



Bundesnetzagentur

## Beschlusskammer 11

BK11-19/007

## Beschluss

**in dem Streitbeilegungsverfahren  
aufgrund des Antrages vom 31. 05. 2019**

**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,**

**– Antragsgegnerin –**

*Beigeladene*

1. NetCologne GmbH,  
Am Coloneum 9, 50829 Köln,  
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. Vodafone GmbH,  
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 3 –
4. EWE Tel GmbH,  
Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 4 –
5. GasLINE Telekommunikationsnetzgesellschaft deutscher  
Gasversorgungsunternehmen mbH & Co. KG,  
Paesmühle, Paesmühlenweg 10 + 12, 47638 Straelen,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 5 –
6. 1 & 1 Versatel GmbH,  
Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
– Beigeladene zu 6 –
7. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V.,  
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,  
vertreten durch den Vorstand,  
– Beigeladener zu 7 –

hat die Beschlusskammer 11 – Nationale Streitbelegungsstelle 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 Dr. Dirk Martin Kutzscher

beschlossen:

Der von der Antragstellerin mit dem Streitbelegungsantrag vorgelegte Mitnutzungsvertrag (Anlage zum Beschluss) über die Mitnutzung des in § 1 Abs. 2 des Vertrages näher bezeichneten Leerrohres zwischen der [REDACTED] (Flst. Nr. [REDACTED] und der [REDACTED] (Flst. Nr. [REDACTED] in Laufenburg wird mit folgenden Modifikationen angeordnet:

1. Die Entgeltregelung in § 2 Abs. 1 des Vertrages wird wie folgt geändert:

a) In lit. a) wird der bisherigen Regelung folgender Satz vorangestellt:

*„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) Lit. b) wird ersetzt durch:

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

2. Die Regelung in § 11 Abs. 3 des Vertrages wird ersatzlos gestrichen.

## 1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft eine Streitigkeit um die Bedingungen eines Mitnutzungsangebotes der Antragsgegnerin an die Antragstellerin.
- 2 Die Antragstellerin ist ein regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze anbietet. Die Antragsgegnerin ist eine Stadt im Landkreis Waldshut in Baden-Württemberg.
- 3 Gegenstand des Verfahrens ist die Mitnutzung von Leerrohren im Bereich der Kreuzung [REDACTED] in Laufenburg (Baden).
- 4 Bereits im Oktober 2018 hatte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Erteilung von Informationen über passive Netzinfrastrukturen, unter anderem im hier streitgegenständlichen Bereich, beantragt. Die Antragsgegnerin erteilte entsprechende Auskünfte mit Schreiben vom 14. 12. 2018. Demnach befindet sich in dem Kreuzungsbereich eine Leerrohrtrasse, bestehend aus einem Dreierverbund von Leerrohren mit einem Durchmesser von jeweils 50 mm (3 × 50 mm). Die Rohrtrasse ist rund 61 Meter lang.
- 5 Sodann beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. 3. 2019 die Mitnutzung dieser gemeindeeigenen Leerrohre. Sie beabsichtige, in eines der drei vorhandenen Leerrohre ein Mikroleerrohr mit 14 mm Durchmesser einzuziehen. In dieses Mikroleerrohr wolle sie später ein Glasfaserkabel mit 96 Fasern einblasen.
- 6 Die Antragsgegnerin übersandte der Antragstellerin mit Schreiben vom 23. 5. 2019 ein Angebot zur Mitnutzung. In dem Schreiben wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass ihr für die Verlegung der Leerrohrtrasse Kosten in Höhe von rund 5.200 € entstanden seien. Davon entfielen auf ein Leerrohr 1.109,56 €. Das angebotene jährliche Mitnutzungsentgelt sei auf eine Nutzungsdauer von 20 Jahren berechnet. Das im Entwurf angebotene Mitnutzungsentgelt lautet auf einen jährlichen Betrag von 56 € pro Jahr für die mitgenutzte Infrastruktur für den Zeitraum von 20 Jahren. Umgerechnet entspricht dies einem Entgelt von aufgerundet 0,92 € pro Meter und Jahr über einen Zeitraum von 20 Jahren. Das Mitnutzungsangebot enthält außerdem eine Regelung, wonach die Inanspruchnahme von Personal und Sachmitteln im Zusammenhang mit der Mitnutzung nach Aufwand und Nachweis durch den Mitnutzer entsprechend der bereits im Beschluss BK11-18/005 angeordneten Stundenverrechnungssätze zu vergütet sind. Das Angebot enthält zudem in § 11 Abs. 3 eine Regelung, wonach der Mitnutzer der Stadt für die voraussichtlichen Mitnutzungskosten innerhalb von vier Wochen nach Vertragsschluss eine Bankbürgschaft in entsprechender Höhe, mindestens in Höhe von 1.000 €, zu stellen habe.
- 7 Mit Schreiben vom 31. 5. 2019, das am gleichen Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen ist, beantragte die Antragstellerin

„ ... eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 132 in Verbindung mit § 134a TKG, dass die Antragsgegnerin gemäß § 77d TKG eine Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zulässt. Weiterhin beantragen wir die Festsetzung der Nutzungsentgelte durch die Bundesnetzagentur wie bereits im Beschluss BK11-18/005 vom 5. 11. 2018.

... Weiter beantragen wir die Streichung von § 11 Abs. 3 des Vertragswerks.“

- 8 Die Antragstellerin stellte zeitgleich einen weiteren Antrag auf Streitbeilegung bzgl. einer weiteren Mitnutzung einer Infrastruktur der Antragsgegnerin ebenfalls in Laufenburg (BK11-19/008).
- 9 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 11 vom 12. 6. 2018 als Mitteilung Nr. 308 veröffentlicht worden.
- 10 Zur Begründung trägt die Antragstellerin vor, die Beschlusskammer habe in dem Beschluss BK11-18/005 für Leerrohrtrassen unter 100 m ein jährliches Entgelt von 25 € angeordnet. Demgegenüber versuche die Antragsgegnerin durch das von ihr angebotene Mitnutzungsentgelt von 56 € pro Jahr die Mitnutzung zeitlich hinauszuzögern. Durch das Verlangen einer Bürgschaft auf die Erfüllung der Rückbauverpflichtung versuche die Antragsgegnerin [REDACTED]  
Diese Bedingung werde bei jedem Mitnutzungsvertrag der Antragsgegnerin gestellt.  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]
- 11 In der Antragsrwiderrung vom 28. 6. 2019 trug die Antragsgegnerin vor, das streitgegenständliche Leerrohr sei im Sommer 2018 im Zuge einer städtischen Straßensanierungsmaßnahme verlegt worden. Die Gesamtkosten für die Verlegung des betroffenen Dreifachverbundes würden sich auf 5.232,22 € brutto belaufen. Darin seien auch Kosten für den Ausbau und die Erneuerung einer Drainage enthalten, die aber bei der Ermittlung des im Angebot enthaltenen Mitnutzungsentgelts nicht berücksichtigt worden seien. Vielmehr seien nur die Kosten der Leerrohrverlegung angesetzt worden, was bei einer unterstellten Nutzungsdauer von 20 Jahren zu einem Mitnutzungsentgelt von jährlich 56 € führe (3.328,67 € / 3 Rohre / 20 Jahre).
- 12 Die Antragsgegnerin wandte sich auch gegen die von der Antragstellerin begehrte Streichung der in § 11 Abs. 3 des Vertragsangebotes geregelten Bürgschaft für eventuell anfallende Rückbaukosten. Die Rückbaubürgschaft stelle für die Antragsgegnerin eine Sicherheit dar, dass ihr Eigentum wieder in den Ausgangszustand zurückversetzt werde. Gerade in den Anschlussbereichen des Leerrohres seien Tiefbauarbeiten zum Anschluss der TK-Linie der Antragstellerin notwendig. Die Höhe der Bürgschaft sei weder unangemessen noch überzogen und überdies im Tiefbau üblich. Zudem habe die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin bereits einen Vertrag abgeschlossen, in dem die hier streitige Rückbaubürgschaft vereinbart worden sei. In diesem Zusam-

menhang sei sie von der Antragstellerin nunmehr informiert worden, dass diese ein Tagesgeldkonto mit Sperrvermerk eröffnet habe. Die Antragsgegnerin prüfe diesen Sachverhalt, werde aber auf der Vorlage der vertraglich vereinbarten Bürgschaft bestehen.

- 13 Mit Schreiben vom 2. 7. 2019 beantragte die Antragstellerin sowohl für dieses als auch für das Parallelverfahren BK11-19/008 gemäß § 135 TKG eine Entscheidung der Beschlusskammer ohne Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Die Antragsgegnerin sowie die weiteren Verfahrensbeteiligten erklärten sich in der Folge mit dem Verzicht auf die öffentliche mündliche Verhandlung einverstanden. Die Beschlusskammer hob den bereits festgesetzten Termin für die öffentliche mündliche Verhandlung am 9. 7. 2019 auf.
- 14 Mit Schreiben vom 11. 7. 2019 stellte die Beschlusskammer Nachfragen an die Antragstellerin zu dem bislang vorgetragenen Sachverhalt. Dabei wollte sie von der Antragstellerin wissen, ob diese sich nur gegen das jährliche Überlassungsentgelt wende oder auch gegen die nach Aufwand und gegen Nachweis verlangten Zusatzkosten und Stundensätze. Bezüglich der Sicherheitsleistung fragte sie nach Belegen zu der Behauptung, dass diese von anderen Unternehmen nicht gefordert würde und ob es eine Erklärung für die unterschiedliche Behandlung gebe. Daneben wollte die Beschlusskammer von der Antragstellerin wissen, ob diese bislang die Sicherheitsleistung stelle und welche Kosten ihr dadurch entstünden.
- 15 Die Antragstellerin beantwortete die an sie gestellten Fragen mit Schreiben vom 22. 7. 2019 und legte dar, dass sie in das beantragte Leerrohr ein 14 mm Speedpipe zur Aufnahme eines 96-faserigen Glasfaserkabels einbringen wolle. Richtig sei im Übrigen, dass sich ihre Argumentation gegen das angebotene jährliche Überlassungsentgelt richte und die Zusatzkosten für den zusätzlichen Aufwand nicht bestritten würden. Bezüglich der Sicherheitsleistung gab die Antragstellerin an, es gehe ihr darum, dass mit jedem Mitnutzungsvertrag auch die Sicherheitsleistung verlangt werde und die Deutsche Telekom keine Sicherheitsleistung hinterlegen müsse bzw. gar keinen Vertrag abschließen müsse, sondern die Infrastruktur so überlassen bekomme. Die Argumentation, dass die Antragstellerin ein kleines Unternehmen sei und man eine Insolvenz nicht ausschließen könne, sei aus ihrer Sicht kein Grund für eine andere Behandlung, da auch große Unternehmen in Insolvenz geraten könnten und in der Praxis die verlegten Leerrohre nicht mehr aus dem Erdreich entfernt würden. Die Antragstellerin empfinde das Verhalten der Antragsgegnerin als diskriminierend und unionsrechtswidrig. Die Sicherheitsleistung sei bislang zwei Mal gestellt worden und die Kosten für eine Bürgschaft bestünden in einer einmaligen Bearbeitungsgebühr in Höhe von 20,00€ + 2,00 % pro Jahr, mindestens 2,75€ pro Quartal. Ein Geldmarktkonto mit der Hinterlegung eines Betrags in Höhe von 1.000€ sei kostenlos. Mit Schreiben vom 15. 7. 2019 habe die Antragsgegnerin ihr mitgeteilt, dass man ein Geldmarktkonto mit einem Sperrvermerk nicht akzeptiere.

- 16 Die Beschlusskammer hatte daneben mit einem Schreiben, ebenfalls vom 11.7.2019, auch die Antragsgegnerin zu weiteren Erläuterungen aufgefordert. Sie wollte wissen, wann und zu welchem Zweck die in diesem Verfahren streitbefangenen Leerrohre verlegt worden seien. Neben weiteren Fragen zum Verfahren BK11-19/008 gab die Beschlusskammer der Antragsgegnerin Gelegenheit, ihre Auffassung zu den Überlassungsentgelten und deren Bestandteilen darzulegen und die vertragliche Regelung zu dem Zahlungszeitraum von 20 Jahren zu erläutern. Darüber hinaus wollte sie wissen, welches Entgelt ab dem 21. Jahr gezahlt werden solle. Zu der im Vertrag enthaltenen Klausel über die Sicherheitsleistung wollte die Beschlusskammer von der Antragsgegnerin wissen, ob diese Klausel standardmäßig in jedem Mitnutzungsvertrag enthalten sei und, falls dies nicht der Fall sei, warum die Antragstellerin anders behandelt werde als andere Unternehmen. Im Übrigen sei von Interesse, wie die Antragsgegnerin mit der Sicherheitsleistung umgehe, ob sie sie auf ein Anderkonto einzahle, wie lange sie sie einbehalte und ob Sicherheitsleistungen bislang wieder ausbezahlt würden und wie dies ggf. organisatorisch geregelt sei.
- 17 Auf dieses Auskunftersuchen antwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.7.2019 und verwies zur Verlegung des streitgegenständlichen Leerrohres auf ihre Ausführungen in der Antragserwiderung vom 28.6.2019. Man habe der Antragstellerin mit Bescheid vom 7.11.2017 die Verlegung einer eigenen Telekommunikationslinie genehmigt, die diese bislang nicht ausgeführt habe. Das Leerrohr sei im Gehweg verlegt worden, damit es von der Antragstellerin bei Bedarf genutzt werden könne. Damit seien dieser Aufwendungen erspart worden und eine nachträgliche Eröffnung des neu asphaltierten Gehweges würde die Antragsgegnerin nicht genehmigen.
- 18 Zur Festsetzung des Mitnutzungsentgelts führte die Antragsgegnerin aus, dies erfolge unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie gerichtlich gegen die Entscheidung BK11-18/005 der Bundesnetzagentur vorgehe, wonach bei der Festsetzung des Mitnutzungsentgelts keine Basisinvestitionskosten berücksichtigt würden. Es sei bereits mitgeteilt worden, dass man das vorgesehene Mitnutzungsentgelt unter Berücksichtigung der Investitionskosten mit 56€ pro Jahr für 20 Jahre festgelegt habe. Ab dem 21. Jahr sei kein Mitnutzungsentgelt mehr zu zahlen, dies halte die Antragsgegnerin auch für sachgerecht.
- 19 Seit der Entscheidung BK11-18/005 verwende die Antragsgegnerin ausschließlich den hier vorgelegten Mitnutzungsvertrag. Die Sicherheitsleistungen in Form einer Bürgschaftserklärung würde sie [REDACTED]. Durch die Entgegennahme fließe zunächst kein Geld, weswegen auch kein Anderkonto benötigt werde. Die Bürgschaft werde nur dann eingesetzt, wenn gegen die vertraglichen Pflichten verstoßen werde. Der Sinn der Rückbaubürgschaft ergebe sich aus § 11 Abs. 1 des Vertrages, wonach nach Kündigung oder sonstigem Wegfall des Mitnutzungsrechts ein ordnungsgemäßer Zustand der Mietsache wiederherzustellen sei. Aus diesem Grund habe die Bürgschaft bis zur Vertragsbeendigung und für einen angemessenen Zeitraum darüber hinaus bei der Antragsgegnerin zu verbleiben. Innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Mitnutzungsrechts prüfe sie, ob ein Rückbau erforderlich

sei. Wenn feststehe, dass dies nicht der Fall bzw. der Rückbau ordnungsgemäß erfolgt sei, werde die Bürgschaft binnen eines weiteren Monats zurückgegeben. Die Höhe sei angezeigt, da die Leerrohrinfrastruktur nicht für eine Mitnutzung ausgebaut worden sei. Für die streitgegenständliche Infrastruktur würden Kabelzugschächte gänzlich fehlen. In Anbetracht des Aufwandes, eingebrachte Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze am Ende der Mitnutzung wieder entfernen zu müssen, bestehe die Gefahr, dass die Antragstellerin den Rückbau unterlasse. Seit der Entscheidung BK11-18/005 habe die Antragsgegnerin keine Sicherheitsleistungen wieder ausgezahlt, da die Antragstellerin mit ihr seitdem nur einen weiteren Mitnutzungsvertrag abgeschlossen habe, für den die Antragstellerin eine Bescheinigung über die Eröffnung eines Tagesgeldkontos vorgelegt habe. Dies habe die Antragsgegnerin zurückgewiesen und bestehe auf der Einhaltung der vertraglichen Verpflichtung, eine Bankbürgschaft vorzulegen. Die Aussage der Antragstellerin, wonach Sicherheitsleistungen bisher zweimal gestellt worden seien, sei nicht zutreffend.

- 20 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
- 21 Am 24. 9. 2019 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 27. 9. 2019 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass sie von einer Stellungnahme absehe.
- 22 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren sowie den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

## 2 Gründe

23 Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

### 2.1 Rechtsgrundlage

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

### 2.2 Formelle Voraussetzungen

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

#### 2.2.1 Zuständigkeit

26 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

27 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

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

29 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. Hinsichtlich der durch die Beschlusskammer vorgenommenen Entschwäzungen in der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 22. 7. 2019 wurde diese mit Schreiben vom 5. 8. 2019 angehört und stimmte mit Schreiben vom 9. 8. 2019 den Entschwäzungen und der Offenlegung zu. Ansonsten kam die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwäzungen nicht zu beanstanden ist.

- 30 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.
- 31 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.*

- 32 Jedenfalls ist eine generelle Betroffenheit auch kartellrechtlicher Fragestellungen nicht auszuschließen, so dass die Beschlusskammer dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dem wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und der Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Eine Rückmeldung des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.

### **2.2.3 Frist**

- 33 Gemäß § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur unverzüglich, spätestens aber innerhalb von vier Monaten, wenn der Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist das beantragte Angebot auf Mitnutzung nicht abgibt oder keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande kommt. Der Antrag der Antragstellerin ist am 31. 5. 2019 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am Montag, den 30. 9. 2019 endet. Insofern ergeht die Entscheidung über die Bedingungen des Mitnutzungsanspruchs fristgerecht.

## **2.3 Materielle Voraussetzungen**

- 34 Der Antrag der Antragstellerin ist darauf gerichtet, dass die Zugangsgewährung zu einer passiven Netzinfrastruktur der Antragsgegnerin unter fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen einer Mitnutzung erfolgt.
- 35 Der Antrag ist zulässig und begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 77n i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG liegen vor. Der Vertrag über die Mitnutzung des streitgegenständlichen Leerrohres wird mit den aus dem Tenor ersichtlichen Modifikationen angeordnet.

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

- 36 Der Antrag ist zulässig. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1 und 2 TKG liegen vor.

- 37 Die Antragstellerin hatte als Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes i. S. d. § 3 Nr. 16b lit. a) sublit. aa) TKG mit Schreiben vom 23.3.2019 einen den Vorgaben des § 77d Abs. 2 TKG entsprechenden Mitnutzungsantrag an die Antragsgegnerin gestellt. Die Antragsgegnerin, die Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. b) TKG ist, hatte daraufhin ein Angebot unterbreitet. Das Angebot enthielt Mitnutzungsbedingungen, die aus Sicht der Antragstellerin nicht fair und angemessen waren. Daraufhin wandte sich die Antragstellerin an die Beschlusskammer, um faire und diskriminierungsfreie Bedingungen der Mitnutzung festlegen zu lassen.

### **2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG**

- 38 Die Antragsgegnerin ist zur Gewährung der Mitnutzung verpflichtet. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1 und 2 TKG liegen vor.

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

- 39 Die Antragsgegnerin legte der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.5.2019 ein Vertragsangebot zur Mitnutzung der streitgegenständlichen Infrastruktur vor.
- 40 Das Vertragsangebot wurde von der Antragstellerin nicht in Gänze angenommen. Hinsichtlich der unstrittigen Mitnutzungsbedingungen hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Autonomie der streitenden Parteien Vorrang. Die Beschlusskammer lässt sich zu den unstrittigen Teilen des Vertragsangebots nicht ein, sondern ordnet den Vertrag auch insoweit an (siehe dazu unter Ziffer 2.4).
- 41 Streitig sind die beiden Vertragsklauseln zu den Entgelten und der Bürgschaft als Sicherheitsleistung (§§ 2 und 11 des Vertrages). 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.
- 42 Die Beschlusskammer hat die streitigen Regelungen anhand der gesetzlichen Kriterien geprüft. Die Regelung zu dem Überlassungsentgelt (§ 2 Abs. 1 lit. b) des Vertrages) sowie zu einer Sicherheitsleistung für die vertragliche Rückbauverpflichtung (§ 11 Abs. 3 des Vertrages) wurden die angebotenen Bedingungen nicht als hinreichend fair und angemessen angesehen. Daher oblag es der Beschlusskammer, insoweit andere Regelungen festzulegen bzw. Regelungen ersatzlos zu streichen.

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

- 43 Die tenorierte Kostentragungsregel und der angemessene Aufschlag waren nach § 77n Abs. 2 TKG anzuordnen, weil sie faire und angemessene Entgelte sicherstellen.

### 2.3.4.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab

- 44 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

*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)*

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

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

- 45 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 daher kein öffentliches Telekommunikationsnetz ist. Eine Anwendung des spezielleren, in § 77n Abs. 3 TKG vorgesehenen Entgeltmaßstabes kam somit nicht in Betracht.

- 46 Zwar hat die Antragsgegnerin vorgetragen, das Leerrohr sei im Gehweg verlegt worden, damit die Antragstellerin bei Bedarf das Leerrohr mitnutzen könne (vgl. Stellungnahme vom 25. 7. 2019, dort Auskunft zu Frage 1 b; vgl. auch S. 1 der Antragserwiderung). Dies steht jedoch im Widerspruch zu der, ebenfalls in der Stellungnahme vom 25. 7. 2019 enthaltenen Angabe, die Leerrohrinfrastruktur sei nicht für eine Mitnutzung ausgebaut worden (Auskunft zu Frage 5 d). Entscheidend für die Anwendung des in § 77n Abs. 2 TKG vorgesehenen Entgeltmaßstabes ist aber der Umstand, dass das Leerrohr nicht Teil eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, sondern Teil eines öffentlichen Versorgungsnetzes für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten ist. Daher besteht nicht die für § 77n Abs. 3 TKG spezifische Wettbewerbssituation zwischen Infrastrukturihaber und Mitnutzungspetent, die der wesentliche Grund für den anders gelagerten Kostenmaßstab ist.

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

- 47 Gemäß § 77n Abs. 2 TKG müssen die durch die Ermöglichung der Mitnutzung dem Infrastrukturihaber zusätzlich entstandenen und gegebenenfalls noch entstehenden Kosten durch das Entgelt gedeckt sowie über einen angemessenen Aufschlag ein Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen gesetzt werden. Dieser Maßstab enthält keine Kosten der Basisinvestition, weil diese 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 Infrastrukturihaber und dem Mitnutzungspetent.

#### 2.3.4.2 Zusätzliche Kosten nach § 77n Abs. 2 S. 2 TKG (Tenorziffer 1 lit. a)

- 48 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.

##### 2.3.4.2.1 Kostentragungspflicht der Antragstellerin

- 49 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 Mitnutzungsponenten zu tragen,

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

- 50 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.*

- 51 Als zusätzliche Kosten der Mitnutzung können insbesondere die Kosten der Auskundung (einschließlich der Durchgängigkeitsprüfungen), des Materials (Kabel, Kabelschutzrohr, Muffen etc.), des Einbringens des Kabels, 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.
- 52 Die in Rz. 51 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 bestimmbareren 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.
- 53 Demgegenüber wurde das in § 2 Abs. 1 lit. b) im Vertragsangebot vom 23. 5. 2019 Entgelt von 56 € pro Jahr direkt aus den Kosten für die Basisinvestition abgeleitet und bildet damit gerade keine Zusatzkosten i. S. d. § 77n Abs. 2 TKG ab. Daher ist diese Klausel im Vertrag zu streichen.

#### 2.3.4.2.2 Vergütung der Aufwendungen der Antragsgegnerin

- 54 Die Regeln zur Vergütung der mit der Bereitstellung der Leerrohre entstehenden Aufwendungen der Antragsgegnerin in § 2 Abs. 1 lit. a) im Vertragsangebot vom 23. 5. 2019 wurden von der Antragstellerin nicht streitig gestellt und werden insofern aus dem bereits vorliegenden Vertragsangebot übernommen. Sie entsprechen im Übrigen den bereits im Verfahren BK11-18/005 in Tenorziffer 1 lit. a) angeordneten Regeln und Stundenverrechnungssätzen (im damals angeordneten Vertrag § 2 Abs. 1 lit. b)).
- 55 Im Übrigen wird zur Klarstellung der Übernahme der zusätzlichen Kosten in § 2 Abs. 1 lit. a) des Vertrages eine entsprechende Regelung vorangestellt. Diese entspricht der in Tenorziffer 1 lit. a) des Beschlusses BK11-18/005 angeordneten Entgeltregelung des § 2 Abs. 1 lit. a) des damaligen Vertrages.

#### 2.3.4.3 Angemessener Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG (Tenorziffer 1 lit. b)

- 56 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.*
- 57 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 hat die Beschlusskammer ihren vom Gesetzgeber eingeräumten Entscheidungsspielraum genutzt, 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

- 58 Rechtsgrundlage für den angemessenen Aufschlag auf die zusätzlichen Kosten der Mitnutzung ist § 77n Abs. 2 S. 3 TKG. Dort heißt es:

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

- 59 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.*

- 60 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.
- 61 Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass die zusätzlichen Kosten der Mitnutzung vom Petenten zu übernehmen sind. Dies kann die Erstattung von Kosten des Infrastrukturinhabers einschließen. Jedoch fallen beim Infrastrukturinhaber 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 Versorgungszweigener 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 Koordination von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG (im Folgenden: Konsultationsdokument), S. 7 ff.; veröffentlicht unter: [www.bundesnetzagentur.de/Konsultation\\_Entgeltmassstaebe\\_DigiNetzG](http://www.bundesnetzagentur.de/Konsultation_Entgeltmassstaebe_DigiNetzG).*

- 62 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.
- 63 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 weiter Spielraum zu.

#### **2.3.4.3.2 Zielsetzung des angemessenen Aufschlags**

- 64 Für die Festlegung des angemessenen Aufschlags ist dabei in erster Linie die Zielsetzung des DigiNetz-Gesetzes maßgeblich. Das DigiNetz-Gesetz soll den Breit-

bandausbau 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 f.*

- 65 Allerdings sieht der Gesetzgeber einen angemessenen Aufschlag zugunsten des Infrastrukturanhabers vor, um diesem einen Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen seiner bestehenden Anlagen zu geben.
- 66 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.
- 67 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.
- 68 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.*
- 69 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, Kos-

tensenkungen beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen zu ermöglichen, entgegenwirkt.

#### **2.3.4.3.3 Methodik zur Bestimmung des Aufschlags**

##### ***Pauschalierung versus Einzelfallbetrachtung***

- 70 Vor dem Hintergrund der nachfolgenden Erwägungen hat sich die Beschlusskammer dafür entschieden, den angemessenen Aufschlag pauschaliert zu bestimmen.
- 71 Jeder Infrastruktureigentümer wird eine andere Aufschlaghöhe 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 Infrastrukturinhaber 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 beispielweise 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 Infrastrukturinhaber 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.
- 72 Der Infrastrukturinhaber 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.
- 73 Geht man demgegenüber von der Anreizfunktion des Aufschlages aus, spricht Überwiegendes für eine pauschale Bestimmung. Denn ein pauschaliertes Aufschlag geht für die Verfahrensbeteiligten mit einem geringeren Aufwand einher, als eine einzelfallbezogene 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 ge-

benenfalls 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.

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

#### ***Bezugspunkt für die Festlegung des Aufschlags***

- 76 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. 73 f. ausgeführt – zu vorhersehbaren und plausiblen Ergebnissen führt sowie für möglichst viele Fälle anwendbar ist.
- 77 Die Bundesnetzagentur hatte Anfang 2018 eine Konsultation zu den Entgeltmaßstäben des DigiNetz-Gesetzes durchgeführt. Dabei wurden unterschiedliche Methoden

zur Bestimmung des angemessenen Aufschlags zur Diskussion gestellt: ein absoluter Pauschalbetrag, ein prozentualer 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. sowie hierzu die Erörterung der Methoden und Stellungnahmen aus der Konsultation im Beschluss BK11-18/005, Rz. 115-125 und 136.*

- 78 Durch die von der Beschlusskammer 2018 durchgeführte Erhebung bereits geschlossener Mitnutzungsverträge konnte schon im Verfahren BK11-18/005 ein Ansatz zur Bestimmung des Aufschlags angewendet werden, bei dem der „Wert“ der Mitnutzung ohne Rückgriff auf Investitionskosten abgeleitet werden kann, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht Bestandteile eines Entgelts nach § 77n Abs. 2 TKG sein sollen (vgl. Rz. 66). Denn aus dieser Erhebung zu den Mitnutzungsverträgen der vergangenen Jahre (vgl. Abschnitt 2.3.4.3.4) und weiterer nach § 77d Abs. 4 TKG inzwischen vorgelegter Mitnutzungsverträge kann ein bundesweites Marktpreisniveau für die Nutzung von Leerrohren abgeleitet werden, das auch ein Vergleichsentgelt für die Mitnutzung freier Rohrkapazitäten darstellen kann.
- 79 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.
- 80 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.
- 81 Die maximale Zahlungsbereitschaft des Mitnutzungspetenten wird von seinem Geschäftsplan abhängen, der durch Stand-Alone-Kosten 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.

- 82 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 Infrastrukturihaber; 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) 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 Infrastrukturihabers wie auch des Mitnutzungspetenten, werden in die Einigung einfließen.
- 83 In tatsächlich abgeschlossenen Mitnutzungsverträgen hat es eine solche Einigung auf einen Mitnutzungspreis als Ergebnis von Verhandlungen gegeben, die zu einer konkreten Aufteilung des aus der Mitnutzung erwachsenen Wertes geführt hat. 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.
- 84 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 Streitbelegungsstelle 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.
- 85 Mit dieser Begründung bringt der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck, dass er von einer Marktnähe der Streitbelegungsstelle 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.*

- 86 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.*

- 87 Insoweit ermöglicht das Gesetz eine Bezugnahme auf reale Mitnutzungspreise als Anhaltspunkt zur Bestimmung des Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG.

#### **2.3.4.3.4 Ermittlung des Referenzpreises**

- 88 Die Beschlusskammer forderte im Juli 2018 deutschlandweit sämtliche potentielle Eigentümer und Betreiber passiver Infrastrukturen (Telekommunikationsunternehmen, Gas- und Stromnetzbetreiber, Stadtwerke, Straßen- und Wasserstraßenverwaltungen, Schienenwegebetreiber 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.
- 89 Im Entscheidungszeitpunkt hat die Beschlusskammer alle bis zum 31. 8. 2019 eingegangenen Mitnutzungsverträge für Leerrohre ausgewertet. In die Berechnung flossen damit 1.125 vertraglich vereinbarte Entgelte aus 1.069 Verträgen ein. Davon ist in 72 % der Fälle eine jährliche, in 14 % der Fälle eine einmalige Zahlung und in 14 % der Fälle eine unentgeltliche Nutzung vereinbart. Bei entgeltlicher Nutzung hängen 66 % der Entgelte von der Länge und 34 % nicht davon ab. Daher ist aus Sicht der Beschlusskammer der Referenzpreis in Euro pro Meter und Jahr am zuverlässigsten zu bestimmen.
- 90 Um einmal anfallende Entgelte sowie Pauschalentgelte in der Auswertung berücksichtigen zu können, wurden sie ebenfalls in ein längenabhängiges Entgelt pro Jahr umgerechnet. Dazu wurden die Einmalentgelte mithilfe des zum Zeitpunkt des Vertragschlusses jeweils maßgeblichen, von der Bundesnetzagentur festgelegten Branchen-

zinssatzes (vgl. zuletzt Beschluss BK3c-19/018 vom 24. 9. 2019) 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 14,9 Jahren aus den tatsächlichen Laufzeiten der befristeten Verträge angenommen. Sofern die so ermittelten Jahresentgelte nicht von der Länge des mitgenutzten Leerrohres abhängen, wurden sie durch im jeweiligen Vertrag ausgewiesene Länge dividiert, bevor sie zu den Meterpreisen pro Jahr hinzuaddiert wurden. 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 aber keine 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.

- 91 Die in den Referenzpreis eingeflossenen Entgelte pro Meter und Jahr reichen von null Euro bis zu gut 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 mit Stand 31. 8. 2019 bei 1,25 €/m und Jahr liegt.

#### **2.3.4.3.5 Angemessenheit des Aufschlags**

- 92 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.
- 93 Ausgehend von den Zielsetzungen des DigiNetz-Gesetzes und des Aufschlages (dazu bereits unter Ziffer 2.3.4.3.2) hat die Beschlusskammer eine Abwägung der maßgeblichen Regulierungsziele und -grundsätze vorgenommen. Darin hat sie 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 Infrastrukturihabers eingestellt. Außerdem war bei der Abwägung sicherzustellen, dass keine verzerrenden Effekte zum Nachteil bestimmter Infrastrukturen eintreten,

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

- 94 Die Beschlusskammer hat hinsichtlich dieser Abwägung ihre Ausführungen in dem Beschluss BK11-18/005 vom 5. 11. 2018 überprüft und kritisch gewürdigt. Da die hier zu treffende neuerliche Abwägung zu den gleichen Erwägungen führt, wird die Abwägung hier nur summarisch aufgeführt. Für die Einzelheiten der Abwägung verweist die Beschlusskammer daher auf Rz. 146-170 des Beschluss BK11-18/005.
- 95 Es streiten die Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), der Wettbewerbsschutz zum Nutzen der Verbraucher und die Förderung des infrastrukturbasierten 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.
- 96 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 Zusatzkostenmaßstab 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.
- 97 Daher 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.
- 98 Diese Bedingung kann jedoch bei kurzen Strecken zu einem so geringen Aufschlag führen, dass damit keinerlei Anreizwirkung mehr verbunden wäre. Die Idee des Digi-

Netz-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 Infrastrukturihaber und Mitnutzungspetent werden dadurch in gleichem Maße berücksichtigt, da auch für kurze Strecken der Anreiz für eine Mitnutzung erhalten bleibt.

- 99 In diesen Ausnahmefällen (kurze Strecken) kann der Mitnutzungspreis, insbesondere wenn ein Mindestaufschlag zum Tragen kommt, auch deutlich oberhalb des Referenzpreises liegen.
- 100 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.
- 101 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.
- 102 Für kurze Strecken ist ein über alle Mitnutzungsbegehren einheitlich festgelegter Anteil möglicherweise zu gering, um eine Anreizwirkung für den Anbieter zu entfalten, so dass die Festlegung eines Minimalbetrages geboten ist.
- 103 Bei der streitgegenständlichen Strecke von 61,10 Metern ergibt sich ein jährlich zu zahlender Aufschlag von 15,28 € 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.
- 104 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.
- 105 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 ge-

genüber stellt der Aufschlag einen Reingewinn ohne Kostenentsprechung dar, weshalb ein niedriger Anteil am Referenzpreis geboten ist.

- 106 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 4,39 % ein Barwert von 4,67 € pro Meter. Dieser Barwert liegt allenfalls bei rund 10 % der in Studien/Quellen üblicherweise zu findenden Werte für die Stand-Alone-Kosten.

*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 €/m (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),*

und somit wird durch den Aufschlag wohl auch kein erheblicher Teil der Investitionskosten vergütet.

- 107 Ein höherer Aufschlag als der festgelegte mag die Bereitschaft der Infrastrukturihaber 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 Infrastrukturihaber so weit, dass er nicht mehr bereit ist, Mitnutzungen zu gewähren; im günstigsten Fall dürfte auch der Anreiz für „Mehrdimensionierungen“ ganz wegfallen.
- 108 Aus diesen Abwägungsüberlegungen heraus wird deutlich, dass der nunmehr gefundene Aufschlag die Interessenlagen von Infrastrukturihaber und Mitnutzungscompetenten in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander bringt.

### 2.3.5 Festlegung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen (Tenorziffer 2)

- 109 Die Klausel über die Sicherheitsleistung im Falle eine Rückbauverpflichtung gemäß § 11 Abs. 3 des Vertrages entspricht nicht dem Maßstab einer fairen und angemessenen Bedingung.

#### 2.3.5.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen

- 110 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.

- 111 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.

- 112 Das Kriterium der fairen und angemessenen Bedingungen entstammt Art. 3 Absatz 5 der Kostensenkungsrichtlinie.

- 113 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>.*

- 114 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 Streitbelegungsstelle auf nationaler Ebene in Anspruch nehmen können, die den Parteien eine Lösung vorschreiben kann, um ungerechtfertigte Geschäftsverweigerungen oder unangemessene Bedingungen zu vermeiden.“*

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

*Vgl. Kostensenkungsrichtlinie, Erwägungsgrund 14.*

- 116 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 Vorschrif-

ten 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 Zugangsbedingungen 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-Rz. 37, 56.*

- 117 Eine weitergehende Definition des Begriffs der fairen und angemessenen Zugangsbedingungen ist weder in der Kostensenkungsrichtlinie, noch in dem diese Richtlinie umsetzenden DigiNetz-Gesetz enthalten.
- 118 Bereits im allgemeinen Wettbewerbsrecht ist die Vorstellung des fairen und angemessenen Ausgleichs in den §§ 19 und 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.
- 119 § 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.
- 120 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, Rz. 1; vgl. Scherer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl., § 25, Rz. 2.*

- 121 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 auszulegenden 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.
- 122 Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von dem verpflichteten Infrastrukturinhaber 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 Sicherheitsleistung bei Rückbauverpflichtung (Tenorziffer 2)**

- 123 In § 11 des Vertragsangebotes der Antragsgegnerin sind für die Zeit nach Beendigung des Mitnutzungsverhältnisses Rückbaupflichten geregelt. Die Regelung § 11 Abs. 3 beinhaltet die Vorgabe, dass der Mitnutzer für mögliche Rückbaukosten der Antragsgegnerin – die gegebenenfalls nach Beendigung des Mitnutzungsverhältnisses anfal-

len, wenn die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zum Rückbau nicht nachkommen kann oder will – Sicherheit leistet. Hierzu hat die Antragstellerin innerhalb von vier Wochen nach Vertragsschluss eine Bankbürgschaft in entsprechender Höhe, mindestens in Höhe von 1.000 Euro, zu stellen. Diese Vorgabe ist in dieser Form für die Antragstellerin nicht zumutbar und damit nicht fair und angemessen.

- 124 Sicherheitsleitungen werden in § 77d Abs. 2 Nr. 1 TKG ausdrücklich als mögliche Mitnutzungsbedingungen genannt. Danach sind Infrastrukturinhaber grundsätzlich berechtigt, im Rahmen fairer und angemessener Bedingungen auch Sicherheitsleistungen zu verlangen.

*Vgl. auch Stelter in Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl., § 77d, Rz. 26.*

- 125 Jedoch ist die in dem Vertragsangebot enthaltene Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für „voraussichtliche Rückbaukosten“ nicht fair und angemessen.

- 126 Die vertragliche Regelung bezweckt, das Interesse der Antragsgegnerin am Ausbau der von der Antragstellerin eingebrachten Kabel nach Ende der Mitnutzung – sei es durch Kündigung oder sonstige Beendigung des Mitnutzungsverhältnisses – abzusichern. Nach der Regelung in § 11 Abs. 1 ist die Antragstellerin zum Rückbau verpflichtet. Diese Verpflichtung steht jedoch unter dem Vorbehalt einer Prüfung der technischen Notwendigkeit des Rückbaus, welche die infrastrukturelle Funktionsfähigkeit und Sicherheit im Einzelfall berücksichtigt. Dabei bleibt unklar, wer die Prüfung zu welchem Zeitpunkt durchführen soll und sodann die Entscheidung über die technische Erforderlichkeit eines Rückbaus – und damit über das tatsächliche Bestehen oder Nichtbestehen einer Rückbauverpflichtung – trifft. Sofern sich aus der Prüfung keine Rückbauverpflichtung ergibt, soll die Antragstellerin auch über das Vertragsende hinaus für alle Kosten und Schäden einzustehen haben, die sich aus dem Verbleib (der von ihr eingebauten Komponenten eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes) ergeben. Demgegenüber stehen der Antragstellerin keine Ansprüche gegenüber der Antragsgegnerin zu (§ 11 Abs. 2 des Angebotes). Darüber hinaus soll die Antragstellerin für den Fall einer dann doch möglicherweise bestehenden Rückbauverpflichtung die hier streitige Bankbürgschaft zur Absicherung der „voraussichtlichen Rückbaukosten“ beibringen. Eine Regelung zum Zeitpunkt und den Bedingungen der Rückgabe der Bankbürgschaft fehlt vollständig.

- 127 Die über die Regelungen in § 11 Abs. 2 des Vertrages hinausgehende, in Abs. 3 verlangte Bankbürgschaft ist unangemessen, weil dem kein entsprechendes Sicherungsinteresse der Antragsgegnerin gegenübersteht. Es ist bei Vertragsabschluss nicht absehbar, ob der zu besichernde Fall anfallender Rückbaukosten jemals eintritt. In § 11 Abs. 2 des Vertrages ist eine Prüfung vorgesehen, ob ein Rückbau technisch erforderlich ist. Ausweislich der Formulierung von § 11 Abs. 2 S. 2 der Regelung geht die Antragsgegnerin selbst davon aus, dass diese Prüfung zu dem Ergebnis kommen kann, dass überhaupt keine Rückbauverpflichtung der Antragstellerin besteht. Hinzu kommt, dass unbestimmt bleibt, wann ein Rückbau technisch notwendig ist und welche Kriterien dafür herangezogen werden. Darüber hinaus besteht auch die Möglich-

keit, dass die Antragsgegnerin auf einen Rückbau verzichtet (z.B. wenn sie selbst Interesse am Verbleib der Infrastruktur hat). Selbst wenn ein Rückbau technisch erforderlich wäre und kein Verzicht seitens der Antragsgegnerin erfolgte, so würde zunächst die vertragliche Rückbaupflicht der Antragstellerin aus § 11 Abs. 1 des Vertrages greifen. Erst wenn die Antragstellerin den technisch erforderlichen Rückbau nicht vornehmen könnte oder wollte, würde die Sicherungsleistung greifen.

- 128 Dem Interesse der Antragsgegnerin auf Sicherheitsleistung für einen nicht klar umrissenen, unter der Bedingung eines entsprechenden Prüfergebnisses sowie einer Pflichtverletzung der Antragstellerin stehenden Sachverhalt steht ein unangemessen hoher finanzieller Aufwand der Antragstellerin gegenüber. Denn eine Bürgschaft für jeden einzelnen Mitnutzungsvertrag bedeutet in jedem dieser Fälle (unabhängig von Länge, Lage und Struktur der mitgenutzten Infrastruktur) die kostenpflichtige Erstellung einer Bürgschaftsurkunde, eine nicht unbedeutende Bearbeitungsgebühr sowie weitere quartalsweise Gebührenforderungen durch das Kreditinstitut. Dadurch tritt eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Bonität der Antragstellerin ein. Mit Blick auf die grundlegende Zielsetzung der Kostensenkungsrichtlinie ist es widersinnig, wenn bei einer Mitnutzung quasi „über die Hintertür“ neue, nicht zwingend notwendige Kosten für den Mitnutzer generiert würden, denen kein hinreichendes Sicherheitsbedürfnis des Infrastrukturinhabers gegenübersteht.
- 129 Das Interesse der Antragsgegnerin an der Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes nach Kündigung oder sonstigem Wegfall des Mitnutzungsrechts (Seite 2 des Schriftsatzes vom 28. 6. 2019 und Seite 4 des Schriftsatzes vom 25. 7. 2019) findet sich bereits in den Regelungen des § 11 Abs. 1 und 2 des Vertrages wieder. Dieses Interesse wird durch die genannten vertraglichen Regelungen hinreichend abgesichert. Eine von der Antragstellerin angebotene Absicherung durch ein Sparkonto mit Sperrvermerk zugunsten der Antragsgegnerin hat die Antragsgegnerin ohne weitere Begründung abgelehnt, obwohl dies gegebenenfalls ein Weg einer einvernehmlichen Regelung zwischen den Parteien gewesen wäre (auch wenn diese schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung nicht insolvenzfest gewesen wäre und sich insofern von der Bürgschaft unterschieden hätte).
- 130 Die Antragsgegnerin wird durch die Streichung der Regelung zur Sicherung etwaiger Kosten einer potentiellen Rückbauverpflichtung nicht schutzlos gestellt. Denn sie könnte die vertraglich (weiterhin) bestehende Rückbauverpflichtung nach § 11 Abs. 1 des Vertrages – sofern ein Rückbau technisch notwendig wäre – auf dem Klageweg durchsetzen oder im Wege der Ersatzvornahme den Rückbau selbst vornehmen und die Kosten bei der Antragsgegnerin einklagen. Sollte die technische Prüfung zu dem Ergebnis kommen, dass ein Rückbau nicht erforderlich ist, dann würde ihr die Antragstellerin aufgrund der Regelung in Abs. 2 S. 2 für alle Kosten und Schäden haften (ohne dass der Antragstellerin selbst Ansprüche gegen die Antragsgegnerin zustehen würden). Ein darüberhinausgehendes Interesse der Antragsgegnerin ist hier nicht zu berücksichtigen.

- 131 Die im Vertragsangebot enthaltene Regelung entspricht insoweit nicht dem Gebot von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit.
- 132 Dem Gebot der Billigkeit wird durch die Streichung der Bedingung einer Rückbaubürgschaft Rechnung getragen, da sie aus den oben bereits ausgeführten Gründen hinsichtlich des Zwecks, den die Antragsgegnerin hiermit verfolgt, angemessen ist. Die Belastungen und Einschränkung der Antragstellerin sind hinsichtlich der Sicherheitsleistung nicht durch schützenswerte Interessen der Antragsgegnerin gerechtfertigt, weil sie einer ggf. bestehenden Rückbauverpflichtung nach einem Vertragsende in der Zukunft ohnehin gemäß den vertraglichen Regelungen nachkommen muss. Für eine solch potentielle Verpflichtung hätte sie aber bereits jetzt nicht unerhebliche finanzielle Einbuße, die keinem direkten Zweck der Mitnutzung zugeführt würden. Auch innerhalb von vergleichbaren Konstellationen ist der Markt nicht geprägt von Sicherheitsleistungen für mögliche Rückbauverpflichtungen, so dass es hier auch nicht um eine bessere Bedingung geht als üblich. Hierzu hat auch die Antragsgegnerin nicht vorgetragen, wann und von wem ggf. noch Sicherheitsleistungen in Form von Bürgschaften verlangt werden.
- 133 Der Chancengleichheit wird durch die Streichung insofern Rechnung getragen als hierin auch der Gedanke des DigiNetz-Gesetzes der schnellen und kostengünstigen Förderung des Breitbandausbaus zum Tragen kommt. Die Hürde von Sicherheitsleistungen für potentiell in fernerer Zukunft einmal anfallenden Rückbauverpflichtungen, bei denen im Übrigen noch unklar ist, wann und wie sie überhaupt anfallen können, würde bereits jetzt zu finanziellen Einschränkungen führen, die den positiven Effekt der Synergienutzung wieder ein Stück weit aufheben würden. Der Antragsgegnerin selbst entstehen dadurch auch keine Einbuße, weil sie selbst in der Hand behält, überhaupt eine Rückbauverpflichtung am Vertragsende festzustellen und diese auch einzufordern und durchzusetzen.
- 134 Der Grundsatz der Rechtzeitigkeit spricht hier zusätzlich dafür, weitere Verzögerungen einer Mitnutzung durch im Vorfeld bereits erforderliche Sicherheitsleistungen, die eingerichtet werden müssen und zusätzlichen Aufwand auf beiden Seiten erzeugen, zu vermeiden. Dies einmal mehr, wenn dies nicht zur Durchsetzung von zwingenden Interessen der Antragsgegnerin erforderlich erscheint.
- 135 Aus dem zuvor Ausgeführten folgt, dass die Regelung des § 11 Abs. 3 des Vertrages zu streichen war.

#### **2.4 Anordnung des Vertrages**

- 136 Die Geltung des Vertrages 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.

- 137 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.*

- 138 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 Infrastrukturihabern, die eine Mitnutzung verhindern wollen, wären die Möglichkeiten eröffnet, das Angebot zurückzuziehen oder es mit neuen, den Mitnutzungspetenten unangemessen belastenden Bedingungen zu versehen.

- 139 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 bindend. 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.

- 140 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.

## Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid 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, 30. 9. 2019

Vorsitzende

Beisitzer und

Beisitzer

Dr. Schwarz-Schilling

Dr. Haslinger

Dr. Kutzscher

## Gliederung

1 Sachverhalt .....	4
2 Gründe .....	9
2.1 Rechtsgrundlage.....	9
2.2 Formelle Voraussetzungen.....	9
2.2.1 Zuständigkeit .....	9
2.2.2 Verfahren.....	9
2.2.3 Frist.....	10
2.3 Materielle Voraussetzungen .....	10
2.3.1 Zulässigkeit des Antrags gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG auf Zugangsgewährung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen...	10
2.3.2 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG.....	11
2.3.3 Würdigung des vorliegenden Angebots gemäß § 77d Abs. 2 TKG.....	11
2.3.4 Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 77n Abs. 2 TKG (Tenorziffer 1) .....	11
2.3.4.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab .....	12
2.3.4.2 Zusätzliche Kosten nach § 77n Abs. 2 S. 2 TKG (Tenorziffer 1 lit. a)...	13
2.3.4.2.1 Kostentragungspflicht der Antragstellerin .....	13
2.3.4.2.2 Vergütung der Aufwendungen der Antragsgegnerin .....	14
2.3.4.3 Angemessener Aufschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG (Tenorziffer 1 lit. b) .....	14
2.3.4.3.1 Ausgangspunkt zur Bestimmung des angemessenen Aufschlags.....	14
2.3.4.3.2 Zielsetzung des angemessenen Aufschlags.....	15
2.3.4.3.3 Methodik zur Bestimmung des Aufschlags .....	17
2.3.4.3.4 Ermittlung des Referenzpreises.....	21
2.3.4.3.5 Angemessenheit des Aufschlags.....	22
2.3.5 Festlegung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen (Tenorziffer 2).....	26
2.3.5.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen.....	26
2.3.5.2 Sicherheitsleistung bei Rückbauverpflichtung (Tenorziffer 2) .....	28
2.4 Anordnung des Vertrages .....	31
Rechtsbehelfsbelehrung.....	33