Streitschlichtungsverfahrens angeordnet mit Ausnahme folgender Regelungen:

- 1.1. § 2 Abs. 6;*
- 1.2. § 7 Abs. 2 lit. a) bis d);*
- 1.3. § 10 Abs. 2;*
- 1.4. § 11 Abs. 1 S. 2*
- 1.5. § 11 Abs. 3*
- 1.6. § 13 Abs. 2.*

2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den in § 3 (2) geregelten Vor-Ort-Termin innerhalb von 3 Wochen ab Zustellung dieser Anordnung durchzuführen.

3. Das vorläufig angeordnete Mitnutzungsverhältnis gilt bis zur endgültigen Entscheidung im Verfahren BK11-18/005 und wird dann durch das in dieser angeordnete Mitnutzungsverhältnis ersetzt.“

- 25. Im Anschluss an den Erlass der vorläufigen Anordnung hat die Antragsgegnerin umfangreiche Schwärzungen im Text aufgrund der Annahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber den Beigeladenen geltend gemacht. Die Beschlusskammer hat die Antragsgegnerin hierzu mit Schreiben vom 22. 10. 2018 angehört und den Umfang der Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen angeordnet. In der Folge hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29. 10. 2018 eine neue um die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzte Fassung der vorläufigen Anordnung vorgelegt.
- 26. Am 20. 7. 2018 fand absprachegemäß der in Tenorziffer 2 der vorläufigen Anordnung angeordnete Vor-Ort-Termin zwischen den Parteien statt. Es wurde ein zwischen den Parteien abgestimmtes Protokoll darüber angefertigt und das weitere Vorgehen zur Einbringung der Infrastruktur geklärt.
- 27. Die Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 15. 8. 2018 zur Frage der Bestimmung des Mitnutzungsentgelts Stellung und beschrieb nochmals den Stand der Verhandlungen. Die Antragsgegnerin erläuterte zunächst die Bestimmung des rechtlichen Rahmens der Mitnutzungsentgelte. Zum einen seien die zusätzlichen Kosten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastruktur ergeben, gemäß § 77n Abs. 2 TKG Ausgangspunkt der Entgeltbestimmung. Andererseits würden die Prinzipien der Fairness und der Angemessenheit das Entgelt nach unten als auch nach oben begrenzen. Anerkannte Kostenbestandteile seien jedenfalls die zusätzlich anfallenden Instandhaltungskosten, die zusätzlichen Kosten für erforderlich werdende Sicherheitsvorkehrungen sowie die zusätzlichen Kosten für spezifische Haftungsmaßnahmen im Schadensfall.

28. In Bezug auf die Errichtungskosten bzw. die „Sowieso-Kosten“ konstatierte die Antragsgegnerin zudem in ihrer Stellungnahme, dass diese grundsätzlich nicht erstattungsfähig seien. Zur Begründung führte sie an, dass sofern eine zu einem bestimmten Zweck errichtete Netzinfrastruktur (z. B. Abwasserrohr, Brückenbauwerk, Leitungsschacht) nachträglich zusätzlich der Aufnahme einer Telekommunikationsleitung diene, die originäre Nutzung nach wie vor uneingeschränkt möglich bleibe. Bei dieser klassischen „Mitnutzung“ gebe es daher zwar die Notwendigkeit, den Eigentümer oder Betreiber der Infrastruktur lediglich für die durch die Mitnutzung entstehenden Beeinträchtigungen zu kompensieren, aber keine Rechtfertigung, die „Sowieso-Kosten“ auf den Mitnutzungspetenten umzulegen.
29. Eine andere Bewertung müsse jedoch dann erfolgen, wenn die Infrastruktur keinen originären Zweck verfolge, wie z. B. bei einem auf Vorrat verlegten Leerrohr, welches noch keiner konkreten Nutzung zugeordnet sei. In diesem Falle, in dem das Telekommunikationsunternehmen den Zweck der Infrastruktur bestimme, stelle die „Mitnutzung“ faktisch eine Alleinnutzung dar. Da dem Eigentümer kein eigener Nutzen mehr verbleibe, sei es gerechtfertigt, insbesondere in den Fällen, in denen durch den Einzug von Telekommunikationslinien die Kapazität der Netzinfrastruktur vollständig ausgeschöpft sei, dass der Eigentümer die Errichtungskosten („Sowieso-Kosten“) über das Mitnutzungsentgelt auf das Telekommunikationsunternehmen umlegen könne. Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass jedenfalls der Minderwert derjenigen Anlagenbestandteile angesetzt werden könne, der sich daraus ergebe, dass an ihnen Veränderungen zur Ermöglichung der Mitnutzung vorgenommen werden mussten. Der Minderwert bemesse sich bei der geschilderten Alleinnutzung dann nach den vollständigen Errichtungskosten, da dem Eigentümer der Infrastruktur kein Restwert an der betreffenden Infrastruktur verbleibe. Auch in der entsprechenden Fachliteratur werde die Ansetzung des Minderwertes befürwortet.
30. In ihrer Stellungnahme stellte die Antragsgegnerin abschließend fest, dass unter Berücksichtigung des so ermittelten rechtlichen Rahmens ein Mitnutzungsentgelt von ■■■■■ € bis ■■■■■ € pro laufenden Metern angemessen sei. Hierzu erläuterte die Antragsgegnerin, dass bei der Verlegung des maßgeblichen Dreier-Leerrohrverbandes im Zuge der 2010 erfolgten Sanierung der damaligen Bundesstraße B 34 sie und der Straßenbaulastträger Bund vereinbart hätten, dass die Antragsgegnerin pauschal ■■■■■ € als Anteil zu den Straßenbaumaßnahmen zahlen solle. Da in den Rechnungen der Anteil der Antragsgegnerin an den Kosten der Straßensanierung und an den Kosten für die Verlegung der Leerrohre nicht aufgeschlüsselt worden sei, habe sie sich von der damals tätigen Baufirma Weber-Bau GmbH im Mai 2018 die anteiligen Kosten berechnen lassen. Die anteilig auf die Verlegung der drei Leerrohre entfallenden Kosten beliefen sich hiernach auf ■■■■■ €. Die Antragsgegnerin erläuterte weiter, dass der Leerrohrgraben extra angelegt worden sei und die Leerrohre fachgerecht verlegt, eingesandet und der Graben anschließend verfüllt worden seien. Bei einer Laufzeit von 20 Jahren entfielen dementsprechend auf ein Jahr Kosten von ■■■■■ €

für alle drei Leerrohre. Bei einer Leerrohrlänge von ca. 33 m und aufgeteilt auf ein Jahr seien dies ■■■■ € pro laufenden Meter und Jahr.

31. Die Antragsgegnerin kommt in ihrer Stellungnahme zum Ergebnis, dass die ermittelten Kosten dem von der Antragstellerin zu leistenden Mitnutzungsentgelt vollständig zugrunde zu legen seien. Sie weist nochmals darauf hin, dass bereits im Vor-Ort-Termin zur Mitnutzung am 20. 7. 2018 festgestellt worden sei, dass das ursprüngliche Vorhaben, die Leitungen der Antragstellerin in dasselbe Leerrohr einzuziehen, in dem bereits Leitungen der Telekom liegen und damit eine gleichzeitige Nutzung desselben Leerrohrs durch mehrere Nutzer zu ermöglichen, aus technischen Gründen nicht realisierbar sei. Dementsprechend wurde in dem Vor-Ort-Termin vereinbart, dass die Antragstellerin ein „eigenes“ Leerrohr nutzen könne. Aufgrund dieses Umstandes könne nunmehr kein anteiliges Entgelt mehr erhoben werden.
32. Die Antragsgegnerin weist in ihrer Stellungnahme zudem darauf hin, dass diesem Betrag ein angemessener Aufschlag hinzuzufügen sei, um die von dem Gesetzgeber anerkannten Kostenbestandteile (zusätzlich anfallende Instandhaltungs- und Anpassungskosten, zusätzliche Kosten für erforderlich werdende Sicherheitsvorkehrungen, zusätzliche Kosten für spezifische Haftungs Vorkehrungen im Schadensfall) und den Anreizaufschlag abzubilden.
33. Mit Schreiben vom 3. 9. 2018 teilte die Bundesnetzagentur den Verfahrensbeteiligten mit, dass die Verfahrensfrist um zwei Monate bis längstens zum 5. 11. 2018 verlängert wurde.
34. Mit Schreiben vom 12. 10. bzw. 15. 10. 2018 wurde die Antragsgegnerin gebeten, der Beschlusskammer sowohl ihre Stundenverrechnungssätze für Beschäftigte im mittleren und gehobenen Dienst als auch ihre bislang angefallenen Zusatzkosten mitzuteilen.
35. Die Antragsgegnerin legte mit Schreiben vom 18. 10. 2018 eine Aufstellung der ihr bislang im Zusammenhang mit der begehrten Mitnutzung entstandenen Kosten vor. Außer für die Vorbereitung und Durchführung des Vor-Ort-Termins am 20. 7. 2018 seien ihr bislang keine weiteren Kosten entstanden. Im Übrigen wurde in diesem Zusammenhang auch mitgeteilt, dass die Antragstellerin ihre Infrastruktur bereits eingebracht habe.
36. Mit gleichem Schreiben legte die Antragsgegnerin zudem personalisierte Stundenverrechnungssätze vor, deren Herleitung nicht lückenlos dargelegt war. Daraufhin wurde sie am 22. 10. 2018 telefonisch aufgefordert, diese nach Laufbahngruppen aggregiert und mit vollständiger Herleitung vorzulegen. Sie kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 29. 10. 2018 und einer Ergänzung mit Mail vom 30. 10. 2018 insoweit nach, als sie die Berechnungslogik und die fehlenden Daten gegenüber der Beschlusskammer offenlegte.
37. Zuletzt nahm die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. 10. 2018 zum Verfahren Stellung. Dabei bezog sie sich auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 15. 8. 2018 und führte dazu aus, dass es im Hinblick auf die gemäß § 77n Abs. 2 TKG

zu berücksichtigen zusätzlichen Kosten nicht fair und angemessen sein könne, wenn die Antragsgegnerin z. B. den Aufwand, der durch die Abwehr der Mitnutzung entstanden sei, als zusätzliche Kosten beanspruche. Für die Mitnutzung der Antragstellerin könne nur ein geringer personeller Aufwand geltend gemacht werden und sie bezweifle, dass für die Mitnutzung tatsächlich Arbeitsleistungen von Führungskräften erforderlich seien. Auswirkungen auf einen Geschäftsplan sowie eine Berücksichtigung von Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit von Investitionen der Antragsgegnerin seien nicht geltend zu machen, da die Antragsgegnerin kein Telekommunikationsunternehmen sei. Eine Verzinsung auf die getätigten Investitionen, wie sie auch dem marktbeherrschenden Unternehmen im Regulierungsrecht regelmäßig zugestanden werde, sei auch in diesem Fall als Aufschlag fair und angemessen. Mit gleichem Schreiben teilte die Antragstellerin mit, dass eine Abnahme vor Ort durch einen Mitarbeiter der Antragsgegnerin am 25. 10. 2018 stattgefunden habe.

38. Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
39. Am 29. 10. 2018 ist dem Bundeskartellamt auf elektronischem Wege Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 31. 10. 2018 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass von einer Stellungnahme abgesehen werde.
40. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten sowie die Ausführungen in den Gründen dieser Entscheidung verwiesen.

2 Gründe

41. Der Antrag der Antragstellerin ist in dem tenorierten Umfang zulässig und begründet. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

2.1 Rechtsgrundlage

42. Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1, 2 TKG i. V. m. § 77d TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.2.1 Zuständigkeit

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

2.2.2 Verfahren

45. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
46. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 17. 5. 2018 gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.
47. Insoweit die Antragsgegnerin hier im Schriftsatz vom 11. 5. 2018 die Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze aufgrund kurzer Frist- und Terminsetzungen seitens der Beschlusskammer sowie einer unangekündigten telefonischen Kontaktaufnahme der Beschlusskammer gegenüber einer Rathausmitarbeiterin der Antragsgegnerin am 25. 4. 2018 rügt, so greift dieser Vorwurf nicht durch. Durch keine der genannten Aktivitäten wurde das auf Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) fußende Rechtsstaatsprinzip verletzt.
48. Der Antragseingang in diesem Verfahren erfolgte am Freitag, den 4. 5. 2018. Die Beschlusskammer hat den Antrag noch am gleichen Tag an die Antragsgegnerin wei-

tergeleitet, um ihr gem. § 135 Abs. 1 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Weiterleitung erfolgte vorab per E-Mail und gleichzeitig postalisch mit Postzustellungsurkunde.

49. § 135 Abs. 1 TKG schreibt keine bestimmte Form der Übermittlung vor; es genügt also die Übermittlung per E-Mail, da dies die Antragsgegnerin in die Lage versetzt, von der Antragschrift Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Es wurde die E-Mail-Adresse [REDACTED] von Frau [REDACTED] verwendet, der im vorangegangenen Streitbeilegungsverfahren (BK 11-17/014) zuständigen Sachbearbeiterin der Antragsgegnerin. Es war nicht ersichtlich, dass Frau [REDACTED] erst am 8. 5. 2018 von der E-Mail Kenntnis nehmen würde, die Beschlusskammer erhielt jedenfalls keine entsprechende Abwesenheitsmeldung von der E-Mail-Adresse (wie man das im Falle einer städtischen Behörde erwarten könnte). Maßgeblich ist also der Zeitpunkt des Zugangs der E-Mail, d. h. der 4. 5. 2018. Ab diesem Zeitpunkt bestand die Möglichkeit der Kenntnisnahme von dem eingegangenen Antrag.
50. Es bestand auch keine Veranlassung, das Eröffnungsschreiben vom 4. 5. 2018 an einen rechtlichen Vertreter der Antragsgegnerin zu schicken. Es konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Verfahrensbevollmächtigten des ersten Verfahrens die Antragsgegnerin auch im jetzt anhängigen Verfahren vertreten würden. Die Anzeige an die Beschlusskammer, dass die Antragsgegnerin auch in diesem Verfahren rechtsanwaltlich vertreten wird, erfolgte erst mit Schriftsatz vom 11. 5. 2018. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand keine rechtliche Grundlage dafür, die Verfahrensunterlagen an jemand anderen als die Antragsgegnerin selbst zu versenden.
51. Die im Streitfall gesetzten Fristen waren in erster Linie dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber des TKG vorgegeben hat, das Streitbeilegungsverfahren vor der Beschlusskammer zügig durchzuführen, wie auch die Antragsgegnerin nicht verkennet (siehe Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11. 5. 2018, S. 2). Im Streitfall kam jedoch hinzu, dass die Antragsgegnerin aufgrund des vorangegangenen Streitbeilegungsverfahrens (BK11-17/014) mit der Thematik bestens vertraut war, so dass eine Frist von wenigen Tagen für die Kenntlichmachung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen (§ 136 TKG) und von einer Woche für die inhaltliche Stellungnahme völlig ausreichend und angemessen erschienen. Tatsächlich ist es der Antragsgegnerin auch gelungen, innerhalb der gesetzten Frist bis 11. 5. 2018 eine Stellungnahme einzureichen. Das Gleiche gilt für die Anberaumung der mündlichen Verhandlung am 17. 5. 2018. Rechtliches Gehör wurde daher ordnungsgemäß gewährt.
52. Insgesamt weist dieses Verfahren die Besonderheiten des bereits bestandskräftigen Beschlusses BK11-17/014 sowie der Inkraftsetzung einer einstweiligen Anordnung vom 29. 6. 2018 auf. Diese war angezeigt, um eine schnelle Durchsetzung des bereits bestandskräftig festgestellten Zugangsanspruchs zu erreichen. In dem hier noch anhängig gemachten Verfahren geht es nunmehr primär um die Festsetzung eines Entgelts, bei dem die Parteien zu keiner Einigung kamen. Die Beschlusskammer hat diesbezüglich – ausgehend von den im Markt verlangten Entgelten in vergleichbaren Fällen

und dem im TKG vorgesehenen Entgeltmaßstab – bereits zu Beginn des Verfahrens ihre vorläufige rechtliche Auffassung deutlich gemacht, dass das von der Antragsgegnerin im Vorfeld geforderte Entgelt stark überhöht sein dürfte. Damit wollte die Beschlusskammer den Parteien noch eine Leitlinie für eine weitere Verhandlung geben. Dies hatte die Beschlusskammer auch in einem Telefonat mit der bereits im ersten Verfahren eingebundenen Sachbearbeiterin vor der Eröffnung eines neuen Streitbeilegungsverfahrens zum Ausdruck gebracht. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass Telefonate mit den Verfahrensbeteiligten zur Verfahrensbeschleunigung und Erhöhung der Verfahrenstransparenz zweckmäßig sein können und durchaus üblich sind.

53. Diese Vorgehensweise entspricht im Übrigen ebenfalls völlig der Gesetzeslage und dient eher der Funktion von Streitschlichtung und der Möglichkeit des Auslotens von Verhandlungslösungen zwischen den Parteien. Eine Verletzung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 20 Abs. 3 GG ist darin nicht zu erkennen.
54. 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 Antragstellerin bzw. die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Insoweit die Antragsgegnerin für Passagen in der vorläufigen Anordnung vom 29.6.2018 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angenommen hatte, wurde sie im Rahmen des Verfahrens noch einmal von Seiten der Beschlusskammer angehört. Die Antragstellerin hat daraufhin hinsichtlich einiger Passagen ihre Einschätzung zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen revidiert. Im Ergebnis hat die Beschlusskammer den nunmehr noch geltend gemachten Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden.
55. 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.
56. 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, § 123, Rz. 14 f.

57. 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 vorläufigen Anordnung sowie die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Die Stellungnahme des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.

2.2.3 Frist

58. Gemäß dem Grundsatz in § 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 4. 5. 2018 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist am Montag, dem 4. 9. 2018 geendet hätte. Die Beschlusskammer hat nach Anordnung der Geltung des Mitnutzungsvertrags ohne die noch streitigen Klauseln am 3. 9. 2018 hinsichtlich der Festsetzung der noch ausstehenden Vertragsbedingungen sowie der Mitnutzungsentgelte von der in § 77n Abs. 7 TKG vorgesehenen Möglichkeit einer Verlängerung der Entscheidungsfrist Gebrauch gemacht. Die Entscheidungsfrist endet somit spätestens am 5. 11. 2018. Insofern ergeht die Entscheidung über das Mitnutzungsentgelte fristgerecht.

2.3 Materielle Voraussetzungen

59. Der Antrag der Antragstellerin ist darauf gerichtet, dass die bestandskräftig festgestellte Zugangsgewährung zu einem von drei vorhandenen gemeindeeigenen Leerrohren der Antragsgegnerin zwischen zwei bestimmten Punkten „im Bereich der Kreuzung Landstraße und Feuerwehrgerätehaus“ unter fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen erfolgt.
60. Der Antrag ist zulässig und teilweise begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 77n TKG i. V. m. 77d Abs. 2 TKG liegen vor. Der Vertrag über die Mitnutzung des streitgegenständlichen Leerrohrs wird mit den aus dem Tenor ersichtlichen Modifikationen angeordnet.

2.3.1 Zulässigkeit des Antrags gemäß § 77d Abs. 1, 2 TKG auf Zugangsgewährung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen

61. Der Antrag ist zulässig. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1, 2 TKG liegen vor.
62. Die Antragstellerin hat die Zugangsgewährung zu von passiven Netzinfrastrukturen des öffentlichen Versorgungsnetzes der Antragsgegnerin zu fairen und angemessenen Bedingungen beantragt. Am 6. 3. 2018 hat die Bundesnetzagentur durch den Beschluss BK11-17/014 das „Ob“ des Zugangsanspruchs zugunsten der Antragstellerin positiv beschieden. Die Entscheidung ersetzt damit den gemäß § 77d Abs. 2 TKG von der Antragstellerin zu stellenden Antrag auf Mitnutzung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen gegenüber der Antragsgegnerin.
63. Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG. Sie ist in Bezug auf den Mitnutzungsanspruch zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen hinsichtlich des zur Mitnutzung begehrten Leerrohres passivlegitimiert.

64. Dem Antrag auf Zugangsgewährung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen steht nicht bereits entgegen, dass über das Vertragsangebot der Antragsgegnerin keine ausreichenden Verhandlungen stattgefunden hätten. Diese sind jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung erfolgt und haben zu keinem Vertragsschluss über die Mitnutzung geführt, weil die Parteien über die von der vorläufigen Anordnung ausgenommenen Klauseln keine Einigung erzielen konnten. Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens nach § 77n TKG ist gemäß dessen Abs. 1 S. 1 lediglich, dass eine Einigung über den Zugang nicht zustande kommt. Anders als in § 25 Abs. 3 Nr. 3 TKG ist es nicht erforderlich, dass mit der Einreichung des Antrages Nachweise für die Führung ernsthafter Vertragsverhandlungen vorgelegt werden. Für die Anforderungen, die an das Vorliegen einer Nichteinigung zu stellen sind, ist für § 77n TKG zu berücksichtigen, dass dieses Verfahren anders als das Verfahren der Zugangsanordnung nach § 25 TKG nicht immer mit der Anordnung der Mitnutzung und ihrer Bedingungen abschließt, sondern mit der Verpflichtung zur Vorlage eines Mitnutzungsvertrages beendet werden kann. Kommt es nach dieser erzwungenen Vorlage eines Mitnutzungsvertrages wieder zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien über die Bedingungen, über deren Ausgestaltung ja erneut der Zugang zur betroffenen Infrastruktur vereitelt werden könnte, würde es dem Beschleunigungsgedanken des DigiNetz-Gesetzes widersprechen, erneut langwierige Verhandlungen zu verlangen, wenn die Nichteinigung bereits absehbar ist.
65. Die Antragsgegnerin hat zudem Ihr Angebot entgegen der Ansicht der Antragstellerin fristgerecht innerhalb der Frist des § 77d Abs. 2 S. 1 TKG abgegeben. Gemäß § 77d Abs. 2 S. 1 TKG müssen Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Antragstellern nach § 77d Abs. 1 TKG innerhalb von zwei Monaten nach Antragseingang ein Angebot über die Mitnutzung ihrer passiven Netzinfrastrukturen für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze unterbreiten. Da die Entscheidung BK11-17/014 der Antragsgegnerin gemäß der der Beschlusskammer vorliegenden Postzustellungsurkunde am 8. 3. 2018 zugestellt wurde, ging das der Antragstellerin am 5. 4. 2018 zugegangene Angebot ihr auch fristgerecht zu.

2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1, 2 TKG (Zugangsanspruch)

66. Die Antragsgegnerin ist zur Gewährung der Mitnutzung verpflichtet. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1, 2 TKG liegen vor. Die Entscheidung der Beschlusskammer über das „Ob“ der Mitnutzungsgewährung ist bestandskräftig (BK11-17/014 vom 6. 3. 2018).

2.3.3 Würdigung des vorliegenden Angebots gemäß § 77d Abs. 2 TKG

67. Die Antragsgegnerin legte entsprechend dem Tenor des Beschlusses BK11-17/014 am 5. 4. 2018 ein erstes Angebot zum Abschluss von Mitnutzungsbedingungen vor. Nachdem die Antragstellerin das vorliegende Streitbeilegungsverfahren beantragt hatte,

verhandelten die Parteien über dieses Angebot. Eine umfassende Einigung konnte nicht erzielt werden. Die letzte Fassung des Vertragsangebotes – die auch Grundlage der in Tenorziffer 1 getroffenen Anordnung ist – datiert auf den 8. 6. 2018.

68. Das vorgelegte Angebot der Antragsgegnerin entspricht insoweit einem ordnungsgemäßen Angebot, als es die wesentlichen Bestandteile eines zu schließenden Vertrags enthält. Die wesentlichen Regelungen, wie z. B. Kündigungsmöglichkeiten, Laufzeiten, Haftungsregelungen und Preisgestaltung, sind in dem Angebot enthalten. Zwischen den Parteien war auch klar, dass es sich um ein Angebot für eine bestimmte Streckenführung handelt.
69. Das Vertragsangebot (Stand: 8. 6. 2018) wurde von der Antragstellerin nicht in Gänze angenommen. Hinsichtlich der unstreitigen Mitnutzungsbedingungen hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Autonomie der streitenden Parteien Vorrang. Die Beschlusskammer lässt sich zu den unstreitigen Teilen des Vertragsangebots nicht ein, sondern ordnet den Vertrag auch insoweit an (siehe dazu unter Ziffer 2.3.6).
70. Streitig – und damit auch bislang mit Ausnahme von § [REDACTED] nicht angeordnet – waren neben den festzusetzenden Entgelten aus § 2 Abs. 1 des Vertrags
 - die einseitige Anpassungsmöglichkeit des Mitnutzungsentgelts der Antragsgegnerin bei Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse, § [REDACTED] des Vertrags;
 - die Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund, § [REDACTED] des Vertrags;
 - die Erstattung von Erschwerniskosten durch den Mitnutzer, § [REDACTED] des Vertrags;
 - einzelne Modalitäten der Rückbauverpflichtung, § [REDACTED] des Vertrags;
 - der Wechsel der Vertragspartei auf Seiten der Antragsgegnerin, § [REDACTED] des Vertrags.
71. Kommt zwischen den Parteien keine Einigung über bestimmte Vertragsbedingungen zustande, entscheidet die Bundesnetzagentur gemäß § 77n Abs. 1 S. 2 TKG verbindlich über die Rechte und Pflichten des Mitnutzungsverhältnisses. Sofern die angebotenen Mitnutzungsbedingungen den Vorgaben des § 77d Abs. 2 TKG nicht genügen, sind sie von der Beschlusskammer durch diesen Vorgaben genügende Regelungen zu ersetzen.
72. Die Beschlusskammer hat die bereits im Vertragsentwurf enthaltenen streitigen Regelungen anhand der gesetzlichen Kriterien geprüft. In Bezug auf die Regelung über nachträglich entstehende Zusatzkosten (§ [REDACTED] des Vertrags), derjenigen zur Kündigung wegen baulichen Veränderungen (§ [REDACTED] des Vertrages), Kündigung wegen Verkauf, Stilllegung oder Rückbau der Infrastruktur (§ [REDACTED] des Vertrages), derjenigen zu nachträglichen Erschwerniskosten (§ [REDACTED] des Ver-

trages) und den Regelungen zur Rückbauverpflichtung (§ [REDACTED] des Vertrags) wurden die angebotenen Bedingungen nicht als hinreichend fair und angemessen angesehen. Daher oblag es der Beschlusskammer, insoweit andere Regelungen festzulegen. Zudem wurde, entsprechend § 2 Abs. 1 S. 1 des Vertrages (wonach die Höhe des Entgeltes im Falle der Nichteinigung zwischen den Parteien von der Bundesnetzagentur festgesetzt wird) ein angemessenes Mitnutzungsentgelt nach § 77n Abs. 2 TKG in Form von Kostentragungsregelungen, Regelungen zu den Aufwendungen der Antragsgegnerin und einem angemessenen Aufschlag tenoriert.

2.3.4 Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 77n Abs. 2 TKG (Tenorziffer 1 lit. a))

73. Die tenorierten Kostentragungsregeln und der angemessene Aufschlag waren nach § 77n Abs. 2 TKG anzuordnen, weil sie faire und angemessene Entgelte sicherstellen.

2.3.4.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab

74. Der Entgeltmaßstab bestimmt sich im vorliegenden Fall nach § 77 Abs. 2 TKG. Bei dem streitgegenständlichen Leerrohr handelt es sich um einen Teil eines öffentlichen Versorgungsnetzes i. S. d. § 3 Nr. 16b TKG, das aber nicht ganz oder überwiegend der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient und insofern kein öffentliches Telekommunikationsnetz darstellt. Es wurde auch ursprünglich nicht für die Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten errichtet, so dass zur Festlegung des Mitnutzungsentgelts der Maßstab des § 77n Abs. 2 TKG und nicht der des § 77n Abs. 3 TKG anzuwenden ist. Das streitgegenständliche Leerrohr wurde von der Antragsgegnerin ursprünglich im Zusammenhang mit einer ohnehin erforderlichen Sanierung einer Bachverdolung für städtische Zwecke verlegt (der Erweiterung der städtischen Straßenbeleuchtung und dem anvisierten Aufbau eines Behördennetzes).

Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen im Beschluss BK11-17/014, Rz. 13-15 sowie 21.

75. Die später hinzugekommene Mitnutzung freier Kapazitäten durch die Telekom Deutschland GmbH stellt eine weitere, nicht aber der ursprünglichen Investitionsentscheidung zugrundeliegende Nutzung dar, über die der Antragsgegnerin vorher nicht eingeplante Erlöse zufließen können. Durch die Aufnahme einer weiteren Telekommunikationsinfrastruktur wird die der Investitionsentscheidung zugrundeliegende Planung folglich nicht negativ beeinflusst. Sofern die Antragsgegnerin hier vorträgt, dass die Festlegung des Mitnutzungsentgelts im Falle eines „auf Vorrat“ mitverlegten Leerrohres ohne klare Zweckzuweisung, noch anderen Überlegungen zur Festlegung eines Entgeltsmaßstabs unter Berücksichtigung der Investitionskosten zugänglich gemacht werden soll, so ist dies insoweit abzulehnen, als der Gesetzgeber hier nur danach entscheidet, ob ein öffentliches Telekommunikationsnetz vorliegt oder nicht.
76. Legt die Bundesnetzagentur im Rahmen der Streitbeilegung Entgelte fest, so haben sie fair und angemessen zu sein. Hierzu konkretisieren § 77n Abs. 2 und 3 TKG die von

Art. 3 Abs. 5 der Kostensenkungsrichtlinie für den Streitfall vorgegebene Festsetzung der Mitnutzungsentgelte durch die Streitbeilegungsstelle und formen den Grundsatz der fairen und angemessenen Bedingungen speziell für die Entgeltfestsetzung aus.

„Die Regelungen des § 77n Absatz 2 und 3 sind eng an den Wortlaut der Vorgaben des Artikels 3 Absatz 5 Satz 4 der Kostensenkungsrichtlinie angelehnt. Hierdurch kommt der Streitbeilegungsstelle hinsichtlich der Konkretisierung „fairer und angemessener“ Entgelte ein weiter Ermessensspielraum zu.“
BT-Drs. 18/8332, S. 56.

77. Gemäß § 77n Abs. 2 TKG müssen die durch die Ermöglichung der Mitnutzung dem Infrastrukturinhaber zusätzlich entstandenen und gegebenenfalls noch entstehenden Kosten durch das Entgelt gedeckt werden sowie über einen angemessenen Aufschlag ein Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen gesetzt werden. Bei der Mitnutzung von Telekommunikationsnetzen ist nach § 77n Abs. 3 TKG über die Deckung der zusätzlichen Kosten nach Absatz 2 hinaus sicherzustellen, dass der Infrastrukturinhaber seine Kosten inklusive der Basisinvestition decken kann.
78. Die beiden Absätze stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Ziel des DigiNetz-Gesetzes ist der möglichst schnelle Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen, der durch möglichst geringe Ausbaukosten beschleunigt werden soll. Dies spiegelt Absatz 2 wider, wonach ein durch die Bundesnetzagentur festzulegendes faires und angemessenes Mitnutzungsentgelt für öffentliche Versorgungsnetze, die keine öffentlichen Telekommunikationsnetze sind, nur die zusätzlichen Kosten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen ergeben, decken soll. Auf diese Kosten ist zudem noch ein angemessener Aufschlag als Anreiz für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze zur Gewährung der Mitnutzung zu gewähren.

Siehe BT-Drs. 18/8332, S. 55.

79. Dieser Maßstab enthält keine Kosten der Basisinvestition, weil deren Kosten bereits der Geschäftstätigkeit zugeordnet sind, für die die mitgenutzte Infrastruktur ursprünglich errichtet wurde und aus deren Erträgen oder zugeordneten Mitteln gedeckt werden. Weiter besteht kein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Infrastrukturinhaber und dem Mitnutzungspetent.

2.3.4.2 Zusätzliche Kosten nach § 77n Abs. 2 S. 2 TKG, § 2 Abs. 1 lit. a) - c) des Mitnutzungsvertrags

80. Die Kosten, die der Antragsgegnerin durch die Mitnutzung ihrer passiven Infrastruktur entstehen, sind von der Antragstellerin zu tragen. Personal- und Sachmittel sind nach Aufwand zu vergüten und durch die Antragsgegnerin nachzuweisen. Die bereits jetzt angefallenen zusätzlichen Kosten in Höhe von 329,33 € sind durch die Antragstellerin zu erstatten.

2.3.4.2.1 Kostentragungspflicht der Antragstellerin

81. Dem Eigentümer der aufnehmenden passiven Infrastruktur dürfen durch die Gewährung der Mitnutzung keine zusätzlichen Kosten entstehen. Folglich sind Kosten, die durch die Mitnutzung entstehen, nach dem Verursacherprinzip vom Mitnutzungspetenten zu tragen,

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

82. Als zusätzliche Kosten im Sinne der Norm sind bei der Entgeltfestsetzung demnach Mehrkosten, die dem Infrastrukturanbieter allein durch die Ermöglichung der Mitnutzung entstehen, zu berücksichtigen. Das können u. a. Kosten für zusätzlich erforderlich werdende Instandhaltungs- und Anpassungsarbeiten, vorbeugende Sicherheitsvorkehrungen zur Begrenzung negativer Auswirkungen auf die Netzsicherheit sowie spezifische Haftungs Vorkehrungen für den Schadensfall sein, die ohne die Mitnutzung nicht notwendig wären,

vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 55 f.

83. Als zusätzliche Kosten der Mitnutzung können insbesondere die Kosten der Auskundung (einschließlich der Durchgängigkeitsprüfungen), des Materials (Kabel, Kabelschutzrohr, Muffen etc.), des Einbringens und der Entfernung des Kabels nach Nutzungsende, zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen sowie der Dokumentation in den Bestandsführungssystemen der Antragsgegnerin anfallen. Sofern während der Nutzungsdauer Kosten durch die Mitnutzung – z. B. wegen zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen – verursacht werden, sind diese ebenfalls von der Antragstellerin zu tragen. Demnach sind die zusätzlichen Kosten im Einzelfall zu ermitteln.
84. Die in Rz. 83 genannten Kosten fallen für gewöhnlich nicht regelmäßig an und sind daher direkt von der Antragstellerin zu begleichen. Eine Verteilung der zu Beginn und zum Ende der Mitnutzung entstehenden Zusatzkosten auf einen im Vorhinein nicht exakt bestimmbar Zeitraum führt demgegenüber in der Regel zu einer ungenaueren Kostenallokation. Vielmehr ist eine direkte Abrechnung und Zahlung in unmittelbarer Folge zu ihrem Entstehen für beide Seiten möglich und damit sachgerechter.

2.3.4.2.2 Vergütung der Aufwendungen der Antragsgegnerin

85. Nicht alle Leistungen – z. B. die Überwachung des Einbaus durch die Eigentümerin oder die Dokumentation der verlegten Leitungen in ihren Bestandsführungssystemen – können durch die Antragstellerin erbracht werden. Gleichwohl sind diese im Zusammenhang mit der Gewährung der Mitnutzung der Antragsgegnerin entstehenden Kosten als zusätzliche Kosten gemäß § 77n Abs. 2 S. 2 TKG zu vergüten. Dabei handelt es sich um Personal- und Sachaufwendungen der Antragsgegnerin sowie von ihr beauftragte Leistungen Dritter. Die Antragsgegnerin hat den Aufwand auf das notwendige Maß zu beschränken und deshalb ihre Aufwendungen in geeigneter Form nachzuweisen (z. B. über Lieferscheine, Rechnungen oder von Antragstellerin gegengezeichnete Arbeitsnachweise).

86. Soweit im Zusammenhang mit der Mitverlegung Personal der Antragsgegnerin eingesetzt wird, hat dies die Antragstellerin zu vergüten. Die Antragsgegnerin legte der Beschlusskammer mit Schreiben vom 29. 10. 2018 und einer Ergänzung mit E-Mail vom 30. 10. 2018 für Verwaltungsmitarbeiter personalisierte Stundenverrechnungssätze sowie für Bauhofmitarbeiter einen pauschalen Stundenverrechnungssatz nebst Herleitung vor.
87. Die Stundenverrechnungssätze ermittelt die Antragsgegnerin jährlich nach tatsächlich geleisteten Aufwendungen, die aus dem letzten Jahresabschluss entnommen werden. Die Anzahl der Produktivstunden, durch die die Aufwendungen dividiert werden, um die Stundenverrechnungssätze zu bilden, wird ebenfalls aus den Ist-Zahlen desselben Jahres abgeleitet.
88. Die Beschlusskammer hat geprüft, inwiefern diese Stundenverrechnungssätze gegenüber der Antragstellerin angemessen sind. Die von der Antragsgegnerin vorgelegte Herleitung der Stundenverrechnungssätze konnte durch die Beschlusskammer nachvollzogen werden. Die in diesem Zusammenhang durchgeführte Nachkalkulation der Stundenverrechnungssätze zeigte, dass sie auch der Höhe nach gerechtfertigt und angemessen sind.
89. Allerdings lassen sich personalisierte Stundenverrechnungssätze nicht ggü. der Antragstellerin anordnen, ohne das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Antragsgegnerin zu verletzen. Zudem müssten bei personellen Veränderungen Stundenverrechnungssätze für neu hinzugekommene Bedienstete durch die Beschlusskammer neu festgelegt werden. Diese Festlegung ist auch für möglicherweise zukünftig noch entstehende Zusatzkosten erforderlich. Daher hat die Beschlusskammer die Stundenverrechnungssätze nach Laufbahngruppen aggregiert. Dies war möglich, weil die dafür erforderlichen Laufbahnzuordnungen sowie die Kosten und produktiven Jahresstunden aus der Herleitung übernommen werden konnten. Aus den aggregierten Werten wurden die Stundenverrechnungssätze im Weiteren analog zur Herleitung der Antragsgegnerin berechnet. Für Bauhofmitarbeiter war keine weitere Aggregation erforderlich. Im Ergebnis werden daher folgende Stundensätze festgelegt:

Mitarbeiter im mittleren Verwaltungsdienst	■ €/Std.
Mitarbeiter im gehobenen Verwaltungsdienst	■ €/Std.
Bauhofmitarbeiter	■ €/Std.

90. Durch zukünftige Tarifabschlüsse bzw. Veränderung in der Beamtenbesoldung können sich die Personalkosten für die Antragsgegnerin verändern, daher ist eine Anpassung der Stundenverrechnungssätze an Veränderungen des für die Antragsgegnerin maßgeblichen Tarifvertrags bzw. Besoldungsordnung geboten.
91. Die in dem vorliegenden Streitbeilegungsfall von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18. 10. 2018 im Zusammenhang mit der begehrten Mitnutzung ausgewiesenen Kosten für die Vorbereitung und Durchführung des Vor-Ort-Termins am 20. 7. 2018

sind nach Ansicht der Beschlusskammer angemessen. An diesem Termin waren ■■■ Mitarbeiter des gehobenen Dienstes, ■■■ des mittleren Dienstes und ■■■ des Bauhofs der Antragsgegnerin beteiligt; die Vorbereitung dauerte eine Stunde, der Vor-Ort-Termin selbst 40 Minuten. Die Abnahme am 25. 10. 2018 durch ■■■ Mitarbeiter des mittleren Dienstes dauerte 30 Minuten. Mit den Stundenverrechnungssätzen der Antragsgegnerin bewertet, ergeben sich folgende zusätzliche Kosten:

Mitarbeiter	Anzahl	Stunden	Stundenverrechnungssatz	Kosten
(1)	(2)	(3)	(4)	(5) = (2) * (3) * (4)
Gehobener Dienst	■	■ Std.	■ €/Std.	■ €
Mittlerer Dienst	■	■ Std.	■ €/Std.	■ €
Bauhof	■	■ Std.	■ €/Std.	■ €
Gesamtbetrag				329,33 €

92. Diese Kosten sind als zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit der Ermöglichung der Mitnutzung i. S. d. § 77n Abs. 2 S. 2 TKG durch die Antragstellerin zu vergüten. Sie müssen innerhalb von 30 Tagen nach Inkrafttreten dieses Beschlusses auf dem von der Antragsgegnerin angegebenen Konto gutgeschrieben sein.

2.3.4.3 Angemessener Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG, § 2 Abs. 1 lit. d) des Mitnutzungsvertrags

93. Auf die für die Ermittlung der Mitnutzungsentgelte gemäß § 77n Abs. 2 S. 2 TKG grundlegenden zusätzlichen Kosten gewährt die Bundesnetzagentur gemäß Satz 3 der Vorschrift einen angemessenen Aufschlag. Durch ihn soll ein Anreiz für die Infrastrukturbetreiber geschaffen werden, Mitnutzungen zu gewähren,

vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 56.

94. Allerdings lässt sich weder aus dem Wortlaut des § 77n Abs. 2 TKG noch aus der Gesetzesbegründung eine Vorgehensweise zur Festlegung des Aufschlags ableiten, die dem Gesetzeszweck gerecht wird (dazu Abschnitte 2.3.4.3.1 bis 2.3.4.3.4). Daher nutzt die Beschlusskammer ihren vom Gesetzgeber eingeräumten Entscheidungsspielraum, um mithilfe einer umfassenden Abwägung den angemessenen Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG festzulegen (dazu Abschnitt 2.3.4.3.5).

2.3.4.3.1 Ausgangspunkt zur Bestimmung des angemessenen Aufschlags

95. Die Rechtsgrundlage für den angemessenen Aufschlag auf die zusätzlichen Kosten der Mitnutzung ist § 77n Abs. 2 S. 3 TKG, in dem es heißt:

„Auf diese Kosten gewährt die Bundesnetzagentur einen angemessenen Aufschlag als Anreiz für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze zur Gewährung der Mitnutzung.“

96. Wie der Aufschlag zu bemessen ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von Absatz 2. In der Begründung ist zum § 77n Abs. 2 TKG weiter ausgeführt, dass das Mitnutzungsentgelt sich aus den Mehrkosten, die sich durch die Mitnutzung für den Infrastrukturanbieter ergeben und einer angemessenen Verzinsung zusammensetzt,
vgl. BT. Drs. 18/8332, S. 55.
97. Danach scheint der Gesetzgeber bei diesem Aufschlag einen Zins zu meinen. Dies könnte man zumindest auch aus der Formulierung des Abs. 3 herauslesen, der in der Bezugnahme auf Abs. 2 explizit von Verzinsung spricht. Diese Sichtweise erlaubt jedoch nicht, den gesetzgeberischen Zweck des Aufschlags, einen Anreiz zur Mitnutzung zu geben, umzusetzen.
98. Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass die zusätzlichen Kosten der Mitnutzung vom Petenten zu übernehmen sind. Dies kann die Erstattung von Kosten des Infrastrukturihabers einschließen. Jedoch fallen beim Infrastrukturihaber in der Regel durch die Mitnutzung keine Investitionen an, die Kapital über einen längeren Zeitraum (d. h. die Nutzungsdauer) binden und daher entsprechend zu verzinsen wären. Und selbst wenn diese anfielen, würde eine Verzinsung nur die Kosten des Kapitaleinsatzes der Zusatzkosten abgelten, und könnte somit keinen Anreiz für die Gewährung der Mitnutzung entfalten.
„Prinzipiell ist die Verzinsung des zu Zwecken der Mitnutzung vom Versorgungsnetzeigentümer bzw. -betreiber eingesetzten Kapitals nur dann relevant, wenn die einmalig auftretenden Zusatzkosten Investitionen enthalten, die Kapital über mehrere Jahre binden. [...] Dies dürfte in vielen Fällen nicht relevant sein. Der angemessene Aufschlag, der über eine (Zusatz-)kostenkompensation hinaus einen Anreiz zur Mitnutzungsgewährung setzen soll, kann also gerade nicht der Verzinsung entsprechen. Eine solche Gleichsetzung von Aufschlag und Verzinsung widerspricht nicht zuletzt der Definition des Zinsbegriffs.“
Bundesnetzagentur, Konsultationsdokument Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG (im Folgenden: Konsultationsdokument), S. 7 ff.; veröffentlicht unter:
www.bundesnetzagentur.de/Konsultation_Entgeltmassstaebe_DigiNetzG.
99. Der Aufschlag kann deshalb nur als eine Entgeltkomponente ausgestaltet werden, die neben den Zusatzkosten zu entrichten ist. Ansonsten liefe das Ziel des Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG, die anreizökonomischen Grundlagen für eine Gewährung von Mitnutzung zu schaffen, ins Leere. Um mit einem angemessenen Aufschlag dennoch einen Anreiz für Infrastrukturbetreiber zu schaffen, möglichst über Verhandlungslösungen viele Mitnutzungen zu gewähren, muss der angemessene Aufschlag auf anderem Wege festgelegt werden.
100. Vor dem Hintergrund, dass das Gesetz keine hinreichend konkreten Methoden zur Herleitung und Ausgestaltung des angemessenen Aufschlags vorsieht, kommt hinsichtlich der Konkretisierung eines angemessenen Aufschlags der Beschlusskammer ein weiterer Spielraum zu.

2.3.4.3.2 Zielsetzung des angemessenen Aufschlags

101. Für die Festlegung des angemessenen Aufschlags ist dabei in erster Linie die Zielsetzung des DigiNetz-Gesetzes maßgeblich. Das DigiNetz-Gesetz soll den Breitbandausbau beschleunigen, indem hochleistungsfähige Telekommunikationsnetze möglichst kostengünstig errichtet werden können. Bei einem Netzausbau sind Tiefbaukosten der wesentliche Kostenfaktor. Dem Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 2 TKG liegt seitens des Gesetzgebers der Gedanke zugrunde, dass die Investitionskosten für Infrastrukturen, die ursprünglich für andere Zwecke als zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten geschaffen wurden, sich aber zur Aufnahme von Komponenten für digitale Telekommunikationsnetze eignen, bereits durch den ursprünglichen Zweck gedeckt werden bzw. amortisiert wurden.

„Als Basis für die Bestimmung fairer und angemessener Mitnutzungsentgelte sind dabei die Mehrkosten zugrunde zu legen, die dem Infrastrukturanbieter allein durch die Mitnutzung zusätzlich entstehen. Dies stellt klar, dass die sowieso für die Erstellung seiner Versorgungsnetzinfrastruktur entstandenen Investitionen nicht in das Mitnutzungsentgelt einfließen dürfen. [...] Die Kosten, die für die Errichtung und den Betrieb der Versorgungsinfrastruktur sowieso anfallen, sind bei der Kalkulation des Entgeltes nicht zu berücksichtigen. Hierdurch wird das Mitnutzungsentgelt auf ein für Mitnutzer angemessenes Maß begrenzt.“
BT-Drs. 18/8332, S. 55/56.

102. Allerdings sieht der Gesetzgeber einen angemessenen Aufschlag zugunsten des Infrastrukturanhabers vor, um diesem einen Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen seiner bestehenden Anlagen zu geben.
103. Da der Gesetzgeber beim Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 2 TKG vorgibt, dass „die Kosten, die für die Errichtung und den Betrieb der Versorgungsinfrastruktur sowieso anfallen“ nicht zu berücksichtigen sind, kann der Aufschlag hier im Ergebnis nicht dazu führen, dass diese klare gesetzgeberische Wertung negiert und ad absurdum geführt wird. Der Aufschlag ist also nicht als konkrete Kompensation von Kosten gedacht.
104. Dafür spricht auch die Regelung, dass Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze Einnahmen aus der Mitnutzung, die über die Zusatzkosten hinausgehen, also den Aufschlag, nach § 77f TKG von der Berechnungsgrundlage für Endnutzertarife ihrer Hauptleistung ausnehmen können. Der Aufschlag stellt dementsprechend einen Gewinn ohne direkte Kostenentsprechung dar.
105. Deshalb eröffnet die mit dem DigiNetz-Gesetz geschaffene Möglichkeit zur Mitnutzung bestehender Infrastrukturen zu Zusatzkosten Telekommunikationsunternehmen ein erhebliches Kostensenkungs- und damit auch ein Beschleunigungspotential für den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Ziel des § 77n Abs. 2 TKG ist es,

„... die anreizökonomischen Grundlagen für eine Gewährung von Mitnutzungen zu schaffen und möglichst viele Verhandlungslösungen zu begünstigen.“
BT-Drs. 18/8332, S. 55.

106. Vor diesem Hintergrund muss der Aufschlag einerseits hoch genug sein, um einen spürbaren Anreiz zur Gewährung der Mitnutzung zu entfalten, andererseits darf er nicht zu einer Entgelthöhe führen, die dem Ziel mit Hilfe des DigiNetz-Gesetzes, Kostensenkungen beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu ermöglichen, entgegenwirkt.

2.3.4.3.3 Methodik zur Bestimmung des Aufschlags

Pauschalierung versus Einzelfallbetrachtung

107. Vor dem Hintergrund der nachfolgenden Erwägungen hat sich die Beschlusskammer dafür entschieden, den angemessenen Aufschlag pauschaliert zu bestimmen.
108. Jeder Infrastruktureigentümer wird eine andere Aufschlagshöhe benötigen, um seine Infrastruktur gerade freiwillig zur Verfügung zu stellen. Diese Größe ist nur dem Anbieter bekannt und er hat keinen Anreiz, den Betrag offenzulegen. Sie kann von einer Vielzahl von Faktoren abhängen. Hat auch der Infrastrukturihaber ein Interesse an einem schnellen Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen, profitiert auch er von der Mitnutzung durch einen Netzbetreiber und hat somit einen intrinsischen Anreiz zur Mitnutzungsgewährung, ohne dafür einen hohen Aufschlag als Anreiz zu benötigen. Eine solche Konstellation liegt beispielsweise oft vor, wenn Städte und Gemeinden Leerrohre vermieten, um in ihrer Region den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu erleichtern. Weiterhin wird eine wesentliche Rolle spielen, welche alternativen Verwendungen für diese Infrastruktur in Frage kommen. Besteht eine solche nicht, ist jeder Euro der mit der Infrastruktur verdient werden kann, von Nutzen. Gibt es ein Projekt, für das jedoch keine Versagungsgründe geltend gemacht werden können, wird der Reservationspreis höher liegen. Denn die Bereitschaft, Mitnutzungen zu gewähren, hängt für einen Infrastrukturihaber auch von den damit verbundenen Einschränkungen der zukünftigen potentiellen Verfügungsmöglichkeiten ab. Selbst wenn noch keine konkreten Planungen vorliegen, ist nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft anderweitige Kapazitätsnutzungen wegen der Mitnutzung nicht mehr möglich sein werden. Denn selbst wenn ein vertragliches Kündigungsrecht bestehen sollte, müsste eine Kündigung erst noch durchgesetzt werden. Insofern mindert der Aufschlag auch den Anreiz, Mitnutzungen abzuwehren.
109. Der Infrastrukturihaber mag für eine freiwillige Mitnutzungsgewährung auch ein Entgelt verlangen wollen, das auf Basis seiner Investitionskosten kalkuliert ist. Diese Basisinvestitionen sollen jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht in das Mitnutzungsentgelt einfließen. Somit soll der Aufschlag keine projektspezifischen Kosten abdecken. Vor diesem Hintergrund ist eine einzelfallbezogene Ermittlung nicht zwingend geboten.
110. Geht man demgegenüber von der Anreizfunktion des Aufschlages aus, spricht Überwiegendes für eine pauschale Bestimmung. Denn ein pauschalierter Aufschlag geht für die Verfahrensbeteiligten mit einem geringeren Aufwand einher, als eine einzelfallbe-

zogene Belegung der Bemessungsgrundlage. Der Infrastrukturinhaber wäre im Rahmen der Aufschlagbestimmung, bei der es gerade nicht um die Bewertung von Kosten geht, von einer Darlegung projektspezifischer Nachweise entbunden. Auf der anderen Seite muss der Mitnutzungspetent diese Nachweise nicht prüfen und gegebenenfalls dadurch erschüttern, indem er zum Beispiel andere Preise darlegt. Über diese verfahrensbezogene Betrachtung hinaus führt eine generalisierende Vorgehensweise gegenüber einer einzelfallbezogenen Festsetzung des Aufschlags zu vorhersehbareren Entscheidungen in vergleichbaren Fällen und folglich zu mehr Planungssicherheit sowie einer Begünstigung von Verhandlungslösungen. Infrastrukturinhaber und Mitnutzungswillige können in der Folge einfacher die Höhe des Aufschlags selbst abschätzen, die bei einer Streitbeilegung herauskäme und sich bilateral einigen. Das beschleunigt wiederum den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, da dann nicht mit viel Aufwand und Energie noch ein Streitbeilegungsverfahren angestrengt werden muss und hierfür umfangreiche Unterlagen zur Begründung eines individuellen Aufschlages erstellt werden müssen. Dies konstatieren auch bereits einige Stellungnahmen aus der durchgeführten Konsultation. Auch hier wird bereits die einfache und transparente Ermittlung eines Aufschlags gefordert.

Vgl. beispielsweise die Stellungnahme des Bundesverbandes Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS) vom 13. 4. 2018 zum Konsultationspapier, S. 3., Stellungnahme des Verbandes der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM) vom 26. 4. 2018, S. 7; sämtliche Stellungnahmen zu dem Konsultationsdokument sind veröffentlicht unter: www.bundesnetzagentur.de/Konsultation_Entgeltmassstaebe_DigiNetzG.

111. Die Festsetzung des Aufschlags in einer auch für andere Mitnutzungsfälle anwendbaren Form wirkt zudem in die Zukunft: Denn aufgrund der Verpflichtung aus § 77d Abs. 2 TKG bestünde ohne den Aufschlag je nach Interessenlage des Infrastrukturinhabers ggf. kein zusätzlicher Anreiz mehr, bei einem Neubau passiver Infrastrukturen diese über das für den eigentlichen Zweck notwendige Maß hinaus auszubauen, was dem Gesetzesziel entgegenwirken würde. Dass ein solcher Ansatz grundsätzlich durch den Gesetzgeber zumindest auch mit gesehen wird, wird in Erwägungsgrund 15 der Kostensenkungsrichtlinie deutlich, wenn dort von der Unterstützung netzübergreifender Synergien bei den Betreibern die Rede ist. Mit einer Abkehr von einer größeren Dimensionierung „auf Vorrat“ fiel zugleich ein für den Breitbandausbau nützliches Synergiepotential weg. Denn eine großzügigere Dimensionierung passiver Infrastrukturen (z. B. Leerrohr anstatt direkt in der Erde verlegtem Kabel oder Leerrohr mit einem größeren Durchmesser) führt nur zu geringen Mehrkosten im Vergleich zu den – vor allem durch den Tiefbau getriebenen – Gesamtkosten der Basisprojekts. Sie beschleunigt im Falle einer Mitnutzung aber den Ausbau hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze erheblich, da zum einen Kabel in bestehende Leerrohre schneller eingebracht werden können und zum anderen kein weiterer kostspieliger Tiefbau mehr erforderlich wird.

112. Demnach kann das gesetzgeberische Ziel eines Anreizes zur Mitnutzungsgewährung mittels eines Aufschlages, der überdies einen Gewinn ohne direkte Kostenentsprechung darstellt, am ehesten durch eine pauschalisierte Vorgehensweise erreicht werden.

Bezugspunkt für die Festlegung des Aufschlags

113. Es gibt keine gesetzgeberischen Vorgaben zur Bestimmung des Aufschlags. Um den Zweck des Aufschlags zu erreichen, bedarf es daher einer praktikablen Methode, die – wie bereits in Rz. 110 f. ausgeführt – zu vorhersehbaren und plausiblen Ergebnissen führt sowie für möglichst viele Fälle anwendbar ist.
114. Die Bundesnetzagentur hatte Anfang 2018 eine Konsultation zu den Entgeltmaßstäben des DigiNetz-Gesetzes durchgeführt und dabei unterschiedliche Methoden zur Bestimmung des angemessenen Aufschlags zur Diskussion gestellt. Dabei ging es um einen absoluten Pauschalbetrag, einen prozentualen Aufschlag auf die zusätzlichen Kosten, die sich aus der Mitnutzung für den Eigentümer ergeben sowie eine Bestimmung des Aufschlags auf der Basis des „Wertes“ der Mitnutzung, von dem ein angemessener Anteil als Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG festgelegt wird.

Vgl. Konsultationsdokument, S. 8 ff.

115. Ein absoluter Pauschalbetrag ist zwar eine sehr einfache und transparente Methode zur Ausgestaltung des Aufschlags. Sie wird aber – wie sowohl im Konsultationsdokument als auch vom WIK im Rahmen der Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie bereits 2015 herausgearbeitet wurde,

vgl. WIK Consult (Hg.), Preissetzung für die Mitnutzung von Infrastrukturen – Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie, 2015, S. 39 f.

und in den Stellungnahmen der Konsultation im Wesentlichen bestätigt wird – wegen des vollkommen fehlenden Projektbezugs insbesondere hinsichtlich der Streckenlänge und Dauer der Mitnutzung nur in den wenigsten Fällen die gewünschte Anreizwirkung entfalten und daher dem Ziel des Aufschlags allenfalls ausnahmsweise Rechnung tragen.

116. Eine Festlegung des Aufschlags anhand eines Prozentsatzes der Zusatzkosten ist einfach und transparent und damit praktikabel; auch weist er wegen der projektspezifisch ermittelten Zusatzkosten als Bezugsgröße einen direkten Projektbezug auf. Allerdings wäre insbesondere bei ohnehin niedrigen Zusatzkosten der daraus resultierende Aufschlag gering und daher vermutlich ungeeignet, eine hinreichende Anreizwirkung zur Gewährung einer Mitnutzung zu entfalten. Zudem können die Zusatzkosten von Fall zu Fall erheblich schwanken, da die Höhe von den Gegebenheiten der aufnehmenden Infrastruktur im Einzelfall und dem Anteil der durch den Petenten erbrachten oder beauftragten Leistungen abhängt und weniger vom Umfang der begehrten Mitnutzung. Auch ergibt sich hieraus ein Anreiz für den Infrastrukturinhaber, möglichst hohe Zusatzkosten zu generieren, wenn davon der zu zahlende Aufschlag abhängt. Darüber hinaus lässt sich die genaue Höhe der Zusatzkosten während eines Streitbeilegungs-

verfahrens im Vorhinein nicht hinreichend exakt ermitteln, weil sich etliche Arbeiten erst im Nachhinein und nur nach Aufwand abrechnen lassen. Daher hängt der letztendlich zu entrichtende Aufschlag sehr von den Unwägbarkeiten der – überwiegend einmalig anfallenden – durch die Mitverlegung verursachten zusätzlichen Kosten für den Infrastrukturinhaber ab. Aus diesem Grund eignet sich dieser Ansatz nicht zur Bestimmung eines angemessenen Aufschlags. Es ist zwar eine einfache und transparente Methode, allerdings wird sie kaum den intendierten Anreiz für Infrastrukturinhaber entfalten, was ihre breite Anwendbarkeit erheblich einschränkt. Dies kommt auch in einer erheblichen Anzahl der Stellungnahmen zum Konsultationsdokument zum Ausdruck.

Vgl. Stellungnahmen der WEMAG Netz GmbH vom 9. 4. 2018, S. 5, der EWE TEL GmbH vom 16. 4. 2018, S. 5, des BREKO, S. 6; der innogy SE vom 9. 4. 2018, S. 8; mit der Vermutung, es könnten Fehlanreize entstehen: Stellungnahme des ANGA, S. 2 und des VATM, S. 6.

117. Will man den angemessenen Aufschlag aus dem Wert der Mitnutzung ableiten, könnten unterschiedliche Bezugspunkte zur Approximation des Wertes herangezogen werden. Diskutiert wurde im Konsultationsdokument zum einen das Synergiepotential, das sich aus der Nachfragerperspektive ergibt und als Differenz zwischen den Kosten einer Eigenrealisierung (Stand-Alone-Lösung) und Zusatzkosten der Mitnutzung approximiert werden kann. In der Regel sind jedoch die Stand-Alone-Kosten des Petenten eine hypothetische Größe und daher a priori nicht bekannt.
118. Zum anderen könnte sich die Werthaltigkeit der Mitnutzung aus den ursprünglichen Investitionskosten des Infrastrukturinhabers als Bezugsgröße ergeben. Diese sind ggf. leichter zu ermitteln als hypothetische Stand-Alone-Kosten, allerdings würden sie je nach Infrastrukturtyp zu sehr unterschiedlichen Aufschlägen führen, die ggf. den Wert der Mitnutzung nicht adäquat widerspiegeln.
119. In diesen beiden Varianten wird zur Ermittlung des Wertes der Mitnutzung auf Kosten abgestellt, die entweder vom Petenten vermieden werden oder die der Infrastrukturinhaber ursprünglich in die Infrastruktur investiert hat.
120. Die Bezugnahme auf den Wert wurde in vielen Stellungnahmen zum Konsultationsdokument prinzipiell als sinnvolle Herangehensweise angesehen.

Vgl. z. B. die Stellungnahmen des Deutschen Städtetages vom 16. 4. 2018, S. 2, des Deutschen Landkreistages vom 9. 4. 2018, S. 3; des Verbandes kommunaler Unternehmen e. V. (VKU) vom 13. 4. 2018, S. 10 f.; des BREKO, S. 6; des ANGA, S. 2; des VATM, S. 5 f., der WEMAG Netz GmbH, S. 5; der Stadtwerke Crailsheim vom 9. 4. 2018, S. 5; der EWE TEL GmbH, S. 6 f.

121. In einigen Stellungnahmen wurde der Vorschlag, auf die Stand-Alone-Kosten Bezug zu nehmen grundsätzlich unterstützt, weil die hypothetischen Verlegekosten einen sachgerechten Bewertungsmaßstab der mitgenutzten Synergiepotentiale darstellten.

Vgl. etwa folgende Stellungnahmen zum Konsultationsdokument: statt vieler kommunaler Stadtwerke beispielhaft Stadtwerke Crailsheim, S. 5; vitronet vom

9. 4. 2018, S. 1; 1 & 1 Versatel GmbH vom 16. 4. 2018, S. 10; Leipziger Verkehrsbetriebe; VATM, S. 5.

122. Andere Marktteilnehmer befürworteten vorrangig, auf die ursprünglichen Investitionskosten des Infrastruktureigentümers abzustellen, da dadurch der Anreiz wirken könne. Dabei sei es wesentlich, auf konkrete projektspezifische Angaben abzustellen.

Vgl. (statt vieler) folgende Stellungnahmen zum Konsultationsdokument: Deutscher Städtetag, S. 2 f.; VKU, S. 11; Stadtwerke Crailsheim, S. 5; Leipziger Verkehrsbetriebe, S. 3; WEMAG Netz GmbH, S. 5; BREKO, S. 6; gemeinsame Stellungnahme der M-net Telekommunikations GmbH und der NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation GmbH vom 16.04.2018, S. 6.

123. Für beide Methoden wurde auch auf Schwierigkeiten der Operationalisierung hingewiesen. Die Ermittlung hypothetischer vermiedener Stand-Alone-Kosten könne durch Vorlage interessengetriebener Werte erschwert werden. Die Validierung der ursprünglichen Investitionskosten des Infrastrukturihabers sei z. T. mangels nicht (mehr) vorhandener Unterlagen schwierig und es bestehe ebenfalls die Gefahr der Vorlage interessengetriebener Werte. Es wurde auch die Position vertreten, dass mit vertretbarem Aufwand keine zuverlässige Ermittlung der Parameter für den „Wert“ der Mitnutzung möglich sei. Aus Vereinfachungsgründen solle auf die Vorlage konkreter Daten verzichtet werden.

Vgl. etwa folgende Stellungnahmen zum Konsultationsdokument 1 & 1 Versatel GmbH, S. 10, VATM, S. 7, Unitymedia GmbH, S. 6.

124. Wollte man die Wertermittlung unter Rückgriff auf eine pauschalierte Vorgehensweise vereinfachen, müsste man Mittelwerte für Stand-Alone-Kosten bzw. die Investitionskosten der Infrastruktureigentümer ermitteln. Für Letztere scheint dies aufgrund der unterschiedlichen zum Einsatz kommenden Infrastrukturen gar nicht sinnvoll möglich. Stand-Alone-Kosten müssten durch einen Durchschnittswert bei Ausbaukosten von Hochgeschwindigkeitsnetzen approximiert werden. Doch die Ausbaukosten sind von einer Vielzahl von Parametern abhängig (Versiegelung der Oberfläche, innerorts/ausserorts, Besiedlungsdichte, Bodenbeschaffenheit, verwendete Verlegungsmethoden) und entsprechend unterscheiden sich die in einschlägigen Studien angegebenen Spannbreiten der Tiefbaukosten pro Meter.

Vgl. beispielsweise TÜV Rheinland: Studie „Evaluation zur Weiterentwicklung der Breitbandförderung in Baden-Württemberg“, Stand: Februar 2018, S. 39 ff., 44 (es werden kumulierte Tiefbaukosten von 70 (außerorts) bzw. 140 €/m laufender Graben (innerorts) angegeben); WIK: „Treiber für den Ausbau hochbitratiger Infrastrukturen“, Mai 2016, S. 16 („zwischen 40 € und 200 € pro Meter je nach Topographie“); TÜV Rheinland: Weichen stellen für die Anforderungen von morgen – Ausbau der Breitbandinfrastruktur in Rheinland-Pfalz zur Versorgung mit Bandbreiten von mindestens 300 Mbit/s, Stand: Oktober 2015, S. 65 (es werden kumulierte Tiefbaukosten von 40 €/m (ausserorts) bzw. 70 €/m laufender Graben (innerorts) angegeben).

Entsprechend schwierig wäre es, einen Durchschnittswert für Tiefbaukosten anzunehmen.

125. Allerdings wird in beiden Varianten für die Ermittlung des Wertes der Mitnutzung auf Investitionskosten zurückgegriffen – die wie bereits in Rz. 79 dargelegt – nach dem Willen des Gesetzgebers nicht Bestandteil eines Entgelts nach § 77n Abs. 2 TKG sein sollen.
126. Ein Ansatz, der ohne den Rückgriff auf Investitionskosten auskommt, besteht darin, als Bezugspunkt auf das bisherige Marktpreisniveau für die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze abzustellen. Aus der von der Beschlusskammer durchgeführten Erhebung zu den Mitnutzungsverträgen der vergangenen Jahre (vgl. Abschnitt 2.3.4.3.4) kann ein bundesweites Marktpreisniveau für die Nutzung von Leerrohren abgeleitet werden, das auch ein Vergleichsentgelt für die Mitnutzung freier Rohrkapazitäten darstellen kann.
127. Typischerweise besteht in Verhandlungssituationen über die Mitnutzung von Leerrohrinfrastruktur ein bilaterales Monopol. Die Investitionen in Infrastruktur stellen versunkene Kosten dar, für die in der Regel zu einem bestimmten Zeitpunkt nur ein Interessent die Mitnutzung anfragen wird.
128. Der Infrastrukturanbieter wird bei der Festlegung seines Reservationspreises, also des Preises, zu dem er gerade bereit ist, die Mitnutzung zuzulassen, ggf. folgende Überlegungen anstellen: Zumindest wird er seine Zusatzkosten erstattet bekommen wollen, jedoch ggf. darüber hinaus auch Deckungsbeiträge für die Basisinvestition erwirtschaften wollen. Wem es bei der Vermietung allerdings vor allem darum geht, den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen in seiner Region zu erleichtern, dem wird es auf Deckungsbeiträge weniger ankommen. Dieser mit dem Breitbandausbau verbundene Nutzen kann gerade bei kommunalen Infrastrukturanbietern eine Rolle für ihren Reservationspreis spielen. Dieser Reservationspreis wird auch durch alternative Nutzungsmöglichkeiten der Infrastruktur bestimmt.
129. Die maximale Zahlungsbereitschaft des Mitnutzungspetenten wird von seinem Geschäftsplan abhängen, der durch Stand-Alone-Kosten (s. o.) und seine Aussichten auf Kundengewinnung und entsprechende Erlöse bestimmt wird. Wenn ein Stand-Alone-Ausbau nicht rentabel ist, wird die Zahlungsbereitschaft für die Mitnutzung auch darunter liegen. In das Verhandlungskalkül wird auch die Einschätzung einfließen, welche Alternativen dem Verhandlungspartner zur Verfügung stehen. Ein Verhandlungsergebnis ist immer möglich, wenn die Zahlungsbereitschaft des Petenten über den Zusatzkosten liegt.
130. Die Differenz zwischen maximaler Zahlungsbereitschaft des Mitnutzungspetenten und dem Reservationspreis des Infrastrukturanbieters stellt den Wert der Mitnutzung dar. Jede Einigung auf einen Mitnutzungspreis ist als ein von beiden Verhandlungsparteien als vorteilhaft eingestuftes („Pareto-effizientes“) Verhandlungsergebnis zu sehen. Das tatsächliche Verhandlungsergebnis wird in Abhängigkeit einer Vielzahl von Faktoren

(z. B. alternative Nutzungsmöglichkeiten durch den Infrastrukturinhaber, Interesse des Anbieters am Breitbandausbau, Stand-Alone-Kosten des Eigenbaus für den Petenten, Länge der Strecke, Einschätzung, das Rohr später für eine andere Anwendung zu brauchen) und mal näher am Reservationspreis des Anbieters und mal näher an der maximalen Zahlungsbereitschaft des Nachfragers liegen. Die sich aus dem Alternativkostenkalkül ergebenden Verhandlungspositionen beider Vertragsparteien, d. h. des Infrastrukturinhabers wie auch des Mitnutzungspetenten, werden in die Einigung einfließen.

131. In tatsächlich abgeschlossenen Mitnutzungsverträgen hat es eine solche Einigung als Ergebnis von Verhandlungen gegeben, die zu einer konkreten Aufteilung des aus der Mitnutzung erwachsenen Wertes geführt hat. Daher spiegeln die Mitnutzungspreise wider, wie der Wert der Mitnutzung zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt wurde. Ein aus einer großen Anzahl von Mitnutzungsverträgen abgeleiteter Referenzpreis bildet das tatsächliche Marktergebnis in seiner Gesamtheit ab, auch wenn er nicht jeden Einzelfall erfasst. Ein Rückgriff auf Preise auf vergleichbaren Märkten kommt häufig zum Einsatz, wenn andere Berechnungsgrundlagen mit Schwierigkeiten behaftet sind. Insofern eignet sich eine Bezugnahme auf reale Mitnutzungspreise aus Sicht der Beschlusskammer in besonderer Weise als Anhaltspunkt für den Wert der Mitnutzung. Der Aufschlag als Anteil des Referenzpreises kann so als ein reiner Gewinn ohne direkte Kostenentsprechung festgelegt werden.
132. Auch der Gesetzgeber geht von einer klaren Bedeutung des Marktpreises für die Streitschlichtung allgemein, aber auch für die Preisfestsetzungen im Besonderen aus. In § 77d Abs. 4 TKG wird im Zusammenhang mit den Regelungen der Mitnutzung die Pflicht zur Vorlage der geschlossenen Mitnutzungsverträge innerhalb von zwei Monaten bei der Bundesnetzagentur festgeschrieben. Gemäß den Ausführungen in der Gesetzesbegründung ist diese Verpflichtung zur Meldung für „die rasche Herausbildung einer chancengleichen, diskriminierungsfreien und möglichst konsistenten bundesweiten Mitnutzungspraxis erforderlich.“

„Aufgrund der bislang fehlenden Erfahrungswerte mit gesetzlichen Mitnutzungsansprüchen sollen die Meldungen die erforderliche Marktnähe der Bundesnetzagentur in ihrer Funktion als Streitbeilegungsstelle möglichst schnell herbeiführen. Marktnähe ist eine Grundvoraussetzung, um in den knappen Entscheidungsfristen eine Praxis der ausgewogenen verbindlichen Streitbeilegung zu entwickeln.“

BT-Drs. 18/8332, S. 46

133. Mit dieser Begründung bringt der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck, dass er von einer Marktnähe der Streitbeilegungsstelle ausgeht und diese auch als Grundvoraussetzung für eine Entscheidungsfindung anerkennt. Diese Forderung stellt an dieser Stelle keinen Selbstzweck dar, sondern kann und sollte auch dazu dienen, das Preisniveau festzustellen, was sich bislang auf dem Markt der Mitnutzung von Infrastrukturen entwickelt hat. Sieht man die Vorlageverpflichtung auch im Kontext mit der in § 77d Abs. 5 TKG vorgesehenen Möglichkeit, Standardangebote über die Bundesnetzagentur

zu veröffentlichen, so hat der Gesetzgeber offensichtlich – dem Gedanken aus Art. 3 Abs. 1 der Kostensenkungsrichtlinie folgend – die Etablierung eines freien Marktes für Mitnutzungsrechte vor Augen, bei dem es nur weniger Eingriffe der Streitbeilegungsstelle bedarf

So auch Stelter, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage 2018, § 77d, Rz. 37 unter Bezugnahme auf BT-Drs. 18/8332, S. 46.

134. Die Vorlageverpflichtung steht für den Gesetzgeber so auch in unmittelbarem Zusammenhang mit der Förderung von Transparenzprozessen und Standardisierungen, bei der die „anreizorientierte Streitbeilegung“ zu einer „kontinuierlichen Kostensenkung im Bereich der Transaktionskosten“ beitragen soll.

BT-Drs. 18/8332, S. 46

135. Insoweit ermöglicht das Gesetz eine Bezugnahme auf reale Mitnutzungspreise als Anhaltspunkt für den Wert der Mitnutzung.
136. In einer Reihe von Stellungnahmen zum Konsultationsdokument wird eine Orientierung am „Wert“ der Mitnutzung befürwortet, da dies einem hypothetischen Wettbewerbspreis bzw. einer marktüblichen Vorgehensweise am nächsten komme und in einer Stellungnahme wird eine Bezugnahme auf das Marktpreisniveau zur Approximation des Wertes konkret vorgeschlagen. Dies wird unmittelbar durch die Orientierung am Marktpreis umgesetzt.

Vgl. dazu BUGLAS, S. 2 f., EWE TEL, S. 7, M-net, NetCologne, S. 6. sowie die Stellungnahme der Deutschen Telekom AG vom 16. 4. 2018, S. 5, die zur Bestimmung des Wertes der Mitnutzung die Bezugnahme auf das Marktpreisniveau vorschlägt.

2.3.4.3.4 Ermittlung des Referenzpreises

137. Die Beschlusskammer forderte im Juli 2018 deutschlandweit sämtliche potentielle Eigentümer und Betreiber passiver Infrastrukturen (Telekommunikationsunternehmen, Gas- und Stromnetzbetreiber, Stadtwerke, Straßen- und Wasserstraßenverwaltungen, Schienenwegbetreiber sowie sämtliche Gebietskörperschaften; insgesamt ca. 7.500 Adressaten) auf, der Verpflichtung aus § 77d Abs. 4 TKG zur Vorlage bereits abgeschlossener Mitnutzungsverträge nachzukommen. Inzwischen verfügt die Beschlusskammer aufgrund dieser Vollerhebung über genügend Mitnutzungsverträge, um aus den darin vereinbarten Entgelten eine hinreichend verlässliche Abschätzung über den Referenzpreis vornehmen zu können.
138. Im Entscheidungszeitpunkt hat die Beschlusskammer alle bis zum 31. 10. 2018 eingegangenen Mitnutzungsverträge für Leerrohre ausgewertet; in die Berechnung flossen damit 962 vertraglich vereinbarte Entgelte aus 935 Verträgen ein. Davon enthalten 74 % der Verträge längenabhängige, jährlich zu entrichtende Entgelte, in 14 % der Verträge sind nur einmal zu entrichtende Entgelte und in 12 % der Verträge ist eine

unentgeltliche Nutzung vereinbart. Daher ist aus Sicht der Beschlusskammer der Referenzpreis in Euro pro Meter und Jahr am zuverlässigsten zu bestimmen.

139. Um einmal anfallende Entgelte sowie Pauschalentgelte in der Auswertung berücksichtigen zu können, wurden sie ebenfalls in ein längenabhängiges Entgelt pro Jahr umgerechnet. Die Einmalentgelte wurden mithilfe des im Beschluss BK3a-18/005 festgelegten derzeitigen Branchenzinssatzes von 4,88 % und der im jeweiligen Vertrag vereinbarten Laufzeit auf Jahresentgelte umgerechnet; war die vertraglich vereinbarte Laufzeit bereits überschritten, wurde die seit Vertragsschluss vergangene Zeit (auf ganze Jahre aufgerundet) angesetzt. Wurden Verträge auf unbestimmte Zeit geschlossen, wurde hilfsweise der Mittelwert von 14,8 Jahren aus den tatsächlichen Laufzeiten der befristeten Verträge angenommen. Sofern die so ermittelten Jahresentgelte nicht von der Länge des mitgenutzten Leerrohrs abhängen, werden sie durch im jeweiligen Vertrag ausgewiesene Länge dividiert, bevor sie zu den Meterpreisen pro Jahr hinzuaddiert werden. Zusatzkosten konnten anhand der Angaben in den Verträgen nicht zuverlässig aus den Entgelten herausgerechnet werden, denn sie können sowohl in laufenden wie in Einmalentgelten enthalten sein. Daher wurden alle Entgeltbestandteile für die Ermittlung des Referenzpreises berücksichtigt. Verträge, die Einmalentgelte ohne Längenangabe enthielten, konnten nicht in die Auswertung einbezogen werden, da keine Umrechnung in einen Meterpreis möglich war. Alle anderen vorgelegten Mitnutzungsverträge für Leerrohre sind in die Auswertung eingeflossen, um das Preisniveau für den Leerrohrmarkt möglichst umfassend zu ermitteln.
140. Die in den Referenzpreis eingeflossenen Entgelte pro Meter und Jahr reichen von null Euro bis zu knapp 35 €. Aufgrund der starken Streuung der Entgelte und einzelner Ausreißer wurde das arithmetische Mittel allerdings als nicht hinreichend stabil angesehen, so dass auf den Median zur Bestimmung eines marktüblichen Referenzpreises zurückgegriffen wurde, der bei 1,25 €/m und Jahr liegt.

2.3.4.3.5 Angemessenheit des Aufschlags

141. Über den Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG erhält der Infrastrukturihaber den vom Gesetzgeber intendierten Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen. Andererseits darf der Aufschlag nicht so hoch sein, dass er den Wert der Mitnutzung für den Mitnutzungspetenten aufzehrt.
142. Ausgehend von den Zielsetzungen des DigiNetz-Gesetzes und des Aufschlages (dazu bereits unter Ziff. 2.3.4.3.2) hat die Beschlusskammer in die Abwägung die Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), die Förderung des Binnenmarktes der Europäischen Union (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG), die Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG), den Wettbewerbsschutz zum Nutzen der Verbraucher und, soweit sachgerecht, die Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG) sowie die Förderung effizienter Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen (§ 2

Abs. 3 Nr. 4 TKG) sowie die Interessen des Infrastrukturinhabers eingestellt. Außerdem war bei der Abwägung sicherzustellen, dass keine verzerrenden Effekte zum Nachteil bestimmter Infrastrukturen eintreten,

vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 56.

143. Unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände und der Abwägung der erheblichen Belange legt die Beschlusskammer in Ausübung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums einen Anteil von 20 % vom Referenzpreis als angemessenen Aufschlag fest. Der Aufschlag beträgt damit 0,25 € pro Meter und Jahr.
144. Für kurze Strecken bzw. kleine Projekte ist ein über alle Mitnutzungsbegehren einheitlich festgelegter Anteil möglicherweise zu gering, um eine Anreizwirkung für den Anbieter zu entfalten, so dass ggf. die Festlegung eines Minimalbetrages geboten ist.

Ein Minimalbetrag wird in den Stellungnahmen vom BREKO, S. 6, statt vieler Stadtwerke Crailsheim, S. 5; EWE TEL, S. 8 sowie des VKU, S. 11 befürwortet.

145. Bei der streitgegenständlichen Strecke von 33 Metern ergibt sich ein jährlich zu zahlender Aufschlag von 8,25 € pro Jahr. Ein Betrag in dieser Höhe, der sich maßgeblich durch die überdurchschnittlich kurze streitgegenständliche Strecke ergibt, ist allerdings so niedrig, dass von ihm – selbst über eine längere Laufzeit – kaum die gewünschte Anreizwirkung ausgeht. Deshalb legt die Beschlusskammer einen Mindestbetrag von 25 € pro Jahr fest, damit auch für Strecken unter 100 Meter Länge ein aus ihrer Sicht hinreichender Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen besteht.

Zielsetzungen des DigiNetz-Gesetzes

146. Wie unter Ziff. 2.3.4.3.2 (Rz. 101 ff.) dieses Beschlusses dargelegt, führt der im Gesetz angelegte Entgeltmaßstab zu zum Teil deutlich niedrigeren Entgelten als im Markt bislang üblich. Um dennoch einen Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen zu geben, sieht der Gesetzgeber einen angemessenen Aufschlag zugunsten des Infrastrukturinhabers vor. Dieser erhöht zwar das Entgelt für den Mitnutzungspetenten, mildert aber die mit diesem Entgeltmaßstab verbundenen Erlösschmälerungen für den Infrastrukturinhaber ab. Ziel des § 77n Abs. 2 TKG ist die Schaffung der anreizökonomischen Grundlage für die Mitnutzungsgewährung und die Begünstigung möglichst vieler Verhandlungslösungen. Demnach muss der Aufschlag einerseits hoch genug sein, um einen spürbaren Anreiz zur Gewährung der Mitnutzung zu entfalten, andererseits darf er nicht zu einer Entgelthöhe führen, die dem Beschleunigungsgedanken des DigiNetz-Gesetzes entgegenwirkt. In diesem durch die gesetzgeberische Zielsetzung vorgegebenen Spannungsfeld sind weitere abwägungserhebliche Belange zu berücksichtigen.

Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG)

147. Die Interessen der Mitnutzungspetenten sind auf möglichst niedrige Entgelte und demgemäß auf einen eher niedrigen Aufschlag gerichtet. Die Mitnutzungspetenten verfolgen – wie jedes andere Unternehmen, darunter auch die privaten Eigentümer und

Betreiber passiver Netzinfrastrukturen – neben den Zielen von Liquidität und Unabhängigkeit die Ziele des Unternehmenserhalts und der Rentabilität.

vgl. zu diesen vier Grundzielen Perridon/Steiner, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 13. Aufl. 2004, S. 9 ff.

148. Zudem spricht die Erwägung gegen einen eher hohen Aufschlag, dass dadurch die geplante Versorgung eines bestimmten Gebietes unrentabel werden und so die Geschäftstätigkeit des Mitnutzungspetenten beeinträchtigt werden könnte. Zudem würde dadurch Kapital, das im Rahmen eines höheren Zuschlags dem Eigentümer bzw. Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes zufließt, auf Seiten des Mitnutzungspetenten für weitere Investitionen in andere Projekte zum Breitbandausbau fehlen. Dabei kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass dieses Kapital im Falle eines höheren Aufschlages vom Infrastrukturihaber für den Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen verwendet würde, da es sich bei den Infrastrukturihabern gerade nicht um Telekommunikationsnetzbetreiber handelt.
149. Des Weiteren sind bei den Nutzerinteressen die Interessen der Endkunden zu berücksichtigen. § 2 Abs. 1 S. 2 TKG zielt auch darauf, die Möglichkeiten der Endnutzer zum Abruf und der Verbreitung von Informationen oder der Nutzung von Anwendungen und Diensten ihrer Wahl zu fördern. Die Norm verankert die Interessen der Verbraucher an einem größtmöglichen Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität.

Vgl. Ruthig in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rz. 21 f.; Säcker in: ders., TKG, 3. Aufl. 2013, § 2 Rz. 2.

Diese Interessen sind gleichlaufend mit der allgemeinen Zielsetzung des DigiNetz-Gesetzes. Denn diesen Interessen wird am besten gerecht, was einen schnellen und kostengünstigen Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen fördert. Daher darf der Aufschlag auch nicht dermaßen gering sein, dass der Ausbau durch Mitnutzungspetenten ins Stocken gerät, weil der Anreiz für Infrastrukturihaber zur Mitnutzungsgewährung zu gering ist bzw. entfällt. Dementsprechend wird den Endkundeninteressen ein eher geringer Anteil vom Referenzpreis als Aufschlag am ehesten gerecht, solange dabei der Anreiz zur Mitnutzung erhalten bleibt.

Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Nr. 2 TKG)

150. Die Beschlusskammer hat überprüft, welche Auswirkungen ein hoher oder niedriger Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG auf die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten hat. Derartige wettbewerbliche Auswirkungen eines Aufschlags nach § 77n Abs. 2 TKG dürften jedoch gering sein, da dieser Aufschlag ein Versorgungsnetz betrifft, das gerade kein öffentliches Telekommunikationsnetz ist. Daher dürfte der Infrastrukturihaber in diesen Fällen regelmäßig nicht in einer wettbewerblichen Beziehung zu dem Berechtigten auf einem Telekommunikationsmarkt stehen. Beispiele dafür sind die Mitnutzung eines gemeindeeigenen Leerrohres oder die Nutzung eines Strommastes durch ein Telekommunikationsunternehmen.

151. Allerdings sind wettbewerbliche Auswirkungen dann nicht ausgeschlossen, wenn (1) die betroffene passive Netzinfrastruktur auch durch andere Telekommunikationsunternehmen genutzt wird oder genutzt werden soll, oder (2) andere Telekommunikationsunternehmen im selben Versorgungsgebiet den Aufbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen planen oder vornehmen, und dabei nicht auf die passive Netzinfrastruktur zurückgreifen. Jedoch lassen sich bei der Betrachtung der beiden Konstellationen keine hinreichenden Schlussfolgerungen zur angemessenen Höhe des Aufschlags herleiten.
152. (1) Bei bereits vorhandener Nutzung der betroffenen passiven Infrastruktur durch ein anderes Telekommunikationsunternehmen greifen jedoch bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Versagungsgründe des § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG, sobald ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz besteht. Daher kann diese Konstellation nur auftreten, wenn die bestehende Nutzung kein bestehendes Glasfasernetz betrifft bzw. bei einem Glasfasernetz es an einem offenen und diskriminierungsfreien Netzzugang fehlt oder der Verpflichtete keine tragfähige Alternative im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG angeboten hat.
153. In den Fällen, in denen kein Versagungsgrund vorliegt, ist die gesetzgeberische Grundentscheidung zu berücksichtigen, dass eine Mitnutzung nur in den eng auszulegenden Ausnahmefällen der § 77g Abs. 2 Nr. 1 bis 7 TKG zu versagen ist. Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, besteht ein Mitnutzungsanspruch. Es wäre widersinnig, mit dem Argument des chancengleichen Wettbewerbs und über einen besonders hohen Aufschlag diese bestehenden Mitnutzungsansprüche auf der Entgeltseite zu beeinträchtigen. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die bestehende Nutzung kein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz ist. Denn in diesem Fall ist die grundlegende gesetzgeberische Entscheidung zur Beschleunigung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zu berücksichtigen. Diese Grundentscheidung würde konterkariert, wenn die Mitnutzung mit einem besonders hohen Aufschlag belegt würde.
154. Unabhängig davon ist für den Fall der beabsichtigten Nutzung derselben Infrastruktur durch verschiedene Berechtigte im Gesetz eine Lösung vorstrukturiert worden. Mit § 77i Abs. 2 TKG ist für Anträge verschiedener Berechtigter zur selben passiven Infrastruktur eine Entscheidung nach Reihenfolge des Antragseingangs festgeschrieben worden. Entscheidend dafür, ob eine oder mehrere Mitnutzungen erfolgen können, ist insbesondere das Vorhandensein von Kapazität. Liegt dabei eine Konstellation vor, dass zwei Telekommunikationsunternehmen dieselbe Infrastruktur nutzen wollen, die Kapazität aber nur für eine Mitnutzung hinreicht, ist die Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition durch die gesetzliche Regelung vorgegeben und sachlich begründet. Demnach sind die Auswirkungen auf den chancengleichen Wettbewerb umso geringer, wenn – wie im hier zu entscheidenden Fall – eine passive Infrastruktur hinreichende Kapazität aufweist, um mehrere Mitnutzungen zu ermöglichen. Unabhängig davon ist damit zu rechnen, dass die Anzahl dieser Konstellationen mit zunehmendem Auf- und Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze abnehmen wird.

155. (2) Auch aus der Fallkonstellation, dass im selben Versorgungsgebiet zwei Telekommunikationsunternehmen den Aufbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen planen oder vornehmen, und dabei eines der Unternehmen Mitnutzungsansprüche nach § 77d TKG nutzt, das andere Unternehmen dagegen nicht auf die passive Netzinfrastruktur Dritter zurückgreift, lassen sich keine Rückschlüsse auf einen niedrigen oder hohen Aufschlag herleiten. Dass die Realisierung von Mitnutzungen Einsparpotentiale hebt und bestimmte Unternehmen, die in höherem Umfang Infrastruktur mitnutzen, möglicherweise kostengünstiger ihre Netze auf- und ausbauen als andere Unternehmen, die in geringerem Umfang Mitnutzungen realisieren, ist dem Gesetz immanent.
156. Im Ergebnis hat die Höhe des Aufschlags keine Auswirkungen auf die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs.

Wettbewerbsschutz zum Nutzen der Verbraucher und Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG)

157. Dieser Regulierungsgrundsatz geht auf Art. 8 Abs. 5 lit. c der Rahmenrichtlinie zurück und hebt, zum einen, die Bedeutung des Verbraucherschutzes hervor. Danach soll, in teilweiser Überschneidung zu den Zielen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, durch den Wettbewerb dem Verbraucher die Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern ermöglicht und so die Qualität der angebotenen Leistungen verbessert werden.

Vgl. Ruthig in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rz. 33.

Zum anderen gibt der Regulierungsgrundsatz die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs (im Gegensatz zu einem Dienstewettbewerb) vor.

158. Während die Verbraucherinteressen uneingeschränkt für einen eher niedrigen Aufschlag sprechen (vgl. Rz. 149), ist in Bezug auf die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs in den Blick zu nehmen, dass auch dieser Grundsatz für einen eher niedrigen Aufschlag streitet, der Aufschlag aber nicht dermaßen niedrig sein sollte, dass dadurch Investitionen in passive Netzinfrastruktur unterbleiben (dazu sogleich unter Rz. 161 ff.).

Förderung des Binnenmarktes der Europäischen Union (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG)

159. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine bestimmte Aufschlagshöhe den Binnenmarkt der Europäischen Union fördern könnte. Aufgrund des Zusatzkostenmaßstabs des § 77n Abs. 2 TKG geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Mitnutzungsentgelte nach diesem Maßstab im europaweiten Vergleich jedenfalls nicht am oberen Ende liegen werden und deshalb eine Beeinträchtigung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu besorgen ist.
160. Überdies ist eine vergleichende Betrachtung, inwiefern eine bestimmte Aufschlagshöhe geeignet sein könnte, den Binnenmarkt zu fördern, nicht möglich. Die Bundesrepublik hat in der Umsetzung der Richtlinie als einziger Mitgliedstaat beim Entgeltmaßstab gesetzlich eine Unterscheidung danach vorgesehen, ob der Infrastrukturanbieter ein öffentliches Telekommunikationsnetz betreibt oder nicht und im letzteren Fall nur auf

die Zusatzkosten der Mitnutzung sowie einen angemessenen Aufschlag als Anreiz abgestellt. Insbesondere ist das Konzept des Anreizaufschlags nirgendwo sonst vorgesehen. Damit scheidet ein Vergleich der Aufschlagshöhe mit anderen Mitgliedstaaten – und die möglicherweise daraus folgende Überlegung, ob ein, gemessen am Durchschnitt anderer Mitgliedstaaten, geringerer oder höherer Aufschlag geeignet sein könnte, den Binnenmarkt zu fördern – von vornherein aus.

Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG)

161. Dieses Regulierungsziel deckt sich mit dem Gesetzeszweck des DigiNetz-Gesetzes, das einen kostengünstigen und flächendeckenden Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen zum Ziel hat.

Vgl. zum Inhalt des Regulierungsziels Ruthig, a. a. O., § 2 Rz. 25.

162. Die Gewährung eines (zu) hohen Aufschlags könnte im Einzelfall eine geplante Versorgung eines bestimmten Gebietes unrentabel machen bzw. Kapital für weitere Investitionen in andere Projekte binden. Auf der anderen Seite kann ein (zu) geringer Aufschlag bei der Festsetzung eines Mitnutzungsentgelts im Streitbeilegungsverfahren dazu führen, dass (1) die Bereitschaft zu einer Verhandlungslösung (zumindest auf Seiten des Infrastrukturinhabers) gesteigert wird, (2) potentiell verpflichtete Infrastrukturinhaber kurz- bis mittelfristig weniger oder gar keine passiven Netzinfrastrukturen mehr bauen, da sie beim Scheitern einer Verhandlungslösung neben den ihnen entstehenden zusätzlichen Kosten nur einen (zu) geringen Aufschlag erhalten und deshalb von vornherein auf diese Bautätigkeiten verzichten. Hierbei geht die Beschlusskammer davon aus, dass aufgrund steigender Nachfrage und des digitalen Wandels langfristig in jedem Falle flächendeckende Hochgeschwindigkeitsnetze errichtet und ausgebaut werden. Die Zielsetzung des Gesetzes und der Richtlinie besteht aber gerade darin, diesen Auf- und Ausbau kurz- bis mittelfristig durch Kostensenkungen zu beschleunigen. Während Szenario (1) die Zielsetzung des DigiNetz-Gesetzes und der Kostensenkungsrichtlinie befördert, würde Szenario (2) kurz- bis mittelfristig dazu führen, dass in gewissem Umfang potentielle Kostensenkungspotentiale gar nicht erst entstehen, weil es an der Voraussetzung nutzbarer passiver Infrastrukturen fehlen würde.
163. Dieser Befund ist insofern ambivalent, als sich darin das bereits unter Ziff. 2.3.4.3.2 (Rz. 101 ff.) beschriebene Spannungsfeld zwischen dem Kostensenkungs- und Beschleunigungsgedanken einerseits und der Anreizfunktion des Aufschlags andererseits wiederfindet. Allerdings streitet das Regulierungsziel im Ergebnis für die Festsetzung eines eher niedrigen Anteils des Referenzpreises als Aufschlag, als sich nach der gesetzgeberischen Ratio aus der Kostensenkung durch Nutzung von Synergiepotentialen eine Beschleunigung des Breitbandausbaus ergibt. Gleichwohl darf dieser Aufschlag nicht so gering sein, dass sich daraus eine geringere Bereitschaft zur Schaffung passiver Infrastrukturen ergibt.

Förderung effizienter Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG)

164. Die vormalig als Regulierungsziel formulierte Förderung effizienter Investitionen und Innovationen wurde im Einklang mit Art. 8 Abs. 5 lit. d) Rahmenrichtlinie zum Regulierungsgrundsatz.

Vgl. Ruthig, a. a. O., § 2 Rz. 35.

165. Dem Regulierungsgrundsatz wird ein eher geringer Anteil am Referenzwert als Aufschlag am besten gerecht. Der Vorschrift lässt sich zunächst entnehmen, dass effiziente Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen gefördert werden. Bei diesen Infrastrukturen handelt es sich in Streitbeilegungsfällen um diejenigen digitalen Hochgeschwindigkeitsnetze, welche der Mitnutzungspetent unter Nutzung der passiven Infrastruktur des Infrastrukturinhabers errichten möchte. Zudem gibt der Regulierungsgrundsatz vor, die Förderung erfolge auch dadurch, dass die Bundesnetzagentur dafür sorgt, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko des investierenden Unternehmens gebührend Rechnung getragen wird. Dabei handelt es sich um das Risiko des in digitale Hochgeschwindigkeitsnetze investierenden Unternehmens, im vorliegenden Fall also der Antragstellerin. Selbst wenn man die Vorschrift als Maßgabe interpretieren würde, auch das Risiko des in die mitgenutzte passive Infrastruktur investierenden Unternehmens interpretieren würde, würde dies nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Denn nach der gesetzgeberischen Konzeption ist in den Fällen des § 77n Abs. 2 TKG davon auszugehen, dass die Kosten der mitgenutzten Infrastruktur bereits anderweitig getragen werden, so dass insoweit ein Investitionsrisiko des Infrastrukturinhabers nicht besteht. Dementsprechend sind nach der Gesetzesbegründung Investitionskosten für die Errichtung der Infrastruktur in die Entgeltermittlung nicht auszugleichen. Selbst eine großzügigere Dimensionierung passiver Infrastrukturen (z. B. Leerrohr anstatt direkt in der Erde verlegtem Kabel oder Leerrohr mit einem größeren Durchmesser) führt in der Regel nur zu geringen Mehrkosten im Vergleich zu den – vor allem durch den Tiefbau getriebenen – Gesamtkosten der Basisprojekte. Auch ein eher geringer Anteil am Referenzwert kann dafür bereits einen Anreiz setzen.

Interesse des Infrastrukturinhabers

166. Bei der Bestimmung des Aufschlages ist auf den Einfluss der Mitnutzung auf die Interessen des Infrastrukturinhabers abzustellen. Dies ergibt sich zum einen aus dessen Stellung als Eigentümer bzw. Betreiber der betroffenen Infrastruktur. Denn auch wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Investitionskosten der Infrastruktur bereits anderweitig getragen werden, so mindert die Mitnutzung die gegenwärtigen und die potentiellen Verfügungsmöglichkeiten des Infrastrukturinhabers in Bezug auf die betroffene Infrastruktur. In diesen Zusammenhang kann der Aufschlag als eine Art Kompensation für die durch das DigiNetz-Gesetz – als verfassungsrechtlich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung – auferlegte Beeinträchtigung der Verfügungsgewalt angesehen werden.

167. Zum anderen sind die Interessen des Infrastrukturinhabers auch deshalb in die Abwägung einzubeziehen, weil der Aufschlag Anreizfunktion hat und die Bereitschaft des Infrastrukturinhabers zur Nutzungsgewährung erhalten oder fördern soll. Diese Bereitschaft hängt von der für die Mitnutzung erzielbaren Gegenleistung ab. Je höher das für die Mitnutzung zu erzielende Entgelt, desto eher wird der Infrastrukturinhaber bereit sein, die angefragte Mitnutzung zu gewähren. Dies gilt unabhängig davon, ob der Infrastrukturinhaber Eigentümer oder Betreiber der Infrastruktur ist. Während der Eigentümer stets das Entgelt erhält, besteht ein gleichlaufendes Interesse des Betreibers an hohen Entgelten, weil entweder der Betreiber, zum Beispiel aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit dem Eigentümer, das Entgelt erhält oder das Mitnutzungsentgelt dazu führt, dass sich das von dem Betreiber zu entrichtende Entgelt verringert, oder sich zumindest Verhandlungsspielräume für eine Entgeltverringering ergeben. Auf der anderen Seite dürften Interessen des Eigentümers oder Betreibers, die Mitnutzung zu verwehren, um Mitbewerbern die Nutzung von Synergiepotentialen zu verwehren, regelmäßig deswegen ausgeschlossen sein, weil in den Fällen von § 77n Abs. 2 TKG die Eigentümer und Betreiber der Infrastruktur keine TK-Unternehmen sind, die in direktem Wettbewerb mit den Mitnutzungspetenten stehen.
168. Sowohl der Kompensationsgedanke als auch die Anreizfunktion des Aufschlags sprechen dafür, dass die Interessen des Infrastrukturinhabers auf eine Aufschlagsbestimmung auf Grundlage eines möglichst hohen Anteils am Referenzpreis gerichtet sind. Aus Sicht des Infrastrukturinhabers spricht viel dafür, dass der Aufschlag zusammen mit den Zusatzkosten dem Referenzpreis entspricht oder gar darüber hinausgeht.

Keine verzerrenden Effekte zum Nachteil bestimmter Infrastrukturen

169. Bei der Prüfung der Mitnutzungsentgelte ist sicherstellen, dass keine verzerrenden Effekte zum Nachteil bestimmter Infrastrukturen eintreten.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 56.

170. Es ist nicht ersichtlich, dass die Höhe des Aufschlages verzerrende Auswirkungen auf bestimmte Infrastrukturen haben könnte. Insbesondere erfolgt die Festlegung des Aufschlags nach der gesetzgeberischen Konzeption unabhängig von der Art der zu nutzenden Infrastruktur. Im Ergebnis hat dieser Belang im vorliegenden Fall keinen Einfluss auf die Ermittlung des angemessenen Aufschlags.

Gesamtabwägung

171. Demnach streiten
- die Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG),
 - der Wettbewerbsschutz zum Nutzen der Verbraucher und Förderung des infrastrukturasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG),
 - die Förderung effizienter Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG) und

- das – mit dem Zweck des DigiNetz-Gesetzes deckungsgleiche – Regulierungsziel der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG)

für eine Aufschlagsbestimmung anhand eines eher niedrigen Anteils am Referenzwert. Dieser muss aber so bemessen sein, dass der Anreiz zur Mitnutzungsgewährung erhalten bleibt.

172. Die Interessen des Infrastrukturinhabers hingegen streiten für einen hohen Anteil am Referenzpreis. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für einen „strengen“ Entgeltmaßstab, und zwar einen Zusatzkostenmaßstab, nicht durch die Aufschlagshöhe konterkariert werden kann. Dies gilt umso mehr, als die Unterscheidung zwischen einem Maßstab für Telekommunikationsunternehmen, wie er in § 77n Abs. 3 TKG umgesetzt worden ist, und einem Grenzkostenmaßstab für andere Infrastrukturinhaber nicht von der Richtlinie vorgegeben ist und kein anderer Mitgliedstaat in der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht explizit eine solche Unterscheidung gesetzlich vorgenommen hat (weswegen im Übrigen auch keine Aufschlagsregelungen in den anderen Mitgliedstaaten existieren, die zum Vergleich hätten herangezogen werden können). Diese Unterscheidung spricht nach Auffassung der Beschlusskammer dafür, dass sich der Gesetzgeber bewusst für den in § 77n Abs. 2 TKG normierten Zusatzkostenmaßstab entschieden hat. Dieser Maßstab führt gegenüber dem Entgeltmaßstab in § 77n Abs. 3 TKG regelmäßig zu niedrigeren Entgelten. Dies würde konterkariert, wenn der für die Aufschlagsermittlung herangezogene Anteil des Referenzpreises zusammen mit den Zusatzkosten zu einem Mitnutzungspreis pro Meter führt, der den Referenzpreis erreichen oder gar übersteigen würde. Denn nach den Erkenntnissen der Beschlusskammer ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl der im Markt vereinbarten Preise Investitionskosten enthalten.
173. Als Zwischenergebnis der Abwägung ist festzuhalten, dass Überwiegendes für die Bestimmung des Aufschlags anhand eines eher niedrigen Anteils am Referenzwert spricht, wobei der Anteil in der Regel jedenfalls nicht zu einem Mitnutzungspreis führen darf, der den Referenzwert erreicht oder gar übersteigt, damit die gesetzgeberische Vorgabe eines Zusatzkostenmaßstabes nicht konterkariert wird.
174. Diese Bedingung kann bei kurzen Strecken und/oder hohen Zusatzkosten zu einem so geringen Aufschlag führen, dass damit keinerlei Anreizwirkung mehr verbunden wäre. Die Idee des DigiNetz-Gesetzes hier Synergien heben zu können, wäre damit im Ergebnis konterkariert, auch wenn dem Zusatzkostenmaßstab Genüge getan wäre. In der Gesamtschau der Ziele des Gesetzgebers sowie der primären Intention der Förderung des Breitbandausbaus handelt es sich somit um eine angemessene Maßnahme, hier einen Mindestbetrag pro Jahr festzulegen. Die Interessen von Infrastrukturinhaber und Mitnutzungspetent werden dadurch in gleichem Maße berücksichtigt, da auch für kurze Strecken der Anreiz für eine Mitnutzung erhalten bleibt.

Vgl. in diesem Sinne zum Beispiel die Stellungnahmen der Stadtwerke Crailsheim, S. 5, des VKU, S. 11, der EWE TEL GmbH, S. 8 sowie des BREKO e. V., S. 6.

In diesen Ausnahmefällen (kurze Strecke und/oder hohe Zusatzkosten) kann der Mitnutzungspreis, insbesondere wenn ein Mindestaufschlag zum Tragen kommt, auch deutlich oberhalb des Referenzpreises liegen.

175. Mangels weiterer Maßstäbe für die konkrete Bestimmung des Anteils am Referenzwert hat sich die Beschlusskammer daher maßgeblich auf das Ergebnis der Abwägung gestützt. Bei der Bestimmung des angemessenen Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG ist neben der Kostensenkung auch die Anreizfunktion des Aufschlags zu berücksichtigen. Dieser muss so bemessen sein, dass der Anreiz zur Mitnutzungsgewährung erhalten bleibt. Nach Auffassung der Beschlusskammer wäre ein Aufschlag unter 20 % des Referenzpreises zu gering, um eine hinreichende Anreizwirkung zu entfalten. Auf der anderen Seite sprechen die Zielsetzung des DigiNetz-Gesetzes und die Abwägung der Regulierungsziele und -grundsätze eher für einen niedrigen Anteil am Referenzpreis. Daher hat die Beschlusskammer im Rahmen der Gesamtabwägung unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände einen Anteil von 20 % vom Referenzpreis als angemessenen Aufschlag festgelegt. Der Aufschlag beträgt damit 0,25 € pro Meter und Jahr.

176. Bei sehr kurzen Strecken ergibt sich aus dem Aufschlag pro Meter ein so niedriger Gesamtbetrag, dass von ihm – selbst über eine längere Laufzeit – kaum die gewünschte Anreizwirkung ausgeht. Dies wird insbesondere bei der streitgegenständlichen Strecke von 33 Metern deutlich, die zu einem jährlich zu zahlenden Aufschlag von 8,25 € pro Jahr führt. Deshalb legt die Beschlusskammer für Strecken unter 100 Meter einen Mindestbetrag von 25 € pro Jahr fest, damit auch Länge ein aus ihrer Sicht hinreichender Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen besteht.

177. Klarstellend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass das Mitnutzungsentgelt nach § 77n Abs. 2 TKG nicht allein aus dem Aufschlag besteht, sondern aus den Zusatzkosten zuzüglich des Aufschlags. Rechnet man im vorliegenden Fall die derzeit schon angefallenen Zusatzkosten in Höhe von 329,33 € auf die sich aus der Marktabfrage ergebenden durchschnittliche Vertragsdauer von 14,8 Jahren und die Länge von 33 Metern um, erhält man einen Wert von 0,96 € pro Meter und Jahr. Addiert mit dem Aufschlag ergäbe sich ein Mitnutzungsentgelt von 1,21 € pro Meter und Jahr. Berücksichtigt man den Mindestbetrag von 25 €, ergibt sich hier ein Mitnutzungsentgelt von 1,72 €/m.

178. Darüber hinaus ist im Hinblick auf die Wahl des Anteils vom Referenzpreis für den Aufschlag zu beachten, dass der Referenzpreis selber keinen Reingewinn darstellt, sondern sich sowohl aus Kosten- als auch Gewinnanteilen zusammensetzt. Dem gegenüber stellt der Aufschlag einen Reingewinn ohne Kostenentsprechung dar, weshalb ein niedriger Anteil am Referenzpreis geboten ist.

179. Folgende Kontrollüberlegung unterstützt, dass mit der vorgeschlagenen Vorgehensweise kein zu hoher Anteil der Investitionskosten gedeckt würde. Aus dem Aufschlag von 0,25 € ergibt sich unter der Annahme einer Nutzungsdauer von 40 Jahren für Kabelkanalanlagen und dem derzeit verwendeten angemessenen kalkulatorischen Branchenzinssatz von 4,88 % ein Barwert von 4,36 € pro Meter. Dieser Barwert liegt nicht über 10 % der in Studien/Quellen üblicherweise zu findenden Werte für die Stand-Alone-Kosten (vgl. Rz. 124) und somit wird durch den Aufschlag wohl auch kein erheblicher Teil der Investitionskosten vergütet.
180. Ein höherer Aufschlag als der festgelegte mag die Bereitschaft der Infrastrukturinhaber zur Gewährung von Mitnutzungen noch steigern, doch sinkt damit das Kostensenkungspotential der Mitnutzung. Mit zunehmender Höhe des Aufschlags wird zum einen mehr des bei Telekommunikationsunternehmen für den Netzausbau zur Verfügung stehenden Kapitals gebunden. Zum anderen nähert sich der Aufschlag dann immer mehr an einen Betrag an, der auch geeignet ist, einen nicht unerheblichen Teil der Investitionskosten zu decken. Demgegenüber senkt ein noch geringerer Aufschlag zwar die Kosten für die Mitnutzung, wird aber kaum noch den vom Gesetzgeber intendierten Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen entfalten und somit den flächendeckenden Aufbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze nicht in dem vom DigiNetz-Gesetz intendierten Maß beschleunigen. Gerade bei der im Vergleich zu den Kosten einer Eigenrealisierung geringen Höhe des Aufschlags wirkt sich eine weitere Absenkung kaum mehr auf die Mitnutzungsnachfrage und damit die hierdurch ermöglichte Ausbaubereitschaft von Telekommunikationsunternehmen aus. Dagegen marginalisiert eine weitere Absenkung des Aufschlags den Anreiz für den Infrastrukturinhaber so weit, dass er nicht mehr bereit ist, Mitnutzungen zu gewähren; im günstigsten Fall dürfte auch der Anreiz für „Mehrdimensionierungen“ ganz wegfallen.
181. Aus diesen Abwägungsüberlegungen heraus wird deutlich, dass der nunmehr gefundene Aufschlag die Interessenlagen von Infrastrukturinhaber und Mitnutzungspetenten in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander bringt.

2.3.5 Festlegung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen (Tenorziffer 1 lit. b) - f))

182. Die Klauseln über nachträglich entstehende Zusatzkosten unter § [REDACTED] des Vertrags, diejenige zur Kündigung wegen baulichen Veränderungen unter § [REDACTED] des Vertrages, diejenige zur Kündigung wegen Verkauf, Stilllegung oder Rückbau der Infrastruktur unter § [REDACTED] des Vertrags, diejenige zu den nachträglichen Erschwerniskosten unter § [REDACTED] des Vertrags sowie die Regelungen zur Rückbauverpflichtung unter § [REDACTED] des Vertrags entsprechen nicht in vollem Umfang dem Maßstab fairer und angemessener Bedingungen. Die Regelungen zu den anderen Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigen Gründen unter § [REDACTED] des Vertrags sowie zum Wechsel der Vertragsparteien in § [REDACTED] des Vertrags entsprechen dementsprechend den Maßstäben von Fairness und Angemessenheit.

2.3.5.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen

183. Im Gegensatz zu dem spezielleren Prüfungsmaßstab zu den Mitnutzungsentgelten aus § 77n Abs. 2 TKG werden die weiteren Mitnutzungsbedingungen anhand des allgemeineren Prüfungsmaßstabs des § 77d Abs. 2 Nr. 1 TKG beleuchtet. Die sonstigen in Streit stehenden vertraglichen Regelungen werden anhand dieses Maßstabs geprüft und, sofern erforderlich, als faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung festgelegt.
184. Als Prüfungsmaßstab für die Festlegung der weiteren Mitnutzungsbedingungen hat die Beschlusskammer § 77d Abs. 2 Nr. 1 TKG herangezogen. Dieser legt als Kriterium für ein ordnungsgemäßes Angebot über die Mitnutzung fest, dass dieses „faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung, insbesondere in Bezug auf den Preis für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes sowie in Bezug auf die zu leistenden Sicherheiten und Vertragsstrafen“ enthalten muss.
185. Das Kriterium der fairen und angemessenen Bedingungen entstammt der Kostensenkungsrichtlinie.

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

186. Während der Begriff der Angemessenheit auf einen Verhältnismäßigkeitsmaßstab hinweist, zielt das Wort „fair“ auf eine gerechte, den Regeln des Zusammenlebens entsprechende (und in diesem Sinne anständige) Lösung und verweist somit auf einen Billigkeitsmaßstab.

Vgl. die Bedeutungsübersicht unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/fair>.

187. Dementsprechend führt auch Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie aus:

„Bei Uneinigkeiten im Verlauf der kommerziellen Verhandlungen über die technischen und kommerziellen Bedingungen sollte jede Partei eine Streitbeilegungsstelle auf nationaler Ebene in Anspruch nehmen können, die den Parteien eine Lösung vorschreiben kann, um ungerechtfertigte Geschäftsverweigerungen oder unangemessene Bedingungen zu vermeiden.“

188. Die fairen und angemessenen Zugangsbedingungen sollten „mit der normalen Ausübung von Eigentumsrechten vereinbar“ sein.

Vgl. Kostensenkungsrichtlinie, Erwägungsgrund 14.

189. Aus Erwägungsgrund 18 der Kostensenkungsrichtlinie ergibt sich zudem, dass bei der Festlegung fairer und angemessener Bedingungen auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Je nach Kontext können verschiedene Faktoren – zum Beispiel die Verwendung staatlicher Zuschüsse, Einschränkungen aufgrund nationaler Vorschriften zum Schutz der Umwelt, der Gesundheit oder der öffentlichen Sicherheit sowie die Verwirklichung von Stadt- und Raumplanungszielen – die Bedingungen der Zugangsgewährung beeinflussen. Dem lässt sich entnehmen, dass bei der Festlegung von Zu-

gangsbedingungen den besonderen rechtlichen und tatsächlichen Umständen des Einzelfalles gebührend Rechnung zu tragen und ein fairer und angemessener Ausgleich sämtlicher berechtigter Interessen der Parteien zu gewährleisten ist.

Vgl. (zum europäischen Kartellrecht) EuGH, Urteil C-170/13 vom 16. 7. 2015, juris-Rn. 37, 56.

190. Eine weitergehende Definition des Begriffs der fairen und angemessenen Zugangsbedingungen ist weder in der Kostensenkungsrichtlinie, noch in dem diese Richtlinie umsetzenden DigiNetz-Gesetz enthalten.
191. Bereits im allgemeinen Wettbewerbsrecht ist die Vorstellung des fairen und angemessenen Ausgleichs in den §§ 19, 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angelegt. Diese zielen auf einen funktionierenden, freien und fairen Wettbewerb im Umfeld einer marktbeherrschenden Stellung. Der im allgemeinen Recht angelegte Grundsatz wird für den Bereich der Telekommunikation im TKG noch einmal aufgegriffen und spezifiziert.
192. § 25 Abs. 5 TKG legt insoweit fest, dass alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung den Anforderungen der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit entsprechen müssen. Diese Anforderungen können auch zur Ausfüllung des Begriffs der fairen und angemessenen Bedingungen herangezogen werden, denn ihre Tauglichkeit zur Beurteilung von Vertragsbedingungen hängt nicht davon ab, ob der den Zugang gewährende Infrastrukturinhaber über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die jeweiligen Kräfte- und Wettbewerbsverhältnisse zwischen Zugangspetenten und Infrastrukturinhabern können auch im Rahmen der Kriterien Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit berücksichtigt werden.
193. Das Gebot der Billigkeit erfordert, dass die Mitnutzung zu Bedingungen angeboten wird, die den Zwecken angemessen sind, die der Mitnutzungsnachfrager (hier die Antragstellerin) beim Bezug dieser Leistungen verfolgt. Belastungen und Einschränkungen des Mitnutzungsnachfragers bei Bestellung und Bezug dieser Leistungen müssen durch schützenswerte Interessen der Antragsgegnerin gerechtfertigt sein. Umgekehrt gilt, dass die Antragstellerin nicht die für sie jeweils vorteilhaftesten Bedingungen beanspruchen kann. Einmal gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Antragsgegnerin nicht zu Vertragsbedingungen verpflichtet werden kann, deren Belastungen für sie in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem Nutzen der Mitnutzung für den Mitnutzungsnachfrager und Wettbewerber stehen. Zweitens ist anerkannt, dass die Wettbewerber unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine besseren Bedingungen fordern können, als zwischen Unternehmen in einem wettbewerblichen Umfeld im Wege von Vertragsverhandlungen bzw. auf Grundlage gesetzlicher Regelungen zu erwarten wären. Dies gilt in Bezug auf die Zugangsanordnung nach § 25 TKG – einem Instrument gegen ein durch Regulierungsverfügung festgestelltes Marktversagen – und muss insofern erst recht im Falle von Mitnutzungen nach § 77d TKG gelten.

Vgl. zu § 25 TKG Hölscher in: Scheurle/Mayern, TKG, 3. Aufl., § 25, Rn. 1; vgl. Scherer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl., § 25, Rn. 2.

194. Das Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern, sowie flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen. In Bezug auf die Regelung des § 25 Abs. 5 TKG folgt daraus eine Gestaltung der Vertragsbedingungen, die dem Zugangsnachfrager erlaubt, in einen chancengleichen Wettbewerb sowohl mit dem Zugangsverpflichteten als auch mit anderen Wettbewerbern zu treten. Dieser Gedanke lässt sich im Wesentlichen auf § 77d Abs. 2 TKG übertragen, da der Regelungszweck dieser Norm ebenfalls auf die Förderung leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen sowie flächendeckend angemessener und (im Sinne des DigiNetz-Gesetzes) ausreichender Dienstleistungen gerichtet ist. Dabei ist zwar zu berücksichtigen, dass den eingegangenen Investitionsrisiken, dem vorstoßendem Wettbewerb des Infrastruktureigentümers oder -betreibers und den Auswirkungen der Mitnutzung auf sein Geschäftsmodell im Bereich außerhalb des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht ein höheres Gewicht zukommt. Dies darf aber nicht dazu führen, dass die Beschränkung der eng auszulegen- den Ausschlussgründe in § 77g Abs. 2 TKG durch zu restriktive Mitnutzungsbedingungen wieder ausgehebelt wird. Umgekehrt lässt sich jedoch sagen, dass eine Regelung, die nach § 25 Abs. 5 TKG dem Zugangsnachfrager zumutbar ist, erst recht für den Mitnutzungspetenten als fair und angemessen i. S. v. § 77d Abs. 2 TKG anzusehen ist.
195. Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von dem verpflichteten Infrastrukturihaber gewährten Zugangsleistungen innerhalb von Fristen bereitgestellt werden müssen, die es den auf diese Leistungen angewiesenen Mitnutzungspetenten ermöglichen, effektiv am Markt tätig sein zu können. Das Gebot ist eine weitere Ausprägung des auch in § 42 Abs. 3 TKG niedergelegten Grundsatzes, demzufolge das marktmächtige Unternehmen durch sachlich unbegründete zeitliche Verzögerungen seine Wettbewerber nicht behindern können soll. Auch dieses Kriterium ist auf § 77d Abs. 2 TKG übertragbar, weil der Zeitrahmen für die Bereitstellung der Leistung am Ziel des beschleunigten Infrastrukturausbaus zu messen ist.

2.3.5.2 Erstattung zusätzlicher zukünftiger Kosten, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. b))

196. Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags geht von der Grundannahme aus, dass sich rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse so verändern können, dass zukünftig weitere Verpflichtungen oder Belastungen in Bezug auf die Mitnutzung eingeführt werden, in deren Folge es zu Mehrkosten der Mitnutzung kommt. In einem solchen Fall sollen die entstehenden Mehrkosten auf das zu zahlende Entgelt umgelegt und diese nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB angepasst werden können.
197. Voraussetzung zur Möglichkeit einer solchen Regelung im Vertrag wäre, dass die Klausel im Anwendungsfall überhaupt als wirksam angesehen werden könnte. Demnach müsste eine solche einseitige Anpassungsmöglichkeit gemäß § 315 BGB im Be-

reich von einmal durch die Regulierungsbehörde festgesetzten Entgelten überhaupt für anwendbar gehalten werden. Der EuGH hat in einem Sachverhalt aus dem Eisenbahnregulierungsrecht angenommen, dass eine solche Billigkeitskontrolle in Anwendung des § 315 BGB im Widerspruch zu den im Regulierungsrecht festgelegten Grundsätzen, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Unternehmen, stehe. Die dortige Annahme geht davon aus, dass eine von den Zivilgerichten vorgenommenen Billigkeitskontrolle die Verwirklichung der Regulierungsziele gefährde, da keine einheitlichen Kriterien anerkannt seien, sondern die Kriterien von Fall zu Fall je nach Vertragszweck und den Interessen der Parteien angewandt würden.

Urteil des EuGH vom 9. 11. 2017, RS C-489/15, Rz. 69 ff., Sammlung der Rechtsprechung, EurLEX ECLI:EU:C:2017:834, Stand: 16. 10. 2018

198. Die Grundsätze aus dieser Rechtsprechung übertragen auf die Grundannahmen aus dem DigiNetz-Gesetz führen dazu, dass sich hier nichts anderes ergibt.

Für die genehmigten Entgelte im Telekommunikationsbereich so auch bereits bestätigt durch BGH, NJW 1998, S. 3188, 3192.

Insoweit es – wie in diesem Fall konkret durch Anrufung der Nationalen Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes – dazu kommt, dass eine Festlegung der Mitnutzungsentgelte durch die Regulierungsbehörde auf Basis bestimmter Grundannahmen und Grundsätze erfolgt, ist eine solche Festlegung keiner einseitigen nachträglichen Anpassung durch eine Vertragspartei zugänglich. Auch wenn hier das Verhandlungsprimat sowie eine gewisse Form der Individualisierbarkeit der Leistung Anwendung finden, so werden durch die Ermittlung von Zusatzkosten plus Aufschlag für die Mitnutzung durch die Bundesnetzagentur umfangreiche Abwägungen im Rahmen des geltenden Regulierungsrechts, insbesondere auch den Zielvorstellungen des europäischen Gesetzgebers bei Schaffung der Kostensenkungsrichtlinie vorgenommen. Insoweit ein Zivilgericht die Möglichkeit bekäme, in dieses System über eine einzelne Bestimmung des Entgelts nach billigem Ermessen einzuwirken, könnte es der Systematik der Festlegung von fairen und angemessenen Entgelten im Sinne des Maßstabs aus § 77n Abs. 2 TKG entgegen wirken. Es gäbe mithin nur die Möglichkeit, dass die Zivilgerichte an dieser Stelle unmittelbar die Maßstäbe aus § 77n Abs. 2 TKG anwenden müssten, was sich auch im Hinblick auf den Eingriff in Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur als systemwidrig erweisen würde. Denn damit würden die Vorschriften des DigiNetz-Gesetzes nicht nur durch die zuständige Bundesnetzagentur beurteilt, sondern quasi einer „ex post“-Kontrolle durch die Zivilgerichte unterworfen.

Vgl. dazu Urteil des EuGH vom 9. 11. 2017, RS C-489/15, Rz. 84 ff., insbesondere Rz. 86.

199. Insofern ist die Rechtsprechung des EuGH auch auf diesen Fall insoweit übertragbar, als die Anwendbarkeit der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB auch für die Fälle des DigiNetz-Gesetzes nicht möglich ist.
200. Unabhängig von dieser Einschätzung könnte sich aber im vorliegenden Fall eine Notwendigkeit einer solchen Anpassungsklausel dadurch ergeben, dass ggf. ändernde

tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten zu möglichen weiteren Kosten im Hinblick auf die Mitnutzung führen könnten. Es handelt es sich hier um einen Vertrag ohne eine feste Laufzeit, der sich durch die uneingeschränkte Geltung im Laufe der Zeit einem gewissen Anpassungsbedürfnis gegenübersteht. Zwar werden die aus der Mitnutzung resultierenden Zusatzkosten sowie ein Aufschlag als Anreiz für die Zugangsgewährung mit diesem Beschluss bereits festgelegt und diese unterliegen auch keinen Anpassungen wie z. B. Inflationsraten o. ä. Allerdings ist damit nicht ausgeschlossen, dass sich im Übrigen eine „Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse“ ergeben kann, die eine „weitere Verpflichtung oder Belastung in Bezug auf die Mitnutzung“ nach sich ziehen könnte.

201. Denkbar wären hier beispielsweise gestiegene technische Anforderungen an Verlauf und Absicherung von passiven Infrastrukturen (also z. B. neue rechtliche Regelungen über die Rohrbeschaffenheit), bei denen sich zur Abgrenzung aber auch immer die Frage stellen würde, inwiefern die Antragsgegnerin als Eigentümerin nicht letztlich die Absicherungen auch unabhängig von einer Mitnutzung vornehmen müsste. Eine „weitere Verpflichtung oder Belastung in Bezug auf die Mitnutzung“, die im Vertragsverlauf erst eingeführt würde, ist insofern immer nur dann anzunehmen, wenn sie tatsächlich zu zusätzlichen Kosten rein aus der Mitnutzung heraus führen würde.
202. Eine solche Anpassungsmöglichkeit muss aber wieder einer Kontrolle durch die Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes und einem Verfahren aus § 77n zugänglich sein, da diese in Fällen von durch die Mitnutzung zusätzlich entstehenden Kosten das Entscheidungsrecht in Streitfällen innehat.
203. Die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags wird daher wie folgt gefasst:

„Für den Fall, dass durch Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse zukünftig weitere Verpflichtungen oder Belastungen in Bezug auf die Mitnutzung eingeführt werden, ist die Stadt berechtigt, die dann durch die Mitnutzung entstehenden Mehrkosten dem Mitnutzer in Rechnung zu stellen. Sollte über die Neufestsetzung zusätzlicher Mitnutzungskosten keine Einigung zwischen den Parteien zustande kommen, kann jede der Vertragsparteien einen Antrag gemäß § 77n Abs. 1 TKG bei der Bundesnetzagentur auf Neufestsetzung der zusätzlichen Kosten der Mitnutzung stellen.“
204. Diese Regelung entspricht auch dem Maßstab von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit. Einerseits wird der Antragsgegnerin die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Antragstellerin auch für nachträglich entstehende Zusatzkosten gegeben, damit ihr durch die Einräumung der Mitnutzung keine weiteren Nachteile entstehen können, die sie noch nicht vorhersehen und beziffern kann. Andererseits sieht sich die Antragstellerin hier nicht einer einseitigen Anpassungsmöglichkeit gegenüber, die lediglich zivilgerichtlich überprüfbar sein soll und zu einer Kündigungsmöglichkeit, aber keiner Anpassungseinrede führen kann. Durch die Möglichkeit beider Parteien zur Einleitung eines Verfahrens vor der Nationalen Streitbeilegungsstelle wird die unparteiische Stelle in der Weise in die Entscheidungsfindung eingebunden, wie sie auch qua Gesetzes originär als Entscheiderin für streitige Entgeltfragen heranzuziehen ist.

2.3.5.3 Kündigungsregelungen zur Annahme eines wichtigen Grundes, § [REDACTED] [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. b)

205. Der Vertragsentwurf sieht verschiedene Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund vor, die im Einzelnen in den Unterpunkten [REDACTED] in § [REDACTED] des Vertrags geregelt sind.
206. Generell stellt sich mit der aufgeworfenen Fragestellung zur Aufnahme solcher Kündigungsklauseln aus wichtigem Grund die Frage zum Verhältnis der vom Gesetz vorgesehenen Versagungsgründe aus § 77g TKG. In diesen wird festgelegt, welche Gründe im Einzelfall zur Versagung der Mitnutzung führen können. Die in sieben Kategorien aufgeführten Gründe sind gegenüber dem Mitnutzungspetenten nachzuweisen und abschließend, um Rechtsklarheit zu schaffen und einen „angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitnutzungsinteresse und den Interessen der Verpflichteten zu ermöglichen“.

BT-Drs. 18/8332, S. 47.

207. Die aufgeführten Gründe entsprechen der Grundannahme des Gesetzgebers in § 77g Abs. 1 TKG, dass es sich dabei um objektive, transparente und verhältnismäßige Gründe handelt, die Darlegungs- und Beweislast liegt aufgrund des Einwendungsscharakters beim Verpflichteten und ist auch an die Verhältnismäßigkeit des Ermittlungsaufwandes geknüpft.

BT-Drs. 18/8332, S. 48. Dazu auch Stelter, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 77g Rz. 6 ff.

208. Grundsätzlich spricht die Festlegung des Katalogs von Versagungsgründen nicht gegen die Annahme weiterer Kündigungsmöglichkeiten auch in einem Mitnutzungsvertrag. Denn der Gesetzgeber ist hier zwar davon ausgegangen, dass es einen abschließenden Katalog an objektiven Kriterien gibt, die dem Mitnutzungsbegehren von Anfang an entgegenstehen können. Er wollte damit aber nicht generell die Möglichkeit ausschließen, dass im Zuge eines laufenden Vertrags Gründe entstehen können, die zu einer Kündigung führen können. Dies zeigt allein schon die Begrenzung des Gesetzgebers im Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG, die einen Horizont von fünf Jahren nennt, bis zu dem die Planungen des Infrastrukturinhabers als Versagungsgrund der Mitnutzung vorgebracht werden können. Damit bleibt offen, was den Zeitraum nach Ablauf der Fünfjahresfrist betrifft. Hier rekurriert der Gesetzgeber darauf, dass es um einen angemessenen Ausgleich von Belangen der langfristig zu planenden Versorgungsnetze sowie Haushaltsplanungen der öffentlichen Verwaltung einerseits und den Anforderungen der schnelllebigen Telekommunikationsbranche andererseits geht.

BT-Drs. 18/8332, S. 48

209. Dieser Interessenausgleich kann durch die Versagungsgründe nicht unbedingt für die gesamte Vertragslaufzeit geschaffen werden, wenn man im Übrigen auch von teilweise unbefristeten Verträgen für die gesamte Nutzungsdauer ausgeht, die in der Branche

nicht unüblich sind. Zuvörderst sind dabei Tatsachen anzuführen, die sich erst im Laufe der Vertragslaufzeit ergeben und zu einer Verschiebung der Interessenabwägung führen können, wie dies z.B. bei anhaltendem und unbegründeten Zahlungsverzug der Fall ist. Insoweit ist nicht von einem generellen Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten im Rahmen der Mitnutzung gemäß § 77d TKG auszugehen. Allerdings werden die Kündigungsmöglichkeiten im Lichte der Auslegung der Versagungsgründe gemäß § 77g TKG begrenzt und müssen sich an deren Grundannahme messen lassen.

2.3.5.3.1 § [REDACTED]

210. Die Unterpunkte [REDACTED] bei der Annahme einer Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund entsprechen gemäß dem oben Ausgeführten nachträglich, sich aus dem laufenden Vertragsverhältnis ergebenden Problemlagen, die nicht bereits zu Beginn des Vertragsverhältnisses auf Basis eines Versagungsgrundes behandelt werden konnte. Diese Kündigungsmöglichkeiten bleiben der Antragsgegnerin insofern erhalten und müssen keiner Anpassung unterzogen werden.
211. Ein Nichterfüllen aus Pflichten aus dem Mitnutzungsvertrag, ein Zahlungsverzug sowie der Nichtgebrauch des Mitnutzungsrechtes können insoweit rechtmäßige Gründe für eine Kündigung darstellen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber durch das Außerachtlassen subjektiv zurechenbarer Gründe, um die es sich in allen drei Fällen handelt, bei den Versagungsgründen generell diese Gründe auch als Kündigungsgründe nicht anerkennen wollte. Im Rahmen der Interessenabwägung hätte er zu Beginn eines Mitnutzungsverhältnisses solchen subjektiven Einwendungen nur Raum geben können, wenn er eine Art gewerberechtliche Prüfung mit negativem Ausgang ebenfalls als Versagungsgrund eingeführt hätte. Dabei hätte man mit dem Kriterium „wenn der Vertragspartner nicht die notwendige Gewähr für Zuverlässigkeit bietet“ oder einer ähnlichen Formulierung operieren können. Ein solches Vorgehen war aber offenbar aus Gründen der Beschleunigung des Breitbandausbaus sowie des grundsätzlich prognostischen Ansatzes auch aus Sicht des Gesetzgebers nicht wünschenswert.
212. Das bedeutet aber im Umkehrschluss nicht, dass sich solche Unzuverlässigkeiten nicht im Rahmen einer laufenden Vertragsbeziehung ergeben und dann auch zu einer Kündigung führen können. Genau diese Situation ist aber bei den hier aufgeführten Klauseln der Fall. Allesamt beruhen auf Tatsachen, die in der Unzuverlässigkeit des Mitnutzers verankert sind und sich erst im Laufe der konkreten vertraglichen Beziehung geäußert haben. Erst dann soll eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich sein. Dagegen bestehen auch vor dem Hintergrund von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit keine Einwände. Vielmehr wird über diese Regelungen eine Art Korrektiv zum faktisch bestehenden Kontrahierungszwang getroffen, so dass der Infrastrukturihaber sich nicht allen Unwägbarkeiten einer bestehenden Vertragsbeziehung zu seinen Lasten unterwerfen muss. Der Mitnutzungspetent hat insoweit auch keine Nachteile durch die Regelungen zu befürchten, da er bei ordnungsgemäßigem Verhalten

im Rahmen einer normalen Abwicklung von Vertragsbeziehungen keine Nachteile zu befürchten hat.

213. Im Einzelnen sind die Klauseln wie folgt zu bewerten:
214. Die Kündigungsmöglichkeit wegen Verletzung vertraglichen Pflichten in § [REDACTED] [REDACTED] ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil sie dem Grundgedanken des § 543 Abs. 3 BGB entspricht und somit den Anforderungen der Billigkeit und Chancengleichheit genügt. Dieser sieht vor, dass eine Kündigung wegen einer Verletzung vertraglicher Pflichten erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe gesetzten angemessenen Frist oder erfolgloser Abmahnung möglich ist. Die Kündigungsmöglichkeit nach § [REDACTED] [REDACTED] wird zwar unter dem Oberbegriff der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund geführt, enthält jedoch die Anforderung der Setzung einer Frist zur Abhilfe oder einer erfolglosen Abmahnung. Lediglich aus Klarstellungsgründen wurde das Wort „Frist“ in „angemessene Nachfrist“ geändert, um die Fälle aufzufangen, in denen der Zeitpunkt für die Erfüllung der Verpflichtung von einer erstmaligen Aufforderung der Stadt abhängt. Auch in diesen Fällen kann eine Kündigung erst nach erfolglosem Verstreichen der Nachfrist ausgesprochen werden.
215. Aus den gleichen Gründen nicht zu beanstanden ist die Kündigungsregelung in § [REDACTED] [REDACTED] weil sie den Vorgaben von § 543 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht widerspricht, denn die Möglichkeit der fristlosen Kündigung knüpft hier an eine Mahnung und das erfolglose Verstreichen einer Nachfrist an. Die Nichtzahlung von 50 % des Jahresentgeltes ist auch als Nichtleistung eines erheblichen Teiles des geschuldeten Entgeltes anzusehen.
216. Die bereits in der vorläufigen Anordnung vom 29.6.2018 angeordnete Kündigungsmöglichkeit nach § [REDACTED] [REDACTED] war aus den dort genannten Gründen ebenfalls endgültig anzuordnen, wobei sich ihre Notwendigkeit allerdings erledigt haben dürfte.

2.3.5.3.2 § [REDACTED]

217. Die Kündigungsmöglichkeit nach § [REDACTED] [REDACTED] ist ebenfalls grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil eine eigenmächtige Veränderung der Mietsache, die ihren Hauptzweck, nämlich den Betrieb öffentlicher Versorgungsnetze, beeinträchtigt, die Fortsetzung des Mitnutzungsverhältnisses für die Antragsgegnerin unzumutbar machen kann. Denn ein solches Verhalten beschädigt wegen seiner Eigenmächtigkeit nicht nur das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien, sondern gefährdet mit dem Hauptzweck der mitgenutzten Infrastruktur auch den Umstand, der ursächlich dafür ist, dass das Mitnutzungsentgelt nicht die Investitionskosten der Antragsgegnerin berücksichtigt. Dementsprechend wird in § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch eine Möglichkeit für eine fristlose Kündigung eröffnet, wenn der Mieter die Mietsache erheblich gefährdet. Der in § [REDACTED] [REDACTED] gewählte Maßstab der Eignung zur Beeinträchtigung bleibt dahinter deutlich zurück. Dies kann insofern gerechtfertigt werden, als der störungsfreie Betrieb eines öffentlichen Versorgungsnetzes ein hohes Schutzgut darstellt, dessen Beeinträchtigung und auch eine bloße Gefahr der Beeinträchtigung von der

Antragsgegnerin nicht hingenommen werden müssen. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Verzicht auf das erfolglose Verstreichen einer Frist zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustandes durch Rückbau der baulichen Veränderung, wie sie § 543 Abs. 3 S. 1 BGB fordert. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass eine solche Rückbauaufforderung mit Fristsetzung offensichtlich keinen Erfolg verspricht. Zudem ist die Antragsgegnerin in der Lage, bei Gefahr im Verzug sofortige Maßnahmen der Notwehr nach § 227 BGB zu ergreifen, falls die baulichen Veränderungen tatsächlich zu einer unmittelbaren Gefahr führen sollten. Sollte i. Ü. die Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und/oder 2 BGB vorliegen, bliebe der Antragsgegnerin eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund weiter unbenommen. Aus diesen Gründen war § [REDACTED] um den Zusatz „und innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist nicht zurückbaut“ zu ergänzen.

218. Die Regelung in § [REDACTED] korrespondiert unmittelbar mit der Regelung in § 13 Abs. 3 des Vertrags. Danach besteht ein außerordentliches Kündigungsrecht der Antragstellerin bei vollständigem oder teilweisem Verkauf der betroffenen Infrastruktur. Einer doppelten Erwähnung dieses Rechts bedarf es daher in § [REDACTED] nicht, ohne dass dadurch die Widersprüchlichkeit entsteht, ob danach auch ein Kündigungsrecht der Antragsgegnerin einhergehen soll, was im Sinne des Interessenausgleichs nicht der Fall ist, wie der Vertrag in § [REDACTED] bereits ausführt.
219. Die Frage der endgültigen Stilllegung bzw. des Rückbaus der Infrastruktur durch die Antragsgegnerin ist in diesem Punkt allerdings ebenfalls thematisiert. In diesem Fall kann es eine Kündigung allerdings erst nach Ablauf von 5 Jahren geben, da die Versagungsgründe diesen Zeitraum im Hinblick auf die Planbarkeit über die zukünftige Nutzung der Infrastruktur in § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG vorgeben. Lediglich in Fällen, in denen die Infrastruktur in der Zwischenzeit durch von der Antragsgegnerin nicht zu vertretende Umstände (z. B. Unwetterschäden mit Einbrüchen der Infrastruktur o. ä.) stillgelegt werden muss, wäre ein Kündigungsrecht denkbar, weil der Mietgegenstand dann nicht mehr zur Verfügung gestellt werden kann (tatsächliche Unmöglichkeit).
220. Insoweit gebietet das vorher Ausgeführte die folgende Anpassung der Klausel aus § [REDACTED]
[REDACTED]
„d) die Stadt die Netzinfrastuktur aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen vor Ablauf von 5 Jahren stilllegen oder zurückbauen muss.“

2.3.5.4 Erstattung von Erschwerniskosten, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. d))

221. Ähnliche Grundannahmen wie unter 2.3.5.2 gelten auch für die von der Antragsgegnerin abgefasste Möglichkeit einer Erstattung zusätzlicher Aufwendungen, die sich infolge der Mitnutzung daraus ergäben, dass die Antragsgegnerin bei Instandhaltung, Änderungen oder Erweiterung ihrer Infrastruktur auf die Kabel der Antragstellerin Rücksicht nehmen müsste.

222. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine Mitnutzung zum Kostenmaßstab des § 77n Abs. 2 TKG zu Zusatzkosten und einem angemessenen Aufschlag einzuräumen ist. Eine zusätzliche Kostenübernahme im Sinne „laufender Kosten“ oder „Erschwerungskosten in der Zukunft“ ist dabei nicht vorgesehen. Die Idee der Kostensenkungsrichtlinie, die darauf basiert, dass bestehende Infrastrukturen für den Breitbandausbau nutzbar gemacht werden sollen, um damit bestehende Synergien zu heben, würde durch die Annahme zunichte gemacht, dass durch die Mitnutzung entstehende mögliche „Rücksichtnahmekosten“ wiederum zu einer Erhöhung des Entgelts führen könnten.
223. Es ist insofern auch nicht ersichtlich, um welche „Rücksichtnahmekosten“ es sich dabei handeln soll. Insofern die Antragsgegnerin davon ausgeht, dass z. B. bei einem Zuzug weiterer Leitungen ein sorgsamerer Umgang notwendig wäre als dies beim Einziehen in eine komplett leere Infrastruktur der Fall wäre, so ist dem entgegen zu halten, dass dieser Unterschied aus technischer Sicht eine Marginalie darstellt und auch preislich – insbesondere vor dem Hintergrund der Streckenlänge von 33 Metern – keinen nennenswerten Unterschied in der Bepreisung nach sich ziehen wird. Im Übrigen hat die Antragstellerin angegeben, die Glasfaserkabel in Micropipes einziehen zu wollen, so dass damit automatisch bereits eine Form von „Rohrteilung“ vorgenommen ist, die den Zuzug weiterer Kabel unproblematisch ermöglicht.

So auch bereits angenommen in Beschluss BK3d-09/071 vom 25. 1. 2010, Ziffer 2.2.2.2.1.1 Ziffer 1.1 b), S. 51.

224. Würde man eine solche Annahme dennoch treffen, so müsste der preisliche Unterschied tatsächlich nachweisbar als Kosten der Mitnutzung darzulegen sein. Insofern wäre hier im Rahmen des Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien der Antragsgegnerin aufzuerlegen, dass sie eine Gegenüberstellung der „Erschwerungskosten“ ohne bzw. mit den bereits eingebrachten Kabeln der Antragstellerin vornimmt und nachweist, dass es sich insoweit tatsächlich um zusätzliche Kosten durch eine Mitnutzung handelt. Die tatsächliche Anerkennung dieser Kosten als Zusatzkosten der Mitnutzung ist insofern einer Überprüfung durch die Bundesnetzagentur zugänglich zu machen.
225. Die vertragliche Klausel des § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags ist deshalb wie folgt anzupassen:

„Sollten sich infolge der Mitnutzung zusätzliche Aufwendungen der Stadt insbesondere daraus ergeben, dass sie auf die Telekommunikationskabel inkl. Zubehör des Mitnutzers, insbesondere bei Instandhaltung, Änderung oder Erweiterung ihrer Infrastruktur Rücksicht nehmen muss, so hat sie diese entstehenden Mehrkosten in einer Gegenüberstellung der Kosten einer Maßnahme mit und ohne die bereits eingebrachten Kabel des Mitnutzers nachzuweisen. Die Vertragsparteien verhandeln sodann über die Übernahme dieser Mehrkosten durch den Mitnutzer. Sollte dabei keine Einigung zwischen den Parteien zustande kommen, so kann jede Partei einen Antrag gemäß § 77n Abs. 2 TKG bei der Bundesnetzagentur stellen, in dem eine Entscheidung über die Anerken-

nung der Kosten als Zusatzkosten der Mitnutzung und ihrer Übernahme durch den Mitnutzer getroffen wird.“

226. Die Klausel führt unter den Gesichtspunkten von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit zu einem fairen und angemessenen Interessenausgleich beider Parteien. Einerseits hat die Antragsgegnerin nicht die Möglichkeit, das Entstehen von Mehrkosten zu behaupten bzw. zu produzieren, ohne der Antragsgegnerin gegenüber nachweispflichtig zu sein. Daneben ist eine Überprüfung durch die Bundesnetzagentur als zuständiger Streitbeilegungsstelle möglich, die auch dem Grunde nach über die Anerkennung von zusätzlichen Kosten der Mitnutzung zu entscheiden hat. Da es sich dabei um eine neutrale Stelle handelt, ist keine der Vertragsparteien mit einer solchen Regelung übervorteilt bzw. benachteiligt, indem einer Seite ein einseitiges Recht der Kostentragung zugebilligt wird.

2.3.5.5 Rückbauverpflichtung, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. e))

227. In § [REDACTED] sind für die Zeit nach Ende des Mitnutzungsverhältnisses die Rückbaupflichten geregelt. Die von der Antragstellerin abgelehnte Regelung § [REDACTED] beinhaltet die Vorgabe, dass der Mitnutzer bei der Rückbauverpflichtung die Vorgaben der Stadt zum Wiederherstellungszustand zu beachten habe. Einer solchen Vorgabe mangelt es an der hinreichenden Bestimmtheit. Sie ist daher zu streichen. Grundsätzlich besteht gemäß Satz 1 der Regelung bereits die Vorgabe, dass der Mitnutzer – hier die Antragstellerin – zur Wiederherstellung des ursprünglichen bzw. eines „ordnungsgemäßen“ Zustands verpflichtet ist. Die Begrifflichkeiten „ursprünglich“ und „ordnungsgemäß“ konkretisieren insoweit hinreichend, dass der gewünschte Zustand der Infrastruktur derjenige ist, der vor der Mitnutzung bestand. Damit ist z. B. auch bereits geregelt, dass keine Reste der eingebrachten Telekommunikationsinfrastruktur in der Infrastruktur der Antragsgegnerin verbleiben dürfen und keine Beschädigungen dabei in Kauf genommen werden müssen.
228. Die derzeit abgefasste Zusatzklausel, dass die Vorgaben der Stadt zum Wiederherstellungszustand zu beachten sind, führt dabei nicht näher aus, auf welche Vorgaben hier Bezug genommen werden soll. Sie stellt nicht klar, dass der Mieter bei der Rückgabe der Mietsache nur zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet ist, aber nicht dazu, die Mietsache nach den Vorstellungen des Vermieters zu verändern. Andererseits besteht ein berechtigtes Interesse der Antragsgegnerin daran, dass die Antragstellerin die Rückbauarbeiten nach vorheriger Absprache mit ihr durchführt, um sicherzustellen, dass weitere im genutzten Leerrohr verlegte Infrastrukturen oder sonstige Einrichtungen der Antragsgegnerin nicht beeinträchtigt werden.
229. Um hier zu einem Interessenausgleich zu gelangen wird die Klausel in § [REDACTED] des Vertrags mit folgender Modifikation angeordnet:

„Nach Kündigung oder sonstigem Wegfall des Mitnutzungsrechts ist der Mitnutzer zum Rückbau der Telekommunikationskabel inkl. Zubehör und zur Wieder-

herstellung des ursprünglichen bzw. eines ordnungsgemäßen Zustands verpflichtet. Die erforderlichen Arbeiten werden nach vorheriger Absprache mit der Stadt ausgeführt.“

230. Diese Klausel bringt in fairer und angemessener Weise die Interessen der Vertragsparteien in Einklang und entspricht insofern auch den Geboten von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit. Einerseits wird der Antragstellerin klar die Aufgabe zugewiesen, für den ursprünglichen bzw. einen ordnungsgemäßen Zustand der Infrastruktur nach Beendigung der Mitnutzung zu sorgen. Andererseits besteht die Möglichkeit der Antragsgegnerin, dass sie über das Absprachegebot auch ein Mitspracherecht geltend machen kann. Die Klausel ist für beide Parteien kalkulierbar und vorhersehbar und schafft insofern auch Planungssicherheit auch für das Ende der Mitnutzungszeit.
231. Die ebenfalls von der Antragstellerin abgelehnte Regelung des § [REDACTED] des Vertrags ist hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs nicht ganz deutlich. Absatz 2 des gleichen Paragraphen geht davon aus, dass eine Rückbauverpflichtung immer vorbehaltlich einer Prüfung der technischen Notwendigkeit unter Berücksichtigung der infrastrukturellen Funktionsfähigkeit und Sicherheit im Einzelfall „erfolgt“. Die Wortwahl „erfolgt“ ist hier irreführend, da eine Verpflichtung nicht erfolgen kann, sondern allenfalls entsteht. Es kann also demnach auch der Fall eintreten, dass keine Rückbauverpflichtung besteht. Falls dies der Fall ist, sieht Absatz 3 dafür nun vor, dass eine Beseitigung trotzdem verlangt werden kann, wenn technische Bedenken gegen ein Verbleiben der Infrastruktur sprechen und die Antragsgegnerin in einem solchen Fall eine Beseitigung fordern kann.
232. Diese Klausel ist zum einen widersprüchlich und zum anderen auch unbillig und wird deshalb nicht angeordnet. Bereits § [REDACTED] des Vertrags sieht vor, dass eine Rückbauverpflichtung bestehen wird, wenn eine Prüfung der technischen Notwendigkeit unter Berücksichtigung der infrastrukturellen Funktionsfähigkeit und Sicherheit im Einzelfall dies ergibt. Abgesehen davon, dass bereits aus technischen Gründen nicht erklärbar ist, wie von Glasfaserkabeln Interferenzen ausgehen können, widerspricht diese Klausel dem Leitbild des Mietvertrages, wonach der Mieter gem. § 546 Abs. 1 BGB die Mietsache wieder in ihren ursprünglichen Zustand zurückzusetzen hat, sofern es sich nicht um vertragsgemäße Abnutzungen handelt. Eine Regelung wie die vorliegende, die es dem Infrastrukturihaber erlaubt, den Mitnutzer auf unbestimmte Zeit darüber im Unklaren zu lassen, ob ihn weitere Pflichten und Kosten aus einem bereits abgeschlossenen Nutzungsverhältnis treffen, widerspricht dem Grundsatz der Chancengleichheit, weil es hier einseitig in der Hand einer Vertragspartei läge, einen solchen Schwebezustand aufrechtzuerhalten mit der Folge, dass der Mitnutzer Rückstellungen für die daraus möglicherweise entstehenden Kosten bilden müsste. Es ist der Antragsgegnerin darum zuzumuten, sich zum Zeitpunkt des Endes der Mitnutzung darüber abschließend zu entscheiden, ob Infrastrukturen des Mitnutzers in ihrer Infrastruktur verbleiben sollen oder nicht. Damit ist auch der in Absatz 3 geschilderte Sachverhalt, dass bei Verbleib Interferenzen zu befürchten sind, bereits mit erfasst. Einer weitergehenden Regelung, die zu Verwirrung und Unklarheiten führt, ist nicht erforderlich.

2.3.5.6 Wechsel der Vertragsparteien, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. f))

233. Die Klausel in § [REDACTED] des Vertrages ist fair und angemessen. Sie berührt nicht die berechtigten Interessen der Antragstellerin.
234. § [REDACTED] des Vertrages stellt eine den Mitnutzungsberechtigten schützende Regelung dar. Die Vertragsbedingung ist verhältnismäßig, denn das Interesse des Mitnutzungsberechtigten, z. B. nach dem Wechsel der Eigentumsverhältnisse die passive Netzinfrastruktur weiter unbeeinträchtigt weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon fort. Da in § 77d Abs. 2 TKG kein ausdrücklicher Hinweis auf eine Regelung zum Wechsel der Vertragspartei bei einer Mitnutzung enthalten ist, können zur Bewertung der Regelungen Rechtsverhältnisse herangezogen, die mit dem Mitnutzungsverhältnis vergleichbar sind. Der Grundsatz "Kauf bricht Miete nicht" ist beispielsweise im Mietrecht in § 566 BGB festgeschrieben. Dieser Grundsatz bedeutet, dass derjenige, der eine Immobilie erwirbt, mit allen Rechten und Pflichten, die sich aus dem Mietvertrag selbst ergeben, in das Mietverhältnis (kraft Gesetzes) eintritt, im Unterschied zu einer gleichfalls möglichen rechtsgeschäftlichen Vertragsübertragung zwischen Veräußerer, Erwerber und Mieter. Die Folge ist, dass der Erwerber weder aufgrund des Kaufs das Mietverhältnis kündigen noch Änderungen am Mietvertrag vornehmen kann, wenn der Mieter nicht zustimmt.
235. Zwar ist in § [REDACTED] eine Zustimmung des Mitnutzers bei einer Übertragung der Rechte und Pflichten auf Seiten der Antragsgegnerin nicht vorgesehen; die Interessen des Mitnutzers werden aber durch die Regelung in § [REDACTED] des Vertrags dadurch gewahrt, dass ihm in dem Fall des Rechtsübergangs auf Seiten der Antragsgegnerin ein außerordentliches Kündigungsrecht zugesichert wird. Die Interessenlage ist insofern im Hinblick auf die Rechtesicherung noch eine andere als in § [REDACTED] des Vertrags, bei dem bei einem Wechsel auf Seiten des Mitnutzungspetenten ein Zustimmungserfordernis beim Infrastrukturinhaber fixiert wird. Dies ist dem Mitnutzungspetenten aber auch zuzumuten, da dem Infrastrukturinhaber die Möglichkeit gegeben werden muss, auszuloten, ob es sich bei der neuen Vertragspartei ebenfalls um einen zuverlässigen Partner handelt. Auch hier lässt sich wieder die Parallele zum Mietrecht ziehen, bei dem eine Untervermietung ebenfalls von einer Zustimmung abhängig gemacht werden kann (§ 540 BGB).
- S. Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 566 BGB Rz. 1 ff.; Lützenkirchen in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 566 BGB Rz. 1 ff., 14 ff.; Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl. 2014, § 540 Rz. 5 ff.*
236. Gleichzeitig erfüllt die Regelung auch die in der Gesetzesbegründung formulierte Anforderung an Mitnutzungsverträge, wonach die Eigentumsrechte oder die Verfügungsgewalt von verpflichteten Infrastrukturinhabern durch ausgewogene Mitnutzungsbedingungen und klare Verantwortlichkeiten möglichst unangetastet bleiben sollen.

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

237. Unter Berücksichtigung der Gebote der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit führt die Klausel zu einem fairen und angemessenen Interessenausgleich beider Parteien. Zum einen wird das Gebot der Billigkeit gewahrt. Die Parallele zum Mietrecht verdeutlicht bereits, dass derartige Bedingungen in vergleichbaren Nutzungsverhältnissen von beiden Seiten erwartet werden können. Mit Blick auf das außerordentliche Kündigungsrecht der Antragstellerin sichert die Klausel die Planungssicherheit der Antragstellerin ab. Gleichzeitig stellt die Vertragsbedingung für die Antragsgegnerin trotz der Möglichkeit des außerordentlichen Kündigungsrechts keine derartige Belastung dar, die in keinem Verhältnis zum Nutzen einer möglichen Veräußerung der passiven Netzinfrastruktur an einen Dritten stünde, um so beispielsweise auf veränderte wettbewerbliche oder unternehmerische Verhältnisse reagieren zu können. Darüber hinaus wird auch das Gebot der Rechtzeitigkeit gewahrt, da es die Klausel sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin ermöglicht, flexibel und effektiv entweder durch die Veräußerung auf Seiten der Antragsgegnerin bzw. die außerordentliche Kündigung auf Seiten der Antragstellerin am Markt tätig zu sein. Darüber hinaus erfüllt die Klausel auch das Gebot der Chancengleichheit, denn es handelt sich um eine Vertragsbedingung, die einen chancengleichen Wettbewerb auf beiden Seiten der Mitnutzung fördert.

2.3.6 Anordnung des Vertrages

238. Die Geltung des Vertrags zwischen den Parteien wird durch diesen Beschluss angeordnet. Der Wortlaut des § 77n Abs. 1 TKG sieht vor, dass die Bundesnetzagentur im Fall der Nichteinigung auf die Vertragsbedingungen der Mitnutzung zwischen den Parteien verbindlich über Rechte, Pflichten und Versagungsgründe entscheidet. Konkretisiert wird in § 77n Abs. 2 TKG bezüglich der Entgeltfestsetzung, dass die Bundesnetzagentur ein Mitnutzungsentgelt festsetzt.
239. Dieser Beschluss hat als Verwaltungsakt insofern privatrechtsgestaltende Wirkung, als er die Rechtsbeziehung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auf privatrechtlicher Ebene bestimmt und gestaltet.

So auch Stelter, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 77n, Rz. 14.

240. Würde die Anordnung hier lediglich darin bestehen, einzelne Bestimmungen des Angebots festzulegen und keinen Vertragsschluss anzuordnen, würde es sich nicht um eine verbindliche Entscheidung über Rechte und Pflichten handeln und das Entgelt auch nicht festgesetzt. Eine solche Anordnung hätte insofern keinen wirklich regelnden und verbindlichen Charakter, da es nach der Entscheidung über Einzelbedingungen wieder in das Belieben der Vertragsparteien gestellt wäre, wie mit dem Angebot im Weiteren verfahren werden soll. Insbesondere Infrastrukturinhabern, die eine Mitnutzung verhindern wollen, wären die Möglichkeiten eröffnet, das Angebot zurückzuziehen oder es mit neuen, den Mitnutzungspetenten unangemessen belastenden Bedingungen zu versehen.
241. Denn gemäß § 154 Abs. 1 BGB ist der Vertrag insgesamt nicht geschlossen, solange nicht über alle Punkte eine Einigung erzielt worden ist; Teileinigungen sind nicht bin-

dend. Eine verbindliche Entscheidung über die Rechte und Pflichten aus der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien kann demnach nur getroffen werden, wenn die Beschlusskammer auch die Geltung des Vertrages zwischen den Parteien anordnen kann. Überdies würde eine Entscheidung allein über einzelne Angebotsteile auch im Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers stehen, durch die Verbindlichkeit der Entscheidung zur Beschleunigung des Breitbandausbaus beizutragen.

Die Antragstellerin hat durch die Anrufung der Nationalen Streitbeilegungsstelle gemäß § 77n Abs. 1 TKG deutlich gemacht, dass sie an einem Angebot interessiert ist, eine verbindliche Festsetzung durch die Beschlusskammer 11 begehrt und sich den im Beschluss festgelegten Bedingungen unterwerfen wird. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren ihre Rechte geltend gemacht und wurde vor der Entscheidungsfindung angehört. Beide Parteien müssen insoweit den Eingriff in die Privatrechtsautonomie durch die hier vorliegende Entscheidung dulden, weil der Gesetzgeber der Beschlusskammer insoweit den Spielraum zur Ausgestaltung der Privatrechtsbeziehung zwischen den beiden Streitparteien zuerkannt hat.

2.3.7 Antragsablehnung im Übrigen

242. Den Anträgen der Antragstellerin auf Streichung bzw. Änderung der

- § [REDACTED] des Vertrages und
- § [REDACTED] des Vertrages

wurde nicht entsprochen. Die Beschlusskammer verweist dafür im Einzelnen auf die Ausführungen unter Rz. 210 ff. und Rz. 233 ff. der Entscheidung.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Freiburg, Habsburgerstraße 103, 79104 Freiburg im Breisgau, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt, § 137 Abs. 2 TKG.

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

Bonn, 5. 11. 2018

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Schwarz-Schilling
BK11

Dr. Haslinger
BK11b

Möller
BK2c

Gliederung

1 Sachverhalt	5
2 Gründe	15
2.1 Rechtsgrundlage	15
2.2 Formelle Voraussetzungen	15
2.2.1 Zuständigkeit	15
2.2.2 Verfahren	15
2.2.3 Frist	18
2.3 Materielle Voraussetzungen	18
2.3.1 Zulässigkeit des Antrags gemäß § 77d Abs. 1, 2 TKG auf Zugangsgewährung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen	18
2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1, 2 TKG (Zugangsanspruch)	19
2.3.3 Würdigung des vorliegenden Angebots gemäß § 77d Abs. 2 TKG	19
2.3.4 Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 77n Abs. 2 TKG (Tenorziffer 1 lit. a))	21
2.3.4.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab	21
2.3.4.2 Zusätzliche Kosten nach § 77n Abs. 2 S. 2 TKG, § 2 Abs. 1 lit. a) - c) des Mitnutzungsvertrags	22
2.3.4.2.1 Kostentragungspflicht der Antragstellerin	23
2.3.4.2.2 Vergütung der Aufwendungen der Antragsgegnerin	23
2.3.4.3 Angemessener Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG, § 2 Abs. 1 lit. d) des Mitnutzungsvertrags	25
2.3.4.3.1 Ausgangspunkt zur Bestimmung des angemessenen Aufschlags	25
2.3.4.3.2 Zielsetzung des angemessenen Aufschlags	27
2.3.4.3.3 Methodik zur Bestimmung des Aufschlags	28
2.3.4.3.4 Ermittlung des Referenzpreises	35
2.3.4.3.5 Angemessenheit des Aufschlags	36
2.3.5 Festlegung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen (Tenorziffer 1 lit. b) - f))	46
2.3.5.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen	47
2.3.5.2 Erstattung zusätzlicher zukünftiger Kosten, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. b))	49
2.3.5.3 Kündigungsregelungen zur Annahme eines wichtigen Grundes, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. b))	52
2.3.5.3.1 § [REDACTED]	53
2.3.5.3.2 § [REDACTED]	54
2.3.5.4 Erstattung von Erschwerniskosten, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. d))	55
2.3.5.5 Rückbauverpflichtung, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. e))	57
2.3.5.6 Wechsel der Vertragsparteien, § [REDACTED] des Mitnutzungsvertrags (Tenorziffer 1 lit. f))	59
2.3.6 Anordnung des Vertrages	60
2.3.7 Antragsablehnung im Übrigen	61
Rechtsbehelfsbelehrung	62