



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11

BK11-18/003

Beschluss

**in dem Streitbeilegungsverfahren
aufgrund des Antrages vom 19. 3. 2018**

**IIm-Provider UG,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Marienstr. 2, 98693 Martinroda,**

– Antragstellerin –

gegen

**die Telekom Deutschland GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,**

– 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,
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. EWE TEL GmbH,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
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. 1 & 1 Versatel GmbH,
Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 7 –
8. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –
9. EFN eifel-net Internet-Provider GmbH,
Bendenstraße 31, 54879 Euskirchen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –
10. net services GmbH & Co. KG,
Lise-Meitner-Str. 4, 24941 Flensburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 10 –

...

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Deutsche Telekom AG
 Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,
 vertreten durch den Vorstand,

diese vertreten durch Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte
 Partnerschaftsgesellschaft mbB,
 Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn,

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 Dr. Dirk Martin Kutzscher

auf die mündliche Verhandlung vom 14. 6. 2018 beschlossen:

1. Der von der Antragsgegnerin zuletzt am 14. 9. 2018 der Beschlusskammer vorgelegte Mitnutzungsvertrag (Anlage zum Beschluss) über die Mitnutzung eines Leerrohrs zwischen dem Hauptverteiler Nr. 36701-ASB3 in 98739 Reichmannsdorf und dem Kabelverzweiger Nr. 367013A5 in 98744 Meura wird mit folgenden Modifikationen angeordnet:
 - a) Die Kündigungsregelung in Ziffer 7.1 des Vertrags wird wie folgt abgefasst:
 „Die Telekom kann den Vertrag frühestens nach Ablauf der Mindestmietzeit mit einer Frist von 18 Monaten zum Jahresende kündigen, sofern die Telekom die Kabelkanalkapazität schließt oder verlegt“.
 - b) Die Kündigungsregelung in Ziffer 7.2 des Vertrags wird wie folgt abgefasst:
 „Ist eine Partei der Auffassung, dass das Leerrohr für den vertraglich vereinbarten Zweck nicht geeignet ist, so unterrichtet sie die andere Partei von ihren Bedenken und gibt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Parteien erörtern Abhilfemaßnahmen, insbesondere erhält der Mieter die Möglichkeit, das Hindernis für eine zweckgemäße Nutzung auf eigene Kosten zu beseitigen. Kommt keine Einigung über Abhilfemaßnahmen zustande, kann jede Partei den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist kündigen.“

c) Die Anlage 2 des Mitnutzungsvertrages vom 14. 9. 2018 wird wie folgt gefasst:

Leistung	Entgelt
1 Angebotsphase	
1.1 Bereitstellungsentgelt für die Auftragsabwicklung und Fakturierung im Rahmen der Angebotsphase	81,55 €
1.2 Bereitstellungsentgelt für die Kapazitätsprüfung vor Ort, einmalig je Rohrmeter	0,60 €
1.3 Bereitstellungsentgelt für die Projektierung im Rahmen der Angebotsphase inkl. Lageplan und technischer Dokumentation, einmalig je MFG/KVz-Anbindung	23,83 €
2 Bereitstellungsphase	
2.1 Bereitstellungsentgelt für die Auftragsabwicklung und Fakturierung im Rahmen der Bereitstellungsphase	107,37 €
2.2 Bereitstellungsentgelt für die Projektierung im Rahmen der Bereitstellungsphase inkl. technischer Dokumentation, einmalig je MFG/KVZ-Anbindung	nach Aufwand*
3 Überlassungsphase	
3.1 Verwaltungskosten, monatlich je MFG	3,96 €
3.2 Überlassung eines Viertels eines Kabelkanalrohrs in einem Mehrfachrohr, monatlich je Rohrmeter	0,04 €
3.3 Technischer Sicherheitsservice beim Einziehen der Glasfaser durch den Kunden	nach Aufwand*
3.4 Technischer Sicherheitsservice zum Zugang zum Viertelrohr bei Entstörung der Glasfaser des Kunden	nach Aufwand*
3.5 Bereitstellungsentgelt für das Einziehen der Glasfaser zwischen Kollokationsfläche und letztem Kabelschacht auf öffentlichem Grund, einmalig	
3.5.1 Bearbeitungspauschale für die Projektierung im Rahmen der Angebotserstellung	171,64 €
3.5.2 Bearbeitungspauschale für die Feinprojektierung, Baubegleitung und Abnahme im Falle der Herrichtung und Erweiterung	381,05 €
3.5.3 Montageleistungen	Preisliste „Montage“**
3.5.4 Neu erforderliche Montageleistungen, welche nicht in Preisliste „Montage“ enthalten sind	nach Aufwand*

...

Leistung	Entgelt
3.5.5 Materialien	Preisliste „Materialien“**
3.5.6 Neu erforderliche Materialien, welche nicht in Preisliste „Materialien“ enthalten sind	nach Auf- wand*
3.6 Bereitstellung/Beauftragung des Sicherheitservices für die Bereitstellung und Entstörung	35,93 €
4 Kündigung	
4.1 Bereitstellungsentgelt für die Auftragsabwicklung und Fakturierung im Rahmen der Kündigungsphase	65,29 €
4.2 Kündigungsabwicklung inkl. technischer Dokumentati- on, einmalig je MFG/KVZ-Anbindung	38,19 €
4.3 Technischer Sicherheitservice beim Ausziehen der Glasfaser durch den Kunden	nach Aufwand*
4.4 Bereitstellung/Beauftragung des Sicherheitservices für die Kündigung	35,93 €

* Für die nach Aufwand abzurechnenden Leistungsentgelte gilt die Preisliste „Installation und Instandsetzung nach Aufwand“ der Antragstellerin vom 25. 10. 2012.

** Hinsichtlich der aufgeführten Preislisten „Montage“ und „Materialien“ gelten die im Zeitpunkt der Leistungserbringung jeweils für die TAL-Kollokation genehmigten Preislisten.

2. Die Entgeltfestsetzung nach Ziffer 1 lit. c) steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die im Beschluss BK3-16/006 genehmigten Entgelte, die dieser Anordnung zugrunde gelegt wurden, abgeändert werden.

1 Sachverhalt

1. Das Verfahren betrifft eine Streitigkeit um die Bedingungen der Mitnutzung eines Leerrohres zwischen einem Kabelverzweiger und einem Hauptverteiler sowie die Festsetzung der Mitnutzungsentgelte und weiterer Nutzungsbedingungen.
2. Die Antragstellerin, die Firma IIm-Provider UG mit Sitz in 98693 Martinroda, ist ein regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze anbietet.
3. Die Antragsgegnerin, die Telekom Deutschland GmbH mit Sitz in 53227 Bonn, ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
4. Konkret geht es in diesem Fall um die Mitnutzung einer vorhandenen passiven Netzinfrastruktur zwischen einem Kabelverzweiger in 98744 Meura (KVz 367013A5 – im Folgenden: KVz) und dem Hauptverteiler in 98739 Reichmannsdorf (HVt 36701-ASB 3 – im Folgenden HVt). Die Antragstellerin ist berechtigt, die im sogenannten Nahbereich um den betroffenen HVt befindlichen KVz mit VDSL-Vectoring-Technologie auszurüsten und von diesen aus digitale Hochgeschwindigkeitsanschlüsse anzubieten. Der streitgegenständliche KVz ist von der Antragstellerin bereits mit Glasfaser an ihr Netz angebunden worden. Sie beabsichtigt, von diesem KVz ein Glasfaserkabel zum HVt in 98739 Reichmannsdorf zu führen und von dort aus die zugehörigen KVz im Nahbereich anzubinden, um ein VDSL-Vectoring-basiertes digitales Hochgeschwindigkeitsnetz zu errichten.
5. Bei Einsichtnahme in den Infrastrukturatlas bei der Bundesnetzagentur, die ihr mit Bescheid vom 10.10.2017 gewährt worden war, ermittelte die Antragstellerin eine Leerrohrtrasse der Antragsgegnerin zwischen dem KVz und dem HVt, die ihr für ihr Vorhaben geeignet erschien.
6. Die Antragstellerin stellte unter dem 14.11.2017 bei der Antragsgegnerin einen Antrag auf Leerrohrzugang auf Basis des Vertrages für den Leerrohrzugang zur Erschließung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) am KVz. Dieser Antrag wurde von der Antragsgegnerin mit E-Mail vom 8.12.2017 wegen fehlender Kabelkanalkapazitäten abgelehnt.
7. Die Antragstellerin bezweifelte den Kapazitätsmangel und beantragte unter dem 21.12.2017 bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen der Antragsgegnerin auf der genannten Strecke nach § 77d TKG. Sie beantragte die Nutzung für *das reine Leerrohr, sowie [die] entsprechenden Rohrmuffen*, um darin ein Glasfaserkabel mit 12 mm Außendurchmesser einzubringen. Dadurch sollte der HVt mit den direkt von diesem versorgten Anschlüssen (sogenannte A0-Anschlüsse) sowie die im Nahbereich gelegenen KVz erschlossen werden. Als geplanten Ausführungszeitraum gab sie die Zeit vom 1.6. bis 31.10.2018 an. Der Antragseingang

wurde durch den Rückschein der Deutschen Post für den 27. 12. 2017 und von der Antragsgegnerin per E-Mail für den 2. 1. 2018 bestätigt.

8. Die Antragsgegnerin wies in einer E-Mail vom 10. 1. 2018 darauf hin, dass für die Antragsbearbeitung eine erneute, für die Antragstellerin kostenpflichtige Prüfung der Kabelkanalanlage notwendig sei. Sie vermutete dabei allerdings schon, dass *„zu erwarten wäre, dass eine erneute Prüfung zu einem gleichen Ergebnis führen würde [...], da die vor Ort Gegebenheiten unverändert sind.“* Es wurde die Fortsetzung des Antrags in Verbindung mit der kostenpflichtigen Prüfung oder eine Rücknahme des Antrags vorgeschlagen. Die Antragstellerin beantragte daraufhin die kostenpflichtige Prüfung per E-Mail vom 10. 1. 2018. Die Antragsgegnerin wies den Antrag, nach erneuter Nachfrage der Antragstellerin, mit Verweis auf § 77g Abs. 2 TKG per E-Mail vom 8. 3. 2018 zurück.
9. Mit Schreiben vom 12. 3. 2018, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 14. 3. 2018 und konkretisiert am 19. 3. 2018, beantragte die Antragstellerin

„ein Streitbeilegungsverfahren gemäß § 77n TKG zur Nutzung von Leerrohrkapazität der Telekom Deutschland GmbH zwischen dem KVz 367013A5 in 98744 Meura und dem Hauptverteiler HVt 36701-ASB 3 in 98739 Reichmannsdorf.“
10. Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbelegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 6 vom 28. 3. 2018 als Mitteilung Nr. 72 veröffentlicht worden.
11. Die Antragstellerin wies zur Begründung ihres Antrags darauf hin, dass sie ohne die Nutzung des von ihr bereits eingeplanten Leerrohres den *"geplante[n], termingerechte[n] Nahbereichsausbaue im Nahbereich 36701-ASB 3 [als] gefährdet"* ansehe.
12. Unter dem 27. 3. 2018 teilte die Antragsgegnerin mit, weitere Prüfungen hätten ergeben, dass doch ausreichende Kabelkanalkapazitäten vorhanden seien, und kündigte die Übersendung eines Vertragsangebotes an, das die Antragstellerin auch erhielt. In diesem Vertragsangebot waren u. a. ein einmaliges Entgelt für die Kapazitätsprüfung von ██████ €/m und ein monatliches Überlassungsentgelt von 0,38 €/m vorgesehen.
13. Eine kommentierte Fassung des Entwurfs übersandte die Antragstellerin der Beschlusskammer mit Mail vom 18. 4. 2018. Sie mahnte dabei neben der Mindestvertragslaufzeit und dem Sonderkündigungsrecht der Antragsgegnerin vor allem die Kosten der Kapazitätsprüfung sowie die Höhe des monatlichen Überlassungsentgelts an.
14. Am 17. 5. 2018 wandte sich die Beschlusskammer erstmalig mit Fragen zu dem übersandten Vertragsentwurf an die Antragsgegnerin. Sie bat zum einen um Erläuterung für das Abweichen der im Vertragsentwurf enthaltenen Preisvorstellungen von den genehmigten Entgelten für eine technisch identische Leistung, wobei sie insbesondere die Höhe des Überlassungsentgelts sowie desjenigen für die Kapazitätsprü-

fung hervorhob. Daneben nahm sie auch die vorgesehene Mindestvertragslaufzeit sowie die Kündigungsfristen in Bezug und fragte auch hier nach einer Begründung.

15. Mit Schriftsatz vom 24.5.2018 erhob die Antragstellerin noch einmal schriftlich gegenüber der Beschlusskammer die bereits vorgebrachten Einwände gegen das von der Antragsgegnerin vorgelegte Vertragsangebot. Die enthaltenen Preise wichen von den gleichartigen regulierten Entgelten zugunsten der Antragsgegnerin extrem nach oben ab, sie überstiegen bei der geforderten Mindestvertragslaufzeit voraussichtlich die gesamten bei der Antragsgegnerin überhaupt getätigten Investitionen um ein Vielfaches – insbesondere im Hinblick auf die Nutzung von lediglich einem Viertel des gesamten Leerrohres. Nach Vorstellung der Antragsgegnerin lägen die Kosten zur Nutzung bei ca. 346.560 € auf 10 Jahre gerechnet. Auch das einmalige Entgelt für die Kapazitätsprüfung vor Ort läge bei der angefragten Kabelkanallänge von 7.600 m bei ca. 9.500 €, wobei diese einfache Begutachtung sich vermutlich bereits aus den Bestandsunterlagen der Antragsgegnerin klären lassen würde. Auch die Kosten für Tiefbauunternehmen, die von der Antragsgegnerin zur Erschließung und Inbetriebnahme beauftragt werden würden, wurden beanstandet. Es sei nicht klar, welche Maßnahmen zwingend von Fremdfirmen erledigt werden müssten und welche Kosten dafür von der Antragsgegnerin in Rechnung gestellt werden würden, eine Preisliste sei auch nicht ausgehändigt worden. Nicht hinnehmbar seien weiter eine Mindestnutzungsdauer von zehn Jahren und das einseitige Sonderkündigungsrecht der Antragsgegnerin mit einer Frist von 18 Monaten. Verhandlungen mit der Antragsgegnerin über diese Punkte erfolgten nicht.
16. Die Antragsgegnerin antwortet auf diese Einwände mit Schriftsatz vom 7.6.2018. Darin kritisierte sie vorab, dass die Antragsstellerin mit ihr nicht über die strittigen Punkte verhandelt habe, sondern sich umgehend an die Beschlusskammer gewandt und so die Möglichkeiten einer Streitbeilegung ohne Entscheidung der Beschlusskammer nicht genutzt habe.
17. Hinsichtlich der kritisierten Entgelthöhe wendet sich die Antragsgegnerin gegen die Übertragung der mit Beschluss BK3a-16/006 vom 29.6.2016 genehmigten Entgelte (im Folgenden auch: KKA-Entgeltgenehmigung) auf die verfahrensgegenständliche Art der Zugangsgewährung zu ihren Leerrohren. Die dafür erforderliche Vergleichbarkeit bestehe bereits auf abstrakter rechtlicher Ebene nicht, weil ein Zugang nach § 77d TKG kein Zugang zu einer Infrastruktur aufgrund einer Regulierungsverfügung sei. Denn die Maßstäbe des § 77n Abs. 2 und 3 TKG, die auf faire und angemessene Entgelte abzielten, entsprächen nicht dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG. Dieser Maßstab werde auf regulierte Leistungen angewendet, zu denen die verfahrensgegenständlichen Leistungen gerade nicht zählten. Vielmehr gelte es hier, den Entgeltmaßstab des § 77n Abs. 3 TKG zur Anwendung zu bringen, wonach sicherzustellen sei, dass Eigentümer und Betreiber des mitzubeneutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken, wobei die Bundesnetzagentur hierbei über die zusätz-

lichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß § 77n Abs. 2 TKG hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen für das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz berücksichtigen müsse. Der KKA-Entgeltgenehmigung läge im Ergebnis die Erwägung zugrunde, bereits abgeschriebene Anlagegüter könnten bei der Entgeltbildung nicht berücksichtigt werden, wobei sich etwas gänzlich anderes im Kontext des § 77d TKG ergebe. Es müsse darum in der Entscheidungsfreiheit des zugangsgewährenden Unternehmens liegen, bei der Preisbildung von den Wiederbeschaffungswerten der Infrastruktur ohne Berücksichtigung bereits erfolgter Abschreibungen auszugehen. Insbesondere schließe § 77d i. V. m. § 77n Abs. 2 und 3 TKG eine sog. „Abschreibung unter Null“ gerade nicht aus. Die Berücksichtigung erfolgter Abschreibungen sei aber der wesentliche Grund für die erheblichen Absenkungen der genehmigten Entgelte für den Leerrohrzugang in der KKA-Entgeltgenehmigung gewesen.

18. Weiter müsse bei der Festsetzung der Entgelte nach § 77n Abs. 2 und 3 TKG jeweils die betroffene Infrastruktur in ihrer tatsächlichen Gestalt berücksichtigt werden. Das verfahrensgegenständliche Leerrohr sei noch nicht beschrieben, so dass die Anwendung des genehmigten Entgeltes schon deshalb nicht gerechtfertigt sei. Weiter sei der KKA-Entgeltgenehmigung nicht das tatsächliche Netz der Antragsgegnerin, sondern ein hypothetisches Netz mit einer effizienten Trassenführung zugrunde gelegt worden, was zu weiteren Entgeltkürzungen geführt habe.
19. Lege man diese Maßstäbe sowie den Umstand zugrunde, dass die konkrete Trasse nicht beschrieben sei, so entspreche die Höhe der angesetzten Preise (beantragte Preise für die KKA-Entgeltgenehmigung) einem fairen und angemessenen Entgelt, weil diese auf einer detaillierten Berechnung der Investitionswerte basierten, die vom Prüferferat der Bundesnetzagentur geprüft und regelmäßig als „*rechnerisch korrekt und methodisch sachgerecht*“ eingestuft würden. Für den Ansatz von Wiederbeschaffungskosten spreche zudem der wertbasierte Ansatz bei der Ermittlung von Mitnutzungsentgelten für Infrastrukturen von TK-Netzbetreibern, wie ihn die Antragsgegnerin auch im Konsultationsverfahren zu den für Mitnutzung und Mitverlegung anzuwendenden Maßstäben dargestellt habe.

Siehe: Stellungnahme der Deutschen Telekom AG zum Konsultationsdokument zu den Entgeltmaßstäben des DigiNetzG vom 16. 4. 2018, veröffentlicht unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Entgeltmasssstaebe_DigiNetzG/EntgeltmasssstaebeDigiNetzG-node.html (Stand URL: 6. 9. 2018)

20. Hinsichtlich der Mindestvertragslaufzeit und den Kündigungsfristen trägt die Antragsgegnerin vor, dass diese vor allem zum Schutz der Mitnutzer lange bemessen worden seien. Die vorgesehene Mindestvertragslaufzeit von 10 Jahren solle der Antragstellerin eine Sicherheit für die langfristige Nutzbarkeit ihrer in den Leerrohren verlegten Infrastrukturen geben. Ihr lägen Anfragen auf Mitnutzung vor, in denen deutlich längere Mindestnutzungsdauern gewünscht würden. Die Mindestnutzungsdauer sei grund-

sätzlich verhandelbar. Die Antragsgegnerin sei auch zur Vereinbarung anderer Mitnutzungsdauern bereit, denn § 77d Abs. 1 und 2 TKG forderten keine einheitliche Mindestnutzungsdauer über alle Verträge.

21. Der Antragstellerin müsse es aber möglich sein, die Mitnutzungsvereinbarung zu kündigen, wenn der Kabelkanal verlegt würde, weil sie dann die vereinbarte Mitnutzung nicht mehr gewähren könne. Solche Kabelkanalverlegungen ergäben sich etwa im Falle der Verlegung der Straße, in der der Kabelkanal geführt werde. Ebenso müsse der Antragsgegnerin die Kündigung wegen Eigenbedarfs möglich sein. Dies folge daraus, dass nach § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG die Mitnutzung bereits von vornherein wegen fehlender Kapazitäten verweigert werden könne. Dann müsse es der Antragsgegnerin auch möglich sein, ihren eigenen Bedarf an Kabelkanalkapazität zu einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen. Dies könne etwa erforderlich sein, wenn ein bisher nur für die Versorgung des Randbereichs einer konzentrierten Bebauung genutzter Kabelkanal für die Versorgung ihres Kernbereichs herangezogen werden solle, was wesentlich mehr Kunden Vorteile bringe.
22. Hinsichtlich der Länge der Kündigungsfristen ist die Antragsgegnerin der Auffassung, dass diese nicht denjenigen des Vertrages für die regulierte Vorleistung der Überlastung von Kabelkanalkapazitäten für Glasfaserkabel zur Erschließung der KVz-TAL entsprechen müssten, weil die Mitnutzung nach § 77d TKG keine sektorspezifisch regulierte Vorleistung sei. Es sei darum mit Blick auf die Interessen der Parteien sachgerecht, für beide einheitliche Kündigungsfristen vorzusehen.
23. Den Beteiligten ist in der am 14. 6. 2018 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Darin erläuterte die Antragsgegnerin, dass es sich bei dem hier in Rede stehenden Leerrohr um eines mit 40mm Innendurchmesser handelt, in dem sie selbst keine Kabel eingebracht habe. Vielmehr habe sie zuletzt den auf dem Weg befindlichen Mobilfunkmast noch mit Kupfertechnologie über ein anderes, weiteres auf dem Weg befindlichen Leerrohr angebunden. Zur Kalkulationsgrundlage für das streitgegenständliche Leerrohr verwies sie darauf, nicht zu wissen, ob es noch Kostenunterlagen für dieses gebe, diese aber ggf. auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen seien. Im Rahmen einer Rückfrage der Beschlusskammer, warum die Antragsgegnerin einen bundeseinheitlichen Preis angeboten habe und wie das betreffende Leerrohr damals verlegt worden sei, rekurrierte die Antragsgegnerin auf den Aufwand, der betrieben werden müsse, eine individuelle Kalkulation für ein konkretes Rohr darzulegen. Die Antragsgegnerin habe daher einen pragmatischen Ansatz gewählt und einen bundesdurchschnittlichen Preis auf Basis der „geprüften Kalkulation“ für ihren Entgeltantrag zur regulierten Leistung (im folgenden: KKA-Entgelte) gebildet. Im Übrigen gab die Antragsgegnerin an, dass es sich im Hinblick auf die „konkreten Benchmarks“, die man bezahlt habe, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele und man prüfen würde, was dazu zur Verfügung gestellt werden könne.

24. Die Antragstellerin reichte nach der öffentlich mündlichen Verhandlung mit Schreiben vom 21. 6. 2018 zwei Angebote Dritter für Verträge zur Nutzung von Leerrohren ein, die sie von der [REDACTED] aus Weimar sowie [REDACTED] [REDACTED] aus Erfurt erhalten hat. Diese Angebote hatte sie in der öffentlich mündlichen Verhandlung als Beispiel für die normalerweise üblichen Entgelthöhen für Mitnutzungen angeführt. Im Fall der [REDACTED] wurde die Mitnutzung eines im Bau befindlichen Leerrohres auf einer Länge von ca. 540 Metern zu einem monatlichen Preis von 45 € und einmaligem Bereitstellungspreis von 3.500 € angeboten (= ca. 0,08 € pro Meter und Monat). Mit dem [REDACTED] sieht der Vertrag ein Entgelt in Höhe von einmalig 1,00 € je laufendem Meter Leitungstrasse für die Mitnutzung vor.
25. In der Folge gab es zwischen den Parteien Verhandlungen. Die Antragsgegnerin übersandte der Antragstellerin ein weiteres Angebot. Das Verfahren wurde gemäß dem Antrag der Antragsgegnerin mit Zustimmung der Antragstellerin aufgrund der Verhandlungen für zwei Wochen vom 22. 6. 2018 bis zum 6. 7. 2018 ruhend gestellt. Nach Ablauf dieses Zeitraums teilte die Antragstellerin mit, dass die Verhandlungen nicht zum erwünschten Erfolg geführt hätten und das Angebot der Antragsgegnerin weiterhin nicht annahmefähig sei. Das Verfahren wurde daraufhin am 6. 7. 2018 wieder aufgenommen.
26. Die Beigeladene zu 9 nahm mit Schreiben vom 28. 6. 2018 zum Verfahren Stellung und beantragte, der Antragsgegnerin aufzuerlegen, ein Angebot zur Mitnutzung im Umfang wie von der Antragstellerin gefordert, gemäß § 77d TKG vorzulegen. Ihrer Auffassung nach gäbe es bislang kein fristgerechtes Angebot, da lediglich ein Mustervertrag vorgelegt worden sei. In diesem seien Entgeltpositionen angelehnt an das regulierte Standardangebot enthalten und man versuche mit dem Vertrag offenbar die Antragstellerin in eine rechtlich schwache Situation bzgl. der vereinbarten Entgelte zu bringen, da eine Streitschlichtung bei Unterzeichnung des Vertrags nicht mehr möglich wäre. Der Mustervertrag sei schon deshalb nicht als Standardangebot gemäß § 77d Abs. 5 TKG geeignet, weil keine Veröffentlichung über die Bundesnetzagentur als zentrale Informationsstelle erfolgt sei.
27. Die von der Antragsgegnerin vorgesehene technische Lösung sei nicht angemessen, da unnötigerweise vier Leerrohre eingezogen würden, deren Nutzung auf Dauer nicht gewährleistet werden könne. Der Einzug der Rohrteiler, der im Rahmen des regulierten Zugangs zu Kabelkanalanlagen durch die Beschlusskammer 3 vor vielen Jahren und nach dem damaligen Stand der Technik vorgesehen worden sei, entspreche nicht den nach dem DigiNetz-Gesetz vorgesehenen fairen und angemessenen Bedingungen, sei technisch aufwendig und im Preis zu hoch. Letztlich bedürfe es dahingehend dann auch einer Kostenteilungsregelung, die sicherstelle, dass die Kosten für Rohrteiler u. ä. nicht auch an weitere TK-Unternehmen berechnet werden könnten. Die von der Antragsgegnerin vorgesehenen zahlreichen Entgeltpositionen seien im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes nicht zulässig, da nur die zusätzlichen Kosten, die durch die

Mitnutzung entstünden zu erstatten seien. Es könne sich dabei nur um Einmalentgelte handeln, die die Kosten der Einbringung wie z. B. Tiefbau, Einziehen oder Einblasen umfassten, das Generieren einer dauerhaften Einnahme sei nicht vorgesehen. Die bisherigen Kosten für das vorhandene Leerrohr, welches mitgenutzt werden solle, seien bei den zusätzlichen Kosten nicht zu berücksichtigen, Abschreibungen insofern irrelevant. Die im Rahmen der Regulierung als marktbeherrschendes Unternehmen getroffenen Annahmen zur Verwendung von Leerrohren im Rahmen des Kostenmaßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (im folgenden KeL) seien für die Mitnutzung gemäß § 77d i. V. m. § 77g TKG nicht übertragbar, da es in diesem Fall nicht auf die fiktiven Kosten gemäß KeL ankomme, sondern nur auf zusätzliche Kosten – gemeint seien damit real entstehende Kosten im Einzelfall. Die vom Gesetzgeber angenommene angemessene Verzinsung könne sich insofern ausschließlich auf die zusätzlichen Kosten als Aufschlag beziehen, wobei es der Klarstellung durch die Streitbeilegungsstelle bedürfe, welche zusätzlichen Kosten zu welchem Zinssatz einer angemessenen Verzinsung unterlägen. Im Mustervertrag der Antragsgegnerin seien zahlreiche unnötige Kostenpositionen benannt, die die zusätzlichen Kosten in die Höhe trieben, so dass eine angemessene Verzinsung hier unnötig überhöht werde. Im Übrigen habe es die Antragsgegnerin versäumt, einen als angemessen erachteten Zinssatz zu benennen.

28. Ebenso könnten auch pauschalierte Entgelte – wie von der Antragsgegnerin vorge-
tragen – keine zusätzlichen Kosten sein, da es erhebliche Unterschiede zwischen den
einzelnen Mitnutzungen gäbe. Die tatsächlich entstehenden Kosten seien im Angebot
klar und deutlich zu benennen und ein Angebot „nach Aufwand“ könne kein ord-
nungsgemäßes Angebot sein, da das nachfragende Unternehmen so nicht abschät-
zen könne, wie hoch die Kosten der Mitnutzung tatsächlich seien. Aufwandsabhängi-
ge Einmalentgelte seien nur dann erstattungsfähig, wenn hierdurch tatsächlich zu-
sätzliche Kosten wirklich entstünden. Die von der Antragsgegnerin geforderten Ent-
gelte führten zu einer erheblichen Überkompensation, die zigfach über den tatsächlich
entstandenen bzw. entstehenden Kosten lägen. Die Beigeladene zu 9 verwies dahin-
gehend auf die bereits in der öffentlich mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen
zu marktüblichen Preisen für die Mitnutzung von Leerrohren, die bereits eine ange-
messene Verzinsung (also Rendite) enthielten, und die erheblich unter den von der
Antragsgegnerin geforderten Entgelten lägen.
29. Auch hinsichtlich der übrigen Regelungen im Vertragsentwurf handele es sich nicht
um faire und angemessene Bedingungen. Die Regelung, wonach Einwendungen ge-
gen die in Rechnung gestellten Forderungen nur gegenüber der Antragsgegnerin gel-
tend gemacht werden dürften, ignoriere das Recht der Antragstellerin zur Anrufung
der Nationalen Streitbeilegungsstelle, dieses müsse weiterhin bestehen bleiben. Dies
gelte ähnlich für die umfangreichen Regelungen zur Vertraulichkeit, die die Pflicht aus
§ 77d Abs. 4 TKG verkenne, die gesamte Vereinbarung der Bundesnetzagentur zur
Kenntnis zu bringen. Nach den §§ 77d ff. TKG sei eine Mindestmietzeit unzulässig.
Diese nehme dem nachfragenden Unternehmen die Möglichkeit, andere Lösungen zu

finden und zu nutzen und sei aus wirtschaftlichen Gründen nicht erforderlich, da die zusätzlichen Kosten, welche Einmalentgelte seien, erstattet würden. Ebenso würde ein Kündigungsrecht der Antragsgegnerin der EU-Kostensenkungsrichtlinie zuwiderlaufen, da die anfragenden Mitnutzungspetenten gerade eine Verbesserung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zum Ziel hätten. Es wäre mithin erheblich zu weit gedacht, wenn man den Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG „zukünftig fehlender Platz auf Basis der Investitionsplanung der nächsten Jahre“ als Grundlage für ein Kündigungsrecht nutzen wolle. Er biete nur eine Abwehrmöglichkeit bei Antragsstellung und zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegender Investitionsplanung, ein sich ergebender Eigenbedarf sei vom Gesetzgeber nicht geregelt und insofern auch nicht zulässig. Die Gefahr einer Kündigung würde eine Mitnutzung praktisch unmöglich machen.

30. Die Antragsgegnerin schilderte mit Schreiben vom 13.7.2018 den Stand der Verhandlungen und nahm nochmals zum Verfahren Stellung. Sie teilte mit, dass sich die Parteien ihrer Auffassung nach über die Mindestvertragslaufzeit sowie die Kündigungsmodalitäten geeinigt hätten. Sie habe der Antragstellerin eine Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten und den Verzicht auf ihre ursprünglich vorgesehene Kündigungsmöglichkeit innerhalb der Mindestvertragslaufzeit angeboten. Am 5.7.2018 habe die Antragstellerin per E-Mail ihr Einverständnis zu diesen Punkten mitgeteilt. Demgemäß sei sie der Ansicht, dass bezüglich dieser Punkte Erledigung eingetreten sei.
31. Die Kostenfrage habe jedoch nicht erfolgreich geklärt werden können. Die Antragsgegnerin erläuterte, dass sie der Antragstellerin die angefragte Strecke, die ca. 7.600 m lang sei, für ████████ € zum Verkauf angeboten habe. Das Gegenangebot der Antragstellerin habe ████████ € und damit einen Preis von ████████ €/m betragen. Die Antragsgegnerin sehe dieses Gegenangebot nicht als geeignete Vertragsgrundlage an. Die Antragstellerin selbst habe in der mündlichen Verhandlung den schwierigen Streckenverlauf erwähnt, der teilweise Tiefbaumaßnahmen zur Rohrverlegung erfordere und hohe Neubaukosten schätzungsweise in Höhe von 100 € pro Meter zur Folge hätte. Die Antragsgegnerin wies in der Stellungnahme explizit darauf hin, dass sie trotz dieser unterschiedlichen Vorstellung weiterhin zu Gesprächen bereit gewesen sei und betonte, dass sie auch weiterhin für Verkaufsverhandlungen zur Verfügung stehe.
32. Die Antragsgegnerin trug weiter vor, im Rahmen der Bestimmung des fairen und angemessenen Entgelts der Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes gelte § 77n Abs. 3 TKG. Die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung im Sinne von § 77n Abs. 2 S. 1 TKG seien hier nicht allein maßgeblich, sondern die Folgen der Mitnutzung auf den Geschäftsplan der Antragsgegnerin unter Berücksichtigung ihrer Investitionen in das Netz.
33. Die Antragsgegnerin nahm auch zur konkreten Bestimmung des Entgelts Stellung. Sie erklärte, dass ihr zu der hier maßgeblichen Strecke keine Kostenunterlagen vorlä-

gen. Zudem ist sie der Ansicht, dass die von der Beschlusskammer 3 in der KKA-Entgeltgenehmigung für die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler festgelegten Entgelte nicht übertragbar seien. Die Kostenmaßstäbe für die KKA-Entgeltgenehmigung und für das DigiNetzG würden sich deutlich unterscheiden. In Ergänzung ihres Vortrages in der Stellungnahme vom 7.6.2018 trug die Antragsgegnerin vor, dass eine Differenz zwischen den im Verlauf der letzten Jahre genehmigten Entgelten und den tatsächlichen Kosten bestünde. Die genehmigten Entgelte seien von 2010 bis 2016 im Gegensatz zu den tatsächlichen Entgelten auf ein Entgelt von 0,12 € je Meter und Monat, dann auf 0,09 € je Meter und Monat und zuletzt auf ein Entgelt von 0,04 € je Meter und Monat gesunken. Grund dafür seien unberechtigte Kürzungen der Beschlusskammer 3. Diese Kürzungen dürften im Rahmen des DigiNetzG nicht erfolgen. Dabei stützte sich die Antragsgegnerin folgendermaßen auf die in der KKA-Entgeltgenehmigung genannten Hauptgründe für die Kürzungen:

- *„die Abschreibungsdauer,*
- *die Eingruppierung der Kabelkanalanlagen als nicht replizierbares Anlagevermögen im Sinne der Empfehlung 2013/466/EU*
- *Empfehlung der Kommission vom 11.9.2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen, ABl. EU L 251, S. 13 ff.)*
- *die effizienzbezogene Modellierung des Effizienzwertes anhand des WIK-Modells im Hinblick auf Trassenführung und Nachfragebündelung und*
- *die Anpassung des kalkulatorischen Zinssatzes.“*

34. Zu der Abschreibungsdauer und der Eingruppierung der Kabelkanalanlagen als nicht replizierbares Anlagevermögen trug die Antragsgegnerin vor, dass die maßgebliche Strecke aus dem Jahr 1993 stamme und daher nicht abgeschrieben sei. Sie ist weiterhin der Ansicht, dass der Berechnung der maßgeblichen Entgelte nach Wahl des Inhabers auch die reinen Wiederbeschaffungswerte zu Grunde gelegt werden könnten. Dies folge daraus, dass der Inhalt der Empfehlung 2013/466/EU nicht im Bereich des DigiNetz-Gesetzes gelte. Aus Ziffer 2 und 3 der Empfehlung folge unmittelbar, dass die Empfehlung nur für die Auferlegung von sog. „Remedies“ (d. h. Abhilfemaßnahmen bzw. Regulierungsverpflichtungen) gemäß der Richtlinie 2002/19/EG gelte. Es gehe damit um sektorspezifische Regulierung, nicht aber um die Bereithaltung passiven Netzinfrastrukturen.

35. Die Antragsgegnerin argumentierte, dass auch die in der KKA-Entgeltgenehmigung vorgenommenen, effizienzbezogenen Kürzungen durch die Optimierung der Trassenausführung und durch die Nachfragebündelung im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes nicht zulässig seien. Dies folge daraus, dass Gegenstand der Mitnutzungsanfrage grundsätzlich eine konkrete Trasse in ihrem bestehenden Verlauf sei. Dieser Verlauf sei auch hinzunehmen, sofern sich der Antragsteller für die Nutzung der relevanten

Trasse entscheide. Maßgebliche Unterschiede stellten hierbei die Dimensionierung, die Abstände der Schächte und die Auslastung dar. Dementsprechend dürften bei der Entgeltermittlung in Bezug auf die Trassenführung keine Abstriche bei der Kalkulationsbasis getätigt werden. Entsprechendes gelte für Effizienz Kürzungen aufgrund von Nachfragebündelungen, da im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes davon auszugehen sei, dass die jeweiligen Strecken stets nur von einem Nachfrager angefragt würden.

36. Die Antragsgegnerin ist, unter Bezugnahme auf das Konsultationsdokument der Bundesnetzagentur zu „Fragen der Entgeltbestimmung im Hinblick auf die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze und die Koordinierung von Bauarbeiten auf Grundlage des DigiNetzG“ (im Folgenden: Konsultationsdokument) vom 6. 2. 2018,

veröffentlicht unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Entgeltmassstaebe_DigiNetzG/EntgeltmassstaebeDigiNetzG-node.html (Stand URL: 6. 9. 2018).

der Auffassung, auch die Bundesnetzagentur gehe von der fehlenden Übertragbarkeit der in der KKA-Entgeltgenehmigung genehmigten Entgelte auf das DigiNetz-Gesetz aus. Sie ist der Ansicht, eine Übertragung der genehmigten Entgelte würde dazu führen, dass die von der Bundesnetzagentur im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes angestrebten Ziele verfehlt würden. Der Präsident der Bundesnetzagentur habe in der Pressemitteilung zur Konsultation der Entgeltmaßstäbe vom 6. 2. 2018 betont, dass vorhandene Synergien umfassend genutzt werden sollten, dabei aber die Anreize für die Erstinvestition vollständig erhalten bleiben sollten,

vgl. BNetzA-Pressemitteilung vom 6. 2. 2018, Breitbandausbau: Konsultation zu Entgeltmaßstäben für Mitnutzung und Mitverlegung, veröffentlicht unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/20180206_konsultationdiginetzG.html?nn=265778 (Stand URL: 6. 9. 2018).

Dies wäre bei der Bestimmung der Entgelte in der von der Antragstellerin angestrebten Höhe gerade nicht der Fall.

37. Die Antragsgegnerin trug weiter vor, dass – sofern man § 77n Abs. 3 S. 2 TKG den Grundsatz entnehme, dass dem Eigentümer bzw. Betreiber des mitnutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit einzuräumen sei, die ihm entstandenen Kosten vollständig zu decken – im vorliegenden Verfahren die im KKA-Entgeltgenehmigungs-Verfahren beantragten Entgelte festzulegen seien. Die Kosten seien anhand der dort vorgelegten Kostenunterlagen nachgewiesen und die dort vorgenommenen Kürzungen jedenfalls im Kontext des DigiNetz-Gesetzes nicht zulässig. Hiernach würden die nachgewiesenen Kosten ein Viertel der Kosten eines Vollrohres darstellen. Dementsprechend würde die Antragsgegnerin auf der Basis dieses so ermittelten Preises entsprechend nur ein Viertel der Kosten decken. In diesem Zusammenhang erklärte die Antragsgegnerin, dass ihr aber im Hinblick auf die konkrete, hier maßgebliche Strecke keine Kostenunterlagen vorlägen.
38. In Bezug auf etwaige Opportunitätskosten ist die Antragsgegnerin der Ansicht, der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine kostenbasierte Entgeltregulierung für die

Mitnutzung passiver Infrastruktur von Eigentümern eines Telekommunikationsnetzes entschieden. Es sei zu berücksichtigen, dass im Gegensatz zur Mitnutzung der Infrastruktur von Versorgungsnetzbetreibern, für die eine enge Kostenbetrachtung gelte, für TK-Netzbetreiber andere Maßstäbe angesetzt würden. Maßgeblich sei die Wahrung der Investitionsanreize. Untergrenze der Entgeltfestsetzung sei die in § 77n Abs. 3 TKG formulierte Prämisse, dass Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit hätten, ihre Kosten zu decken. Dass die Möglichkeit der Kostendeckung die Entgeltuntergrenze sei, ergebe sich auch aus dem Konsultationsdokument vom 6. 2. 2018. Dort seien die Prüfpunkte „Folgen der beantragten Mitnutzung auf deren Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz“ im Zusammenhang mit dem volkswirtschaftlichen Konzept der Opportunitätskosten diskutiert worden. Opportunitätskosten seien aber gerade keine Kosten im Sinne der Kosten- und Leistungsrechnung, sondern ein „ökonomisches Konzept zur Quantifizierung des Nutzens entgangener Alternativen“.

39. Die Antragsgegnerin stellte zusammenfassend fest, dass sich aus den gesetzlichen Vorgaben, dem Konsultationsentwurf sowie den daraufhin ergangenen Stellungnahmen der Marktteilnehmer eine Vielzahl möglicher Ansätze zur Bestimmung von Entgeltmaßstäben und konkreten Entgelthöhen ergebe.
40. In Bezug auf ihr Angebot an die Antragstellerin erklärte sie, das von ihr angebotene Entgelt von 0,38 €/Meter/Monat decke die von der Antragsgegnerin nachgewiesenen durchschnittlichen Kosten für ein Viertel eines Rohres. Zudem sei es auch für den Mitnutzer fair, da er den Zugang zu Preisen erhalten würde, die unter denen eines Eigenausbaus lägen. Dazu führte die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz exemplarisch an, dass sich bei durchschnittlichen Tiefbaukosten von ca. ■■■ €/Meter und einer Länge von ca. 7.600 Metern ein Invest von circa ■■■■ € ergeben würde. Bei einem Zinssatz von ■■■ Prozent und einer Nutzungsdauer von 35 Jahren würden hieraus jährliche Kapitalkosten von ca. ■■■■ € bzw. ca. ■■■■ € pro Monat resultieren. Auf den Meter bezogen würden sich Kapitalkosten von ■■■ €/Monat ergeben. Das Mietangebot würde letztlich zu Kostenersparnissen führen und kaum Auslastungs- und Regulierungsrisiken bergen. Die Antragsgegnerin sei demgegenüber als Erstinvestor mit erheblichen Auslastungsrisiken belastet, die sich letztlich realisiert hätten. Denn sie sei im vorliegenden Fall davon ausgegangen, dass sich die Nachfrage so weiterentwickelt, dass die Leerrohrkapazität für den weiteren Netzausbau benötigt würde, was jedoch nicht der Fall sei. Ein solches Auslastungsrisiko müsse daher in eine Durchschnittspreiskalkulation mit eingerechnet werden, andernfalls würde die Beseitigung von Anreizen drohen.
41. Die Antragsgegnerin gab an, das von ihr angebotene Entgelt ließe sich auch „*durch die Quantifizierung von Opportunitätskosten im engeren Sinne entgangener Erlöse ermitteln*“. Die Antragstellerin sei aufgrund der Anmietung in der Lage, Kunden zu gewinnen, die andernfalls bei der Antragsgegnerin zu einen Umsatz in Höhe von mo-

- natlich ca. ■■■ € geführt hätten. Somit ergebe sich ein Mindererlös, aus dem – selbst wenn man von diesen verlorenen Erlösen einen Abzug für vermiedene Kosten vornehme – negative Effekte auf den Geschäftsplan entstehen würden. Bezogen auf ca. 7.600 Meter würden sich hieraus Opportunitätskosten von ■■■ €/Meter/Monat ergeben.
42. Die Antragsgegnerin trug weiter vor, die hier festzulegenden Mitnutzungsentgelte könnten nicht ohne Blick auf die im Markt üblicherweise verlangten Preise bestimmt werden. Sie habe in der öffentlich mündlichen Verhandlung dargelegt, dass die Antragsgegnerin für eigene aktive Nutzungen von passiven Infrastrukturen Preise zahle, die weit oberhalb des in der KKA-Entgeltgenehmigung genehmigten Wertes und damit weit oberhalb der Preisvorstellungen der Antragstellerin lägen. Gleichzeitig betonte die Antragsgegnerin, dass es eine große Spanne an Preisen gebe. Die Preise wären nach Länge und Art des Leerrohres zu unterscheiden, aber auch darüber hinaus. So könne der Preis pro Meter für ein DN40-Rohr auch höher ausfallen als für ein DN 100-Rohr. Es sei auch nicht so, dass ein längeres Rohr zu niedrigeren Preisen pro Meter führe.
43. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass die Antragsgegnerin Leerrohre überwiegend bei Nicht-TK-Netzbetreibern anmiete. Diese konkreten Werte könnten jedoch nicht ohne weiteres als Orientierung für ein angemessenes Entgelt für TK-Netzbetreiber betrachtet werden, da für Nicht-TK-Netzbetreiber andere Entgeltmaßstäbe bestünden. Demgegenüber würden der Antragsgegnerin Vergleichspreise für die Anmietung bei TK-Netzbetreibern nur in beschränkter Anzahl vorliegen. Gleichzeitig betonte die Antragsgegnerin, dass diese Vergleichspreise ebenfalls deutlich unter den Preisvorstellungen der Antragstellerin lägen.
44. Für die Marktüblichkeit ihres eigenen Angebotes führte die Antragsgegnerin an, das der Antragstellerin unterbreitete Angebot könne auch einem der Antragsgegnerin unterbreiteten Angebot für die Anmietung von Speedpipes entlang einer Bundesautobahn entnommen werden. Für kurze Strecken würde dort ein Preis des Anbieters von ■■■ € pro Meter und Jahr für ein Microduct veranschlagt. Erst ab längeren Strecken oberhalb von 30 km würde das Entgelt auf ■■■ € pro Meter und Jahr für ein Microduct absinken. Dies entspreche Entgelten von ■■■ €/m/Monat für ein Microduct bzw. ■■■ €/m/Monat für ein Microduct. Die der Antragstellerin angebotenen Mitnutzungskonditionen von 0,38 €/m/Monat für ein vollständiges DN 40-Rohr seien daher durchaus marktüblich.
45. Die Beigeladene zu 4. hat mit Schreiben vom 26.7.2018 ebenfalls zum Verfahren Stellung genommen. Sie bezieht sich dabei auf die zuvor abgegebene Stellungnahme der Antragsgegnerin, die auch die Stellungnahme der Beigeladenen zu 4 zum Konsultationsdokument in Bezug nimmt. Bei den Ausführungen zum Entgeltmaßstab und den Opportunitätskosten habe die Antragsgegnerin darauf rekuriert, dass die Opportunitätskosten keine Kosten im Sinne der Kosten- und Leistungsrechnung seien und die im Konsultationspapier diskutierten Berechnungsgrundsätze in einer Vielzahl von

Stellungnahmen als schwer praktikabel dargestellt worden seien. Betont worden sei jedoch, dass dem Erstinvestor ein Bonus zuzugestehen sei. Darauf bezogen habe die Antragsgegnerin dann einen einzelnen Satz aus der Stellungnahme der Beigeladenen zu 4 zum Konsultationsdokument zitiert. Dabei habe die Antragsgegnerin das aufgeführte Zitat der Beigeladenen zu 4 aus dem Sachzusammenhang gerissen, so dass der Eindruck entstehe, die Beigeladene zu 4 habe sich im Rahmen der Entgeltkonsultation für eine undifferenzierte Ausgestaltung der Mitnutzungs- und Mitverlegungsentgelte im Verhältnis von marktmächtigen Unternehmen (hier der Antragsgegnerin) und den alternativen TK-Netzbetreibern ausgesprochen. Dies bedürfe einer Klarstellung. Aus der zitierten Beantwortung der Frage nach der konzeptionellen Abgrenzung nach § 77n Abs. 2 TKG könne gerade kein Bezug zu der in diesem konkreten Streitbeilegungsverfahren zugrundeliegenden Frage nach der Anwendung des für die Antragsgegnerin als marktmäßigem Unternehmen anzuwendenden Entgeltmaßstab hergestellt werden. Vielmehr handele es sich um einen Auszug aus der Antwort auf die Frage, in welcher Weise eine zukünftige Verpflichtung zur Mitnutzungsgewährung auf die heutigen Anreize zur Ersterschließung wirken könne.

46. Zu der in diesem Verfahren aufgeworfenen Frage habe die Beigeladene zu 4 im Kapitel „Konsistenz zu anderen Regulierungsentscheidungen“ Ausführungen gemacht. Diese konstatierten, dass der Gesetzgeber durch die Pflicht zur Berücksichtigung der Regulierungsziele gemäß § 77n Abs. 3 TKG sowie die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, dass bestehende Regulierungsentscheidungen einzubeziehen seien, in Kenntnis des fundamentalen Unterschieds zwischen Zugangsregulierung und Mitnutzung im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes offenbar die Möglichkeit eröffnen wolle, im Falle der Mitnutzung der Infrastruktur des marktmächtigen Unternehmens die dazu bereits ergangene Spruchpraxis zu berücksichtigen.
47. Zuletzt nahm die Antragstellerin mit Schreiben vom 27. 7. 2018 zum Verfahren Stellung. Sie gab an, dass inzwischen Einigkeit beim Punkt der Mindestvertragslaufzeit mit der Antragsgegnerin erzielt werden konnte, diese sei nunmehr auf 24 Monate fixiert und sehe keine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit währenddessen für den Überlassenden mehr vor. Keine Einigkeit bestehe weiterhin bei den Punkten 7.2 (Sonderkündigungsrecht bei missbräuchlicher Nutzung) und 7.3 (fristlose Kündigung bei wichtigem Grund) sowie bei den Entgelten für die Nutzung der Kabelkanalanlage. Die Antragsgegnerin sei hierbei zu keinen Verhandlungen bereit und bestehe auf den überhöhten Beträgen von 0,38 € pro Monat. Das von der Antragsgegnerin vorgelegte Kaufangebot für die Infrastruktur läge preislich weit vom realen Wert der Anlage entfernt und wäre insoweit nicht diskutabel gewesen. Man habe auch die Vorlage von Kalkulationen zur Dokumentation und Nachvollziehbarkeit abgelehnt, weswegen Verhandlungen nicht weiter möglich gewesen seien. Warum das zu bestimmende Mitnutzungsentgelt bei identischen Produkten nicht übertragen werden könne, sei nicht ersichtlich, da gleiche Leistung naturgemäß gleiches Entgelt hervorrufen solle. Dass die genehmigten Entgelte nicht den tatsächlichen Kosten entsprechen sollten, sei nicht nachvollziehbar. Die Übertragung dieser Entgelte würden zur Verwirklichung der Ziele

des DigiNetz-Gesetzes beitragen und den Breitbandausbau in Deutschland vorantreiben. Die Anreize zur Erstinvestition blieben vorhanden, da auch die Antragsgegnerin weiterhin die Möglichkeit hätte, Fasern bei der Antragstellerin anzumieten.

48. Bislang sei keine Offenlegung von Informationen zu den in Rede stehenden Trasse erfolgt, so dass Alter bzw. Zeitpunkt der Verlegung ebenso offen geblieben seien wie die Tatsache, ob die Trasse parallel zum Bau der Straße erfolgt sei. Insofern könnten auch keine Wiederbeschaffungswerte für die Berechnung der maßgeblichen Entgelte zugrunde gelegt werden. Wenn es keine Kostenunterlagen zu dem maßgeblichen Streckenabschnitt gebe, könne sich die Antragsgegnerin nicht auf nachgewiesene Kosten beziehen, die ihre Kosten nur zu einem Viertel decken würden. Würde man die bislang von der Antragsgegnerin in Ansatz gebrachten Kosten betrachten, wäre bei der in Ansatz gebrachten Länge von 7.600 m und 35 Jahren Nutzungsdauer von Tiefbaukosten von ca. ■■■ € pro Meter auszugehen, was unseriös und nicht glaubhaft sei. Eine rückwirkende Berücksichtigung von Auslastungsrisiken für Erstinvestoren könnten im Hinblick auf den Zeitpunkt der Errichtung im Jahr 1993, zu dem die Antragsgegnerin noch ein 100 % staatlich geführter Konzern gewesen sei, nicht geltend gemacht werden.
49. Im Übrigen führe die Nutzung des Rohres nicht zwangsweise zu einem Verlust von Kunden für die Antragsgegnerin, da sie ihre Kunden über ein reguliertes Vorleistungsprodukt (KVz-Zuführungskabel) weiterhin mit VDSL-Vectoring beliefern könne, was für die Antragsgegnerin eine wesentlich flexiblere Lösung darstelle. Ein voll belegtes Rohr mit entsprechender Anzahl Glasfasern würde so einen hohen Synergieeffekt für beide Parteien nach sich ziehen. Die Anzahl der zugrunde gelegten Kunden sei dabei von der Antragsgegnerin offenbar viel zu hoch angesetzt, da bei Berücksichtigung der tatsächlich im Nahbereich potentiellen Anschlüsse niemals ein Preis von 0,38 € pro Meter und Monat zustande käme. Der Nachweis, dass der Marktpreis tatsächlich über dem geforderten Entgelt läge, sei von der Antragsgegnerin nicht geführt worden, man selbst habe Angebote für Nutzungen vorgelegt, die weit unter den von der Antragsgegnerin angebotenen Preise lägen.
50. Die Antragstellerin nahm abschließend am 21. 9. 2018 zu dem aktuell vorgelegten Vertragsangebot der Antragsgegnerin Stellung. Sie wies die von der Antragsgegnerin in der Anlage 2 zum Vertrag angebotenen Entgelte zurück. Zudem seien die Kündigungsregelungen in Ziffer 7.1, 7.2 und 7.3 des Vertrages weiterhin streitig. Das in Ziffer 7.1 eingeräumte Kündigungsrecht sei nicht akzeptabel, da es im Widerspruch zur vereinbarten Mindestmietzeit stehe.
51. Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und hatten gemäß § 132 Abs. 5 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme.
52. Am 26. 9. 2018 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 27. 9. 2018 teilte das Bundeskartellamt mit, dass von einer Stellungnahme abgesehen werde.

53. 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

54. Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

2.1 Rechtsgrundlage

55. Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1 und 3 TKG i. V. m. § 77d TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.2.1 Zuständigkeit

57. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 1 und 3 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 und 3 i. V. m. 77d TKG, in dem es um die Bedingungen der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen von öffentlichen Versorgungsnetzen für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geht.

2.2.2 Verfahren

58. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

59. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.

60. 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. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden ist.

61. 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.

62. 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.

63. 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 sowie die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Die Äußerung des Bundeskartellamtes lag innerhalb der Verfahrensfrist vor.
64. Die Durchführung eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens auf der Grundlage von § 13 Abs. 1 i. V. m. § 12 TKG entsprechend bzw. nach § 15 TKG war nicht erforderlich. Diese Vorschriften gelten für Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung und nicht – wie vorliegend – bei einer Entscheidung nach Teil 5 des Gesetzes.

2.2.3 Frist

65. Die Entscheidung über die Bedingungen zur Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur der Antragsgegnerin ergeht fristgerecht. Gemäß dem Grundsatz in § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur verbindlich innerhalb von vier Monaten über streitige Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus den §§ 77d, 77e und 77g TKG. Der Antrag der Antragstellerin ist am 19. 3. 2018 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist am 19. 7. 2018 geendet hätte. Für die Zeit der Verhandlungen zwischen den Parteien wurde das Verfahren im Einverständnis mit der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vom 22. 6. 2018 bis zum 6. 7. 2018 ruhend gestellt. Insofern hatte sich die gesetzliche Regelfrist bereits bis zum 2. 8. 2018 verlängert. Die Beschlusskammer hat sodann von der in § 77n Abs. 7 TKG vorgesehenen Möglichkeit einer Verlängerung der Entscheidungsfrist Gebrauch gemacht, so dass die Entscheidungsfrist spätestens am 2. 10. 2018 endet.

2.3 Materielle Voraussetzungen

66. Der Antrag ist zulässig und begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 77n Abs. 1 und 3 i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die Mitnutzung der in Rede stehenden passiven Netzinfrastrukturen ihres öffentlichen Versorgungsnetzes zu den im Tenor festgeschriebenen Bedingungen zu gewähren.

2.3.1 Zulässigkeit des Antrags

67. Der Antrag über die Bedingungen einer Mitnutzung ist zulässig. Die Parteien hatten im Vorfeld über die beantragte Mitnutzung der Leerrohrtrasse der Antragsgegnerin verhandelt, wobei keine Einigung erzielt werden konnte. Die Antragsgegnerin hat innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist kein Angebot abgegeben. Zwar ist mittlerweile das Ob der Mitnutzung unstreitig, da die Antragsgegnerin keine generel-

len Einwände gegen die Mitnutzung (mehr) geltend gemacht. Es ist jedoch im Entscheidungszeitpunkt der Beschlusskammer weiterhin keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande gekommen, so dass diese durch die Beschlusskammer festzulegen sind.

Vgl. § 77n Abs. 1 S. 1, 2. Alt. TKG.

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

68. Die Antragsgegnerin ist – dies ist zwischen den Parteien mittlerweile unstreitig – zur Gewährung der Mitnutzung verpflichtet. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1, 2 TKG liegen vor.
69. Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes. Die Antragsgegnerin ist als Eigentümerin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes im Sinne der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG. Es liegt ein den Voraussetzungen des § 77d Abs. 1 TKG entsprechender Antrag auf Mitnutzung vor. Die Antragstellerin hat vor Anrufung der Beschlusskammer bei der Antragsgegnerin die Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen des öffentlichen Versorgungsnetzes der Antragsgegnerin beantragt. Das Schreiben vom 21. 12. 2017 enthielt einen Antrag auf Mitnutzung eines Leerrohres sowie der entsprechenden Rohrmuffen. Darin soll ein Glasfaserkabel mit 12 mm Außendurchmesser eingebracht werden, um damit den in Rede stehenden HVt mit den direkt von diesem versorgten Anschlüssen sowie die in seinem Nahbereich gelegenen KVz zu erschließen. Als geplanten Ausführungszeitraum gab die Antragstellerin den Zeitraum vom 1. 6. bis 31. 10. 2018 an.

Die Antragsgegnerin wies den Mitnutzungsantrag zunächst wegen angeblich fehlender Kabelkanalkapazitäten zurück. Nach Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens erklärte sie, dass es doch Kapazitäten für die Mitnutzung gebe. Weitere Versagungsgründe gegen den Mitnutzungsanspruch der Antragstellerin sind von der Antragsgegnerin nicht eingewandt worden.

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

70. Die Antragsgegnerin legte im April 2018 im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens ein erstes Angebot zum Abschluss von Mitnutzungsbedingungen vor.
71. 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, man hätte den konkreten Streckenabschnitt auch unmittelbar einfügen können. Das Gesetz fordert bei Vorlage des Angebots noch keine unmittel-

telbar unterzeichnungsreife Vorlage, sondern dass die Vertragsparteien die wesentlichen Vertragsgegenstände benennen und weitgehende Klarheit über die Vertragsgegenstände und -inhalte besteht. In der Folge besteht auch weiterhin die Möglichkeit, in einen Diskurs darüber einzusteigen, ob die vorgestellten Bedingungen für beide Parteien so annehmbar sind, weil ansonsten der Gesetzeswortlaut zu eng ausgelegt würde, würde man hier eine unterzeichnungsreife Version eines Vertrags verlangen.

72. Das von der Antragsgegnerin vorgelegte Angebot zur Mitnutzung der passiven Netzinfrastruktur vom April 2018 enthält eine Vielzahl einzelner Bedingungen. Dieses Angebot 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 zwischen den Parteien an (siehe dazu unter Ziffer 2.3.6).
73. Streitig sind neben den zu zahlenden Entgelten auch die Kündigungsregelungen in Ziffer 7.1 (dort speziell die Sonderkündigungsmöglichkeit wegen Schließung oder Verlegung der Kabalkanalkapazitäten vor Ablauf der Mindestmietzeit geregelt), 7.2 und 7.3 des Vertragsentwurfes.
74. Kommt zwischen den Parteien keine Einigung über bestimmte Vertragsbedingungen zustande, entscheidet die Bundesnetzagentur verbindlich über die Rechte und Pflichten des Mitnutzungsverhältnisses.

Vgl. § 77n Abs. 1 S. 2 TKG.

75. 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.
76. Die Beschlusskammer hat die bereits im Vertragsentwurf enthaltenen streitigen Regelungen anhand der gesetzlichen Kriterien geprüft. In Bezug auf die Regelung zum Sonderkündigungsrecht der Antragsgegnerin wegen Schließung oder Verlegung der Kabelkanalkapazität vor Ablauf der Mindestmietzeit (Ziffer 7.1 des Vertrags), derjenigen zur Kündigung wegen fehlender Geeignetheit (Ziffer 7.2 des Vertrages) und den angebotenen Entgelten wurden die angebotenen Bedingungen nicht als hinreichend fair und angemessen angesehen. Daher oblag es der Beschlusskammer, insoweit andere Regelungen festzulegen.

2.3.4 Festlegung von Kündigungsbedingungen (Tenorziffer 1 lit. a) und b))

77. Sowohl der streitige Teil der Kündigungsregelung unter Ziffer 7.1 des Vertrags als auch die Kündigungsregelung unter Ziffer 7.2 des Vertrages entsprechen nicht der Vorstellung von fairen und angemessenen Bedingungen. Die Kündigungsregelung der Ziffer 7.3 entspricht demgegenüber den Maßstäben von Fairness und Angemessenheit.

2.3.4.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen

78. Während nachfolgend der (allgemeinere) Prüfungsmaßstab des § 77d Abs. 2 Nr. 1 TKG für die Mitnutzungsbedingungen beleuchtet, die in Streit stehenden Kündigungsregelungen anhand dieses Maßstabs geprüft und, sofern erforderlich, als faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung festgelegt werden (unter Ziffer 2.3.4.2 ff. dieses Beschlusses), folgt die Darstellung des (spezielleren) Prüfungsmaßstabes zu den Mitnutzungsentgelten unter Ziffer 2.3.5.1 dieses Beschlusses und sodann die Festlegung fairer und angemessener Mitnutzungsentgelte unter Ziffer 2.3.5.2 ff. dieses Beschlusses.
79. Als Prüfungsmaßstab für die Festlegung von 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.
80. 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).

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>.

81. 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.“*
82. Die fairen und angemessenen Zugangsbedingungen sollten „mit der normalen Ausübung von Eigentumsrechten vereinbar“ sein.
- Vgl. Kostensenkungsrichtlinie, Erwägungsgrund 14.*
83. 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 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 Bereich des europäischen Kartellrechts) EuGH, Urteil C-170/13 vom 16. 7. 2015, juris-Rn. 37, 56.

84. Eine weitergehende Definition des Begriffs der fairen und angemessenen Zugangsbedingungen ist weder in der Kostensenkungsrichtlinie, noch in dem diese Richtlinie umsetzenden DigiNetz-Gesetz enthalten.
85. 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.
86. § 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 Zugangsgewährende über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die jeweiligen Kräfte- und Wettbewerbsverhältnisse zwischen Mitnutzungsnachfrager und Mitnutzungsgewährendem können auch im Rahmen der Kriterien Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit berücksichtigt werden.
87. 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.

88. 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 einem chancengleichen Wettbewerb sowohl mit der 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 als für den Mitnutzer fair und angemessen i. S. v. § 77d Abs. 2 TKG anzusehen ist.
89. Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von der Verpflichteten gewährten Zugangsleistungen innerhalb von Fristen bereitgestellt werden müssen, die es den auf diese Leistungen angewiesenen Zugangsnachfragern 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.

2.3.4.2 Regelung zur Kündigung wegen Schließung oder Verlegung der Kabelkanalkapazität, Ziffer 7.1 des Vertrages

90. Die Regelung, wonach die Antragsgegnerin den Vertrag mit einer Frist von 18 Monaten zum Jahresende kündigen kann, sofern sie die Kabelkanalkapazität schließt oder

verlegt, ist um den Einschub „frühestens nach Ablauf der Mindestmietzeit“ zu ergänzen. Diese Ergänzung ist aus Gründen der Fairness und Angemessenheit geboten.

91. Die derzeit im Vertragsentwurf enthaltene Regelung würde der Antragsgegnerin die Möglichkeit geben, eine Kündigung auch vor Ende der Mindestmietzeit auszusprechen, wenn sie die Kabelkanalkapazität schließt oder verlegt. Dabei läge eine solche Schließung oder Verlegung ausschließlich in ihrem Herrschaftsbereich und unterläge ihrer Einflussphäre. Die Mindestvertragslaufzeit hat demgegenüber für die Antragstellerin den Nutzen, dass sie sich für diese Zeit hinsichtlich ihrer Planungen absichern und die Antragsgegnerin sich nicht innerhalb dieses Zeitraums ohne Weiteres vom Vertrag lösen kann. Es müssten dafür Gründe vorliegen, die eine Art „höhere Gewalt“ bedingen und nicht im unmittelbaren Einflussbereich der Antragsgegnerin zu finden sind. Wäre dies anders, so hätte sie die Möglichkeit, unmittelbar nach Vertragsschluss die unternehmerische Entscheidung zur Schließung der Kabelkanalkapazität zu treffen und so bereits vor Ablauf der Mindestmietzeit von 24 Monaten mit einer Frist von 18 Monaten eine Kündigung auszusprechen. Dieser Zeitraum ist in seinen Auswirkungen für die Planungen der Antragstellerin von einer höheren Bedeutung, als er es für die Antragsgegnerin sein kann, wenn sie eine Schließung möglicherweise erst 18 Monate später durchführen kann. Bei einer Verlegung der Infrastruktur bestünde neben einer zeitlichen Verschiebung von 18 Monaten im Übrigen auch die Möglichkeit, die Infrastruktur der Antragstellerin im Rahmen einer Mitnutzung der neuen Infrastruktur mit zu verlegen, was im Hinblick auf die relativ geringe Mindestmietzeit auch nicht unangemessen wäre.
92. Die Antragsgegnerin hat im Übrigen vorgetragen, dass die Verlegung eines Kabelkanals in der Praxis durchaus häufiger vorkomme, insbesondere wenn eine Straße verlegt werden müsse, weil eine Umgehungsstraße gebaut werde. Die Notwendigkeit einer Schließung oder Verlegung ergebe sich insofern häufig aus externen Umständen, d. h. die Gründe lägen außerhalb ihres Verantwortungsbereichs. Für das aufgeführte Beispiel einer Straßenverlegung liegen im vorliegenden Fall bzgl. der konkreten Infrastruktur keine Anhaltspunkte vor. Es gibt keine solch umfangreiche Baumaßnahme (Bau einer Umgehungsstraße) innerhalb der nächsten 24 Monate, die im Normalfall eine längere Vorlaufzeit hätte und insofern auch jetzt schon bekannt sein müsste. Die Antragsgegnerin hat dazu auch nicht konkret vorgetragen, sondern lediglich ganz allgemein eine solche Möglichkeit einer Maßnahme ins Feld geführt. Gemäß dem Vortrag beider Parteien handelt es sich hier auch um relativ unwegsames Gelände, was sich auch im Kartenverlauf erkennen lässt. Eine Verlegung des Straßenverlaufs ist auf einer Länge von 7.600 m durch weitgehend unbebautes Gebiet eher unwahrscheinlich.
93. Im Übrigen würde ein solcher Fall, nämlich die Notwendigkeit der Schließung oder Verlegung aufgrund von „höherer Gewalt“, die außerhalb der Einflussphäre der Antragsgegnerin läge, ggf. bereits über die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund umfasst, zumindest soweit die Antragsgegnerin selbst keine Möglichkeit hätte,

die Maßnahme zu beeinflussen und so die bestehende Kabelkanalkapazität beizubehalten. Einer besonderen Klausel bedarf es dahingehend zumindest vor Ablauf der Mindestmietzeit nicht. Die jetzt vorgelegte Formulierung im Vertragstext deutet darauf hin, dass die Antragsgegnerin auch vor Ablauf der Mindestmietzeit aufgrund unternehmerischer Entscheidung beschließen könnte, die Kabelkanalkapazität zu schließen bzw. zu verlegen und dies dann als Kündigungsgrund vorzutragen, um damit die Mindestmietdauer zu umgehen. Eine solche Möglichkeit widerspräche auch dem Gedanken der Fairness und Angemessenheit.

94. Gemessen an den Kriterien der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit handelt es sich auch um eine hinreichende Regelung, wenn die Antragsgegnerin hier erst nach Ablauf der Mindestmietzeit diese besondere Kündigungsmöglichkeit erhält. Die Billigkeit dieser Anpassung ergibt sich aus der Abwägung der widerstreitenden Interessen von Antragstellerin und Antragsgegnerin. Zweck der Kündigungsregelung ist hier die Absicherung der Antragsgegnerin, trotz der erfolgenden Mitnutzung noch über die Infrastruktur verfügen zu können, wenn eine Schließung oder Verlegung angezeigt ist. Die Antragstellerin als Mitnutzungsnachfragerin verfolgt hier den Zweck, für den Zeitraum der Mindestmietzeit von 24 Monaten eine größtmögliche Absicherung für die Mitnutzung zu erhalten, damit sich der Synergieeffekt einer Mitnutzung möglichst hinreichend amortisieren kann und insofern auch dem beschleunigten Breitbandausbau dient. In der Abwägung dieser Interessen ergibt sich, dass die vorgesehene Kündigungsmöglichkeit hier nicht durch ein schützenswertes Interesse der Antragsgegnerin gerechtfertigt ist. Denn die Regelung würde die Antragstellerin belasten und einschränken, da sie eine Planungsunsicherheit für die Mindestmietzeit enthält, die für die Entscheidung, hier Infrastruktur aus Synergieeffizienzgründen mitzunutzen, mit ausschlaggebend ist. Die Rechtfertigung, dass die Antragsgegnerin hier eine Möglichkeit der Schließung oder Verlegung der Infrastruktur auch für die Mindestmietzeit bedarf, erscheint hier weder erforderlich noch angemessen. Es verbleibt die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund, wenn es sich um Verlegung bzw. Schließung aus von der Antragsgegnerin nicht zu vertretenden Gründen höherer Gewalt handeln würde. Daneben verbleibt der Raum für eigene unternehmerische Entscheidungen nach Ablauf der Mindestmietzeit, insoweit sie mit den gesetzlichen Möglichkeiten konform sind.
95. Die Chancengleichheit gebietet hier ebenfalls eine Anpassung der Regelung, da ein von der Antragsgegnerin eingegangenes hohes Investitionsrisiko sowie vorstoßender Wettbewerb bezüglich der in Rede stehenden Infrastruktur zur Rechtfertigung der Einschränkung für den Zeitraum von 18 Monaten nicht erkennbar ist. Im Übrigen ist auch hier der Gedanke heranzuziehen, dass die Beschränkung der eng auszulegenden Ausschlussgründe in § 77g Abs. 2 TKG durch restriktive Mitnutzungsbedingungen nicht wieder ausgehebelt werden darf. In Anbetracht der Regelung in § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG wäre auch ein weitergehender Investitionsschutz für die Antragstellerin in Betracht gekommen, der aber angesichts der von ihr verhandelten Mindestmietzeit nicht geboten war. Demgegenüber hat die Antragsgegnerin im Verfahren keinerlei

Hinweise zu weiteren Planungen mit der in Rede stehenden Infrastruktur gegeben, so dass hier auch kein konkretes Interesse entgegensteht.

96. Dem Gebot der Rechtzeitigkeit kommt hier die Bedeutung zu, dass die der Antragstellerin gewährte Mitnutzung zumindest für die Mindestmietzeit ermöglicht, effektiv am Markt unter klar festgelegten Bedingungen und ohne weitere Unsicherheiten tätig sein zu können. Es geht insoweit nicht nur darum, die Leistung rechtzeitig zur Verfügung zu stellen, sondern die Antragstellerin auch rechtzeitig darüber zu informieren, falls die mitgenutzte Infrastruktur nicht mehr zur Verfügung stünde. Sie hätte dann die Möglichkeit Ausweichlösungen zu finden und auf den Wechselprozess vorzubereiten, was wegen der zeitintensiven Natur von damit im Regelfall verbundenen Tiefbaumaßnahmen auch eines erheblichen Vorlaufs bedürfe. Ihr soll so für einen gewissen Zeitraum auch ein möglichst hohes „Absicherungspotential“ geboten werden, um den Grundgedanken des DigiNetz-Gesetzes, also der Beschleunigung und Förderung des Breitbandausbaus Genüge zu tun. Insoweit war die Kündigungsregelung aus Gründen der Fairness und Angemessenheit anzupassen.

2.3.4.3 Regelung zur Kündigung wegen fehlender Geeignetheit, Ziffer 7.2 des Vertrages

97. Die in Ziffer 7.2 vorgesehene Regelung, wonach beide Parteien ein Recht zur fristlosen Kündigung haben, wenn sich das Leerrohr als ungeeignet für den vertraglich vereinbarten Zweck erweist, ist in der von der Antragsgegnerin vorgelegten Fassung ebenfalls nicht fair und angemessen.
98. Die Formulierung, dass ein Sonderkündigungsrecht für beide Parteien besteht, wenn die „Kabelkanalkapazität für den vertraglich vereinbarten Zweck nicht geeignet ist“, ist nicht insofern abzulehnen, als dieser Formulierung eine gewisse Offenheit ihres Anwendungsfalls immanent ist. Jedoch erfasst die Regelung solche Fälle, in denen sich eine Nichteignung der Infrastruktur z. B. durch Naturereignisse, durch die die Durchgängigkeit beeinträchtigt wird, ergibt. Dass die Eignung derzeit zu Beginn der Nutzung gegeben ist, wird von keiner der Parteien thematisiert, eine Prüfung ist im Rahmen der Bereitstellungsphase durch die Antragsgegnerin vorgesehen. Die Offenheit der Formulierung ist notwendig, da nicht im Vorfeld bereits alle denkbaren Konstellationen einer solchen Beeinträchtigung aufgeschlüsselt werden können. Sie unterläge im Übrigen der zivilgerichtlichen Überprüfung, sollte es auf dieser Basis zu einer Kündigung zwischen den Parteien kommen, so dass allein die offene Formulierung nicht zu beanstanden ist.
99. Allerdings ist die Klausel nicht fair und angemessen. Es entsteht damit zwar kein unmittelbares Ungleichgewicht zulasten einer Vertragspartei. Die Klausel ist aber insofern einer Anpassung zu unterziehen, als sich ansonsten eine Partei vom Vertrag lösen kann, ohne der anderen Partei eine Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Beseitigung des Mangels oder zur Entwicklung einer angepassten Nutzung gegeben zu haben. In einem solchen Fall müssten nach erfolgter Kündigung die Vertragsver-

handlungen neu aufgenommen und ggf. erneut ein Verfahren vor der Bundesnetzagentur durchgeführt werden.

100. Um hier faire und angemessene Bedingungen zu schaffen, ist in der Klausel die Möglichkeit zur Stellungnahme und Erörterung von Abhilfemaßnahmen vorzusehen. Außerdem wird der Antragstellerin durch die neue Formulierung ein Recht zuerkannt, eine mögliche Ungeeignetheit auf eigene Kosten zu beseitigen, um die Infrastruktur für sich nutzbar machen zu können. Damit wird den Vorgaben der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit unter dem Blickwinkel des DigiNetz-Gesetzes Genüge getan. In der Abwägung der widerstreitenden Interessen besteht hier eine Gleichheit der Parteien, insofern als beide den Zweck der weiteren Nutzbarkeit der Infrastruktur vor Augen haben. Die Antragsgegnerin generiert über die Vermietung Einnahmen und die Antragstellerin kann über die Nutzung Breitbandprodukte schneller und günstiger anbieten. Insoweit haben beide Parteien auch ein Interesse an der Mitnutzung und das Sonderkündigungsrecht sollte keiner der Parteien die Gelegenheit bieten, sich einseitig von der Vereinbarung zu lösen, ohne dies nicht zuvor mit der anderen Partei besprochen und ggf. Abhilfemaßnahmen diskutiert zu haben.
101. Daneben erhält die Antragstellerin aus Gründen der Fairness und Angemessenheit die Möglichkeit, eine mögliche Ungeeignetheit der Infrastruktur zur Nutzung, die sich entweder unmittelbar oder im Verlauf der Zeit ergibt, auf eigene Kosten beheben zu können, da sie nunmehr möglicherweise ein weitergehendes Interesse an der Instandsetzung der Infrastruktur hat. Die Antragsgegnerin selbst nutzt zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Infrastruktur nach eigenen Angaben nicht für eigene Zwecke, so dass es ihr möglich wäre, durch die bloße Behauptung der Nichteignung bzw. fehlende Motivation zur Behebung von Mängeln hier die Mitnutzung zu vereiteln. Dies wäre aus Gründen von Fairness und Angemessenheit nicht hinzunehmen, wie bereits die Ausgestaltung der Versagungsgründe in § 77g Abs. 2 TKG zeigt.
102. Diese Regelung entspricht auch dem Gedanken der Chancengleichheit, da gerade bei einem Sonderkündigungsrecht keine Partei die Möglichkeit haben sollte, dieses einseitig geltend zu machen, ohne darüber mit der anderen Partei noch einmal in Verhandlungen zu treten und nach Abhilfemaßnahmen zu suchen. Die Chancengleichheit wird hier auch insbesondere dadurch hergestellt, dass auch die Antragstellerin als Mitnutzungspartei die Möglichkeit eingeräumt bekommt, auf eigene Kosten für die Eignung der Infrastruktur zu sorgen.
103. Dass dies auch den Grundsätzen der Billigkeit und Rechtzeitigkeit entspricht, zeigt letztlich auch ein Vergleich mit dem bereits im Verfahren BK3d-09/051 geprüften Vertrag zur Überlassung von Kabelkanalkapazitäten zur Einbringung von Glasfasern für die KVz-Erschließung: Hier ist in Anlage 1 Ziffer 4.2.3 die Ablehnung unter Angabe von Gründen vorgesehen, und in Anlage 1 Ziffer 5 Abs. 2 wird ein Verfahren zur Mängelbeseitigung geregelt. An diese Regelung wird somit die hier tenorierte Bedingung des Vertrags angelehnt.

104. Die tenorierte Regelung trägt den vorstehenden Erwägungen insgesamt Rechnung, indem sie die Mitteilung der Gründe für die Ungeeignetheit und die Erörterung von Abhilfemaßnahmen vorsieht. Erst wenn darüber keine Einigung erzielt werden kann bzw. auch keine Abhilfemaßnahmen der Antragstellerin mehr möglich oder gewünscht sind, besteht ein Kündigungsrecht für beide Parteien.

2.3.4.4 Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund, Ziffer 7.3 des Vertrages

105. Die im Vertragsentwurf vorgesehene Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund ist nicht zu beanstanden, weil sie nur die allgemeine zivilrechtliche Lage wiedergibt. Gemäß § 543 Abs. 1 BGB kann der Vermieter den Mietvertrag aus wichtigem Grund kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung des Mietvertrags dem Vermieter nicht zugemutet werden kann. Gemäß § 543 Abs. 3 BGB hat vor der Kündigung grundsätzlich eine Abmahnung zu erfolgen. Ziffer 7.3 des Vertragsentwurfes enthält keine Regelungen, die über § 543 BGB hinausgehen. Die Regelung entspricht insoweit auch dem Gedanken der fairen und angemessenen Bedingung.

2.3.5 Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 77n Abs. 3 TKG (Tenorziffer 1 lit. c))

106. Die tenorierten Entgelte waren nach § 77n Abs. 3 TKG anzuordnen, weil sie faire und angemessene Entgelte darstellen. Sie stellen sicher, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit hat, ihre Kosten – unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz – zu decken und berücksichtigen die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG.

2.3.5.1 Prüfungsmaßstab für die Mitnutzungsentgelte

107. Legt die Bundesnetzagentur im Rahmen der Streitbeilegung Entgelte fest, so haben sie nach § 77n Abs. 2 S. 1 TKG 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.

108. Nach § 77n Abs. 2 TKG müssen die durch die Ermöglichung der Mitnutzung dem Nutzungsgeber zusätzlich entstandenen und ggf. noch entstehenden Kosten durch das Entgelt gedeckt werden sowie über einen angemessenen Aufschlag ein Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen gesetzt werden.

109. Im vorliegenden Fall war die Mitnutzung von Telekommunikationsnetzen beantragt. Daher ist nach § 77n Abs. 3 TKG über die Deckung der zusätzlichen Kosten nach Absatz 2 hinaus sicherzustellen, dass der Nutzungsgeber auch bei Gewährung einer Mitnutzung die Kosten der Investition in die mitgenutzte Infrastruktur decken kann und die Auswirkungen der Mitnutzung auf seinen Geschäftsplan berücksichtigt werden, wobei die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu berücksichtigen sind.
110. Die beiden Absätze stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Ziel des DigiNetz-Gesetzes ist der möglichst schnelle Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen, der durch möglichst geringe Ausbaurkosten 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.

111. 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 Nutzungsgeber und dem Mitnutzer.
112. Dies gilt für die Mitnutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze nicht, weil hier die Investitionskosten durch eine telekommunikationsbezogene Geschäftstätigkeit zurückverdient werden müssen und diesbezüglich ein Wettbewerbsverhältnis zum Mitnutzungsnachfrager besteht. Würde dennoch alleine der Entgeltmaßstab des Absatzes 2 für die Mitnutzung passiver Telekommunikationsinfrastrukturen angewandt werden, so könnte dies den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt ggf. erheblich beeinträchtigen: Ein Mitnutzer kann bei einem Entgelt, das nur die Zusatzkosten abdeckt, seine Dienste günstiger als der Nutzungsgeber anbieten, würde aber nichts zur Deckung der darüber hinaus gehenden Kosten beitragen. Da beide auf demselben Markt tätig sind, ist die Möglichkeit des Nutzungsgebers, seine Kosten mit seiner Hauptgeschäftstätigkeit zu refinanzieren, aber nicht mehr gewährleistet. Infolge dessen würde in der Branche ggf. weniger in neue passive Infrastruktur investiert bzw. weniger Infrastruktur gebaut werden, was den gesetzlich intendierten, schnellen Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen behindern würde.
113. Der Gesetzgeber trägt dem insofern Rechnung, als er mit Absatz 3 einen Entgeltmaßstab vorsieht, durch den bei der Mitnutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze der chancengleiche Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt gewahrt wird und der Ausbauranreiz für Telekommunikationsunternehmen erhalten bleibt. Hiernach ist

sicherzustellen, dass Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten – einschließlich jener für die Investition in das in Anspruch genommene Netz – zu decken. In diesem Zusammenhang sind über die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß § 77n Abs. 2 TKG hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan des Verpflichteten einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz zu berücksichtigen. Dabei hat die Bundesnetzagentur auch die in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele zu berücksichtigen.

2.3.5.2 Vorrang individueller Kostenermittlung

114. Aus den gesetzlichen Vorgaben des § 77n Abs. 2 und 3 TKG ergibt sich, dass bei der Festlegung der Mitnutzungsentgelte vorrangig auf die Kosten der Infrastruktur abzustellen ist, deren beantragte Mitnutzung Gegenstand des Streitbeilegungsverfahrens ist. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von § 77n Abs. 3 S. 2 TKG, wonach die Möglichkeit der Deckung der Kosten des mitzunutzenden Telekommunikationsnetzes sowie die Auswirkungen auf die Investitionen in das mitgenutzte Telekommunikationsnetz zu berücksichtigen sind. Ausgangspunkt ist damit, wie weit die Mitnutzung des Telekommunikationsnetzes tatsächlich reicht. Auch das systematische Verhältnis von Abs. 2 und Abs. 3, wonach die Entgelte stufenweise auf die reinen Zusatzkosten der gewährten Mitnutzung aufbauen, spricht dafür, von den Kosten der tatsächlich mitgenutzten Infrastruktur auszugehen.
115. Dies wird weiter dadurch gestützt, dass im Unterschied zu § 34 Abs. 1 Nr. 4 TKG für das Mitnutzungsentgelt keine Pauschalierung gefordert wird. Eine solche wäre auch aus systematischen Gründen nicht geboten. Denn bei regulierten Vorleistungen als Abhilfemaßnahme für eine beträchtliche Marktmacht ist davon auszugehen, dass diese in hoher Zahl und in verschiedenen Zusammenhängen nachgefragt werden. Die regulierte Vorleistung ist in diesem Sinne eine Art „standardisiertes Produkt“, für das die Entgelte über diese Vielzahl von Einzelnachfragen pauschaliert werden. Davon kann im Rahmen der Streitbeilegung nicht ausgegangen werden. Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens ist eine konkrete Mitnutzung einer einzelnen Infrastruktur.
116. Dass es auf die Kosten der tatsächlich genutzten Infrastruktur ankommt, wird auch durch Erwägungsgrund 19 der Kostenreduzierungsrichtlinie gestützt. Dieser führt nämlich aus:
- „Dabei sollte die Streitbeilegungsstelle auch die Auswirkungen der begehrten Zugangsgewährung auf den Geschäftsplan des Zugangsanbieters berücksichtigen, einschließlich der vom Zugangsanbieter, von dem der Zugang begehrt wird, getätigten Investitionen, insbesondere der Investitionen in die physischen Infrastrukturen, zu denen der Zugang begehrt wird.“*
117. Außerdem spricht die nach Erwägungsgrund 19 vorzunehmende Berücksichtigung von Abschreibungen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens dafür, die individuellen

Kosten der mitgenutzten Infrastruktur zum Ausgangspunkt zu nehmen, weil diese Abschreibungen dann auch genau ermittelt werden können.

118. Auch die Antragsgegnerin geht auf Seite 12 ihrer Stellungnahme vom 16. 4. 2018 zum Konsultationsdokument zu Fragen der Entgeltbestimmung nach dem DigiNetz-Gesetz – die sie im Übrigen mit ihren Schriftsatz vom 7. 6. 2018 auch in das Verfahren eingebracht hat – davon aus, dass die individuellen Kosten der mitgenutzten Infrastruktur als Ausgangspunkt zu nehmen sind:

„Diese Mitnutzung wird immer räumlich genau beschreibbar sein [...] und damit eindeutig einem genau zu bestimmenden physischen Anlagegut zuzuordnen sein. Dies wiederum kann aus den Buchhaltungssystemen identifiziert und mit Investitionen genau belegt werden.

Diese klar abgrenzbaren, belegbaren Investitionen sowie ggf. dafür entstehende Betriebskosten sollten der Ausgangspunkt für die Ermittlung der Opportunitätskosten sein.“

119. Die Trassenbezogenheit wird von der Antragsgegnerin auch im Verfahren noch einmal aufgegriffen. In ihrer Stellungnahme vom 13. 7. 2018 nimmt sie darauf Bezug, dass auch die in der KKA-Entgeltgenehmigung vorgenommenen, effizienzbezogenen Kürzungen im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes nicht zulässig seien, da Gegenstand der Mitnutzungsanfrage grundsätzlich eine konkrete Trasse in ihrem bestehenden Verlauf sei.
120. Allerdings setzt eine individuelle Kostenermittlung voraus, dass der potentiell Zugangsverpflichtete Nachweise zu den ihm entstandenen und entstehenden Kosten der Mitnutzung vorlegt. Die anwaltlich vertretene Antragsgegnerin hat indes – entgegen ihrer Ausführungen in o. g. Stellungnahme zum Konsultationsdokument vom 16. 4. 2018 – vorgetragen, ihr würden für die konkrete, von dem Mitnutzungsantrag erfasste Strecke keine Kostenunterlagen vorliegen. Daher konnte die Beschlusskammer auch nicht einzelfallbezogen ermitteln, welches Mitnutzungsentgelt der Antragsgegnerin die Kostendeckung ermöglichen könnte.

2.3.5.3 Festlegung der regulierten Entgelte als Mitnutzungsentgelte

121. Die Beschlusskammer zieht, in Ausübung des ihr vom Gesetzgeber zugestandenen weiten Spielraums, für die hier gegenständliche Mitnutzungsgewährung die KKA-Entgelte heran. Diese sind hier fair und angemessen im Sinne von § 77n Abs. 2 S. 1 Abs. 3 TKG.
122. Für eine Übertragung der KKA-Entgelte auf die streitgegenständliche Leistung spricht, dass diese und die regulierte Leistung, welche Gegenstand der KKA-Entgelte ist, technisch identisch sind. In beiden Fällen handelt es sich um Leerrohre, die zwischen einem HVt und einem KVz gelegen sind. Der einzige Unterschied besteht darin, dass mittels des regulierten Produkts ein KVz vom HVt kommend erschlossen wird. Demgegenüber soll vorliegend eine Kabelkanalanlage genutzt werden, um einen HVt vom KVz kommend anzubinden. Der Unterschied zur regulierten Leistung besteht tech-

nisch also lediglich darin, dass die Erschließung in der Gegenrichtung (vom KVz zum HVt anstatt vom HVt zum KVz) erfolgt.

123. Unabhängig davon spricht auch die Vergleichbarkeit der wettbewerblichen Rahmenbedingungen, denen die regulierte und die hier gegenständliche Leistung unterworfen sind, für eine Übertragung der KKA-Entgelte. Zwar wird die hier gegenständliche Leistung nicht als KKA-Anmietung von der Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 1. 9. 2016 erfasst, weil die Erschließung vom KVz aus in Richtung HVt erfolgt und kein KVz vom HVt aus erschlossen wird. Jedoch werden in beiden Fällen Kabelkanalanlagen zum Vectoringausbau genutzt. Daher unterliegen sowohl die Nutzer der regulierten Leistung wie auch die Antragstellerin den Voraussetzungen für den Vectoringschutz (vgl. BK3g-15/004 vom 1. 9. 2016). Gemäß diesen Vorgaben müssen sowohl die Nutzer der regulierten Leistung als auch die Antragstellerin nach Fertigstellung des Vectoringausbaus auf Nachfrage Vorleistungsprodukte – und zwar einen Layer 2-Bitstromzugang am erschlossenen KVz – zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen wie die Antragsgegnerin anbieten. Soweit die Antragstellerin für die KKA-Nutzung höhere Entgelte zahlen müsste, würde dies das Angebot zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen unbillig erschweren. Dies könnte deshalb nur dann angemessen sein, wenn die Antragsgegnerin nachweisen würde, dass diese Entgelte nicht ihre Kosten für das streitgegenständliche Leerrohr decken würde.
124. Die Übertragung der regulierten Entgelte ergibt sich auch aus der Kostensenkungsrichtlinie und der Begründung zum DigiNetz-Gesetz. Sowohl Erwägungsgrund 19 der Kostenreduzierungsrichtlinie als auch die Gesetzesbegründung sehen ausdrücklich regulierte Entgelte als Maßstab für Mitnutzungsentgelte vor, wobei sich die Gesetzesbegründung sogar explizit auf die regulierten Entgelte für den Zugang zu Kabelkanalanlagen als Maßstab bezieht:

„Dieses ermöglicht die Berücksichtigung von Entgelt- und Tarifstrukturen, die eingeführt wurden, um eine Möglichkeit zur Deckung der durch Regulatorauflagen bedingten Kosten zu gewähren. Soweit sich beantragte Mitnutzungen mit regulierten Vorleistungsprodukten überschneiden, sind die regulierten Vorleistungsentgelte als Maßstab heranzuziehen. Denkbar ist zum Beispiel eine Überschneidung mit dem Zugangsanspruch zu Kabelkanalanlagen zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger als Annexleistung zum Zugangsanspruch zum regulierten Vorleistungsprodukt der sogenannten „KVz-TAL“ gegenüber der Telekom Deutschland.“

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

Dementsprechend geht der Gesetzgeber davon aus, dass in Entgeltgenehmigungen auch nach dem KeL-Maßstab das Interesse des Nutzungsgebers an der Kostendeckung gem. § 77n Abs. 3 TKG bereits berücksichtigt ist.

125. Aus der Gesetzesbegründung folgt auch, dass der Gesetzgeber die mit der Orientierung an genehmigten Entgelten regelmäßig verbundenen effizienzbedingten Kürzungen für grundsätzlich zulässig, im Regelfall sogar als angemessen und mit der angestrebten Gewährung der Möglichkeit zur Deckung der eigenen Kosten vereinbar an-

gesehen hat, denn genehmigte Entgelte wurden und werden weit überwiegend nach dem KeL-Maßstab genehmigt. Die KeL-Entgelte bilden die Kosten eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens nach und sind daher auch dazu geeignet, die Kosten nach § 77n Abs. 3 TKG abzudecken. Weiter war zum Zeitpunkt der Abfassung der Gesetzesbegründung bereits die Empfehlung der EU-Kommission für einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen erlassen, deren Übergangsfrist nach deren Art. 60 zum 31. 12. 2016 endete, so dass dem Gesetzgeber klar war, dass bereits abgeschriebene nichtreplizierbare Anlagen in Zukunft auch in Deutschland nicht mehr in KeL-Entgelten enthalten sein würden. Insofern ist auch nach § 77n Abs. 3 TKG eine Übertragung der genehmigten Entgelte möglich (dazu unter Ziffer 2.3.5.4).

126. Dagegen sprechen auch nicht – anders als von der Antragsgegnerin ausgeführt – die Darstellungen im Konsultationsdokument. Dort wird auf Seite 26 lediglich ausgeführt, dass *„die Übertragbarkeiten ... eingeschränkt (sein)... und solche Regulierungsentscheidungen in vielen Fällen daher nicht als Vergleich dienen“* könnten. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um allgemeine Feststellungen, die die gesamte Marktsituation der Mitnutzung sehen und nicht konkret den hier vorliegenden Fall einer technisch identischen Leistung im Verhältnis zwischen marktmächtigem Unternehmen und Mitnutzungspetenten betrachten. In diesem Fall würden auch die in dem Konsultationsdokument genannten Annahmen einer Übertragbarkeit der regulierten Entgelte nicht entgegenstehen.
127. Der Übertragung der in der KKA-Entgeltgenehmigung genehmigten Entgelte auf die verfahrensgegenständlichen Leistungen steht auch nicht entgegen, dass die betroffene Infrastruktur kein Viertelrohr in einem Rohr mit einem Innendurchmesser von 100 mm, sondern ein ganzes Rohr mit einem Innendurchmesser von 40 mm betrifft. Für die Bereitstellungsentgelte, die Leistungen des Vertragsmanagements oder der Auskundung der Verfügbarkeit von Kapazitäten betreffen, ergeben sich aus der Veränderung des Innendurchmessers keine Änderungen des mit ihnen verbundenen – insbesondere zeitlichen – Aufwands. Hinsichtlich des Überlassungsentgeltes folgt die Übertragbarkeit aus technischen Gesichtspunkten daraus, dass mit der Nutzung des gesamten Rohres der identische Zweck wie mit der Nutzung eines Viertelrohres für die KVz-Anbindung verfolgt wird. Die Antragsgegnerin hat bereits selbst diese Leistung als Bezugspunkt für die Entgeltbestimmung herangezogen, indem sie in ihrem Angebot auf das im KKA-Verfahren beantragte Entgelt für ein Viertelrohr anstatt auf das ebenfalls beantragte Entgelt für ein ganzes Rohr aufgesetzt hat. Weiter liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die mit der Verlegung eines DN40-Leerrohres verbundenen Investitionen unter denen eines Viertelrohres in einem DN 100-Rohr liegen.

gesehen hat, denn genehmigte Entgelte wurden und werden weit überwiegend nach dem KeL-Maßstab genehmigt. Die KeL-Entgelte bilden die Kosten eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens nach und sind daher auch dazu geeignet, die Kosten nach § 77n Abs. 3 TKG abzudecken. Weiter war zum Zeitpunkt der Abfassung der Gesetzesbegründung bereits die Empfehlung der EU-Kommission für einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen erlassen, deren Übergangsfrist nach deren Art. 60 zum 31. 12. 2016 endete, so dass dem Gesetzgeber klar war, dass bereits abgeschriebene nichtreplizierbare Anlagen in Zukunft auch in Deutschland nicht mehr in KeL-Entgelten enthalten sein würden. Insofern ist auch nach § 77n Abs. 3 TKG eine Übertragung der genehmigten Entgelte möglich (dazu unter Ziffer 2.3.5.4).

126. Dagegen sprechen auch nicht – anders als von der Antragsgegnerin ausgeführt – die Darstellungen im Konsultationsdokument. Dort wird auf Seite 26 lediglich ausgeführt, dass *„die Übertragbarkeiten ... eingeschränkt (sein)... und solche Regulierungsentscheidungen in vielen Fällen daher nicht als Vergleich dienen“* könnten. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um allgemeine Feststellungen, die die gesamte Marktsituation der Mitnutzung sehen und nicht konkret den hier vorliegenden Fall einer technisch identischen Leistung im Verhältnis zwischen marktmächtigem Unternehmen und Mitnutzungspetenten betrachten. In diesem Fall würden auch die in dem Konsultationsdokument genannten Annahmen einer Übertragbarkeit der regulierten Entgelte nicht entgegenstehen.
127. Der Übertragung der in der KKA-Entgeltgenehmigung genehmigten Entgelte auf die verfahrensgegenständlichen Leistungen steht auch nicht entgegen, dass die betroffene Infrastruktur kein Viertelrohr in einem Rohr mit einem Innendurchmesser von 100 mm, sondern ein ganzes Rohr mit einem Innendurchmesser von 40 mm betrifft. Für die Bereitstellungsentgelte, die Leistungen des Vertragsmanagements oder der Auskundung der Verfügbarkeit von Kapazitäten betreffen, ergeben sich aus der Veränderung des Innendurchmessers keine Änderungen des mit ihnen verbundenen – insbesondere zeitlichen – Aufwands. Hinsichtlich des Überlassungsentgeltes folgt die Übertragbarkeit aus technischen Gesichtspunkten daraus, dass mit der Nutzung des gesamten Rohres der identische Zweck wie mit der Nutzung eines Viertelrohres für die KVz-Anbindung verfolgt wird. Die Antragsgegnerin hat bereits selbst diese Leistung als Bezugspunkt für die Entgeltbestimmung herangezogen, indem sie in ihrem Angebot auf das im KKA-Verfahren beantragte Entgelt für ein Viertelrohr anstatt auf das ebenfalls beantragte Entgelt für ein ganzes Rohr aufgesetzt hat. Weiter liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die mit der Verlegung eines DN40-Leerrohres verbundenen Investitionen unter denen eines Viertelrohres in einem DN 100-Rohr liegen.

2.3.5.4 Fairness und Angemessenheit der festgelegten Entgelte

128. Die von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Streitbeilegung festgelegten Entgelte haben nach § 77n Abs. 2 S. 1 TKG fair und angemessen zu sein. Gemäß § 77n Abs. 3 S. 2 TKG stellt die Bundesnetzagentur sicher, dass Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken. Sie berücksichtigt hierfür über die zusätzlichen Kosten und eine angemessene Verzinsung gemäß Absatz 2 hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf die Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz (dazu unter Ziffer 2.3.5.4.1 dieses Beschlusses). Dabei hat die Bundesnetzagentur auch die Auswirkungen auf den Geschäftsplan (unter Ziffer 2.3.5.4.2) und die in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele zu berücksichtigen (dazu unter Ziffer 2.3.5.4.4). Schließlich war zu prüfen, ob – über die Vorgaben des § 77n Abs. 3 S. 2 TKG hinaus – weitergehende Interessen der Mitnutzungsverpflichteten zu berücksichtigen waren (dazu unter Ziffer 2.3.5.4.5).

2.3.5.4.1 Möglichkeit der Kostendeckung

129. Die durch die KKA-Entgeltgenehmigung festgelegten Entgelte stellen hier die Möglichkeit der Kostendeckung sicher. Bei der Prüfung, ob die festgelegten Entgelte der Zugangsverpflichteten die Kostendeckung ermöglichen, sind gemäß § 77n Abs. 3 S. 2, 2. Hs. TKG in Verbindung mit § 77n Abs. 2 S. 2 TKG zunächst die zusätzlichen Kosten zu berücksichtigen, die sich durch die Ermöglichung der Mitnutzung der passiven Infrastruktur ergeben (dazu unter Ziffer 2.3.5.4.1.1). Zudem sind nach § 77n Abs. 3 TKG die Auswirkungen auf die Investitionen zu berücksichtigen. Da die Investitionskosten über mehrere Jahre verteilt amortisiert werden, sind zur Ermittlung der jährlichen kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen die Nutzungsdauern sowie der Zinssatz als weitere Eingangsparameter erforderlich (dazu unter Ziffer 2.3.5.4.1.2).

2.3.5.4.1.1 Zusatzkosten

130. Die mit der Gewährung der Mitnutzung verbundenen zusätzlichen Kosten entsprechen den Kosten, die mit der Bereitstellung der regulierten Vorleistung des Zugangs zu Kabelkanalanlagen verbunden sind, und werden durch die hierfür genehmigten Bereitstellungsentgelte abgedeckt. Ausweislich der KKA-Entgeltgenehmigung sind hier die durch den KeL-Maßstab bedingten Kürzungen gerechtfertigt und angemessen. Sofern sie darauf beruhen, dass geringere als beantragte Prozesszeiten festgestellt wurden, kann aus dem Grundsatz der Kostendeckung nicht hergeleitet werden, dass mehr als der für ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen angemessene Aufwand an Arbeitszeit (den die KeL abbilden) entgolten werden müsste. Denn über die KKA-Entgelte hinausgehende zusätzliche Kosten der Antragsgegnerin sind weder von dieser nachgewiesen, noch sonst ersichtlich. Kosten der Angebotsphase und der Bereitstellung sind in den KKA-Entgelten als eigenständige Entgeltpositionen ausgewiesen.

131. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich durch die Heranziehung identischer Prozesse für die Mitnutzungsgewährung nach § 77d TKG wie für die Zugangsgewährung auf Grund der Regulierungsverfügung BK3g-15/004 Fix- und Gemeinkosten auf eine größere Anzahl von Vorgängen verteilen, was tendenziell die Stückkosten senken dürfte, ohne dass es hier entgeltsenkend berücksichtigt worden wäre. Insgesamt ist daher sichergestellt, dass die Antragsgegnerin auch bei der Übertragung von KeL-Einmalentgelten die Möglichkeit hat, ihre Kosten zu decken.

2.3.5.4.1.2 Investitionen

132. Die Möglichkeit der Deckung der Investitionskosten in die Infrastruktur, deren Mitnutzung gewährt wird, ist durch die Übertragung des genehmigten monatlichen Überlassungsentgeltes gesichert. Sofern sich die Antragsgegnerin hiergegen mit dem Argument wendet, dass bereits getätigte Abschreibungen darin unberücksichtigt seien, kann diese Kritik jedenfalls nicht auf die zu gewährleistende Möglichkeit der Kostendeckung gestützt werden, weil eine Nichtberücksichtigung bereits getätigter Abschreibungen nicht zur Kostenunterdeckung führt. Vielmehr ist auch nach der Gesetzesbegründung „...eine etwaige Abschreibung der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Mitnutzungsbegehrens...“ bei der Entgeltbestimmung mit heranzuziehen, d. h. auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass bereits vorgenommene Abschreibungen bereits refinanziert und daher nicht mehr über Mitnutzungsentgelte gedeckt werden müssen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 57 sowie auch Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie.

Die von der Antragsgegnerin geforderte Ansetzung von Wiederbeschaffungskosten ohne Berücksichtigung bereits erfolgter Abschreibungen entspricht somit nicht dem Maßstab des § 77n Abs. 3 TKG.

133. Sie wird nämlich dort, wo sie erfolgt bzw. in der Vergangenheit erfolgt ist, mit der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbes begründet,

vgl. z.B. den aktuellen Beschluss zu den TAL-Überlassungsentgelten BK3c-16/005, Ziff. 5.1.3.1.5 (Seite 39 ff.),

und wird darum in diesem Zusammenhang sowie bei den Auswirkungen auf den Geschäftsplan der Antragsgegnerin erörtert (vgl. Ziff. 2.3.5.4.2 sowie Ziff. 2.3.5.4.4.2).

134. Hinsichtlich der von der Antragsgegnerin angegriffenen, bei der Ermittlung der übertragenen Entgelte vorgenommenen effizienzbezogenen Anpassung der Investitionen ist darauf hinzuweisen, dass in einem wettbewerblichen Umfeld ein Unternehmen auch nicht mit der Amortisation jeder Investition, sondern höchstens effizienter Investitionen rechnen kann. Das Ziel der im Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 31 TKG vorgenommenen Effizienzbetrachtungen ist es daher, einen Wettbewerbspreis zu simulieren.

Vgl. Beschluss BK3g-15/004 vom 1. 9. 2016, Ziffer 8.3.

ementsprechend geht die Gesetzesbegründung davon aus, das in Entgeltgenehmigungen auch nach dem KeL-Maßstab das Interesse des Nutzungsgebers an der Kostendeckung bereits berücksichtigt ist.

Nutzungsdauern

135. Die Anpassung der Nutzungsdauern im Beschluss BK3a-16/006 ist angemessen i. S. d. Entgeltmaßstabes des § 77n Abs. 2 und 3 TKG. Bei Leerrohren und Kabelschächten handelt es sich um sehr langlebige Anlagen. Dies bestätigten die von der Antragsgegnerin im Rahmen des o. g. Entgeltverfahrens angeforderten und vorgelegten Daten zu den Zeitpunkten der Inbetriebnahme dieser Anlagen. Danach ist ein großer Teil dieser Anlagen bereits deutlich über die kalkulatorische Nutzungsdauer hinaus in Betrieb und damit schon vollständig abgeschrieben. Daher ist die von der Beschlusskammer 3 für die Kalkulation der KKA-Entgelte zugrunde gelegte Nutzungsdauer von 40 Jahren für Leerrohre und Kabelschächte realistisch und auch nach den Entgeltmaßstäben des DigiNetz-Gesetz angemessen.

Verzinsung des eingesetzten Kapitals

136. Die in der KKA-Entgeltgenehmigung festgelegten Entgelte sind auch hinsichtlich der Verzinsung des eingesetzten Kapitals übertragbar. Nach § 32 Abs. 1 TKG ist zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung das eingesetzte Kapital angemessen zu verzinsen. Der von der Bundesnetzagentur nach § 32 Abs. 3 TKG festgelegte Zinssatz widerspricht hier nicht dem Kriterium der Angemessenheit des § 77n Abs. 2 S. 1 TKG und ist allein schon wegen der Überschneidung der streitgegenständlichen Mitnutzung mit dem regulierten Vorleistungsprodukt auch zur Festsetzung fairer und angemessener Entgelte nach § 77n TKG geeignet.

2.3.5.4.2 Auswirkungen auf den Geschäftsplan

137. Durch die Übertragung der Entgelte aus dem Beschluss BK3a-16/006 auf den hier konkret vorliegenden Fall der Mitnutzung sind auch keine negativen Auswirkungen auf den Geschäftsplan bzw. die Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin zu erwarten.
138. Bei dem hier in Rede stehenden Leerrohr handelt es sich um ein unbelegtes 40 mm-Leerrohr, in das die Antragsgegnerin keine eigenen Leitungen eingebracht hat. Es verbindet einen HVt mit einem KVz, welcher durch die Antragstellerin im Rahmen des Vectoring-Ausbaus erschlossen und auch für diese eingetragen ist. Ein Eigenausbau ist insofern für die Antragsgegnerin derzeit nicht realisierbar.
139. Die Antragsgegnerin hat keine anderweitige Verwendung der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur dargelegt. Es sind auch im Übrigen keine Auswirkungen auf den Geschäftsplan bzw. die Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin ersichtlich. Im Gegenteil hat sie keine aktuelle Planung zur Nutzung dieses Leerrohres innerhalb der nächsten fünf Jahre oder auch eines längeren Zeitraumes, denn weder hat sie die Mitnutzung nach § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG wegen zukünftig fehlender Kapazitäten ver-

weigert, noch hat sie die Mitnutzung von Maßnahmen abhängig gemacht, die ihr eine nachträgliche Nutzung des Leerrohrs ermöglichen würden, etwa die zeitgleiche Einziehung weiterer Mikroleerrohre zusammen mit dem der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin wird hier auch durch die Überlassung nicht an einer eigenen Vectoring-Erschließung der im Nahbereich des HVt 36701-ASB 3 befindlichen KVz gehindert, weil sie insofern nicht zum Ausbau berechtigt ist. Insofern entstehen hier durch die Mitnutzung keine Opportunitätskosten in Form entgangener Erlöse, sondern im Gegenteil werden durch die Mitnutzung sogar Erlöse für das streitgegenständliche Leerrohr generiert. Ohne Mitnutzung wäre das Leerrohr eine „versunkene Investition“, die die Antragsgegnerin selbst noch nicht einmal für die Erschließung des eigenen Mobilfunkmastes nutzt, wie sie in der öffentlich mündlichen Verhandlung erläutert hat. In Gebieten, in denen der Vectoring-Ausbau von Dritten vorgenommen wird, besteht die Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin darin, Dritten die Vorleistungen KVz-TAL und Leerrohrzugang zu verkaufen. Darüber hinaus könnte die Antragsgegnerin unter Nutzung der von den Dritten bereitgestellten Bitstrom-Vorleistungen weiter Endkunden erschließen. Das Wettbewerbsgeschehen und die Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin werden damit durch die regulierten Entgelte geprägt.

140. Im Übrigen berücksichtigt auch das regulierte KKA-Entgelt bereits die Anbieterinteressen. Dabei wurde bezogen auf die passiven Infrastrukturen im Netz der Antragsgegnerin ein Vorgehen gerechtfertigt, bei dem für nicht replizierbare bauliche Infrastrukturen das Anlagevermögen um vorgenommene Abschreibungen vermindert wurde. Tatsächlich ist die gesamte Leerrohrinfrastruktur der Antragsgegnerin bereits in weitem Umfang abgeschrieben. Um die Möglichkeit der Kostendeckung gemäß § 77n Abs. 3 TKG für die Antragsgegnerin sicherzustellen, müssen deshalb auch die Investitionswerte für noch nicht vollständig abgeschriebene Anlagen dem Interesse der Antragsgegnerin genügen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 57 sowie Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie, siehe auch oben unter Rz. 132.

141. Insoweit ergibt sich auch nach Analyse der Berechnungsgrundlagen aus dem KKA-Entgelt keine weitergehende, bisher nicht berücksichtigte Auswirkung auf den Geschäftsplan.

2.3.5.4.3 Keine Berücksichtigung eines Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG

142. Nach dem Gesetzeswortlaut ist bei der Festsetzung eines Mitnutzungsentgeltes nach § 77n Abs. 3 TKG auch § 77n Abs. 2 TKG zu berücksichtigen. Vorliegend war ein Zuschlag nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG aber nicht anzusetzen. Denn aus der Gesetzesbegründung sowie systematischen Erwägungen lässt sich entnehmen, dass die Besonderheit der Entgeltbestimmung für die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes in der Berücksichtigung der Investitionskosten besteht, die im Rahmen des § 77n Abs. 2 TKG ausdrücklich ausgenommen werden. Zweck des Zuschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG ist es, einen Anreiz zur Mitnutzungsgewährung zu setzen,

obwohl der Nachfrager keine Investitionskosten trägt. Demgegenüber sind die Entgelte nach § 77n Abs. 3 TKG so zu bemessen, dass die Betreiber der in Anspruch genommenen öffentlichen Telekommunikationsnetze die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken. Dabei sind über die Zusatzkosten nach § 77n Abs. 2 S. 2 TKG und eine angemessene Verzinsung hinaus auch die Auswirkungen auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen zu berücksichtigen. Würde zusätzlich zu diesen Entgeltbestandteilen, mit denen die Möglichkeit der Kostendeckung für den Nutzungsgeber sichergestellt wird, auch noch ein Zuschlag im Sinne von § 77n Abs. 2 S. 3 TKG gewährt werden, so würde die Mitnutzung überkompensiert.

2.3.5.4.4 Abwägung anhand der Regulierungsziele

143. Die Übertragung der durch die KKA-Entgeltgenehmigung genehmigten Entgelte entspricht am besten der Verwirklichung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG. Dabei war zu berücksichtigen, dass die verfahrensgegenständliche Mitnutzung zwar nicht direkt der Regulierung wegen beträchtlicher Marktmacht unterliegt, aber in direktem Zusammenhang mit der Erschließung einer dieser Regulierung unterliegenden Vorleistung, nämlich der KVz-TAL, steht und im Rahmen des Regimes zum TAL-Zugang unter Einsatz der Vectoring-Technologie stattfindet.

Siehe Beschluss BK3g-15/004 vom 1. 9. 2016, Ziffer 4.7.

Dadurch wird die Nutzbarkeit des eigenen Netzes durch die Antragsgegnerin Einschränkungen unterworfen, die schon unabhängig von der verfahrensgegenständlichen Mitnutzung gegeben sind. Umgekehrt unterliegt auch die Antragstellerin Vorgaben aus der TAL-Regulierungsverfügung, weil sie eine Erklärung zum Ausbau des betroffenen Gebietes mit Vectoring abgegeben hat und ihrerseits nun Dritten, darunter auch der Antragsgegnerin, Vorleistungen anbieten muss, auf deren Kosten sich die festgesetzten Entgelte auswirken.

2.3.5.4.4.1 Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

144. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass das Nutzerinteresse in der vorliegenden Situation anders zu bewerten wäre als in der KKA-Entgeltgenehmigung. Höhere Entgelte durch die Berücksichtigung der Investitionskosten sämtlicher – d. h. auch bereits abgeschriebener – Infrastrukturen zu Wiederbeschaffungskosten, wie von der Antragsgegnerin gefordert, oder einer höheren Verzinsung hätten lediglich höhere Endkundenentgelte zur Folge, und zwar nicht nur für die Kunden der Antragstellerin, sondern auch für die Kunden Dritter einschließlich der Antragsgegnerin, sofern sie ihre Endkunden zukünftig über von der Antragstellerin bezogene Bitstromanschlüsse versorgen sollten.

Vgl. BK3g-15/004, Rz. 13 Anlage 2 zu Ziffer 1.1.1 des Tenors.

145. Diesen höheren Entgelten würde kein möglicher Vorteil für die Nutzer hinsichtlich der Qualität und Vielfalt der angebotenen Dienste entsprechen. Denn die höheren Mitnut-

zungsentgelte würden die Investitionskraft der Antragstellerin schwächen, während der höhere Mittelzufluss an die Antragsgegnerin nicht zu verstärkten Investitionen im betroffenen Anschlussbereich führen kann, weil die Nutzung der dortigen Kupfer-TAL mit Vectoring alleine von der Antragstellerin gestaltet wird.

2.3.5.4.4.2 Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG

146. Die Beschlusskammer 3 war in der KKA-Entgeltgenehmigung zu dem Ergebnis gekommen, bereits vollständig abgeschriebene, nicht replizierbare und wiederverwendbare Infrastrukturen nicht zu berücksichtigen, weil Entgelte auf Wiederbeschaffungsbasis aller – also auch bereits abgeschriebener – Infrastrukturen für ohnehin nicht replizierbare Infrastrukturen keine geeigneten Investitionsanreize setzen können.
147. Diese Überlegungen gelten auch hier, und zwar sogar in verstärkter Form. Denn das Mitnutzungsbegehren der Antragstellerin erfolgt vor dem Hintergrund einer Situation, die bereits das Ergebnis eines Wettbewerbsgeschehens ist, in dem die Antragstellerin in höherem Maße in die Erschließung des Außenbereiches des betroffenen HVt mit Vectoring-VDSL-Technologie investiert hat als die Antragsgegnerin. Nur wegen dieses hier vorstoßenden Wettbewerbes der Antragstellerin war es ihr möglich, mittels Abgabe einer Ausbaupflichtung die Möglichkeit zu erhalten, auch die KVz des Nahbereiches mit VDSL-Vectoring zu erschließen. Der Antragsgegnerin ist dies nicht mehr möglich, weil ein KVz-Nahbereich jeweils nur von einem Netzbetreiber mit VDSL-Vectoring erschlossen werden kann. Das Argument der Antragsgegnerin für den Ansatz von Wiederbeschaffungskosten auch für vollständig abgeschriebene Infrastrukturen, dass nur so ausgeglichene Wettbewerbsverhältnisse zwischen ihr bzw. Nutzern ihrer Vorleistungen und dritten Netzbetreibern geschaffen werden könnten, kann also schon deshalb nicht durchgreifen, weil ein solches Wettbewerbsverhältnis hinsichtlich eines FTTC-Ausbaus gar nicht mehr entstehen kann. Denkbar wäre nur noch ein Wettbewerbsverhältnis, in dem die Antragsgegnerin der Antragstellerin als FTTB/H-Anbieterin entgetreten würde. Dies ist allerdings im Ausbaubereich auf absehbare Zeit weder zu erwarten, noch hat die Antragsgegnerin entsprechende Absichten erklärt. Außerdem ist auch für das Wettbewerbsverhältnis zwischen FTTC- und FTTB/H-Anbietern festgestellt worden, dass ein Abgehen von der Berücksichtigung bereits abgeschriebener nicht replizierbarer Infrastrukturen einem chancengleichen Wettbewerb am besten dient,

vgl. Beschluss BK3a-16/006, Ziffer 3.3.1. 3 und BK3c-16/005, Ziffer 5.1.3.1.5.

148. Im Übrigen wird replizierbare Infrastruktur bei regulierten Vorleistungsentgelten zu Wiederbeschaffungskosten ohne Abzug von Abschreibungen aus dem Grund berücksichtigt, damit Wettbewerber einen Anreiz zum Bau eigener Infrastrukturen erhalten und deshalb ihre Make-or-Buy-Entscheidung unter möglichst wettbewerbsnahen Randbedingungen treffen. Die Kostensenkungsrichtlinie und das DigiNetz-Gesetz als deren nationale Umsetzung zielen aber gerade darauf ab, passive Infrastrukturen

nicht zu replizieren. Denn um den Breitbandausbau zu beschleunigen, sollen Wettbewerber vorrangig bestehende Infrastrukturen (mit)nutzen und nur dort selbst bauen, wo nichts verfügbar ist. Insofern wird durch niedrige Entgelte aufgrund zu großen Teilen abgeschriebener Infrastruktur des Incumbents auch keine Make-or-buy-Entscheidung zulasten des Infrastrukturwettbewerbs beeinträchtigt. Daher ist eine Berücksichtigung bereits erfolgter Abschreibungen in den Mitnutzungsentgelten – übrigens auch im Gleichklang mit der Nichtdiskriminierungs- und Kostenrechnungsmethodenempfehlung – nicht im Sinne des DigiNetz-Gesetzes, sondern würde den Breitbandausbau bremsen statt beschleunigen.

149. Unter dem Gesichtspunkt des chancengleichen Wettbewerbes ist weiter zu berücksichtigen, dass eine Mitnutzung nicht dazu führen muss, dass die gesamten Kosten der betroffenen Infrastruktur vom Mitnutzer zu tragen sind. Denn es ist davon auszugehen, dass auch die Antragsgegnerin einen Teil der von ihr errichteten Infrastruktur nutzt und dementsprechend einen Anteil der Kosten zu tragen hätte. Es geht hier um das Verhältnis der miteinander abzuwägenden Investitionsrisiken beider Parteien: Einerseits vermindert der Mitnutzende sein Investitionsrisiko, als er keine Infrastruktur vollständig neu aufbauen muss, und erhöht das Investitionsrisiko des Nutzungsgebers, sofern er mit diesem im betroffenen Gebiet in Wettbewerb tritt (was bei den Auswirkungen auf den Geschäftsplan zu berücksichtigen ist). Andererseits vermindert die Mitnutzung das Amortisationsrisiko des Nutzungsgebers, indem er für bislang nicht genutzte Infrastrukturen einen Ertrag erhält. Dies ist vorliegend der Fall, und es stellt sich umgekehrt die Frage, warum der Mitnutzer die für die Dauer der (zudem angestrebten langfristigen) Nutzung die gesamten Abschreibungen und Zinsen für die mitgenutzte Infrastruktur tragen sollte, wenn diese aus Sicht der Antragsgegnerin als versunkene Investition nicht mehr effizient ist, er aber überdies mit dem Risiko einer Eigenbedarfskündigung belastet ist. Mangels anderweitiger Informationen über die Kosten der mitzunutzenden Infrastruktur stellt die Übertragung von KeL-Entgelten, sofern sie hinsichtlich ineffizienter Investitionen gekürzt sind, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Investitionsrisiken der Parteien dar.
150. Entgelte, die auch Investitionskosten für bereits vollständig abgeschriebene Infrastruktur beinhalten, hätten darum vorliegend keine wettbewerbsfördernde Wirkung, sondern würden lediglich den Netzausbau und -betrieb der Antragstellerin verteuern. Dies widerspräche auch den sowohl in der Gesetzesbegründung als auch in der TAL-Regulierungsverfügung ausgesprochenen Erwartungen, dass sich die Entgelte an genehmigten Entgelten für entsprechende Vorleistungen orientieren sollten, sofern solche vorhanden sind. In der TAL-Regulierungsverfügung wird zum Alternativangebot ausgeführt, dass ein angemessener Vertrag für die angebotenen alternativen Vorleistungsprodukte sowohl im wesentlichen vergleichbare Regelungen zu den Leistungsmerkmalen des entsprechenden Vorleistungsproduktes der Antragstellerin als auch Entgelte enthalten kann, die sich an den jeweils genehmigten Entgelten der Telekom orientieren:

„Im Interesse der Klarstellung wird in Ziffer 4.8 lit. a) aa) eine Definition des angemessenen Vertrages aufgenommen. Damit wird dem ausbauberechtigten Kunden verdeutlicht, dass sein Vertragsangebot sowohl angemessene Leistungs- als auch Entgeltbedingungen festlegen muss. Im Rahmen des Schiedsgutachtens ist ggfs. auch über die Angemessenheit der Entgeltforderungen zu entscheiden, weil der ausbauberechtigte Kunde ansonsten durch unangemessene Entgelte eine Migration der HVt-VDSL-TAL der Betroffenen oder eines Dritten verhindern könnte.“

Beschluss BK3d-16/117, zweite Teilentscheidung vom 31. 7. 2017, Ziffer 4.4.5, S. 16

2.3.5.4.4.3 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG

151. Der Beschlusskammer liegen noch keine Erkenntnisse über die Entgeltfestsetzung anderer europäischer Länder für die verfahrensgegenständliche Infrastruktur in einem dem Vectoringausbau vergleichbaren Umfeld vor. Die Übertragung der genehmigten KKA-Entgelte dient jedoch der Transparenz und Vorhersehbarkeit der Preise für die Mitnutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze, erleichtert damit auch europaweiten Anbietern den Netzausbau und fördert somit die Entwicklung des Binnenmarktes.

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

152. Es gibt keine Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung der Auswirkungen des Entgeltgenehmigungsmaßstabes als in den Beschlüssen BK3c-16/005 und BK3a-16/006. Höhere Entgelte würden den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen durch die Antragstellerin lediglich behindern, ohne dass die höheren Einnahmen der Antragsgegnerin verstärkte Ausbautätigkeiten ihrerseits auslösen könnten.

2.3.5.4.4.5 Abwägungsergebnis

153. Demnach streiten die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 (Nutzerinteressen), Nr. 2 (chancegleicher Wettbewerb), Nr. 3 (Binnenmarkt der Europäischen Union) und Nr. 5 TKG (beschleunigter Ausbau von Hochleistungsnetzen) für die Übertragung der KKA-Entgelte auf die hier streitgegenständliche Mitnutzung. Einzig das im Rahmen der KKA-Entgeltgenehmigung berücksichtigte Anbieterinteresse der Antragsgegnerin spricht für eine Festlegung höherer Mitnutzungsentgelte. Allerdings wird dieser Belang deutlich von den in den genannten Regulierungszielen verankerten Belangen überwogen, so dass im Ergebnis die Berücksichtigung der Regulierungsziele eine Übertragung der KKA-Entgelte gebieten.

2.3.5.4.5 Kein weitergehendes Interesse des Mitnutzungsverpflichteten

154. § 77n Abs. 3 TKG gibt vor, dass bei der Entgeltfestsetzung für die Mitnutzung von passiven Infrastrukturen öffentlicher Telekommunikationsnetze die Auswirkungen auf

den Geschäftsplan und die Möglichkeit der Kostendeckung (vgl. dazu unter Ziffer 2.3.5.4.1 ff. dieses Beschlusses) zu berücksichtigen sind. Dies entspricht im Wesentlichen dem im Entgeltgenehmigungsverfahren zu berücksichtigenden Anbieterinteresse. Die Zugangsverpflichtete und Eigentümerin des Zugangsobjekts hat ein berechtigtes Interesse, ihre Kosten zu decken und zugleich einen angemessenen Gewinn zu erzielen.

155. Eine über diesen gesetzlichen Entgeltmaßstab hinausgehende Berücksichtigung von Interessen der Antragsgegnerin war nicht geboten. Insbesondere kam eine Festlegung der von der Antragsgegnerin der Antragstellerin angebotenen Entgelte nicht in Betracht, weil diese Entgelte im konkreten Fall nicht fair und angemessen sind. Da von der Antragsgegnerin keine Kosteninformationen über das streitgegenständliche Leerrohr vorgelegt wurden, sondern lediglich das Jahr der Inbetriebnahme (1993) genannt wurde, ist davon auszugehen, dass es bereits überwiegend abgeschrieben ist. Daher würden die angebotenen Entgelte, in denen alle in Betrieb befindlichen Leerrohre und Kabelschächte – selbst bereits vollständig abgeschriebene – kalkulatorisch zu Wiederbeschaffungskosten berücksichtigt sind, die tatsächlichen Kosten der streitgegenständlichen Anlage bei weitem überkompensieren.
156. Die der Antragstellerin angebotenen Entgelte entsprachen den in der KKA-Entgeltgenehmigung von der Antragsgegnerin beantragten Entgelten. Diese beantragten Entgelte lagen über den in diesem Verfahren von der Beschlusskammer 3 genehmigten Entgelten für den Zugang zu Kabelkanalanlagen der Antragsgegnerin. Der Ansatz der von der Antragsgegnerin angebotenen (höheren) Entgelte ist, gegenüber einer Übertragung der genehmigten KKA-Entgelte wesentlich schlechter geeignet, die Regulierungsziele der Nutzerinteressen, der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Sicherstellung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen zu erreichen.
157. Die von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte sind um ein Vielfaches höher als die KKA-Entgelte. Bei dieser Ausgangslage würde eine Festlegung der angebotenen Entgelte den Nutzerinteressen weniger gerecht, als die regulierten Entgelte. Denn die höheren Kosten für die Leerrohrnutzung müsste die Antragstellerin letztlich an ihre Endkunden weitergeben. Alternativ dazu könnte sie, bei fehlender Wirtschaftlichkeit, das Ausbaivorhaben aufgeben, was zulasten der Versorgung der betroffenen Verbraucher mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen ginge. Ebenso würden Wettbewerber, die in dem betroffenen Bereich potentiell VULA-Produkte (Virtual Unbundled Local Access) nachfragen könnten, von der Aufgabe der Ausbauabsichten betroffen sein.
158. Auch dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs wird die Festlegung der von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte weniger gerecht, als eine Festlegung der regulierten Entgelte. Denn die Antragstellerin ist den gleichen regulatorischen Bedingungen unterworfen, wie Nachfrager, welche Kabelkanalanlagen der Antragsgegnerin nutzen, dafür aber lediglich die regulierten KKA-

Entgelte an die Antragsgegnerin zu entrichten haben. Dies folgt aus dem Umstand, dass die Antragstellerin die Mitnutzung zur Vectoring-Erschließung nutzen will. Sie unterliegt damit den gleichen Auflagen in Bezug auf die Bereitstellung von regulierten Vorleistungsprodukten (VULA) wie andere Wettbewerber, die KVz mit Vectoring ausbauen. Die Antragstellerin muss bei Nachfrage ebenfalls ein VULA-Produkt zu regulierten Preisen bereitstellen, hätte aber bei Festlegung der von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte wesentlich höhere Kosten für die Vectoring-Erschließung als diejenigen Wettbewerber, die Kabelkanalanlagen der Antragstellerin zu regulierten Preisen nutzen.

159. Ein Ansatz der angebotenen Entgelte ist auch schlechter als der Ansatz der regulierten KKA-Entgelte geeignet, die Sicherstellung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen zu erreichen. Der Ansatz der höheren, von der Antragsgegnerin angebotenen Mitnutzungsentgelte würde das Ausbaivorhaben der Antragstellerin verteuern. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass dies zu effizienteren Infrastrukturinvestitionen der Antragstellerin oder anderer Anbieter, namentlich der Antragsgegnerin, beitragen könnte. Denn die Antragsgegnerin hat weder vorgetragen, das im Streit stehende Leerrohr nutzen zu wollen, noch ist ersichtlich, dass sie höhere Einnahmen für vermehrte Infrastrukturinvestitionen einsetzen würde. Demgegenüber steht der Ansatz der niedrigeren, regulierten KKA-Entgelte für die begehrte Mitnutzung im Einklang mit dem Ziel des Diginetz-Gesetzes, den schnelleren und effizienteren Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen durch Kostensenkungen im Bereich der Kosten für passiven Infrastruktur zu ermöglichen.
160. Das Anbieterinteresse streitet für den Ansatz der von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte, die höher sind als die regulierten KKA-Entgelte. Denn durch den Ansatz der von ihr angebotenen Entgelte würde die Antragsgegnerin höhere Einnahmen als bei Ansatz der regulierten KKA-Entgelte generieren.
161. Im Ergebnis streitet einzig das Anbieterinteresse für den Ansatz der von der Antragsgegnerin angebotenen, höheren Mitnutzungsentgelte. Demgegenüber überwiegen die Nutzerinteressen, das Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs und der Sicherstellung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen deutlich, so dass im Ergebnis der Ansatz der von der Antragsgegnerin angebotenen Mitnutzungsentgelte wesentlich schlechter geeignet ist, diese Regulierungsziele zu erreichen.
162. Unabhängig davon ist die von der Antragsgegnerin in Bezug auf den Ansatz der von ihr angebotenen Mitnutzungsentgelte als vorzugswürdig vertretene Auffassung, ihr stehe eine Einschätzungsprorogative bei der Kostenermittlung zu, unzutreffend. Eine solche Einschätzungsprorogative würde dem Konzept der §§ 77n Abs. 1-3 TKG und insbesondere dem Wortlaut von Absatz 2 Satz 1 widersprechen. Nach diesem Konzept setzt die Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle (erst) bei Nichtzustandekommen einer Einigung über die Mitnutzungsbedingungen zwischen den Parteien fest. Es würde dem Konzept der Streitschlichtung zuwiderlaufen, wenn diese Entgeltfestsetzung a priori nach den Vorgaben einer der beiden Parteien zu erfolgen hätte.

Dies würde insbesondere dem Wortlaut von § 77n Abs. 2 S. 1 TKG widersprechen, der die Bestimmung fairer und angemessener Entgelte im Rahmen der Streitbeilegung ausdrücklich der Bundesnetzagentur überantwortet.

Vgl. zur Frage der Einschätzungsprärogative eines regulierten Unternehmens BVerwG, Urteil 6 C 39/14 vom 25. 11. 2015, juris-Rn. 18 ff.

2.3.5.4.6 Angemessenheit der festgesetzten Entgelte

163. Die Beschlusskammer hat die ermittelten Entgelte anhand der Vorgaben des § 77n Abs. 2 und 3 TKG nochmals dahingehend überprüft, ob die so ermittelten Entgelte fair und angemessen sind. Nach Prüfung aller Umstände und zu berücksichtigenden Belange ist sie zu dem Ergebnis gekommen, dass im vorliegenden Einzelfall die Festlegung der in Tenorziffer 1 lit. c) ausgewiesenen Entgelte fair und angemessen ist.
164. Die Beschlusskammer hat die Interessen der Antragsgegnerin soweit als möglich berücksichtigt. Aufgrund des Umstandes, dass die Antragsgegnerin für die konkrete, von dem Mitnutzungsantrag erfasst Strecke keine Kostenunterlagen vorlegen konnte, war die Beschlusskammer auf eine Bewertung alternativer Erkenntnisquellen beschränkt. Eine Alternativberechnung der Kosten war der Beschlusskammer nicht möglich, da ihr keine hinreichenden Kosteninformationen zu der konkreten Strecke zur Verfügung standen. Unabhängig von der Frage, ob die weiteren Voraussetzungen einer Vergleichsmarktbetrachtung gegeben sind, lagen jedenfalls keine statistisch validen Informationen zu regional marktüblichen Entgelten vor. Ein entsprechendes marktweites Auskunftsersuchen zur Vorlage von Mitnutzungsverträgen befindet sich derzeit in der Auswertung. Es ist momentan nicht absehbar, ob bzw. wann sich aus den der Beschlusskammer vorgelegten Mitnutzungsverträgen hinreichende Informationen für eine solche Betrachtung gewinnen lassen. Demgemäß kamen als alternative Erkenntnisquellen im Wesentlichen die Übertragung des von der Antragsgegnerin beantragten bzw. des von der Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur genehmigten KKA-Entgeltes in Betracht.
165. Beide Entgelte sind bundesdurchschnittlich. Entscheidend für den Ansatz der genehmigten Entgelte im vorliegenden Fall ist, dass erstens die Leistungen technisch nahezu identisch sind, zweitens die genehmigten Entgelte auch dem Kostenmaßstab des DigiNetz-Gesetzes entsprechen und drittens sich die Antragstellerin als Vectoring-Ausbauer ebenfalls im regulierten Bereich bewegt. Würden die beantragten Entgelte in Ansatz gebracht, wären die Wettbewerbschancen der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin und dem übrigen Markt geschmälert.

2.3.6 Anordnung des Vertragsschlusses

166. 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.

167. 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-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 77n, Rz. 14.

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

169. 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.

170. 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 Widerrufsvorbehalt (Tenorziffer 2)

171. Der unter Ziffer 2. des Tenors aufgenommene Änderungsvorbehalt stützt sich auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.
172. Der Vorbehalt ist angezeigt, weil die festgelegten Entgelte unter Rückgriff auf Entgelte einer regulierten Leistung, und zwar der Entgelte für den Zugang zu Kabelkanalanla-

gen der Antragsgegnerin (KKA-Entgelte), ermittelt worden sind. Änderungen der KKA-Entgelte werden der Behörde ohne weitere Nachforschungen unmittelbar bekannt werden und ihre Auswirkungen auf die vorliegend festgelegten Mitnutzungsentgelte ohne weiteres zu durchschauen sein. Nicht unerhebliche Abweichungen zwischen den KKA-Entgelteten einerseits und andererseits den vorliegend genehmigten Entgelten sollten deshalb mittels Widerruf und Neugenehmigung berichtigt werden können.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Gera, Rudolf-Diener-Straße 1, 07545 Gera, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt, § 137 Abs. 2 TKG.

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

Bonn, 2. 10. 2018

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Schwarz-Schilling
BK11

Dr. Haslinger
BK11b

Dr. Kutzscher
BK11c

Gliederung

1	Sachverhalt	6
2	Gründe	21
2.1	Rechtsgrundlage	21
2.2	Formelle Voraussetzungen	21
2.2.1	Zuständigkeit	21
2.2.2	Verfahren	21
2.2.3	Frist	22
2.3	Materielle Voraussetzungen	22
2.3.1	Zulässigkeit des Antrags	22
2.3.2	Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1, 2 TKG (Zugangsanspruch)	23
2.3.3	Würdigung des vorliegenden Angebots gemäß § 77d Abs. 2 TKG	23
2.3.4	Festlegung von Kündigungsbedingungen (Tenorziffer 1 lit. a) und b))	24
2.3.4.1	Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen	25
2.3.4.2	Regelung zur Kündigung wegen Schließung oder Verlegung der Kabelkanalkapazität, Ziffer 7.1 des Vertrages	27
2.3.4.3	Regelung zur Kündigung wegen fehlender Geeignetheit, Ziffer 7.2 des Vertrages	30
2.3.4.4	Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund, Ziffer 7.3 des Vertrages	32
2.3.5	Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 77n Abs. 3 TKG (Tenorziffer 1 lit. c))	32
2.3.5.1	Prüfungsmaßstab für die Mitnutzungsentgelte	32
2.3.5.2	Vorrang individueller Kostenermittlung	34
2.3.5.3	Festlegung der regulierten Entgelte als Mitnutzungsentgelte	35
2.3.5.4	Fairness und Angemessenheit der festgelegten Entgelte	38
2.3.5.4.1	Möglichkeit der Kostendeckung	38
2.3.5.4.1.1	Zusatzkosten	38
2.3.5.4.1.2	Investitionen	39
2.3.5.4.2	Auswirkungen auf den Geschäftsplan	40
2.3.5.4.3	Keine Berücksichtigung eines Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG	41
2.3.5.4.4	Abwägung anhand der Regulierungsziele	42
2.3.5.4.4.1	Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG	42
2.3.5.4.4.2	Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG	43
2.3.5.4.4.3	Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union, § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG	45
2.3.5.4.4.4	Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation, § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG	45
2.3.5.4.4.5	Abwägungsergebnis	45
2.3.5.4.5	Kein weitergehendes Interesse des Mitnutzungsverpflichteten	45

...

2.3.5.4.6 Angemessenheit der festgesetzten Entgelte	48
2.3.6 Anordnung des Vertragsschlusses	48
2.3.7 Widerrufsvorbehalt (Tenorziffer 2)	49
Rechtsbehelfsbelehrung	51